

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلوه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التسمي يسئل عن المستثنى منه فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له على تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما والف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة والف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى محراباً عن أحد الخصمين انه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنزة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس انفسر او قال : بتك هذا عائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضيف لا يبول عليه .

(مسئلة) ( وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) ( وإن قال له علي درهمان وثلاثة ادرهين فهل يصح على وجهين ؟ )

(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) (وان قال له علي درهم ودرهم الادرها أو ثلاثة ودرهمان لإلادرهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الادرها أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العديدين وتجمل الجملتين كالجمله الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا نصب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن من الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمه

(فصل) وإن قال : له علي ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال الشيخ وأبو الخطاب يرجع في تفسير الجمل إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى ( يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكبلاً أو موزوناً كان تفسيراً له وإن عطف مذكروا أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. وثنا أن العرب تكتمن في تفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى ( ولبنوا في كمهم ثلاثمائة سببن وازداد وانمأ ) وقال الله تعالى ( عن اليمين وعن الشمال قعيد ) ولأنه ذكر مبهم مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً بحقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله ( أربعة أشهر وعشراً ) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً الوجيه ( أحدها ) أن العشر بغيرها عدد للعوث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تدبئ بها ( الثاني ) أنها لو كانت أشهراً لفان أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال ( عليها تسعة عشر ) وقولهم إن الألف مبهم فننا قد قرئ به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة قال قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلى تفسيراً لجميع

الأبانه قال شيخنا والاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع أحدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من نصف بصفة فنظيره قوله للباب من جاء يستأذن فاستأذن له واعطه درهماً إلا فلاناً ونظير مثلنا ما لو قال أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً

(مسئلة) وإن قال له علي خمسة الدراهم ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجيهن

لأنه استثنى أكثر من النصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فإذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً إليه فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة والا درهماً كان مستثنياً الخمسة مقراً بخمسة فإن كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى ( انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط اما لتجورن اجمعين الا امرأته قدردنا انها لمن الغايرين ) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفياً والثاني اثباتاً فإن استثنى استثناءً ثالثاً كان نفياً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فإذا

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد فذا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة الكلام المقرر عن الألباس والاهام وصرته إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتنى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به ووجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فإما إن لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكور على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر وبني المبهم على مبهماه كقوله قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجعله أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر أقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لأنه فيه اختلاف بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو بفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فثبت ذلك فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلصها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أعظم وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمها ولم يقبل قوله وبهذا قال المشافعي نافية من مناقضة الأقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المرود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الأقرار وبجمله

قال له سبعة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نقي منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقراً بخمسة

(مسئلة) (وإن قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو الأكثر سقط أن وقف عليه وأن وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الأول لوصله بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فإن عشرة إلا درهما عبارة عن تسعة فإذا قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفي فتنى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي إثبات فمادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفي فثبتت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لأنه مسكوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويطلق الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنتين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة إذا صححنا الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة إلا خمسة بقي خمسة فإذا قال إلا ثلاثة مادت ثمانية لأنها إثبات فإذا قال إلا درهمين كانت نقياً فبقي ستة فإذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف فإذا قال إلا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناء

يجب أن يكون مردوداً وقال القاضي بقبل قوله لان أحد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة اوردتها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت انها باقية ثم عرفت انها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجله ذلك أنه اذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردتها فاذا قال علي وفسرها بذلك احتل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما علي فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او اقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التفسير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلا تمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فبطل الثلاثة أيضاً لبطان الخمسة ويبقى الاثنان لانهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون نفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له دلي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمن بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهمن من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة اوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه ابطالان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمن لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا الثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها

(مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز وافة العرب قال الله تعالى (واذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فخذت المضاف وأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً وأقت اللام مقام على كقول الله تعالى (وإن أسأمتن فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الإقرار مطلق الاحتمال لسقط وتقبل تفسير الدرهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال لك علي الف ثم قال كان وديعة فقلت لم يقبل قوله لأنه منقادض وقد سبق نحوه من هذا

(فصل) وإن قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة التي أقررت بها غير ما هو في دين عليك فقول المقر في يقتضي أن القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القوي قول المقر مع بيته وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقاً ما تقدم وإن كان قد في إقراره لك على مائة في ذمتي فلان القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قبل يقبل لأنه يحتمل في ذمتي أداؤها ولا به يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا سحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما أن وصل ذلك بكلامه فقال لك على مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصيح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وإن قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صحيح ولزمه ضمانها لأنها قد تدي فيهما فتكون ديناً وإن قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لأنها نصير بذلك ديناً وإن قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا نصير بالشرط مضمونة، وإن قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة وعليه سواء حكماً بصحة العارية في الدرهم أو بقسادهما لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في النفاذ، وإن قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم أأخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا كان قد تدي مائة فلم أقبض أو هذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها نقواً إلا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا للعاير وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جواباً وما بالربع من أحد إلا أوارى لأياماً أيها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قواء ثبت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عن رأيي كان تازماً عليه وثبت عنان دأبي إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تندعب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك والاهنا بمعنى لسن هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكام عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد التنفي ولا يأتي بمداليات إلا أن يوجد بمدجلة. إذا تقرر هذا فلا يدخل للاستدراك في الإقرار لأنه الثبات للمقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم إلا نوباً لي عليه فيكون مقراً لشيء مدعياً لشيء سواء فيقبل إقراره ويطلب دعواه

(فصل) فان قال له في هذا البعد ألف أوله من هذا البعد ألف طوبى بالبيان فان قال نقد عن الفاني ثمنه كان قرصاً، وان قال نقد في ثمنه ألفاً فلناين كم ثمن البعد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف البعد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثنته والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يمين وقد يمين، وان قال اشتريناها بإيجابين قيل فكم اشترى منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصى له بألف من ثمنه يبيع وصراف اليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن البعد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يمين حقه في ثمنه ، وان فسر ذلك بألف من جنابة جناها البعد فتدلفت برقبته قبل ذلك وله يبيع البعد ودفع الألف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تسميره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جيمه

(فصل) وان قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وقمره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى ( ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو ضرح بذلك بغير لفظ الاستثناء ، واما قوله تعالى ( فسجدوا الا ابليس ) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا ماصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه ( فسحق عن أمر ربه ) ولا قال ( ما منعك أن لا تسجد إذا أمرتك ) وإذا لم يكن مأموراً فلم أيلسه الله واهبطه ودرجه ولا يأمر الله بالسجود الا للملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالك فانه متى كان ابليس داخل في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناه من الجنس وهو ظاهر لمن ألصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الأتوبيا لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ماينا

(مسئلة) (الا ان يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح )

ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يصح ( فاذا قال له علي مائة درهم الا ديناراً فهل يصح ؟ على وجهين ) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واحتار الخرقى صحته لان قدر أحدهما، معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسون ثمانية ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التمييز بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يبر فيه بالدينار عن تسعة كان مضاه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسومهم وقولوا لهم قولاً معروفاً) وقال سبحانه في النساء ( لا تجرحوهن من بيوتهن ) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ( وقرن في بيوتكن ) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية هنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا و نقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فانزاه جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار ان قال له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار يدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولاه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المغر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فمناه ما ورثته وانقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه من جزءه فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله

(فصل) وان قال له في هذا اليد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى ( فم شركاء في الثلث ) فقتضى ذلك التسوية بينهم كذا هنا

على وجه صحيح لم يجز النأؤه وقد أمكن بهذا الطريق فرجب تصحيحه وقال أبو الخطاب لافرق بين الدين والورق وبين غيرها فيلزم من صحة استثناء احدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحبة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتفق ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنبأ الا ثلاثة تمرأ معة يأم لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول وبخالف الدين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر وبمحتمل على قول الحرفي جوازه لفقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ( اذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوقاً أو صفاراً أو الى شهر لزمه الف جياذ وافية حالة )

وجبة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدرهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذ حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تازمه كذلك فاذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالتصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا

### ( فصل في الاقرار بالمجهول )

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره وزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجملة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فالزمناه إياه مع الجملة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر بتب وإذ كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا إن بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممنوع من حق عليه فيحبس به كولو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادماه فشكل المقر فهو على ما ذكره وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فان ماد فقال زيوقاً أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفضه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والوديعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به نصيباً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الموازنة الحيادية فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان الميب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

( مسئلة ) ( الأ أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصدقات وغير ذلك (والثاني) يلزمه الموازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع يتصرف اليها بدليل ان بها تقدر حسب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار أخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لأن الحق ثبت على موروثهم فيملق بزكته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم مالهم موروثهم كما لو كان الحق معينا وإن لم يخلف الميت زكاة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنسا آخر أو لا يدعي شيئا فيظل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة بادنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير واليئة لم يقبل وإن فسره بكتاب لا يجوز اقتاؤه فكذلك وإن فسره بكتاب يجوز اقتاؤه أو جلد مينة غير مدبوغ فضيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتساويه إليه فالإيجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لأن الأقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة خنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لأن هذا لا يتمول عادة على أفرادها، وإن فسره بمقد قذف قبل لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والاول أصح لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وإن فسره بحق شفعة قبل لأنه حق واجب ويؤول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يستقط بهوائه فلا يثبت في الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقا علي رد سلامه إذا سلم وتسميته إذا عطس المروي في الخبر «للسلم على المسلم ثلاثون حقا: رد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته» وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئا وفسره بما ليس بمال قبل لأن اسم الغصب يقع عليه، وإن قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقرها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه عما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتتمل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة فإن في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف إلى شهر لزمه مؤجلا ويحتمل أن يلزمه حالا) إذا أقرها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك أن سكت للتفلس أو اعترضه سلمة ونحو ذلك ويحتمل أن تلزمه حالة ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته أيها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف زبوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وإن فسره بمشوشة قبل وكذلك إن فسرها بجمية عينا بنفسها قبل لأنه صادق وإن فسرها برصاص أو نحاس أو مالا

النصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير  
اقراره بنير المكيل والموزن لان غيرها لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت المقدحجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت  
في الذمة في الجملة فنصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه .

(فصل) وان أقر بما لا يقبل تفسيره بقليل المال وكثيره وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة  
لا يقبل تفسيره بنير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم  
حق) وحكي بمض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول  
نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مبرأ لقول الله  
تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي  
وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة  
بدليل أنها نزلت بسكة قبل فرض الزكاة فلا حاجة لهم فيها لم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) والتزويج  
جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير  
جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة  
لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به فلم  
يقبل كاستثناء الكل

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره  
بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صفار والناس دراهم صفار قبل  
قوله وان لم يكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن  
القاسم من اصحاب الشافعي

وانما انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدرهم يعبر بها  
عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تعيدت  
به كما لو وصف الثمن به فقال بستك بشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوته على غير هذه الصفة حالة  
الاطلاق لا يتم من صحة تقيدها به كالتنم وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره  
فأشبه الثمن المؤجل، بحققه ان الدرهم يثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم  
تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على  
وجه يؤاخذ بنير ما هو الواجب عليه فيفسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صفار يشترط للمني

من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصرمك الله في واطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لغير نفسه ودنامها وما ذكره فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيها إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقه لما قررناه .

(فصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البيعة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في إلا أكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجح إلى ما اعتقده المقر مع بيته إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لسفره في ذاته أو لقلته قدره عنده وتحقيره وقد يكون محبة كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقل بذيالك الوادي وذاك من زهد  
ولكن إذا ما حب شيء تولمت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة عمرة ممدودة وإزنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوازن وذكر السدد لا يتأقدها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) ( وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل ودبنة فالقول قول المالك ) لأن العين تثبت بالإقرار له وإن ادعى المقر دينا لا يعترف به المقر له فالقول قول المالك ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به مملوفاً فلم يقبل كما لو ادعى بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسره بأقل من مائه مع علمه بما له لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلو سأ أو جب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يهيم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى ( كانوا أكثر منهم ) وأخبر عن الذي قال ( أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً ) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمل جراداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار ، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يقول على هذا

( فصل ) ولو قال : له علي الف الا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسين لأن الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف وكذلك ان قال الا قليلاً لأنه مبهم فأشبه قوله الا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الف ويختلف على الزيادة ان ادعت عليه .

يؤوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بيينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بيينة

( مسألة ) ( وان قال له علي الف من ثمن مبيع لم أقضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين ) ( أحدهما ) القول قول المقر لأنه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

( مسألة ) ( ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه )

لاعلم فيه بين اهل العلم اختلافاً سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعد ذلك ثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلقها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وان فسره بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فان الالف المردود والثالف ليسا عنده اصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحمله يجب أن يكون مردوداً ، وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.

(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا

فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فيعمل الدرهم بدلا من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجرح فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كتابة عنه (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نجاة الكوفة (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضا لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حر كذا الجرح للوقف وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا أن كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجرح والوقف.

(المسئلة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء، ولأنه إذا قاله بالجرح احتمل أن يكون قد أضاف جزءا إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف نسح درهم وهكذا لو قال كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سيع درهم ونحوه.

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وإن ادعى بهذا تلفه لم يقبل قوله) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بهذا تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها ورضاها فإذا قال له علي ألف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي ألف وديعة لأن حروف الصفات مخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى أخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولم علي ذنب) أي عندي

ولنا أن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي درهم لزمته ثلاثة وإن جاز التمييز عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله سدس) ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأنت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أنت اللام مقام علي كقوله تعالى (وإن أسأمت فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط وتقبل تفسير الدرهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منها درهما فصاركأته قال هما درهم ، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه ( احدها ) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والفاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي ( والوجه الثاني ) يلزمه درهمان وهو احتيار ابي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي ( والوجه الثالث ) يلزمه أكثر من درهم ولمسه ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليها فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يقسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يقسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفرد بذلك ، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد ، وحكي عن ابي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بها أحد عشر درهما ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالمشكوك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجلع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجياً

بالتاقتة والزائفة والمؤجلة ، وأما اذا قال لك علي اثم ثم قال كانت ودية فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحو هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي ودية كانت لك عندي فقال المقر له هذه ودية والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له على مقتضى قول الحر في وهو قول ابي حنيفة وقال الفاضلي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتبليها ما تقدم ، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق الفاضلي هنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الودية عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده ودية تصدى فيها فكان ضماً عليها في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة ودية قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة ودية ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضماً لانه قد تصدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط على ضماً لم يلزمه ضماً لان الودية لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم طرية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة الطرية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في المقدم الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أو عندي مائة فلم

لا أكثر من المذكور فإنه يجب بالفرد عشرون وبالركب احدى عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متاولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم به بركبه

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبتك لم يلزمه شيء لأنه قد ينصب نفسه ويثبت في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وقصره بنصب نفسه لم يقبل لأنه جعل له مفعولين لجملة المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان قصره بمال قبل وان قل وان قصره بكلب أو جده ميتة أو سرجين يتنفع به قبل لأنه قد يقهره فيأخذه منه وان قصره بمالا نقر فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بنصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالعلوم

(مسئلة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك ودعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين مثبت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تملقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا بيينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

اقبضها أو اقرضني مائة فلم يأخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال قد ندي مائة فلم اقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد ألف اوله من هذا العبد ألف طوبى بالبيان فان نقد عني ألفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه ألفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الثراء فان قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت ألفاً الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لانه قد يمين وقد يمين وان قال اشتريناه بإيجابين قيل له فكيف اشترى منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه ألف فان أراد ان يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الوصي له يمين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتملقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه ، وان قال اردت انه رهن عنده بألف فملى وجهين (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهين في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لأنه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة أوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال إقاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنه أقرب بحق في مسألة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم المقر له ما عليه كما لو قال لرجل منك هذا البعد بالف قال بل ملكتيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لسيدته يملك نفسك بالف فأنكر السيد عتق ولا شيء للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لأن إقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لأنه نص إقراره بتاسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(فصل) وإذا قال بملك جاريتي هذه قال بل زوجتيها فلا يخلو أما أن يكون اختلافها قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها مدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقها عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أو في برائي من أي الف أو نصف داري هذه وفسره

بالهبة وقال بدالي من تقيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز أن يضيف إليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاصه به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لأزواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته فإن قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل، وإن امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لأن الهبة فيها لا تنضم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية، هنا فبين قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول وهبته وإن قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فأقراره جائز فظاهر إذا صح الإقرار فإن قال له في هذا المال نصفه فأقراره جائز وإن قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقها على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء بالبائع  
بقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية  
الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعتزافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى  
البائع لاقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها وبحق المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا  
قدر المهر فانه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال  
بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع مينا لانه لا يرى  
اليمين في انكار النكاح، وتفقة الولد على أبيه لانه حر وتفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد  
وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي فقعتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لاننا آزلنا  
عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون  
صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما  
يدعيه وان كان كاذبا فهي ما كره وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان  
ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فبرائها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فبرائها  
موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي، وليس  
ميراثا له لانه قدماء قبلها، وان كان اختلافها قبل الاستيلاء فنسب أنها تقر في يد الزوج لاتفاقها

لصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي  
الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ماخلفه فيقتضي وجوب المقر به  
فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فقتضاه ماورثته وانتقل إلي فلا يحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه  
جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال لصف هذه الدار فهو مقر بتصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقراره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ممن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجيبين)

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان  
دعواه تكذيب لاقراره فلا تسم كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى  
من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو  
قول الشافعي وأبي يوسف لان المادة جارية في الاقرار بالقبض فيه فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف  
خصمه لتفي الاحتمال ويغارق الاقرار البينة من وجيبين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا يرد إلى السيد لاقاقها على تحريرها عليه  
ولبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاقاقها على استحقاقه لذلك ، والأمر في الباطن على ذلك فإن  
السيد ان كان صادقا فالامة حلال لزوجها بالبيع وإن كان كاذبا فهي حلاله بالزوجية والقدر الذي اتفقا  
عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي بحلف الزوج  
أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف  
فيه وعند القاضي بتعاقبان سماً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد  
لا بدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) يرجع إليه فيسلكها ظاهر أو باطناً كما يرجع  
البائع في السلمة عند فسخ المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تضرر فيحتاج السيد أن يقول فسخت  
البيع وتعود إليه ملكا (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع  
إمكانه، فبلى هذا يبيعها الحاكم وبوفيه ثمها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذته وان زاد فالزيادة  
لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائمه والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تفر في يد المشتري  
أو ترجع إلى بيت المال؟ محتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهتة اياها بل زوجته لم  
يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر  
وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجح الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانها تكون  
شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الافرار بخلافه ولم يذكر  
القاضي في المجرّد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه القأ وقبضها أو قال له علي اله ثم  
قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على  
قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) ( وان باع شيئاً ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري )

لأنه يقر على غيره ولا يفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لأنه فوته عليه بالبيع  
وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) ( وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله ) لان الاصل ان الانسان إنما  
يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقع بينه فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت  
من ملكي أو نحوه لم تسمع بينته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو طارية كال اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن لإقراره بالدار  
لأنه رفع بأخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بمجتمعة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهها  
أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناءً عما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبده ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا عتاقه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لانه محكوم له برفقه وفي حق المشتري استغناء أو استخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لا قراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدعا إلى الزوج عوضاً ليخلصها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقها استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما عتقته والمشتري يقول ما عتقته إلا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجهم أحدهما عن قوله قلل المال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لا قراره بطلاق البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانه لا ينافي له في نفسه وان رجعا ما في محتمل أن يوقف حتى يسطرحا عليه لانه لاحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف وبأخذه لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجبان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك

(فصل) ولو أقر رجل بعبده أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبده سواء فان رجح المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (بأسألونك عن الشهر الحرام فقال فيه) فانه أبدال القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى اخباراً عن نبي موسى عليه السلام أنه قال (وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره) أي انساني ذكره وان قال له هذه الدار ثلثها أو ربها صح ويكون مقرأ بالحزب الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) ولكن في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه وبفارقته في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وانه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملاً عليه ألا ترى ان الله تعالى ابدال المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدال القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه ايها وان يعود فيها أطاره والله أعلم

(فصل) اذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتها فلا يخلو إما أن يكون اختلافها قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها المدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لا تفاقها عليه ولا ترد إلى البائع لا تفاقها أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبايع يقر أنها صارت أم ولد لها حر وانها لا يهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لا قرار من ينسب

قادما لزمه دفعه اليه لانه لا تنازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقرت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا وبخلف على نفي الآخر

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو مات تخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له به )

وجه ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لها في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يثبت فلا يمكن إثباته في حق المقرود النكر ولا يمكن إثباته في حقها لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كالأقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم بطلانه فلزمه المال كالأقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم بطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر به ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كالأقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك وبجي بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ ما لا يستحقه من التركة فصار كالفاسد فيكون الباقي بينهما كالو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكة بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الأصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها وبخلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فإنه يجب لانفاقها على وجوبه وان اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم بتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع ميمناً لانه لا يرى الثمين في انكاح النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاء فان ماتت ورثت مالا فلها ثمن قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكة وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وان ماتت بعد الوطء فخدمات حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وميراثها ليس له لانه خدمات قبلها وان كان اختلافها قبل الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لانفاقها على حلها له واستحقاقه امسأها وإعنا اختلافنا في السبب ولا ترد الى السيد لانفاقها على بحرهما عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لانفاقها على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال

بعض التركة كما يتعلق بجميعها فاذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق باقيا والذي في بدالمنسركالمنسوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصب أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثا فلا يستحق بما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بمحضه وحصته أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشركيين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجربها نفماً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه أحق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فاذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لان كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع اليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وان أقر جميع الورثة بنسب من يشار اليهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الواوثر يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه ويناته ودعاويه والإيمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وان كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وإن كان كاذباً فهو يستحقه بهراً وقال القاضي بحلف الزوج أنه ما اشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتعالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان البيم ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكاً (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع امكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه أو دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقرر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، وان رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لم يرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا اعترافه بان الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد لأوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة وأقبضه فإنه ابنه ، فقال عبد بن زمة لأخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة وللماهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمة وقال « احتجبي منه يا سودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حتى يثبت بالاقرار فيعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه اللفظ والعدالة ويبطل بالاقرار بالدين

( فصل في شروط الاقرار بالنسب )

لا يخلو إما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط ( أحدها ) أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع بسبه الثابت من غيره ، وقد لمن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليسه ( الثاني ) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر ( الثالث ) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد مثله . ( الرابع ) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدعما إلى الزوج عوضاً ليخلفها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما اعتقته والمشتري يقول ما اعتقه إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالإل له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع إن كان البائع فقال صدق المشتري كنت اعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لإقراره بطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجما معاً فيحتمل أن يوقف حتى يسطلح عليه لأنه لا أحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويخلف لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان ( أحدهما ) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال

( فصل ) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر لأنه لا يدعيه ويخلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجح المقر له فادماه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه وإن قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخرني عندك لزمه تسليم هذا ويخلف على قبي الآخر

فان كان غير مكلف لم يضرب تصديقه فان كبر ومقل فأنكر لم يسع انكاره لان نسبه ثابت وحجى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولوطلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو طاد فوجد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابته ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربسة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معها لم يثبت النسب باقرارها لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذافرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويحمل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولها لانها يأخذان المال كله، واذا أقر باين ابته وابته ميث اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بسم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث اكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يجوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصب هذا العبد من زيد لابل من عمرو او غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويحرم قيمته لعمرو

اذا قال غصب هذا العبد من زيد لابل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويحرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالنسب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بفضه فلزمه ضمانه كما لو تلقى بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويحرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

(مسئلة) (وان قال ملكه لعمرو وغصبته من زيد فهي كالسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويحرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الى زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الى زيد فكذلك على ماضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبته من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً .  
 ( فصل ) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت  
 للنسب باقراره لانه لا يجوز الميراث كله فان باع الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به ايضاً ثبت نسبه لاتفاق  
 جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه  
 وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالعين عاقلين فأقر به  
 احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة  
 فأشبهه بالواقف به ابتداء بعد موت أخيه وكذا لو كانت شريكه في الميراث غير مكلف وفيه  
 وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف  
 ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر بجوز جميع  
 الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواء أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي  
 منها وجها واحداً لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره  
 ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالوروث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم  
 مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا  
 يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدها دفع اليه ويحلف للآخر ان  
 ادعاء ولا يبرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا  
 خصمين فيه وان كذبا عليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان  
 لم تكن بينة أقرعنا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسلت اليه ، وان بين اثناصب بعد ذلك مالسها قبل  
 منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد  
 منها انه لم ينصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفنها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل  
 عن اليمين لها جميعاً فسلت الى احدها بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت  
 عليه فقصي عليه كما لو ادعاها وحده

( فصل ) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين لزيد طولب بالبيان فاذا عين أحدها فصدقه زيد  
 اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر  
 فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر  
 في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين ، وفي الآخر ينزع من يده لاعتقافه انه لا  
 يملكه ويكون في يده المال لانه لا مالك له معروف فأشبهه ميراث من لا يعلم وارثه ، فان ابى التمين تعيينه  
 المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين  
 ( المغني والشرح الكبير ) ( ٤٢ ) ( الجزء الخامس )

(فصل) وإذا أقر الوارث من بحجبه كأخ أقر ابن لاميت وأخ من أب أقر باخ من ابوين وابن ابن أقر ابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن مريح، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن تورثه يفضي إلى إسقاط تورثه فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويسقط نسب المقر به وتورثه فيؤدي تورثه إلى إسقاط نسبه وتورثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الأثر فبدخل في عموم قوله تعالى (بوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو يرث كما لو ثبت نسبه بيينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محبوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لانتفاءه. نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الأثر لا يتم صحته بدليل أن الابن إذا أقر باخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله هنا فإنه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضى عليه وإن أقر له فهو كتمينه

(فصل) إذا قال حسنة الدار لزيد لابل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرو، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي ألف والفرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا هنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال وإن وصفه بصفة واحدة في المرين كان تأكيداً لما ذكرنا

(مسئلة) (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرص لزمه الفان)

وكذلك إن قال ألف درهم سود وألف درهم بفض لأن الصفة اختلفت فهما متبايران

(مسئلة) (وان ادعى رجلان داراً في يد غيرها شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به ينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابين أحدهما صغيراً فأقر البائع بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لتافعال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط به ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط به ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وأثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي ثبت به (فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجان (أحدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان أحدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يثبت الى

وجبة ذلك انهما إذا ادعى أنهما ملكها بسبب الاشتراك مثل ان يقولوا ورثناها وابتناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لها جميعاً لأنهما اعترفا ان الدار لها مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وان لم يكونا ادعى شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنها لم يعترفوا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة قنبت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدق المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به ، فان لم يصدق في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لما لكه (والثالث) يقدم إلى مدعيه لعدم تنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكسر المنكر منها سواء نجا حداً معاً أو جهداً أحدهما صاحبه لانا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لأنها لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين ذصة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاهدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لانه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو اقرت ويحتمل أن لا يثبت لان أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منها ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لانه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بآبى نكحت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودعت اليه عن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقرت أحدهما بالمرأة لآبى وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولأصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لان الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للبيت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف أخاً من أب وأخاً من أم فيقر الاخ من الام باخ للبيت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من أبوين أو من أب وأمن أم لان ميراثه في يد غير المقرء وان اقر بأخوين من أم دفع اليها ثلث ما في يده

(مسئلة) (وان قال في مرض موته هذا الالف لقطعة فتصدقوا به لزمت الورثة الصدقة بثلثة)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على تعديده على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقراراً منه بغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة قاعها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها

آخر فأقر له فهي للأول ويغرمها للثاني)

وجه ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه او قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الاخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما يجب عليه الاقرار به وإعانة 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 البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وان أقر بها لهما معاً فهي بينهما) تتساويهما في الدعوى والاقرار لهما

لانه يفر أهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا منهيين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا منهيين كاخوين من أم يشهدان باخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا باخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانها بينة. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لانه تمير فيها المدالة والذكورية والاقرار بخلافه

(فصل) اذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل قضى عليه بالنكول) لان النكول كالافرار ولو أقر لزمه النكول فكذلك اذا نكل عن العيين

(مسئلة) (وان ادعى رجل على الميت مائة ديناً فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجهة ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فاذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ فيه ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبيل فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يقضي الى إسقاط حق الفرما لأنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولاً قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالموروث .

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وماذ كروه يبطل ما اذا كان المقر به حياً موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لانه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكاتب لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدق حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب واذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلانا زوجها فلم يصدق المقر به الا بعد موته وورثه لانه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فآقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لانه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لان كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لان النسب بينهما لم يثبت لمان كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لانه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره لانه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينه أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل يتعلق به حق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كإقرار الزامن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يجاز المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تمايق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين

(مسئلة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدق أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لانه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولانه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

﴿مسئلة﴾ (الا أن يكون عدلاً فيحلف النريم مع شهادته وبأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وانما لزم المقر نصف المائة لانه يرث نصف التركة فيلزمه نصف الدين لانه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولانه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينه أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكاتب باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول  
أصح لانه لنسب ثبت بالاقراره أشبه لنسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب محتاط لا يثبت  
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولان النسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج  
فهل يقبل اقرارها على روايتين احدهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به او الحاقا  
للعاربه بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لانها شخص أقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل  
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة اولسب معروف فلا بد من  
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر  
انه لا تخفى عليهم ولا يفتن ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان  
النسب محتاط له فاشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم  
المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطنها والنسب محتاط لا يثبت  
ولهذا لو ولدت امرأة رجلا وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدم اليها  
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابني وعبدني متساوي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعتق  
هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه  
ونصف الآخرة وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو  
منهما أفرع بينهما فان وقتت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقتت على  
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء).

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته  
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال  
(أحدها) أن يمين العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجزأ عتق جميعه  
فيعتق (الثاني) أن يمين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل  
واحد منهما حقه نصف العبد فيعتق قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلث النصف الذي له وذلك  
الثلث ولاه بترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو  
السدس ونصف العبد الذي يشكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما فنقوم  
القرعة مقام يمين الذي لم يمين فان وقتت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولها وإن

كانت مشهورة بالحربة كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كالمولم تكن حروفة بالحربة وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لزوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين احدهم ثبتت بسببه وحرية ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان بنكاح فلي الوالد هؤلاء لانه قدمه رق والام وولداها الآخران رقيق فن وان قال استولتني في ملكي فالتقربه حر الاصل لا لولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فاخواه ابناء ام ولد حكمها حكمها في العتق يموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر فن والاصغر له حكم امه ، وان عين الاصغر فاخواه رقيق فن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للام ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه يشمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فان اتزبه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فن وقت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لابي واحد منهما سدس البعد الذي عينه ونصف البعد الذي ينكر عتقه وبصير ثلث كل واحد من العبدتين حرأ (الرايع) أن يقول أعتق أحدهما ولا ندرى من منها فانه بقرع بين العبدتين فن وقت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجح الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

### ( باب الاقرار بالمجمل )

( اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نصر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا )  
وجه ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بنبر خلافه ، ويقارق

ولنا أنه حر استندت حرته إلى إقرار أبيه فورث كالوعينه في اقراره .

( فصل ) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منها ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منها زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحدهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وان لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتنا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن أن يولد بمد وطئه وان أمكن في احدهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وان لم يكن أقر بوطئه واحدة منها صح اقراره وثبتت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لامتناع له فيه فالحقه بسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فاذا 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 ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة فن لانها علفت بمملوك وان قال بوطئه شبهة فالولد حر الاصل والامة فن لانها علفت به في غير ملك ، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبهه ما لو ادعت ذلك من غير اقراره بشيء فاذا حلف رقت ورق ولدها واذا مات ورثته ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عقت ايضاً وإن لم تصر أم ولده عقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره

الدعوى حيث لا يصح بالمجهول لكون الدعوى له والافرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولان المدعي اذا لم يصح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فالزمناء إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجمل تاكلا يؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له ان يثبت وإلا جعلناك تاكلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان يثبت وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممنوع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فحق عينه المدعي وادعاءه فنسأل المقر فهو على ما ذكره فان مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً ، وان لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حاتف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما اذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك اذا حلف أن لا يبيع كالتوارث

( مسألة ) ( وان فسره بحق شعبة أو مال قبل وان قل وان فسره بمال كقتصر جوزة أو مينة أو

عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كالويعين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يبين عرض على القافة فان اُلحقت به احدهما ثبت لسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم يكن قافة او كانت فلم تعرف اقرع بين الولدين فيمتق احدهما بالقرعة لان القرعة مدخلا في اثبات الحربة، وقياس المذهب ثبوت لسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لاتا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شي لانه لا يرجى انكشافه وقال ابو حنيفة يتق من كل واحد نصفه ويستمسى في بافيه ولا برنان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سماتهما والكلام على قسمة الحزبة والسماية بأني في التق ان شاء الله تعالى .

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان اقر بدين على ابيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

. ووجه ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بشير خلاف فعله ويتعلق ذلك بتركة

خر لم يقبل وان فسره بكلب او حذو فمل وجبين) متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا ان يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر اولاً بدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجان لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسره بما ليس مال في التصرع كالحجر والميتة، وان فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسره بحبة حنطة أو شمبر ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على اقراره، وان فسره بحذو فذو قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاوّل أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسره برد السلام أو تمشيت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتمشيته اذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويثبت عطسته ويجب دعونه»

(مسئلة) (وان قال نصبت منه شيئاً ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل) لان النصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مقلماً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركته تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليماً في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فخفكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا احتار الورثة أخذت تركته ونضاه الدين من أموالهم فمضى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فله الثلث وهذا قال الشيخ والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قول الشافعي رحمه الله بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما في من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار يتعلق بمحضته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وإن أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وإن فسره بما ليس بحال مما يتفق به قبل لأن النصب يشمل عليه كالكذب وجدد الميتة لأنه قد يقره عليه، وإن فسره بما لا يقع فيه أو مالا يباح الاتفاق به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بنصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الإخبار به والإخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لأن الإقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صححت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنتان وسبعون لأن الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كإلصاقه ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه تماماً

(فصل) إذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكها بسبب الاشتراك مثل أن يقولوا ورتقاها أو ابتاعها ما فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لاحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لهما لم يعترفاً بالاشتراك فإن أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يترتب للآخر بالنصف سله إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة غيبته لمن يقره، وإن لم يكن اعترفاً للآخر وادعى جميعاً أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعاً لم يدع إلا النصفاً قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الالسان بشيء صدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق هنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً في النصف الآخر قد اعترف له به قاضي النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لأنه أقر به لمن لا يدعيه (الثاني) يزعمه الحاكم من يده حتى يثبت مدعيه ويؤجره ويحفظ أجره ما أسك (والتالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعوه ما ذكرنا

(لقد نصرح الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعمل القليل ومنهم من يستعمل الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حد يرجع في تفسيره إليه ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لفقركه ودوامها وأما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يعمل على ذلك والحكم فيها إذا قال عظيم جداً أو عظيم كما لو لم يقله لما قرئناه

(فصل) وإن أقر بما قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه الأول كقولنا والثاني لا يقبل إلا في أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مرراً لقول الله تعالى (لن تبتغوا بأموالكم)

## ﴿مسئلة﴾ قال ( وكل من قلت القول قوله فليخصمه عليه اليمين )

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديمة أو قال علي ثم قال وديمة أو قال له عندي رهن فقال المالك وديمة، ومثل التبريك والمضارب والمنكر لا دعوى، وإذا اختلفا في قيسة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشبه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء قوم وأمواهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشترع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهار أو الذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشترع اليمين في حقه

(نصل) إذا أقر أنه رهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض البيع أو أجزر المستأجر ثم أنكرك ذلك وسأل أحلاف خصمه فيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كالأقرار المضارب أنه ربح الفائم قال غلطت ولأن الاقرار أقوى من الينة، ولو شهدت الينة فقال احلفوه لي مع يئنته لم يستحلف كذا هنا (الثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويشارك الاقرار الينة لوجهين (أحدهما) أن العادة جارية بالاقرار بالقبض ولم يجر

ولنا ان غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالفتى واقفوا عليه وأما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها نزلت بمسكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتموا بأموالكم) والزواج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون التصاب

## ﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

أما اذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة او وافرة او عظيمة لزمته ثلاثة أيضاً وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الفتى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرماً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالاوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم البسبر ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

## ﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي كذا درهم او كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم)

لأن تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لان كذا يحتمل أن يكون جزءاً

المادة بالشهادة على القبض قبله لانها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في اليقظة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في الجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفأ وقبضها او قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن ان يكون قد اقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا يجوز إلا على اليقين، فأما ان اقر أنه وجه طعاماً ثم قال ما قبضتكمه يقال المتهم بل اقبضتبه فالقول قول الواهب لان الاصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهم فقال اقبضتنيها فقال بل اخذتها مني بنير اذني فالقول قول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهم لم يتبر اذن الواهب وإنما يتبر رضي مدة بتأني القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منها العيين لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لتير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من سمع منه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لتير الوارث جائز وحكي اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسره بذلك لانه محتمل

(مسئلة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التميز

(مسئلة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لان الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرها بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما) اذا قال كذا فيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) ان يقول درهم بالخبر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التميز وقال بعض التحويين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً لانه يجوز أن يكون أسقط جرارة

عطية بخلاف الثلث فادون. ولنا انه إقرار غير منهم فيه قبل كالأقرار في الصحة بحقه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وغري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الأقرار لوارث لانه منهم فيه على ما سذكروه

( فصل ) فان اقر لاجنبى بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيئته او قرار في صحته وفي المال سمة لهما فما سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الحر في انها سواء وهو اختيار القيسي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكرا ابو عبيد أنه قول اكثر اهل المدينة لانها حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص احدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيئته، وقال أبو الخطاب لا يخاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص احمد في المنفلس انه إذا اقر وعليه دين بيئته يبدأ بالدين الذي بالبيئته وبهذا قال النخعي والثوري واصحاب الرأي لانه اقر بعد تعلق الحق بتركه فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيئته كغريم المنفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منه من التبرع ومن الأقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تقف حباة وتبرأته فلم يشارك من اقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيئته كالذي اقر له المنفلس، وإن اقر لها جميعاً في المرض تساوي ولم يقدم السابق منها لأهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحاملات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف

المسئلة الثانية ( اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء ) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء . ولانه اذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

( المسئلة الثالثة ) ( إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد ) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه ( أحدها ) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي ( الثاني ) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن القيسي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم طاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهماً يعود التفسير الى العشرين كذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي ( الثالث ) يلزمه أكثر من درهم ولله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجمله التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ايهامه فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول القيسي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهماً يلزمه عشرون درهماً لانه أقل

## ﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بيينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الافرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كاللذهين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويطلق إن أنهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يشتم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلّة منع الافرار التهمة فاحتص التهم بموضعها، ولنا أنه إيصال ماله إلى وارثه بقوله في مرض مونة فلم يصح بتير رضي نفية وورثته كبنته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمطقتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثاها أو دونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بيينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بشئ مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجزم لزمه مائة لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بها أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي درهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا تصرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف رجح في تفسيره إليه فإن فسره بأجناس قبل منه) لأنه يحتمل ذلك

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم

وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجح في تفسير الألف إليه لأن الشيء يعلق على غير جنسه قال الله تعالى (يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فيرجح

ثم أبناها ثم رجح نزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتم فيها فأشبهه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه مالو لم يمتها، وقارق ما إذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولأولاد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له لص عليه أحد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحد لا يجوز وبهذا قال عثمان النبي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى بغيره عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالتشهادة ولانه اذا أقر لغير

في تفسيره الى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيرا له، وان عطف مندروعا أو معدوداً لم يكن تفسيرا لأن علي للإيجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما يثبت في ذمته بنفسه كان تفسيرا له كقوله مائة وخسون درهما

ولنا أن العرب تكنتي بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبتوا في كهنهم ثمانمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم يتم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخسون درهما أو ثمانمائة وثلاثة عشر رجلاً، بحقه أن المبهم يحتاج الى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجوب حمل الامر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشرا فانه امتنع أن تكون العشر أشهراً لوجوبين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤن والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تمد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالمعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الاقف مبهم قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيرا بلج ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فانه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير مأم والحاجة داعية الى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفا له الى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر، فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد للمذكر

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن همة فيثبت الحق به ولم يوجد سقط له فلا يسقط  
وإذا أقر لوarith وقم باطلا لاقران. التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوarith فلم يصح كما لو  
استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانه اعطية بعد الموت  
فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مثلنا

(فصل) وان أقر لوarith وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ويحتل أن  
لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطات شهادته في الكل وكما لو شهد  
لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة ان اقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار  
لها وان جردها صح له دون الوارث، ولنا أنه إن اقر لوarith وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما  
لو أقر بلفظين أو كما لو جرد الاجنبي الشركة، وبفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا يعتبر فيه  
المدالة، ولو أقر بشيء له فيه تقع كالاقرار بنسب مؤسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنت أو بالنكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو  
قال له أربعة دراهم وعشر

**(مسئلة)** (وان قال له على ائف وخمسون درهما أو خمسون وائف درهم فالجميع دراهم)

ويحتل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك  
ان قال الف وثلاثة دراهم أو مائة وائف درهم والصحيح الاول فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً  
لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس المدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا  
أخي له تسع وتسعون لجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث  
وستين سنة وقال عترة :

فيهان اثنتان وأربعمون حلوبة \* سوداً كمخافية الرب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجبه به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله ولانها  
تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب جملة على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة  
دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجمل الجمل من جنس المفسر لو قال بتك هذا مائة  
وخمسين درهما أو بمسنة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يجوز عليه وان قال له على الف  
درهم الا خمسين فالستين دراهم لان الرب لا تستتي في الاثبات إلا من الجنس

**(مسئلة)** (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف معها

يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي)

لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم يذكر

تفسيراً له فبقى على إبهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلصتك على الله بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لبيده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لو ارث فأشبهه الإقرار له بمال والأول أصح لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعنقه في صحته وهو أقرب نصبه حتى ولم يرثه لأن توريته يوجب إبطال الإقرار بوريته وإذا بطلت الحربة سقط الارث فصار توريته سبباً إلى إسقاط توريته فأستطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الإقرار من المريض باحبال الأمة لأنه ملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك كل مامله ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فإن قسمه بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيره ينظر في المستثنى أن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الأصح (فصل) وإن قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع ذراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك إن قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وإن قال له في هذا العبد شركة أو هو شريك في أو هو شركة ينهما رجع إلى تفسير نصيب الشريك إليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك النسوية بينهم كذا هنا.

ولنا إن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالتصنيف وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون التصنيف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت النسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا وإن قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وإن قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فصر فإن قسمه بأكثر منه قدراً قبل وإن قال أردت أكثر بقاءً ونظماً لأن الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما إذا قسمه بأكثر منه قدراً فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولو جبة حنطة، ولو قال ما علمت فلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تمتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعنق الولد فإن كان من نكاح فضليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وإن لم يبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية وتتم ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكة من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

( فصل ) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار إذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال لم أو أجل أو صدقت أو لصري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو يدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى ( هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم ) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى ( أليست بربكم قالوا بلى ) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب وإن قال اخضني الف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تصرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً بملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه اكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهه أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل انه اكثر منه بقاء أو منقمة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه اكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شير أو دخن ف يرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر ويصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى ( كانوا اكثر منهم ) وأخبر عن النبي قال ( أنا أكثر منكم مالا ) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً ) والافرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجلع حياً وأصحاحاً وأزنة حائلة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديمة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيرها بها فلا يمول على هذا

( مسألة ) (ولو ادعى عليه ديناً فقال لفلان علي أكثر مما لك ، وقال أردت التهزي ، لم يلزمه ويرجع

في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقلك علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لا ادعاء ، وان قال اشترع عدي هذا أو اعطني عدي هذا فقال لهم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي اقب إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته . ولنا انه وصل لإقراره بما يرضه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي اقب إلا الفأ ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لأنه عقب بما يرضه فصح الاقرار دون ما يرضه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا انه علقه على شرط يمكن عمله فلم يصح كما لو قال : له علي الف ان شهد بها فلان وذلك لان

(فصل) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسين لان الشيء يحتمل الكثير والغلب لا يجوز استثناء الأكثر فيتمين عمله على ما دون النصف ، وكذلك ان قال إلا قليلاً لانه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الف ومحلف على الزيادة ان ادعت عليه

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية لان ذلك ما بينها وان قال من درهم الى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا بداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لا يتناهى الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتوا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتالي قبلها .

(والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فبدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره ، وان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واحتصار حسابه أن يزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسئلة) (وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوفه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فاقدم درهم فاقدم درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال ابو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى اللفظ لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الافرار اخبار بحق سابق فلا يتماق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلفين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بشير شك ويقول الناس صابنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر هنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً وان قال بمتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاذان لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بمتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقيل صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومتضاء فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى المطف فلا فرق بينها وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم درهمان فان قال قبله درهم وبه درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير

**مسئلة** ( وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان )

وبهذا قال أبو حنيفة واصحابه، وذكر القاضي وجها فيها اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وتم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بلثالث تأكيد الثاني وريانه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تازمه الثلاثة لان الواو للمطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والافرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا بصير واحياً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان دلي لك بألف صدقه لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وان قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمال أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه ينصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

( فصل ) وان قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وان قال لا أنكر لم يكن اقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكرا الاقرار فان بينهما آخر وهو السكوت عنها وان قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن اقراراً لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فيصرف اليها وكذلك ان قال أقرت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم علي ذلك اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

إذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي السقف الداخلين فلم يحتمل التأكيده

( مسألة ) ( فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر ودادود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما اقر بدرهم واضرب منه لزمه لانه لا يقبل وجوعه عما اقر به ولزمه الدرهمان اللذان اقر بهما ولتا انه إما تقي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين .

( مسألة ) ( وان قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجوب ) ذكرهما أبو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولا يمكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تشمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة ( والوجه الثاني ) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر ودادود لان ما بعد الاضراب يباير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي اقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف السقف والمطوف غير المطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما حملنا كلامه ثنواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام الناقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقرراً لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أن يقر بالشهادة أو بطلاق دعواه وان قال لعل أو عسى لم يكن مقرراً لأنها للترجيح، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه اللفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرراً لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى الدعوى ولم يقر بوجوبه ولأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا تنم في ذلك خلافاً لأنه متى كان الذي أضر به لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فشكل مقرراً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة) اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمت في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يستقطه فلزمه درهم ويطلق قوله في دينار وكذلك ان قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم او قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال اردت في عشرة لي لزمه درهم لأنه يحتمل ما يقول وان قال اردت الحساب لزمه عشرة وان قال اردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال اللفاظ في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في مندبل أو عيد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقرراً بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقرراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر غم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خانم فيه قميص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في مندبل أو زينة في رزق، واختار شيخنا فيها اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقرراً بهما وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المندبل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال النصب فصار كأنه قال غصبت ثوبا ومندبلا

بأخذها أولى أن لا يلزم . من الوجوب ( والثاني ) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي ألف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي ألف فقال اصحابنا الاول اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بما يحتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للإقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل ان يكون التبدل للنائب وهو ظرف للتوب فيقول غصبت ثوباً في متديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بنصبه فاذا أطلق كان محتملاً فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطليها **(مسئلة)** (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقربهما)

لان الفص جزء من الخاتم فأنشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجوب فيكون مقراً بالخاتم وحده ، وان قال فص في خاتم احتدل وجوبين ، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بقصه لان اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا . (فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان ذكرناهما وقال اصحاب الشافعي تلمه عمامة البعد دون السرج لان البعد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار .

ولنا أن الظاهر أن مسرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان مسرجا على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة البعد فاما ان قال له عندي دابة مسرجة أو دار مفروشة أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

**(مسئلة)** (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تسمية اليه) لان أو وإما في الخبر اشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فان قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالاشك

## كتاب العارية

(مسئلة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتمد فيها المستعير)

العارية اباحة الاتفاح بين من اعيان المال مشتقة من طار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل لبطل عيار لترده في بطائه، والعرب تقول اعاره وطاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويعتقون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فإروي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة تام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعاره أدرعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود، واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صححت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب اهل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

## كتاب العارية

وهي مشتقة من طار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل لبطل عيار لترده في بطائه، والعرب تقول أطاره وطاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الاتفاح بين من أعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى ويعتقون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صححت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب اهل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما اذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون . ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تامة تعدى فيها المستعير او لم يتدروى ذلك عن ابن عباس وابي هريرة وابيه ذهب عطاء وانشافى واسحاق، وقال الحسن والتخمي والشعبي وعمر بن عبدالعزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدى لما روى عمرو بن شبيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكيها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى ( ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها )

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صنوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره انعم نفسه منفردا بنفسه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، الا ان تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن اسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتمتد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرتك هذا ، أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحثك الاتضاع به أو خذ هذا فاتنم به أو يقول أعرتني هذا أو اعطيتك أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشياء هذا لانه اباحة للتصرف نصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مسئلة ﴾ ( وهي حبة منفعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع )

تجوز اطاره كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقاءها على الدورام كالدرر والعيبد والجواري والنواب والثياب والحلي ليس والفحل للضراب والسكب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استمار ادراقا وذكر اطاره دلوها وغامها وذكر ابن مسعود مارية انقدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاحياء

فكان مضمونا كالفاسب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم برويه عمر بن عبد الجيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المتافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص العسكري يسقط، قال أبو الخطاب أو ما إليه أحد وهو قول قتادة والخبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والخبري أنها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ «لصفوان» بل عارية مضمونة»

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ أخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا يتعقد موجبا للضمان مع الاذن فيه، وإسقاط الضمان هنا بقي للعكس مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه. (فصل) وإذا استمتع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه لان المتافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليها ضمانها لان ما ضمن جعلته ضمنته أجزاؤه كالفصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخضل المنشفة والتعليفة وخف الثوب بلبسه فبسه فبها

وما عداها يقاس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المتافع ملك اباحته اذا لم يمنع منه مانع كالتياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها ابتغىها فهو قرض وهذا قول أصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئا وإنما ان هذا معنى القرض فان عقد القرض به كالمصرح به. فأما منافع البضغ فلا تسبغ بالبذل ولا بالإباحة أجماعا وأما إيمان بأحد شيئين الزوجية وملك العيّن قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون \* الأعلى ازواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين \* فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضغ لو ايجبت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفعا له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم تجز عاريته لذلك ولا تجوز اعارة الصيد المحرم لانه لا يجوز له امساكه

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرما)

ان كان يتخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاه أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتهى مثلها وتجاوز اعارتها لامر أو ولدي محرما لعدم ذلك، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه او يبيع الله تعالى فيها ولا اعارة عبد لمر أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يصورها ونحو ذلك لانه اعارة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستدارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجبان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت منصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالتناعم وإنما لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فانت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فإنه يضمن منافسها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فلها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تعويضها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وأن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يبيعه ثوباً ليأبسه فحل فيه ثوباً فإنه يضمن نقصه ومنافة لأنه تلف بتدبيره وإن تلف بغير تدبيره ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فيبني أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالمسك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه. (فصل) فأما ولد المارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل

﴿مسئلة﴾ (وللمير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستعير الرجوعه)

يجوز المارية مطلقه ومؤقته لأنها الإباحة فأشبهت بإباحة الطعام والمير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقتة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه ترك مدة ينتفع بها في مثلها لأن المير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بمقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر

ولنا أن المانع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولأن المتافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً فكما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فله الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد مما وضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز الاستعير الرد متى شاء بشر خلاف فعله لأنه إباحة فكان لمن أيسر له تركه كإباحة الطعام

﴿مسئلة﴾ (فإن أذن له في شغلها بشيء يستعير الرجوعه فيه لم يجز له الرجوع)

لما فيه من أضرار بالمستعير، مثل أن يبيعه سفينة لحمل متاعه أو لوحاً يرقم به سفينة فرقمها به ولجج في البحر لم يجز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

﴿مسئلة﴾ (وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضونة فيضمن كولد المنصوباً والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدا المنصوبة إذا كان منصوباً فلا أثر لكونه ولد أمها .

(فصل) ويحب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضماناً بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضماناً بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً (فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها وبراءاً بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق المادة .

وقا أنه لم يردّها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ ، منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يعطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بغير ان ذلك على يديه كزوجته المنصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ فانه القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المودع الى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ «الدارية مؤداة» وقوله «على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رمياً قاله ابن النبا ﴿مسئلة﴾ (وان اعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا اعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كأنه جوز اطراف الارض للتراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا دفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قامه انقلع ما في ملك المستعير ، منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة ﴿مسئلة﴾ (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بالآلة أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل هدمه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

﴿مسئلة﴾ (وان اعاره أرضاً للزرع لم يرجع الى الحصاد الا ان يكون مما يحصد فصيلاً فيحصده) اذا اعاره أرضاً للزرع فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع لملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد فصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره لأن ما وجب رده لزم رده إلى موضعه كالتصويب .

(فصل) ولا نصح العارية إلا من جائز التصرف لأنه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع وتصدق بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع إليه شيئاً ويقول أيجتلك الانتفاع به أو أخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطيتني أركبه أو أحمل عليه ويسلمه إليه وأشياء هذا لأنه إباحة للتصرف فصح بالقول والقيل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقدمه إلى الضيف

(فصل) ويجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والمقار والصيد والحجاري والدواب والسيارات والحلي للباس والفعل للضراب والكلاب للصيد وغير ذلك لأن النبي ﷺ استعار أدراعاً وذكر إعارة دلوها وغلها وذكر ابن مسعود طارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الأشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها ولأن ما جاز للمالك استيفاءه من المانع ملك لإباحته إذا لم يمنع منه مانع كالتياب ولأنها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالتياب ويجوز استعارة الدرهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزاً ولا تكون العارية في الدنانير وليس له أن يشتري بها شيئاً، ولنا أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به

(مسئلة) (وإن أعارها للفراس والبناء وشرط عليه الفلح في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم المؤمنون على شروطهم حديث صحيح ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لأن المستعير دخل في العارية راضياً بأحكام الضرر الداخلة عليه بالقلع وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه ولا لغيره في هذا خلافاً لما تسوية الحفر فإن كانت مشروطة عليه لزمه ما ذكرناه وإلا لم يلزمه لأنه رضي بضر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسئلة) (وإن لم يشترط لم يلزمه إلا أن يضمن له المغير النقص) فإذا لم يشترط المغير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فإن ضمن له النقص لزمه لأنه رجوع في العارية من غير اضطرار فإن قلع عليه تسوية الأرض وكذلك إن اختار أخذ بنائه وغراسه فإنه يملكه فملكه نقله لأن القلع باختياره لو امتنع منه لم يجز عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمه التسوية كالشقيح إذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لأن المغير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن قلعه غرسه الذي لا يمكن إلا بالحفر

(مسئلة) (فإن أبا القلع في الحال التي لا يهجر عليه فيها فبذل له المغير قيمة الفران والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه)

كالشقيح مع المشتري وأنوحر مع المستأجر فإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يلزم المغير لأن الفران والبناء تابع للأرض أصل ولذلك يقبها الفران والبناء في البيع ولا تبهمها وهذا كقوله القاضي وقال أبو حنيفة ومالك بطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فخرج

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة العبد لمحرم لانه لا يجوز له امساكها ولا اعارة المرأة الجليظة لرجل غير محرما ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما، ولا يجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يهضي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو لبسقيه الخمر أو يحماها له أو يهصرها أو نحو ذلك، وبكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكراه استعارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لانها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجهالة لا تؤثر في العقود اللازمة فاذا اعارة شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا اعارة أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويقبل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان اعارة للفراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء. لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذا في الكثير وان استعارها للفراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف فان ضرر الفراس في باطن الارض لانتشار الدروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والباقل والندس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المير لم يضره فكان عليه القلع كالمو شرط عليه

ولما أنه بنى وغرس باذن المير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كالمطالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يضره ممنوع فان الفراس والبناء يراد لتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا يغرس بعد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المير من دفع القيمة وارضى النفس وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرام بقطع) لان العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر اذائه رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق» مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان انتفاعا على البيع يمت الارض بتراسها وبنائها ودفع مالي كل واحد منها قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا فراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مفروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أبا البيع ترك بحاله) وقلنا لها المصرفا فلا حكم لكا عندنا

(مسئلة) (والمعبر التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجهه أن المير التصرف في أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالفراس والبناء ولا ينقض بها، والمستعير الدخول للسنن والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من الفرج ونحوه لانه قد رجم في الاذن له

وليس له زرع ماهوا أكثر ضرراً منه كالندرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فاقلمت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا احتص بشيء لم يتجاوزوه

(فصل) وان استمار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم أن المستبر لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستبر استعمال المزارع فيما أذن له فيه وليس له أن يبره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استمار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فلك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الفرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما يوم ما يختص به مع الملك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستبر البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان للمير اخذه منه متى شاء بقيته قلنا عدم استقراره لا يمنع يمه بدليل الشفص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استمار ارضاً فزرعها ورجع المير فيها قبل كمال الزرع فله اجرة مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإطارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة. تبيح الانتفاع مالم يتقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففما عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المزار ارضاً لم يكن له ان يفرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب النصب

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوقاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجح على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجح على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحلال فيحصل ان يستقر الضمان على الاول لانه غير الثاني ودفع اليه العين على انه يستوفي مناقضا بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجح على الاول رجح الاول على الثاني وان رجح على الثاني لم يرجح على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً اومدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان للمالك تضمنين من شاء منها على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستير عبداً برهنه قال ابن المنذر أجموا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً برهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما اذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستير دابة يركبها الى موضع معلوم لان إيجارها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز إيجارته كالكلب للصيد، فان استعارها الى موضع لجأوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للرائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستير الى فرسخين فاقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ما قال المستير فاقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن التمين على المدعى عليه» (مسئلة) (وان حمل السبل بذرا الى أرض فثبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلبه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبهه مالو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك غيره ولنا ان قلبه اتلاف للمال عنى مالكة ولم يوجد منه تقربط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما او حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها، ويقارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تقربطه أشبه ما اذا بان دابته في أرض لسان بغير تقربطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لأن الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها طارية للجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كماارية الأرض للزرع ، ولا بصير المعبر ضامناً للدين وقال الشافعي في أحد قولي به بصير ضامناً له في رقة عبده لأن العارية ما يستحق به منقمة العين والمنقمة هنا للمالك فدل على أنه ضامن

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر الموازي وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو للمالك العين، وإن عين المعبر قدر الدين الذي برهنه به وجنسه أو محلاتين لأن العارية تمين بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل يخالفه فيه لانه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفككه به في الحال، وإن أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده الى أجل لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وإن رهنه بأقل منه جاز لأن من رضي بشرة رضي بما دونها عرفاً فأشبهه من أمر بشراء شيء بمن فاشترأ بدونه والمعبر مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لأن للمعبر الرجوع في العارية متى شاء وإن حل الدين فلم يفككه الراهن جاز يده في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن فإذا بيع في الدين أو تلف رجح السيد على الراهن بقيته لأن العارية تضمن بقيتها

بقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرام به وشغل للملكة بغير اختياره فلم يجوز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره طاماً ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع للمالك البذر لانه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الأرض اخذته بقيته كزرع الناصب على ما نذكره والاول أولى لانه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بوضع الاجر اليه ، وإن أحب ما لكه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وإن حمل السيل نوى غرس رجل قبتت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو للمالك النوى) لأنه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه هنا لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هوا ملك غيره ، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الناصب ؟ على وجهين ( احدهما ) يكون كغرس الناصب لانه حصل في ملك غيره بغير اذنه ( الثاني ) كغرس الشفيع لانه حصل في ملك غيره بغير تفریط منه ولا عدوان .

( فصل ) وإن حمل السيل أرضاً بشجرها قبتت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يجبر على ازلتها كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجراءه ولا غيره لانه حصل بغير تفریطه ولا عدوانه وكانت الحيرة

وإن تلف بغير تعريض فلا شيء على المرتهن لأن الرهن لا يضمن من غير تمد، وإن استعار عبداً من رجلين فوهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن يخرج حصه أحدهما ثم يخرج لانه رهنه بجميع الدين في صافقة فلا ينفك بفضه بقضاء بعض الدين كما لو كان البديل واحد

(فصل) ويجوز العارية مطلقاً ومؤقتة لأنها إباحتها فأشبهت إباحتها الطعام والمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء . واء كانت مطلقاً أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء ينضمر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك أن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم تؤقت له مدة لزمه ركة مدة ينفع بها في مثلها لأن المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بمقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالمعير الموصى بمخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإجارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما البديل الموصى بمخدمته فالموصى الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه يملك بمقد ما وضة فيلزم بخلاف مستلثاء، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف فله لانه إباحتها فكان لمن أبيع له ركة كإباحتها الطعام .

(فصل) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينفع بها ما لم يرجع وإن وقفها فله أن ينفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن فقباعدا عمل الأذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذ نفسه وان شاء فله .

(فصل) قال رضي الله عنه ( وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر )

لانه ملك التصرف بقول المالك وأذنه فأشبهه المستأجر لانه ملكه بأذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الأذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للعراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يعرس ولم يبن وان استعارها للعرس او البناء ملك التأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك إن استعارها لزرع الخنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك إن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانتقلت لم يملك غرس أخرى لان الأذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعة نفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه وبده كيد ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا يعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على ان للمستعير استعمال المعار فيها أذن له فيه (فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكة ، وله ذلك بأذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن

ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقة عبده في أحد قولي لانه العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضامن

الغار أرضاً لم يكن له أن ينرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحككه حكم الناصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لمروق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من تقع الأرض على وجه المدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر وقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

( فصل ) فان أماره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أمانه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لان الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به ، مثل أن يهبره لوحاً يرقع به سفينه فرقتها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه ، وإن أماره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فاذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت ، وإن أماره حائطاً يضع عليه أطراف خشبه جاز كما يجوز إجارة الأرض للبناء والفراس وله الرجوع ما لم يضمه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك أرضاً ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن اتهدم الحائط وزال الحطب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك لإعادته سواء بنى الحائط

ولنا انه اماره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضماناً كسائر العواري وإنما يستحق بالطريقة التمتع المأذون فيه وما عداه من التمتع فهو لملك العين .

( مسألة ) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط قضي ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أو لم تعد ) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وأصحابه ، وقال الحسن والنضي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المثل ضمان » ولأنه قبضها بإذن مالكيها فكانت أمانة كالوديعة ، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى ( إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها ) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بن يحيى مضمون « وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفسه من غير استحقاق ولا اذن في الانلاف فكان مضموناً كالنصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم برويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المناقم والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بآته أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحطب والحائط بحاله ، وإن أطاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع ليجلسه لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لان له وقتاً ينتهي اليه فإن كان ما يخصصه نصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والفراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فإذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الفراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبهه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ولم يفرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لانه ملكه فلك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أطاره مع علمه بان له قلع غرسه ، ويحتدل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يسترها ، وإن أبنى القلع فبذل له المعبر ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه المعبر أجبر المستعير عليه لانه رجوع في العارية من غير اضرار ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتعبرني لم يكن له لان الفراس تابع للأرض أصل ولذلك يتبعها الفراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أطاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعبر لم يبره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة المكبري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وبه قال قتادة والسنبري لانه لو أذن في الائتلاف لم يجب ضمانها فكذلك إذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والسنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب نقول النبي صلى الله عليه وسلم لسفوان « بل عارية مضمونة » .

وثان كل عقد انقضى الضمان لم يبره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما انقضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الائتلاف فان الائتلاف فصل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينقصد موجياً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً وضمنها بثمنها ان كانت مثلية

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لان مقتضى المقدم كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه نبي وغرس باذن المير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان التراس والبناء يراد للتيقن وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تفرس بعد هذه المدة فان امتنع المير من دفع القيمة وارث النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يعلق لان الاجارة تقتضي الاتقاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزائه رضا بالبقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمضمومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فصد ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بقراسها ودفع إلى كل واحد منها قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مفروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا ولم تساوي مفروسة ومبنية فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمير ثلثا الثمن والمستعير ثلثه وان امتنع عن البيع بقيا على حالها ولمير دخول أرضه كيف شاء والاتقاع بها بما لا يضر التراس والبناء ولا يتفجع بهما وليس لصاحب التراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في التراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ عماره وسقيه وليس له دخوله للفرج لانه قدر جمع في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لباثمه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن المير أخذ منه حتى شاء بقيته فلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل النقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المير

مالكة وما كان مضموناً لا يتقن ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نبي ضمانه لا يتقن مع وجوب سببه كما لو اشترط نبي ضمان ما يتعدى فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه

( مسألة ) ( وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعل وجب )

وجله ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صحتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمنه جملته تضمن أجزاؤه كالمصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان ( أحدهما ) يجب ضمانه لأنه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمصوب ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تلف بالاستعمال ( والثاني ) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالتلف وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الاتقاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستأجرة فانه يضمن منافها فان قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الأجزاء الثالثة تلفت غير مضمونة اذ كونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشفولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخلى عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا فم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه ما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضى بضر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيها إذا استأر أرضاً للزروع فزرعها ثم رجع المير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منم من القلع لما فيه من الضرر في دفع الاجر جم بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضى الاتفاع بغير عوض .

( فصل ) واذا استأر دابة ليركها جاز لان اجارها لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازا فيها لا تجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استأرها إلى موضع فخاوزه فقد تصدى وعليه الاجرة للزيادة خاصة فاذا استأرها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استأر ثوباً ليلبسه فحمل فيه ثوباً فانه يضمن نقصه ومانعه لانه تلف بتعديده وان تلف بتعديده وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه

( فصل ) ولا يجب ضمان ولد العارية في احد الوجين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه ( مسألة ) ( وليس للمستعير أن يبر ) وهذا أحد الوجين لاصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون منجبا لاحد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبنى فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المحرد قولاً لاحد ، وقال أصحاب الرأي اذا استأر ثوباً ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعبرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أمرتها إلى طبرية وقال المستعير أمرتها إلى القدس فاقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير فاقول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « اكن العين على المدعى عليه » (فصل) ومن استمار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما لكا أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المغير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المغير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه قال أحمد في فصار دفع ثوبا الى غير صاحبه قلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فانقيمة نستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المغير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه ، وان نفعت العين بالاستعمال انبني على ضمان التقص فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان قلنا هو على المغير فهو كالأجر على ما بيناه

(فصل) اذا حمل السيل بندر رجل من أرض الى أرض غيره فبنت فيها لم يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الأرض به لان ملكه حصل في ملك غيره بترادفه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره . ولنا أن قلعه انتلاف للمال على مالكة ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابة في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فالتا لا يجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره الانتفاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أبيع له أكل الطعام . فلي هذا ان أعار فلانك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعا بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فلذلك تضمنين أيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني أن ضمنه على أحد .

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤونة رد العارية)

لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن ، ويجب ردها الى المير أو الوكيل في قبضها ويرا بذلك من ضلتها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضلتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد الواري في العادة يكون الى املاك اوليا فيكون مأذونا فيه عادة .

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده  
 باجر مثله وقال القاضي ليس عليه اجر لانه حصل في أرض غيره بغير تقريظه فأشبهه ما لو باتت دابته  
 في أرض انسان بغير تقريظه وهذا بعيد لان الزامه بتقوية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير اجر  
 ولا انتفاع لإضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يجز كما لو أراد ابقائه بهيمته في دار  
 غيره عاما ، وبفارق مبيتها لان ذلك لا يعبر المالك عليه ولا ينفع من اخراجها فاذا ركبها اختياراً منه  
 كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم  
 هذا الزرع حكم زرع الفاصب على ما سنذكره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما لو زرعه مالك  
 والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر اليه ، وان أحب  
 مالكة قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح  
 ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى قبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه  
 فهو للمالك النوى لانه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته  
 كاختصاص الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكتها وان حمل السيل أرضاً بشجرها قبت في أرض  
 آخر كما كانت فهي لمالكتها يجبر على ازلتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الأرض المنتفعة  
 أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل  
 بغير تقريظه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الأرض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلمه

ولنا انه لم يردا الى مالكتها ولا نأبى فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يعطل  
 بالسارق اذا رد المسروق الى الخبز ولا نسلم ان العادة ما ذكر  
 (مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطلب المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته  
 بجزان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المنتصرة  
 في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احمد قال في الوديعة اذا  
 سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً  
 (فصل) ومن استعار شيئاً فاتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما كره أجر مثله بطالب به من شاء منها  
 فان ضمن المستعير رجع على المبر بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه  
 وان ضمن المبر لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في فصار دفر ثوباً الى غير صاحبه  
 فلبسه فالضمان على الفصار دون اللابس وسنذكره في النصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قاعة فاقول قول الراكب  
 اذا اختلف رب اندابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرمتكها

( فصل ) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقيد او بعد مضي مدة مثلها اجر فان كان عقيب العقيد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لاجارة و كذلك ان ادعى المالك انها طرية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لا ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة مثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفاقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كقول المالك بتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري بحري الايمان في الملك والمقعد عليها ولو اختلفا في الايمان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره . يطل هذه المسئلة ولانها اتفاقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالايمان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجبان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفاقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع اختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل ، وان كان اختلفا فيها في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقيد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها طرية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقيد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

( مسئلة ) ( وان كان بعد مضي مدة لها اجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها ) حكى ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفاقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا انها اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كقول المالك بتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري بحري الايمان في الملك والمقعد عليها ولو اختلفا في الايمان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره . يطل هذه المسئلة ولانها اتفاقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالايمان فيحلف المالك ويستحق الاجر

( مسئلة ) ( وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجيبين ) (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفاقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع اختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل والاول أوضح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير يمينه وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وانما في قال قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمه قبل مضي مدة ثلثها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاطارة أو الاطارة لانه ان ادعى الاطارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاطارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيها يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة ثلثها أجر وتلف البهيمه وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يتعرف به الراكب فالقول قول المالك بغير بين سواء ادعى الاطارة أو الاطارة إذ لا فائدة في البين على شيء يتعرف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويتعرف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمه أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاطارة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبها وقال الراكب بل أمرتني فان كان الاختلاف عقيب المقد والداية قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الداية تالفة لان

عقيب المقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باطارة فهو يدعي استحقاق المتأخر ويتعرف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) وان اختلفا بعد تلف الداية فقال المالك امرتك وقال الراكب بل أجرتمني فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاطارة أو العارية لانه ان ادعى الاطارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاطارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيها يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها اجرة والبهيمه تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يتعرف به الراكب فالقول قول المالك بغير بين سواء ادعى الاطارة أو الاطارة إذ لا فائدة في البين على شيء يتعرف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويتعرف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الداية

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان كان الاختلاف بمد مضي مدة مثلها أجر  
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول  
قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق  
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانها ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب  
وهما لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول  
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غصبها وقال الراكب  
أجر ثمنها فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر  
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد  
بقيت مدة مثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لا تقاها على استحقاقه وكذلك  
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الايمين وجهاً واحداً

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها غارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر وادعى الراكب  
انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب  
انها غارية فالقول قول المالك في الدوريتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب  
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

( مسألة ) ( وان قال أجرتمني أو أمرتمني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الناصب )  
اذا كان الاختلاف عقيب العقدة والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف وبأخذ المالك دابته وكذلك  
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب اعارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان  
كان الاختلاف بمد مضي مدة لما أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول  
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضاً  
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانها ثم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب وههنا  
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر  
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبها وقال الراكب أجر ثمنها  
فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل  
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها  
وان كانت قد بقيت مدة مثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لا تقاها على استحقاقه  
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه  
الا باليمين وجهاً واحداً والله أعلم

## كتاب الغصب

النصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم يتيماً بالباطل ولا تأكلوا أموالكم يتيماً بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقفة نوع من النصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن بثر بن بثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يملك مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم النصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

## كتاب النصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم يتيماً بالباطل إلا أن تكون تجارة عن راض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم يتيماً بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن بثر بن بثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يملك مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم النصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والمقار بالنصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر ولأنها تضمن بالقيمة فضنت بالنصب كالقن ولأنها مملوكة أشبهت المديرة وفارقت الحررة قلنا ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المتصوب منه معلق بين ماله ومال غيره ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلقى في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاءه وتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسماع والقياس طريقه الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن الضبري يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت صالحاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبنت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأفكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام، رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفعت النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن العتار بالنصب ويتصور غصب الأراضى والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المتصور عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فبمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الناصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من السواء لم يكن عليه شيء، فظاهر هذا أنها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب فإن أتلفها ضمنها بالاتلاف لأنه لم يوجد فيها الثقل والتحويل فلم يرضونها كما لو حال بينه وبين متاعه فنكف المتاع ولأن النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه

ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العتار

ولنا قوله عليه السلام «من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين» متفق على معناه وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتصب ويظلم فيه ولو كان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالتقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره هنا أن يجبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلقى من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتريقها أو كسقط ترابها والقاه الحجارة فيها أو نقص يحصل بفراسه أو بنائه فيضمنه بتبر خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعتار يضمن بالاتلاف من غير خلاف.

(فصل) ولا يحصل النصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بتبر

وحبس المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولاً ، ورواه الزمذني نحوه وقال حديث حسن صحيح  
ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بغيراً ورد منه

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه  
قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه  
الاشياء لا تتساوى أجزاءها وتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب إليها فكانت أولى وأما الخبر فحصول  
على أنه يجوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك

( فصل ) وما تماثل أجزاءه وتماثل صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بيته  
بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطبوع من مأكول أو مشروب فجميع على أنه يجب على مستهلكه  
مثله لا قيمته وأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام احمد انه يضمن بمثله أيضاً فانه قال في رواية  
حرب و ابراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر  
هذا وجوب المثل في كل مكييل وموزن الا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والزرصاح  
من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذنه في دخولها لان يد  
الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فان النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنه لو  
تأخر في الدار ولا يئنه حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحراة له ولأنه إنما يضمن  
بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا تثبت به  
النصب اذا كان بغير اذن .

( مسألة ) ( وان غصب كلباً فيه قعر أو خر ذمي لزمه ردّها )

اذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبهه المال ، وان ألقه لم  
يرمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز  
وان غصب خر ذمي لزمه ردها لانه يقر على شربها فان ألقها لم يلزمه قيمتها سواء ألقه مسلم أو ذمي  
وسواء كان مسلماً أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهرب مسكراً مسلماً أو لذمي فلا  
ضمان عليه وكذلك الخنزير بهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحمر والخنزير اذا  
ألقها على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم  
عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقوماً ولأنها مال  
لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان طامه كتب اليه : ان أهل الذمة يمرون بالعائز ومعهم  
الحمور فكتب اليه عمر ولوم يميها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبهه غير السكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الاثمان والذهب والرطب والسكر يضمن بقيمته وظاهر كلام احمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة ما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لعدم وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلي هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الخلي وجب ارض كسره وبخلاف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالمقد وتنفرد بضمها بالاتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الخلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنها تراخيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالإواني وحلي الرجال لم يجز ضمها به بأكثر من وزنه وجبوا واحداً لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمدمومة .

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن الله ورسوله حرم يوم الحز والميتة والخزير والاصنام » متفق عليه وما حرم يومه لا حرمت له نجس قيمته كالميتة ولأن مالهم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كالترد، ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي فان حرمها ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه اليها فان ثبت في حق احدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها منصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان لساء أهل الحرب وصبيانهم منصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عديم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عديم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه اراد ترك الترض لهم وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم اذا تبايسوا وتقايسوا حكنا لهم بالملك ولم تنقضه ونسبها أثماناً مجاز كما سمي الله تعالى من يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فان غصب من مسلم خيراً حرم ردها ووجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بأرأقتها، وان اتلفها او تلفت عنده لم يجب ضمها لها روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولان ما حرم الاتفاع به لم يجب ضمها كالميتة والدم، فان أمسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكة فلزمه ردها فان تلفت ضمها له لانها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، فان أراقها

(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على فاضلها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرق قيمة لأرض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحرير فلم يضمنها كالأحوال بينه وبين مناعه فلف المتاع ولأن النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه زول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار وثنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوفه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يلقب ويظلم فيه ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في النصب كالقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع وأما إذا حال بينه وبين مناعه فما استولى على ماله فنظيره هنا أن يجلس المالك ولا يستولي

فجميعها السان فتخلت عنده رد الخلل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فن قال بطهارته أو يجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب العجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان أتلفه او أتلف ميتة بجوارها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل يديه (مسئلة) (وان دبهه وقتنا بطهارته يلزمه رده كالحجر اذا نخلت ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وان قلنا لا يطهر لم يوجب رده لانه لا يباح الاتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الاتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ (مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحرق لانه لا يضمن بالنصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حرراً فأتى عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون ميراً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه السيد الصغير فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته) لانه استوفى مناعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ما نلف من الارض بفعله أو سبب فعله كقدم حيطانها أو قمرتها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفرسه أو بناه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والمقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل النصب من غير استيلاء فلو دخل أرض المسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو بغير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار اذنه في دخولها لأن بدالداخل ثبتت عليها ذلك فيصير فاصباً فإن النصب اثبات البد العادية وهذا قد ثبتت بده بدليل أنها لو تنازعا في الدار ولا يثبت لها حكمها لمن هو فيها دون الخارج منها. وثنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل محمراً ولأنه إنما يضمن بالنصب ما يضمنه في العارية وهذا لا يثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب إذا كان بغير إذن

(الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض نيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بناه لزم الناصب ذلك ولا يضمن فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من

كثافع البعد، وإن حبسه مدة لثمن أجره ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعتها وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كثافع البعد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تاجرة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا ولو منه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالمعدل يضمن منافعه فالمرء أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما ثبت البعد عليه في النصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المنصوب إن قدر على رده وإن عزم عليه أضاف قيمته إذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً من أخذ عصاً أخيه فليردها» رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الثمن والنيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن عزم عليه أضاف قيمته لأنه حتى يتبعده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الناصب خذ مني أجر رده وتعلمه مني هبنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني يباضة فاحتصبا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففضى للرجل بارضه وفضى للآخر أن يزرع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤوس وإنما نخل عم (١) ولأنه شغل ملك غيره بملك الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تقربيه كما لو جعل فيه قاشا وإذا قلما لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفضله في ملك غيره فلزمته إزالته، وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا وإن طلب أخذه بقيته وأبى مالك إلا القلع فله القلع لأنه لا يملك ذلك لقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تمويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لأن الحق لها فجاز ما اتفق عليه وإن رهب الناصب الفرس والبناء لما لك الأرض ليتخلص من قلمه وقبلة المالك جاز وإن أبى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وإن لم يكن في قلمه غرض صحيح احتسب أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الحصومة من غير غرض يفتوت ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يتبر الرضى فيه، وإن نصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فزرعه فيه فالكل للمالك الأرض فإن طالبه المالك بقلمه وفي قلمه غرض اجبر على قلمه لأنه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الفرس لما ذكرنا

إليه لم يملك الناصب رده لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الناصب ذلك سواء كان أقرب إلى المكان الذي يلزمه رده إليه أولاً لأنه معاوضة، وإن قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تحليسه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صفار الحب بكباره أو زيبياً أسود باسمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده إذا بده وإن أمكن تمييز بعضه وجب تمييزاً ما أمكن منه وإن لم يمكن تمييز شيء منه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلى) إذا نصب شيئاً فغشاه بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خلط به ثوبه أو نحوه فإن بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة قتلت لم يجب رده ووجبت قيمته لأنه صار هالكاً فوجبت قيمته كما لو تلف، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفضل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب أداء الخشبة والحجر لأنه صار تابعاً للملك يستتر بقلمه فلم يجب رده كما لو نصب خيطاً خلط به جرح عبده

ولنا أنه منسوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالمعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على السبد من قلمه لأنه لا يجوز له رده ما في ضمنه من تلف الآدمي ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلمه غرض لم يبيع على قلمه لأنه سفه فلا يبيع على السفه وقيل يبيع لأن المالك يحكم في ملكه والناصب غير يحكم فإن أراد الناصب قلمه ومنه الحاكم لم يملك قلمه لأن الجليم ملك للنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيها إذا بنى في الأرض كالحكم فيها إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه إلا أنه يخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لأصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن في التقض غرض صحيح لأن التقض سفه والاول اصح لما روى الحلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربيع قوم ياذنهم قلمه القيمة ومن بنى بغير اذنهم قلمه التقض» ولأن ذلك معاوضة فلا يبيع عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للناصب التقض على ما ذكرنا في النرس

(فصل) وإن غصب داراً فخصصها وزوقها وطالبه ربحها بإزالتها وفي إزالتها غرض لزمه إزالتها وأرض تخصصها إن نقصت وإن لم يكن فيه غرض فوجه الناصب للمالكها أجبر على قبوله لأن ذلك صفة في الدار فأشبهت بقصارة الثوب ويحتمل أن لا يبيع لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وإن طلب الناصب قلمه ومنه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللناصب قلمه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وإن

﴿مسئلة﴾ ( وإن سمر بالمسامير بأهأ لزمه قلمها وردها ) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وإن غصب نصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خفية وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد التفصيل والخفية كما ينقض البناء لرد الساحة فإن كان حصوله في الدار بغير تخطيط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب التفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تخطيط من صاحب الدار ، وأما الخفية فإن كان كسرهما أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالتفصيل وإن كان أقل كسرت ويحتمل في التفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج سحاً لأنه في معنى الخفية ، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها نصيلاً أو خفية أو تمدى على السان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخفية وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه ، ولو باع داراً فيها خواصي لا يخرج إلا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله ، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه لا فائدة فيه وبصطلحان على ذلك أما بان بشرته مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتمتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها على ما ذكره ، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الناصب إلا أن يكون الحيوان آدمياً ويهارق الحيط فإنه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة فقيه وجهان (أحدهما) يملك قلبه لأنه عين ماله (والثاني) لا يملك لأنه سفه بضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وإن بذل المالك له قيمته ليرتكبه

(فصل) وإن غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشته؟ لا يختم وجوبه، وإن منعه المالك فرشه أو رده وطلب الناصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وإن أخذ تراب أرض فغصب به لبناء رده ولا شيء له إلا أن يكون قد جعل فيه تبناً له فيكون له أن يحمله ويأخذ تبنه وإن كان لا يحصل منه شيء فقيه وجهان بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وإن لم يملك المالك يحمله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وإن جعله أجراً أو فخراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه لأن ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال.

(فصل) وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر بالأرض ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك إن حفر فيها بئراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجمهورية أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغائب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتليت شاة رجل جوهره آخر غير منصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهره لأنه لتخليص ماله فإن كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهره لأن التفريط من غيره فكان الضرر على المفريط.

(فصل) وإن أدخلت رأسها في قنقم ولم يمكن إخراجها إلا بذبحها أو كسر القنقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وإن كان كسر القنقم أقل كسره، فإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وإن كان من صاحب القنقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وإن لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وإن كسر القنقم لأنه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القنقم لأنه لتخليص ماله فإن قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القنقم لا يجبر على شيء لأنه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وإنما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تذيب الحيوان فيقال له إما أن تذبح الشاة لترميمها من المذاب وإما أن ترمم القنقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من المذاب فلزم كلفها، فإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بئر اذنه وان أراد الفاضل طمها فتمه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان مايقع فيها أو يكون قد نقل رايها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تخريجه فله الرد لما فيه من النرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأه المنصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا يتم فيه فلم يكن له فله كما لو غصب نفرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نفرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لانه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها

وتأ أن الضمان إنما لزمه لوجود التمدي فاذا رضي صاحب الارض زال التمدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وإنما هو اسقاط التمدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالابراء، ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

( الفصل الثالث ) ان على الفاضل أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فلي الفاضل أجر مثله سواء استوفى المنافع او تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب ارضاً فيها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الفاضل فعليه أجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا يقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت العناية من صاحبه قتل لان حرمة معارضا بحرمة مال الآدمي الذي يتلف والحي عن ذبحه معارض بالثبي عن اضاعه المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعه المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقه في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبرته كسرت وورد الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك ان كان درهماً أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقه في محبرة آخر بفعل الفاضل أو بغير فعله كسرت لرد. وعلى الفاضل ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقيته الواقع فيها ضمنه الفاضل ولم يكسر، وان رمى انسان ديناراً في محبرة غيره عدواً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الفاضل نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الفاضل ويضمن الفاضل قيمتها كما لو غرس في ارض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لأخذ ثمره . ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الفاضل قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (مسئلة) . ان زرع الارض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها )

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بقراب منها وآلات للمنسوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنسوب منه وانما للناصب فيها اثر الفضل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً، وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء تهدم وتلف فلم يجب اجرة مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بألة من عنده فالجحر فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنسوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيها قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناء الناصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الناصب باعها فبناها المشتري او نقضها ثم بناها فالجحر لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما تلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضامنه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب بنفس اتانف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للناصب لا تعلم فيه خلافاً لانه غام ماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لان ذكره فيها إذا غرسها أو بنى فيها  
(مسئلة) (وان أدركها بها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة منه وبين أخذه بموضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الناصب وقد علم على أخذها منه متى أدركها ربه والزرع قائم لم يملك اجبار الناصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض الى الحصاد ويأخذ من الناصب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الناصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لمرق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظمناً أشبه التمرس

ولما ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على القلع لانه ملك للمنسوب منه ولانه أمكن رد المنسوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الناصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة تحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقه به سفينة فانه لا يجبر على رد المنسوب في اللجة وينتظر حتى ترمى صيانة اللؤلؤ عن

( العصل الرابع ) ان على الناصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الفرس او نقصت بغيره وهكذا كل عين مقصوبة على الناصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقرا كثوب تحرق واناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الناصب فوجب ضمانه كالتفريق من الطعام والذراع من الثوب وهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ ارشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية مومى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية ائلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين قاتلت غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما فنصت وان شاء سلبها واخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي يفتني على ذلك لانه ائلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة ووجبتهم انه ائلف المنفعة المقصودة من السلمة فلزمته قيمتها كما لو ائلف جميعها

ائلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتناول ولا يعلم متى يتقطع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الفرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين وبسبب بكل واحد منها في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للناصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كالوترك في الدار طعاماً يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيها رد على الناصب روايتان:

( إحداهما ) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أئلفه ولان الزرع للناصب الى حين نزعها منه بدليل أنه لو اخذ قبل انزع المالك كان ملكا له بأخذه فيكون أخذ المالك له ملكا له الا ان يوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الناصب أجر الارض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره

( والرواية الثانية ) يرد على الناصب ما أغرق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرفي وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبهه ماله غصب دجاجة فخضت بيضاً له كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للانثر ولذلك جعلناه للناصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يبيع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للناصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جنابة على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جنابة تنص بها القيمة فأشبهه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فاق عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقاً للميئين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمت فيهما شيئاً، قيل له فان كان ببعراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احمد اعلم اوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للامر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقدرروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا نزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجرم

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كازطبة احتدل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في هوم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتدل ان حكمه حكم الفرس بقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لآل زرع مثل حكم الفرس وأما ترك فيما تقل مدته للامر فقها عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب أرضاً ففترسها فأثمرت فأدركها ربهما بعد اخذ الناصب ثم رثها فمى له فان ادركها والثمره فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في أرضه ولانها ماء اصل محكوم به للناصب فكان له كاعصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الفرس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب أرضاً ففترسها فالتماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من انفق ما افقحه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قوماً فيها كالزرع قال شيخنا والاول اصح لان احمد قد صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وأما صار اليه للامر فيخص الحكم به ولا يهدى الى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجوب (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمره نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي ثبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فأثمر فأثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه ثم وزاد فأشبهه ما لو طالت اعصانه، ويرد الثمر ان كان باقياً وبدله ان تلف وان كان رطباً فصار ثمراً او ضياً فصار زبياً فله رده وارث نقصه ان نقص ولا شيء له بسبه فيه ولا

وأينا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنفع هامن وجبين كالداية والبير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداها ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروى عن أحمد في المبدأ أنه يضمن في النصب بما يضمن به في الحجاية ففي يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لا يباحس البعد فكان مقدرا من قيمته كأرض الحجاية . ولنا أنه ضمان مال من غير حجاية فكان الواجب ما نقص كأثوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفقوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لو جبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كذبح الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فلان قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يمتنع به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كإروى منه أنه قضى في الدين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب في الدين نصف القيمة كمين الآدمي، وأما ضمان الحناية على أطراف اليد فمحمول به عن القياس للإلحاق بالحجاية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحالفة بسائر الأموال المنصوبة، وقول أبي حنيفة أن هذا في بهيمة الأنعام والداية لا يصح لأن هذا القول يبنى على قول عمر وقول عمر أعمه في الدابة والداية في المرف ما يعدل ركوب دون بهيمة الأنعام

أجرة عليه للشجر لأن أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجها وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها أن ولدت عنده وضمان لئنها بمنته لأنه من ذوات الأمثال ويضمن إربارها وأشمارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد النصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

(مسئلة) (وان غرس او بنى اخذ بقطع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها) متى غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها وطلب صاحب الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الناصب ذلك ولا سلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لسرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن يزرع نخله قال فأتى رأسها يضرب في أصولها بالفؤس وأنها لنخل عم ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفعه بغير إذنه فلزمه تفرغه كما لو جعل فيه قناتاً ، وإذا قلها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان نصب عبد أجنبي عليه جناية مقدره الدية فعلى قوتنا ضمان النصب ضمان الجناية الواجب ارض الجناية كما لو جني عليه من غير نصب فنقصه الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارض النقص اودية ذلك العوض لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجداجمياً، فان نصب عبداً يساوي القاءً فزادت قيمته نصار يساوي الثمين ثم قطع يده فنقص الفأزمه انفورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضونة وبذ العبد كصفه فكأنه بقتل يده فوت لصفه وإن نقص القاء وخسائته وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخسائته ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف ويرد العبد تحسب وإن نقص خسائته فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خسائته ؟ على وجهين .

(فصل) وإن نصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضعه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا ان ضمان النصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب هنا شيئاً، وإن اختار تضمين الناصب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية فمعه نصف القيمة ورجعها الناصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارض جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً أو ان طلب أخذه بقيته وامي مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكة فملكه ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تبويضه عنه - جاز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الناصب التراس والبناء للمالك الارض ليتخاص من قلعه فقبله المالك جاز وان ابي قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان نصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فترسه فيها فالسكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وله في قلعه غرض أجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض وتقصاوتقص التراس لانه نقص حصل في يد الناصب اشبه ما لو نصب طعاماً فنلف بعضه وان لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والناصب غير محكم فان اراد الناصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بشير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد البد لمن عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالكين ان يصر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن المتلف البض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولأن المضمون هو المقتول فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع سبع أصابع وبهذا يفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجثة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بخير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن حتى البد المنصوب جنابته مضمونة على الناصب لانه نقص في البد الجاني لكون ارش الجنابة يتعلق برقيته فكان مضموناً على الناصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق البد ، وإن جنى على سيده جنابته مضمونة على الناصب أيضاً لأنها من جهة جنابته فكان مضموناً على الناصب كالجنابة على الاجنبي .

(فصل) اذا نقصت عين المنصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذهب جزءاً مقدر البدل كعبد خصاء وزيت أغلاء وتقررة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيها اذا بنى في الارض كالحكم فيها اذا غرس فيها في هذا التفصيل جيد الا انه يخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباغ قوم بائتهم فله القيمة ومن بنى بخير لم يؤثم فله النقص » ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للناصب النقص على ما ذكرنا في النرس

(فصل) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الناصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبناء رده ولا شيء له الا ان يحصل فيه تقبل له فله ان يحمله ويأخذ به ، فان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كسشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جملة آجره أو نخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا لتلك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص البعد بقيمته ونقص الزيت والثمرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كالمثل لو أذهب الجليخ (الثاني) أن لا يكون مقدرأ مثل ان نصب عبداً ذا عمن مفرط تخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا بانقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدر البديل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البديل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كمصير أغلاء فذهبت مائته وانقصت أجزاءه فنقصت عنه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار إنما أذهبت مائته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلالاته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كمن البعد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البديل فأشبه الزيت اذا أغلاء وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منها مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاء فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فليس عليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى البعد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة مالو فقأ عينه وهل يجب في المصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان نصب عبداً فسد من سنا فنقصت به قيمته أو كان شاباً فصار شيخاً أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالفرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كأناء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين اسأكه مع الارض ودوي عن أحمد كلام محتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد إن شاء شق الثوب وان شاء مثله بنى واقه أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان الجنابة أتلفت معظم ثمنه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأنفق غرض صاحبها فيها كان الجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي بنبني على ذلك لانه أنفق غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أنفق المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أنفقها

ولما أنها جنابة على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جنابة تنقص بها القيمة اشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أنفق جميعها لان الاعتبار بالجني عليه لا بغرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره . وعليه أجر الارض منذ نصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت نحت يده لانها

ناهداً فقط ثدياها وجب ارش النقص لا نيل فيه خلافاً، فان كان البعد أمرد قبنت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نفسه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائم لا يقصد تصدداً مهيماً فأشبهه الصناعة الحرمه ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

(فصل) وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ايتل وخيف فساده أو عفن وحشي تلفه فعليه ضمان نفسه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نفسه وقال القاضي لا يلزمه بدله لانه لا يلزم قدر نفسه وكذا نقص شيئاً ضمنه لانه يستد الى السبب الموجود في يد الناصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نفسه وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه الى الناصب ويأخذ من قيمته لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع نقيراً جيداً بتقير ردي ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرضه، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفتن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لانه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون الفتن بسبب منه، ثم ان ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لان هذا الطمام عين ماله وليس يدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي ان شاء الله تعالى وان نصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الناصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه إنما نصب الارض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للناصب فيها أثر القمل فلا يكون في مقابلته أجر لانه وقع عدواناً .

(فصل) وان نصب داراً فنقصها ولم يبنها فعليه أجر دار الى حين نقصها وأجرها مهدومة من حين نقصها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وان نقصها ثم بناها بآلة من هذه فالحكم كذلك، وان بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك للمنصوب منه فعليه أجرها عرصه منذ نقصها الى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبدنه لان البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناه الناصب حكم ما لو نصبها عرصه فبناها، وان كان الناصب باعها فبناها المشتري أو نقصها ثم بناها لم يختلف الحكم والمالك مطالبه من شاء منهما والرجوع عليه فان رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما أنفق من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالموض فاستقر الضمان عليه، وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالأجر؟ على روايتين وليس له مطالبه

(مسئلة) قال (وار كان زرعا فأدر كها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وان استحققت بعد أخذ الناصب الزرع فليه أجرة الأرض)

قوله فأدر كها ربها يعني استرجعها من الناصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها . مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الناصب الزرع فانه للناصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لانه عام ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كاراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نفسها أيضاً لما قدنا في المسألة التي قبل هذه ، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الناصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض الى الحصاد ويأخذ من الناصب أجر الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء : تلك اجبار الناصب على قلعه ، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام « ليس لمرق ظالم حق » ولانه زرع في أرض غيره ظمناً أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير اذنتهم فليس له من الزرع شيء . وعليه نفقته روى أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على قلعه لانه ملك المنصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما ثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوطاً فرقه به سفينة لم يقطع حتى ترسي اذا كانت السفينة بخاف غرقها يقطع اللوح لم يقطع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تفرق بقلعه لزمه قلعه ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا أمكن رد اللوح استرجمه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبقي وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الناصب لم يقطع كالخيط وان كان فيها مال للناصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوحيين والثاني يقطع في الحال لانه أمكن رد المنصوب فلزمه وان أفضى الى تلف مال الناصب كرد الساجة المبني عليها ولصاحب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه أمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً غلط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولاً للناصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان ؟ على وجهين ) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخيظ به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والخنزير والكلب المقور فيجب رده لانه يتضمن تهويت ذي حرمة أشبه مالو غلط به ثوباً (الثاني) أن يخيظ به جرح حيوان محترم لا يجلي اكله كالأدمى فان خيف من نزع الهلاك أو أبعثاً برؤه فلا يجيب لان الحيوان أكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « نأخذوا زرعكم وردوا عليه فقته » قال رافع فأخذنا زرعا وردنا عليه فقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الفاصل على قرب من الزمان فلم يحجز اتلافه كما لو نصب سفينة لحمل فيها ماله وادخلها البحر أو نصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في الاجتهاد وينتظر حتى ترسي صيانة الهال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتناول ولا يلزم من ينقل من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالسكينة وحديثهم ورد في الترمذ وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للفاصل وبأخذ منه اجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فللك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجارا يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الفاصل روايتان (احدهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كالواتلغ ولأن الزرع للفاصل الى حين انزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انزاع المالك له كان ملكه ولو لم يكن ملكه لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن بموضه فيجب ان يكون بقيمته كالواخذ الشفيع المشفوع ويجب على الفاصل اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لها كالبغل والحمار الأهلي (الثالث) ان يجبط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الفاصل وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضراما بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحسن صيانة مال آخر وان كان للفاصل فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتعام بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الفاصل فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كمنع البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والتاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ولا صاحب الشامي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما بعد للأكل من الحيوان كبهجة الانعام والدجاج وبين ما لا بعد له كالحيل وما يقصد صوته من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فحري مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(مسئلة) ( فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آديا منصوبا لان غير الآدي لا حرمة له بعد الموت وحرمة الآدي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « كسر عظم الميت ككسره وهو

حي » فلهذا يرد قيمته .

تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما له به وقد شمل به أرض غيره (والرواية الثانية) أنه يرد على الفاصل ما اتفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه ثقته» وقيمة الشيء لأنسمى ثقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فإن أحد المذهب إلى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر لأنه نماء عين ماله فأشبهه ماله غصب دجاجة ففضت أيضاً له أو طعاما فلفه دواب له كان النماء له وقد صرح به أحد فقهاء هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن أن يدفع إليه ثقته للأثر ولذلك جعلناه للفاصل إذا استحققت الأرض بعد أخذ الفاصل له وإذا كان الصل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله

(فصل) فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ويحجز مرة بعد أخرى كالرطوبة والتضاع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوي فأشبهه الخنطة والشعير واحتمل أن يكون حكمه حكم الفرس لبقاء أصوله وتكرار أخذه ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الفرس وإما تركها فبما قل مدته للأثر ففيها عداة يبنى على قضية القياس

(فصل) وإن غصب أرضاً ففرضها فأثمرت فأدر كفا ربحها بعد أخذ الفاصل ثم ثمرتها فهي له وإن أدر كفا والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجرة فكالت له كالألوان في أرضه ولأنها نماء أصل محكوم به للفاصل فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ولدائها وقال القاضي هي ممالك الأرض أن أدر كفا في الفرس لأن أحمد

(مسئلة) (وإن غصب جارحاً فصاد أو شبكة أو شركاً فامسك شيئاً أو فرساً فصاد عليه أو أو غم فهو للمالك) كما لو غصب عبداً فصاد فإن الصيد لسيده العبد ويحتمل أنه للفاصل لأن الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند إرسال الجارح وفيها إذا غصب فرساً أو سهماً أو شبكة فصاد به وجه آخر أنه للفاصل لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه ماله ذبح بسكين غيره فإن قلنا هو للفاصل فعليه أجره ذلك كله مدة مقامه في يده إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطلياده في أحد الوجهين لأن منافعه في هذه المدة مائة إلى المالك فلم يستحق عوضاً على غيره كما لو زرع أرضاً فخذ المالك الزرع بثقته والثاني عليه أجر المثل لأنه استوفى منافعه أشبه ماله بصد، ولو غصب عبداً فصاد أو كسب فالكسب للسيده وفي وجوب أجره العبد على الفاصل في مدة كسبه وصيد الوجهان وإن غصب متجلاً فقطع به خشباً أو حشيشاً فهو للفاصل لأن هذه آلة فهو كالجليل يربط به .

(مسئلة) (وإن غصب توباً ففصره أو غزلاً ففصبه أو فضة أو حديداً فضره أو خشباً فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرض تقصه)

ولاشيء له هنا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الفاصل لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب أرضاً فغرسها فالتام ملك الأرض قال القاضي وعليه من الثقة ما اتفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الأرض اذا ادركه قائمها كالزرع، والاول اصح لان احد قد صرح بأن اخذ زرع الأرض الزرع شي لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيختص الحكم به ولا يبدى الي غيره ولان الثمرة تشارك الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً قائماً فالثمر لصاحب الشجر بشرط خلاف لعله لأنه نماء ملكه ولان الشجر عين من ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فله بدل وان كان رطباً فصار ثمرراً أو غصباً فصار زيباً فله رده وارث قصه ان نقص وليس له شيء بسببه فيه وليس للشجر أجرة لان أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولان تقع الشجر رية الثمر واخراجها وقد ماتت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أربابها وأشمارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضاً فحكها في جواز دخول غيره اليها حكها قبل النصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجز لغير مالكيها دخولها لان ملك مالكيها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بشرط اذنه كالمالك في يده قال أحد في الضيعة نصير غيبة فيها سماك لا يجيد فيها أحد الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجم عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوداً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسفيها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولما أن عين مال المنسوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب الثمرة دراهام ولاه لا يزال الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كبرووه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فانه لا شيء للناصب بعينه سواء زادت العين أو لم تزدها وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنافه والمنافع أجريت مجرى الاعيان أشبهه مالو غصب ثوباً فصنعه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الناصب عمل

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلا في الأرض المنصوبة وذلك لأن الكلا لا يملك يملك الأرض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوابقها نصب لا يدخل على والدته وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوابق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له أخوة في أرض نصب يزورهم وبرؤدهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم ، ونقل المروزي عنه أكره المني على المبارزة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لأن المبارزة وضعت لعبور الماء لا العشي عليها وربما كان المني عليها يضربها ، وقال أحمد لا يذفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير أذنهم ، وقال أحمد قين ابتاع طعاماً من موضع نصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قموده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع العقود وقال لا يتساع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صححت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال قين نصب ضيعة ونصبت من الناصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والناصر الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطاً خوفاً

(١) بتعديدها إليها

في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة السان في أرضه فأصابه الخوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجمله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صلبه بجمله في ملك غيره وجمله كالفصة فلأن لا يزول ملك غيره بصلبه فيه أولى فإن أضحى بأن من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصر لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذ ملك الأرض احتسب بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المنصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً على أننا نقول إنما يجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين وقال أبو بكر بن مالك وعائيه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الأول (فصل) فإن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا أغلأ وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنفرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جملته لبناً أو غزلاً لسجته أو ثوباً قصره لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أنلف بفضه وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن سمر الدفوف بمساميره فله قلمه ، ويضمن ما نقصت الدفوف ، وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصر وليس له قلمها إلا إن يأمره

التبعة من الناصب الأول لأنه ربما طالب بها وأدعاها ملكاً باليد وإلا فالواجب ردها على مالئها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلاً الفأ فجاءه رجل إلى المستودع فقال إن فلاناً غصبني الألف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه

(مسألة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو تعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بقتلانه بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذها السيد وأخذ من الناصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كتنصع سورها ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فزيم الناصب ضياعها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فإنها لو كانت موجودة حال النصب لم يضمنها والصناعة أن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تنبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الناصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فليزّمه ، وإن كانت المسامير للناصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجوهين وإن استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالأجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منها فإن غرم الناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم إلاخير الحال وإن ضمن الأجير رجوع على الناصب لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه علماً بالحال ، وإن ضمن الناصب رجوع على الأجير لأن النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فمل ذلك فهو كالأجير .

(مسألة) (وإن غصب أرضاً حفرت فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالئها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يثقب بها في أحد الوجوهين)

إذا طمها المالك بطمها لزمه لأنه يضر بالأرض ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فليزّمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفرت فيها بئراً أو حفرت بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وإن أراد الناصب طمها فتمسه المالك لظننا فإن كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفرينه فله ذلك لما فيه من الضرر وبه قال الشافعي وإن لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب وأبرأه من ضمان ما يثقب بها لم يكن له طمها في أحد الوجوهين لأنه أتلف لا يقع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم

النصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمنصوب منه فتكون مملوكة له أيضاً لأنها تابعة للعين ، فأما ان غصب العين سميعة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسبت فنقصت قيمتها فمليه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كالأذهب عضو من أعضائها (فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمت فبلفت قيمتها الفأثم تعلمت صناعة فباعت الفين ثم هزلت ونسبت فمادت قيمتها الى مائة ردها ورداها وتسمائة وان بلفت باليمن الفأثم هزلت فبلفت مائة ثم تعلمت فبلفت الفأثم نسبت فمادت الى مائة ردها ورداها وتسمائة لأنها نقصت بالهزال تسمائة وبالنسيان تسمائة، وان سمحت فبلفت الفأثم هزلت فمادت الى مائة ثم تعلمت فمادت الى الف ردها وتسمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا ينجر ملك الانسان بملكه ، وانا اذا باعت باليمن الفأثم هزلت فمادت الى مائة ثم سمحت فمادت الى الف فيه وجهان (أحدهما) يرد لها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا ينجر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعل هذا ان هزلت مرة ثانية فمادت الى مائة ضمن النقصين بألف وتسمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سميعة فلا شيء عليه لانه ماد ما ذهب فأشبهه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسبت صناعة ثم تعلمتها أو أبق البعد ثم ماد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها فقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لكونه أبرأ مما يجب بدمه أيضاً لإبراء من حق غيره وهو الواقع فيها . ولنا أن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا لإبراء مما يجب إنما هو إسقاط التعدي برضاء به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالإبراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غصب حيا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو بيضا فصار فراخا رده ولا شيء للغاصب لانه عين مال المنصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتيسير في البيضة أعظم فانه استحال بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضاً أن يكون شريكاً بالزيادة كالسئلة الاولى

(فصل) وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخا فما مالها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم برددتها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من ثمنها وان غصب فخلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهي عن غصب النحل ، وان نقصه الضراب ضمنه وان نقص المنصوب لزمه ضمان نفسه بقيمته وبقباً

الوجه اقبس لما ذكرنا من شواهد، فلي هذا لو سمت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزايدتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنها جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسيتم ما نسيته فمادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان نعلت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاول اولى .

(فصل) وان مرض المنصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب يابضاً أو غصب جارية حسناء فسمت سمناً نقصها ثم خف سمنها فمادت جسمها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب له قيمة والميب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حلت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض او عيب أو سمن مفروط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك إن اخذ المنصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل اخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك

(فصل) زوائد النصب في يد الناصب مضمونة ضمان النصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاطلاق فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهو قول بعض اصحاب الشافعي لانه ضمان لا يباح العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجنابة

ولنا أنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب بحققه أن المقصد بالضمان جرح المالك بإيجاب قدر المفقود عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لو جبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجنابة على أطراف العبد مدول به عن القياس للاطلاق بالجنابة على الحر والواجب هنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المنصوبة على أن في الجنابة على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتفق الروايتان والتفرج على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرئين منها لان سبب كل واحد منها قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق بما لا يقدر فيه كنفه لكبير او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمرود تثبتت لحيشه فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفاتح لا يقصد تصدراً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور

ونبرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الناصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيستمر من ادائها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه ابنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا أنه مال المنصوب منه حصل في يده بالنصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه باسساك الإثم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الإثم محذور.

(فصل) وليس على الناصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار فنص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن. ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نعلم أنه يضمنها مع تلف العين وإن سلمنا فلاه وجبت قيسة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في القوم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا يجب وبخالف السمن فإنه من عين المنصوب والمطر بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في السمن وهي باقية كلها كما كانت ولأن الناصب يضمن ما نصب والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فإنها منصوبة وقد ذهبت

### ﴿مسئلة﴾ (وإن غصب وجني عليه ضمنه بأكثر الأمرين)

وجهة ذلك أنه إذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وإن قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أودية ذلك المظنون لأن سبب كل واحد منها وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخرفيه فإن الجناية واليد وجداً جميعاً فلو غصب وقيمته ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص الف الف لزمه ألف ورد البسد لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضبوطة ويد البسد كنصفه فكانه يقطع يده قوت نصفه وإن نقص الف الف وخمسة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسة ويرد البسد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ويرد البسد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه ألف ويرد البسد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

(مسئلة) (وإن جنى عليه غير الناصب فله تضمين الناصب أكثر الأمرين ويرجع الناصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الناصب ما بقي من النقص) إذا غصب عبداً فقطر آخر يده فللأكثر تضمين من شاء منها لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص

( فصل ) ولو غصب شيئاً فشقته لصفين وكان ثوباً بنقصه القطع رده وأرض بنقصه فإن تلف أحد الصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرض النقص وأن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير وأن كانا بائنين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وأن غصب شيئين ينقصهما التفریق كزوجي خلف ومصرعي باب تلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرض نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الاقيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الزوجين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص بتغير الاسرار ، والصحيح الاول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كعشق الثوب الذي ينقصه الشق إذ اتلف أحد شقيه بخلاف نقص السرقة لم يذهب من المنصوب بين ولا معنى وهنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لتقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فيبني أن يضمنه كالوفوت بصره أو ستمه أو عطله أو فك تركيب باب ونحوه

( فصل ) وان غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرض نقصه ، ولو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الدمة خمسة فلا يتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة

في يده فإن ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما يجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان الناصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئاً وان احتار تضمين الناصب وقلنا ان ضمان الناصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان الناصب بما نقص قلب المبدتضمينه بأكثر الاسرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرض جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

( مسألة ) ( وان غصب عبداً فخصاه لزمه رده وورد قيمته )

اذا غصب عبداً فنقطع خصيه أو يده أو ذكره أو لسانه أو ما يجب فيه الدية من الحر لزمه رده وورد قيمته كالمسألة نص عليه وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته وبملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولما ان المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المديرو لان المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابعه ، وبهذا يفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها نبتت في الذمة عشرة فلا تزداد ببلاء الثياب ولا تنقص برخصها  
 (فصل) وان غصب ثوباً أوزيلاً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبقة الثوب فمليه ارش نقصه وإن أقام عدمه مدة لملها أجره لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فمليه ضمانهما ما الاجر وارش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النسر فنقص بنسره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه فمليه وجهان (أحدهما) يضمها معاً (والثاني) يجب أكثر الاسمين من الاجر وارش النقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما يفرط بالاجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كالأقلام في يد مدة ثم تلف والاجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لافي مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تمت الاجزاء وان لم يكن للمنصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الناصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه فتاب عند المشتري فله ان يضمن من شاء منهما فان ضمن الناصب ضمنه قيمته اكثر ما كانت من حين النصب الى حين اتلف لانه في ضمانه من حين

التلف لافي مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن ربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فان كان بيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة فلا أثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روي زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها منزلة الأدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رموس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلم عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبقر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كسائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين الفائمة بخمسين ديناراً

فصبه الى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الناصب بجمعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الناصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدًا فعمله سكاكين أو أواني أو خشبة فحجرها بابا أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وغاطه لم يزل ملك صاحبه عنه وبأخذه وارش نقصه ان نقص ولا شيء للناصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الناصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها قبلتها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قدّم رجه عنه فان محمد مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فقدموا إليه شاة، شعيرة فتناول منها لقمة فجعل يلوكمها ولا يسبغها فقال «إن هذه الشاة لتعبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا امر يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الأنصار جيراً فتأوحن رضيم من منها فقال النبي ﷺ «اطعموها الأسرى» رواه أبو داود وشيخو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردها عليهم . ولنا أن عين المنصوب منه قائمة فلزم ردها إليه كالأودج الشاة ولم يشوها ولأنه لو قتل بملك لم يزل منه قاذاً فله ملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الأسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن ابن ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فلزمه إذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد ولنا أنه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كاللؤلؤم تنقص ولا تسلم أنه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التفويم بخلاف ما إذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والملم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وأما حقه في الدين وهي باقية كما كانت ولأن الناصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة الدين فانها منصوبة وقد ذهب (مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض أو غيره ثم طادت برثه لم يلزمه شيء (الأردء) إذا مرض المنصوب ثم برى أو أبيضت عينه ثم زال يابها الوتغيب جارية حسناء فسمنت سنانا فقسم ثم غصب سمنها فحسنا وقيمتها ردها ولا شيء عليه لأنه لم يذهب ماله قيمة والسبب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض أو عيب أو سمن مفراطاً وحمل فله أرش قصه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه ودماً أخذ لأنه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك

(مسئلة) (وإن زادت القيمة لسمن أو غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) إذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزال الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل  
 إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأمّا الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم  
 عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بملكه سواء زادت العين أو لم يزد وهذا مذهب الشافعي وذكر  
 أبو الخطاب أن الناصب يشارك المالك بالزيادة لأنما حصلت عنافه ومنافه أجريت مجرى الاعيان فأشبهه  
 ماله غصب ثوباً فصنفه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل في ملك غيره بغير  
 اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالمثل لو أغلى زبناً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان  
 في أرضه وسائر عمل الناصب، فلما صبح الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزال ملك صاحبه عنه بمجمله مع  
 ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بمجمله في ملك غيره وجهه كالمصفاة فلأن لا يزال  
 ملك غيره بملكه فيه أولى، فإن احتج بان من زرع في أرض غيره برد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصب  
 لأنه عين ماله ونفقته عليه يزداد به قيمته فإذا أخذ ملك الأرض احتسب له ما اتفق على ملكه وفي  
 مستلثامه في ملك المنصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى  
 الروايتين فلما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها  
 معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طينياً جعله  
 لنا أو غزلاً لسجته أو ثوباً لفسره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن يسمي الرفوف بمسامير من

الناصب لسنن أو عمل صنعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمة وقيمتها مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى صارت  
 قيمته مائتين ثم نقص بقصان بدنه أو نسيان، اعلم حتى صارت قيمته مائة فزاد ورددته ويأخذ من الناصب مائة  
 وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها  
 لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كمنهض سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية  
 أن المنصوب إذا زادت قيمته بسمن أو عمل صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بينه

ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على  
 ملك المنصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال النصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة  
 حال النصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل  
 برد العين وهي موجودة فلم يردّها، وأجر بناها هي والتعليق مجرى السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع  
 العين، وأجر بنا الزيادة الحادثة في يد الناصب مجرى الزيادة الموجودة حال النصب لأنها زيادة في العين المملوكة  
 للمنصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما ان غصب العين سميعة أو ذات صناعة فهزلت أو  
 نسبت فنقصت قيمتها فبلى ضمان نقصها لأنهم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها  
 فوجب ضمانها كالأذهب بعض أعضائها

(فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبليت قيمتها الفاء ثم قلت صناعة فبليت الفين ثم هزلت ونسيت

عنده فله قلمها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت السامير من الحشبة المنصوبة أو ملك المنصوب منه فلا شيء للقاصب وليس له قلمها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت السامير للقاصب فوجهها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين، وإن استأجر القاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه قالوا جبر عليه والجبر في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن المالك أن يضمن النقص من شاء منها فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارش نقصها ويضمن من شاء منها فإن غرم القاصب لم يرجع على أحد إذا لم يمل القصاب الحلال وإن ضمن القصاب رجوع على القاصب لأنه غرمه وإن علم القصاب أنها منصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه قالوا بالحال وإن ضمن القاصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استأجر من ذبح له فهو كما لو استأجره .

( فصل ) وإن غصب جأ فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو يضا فحظنه ففقد فرحاً فهو المنصوب منه لأنه عين ماله متى فأشبه ما تقدم، ويتخرج أن يملكه القاصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت يضا فصار فراخاً فهو للمالك ولا شيء للقاصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم برد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للقاصب فيما عمل، وإن غصب شاة فأزى عليها فخلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من ثمنها وإن غصب فخلا فازراه على ثمنه فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجر له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عيب الفحل وإن نقصه الضراب ضرب نفسه

فعدت إلى مائة ردها وردت ألفاً وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سئمت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعدت إلى مائة ثم تعلمت فعدت إلى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمت فبلغت القائم هزلت فعدت إلى مائة ثم سئمت فعدت إلى ألف ففيه وجهان (أحدهما) يرددها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأبي الزيادة الثانية غير الأولى، فعلى هذا أن هزلت مرة ثانية فعدت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد فهو كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعدت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق عبيد ثم عاد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سئمت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأولى أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً، فأما أن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيت فعدت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صار اشريهين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لها وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تميز تسليمها بيها فأشبهه مالهو تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التمدي لم يذهب بماله فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .  
 (فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيدته وإن غصب جارحاً كالقهد والبازي فصاد به فالهيد للمالك لأنه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ومحمّل أنه للغاصب لأنه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند إرساله الجارح، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به فيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حصل به فأشبهه ماله ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لان الصيد حصل بفضله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافع ومنافعه في هذه المدة مائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضاً على غيره كالمالو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بثمنه والثاني عليه أجر مثله لأنه استوفى منافعه أشبه مالهو لم يصد شيئاً

فاد ما ذهب، وان تملك علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كمود السنن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والأول أولى

﴿مسئلة﴾ (وان كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها

﴿مسئلة﴾ (وان غصب عبداً مفراطاً في السمن فبزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان التشرح انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء

(فصل) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدر البدل كعبد خصاء وزيت أغلاء ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان النقص من العين له بدل مقدر فليزم ما يقدر به كالمالو اذهب الكحل (الثاني) أن لا يكون مقدر كزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كصبر اغلاء فذهبت مائته وانقصت اجزائه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائته التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حلاوته وتكثرت قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبهه الزيت اذا اغلاء . وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منها مضموناً منفرداً فكذلك اذا اجتمعا

(مسئلة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها منياً ما ورثه لادها

ومهر مثلها)

وجهة ذلك أن القاصب إذا وطئ الجارية المنصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك بين فان كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لأن النبي ﷺ نهي عن مهر البغي، ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق يجب للسيد مع كراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها والخبر محمول على الحرية، ويجب ارش بكارتها لأنه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر أئيب طاعة لاجل ما يتضمنه من نفوت البكارة، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لأنه من عانها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ، لأنه من زنا فان وضعت حياً وجب ردها وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لانتا لأنه لم يلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لأنه يضمنه لو سقط بضربه وما ضمن بالانلاف ضمنه القاصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بشرق قيمة أمه لأنه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وان

(١) من هنا الى قوله وان وضعت حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لأن قيمة الباقي لم تنقص وان خصى السيد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه لان ذلك بمنزلة ما لو فقا عينه

(مسئلة) (وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لأنه لا يلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكذا نقص شيء ضمنه لأنه يستند الى السبب الموجود في يد القاصب فكان كالوجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى القاصب ويأخذ قيمته لأنه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بغير رديه

ولنا أن عين ماله باقية وأما حدث فيه فنقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرفض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفتن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لأنه ليس من ضله وهذا الفرق لا يصح لأن البطل قد يكون من غير ضله أيضاً وقد يكون الفتن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد القاصب فهو مضمون عليه لو وجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح

وضته حيا حصل مضموناً في بدالناصب كالأم فان مات بعد ذلك ضمنه بقيته وان نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم يجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها ولنا أن ولدها ملك المنصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية الناصب كالتقص الحاصل بغير الولادة، وان ضرب الناصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فليده عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي فقيه مثل ذلك، والمالك تضمن أيها شاء فان ضمن الناصب رجيم على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فليده قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك ارض بكرتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لانهما حقوق لسيدتها فلا تسقط بمطاعتها وأما حقوق الله تعالى كالحلد عليها والتزير في موضع يجب فان كانت مطاوعة على الوطء عامة بالتحريم ضليها الحلد اذا كانت من أهله والاثم والا فلا

(فصل) وان كان الناصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً بيادية بيده ينجى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارض البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب بموضع الشبهة وإن وضته ميتاً لم يضمنه لانه لم يلم حياته ولانه لم يحمل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل

لان الطامع عين ماله وليس يدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وان جنى المنصوب فعليه ارض جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المنصوب جنايته مضمونة على الناصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما بوجب النقص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لأنها من جملة جناياته فكان مضموناً كالجناية على الاجنبي

(فصل) ويضمن بأقل الامرين من قيمته أو ارض جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده فصاحباً فعل الناصب ما نقص العبد بذلك دون ارض اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وان عني عنه على مال تعلق ارض اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته أو ارض اليد، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعل الناصب قيمته يدنها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارض الجناية بها لانه كانت متعلقة بالعبد فنصفت بيده كما أن الرهن اذا أنلفه منلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فاذا اخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجم المالك على الناصب بقيته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد ودية لجنبي جناية استقرت قيمته ثم ان المودع قتله بسدها

الحيولة وان وضته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حلالا تقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيولة بينه وبين سيده، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد او امة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه لتسديد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضته حياً فوتمناه بملوكا، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب لتسديد عشر قيمة امه لانه ضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل اتلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا طليين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالتدية

(مسئلة) قال (وان كان الناصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الناصب) وجملة ذلك أن الناصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويغف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجنابة فاذا أخذها ولي الجنابة لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جنابة تستمرق قيمته بيع في الجنائين وقسم منه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لان الجنابة كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب بنصف القيمة لانه ضامن للجنابة اثنائية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنابته على الناصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الناصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرا

(مسئلة) (ويضمن زوائد النصب كالولد والتمرة اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة العجور وولده الحيوان)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وبالك لا يجب ضمان زوائد النصب الا أن يطالب بها ليمنع من أذائها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديمة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم، بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محظور لا يصح لانه باسالك الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان النصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الناصب أقصى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في وطء للمشتري كالحكم في وطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجاهلية قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أياها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ ( على اليد ما أخذت حتى تؤديه ) والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده انه بطلان ملكته فتح ذلك انخلاق الولد قيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤم لانه فوت رقبته على سيدم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الامحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال اللوق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخليل أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول والذي أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببذلهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد النصوبة لا يضمنه عند إلا بالنسب وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) فان خلط المنصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط خنطة أوزينا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء )

اذا خلط المنصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا يصح على أن يكون شريكه اذا خلطه بغير جنسه فيكون تقيها على ما اذا خلطه بنفسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الناصب لانه يندر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كالو نصب صاعاً تلفت بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكتهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج احتلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أتا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب

تقومه واختلف أصحابنا فيما يذهب به فنقل الحنفي هنا أن يذهب بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثة وقد نس عليه احمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يذهب بمثلهم في القيسة، وعن احمد رواية ثالثة أنه يذهب بقبضهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح أن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كدائر المتقومات ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الحنفي رجم بذلك كله على الناصب يعني بالهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بفروض فإذا لم يسلمه ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فاما الجارية إذا ردها لم يرجع بدلها لأنها ملك المنصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الناصب بالفن الذي أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة مثلها أجز في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكرأ فعليه ارش بكارها وإن نقصها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري للمنصوب منه أن يرجع به على من شاء منها لأن يد الناصب سبب يد المشتري، وما وجب على الناصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الناصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الناصب نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير منصوبة لم يرجع بشيء لأن موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائتم كبعض الثرماء لأنه تمذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان ثالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطاً من غير نصب. أما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه.

(فصل) إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وإن خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الحيد لم يجز لأنه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن لجودة وإن كان بالنكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الناصب بدفع أكثر من حقه من الحيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد، وإن خلطه بخير جنسه فراضياً على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها

(فصل) وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه ماء فإن أمكن تخليصه خلصه وورده

من غير تحرر، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قسمتها إن تلفت في يده وارش بكارها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فإذا ضمه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في القصد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهة الخلاف وأما الشرع أتلفه بحكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الناصب ؟ فيه روايتان ( احدها ) يرجع به وهو قول الحنفي لانه دخل في المقصد على أن يتلقه بشير عوض فإذا غرم عوضه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الحجازية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجع بذلك كسلبه على الناصب فكل مالو رجع به على المشتري لا يرجع به على الناصب اذا رجع به على الناصب رجع به الناصب على المشتري ، وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجع به على المشتري ، وفي ردها حاملا فإنت من الوضع قلتم مضمونة على الواطئ لان التلق بسبب من جهته

( فصل ) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أوبة فإن كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالمالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الناصب ذلك لانه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً فصبه أو سوبقاً فنته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الناصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الناصب النقص)

لانه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل  
(مسئلة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما تبركان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فنته بينهما نصفين  
(مسئلة) (وان زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساوا في الزيادة في السوق تساوا صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك ، وان زادوا بالعدل فالزيادة بينهما لان عمل الناصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المصنوع للمصنوع منه اذا كان أثراً وزيادة مال الناصب له

لا يجب المهر لاله وطه يتعاق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاعته . ولنا أنه وطه في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطئ من أهل الضمان في وقتها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو انلاف جزء منها، وروي عن احمد رواية اخرى أن التيب لامهر لها وان أكرهت لقلها ابن منصور وهو اختيار امي بكر، والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبر ويجب ارض البكارة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر اناصب المنصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع ولنا انك تضيئ ابها شاء أجر مثاها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه ضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الناصب رجوع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكما تنجم من شاء منها قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على اناصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالانصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم اناصب الاجر والقيمة رجح بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر مالاً بالانصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الناصب النقص) اذا أراد الناصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالتوب أو لم يضر وبضمن نقص التوب ان نقص بهذا قال الشافعي لانه عين ماله فلك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يهلك قلعه لانه صفة وظاهر كلام الحرقى أنه لا يهلك قلعه اذا تضرر به التوب لانه قال في المشتري اذا بئى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالتوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع النرس لان الضرر قليل ويحصل به قلع المروق من الارض وان احتار المنصوب منه قلع الصبغ فبها وجهان (أحدهما) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فزمنه تخليصه وان استضر الناصب كقطع الشجر وعلى الناصب ضمان نقص التوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلم الزرع من الارض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولله أخذ ذلك من قول

أين الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للناصب دون صاحب الدار وهذا ما دللنا لأن الأجر دون المانع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كموضع الأجزاء

(فصل) وإن أودع المنصوب أو وكل رجلاً في يده ودفعه إليه فتألف في يده فلمالك تضمين أيها شاء أما الناصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد المادية عليه والمستودع والوكيل لا يثبتها أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الناصب وكان غير طالين بالنصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمها رجلاً على الناصب بما غرمها من القيمة والأجر لأنها دخلت على أن لا يضمن شيئاً من ذلك ولم يحصل لها بدل مما ضمننا وإن علم أنها منصوبة استقر الضمان لأن التلف حصل تحت أيديها من غير تقريرها فاستقر الضمان عليها فإن غرم شيئاً لم يرجع به وإن غرم الناصب رجماً عليها لأن التلف حصل في أيديها، وإن جرحها الناصب ثم أودعها أو ردّها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الناصب بكل حال لأنه هو المتألف فكان الضمان عليه كما لو بائرها بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أثار الدين المنصوبة فتلفت عند المستعير فلمالك تضمين أيها شاء أجزاها وقبضتها فإن غرم المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على أحد وإن غرم الناصب رجماً على المستعير وإن لم يكن علم بالنصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يهتم عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف التوب فهو أشبه بالشجرة في الأرض ولا يخصص وجوب القلع في الشجر بما لا ينافي فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا ينافي ولصاحب الشاقي وجهان كهذين .

(فصل) وإن بذل رب التوب قيمة الصبغ للناصب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه أجزاها على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفرائس ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الأرض المشفوعة والمارية وفي الأرض المنصوبة إذا لم يقلعه الناصب ولأنه أمر رقيق به الأثرع ويتخلص به أحد من صاحبه من غير ضرر ولا جبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الناصب قيمة التوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفرس قيمة الأرض لما ملكها في هذه المواضع

(مسئلة) (وان وهب الناصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه وهذا ظاهر كلام الحنفية لأنه قال في الصداق إذا كان ثوباً فصبغته فبذلت له نصفه مضبوطاً لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لأنها أعيان متميزة فأشبهت الفرائس، وإن أراد المالك بيع التوب وأبى الناصب فله يبيع لأنه ملكه فلا يملك الناصب ببيع من يملكه بدونه وإن أراد الناصب يبيع لم يجبر المالك

الاجرة فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المناهضة غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فيبني أن يرجع بما بين القيمتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الناصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الناصب إن حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان على المنتهب فيها غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يفره أحد وكذلك أحر مدة مقامه في يديه وأرض نقص إن حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها ضمنين أيها شاء فإن ضمن المنتهب ورجع على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المنتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الأجرة والمهر وأرض البكارة فهل يرجع به المنتهب على الواهب فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المنتهب فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الناصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (أحدهما) بطلانها

على وجه لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بمدواؤه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب إلى من صبه .

(مسئلة) (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زينة فلت به سويقاً احتمل أن يكون كذلك كما إذا غصب ثوباً فصبغه حكه كحكته إذا كان الثوب والسويق للناصب لأنه خلط المنصوب بماله ويحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثلياً لأن للمنصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وإن غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وأرض نقصه ولا شيء في زيادته)

إذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للناصب شيء في الزيادة لأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين وإن نقص لزمه ضمان النقص لأنه يتمده إلا أن ينقص لتغير الأسماء

(فصل) (وإن غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فإن كانت القيتان بمالهانها ثم يسكن بقدر ما يها وان زادت فالزيادة لها وإن قصت بالصبغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع بها على الناصب، وإن نقص سعر الثياب أو الصبغ أو نقص سعرها لم يضمنه الناصب وكان نقص كل واحد منها من صاحبه، وإن أراد صاحب الصبغ قلده أو أراد

(والثانية) صححتها ووقفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الناصب الحكمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك البادات كالطهارة والصلاة والزكاة. والحج أو العقود كالمبيع والاجارة والتسكاح، وهذا ينبغي أن يتم في العقود بما لم يبطله المالك فأما ما احتار المالك ابطاله وأخذ المقود عليه فلم تعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعرض بمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) واذا غصب أماناً فأنجز بها أو عروضاً فباعها وأنجز بشئها فقال أم حابنا الربح للمالك والبيع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال التمرين وعن احمد انه يصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للناصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الناصب لانه نقص - صل في المنصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على ائناك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الناصب فان

فلك صاحب التوب فالحكم فيه كما لو صبغ الناصب بصيغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما اذا فصب سويقاً فقلته زيت أو عدلاً ونشاً فمقدمه حلواء حكم ما لو غصب ثوباً فصبه على ما ذكر فيه (فصل) (وان وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وأرض البسكرة) اذا غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا ان قال طامسا بالتحريم وعليه مهر مثلاً مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البني :

ولنا ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بدنها ولأنه حق للسيد يجب مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافعها والخبر محمول على الحرمة، ويجب أرض بكارها لانها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لانه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تقويت البسكرة ووجه الاول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها واذا أفضاها بأسبعه وجب أرض بكارها فكذلك وجب ان يضمنها اذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لانه لم يقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبها والاول أولى

(مسئلة) (وان ودت فالولد رقيق للسيد لانه من ثمنها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ لانه من زنا وان وضته حياً وجب رده معها كزوائد النصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لأنه متمتع بالعمل ولم يفره أحد وإن لم يعلم بالنصب فعلى الفاضل أجر مثله لأنه استعمله عملاً بهوض لم يحصل له فزومه أجره كالمقد الفاسد .

﴿ مسألة ﴾ قال ( ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الفاضل القيمة فإن قدر

عليه رده وأخذ القيمة )

وجملته أن من غصب شيئاً يمجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فله المنصوب منه المطالبة ببده فإذا أخذه ملكه ولم يملك الفاضل العين المنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك بنجر المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيسترددها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصر ملكاً للفاضل لا يلزمه ردها الآن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على البدل كالبيع ولأنه تضمين فيها ينقل الملك فيه تنقله كما لو خلط زيت بزيت

ولنا أن المنصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مذبراً وليس هذا جماً بين البدل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لأنه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمنه الفاضل إذا تلف في يده كأجرة الأرض ، قال شيخنا والاولى أن شاء الله أنه يضمنه بشره قيمة أنه لأنه الذي يضمنه به في الحياة وإن وضعت حياً ثم مات ضمنه بقيمته

﴿ مسألة ﴾ ( ويضمن نقص الولادة ولا ينجر زيادتها بالولد ) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو

حنيفة ينجر نقصها بولدها .

ولنا أن ولدها ملك للمنصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بحياة الفاضل كالتقص الحاصل بنجر الولادة وإن ضرب الفاضل بطنها فالجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه وإن فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيها شاء ويستقر الضمان على المضارب لأن الاتلاف وجد منه ، وإن ماتت الحارثة ضل عليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكرتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، ولا فرق في هذه الأحوال بين المكره والمطوعة لأنها حقوق لسيدتها ولا تسقط بمطوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فأما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فإن كانت مطوعة طالة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله والألا فلا

( فصل ) فإن كان الفاضل جاهلاً بتحريم ذلك تقرب عمده بالإسلام أو ناشئاً يادية بيده بخفي

الزيت لانه يجوز يمه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً ، اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونما المنفصل والمتصل وأجر منته الى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببده الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا ، ( والثاني ) له اجر لأن الدين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الناصب لانه أخذه بالحلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بينه وردد زيادته المنفعة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفعة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بهيب وان كان البديل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خيراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي برد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخميره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سميتها فانه بردها وارث نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كولو غصبه فنصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً ، وأما الممن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فاخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرض البكارة وان حملت فالولد حر لا عقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لسكان الشبهة وان وضعت ميتا لم يضمه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل الحلولة وان وضعت حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحلولة بينه وبين سيده ، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث انضارب منها شيئا لانه أنف جنينا حياً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لا يقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانا للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعت حيا قومناه بمالوكا ، وان ضربه أجنبي فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بجره وتكون موروثه عنه وعلى الناصب عشر قيمة أمه لانه يضمه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التالف في بدبه ، والحكم في المهر والارض والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا طالين لان هذه حقوق الأدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لعالم بالنصب فوطئها فلذلك تضمين أيها شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الناصب رجوع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه )

(فصل) وإذا غصب شيئاً ببلد فلقبه ببلد آخر فطالبه به لظرت فإن كان أعماناً لزمه دفعها إليه لأن الأعمان قيم الأشياء فلا يفر اختلاف قيمتها وإن كانت غيرها وكانت من التليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله لأنه لا ضرر عليه وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده، ولا رد مثله لانتفاء نكفته مؤونة الثقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمنصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لأنه تضرر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه متى قدر على رد العين المنصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا.

﴿مسئلة﴾ قال (ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر مما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها قالوا مضمون وكذلك لو غصب حاملاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الناصب في العين المضمونة فاسد لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى، فإذا باع الجارية المنصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فلذلك تضمن الناصب لأنه السبب في إيصالها إلى المشتري وله تضمن المشتري والمتهب لأنه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لأن كل واحد منها غاصب لأن الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولأن كل واحد منها يلزم ردها إذا كانت في يده لأن يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ويلزم المشتري كل ما يلزم الناصب من النقص والمهر وغيره لأنه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبلها إلا أن المالك إن ضمن الناصب رجح على المشتري والمتهب ولا يرجع الآخر على الناصب بما ضمنه لأنه المتلف فاستقر الضمان عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يملكها بالنصب فضمنها رجماً على الناصب) إذا باع الناصب الجارية بغيره فاسد لما ذكرناه وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجزاء المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الناصب فإنه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه وبجوب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيها شاء بردها لأن الناصب أخذها بغير حق والمشتري أخذها بغيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمنصوب اذ النصب فعل محظور ولم يوجد  
 فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبى على وجود الولد ولا يصح له فيه  
 ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرية في الصافة والجوز واللوز ولأنه منصوب فيضمن  
 كالألم فإن الولد إما أن يكون مودوعاً في الأم كالدرية في الحقة وإما أن يكون كجزائها وفي كلا  
 الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجثة استيلاء على الجزء المظروف فإن استقطه ميتاً  
 لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته وإن كان يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق  
 الكلام فيه (الامر الثاني) أنه يلزمه رد الموجود من المنصوب وقيمة الثالث فإن كانت قيمة الثالث لا  
 تختلف من حين النصب إلى حين الرد ردها، وإن كانت تختلف نظراً فإن كان اختلافها لمضي فيه من  
 كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتقص  
 فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مفصولة في الحال التي زادت فيها والزيادة لئلا يكفها مضمونة على  
 الفاصب على ما قررناه فيما مضى، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها  
 زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت  
 زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه ارض نقصها وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند  
 تلفها فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد المبيع

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وهذا لا خلاف فيه بحمد الله  
 ويلزم المشتري المهر لأنه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرض البكارة ونقص الولادة كالفاصل  
 ويلزم ذلك مع الجهل لأن الائلاف لا يندرج فيه بالجهل والنسيان

﴿مسئلة﴾ (وإن ولدت منه فالولد حر) لأنه اعتقد أنه يظاً مملوكته فتع ذلك انخلاق الولد رقيقاً  
 ويلحقه النسب وعليه فداؤم لأنه فوت رثتهم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب  
 وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلم لانهم  
 كانوا في حال الملوقة أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لابن عبد الله أول والذي  
 أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم  
 بدلم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لأن ولد المنصوب لا يضمنه  
 عنده إلا بالمتع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً عليه وقوم  
 يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسئلة﴾ (ويفديه بثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الحرق لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيته  
 وقال أبو بكر يفديهم بثلمهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيتهم حكاهما أبو الخطاب  
 وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بثلمه فيضمن بقيته كما سائر

فلا يضمن عند تلفها، وحل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيسين فيه للمنصوب منه فاذا تضردها ضمنها كقيمة يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفرق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيسين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم تلفها رواه الجماعة عن أحمد، وعنه انها تضمن بقيمتها يوم النصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان اسماك المنصوب نصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم النصب فقال الحلال حين أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المنصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه قيمته كذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (ورجع بذلك على الناصب) يعني بالمهر وما قدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع يدها لانها ملك المنصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت فمليه قيمتها لملكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الناصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الناصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الناصب كما لو وجد العين باقية فاخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما النهب فيرجع بالقيمة على الناصب لانه دخل مع الناصب على ان يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الناصب كقيمة الاولاد

(مسئلة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرض البكار لا يرجع به) ووجه ذلك ان مالك إذا رجع على المشتري قراد المشتري الرجوع على الناصب فهو على ثلاثة ضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرض بكارها، وفي رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الناصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي يجب قيمته يوم الحائكة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتاب المتقوم ودليل وجوبها حينئذ انه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه ممنجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة الحائكة، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحائكة وقبل الاستيفاء لا يستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السمر يوم أخذه لا يوم محاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتضرر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في المقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرح أئلفه بحكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب احتلف فيه وهو مهر منثها وأجر نعمها وفيه روايتان (أحدهما) يرجع به وهو قول الحارثي لانه دخل المقد على ان يتلفه بتغير عوض فاذا غرمه رجم به كبديل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة التجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) (فان ضمن الناصب رجمه على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الناصب) اذا رجع به المالك على الناصب رجع الناصب به على المشتري وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الناصب فان ردها حاملا فانت من الوضع فهي مضمونة على الواطئ لان التالف بسبب من جهته (مسئلة) (فان ولدت من زوج فانت الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى التجارية المنصوبة من لا يمل بذلك فزوجها لغير طالم بالنصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها ومآثها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تلف لانه مال وليس بمثل، وهل يرجع بها على الناصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيها إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ما سبق (فصل) (إذا وهب المنصوب لمالم بالنصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه ناصب

الى وقت امكان الرد ومطالبة الناصب بالسعي في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب اجرة فعلى الناصب رده وأجر مثله مدة

مقامه في يديه )

هذه المسئلة تشتمل على حكيم (أحدها) وجوب رد المنصوب ( والثاني ) رد أجرته :أما الاول فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ « على اليد ما أخذت حتى ترد » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاجبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال النعم والتبذير عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بنير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتمل بغيره ، فان غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه أضاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الناصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني هنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعني

ولم يفره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ابها شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال أبو حنيفة ابها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فاما الاجر والمهر وارض البكارة فبها وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري

( مسئلة ) (وإن اغارها فالتفت ضد المستمير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الناصب)

فان ضمن المستمير مع علمه بالنصب لم يرجع على احد وان ضمن الناصب رجح على المستمير وان لم يكن علم بالنصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضا على انها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه اتفق بها فقد استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تاف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التفت فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله فان ردهما المستمير على الناصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت المالك على ما ملكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

( مسئلة ) (وان اشترى أرضاً ففروها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناه رجع المشتري

على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القصة لانه بيعه لإياها غره وأوجه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقاته اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أراه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وان غصب شيئاً فشفه بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوها أو حجر ابنى عليه نظراً فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتأقت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صارها الكافوجيت قيمته، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وإن اتلف البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعاً لملكه يستتر بقامه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً خاط به جرح عبده ولنا أنه مفصوب أمكن رده ويجوز له فوجبه كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك لا يبيح أخذه ابتداءً بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والحزير والكلب المقور فيجب نزع رده لانه لا يتضمن تمويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (وإثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بناءه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطمم المنصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه أنف مال غيره بغير اذنه طالما من غير تبرير والمالك تضمن الغاصب لأنه حال يذنه وبين ماله والا كل لانه أنف مال غيره بغير اذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكة فان ضمن الغاصب رجوع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء، ولانه غر الآكل

(مسئلة) (وإن لم يقل في أيها يستقر عليه الضمان؟ وجبان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحنفي وأبيهما استقر عليه الضمان فصرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجوع عليه

(مسئلة) (وإن أطعمه لملكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطمم المنصوب لملكه فأكله طالما أنه طعامه بري، الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له بينة بانه طعام المنصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ

من نزعه الهلاك أو إبطاء برئته فلا يجب نزعها لان الحيوان أكد حرمة من عين المالك ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المالك لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعوض والحمار الأهلي (الثالث) أن يخطئ به جرح حيوان ما كقول فلان كان ملكاً لغير الناصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يكن صيانة مال آخر، وان كان الحيوان للمصاب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاق بلحمه وذلك جائز، وان حصل فيه نقص على الناصب فليس ذلك مانع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء لرد الحجر المنصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلمه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير آكله ولا هبب الشامي وجهان كهذين، ويحتمل ان يفرق بين ما بعد للاكل من الحيوان كهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يمد له كالخيل والطيور المنصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توفرت رد المنصوب عليه (والثاني) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلاً فادخله داره فمكبر ولم يخرج من الباب أو خشية وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجدة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ هتافياً كل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وهتافاً لتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الناصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الأكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المنصوب للمالك أو أهداه اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليماً تاماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فآخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومثلنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزاها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتاع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصرته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار غير تفریط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الخشبة، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل نصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تصدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوابي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ومصطلحان على ذلك اما بأن يشتره مشتري الدار أو غير ذلك

( فصل ) وإن نصب جوهرة فابتلعها بيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الناصب الا أن يكون الحيوان آدمياً ، وفارق الحيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الناصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فهنا أولى .

( مسألة ) ( وان أطاره إياه بريء علم أو لم يعلم )

لان العازية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الناصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

( مسألة ) ( وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الاخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم )

إذا أقام المدعي بينه بما أدماه يبطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع باليمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

أخرأجها الأذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهره لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون بده عليها فلا شيء لصاحب الجوهره لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن إخراجها الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لانه لتخليص قومه فان قال من عليه الضمان منها أنا اتلف مالي ولا أعزم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلقه لم يحجز اتلاف غيره، وان قال لا اتلف مالي ولا أعزم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لان القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تذيب الحيوان فيقال له إما ان تذيب الشاة لتريحها من العذاب واما ان تترك القمم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً ومخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فزومه كلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتل أن يكون حكمه كحكم المأكول فيها ذكرنا واحتدل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشرع وقد نهي النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الخنازية من صاحبه قتل لان حرمة

يديه فصح كما لو لم يشتقه المشتري، ومتى حكمتنا بالحربة فلذلك تضمن أيها شاء قبضه يوم حقه فان ضمن البائع رجوع على المشتري لانه أتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات البعد غناب مالا فهو المدعي لا تقاوم على أنه له وانما لم يرد البعد اليه لتعلق حق الحربة به الا أن يخاف وارثاً فيأخذ به وليس عليه ولاء لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري ابائمه وحده رجوع عليه بقبضته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده .

(فصل) وان كان المشتري لم يشتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أنرا بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر البعد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع اختلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة البعد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال بل ألف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى طاد البعد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

ممارسة لحزمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاءة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاءة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبته أو أخذ دينار غيره فساها فوقع في محبته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غيره فله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبة آخر بفعل الناصب أو غير فله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان الحجرية لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من ثبوتها الواجب فيها ضمانه الناصب ولم تكسر، وان رمى المان ديناراً في محبة غيره أعدوا نافي صاحب الحجرية كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تمدى برأيه فيها فلم يجبر صاحبها على اطلاق ماله لازالة ضرره وعدوانه عن نفسه وعلى الناصب تقص الحجرية بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن تقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلمه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تترق بقلمه لزم قلمه وان خيف غرقها بقلمه لم يقلم حتى يخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب هدماً

وان كان اقرار البائع في مدة الحبار انفسخ البيع لانه يملك فسحبه قبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بيته بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بيته فان كان في حال البيع قال بتك عدي هذا أو ملكي لم تقبل بيته لانه يكذبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البيته سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه ضمناً وان أنكره جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند إنسان بيتهما قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سرقة عن النبي ﷺ من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه، رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن بن سمره وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلف المنصوب ضمنه بمثله ان كان ميلاً أو موزوناً) متى تلف المنصوب في يد الناصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لا تسفر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالسكيل والموزون ميلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطوم من مأكول أو مشروب فجمع على أنه يجب على مستولكه مثله لاقيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبى وقال أبو الخطاب أن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الناصب لم يقطع كالحيط وإن كان فيها مال لناصر أو لا مال فيها فتيها وجبان (أحدهما) لا يقطع (والثاني) يقطع في الحال لأنه يمكن رد المنصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المني عليها ولاصحاب الشافعي وجبان كذاين ولنا أنه يمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئاً خلطه بما يمكن تمييزه منه كحظنة بشمير أو سسم أو صغار الحب بكبار أو زيت أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر التميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حظنة بمثله أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثله فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحد لأنه نص على أنه يكون شريكاً به إذا خلطه بشير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه يجب قيمته لأنه عندم ليس بمشلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره ، لأنه تعذر عليه رد عين ما به الخلط فأشبهه ما لو تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

كائنات والمنى والقيمة ثلاثة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كائن لما كان طريقه الإدراك بالنساع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البديل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي يجب قيمته يوم الحياكة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وحيث في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينشأ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أداؤها ولا ينق وجوب المثل لأنه مجوز عنه والتكليف يستدعي الوسم ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجباً كعائلة الحياكة وإنما إذا ندر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبهه القدم على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحياكة قبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمة يوم تلقه لأن القيمة إنما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف يجب رده فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلقه كغير المثل

(مسئلة) (وان لم يكن مثلياً ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجسيم كما لو غصب صاعاً قتلقت نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

( الضرب الثاني والثالث والرابع ) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بئير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منها قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الخارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شبرج اختلطا يباع الدهن كله ويمطى كل واحد منها قدر حصته وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل وإن نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفسس صار البائع كاسوة انقراء ولأنه تمذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فاما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مبرأً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبدل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه ببينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن العنبري أنه يحب في كل شيء مثله لما روت جيسرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صائماً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني الأكل فكسرت الأناء فقات يارسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناء مثل الأناء وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس أن إحدى لساء النبي ﷺ كسرت، قصعة الأخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وجلس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركه في عبد قوم عليه قيمة العدل» متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تافه لما ذكرنا ويكون في بلد من نفعه لأنه موضع الضمان يعني يضمنه في البلد الذي غصبه فيه من نفعه ، ويخرج أن يضمنه بقيته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد لأنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب والاولى أولى. قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالك

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن انفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربما لا يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الناصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فراضياً على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بذله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها .

( الضرب الخامس ) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شاهه بماء فإن أكن تخليصه خلصه ورد انقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده وجبر عليه بمثله لانه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الناصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

( فصل ) وإن غصب ثوباً نصبه لم يخل من ثلاثة أقسام ( أحدها ) أن يصبغه بصبغ له ( الثاني ) أن يصبغه بصبغ للمنصوب منه ( الثالث ) أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال ( أحدها ) أن يكون الثوب والصبغ مجاهلها لم زد قيمتها ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك المنصوب متعوا الواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتمذر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بها يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يخيّر بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الناصب بالسمي في رده وإنما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

( فصل ) وقد قال الحرقي فيمن غصب جارية حاملاً فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا اذا تلف المنصوب لزم الناصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تمذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الناصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكل كلام الحرقي محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المنصوب من كبر وصغر وسمن وهزال واسبان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها منصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة للمالكها مضمونة على الناصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرض نفسه

منها خمسة فصارت قيمتها بعد الصبح عشرة فما شريكان لان الصبح عين مال له قيمة فان راضيا يتركه لها جاز وان باعاه قسمه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتها نصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبح في السوق فلزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زاد بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الناصب زاد به في الثوب والصبح وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثر أو زيادة مال القاعب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمه الناصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الناصب لانه بتدبيره فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كالمساوية ولا شيء للناصب لان النقص حصل بعد وانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسابيع ولصاحب الصبح سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوي سبعة ونقص الصبح فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبح ثلاثة وان ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها ونصفها وللناصب خمسة وعشرها وان انكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبح سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبح هنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبح لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الناصب قلة الصبح فقال أحبا ناله ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فذلك أخذه كالأرض غير مفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السنين قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بانها تضمن باكثر الثمينين لتغير الاسعار فلي هذا تضمن بقيتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيتها يوم النصب إلا أن الخليل قال حين أحد عنه كأنه رجح الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) ( فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه فومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كعجلى النساء وجب ضمانه بقيته لانه يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب ثلاثا يفتي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرض ذلك وبخلاف البيع لان الصنعة لا يقابلها الموض في العقود ويقابلها في الانلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالمقد وتنفرد بضائها في الانلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل الموض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي بصلعه أحب إلي قال القاضي هذا عمول على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالواقي وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك ويبني أن يقال ما يهلك بالقلع لا يهلك قلمه لأنه سفه وظاهر كلام الحرقى أنه لا يمكن من قلمه إذا تضرر الثوب بقلمه لأنه قال في المشتري إذا بنى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لأن فيه اضراماً بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلم النرس لأن الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الأرض. وأن اختار المنصوب منه قلم الصنغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لأنه مثل ملكه بما كره على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وإن استضر الناصب كقطع الشجر ، وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الأرض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلمه لأن الصنغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلمه كقلم الزرع من الأرض ، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقلع ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يتمتع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصنغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الأرض ، ولا يخص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلم ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وإن بذل رب الثوب قيمة الصنغ للناصب لئلا يملكه لم يجبر على قبوله لأنه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً

(مسئلة) (فإن كان محل بالتقدين معاقومه بما شاء منها)

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضاً لئلا يفضي إلى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدها لأنها قيم الاموال فدعت الحاجة إلى تقويمها بأحدها وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الحيرة إليه في تقويمه بما شاء منها ، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقديرات أنه لا يمكن تقويمه بكل واحد منها منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولأن قيمة الحلية قد تنقص بالتعليق بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحل كالسيف بان يقال كم قيمة هذا ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لأن الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفاً بهذه الصفة كقيمته في يسه والله أعلم .

(فصل) وقد ذكرنا ان ما يتماثل أجزاءه وتتقارب كالاتمان والحيوب والادهان يضمن بمثله وهذا لاختلاف فيه ، فأما سائر المكمل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فإنه قال في رواية حرب ما كان من الدرهم والدنانير وما يكال وبوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكمل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المنزول فإنه يضمن بقيمته لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكمل والموزون

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الناصب ولانه أمر يرتفع به الزرع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كذا ذكرنا، وان بذل الناصب قيمة الثوب لصاحبه لم يملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لما لهما في هذه المواضع، وان وهب الناصب الصبغ للمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسطر فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحرقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فنصبه فبذلت له لصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الناصب فله بيعه لانه ماله فلا يملك الناصب منه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الناصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متمدد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب الى عين صبغه

(القسم الثاني) أن ينصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبه به فان لم تزد قيمتها ولم تنقص ردها ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للناصب ولانه أنما له في الصبغ أثر لا عين وان نقصت بالصبغ فعلى الناصب ضمان النقص لانه يتمديه وان نقص لتغير الاسعار لم يضمه

(القسم الثالث) أن ينصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبه به فان كانت القيمتان بمجالتهما شريكاً

وذكر القاضي ان النقرة والسيكة من الأمان والنسب والرطب والسكرى انما يضمن بقيمتها، وظاهر كلام أحد يدل على ما قلنا وإنا نخرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها ثم ندر وجود مثلها إلا يكسر النقود المنضوبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) ( وان تلف بعض المنصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرض النقص وقيل لا يلزمه أرض النقص )

اذا غصب شيئين ينقصهما التفریق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرض نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد اتلاف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لامحاب الشاخي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمه كالنقص لتغير الاسعار .

ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشق ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرض النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهنا فوت معنى وهو امكان الاتفاح به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر ما لها وإن زادت قل زيادة لها وإن نقصت بالصبيغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبيغ لانه تيدد في الثوب ويرجع به على الناصب ، وان نقص لنقص سمر الثياب أو سمر الصبيغ أو لنقص سمرها لم يضمنه الناصب وكان نقص مال كل واحد منها من صاحبه وإن أراد صاحب الصبيغ قلمه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحسبها حكم مالو صبه الناصب بصبيغ من عنده على ما مر بيانه ، وان نصب عسلا ونشأ وعقده حلوا فحسبها حكم مالو نصب ثوباً فصبه على ما ذكر فيه .

(الحكم الثاني) انه متى كان المنصوب أجر فعلى الناصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن احمد قمين نصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجرى . أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقعه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» رضائها على الناصب ولا لأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالأعيان ولأنه أنلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال منقوم بمنصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن نصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصارت قيمته كما كانت مثل ان نصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبيسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرض نقصه لان ما تلف قيل غلاه الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمه عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصه

(فصل) فان نصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرض نقصه ، وان أقام عنده مدة لئلا أجره لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرض النقص سواء كان زهاب الأجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النسر نقص بشتره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وان كان النقص بالاستعمال كثوب لبيسه فأبلاه فكذلك يضمنها معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرض النقص لان ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منها يفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الناصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي الموض فكان بمنزلة من أطاره داره، ولو أكرهها عليه لزمه، بهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بقصد الاجارة كالمقار والدياب والدواب ونحوها فأما انهم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تنفذ الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان بتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أهنا شاء لان الناصب حال بينه وبين ماله والاكل أنف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مال له، فان كان الآكل طالبا بالنصب استقر الضمان عليه لكونه أنف مال غيره بغير اذن طالبا من غير تبرر فاذا ضمن الناصب رجح عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم أن الآكل بالنصب نظرنا فان كان الناصب قال له كلفه فانه طمأني استقر الضمان عليه لاعتراضه بأن الضمان ياق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك فقيه روايتان (احدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما أنف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الناصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمن وهذا ظاهر كلام الحرفي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة ما بقوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تحت الاجزاء، وان لم يكن للمنصوب أجره كثوب غير مخيط فليس على الناصب الا ضمان نقص

(فصل) وإن نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه فتلّف عند المشتري فله تضمين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه، فان ضمن الناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب إلى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجره فله الرجوع على الناصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقي على الناصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه

(مسئلة) وان غصب عبدا قابض أو فرسا فشرده أو شيئا تمرد رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة

وجعلته أن من غصب شيئا فنجز عن رده مع بقائه كعبد آبق فالمنصوب منه المطالبة يده فاذا أخذه ملكه ولم يملك الناصب العين المنصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها الذي أداء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك بنحو المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها ونصير ملكا للناصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الناصب، وأبها استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فإن غرمه صاحبه رجع عليه، وإن أطعم المنصوب للمالك فأكله طالما أنه طعامه بريء الناصب وإن لم يعلم وقال له الناصب كلفه فإنه طعامي استقر الضمان على الناصب لا ذكرنا وإن كانت له يئنة بأنه طعام المنصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كلفه أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا هكذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ هنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه وهما بالتقديم إليه لم تعدا إليه اليد والسلطان فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الناصب كما لو علقه للدوابه وبخروج إن يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكه فإنه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فيبرأ هنا بطريق الأولى وهذا مذهب أبي حنيفة، وإن وهب المنصوب للمالك أو أهداه إليه فالصحيح أنه يبرأ لأنه قد سلمه إليه تسليماً صحيحاً تماماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الأثرم وارد فيها إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذ المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومثلت لنا فيما إذا رد إليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها، وإن باعه إياه وسلمه إليه بريء من الضمان لأنه قبضه بالاتباع والاتباع يوجب الضمان، وإن أقرضه إياه بريء أيضاً لذلك

يمنه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمن فيما يتقل المالك فيه فتقل كما لو خلط زيتاً بزيتاً.

ولنا إن المنصوب لا يصح ملكه بالبيع هنا فلا يصح بالتضمن كالتلف ولأنه ضمن ما تنذر عليه ورده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده. إذا ثبت ذلك فإنه إذا قدر على المنصوب رده ونمائه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه إلى الناصب لأنه أخذه بالحيولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقياً بينه وورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة البيع المردود بسبب، وإن كان البدل تالفاً فقبله مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال.

(مسئلة) (وإن نصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لأنه تلف في يده فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخلل ولا يسترجع البدل لأن العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه فإن

وان أعاره إياه بريء أيضاً لان العارية توجب الضمان، وان أودعه إياه أو أجره إياه أو رهنته أو أسلمه عنده ليتصره أو يملكه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون طامناً بالمال لانه لم يمد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبر فبهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولاينة لاحدهما فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة كالأدعي عليه ذمنا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البينة بالصفة ثبتت، وإن قال الناصب كانت فيه سلمة أو أصعب زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الناصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد مبيعاً فقال الناصب كان مبيعاً قبل غصبه وقال المالك تيب عندك فالقول قول الناصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خمر أثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الناصب فالقول قوله لان الاصل بقاءه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتتال الذمة به

ماد خلا كان كالمو هزلت الجارية السميئة ثم ماد سميتها فانه يردها وأرش نقصها

ولنا ان الخلع عين العبير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما آداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كيشأ، وأما السن الاول قلنا فيه منع وان سلطنا فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أمانة فطالبه مالها كلها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الايمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد النصب وان كان من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بيمته لانه لا ضرر على الناصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمته في بلد النصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد النصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق.

(فصل) قال رضي الله عنه ( فان كانت للمنصوب أجرة فبلى الناصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نعم عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المانم وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجرىه أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاء الناصب وأنكره المالك فالقول قول الناصب لانه أعلم بذلك وتمذر إقامة البيعة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة بيده لانه تمذر رد العين فلزم بدلا كالو غصب عبداً فأبى وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقا فالقول قول الناصب لان الاصل عدم وجوب الحديث والمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

(فصل) واذا باع عبداً فادعى انسان على البائع أنه غصبه البعد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وان لم تكن بينة فأقر البائم والمشتري بذلك فهو كالواقعت به بينة وان أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لانه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لانه حال بينه وبين ملكه وبقر البعد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة البعد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بمداتفاقهما على حكمة كالوقال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من فرض، وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد البعد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وان كان اقرار البائع في مدة الخيار له اغتصب البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما فسخه، وان أقر المشتري وحده لم يرد البعد ولم يقبل اقراره

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبى بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بشترين سنة. واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الناصب ولانه استوفى منفعة غيره عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في المقدم الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالايمان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالايمان أو قول مال متقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الناصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لأنها وضيت بالاتلاف منافها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أطاره داراً، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بمقد الاجارة كالقمار والخياب والدواب ونحوها فاما النعم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لانها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعة لانه لا عوض له لكن عليه ضمان نفسه

(مسئلة) (وان تلف المنصوب فعليه أجرته الى وقت تلفه) لانه بعد التلف لم يبق له منفعة فلم

يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان اقام المشتري يئنه بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان اقام البائع يئنه اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بملك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل يئنه لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان اقام المدعي اليئنه سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نعماً وان انكراه جيماً فله اختلافها ان لم تكن له يئنه قال أحد في رجل يجد مترقه بينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمره عن النبي ﷺ من وجد مترقه عند رجل فهو أحق به وببيع المتاع من باعه، رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمره وموسى بن السائب ثقة ( فصل ) وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقها العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية تعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل أقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويؤيد العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يسمعه المشتري، ومتى حكنا بالحرية فلذلك نضمن أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجح على المشتري لانه أنفقه وان رجح على المشتري لم يرجح على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الثمنان عليه، وان مات العبد

( مسألة ) ( وان غصب شيئاً فمجز عن رده فأدى قيمته فليده أجرته الى وقت أداء القيمة )

لان منافعه الى وقت أداء القيمة بملوكة لصاحبه فليزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده وفيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

( فصل ) ونصرفات الناصب الحكيم كاللحج وسائر العبادات والمعقود كالبيع والتكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الناصب كتصرف القضيولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والمعقود كالبيع والاجارة والتكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في المعقود بما لم يبطله المالك، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير وربما زاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والمعرض نهبه وزيادة له والحكم بطلانها يمنع ذلك

( مسألة ) ( وان أبحر بالدراهم فالربح للمالك )

اذا غصب أماناً فأبحر بها أو عروضا فباعها وأبحر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لا تقامع على أنه له وإنما شئنا رد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائم وحده ورجع عليه قيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الأقسام على ما مضى

(فصل) وإذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى أني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بغيره أو هبه من مالك فيلزمك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو يملكه هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت من ملكي أو قبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لما وهب تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المنصوب جنابة أوجبت التقصاص فاقص منه قضائه على الناصب لانه قد تلف في يديه فان عني عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الناصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد وقصه على سيده، وبضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرض جنابته كما يهدبه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع بدأ فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون ارض اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وان عني عنه على مال تعلق ارض اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته أو ارض البدان زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الناصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارض الجنابة بها لأنها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بين المالك فالربح للمالك لانه تمام ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

(مسئلة) ( وان اشترى في ذمته ثم نقدها احتدل ان يكون الربح للناصب)

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه تمام ملكه أشبه ما لو اشترى بين المالك وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها كالا يتخذ ذلك طريقاً الى عصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الناصب لانه نقص حصل في المنصوب، وان دفع المالك الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب طالباً بالنصب فلا أجر له لانه تمتد بالعمل ولم يخره أحد وان لم يعلم فعلى الناصب أجر منه لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالمقد الفاسد

(فصل) وان أجر الناصب المنصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع والمالك تضمنين أيها شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة (الجزء الخامس) (٥٦) (الغني والشرح الكبير)

كانت متعلقة بالعبد فتعاقبت بيده كما أن الرهن إذا أئلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الناصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد ودية فغني جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارض الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في بدسيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه ناصب فغني في يده جناية تستغرق قيمته يبع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لأن الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الناصب فطيه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (من أئلف للذمي محرراً أو حزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر منه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وإن كان ذمته إلى الناصب رجع به وإن تلفت الدين في يد المستأجر فلما لكها تضمنين من شاء منها قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الفارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كلن عالماً بالنصب لم يرجع على الناصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الناصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالنصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للناصب دون صاحب الدار وهو فاسد لأن الاجر عوض المتافع الملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كعوض الاجزاء

(مسئلة) (وان اختلفا في قيمة المنصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الناصب)

إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا بينة فالقول قول الناصب لأن الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك ان اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك ان قال المالك كلن كاتباً أو لصناعة فأبكر الناصب فالقول قوله لذلك فان شهدت البيه بالصفة ثبتت

(مسئلة) (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الاصل عدم الرد وبقاؤه في يد الناصب وان قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصعب زائدة أو عيب

وجلة ذلك أنه لا يجب ضمان الحجر والخزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه احد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً مسلماً أو لذمي خمرأ فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عتياً قومها كنفس الأذمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولائها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامر كتب إليه إن أهل الذمة يبرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر : ولو هم يبيعها وخذوا منهم عشر ثمنها ، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم يبيع لا الحرمه لم يجب تبينه كالميتة ، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كما رند ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه اليها فثبت في حق أحدها ثبت في حق الآخر ، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت أراقنتا لم لو عصها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال غنم ينقض بالبعد المترد فانه مال غنم ، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك فالتقول قوله لأن الاصل عدم ذلك ، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الفاضل بعد تلفه فالتقول قول الفاضل لأن الاصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معينا فقال الفاضل كان ميباً قبل غصبه وقال المالك تبين عندك فالتقول قول الفاضل لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وان غصبه خراً فقال المالك تخلل عندك وأنكر الفاضل فالتقول قوله لأن الاصل عدم تغيره وبراءة ذمة الفاضل ، وان اختلفا في تلفه فالتقول قول الفاضل إذا ادعى التلف لأنه أعلم بذلك ويتعدا رقلة الميتة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة بدله لأنه تضرر رد العين فلزم بدله كما لو غصب عبداً فابق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه ، وان قال غصبت مني حديثاً قال بل حقيقاً فالتقول قول الفاضل لأن الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالمتيق لأنه دون حقه ، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للفاضل لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت للمالك العبد

(مسئلة) ( وان بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة )

لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك ثم غصبها ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحل السيئات فإذا طلب منه عوض النصب أحاطهم ثواب الصدقة

عمر أمانها لأنهم إذا تبايعوا وتفايضا حكنا لهم بالملك ولم يتقضه وتسميتها أماناً مجاز كما سمي الله تعالى  
 من يوسف غمماً فقال (وشروه بيمين بحس) وأما قول الحنفي وينهي عن التعرض لهم فيها لا يظهر وأنه فلان  
 كل ما اعتقدوا حبه في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر وأخذها ونكاح ذوات  
 المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لانا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم  
 فيها التزمنا تركه، وما أظهره من ذلك نعين إنكاره عليهم فإن كان خيراً جازت إراقتة، وإن أظهرها  
 صلياً أو ظنبوراً جاز كسره، وإن أظهرها كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنون من إظهار  
 ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خيراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم  
 ردها ووجبت إراقتها لان أباطلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورتوا خيراً فأمره بإراقتها، وإن  
 أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن  
 الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالبينة والدم، فان أمسكها في يده حتى  
 صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ما كرهه فزوم ردها اليه فان تلفت ضمانه له  
 لانها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، وإن أراقتها فغيبها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الحل  
 لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا يجوز الصدقة بها فيخرج عنها مثله فعلى هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوايا  
 (فصل) قال رضي الله عنه ومن أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافاً  
 لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه تلفت عنده

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه)  
 وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجها حتى ذهاب وقال أصحاب  
 الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهاباً لم يضمنها وان ذهاباً عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban  
 لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاع سبب غير ملجئ فاذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب  
 كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان قرى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما  
 حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله  
 أو أطلق ناراً في متاع انسان فان النار فضلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كدمه  
 ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه القصور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه  
 على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبده فذهب أو أسير  
 فأفلس لانه تلف بسبب فعله فاما ان فتح القفص وحل القرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرها فذهبا

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الاتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أتلفه لم يضره وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز أجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالديغ فن قال بطهارته أو يجب رده لأنه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يظهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى اصلاحه فإن أتلفه أو أتلف ميتة يجلد بها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دونه الناصب لزم رده أن قلنا بطهارته لأنه كالحجر إذا تحللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وإن قلنا لا يظهر لم يجب رده لأنه لا يباح الاتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الاتفاع به في اليابسات لأنه يحس يباح الاتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدين.

(فصل) وإن كسر صلياً أو مزمراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفرها لأن سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحائر، وإن وقع طائر انسان على جدار ففقره انسان فطار لم يضمنه لأن تغيره لم يكن سبب فواته فإنه كان محتماً قبل ذلك، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تغيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره.

(مسئلة) (وإن حل وكاء زق مائع أو جامد فاذا ابتته انشمس أو بقي مد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه تسقط أو تقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاسمي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا إن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينها ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن وأما إذا دفعه إنسان فإن المتدخل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وإن ربط دابة في طريق فأتلقت أو اقتنى كلباً عقوراً ففقر أو خرق ثوباً ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت يده أو رجله أو فم لأنه تمتد بوقفها فيه وإن كانت الطريق وأساساً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن اقتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير تمتد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمه كلابية، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الحجر والباينة والحزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بشت بحق القينات والمعازف»

(فصل) وان كسراية من ذهب أو فضة لم يضمها لان اتخاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمها فان منها نقل عنه فيمن هنم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته بصوغه كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمد في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمه كلابية، ورواية منها تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل حجره، ولان في هذه الرواية انه قال بصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسراية الحجر ففيها روايتان (احدهما) يضمها لانه مال يمكن الاتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمها كما لو وضها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فمليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان وقع في إناه لإنسان أو بال لم يضمه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أقراخ الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضم صاحب جنابه كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حياً لم يضمه لان العادة ارساله

﴿مسئلة﴾ (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احدهما) يضم سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضم لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح السجاء جبار» ولانه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر ألبهائم

(مسئلة) (وان أوجب ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فأتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجله أنه اذا فعل ذلك لم يضم اذا كان ما جرت به العادة من غير تفریط لانه غير متمدد ولانها سراية فعل مباح فلا يضم كسراية القود، وفارق من حل وكاء زرق فاندفق لانه متعدد بجعله ولان الغالب خروج المائم من الزرق المفتوح بخلاف هذا، فان كان يتفریط منه أو أسرافاً بان أوجب ناراً تسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خر ولان جل الحمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالتيت الذي جعل مخزناً للخرم ( والثانية ) لا تضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مرزوق عن ضمرة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بديية وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرغفت ثم أعطانيها وقاله اغد علي بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الحمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بمحضرة كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروى عن أنس قال كنت أستقي أباطلحة وأبي بن كعب وابعبيدة شراباً من فضيخ فأنا آت فقال ان الحمر قد حرمت فقال أبوطلحة قم يا أنس الى هذه الدمان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اكلها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لسكوتها أو في ربيع شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبيت النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يجمع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

( فصل ) وان ألفت الريح الى داره توب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطه يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالنصاب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير متمتع فهو كالتوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالنصاب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

﴿ مسألة ﴾ ( وان حفر في قنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والقناء ما كان خارج الدار فربما منها ) إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف به سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الاتقاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف محفر حفره في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وإنما جاز الاذن في القود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال أشبه القود في المسجد ولان القود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت النصب فيها ليس بمال كالحرف فإنه لا يضمن بالنصب إنما يضمن بالانلاف وان أخذ حراً فبسه فوات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وان استتمه مكرها لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهي تقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لثامها أجر فقيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعه وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد، (والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح نصبه فأشبهت ثيابه إذا لبث عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجبا واحداً لأنه لو فصل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم يثبت اليد عليه في النصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لأنه محسن بفعله غير متعمد أشبه بأسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الامام وان كان بشير إذ نهى لم يضمن في إحدى الروايتين فان أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن واثانية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه اقتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية، والصحيح الاول لان هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الامام فيه وتم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تقويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر مما فنضبح هذه المصاحبة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شمت وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فحفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها إيسهاها، وملكها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر اذن الامام فيها لان مصلحته لانهم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوق

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بشير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم اعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على المبدل لأن الجناية بالحفر

(فصل) وأم الولد مضمونة بالنصب وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجزي مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الترماء فأشبهت الحر ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالغن ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحره فلها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذبا ، وقال اصحاب الشافعي ان وقتا بعد الحل والفتح ثم ذبا لم يضمنها وان ذبا عقب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لما اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن القاتح سبب غير ملجئ ، فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كالو حفر بئراً فجاء عبد لسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنبته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعنقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عنقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد التقف فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عنقه وفارق ما قاسوا عليه لان الاطلاق الموجب للضمان وجد حال رقه وهما حصل بعد عنقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيراً أو علق فيه قنديلاً أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رقا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال اصحاب الشافعي ان فعل شيئاً من ذلك بتبراذن الامام ضمن في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الخيران ولنا أن هذا فعل أحسن ولم يمتد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والخيران ولانه فعل ما ينتفع به المسلمون غالباً فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفاً لان المادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالماذون فيه لطفاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أو طريق واسع فمثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تصد على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق إنما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فلا مباح، وقولهم ان الطريق إنما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا يباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قرينة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجهة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق التافذ جناحاً أو ساباطاً سقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه الخرج وقال (الفتي والتشريح الكبير) (٥٢) (الجزء الخامس)

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت من لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر واهاج الدابة أو اشلى كلباً على صبي فقتله أو اطلق ناراً في متاع السان فان للنار فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقه فانكسر وهكذا لو حل قنديل فذهب أو اسير فأفقت وأن فتح القنص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء السان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لأن سببه اخص فالضمان به كالدافع مع الحافره وان وقع طائر السان على جدار فنفره السان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجته الى هوا الطريق فضنه كالوئبي حائطه ماثلاً الى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بمدوانه فضنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباني، ولأن هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأنتف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أنتف جميعاً كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولاتنا لم نسلم موضعاً يجب الضمان كله يعض الخشبة ونصفه بجميعها، وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بنير اذن أهله ضمن ما تلف به وان كان باذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه (فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأنتفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أنتفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجته الى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انتصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هوا ملك غيره شيئاً يضره أشبه ما أخرجته الى ملك آدمي معين بنير اذنه، فأما ان أخرجته الى ملك آدمي معين بنير اذنه فهو متعد ويضمن ما تلف به لانتم في ذلك خلافاً

(مسئلة) وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أنتف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع انه ان تقدم اليه نقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل الى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استودام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعد بينائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضاً لانه بمنزلة بناءه ماثلاً في ملكه وإن مال قبل وقوعه الى هوا الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لجزءه منه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فان أمكنه نقضه ولم

لان تغيره لم يكن سبب قوائمه فانه كان محتماً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تغيره بتغير قتلته وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقافيه مائمه فاندقق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلاً قليلاً أو خرج منه شيء بل أسقه فسقط أو نقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كان جامداً فذاب بشمس لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولم يبا فيها اذا ذاب بالشمس وجبان واحتجوا بأن فعله غير ملجئ والمغني الحوادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه السان

ولأن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج ضئيب فعله او مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فصرحت الجناية فانه يضمن، وأما

ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في التصوص عن أحد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع قبله، وذو كربض أصحابنا فيه وجهاً آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعدد بتركة ما تلا فضمن ما تلف به كالمال بناء ما تلا الى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجياً للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن ما تلا أو كان ما تلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أوماً اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط بينهم ذلك فكان لهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئاً على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برضه فلم يفعل حتى عثر به السان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبله أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان به لم تشتط المطالبة به كما لو بناء ما تلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان عليه الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط او أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان يلحق الجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة تستأجر الدار ومرتبها ومستبرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون البتة وليس الحائط ملكاً لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تقريظه وان أمكنه استرجاعها كما لمير والمودع والزاهن اذا أمكنه فكذلك الزهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه التقضي، وان كان

ان دمه انسان فان التخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مستاتا ولو كان جامدا فأذن منه آخر ناراً فأذا به فسأل فالضمان على من أذابه لان سببه أخص لكون التلق بقبه فأشبه المنقر مع قاتم القمص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نصب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا قاسد لان مدني النار الجأء الى الخروج فضمنه كالمو كان واقفاً فدفعه والمستلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والتقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جيباً ثم ان الحد يدراً بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولاً ثم فتح اثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلق تمقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فجاء آخر فكفسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التكديس على المنكس وما قبله على القاتم لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تمقب فعله أو تراخى والحلاف فيها كالحلاف في الطائر في القفص

المالك مجبوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان المالك مشتركاً بين جماعة فطولب اقدم بنقضه احتمال وجوب احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه تقضه بدون إذنه فهو كالحاجز والثاني يلزمه بحسبه لانه يتمكن من التقض بمطالبتة شركاءه وإلزامهم التقض فصار بذلك مفرطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأبهم طالب وجب التقض بمطالبتة كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طولب ثم اجله صاحب الملك أو ابراءه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك اسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان المالك لهم ويلزم التقض بمطالبة اقدم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط فكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب تقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فكف حكم المائل لانه يخاف منه التلق اشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو الى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء ألقه ضمن لتعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلاً تسقط على شيء تقب به فلا

الغني والشرع الكبير) ايقادانار في ملك الغير. الامتلاف بسبب البيعة وضمانه على من هي لي يده ٤٥٣

(فصل) اذا أوقد في ملكك ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فزول الماء الى أرض جاره فترتها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به المادة من غير تفریط لانه غير متعمد ولاها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعمد بحله ولان الغالب خروج المانع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المتعمد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتفریط منه بأن أجهج ناراً تسري في المادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يعمدي أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدي به، وان أوقد ناراً فابست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء

(فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائعه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقصه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على طاقته فان أنكرت الدافقة كون الحائظ لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائظ فالضمان عليه دونهم لان الدافقة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبته بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائظ في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما أنلفت البيعة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد اللسان كالراكب والسائق والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فيها ذرر ما جنت رجلها) اذا أنلفت البيعة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجاء جرحها حيار» يعني هدرأ فاما ان كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جنابة ببيعة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ونافق النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد باسناده عن الهزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ونخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جنابة غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجنابة اذا كان راجها أو يده عليها بخلاف من لا يده له عليها وحديثه محمول على من لا يده له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جنابة ببيعة يده عليها فضمنه كجنابة يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة ثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالتاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاعلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه امسك مال غيره لنفسه فهو كالتاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنابها بنفسه مثل أن كبها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جنابة رجلها لانه السبب في جنابها فكانت عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نحتها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون رايها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنابها (فصل) فان كان على الدابة راكباً فالضمان على الاول منها لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منها صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتمعا ضمنا، وان كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنابته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنابته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنابته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالهما ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالجد اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المجاء جرحها جبار» يعني هدرأولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كالماتت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن حيصة ان ناقه للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت قفص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالتهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلًا فهو مشهور حدث به الأئمة التفاضل وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرساها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعودة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) إذا أكلت بهيمة حشيش قوم وبد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، وإذا استعار من رجل بهيمة فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته على المستعير سواء أتلفت شيئاً لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحلف في وقت عادته

(فصل) قال بعض أصحابنا إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً إذا فرط بارسالها ليلاً أو نهاراً أو لم يضمها بالليل أو ضمها بحيث يمكنها الخروج أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فزع عليها باها فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها لأنه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين (١) كدافية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل عليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

(١) كذافي الاصل

(فصل) فان أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح أنه قضى في شاة وقت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نفشت فيه غم النوم) قاله والنفس لا يكون إلا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «المعجاء جرحها جبار» متفق عليه أي هدر وأما الآية فالتفشت هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تمسده الهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه

(فصل) إذا استعار بهيمة فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته عليه سواء كان المتلف لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لأن اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كاللستعير، وان كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن أيضاً لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن حال عليه آدمي أو غيره فقتله دفماً عن نفسه لم يضمنه لأنه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها أجماعاً ولا يضمنها إذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه أتلف مال غيره لأحياء نفسه فضنه كالمنضطر إذا أكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لأنه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل

ولنا أنه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولا نه حيوان جازاً اتلافه فله يضمنه كالأدمي المكلف ولأنه

فالتفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها لزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستبرء وان كان الزرع قلائك فان كان ليلاً ضمن أيضاً لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه البد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه ما لو لصب حربة في طريقه فقتل نفسه عليها فأت بها وقارق المضمحل فان الطعام لم يبلجه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل خصته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله لياً كاله في الخمسة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قتلًا؛ والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أجمت دمي لم يبع مع أنه إذا سال فقد أبيع دمه بفعله فليضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فان كان القبان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من قس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي: يضمن في أحد الوجهين لانهما في أيديهما فضمن كما لو اصطدما فارسان لتلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلها ولا يمكنها ضبطها في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة وبخاف الفرسين فانه يمكن ضبطها والاحتراز من طردها وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تفریط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فملى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينة ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يبدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آتيا من الرجال والحبال وغيرها

﴿مسئلة﴾ (وان كانت احدهما منحدره فمل صاحبها ضمان المصدة إلا أن يكون عليه ربح

فلم يقدر على ضبطها)

مضى كان قيم المنحدرة مفرطاً فمليه ضمان المصدة لانها تحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصدة بمنزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقا جميعاً فلا شيء على المصد وعلى المنحدرة قيمة المصدة أو ارش ما نقصت ان لم تلف كلها الا ان يكون التفريط من المصد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصد، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن حاجت ربح أو كان الماء شديد الجربة فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في رسمه (ولا يكف الله لفسا إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) إذا شهد بالنصب شاهدان فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البيعة وله أن يحلف مع أحدهما ، وإن شهد أحدهما أنه أقر بالنصب يوم الخميس وشهد والأخرى سائرة فلا شيء على الواقعة ودلى السائرة ضمان الواقعة [إن كان القيم مفرطاً ، فلا ضمان عليه إذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فإن حُف على السفينة الفرق فالتى بهض الركبان متاعه لتخلف وتسلم من الفرق لم يضمنه أحد لأنه أنفق متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره ، وإن ألقى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وإن قال لغيره التى متاعك فقبل منه لم يضمنه لأنه لم يلزم ضمانه ، وإن قال الفه وأنا ضامن له أو علي قيمته لزم ضمانه لأنه أنفق ماله بموضع لمصلحة فوجب له العوض على من ألزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه . وإن قال الفه وعلي وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاء فنيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو أصح الشافعي لأنه ألزم ضمان جميعه فلزمه ما ألزمه ، وقال القاضي إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربه متاعك لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه لم يضمن إلا حصته وإنما أخبر عن الباقيين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وإن ألزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لأنه ضمن الكل ، وإن قال الفه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فأنكروا الاذن فهو ضامن للجميع وإن قال الفه متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وإن قال التى متاعك وعلي ضمان نصفه وعلي أخي ضمان ما بقي فالقاء فنيه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لأنه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً وبهالك من فيها لكونهم في اللجة أو لمدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص إن قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وإن كان خطأ فعليه ضمان السيد ودية الاحرار على طاقته وإن كان عمداً خطأ مثل أن أخذ السفينة لصلاح موضعاً ففقع لوحاً أو صلح مسباراً فنقب موضعاً فهو عمداً خطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، والصحيح إن هذا خطأ محض لأنه قصد فعلاً مباحاً فأفضى إلى التلف لما لم يرد فيه فاشبهه ما لو رمى سيدها فأصاب آديماً فقتله ولكن إن قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً خطأ فيه ما فيه

﴿مسئلة﴾ (وإن كسر زمارة أو طنبوراً أو صلياً لم يضمنه)

وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أنفق بالكسر ماله قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر انه اقر بعضه يوم الجمعة ثبتت البيعة لان الافرار وان اختلف رجح الى امر واحد، وان شهد انه اقر انه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر انه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة ايضا، وان شهد له واحد

ولنا انه لا يحل يمه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل يمه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الحمر والميتة والحزير والاصنام » متفق عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام « بشت بمحق القينات والمعازف »

### ﴿مسئلة﴾ (وان كسر آنية ذهب أوفضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان مهنا نقل عنه فمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته بصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت ، والصحيح انه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية مهنا أنه قال بصوغه ولا تحل صناعته فكيف يجب؟

### ﴿مسئلة﴾ (وان كسر اناه خر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لا روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدينة وهي الشقرة فأنتبه بها فأرسل بها فأررفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الحمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بمحضرتها كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خر الا شققت رواه أحمد ، وروي عن الحسن قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب و ابا عبيدة شرايا من فضيخ فأمالا آت فقال ان الحمر قد حرمت فقال ابو طلحة ثم يأنس الى هذه الدنان فأكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اطلاقها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لانها مال يمكن الاتفاع به ويحل يمه فيضمنها كالولم يكن فيها حمر ولان جعل الحمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميت الذي جعل مخزنا للخمر

(فصل) إذا غصب ارضا فحسكها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغبر مالكها الا باذنه لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كالو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروزي في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه لان دخوله عليها تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبيد الصمد

وحلف معه ثبت النصب فلو كان الناصب حلف بالعلاق انه لم ينصبه لم ينفذ طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لافي الطلاق والله اعلم

## كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك أنزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يده من اتفقت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع  
أما السنة فإروى عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت

في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويرأودهم على الخروج فإن أجاوبه وإلا لم يقم معهم ولا يدع  
زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم  
ونقل المرزوي عنه أكره المني على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لنبور  
الماء لالشي عليها، قال أحد لا بدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم غير إلتهم وقال  
أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذ منه فرده وروى عنه  
أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما  
ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم بمحامهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم بمنهم القعود  
فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى  
داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه  
من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي  
عبادة فاليس بمادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الناصب وأراد الثاني ردها جهر بينها يعني  
بين مالكا والناصر الاول وان مات بعضهم جمع ورثته أما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الناصب  
الاول لانه ربما طالب بها فادعاها ملكا باليد والا فالواجب ردها على مالكا وقد صرح بهذا في رواية  
عبدالله في رجل استودع رجلا الفأجاء رجل إلى المستودع فقال ان فلانا غصبتني الا ان الذي استودعك  
وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

### باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان أنزاع حصة شريكه من يده، شترها وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروى  
جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة تنفق  
عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربة أو حائط لا يحمل له أن يبيع  
حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به والبخاري: أما جعل  
رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. وللبخاري : انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط . والمعنى في ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه ونخبصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه ونخبص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا يعل احدًا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يتعمه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء مخالفته الا ثمار التابنة والاجماع المتقدم قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء ( الثاني ) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة ، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من ارض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك ان أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه ونخبصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه ونخبص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا يعل احدًا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يتعمه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء مخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المتقدم قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء ( الثاني ) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة ، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

( مسئلة ) ولا يعل الاحتياال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية الجمايل بن سعيد وقد سأله عن الحلية في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في ابطال حق مسلم

(مسئلة) قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطارق فلا شفعة)

وجهة ذلك ان الشفعة ثبتت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الامم لكن اثبتنا التمرح لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو عثمان وعمر بن عبد العزيز وسيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري وبجي الاصمعي وابو الزناد وربيعه والقبيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والثاقفي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاق من درب آخر خاصة، وقال المنبري وسوار تثبت بالشركة في المسال وبالشركة في الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة (١) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل  
بالصاد وفي صحيح  
البخاري بالسين  
ومناه القرب يعني ان  
الجار بسبب قربه أحق  
بالشفعة

وهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومعنى الحيلة أن يظهر في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشفص بالألف أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشفص بمائة ثم يهب له البائع بانيه أو يهب الشفص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بشئ مجهول المقدار كحفنة قراصة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء. هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفص الشفص في الصورة الاولى بمسرة دنانير أو قيمتها من الدرهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة البند المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشفص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشفص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بنية الشفص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشفص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشفص لان الاغلب وقوع الشفص على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والثاقفي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع اليه فلم يحجز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقها واحدا» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك يدوم وينأبد فتثبت الشفعة به كالكثيرة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يضم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنها - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة قال الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلها • لأأم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيّة الأحاديث في أساليبها مقال فحديث سمرة برويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث التقيّة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: أثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي روينا وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بفاروان آمن أن يسبق فهو فار» رواه أبو داود وغيره فجعل إدخال الفرس المحلل قاراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقها وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لئن أتت اليهود أن الله لما حرم عليهم شعومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخادعون إلا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد نسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قرده بحيلهم فإنه روي عنهم أنهم كانوا يصبون شياكم يوم الجمعة ومنهم من يحفر حياجا ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والحياج فيدعوها إلى لية الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فسخطهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فحلتها نكالنا بين يديها وما خلفها وموعظة للتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليستظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة تسلية ولأن الشفعة وجبت للضرر فلو سقطت بالتحيل لتحقق الضرر فلم يسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقت

الاحاديث فيها مقال على أنه محتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فأنك طالق \* كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لا شرا كهما في الزوج قال سهل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بسطح فقتلتها وجبنتها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً إذ اثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبدالله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي إنما هذا لان عين المتكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لاعلى التحريم لانه يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى ( فصل ) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين ( أحدهما ) ثبتت فيه الشفعة بما للارض وهو البناء والفراس يباع مع الارض فإنه يؤخذ بالشفعة بما للارض بغير خلاف في المذهب ولا يعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحويل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا قالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله ، اذا ثبت هذا فان الفرر في السورين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة مائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه الفأ فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الفرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الفرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بض الشقص بشن جميعه ، وفي السادسة على البادي منها بالهبة لانه قد لا يهب له الآخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً كما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحملن غير صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إما رضي بالعقد للتواطؤ فح فواته لا يتحقق الرضى به

( مسألة ) ( ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما اتفقت بغير عوض بحال ) كالحبة بغير ثواب والصدقة والهوية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنقول هبة أو صدقة وبأخذ الشفيع بيمينه وحكى عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالتهيب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا يثبت فيه الشفعة بما ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة بتاع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة بما كالتبائن والنراس . ولنا أنه لا يدخل في البيع تباعفاً لا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والنراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الإخذ بغير رضی المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطالع غير المؤبد دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت النراس في الأرض وأما ما يعم مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالتبائن والنراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعمري وقادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والنراس وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لم يعم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنه أزرعته منه أعظم ضرراً من أخذها من لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري يمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فانتزاعاً

﴿ مسئلة ﴾ ( ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الملع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين )

المتقل بموض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروطة فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا يثبت الشفعة في الهبة المشروطة فيها ثواب حتى يتفاضل لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار .

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم ينتقل إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عند عدم فإنه يتعد بها التسكاح الذي لا يصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما امتقل بموض غير المال نحو أن

«الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وضمت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا يتقسم ابلغ منه فيما يتقسم ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال «الشفعة في كل شيء»

ونما أن قول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا يقسم من الارض بدليل قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولأن هذا مما لا ينافي على الدوام فلا يجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف (١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما ان يمت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فتحكمها حكم ما لا يقسم من المقار ولأن هذا مما لا يقسم على ما سنذكره ويحتدل أن لا يجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فإذا لم يجب الشفعة فيها مفردة لم يجب فيه تبعها، وان يمت حصه من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد ولكونه لا أرض له فهو كالو لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من المقار كالحمام الصغير والرحى للصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والعراس الضيقة فمن أحمد فيها روايتان (أحدهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارثي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارثي العكفي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بمقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يتمتع بمهر المثل لا تالوا أو جناً مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضرنا بالشفيع لان مهر التل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة ويتمتع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز اخذها كالموروث فيتمتع أخذه، وفارق البيع فانه يمكن الاخذ بعوضه، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجح بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجح بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما اوباعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم فقيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنكاح والاجماع والشفعة هنا لا نص فيها ولا اجماع. فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجح في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد باليب وكذلك كل فسح يرجع به الشقص الى الماقد كرده بسبب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أورده لغير (المغني والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء الخامس)

(١) بتشديد الراء

والتوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما يقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رهوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا حقل ولان اثبات الشفعة في هذا بضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمنع المشتري لاجل اشقيع فيتضرر البائع وقد يمنع البئير فنسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التمديد وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتمتدد الالحاق. فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الاتفاص به حاما فان الشفعة محبة فيه، وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئاً كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر يابض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصبين وجبت الشفعة أيضا لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يسم فثبتت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقابله أنه يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابله الاخذها (فصل) فاذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الاخذ بها تبعيض للشفعة على المشتري

ولنا أن، اقابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا و قول أبي حنيفة أتيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه مالو أراد أخذ بضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

﴿مسئلة﴾ (التاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار يقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لجوارره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرية يمكن أن ينفرد كل واحد منها بمجرى وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يمكن من إيقانها حتى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا امت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً إلا أن إثبات ذلك بضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يخرج منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان مراً إلا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تخمّل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تقويت صفة المشتري وأخذ بضم المبيع من المقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحته كالتقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود مقتضى وعدم المنانم والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفة المشتري ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقفاً مستقلاً بموضع وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والأرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري وبهجه الانصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاق من درب آخر خاصة وقال النبري وسوار ثبتت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصيقه» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الجار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفته بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقها واحداً» وقال حديث حسن ولأنه إصال بملك يدوم ويتأبد تثبتت الشفعة به كالشركة -

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وامت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو أو عنها قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة تثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة وبأخذه الشفيع بقيته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كفيها كان والضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن أقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فأنزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه. ولما انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والحبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع بأخذه من المشتري يمثل السبب الذي انتقل به إليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيته وفي غيره يأخذه بقيته فافترقا. فاما المتقل بموض فينقسم قسمين (أحدهما) ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى بجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنایات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتفاضل لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الحبار

ولما أنه يملكها بموض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجهه عبارة عن البيع خاصة عندما فإنه

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

• كوفيه تازح محلها لأأم دارها ولا صقب •

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته ومبادئه ونحو ذلك ، وخبرنا جميع صريح فيقدم وبقيّة الأحاديث في أساسها مقال لحديث سمرة برويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث قل ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناها وما عدها من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لاشتركاها في الزوج ، قال حل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وضعت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحضف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ،

بمقدورها التكاثر الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما اتفق بموض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم المد فظاهر كلام الحرفي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يترض في جميع مسائله لنير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارثي العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلفت بهم يأخذة فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لا تلو أو حينما يمر المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في المادة بخلاف البيم وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صدقاً أو عوضاً في خلع أو منعة في طلاق أخذته الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه برض، واحتجوا على أخذها بالشفعة بأنه عقار مملوك بمقد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتم أخذها بمهر المثل لما ذكره مالك وبالفية لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالوروث فيتخذ أخذها، ولأنه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه يمكن الاخذ بموضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد تنفي الشفيع رجح بنصف ما صدقها لأنه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن بين المنكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام احمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه لم يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا يجب قسمته كالحمام الصغير والبر والطرقت الضيقة والرحى الصغيرة والضادة والعراس الضيقة في إحدى الروايتين عن احمد وبه قال يحيى الانصاري وسعيد وريعة والشافعي. والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر التصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا متبقة» والمتبقة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رموس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في برز ولا خل، ولأن إثبات الشفعة في هذا بضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالفسمة وقد يتم المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى فسادها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا يقسم، قولهم إن الضرر هنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من

وان طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالو باعته، وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم فيه وجبان (أحدهما) حق الشفيع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة هنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع اخذته لانه ماد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالسب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى الماعفد كرده بسبب أو مقايبة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغيره وقد ذكرنا في الاقاله رواية أخرى أنها بيع فثبتت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة، فعل هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي تقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تمييز الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو اتفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه فوجبت فيما يجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق العامة فلا يمكن التعديبه وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمه وأمكن الانتفاع به حتماً فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبئر يقسم بترين يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحبران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منها ما لا يشكك به من ابقائها رحي لم تجب الشفعة، فأما الطريق فان الدار اذا يمت ولها طريق في شارع أو درب فأخذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان عمراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال.

يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبييض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شفيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتبعت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها أو لأحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائتم أولها لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفيح إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيح بذلك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر تبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً والشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالمقد بغير رضائه ويوجب الهدية عليه وتبوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائتم قائماً أما منما من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتبوت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفريق صفقته وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يجز كما لو كان النريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والفول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع، والصحيح انه لا شفعة فيه لان في تبوتها تبييض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر

﴿مسئلة﴾ ( ولا تجب فيما ليس بمقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن الفراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في أحد الوجهين )  
وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تنمو على النوم ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدها) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والفراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا تعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار (القسم الثاني) ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والفراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالصيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفعة فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار طالما بيع الأول سقطت شفته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر أنه ثبت لبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منها وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على نخرج أبي الخطاب أن لا تسقط شفته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الأول وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لأنه كان شريكاً للشفيع حين يسه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لو ارثه لأنه محجور عليه في حقه فلم يصح يسه كالصبي

ولنا أنه إنما حجج عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثالث وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على الفليس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فإما يسه بالحياة فلا يخلو أما أن يكون لوارث أول غيره فإن كان لوارث بطلت الحياة لأنها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز وينظر البيع في قدر الحياة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لأن المشتري بهذا الثمن في كل المبيع

ولنا أنه لا يدخل في البيع بما فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والنراس، بحقق ذلك أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بنير رضى المشتري، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها بيع في البيع فأشبهت النراس في الأرض فإن بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان بمن ينقل كالحيوان والنياب والسفن والحجارة والزرع والتجار أولاً ينقل كالبناء والنراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والشافعي وقنادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن أحمد أن الشفعة تجب في البناء والنراس وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لم يسم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة رجحت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض لقوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق».

فلم يصح في يمه كما لو قال بعتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال بعتك بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي توأجا عليه فربما يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر الحيازة ويصح فيها يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من الحيازة فاخص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وقف على إجازة الورثة فكذلك الحيازة له فإن أجازوا الحيازة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويمتلك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر الحيازة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردد لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجري مجرى المسبب اذا رضيه الشفيع بيه ( القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فان لم تزد الحيازة على الثالث صح البيع وللشفيع الاخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحيازة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً فيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان الحيازة وقعت لغيره فلم يمنع منها يمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتبقى ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كعبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انفراد والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء، فأما ان يمت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فتحكمها حكم مالا ينقسم من المقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان يمت حصه من عودار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السقف فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وان كان لصاحب الملوك كذلك لانه بناء مفرد لسكونه لأرض له فهو كالمولم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السقف

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يلمس عليه، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وان طال فان آخر الطلب سقطت شفعتها)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يلمس بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواجة ساعة يلمس وهو قول ابن شبرمة واللبني والاوزاعي وأبي حنيفة والنبيري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى بنفوا ومطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكاً قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يلمس انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فربما يسقط بالتأخير كحق الفصاح، ويبان عدم الضرر ان التبع للمشتري باستغلال البيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تقا لو أبتأها جملنا للوروث سيلا الى  
الى اثبات حتى لو ارته في المحابة ويفارق الهبة لغرم الوارث لان استحقات الوارث الاخذ بدنه لا  
من جهة الهبة وهذا استحقاته بالبيع الحاصل من موزونه فافترقا، ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة  
أوجه وجهان كهذين والثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إبطال المحابة الى الوارث وهذا  
فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل يبطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث  
المحابة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبهه بغيره الوارث (الوجه الرابع)  
ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحابة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المتصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان  
مثلا هبة للمتصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة المتصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان  
الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحابة وهذا فاسد لانها محابة لأجنبي بما دون  
الثالث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن  
أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يقتصر الى حكم حاكم وبهذا قال  
الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة  
كان كالإيجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل للملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث  
حدها خيار التمرط فصلحت حدا لهذا الخيار

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشفعة كحل  
العقال» رواه ابن ماجه وفي لفظ «الشفعة كشفطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها» وروى  
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة لمن وأتياها» رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن  
المالك فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لسكونه لا يستقر ملكه على  
البيع وينمى من التصرف بمارة خشية أخذه منه ولا يتدفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب  
أكثر من قيمتها مع تص قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحمك لادليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع  
ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب. اذا تقرر هذا فقال ابن حامد بتقدير الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو  
حنيفة فتمى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه  
لما بشرط فيه القبض فالقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا  
بطلت شفتمه وهو ظاهر كلام الخرفي وقول الشافعي في الجديد لا ذكرا من الخبر والمنع، وما ذكره يبطل  
بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا منى آخر المطالبة عن وقت العلم لغيره بطلت شفتمه وان أخرها لم يذم لانه أن  
أن لا يعلم بل لا يفوز خرا الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لظهارة أو اغلاق

مالك الى غيره قهراً فاقتر الى حكم الحاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنس والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره بنفص بهذا الاصل وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فملكه بالاخذ كالفنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحفيقة لكن الشفيع يستقل به فاتفق باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد ما لا يصح لانه لو ملكها لما سقطت الشفعة بالقو بمد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفيهان فطلبها الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه المقدر وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمفهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمرجع البيع لسبب في ثمنه أو الثمن لسبب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحفيقة فيستبر العلم بالموضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائنه أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان المقدر يلزم في بيع

باب أوليخرج من الحمام أوليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وستنها أوليشهدا في جماعة يخاف قوتها لم تبطل شفعتها لان المادة تقدم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضر أعنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشتغاله فان شفعتها تبطل بركة المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فلامع غيبته فلاقان المادة تقدم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كالأمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم المادة ، واذا فرغ من خواتمه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا فيه بدأه بالسلام لان ذلك السنة لان في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا نحيوه » ثم يطالب فان قال بمد السلام بارك الله لك في صفقة عينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها لان ذلك ينصل بالسلام فهو من جهته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك وضافان اشتغل بكلام آخر أو سكت غير حاجة بطلت شفعتها لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سارفي طلبها فعل وجبين)

متى سلم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعتها سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سارعتيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طائب وهو ظاهر قوله الحرفي وهو وجه

المغار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس المقدر فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجوز الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجوهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشخص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبناءً على ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا قبض الشخص سقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشخص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بحق الشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون ذلك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري لثبوت البيع في حقه وتكون المهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ النقص وضمان المهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غيره وههنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الأَشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يبرأ لطلب الشفعة ويسب لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالأشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفيعته كمن ترك الطلب مع الحضور وقال القاضي إن سارع قبيل علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير أشهاد احتمل أن لا تبطل شفيعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والحنبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الأجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الأجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفيعته وقال الحنبري له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم ينجح معه إلى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الأول

(فصل) فإن أقر الطلب بعد الأَشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الحنبري أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل إذا قدر على السير وأخبره وإن لم يقدر على السير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفتل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بهام قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفتل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفيعته لأن له غرضاً في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيق به

بمخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا المبيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بتبضع الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري إما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعى البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع شيئاً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما للمشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبيه والاوزاعي وأبو حنيفة والسندي والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيل أن كان يجمل لزمه غرم وإن كان بغير جمل ففيه منة وبخاف الضرر من جهة ما كتفي بالأشهاد قما إن ترك السفر له جزئه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لأنه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للتائب في قول الأكرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للتائب شفعة وبه قال الحارث الكلي والبيه الألتائب القريب لأن اثباتها يضر بالمشتري ويمنع استقرار ما كره وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فثبتت كالأثبتت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجدسيه بالنسبة إلى التائب فيثبت له كالأثر ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والتائب غيبة قريبة وضرر المشتري بدفعه بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وإن طال غيبته لأنه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالأردب العيب ومتى علم في حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والأبطلت شفيعته، وحكم المريض والمجنون ومن لم يعلم بالبيع حكم التائب لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (فإن ترك الطلب والأشهاد لجزء عنها كالريض والمجنون ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفيعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح، وإن كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بفسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكا قال تنقطع بعض سنة وعنه بعض مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق الفصاح وبيان عدم الضرر أن التفع للمشتري باستقلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

وثنا ما روى ابن السدائي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كمنفعة العقال إن قيدت ثبتت وإن ركت فاللوم على من ركبها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن وأبها» ورواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فمكان على الفور كخيار الرد بالصيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع وبمنعه من التصرف بهارة خشية أخذه منه ولا يدفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع لعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحمك لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالصيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل، إن القبض فيه لا يشترط فيه القبض كالتبضع حالة العقد. وظاهر كلام الحرقي أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر

بمنع المطالبة كالحق وأشباها فهو كالتائب في الأشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمرضى وإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفته

(فصل) فإن عجز عن الأشهاد في سفره لم تبطل شفته بغير خلاف لأنه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لمذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الأشهاد فأخروه كان كتأخير الطلب بالشفعة إن كان لمذر لم تسقط الشفعة وإن كان لغير عذر سقطت لأن الأشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على أشهاد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الأشهاد لم تسقط شفته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم يلزم شهادتهم كالاطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهد إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفته لا تبطل لأن أشهاده لا يفيد فأشبه أشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتركية فأشبه العدلين، ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبه الماجز عن الأشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على أشهاد واحد فأشبهه أو ترك أشهاده

فطالب عقيب طه وإلا بطلت شفته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول قشاشي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير مضر بطلت شفته، وإن أخرها لمضر مثل أن يلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو نشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وسنتها أو يشهدا في جماعة يخاف قوتها لم تبطل شفته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن اشتغاله فإن شفته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مثبته أو يهرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفته لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا ينجي» ثم يعاتب وإن قال بعد السلام بارك الله في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفته لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفته لا مقدمة (فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفته سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفته)

إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه انعقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للمدعي فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو أنهما تباجا بدلائر فبانت بدرام أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبه إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك الثغدي الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بثمن فبأن أنه اشتراه بغيره أو بالعكس أو بنوع من العروض فبأن أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبأن أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبأن أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره وقد يجاهي إنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لأن المم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وإن قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعتة لأن قولها حجة تثبت بها الحقوق . وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفعتة . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر يعمل به في الشرع في الأذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعتة ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لأن الواحد لا تقوم به اليقنة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فإنه يختاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه والكاره ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والبدوالحر كالرواية والاخبار الدينية والمعد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر (فصل) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيعم الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بشئ فبان أنه اشترى لصفه بنفسه أو أنه اشترى لصفه بشئ فبان أنه اشترى جميعه بصفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعتة كما لو أظهر أنه اشتراه بشئ فبان أقل منه . فأما إن أظهر أنه اشتراه بشئ فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بشئ فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعتة لأن الضرر فيما أبطنه أكثر فإذا لم يرض بالثمن القليل من قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعتة سواء كان الخبر ممن يقبل خبره أولا لأن المم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وإن قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعتة لأن قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر يعمل به في الشرع في الأذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبهه قول الطفل والمجنون ، وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعتة ، ويحتمل أن لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لأن الواحد لا تقوم به اليقنة .

وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يخاف ما سلت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كالمعنى لعدم العلم، وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنها تبايعا بدنانير فإن أدها دراهم أو بدرام فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحبه إن كانت تبيتها سواء سقطت الشفعة لأنها كالجنس الواحد

ولنا أنها جنسان فأشبهها الثياب والحيوان ولأنه قد نكحك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فتركه لعدم ملكه، وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فإن أنه اشتراه بمرض أو بمرض فإن أنه بنقد أو بنوع من المرض فإن أنه بغيره أو اشتراه مشر فإن أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فإن أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فإن أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة لإنسان دون غيره وقد يباحي لإنسان أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكحل بثلثين فإن أنه اشترى نصفه بثلثين أو أنه اشترى نصفه بثلثين فإن أنه اشترى جميعه بنصفه أو أنه اشترى الثلثين وحده فإن أنه اشتراه هو أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فإن أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيها أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط الشفعة كما لو أظهر أنه اشتراه بثلثين فإن أقل منه، فالظاهر أنه اشتراه بثلثين فإن أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكحل بثلثين فإن أنه اشترى به بضعه سقطت

ولنا أنه خير لا تعتبر فيه الشهادة قبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية، وفارق الشهادة فإنه يخاطبها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والنبد كالحر وقال القاضي هما كالناسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولها لا يثبت به حق

ولنا إن هذا خير وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والنبد والحر كالرواية والأخبار الدينية والنبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر

(مسئله) (وان قال الشفيع للمشتري بني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعتي)

لأنه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وإن قال صالحني على مال سقطت أيضاً وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض بأسقاطها وإنما رضى بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة ولنا أنه رضى بتركها وطلب عوضها تثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بني فلم يبيعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كحديثين فإن صالحه عنها بهوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز كإخذ العوض عن ملك المرأة أمرها

شفته لان الضرر فيها أبطله أكثر فاذا لم يرض به بالتمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى (فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفته لان ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالسب وكأ لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لمنزلة فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت كارد بالسب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري يعني ما اشترت أو فاشترت بطلت شفته لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كأ لو قال رضي فم يره ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضاً أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كذا في فان صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتصديق امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يطال ما قاله وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بموض وهما بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفته لان ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالسب وكأ لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لمنزلة فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقه لها اذا كان مثله مجهول ذلك بطلت كارد بالسب ويحتمل أن لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجهل بملك النسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفته بذلك سواء توكل للبايع أو للمشتري) ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لسكونه بقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما مملكتك عوضاً وههنا بخلافه

(فصل) وان قال أخذ نصف الشقص سقطت شفته وبمذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها لطلب جميعها لكونها لا تبعض ولا يجوز أخذ بعضها ولنا انه نارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيا لانها لا تبعض ولا يصح ما ذكره فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا تبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالتكاح، وبخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والطلاق

(فصل) وان أخذ الشقص بشئ منسوب فيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لانه بالمقد استحق الشقص بثلث ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط الثمين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخرج الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر وتقدمه ثناً منسوباً (والثاني) تسقط شفته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه تسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه طمناً بذلك سقطت شفته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحققت ببيعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لاشفعة لو كمل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفته كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفته راضياً بتصرفه فلم يؤثر كآله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بم نصف نصيبك مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منها في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبتت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وان جعل له الخيار فاختار امضاء البيع فهو على شفته)

اذ شرط للشفيع الخيار فاختار امضاء المقدم أو ضمن المهددة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان المقدم به فأشبهه بالائم إذا باع بعض نصيب نفسه ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والخوف عن الشفعة قبل تمام البيع وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكاً فان البيع ثم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وان أسقط شفته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيا لانها لا تبيض فيسقط جميعا بسقوط بعضها كالكحاح والرق وكالو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو افرد فكذلك اذا بقي للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيوجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه بوجودها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه منزلول ضئيف فلا يستحق الشفعة به لضفه والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فبلى هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني اذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين، فأما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الاول فقال القاضي تسقط شفخته أيضا لما ذكرناه ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى مبيعا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه فبلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما اذ باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفخته

لم تسقط وله المطالبة فيها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على ان الشفعة تسقط بذلك فان إسماعيل بن سعيد قال قلت لاجماد ما عني قول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «لا يحل له الا أن يعرضها عليه اذا كانت الشفعة ثابتة» فقال ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفخته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك» ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم «وان شاء ترك» فلا يكون تركه معنى ولان مفهوم قوله «فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به» انه اذا باعه باذنه لاحق له ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فانه قد عرض له عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كالوآخر المطالبة بمدا المبيع . ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالو ابراه مما يجب له اولو أسقطت المرأة صداقها قبل الزويج، وأما الخبر فيحتمل انه أراد المرض عليه ليتناع ذلك ان أراد تخفيف عليه المؤنة

لانها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما اذا علم فان بيمة دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبايع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عني عنه فالمشتري الاول أخذ الشقص من انشترى الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالبت غيبته)

وجملة ذلك أن النائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شرح والحسن وعطاء وبه قال مالك والبيه والثوري والأوزاعي والثافعي والنبري وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للنائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبيه الا للنائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشتري وينع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كشيوته للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مائي وجدسيه بالنسبة الى النائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والنائب غيبه قريبه وضررالمشتري يندفع بايجاب القيمة له كما في الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالبت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالميب

ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لاسقاط حقه من شفخته

﴿مسئلة﴾ (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم يسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم

الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال الثافعي يحتمل أن لا تسقط )

اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفعة في قول مائة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والثافعي وسوار والنبري واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروى ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالأجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جيل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالميب، فوله لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذها كما يرد بالميب، فوله لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالميب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ عصبلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتخريب في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم النائب، وبه يبطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحرثي سواء عفا

ومتى علم تحكيمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحقق والا بطلت شفته وحكم المريض والمحجوس وسائر من لم يعلم البيع لمذرحكم الغائبنا ذكرنا  
**(مسئلة) قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)**

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهدوا لإفليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للمذرع وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفته كمن ترك الطلب مع حضوره، وقال القاضي أن سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتدل أن لا تبطل شفته لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والنسري وقول الشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفته وقال النسري له مسافة الطريق ذاهباً ورجائياً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحنفي ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يغب وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكام بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يمكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها للمولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ما له فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالصبي ولانه فعل ما للصبي فيه حفظ نصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بغيره والولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العقو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالصبي، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بمن المثل وللصبي ما يشترى به المقارنزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بها فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت المالك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك الفعو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذها بالصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملك الولي كالرد بالصبي

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الأَشهاد فأخبره كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لعذر سقطت لان الأَشهاد قائم بمقام الطلب ونائب عنه فيشتر له ما يشتر للطلب، ومن لم يقدر الا على اَشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الأَشهاد لم تسقط شفته بزكه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اَشهادهم كالأطفال والمجانين ، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفته لا تبطل لان اَشهاده لا يفيد فأشبه اَشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فبشهادها احتمل أن تبطل شفته لان شهادتها يمكن اثباتها بالزكاة فأشبهها المدلين وباحتل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتها الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتها وان اَشهد بها لم تبطل شفته سواء قبلت شهادتها أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الأَشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اَشهاد واحد فأشبهه أو ترك اَشهاده (فصل) اذا اَشهد على المطالبة ثم أفر القدوم من امكانه فظاهر كلام الحر في أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يبطل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يبطل وجوبه (احدهما) لا تسقط شفته لان له غرضاً بأن يبطل لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يفر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فلصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدي الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراؤه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يدفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويختص فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والقصص الذي يشتره بزوال الشركة أو لان الضرر الذي يدفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحقائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الا يتم فباع لاحد ثم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولما أن عليه في السفر ضرراً لا لزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بيته والتوكيل إن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بشير جعل لزمته مئة ويخاف الضرر من جهته فاكتمن بالأشهاد. فأما إن ترك السفر لجزءه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفته وجهاً واحداً لأنه ممدور فأشبه من لم يعلم وإن لم يقدر على الأشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنح المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنح المطالبة كالطى وأشباها فهو كالتائب في الأشهاد والتوكيل وأما المجوس فإن كانت محبوساً ظلماً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمريض فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطالق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفته لأنه تركها مع القدرة عليها

**مسألة** قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجه ذلك أن المشتري إذا تصرف في الميم قبل أخذ الشفع أو قبل علمه تصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنح من تصرفه كما لو

كالتشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ بالشفعة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتم بالشفعة مع الحظ لليتم لأن التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه. أكون المشتري لا يوافق له ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقبيل الثمن ليأخذ انشقص به، فإن رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فللوصي الأخذ حينئذ لعدم التهمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأنه أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالوصي إذا كبر

(فصل) وإذا عفا ولي الوصي عن شفته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط بأسقاطه ولذلك ملك الوصي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الوصي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ التائب بها إذا قدم، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها الأمر بحاله لم يملك ذلك كالمعتمد. ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان مسرراً عند البيع فأيسر بعد ذلك إنبي ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللوصي الأخذ بها إذا كبر فخبرها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً وهو كالعفا الكبير عن شفته

كان أحد الموضين في البيع مبيعاً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فمضى تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بشئنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في المقدين فكان له الاخذ بما شاء منها، وان تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ بالبيع الاول وينسخ المقدان الآخرين وله أن يأخذه بالتالي وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالتالي ولا يفسخ شيء من العقود، فإذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لانه وصل اليه الثمن الذي اشترى به وان أخذ من الثاني الثمن دفع اليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشفص منه فيرجع بشئنه على الثاني لانه أخذ منه، وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الاول بما أعطاه، فإذا كان الاول اشتراه بثمن ثم اشتراه الثاني بشئرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الثاني من الاول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشفص انما يؤخذ من الثالث اكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بشئنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والعمري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفية فاما المفقى عليه فحكمه حكم الغائب لانه لا ولاية عليه وكذلك المحجور، فلي هذا تنتظر افاقته وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والموعونها وليس لفرمانه الاخذ بها لانها موضة فلا يجبر عليها كما اثر الماوضات وليس لهم اجبار على الفول لانه اسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فاشبهه بالواشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشفص المأخوذ بالشفعة تخلت حقوق الفرمان به سواء أخذه رضاهم أو بغيره لانه مال له فاشبهه مالوا اكتسبه. وأما المسكين فله الاخذ بالترك وليس لسيدته الاعراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من العبد له الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عقوه لان الملك للسيد ولم يأذن في ابطال حقوقه، فان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لان السيد المحجور عليه ولان الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فان طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يبيح ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما يحجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا يحجب به الشفعة فهو كالحبة والوقف على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن تصرف المشتري في الشفعة بما لا يحجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجمعه مسجداً فقال أبو بكر الشافعي فسخ ذلك التصرف وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفعة ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بها فإن ملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفعة أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يتمتع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الورثة فيها زاد على ثلثه بل لهم لإبطال التيق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن عماد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولأن في الشفعة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، ولأن يموت الشفعة هنا بوجوب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك فإذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فنسقط ويسقط باقياً لأنها لا تبعض، ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا ينبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالشكاح بخلاف السقوط فإن الجميع ينسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فإن أخذ الشقص بشئ منصوص فيه وجهان (أحدهما) لأن سقط شفته لأنه بالاعتقاد استحق الشقص يمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملك سقط الثمن وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه بالوَأخِرِ الثَمَنِ أَوْ مَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئاً آخَرَ وَقَدَفِيهِ ثَمَانِ مَصُوباً (والثاني) يسقط لأن أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فنسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وإن كالا شفعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرءوس)

ظاهر المذهب أن الشقص المشقوق إذا أخذه الشفعة قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والنفري وأسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد الرءوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالمتقين في سراية التيق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالنقطة ودليلهم يقتضى بالابن والاب ار

(المعنى والشرح الكبير) جعل الشقص المشفوع صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا يسقط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص من هو في يده ويفسده عقده ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فإن جملة صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد اتبني ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة، فإن قابل البائع المشتري أو رده عليه بسبب فلفشيع فسخ الاقالة والرد والاختذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها، وإن تعالفا على الثمن وقسحا البيع فلفشيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسحها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصاً بدم عمد وجد بائع الشقص بالمبدعياً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع اضراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر

الجهد وبالمرسان والرجالة في الشفعة وباصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو اثلت عن وصية أحدهم، وأما الاعتاق فتناهي منع وإن سلم فلأنه أنلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة فلقى في مائع، وأما التون فاتهم تساوي السبب وهو ابنة فتساووا في الارث بها فظنوا في مسئلتنا سوي الشفاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفاء فإذا علمت عندها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير المقار بين الشفاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردفني هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهم الشفاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير المقار بينهم أثلاثاً لصاحب اثنتي ثلثاه وللآخر ثلثه وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة وأربعها وللآخر ربعها وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين خمسة لصاحب النصف ثلاثة وأخماسه وللآخر خمسه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثنتان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجوهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفص عياً فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود الميب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشفص ميباً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشفص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافتراقه فان لم يرد البائع العبد الميب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع الميب لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشفص لانه بمنزلة التاقف، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد قبل يتراجان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالميب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيته ميباً لانه انما أعطى عبداً ميباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشفص فاذا قلنا يتراجان فإيهما كان ما دفعه أكثر يرجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعت لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجهة ذلك أنه إذا كان الشفص بين شفاء فترك بعضهم فليس للباقيين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراً بالمشتري بتبويض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفناً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشفص لم يدفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخافة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء لصديقه من الشفعة لبض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس جهة فلم يصح لغير من هو عليه كالمفوض عن القصاص

(فصل) فان كان الشفاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لانظر اليوم مطالباً مواء ولان في أخذه البعض تبويضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان عفا الشفص في يد الاول تمام منفصلاً لم يشاركه به واحد منها لانه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

(المضى والشرح الكبير) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه إنما دفع اليه قيمة المبد غير مسبب، وان أدى قيمته معياً رجع المشتري عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبهه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشتري يبيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتمت حقه الى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو نصب شيئاً لم يقدر على رده قاضي قيمته ثم قدر عليه فانه يرد له لأن ملك المنصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص ميلاً أو موزناً تلف قبل قبضه يبطل البيع وبطلت الشفعة لانه تندر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسح البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالميب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة اشئ قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبهه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقفاً ببد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على الباقم ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفيع والنباطين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولها عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد المبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني قبا في يده غناه منفصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالهبة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليها وانائب عنها في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال آخذ قدر حتى يقبض وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لئلا وهو خوف قدوم النائب فينزعه منه والترك لئلا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيراً فترك لذلك فإن خلافه، وان ترك الاول شففته توفرت الشفعة على صاحبه واذا قدم الاول منها فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردهما أخذته ييب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليها وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وأما رد نصيبه بالميب فأشبهه ما لو رجع الى المشتري ييب أو هبة

ولنا أن الشفيع فسح ملكه ورجع الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقبض ثم قدم الثالث يطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كانه يشارك حال القسمة لتبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشفص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة  
 ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشفص معه يزعم انه لبائع والبائع ينكره  
 ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشفص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع  
 وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري  
 بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى عنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده  
 لم تثبت الشفعة ولا يشت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشفص بشئ في  
 الذمة ثم قد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من  
 المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه  
 ثبنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

( فصل ) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشفص في يد البائع وودع الثمن الى المشتري  
 فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع  
 وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان القار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قبل وكيف تصح القسمة وشريكها  
 الثالث غائب قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفا  
 ذلك الى الحاكم ومطالبه بالقسمة عن الغائب ففاسمها وبقي الغائب على شفصه، فان قبل وكيف تصح  
 مقاسمتها للشفص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا يثبت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح يمدوجهته  
 وغيرها وبذلك الشفيع ابطاله كذا هنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكه غائباً  
 أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث  
 ما في يده أيضاً وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

( فصل ) اذا أخذ الاول الشفص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل اقتصر على  
 قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه بعض الصفقة على المشتري  
 فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول  
 ويقسمانه نصفين تصح قسمة الشفص من ثمانية عشر سهماً لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث  
 ومخرجه تسعة فيضه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسم السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين  
 في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكه سبعة، وأما كان كذلك لان الثاني  
 ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللأول والثالث  
 أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فتجمع ما معنا فنقسمه فيكون  
 على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبله، فاذا قدم الثالث أخذ منه

## (مسئلة) قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجمة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعبدي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن الثوري والحارث السكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ مافيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك الصفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كإرد العيب، قولهم لا يمكنه الصفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه الصفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي الصفو تضييع وتقريب في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان الصفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء، ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق الولي عليه ملك استفاضة بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الثائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالثائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحارثي أن للصغير اذا كبر الاخذها سواء عفا عنها الولي أو لم يصف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكام بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

صنف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة حصص جميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة والثاني سمان وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان كان المشتري شريكاً بالشفعة بينه وبين الآخر) والآخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيه لا شفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لصير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه ولنا أنها تساوي في الشركة فتساوي في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لاننا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإعما يبيع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ما سكت ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الصير به ألا ترى ان البعد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن وهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو الصفو

(مسئلة) (وان ترك المشتري شفخته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالتائب إذا ترك وكيفية الأخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد إن تركها الولي لحظ الصبي أولاً لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأن الولي فعل ماله فله فلم يحجز للصبي نقضه كالرد بالسب ولأنه فعل مافيه الحظ للصبي فصح كالأخذ مع الحفظ وإن تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بمفوت الولي عنها في الخالين لأن من ملك الأخذ بها ملك الفوت عنها كالمالك، وخالفه أصحابه في هذا لأنه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في إسقاطه فلم يصح كالأبراء واستقاط خيار الرد بالسب، ولا يصح قياس الولي على المالك لأن للمالك التبرع والبراء ولا لاحظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) قلنا الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها مثل أن يكون الثراء رخصاً أو يمن مثل ولصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والأخذ بمافيه الحفظ فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك قرضه بمدالبوغ في قولنا أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الأوزاعي ليس للولي الأخذ بها لأنه لا يملك الفوت عنها فلا يملك الأخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذها بالصبي إذا كبر، ولا يصح هذا لأنه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فذلك الولي في حق الصبي كالرد بالسب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لأنه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ما لو ترك

لأن ملكه استقر على قدر حقه فجزى مجرى الشفيعين إذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أو دع فإني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبعض للشفعة على المشتري قلنا هذا تبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصاً وسيفاً

(مسئلة) (وإذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي ثم علم التريك فله أن يأخذ باليمين وأنه أن يأخذ بأحدهما، فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعتي في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول، وهل يشاركه في شفعة الثاني؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن التريك إذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقية في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما، فإن أخذ الاول لم يشاركه في شفعتي أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعتي نصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه شريك في وقت البيع الثاني بملك الذي اشتراه أولاً (والثاني) لا يشاركه لأن ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) إن عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستعرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لاحظ نصبي فيه فان أخذ فهل يصح؟ على روايتين (أحدهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كالأشترى بزيادة كثيرة على من المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة لولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه مالو زوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لو احدثها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويغني فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من من المثل لزيادة قيمة ما كره والشخص الذي يشترى بزوج لغيره بغير الشركة أو لان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفانه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتبار وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الايتام فباع لاحدم نصيباً في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالمراء له وان كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه منهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيم ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ ليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتقبة فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لسكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من التيم بخلاف بيعه مال التيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشخص به فاذا

الاول شاركة في الثاني وان أخذ بها جيباً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فان قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه ضفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجوه وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقي لشريكه وان لم ينف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجوه وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشخص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أقص على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فشرى بها الشفعة فيها، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان المالك اثنان فهما يمان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى القصد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما يبيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد، وان وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشخص كله لنفسه ولو كره فشرى به أخذ نصيب أحدهما لانها مشتريات أشبه ما لو وليا القصد، والفرق بين هذه الصورة

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فلو صبي الاخذ حيثئذ لدمم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شخص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لدمم التهمة وان بيع شخص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفخته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياسي المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حيثئذ وكذلك أخذ النائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان مصراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا ال كبير عن شفخته (فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه مجبور عليه لحظه وكذلك السفه لذلك، وأما المنسى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم النائب والجنون ينتظر افاقته، وأما المغلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبويض الصفقة على المشتري ولانه قد برضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في احدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبيض صفقة البائع ولتا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبويضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شخصاً ثلاثة دفة واحدة فلتسريكة أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للاخرين مشاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا ملك سابق، فأما ان باع نصيبه ثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للاخرين مشاركته في شفخته لانها لم يكن لها ملك حين بيعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والنفو عنها وليس لفرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على النفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في أنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا وبنى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تملقت حقوق الفرمان به سواء أخذهم برضام أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيدته الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من البيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيدته ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان السيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لصيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال قبل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شقيقه ولا ربح في المال فيه الاخذ بها لان الملك لصيره وان كان فيه ربح وقتنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فأشبهه شراءه من نفسه

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعة لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان ( احدهما ) لا يشاركه واحد منهم لان أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه شفعة ( والثاني ) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعة فكذلك اذا لم يصف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالنفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فلي هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه ثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فللشفيع السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربح السدس الثاني وخمس الثالث والمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره الفاضلان ابن أبي موسى وأبو بلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا نجب فيه كالجوار وغير النقص، ولا تا ان قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فلك غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف في الرقة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك ييم في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما يستحق بالشفعة لان الاخذ بها ييم وهو مما لا يجوز ييمه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه تصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشترى بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسه ويكليه أو صغيراً فيقاسه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهماً للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرهوس فالمشتري الاول نصف السدس الثاني ولثالث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فللشفيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهران

(فصل) دار بين أربعة أربابا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شركتهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم ييم الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستغنان لانها مالكان حال اليم (والثاني) لاحق لها لان ملكها ممتزول يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما سدس لانه شريك في شفعة ميمين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منها نصفه لانه شريك في شفعة يبع واحد وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة فللشفيع

للمشتري قلع غرسه وبثائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك بما لا يقابله بمن، وتظاهر كلام الحرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر عجرة غيره لاخراج دينار منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك اشفيح فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره فان لم يختر المشتري القلع فالشفيح بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيهي وسوار واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيها استحق غيره أخذه فأشبهه الناصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانت مسنحة .

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي يملك يبعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشقوعا، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لمرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيح أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث ثبوت صفقة المشتري ولنا أن عقد الاثني مع واحد عقدان لانه مشتري من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيح أخذه كما لو أفرد به بهذا يتفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقيصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر قلها أن ياخذها وبقي الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وبأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويخرج أن لا شفعة له لان فيه تمييز الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها سألان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فخرى مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركها لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو مندوس الناصبي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومضى اختار مسقط الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فخرى مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مفلوعا لانه لو وجبت قيمته مفلوعا ملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر اصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينها قيمة الغراس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار اقله لان ذلك هو الذي زاد بالغراس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغراس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنع من قلعه فان كان للغراس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكبه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

( فصل ) وإن زرع في الارض فلفشيع الاخذ بالشفعة ويعنى زرع المشتري إلى أو ان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا اجرة عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع فبأنه فكان له يبقى إلى الحصاد بلا اجرة كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثم ظهر أمر في ملك المشتري فهو له يبقى إلى الجذاذ كالزرع

( فصل ) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون عمّا متصلا كالشجر

الشقص الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بمخلافه

(مسئلة) ( وان باع شقصاً وسيفاً فلفشيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز )

اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فباخص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع له فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا ثبتت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) ( وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه

بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بمبيع الثمن )

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

إذا كثر أو شرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متبصرة فتبت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل المدخول ؟ قلنا لأن الزوج بقدر عل الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالمين وفي مسئلتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لاجل ما حدث من البائم ، وإذا أخذ الأصل نبعه بمأواه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والظلم المؤجر والثمره الظاهرة فهي المشتري لاحق للشفيع فيها لانتها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل الى الجذاذ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراءً، وإن فيكون حكمة، حكم ماله اشترى برضاه ، فان اشترى وفيه ظلم غير مؤثر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرض والنخيل بمحضتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ثم ان اراد الشفيع الاخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كتنقضه لبناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم ، ثم ان كانت الاتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصه وما بقي من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والنعبري

الشفيع الاخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كتنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم ، ثم ان كانت الاتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصه وما بقي من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والنعبري وأبي يوسف وقول للشافعي ، وقال ابن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وان كان بفعل الله تعالى كتهديم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لانه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضاراً به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا انه تمدد على الشفيع اخذ الجميع وقد رعى اخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفيع آخر ، أو يقول أخذ بعض ما دخل منه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان منه سيف ، وأما الضرر فأما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي منه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الاتقاض وإن كانت منفصلة لان استحقيقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ماله الى الاتصال وانفصاه بمد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فان مآلها إلى الاتصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وان نقصت القيمة مع بقاء صورة الميير مثل ان انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان التقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء . فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تمذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو تقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سبب ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا يصح للشفيع فيه والقدي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنا قلنا يأخذ الاقراض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ما له إلى الانفصال وانفصاله بمس ذلك لا يسقط حق الشفعة ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأبرت فإن ما لها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن تقصت القيمة مع بقا صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو التمسك بهذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنما ثبتت للتشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

❖ مسألة ❖ (فإن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزبنة لأحدهما على صاحبه لتساويهما .

❖ مسألة ❖ (فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تمارضت بينهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة مثلاً متى ملكتهما؟ فإن قال ملكناهما دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت على ملك سابق في ملك متجدد بعده وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه فبني له وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً فإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تمارضت ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول

﴿مسئلة﴾ قال ( وإن كان الشراء وقع بين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته )

وجملته أن الشفيع بأخذ الشقص من المشتري باليمن الذي استقر عليه العقد لا روعي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق باليمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له باليمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالك فيلزم أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل يهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإنما استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعرض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا قلنا ننظر في اليمن فإن كان دنائير أو دراهم أعطاه الشفيع منه ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان قلنا الشفيع يستحق الشقص بقيمة اليمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمثل اليمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما ذهب إليه اليمن

ولنا أنه أحد نوعي اليمن فيجاز أن ثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم لسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكروا وحلف سقطت دعواهما جميعاً وإن ادعى الأول فتكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

﴿مسئلة﴾ (ولا شفعة بشركة الوقت في أحد الوجهين)

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو بلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالجوار وما لا ينقسم ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يبيع إلا ببيع اباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك يبيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز يمه

(فصل) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها وهو (الجزء الخاص)

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتناف ، فأما ان كان التمن من المثليات غير الاثان كالحبوب والادهان فقال اصحابنا ياخذ الشفيع بثمنه لانه من ذرات الامثال فهو كالاثان وبه يقول اصحاب الرأي واصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في احدهما ولان الواجب بدل التمن فكان مثله كبذل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالتمن ائتمن عليه العقد فلو تباها بقدر ثم غيرها في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالتمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد ، فاما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبرها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت انقصر في حق الشفيع دون الزيادة ، وإن كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان يغي ما يكون تمنا أخذ به ، وان حط الاكثر أخذه بجميع التمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد ائتمن العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالتمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك في كالأزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولاشعة فيها ولان في الشفعة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بتبرع عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالتمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة هنا بوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذ بالتمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي لان الشفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفيع أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه ولا يمتنع أن يبطل الوقف لاجل حق التبرع كما لو وقف امرئ املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الفرماة والورثة فيما زاد على ثلثه بل لم يبطل العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفيع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع التمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

وانا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بمحرم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان التمن لعكذلك بمد الهبة المفسوخة

﴿مسئلة﴾ (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد ثم الشقص ، وان اضر به كزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

( فصل ) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فلها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين اقتضاها الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة بهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المھاكاة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

( فصل ) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشقص بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضمينا مليئاً وأخذ به قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بشئ حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه ينفي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشقص والقدم لا تتأهل وإنما يأخذ بمثلها ولا يلزمه أن يأخذ بمثلها حالا لثلاث يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذ بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشقص ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد الموضين في البيع معينا لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فمضى تصرفه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع فلكشف الخيار ان شاء ، فسح البيع الثاني وأخذ بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان تبايع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالثاني وينسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود ، فاذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ العقد الاخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بشرة ثم اشتراه الثاني بشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من اثني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعمري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفيع تابع للمشترى في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وماذ كروه من اختلاف القدم فأننا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في ضميمته بحيث يتحفظ المال فلا يضر اختلافها فيها وراء ذلك قالوا اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها، ومعنى أخذه الشفيع بالأجل فأت الشفيع أو المشترى وقتلنا يحمل الربن بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب الموت - لمولاه الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا بمعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ماله فيقوم كل واحد منها ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يجزئ الشفعة لثلاث تبعيض صفقة المشترى وفي ذلك إضرار به فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد وما يلحق المشترى من الضرر فهو أخفه بنفسه مجتمعه في القديين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا تثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشترى أيضا لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

﴿مسألة﴾ (وإن فسخ العقد بسبب أو إقالة أو تخالف فالشفيع أخذه وبأخذه في التعاقب بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشترى الشقص بسبب أو فإيل البائع فالشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها فإن تخالفا على الثمن وفسخا البيع فالشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مفر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشترى بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها وبأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصا بمبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عينا فله رد العبد وأسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع إضرارا بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والتفيمه ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفيع في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تفاديه كما لو وجد المشترى بالكقص عينا فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبائع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت، وإنا نرى ما إذا كان

( فصل ) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذها ويقسمها الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويخرج أنه لا شفعة له كالشفعة التي قبلها وليس له أخذها معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيها واحداً فله أخذها وتر كما لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا بذلك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كالموكلت شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

وليس أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين ترك أحدهما شفعت - أن يكون للآخر أخذ السكل والامر بخلافه

( فصل ) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كالموكلت تأخير عن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معارضة

الشقص ميباً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافتراقاً ، فإن لم يرد البائع العبد الميب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملبك بالاشد فلم يملك البائع إبطال ملكه كالموكلت باع المشتري لأجنبي فإن الشفيع يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقية الشقص لأنه بمنزلة الناف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالميب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيته ميباً لأنه إنما أعطى عبداً ميباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير ميب وإن أدى قيمته ميباً رجح المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارت أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه واخطأ حقه ، منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع بأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه عمك المبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالمبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يتمتع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا نسخ الحاكم الاخذ وردة الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فملك الفسخ كغيره من أخذت الشفعة منه ، وكالو أفلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم يقضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فان يرده لان ملك المنصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكبلاً أو موزوناً فنقل قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالسب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذ في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بسبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالمبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح ظاهراً الباطل فوجوده كدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولها عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد البعد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة البعد على صاحبه ويبقى الشقص ممة يزعم أنه البائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد البعد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويقارآن ، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد البعد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي الى الضرر ، ولأنه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الا بعد احضار الثمن لثلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع غير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

( فصل ) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماويل ابن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخذع الله يخذع ، وقال أبو أيوب السخيتاني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صيأ لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومضى الحيلة أن يظهرها في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة ، وبثواطؤن في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبدا قيمته مائة ألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعائة ، أو يشتري جزءا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحكمة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فإن مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان بالاخذها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمنا فزول عسرته ويحصل الجمع بين الحفيين فكان أولى

( فصل ) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان المقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

( مسألة ) وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه لانه صار ملكه بأخذه .

( مسألة ) وان استقله المشتري فاقالة له لانها تمام ملكه

( مسألة ) ( وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري بمقابلة الى الحصاد والجذاذ )

اذا زرع المشتري الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لا يباقي ولا أجره عليه لانه زرعه في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجره كثير المشفوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزراع

قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم أو لؤلؤة وأشباه هذا، فهذا كله إذا وقع من غير تحييل سقطت الشفعة، وإن تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع النقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدرهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء وهو المائة المقبوضة، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من النقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ النقص كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية النقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من النقص، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيته إن لم يكن مثلها إذا كان الثمن موجوداً وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة النقص لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط بالشفعة لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجوز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بعمار » وإن أمن أن يسبق فهو قار » رواه أبو داود وغيره، فجعل إدخال الفرس الممثل قاراً في الموضع الذي يقصد به إباحة الخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى الممثل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقهما، وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المهرم مع عدم المعنى فيها واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال « لا تركبوا ما ارتكبت

(فصل) وإذا نوى المبيع في يد المشتري لم يحل من حالين (أحدهما) أن يكون تمامه متصلاً كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأنها زيادة غير متميزة قُبعت الأصل كما لو رد بيب أو خيار أو إقالة، فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسألتنا إذا لم يرجع في النقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الأصل تبعه تمامه متصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجر والظلم المؤبر والثمرة الناهرة فهي للمشتري لأنها حدثت في ملكه وتكون ببقاء في رهوس التخل إلى الجذاز لأن أخذ الشفيع من المشتري شراءً ثانٍ فيكون حكمه حكماً ما لو اشترى برضاء وإن اشترى وفيه ظلم غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخذ الأرض والتخييل بمصنوعها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿مسئلة﴾ (وإن قام المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع إليه قيمة التراسم والبناء وملكه أو يقلعه ويضمن النقص فإن اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالقلع) وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في النقص المشقوق على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فقتلوا محارم الله بآذني الحيل ، وقال النبي ﷺ « لمن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعورها جعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه ولان الله تعالى ذم المتأدعين له قوله ( يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون ) والحيل مخادعة ، وقد مسح الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قرعة بحيلتهم فانه ربي أنهم كانوا ينصبون شبائهم يوم الجمعة ومنهم من يجر جباها ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فسخم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى ( فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين ) قبل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا نحل الخديعة مسلم » ولان الشفعة وضعت لمنع الضرر فلوسقطت بالتحيل لحق الضرر فلم تسقط كانوا أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فاقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله

إذا ثبت هذا فان الضرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بدائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيركها ويقاسمه ثم يبيى المشتري ويغرم فيه (ومنها) أن يكون ظاهراً فيقاسمه وكيه أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقامم ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلم غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص إنما حدث في ملكه وذلك مما لا يغالبه ممن ، وظاهر كلام الحنفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نفس دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كالأو كسر حجرة غيره لاخراج دينار منها ، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يخر المشتري القلع فله شفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيهقي وسوار واححاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيها استحق عليه أخذه فأشبهه الناصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه مالوك كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغور على البائع لانه اشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منها بالهبة لانه قد لا يجب له الآخر شيئا ، فان خالف أحدهما مانوا طاماً عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعمل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانوا طاماً عليه لان صاحبه انما رضي بالعقد لذوا طاماً فم فواته لا يستحق الرضى به

﴿ مسألة ﴾ قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة )

وجهه أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشترته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدموى بغير بينة وهذا قال الشافعي ، فان قيل فما قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالفاسد والمثقف والضامن لنصيب شريكه إذا ائتمق ؟ قلنا الشفيع ليس بقارم لانه لا شيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الفاسد والمثقف والمتفق ، فأما إن كان لشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واسدنتني عن بينة وبذبت ذلك بشاهد وبمين وشهادة رجل

وناقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي ملك يمه فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعاً ، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن لإيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوباً لانه لو وجبت قيمته مقلوباً لوجب قلمه ولم يضمن شيئاً ولانه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلمه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مفروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينها قيمة الفرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالفرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذها بالقيمة اذا امتنعا من قلمه ، فان كان للفرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قام قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذ الشفيع بالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

﴿ مسألة ﴾ ( فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين والمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين )

واسرائيلين ولا تقبل شهادة البائم لأنه إذا شهد لشفيع كان متهماً لأنه بطالب تقابل الثمن خوفاً من المدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة احتمل تعارضها لأنهما يتنازعا فيهما وقم عليه العقد فيصيران كمن لا بيعة لهما ، وذكر الشريف أن البيعة بينة الشفيع وبمقتضيه مذهب الحنفي لأن بيعة الحارج عنده مقدمة على بيعة الداخل والشفيع هو الحارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه البيعة بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفيع ، وبخالف الحارج والداخل لأن بيعة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البيعة تشهد على نفس العقد كشهادة بيعة الشفيع ولنا أهمها بينتان تعارضتا قدمت بيعة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والحارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا بد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرها

( فصل ) وإن قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالتقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، فإن ادعى أنك فعلت ذلك نحيلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

( فصل ) فإن اشترى شقصاً بعرض واختلفاً في قيمته فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وإن أمدر إحصاره فالتقول قول المشتري كالأول اختلافاً في قدر الثمن ، وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك إن الشفيع إذا باع ملكه طالما بالحال سقطت شفته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه فبعضه وخجهان ( أحدهما ) تسقط أيضاً لأنها استحققت بحبيبه ، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيا لأنها لا تنبض فسقط جميعها بسقوط بعضها فالرق والتكاح وكما لو عفا عن بعضها ( والثاني ) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، والمشتري الأول الشفعة على الثاني في المسئلة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني فيه وجهان ( أحدهما ) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده ( والثاني ) لا شفعة له لأن ملكه يؤخذها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه تزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصدق قبل الدخول والشقص الموهوب لولي. فلي هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فاما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبائع الأول فقال القاضي تسقط شفته

فيما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان اختلفا في الفراس والبنا . في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه وأنكر الشفيع  
 فاقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فاقول قول المالك  
 ( فصل ) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه  
 يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والتمن ويدعي الشفعة  
 فيه فاذا فصل ذلك سئل للمدعى عليه فان أقر لزمه ، وان أنكر وقال انا اتيت به أو ورثته فلا شفعة لك فيه  
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء وان نكل قضي عليه وان  
 قال لا نتحقق على شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكرن يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل  
 وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه فثلاثة أوجه (أحدها)  
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه المالك  
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن  
 تبريء منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتابة فادعى أنه حرام اخذ هذا القاضي وهذا  
 مفارق للمكاتب لان عيبه يطالبه بالوقف من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى  
 سيده تحرير ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا بدعية والوجه  
 الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف  
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى مميلا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه . فلي هذا حكمه حكم مالو باع  
 مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفעתه لانها ثبتت له ولم يوجد  
 منه رضی بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان يسه دليل على رضاه  
 بتركها . فلي هذا للرائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فلا يشتري الاول أخذ  
 الشقص من المشتري الثاني ، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني ؟ على وجهين (أولاهما)  
 ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك

( مسألة ) ( وان مات بطلت شفעתه إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه )

وجله ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل  
 إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والحيار إذا مات  
 الذي اشترط الحيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس نجب الا أن  
 يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأنني قد طلبته فان مات بسدده كان لوارثه الطلب به ، روي سقوط  
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي  
 وقال مالك والشافعي والسنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع  
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالبيع

( فصل ) وان قال اشترته فلان وكان حاضراً استدعاء الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة مع ان كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجبته اذا قدم لا تناو وقضنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتري يدعي انه لغائب. وان قال اشترته لابني الطفل او لهذا الطفل وله عليه ولاية فنيه وجهان :

( أحدهما ) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب

حق في مال صغير باقرار وليه

( الثاني ) تثبت لانه ملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بسبب في مبيعه ، فاما ان ادعى عليه شفعة في شخص فقال هذا فلان الغائب أو فلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينه أو يقدم الغائب ويبلغ العادل فيطالبها بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فأقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما اذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة تثبتا جميعا، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب بينه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

ولنا انه حق فسح ثبت لا لغوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للتدليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالمعيب فانه لاستدراك جزء مات من المبيع ( فصل ) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقوله يسقط ، وقال القاضي بصير الشفيع ملكا للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكا للشفيع لم يصح الفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح الفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا غفا بعضهم عن شفعة لانا لو جوزنا أخذ بعض الشفيع لتشقق المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

( فصل ) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعدر ثم مات لم تبطل والورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند المعجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب قاضي الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحق بالشفعة فصدقه فلشفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا إقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل إقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الأذن في البيع فاقول قوله مع يمينه يترجع الشفيع وبطال بالجره من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجوع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشفيع القوي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فاقول قوله مع يمينه فان كان للدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء هنا على الحاضر بوجود الشفعة عليه واستحقاق انقراض الشفيع من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا فان لم تكن بينة وطالب الشفيع بيمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لأنه لو أقر تقضي عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشفيع في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيهان ففعا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته الباقي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالأجنبي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي مينة ففعا أحدهما وطالب الآخر ثم مات الطالب فورته الباقي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجود الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا شفعة لهم لأن الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلقه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن الشركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كانت الميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضا لأن نصيب الموروث انتقل بهوته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

( فصل ) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فقل  
تسليم اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده  
استحق به الشفعة فذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت  
ومجرد الظاهر لا يكفي كالمودعي وقد أمة في بدءه، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فقل المشتري  
اليمين انه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت  
فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

( فصل ) اذا ادعى على شريكك انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفته تصدقه عمرو فانكر  
الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال  
محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفع منهما لانها  
شهادا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في  
حقه ولا تقبل شهادته عليه وايست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

من حق الموصى له فاذا أخذ دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية  
به كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل  
لاسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى  
به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له  
إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا ان الملك كان  
له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لاننا لم نعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين  
ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا  
لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من  
وجبهين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث  
فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له او لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت  
الشفعة له ويقتصر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق، وان قلنا بالرابية الاولى  
فطالب الورثة بالشفعة فلمم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع  
لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو اخذها الموصى في حياته، وان لم  
يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته  
وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٥ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة (المضني والشرح الكبير)

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بنته إياها لم يقبل عليه في الخث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لأن الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشي في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سألتها مني ملكتاها فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بذلك سابق في ملك متجدد يده ، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فاقول قوله مع بيئته لأنه منكر فان حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثاني على الأول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ، وإن ادعى الأول فنكحل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثاني ونكحل الأول قضينا عليه

(فصل) إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألبان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فالشفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الإسلام فورته وورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم وورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فنصره موقوف فان قتل على رده أو مات عليها تبينا ان شراؤه باطل ولا شفعة فيه وإن أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فاذا أسلم عاد إليه تليكا مستأنفاً ، وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضوع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراؤه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فان كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفته كما لو مات على إسلامه ، أو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب والاقتلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقدان عجز عنه وعن بعضه سقطت شفيعته)

وجه ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لا روى في

البائت بينة أن الثمن أثمان أخذها من المشتري والشفيع أخذها بالالف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويُدعى أن البائت ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذ الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائت لأنه لا يكذبها، فإن قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً فيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل هي الأولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وإن لم تكن البائت بينة فتعالفا فلا شفيع أخذه بما حلف عليه البائت، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن البائت فسخ البيع وأخذها بما قال المشتري يمتنع ذلك ولأنه يفضي إلى إزام المقدم بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائت جاز ومك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائت من الفسخ قد زال، فإن عاد المشتري فصدق البائت وقال الثمن أثمان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو الحق به بالتمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولأن الشفيع إنما استحق الشفيع بالبيع فكان مستحقاً له بالتمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضا مالكه فينبغي أن يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجح في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهمة أو ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. إذا ثبت هذا قاتنا نظر في الثمن فإن كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن اضراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهناً أو ضمناً لم يلزم المشتري قبوله لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشفيع حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تذر في الحال، فقال أحد في رواية حروب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن والأفصح عليه، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيهان فادعى على أحد الشفيهان أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيح الآخر قبل عفو عن شفخته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للشفعة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم النية وبهلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع بيته، وإن كانت الدعوى على الشفيحين مما خلفنا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة، بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثنا الشفعة أو كالأشريكين، وإن شهد أحدهما بعفو أحد الشفيحين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ النكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفيهان. فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائم بعفو الشفيح بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه بمحتل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ من الشفيح فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء. فلفسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد

بفرضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيح يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بحضور عوذه كالتسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بموضع فلا يقف على احضار العوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الاخذ وردده إلى المشتري، وكذا لو هرب الشفيح بعد الاخذ قال شيخنا والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كثير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيح والشفعة لا تنف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالسب ولأن وقف ذلك على الحاكم يفرض إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفرض إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الاخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا يفرض إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيح خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الفرمان بالثمن كالتسليم إذا أفلس المشتري

(مسئلة) (وما يزداد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا أن الشفيح إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيرا

(المفني والشرح الكبير) بيان ان تقسيم الشقص على الشعاع، انما يكون بقدر حصصهم ٥٢٢

لمكانه بفوه شفعة أو شهد بشرأ شي. لمكانه فيه شفعة لم تقبل لان المكان عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل لمكانه ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وان شهد على مكانه بشي. من ذلك قبلت شهادته لانه غير منهم فأشبهه الشهادة على ولده

﴿مسئلة﴾ قال ( وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر

سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامها)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذته الشفعة، قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والنعبري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشمعي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساروا كالبنين في الميراث وكالمعتين في مراهية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالفئة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجدة وبالجد مع الاخوة وبانفرسان مع الرجال في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار زيادة أو نقص ثبت ذلك التفسير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتفسير يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد، فلما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقص لم يلحق بالعقد لان الزيادة بدمه حبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ماحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التفسير فلم يؤثر التفسير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبهه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

﴿مسئلة﴾ ( وان كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالاجل ان كان مليئاً والا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه به)

وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بشن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كذبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الأعيان لأنه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فاتهم تساؤوا في التسبب وهو البنوة فتساؤوا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعة. في سهامهم، فلي هذا ننظر مخرج سهام الشركاء. كلهم فأخذ منها سهام الشفعة، فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها وبصير المقار بين الشفعة. على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردسواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الحزقي مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعة ثلاثة اصحاب الثلث سهمان وللآخر سهم فاشفعة بينهم على ثلاثة وبصير المقار بينهم اثلاثا اصحاب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا اصحاب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع واصحاب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترىها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لأنه لا يمكنه أخذه بالوَجَل لأنه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذم لا تتماثل وإنما يأخذ بمنته ولا يلزمه أن يأخذ بمنته حلالاً لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمنه الثمن إلى الاجل لأنه إنما يأخذه بمنه الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحداً منها فلم يبق إلا التخيير.

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذم فانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث يتحفظ المال فلا يضر اختلافها فيها وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها، ومتى أخذ الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقتنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه.

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه منه ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأعيان قياساً عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبديل المرض والمثقف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وصه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم ان أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من العم لا شرا كما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كالوفاكوا كلهم بسبب واحد، ولان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لاسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتبهاه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضا فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد العميين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنتين وأوصى بثانته لابنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم، ونهاهنا في هذه المسائل اختلاف بطول ذكره.

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فلا شفعة للآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيهقي لاشفعة للآخر لانها ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

عالم لا مثل له كالتدابير والحيوان فان الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لانها تجب بمنزلة الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كالأول جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالثلثي وما ذكره لا يصح لان المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن نجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وأن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستمرار العقد لا حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذ بقيته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائت فلا يكون للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص حق المشتري

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري الا أن تكون للشفيع بينة)

اذ اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا يزع عنه بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالنافع

شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء، أن الشفعة كلها للمبتري ولا شيء للمبتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل للمبتري أولى لأنه قد ملك الشئص المشفوع، وما ذكرناه لقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشرائه. هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المبتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لاجل تعلق حق التبر به، ألا ترى أن العبد الموهون إذا جنى على عبده آخر أسيدته ثبت للعبد على عبده أرض الجنابة لاجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به. إذا ثبت هذا فإن للشريك المبتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال له المبتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المبتري لأن ما كانه استقر على قدر حقه فجزى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشئص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول فخذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبويض لصفقة على المبتري قلنا هذا التبويض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشئص وكما لو اشترى شفعيا وسيقا

والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا أعتق قلنا الشفيع ليس ببارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشئص بشئصه بخلاف الناصب والمتلف والمتق، فاما أن كان للشفيع بينة حكم له بها وكذلك إن كان للمبتري بينة حكم بها واستثنى عن بينته ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأين، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفيع كان متبعا لأنه يطالب بتقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تارضهما لأنهما يتنازعا فيبأوقع عليه العقد تبصير أن كان لا ينفصلها، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لأنها خارجة ويقضيه قول الحرقي لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفيع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال أصحابه تقدم بينة المبتري لأنها ترجع بقول المبتري فإنه مقدم على قول الشفيع، وبخالف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده وفي مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما يتنازعا تارضتا فقدت بينة من لا يقبل قوله عند عدما كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا يدلها عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرها (فصل) فإن قال المبتري لا أعلم تدر الثمن فاقول قوله لأن ما يدعيه يمكن يجوز أن يكون اشتراه جزا فإما أو يشن نسي قدره ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بشئ بدل

(مسئلة) قال ( فان ترك أحدهما شفخته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك )

وجعلته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس لباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بنهيب الصفة عليه والضرر لا يزال بالضرر لان الشفعة إنما ثبتت على خلاف الأصل فدفع الضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يتدفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المبرز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فصل سقطت شفخته لانها لا تنبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالتصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالمعروف عن التصاص

( فصل ) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لاننا نعلم اليوم مساواة ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير اضراراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عني فيبقى للاول لان المطالبة انا وجدت منها فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بمرض واختلفاً في قيمته فان كان موجوداً عرضاً على المقومين وان تذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الثراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثته فانكر فالقول قول المشتري لانه ملسكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشترته بألف وأقام البائنه بينة أنه باعه بألفين فله شفيع أخذه بألف فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع بينة؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينه بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به وانا حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسباً ففيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نسي الشقص في يد الاول نيا، منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبهه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فسي في يده نيا، منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالمعدة على المشتري يرجع اثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حتى فيه وجهان (أحدهما) يطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه للمنفرد (والثاني) لا يطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري عننا كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعتة توفرت الشفعة على صاحبه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم يصف وإنما رده نصيبه لاجل العيب فأشبهه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، وبفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال الفاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع بينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبايع بينة فتحاقفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبايع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام المقدم بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان ماد المشتري فصدق البائع وقال التمن الفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى شفعاً له شفعان قاضي على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفعتة لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتمن فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المتكبر مع بينه وان كانت الدعوى على

( فصل ) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حاله القسمة لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع ، فان قيل فكيف نصح القسمة وشريكها الثالث غائب قلنا بمحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل عمله أو يكون الشريكان رفعاً لذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقامها وبقي الغائب على شفيعته ، فان قيل فكيف نصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرها وبذلك الشفيع إبطاله كذا ههنا ، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكه غائباً أخذ من الحاضر ثلث مافي يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث مافي يده أيضاً ، وان لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

( فصل ) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه اتصرت على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز ترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمه نصفين نصح قسمة الشقص من ثمانية عشر صها لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه قسمة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تقسم فأضرب اثنين

الشفيعين مائة خلفاً ثبتت الشفعة وان حلف أحدها ونكل الآخر نظرنا في الحالف فان صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وان ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورنا الشفعة أو كانا شريكين ، فان شهد أحدهما بغير شريكه واحتج إلى يمين منه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بده حلف المشتري وسقطت الشفعة ، وان كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بده عفوها قبلت وان شهدا قبله ردت ، وان شهدا بده عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير الثاني وقبلت شهادة الثاني وان شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وان كان قبله قبلت في أحد الوجوه لانها سواء عنده ( والثاني ) لا تقبل لانه محتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفسده فيستحق استرجاع المبيع ، وان شهد لمكانه بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكانه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له ككثيره ولان ما يحصل للمكاتب ينفع به السيد لانه ان يحجز صار له وان لم يجز سهل عليه وفاؤه وان شهد على مكانه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

( مثله ) ( وان ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أبيته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فان نكل

في نسمة تكن ثمانية عشر لثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة ، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللاول والثالث أن يقولان من سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجمع ما دنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة بصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة وثلثاني سهمان وتسع من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً فلشفيح أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث تبعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشتمن كل واحد منها ملكه بشتم مفرد فكان للشفيح أخذه كما لو أفرده بقدر وبهذا ينفصل عما ذكره ، وان اشترى اثنان نصيب واحد فلشفيح أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض تبعض صفقة البائع ولنا انها مشروبان فجاز للشفيح أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لانسه على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً ، فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيح أخذ الكل أو ماشاء منهما

أو قامت للشفيح ينة فله أخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه) وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيح على بعض الشركاء انك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما أمرته أو ورتته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفية كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برىء وان نكل فضي عليه وان قال لا يستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار وإذا نكل وتضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيح إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه ، متى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تبعضه واما ان تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام احتاره القاضي ، وهذا يفارق المكاتب لان سيده بطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يبطل الشفيح بشيء فلا ينبغي ان يكلف البراء مما يدعيه والوجه الاول أولى ان شاء الله تعالى

( فصل ) فإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركة في الشفعة لأن ملكها لم يسرق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ماشاء منها ، وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركة في شفيعته لأنها لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركة لذلك ويشترك الاول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . ويحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان ( أحدهما ) انه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة ( والثاني ) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كإن مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث وقد استحق مشاركة إذا عفا عن شفيعته فكذلك إذا لم يعرف لانه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول أخذ

( فصل ) فإن قال اشترته لفلان وكان حاضرا استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وإن قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتره وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجة إذا قدم لا تناو وقضا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لأن كل مشتري يدعي أنه لغائب ، وإن قال اشترته لابني الطفل أو لهذا العاقل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه لإيجاب حق في مال صغير باقرار وليه ( والثاني ) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بسبب في بيعه ، فأما إن ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان تثبت بيينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها لان الملك ثبت لهما باقراره به واقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب بيئانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذبنا .

( فصل ) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتره

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فلي هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه ثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فلشبيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث فصح المسئلة من مائة وعشرين سهما لشبيع الاول مائة وسبعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني ولثالث الثاني ثلث الثالث وهو نصف التمس فنصح من ستة وثلاثين لشبيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهمان

( فصل ) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم بعض فالذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني ؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني ؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث ؟ وهل يستحق الثاني شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه ( أحدها ) يستحقان لانهما مالكان حال البيع ( والثاني ) لاحق لهما لان ملكهما متزول يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به ( والثالث ) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فإذا قلنا بشارك الجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائمين والمشتري الاول الثلث لكل واحد منها السدس لانه شريك في شفعة بيع واحد ونصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشبيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان ( أحدهما ) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطلب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشبيع لان المنافع نلت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجوع على الشبيع وان طالب الشبيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للعدوي بينه حكمها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء هنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه أنزع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمنا ، فان لم تكن بينه وطلب الشبيع بينه ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب

( فصل ) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بغيره في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه ( أحدها ) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا ( والثاني ) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخفه ( والثالث ) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشاركه بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان ( أحدهما ) ثلثه ( والثاني ) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرووس فاذا قلنا يشاركه فعنا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يصف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثلثه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متسارية فحكمه حكم مالو براءه ثلاثة أنفس على ما شرحتناه ويستحق ما يستحقون والشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

( فصل ) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فشرى بها الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

( فصل ) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت بمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كالبين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

( فصل ) إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت لصيكت من عمرو فني شفيعته فصدته عمرو وأنكر الشريك وقال بل وورثته من أبي فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذ الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكانها شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما يمان فكان له اخذ نصيب أحدهما كالونو ليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعض الصفة على المشتري فلم يجز كلوا كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجل لا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه ما لو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفة المشتري ولانه قد برضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿مسئلة﴾ قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالبئس على المشتري وبرجع المشتري على البائع وان وجده مصيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له باليجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تمرد قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهده عليه

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقرها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وهبها من الدار في يده بدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترا

﴿مسئلة﴾ (وإن كان عوضاً في الحلم والصدائق والصلح عن دم العمد وقتلنا بوجوب الشفعة نيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة يبدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسبعة لا مثل لها ولا تلو أو جبتا مهر المثل لا فضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكام الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول المكي والشافعي لانه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن تقدأ ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضم وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالتمن فكانت الهدية عليه كما لو أخذ منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالتمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما إذا أخذ من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به.

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وليس للمشتري شيء، ويحتمل أن يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالتمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذ بالتمن الذي استقر على المشتري، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذها علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول التمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لأنه استدرك غلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين ففلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالتمن الذي استقر عليه العقد.

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن نجيب) لانتبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها أولاً أحدهما وحده أو كليهما كان، وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فنتقل الملك إليه ولا حق لتغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كللتهمين.

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب الهدية عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين التمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فإنا إنما مننا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتحويل حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشارع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلمة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار علماً ببيع الأول سقطت شفيعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفع منهُ ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي يبذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم فلا شفعم رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفع فلا برد المشتري لما ذكرنا أو لا ، وان أخذ الشفع أرض من المشتري فلمشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفّر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فاما ان اشتراه بالبرائة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البرائة فعلى هذه الرواية ان علم الشفع باسقاط البرائة فحكه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصارت كاشترت ان اشترط البرائة ، وان لم يعلم ذلك فحكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفع

( مسألة ) قال ( والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها )

وجهة ذلك أن الشفع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فنسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحل اذا مات المقذوف ، والحيار اذا مات الذي اشترط الحيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الاشياء . انما هي بالطلب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بثن المثل سواء كان لو ارت أو غير وارث وهذا قال النافسي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لو ارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيمه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فلما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لو ارت أو لغيره فان كان لو ارت بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة حباة الوصية في الوصية لو ارت لا يجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع وحل ببيع فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجب عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر الحباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الحيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحباة فاختص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقتضى على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقتضى على إجازة الورثة فكذلك

فإذا لم يطلب فليس يجب إلا أن يشهد أي على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، ودوي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي والعمري يورث قال أبو الخطاب ويخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لمنع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالغيب

ولنا أنه حق فسح ثبت لالفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل لتمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالغيب فإنه لا استدراك جزء فأت من المبيع (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبه يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها ، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب واريثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرءوس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه توفرو الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء ، إذا عفا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحماية له فإن أجازوا الحماية صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن ، وإن ردوا بطل البيع في قدر الحماية وصح فيها بطل ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردم لأن حقه متعلق بالمبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى الغيب إذا رضيه الشفيع بعينه

(فصل) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد الحماية على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحماية في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً فقبه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن الحماية وقمت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا يجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في الحماية ، ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالمبيع الحاصل من موروثه فانظر قاً . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه إلى إيصال الحماية إلى الوارث

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها لعذر ثم مات لم يبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيهان فمعا أحدهما وطالب الاخر بها ثم مات المطالب فورته العاني فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فلك الاخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فمعا أحدهما فطالب الاخر ثم مات الطالب فورته العاني ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بمقتضاها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الثرما .

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الثرما بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الثرما ، في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب للموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث الحيازة لنا حصات لغيره ووصلت اليه بحجة الاخذ من المشتري فأشبهه حبة غرم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحيازة بجميع الثمن بمنزلة حبة المقابل للمحايمة لان الحيازة بالنصف مثلاً حبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة حبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحيازة وهو فاسد لانها محايمة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو يملكه بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثمن معلومين ولا يفترق الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل الملك عن مالكة الى غيره فمراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفترق الى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا يقتض ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يملكه فمراً فملكه بالاخذ كالثمن والمباحات ، ومالكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد ما لا يصح لانه لو ملكها ما سقطت الشفعة بالموت بعد

دبه فلا شفعة أيضا لان نصيب للموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد يدع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

( فصل ) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية كالموتلف ولا يستحق الموصى له بدلا لانه لم يوص له الا بالشفعة وقد مات بأخذه ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للموصى إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبينا أن الملك كان له فكذا كان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لانعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ، ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويضارق الموصى له من وجهين ( أحدهما ) ان الاصل عدم القبول منه ( والثاني ) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الموصى الوصية كانت الشفعة له وينتقل الى الطالب منه لان الطالب الاول يبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شيخان فطلب الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فإنه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي ثم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاستخراج المبيع ائيب في ثمنه أو الثمن لئيب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كاستراحيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

( مسألة ) ( وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة على وجهين ( أحدهما ) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني ( والثاني ) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يكن الاخذ منه ، ووجه الاول ، أن البائع أقر بمحقن حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ترك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم الأخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انقل اليه بعد الأخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطلبوا بالشفعة حتى قبل الوصي به فلا شفعة للموصى به لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته ، وفي ثبوتها الورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه (فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد قتل أو مات فلشفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فنصره موقوف ، فإن قتل على رده أو مات عليها تبيننا أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر نصره غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً وقال الشافعي وأبو يوسف نصروه صحيح في الحالين ونجس الشفعة فيه ، ومبني الشفعة هنا على صحة نصرف المرتد وبذكر في غير هذا الموضع ، وأن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة اتبني على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره ، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع عاوضة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلتم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه دية في قبوله من غير غريمه وهنا بخلافه ، ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقرراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا بدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري أما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لأحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً ما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعتها كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا

﴿مسئلة﴾ قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجه ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد اذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبيهقي وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فان اسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربيعة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « ولا يجل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعتي وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربيعة أو حائط فلا يجل له أن يبيع حتى يستأذن

اذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحفا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجدته ميبقا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى والبيهقي عهددة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالهدة عليه وان أخذه من البائع فالهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهة فكانت عهدته عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت الهدة عليه كالمشتري أو أخذته منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فله رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول ، وقياسه على المشتري في جمل عهدته على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما اذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو اتسوخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فله شفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكة فان شاء أخذ وان شاء ترك « ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به فمخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المفني معدوم هنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أصر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتدل أنه أراد العرض عليه ليقنع ذلك ان أراد تخفيف عليه المؤنة ويكتفي أخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفيعته

(فصل) اذا توكّل الشفيع في البيع لم تسقط شفيعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو وكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه وناهه وكيل فلا تسقط شفيعته كالأخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل إنما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الأرض لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الأرض فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه طالباً به فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استثنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبهه ما لو رده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر . فلي هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الأرض قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعاً فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ينزل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يسلماً فللشفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا اولاً ، وان أخذ الشفيع أرضه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئاً فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري وفر عليه كالمزيد على الثمن باختياره ، فأما ان اشترى بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحده حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، واما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفيعه راضيا بنصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو اذن لوكيل في الشراء من نفسه. فلي هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبتت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(فصل) وان ضمن الشفيع العهد له شترى او شرط له الجبار فاختار امضاء المقدم تسقط شفيعته وبهذا قال الشافعي، وقال اصحاب الرأي تسقط لان المقدم ثم يفاشبهه الياتم اذا باع بعض نصيب نفسه. ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والفقير عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم احد شريكه بالالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خماسا للعامل وخمساها للمال المضاربة خمساها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالصيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشرط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشترين اشترطوا البراءة وان لم يطر ذلك فحكمه حكم ماله المشتري دون الشفيع

مسئلة ( وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشفيع من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالمقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان المقدم يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التعرف فيه بنفس المقدم فصار كالمقبضه المشتري والله أعلم

مسئلة (ولو ورث اثنان شفعوا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخض بشركته من شريك أبيه لا شراكما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كالو ملكوا كلهم بسبب واحد لان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً واشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريت لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو لشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته، وإن أخذ نصف المبيع للملك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتضاره على أخذ النصف يبيح للمشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لأنه لا يملك تبويض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقرباً تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فلا شفع أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وإن قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك إن قال ما اشتريته إنما انتهت وصدة الآخر أنه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار التفرع له في موضع الاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو وراثاً أو انتهاء أو واصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو وورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأزواجاً فباع أحدهم عن ابنين فباع أحد المبعين نصيبه فالشفعة بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلاث لابن فباع أحد الشريكين الوصين أو أحد الابنين فالشفعة بين شرفائهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

### ❦ مسألة ❦ (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعنوم قوله عليه السلام «لا يجل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالبيع ولنا ما روى الدارقطني في كتاب الملل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يختص المقار فأشبه الاستلاء في البيان بحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو أختار المشتري على إسقاط الشفعة بحجة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا عتراض صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقبل لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن لشفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فاشبهه بالو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح منه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشراء ودفعاً لضرر الخصومة والتبين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك فضل فلا شفعة على المدعي فيها أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشخصين فوجبت الشفعة فيهما كالأمر كانت بين مقرين ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنته بصلحه فلم يجب فيه شفعة كالأمر له به

المسلم على المسلم تقديماً دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح وروايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق التبريك المسلم وليس الذي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذي لم يعمم الأدلة ولأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان ثبتت على الذي مع دناءته أولى

(فصل) وثبتت للذي على الذي لم يعمم الأخبار ولا هما تساويان في الدين فثبت لأحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فإن تبايعوا بجزء أو خترير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما قبلوه، وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا لينا لم يحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بجزء وقتنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خفراً لأنها مال لهم فاشبهه بالو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بثمنه وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولأنه عقد بجزء فثبتت فيه الشفعة كالأمر بين مسلمين ولأنه عقد بشئ محرم أشبه البيع بالخترير والمثنية، ولا نعلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرام الخترير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخترير، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لانا لا نعرض لما قبلوه مما يستفادونه في دينهم ما لم يتحاكوا لينا قبل تمامه ولو تحاكوا لينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فثبتت الشفعة لمن حكنا باسلامه منهم كالفاسق بالأفصال لم يعمم الأدلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة فوذكر

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ماني يده مشتربه لأنه لا شريك له في شفيعته ، وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفيعته وبأخذ نصيبه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ماني يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ماني يده والشفيع يستحق ربع ماني يده وهو السدس فصار منتسما في يدهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الثمن ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ماني يده الثاني وربع ماني يده الاول فصار له ثلاثة أرباع الثمن ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لأن يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ماني يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الصلاة منهم فأما الصلاة كاعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من السنة الى القول بمخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على الفروي وللغروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والنبي لا شفعة لمن لم يسكن مصر وعموم الأدلة واشتركا في المعنى المقضي لوجوب الشفعة بدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لازي في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين التامنين الا ان يحكم بينهما حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء فقد حكمه

(مسئلة) ( وهل يجب الشفعة للمضارب على رب المال ورتب المال على المضارب فيما يشتره من

مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلاثة نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلاثة من الثاني ، ويخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ماله في يده حصل في المبيع من الأثلاث ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك وبصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي السمان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ماله في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني

( فصل ) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبرك سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللمعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها ، فإن تركها فرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا يتخذ عقو العامل لأن الملك لغيره فلم يتخذ عقوه كالمأذون له ، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا يربح في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرناه ، فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فاشبهه شراءه من نفسه

( فصل ) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بالث فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشركتين رب المال والآخر العامل فمهما كان الشركتين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أحاساً لرب المال خساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجمل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

( فصل ) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشركتين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين

ثلث الدار ثم باع حراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعاً الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذ بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه زيد ثلث شفته فيقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً لعمرو وثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهماً بأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة وبأخذ منها زيد خمسة فحصل زيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار ونسبها ونصف تسع نسبها ويدهم عمرو والى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثاً وبمحصل لعمرو أربعة أنساع الدار زيد نسباها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وإن باع بكر السدس لاجني فهو كبيع إياه لعمرو الآن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثلث لاجني فعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثها من بكر وثلثها من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفته، وإن أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتضاره على أخذ النصف انبني على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفته كلها لأنه لا يملك تبيع شفعة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاؤه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكروا الشريك كون الشراء له وعفا عن شفته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فللمشترى أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاؤه وإنه لا يتصور على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فإن قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها لا تصرف بالصحة، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما أهيته وصدقه الآخر إن اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه سقط حقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا يسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا عرف صاحبه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ونصف أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلثي أربعة أسباع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعتة في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كالمثل لم يبع شيئا ( الثاني ) تبطل شفعتة كلها ( والثالث ) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه أحدها ) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعا على أملاكهم حين يبعه ( والثاني ) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أسباع بالشفعة فيبقى معه خمسة أسباع السدس ملكه مستقر عليها فأضناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر ( والثالث ) ان غفلهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان غفلوا عن بعضها دون بعض استحق البعض منه بسهامه دون غير البعض عنه ، وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو وهو بمنزلة المفقود عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط اطال ، وخرج الى الاملاء

اليوم وقال لأشعة لي لذلك توفرت على الآخر ، وان اعتقد ان اه شفعة وطالب بها فارتضا الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق ( فصل ) إنا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ردفاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي هذا الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقطين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

وانما ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استفده بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

( فصل ) اذا كانت دار بين ثلاثة اشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجني ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالمقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتربه لانه لا شريك له في شفعتة وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك ، وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار والرابع الربع بجاهه ، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من المال مثل ما للمطالب شفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل الرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيا بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قامه الثمن نصفين فيحصل للمفني عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم المبيع المفني عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفعته ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منها السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في يدهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الأول ربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر تم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالمقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول ربع الثمن الثاني لأنه أخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لاختلاف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربه ثم باع ربا بما في يده لاجني ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه وإن أخذ بالبائع الأول وحده أخذت الثلث المبيع وهو

(مسئلة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجهة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك من الحسن والشعبي وروي عن شريح وهر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والنعبري وأصحاب الرأي لم يسموا قوله عليه السلام «لا يجهل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روي الدارقطني في كتاب العلق بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لغيري» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى ملك به يرتب على وجوده ملك مخصوص فلم يجب للذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البيان بحققة أن الشفعة انما تثبت للمسلم دفعا للضرر من ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلاثة نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الأول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثا، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الأثلاث ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة إلى الشريك بصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بنسب الثمن الذي اشترى به لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه، وأن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين بصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهما وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بنسب الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو أثنا عشر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمر أ سدسها ولم يلم عمرو بشرائه لثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ يمه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من يمه خمسة أنساعه تزيد ثلث شفته فتقسم بينها أثلاثا وتصح المسئلة من مائة وأربعين وستين سهما الثلث البيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثها بشفته ستة وثلاثون سهما يأخذ منها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي

خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقي فيه على مقتضى الاصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة الموجبة ، لانها اذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلأن ثبتت على الذمي مع دنائه أولى وأحرى

(فصل) وثبتت الذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانها تساويا في الدين والحرمة فنثبتت لاحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وان تبايعوا بخرم أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا اليها لم يحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخرم وقلنا هي مال لهم حكمتنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خيراً لأنها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وان كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر

ولنا انه بيع عقد بخرم فلم تثبت فيه الشفعة كالمسلمين ، ولانه عقد بمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم ان الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كاحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجمعه مالا كالخنزير ، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكوا اليها قبل عامه ولو تحاكوا اليها قبل التقابض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فن حكم باسلامه فله الشفعة لانه مسلم فنثبت له الشفعة كالفاسق بالافعال ولان عموم الادلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

اشترى سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة وأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنا عشر وثلثون سهماً وبكر ثلاثون سهماً ولسرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسهما ونصف تسع تسهما ، ويدفع بكر الى عمرو ثلثي الثمن في اليوم الاول وعلى زيد خمسة أوساع الثمن الثاني بينهما اثلاثاً ، فان عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشترى بينه وبين زيد اثلاثاً ، ويحصل لسرو اربعة أوساع الدار ولزيد تسعاً وبكر ثلثها وتسع من تسعة ، وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كيبه إياه لسرو الا أن لسرو العفو عن شفعة في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وان باع بكر الثلث لاجنبي فلعمر وتلثا شفعة المبيع الاول وهو اتساعان يأخذ ثلثها من بكر وثلثيها من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من اربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثاً ، وتصح أيضاً من مائة واثنين وسنين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مائة ويدفع هو وزيد الى المشتري الثاني ثمن خمسة أوساع مائة بينهما اثلاثاً ، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلث اربعة أوساع مائة ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدساً لم تبطل شفعة في أحد الوجوه وله أن يأخذها كالمسلم ثم يبيع شيئاً (والثاني) تبطل شفعة كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وبقي فيما لم يبيع وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما

وقد روى حرب ان أحمد مثل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وروى عن ابن ادریس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمول على غير الثلاثة منهم وأما من غلا كالمتقدم ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاء الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على القروي والقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبيتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادة واشتراكها في المعنى المفتحي لوجوب الشفعة  
(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا تروى في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه فقيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر ارباعاً للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين يبعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنصاع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنصاع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المفقو عنه، بسهامه دون غير المفقو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المفقو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال وخروج الاملال  
(فصل) اذا كانت دار بين أربعة ارباعاً فاشترى اثنان منهم أحدهم استحق الراجب الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الراجب وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار والراجب بحاله وان طالب الراجب وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعة بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للراجب ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر ، وان طالب الراجب وحده أحدهما دون الاخر قائمه الثمن نصفين فيحصل للمفقو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الراجب والاخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يصف الاخر ولا الراجب قسم مبيع المفقو عنه بينه وبين الراجب نصفين ومبيع الاخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يصف عنه ربع (الجزء الخامس)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يضمنه الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

## كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وأما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكروه منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لانه لم ينكروه منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثالث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يصف أحدهما عن صاحبه أخذ عن لم يصف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالمالي في التي قبلها ونصف أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يصف الآخر فلنير الماني ربع وسدس والباقي بين العائنين نصفين لكل واحد منها سدس وثمان ونصف من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

### باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يستقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكروه منكر فكان إجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن العبارة وهذا يمنع انعقاد الاجام ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجام ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجام ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها نسمى لسيد الأرض فرما يصاب ذلك وتلى الأرض وربما نصاب الأرض ويسلم ذلك فتهبنا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يوشك ، وروى تفسيره أيضا بشي غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طائفة من أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأبو زر بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

( مسئلة ) ( يجوز المساقاة في تمر التخل وفي كل شجر له ثمر ما كوله يمشى ثمرته )

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا يجوز إلا في تمر التخل لان الخبر إنما ورد به فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في التخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان ( أحدهما ) لا يجوز فيه لان الزكاة لا تجب في ثمرها فاشبهه بالتمر له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا يجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره مجهولة أشبه إجارته بثمره غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجام ولا يجوز التمويل على ما خالفها قلنا قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال : كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهى عن العبارة ولا ينعقد الاجام مع مخالفته ، ويبدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجام ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجام ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بدمه بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر إليه بمقتضى أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر في تجوز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفسحة فجاز ذلك كلضاربه بالاثمان

(مسئلة) قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم

يحمل للمامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة نجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا يجوز فيه لأن الزكاة لا نجب في ثمره فأشبهه مالا بمره له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا يجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره مجبولة أشبه إجارة نفسه بثمره غير الشجر التي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها نسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا فاما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع بروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال «لأن ينجح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع ، عليه ذلك كيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بدمه ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر إليه بمقتضى أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجوز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفسحة

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم أنها إجارة غير صحيح إنما هو عند  
على العمل في المال ببعض ثأته فهو كالضاربة، وينكسر ما ذكره بالضاربة فإنه يعمل في المال بثأته وهو  
معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع الممدومة  
للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة الممدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص  
عليه أو الممنوع عليه؟ فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص  
ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله حامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج  
منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء  
في لفظ بعض الأخبار أن النبي ﷺ حامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر  
يشمر كل حول فأشبه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فجازت  
المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجرزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثم له من الشجر كالصنصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر  
والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا  
في معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقه  
كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لأنه نماه يتكرر كل عام ويمكن أخذه  
والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالضاربة بالائمان، فأما قياسه فيبطل بالضاربة فإنه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد  
جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الإجارة على المنافع الممدومة للحاجة  
فلم لا يجوز على الثمرة الممدومة للحاجة؟ مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه  
أو الممنوع عليه، فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص ذلك  
بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله حامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما  
يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل  
وقد جاء في لفظ بعض الأخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم حامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل  
والشجر رواء الدارقطني ولأنه شجر يشمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو  
إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجرزة للمساقاة  
ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثم له كالصنصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز  
المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص  
ولأن المساقاة إنما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحدهما) يجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحمد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الفرر فيها فمع وجودها وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما نصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة ، فان بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني لشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل المالك به عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالمبدأ صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض غنائه فلم يجز بعد ظهور الماء كالمضاربة ، ولان هذا جعل العقد إجارة معلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم انه أقل غورا قلنا قللة الثمر ليست من مقتضى الجواز ، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئا ، والشرح ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجودا ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث الماء الموجود على ملكها على ما شرطناه فلم يجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به كالوعدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الزرع (فصل) فأما قول الحنفي (يجزء معلوم بمجهول العامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) ان

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حقه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها ، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالتك واعمل في بستاني لهذا حتى تكمل ثمرة وما أشبه لان القصد المعنى فاذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع (مسئلة) (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى تصح به المقدم كسائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لاتصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الاجارة بشرط ما يكون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لما ذكرنا (مسئلة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الارض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبو الخطاب)

فمضى قوله أجرتك هذه الارض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما عبر عن الشجاع بالاسد ، فعلى هذا يكون نهي عليه السلام عنها بثلث أو ربهما إنما ينصرف الى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لانها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الارض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالحسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف وسبع ونحو ذلك جاز، وإن عقده على جزء منهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينها، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أورياً كثر الحاصل فيستضر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمّل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يحمل فيها الرب الأرض مكاناً معيناً والعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نركب الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم يهتسا. متفق عليه، فتنى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء، ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط براد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال سابقتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

﴿مسئلة﴾ (وهل تصح على ثمرة موجودة؟) (روايتين) (أحدهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الفرر فيها فع وجودها وقلة الفرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يزيد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة فإن بقي مالا يزيد به الثمرة كالجداد ونحوه لم يجز بشر خلاف (والثانية) لا يجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على النطر بما يخرج من زرع أو ثمر، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالمقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالمبدأ صلاح الثمرة ولأنه عقد على السبل في المال يعض نواته فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولأن هذا يجعل اجارة معلوم ومجهول فلم يصح كالمبدأ استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلته الفرر ليس من مقتضى للجواز ولا أكثره الموجودة في محل التص مائة منه فلا تؤثر قلته شيئاً، والتبرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكها على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في مضاء الخاقا به كالمبدأ صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الأول قال لس النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المدومة بجزء منها تنبيه على جوازها على الموجودة لها

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرناه ليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هونتها فهو للعامل لأن الشرط براد لاجله كما ذكرنا

( فصل ) إذا كان في البستان شجر من أجناس كاتين والزيتون والكرم والمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمرة التين وثلاث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وها بطلان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف القدر المشروط من الآخر . وإن لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما لم يجز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثالث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال بالنصف من أحدهما والثالث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيها الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثالث وها متميزان صح لأنهما كبساتين

( فصل ) وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثالث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بمقدار كان له أن بشرط ما انفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لأنه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا

( فصل ) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الأقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

مسئلة (١) وإن ساقاه على شجر يترسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح

والحكمة فيه كالحكم فيها إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بينته فإن أحمد في رواية المروزي فيمن قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بمالك كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خبير في الزرع بالنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الرايين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعامة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطا قدرا واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما انكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار قالوا قالا بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جهة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن بشرط لها التساوي في النصيب ويجوز أن بشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كالو شرط له من كل نوع قدرا

(فصل) ولو دفع الى رجل بستانا فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربهه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر تجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربهها وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعتك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته روميا فذلك درهم وان خطته فارسيا فذلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فاخذها وان اختار العامل قلع شجرة فله ذلك سواء بذله القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الفرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يرسها على أن الشجر بينهما لم يجز ويحمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو التخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(قيل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحدوث ابن عمر في خير وسواء قل الجزء أو أكثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصماً معلوماً أو جعل مع الجزء المعلوم أصماً لم يجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكسر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذا الملة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكثري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبيننا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر ولما بتقدير المكان ونصيبه أو بساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيراً جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سبعا فله الثلث وان سقى بكلفة فله النصف ام يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى يعين في يمة، وبشخرج ان يصح قياسا على مسئلة الاجارة ولو قال لك الحسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها وبخرج فيها مثل ماخرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الاخر بمجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد نصار في معنى يعين في يمة كقوله بعثك ثوبي على أن تبغني ثوبك وانما فسد للمعين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنقم الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فقي شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها تمام ملكه والعامل أجز مثلها كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد صح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليق ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سبباً لتسليمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتعالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناوله المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منها بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذب الآخر أخذ نصيبه بما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلاً لانه لا يجوز الى نفسه ففعل ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلاً

(فصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصقين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل أنه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عمل في الشجر بناه على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحسب الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاء بالعمل بقير عوضاً ناشبه ما لو قال له أنا عمل فيه بشير شيء، وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجزءه لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاء باساقاه كالنكاح ولم يعلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الأيضام لا تنقح بالبذل والاباحة والعمل هنا يستباح بذلك ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالقدرة أو بالاصابة أو بما قاله وجب بالقدرة يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد هنا لا يوجب ولو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كدمها ولو كانا عامين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لا ذكرنا (فصل) وإذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدرأ كنعف عمر التين وثمر الزيتون وربع الكرم، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدرأ وهما يرفقان قدر كل نوع صح لأن ذلك كالثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر يخاف للقدر المتروط من الآخر، وإن لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا وثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جرت عوضين فصار كقولك بتك داري هاتين هذه ألف وهذه مائة، وإن قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يبينه لم يصح للجهالة لأنه لا يعلم الذي يستحق نصفه، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متبرزان صح لأنها كبساتين

(فصل) فإن كان البستان لاثنين فساقيا تاملاً واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل تام ما لكل واحد منها جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين تقدان، ولو أفر د كل واحد منها بقدر كان له أن بشرط ما انفقا عليه وإن جعل نصيب كل واحد منها لم يجز لأنه غرر فإنه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فإما إن شرطاً قدرأ واحداً من مالها جاز وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منها لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كالمثل قال بتلك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجبه (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة واليذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملوا معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيها ويتقاسمان العمل ان تساوا فيه، وان كان لأحدهما فضل نظرت. فان كان قد شرط له فضل مائي مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر التل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الفرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيم (فصل) وتصح المساقاة بانظالمساقاة وما يؤدي معناها من الانفاظ نحو عاملتك وفالحتك واهل في بستاني هذا حتى تنكحل ثمرة وما أشبه هذا لان القصد للمعني فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منها جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لها التساوي في التصيب وان يشترط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيم

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه (مسئلة) والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه

وكذلك المزارعة أو ما إليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير أن يخرج له صاحب الضيعة فلم يتمه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرة بنصف ثمرة فبها وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة بشرط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقبس لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ لتنفق عليها وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد نيجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض نحت الشجر والبقر التي تخرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقلم الحشيش المضر والشوك وقلم الشجر اليابس وزيار الكرم وقلم ما يحتاج الى قلمه ونسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الهولاب، والحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تسميته، وعلى رب المال ماقى حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الهولاب وحفر بقره وشراء ما يلقح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يشكر كل عام فهو على العامل ومالا يشكر فهو على رب المال وهذا صحيح في العدل، فأما شراء ما يلقح به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لانه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يفرم بخير على أن يعملوا ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ «نفرم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازما لم يحز بغير تقدير مدة ولا أن يحبل الحيرة اليه في مدة اقرارهم، ولان النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لتقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلام من أرض الحجاز وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يحز اخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثمار المال فكان جائزا كالمضاربة، وقارق الاجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم يتفق بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم لانه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يتقرر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خيبر مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاموم، ولانه عقد جائز فلم يتقرر الى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدها بعد ظهور الثمرة فهي ينهها على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الهولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت ما يلقح به ، والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض اصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والتمرة ، ما كالكمسح للنهر والنور هو على من شرط عليه منهما ، ان اهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به وتفريق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقنا العقد ولم يبيننا ما على كل واحد منهما فلي كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطنا ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطنا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا فنفس المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط بخلاف مقتضى العقد فانفسه كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحرقي في المضاربة ، لانه شرط لا يخل بصحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن بشرط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يقضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضى باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وطامل الجمالة اذا فسخ قبل أمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منه أمام عمله الذي يستحق به عوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل أمام عمل الجمالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مقص الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم انقضاءها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حلها على اطلاقها مع لزومها لانها تقضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العقل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجوده كعدمه فلا يستحق شيئاً  
( فصل ) فاما الجذاذ والحصاد والقاط فهو على العامل نص أجد عليه في الحصاد وهو مذهب  
الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحد في الجذاذ أنه اذا شرط على  
العامل فجاز لان العمل عليه وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل  
الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة  
بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة  
واقضاء المعاملة فأشبهه فقه الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولان هذا من العمل فيكون  
عليه كالتشميس وما ذكره يطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال  
العقد فأشبهه المحزن

( فصل ) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لانهم كعمله  
فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان ( أحدهما ) كما ذكرنا ( والثاني ) يجوز لان  
غلمان ماله تجاز أن تعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل  
عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا يحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة  
تكل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة  
( مسألة ) ( فان شرطاً مدة لا تكل فيها لم يصح )

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكل فله أجره مثله في أحد الوجهين وفي الآخر  
لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالشبع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو  
جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تمرد دفع العوض الذي انفقاعه  
كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فإنه رضي بغير شيء ، وإن لم تظهر الثمرة فلا  
شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

( فصل ) فان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالباً فم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد  
صحيح لم يظهر فيه انهاء أشبه المضاربة اذا لم يبرح فيها وإن ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها  
وعليه أعام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

( مسألة ) ( وان شرطاً مدة قد تكل فيها الثمرة وقد لا تكل ففي صحة المساقاة وجهان )  
( أحدهما ) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه ( والثاني )  
لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالتسليم في مثل ذلك ولان ذلك غير أمكن

يعملون معه فنفتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساق ، ولا ينبغي أن بشرطها على رب المال لان العمل على المساق فؤونة من يملكه عليه كؤونة غلده

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا بشرط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن بشرط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عليهم برؤية أو حصة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

( فصل ) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدرة الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد ذلك ولانه مجهول ، ويضارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليه من الخالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كما مثلنا

( فصل ) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ما إليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكر يخرج نفسه من غير أن يخرجها صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بينهما ، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه ، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرط مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل ثم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته) ووجه ذلك اننا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفترق الى ذكر مدة لان ابقائها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتاج الى مدة ، فان قدرها بمدة ، جاز لانه لا ضروري ذلك وقد بناء في المضاربة والمساقاة ، مثلها ، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما ، فاما ان قلنا يلزمها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لازم أشبه الاجارة ، فان كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجز لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء. لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالأجارة ، ولأنه لو كان جائزاً أجاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستنصر

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « قرم على ذلك ما شئنا ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولأن يحمل الحيرة إليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك مدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ولا عقد على جزء من ثمن المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الأجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولأن عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع بقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الأجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد أدراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة فهي نظير على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كالمضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى

فعل هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تستدر الاستئجار فرب المال الفسخ لأنه تستدر استيفاء المعقود عليه ثبت الفسخ كما لو تضرر من المبيع قبل قبضه

﴿ مسألة ﴾ ( فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة ؟

على وجهين )

أما إذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما إذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجره ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتجج إلى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدأ صلاح الثمرة أو لا فان كان قد بدأ صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار يبيع نصيبه بآءه ويبيع الحاكم نصيب العامل وان أبقى البيع والشراء يباع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يملكه والباقي لورثته، وان كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فان يبيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك إلا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالأجنبي (والثاني) يجوز كما إذا باع نخلًا مؤبراً جاز للشترى أن يبتاع الثمرة التي الباتر من غير شرط القطع وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الأجر في أحد الوجهين لأنه عمل بموضع لم يضح له فكانت له الأجرة

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة ففيها على ما شرطه وعلى العامل تمام العمل كإلزام المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه أمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجعالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مقصود إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فذلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بنفسه فأشبهه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما إن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الأعلى مدة معلومة وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجاز به بعض أهل الكوفة استحساناً لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالأجارة ولأن المساقاة أشبه بالأجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقاً لم يمكن حلها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك إن هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

إن كان العقد جائزاً لرب الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالاً أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعمل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعمل فإن تضر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرناه، وأما الميت فلا يقتض عليه لأنه لادئمه والأولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿مسئلة﴾ (فإن عمل فيها رب المال بأذن حاكم أو إلهاد رجوع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن رب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم يفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنتق بنية الرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجوع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم وأنتق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحكم فيها إذا أنتق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تضرع إليها كالحكم فيها سواء

بالسنة لانه تحمك وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة، فعلى هذا لا يتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طال، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا محكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو إجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتزك في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة، فان ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها ظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء. له لانه رضي بالعمل بشير عوض فهو كالمتبرع، والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تضر دفع العوض الذي اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة، وقارق المتبرع فانه رضي بشير شيء، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم يحصل تلك السنة فلا شيء. فعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كالمضاربة قبل كمالها، وان ساقاه الى مدة يتمثل أن يكون للشجر ثمرة ويتمثل أن لا يكون في صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يتمثل أن يحصل ويتمثل أن لا يحصل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

( فصل ) قال رحمه الله ( ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرت والازبار والتفليح والنشيب واصلاح طرق الماء وموضع الشمس )

وجه ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرت الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرت وآلة الحرت وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه ونسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يفسد، وان كان ما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿ مسألة ﴾ ( وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر البئر والدولاب وما يدبره )

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلق العقد وان شرطاً ذلك كان تأكيداً وقيل ما يكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرت ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرخص بتغيير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلاحق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب عما ذكرنا

( فصل ) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد المفقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلي وبين ( أحدهما ) لا يثبت لاتها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المثل أشبه البيع

( فصل ) ومتى قلنا بجوازها لم ينتقل الى ضرب مدة لان ابقاءها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء. فلم نحتاج الى مدة كالمضاربة، وان قدرها ببدء جاز لانه لا ضرر في التدبير وقد تبيننا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتفسخ بوقت كل واحد منها وجنونه والحجر عليه لسفه ذقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى هبته فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمرة مما ككسح الثمر هو على من شرط عليه منها وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل، كما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

( فصل ) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلي هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليها فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مقسدة فيه فصح ك تأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

( فصل ) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً ماله ككثير

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انقضت المساقاة فكان الحسب فيها كالأو فسخها أحدها على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة ، لكن إن كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يغير لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فلهذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال انفسخ لأنه تعذر استيفاء المقود عليه فيثبت الفسخ كالأو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتجج إلى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو أما أن تكون الثمرة قد بدأ صلاحها أو لم يبدأ فإن كانت قد بدأ صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أباي البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكترى عليه من بعده وما فضل لورثته ، وإن كان لم يبدأ صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ذلك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحسب إذا انقضت المساقاة بموت العامل قولنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جملة تباً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلاماً يعملون معه فنفتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقنا فهي على رب المال وهذا قال الشافعي وقال مالك نفتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فتونة من عمله عليه كقونة غلامه

ولنا أنه بملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فله يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجره من المال لم يصح كالأو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول ، ويقارن هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج إليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيبايرد)

لم تنسخ إذا قلنا يلزمها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر ، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن تبرع بالاتفاق لم يرجع بشيء ، كالموت تبرع بالصدقة ، والحكم فيها إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا وماه (فصل) وإن هرب العامل فزلب المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وإن قلنا يلزمه لحكمه حكم ماله مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة وتوجه إلى وقت ادراك الثمرة فزلب فإن لم يجد فزلب للمال الفسخ أما الميت فلا يقتضى عليه لأنه لازمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدهيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة لأن رب المال أئتمنه بدهم ماله إليه فهو كالمضارب فإن أتهم حلف فإن ثبت خيانتة باقرار أو بينة أو تكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ماله ففسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نعلم إمكان استيفاء

لأن رب المال أئتمنه فأشبه المضارب فإن أتهم حلف وإن ثبت خيانتة ضم إليه من شاء ربه كالواصي إذا ثبت خيانتة فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ماله ففسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تذررت في حثك فلا يلزم رب المال أئتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفتوت ماله ، فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وإن عجز بالكلية أقم مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل وهذا من تمامه (فصل) وبذلك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها إلا واحدة كانت بينها وهذا أحد

قولي الشافعي ، الثاني يملك بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينها على كل حال ، وأما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كاستئذانه وإن سلم فالفرق بينها أن الربح وقاية

المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا تقول إن له فسح المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حثك فلا يلزم رب المال اثباتك وفارق نسخته بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال وهو ما يفوت ماله

(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكلية أفام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيقه

(فصل) وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبهه لأنه أقوى سبباً لنفسه فحائط والعمل ، وقال الشافعي يتعاقبان وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر لزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بيئته وجهان بناء على بيئته الداخل والخارج ، فإن كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية شيء فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصاباً نص عليه أحد في المزارعة فإن لم تبلغ نصاباً إلا بجمعها لم تجب إلا على قولنا أن الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فإن بلغت حصته نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لم لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به التصاب من موضع آخر فيجب عليها جميعاً ، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كالكاتب والدمي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث إن كان شريكاً نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيحرم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يحرم يهود خيبر أي أخذونه بذلك الحرم أم يدفعونه إليهم بذلك الحرم؟ لكي نحصى الزكاة قبل أن تؤكل التمار ويفترق قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) وبملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أنفقت كلها الواحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض  
ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لا يلو لم، كما قبل القسمة للموجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما القراض فإنه يملك الرجح فيه بالظهور كسئلتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقابله رأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية شيء. ولذلك لو أنفقت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعها لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير اللواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر هنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسم ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيباً دون الآخر فلي من بلغت حصته نصيباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يملكه النصاب من مواضع أخرى فتجب عليهما جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته بلغان مجموعهما نصيباً فلي عليه الزكاة في حصته، وإن كان أحداً شريكين من لازكاة عليه كالمكاتب والدمي فعلى الآخر زكاة حصته أن بلغت نصيباً وهذا كله قال مالك والشافعي، وقال أئمة إن كان شريكه نصرانياً أعله أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بقدر الزكاة ما بقي  
ولنا أن النصراني لازكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء. كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فلي من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي المشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الخريفي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا

(فصل) ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لانه ربما يحدث من النماء بقدر تلك الدراهم فيضرب برب المال ولذلك منعا من اشتراط اقترعة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد المقدر سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميعه حمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل  
(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجز وبه قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرس أم يدفعونه اليهم بذلك الخرس لسكي نحصي الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعة آلاف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون الف وسق ( فصل ) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سوا . أثمرت الشجرة أو لم تنمور ولان الخراج يجب أجره الأرض فكلان على رب الأرض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء . يعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه رافقه أعلم : إذا دفع السلطان أرض الخراج للمرجل يسلمها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كذا ذكره الخريفي في باب الزكاة ولاننا في بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال ( ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم )

بعضي اذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كشمرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزءه من ثماته فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن أميره كالوكيل ، فأما ان استأجر أرضاً فانه يزارع غيره فيها لان مناصها صارت مستحقة له فلك المزارعة فيها كالمالك والاجر على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنها كالاستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمزلة المالك ولا نعلم فيه خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة

( فصل ) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجره له لذلك وله على الناصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تقصص أخذها ربه وان تقصت فله ارض نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الناصب ، وان استحققت بعد أن اقتسأها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منها فان ضمن الناصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الناصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلق حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الناصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الناصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً

وبما لم يحدث من التبا ما يساري تلك الدرهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشترط اقفة معلومة ولو شرط له درهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه مهلا في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو مهلا في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه بخلاف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمره في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

( فصل ) واذا ساقى رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض والشجر لم يجز ذلك ، وهذا قال ابو يوسف وأبو ثور وأجازوه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا انه عامل في المال بجزء من ثمره فلم يجر ان يعمل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز ان يأذن لغيره كالوكيل فلما ان استأجر أرضا فله ان يزارع غيره فيها لانها صارت منافعا مستتعة له فلك المزارعة فيها كالكال والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الفرج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، والموقوف عليه ان يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك ربة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة وفاقه أعلم ( فصل ) واذا ساقاه على ودي النخل أو صفار الشجر الى مدة بمحل فيها غالبا ويكون له فيها

شيئا وقال كله فانه طعامي ثم تبين انه منصوب ، وان ضمن العامل احتمال انه لا يضمه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعى لها وحافظا فلا يلزم ضمها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع على الناصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما ساقا اليه رجع العامل على الناصب بأجر مثله لا غير وان تانت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضا لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمها ومن قال لا يكون قابضا الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه ضمها ويكون على الناصب

( مسألة ) ( وان شرط ان سقى سيقا فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف وان زرعا شعيرا فله الربع وان زرعا حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين )

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيتين في بيعة ( والثاني ) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما ان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثاني الباقلا وينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا ينضم صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كيار النخل والشجر وهي اثنا عشر المساقاة عقد جائز لم يفتح الى ذكر مدته، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة اقسام: أحدها) أن يجعل المدة زمنًا يحمل فيه غالبًا فيصح فان حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبًا فلا يصح وان حمل فيها قبل !. يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقم فاسدًا فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنًا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل قبل يصح؟ على وجهين فان قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئًا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة أن يشتركا في الثمار، والفائدة فاذا شرط اشتركا في الاصل لم يجوز كما لو شرط في المضاربة اشتركا في رأس المال، فلي هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءًا من ثمرتها مدة بقائها لم يجوز وان جعل له ثمره عام بعد مدة المساقاة لم يجوز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر يثمره ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضاً والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قمحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدني شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفي به

(مسئلة) (وان قال ما زرعت من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح) لان ما يزرعه من كل واحد منها مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها

(مسئلة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيتك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه بشرط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بتك هذا على أن تبيني هذا وتشتري بني هذا (وانسد لعينين) أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن المقدار آخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سبعا به الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحد في رواية المروزي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة ذلك بصل أكذا وكذا سهماً من كذا وكذا، فأجازوه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون القرس من رب الأرض كما بشرط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروابطين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة بالطة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلبها وبضمن له أرض قصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالشعري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشئبع فأخذها، وإن اختار العامل قلم شجره فله ذلك سواء. بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على إبقاء القراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يفردها على أن الشجر بينهما لم يجرز على ما سبق ومحمّل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الأرض

(فصل) وإن ساق أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبى بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا عمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة وبفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به الموضع لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل هنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولاخلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لاوجب وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يجعل مماً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتفاضل العمل أن تساوي فيه، وإن كان لاحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامة فاسدة وجها واحداً ، وهذا أقل مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل فنسد كما لو دفع إليه الشجر والتخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقط على شجر فيان مستحقاً بعد العمل أخذه زبه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للمالك في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الفاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب قرة فاستأجر من غيره أدراماً وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربهما وإن نقصت فله ربهما أرض قصها ورجع به على من شاء منها ويستقر ذلك على الفاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسماها وأكلها فله ربهما تضمن من شاء منهما فإن ضمن الفاصب فله تضمنه الكل وله تضمنه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الفاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الفاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الفاصب على العامل بشيء لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم إنساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مفسوب، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراقباً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الفاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الفاصب بأجر مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الفاصب

### ﴿ باب المزارعة ﴾

(مسئلة) قال (وتجوز المزارعة يعض ما يخرج من الأرض)

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من بزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربيع، وزارع

### فصل في المزارعة

(مسئلة) (تجوز المزارعة بحزم معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربيع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود ومهر بن عبد العزيز والقاسم وعمرو وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ،  
وعن رأي ذلك سعيد بن المسيب وطارس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري  
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وإبنة وأبو يوسف ومحمد ، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن  
يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا  
بالبذر فلهم كذا وكرها عكرمة ومجاهد والتخمي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل إذا كان يابن  
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخطب  
على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية

ابن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وإبنة وأبي يوسف ومحمد وروي  
ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر  
بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا. وكرها عكرمة ومجاهد والتخمي ومالك وأبو  
حنيفة وروي عن ابن عباس الامران جميعاً ، وأجازها الشافعي في الارض بين النخل إذا كان يابن  
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كذا  
نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم تذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله  
عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أفعم قانا ما ذاك ؟ قال : قال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا برهم ولا بطعام مسمى »  
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ  
عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها  
والمخابرة المزارة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللبنة والحجير الاكار وقيل المخابرة  
معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث  
والرهم والصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو لينحها فان لم يفعل  
فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد بن ثابت قال نهى  
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »  
ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها  
من زرع أو ثمر متفق عليه ، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر طملى  
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم  
يطون الثلث والرابع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم  
أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت لإعمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أتبع قال قلنا ما ذلك؟ قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا يربح ولا يطعم مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهي رسول الله ﷺ عنها ، وقال جابر نهي رسول الله ﷺ عن المزارعة . وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها ،

والمزارعة اشتقاقها من الخبار وهي الأرض الهينة والخير الأكار ، وقبل المزارعة بمعاملة أهل خيبر ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهي رسول الله ﷺ عن المزارعة ، قلت وما المزارعة؟ قال « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم إلى اليوم يطون الثلث والرابع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به ، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً ثمراً وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر بخيبر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لمن من الماء والأرض أو ينضي لمن الأرض فمن من اختار الأرض ومن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الأرض ، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاما بشيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخته وبقي نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخته؟ وكيف حتى نسخته فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاق قصة خيبر وعلمهم فيها؟ وأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبر به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أوجه (أحدها) أنه قد فسره المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فإنه قال كنا من أكثر الأنصار حفلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فبها من ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تمارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراه بثلث أو ربع والتزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً وقسم عمر خيبر لخيبر أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو بعضي لمن الاوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لان النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بمدته وأجمت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فان كان نسخه في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعلمهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه ( أحدها ) انه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فسادة فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلنا فكتنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فبنانا عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلما بينهما منفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا نه أرض بين الحديثين ( الثاني ) ان خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لان القصة واحدة أنت بالفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

( الثالث ) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافا كثيرا بوجب ترك العمل بها لو اتفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بثلث تدل على أن المنهي كان لذلك ( منها ) الذي ذكرنا ( ومنها ) خمس أخرى وقد أنكروا قبيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وأما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع » رواه أبو داود ، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحيازة قلتم بزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنع أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فسادة كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلامعنى تركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتصدرا لجمع وجب عمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراه أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كبيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلم يدل على أن النهي كان لثلاث منها ، الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره قتيبان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجلاً قد اقتتلا فقال (ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع) رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المزارعة فانهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه خبر له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً

ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراه المزارع على الاطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير

لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فتي كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن المزارعة فيجب عمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي بحمل أحاديثكم على الارض التي بين التخييل وأحاديث النهي على الارض البيضاء جماعاً بينها قلنا هذا جيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه بعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعمائة الف وسق ليس فيها أرض يضاء ويعد أن يكون قد طملمهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواية كلها القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره روايه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينها بحمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم بفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيها ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا اليه يجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمه الله عليه وما روي في مخالفته فقد يناسده فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاختيار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد حمل بها الحنابلة الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية (الجواب الرابع) أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتصدع الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين ، فمتى كان في نسخة ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روي حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فإن قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد علمهم على بعض الأرض دون بعض فينفل الرواة كلهم انقصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه (الثاني) أن ما يذكره من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما قرره رواه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوع لأحد خلافه والقياس يقتضيه فإن الأرض عين تسمى بالعمل فجازت المعاملة عليها بيض ثمنها كاللؤلؤ في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولأنه أرض جازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة لأن أصحاب الأرض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون إلى الزرع ولا أرض لهم فاقضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل هنا أكد لأن الحاجة إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه قوتنا ولأن الأرض لا ينفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

(مسئلة) (فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل يبيض الأرض أو أكثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة ، فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جازم وكذلك إن قال عاملتك على النصف لأن المعاملة تشبههما ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويحمل له في كل نوع قدرأ ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف حاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض فصح في النخل وحده وقبل يبني على تفريق الصفة

ان قولهم ينضي الى تعبير كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده ( الرابع ) ان فيها ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومآئها وهو أولى من قول من خالفهم ( الخامس ) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة وأهلهم وقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعاً ، وما روي في مخالفته فقد بينا فسادها فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يدورح لاحد خلافة والقياس يقتضيه ، فان الارض عين تسمى بالعمل فيها فجازت الماملة عليها ببعض نواتها كالأعزاز في المضاربة والتدخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين التخييل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدررون على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقترضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه مقتاناً وكون الارض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال وبدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً والشارح لا ينهي عن المنافع وانما ينهي عن المضار والمقاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصحح كقول عقده بلفظ البيع في السلم ، وهكذا إن قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف ما يزرع فيها ، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم يدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف : للدخل زرع البياض ، فان تشارطاً أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يسقي لرب الارض فذلك زيادة ازيدها عليه ولنا ان هذا لم يتناول العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضاً منفردة

( فصل ) وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة لم يميز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً ، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يميز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

( فصل ) وان أجره بياض الارض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بناه على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن يفصل ذلك حبة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمع بين العقدین أو عقداً أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

( مسألة ) ( ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشراطه )

اختلفت الرواية عن أحد في هذه المسئلة فروي عنه اشراط كون البذر من رب الارض نص

فيا ظنه منها عنه . إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما يجوز بمجرد العامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وبما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها

( فصل ) وإذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض النبي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو أكثر نص عليه أحد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا بهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشابهها ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالرابع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر وبجمل له في كل نوع قدرا ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقبل ينبنى على تفريق الصفة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد بشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالمعبر بلفظ البيع في السلم ، لأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال في الأرض البيع ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع بهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف لا تدخل زرع البياض فإن

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الحنفي وعمامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واسحاق لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كما مساقاة والمضاربة ، وروي عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخلة وشجر يدفنها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أخرج البذر جاز ، روي نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلمهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخلة وارضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله ﷺ شرط ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شرط ما يخرج منها فحمل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أدخل بذكره ولو فعه النبي ﷺ وأصحابه نقل ولم يجوز تركه ولأن عمر رضي الله عنه فضل الأمرين جميعاً فروى البخاري عنه أنه عامل الناس على

نشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي رب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كالمو كانت أرضا منفردة

( فصل ) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يميز أن يشترط العامل ثمرها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه ماله إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يميز كالمو كان الشجر أكثر من الثلث

( فصل ) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بنو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدین أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

( مسألة ) قال ( إذا كان البذر من رب الارض )

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الارض والصل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة

أنه ان جاء حر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاء وباليد فلهم كذا ، وظاهر هذا أن ذلك اشترط فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله حر ؟ قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدین شاءوا فن اختار عقدا عقده معه مينا كالمو قل في البيع ان شئت بتك بشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فمقد البيع عليه مينا ، ويجوز أن يكون بحيث بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار حر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحد صحة الاجارة بما إذا قال ان خطك روميا فلك درهم وان خطه فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من التماس بخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترط مالان يبدن صاحب أحدهما

( فصل ) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطناه وان كانت فاسدة فلكل واحد منها بقدر بذره لكن ان حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاسمان بقدر الاقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطناه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية منها- في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذنها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خبير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أجهما أخرج البذر جازء، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وروي عن حنبل وابن موهود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر نخيلها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المولى عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجر الأخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأصبرين جميعاً فإن البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لاحدهما أكثر من قدر بذر أو أقل

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجزتكم نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة برك وآتلك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجر والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف منه ومعرفة البذر جاز وإن كان الزرع بينهما وبمقتضى أن لا يصح لأن البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وإن قال أجزتكم نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآتلك وأخرج البذر فمعي كالتالي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسئلة) (فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذرهم ويقبض الباقي لم يصح)

لأنه كأنه اشترط لنفسه ففزاناً معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها وموضوع المزارعة على اشتراكها في الزرع

(مسئلة) وكذلك لو شرط لاحدهما حرام معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرط لاحدهما ما على الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء)

لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ما بين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

روى عنه أنه حامل الناس على أنه إن جاء حر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشترط فلم ينكر فكان اجماعاً ، فان قيل هذا بمنزلة يعنين في بيعة فكيف يفهم حر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فن اختار عقداً مقدمه مضمينا كما لو قال في البيع ان شئت بعثتك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختر أحدهما فمقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون بحيثه بالبذر أو شروعه في العمل بقهر بذر مع اقرار حره على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجازة فيها إذا قل إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من اقياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناها فكيف يصل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر منهما نصفين بشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادهما لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيقاسان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وان شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرها ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(مسئلة) متى فسد فالزرع لصاحب البذر

لانه عين ماله يتقلب من حال الى حال وينمي فهو كخضار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لان ربهما إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعه الفاتئة بزرعها على الزارع وان فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وان كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على ما ذكرنا

(مسئلة) وحكم المزارعة حكم المساقاة

فما ذكرنا من الجواز والزرع وأنها لا تجوز إلا بجزء . فعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض نواتها

(مسئلة) والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما

الجذاذ والحصاد والقاط على العامل نص عليه أحد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه اذا شرط على العامل الجذاذ لان العمل عليه وان لم يشرطه فعلى رب المال بحصة ما يصير اليه وعلى العامل بحصة ما يصير اليه فعمل الجذاذ

(فصل) قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذك ونصف منفعتك ومنفعة برك وآتتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض، وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآتتك وأخرج البذر فهي كالثي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال.

(مسئلة) قال (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقسمها بما لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج للمزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لأنه كأنه اشترط لنفسه قفرا إذا معلومة وذلك شرط فاسد تنسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا يخرجها الأرض، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحنفي أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن ففسد المساقاة بشرطه على العامل لأنه شرط يناهق مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله إلى منزله

ولنا إن النبي ﷺ دفع خبير إلى يهود خيبر على أن يسلموها من أموالهم ولأن هذا من العمل أشبه التمسيس وبه يبطل ما ذكره، وفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد الفسمة ووزوال العقد فأشبه الحزن (فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليعزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع للمالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على إحدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسئلة) (وإن قال أنا أزرع الأرض بذري وعمالي وأسئبها بذاك والزرع بينهما فبها روايتان)

(أحدهما) لا تصح اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد بن يقوب بن بختان وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والأول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المثل من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله يتقلب من حال إلى حال وينوصف كصغار الشجر اذا غرس فظل والبيضة اذا حضنت فصارت فرخا والبذر ههنا من المزارع فكأن الزرع له وعليه أجر الارض لان ربهما إنما بذلها له بعرض لم يسلم له فرجع الى عوض منافصها النابتة يزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كإن الزرع له وعليه أجر مثل العامل قللك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

( فصل ) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لاحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

( فصل ) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين أحدهما ما يعود بجهة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أهنزة معينة أو أنه إن سقى سيحاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهة المقنود عليه فأشبهه البيع بمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

( فصل ) وإن اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود ومهنا واحد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم على الغدان وقال الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الغدان شيئاً معلوماً ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يصرني بهذا الحديث وصيحاء وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ولا هي اجارة لان الاجارة تفتقر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نداء ماله واصحابه عليه أجر مثلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان الماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد ثم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهاة الرب كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاضل في البيع والمضاربة

(فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض يزرعها في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وإن قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يذري وعواملي ويكون سقيها من مالك والزرع بيننا ففيها روايتان (إحدهما) لا يصح اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذور ولا الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة ؟ (والثانية) يصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يظوب بن مختار وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن يزرع الله بينهم فسلوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم عود كرو حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم على الفدان وقال

(فصل) فإن كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعها يذرم ودواهم واعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن النضر ولا نعلم فيه خلافاً لأن أحدم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فإن زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء نبت في تلك الأرض ماما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا إن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن المادة ترك ذلك لمن يأخذها ولهذا أبيع له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافاً في إباحة التقاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرها فجرى ذلك مجرى بذر على سبيل الترك له وصار كالشيء الثاني يسقط منه الثمرة والقيمة ونحوها والنوى لو التقطه إنسان ففرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

(مسئلة) (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين فجعل العامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والنبي صاحب الارض وجعل اصحاب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوائلي بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جليل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيغنا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما قاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعرض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون لزرح لصاحب البذر لانه ثما . ماله ولصاحبه عليه أجر مثلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن الثما . اصحاب البذر ولا تنزله الصدقة به كسائر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشتركوها على أن يزرعوها بينهم وواجبهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ماله فلو جاز ، بهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشي .

( فصل ) واذا زارع رجلا وأجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شي . فنبت في تلك الارض

أجنيبا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزرع الانسان لنفسه فاذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كالو جمع في البيع بين ما يصح ومالا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

### ( فصل في اجارة الارض )

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحد : قلنا اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجم عوام أهل العلم على أن اكترأ الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والبيه والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي بروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم (أما بشي . معلوم مضمون فلا بأس) وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

عامة آخر فهو اصحاب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كالمو بذره قصداً ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيع التقاطه ورعيه، ولان علم خلافا في اباحة التقاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرهما تجرى ذلك مجرى بذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التالف يسقط منه كالمرة والقمة ونحوها والنوى لو التقطه انسان فخرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول اكثر أهل العلم قال أحد قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتنا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والبيه والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك للروى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه وسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة. رواه أبو داود، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجزت إيجارها بالائمان ونحوها كالدور، والحكم في العروض كالحكم في الايمان. وأما حديثهم فقد فسر الراري بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن اوبها واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما اجارتها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والبخاري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع مالك حتى منع اجارتها بالبن والصل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيئته، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج مالك بما روي رافع بن خديج عن بعض عمومه قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها تجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كالغور والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رأينا واحدا وقد رواه عانا وخاصة فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فاما اجارتها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام ( أحدها ) أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها بالبن والصل، وقد روي عن أحد أنه قال ربما تبيت قال القاضي هذا من أحد على سبيل الورع ومذهبه الجواز . والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض مومته قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فلا يكرهها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال « ما صنعتون بمحاقتكم ؟ » قلت نؤجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها ، متفق عليه ، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا تجازت اجارتها به كالأمان ، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن اجارتها بذلك اذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه اذا أجزاها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كراتها بالحنطة اذا كثراها لزرع الحنطة

فلا يكرهها بطعام مسمى ، وراه أبو داود وابن ماجه . وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال « ما صنعتون بمحاقتكم ؟ » قلت نؤجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال « لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها » متفق عليه . وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا تجازت اجارتها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك اذا كان خارجا منها ، ويحتمل النهي عنه اذا أجزاها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كراتها بالحنطة اذا كثراها لزرع الحنطة

( القسم الثاني ) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقران حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيبارايتان ( إحداهما ) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه فدية الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يحمل مكان قوله زارعتك أجر تلك تصير

( القسم الثاني ) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرها قال أبو الخطاب فياروايتان ( إحداهما ) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولاهاذريمة الى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والقرائن معتبرة ( والثانية ) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بشي المعلوم جازت به كالردور ( القسم الثالث ) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع فالنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لانصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولانها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، ولانها اجارة لعين بعض ثابها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولانه لانص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجوزها نصاً ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شي مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتبين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها وتزومها وفيها يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والقرائن معتبرة ( والثانية ) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بشي المعلوم جازت به كالردور ( القسم الثالث ) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لانصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولانها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتبين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرناه من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

► ثم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المظني والشرح الكبير  
 ◄ وبيده بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله ( كتاب الاجارات ) ◄





فهرس

الجزء الثاني من

من كتابي

المعنى

و  
الشرح الكبير



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المعني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٤	٢ (كتاب الصلح)
٣٥	٣ الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو
٣٦	عند الانكار وأقسامه
الحطب عليه	٤ مسائل في الصلح بمعنى الهبة
٣٧	٦ الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث
٣٨	٩ صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك
٤١	١١ حكم الصلح على الشقص المنفوع
٤٣	١٢ حكم مصالحة الاجنبي عن النكر
٤٥	١٣ فروع في مصالحة الاجنبي عن النكر
٤٧	١٥ حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه
٤٩	ليس بصلح
وما أشبهها	١٧ أحكام الصلح بمعنى الابراء
٥٠	١٨ الهبة أنواع الصلح الباطلة
٥٢	١٩ الصلح على بعض المدعي أو على منفته
٥٣	٢٠ فروع في الصلح على غير المدعي وعلى إجراء
٥٤	الماء في الارض
٥٥	٢١ الصلح على ترك أغصان الشجر في هواء غيره
٥٦	٢٣ عروق » » أرض »
٥٧	٢٤ صحة الصلح عن المجهول عيناً أو ديناً
٥٨	٢٦ » » كل ما يجوز أخذ العوض عنه
٥٩	سواء جاز يبعه أو لا
٦٠	٢٧ الصلح عن الفصاحس يبعد مستحق والصلح عن
٦٢	الدار بموض مستحق
٦٣	٢٨ الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء
٦٤	٢٩ الصلح على إجراء ماء المطر فوق السطح وأخراج
٦٥	الميازيب
٦٥	٣٠ الصلح على سقي أرضه من نهر غيره
٦٦	٣١ الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه
بلفظ الحوالة	٣٢ الصلح مع الشاهد على الا يشهد عليه وبطلانه
٦٧	٣٣ منع اشترع الزوشن الى الطريق انفاذ

صفحة	صفحة
٩٥	٦٨
الكفالة بالنفس وأحكامها ومبناها	اختلاف المجهل والمحال والمختال عليه
٩٦	٦٩
ألفاظ الكفالة بالنفس والبدن وشبهها	الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن
٩٧	
بطلان الكفالة ببدن من عليه حد الله أولاً دمي	والمضمون عنه
٩٨	٧٠
صحة الكفالة حالة ومؤجلة	( باب الضمان )
٩٩	٧١
أحكام تسليم المكفول به في مكان غير مكان التسليم	الامور التي تعتبر لصحة الضمان
١٠٠	٧٢
بطلان الكفالة الى أجل مجهول	صحة ضمان المجهول وضمان ما لم يجب
١٠١	٧٣
فروع في أحكام الكفالة الى أجل	براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه
١٠٢	٧٤
الكفالة بشرط براءة فلان الكفيل	بيان الامور التي يصح ضمانها كالجمل وارش الجنابة
١٠٣	٧٥
اعتبار رضا الكفيل في صحة الكفالة	حكم ضمان قفلة الزوجة ومال الـ كتابة وضمان الاعيان المضمونة كالقصبوب
١٠٤	٧٦
حكم موت المكفول به وتلف العين بفعل الله تعالى	صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد الماعدين
١٠٥	
موت المكفول به يستلزم براءة الكفيل	للاخر
١٠٦	٧٧
براءة الكفيل إذا أبرأ المكفول له	ضمان الهدية وما يلزم للضامن فيها وأحكامها
١٠٧	٧٨
وجوب الحضور على المكفول إذا طلبه الكفيل	فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح
١٠٨	٧٩
حكم القاء الناع من السفينة في البحر	ضمان المحجور والصبي والمكاتب
١٠٩	٨٠
( كتاب الشركة ) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع وأنواع شركة العقود	صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً
١١٠	٨١
حكم مشاركة اليهود والنصارى والدليل على جوازها	كون المضمون عنه لا يبرأ الا باداء الضامن
١١١	٨٣
شركة الابدان ـ منهاها وجوازها وأحكامها وشركة الشان	لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه
١١٢	٨٤
الدليل على جواز شركة الابدان	امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لافي دين آخر
١١٣	٨٥
صحة شركة الابدان مع اتحاق الصنائع واختلافها	صحة ضمان الاثنين فاكتر عن الرجل الواحد
١١٤	٨٦
كون الربح في شركة الابدان بحسب ما تقفوا عليه	أحكام رجوع الضامن على المضمون عنه بعد أداء الدين
١١٥	٨٩
اشتراك الرجلين لكل واحد منهما اداية على أن يؤجراهما	القدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا طولب
١١٦	٩١
اشتراط دراهم معلومة لأحد الشركيين في الشركة والمضاربة لا يصح	حكم ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر وفضى الدين احدثم
١١٨	٩٢
فروع في الشركة بالاداء من أحدها والمسلم من الآخر	فروع في ضمان كل من المدينين للاخر
١٢٠	٩٣
اشتراك ثلاثة من احدثم اداية ومن آخر راوية ومن اتاقت المصل	دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه امتناع الخيار في الضمان والكفالة



صفحة	صفحة
٢٠٥	١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه
والايمان والابلاء ونحوها	١٧٦ فروع في أحكام رد الوضيمة على الرج
٢٠٦	١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال
كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه بمحضرة	أو المضارب
الموكل وغيبته	١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الرج الا باذن
٢٠٨	رب المال
٢٠٩	١٧٩ كون المضاربة جائزة تفسخ بالقسخ والموت
جواز القبول بالقول والقعمل ، توكيل	والجنون
الوكيل غيره	١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة
٢١٠	١٨١ افساخ القراض بموت أحد المتعارضين أو جنونه
تعلق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل	١٨٣ المضاربة تلف المال قبل الشراء
لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز	١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى
توكيل عبد غيره	صحيح وفاسد
٢١٢	١٨٥ جواز التأييت في المضاربة
بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة	١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة وانقسامها
٢١٣	١٨٨ فروع ومسائل في المضاربة الفاسدة
كون الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين	١٩٠ بطلان المضاربة بالدين
٢١٤	١٩١ صحة المضاربة بالوديعة
فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد	١٩٢ صحة المضاربة بالمال المنصوب
٢١٥	١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب
بيان الأمور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها	١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك القراض
والتي لا يجوز	١٩٦ الاختلاف بين الشركاء في قبض من المبيع المشترك
٢١٧	١٩٧ قبض أحد الشركيين ببض الدين المشترك
الولي في التكاح له التوكيل في زوج موليته	بينهما بسبب واحد
٢١٨	١٩٩ حصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة
فروع في التوكيل في الخصومة وفي اقراره	٢٠١ (كتاب الوكالة)
على موكله	٢٠٢ بيان الضوابط ان يصح منه التوكيل والتوكل
٢١٩	٢٠٣ بيان الأمور التي يجوز التوكيل فيها
كون الوكيل يملك تسليم ما وكل في يمينه	٢٠٤ جواز توكيل في مطالبة الحقوق واجباها
٢٢١	والحكاكة فيها
أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى	
تلف الثمن	
٢٢٢	
اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه	
٢٢٣	
اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار	
الموكل	
٢٢٤	
اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة	
٢٢٥	
فروع في اختلاف الوكيل والموكل	
٢٢٦	
اختلافها في صيغة الوكالة	
٢٢٨	
اختلافها في البيع نقداً أو نسيئة	
٢٢٩	
حتى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده	
٢٣٠	
حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً	

صفحة	صفحة
٢٦٧	٢٣٢
كون الوكالة لا تثبت بنجر الواحد وكذلك الزول	التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه
٢٦٨	٢٣٣
الشهادة على التوكيل في الطلاق	فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل
٢٦٩	٢٣٧
حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه	حكم شراء الوكيل والوصي من قسمها
٢٧٠	٢٣٨
سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم	شراء الحاكم أو أمينه من قسمها
٢٧١	٢٣٩
(كتاب الافرار) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع	التوكيل في التزويج واذن الوكيل في الشراء من نفسه
٢٧٢	٢٤٠
الخلاص في اقرار الصبي المميز وصحته	توكيل العبد في شراء نفسه من سيده
٢٧٣	٢٤١
فروع في أحكام اقرار المكره والعبد	فروع في تصرف الوكيل لنفسه
٢٧٤	٢٤٢
أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه	شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه
٢٧٥	٢٤٣
بيان من يصح الاقرار له. حكم الاقرار للوارث	خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف
٢٧٦	٢٤٤
حكم الاقرار بالحل. فروع في الاقرار للوارث	تصدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه
٢٧٧	٢٤٥
أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه	توكيل امرأته لا يفسخ بطلاقها ، توكيل المسلم كافر أو صحيح
٢٧٨	٢٤٦
تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه استدراك	تلف الدين التي وكل فيها يطل الوكالة
٢٧٩	٢٤٧
فروع في استثناء الدين من الورق والمكس	فروع في دفع القرم الدين إلى الوكيل في القبض
٢٨٠	٢٤٨
جواز استثناء بعض ما يدخل في المستثنى منه	التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه
٢٨١	٢٤٩
أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها	شراء الوكيل غير موكل في شرائه وأحكامه
٢٨٢	٢٥١
بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق	ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل نطقاً أو عرفاً
٢٨٣	٢٥٢
حكم الاستثناء بعد الاستثناء	فروع في الامور التي لا يملك الوكيل المقدم عليها
٢٨٤	٢٥٣
فروع في الابدال من المقر به	فروع في التوكيل في الشراء
٢٨٥	٢٥٤
الاخبار بقضاء الدين لا يكون إقراراً به	بيان ما لا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه
٢٨٦	٢٥٥
فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به	حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسبة
٢٨٨	٢٥٦
أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه	فروع في التوكيل في الشراء بما كثر من النقد
٢٨٩	٢٥٧
فروع في الاقرار بالنصوب	البيع بما كثر من الثمن الذي عينه الموكل
٢٩٠	٢٥٧
أحكام الاقرار بالمبهم والمجهول	فروع في تصرفات الوكيل المخالفة لاذن الموكل
٢٩١	٢٦٠
الاقرار بالدرهم مطلقاً يتصرف الى الحياض الوافية للحالة	التوكيل في شراء سلعة موصوفة
٢٩٣	٢٦١
الاقاظ التي يحصل بها الاقرار	فروع في الرد بالسبب وثبوتها للوكيل والموكل
٢٩٤	٢٦٣
فروع في الاقرار بدرهم مطلقاً ثم تفسيرها	انتقال الملك من البائع الى الموكل في شراء الوكيل
٢٩٥	٢٦٥
فروع في تكرار المقر به وانجاءه مثله	نصول في اشهادة على الوكالة وأحكامها

صفحة	صفحة
٣٣٤	وذكر المشيئة بعد الاقرار
الاقرار	٢٩٧ فروع في حكم الاضراب يبل ولكن
٣٣٥	بعد الاقرار
٣٣٦	٢٩٨ فروع مختلفة في الفاظ الاقرار المقبول منها وغيره
٣٣٧	٣٠١ استثناء ما زاد عن النصف غير جائز
٣٣٨	٣٠٣ الاستدلال على امتناع استثناء ما زاد على
٣٣٩	النصف
٣٤٠	٣٠٤ استثناء النصف فيه وجبان
٣٤١	٣٠٥ استثناء المفسر من المبهم والعكس
٣٤٢	٣٠٦ فروع في استثناء المفسر والمبهم
٣٤٤	٣٠٨ الاقرار بالمال ثم تفسيره بودية ونحوها
٣٤٥	٣١٠ اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به
٣٤٦	٣١١ فروع في الاقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان
٣٤٧	٣١٢ تفسير المقر لاقراره ومتى يقبل
٣٤٨	٣١٣ أحكام الاقرار بالمجهول وصحته ووجوب
٣٤٩	تفسيره
٣٥٠	٣١٥ الاقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير
٣٥٣	٣١٧ استثناء المبهم وتفسيره
٣٥٤	٣١٨ بيان ما إذا قال على كذا أو كذا أو كذا أو
٣٥٥	كذا وكذا
٣٥٦	٣٢٠ الاقرار بالرهن وقول المالك انه ودية
٣٥٧	٣٢١ فروع في اختلاف المقر والمقر له
٣٥٨	٣٢٤ اقرار الرجل بحرية العبد ثم شراؤه له
٣٥٩	٣٢٥ اقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت
كل ما ينتفع به	٣٢٦ اقرار جميع الورثة بنسب من يشاركونهم
٣٦٠	٣٢٨ فروع في الاقرار بالنسب
٣٦١	٣٢٩ فروع في الاقرار بالوارث
٣٦٢	٣٣٠ اقرار الوارث بمن يحجبه
٣٦٣	٣٣١ إثبات الارث والنسب بالاقرار
٣٦٤	٣٣٢ الاقرار بالوارث
٣٦٥	٣٣٣ شهادة الورثة المدول بنسب من يشاركونهم في الميراث
٣٣٤	حكم لإقرار الابن بأخ له وانكار النسب بعد
٣٣٥	إقرار المرأة بولدها وحكمه
٣٣٦	الاقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد
٣٣٧	فروع في الاقرار بالمبهم
٣٣٨	إقرار الوارث بدين على أبيه
٣٣٩	فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه
٣٤٠	الاقرار بيمين المدعى لاحد المدعين
٣٤١	لزوم اليمين على من القول قوله لحصه
٣٤٢	حكم الاقرار بدين في مرض الموت
٣٤٤	أحكام الاقرار للوارث
٣٤٥	حكم ما إذا أقر لوارث ثم صار غير وارث
٣٤٦	بيان الاقرار لوارث وأجنبي
٣٤٧	اقرار المريض بوارث أو بأجبال أمة
٣٤٨	بيان ما يثبت به الاقرار
٣٤٩	اتباع الاقرار بالمشيئة
٣٥٠	فروع في الصبيخ التي يحصل بها الاقرار
٣٥٣	التعليق في الاقرار . الاقرار بصيغة الشك
٣٥٤	(كتاب العارية ومنها وحكمها)
٣٥٥	الاستدلال على أن الاطارة مندوبة غير واجبة
٣٥٦	اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها
٣٥٧	جواز الرجوع للعير متى شاء
٣٥٨	ضمان العارية بمثلها وردّها ان كانت باقية
٣٥٩	أما تصح العارية من جائز التصرف . اعارة
كل ما ينتفع به	
٣٦٠	امتناع اطارة العبد المسلم لكافر
٣٦١	للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله
٣٦٢	أحكام اجارة الممار ورهنه
٣٦٣	فروع في رهن العارية
٣٦٤	جواز اطلاق العارية وتوقيتها
٣٦٥	فروع في رجوع المير في العارية . وحكمه

صفحة	صفحة
٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والييم والشراء فيها	٣٦٨ جواز استمارة الدابة ليركبا
٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرث نقصه	٣٦٩ فروع في الانتفاع بالعمارة وفي مؤنة ردها
٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الناصب	٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاعارة والاعارة
٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الناصب	٣٧٢ دعوى الراكب الاعارة ودعوى المالك النصب
٤٠٣ تصرف الناصب في المنصوب وحكمه وما إذا يجب عليه ؟	٣٧٤ (كتاب النصب) ومناه ودليله من الكتاب والسنة والاعاج
٤٠٥ فروع في تصرف الناصب في المنصوب بزيادة أو نقص	٣٧٥ تصور نصب الاراضي والور وضمائها
٤٠٦ خلط المنصوب بغيره حكم كسب المنصوب ونعائه	٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم نصب الكلب والحمر
٤٠٧ وطء الجارية المنصوبة وماذا يجب على الواطئ الناصب ؟	٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب
٤٠٩ بيع الناصب للجارية المنصوبة ووطء المشتري لها	٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وماذا يجب فيه
٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا	٣٧٩ حكم الفرس والبناء في أرض الغير بغير اذنه
٤١٣ إجارة الناصب للمنصوب باطلة	٣٨٠ فروع في الفرس والبناء في الارض بغير إذن صاحبها
٤١٤ حكم ايداع المنصوب والتوكيل في يمه	٣٨١ تخصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالتها بطلب صاحبها
٤١٥ حكم هبة المنصوب وبطلان تصرفات الناصب	٣٨٢ فروع في نصب الارض
٤١٦ الاحجار بالأمان المنصوبة	٣٨٣ وجوب أجرة الارض على الناصب من حين نصبها إلى تسليمها
٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الناصب إذا لم يقدر على رده	٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها
٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملاً فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها	٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة
٤٢١ حكم ما إذا كان المنصوب من التثليات وماذا يجب فيه	٣٨٦ بيان قدر الارش في الجنابة على المنصوب
٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجرة مثله إن كانت له أجرة	٣٨٨ الجنابة على العبد المنصوب وماذا يجب فيها
٤٢٤ حكم ما إذا غصب شيئاً وشغله بمسك	٣٨٩ حكم جنابة العبد المنصوب وضمائها على الناصب
٤٢٦ ابتلاع اليهبة بجمهورية المنصوبة	٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه
٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في ققم	٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع ثم
٤٢٨ وقوع الدنار المنصوب في الخبزة وترقيع السفينة باللوح المنصوب	٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للناصب
٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تمييزه وخلطه بمثله من جنسه	٣٩٥ حكم عمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة
٤٣٠ خلط المنصوب بغير منه أو دونه أو بغير جنسه	

صفحة	صفحة
٤٦٤	٤٣١
٤٦٥	٤٣٢
٤٦٧	٤٣٣
٤٦٨	٤٣٦
٤٧٠	٤٣٧
٤٧١	٤٣٨
٤٧٢	٤٣٩
٤٧٣	٤٤١
٤٧٤	٤٤٢
٤٧٥	٤٤٣
٤٧٦	٤٤٤
٤٧٧	٤٤٥
٤٧٨	٤٤٦
٤٧٩	٤٤٧
٤٨٠	٤٤٨
٤٨١	٤٤٩
٤٨٢	٤٥١
٤٨٣	٤٥٣
٤٨٥	٤٥٤
٤٨٦	٤٥٦
٤٨٧	٤٥٧
٤٨٨	٤٥٨
٤٩٠	٤٥٩
٤٩١	٤٦٠
أوصلح دم عمد	٤٦١
	٤٦٢
	٤٦٣

صفحة	صفحة
٥١٨	٤٩٢
دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب	تقديم الرد بالميب على الاخذ بالشفعة
الغائب أنه اشتراه منه	٤٩٣
٥١٩	تلف المبيع قبل قبضه يحطل الشفعة وكذا ان
فروع في دعوى استحقاق الشفعة	خرج الثمن مستحقا
٥٢٠	٤٩٤
دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه	بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة
أنه يستحق ما في يديه بالشفعة	٤٩٥
٥٢١	ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر
اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص	٤٩٦
٥٢٢	حكم أخذ الولي بالشفعة لمولاه
شراء شقص له شفيهان وادعاء عفو أحدهما	٤٩٧
٥٢٣	بيع وصي اليتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر
بيان ان تقسيم الشقص على الشفهاء انما يكون	وأخذه بالشفعة
بقدر حصصهم	٤٩٨
٥٢٤	عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ
فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفهاء	٤٩٩
٥٢٧	العامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال
حكم ما إذا ترك أحد الشفهاء حقه وماذا يفعل	المضاربة
الآخرون ؟	٥٠٠
٥٢٨	حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع
فروع في ان الشفعة لانسقط لثبوت الشفهاء	٥٠٢
٥٣٠	حكم الزرع في الارض المشفوعة ونماء المبيع في
إذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع	يد المشتري
أخذ نصيب أحدهما فقط	٥٠٣
٥٣١	تلف الشقص المشفوع أو مبضه في يد المشتري
حكم بيع الشقص لثلاثة دفعه واحدة	٥٠٥
٥٣٢	أخذ الشقص المشفوع إماماً يكون بالثمن الذي
تمدد الشقص المشفوع بتمدد الشركاء كدار	الذي استقر عليه المقد
بين أربعة	٥٠٦
٥٣٤	استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر
رجوع الشفيع إماماً يكون على المشتري والمشتري	عليه المقد
على البائع	٥٠٧
٥٣٥	أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلاً
حكم الشفيع في الرد بالميب حكم المشتري من	٥٠٨
المشتري	ثبوت الشفعة في الشقص إذا بيع مع مال الشفعة فيه
٥٣٦	٥٠٩
انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت	بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة
٥٣٧	٥١٠
الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك	عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة
الميت طلبها	٥١١
٥٣٨	امتناع الاحتيايل على إسقاط الشفعة
إشهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة	٥١٢
٥٣٩	فروع في أنواع الاحتيايل لاسقاط الشفعة
الوصية بالشقص المشفوع	٥١٣
٥٤٠	الاستدلال على نحرهم الحليل في دين الله تعالى
حكم شراء المرتد للشقص المشفوع أوردته	٥١٤
بعد الشراء	عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون
٥٤١	القول قول المشتري
أذن الشريك في البيع ثم مطالبته بالشفعة	٥١٥
٥٤٢	فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن
توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة	٥١٦
	دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه
	٥١٧
	ادعاء المشتري ان الشراء لغيره

صفحة	صفحة
٥٧٢ كون خيار الثمر لا يثبت في المساقاة	٥٤٣ ضمان الشفيع للمهدة واختياره امضاء العقد لا
٥٧٣ فروع في أن المساقاة لا تفنقر الى ضرب	يسقط الشفعة
٥٧٤ مدة على القول بجوازها	٥٤٤ بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجني
٥٧٤ هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا	نصيب أحدم
٥٧٥ عجز العامل عن العمل . اختلافها في الجزء	٥٤٥ المصالحة على جزء من دار تبت الشفعة في الباقي
٥٧٦ أما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها	٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه ويومه لاجني
٥٧٧ اشتراط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح	٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه
٥٧٨ معاملة العامل في المساقاة لاخر على الأرض	٥٥١ بيان ان الشفعة لا تبت لكافر على مسلم
٥٧٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى	٥٥٢ ثبوت الشفعة للذمي على الذمي وحكمها في
يشتر جائزة	أهل البدع
٥٨١ ﴿ باب المزارعة والمخابرة ومعناها ﴾	٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القرابي وسقوطها
٥٨٢ المزارعة والمخابرة ومعناها	في سواد العراق
٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة	٥٥٤ ( كتاب المساقاة ) ومعناها
٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة	٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع
٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه	٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر
٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الارض	٥٥٧ عدم جوازها فيها لاثره له كالصفاف والجوز
٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة	٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تصح أم لا
٥٩١ صحة كون البذر منها نصفين بشرط أن	٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون
يكون الزرع يشها كذلك	والكرم
٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة	٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة
٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة	٥٦٢ اشتراط الامور التي تبطل بها المساقاة
وأقسامها	٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه
٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحب الارض	٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر
ليزرعه في أرضه	٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة
٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا نبت في الارض عاما آخر	٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فصله على
٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب	العامل أو المالك
والووق والروض	٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد واللفاط على العامل
٥٩٧ اجارة الارض بالطعام وأقسامها وأحكامها	٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة
	٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز
	٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا ؟
	٥٧١ بيان ما يتقدر به أقل مدة المساقاة