

شبكة مشكاة الإسلامية

المجموع شرح المهدب

الإمام محيي الدين النووي

ج 14

[1]

التكملة الثانية للمجموع شرح المهدب الجزء الرابع عشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

[3]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الضمان (1) (الشرح) الاصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى في سورة يوسف الآية 72 " قالوا: نغفد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " قال ابن عباس: الزعيم الكفيل. وفيها ست مسائل: (الاولى) قال علماؤنا: هذا نص في جواز الكفالة. وقال القاضي أبو إسحاق ليس هذا من باب الكفالة فإنها ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها، وذلك جائز لغة لازم شرعا. قال الشاعر: فليست بأمر فيها بسلم * ولكني على نفسي زعيم وقال الآخر: وإنى زعيم إن رجعت مملكا * بسير تري منه الغرائق أزورا قال الامام ابو بكر بن العربي: هذا الذي قاله القاضي أبو إسحاق صحيح. بيد أن الزعامة فيه نص، فإذا قال أنا زعيم فمعناه أنى ملتزم، وأى فرق بين ان يقول: التزمت عن نفسي أو التزمت به عن غيري؟ (الثانية) قوله " وأنا به زعيم " إنما يكون في الحقوق التي تجوز النيابة فيها، وأما كل حق لا يقوم فيه أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيها، وتركب على هذا مسألة وهي: (الثالثة) إذا قال: أنا زعيم لك بوجه فلان. قال مالك " يلزمه " وقال الشافعي لا يلزمه لانه غرر، إذ لا يدري هل يجده أم لا؟ والدليل على جوازه

(1) الضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة. وقال في البسيط: هو مشتق من التضمين، ومعناه تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه، وقد غلط من قال هو مأخوذ من الضم فان النون أصلية فيه وهذا لام فعل منه ميم، وأصله ضمم، والضمان لام فعل منه نون.

[4]

أن المقصود بالزعامة تنزيل الزعيم مقام الاصل، والمقصود من حضور الاصل أداء المال، فكذلك الزعيم (الرابعة) كما أن لفظ الآية نص في الزعامة فمعناها نص في الجعالة، وهي نوع من الاجارة، لكن الفرق بين الجعالة والاجارة أن الاجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر. ودليله أن الله سبحانه شرع البيع والابتياح في الاموال لاختلاف الاغراض وتبدل الاجوال، فلما دعت الحاجة إلى انتقال الاملاك شرع لها سبيل البيع، وبين أحكامه، ولما كانت المنافع كالاموال في حاجة إلى استيفائها، إذ لا يقدر كل أحد أن يتصرف لنفسه في جميع أغراضه نصب الله الاجارة في استيفاء المنافع بالاعراض، لما في ذلك من الاغراض (الخامسة) فإذا ثبت هذا فقد يمكن تقدير العمل بالزمان كقوله: تخدمني اليوم. وقد يقول: تخيط لي هذا الثوب، فيقدر العمل بالوجهين، وقد يتعذر تقدير العمل، كقوله: من جاءني بضالتي فله كذا. فأحد العوضين لا يصح تقديره والعوض الآخر لا بد من تقديره، فان ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى مالا ضرورة فيه، والاصل فيه الحديث الذي ورد من أخذ الاجرة على الرقيه: وهو عمل لا يتقدر، وقد كانت الاجارة والجعالة قبل الاسلام فأقرتهما الشريعة، ونفت عنهما الغرر والجهالة (السادسة) في حقيقة القول في الآية: ان المنادى لم يكن مالكا، انما كان نائبا عن يوسف ورسولا له: فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع، وتحمل هو به عن يوسف، فصارت فيه ثلاث فوائد: (الاولى) الجعالة، وهي عقد يتقدر فيه الثمن، ولا يتقدر فيه المثلث (الثانية) الكفالة، وهي ههنا مضافه إلى سبب موجب على وجه التعليق بالشرط، وقد اختلف الناس فيها اختلافا متباينا تقريره في المسائل وهذا دليل على جوازها فانه فعل نبي ولا يكون إلا شرعا. وقد اختلف الائمة في الكفالة، فجوزها أصحاب أبي حنيفة محالة على سبب

[5]

وجوب. كقوله: ما كان لك على فلان فهو على، أو إذا أهل الهلال فلك على عنه كذا، بخلاف أن تكون معلقة على شرط محض، كقوله إن قدم فلان. أو إن كلمت زيدا. وقال الشافعي لا يجوز بشئ من ذلك. وهذه الآية نص على جوازها محالة على سبب الوجوب. (الثالثة) جهالة المضمون له. قال علماؤنا هي جائزة، وتجوز عندهم أيضا مع جهالة الشئ المضمون أو كليهما ومن العجب أن أبا حنيفة والشافعي اتفقا على أنه لا تجوز الكفالة مع جهالة المكفول له. وادعى أصحاب أبي حنيفة أن هذا الخبر منسوخ من الآية خاصة وقال أصحابنا من أئمة المذهب هذه الآية دليل على جواز الجعل، وهي شرع من قبلنا، وليس لهم فيه تعلق في مذهب وقال أصحابنا أيضا إن معرفة المضمون عنه والمضمون له فيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لا بد من معرفتهما، أما معرفة المضمون عنه فليعلم هل هو أهل للاحسان أم لا، وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا؟ (الثاني) أنه افتقر إلى معرفة المضمون له خاصة، لان المعاملة معه خاصة (الثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما وهو الصحيح في حديث أبي قتادة أنه ضمن عن الميت ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له، ولا عن المضمون عنه، والآية نص في جهالة المضمون له، وحمل جهالة المضمون عليه أخف وقال القرطبي، إن قيل كيف ضمن حمل البعير وهو

مجهول، وضمان المجهول لا يصح، قيل له حمل البعير كان معينا معلوما عندهم كالوسق فصح ضمانه، غير أنه بذل مال للشارق، ولا يحل للشارق ذلك، فلعله كان يصح في شرعهم، أو كان هذا جعالة وبذل مال لمن يفتش ويطلب، ثم قال قال بعض العلماء في هذه الآية دليلا (أحدهما) جواز الجعل وقد أجز

[6]

للضرورة، ثم ساق كلام الشافعي الذي سبق إيراده (الثاني) جواز الكفالة على الرجل لان المؤذن الضامن هو غير يوسف. قال علماؤنا: إذا قال الرجل تحملت أو تكفلت أو ضمننت أو وأنا حميل لك أو زعيم لك أو كفيل أو ضامن أو قبيل، أو هو لك عندي أو على أو إلى أو قبلي، فذلك كله حمالة لازمة. والزعامة لا تكون إلا في الحقوق التي تجوز النيابة فيها بما يتعلق بالذمة في الاموال وكان ثابتا مستقرا فلا تصح الحمالة بالكتابة لانها ليست بدين ثابت مستقر، لان للعبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيه. ويسجن المدعى عليه الحد حتى ينظر في أمره. وشذ أبو يوسف ومحمد فأجازا الكفالة في الحدود والقصاص وقالوا: إذا قال المقذوف أو المدعى القصاص بينتي حاضرة كفه ثلاثة أيام. واحتج الطحاوي لهم بما رواه حمزة بن عمرو عن عمر وابن مسعود وجري بن عبد الله والاشعث أنهم حكموا بالكفالة بالنفس بمحضر الصحابة رضى الله عنهم وأما السنة ففي حديث أبي هريرة عند أبي داود والترمذي وقال حديث حسن أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال " ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق امرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها، والعارية مؤداة والمنحة مردودة، والدين مقضى والزعيم غارم، فلو لا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم غارما وروى قبيصة بن المخارق الهلالي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة إلا لثلاثة. فذكر رجلا تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك " فأباح له الصدقة حتى يؤدي، فدل على أن الحمالة قد لزمته وروى عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال " هل عليه دين " قالوا " نعم. ديناران " قال " هل ترك لهما وفاء؟ قالوا لا فتأخر. فقيل لم لا تصلى عليه؟ فقال ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة، إلا إن قام أحدكم فضمنه، فقام أبو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي

[7]

صلى الله عليه وسلم " رواه البخاري وأحمد والنسائي والترمذي وصححه. والنسائي وابن ماجه وقالوا " فقال أبو قتادة أنا أتكفل به " وقد أخرج أحمد وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله وأخرجه أيضا ابن حبان والدارقطني والحاكم وفيه " أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديني فعلى، ومن ترك مالا فلورثته " وفي معناه عند الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه وفيه أن عليا قال أنا ضامن، ثم دعا له الرسول صلى الله عليه وسلم قال " ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله

رهانه يوم القيامة " قال الحافظ بن حجر في إسناده ضعف وعن سلمان عند الطبراني بنحو حديث أبي هريرة رضى الله عنه وزاد " وعلى الولاية من بعدى من بيت مال المسلمين " وفى إسناده عبد الله بن سعيد الانصاري متروك ومتهم. وعن أبي أمامة رضى الله عنه عند ابن حبان في ثقافته ضعف والحكمة في ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون في حياتهم، والتوصل إلى البراءة، وقد توسع شيخنا الامام النووي رضى الله عنه في كتاب الجنائز من المجموع في بحث صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيان الاحاديث الواردة فيها والكلام عليها وأما الاجماع فإن أحدا من العلماء لم يخالف في صحة الضمان، وان اختلفوا في فروغ منه على ما بينا في أقوالهم في الكتاب، فإذا ثبت هذا فإنه يقال: ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له، ولا بد من رضى الضامن، فان أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم في ذلك خلافا، لانه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه. ولا يعتبر رضا المضمون له. وقال أبو حنيفة " يعتبر " لانه إثبات مال لأدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء. وعندنا كالمذهبين لاصحابنا، والله أعلم

[8]

قال المصنف رحمه الله تعالى: يصح ضمان الدين عن الميت، لما روى أبو قتادة قال " أقبل بجنارة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هل على صاحبكم من دين فقالوا: عليه ديناران، قال صلى الله عليه وسلم: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم " ويصح عن الحى لانه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت. (الشرح) الحديث مر تخريجه في شرح الترجمة. أما الاحكام: فإنه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وفاء بدينه أو لم يخلف، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد. وقال الثوري وأبو حنيفة لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء بماله أو بضمان ضامن. دليلنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال. كان النبي صلى الله عليه وسلم يؤتى بالميت وعليه دين فيقول. هل خلف لدينه قضاء؟ وروى. وفاء؟ فإذا قيل له. لم يخلف وفاء، قال للمسلمين. صلوا عليه، فلما فتح الله عليه الفتوح قال. من خلف مالا فلورثته، ومن خلف ديننا فعلى قضاؤه " فضمن النبي صلى الله عليه وسلم القضاء. وكذلك حديث جابر رضى الله عنه الذى أشرنا إلى تخريجه في شرح ترجمة هذا الباب ولفظه " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل. عليه دين؟ قالوا. نعم ديناران، قال. صلوا على صاحبكم الحديث " وهى أحاديث تدل على جواز الضمان عن الميت، ولانه لم يكن يمتنع من الصلاة إلا على من مات وعليه دين ولم يخلف وفاء، ولان صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رحمة، والدين يحجبها بدليل ما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال. من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فإنى شهدت النبي صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنارة فقالوا صل عليها فقال أليس عليه

[9]

دين ؟ فقالوا: بلى، فقال " ما ينفعكم صلاتي عليها وهو مرتهن في قبره، فإن ضمنه أحدكم قمت وصليت عليه ". قال في البيان: بعد أن ساق هذا الحديث " فكانت صلاتي تنفعه " لان كل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاء بما عليه، صح الضمان عنه، وإن لم يكن له وفاء كالحى. (فرع) قال أبو على الطبري رحمه الله: لو قال تكفلت لك بمالك على فلان صح، وإن قال: أنا به قبيل، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين خلافا لابي حنيفة، لان القبيل بمعنى قابل كالسميع بمعنى سامع وإيجاب الضمان لا يكون موقوفا على قبوله فلم يصح. وإن قال: إلى دين فلان، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين خلافا لابي حنيفة. دليلنا: أنه يحتمل قوله إلى بمعنى إذن عنه، ويحتمل مرجعه إلى بحق أستحقه. ولو قال: خل عن فلان والدين الذى عليه لك عندي، لم يكن صريحا في الضمان خلافا لابي حنيفة، لان كلمة عندي تستعمل في غير مضمون كقولهم الوزير عند الامير. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فاما من يجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لانه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبى والمجنون والسفيه كالبيع، ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه. لانه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة. وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يصح ضمانه ويتبع به إذا عتق لانه لا ضرر فيه على المولى لانه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالأقرار بإتلاف ماله. وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يصح لانه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه، لان الحجر لحقه فزال بإذنه، ومن أين يقضى ؟ ينظر فيه، فان قال له المولى اقضه من كسبك قضاه منه، وإن قال.

[10]

أقضه مما في يدك للتجارة قضاه منه لان المال له، وقد أذن له فيه، وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان. (أحدهما) يتبع به إذا عتق، لانه أذن في الضمان دون الاداء. (والثانى) يقضى من كسبه إن كان له كسب: أو مما في يده إن كان مأذونا له في التجارة، لان الضمان يقتضى الغرم كما يقتضى النكاح المهر، ثم إذا أذن له في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده، فكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء الغرم مما في يده، فان كان على المأذون له دين وقلنا: ان دين الضمان يقضيه مما في يده، فهل يشارك فيه الغرماء ؟ فيه وجهان. (أحدهما) يشارك به، لان المال للمولى، وقد أذن له في القضاء منه، اما بصريح الاذن، أو من جهة الحكم، فوجب المشاركة به. (والثانى) أنه لا يشارك به، لان المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال الضمان كالرهن. وأما المكاتب فانه ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد القن، وان ضمن بإذنه فهو تبرع، وفى تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في المكاتب ان شاء الله تعالى. (الشرح) الاحكام: يصح الضمان من كل جائز التصرف في المال، فأما الصبى والمجنون والسفيه فلا يصح ضمان أحد منهم، لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح كالبيع، فقوله بعقد، احتراز من إيجاب المال عليه بالحناية، ومن نفقة من تجب عليه نفقته، والزكاة. وأما المحجور عليه للأفلاس فيصح ضمانه لانه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس، كالشراء بثمن في ذمته كما مضى في التفليس. وأما المرأة فإنه يصح الضمان منها إذا كانت جائزة التصرف. وقال مالك لا يصح الا أن يكون بإذن زوجها. دليلنا أن كل من لزمه الثمن في البيع والاجرة في الاجارة صح ضمانه كالرجل. (فرع) ولا يصح الضمان

من المبرسم - على ما لم يسم فاعله، والبرسم علة تصيب الاعصاب - الذي لا يعقل لانه لا حكم لكلامه، فأما الاخرس فإن لم

[11]

يكن له إشارة مفهومة وكناية معقولة أو كتابة مقروءة لم يصح ضمانه، وإن كانت له إشارة مفهومة وكناية معقولة، لانه حصل مع الكناية إشارة مفهومة، وإلا فالكتابة المقروءة تنفرد مكانهما أو مكان النطق ما دام ذلك يؤدي إلى فهم قصده من الضمان على أحد القولين. وإن انفردت إشارته المفهومة بالضمان صح وإن انفردت الكتابة في الضمان عن إشارة يفهم بها أن قصده الضمان. قال ابن الصباغ لم يصح الضمان، لان الكتابة قد تكون عبثا، أو تجربة للقلم أو حكاية للخط. فلم يلزمه الضمان بمجردا. (مسألة) إذا ضمن العبد دينا لغير سيده فان كان غير مأذون له في التجارة نظرت، فان كان بغير إذن سيده فهل يصح ضمانه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لانه مكلف له قول صحيح، وانما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد ولا ضرر على السيد في ضمانه، فهو كما لو أقر لغيره بمال. فعلى هذا يثبت في ذمته إلى أن يعتق. (والثاني لا يصح، لانه أثبات مال لآدمي بعقد، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده كالمهر، فقولنا " لآدمي " احتراز من النذر. وقولنا " بعقد " احتراز من الاقرار لانه اجبار. ومن الجناية على غير سيده. وان ضمن بإذن سيده صح لان المنع منه لحق السيد، وقد أذن فيه فإن أذن فيه أن يؤديه من كسبه قضاه منه. وان أطلق الاذن ففيه وجهان (أحدهما) يقضيه من كسبه. كما لو أذن له سيده في النكاح، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه. (والثاني لا يقضيه من كسبه، ولكن يتبع به إذا عتق، لان السيد انما أذن في الضمان دون القضاء، فيعلق ذلك بذمة العبد لانها محل للضمان، ويفارق المهر والنفقة بجان عوضا عن الاستمتاع المعجل، وكان ما في مقابلهما معجلا. وحكى أبو على الشيحي وجها آخر أنه يتعلق برفقته - وليس بشئ - وان كان العبد مأذونا له في التجارة فلا يخلو اما أن يضمن بإذن السيد أو بغير اذنه، فإن ضمن بغير إذنه نظرت، فإن قال: ضمننت لك حتى أؤدي من هذا المال لم يصح الضمان، لان السيد انما أذن له في التجارة فيما ينمي المال لا فيما يتلفه.

[12]

وان ضمن له مطلقا فهل يصح ضمانه ؟ على الوجهين في غير المأذون، فإذا قلنا لا يصح فلا كلام، وان قلنا يصح فإنه لا يجوز له أن يقضى مما في يده من مال التجارة، ولكن يثبت في ذمته إلى أن يعتق. وان ضمن بأذنه صح الضمان. فان كان أذن السيد بالضمان مطلقا فمن أين يقضى العبد دين الضمان، فيه وجهان (أحدهما) من كسبه أو مما في يده للتجارة (والثاني) يثبت في ذمته إلى أن يعتق. وان أذن له السيد بالضمان في المال الذي في يده فقال: ضمننت لك حفاك الذي لك على فلان حتى أؤدي من المال الذي في يدي صح الضمان ولزمه أن يؤدي من المال الذي في يده للتجارة لان المنع منه لاجل السيد، وقد أذن فجاز فإذا قال الحر: ضمننت لك دينك على فلان في هذا المال لم يصح الضمان، والفرق بينهما أن العبد ضمن الحق في ذمته. وانما علق الاداء في مال بعينه، والحر لم يضمن الحق في ذمته،

وانما ضمنه في المال بعينه، فوزانه أن يقول الحر ضمننت لك دينك على فلان وأزته من هذا المال فيصح الضمان، فإن كان على المأذون له (العبد) دين يستغرق ما بيده ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء مما في يده من مال التجارة، أو قلنا يلزمه القضاء منه، على أحد الوجهين، فهل يشارك المضمون له الغرماء، فيه وجهان (أحدهما) يشاركهم، لأن المال للسيد، وقد أذن بالقضاء منه، أما بصريح القول أو من جهة الحكم (والثاني لا يشاركهم، لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة بما في يده فصار ذلك كالمرهون بحقوقهم، نرى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء لم يكن له ذلك. (فرع) وإن كان في ذمة العبد دين فضمن عنه ضامن صح الضمان لأن الدين في ذمته لازم، وانما لا يطالب به لعجزه في حال رقه فصح الضمان عنه كالدين على المعسر. قال الصيمري: لو ثبت على عبده دين بالمعاملة فضمنه عنه سيده صح ضمانه كالأجنبي (فرع) وأما المكاتب فإنه إذا ضمن دينا على سيده - فإن كان بغير اذنه

[13]

فهل يصح ؟ فيه وجهان كما قلنا في غير المكاتب، وإن قلنا لا يصح فلا كلام، وإن قلنا يصح كان ذلك في ذمته إلى أن يعتق وإن ضمن بإذن سيده، فإن قلنا يجوز للكاتب أن يهب شيئا من حاله بإذن سيده على ما مضى من بياننا لحكمه وإن قلنا لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئا لغيره بغير إذن سيده فالذي يقتضى المذهب أن يصح الضمان ويتبع به إذا عتق، ولا يقضى من المال الذي بيده قبل أداء الكتابة والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه. واختلف أصحابنا في رضا المضمون له، فقال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع وقال أبو العباس لا يعتبر، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي. ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم رضا المضمون له (فصل) وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه. فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح، كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه (والثاني) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له: لأن معاملته معه ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه (والثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما لأن أبا قتادة ضمن عن الميت: ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له، والمضمون عنه. (الشرح) الأحكام: يصح الضمان من غير رضی المضمون عنه، لأن عليا رضی الله عنه وأبا قتادة رضی الله عنه ضمنا عن الميت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم. والميت لا يمكن رضاه، ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير اذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير اذنه. وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه ؟ فيه وجهان قال أبو علي

[14]

الطبري: يعتبر رضاه، وهو قول أبي حنيفة كما سبق في شرح ترجمة الباب إلا في مسألة واحدة، وهو إذا قال المريض لبعض ورثته اضمن عني ديناً لفلان الغائب فضمن عنه بغير إذن المضمون له وإن لم يسم الدين استحساناً، لأنه اثبات مال لأدمي فلم يصح إلا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء له فقولنا " لأدمي " احتراز كما قلنا من النذر. وقال أبو العباس بن سريج يصح من غير رضاه، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره، وبه قال أبو يوسف لأن علياً وأبا قتادة رضى الله عنهما ضمنا الدين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم بغير رضا المضمون له ولأن الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر إلى رضا من له الوثيقة، كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وإن لم يرص المشهود له. وأما معرفة الضامن للمضمون له والمضمون عنه فهل يفتقر إلى ذلك فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما، وإنما يضمن بالاسم والنسب ووجهه ضمان أبي قتادة وعلي، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم هل يعرفان عين المضمون له والمضمون عنه أم لا، ولو كان الحكم يختلف بذلك لبينه النبي صلى الله عليه وسلم، ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة إلى معرفة ما سوى ذلك. (والثاني) أنه لا يصح حتى يعرف الضامن عينهما: لأن معاملته المضمون له فلا بد من معرفته بعينه ليعلم هل هو أهل لأن يسدى إليه الجميل أم لا. (والثالث) أنه يفتقر إلى معرفة عين المضمون له لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، لأنه لا معاملة بينه وبينه قال المحاملي فإذا قلنا بهذا افتقر إلى قبوله، فإن قيل لزم الضمان وإن رد بطل، وإن رجع الضامن قبل قبول المضمون له صح رجوعه قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن، لم يجز حتى يعين الضامن، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن، كما يختلف باختلاف

[15]

ما برهن من الرهون: وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجز حتى يعين، لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبايع الخيار، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط، فثبت له الخيار، كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن. وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإن عين له شاهدين فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز. كما لا يجوز في الضمان (والثاني) يجوز، لأن الغرض لا يختلف. (الشرح) الأحكام: إذا باع رجل من غيره شيئاً بثمن في ذمته بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط، لأن الحاجة تدعو إلى شرط الضمين في عقد البيع، فإن لم يضمن له الضمين المعين ثبت للبايع الخيار في فسخ البيع، لأنه إنما دخل في البيع بهذا الشرط، فإذا لم يف له المشتري بالشرط ثبت للبايع الخيار. وإن أتاه المشتري بضمين غير الضمين المعين لم يلزم البائع قبوله بل يثبت له الخيار، وإن كان الذي جاءه به أملاً من المعين، لأنه قد يكون له غرض في ضمانه المعين، وإن شرط في البيع أن يضمن له بالثمن معه لم يصح الشرط وبطل البيع لأن الثقات يتفاوتون، وإذا كان الشرط مجهولاً بطل البيع (فرع) وإن باعه سلعة بثمن بشرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين وكان عليه أن يشهد له شاهدين عدلين، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإذا لم يشهد له ثبت لصاحبه الخيار في فسخ البيع، وإن باعه بشرط أن يشهد له شاهدين معينين فأشهد له شاهدين عدلين غير المعينين فهل يسقط خيار الآخر؟

فيه وجهان (أحدهما لا يلزم الآخر قبول ذلك بل يثبت له الخيار في فسخ البيع. كما قلنا في الضمين المعين (والثاني) يلزم قبول ذلك ولا خيار له لأنه لا عرض له في أعيان الشهود إذا حصلت العدالة، ولهذا قلنا لا بد في شرط الضمين من تعيينه وفي الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وان كانا غير معينين. والذي يقتضى

[16]

المذهب أن هذا الشرط في الشهادة يصح أن يكون وثيقة لكل واحد من المتبايعين ويثبت لكل واحد منهما الخيار، إذا شرط ذلك على الآخر ولم يف الآخر له بذلك، لان للبايع عرضا في الاستيثاق بالشهادة خوفا أن يستحق عليه المبيع فيرجع بالثمن على البائع قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لانه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن، وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لانه لا يلزم المكاتب أدائه فلم يلزم ضمانه، ولان الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه، لانه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه، وفي مال الجعالة والثمن في مدة الخيار ثلاثة أوجه (أحدها لا يصح ضمانه لانه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة (والثاني) يصح لانه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة لان عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال. فأما المال المشروط في السبق والرمى ففيه قولان (أحدهما) أنه كالأجارة فيصح ضمانه (والثاني) أنه كالجعالة فيكون في ضمان وجهان (الشرح) الاحكام قال أصحابنا: الحقوق على أربعة أضرب (أحدها) حق لازم كالثمن في الذمة بعد قبض المبيع، والاجرة في الذمة بعد انقضاء الاجارة ومال الجعالة بعد العمل، والمهر بعد الدخول وعوض القرض وقيم المتلفات فهذا يصح ضمانه لانه دين لازم مستقر (الضرب الثاني) دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول، وثمن المبيع قبل قبض المبيع والاجرة قبل انقضاء الاجارة ودين السلم، فهذا يصح ضمانه أيضا وقال احمد رضى الله عنه في احدي الروايتين لا يصح ضمان المسلم فيه.

[17]

لانه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة. ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول (الضرب الثالث) دين ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لان المكاتب يملك إسقاطه بتعجيز نفسه فلا معنى لضمانه، ولان ذمة الضامن فرع لذمة المضمون، فإذا لم يلزم الاصل لم يلزم الفرع، ومن حكم الضمان أن يكون لازما، وإن كان على المكاتبه دين لاجنبي صح ضمانه لانه دين لازم عليه، وإن كان عليه لسيدة دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لانه يجبر على أدائه (والثاني) لا يصح ضمانه لانه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لسيدة قال العمراني: وأصلهما الوجهان هل يستدام ثبوت الدين في ذمته لسيدة بعد أن يصير ملكا له؟ فيه وجهان. فإن قلنا: يستدام ثبوت صح ضمانه، وإن قلنا لا يستدام ثبوت له لم

يصح ضمانه. الضرب الرابع: دين غير لازم إلا أن يؤل إلى اللزوم، وهو مال الجعالة قبل العمل بأن يقول: من رد ضالتي فله دينار، فإن أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح، فيه وجهان. (أحدهما) يصح لقوله تعالى: قالوا " ن فقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " فضمن المنادى مال الجعالة، وحمل البعير معلوم. (والثاني) لا يصح، لأنه دين غير لازم فلا يصح ضمانه، كمال الكتابة، وممن قال: لم يضمن المنادى، وإنما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير، وأن الملك قال: وأنا به زعيم. وأما ضمان ثمن المبيع في مدة الخيار فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: فيه وجهان، كمال الجعالة قبل العمل، ومنهم من قال يصح ضمانه وجهاً واحداً لأنه يؤل إلى اللزوم، ولأن الثمن قد لازم، وإنما له إسقاطه بالفسخ بخلاف مال الجعالة، فإنه لا يلزم بحال. (فرع) وأما مال السبق والرمى بعد العمل فيصح ضمانه، لأنه دين لازم

[18]

مستقر، فهو المهر بعد الدخول، وأما قبل العمل فإن كان المخرج للسبق أحدهما أو أجنبياً فهل يصح ضمانه: فيه وجهان، كما في الجعالة، وإن كان مال السبق منهما وبينهما محلل، فإن قلنا إن ذلك كالاجارة صح ضمانه، كضمان الاجرة قبل انقضاء مدة الاجارة، وإن قلنا: إنها كالجعالة كان في ضمان المال عنهما: أو عن أحدهما، وجهان كمال الجعالة. (فرع) وأما أرش الجناية والدية - فإن كان دراهم أو دنانير - مثل أن جنى على عبد أو كانت الابل معدومة، فأوجبنا قيمتها وكانت معلومة، أو قلنا يجب ألف مثقال، أو اثني عشر ألف درهم صح ضمانها. وإن كان الواجب الابل. فهل يصح ضمانها، فيه وجهان، بناء على القولين في جواز بيعها. (فرع) وأما ضمان نفقة الزوجة - فإن ضمن عنه نفقة مدة قد مضت - صح ضمانها، لأنه دين لازم مستقر فهي كالمهر بعد الدخول، وإن ضمن عنه نفقة يومه الذي هو فيه صح أيضاً، لأنه دين لازم فصح ضمانه، وإن كان غير مستقر كضمان المهر قبل الدخول لم يصح، وإن ضمن عنه مدة مستقبله معلومة فهل يصح؟ فيه قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أو بالعقد والتمكين من الاستمتاع، فقال في القديم: يجب بالعقد، وإنما يجب استيفائها يوماً بيوم فعلى هذا يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة، ولكن لا يضمن إلا نفقة المعسر. وإن كان الزوج وقت الضمان موسراً، لان نفقة المعسر متحققة، وما زاد على ذلك مشكوك فيه. وقال في الجديد لا تجب النفقة إلا بالعقد والتمكين من الاستمتاع، فعلى هذا لا يصح أن يضمن نفقة مدة مستقبله بحال. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز ضمان المجهول، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، وفي إبل الدية وجهان. (أحدهما) لا يجوز ضمانه، لأنه مجهول اللون والصفة (والثاني) أنه يجوز

[19]

لأنه معلوم السن والعدد، ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد. (فصل) ولا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ما تداين فلان فأنا ضامن له، لأنه وثيقة بحق، فلا يسبق الحق كالشهادة. (الشرح) الأحكام لا يصح ضمان مال

مجهول، وهو أن يقول ضمننت لك ما تستحقه على فلان من الدين، وهو لا يعلم قدره، وكذلك لا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ضمننت لك ما تدين فلانا، وبه قال الليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأحمد. وقال مالك وأبو حنيفة: يصح ضمان المجهول، وضمان ما لم يجب، وقال أبو العباس بن سريج: وهو قول الشافعي في القديم كما قال الشافعي في القديم: يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبله، وهذا ضمان ما لم يجب، وضمان مجهول وهو طريقة الخراسانيين أنها على قولين، قال الشيخ أبو حامد خالف سائر أصحابنا ذلك، وقالوا لا يصح قولاً واحداً، وما قاله الشافعي رحمه الله في القديم أنه يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبله، فإنها أجازته لأن النفقة تجب على هذا بالعقد فقد ضمن ما وجب، ولا يصح منها إلا ضمان شيء مقدر وليس بمجهول دليلنا: على أنه لا يصح ضمانها لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فلم يصح مع جهله، ولا قبل ثبوته كالثمن في البيع، والمهر في النكاح فقولنا: في الذمة احتراز ممن غصب من رجل شيئاً مجهولاً، وقولنا بعقد، احتراز ممن أتلف على غيره مالا أو وطئ امرأة بعقد فاسد، فإن ذلك يثبت في ذمته مالا، وإن كان لا يعلم قدره. (فرع) قال في الابانة: فلو جهل مقدار الدين إلا أنه قال: ضمننت لك من درهم إلى عشرة. وقلنا لا يصح ضمان المجهول، فهل يصح هذا، فيه قولان. (أحدهما) قال: وهو الأشهر -: يصح، لأن جملة ما ضمن معلومة (والثاني) وهو الأقيس أنه لا يصح، لأن مقدار الحق مجهول. (فرع) فأما إذا قال الرجل لغيره ضمننت لك ما تعطى وكيلي وما يأخذ منك فإن يلزمه ذلك، لا من جهة الضمان، ولكن من جهة التوكيل، وذلك أن يد الوكيل يد الموكل.

[20]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط، لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد، فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع. وإن قال: ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه صح فإذا ألقاه وجب ما ضمنه. لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح. فأشبهه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبد على ألف، وإن قال: بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك على خمسمائة أخرى فباعه، ففيه وجهان. (أحدهما) يصح البيع، ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك فأشبهه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف. (والثاني) لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح، وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق (الشرح) الأحكام لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمننت لك دينك على فلان. وحكى المسعودي أن أبا حنيفة قال " يصح ". دليلنا أنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع. وقوله لآدمي احتراز من النذر كما سبق تقريره، وقولنا بعقد احتراز من وجوب النفقة للقريب والزوجة فإنه معلق بشروط (فرع) إذا قال لغيره في البحر عند هيجان الموج وخوف الغرق: ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه فألقاه، وجب على المستدعي ضمانه. وقال أبو ثور لا يصح لأنه ضمان ما لم يجب دليلنا أنه استدعاء إتلاف ملك لغرض صحيح فصح، كما لو قال: طلق امرأتك بمائة درهم على، وكان الغرض صحيحاً لحسم نزاع أو درء مضارة صح الضمان. وكذا لو قال: أعتق عبدك بمائة على، فإن ذلك عرض صحيح لأن فيه فكاكاً لآدمي من الرق وهو قرينة إلى الله تعالى ومقصد من مقاصد الشريعة السمحة، فإن قال لرجل: بع عبدك من زيد بألف وعلى لك خمسمائة فباعه. قال الصيدلاني

وقاله في العقد. فهل يصح العقد ؟ فيه وجهان لابي العباس بن سريح. أحدهما يصح البيع ويستحق البائع على المشتري خمسمائة وعلى المستدعي خمسمائة، لانه مال بذله في مقابلة إزالة ملكه فيصح والثاني: لا يصح. ولا يستحق على البازل شيئاً لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري، فإذا شرط بعضه على غيره لم يصح. وإذا قال بع سيارتك من فلان بألف على إن أذن منه خمسمائة جاز وينظر فان ضمن قبل المبيع لم يلزمه لانه ضامن قبل الوجوب، وان ضمنه بعده لزمه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لانه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالاً؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً (والثاني) لا يجوز، لان الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والاصل مؤجلاً (الشرح) الاحكام: إذا كان لرجل على غيره دين حال فضمنه عنه ضامن إلى أجل معلوم صح الضمان وكان الدين معجلاً على المضمون مؤجلاً على الضامن، لان الضمان رفق ومعروف، فكان على حسب الشرط، وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً إلى شهر، فضمنه عنه ضامن مؤجلاً إلى شهرين كان مؤجلاً على المضمون عنه إلى شهر وعلى الضامن إلى شهرين، فان قبل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على هذا الضامن؟ فالجواب أن الدين لم يثبت على الضامن حالاً، وانما ثبت عليه مؤجلاً، والدين يتأجل في ابتداء ثبوته، وان كان الدين على رجل مؤجلاً فضمنه ضامن حالاً أو كان مؤجلاً على من هو عليه إلى شهرين فضمنه عنه ضامن إلى شهر ففيه ثلاثة أوجه حكاهما المحاملى وابن الصباغ (أحدها) يصح الضمان ويلزم الضامن تعجيل الدين دون المضمون عنه لانه ضمن له ديناً فكان على حسب ما ضمنه، كما لو ضمن المعجل مؤجلاً.

(والثاني لا يصح الضمان، لان الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه (والثالث) يصح الضمان ولا يلزمه التعجيل كأصله. إذا ثبت هذا فضمن الحال مؤجلاً فمات الضامن، حل عليه الدين ووجب دفع ذلك من تركته، ولو لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الاجل. وقال زفر: يرجعون عليه في الحال، لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته. دليلنا أن المضمون عنه لم يأذن في الضمان عنه إلا إلى أجل، فلا يستحق الرجوع عليه في الحال. وإن مات المضمون عنه - فإن اختار المضمون له الرجوع على الضامن لم يطالبه قبل حلول الاجل، وإن اختار المطالبة من تركه المضمون عنه كان له ذلك في الحال، وبه قال أحمد وأصحابه. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) ولا يثبت في الضمان خيار، لان الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون، وانه لا حظ له في العقد، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة. وآخرها غرامة (الشرح) الاحكام: لا يجوز شرط الخيار في الضمان، فإذا شرط فيه أبطله. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يصح الضمان ويبطل الشرط. دليلنا أن الخيار يراد لطالب الحظ. والضامن يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب. ولهذا

يقال الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة وآخرها غرامة، وإذا ثبت أنه لا وجه لشرط الخيار فيه. قلنا عقد لا يدخله خيار الشرط فأبطله كالصرف والسلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويبطل بالشروط الفاسدة، لانه عقد يبطل بجهالة المال فبطل

[23]

بالشرط الفاسد كالبيع، وان شرط ضمانا فاسدا في عقد بيع فهل يبطل البيع؟ فيه قولان كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع، وقد بينا وجه القولين في الرهن. (الشرح) الاحكام: يبطل الضمان بالشروط الفاسدة، لانه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع وفيه احتراز من الوصية، فإن قال بعتك سيارتي بألف على أن يضمن لى فلان عليك على أنه بالخيار، فهذا شرط يفسد الضمان، وهل يفسد البيع في السيارة بذلك، فيه قولان كالقولين فيمن شرط رهنا فاسدا في بيع، وقد سبق توجيههما في الرهن قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه. والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال " توفى رجل منا فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه، فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين، قلنا ديناران فتحملهما أبو قتادة، ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران، قال انما مات أمس ثم أعاد عليه بالغد، قال قد قضيتهما، قال الآن بردت عليه جلده " ولانه وثيقة بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، لان الدين ثابت في ذمتها فكان له مطالبتهما، فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لانه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الاول، وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه أصل والضامن فرع، فلا يجوز أن يصير الاصل فرعا والفرع أصلا، ولانه يضمن ما في ذمته ولانه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته. (الشرح) حديث جابر رضى الله عنه ولفظه " توفى رجل فغلسناه وحنطناه وكفنناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا: تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين. قلنا ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه فقال أبو قتادة الديناران على، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: قد أوفى الله حق الغريم وبرئ

[24]

منه الميت، قال نعم. فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟ إنما مات أمس. قال فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: الآن بردت عليه جلده " رواه أحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني وصححه ابن حبان والحاكم. وفى قوله " أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم " زاد الحاكم " ووضعتاه حيث توضع الجنائز عند مقام جبريل عليه السلام " قوله " فانصرف " لفظ البخاري في حديث أبي هريرة: فقال النبي صلى الله عليه وسلم " صلوا على صاحبكم " وقد سبق لنا تخريجه. وكذلك حديث سلمة بن الأكوع أما الاحكام: فإنه إذا ضمن عن غيره ديننا تعلق الدين بذمة الضامن ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأهل العلم. وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود

وأبو ثور: تبرأ ذمة المضمون عنه بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم لابي قتادة رضى الله عنه: حق الغريم عليك والميت منه برئ. قال نعم، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه: فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك ودليلنا ما روى جابر رضى الله عنه الحديث الذى سقناه وفيه " الآن بردت عليه جلده " فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان، ولان الضمان وثيقة بدين، فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن الذمة كالرهن والشهادة. وأما قوله صلى الله عليه وسلم لابي قتادة رضى الله عنه " والميت منه برئ " يريد به من الرجوع في تركته. وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه " فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك " أراد به لامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لاجل ما عليه من الدين فلما ضمنهما عنه فك رهانه لصلاة النبي صلى الله عليه وسلم، لان صلاته رحمة إذا ثبت هذا فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة

[25]

المضمون عنه، دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين. (فرع) قال العمرانى في البيان: فإن ضمن عن الضامن ضامن أجنبي صح الضمان لانه دين لازم عليه كالضمان الاول، وان ضمن عن الضامن المضمون عنه لم يصح ضمانه، لان الضمان يستفاد به حق المطالبة، ولا فائدة في هذا الضمان لان الحق ثابت في ذمته قبل الضمان، ولان الضامن فرع المضمون عنه فلا يجوز أن ينقلب الاصل فرعا والفرع أصلا. اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذنه لم يحز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لانه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وان ضمن بإذنه نظرت، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه، لانه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طوالب وإن لم يطالب ففيه وجهان (أحدهما) له أن يطالبه، لانه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريع ذمته، كما لو أعاره عينا ليرهنها فرهنها (والثاني) ليس له، وهو الصحيح، لانه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عينا ليرهنها فرهنها لان عليه ضررا في حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به، فإن دفع المضمون عنه مالا إلى الضامن وقال: خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء، ففيه وجهان (أحدهما) يملكه، لان الرجوع يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة قبل الحول، وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض، وان أبرئ من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصاب قبل الحول

[26]

(والثاني) لا يملك لانه أخذه بدلا عما يجب في الثاني فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه لانه قبضه على وجه البذل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع (الشرح) الاحكام: إذا ضمن

الرجل دينا عن رجل آخر بغير إذنه لم يكن للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لانه لم يدخل فيه بإذنه فلزمه تخليصه، وإن ضمن عنه بإذنه، فإن طالب المضمون له الضامن بالحق كان للضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه لانه دخل في الضمان بإذنه، وإن لم يطالب المضمون له الضامن فهل للضامن أن يطالب عنه؟ قال الشيخ أبو حامد نظرت فان قال أعطني المال الذي ضمنته عنك ليكون عندي حتى إذا طالني المضمون له أعطيته ذلك، لم يكن له ذلك، لانه لم يغرم وإن قال خلصني من حق المضمون له وفك ذمتي من حقه، كما أوقعني فيه فهل له ذلك. فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فكان له مطالبته بتخليصه كما لو استعار كتابا ليرهنه فرهنه فللمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين وفك الرهن عن الكتاب. (والثاني) ليس له ذلك، لانه إذا لم يطالبه المضمون له، فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته، فلم يكن له مطالبته بذلك، ويفارق الكتاب المرهون، لان على صاحب الكتاب يقع الضرر في كون الكتاب مرهونا قال المسعودي: وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج: هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان. على قولين. ولهذا خمس فوائد. إحداهن هذه المسألة المتقدمة. الثانية: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مال الضمان عوضا عما سيغرم فهل يملكه الضامن، فيه وجهان (أحدهما) يملكه لان الرجوع يتعلق بسببين بالضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول، فعلى هذا إذا قضى الحق استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرأه من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ (الثاني) لا يملك ما قبض لانه أخذه بدلا عما يجب في الثاني فلا يملكه،

[27]

كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقد، فعلى هذا يجب رده، وإن تلف ضمنه لانه قبضه على وجه البذل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع (الفائدة الثالثة) لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم، هل يصح. على الوجهين. (الفائدة الرابعة) لو ضمن الضامن ضامن عن المضمون عنه، هل يصح فيه وجهان، وعلى قياس هذا إذا رهن المضمون عنه الضامن بما ضمن عنه، هل يصح. على الوجهين (الفائدة الخامسة) لو ضمن في الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه ضامنا معيننا بما ضمن هل يصح، على الوجهين وعلى قياس هذا إذا ضمن عنه بإذنه بشرط أن يرهنه رهنا معلوما هل يصح على الوجهين، والله تعالى الموفق للصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه، برئ الضامن لانه وثيقة بحق فأنحلت بقبض الحق كالرهن، وإن قبضه من الضامن برئ المضمون عنه، لانه استوفى الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن. وإن أبرئ المضمون عنه برئ الضامن، لان الضامن وثيقة بالدين، فإذا أبرئ من عليه الدين انحلت الوثيقة، كما ينحل الرهن إذا أبرئ الراهن من الدين، وإن أبرئ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لان إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض، فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن. (الشرح) الاحكام: إذا قبض المضمون له حقه من المضمون عنه برئ الضامن، لان الضمان وثيقة بالحق فأنحلت باستيفاء الحق، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن فان قبض الحق من الضامن برئ المضمون عنه لانه قبض الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الحق كالمرتهن إذا استوفى حقه من ثمن الرهن

وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه، برئ المضمون عنه وبرئ الضامن، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع، فإذا برئ الأصل برئ الفرع. وإن أبرأ الضامن برئ الضامن ولم يبرأ المضمون عنه كالمرتهن إذا أسقط حقه من الرهن فإن الراهن لا يبرأ قال المسعودي وإن قال المضمون له للضامن وهبت الحق منك. أو تصدقت به عليك كان إبراء منه للضامن. وقال أبو حنيفة يكون كما لو استوفى منه الحق. دليلنا أن الاستيفاء منه هو أن يغرم الضامن ولم يغرم شيئاً هنا (فرع) وإن ضمن عن الضامن ثم ضمن عن الثاني ثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك، فإذا قبض المضمون له الحق حقه من أحدهم برئ الجميع، لأنه قد استوفى حقه. وإن أبرأ المضمون له المضمون أولاً برئوا جميعاً، وإن أبرأ أحد الضمناً برئ وبرئ فرعه وفرع فرعه، ولا يبرأ أصله، لما ذكرناه في المسألة قبلها، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه، وأى الضامنين قضى الحق برئ الباقي من المضمون له لأنه حق واحد. وبهذا كله قال أصحاب أحمد، والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن قضى الضامن الدين نظرت، فإن ضمن باذن المضمون عنه وقضى باذنه رجع عليه، لأنه أذن له في الضمان والقضاء، وإن ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع، وإن ضمن بغير اذنه وقضى باذنه ففيه وجهان، من أصحابنا من قال يرجع لأنه قضى باذنه، والثاني لا يرجع وهو المذهب، لأنه لزمه بغير اذنه فلم يؤثر اذنه في قضائه، وإن ضمن باذنه وقضى بغير اذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأنه اشتغلت ذمته بالدين باذنه فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالا فرهنه في دينه وبيع في الدين وقال أبو إسحاق إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره. وإن لم

يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره، وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً. وإن أحاله على من لا دين له عليه وقيل المحال عليه وقلنا يصح برئ الضامن، لأن بالحوالة تحول ما ضمن، ولا يرجع على المضمون عنه، لأنه لم يغرم، فإن قبضه منه ثم وهبه له، فهل يرجع على الضامن، فيه وجهان بناء على القولين في المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول. (فصل) وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوباً عن الدين في موضع ثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين، فإن كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة، لأنه لم يغرم، وإن كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به، وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل (الشرح) الأحكام: إذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه. فيه أربع مسائل إن قال ضمن عنى هذا الدين أو أنفذ عنى رجع عليه، وإن قال ضمن هذا الدين أو أنفذ هذا الدين ولم يقل عنى لم يرجع عليه، إلا أن يكون بينهما خلطة. مثل أن يكون يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما

من الآخر، أو يكون ذا قرابة أو مصاهرة فالاستحسان أن يرجع عليه. دليلنا انه ضمن عنه بأمره، وقضى عنه بأمره، فرجع عليه، كما لو قال اضمن عنى أو كان بينهما قرابة (الثانية) أن يضمن عنه بغير أمره ويقضى عنه بغير اذنه فانه لا يرجع عليه وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما له أن يرجع دليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى على من عليه دين، وقد ضمن على وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبي صلى الله عليه بغير اذنهما فصلى عليهما النبي صلى الله عليه وسلم، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال لابي قتادة " الآن بردت

[30]

عليه جلده " فلو كان إذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلده، ولانه ضمن عنه بغير اذنه وقضى عنه بغير اذنه فلم يرجع، كما لو علف دوابه أو أطعم خادمه. (الثالثة) إذا ضمن بغير اذنه ثم قضى باذنه فهل يرجع عليه، فيه وجهان أحدهما لا يرجع عليه وهو المذهب، لانه لزمه بغير اذنه وأمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب عليه بالضمان، والثانى يرجع عليه لانه أدى عنه بأمره فرجع عليه كما لو ضمن عنه باذنه، وأصل هذين الوجهين من قال لغيره، اقض عنى دينى، فقضى عنه فهل له أن يرجع عليه. فيه وجهان قال المسعودي والصيمري الا أن الاصح ههنا أن يرجع، والاصح في الاولى أن لا يرجع، والفرق بينهما أن في الضمان وجب في ذمته بغير اذنه، وفي القضاء لم يتعلق الحق بذمته، بل حصل القضاء باذنه. وان قال اقض الدين ولم يقل عنى فان قلنا لا يرجع عليه فها هنا أولى أن لا يرجع، وان قلنا هناك يرجع فها هنا فيه وجهان حكاهما الصيمري الصحيح لا يرجع وان قال اقض عنى دينى لترجع على فقضى عنه رجع عليه وجهها واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم " المؤمنون عند شروطهم " وان قال اقض عن فلان دينه فقضى عنه، قال المسعودي لم يرجع عليه وجهها واحدا لانه لا عرض عليه في ذلك (الرابعة) إذا ضمن عنه بأمره وقضى بغير أمره، فهل له أن يرجع عليه، فيه ثلاثة أوجه - حكاهما الشيخ أبو حامد - (أحدها) يرجع عليه وهو المذهب، لانه دين لازم باذنه، فرجع عليه كما لو ضمن باذنه وقضى باذنه (الثاني) لا يرجع عليه لانه أسقط الدين عنه بغير اذنه فلم يرجع عليه. كما لو ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه (والثالث) وهو قول أبى اسحاق ان كان الضامن مضطرا إلى القضاء مثل أن طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع الضامن لانه مضطر إلى القضاء. وان كان غير مضطر إلى القضاء، مثل أن كان

[31]

المضمون عنه حاضرا موسرا يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان، فقضى لم يرجع لانه متطوع بالاداء، وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فانه يرجع على المضمون عنه في الحال، لان الحوالة كالقبض وإن أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه - وقلنا يصح برئ الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشئ في الحال لانه لم يغرم شيئا، فان قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه

على الضامن رجع الضامن على المضمون عنه وان أبرأ المحتال المحال عليه من مال الحوالة لم يرجع المحال عليه على المحيل وهو الضامن بشئ، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه، لانه لم يغرم واحد منهما شيئاً. وان قبض المحتال الحق من المحال عليه ثم وهبه منه، أو قبض المضمون له الحق من الضامن ثم وهبه منه فهل لهما الرجوع. فيه وجهان، بناء على القولين في المرأة إذا وهبت صداقها من الزوج ثم طلقها قبل الدخول (فرع) إذا كان لرجل على رجلين ألف دينار على كل واحد منهما ضامن عن صاحبه، فلمن له الدين أن يطالب بالالف من شاء منهما، فان قبض من أحدهما ألفاً برئاً جميعاً، وكان للدافع أن يرجع على صاحبه بخمسائة ان ضمن بآذنه وقضى بآذنه. وان قبض من أحدهما خمسمائة، فان قال الدافع خذها عن التي على لك أصلاً لم يرجع الدافع على صاحبه بشئ، وان قال خذها عن التي ضمننت برئاً عنها وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى وان دفعها إليه وأطلق، فاختلف الدافع والقابض فقال الدافع دفعتها وعينتها عن التي ضمننتها أو نويتها عنها، وقال المضمون له بل عينتها أو نويتها عن التي هي أصل عليك، فالقول قول الدافع مع يمينه لان أعلم بقوله ونيته وان اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما ولا نواها، ثم اختلفا في جهة صرفها، ففيه وجهان (أحدهما) يصرف اليهما نصفين

[32]

(والثاني) للدافع أن يصرفها إلى أيهما شاء. وقد مضى دليل الوجهين في الرهن. وان أبرأه المضمون له عن خمسمائة واختلفا فيما وقعت عليه البراءة. ففي هذه المسائل القول قول المضمون له فيما أبرأ عنه إذا اختلفا في تعيينه أو نيته وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) ينصرف اليهما (والثاني) يعينه المضمون له فيما شاء. (فرع) إذا ضمن عن غيره ألف درهم. قال العمراني في البيان وكانت هذه الالف مكسرة فدفع إليه ألفاً صحاحاً في موضع يثبت له الرجوع على المضمون عنه فإنه لا يرجع عليه بالصحاح لانه تطوع بتسليمها وانما يرجع بالمكسرة، قال وان ضمن عنه الف درهم صحاحاً فدفع ألفاً مكسرة لم يرجع الا بالمكسرة لانه لم يغرم غيرها، وان صالح الضامن عن الالف على ثوب ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الامرين من قيمة الثوب أو الالف، لانه ان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لانه لم يغرم غير ذلك، وان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لانه لم يغرم غير ذلك، وان كانت قيمة الثوب أكثر من الالف لم يرجع بما زاد على الالف لانه متطوع بالزيادة عليه والوجه الثاني حكاة المسعودي والشيخ أبو نصر المروزي أنه يرجع بالالف وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، كما لو اشترى رجل شقصاً بألف ثم أعطاه عن الالف ثوباً يساوي خمسمائة فان المشتري يرجع على الشفيع بألف وأما إذا صالح الضامن المضمون له عن الالف على خمسمائة وقلنا يصح. فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الالف كما لو أخذ بالالف ثوباً يساوي خمسمائة. قال المسعودي ولا يرجع الضامن على المضمون عنه الا بخمسمائة وجهاً واحداً، لانه لم يغرم غيرها (فرع) إذا كان على مسلم لدمى ألف درهم فضمن عنه دمي، ثم ان الضامن صالح المضمون له عن الدين الذي ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير، فهل يصح الصلح. فيه وجهان

(أحدهما لا يصح ولا يبرأ واحدا منهما عنه حق المضمون له لانه متصل بحق المسلم. (والثانى) يصح لان المعاملة بين ذمتين، فإذا قلنا بهذا فيماذا يرجع الضامن على المسلم، إن قلنا إنه إذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الامرين، لم يرجع ها هنا شئ، وان قلنا يرجع بالالف رجع ها هنا فيها أيضا (فرع) إذا ضمن عن غيره ديننا مؤجلا بإذنه ثم إن الضامن عجل الدين المضمون له قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الاجل لتطوعه بالتأجيل، فإذا ضمن رجل صداق امرأة فأداه إليها الضامن فارتدت قبل الدخول سقط مهرها. قال المسعودي: وترد المرأة ما قبضت من الصداق إلى الزوج ثم تردده إلى الضامن (فرع) إذا ضمن رجل عن غيره ألف درهم بإذنه، ثم ادعى الضامن أنه دفعها إلى المضمون له وأنكر المضمون له ذلك ولم يكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه، لان الاصل عدم القبض، فإذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء، لان حقه ثابت في ذمتهما، فإن أخذ الالف من المضمون عنه برئت ذمته وذمة الضامن. وهل للضامن أن يرجع بالالف الاولى على المضمون عنه لا يخلو إما أن يكون دفع بغير محضر المضمون أو بمحضره، فان دفع بغير محضره فلا يخلو إما أن يشهد على الدفع أو لم يشهد على الدفع، فان لم يشهد نظرت في المضمون عنه، فان صدق الضامن أنه دفع، فهل له الرجوع عليه. فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة إنه يرجع عليه لانه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الالف فكان له الرجوع عليه. كما لو كان دفع بحضرته (والثانى) وهو قول أبى إسحاق انه لا يرجع عليه بشئ وهو المشهور. ولم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى غيره، لانه يقول: إن دفعت فلم تدفع دفعا يبرئني من حقه، لانك لم تسقط عنى بذلك المطالبة، فلم تستحق على بذلك رجوعا. قال صاحب البيان: ويخالف إذا كان بحضرته. فان المفطر هو المضمون عنه، وإن كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين. إن قلنا لو صدقه كان له الرجوع

كان على المضمون عنه أن يحلف أنه ما يعلم أنه دفع. وإن قلنا لو صدقه لا رجوع له عليه، فلا يمين عليه. وإن اختار المضمون له أن يرجع على الضامن فيرجع عليه برئت ذمة المضمون عنه والضامن، وهل للضامن ان يرجع عن المضمون عنه إذا صدقه في دفع الاولى. ان قلنا بقول أبى على بن أبى هريرة ان للضامن أن يرجع بالاوله على المضمون عنه إذا رجع المضمون له على المضمون عنه رجع الضامن ههنا بالالف الاولى على المضمون عنه، ولا يرجع عليه بالثانية لانه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها فلا يرجع بها على غير من ظلمه وان قلنا بالشهود وأنه لا يرجع عليه في الاولى فهل يرجع ها هنا بشئ. فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما لا يرجع عليه بشئ. أما الاولى فقد ذكرنا الدليل عليها. وأما الثانية فلا يرجع بها، لانه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها، فلا يرجع بها على غير من ظلمه. (والثانى) يرجع عليه، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره، لانه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهرا وباطنا فكان له الرجوع عليه كما لو دفع بالبينه، فإذا قلنا بهذا فبأيتهما يرجع. فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبى حامد الاسفرايينى أنه يرجع عليه بالثانية، لان المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها في الظاهر والثانى يرجع بالاوله لان براءة الذمة حصلت بها

في الباطن والثالث وهو قول ابن الصباغ: أنه يرجع بأقلهما لانه ان كان قد ادعى أنه دفع في المرة الاولى ثوبا قيمته دون الالف وفي الثانية دفع الالف، فقد أقرب بأن الثانية ظلمه بها المضمون له فلا يرجع بها على غير من ظلمه، وان كان يدعى أنه دفع في المرة الاولى ألف درهم، وفي المرة الثانية ثوبا قيمته دون الالف لم يرجع الا بقيمة الثوب، لانه لم يستحق الرجوع بالاوله فلم يستحق الا قيمة الثوب. فان كان الضامن حين دفع الالف الاولى بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على

[35]

الدفع، فان كانت البينة قائمة حكم بها على المضمون له ولم يقبل بمنيه ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه. وإن كانت البينة غير قائمة وصدقه المضمون له أنه قد دفع وأشهد نظرت، فان كان قد أشهد شاهدين عدلين إلا أنهما غابا أو ماتا أو فسقا، فان المضمون له إذا حلف كان له أن يرجع على أيهما شاء، فإن رجح على المضمون عنه كان للضامن أن يرجع أيضا على المضمون عنه بالالف التي قد دفعها عنه، لانه قد اعترف أنه دفع عنه دفعا يبرئه ولا صنع له في تعذر الشهادة. وان رجح المضمون له على الضامن لم يرجع بالثانية لانه ظلمه بها، وإنما يرجع بالاوله لما ذكرناه وان أشهد شاهدين كافرين أو فاسقين ظاهرين الفسق فهو كما لو لم يشهد، هل له أن يرجع على المضمون عنه. على الوجهين، إذا صدقه على الدفع ولم يشهد على ما مضى في الاوله من التفريع. وان أشهد شاهدين ظاهريهما العدالة ثم بان أنهما كانا فاسقين ففيه وجهان (أحدهما) يرجع الضامن على المضمون عنه، لانه لم يفرط في الاشهاد، وليس عليه المعرفة في الباطن، فعلى هذا حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم ماتا (والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد، لانه أشهد من لا يثبت الحقوق بشهادته وان أشهد شاهدا واحدا عدلا حرا، فان كان موجودا حلف معه، وكان كما لو أشهد عدلين وحكم بشهادتهما. وان كان ميتا أو غائبا أو طرأ الفسق عليه. ففيه وجهان. (أحدهما) حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم فسقا لانه دفع بحجته، وإنما عدمت كالشاهدين (والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد، لانه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف في قبولها ; فهو كما لو لم يشهد. وأما إذا دفع الضامن الالف الاوله بمحضر من المضمون عنه، فان أشهد على الدفع فان كانت البينة قائمة أقامها وحكم بها، وان كانت غير قائمة فعلى ما مضى وان لم يشهد فحلف المضمون له رجح على من يشاء منهما. وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه، فيه وجهان. من أصحابنا من قال: حكمه حكم ما لو لم

[36]

يشهد، فكان الدفع بعينه المضمون عنه على ما مضى، لانه فرط في ترك الاشهاد فصار الدفع بعينه المضمون عنه، لانه فرط في ترك الاشهاد فصار كما لو دفع في عين المضمون عنه. (والثاني) وهو المنصوص أنه يرجع عليه، لان المفرط في ترك الاشهاد هو المضمون عنه. وإن ادعى الضامن أنه دفع الحق إلى المضمون له فأنكر ذلك المضمون له. والمضمون عنه. ولم تكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه، فان لم يحلف ردت

اليمين على الضامن، فان حلف بنينا على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه. فإن قلنا إنه كالبينة برئ الضامن والمضمون عنه من دين المضمون له. وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه، فهو كما لو صدق المضمون له الضامن على الدفع، وأنكر المضمون عنه الدفع، فإنه لا مطالبة للمضمون له على أحدهما، لانه قد استقر باستيفاء الحق وهل للضامن أن يرجع بشئ على المضمون عنه. فيه وجهان لابي العباس ابن سريج (أحدهما) القول قول المضمون عنه مع يمينه، ولا يرجع الضامن عليه بشئ، لان الضامن يدعى القضاء ليرجع، فلم يقبل، لان الاصل عدمه، والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلم يقبل (والثاني) يرجع الضامن على المضمون عنه، لان قبض المضمون له يثبت مرة بالبينة ومرة بالقرار، ولو ثبت القبض بالبينة لرجع عليه، وكذلك إذا ثبت بالقرار، والله تبارك وتعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويصح ضمان الدرك على المنصوص، وخرج أبو العباس قولاً آخر أنه يصح لانه ضمان ما يستحق من المبيع، وذلك مجهول، والصحيح أنه يصح قولاً واحداً، لان الحاجة داعية إليه لانه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً، لان البائع لا يعطيه مع المبيع

[37]

رهناً ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة، لانه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فعفى عن الجهالة فيه، كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان، ويخالف ضمان المجهول لانه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه، وفي وقت ضمانه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يقبض البائع الثمن، لانه قبل أن يقبض ما وجب له شئ؛ وضمان ما لم يجب لا يصح (والثاني) يصح قبل قبض الثمن، لان الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن. وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقاً فإن قلنا إن البيع يصح في الباقي رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا يبطل البيع في الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق، وهل يرجع عليه بثمن الباقي. فيه وجهان (أحدهما) يرجع عليه، لانه يبطل البيع فيه لاجل الاستحقاق، فضمن كالمستحق. (والثاني) لا يرجع لانه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه، وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيباً فرده، فهل يرجع على الضامن بالثمن؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع، وهو قول المزني وأبي العباس، لانه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن، كما لو كان شقياً فآخذة الشفيع (والثاني) يرجع لانه رجع إليه الثمن بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن، كما لو خرج مستحقاً، وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب؟ على ما ذكرناه من الوجهين (الشرح) قوله "الدرك" التبعة بفتح الراء وسكونها، قال في الصحاح: يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه أما الاحكام: فإنه يصح ضمان العهد على المنصوص في الام، وهو أن يشتري رجل عينا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن ان خرج المبيع مستحقاً، وخرج أبو العباس بن سريج قولاً آخر أنه لا يصح وبه قال ابن القاص، لانه ضمان ما لم يجب، ولانه ضمان مجهول لانه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعضه.

والصحيح أنه يصح، لان البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا، والشهادة لا تفيد لان الباع قد يفلس فلا تفيد الشهادة، فلم يبق ما يستوثق المشتري به غير الضمان وأما قول ابن القاص انه ضمان ما لم يجب وضمن مجهول فغير صحيح، لانه ان لم يكن المبيع مستحقا فلا ضمان أصلا، وان كان مستحقا فقد ضمن الحق بعد وجوبه، وانما صح الضمان ها هنا مع جهالة ما يستحقه المشتري، لان الحاجة تدعو إلى ذلك، وقال أبو يوسف: إذا ضمن له العهد كان ضمنا لنكبات الابتاع. وهذا ليس بصحيح، لان العرف قد صار في العهد عبارة من الدرك وضمن الثمن فانصرف الاطلاق إليه، فإذا قلنا يصح ضمان العهد صح بعد قبض الثمن وجها واحدا، لانه ضمان الحق بعد وجوبه، وهل يصح ضمانه قبل أن يقبض البائع الثمن؟ فيه وجهان. (أحدهما) يصح لان الحاجة تدعو إلى هذا الضمان قبل قبض الثمن، كما تدعو إليه بعد قبضه. (والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره: أنه لا يصح لانه ضمان الحق قبل وجوبه. فلم يصح قال ابن الصباغ: وألفاظه أن يقول: ضمننت عهديته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه، أو يقول: متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمننت لك الثمن، فإن قال ضمننت لك خلاص المبيع لم يصح لان التقدير على ذلك متى خرج مستحقا. قال ابن سريج لا يضمن درك المبيع إلا أحق. إذا ثبت هذا فإنه إذا ضمن له عهدة دار اشتراها أو خلاصها فاستحقت رجوع بالثمن على الضامن، ان شاء الخلاص الحال يسلم إليه، فتأول أصحابنا ذلك تأويلين (أحدهما) أنه أراد خلاصك به (والثاني) أنه أراد وخلاصها، وقد جاءت (أو) بمعنى الواو. قال تعالى " وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون " وقال تعالى " ولا تطع منهم أثما أو كفورا " وأما (ما) فتكتب في الوثائق: ضمن فلان البائع لفلان بن فلان المشتري

قيمة ما أحدث في المبيع من غراس أو بناء وغير ذلك إذا خرج مستحقا. قال أصحابنا: فان هذا ضمان باطل بلا خلاف على المذهب. لانه ضمان ما لم يجب وضمن مجهول، فان قيد ذلك وقال: من درهم إلى ألف لم يصح، لانه ضمان ما لم يجب. وقال أبو حنيفة رحمه الله يصح ضمان هذا مع العهدة بناء على أصله ما لم يجب وقد مضى ذكره؛ فإن ضمن خلاص المبيع أو ضمن قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس، فإن كان في غير عقد البيع نظرت، فان أفرد ذلك عن ضمان العهدة لم يبطل البيع ولا ضمان العهدة، بل يبطل ضمان خلاص المبيع وضمن ما يحدث فيه من بناء أو غراس، وإن قرنه مع ضمان العهدة بطل خلاص المبيع وما يحدث فيه، وهل يبطل ضمان العهدة؟ فيه قولان، بناء على القولين في تغريق الصفقة. وإن شرط ذلك في البيع بأن قال: بعنى هذه الارض بمائة دينار بشرط أن يضمن لى فلان خلاصها، وقيمة ما أحدثته فيها من بناء أو غراس إذا استحققت فقال بعتك. أو كان هذا الشرط في زمان الخيار فسد البيع لانه بيع بشرط فاسد قال الشيخ أبو حامد: ويحى فيه قول آخر أنه لا يبطل البيع إذا شرط ضمان قيمة ما يحدث في الارض - كما قلنا فيمن شرط رهنا فاسدا في البيع - والاول أصح (فرع) إذا ضمن رجل لرجل العهدة واستحق جميع المبيع على المضمون له وقد دفع الثمن إلى البائع فالمشتري بالخيار ان شاء طالب البائع بالثمن، وان شاء طالب به الضامن. وإن خرج بعضه مستحقا بطل البيع فيما خرج منه مستحقا وكان للمشتري أن يطالب الضامن بثلثي القدر

الذي خرج منه مستحقا، وهل يبطل البيع في الباقي ؟ فيه قولان، فإذا قلنا يبطل البيع أو قلنا لا يبطل إلا أن المشتري اختار فسخ البيع فيه. فهل للمشتري أن يرجع بثمن ذلك القدر على الضامن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع عليه، لأنه ثبت له بسبب الاستحقاق (والثاني) لا يرجع عليه، لأنه لم يضمن إلا ثمن ما استحق، فهذا ثمن ما لم يستحق، وإنما يبطل البيع فيه لأنه لا يفرق الصفقة، ويفسخه المشتري،

[40]

وان وجد المشتري بالمبيع عيبا فرده فهل له أن يطالب الضامن بالثمن. قال أصحابنا ان قال الضامن ضمننت لك درك ما يلحقك في المبيع، أو ضمننت لك درك المبيع لكل عيب تجد فيه، فله أن يرجع بالثمن على الضامن وجهها واحدا، وكذلك إن حدث عند المشتري عيب وقد وجد به عيبا فله أن يرجع بالارش على الضامن، لان ضمانه يقتضى ذلك وإن ضمن درك المبيع أو عهدته لا غير: فهل له أن يرجع بالثمن على الضامن إذا وجد به عيبا. أو بالارش إن حدث عنده عيب آخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع عليه بالثمن، لان الثمن رجوع إليه بمعنى قارن عقد البيع بتفريط من البائع فرجع به على الضامن كما لو استحق المبيع (والثاني) لا يرجع به عليه بل يرجع به على البائع وهو قول المزني وأبي العباس بن سريج، لأنه زال ملكه عن المبيع بغير الاستحقاق فلم يرجع بالثمن على الضامن، كما لو كان المبيع شقصا فأخذه الشفيع (فرع) فان ضمن العهدة فبان أن البيع كان باطلا بغير الاستحقاق فهل للمشتري ان يرجع بالثمن على الضامن. فيه وجهان حكاهما في الابانة (أحدهما) يرجع به عليه، لأنه رجوع إليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع، فصار كما لو استحق. (والثاني) لا يرجع عليه به لأنه يمكنه أن يمسك العين المباعة إلا أن يسترجع ما دفع من الثمن، فلم يرجع به على الضامن: بخلاف ما لو استحق المبيع في يد البائع قبل القبض أو فسخ المبيع، أو كان شقصا فأخذه الشفيع بالشفعة، فإن المشتري لا يرجع بالثمن على الضامن، لان الثمن رجوع إليه بمعنى حادث بعد العقد ولم يضمن الضامن الا الثمن عند استحقاق المبيع (فرع) قال المسعودي: لو اشترى رجل شيئا بثمن وسلمه وضمن رجل للبائع نقصان الوزن أو رداءة الثمن، فخرج الثمن ناقصا أو رديئا أو معيبا فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن، وله أن يرد الرديء والمعيب على المشتري ويطالب الضامن بالثمن، اهـ

[41]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وتجاوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في الدعاوى والبيئات: إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: تصح قولا واحدا، وقوله: ضعيفة أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان. أحدهما: أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها. والثاني: يصح، وهو الاظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة ابن مضرب قال صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد احنة واني كنت

استطردت رجل من بنى حنيقة، وكان أمرني أن آتية بغلس فانتهدت إلى مسجد بنى حنيقة، مسجد عبد الله بن النواحة: فسمعت مؤذنههم يشهد أن لا إله إلا الله، وأن مسيلم رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود، عليّ بعبد الله ابن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن قال: كنت أتقاكم به، فقال له: تب فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في بقية القوم، فقال عدى بن حاتم: تؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه. وقال جرير بن عبد الله والاشعث بن قيس استنبتهم فان تابوا كفلهم عشائرههم فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرههم، ولان البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين، فإن قلنا: تصح جازت الكفالة بدين كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين، لانه حق لازم لأدمي فصحت الكفالة به كالدين، وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به، لان الكفالة للاستيثاق وحق الله تعالى مبنى على الدرء والاسقاط؛ فلم يجز الاستيثاق بمن عليه، وإن كان قصاصا أو حد قذف ففيه وجهان. (أحدهما لا تصح، لانه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به

[42]

كمن عليه حد لله تعالى. والثاني: تصح لانه حق لأدمي فجازت الكفالة بدين من عليه كالدين، ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة بدينه، لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة. (الشرح) حديث أبي إسحاق السبيعي أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب - وهو بتشديد الراء المكسورة - العبدى الكوفى، وهو ثقة من الطبقة الثانية، وقد غلط من نقل عن المدينة أنه تركه. هكذا في التهذيب لابن حجر: أنه أتى عبد الله بن مسعود فقال " ما بينى وبين أحد من العرب حنة، وإنى مررت بمسجد لبنى حنيقة فإذا هم يؤمنون بمسيلم، فأرسل إليهم عبد الله فجئ بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لو لا أنك رسول اضربت عنقك، فأنت اليوم لسيت برسول، فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه في السوق، ثم قال: من أراد أن ينظر إلى ابن النواحة فتبلا في السوق، وترجع قصة بن النواحة هذا إلى أيام النبي صلى الله عليه وسلم حين أرسله مسيلم مع آخر هو بن أنال - بضم الهمزة بعدها مثلثة - فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتشهدان أتى رسول الله. قالوا نشهد أن مسيلم رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمنت بالله ورسوله، ولو كنت قاتلا رسولا لقتلتكما. قال عبد الله: فمضت السنة أن الرسل لا تقتل رواه أحمد وأبو داود. والحاكم والنسائي مختصرا من حديث عبد الله بن مسعود، وليس في رواية من الروايات أن ابن النواحة قد أسلم، وإنما كان هناك من الصحابة عندما أعلن مسيلم أكذوبته من انضم إليه وارتد عن الاسلام، مع أنه كان من حفظة القرآن هو الفقيه الخوان الانيم، القارئ للقرآن الرجال بن عنقوة. وقد كان على مقدمة جيش مسيلم حين هاجمهم المسلمون بقيادة خالد بن الوليد، وقد قتل في هذه المعركة وعجل الله به إلى النار أما ابن النواحة فعلة كان قد أسلم ثم ارتد مع مسيلم ثم ظل على ولائه لمسيلم عصبية جاهلية لانهم كانوا يقولون: كذاب، ربيعة خير من صادق مضرب

فلما لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم الرسولين وفيهما ابن النواحة. وبعد حروب الردة ذهب عبد الله بن مسعود يستطرق لغرسه ذكرا من بنى حنيقة. وقد انفق مع صاحب الفرس الذكر أن يأتيه بغلس فانتهى إلى مسجد القوم وكان الذي بناه عبد الله بن النواحة، فسمع المؤذن يشهد لمسيمة بالرسالة، حتى إذا استيقن عبد الله من هذه المفاجأة المذهلة واستوضحه فاعترف، وكان رأى الصاحبة الذين استشارهم أن تؤلول كفر - والتؤلول بضم الثاء وإسكان الهمزة والتأليل أورام خبيثة تظهر كالدرن في الجسم - قد أطلع رأسه ويجب أن يحسم قوله: عدى بن حاتم الطائي: وكان ممن ثبت على الاسلام في الردة وحضر فتوح العراق، وحارب مع على ومات سنة ثمان وستين، وكان أبوه مضرب المثل في الكرم. قوله: جرير بن عبد الله هو ابن جابر البجلي صاحبي مشهور ويكنى أبا عمرو، ويقال له: التليل بن مالك من ولد انمار بن نزار، ولم يختلف النسابون أن بجيلة أمهم نسبوا إليها، وهى بجيلة بنت صعب، وكان جرير سيد قبيلته، وكان إسلامه في العام الذي توفى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد قال هو عن نفسه انه أسلم قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم بأربعين يوما. وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه، وفي جرير قال الشاعر: لو لا جرير هلكت بجيلة * نعم الفتى وبئست القبيلة فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: ما مدح من هجى قومه. وكان عمر يقول: جرير بن الله يوسف هذه الامة، يعنى في حسنه، وكان جرير رسول على بن أبي طالب إلى معاوية فحبسه مدة طويلة، روى عنه أنس بن مالك وقيس ابن أبي حازم وهمام بن الحارث والشعبى، وروى عنه بنوه عبيد الله والمنذر وابراهيم. وأما الاشعث بن قيس فقد ساق نسبه ابن منده وأبو نعيم هكذا: الاشعث بن قيس بن معد يكرب بن معاوية بن ثعلبة بن عدى بن ربيعة الكندى وكنيته أبو محمد. وقد إلى النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا

ستين راكبا فأسلموا. وقال الاشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت منا فقال " نحن بنو النضر بن كنانة لانفقو أمنا ولا تنتفى من أينا " فكان الاشعث يقول لا أوتي بأحد ينقى قريشا من النضر بن كنانة إلا جلدته ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد إلى اليمن شهد اليرموك وفقت عينه، ثم سار إلى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند، وسكن الكوفة وشهد صفين مع على، وكان ممن أزم عليا بالتحكيم، وشهد الحكمين بدومة الجندل، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن على تزوج ابنته. فقيل هي التى دست السم له فمات منه. روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبي حازم وأبو وائل. وقد نزل في الاشعث بن قيس قوله تعالى " ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا " الآية، لأنه خاصم رجلا في بئر، توفى سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن على. وقال ابن منده: هذا وهم، لان الحسن لم يكن بالكوفة، وإنما كان قد سلم الامر إلى معاوية ثم رجع إلى المدينة. ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفى بعد على بأربعين ليلة وصلى عليه الحسن. أما أحكام الفصل: فان المنصوص للشافعي رضى الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح. وقال في الدعوى والبيئات:

كفالة الوجه عندي ضعيف. واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال تصح الكفالة بالبدن قولا واحدا، وقوله في الدعوى والبيئات ضعيف، يريد في القياس، وهو قوى في الاثر، وذهب المزني وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين (أحدهما لا يصح لان الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد، ولانه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها. فقوله " في الذمة " احتراز من البائع فانه يضمن العين المبعة في يده لا في ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها في ذمته وقوله " بعقد " احتراز من الغاصب، فإنه يضمن العين المعصوبة في يده وفي ذمته

[45]

والقول الثاني: أن الكفالة بالبدن صحيحة، وهو قول شريح والشعبي ومالك وأبي حنيفة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن وأحمد رضى الله عنهم. وهو الصحيح لقوله تعالى " فخذ أحدا مكانه إنا نراك من المحسنين " ولحديث عبد الله ابن مسعود الذي استشار في الذين كانوا يضجون في مسجدهم بمسيمة استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأشار عليه جرير بن عبد الله والاشعث ابن قيس أن يستأبوا ويتكفل بهم عشائرتهم، فاستأبهم فتأبوا وكفلهم عشائرتهم فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم: إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك: وان كان هذا الموضوع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعا تصح فيه الكفالة بالبدن، إلا أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين فإذا قلنا لا تصح الكفالة بالبدن فلا تفرغ عليه، وإذا قلنا تصح، فإنما تصح ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين، لانه لازم فصحت الكفالة ببدن من عليه كالدين. (فرع) وأما الكفالة ببدن من عليه جلد، فان كان لله تعالى كحد الزنا وحد شرب الخمر وما أشبههما لم يصح لمعنيين (أحدهما) أنه لما لم تصح الكفالة بما عليه من الحق لم تصح الكفالة ببدن من عليه (والثاني) لا، لان الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لانها تسقط بالشبهات. وإن كان الحد للآدمي كحد القذف والقصاص، فهل تصح الكفالة ببدن من عليه؟ فيه وجهان (أحدهما لا تصح، لانها لا تصح الكفالة بما عليه من الحق، فلم تصح الكفالة ببدنه. كمن عليه حد الزنا (والثاني) تصح الكفالة ببدنه لان عليه حقا للآدمي فصحت الكفالة ببدنه، كما لو كان له عليه دين (فرع) وان تكفل ببدن مكاتب السيدة لاجل مال الكتابة لم يصح، لان الحق الذي عليه غير لازم له فلم تصح الكفالة، قال ابن الصباغ: وان تكفل ببدن صبي أو مجنون صحت الكفالة لان الحق يجب عليهما، وقد يحتاج إلى

[46]

إحضارهما للشهادة عليهما للاتلاف. وان رهن رجل شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل عليه بتسليمه لم يصح، لان تسليمه غير لازم له فلم تصح الكفالة به. وان ادعى على رجل حقا فأنكره جازت الكفالة ببدنه: لان عليه حق الحضور، والكفالة واقعة على إحضاره. (فرع) إذا قال رجل لرجل: تكفل بفلان لفلان ففعل كان الكفالة لازمة على الذي باشر الكفالة دون الأمر،

لان المتكفل فعل ذلك باختياره، والامر بذلك حث على المعروف. وهكذا في الضمان مثله. والله تعالى الموفق للصواب قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان عليه دين مجهول فقيه وجهان، قال أبو العباس لا تصح الكفالة ببذنه لانه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين، فإذا كان مجهولا لم تمكن المطالبة (والثانى) أنه تصح، وهو المذهب، لان الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين. (فصل) وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين (الشرح) الاحكام: إذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين فمات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين. وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه. وقال مالك رضى الله عنه وأبو العباس بن سريج: يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين المكفول له، لان الكفالة وثيقة بالحق ; فإذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن دليلنا أنه تكفل ببذنه لا بدينه فلم يلزمه ما عليه من الدين، كما لو غاب، ويفارق الرهن لانه علق به الدين فاستوفى منه وها هنا لم يتكفل إلا بإحضاره. وقد تعذر إحضاره بموته، فإذا قلنا بالمذهب صحت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل، وإن قلنا بقول أبى العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل (فرع) وان تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فعليه الحق الذى عليه

[47]

أو قال على كذا وكذا لم تصح الكفالة ولم يجب عليه المال المضمون به، وبه قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ان لم يحضره عليه المال دليلنا أن هذا حطر فلم يجز تعليق الضمان عليه، كما لو قال: إن جاء المطر فأنا ضامن ببذنه، وإن قال تكفلت لك ببدن زيد على إن جئت به، وإلا فأنا كفيل لك ببدن عمرو لم يصح، لانه لم يلتزم بإحضار أحدهما فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه، وإن تكفل ببدن رجل بشرط الخيار لم تصح الكفالة. وقال أبو حنيفة يفسد الشرط وتصح الكفالة دليلنا أنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرط فيه الخيار أفسده كالصرف، ولو أقر رجل فقال إنما تكفل لك ببدن فلان على أن لى الخيار. فقيه قولان. (أحدهما) يقبل إقراره في الجميع فيحكم ببطلان الكفالة، كما لو قال له على ألف درهم إلا خمسمائة (والثانى) يقبل إقراره في الكفالة ولا يقبل في أنه كان بشرط الخيار. لانه وصل إقراره بما يسقط فلم يصح، كما لو قال له على ألف درهم إلا ألف درهم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وتجوز الكفالة حالا ومؤجلا، كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا وهل يجوز إلى أجل مجهول. فيه وجهان (أحدهما) يجوز، لانه تبرع من غير عوض، فجاز في المجهول كإباحة الطعام (والثانى) لا يجوز لانه إثبات حق في الذمة لأدمي فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع، ويخالف الإباحة فانه لو أباحه أحد الطعامين جاز، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز. (الشرح) الاحكام. إذا تكفل ببدن رجل نظرت، فان شرط احضاره حالا لزمه إحضاره في الحال، كما لو تكفل ببذنه وأطلق اقتضى ذلك إحضاره في الحال كما قلنا فيمن باع بثمن وأطلق فان ذلك يقتضى الحلول، وان تكفل ببذنه إلى أجل معلوم صحت الكفالة، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك، كما إذا ضمن الدين إلى أجل معلوم.

وإن تكفل ببدنه إلى أجل مجهول فهل يصح، فيه وجهان. (أحدهما) يصح، كما تصح العارية إلى أجل مجهول. (والثاني) لا يصح وهو الصحيح، لانه إثبات حق في الذمة لآدمي فلم يصح إلى أجل مجهول، كضمان المال. ويخالف العارية فإنها لا تلزم، ولهذا لو أعاره إلى مدة كان له الرجوع فيها قبل انقضائها، ولو تكفل له ببدنه إلى أجل معلوم لم تكن له المطالبة به قبل حلول الاجل، ولان العارية تجوز من غير تعيين، ولهذا لو قال: أعرتك أحد هذين الكتابين جاز، ولو قال تكفلت لك ببدن أحد هذين الرجلين لم يجر والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين، وتجوز مطلقا، فإن أطلق وجب التسليم في موضع العقد، كما تجوز حالا ومؤجلا، وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد. (الشرح) الاحكام: وتجوز الكفالة ببدن رجل ليسلمه في مكان معين ; كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه في موضع معين، وتجوز الكفالة ببدن رجل وإن لم يذكر موضع التسليم، فعلى هذا في موضع العقد، كما تصح الكفالة بالبدن حالا ومؤجلا، وإذا أطلق اقتضى الحلول، فإذا تكفل له ببدن رجل ليسلمه إليه في موضع معين، فسلمه إليه في غير ذلك البلد لم يلزم المكفول له قبوله لان عليه مشقة في تسلمه في غير ذلك البلد، وقد يكون له عرض بتسلمه في ذلك البلد، وإن تكفل له ببدنه ليسلمه في موضع معين من البلد، بأن يقول في مجلس القاضى أو في مسجده سلمه إليه في ذلك البلد في غير ذلك الموضع المعين فهل يلزمه قبوله ؟ فيه وجهان لابي العباس بن سريج. (أحدهما) لا يلزمه قبوله، كما لو سلمه في غير ذلك البلد. (والثاني) يلزمه قبوله، لان العادة أنه لا مؤنة عليه في نقله من موضع في البلد إلى موضع فيه والله الموفق والمعين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به، لانه إذا تكفل به من غير اذنه لم يقدر على تسلمه، ومن أصحابنا من قال. تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير اذن من عليه الدين. (الشرح) الاحكام: إذا تكفل ببدن رجل بإذن المكفول به صحت الكفالة فإذا سأل المكفول له الكفيل احضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لانه يكفل به بإذنه، وان لم يطالبه المكفول له، فقال الكفيل للمكفول به احضر معي لاردك إلى المكفول له لتبرئ ذمتي من الكفالة، كان عليه أن يحضر معه، لانه قد تعلق عليه احضاره بأمره، فلزمه تخليصه منه. وان تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير اذن المكفول به، فهل يصح، فيه وجهان. قال عامة أصحابنا لا يصح، لان المقصود بالكفالة بالبدن احضار المكفول به عند المطالبة. فإذا كان ذلك بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه فلا تفيد الكفالة شيئا. فعلى هذا إذا تكفل ببدن صبي أو مجنون لم يصح ذلك الا باذن وليه. لان الصبي والمجنون لا اذن لهما. وقال أبو العباس بن سريج: تصح الكفالة بالبدن من غير اذن المكفول به كما يصح الضمان عليه بالدين من غير اذنه. قال أبو العباس: فعلى هذا إذا قال المكفول له للكفيل: احضر المكفول به، وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور، فإذا طالبه وجب على المكفول به الحضور من غير جهة الكفالة، ولكن لان صاحب الحق قد وكل الكفيل باحضاره. وان قال المكفول له للكفيل: أخرج إلى من كفالتك. أو رد على

كفالتئ فهل يلزم المكفول به الحضور ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه. لان ذلك يتضمن الاذن في احضاره. فهو كما وكله باحضاره (والثانى) لا يلزمه الحضور. لانه انما طالبه بما عليه من الاحضار. قال أبو العباس: فعلى هذا المكفول له حبس

[50]

الكفيل، قال ابن الصباغ: وهذا يدل عندى على فساد ما قاله، لانه يحبس على ما لا يقدر عليه. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن تكفل بعضو منه، ففيه ثلاثة أوجه: (أحدها) أنه يصح لان في تسليمه تسليم جميعه. (والثانى) لا تجوز، لان أفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقي لا تمكن ; لانه لا سراية له فبطلت. (والثالث) إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز، لانه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن، وإن كان عضوا يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح، لانه قد يقطع فيبراً مع بقائه. (الشرح) الاحكام: إذا تكفل بعضو رجل كیده أو رجليه أو رأسه أو بجزء مشاع منه كنصفه، أو ثلثه، أو ربه، فيه ثلاثة أوجه: (أحدها) يصح لانه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه الا بتسليم جميع البدن، ولا يسلم اليد والرجل الا على هيئتها عند الكفالة، وذلك لا يمكن الا بتسليم جميعه (والثانى) وهو قول القاضى أبى الطيب، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد: أنه لا يصح لان ما لا يسرى إذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح كالبيع منه، والاجارة والوصية، وفيه احتراز من العتق والطلاق. (والثالث) ان تكفل بما لا يبقى البدن الا به كالرأس والقلب والكبد، والنصف والثلث، لانه لا يمكن تسليم ذلك الا بتسليم جميع البدن، وان تكفل بما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح، لانه قد يقطع منه ويبقى البدن، ولا فائدة في تسليمه وحده، والله تعالى أعلم، قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذى شرط فيه التسليم، فان كان عليه في قبوله ضرر. أو له في رده غرض. لم يلزم قبوله،

[51]

وان لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم وان أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ، لان التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه: وان سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم لان حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن احضاره ومطالبته بما عليه من الحق. وان حضر المكفول به بنفسه، وسلم نفسه برئ الكفيل كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين، وان غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره، لم يطالب به، وان غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضى زمان يمكن فيه الذهاب والمجئ، لان ما لزم تسليمه لم يلزم الا بإمكان التسليم، فان مضى زمان الامكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره، فان أبراه المكفول له من الكفالة برئ كما يبرأ الضامن إذا أبراه المضمون له، فان جاء رجل وقال أبرئ الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يصح، لانه نقل

الضمان إلى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالا فأحال الضامن المضمون له على آخر. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الطبري رحمهما الله لا يصح لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل. وذلك شرط فاسد فممنع صحة العقد. وإن تكفل ببدن رجل لنفسين، فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر. لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما، كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما، فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله: إنه لا يبرأ الآخر، لأنه لو أبرئ أحدهما لم يبرأ الآخر فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، وعندني أنه يبرأ، لأن المستحق إحضاره وقد حصل فبرئنا، كما لو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما. ويخالف الأبراء فإن الأبراء مخالف للاداء؛ والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرئ أحد الضامنين لم يبرأ الآخر، ولو أدى أحد الضامنين برئ.

[52]

(الشرح) الأحكام: إذا تكفل ببدن ليحضره إلى أجل، فأحضره الكفيل قبل الأجل - فإن قبل المكفول له - برئ الكفيل، وإن امتنع المكفول له من القبول نظرت، فإن كان عليه في قبوله ضرر، بأن كان حقه مؤجلاً، أو كان حقه حالاً إلا أن له بينة غائبة فإنه لا يلزمه قبوله لأن عليه ضرراً في قبوله فإن امتنع من تسليمه. قال الشيخ أبو حامد رفعه الكفيل إلى الحاكم وسلمه إليه ليبرأ وإن لم يجد حاكماً أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه أو امتناع المكفول له وذكر القاضي أبو الطيب أنه يشهد على امتناعه رجلين. قال ابن الصباغ وهذا أقيس لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره، وإن أحضره الكفيل وهناك يد سلطان لا يقدر عليه يمنع منه لم يبرأ الكفيل بذلك، لأن المستحق تسليمه من غير حائل، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم لزمه تسليمه، لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه، فإن كان حقه قد ثبت عليه بالبينة وطلب إحضاره، فإن الحاكم يحضره ليحكم بينهما، فإن ثبت عليه حق وطلب حبسه فإن الحاكم يحبسه به وبالحق الأول فإذا سقط حق أحدهما لم يجر تخليته إلا بعد سقوط حق الآخر، وإن جاء المكفول به إلى المكفول له وسلم نفسه إليه برئ الكفيل كما يبرأ الضامن إذا دفع المضمون عنه مال الضمانة. (فرع) إذا تكفل ببدن رجل ثم ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب: أو حبس بحق لزم الكفيل إحضاره فيخرج إلى دار الحرب لإحضاره؛ والمحجوس يمكنه أن يقضى عنه الحق ويطلق من الحبس (فرع) إذا غاب المكفول به نظرت، فإن كانت غيبته إلى موضع معلوم فعلى الكفيل أن يحضره، فإذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب إليه والمجئ به، ولم يأت به حبسه الحاكم، هذا قولنا وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال، لأن حقه قد توجه عليه، وهذا ليس بصحيح، لأن الحق وإن كان قد حل؛ فإنه يعتبر فيه إمكان التسليم، وإنما يجب عليه إحضار الغائب عند إمكان ذلك، وإن كان غائباً غيبة منقطعة، لا يعلم مكانه

[53]

لم يطالب الكفيل بإحضاره، وإن أبرأ المكفول له المكفول به من الحق برئ المكفول به كما قلنا في المضمون له إذا أبرأ الضامن (فرع) إذا تكفل

بيد رجل ثم جاء رجل إلى المكفول له وقال تكفلت لك بيدن فلان المكفول به على أن تبرئ فلانا الكفيل ففيه وجهان. قال أبو العباس تصح كفالة الثاني وبيراً الأول، لأن الثاني قد جمل الكفالة إلى نفسه فبرئ الأول كما لو كان له حق فاحتال به على آخر قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب لا تصح الكفالة الثانية، ولا بيراً الأول لأن الكفالة والضمان لا يحول الحق، فكفالة الثاني لا تبرئ الأول من كفالته؛ وإذا لم يبرأ الأول فلم يتكفل به الثاني إلا بهذا الشرط، وإذا لم يصح الشرط لم تصح الكفالة (فرع) وإن تكفل بيدن رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برئ من حقه ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه، لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد، وإن تكفل رجلان لرجل بيدن رجل فأحضره أحدهما إلى المكفول له برئ الذي أحضره، وهل يبرأ الكفيل الآخر فيه وجهان. (أحدهما) وهو قول المزني والشيخ أبي إسحاق أنه يبرأ كما لو ضمن رجلان لرجل ديناً على رجل فأداه أحدهما. فإن الآخر يبرأ (والثاني) وهو قول أبي العباس والشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ أنه لا يبرأ الآخر، لأن الحق باق لم يسقط، والكفيلان وثيقتان فلا تنفك إحدى الوثيقتين بانفكاك الأخرى، كما لو كان الحق مرهوناً فانفك أحدهما مع بقاء الحق فإنه لا ينفك الباقي منها، ويفارق إذا قضى أحد الضامنين المال المضمون به. فإن الحق هناك قد سقط. فانفكت الوثيقة. وههنا الحق لم يسقط. (فرع) إذا تكفل رجل لرجل بدن رجل فقال المكفول له مالي قبل المكفول به حق. قال أبو العباس. ففيه وجهان

[54]

(أحدهما) يبرأ المكفول به مما عليه. وتبطل الكفالة لأن قوله لا حق لي قبله نفى في سياق نكرة فاقتضى العموم (والثاني) يرجع إليه. فإن قال: أردت به لا شيء لي عليه بطلت الكفالة، وبرئ المكفول. وإن قال: أردت به لا حق لي عليه من عارية أو ودیعة، وصدقه الكفيل والمكفول به قبل قوله، وإن كذبا أو أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بنيته، وإن قال لا حق لي في ذمته ولا في يده برئاً جميعاً، قيل للشيخ أبي حامد: فإذا كان لرجل على رجل دين، فقال لا حق لي قبله. فقال: هو على هذين الوجهين. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن تكفل بيدن رجل فمات المكفول به برئ الكفيل. وقال أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة، فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن، والمذهب الأول، لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه. (فصل) وإن تكفل بعين نظرت، فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح، لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده، فلان لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، بناء على القولين في كفالة البدن. فإن قلنا أنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان (أحدهما) يجب عليه ضمانها (والثاني) لا يجب، وقال الشيخ أبو حامد لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن، فإن البدن لو تلف لم يضمن بدله، ولو هلكت العين ضمنها.

[55]

(الشرح) الاحكام. إذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل فأبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازماً له فقال له خل عنه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة، أو على مثل ما كنت عليه، قال أبو العباس بن شريح: صحت كفالته لأنه إما أن يكون هذا إخباراً عن كفالته، أو إقراراً به، أو ابتداءً كفالة في الحال، وأنها كانت فوجب أن يصح، وإن تكفل رجل ببدن رجل، ورابع بالثالث؛ فيصح الجميع، فإن أحضر المكفول به الأول نفسه أو أحضره الكفيل برئ جميع الكفلاء. وإن مات المكفول به الذي عليه الدين برئ الكفلاء على المذهب، فإن مات الكفيل الأول برئ جميع الكفلاء. وإن مات الكفيل الثاني برئ الثالث والرابع. وإن مات الثالث برئ الرابع ولم يبرأ الأولون. وإن مات الرابع بطلت كفالته وحده وحكم البراءة حكم الموت، وإن المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة وأحمد وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه وحكى ذلك عن ابن شريح، لأن الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب. ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن فإنه علق به المال فاستوفى منه (فرع) إذا ضمن الرجل في مرض موته عن غيره ديناً، فإن ذلك معتبر من ثلث ماله لأنه تبرع، فهو كما لو ذهب لغيره مالا

[56]

إذا ثبت هذا: فإذا ضمن رجل في مرض موته عن غيره تسعين درهما بإذنه ومات الضامن، وخلف تسعين درهما لا غير ومات المضمون عنه، ولا يملك غير خمسة وأربعين درهما، فإن طالب المضمون له بحقه من تركه الضامن وقع في هذه المسألة دور، والعمل فيه أن يقول: يذهب بالضمان من التسعين شيئاً، ولكنه يرجع إليهم نصف شيء، لأن ما خلفه المضمون عنه مثل نصف تركه الضامن فيعلم أنه ما ذهب عنهم بالضمان إلا نصف شيء، ويجب أن تكون هذه التسعون إلا نصف شيء الباقية معهم تعدل شيئاً كاملاً مثلى ما ذهب عنهم بالضمان فأجبر التسعين بنصف الشيء الناقص عنها، ثم رده على الشيء الكامل، فيكون تسعون تعدل شيئاً ونصف شيء الشيء، ثلثاها وهو ستون، فيأخذ المضمون ستين من تركه الضامن، ويستحق ورثة الضامن الرجوع في تركه المضمون عنه بها، لأن الضمان بأذنه ويبقى للمضمون له من دينه ثلاثون، فيرجع بها في تركه المضمون عنه وتركته أقل من ذلك فيقاسم المضمون له ورثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقهم، فيكون لورثة الضامن ثلثاها، وهو ثلاثون، وللمضمون له ثلثاها، وهو خمسة عشر، فيجتمع لورثة الضامن ستون، وخرج منهم بالضمان ثلاثون، فقد بقى معهم مثلاً ما خرج عنهم. فإذا تقرر هذا: وعرف ما يستحقه المضمون له من تركه الضامن بالعمل فهو بالخيار، إن شاء فعل ما ذكرناه، وإن شاء أخذ من ورثة الضامن خمسة وسبعين ورجع ورثة الضامن بجميع تركه المضمون عنه، فإن كانت بحالها إلا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير، فالعمل فيه يخرج من التسعين شيئاً بالضمان، ويرجع إليهم ثلث شيء، لأن تركه المضمون له ثلث تركه الضامن، فيبقى مع ورثة الضامن تسعون إلا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلث شيء. فإذا أجبرت التسعون عدلت شيئين الشيء نصفها وهو خمسة وأربعون، فيأخذها من

تركة الضامن ويرجع المضمون له وورثة الضامن في تركة المضمون عنه
بنصفين لاستواء حقهما فيرجع إلى ورثة الضامن خمسة عشر فيجتمع لهم
ستون، وخرج منهم ثلاثون، ويجمع للمضمون له ستون؛ ويسقط من دينه

[57]

ثلاثون؛ فإن شاء فعل ما ذكرناه، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة
الضامن ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه، وإن شاء المضمون
له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون، وأخذ من تركة الضامن ثلثها،
وهو ثلاثون، يبقى لهم ستون مثلاً ما خرج منهم، فإن خلف المضمون عنه
ستين فإن المضمون له لا ينقص شيء من دينه ههنا، والعمل فيه على
قياس ما مضى والله تبارك وتعالى المستعان. (مسألة) إذا ادعى رجل على
رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد
منهما خمسمائة، وقبضاه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فإن أقر
الحاضر بذلك لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفاً، فإذا قدم الغائب فإن صدق
الحاضر رجع عليه الحاضر بما قضى عنه، وهو خمسمائة، وإن كذبه فالقول
قوله مع يمينه، فإذا حلف سقط حق الحاضر، وإن أنكر الحاضر المدعى
فانه لم يكن للمدعى بينة، فالقول قول الحاضر مع يمينه. فإذا حلف
سقطت عنه المطالبة. فإذا قدم الغائب فادعى عليه البائع - فإن أنكره -
حلف له أيضاً ولا كلام وإن أقر بما ادعاه عليهما لزم القادم الخمسمائة
التي أقر أنه اشترى هو بها. وهل يلزمه الخمسمائة التي أقر أن شريكه أنه
اشترى بها وضمن هو عليه؟ فيه وجهان. قال القاضي أبو الطيب لا يلزمه
لأننا قد حكمنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه. وقال ابن الصباغ: يلزم القادم
لان اليمين لم تبرئه من الثمن، وإنما سقطت عنه المطالبة في الظاهر،
فإذا أقر أنه الضامن لزمه، ولهذا لو أقام بينة عليه بعد يمينه لزمه الثمن،
ولزم الضامن فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب. فإذا أقام
المدعى بينة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضاهما وضمن
كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فللمدعى أن يطالب الحاضر بجميع
الألف، لان البينة قد شهدت عليه بذلك، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على
الغائب إذا قدم؟ نقل المزني أنه يرجع بالنصف على الغائب. واختلف
أصحابنا

[58]

في ذلك، فمنهم من قال لا يرجع عليه بشيء؛ ولم يذكر ابن الصباغ غيره.
لأنه منكر لما شهدت له البينة، مقر أن المدعى ظالم له فلا يرجع على عين
من ظلمه، ومن قال بهذا تأول ما نقله المزني أربع تأويلات. (أحدها) يحتمل
أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعى غير أن المدعى قال: وأنا أقيم
البينة أيضاً فأقامها، فيرجع ههنا، لأنه ليس فيه تكذيب البينة. (الثاني) أن
يكون الحاضر لم يقر ولم ينكر، بل سكت، فأقام المدعى البينة فليس فيه
تكذيب. (الثالث) أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه، ولم يعرض لشراء
شريكه. فقامت عليه البينة. (الرابع) أن يكون الحاضر أنكر شراءه وشراء
شريكه وضمانيهما إلا أن الحاضر لما قامت البينة وأخذ من المدعى الألف
ظلمنا ثبت على الغائب خمسمائة بالبينة، وقد أخذ المدعى من الحاضر

خمسمائة ظلما فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب. ومن أصحابنا من وافق المزني وقال: يرجع الحاضر على الغائب بخمسمائة وإن أنكر الشراء والضمان لأنه يقول: كان عندي إشكال في ذلك، وقد كشفت هذه البيعة هذا الاشكال وأزالته، فهو كمن اشترى شيئا وادعاه عليه آخر بأنه له وأنكر المشتري ذلك، وأقام المدعى بينه وانتزع منه. فإن له أن يرجع على البائع بالثمن، ولا يقال: إن باقراره أن المدعى ظالم يسقط حقه من الرجوع. وقال الشيخ أبو حامد في التعليق ينظر في الحاضر فإن تقدم منه تكذيب البيعة مثل أن قال من يبيع منك شيئا ولا يستحق علينا شيئا. ثم قامت البيعة بذلك فإنه لا يرجع على صاحبه بشئ لأنه قد كذب البيعة بما شهدت وأن هذا المدعى ظالم قيل له. فإن قدم الغائب واعترف بصدق المدعى وقال لا يرجع عليه بشئ لأنه يقر له بما لا يدعيه. وإن لم يتقدم منه تكذيب البيعة مثل أن قال. مالك عندي شئ. فإنه يرجع على صاحبه بخمسمائة لأنه ضمن عنه بآذنه ودفع عنه (قلت) ولعل صاحب الوجه الاول لا يخالف تفصيل الشيخ أبي حامد في جواب الحاضر وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه كما ذكر والله الموفق والمعين.

[59]

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن ضمن عنه ديننا ثم اختلفا فقال الضامن: ضمننت وأنا صبي، وقال المضمون له. ضمننت وأنت بالغ، فالقول قول الضامن، لان الاصل عدم البلوغ، وإن قال. ضمننت وأنا مجنون، وقال. بل ضمننت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له، لان الاصل العقل وصحة الضمان، وإن عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن، لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الافاقة. ويحتمل أن يكون في حالة الجنون، والاصل عدم الضمان وبرائة الذمة. وإن ضمن عن رجل شيئا وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن بآذنه وأدى بآذنه ليرجع، وأنكر المضمون عنه الاذن لم يرجع عليه، لان الاصل عدم الاذن، وإن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لان الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون الا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان. (أحدهما) يحلف، لان ما يدعيه الكفيل ممكن، فحلف عليه الخصم. (والثاني) لا يحلف، لان اقراره بالكفالة يقتضى وجوب الحق وما يدعيه يكذب اقراره، فلم يحلف الخصم. وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه. وأقر المضمون له. وأنكر المضمون عنه. ففيه وجهان. (أحدهما) أن القول قول المضمون عنه. لان الضامن يدعى القضاء ليرجع فلم يقبل قوله. والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته. فسقط قولهما وحلف المضمون عنه (والثاني) أن القول قول الضامن لان قبض المضمون له يثبت بالاقرار مرة. وبالبيعة أخرى. ولو ثبت قبضه بالبيعة رجع الضامن. فكذلك إذا ثبت بالاقرار. (الشرح) الاحكام. إذا ضمن عن رجل ديننا ثم اختلفا. فقال الضامن. ضمننت وأنا صبي. وقال المضمون له. بل ضمن وأنت بالغ فإن أقام المضمون له

[60]

بينة أنه ضمن وهو بالغ حكم بصحة الضمان، وإن لم تكن بينة فالقول قول الضامن لأن الاصل عدم البلوغ وإن قال الضامن ضمننت وأنا مجنون، وقال المضمون له بل ضمننت وأنت عاقل، فإن أقام المضمون له بينة أنه ضمن له وهو عاقل حكم له بصحة الضمان. وإن لم تكن له بينة: فإن لم يعرف للضامن حال جنون فالقول قول المضمون له مع يمينه، لأن الاصل صحة الضامن وإن عرف له حال جنون فالقول قول الضامن مع يمينه، لأنه يحتمل أنه ضمنه في حال الجنون، ويحتمل أنه ضمن في حال الافاقة، والاصل براءة ذمته (فرع) وإن ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن الضمان وأنكر المضمون له البراءة، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه. قال الصيمري، فإن لم يأمره بالضمان عنه قبلت شهادته، وإن أمره بالضمان عنه لم تقبل شهادته (فرع) وإن ادعى على رجل أنه ضمن له ديناً على رجل غائب معين وأنكر الضامن وأحضر المضمون له بينة تشهد بالضمان، فإن بين قدر المال المضمون له وشهدت معه البينة بذلك حكم بها، وإن ادعى الضامن بمال معلوم والمضمون مجهول وشهدت له بينة بذلك فهل تسمع بينة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع هذه البينة ولا يحكم له على الضامن بشئ لأن الذي عليه الحق إذا كان مجهولاً لم يثبت حقه، وإذا لم يثبت على الاصل لم يثبت على الضامن. (والثاني) يحكم له على الضامن لأن البينة قد قامت عليه بذلك، ألا ترى أنها لو شهدت بأن عليه ألفاً من جهة الضامن سمعت؛ فكذلك هذا مثله (فرع) إذا ضمن الرجل لغيره ديناً وقضاه، وادعى الضامن على المضمون منه أنه ضمن بأذنه وقضى بأذنه فليرجع عليه، وأنكر المضمون عنه الاذن، فإن أقام الضامن بينة حكم له بالرجوع على المضمون عنه، وإن لم يقم بينة فالقول قول المضمون عنه مع يمينه لأن الاصل عدم الاذن (فرع) فإن قال تكفلت لك بدين فلان مؤجلاً، وقال المكفول له تكفلت به معجلاً. وأقام كل واحد منهما شاهداً واحداً بما قال. ففيه قولان حكاهما

[61]

الصيدلاني (أحدهما) لا يلزمه إلا مؤجلاً لأنه لم يقر بغيره (والثاني) يحلف كل واحد منهما مع شاهده ويتعارضان ويسقطان ويبقى الضمان معجلاً (فرع) إذا ادعى الكفيل أن المكفول به بريء من الحق، وأن الكفالة قد سقطت، وأنكر ذلك المكفول له ولم تكن بينة، فالقول قول المكفول له مع يمينه لأن الاصل بقاء الحق، لأنه لا يبرأ بيمين غيره. وإن قال الكفيل تكفلت به ولا حق لك عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهر صحة الكفالة. وهل يحلف؟ قال أبو العباس فيه وجهان (أحدهما) لا يحلف، لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله. (والثاني) يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن، فإن حلف فلا كلام، وإن نكل رد اليمين على الكفيل لأنه لا يجوز أن يعلم أنه لا حق للمكفول له بإقرار، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: كتاب الشركة يصح عقد الشركة على التجارة، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله تعالى "أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما" ولا تصح الشركة إلا من جاز التصرف في المال، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جاز التصرف في المال. (فصل) ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو جمره عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال لانهم يربون، والربا لا يحل (الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رفعه. رواه أبو داود والحاكم وصححه،

وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان. وقد ذكره ابن حبان في الثقات، وأعله أيضا ابن القطان بالارسال، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال:

[62]

إنه الصواب، ولم يسنده غير أبي همام محمد بن الزبيرقان، وسكت أبو داود والمنذري عن هذا الحديث. وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام أما لغات الفصل وغريب الحديث، فالشركة بكسر الشين وسكون الراء، وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء. وذكر صاحب الفتح فيها أربع لغات فتح الشين وكسر الراء، وكسر الشين وسكون الراء، وقد تحذف الهاء مع كسر أوله، وقد تحذف مع فتح أوله. قوله " أنا ثالث الشريكين " المراد أن الله جل جلاله يضع البركة للشريكين في مالهما مع عدم الخيانة وبمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لما لهما. قوله " خرجت من بينهما " أي نزعت البركة من المال، زاد رزين " وجاء الشيطان " ورواية الدارقطني " فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما " يعنى البركة والشركة ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيعو. وعن السائب بن أبي السائب المخزومي أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح: كنت شريكي ونعم الشريك، كنت لا تداريني ولا تماريني " رواه أبو داود وابن ماجه بلفظ " كنت شريكي ونعم الشريك، لا تداري ولا تماري " وفي لفظ أن السائب المخزومي كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة ف جاء يوم الفتح فقال: مرحبا بأخي وشريكي، لا تداري ولا تماري. وفي لفظ أن السائب قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فجعلوا يثنون علي ويذكرونني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنا أعلمكم به، فقلت: صدقت بأبي أنت وأمي، كنت شريكي فنعم الشريك لا تداري ولا تماري " وقوله " لا تداري " أي لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى " فاداراتم فيها " يعنى اختلفتم وتنازعتم أما الاحكام فان الاصل في جواز الشركة الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله تعالى " واعلموا أن ما غنمتم من شئ فإن لله خمسته وللرسول " الآية فجعل الخمس مشتركا بين الغانمين وقوله تعالى " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين "

[63]

فجعل الميراث مشتركا بين الاولاد. وقوله تعالى " إنما الصدقات للفقراء والمساكين " الآية. فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الاصناف. وقوله تعالى " وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض " والخلطاء هم الشركاء وأما السنة فقد مضى بعضها، ونضيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من كان له شريك في ربع أو حائط فلا يبعه حتى يؤذن شريكه " وقد سبق تخريجه وطرقه عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما وأما أثر أبي حمزة عن ابن عباس " لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسيا، قلت لم؟ قال لانهم يربون. وأبو حمزة هو نصر بن عمران الصبعي صاحب ابن عباس، والاثر رواه الاثرم. وقد روى الخلال بإسناده عن عطاء قال " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم " وأما الاجماع فإن أحدا من العلماء لم يخالف في جوازها. إذا ثبت هذا فإن الشركة تنقسم على ستة أقسام: شركة في

الاعيان والمنافع، وشركه في الاعيان دون المنافع، وشركه في المنافع دون الاعيان، وشركه في المنافع المباحة، وشركه في حق الابدان، وشركه في حقوق الاموال. فاما شركة المنافع والاعيان فهو أن يكون بين الرجلين أو بين الجماعة أرض أو بهائم ملكوها بالارث أو بالبيع أو الهبة مشاعا وأما شركة الاعيان دون المنافع فمثل أن يوصى رجل لرجل بمنفعة أرضه أو داره فيموت ويخلف جماعة ورثة، فإن رقبه الارض والدار تكون موروثه للورثة دون المنفعة. وأما الشركة في المنافع دون الاعيان فمثل أن يوصى بمنفعة عربته لجماعه أو يستأجر جماعة عربية وأما الوقف على جماعة - فان قلنا ان ملك الرقبه إلى الله كانت الشركة بينهم في المنافع دون الاعيان، وإن قلنا ينقل الملك إليهم كانت الشركة بينهم في المنافع والاعيان، وأما الشركة في المنافع المباحة فمثل أن يموت رجل وله ورثة جماعة ويخلف كلب صيد أو كلب ماشيه أو زرع، فإن المنفعة مشتركة بينهم

[64]

وأما الشركة في حقوق الابدان فهو أن يرث جماعه قصاصا أو حد قذف، وأما الشركة في حقوق الاموال فهو أن يرث جماعه الشفعة أو الرد بالعيب وخيار الشرط وحقوق الرهن ومرافق الطرق (مسألة) وتجاوز الشركة في التجارة لما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردوه، ويكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما، وقال الحسن رضى الله عنه " ان كان المسلم هو المتصرف لم يكره، وان كان الكافر هو المتصرف أو هما كره دليلنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال " أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني، ولا مخالف له، ولانهم لا يمتنعون من الربا ومن بيع الخمر، ولا يؤمن أن يكون ماله الذى عقد عليه الشركة من ذلك فكره، فإن عقد الشركة معه صح، لان الظاهر مما في أيديهم أنه ملكهم، وقد اقترض النبي صلى الله عليه وسلم من يهودى شعيرا ورهنه درعه، وقال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلوان به، ويخلو به المسلم، وحديث الاثرم فيه إرسال، وخبر ابن عباس موقوف عليه قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير، لانهما أصل لكل ما يباع ويتباع، وبهما تعرف قيمة الاموال وما يزيد فيها من الارباح، فأما ما سواهما من العروض فضربان، ضرب لا مثل له، وضرب له مثل، فأما مالا مثل له كالحيوان والثياب فلا يجوز عقد الشركة عليها لانه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكة أفردنا أحدهما بالربح والشركة معقودة على الاشتراك في الربح، وان جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز وأما ماله مثل كالحبوب والادهان ففيه وجهان (أحدهما لا يجوز عقد

[65]

الشركة عليه، وعليه نص في البويطى لانه من غير الاثمان فلم يحز عقد الشركة عليه كالتياب والحيوان (والثانى) يجوز، وهو قول أبى إسحاق لانه من ذوات الامثال فأشبه الاثمان، وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر، فيصير الجميع مشتركا بينهما، وبشتركان في ربحه. (الشرح) الاحكام. قال المزني: والذي يشبه قول الشافعي رحمه الله أنه لا تجوز الشركة في العروض ولا فيما يرجع في حال المفاضلة إلى القيم ولغير الاثمان. وجملة ذلك أن عقد الشركة يصح على الدراهم والدنانير لانها قيم المتلفات ومعايير الاثمان، وبها تعرف قيم الاموال وما يزيد فيها من الارباح، وممن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمد كما نص عليه هو في رواية أبى طالب وحرب، وحكاه عنه ابن المنذر. وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها. فأما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها فيرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح وأما قيمتها فإنها غير متحققة القدر فيفضى إلى التنازع، وقد يقوم الشئ بأكثر من قيمته، ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له. وأما الاثمان فإنها معدومه حال العقد ولا يملكها، ولانه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع. وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركه معلقه على شرط وهو بيع الاعيان، ولا يجوز ذلك وقد فرق أصحابنا بين ماله مثل وبين مالا مثل له. فأما مالا مثل له كالنبت والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركة عليها، وبه قال من مضى ذكرهم، وقال مالك يصح عقد الشركة عليها ويكون رأس المال قيمتها

[66]

دليلنا: أن موضع الشركة على أن لا ينفرد أحد الشريكين بربح مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك، لانه قد يزيد قيمة عرض أحدهما، ولا يزيد قيمة عرض الآخر، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاضلة، وهذا لا سبيل إليه فان كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأراد الشركة، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقايضان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف وإن كانت قيمة أحدهما مائتين وقيمة الاخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلاثي عربة الآخر، وإن شاء باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن في ذمته ثم تقاصا، وإن شاء اشترى عرضا من رجلين بثمن في ذمتها ثم دفعا عرضهما عما في ذمتها. وأما ما له مثل كالحبوب والادهان، فهل يصح عقد الشركة فيها؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز، وهو ظاهر ما نقله المزني، لانه قال: ولا فيما يرجع حال المفاضلة إلى القيم، وما له مثل لا يرجع إلى قيمته ولانها مالان إذا خلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير. (والثانى) لا يجوز، لان الشافعي رضى الله عنه قال في البويطى ولا تجوز الشركة في العروض، وما له مثل من العروض، ولانها شركة على عروض فلم يصح كالنبت والحيوان. قال أبو إسحاق المروزي في الشرح: فإذا قلنا: تصح الشركة فيها - فان كانت قيمتهما سواء - أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاضلة واقتسما ما بقى من الربح، وإن كانت قيمتهما مختلفه مثل أن كانت حنطة أحدهما جيدة وحنطة الآخر

مسوسة كان لكل واحد منهما قيمة حنطته يوم الشركة واقتسما ما بقى من الربح قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) ولا يصح من الشرك الا شركة العنان، ولا يصح ذلك الا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته، فان كان مال أحدهما دنائير والآخر دراهم، أو مال أحدهما صحاحا والآخر قراضه أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة، لانهما مالان لا يختلطان فلم تصح

[67]

الشركة عليهما كالعروض، فان كان مال أحدهما عشرة دنائير ومال الآخر مائة درهم، وابتاعا بها شيئا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر، فان استوت قيمتهما استويا في الربح، وان اختلفت قيمتهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما. (فصل) ولا تصح حتى يختلط المالان، لانه قيل الاختلاط لا شركة بينهما في مال، ولانا لو صحنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا: ان من ربح شيئا من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوز، وان قلنا: يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز، وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا تصح، وهو قول أبى القاسم الانماطى لان الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح وإذا اختلف مالهما في القدر فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح، فوجب أن لا يجوز. (والثاني) تصح، وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح، لان المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما، وما قاله الانماطى من قياس العمل على المال لا يصح، لان الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح، فلم يجر أن يستويا في المال ويختلفا في الربح، وليس كذلك العمل، فانه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح، فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح. (الشرح) قوله: شركة العنان وهو أن يشتركا في شئ خاص دون سائر أموالهما، كأنه عن لهما شئ فاشترياه مشتركين فيه، وقيل: مأخوذة من عناني فرسى الرهان، لان الفارسين إذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما، وكذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان.

[68]

والشركة أربع: شركة العنان، وشركة الابدان، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه، ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان. قال في البيان واختلف الناس لم سميت شركة العنان فقيل سميت شركة العنان لظهورها وهو أنهما ظاهرا باخراج المالين، ويقال عن الشئ إذا ظهر ومنه قول إمرئ القيس فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل (وقيل) سميت عنانا من المعاننة وهى المعارضة، وكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله، إلى أن قال. وقال أبو بكر الرازي سميت بذلك مأخوذا من العنان، لان الانسان يأخذ عنان الدابة بإحدى يديه، ويحبسه عليها، ويده الاخرى مرسله يتصرف بها كيف شاء، كذلك هذه الشركة كل

واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيه من جهة الشركة، وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء. اه وقد اعتبر أصحاب أحمد الشركة خمسا حيث زادوا شركة المضاربة، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتي ان شاء الله تعالى. وجماع القول في شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلط المالين، ولا خلاف في صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الغرر، ويشترط فيها لفظ صريح من كل للآخر يدل على الاذن للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما، أو كناية تشعر بذلك وكاللفظ الكتابة وإشارة الاخرس المفهمه فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون في الكل والأذن في نصيبه خاصة، فإن شرط عدم تصرفه في نصيبه لم تصح. (فرع) الشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد من الشريكين دنائير مثل دنائير صاحبه ويخلطها فيكونا شريكين، وجملة ذلك أن من شرط صحة شركة العنان أن يكون مالهما المشترك بينهما من جنس واحد وسكة واحدة، فإن كان مال أحدهما عملة محلية والآخر عملة أجنبية واختلفا قيمة لم تصح الشركة لاختلاف جهة الاصدار وعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الغرر أو الربا في الاستبدال والمصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحه، أو كانت

[69]

لأحدهما دنائير والآخر دراهم، أو كانت لأحدهما طبرية والآخر عبديّة، وقال أبو حنيفة " يصح " دليلنا أنه مالان مختلفان، فوجب أن لا ينعقد عليهما عقد الشركة، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الآخر شعيرا، فإن خالفا وأخرج أحدهما عشرة دنائير والآخر عشرة دراهم وخلط ذلك وابتاعا فإن ذلك يكون ملكا لهما على قدر مالهما فإن كان نقد البلد دنائير قومت الدراهم، فإن كانت قيمتها خمسة دنائير كان لصاحب الدنائير ثلثا المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه، وكذلك بقسم الربح والخسران بينهما، وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد، فإن تساويا كان ذلك بينهما نصفين، وإن تفاضلا كان الحكم في ملك المتاع لهما كذلك. ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولوا: تشاركنا أو اشتركنا، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تصح الشركة وإن لم يخلط المالين، بل مال كل واحد منهما بيده يتصرف فيه كيف شاء ويشتركان في الربح وقال مالك رحمه الله تعالى: من شرط عقد الشركة أن تكون أيديهما على المالين، أو يد وكيلهما. وإن لم يكونا مخلوطين دليلنا أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيرا، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين، ولانا لو صححنا عقد الشركة قبل الخلط لآدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر، لانه قد ربح بمال أحدهما دون الآخر وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا في قدر مالهما ؟ فإن كان مال أحدهما عشرة دنائير ومال الآخر خمسة لم تصح، لان الشافعي شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الآخر، ولانهما إذا تفاضلا في المال فلا بد أن يتفاضلا في الربح. لان الربح على قدر المالين، فلم يجر أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في العمل، كما لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال أبو القاسم الانماطى لا تصح الشركة. وقال عامة أصحابنا تصح الشركة

وإن كانا متفاضلين في المالين، لان المقصود في الشركة أن يشتركا في ربح ماليهما وذلك يمكن مع تفاضل المالين، كما يمكن مع تساويهما. وما قال الشافعي فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة، لا من جهة المقدار، وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيح، لان عمل الشريكين في مال الشركة لا تأثير له، لانه تابع، وقد يعمل أحدهما في مال الشركة أكثر من عمل الآخر مع استوائهما في المال. وقد يعمل أحدهما في مال الشركة وحده من غير شرط في العقد، ويصح ذلك كله ولا يؤثر في الربح. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع، ولا يتصرف الآخر الا في نصيبه، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يأذن فيه الشريك، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل، ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه، لان كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه، فلا يملك الا ما يملك كالوكيل. (الشرح) الاحكام: إذا عقدا الشركة على مال لهما نصفين، فان كل واحد منهما يملك التصرف في نصف المال مشاعا من غير إذن شريكه لانه ملكه، وهل له أن يتصرف في النصف الآخر من غير إذن شريكه؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي أحدهما يملك ذلك، وبه قال أبو حنيفة لان هذا مقتضى عقد الشركة، فلم يحتج إلى إذن الآخر، كما لو عقد القراض على مال له والثاني: وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه، لان المقصود بالشركة هو أن يشتركا في ربح ماليهما. وذلك لا يقتضى التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه. إذا ثبت هذا فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف بنصيبه تصرف

كل واحد منهما بجميع مال الشركة، وإن أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر صح تصرف المأذون له في جميع المال، ولا يتصرف من لم يؤذن له الا في نصفه مشاعا ولا يتجر المأذون له في نصيب شريكه إلا في النوع المأذون له فيه من الامتعة، سواء كان يعم وجوده أو لا يعم وجوده، ولان ذلك توكيل، وللانسان أن يوكل غيره يشترى له نوعا من الامتعة، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح، وذلك لا يحصل إلا في الاذن بالتجارة فيما يعم وجوده. قال ابن الصباغ: وإن أذن له أن يتجر في جميع التجارات جاز ذلك أيضا. ولا يبيع المأذون له نصيب شريكه إلا بنقد البلد حالا بثمن المثل كما نقول في الوكيل قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) ويقسم الربح والخسران على قدر المالين، لان الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، فإن شرطا التفاصل في الربح والخسران مع تساوى المالين، أو التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد، لانه شرط يناهى مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما، فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف، لان الشرط لا يسقط الاذن فنقد التصرف، فان ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لانه إنما عمل ليسلم له ما شرطا، وإذا لم يسلم ربح بأجرة عمله. (الشرح) الاحكام: إذا اشترك رجلان وتصرفا - فان ربحا - قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين. سواء شرطا ذلك في العقد أو اطلاقا،

لان هذا مقتضى الشركة، وان شرطا التفاضل في الربح أو الخسران مع تساوى المالىن أو شرطا التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالىن لم يصح هذا الشرط. وقال أبو حنيفة " يصح " دليلنا أنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرطا الربح لاحدهما فان تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما، لان الشرط يسقط الاذن، فان ربحا

[72]

أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر مالهما، لانه مستفاد بمالهما، ولانه ثمرة المال فكان على قدرهما، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله في ماله. لانه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) وأما شركة الأبدان، وهى الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهى باطلة، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى. فوجب أن يكون باطلا، ولان عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يحز أن يشاركه الآخر في بدله، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله. لانها بدل عمله فاخص بها. (الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه الشيخان: قال النووي: صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثرا فيهما من استنباط الفوائد. أما الأحكام: فإذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما ألف وللآخر ألفان، وعقدا الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين، فان شرط صاحب الألفين على نفسه شيئا من العمل كانت الشركة فاسدة، فإذا عملا قسم الربح والخسران بينهما على قدر مالهما، ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة عمله في ماله. وقال ابو حنيفة رحمه الله: الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله في ماله. دليلنا أنه عقد قصدا به الربح في كل حال، فإذا كان فاسدا استحق أجرة عمله فيه كالقراض، فإن عمل صاحب الألف على مال الشركة عملا أجرته ثلاثمائة. وعمل صاحب الألفين على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون، فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائتين ويستحق عليه صاحب الألفين خمسين فيقاصه بها، وتبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين مائة وخمسون. وان عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون فان صاحب

[73]

الألف يستحق على صاحب الألفين مائة، ويستحق صاحب الألفين عليه خمسين فيقاصه بها، ويبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين خمسون وإن شرط صاحب الألفين جميع العمل على صاحب الألف وشرط نصف الربح، فان هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح، لان صاحب الألف يستحق ثلث الربح بالشركة، لان له ثلث المال ولصاحب الألفين ثلثا الربح، فلما شرط جميع العمل على صاحب الألف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح فجاز، كما لو قارضه على سدس الربح فان قيل كيف صح عقد القراض على مال مشاع؟ قلنا إنما صح لان الأشاعة مع العامل فلا يتعدر تصرفه، وإنما لا تصح إذا كانت الأشاعة في رأس المال مع غيره،

لانه لا يتمكن من التصرف (فرع) قال صاحب البيان: وإن كان بين رجلين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل في ذلك ويكون الربح بينهما نصفين. فان هذا ليس بشركة ولا قراض، لان مقتضى الشركة أن يشتركا في العمل والربح. ومقتضى القراض أن للعامل نصيبا من الربح. ولم يشترط له ههنا شيئا. انتهى. إذا ثبت هذا فعمل وريح كان الربح بينهما نصفين لانه نماء مالهما قال ابن الصباغ: ولا يستحق العامل لعمله في مال شريكه أجره لانه لم يشترط لنفسه عوضا. فكان عمله تبرعا قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان فهي شركة باطلة، لحديث عائشة رضى الله عنها. ولانها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالارث والهبة. ولانها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح. كما لو عقدا الشركة

[74]

على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية، فان عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجره عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه، لان الشرط قد سقط، وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط، ويرجع كل واحد منهما بأجره عمله في نصيب شريكه، لانه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم فوجب أجره عمله. (الشرح) الاحكام: إن شركة المفاوضة باطلة عندنا، وهي أن يشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان. قال الشافعي رضى الله عنه في اختلاف العراقيين لا أعلم في الدنيا شيئا باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه. وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي رضى الله عنهم: شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول: من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهما لم تصح الشركة، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه، ويكونان حرين بالغين مسلمين. ولا تصح بين مسلم ودمي، ولا بين ذميين، ولا بين حر وعبد، فإذا وجدت هذه الشركة تضمنت الوكالة والكفالة. فأما الوكالة فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في الكسب وفيما يوهب له، وفي الكنز الذي يجده وفي جميع ما يكسبه إلا الاصلطياد والاحتشاش فانهما ينفردان. وأما الميراث فانهما لا يشتركان فيه، فإذا ورث أحدهما نظر فيه، فإن كان عرضا لم يضمن الشركة، وإن كان ذهبا أو فضة فما لم يقبضه فالشركة بحالها وإن قبضه بطلت الشركة، لانه قد صار ماله أكثر من مال الآخر. وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فان صاحبه يشاركه فيه إلا أورش الجناية. دليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وهذا غرر، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه، ولانها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة

[75]

في العروض وعكسه شركة العنان، ولانهما عقدا الشركة على ما يملكان بالارث أو بقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم يصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية. إذا ثبت هذا فان كسبا اختص كل واحد منهما بملك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أنلفه وغصبه، لان وجود هذا العقد بمنزلة عدمه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وأما شركة الوجوه، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه، فهي شركة باطلة، لان ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شئ بينهما، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه. ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه فإذا بيع قسم الثمن بينهما لانه بدل مالهما (الشرح) هذه أيضا إحدى الصور من الشركات التي لا تصح عندنا وتسمى شركة الوجوه. وهو أن يتفقا على أن يشتري كل واحد منهما بوجهه، ويكون ذلك شركة بينهما وإن لم يذكر شريكه وقال أبو حنيفة " تصح " دليلنا أن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له، فلا يشارك غيره فيه، فان أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري له عينا معينه أو موصوفه ويبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك للآخر. (فرع) حكى الصيمري أن الشافعي رحمه الله قال: شركة الأزواد في السفر سنة، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضئ الله عنهم، وليس من باب الربا سبيل، فيخلط هذا طعامه بطعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر، وبأكلان ولا ربا في ذلك، ونحو هذا إشراك الجنس في الطعام بدار الحرب. والله تعالى أعلم.

[76]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أخذ رجل من رجل جملا، ومن آخر راوية، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم، فقد قال في موضع: يجوز. وقال في موضع لا يجوز، فمن أصحابنا من قال: إن كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب له، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية، لانه استوفى منفعتهما بأجرة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل وإن كان الماء مباحا فالكسب بينهم أثلاثا لانه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه في شراء ثوب بينهم فاشتراه، على أن يكون بينهم، وحمل القولين على هذين الحالين، ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكا للسقاء كان الكسب له، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحا ففيه قولان. (أحدهما) أنه بينهم أثلاثا لانه أخذ على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئا بينهم بأذنهم. (والثاني) أن الكسب للسقاء، لانه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة، ويرجعان عليه بأجرة المثل لانهما بدلا منفعة الجمل والراوية، ليسلم لهما الكسب ولم يسلم، فثبت لهما أجرة المثل. (الشرح) الاحكام: قال الشافعي رحمه الله تعالى في البويطى: إذا اشترك أربعة أنفس في الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثاني الارض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التي يعمل عليها، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد، لانه ليس شركة ولا قراضا ولا إجارة لان الشركة لا تصح حتى يخلط الشركاء أموالهم، وها هنا أموالهم متميزة، وفي القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة، وههنا لا يمكن، والاجارة تفنقر إلى أجرة معلومة وعمل معلوم، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لانها عين ماله زادت، وعليه لصاحب الارض ولصاحب

الفدان أجرة مثل مالهم، وللعامل أجرة مثل عمله عليه، لان كل واحد منهم دخل في العقد ليكون له شئ من العلة، ولم يسلم لهم ذلك، وقد تلفت منافعهم فكان لهم بدلها.

[77]

(فرع) قال في البويطى: فان اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحي، ومن الآخر البيت، ومن الرابع العمل على أن يكون ما حصل من الاجرة بينهم على ما شرطوه، فان هذه معاملة فاسدة، لانها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه في الفصل قبله. قال الشافعي رضى الله تعالى عنه: فإذا أصابوا شيئا جعل لكل واحد منهم أجرة مثله، وجعل كراس ماله، وقسم ما حصل بينهم على قدره. قال أبو العباس ابن سريج: في هذا مسألتان. (إحداهما) إذا جاء رجل فاستأجر من كل واحد ماله ليطحنوا له طعاما معلوما بأجرة معلومة بينهم، بأن يقول لصاحب البيت: استأجرت منك هذا البيت ومن هذا الحجر، ومن هذا البغل، ومن هذا نفسه ليطحنوا لى كذا وكذا من الحنطة بكذا وكذا درهم، فقالوا: قبلنا الاجارة، فهل يصح هذا العقد؟ فيه قولان كالقولين في أربعة أنفس لهم أربع دواب باعوها بثمن واحد، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد، أو خالعه بعوض واحد، فإذا قلنا لا يصح استحق كل واحد منهم أجرة مثل ماله على صاحب الطعام. وإن قلنا يصح نظر، كم أجرة مثل كل واحد منهم. وقسم المسمى بينهم على قدر أجور مثلهم، ولو استأجر من كل واحد ملكه بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولا واحدا واستحق كل واحد منهما ما يسمى له. (المسألة الثانية) إذا استأجرهم في الذمة مثل أن يقول: استأجرتكم لتحصلوا لى طحن هذا الطعام بمائة صحت الاجارة قولا واحدا. ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فإذا طحنوا استحقوا المسمى ارباعا، وكان لكل واحد منهم أن يرجع على شركائه بثلاثة أرباع عمله. فيرجع صاحب البغل على شركائه بثلاثة أرباع أجرة بغله. وكذلك صاحب البيت والرحى والعامل، لان كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل. وقد عمل الجميع فسقط الربع لاجل ما استحق عليه، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه. فان قال: استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بمائة فقالوا قبلنا. فذكر الشيخ

[78]

أبو حامد الاسفرايينى في التعليق أنها على قولين كالمسألة الاولى. وذكر المحاملى في البحر وابن الصباغ: أنها لا تصح قولا واحدا كالمسألة الثانية. فإن قال لرجل منهم: استأجرتك لتحصل لى طحن هذا الطعام بمائة فقال: قبلت الاجارة لى ولاصحابي، أو نوى ذلك وكانوا قد أدنوا له في ذلك فالاجارة صحيحة، والمسمى بينهم ارباعا، فإذا طحنوا رجح كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجرة ماله على شركائه، وان لم ينو أن يقبل له ولاصحابه لزمه العمل بنفسه، فإذا طحن الطعام بالآلة التى بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجرة مثل آلانهم (فرع) قال في البويطى: فإن اشترك ثلاثة من أحدهم البغل، ومن الآخر الراوية، ومن الآخر العمل على أن يستقى الماء ويكون ما رزق الله بينهم، فإن هذه معاملة فاسدة، لانها

ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه، فإذا استقى الماء وباعه، وحصل منه ثمن فقد قال الشافعي رضى الله عنه في موضع: يكون ثمن الماء كله للعامل، وعليه أجرة مثل البغل والراوية. وقال في موضع: يكون ثمن الماء كله للسقاء، وعليه أجرة البغل والراوية إذا كان الماء ملكا له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع في ملكه لأن الماء ملكه، وكان ثمنه ملكا له، وعليه أجرة البغل والراوية لأنه استوفى منفعتهما على عوض، ولم يسلم لهما الغرض. والموضع الذي قال: يكون ثمن الماء بينهم، إذا كان الماء مباحا، لأن الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية، ومنهم من قال: إن كان الماء ملكا للسقاء فالثمن كله له. وعليه أجرة البغل والراوية لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحا ففيه قولان (أحدهما) أن الثمن كله للسقاء لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجد الحيازة إلا منه، وعليه أجرة مثل البغل والراوية، لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجرة المثل. (والقول الثاني) أن ثمن الماء بينهم لأنه لم يتناول الماء لنفسه، وإنما تناوله ليكون بينهم فكان بينهم، فصار كالوكيل لهم. قال ابن الصباغ وهكذا لو اصطاد له ولغيره فهل لغيره منه شيء؟ فيه وجهان:

[79]

أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد في التعليق أنه يقسم بينهم بالتقسيط على قدر أجور أمثالهم. وحكى أن الشافعي رحمه الله نص على ذلك. والثاني: حكاه ابن الصباغ عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه يكون بينهم أثلاثا ويرجع صاحب البغل بثلثي أجرته على صاحبه ويرجع صاحب الراوية بثلثي أجرته على صاحبه، ويرجع السقا على صاحبه بثلثي أجرته. وأما صاحبنا المصنف فذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق، فإن استأجرهم غيرهم ليستقوا له ماء. قال أبو العباس: ففيه مسألتان كما ذكر في الطحن إن استأجرهم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان، وإن استأجرهم في ذممهم صح قول واحد والله تعالى أعلم. ويستخلص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحد الوجهين اشتراك مالين وبدن صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمتنع فيها الغرر مثل أن يشترك رجلان بينهما ثلاثة آلاف درهم لأحدهم ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين على أن يتصرف صاحب الألف على أن يكون الربح بينهما نصفين ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربه، وذلك لأنه جعل له نصف الربح، فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه، وحصة مال شريكه أربعة أسهم سهم للعامل وهو الربع. وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة. دليلنا: أنهما لم يجعلوا أحد العقدين شرطا للآخر، فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا. (مسألة) إذا اشترى الشريكان عينا فوجدا به عيبا، فإن اتفقا على رده وإمساكه فلا كلام، وإن أراد أحدهم الرد والآخر الإمساك، فإن كانا قد عقدا جميعا عقد البيع فلا حدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه، وقد مضى ذكرهما في البيوع، وإن تولى أحدهما عقد البيع له ولشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشتري له ولشريكه ثم قال بعد ذلك: كنت اشتريت لى ولشريكى لم يقبل قوله على البائع

لان الظاهر أنه اشترى لنفسه، وإن كان قد ذكر في الشراء أنه لنفسه ولشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد. أحدهما له ذلك، لان البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشترى بأنفسهما. والثاني: ليس له الرد، وإن ذكر أنه يشتري له ولشريكه، فحكم العقد له، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال: اشتريتها لخالد فقال خالد: ما أدنت له. كان الشراء لازما للمشتري. فأما إذا باع لرجل سيارة ثم قال: كانت بيني وبين فلان، فان باعها مطلقا ثم قال بعد ذلك: إنها بينه وبين غيره لم يقبل قوله على المشتري، لان الظاهر أنه باع ملكه. قال الشيخ أبو حامد فيحلف المشتري أنه لا يعلم ذلك، فان أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه حكم له بذلك، فان كان قد أذن له بالبيع صح، وان لم يأذن له كان القول قوله أنه ما أذن له، لان الاصل عدم الاذن، فان ذكر البائع حين البيع أنها بينه وبين شريكه قبل قوله، لانه مقر على نفسه في ملكه. وان أقر الشريك أنه أذن له في البيع نفذ البيع، وان لم يقر بالاذن ولا بينة عليه حلف أنه ما أذن له وبطل البيع، لان الاصل عدم الاذن. قال المصنف رحمه الله: (فصل) والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه فان هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لانه نائب عنه في الحفظ والتصرف، فكان للهالك في يده كالهالك في يده، فان ادعى الهلاك - فان كان بسبب ظاهر - لم يقبل حتى يقيم البينة عليه، فإذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة، لانه يتعذر إقامة البينة على الهلاك، فكان القول قوله مع يمينه. وان ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لان الاصل عدم الخيانة. وان كان في يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة، وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه، لان الظاهر مما في يده أنه ملكه فان اشترى شيئا فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه أو اشترى شيئا فيه خسارة، وادعى

الشريك أنه اشتراه لنفسه، وادعى هو أنه اشتراه للشركة. فالقول قوله، لانه أعرف بعقده ونيته (الشرح) الاحكام: الشريك أمين فيما في يده من مال الشركة، فإن تلف في يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه، لانه نائب عن شريكه في الحفظ فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك، وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة، فان ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر، لانه يمكنه إقامة البينة عليه، فإن شهدت البينة بصدق قوله وترتب الهلاك على السبب الظاهر فلا كلام. وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال فالقول قول الشريك مع يمينه أنه هلك بذلك. وإن ادعى الهلاك بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه لانه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك. وإن ادعى الشريك على شريكه جنابة لم تسمع دعواه حتى يبين قدر الجنابة فإذا بينها فأنكرها الآخر، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه، لان الاصل عدم الجنابة. وإن اشترى أحد الشريكين شيئا فيه ربح، فقال شريكه اشتريته شركة بيننا وقال المشتري: بل اشتريته لنفسي فالقول قول المشتري مع يمينه وإن اشترى شيئا فيه خسارة، فقال المشتري: اشتريته شركة بيننا. وقال الآخر: بل اشتريته لنفسك فالقول

قول المشتري مع يمينه، لانه أعرف بعقده ولان الاصل عدم الخيانة. (فرع)
إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرف، فاشترى أحدهما شيئاً
للشركة بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله، فان اشترى ذلك
بثمن في ذمته لزم المشتري جميع ما اشتراه، ولا يلزم شريكه ذلك، لان
الاذن يقتضى الشراء بثمن المثل، فان دفع الثمن من مال الشركة ضمن
نصيب شريكه بذلك لانه تعدى بذلك. وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح
الشراء في نصيب الشريك، لان العقد متعلق بعين المال. وهل يبطل في
نصيب المشتري ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة.

[82]

فإذا قلنا يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا يصح الشراء في
نصيبه انفسخت الشركة بينهما في قدر الثمن، لان حقه من الثمن قد صار
للبيع، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن، ويكون هو شريك البائع في
السلعة، فان باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة بأقل من ثمن المثل
بملا يتغابن الناس بمثله بطل البيع في نصيب شريكه لان مطلق الاذن
يقتضى البيع بثمن المثل وهل يبطل البيع في نصيب البائع ؟ فيه قولان
بناء على القولين، إن قلنا يبطل فهما على الشركة كما كانا، وإن قلنا لا
يبطل بطلت الشركة بينهما في المبيع، لان حصته منها صارت للمشتري
للابتباع، فيكون المشتري شريك شريكه. قال أبو إسحاق: ولا يضمن البائع
نصيب شريكه ما لم يسلمه، لان ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه،
ولو أودع عند رجل عينا فباعها المودع فانه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم
يسلم، لان المودع لا يجوز له البيع بالاجماع، واستضعف الشيخ أبو حامد هذا
وقال: هو متعد بالبيع، فلا فرق بين أن يكون مختلفاً فيه أو مجعماً عليه. ألا
ترى أنه إذا ضمن وان كان مختلفاً فيه. (فرع) إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء
رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبا لخصته منها،
وإن كانت مشاعاً لان الغصب أزال اليد، وذلك يوجد في المشاع كما يوجد
في المقسوم. ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما دار فجاء رجل وأخرج
أحدهما من الدار وقعد فيه مكانه كان غاصبا لخصته من الدار. هكذا ذكر
الشيخ أبو حامد فإذا باع الغاصب والشريك الذي لم يغصب منه البهيمة
صفقة واحدة من رجل، فان الشافعي رضى الله عنه قال: يصح البيع في
نصيب المالك، ويبطل فيما باعه الغاصب. قال العمراني: واختلف أصحابنا
فيه، فمنهم من قال هي على قولين بناء على القولين في تفريق الصفقة.
ومنهم من قال: يصح البيع في نصيب المالك قولا واحداً، لان عقد الواحد
مع الاثنين بمنزلة العقدين، فلا يفسد أحدهما بفساد الآخر. وإن وكل
الشريك الذي لم يغصب منه الغاصب في بيع نصيبه فباع جميع

[83]

العين صفقة واحدة. فان باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح
البيع في نصيب المغصوب منه. وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ فيه
قولان. وإن ذكر الغاصب في البيع أنه وكيل في بيع نصفه لم يصح بيع
نصيب المغصوب منه. وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ على الطريقتين
في المسألة قبلها لانه بمنزلة العقدين. وإن غصب الشريك نصيب شريكه

فباع العبد صفقة واحدة بطل البيع في نصيب المغصوب منه. وهل يبطل في نصيبه ؟ فيه قولان. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف ثم أقر الشريك الذي لم يبيع أن البائع قبض الألف من المشتري وادعى المشتري ذلك وأنكر البائع. فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبيع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بأذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين. فإن تحاكم البائع والمشتري. فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضى له وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبيع فإن شهادته مردودة في قبض حصته - لأنه يجز بها إلى نفسه نفعا - وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته. وهل ترد في حصة البائع ؟ فيه قولان: فإن قلنا تقبل تحلف معه المشتري ويبرأ. وإن قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه إنه لم يقبض. فإن حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبيع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئا. لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة. وإن ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن يأخذ منه. وإن نكل البائع حلف المشتري ويبرأ

[84]

وإن تحاكم الشريكان - فإن كان للذي لم يبيع بينة بأن البائع قبض الثمن - رجع عليه بحصته، وإن لم تكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض ويبرأ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبيع فيحلف ويأخذ منه حصته وإن ادعى البائع أن الذي لم يبيع قبض الألف من المشتري وادعاه المشتري وأنكر الذي لم يبيع نظرت، فإن كان الذي لم يبيع مأذونا له في القبض برئت ذمة المشتري من نصيب البائع، لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بأذنه. وتبقى الخصومة بين الذي لم يبيع وبين المشتري وبين الشريكين، فيكون البائع ههنا كالذي لم يبيع، والذي لم يبيع كالبايع في المسألة قبلها، وقد بيناه. وإن لم يكن واحد منهما مأذونا له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن، لأن الذي باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له، والذي لم يبيع أنكر القبض، فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين، لأنه سلمه إلى شريكه بغير إذنه. وإن تحاكم المشتري والذي لم يبيع، فإن كان للمشتري بينة برئ من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع - فإن كان عدلا - قبلت شهادته لأنه لا يجز بهذه الشهادة إلى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا، فإذا شهد حلف معه المشتري وبرئ، وإن لم يكن عدلا فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه، فإذا حلف أخذ منه حقه. وإن كان البائع مأذونا له في القبض والذي لم يبيع غير مأذون له، وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين، لأنه سلمه إلى شريكه من غير أذنه وهل للشريك الذي لم يبيع مشاركته فيما أخذ. قال المزني: له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشتري خمسمائة، وبين أن يأخذ من المشتري مائتين وخمسين، ومن الشريك مائتين وخمسين. وقال أبو العباس لا يأخذ منه شيئا لأنه لما أقر أن الذي لم يبيع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة في القبض، لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه، فلا يأخذ بعد العزل إلا حقه نفسه، فلا يجوز للذي لم يبيع أن يشاركه فيه، فإن

[85]

تحاكم المشتري والذي لم يبع فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض، لان الاصل عدم القبض، فان كان للمشتري بينة قضى له وبرئ، وان لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني، لانه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضررا وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده، وعلى قول أبي العباس تقبل شهادته قولا واحدا، لانه لا يدفع بشهادته ضررا لانه لا رجوع له عليه. (الشرح) الاحكام: إذا كانت الشركة بينهما مناصفة في شئ فأذن أحدهما لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه، أو قلنا: انه يملك القبض بمقتضى الوكالة في البيع فباع العين المشتركة من رجل بألف، ثم أقر الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الالف من المشتري، وادعى ذلك المشتري وأنكر البائع فإن المشتري يبرأ من نصيب الشريك الذي لم يبع، لانه اعترف أنه سلم ما يستحقه عليه من الثمن إلى شريكه بإذنه، ثم تبقى الخصومة بين الشريكين وبين البائع والمشتري، فان تحاكم البائع والمشتري، فان أقام المشتري بينة شاهدين أو شاهدا وإمرأتين بأنه قد سلم إليه الالف حكم على البائع أنه قد قبض الالف وبرئ المشتري منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذي لم يبع، وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له غير الشريك الذي لم يبع فان شهادته في نصيبه لا تقبل على البائع. وهل تقبل شهادته في نصيب البائع؟ فيه قولان، فان قلنا: انها تقبل حلف عنه المشتري وبرئ من حصة البائع. وان قلنا لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الالف ولا شيئا منها، لان الاصل عدم القبض فإذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم، ولا يشاركه الذي لم يبع، لانه لما أقر أن البائع قد قبض الالف اعترف ببراءة ذمة المشتري من الثمن، وأنه يأخذه الآن ظلما فلا يشاركه فيه. وان نكل البائع عن اليمين حلف المشتري أنه قد سلم إليه الالف، وبرئ من الالف، ولا يستحق الشريك الذي لم يبع على البائع بيمين المشتري شيئا،

[86]

سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الاقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البينة من المدعى، لانا إنما نجعل ذلك في حق المتحالفين في حق غيرهما. وكذا لو أقام المشتري شاهدا واحدا وحلف معه فإنه يبرأ من الالف، ولا يرجع الذي لم يبع على البائع بشئ إلا إذا حلف مع الشاهد، بخلاف ما لو أقام المشتري بينة، فانه يحكم بها للمشتري وللذي لم يبع وإن بدأ الشريكان فتحاكما - فان كان للشريك الذي لم يبع بينة أن البائع قبض الالف فأقامها - حكم بها على البائع للمشتري وللذي لم يبع، وإن لم يكن له بينة غير المشتري لم تقبل شهادته للمشتري قولا واحدا، لانه يشهد على فعل نفسه، فيحلف البائع أنه لم يقبض الالف ولا شيئا منها ويسقط حق الذي لم يبع من كل جهة. وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذي لم يبع فحلف استحق الرجوع على البائع بخمسمائة، ولا يثبت حق المشتري على البائع، سواء قلنا إن يمين الذي لم يبع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البينة عليه، لان ذلك إنما يحكم به في حق المتحالفين لا في حق غيرهما. ولان اليمين حجة في حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البينة. هكذا ذكر عامة أصحابنا. وذكر أبو علي الشيخى وجها لبعض أصحابنا أنه ثبت باليمين والنكول جميع الثمن على البائع في هذه وفي التي قبلها، وهو إذا حلف المشتري مع نكول البائع كما قلنا في البينة وليس بشئ. وإن ادعى البائع أن الذي لم يبع قبض الالف من المشتري، وادعى المشتري ذلك وأنكر الذي

لم يبيع، فلا يخلو من أربعة أقسام. إما أن يكون كل واحد منهما مأذوناً له في القبض، أو كان الذي لم يبيع مأذوناً في القبض وحده أو كان كل واحد منهما غير مأذون له في القبض، أو كان البائع مأذوناً له في القبض وحده. فان كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض، أو كان البائع قد أذن

[87]

للذي لم يبيع بقبض نصيبه وحده، فان المشتري يبرأ من نصيب البائع من الثمن لانه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هذه المسألة كالنظر في التي قبلها إلا أن البائع ههنا يكون كالذي لم يبيع هناك، والذي لم يبيع ههنا كالبايع هناك على ما ذكرنا حرفاً بحرف. قال العمراني: وإن كان كل واحد منهما غير مأذون له في القبض فإنه باقرار البائع أن الذي لم يبيع قبض الالف لا تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن: لان البائع أقر بتسليم حصته من الالف إلى غير وكيله، والذي لم يبيع ينكر القبض فيأخذ البائع حقه من الثمن من غير يمين، وتبقى الخصومة بين الذي لم يبيع وبين المشتري، فان طالب الذي لم يبيع المشتري بحقه من الثمن، فان كان مع المشتري بينة حكم له بها على الذي لم يبيع. وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حلف معه وحكم ببراءة ذمة المشتري من نصيب الذي لم يبيع قولاً واحداً والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته في القبض للثمة، وههنا لم ترد شهادته في شيء أصلاً، وإن لم يكن البائع عدلاً، أو كان ممن لا تقبل شهادة المشتري بأن يكون والده أو ولده، أو كان ممن لا تقبل شهادته على الذي لم يبيع بأن يكون عدواً له، فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه، لانه لم يقبض الالف ولا شيئاً منه، فإذا حلف أخذ حقه من الثمن، وان نكل حلف المشتري وبرئ من حق الذي لم يبيع وأما إذا كان البائع قد أذن له الذي لم يقبض حقه، وقلنا ان الاول في البيع يقتضى قبض الثمن ولم يأذن البائع الذي لم يبيع بقبض حقه من الثمن، فان باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشتري من نصيب البائع من الثمن، لانه يقر أنه دفع ذلك إلى غير وكيله. وأما نصيب الذي لم يبيع، فان المزني نقل أن المشتري يبرأ من نصف الثمن باقراره البائع أن شريكه قد قبض، لانه في ذلك أمين. فمن أصحابنا من خطاه في النقل وقالوا هذا مذهب أهل العراق، وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل.

[88]

فيحتمل أن يكون الشافعي رحمه الله ذكر ذلك. قال: وبه قال محمد بن الحسن رحمه الله، فظن المزني أنه أراد بذلك نفسه، ولم يرد الشافعي رحمه الله تعالى إلا محمد بن الحسن ومن أصحابنا من اعتذر للمزني وقال: معنى قوله " يبرأ المشتري من نصف الثمن يريد به في حق البائع، فان البائع كان له المطالبة بجميع الالف فلما أقر أن شريكه قبض الالف سقطت مطالبته بالنصف إذا ثبت هذا وأن المشتري لا يبرأ من شيء من الثمن فان البائع يأخذ خمسمائة من غير يمين، فإذا قبض ذلك فهل للذي لم يبيع أن يشارك البائع بما قبضه؟ نقل المزني أن له أن يشاركه فيما قبضه، وبه قال بعض أصحابنا، لان الذي لم يبيع يقول: قد أخذ البائع خمسمائة من المشتري بحق مشاع بيني وبينه، وقول البائع: إنه أخذه

لنفسه لا يقبل على الذى لم يبع لان المال إذا كان مشاعا بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئا ثم قال قبضته لنفسي لم يقبل وقال أبو العباس والمصنف وعامة الاصحاب لا يشاركه فيما قبض، لان البائع لما أقر أن الذى لم يبع قد قبض الثمن تضمن ذلك عزل نفسه من الوكالة لانه لم يبق ما يتوكل فيه فان قلنا بقول المزني كان الذى لم يبع بالخيار بين أن يطالب المشتري بخمسمائة وبين أن يأخذ من البائع مائتين وخمسين ومن المشتري مائتين وخمسين فإذا أخذ من البائع مائتين وخمسين لم يكن للبائع أن يرجع بها على المشتري، لانه يقول: ان للذى لم يبع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه وإن قلنا بقول أبى العباس ومن تابعه لم يكن للذى لم يبع أن يشارك البائع بشئ مما أخذ، بل له أن يطالب المشتري بحقه من الثمن وهو خمسمائة فإذا طالب الذى لم يبع المشتري - فإن كان مع المشتري بينة على الذى لم يبع أنه قبض منه الالف - برئ من نصيبه من الثمن، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لانه قبض منه الف ولا يستحق عليه إلا خمسمائة. وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له بقبض الذى لم يبع الالف غير البائع وكان عدلا، فهل تقبل شهادته، إن قلنا بقول أبى العباس: إن الذى لم يبع

[89]

لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه، فيحلف معه المشتري وتبرأ ذمته من حقه من الثمن، ويرجع عليه بخمسمائة لانه لا يدفع بشهادته عن نفسه ضررا ولا يجربها إلى نفسه نفعا وان قلنا بقول المزني ومن تابعه: ان الذى لم يبع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته، لانه يدفع بها عن نفسه ضررا وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض، لانه إذا ثبت أنه قد استوفى الخمسمائة من المشتري لم يشارك البائع في شئ مما قبض. فإن قلنا لا تقبل شهادته عليه، أو كان ممن لا تقبل شهادته عليه، أو كان ممن لا تقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض الالف ولا شيئا منه فإذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على ما مضى، وان نكل عن اليمين فحلف المشتري أنه قد قبض منه الالف برئ من حصته من الثمن، ويرجع عليه بما زاد على حقه. (فرع) وان أقر أحد الشريكين أنه باع وقبض الثمن وتلف في يده وهو مأذون له فأنكر شريكه البيع أو القبض فهل يقبل قول المأذون له ؟ فيه قولان نذكرهما في الوكالة ان شاء الله تعالى. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف إذا شاء، لانه وكيل، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لانه وكيله فيملك عزله فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف، لانهما وكيلان، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، فإن قال أحدهما فسخت الشركة انعزلا جميعا، لان الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين فانعزلا، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة، لانه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة، وإن جنا أو أحدهما، أو أغمى عليهما أو على أحدهما، بطل لانه بالجنون والاعماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف ولهذا ثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد كما لو مات، والله أعلم.

[90]

(الشرح) الاحكام: إذا اشتركا وأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف ثم عزل أحدهما صاحبه عن التصرف في نصيبه أو عزل أحدهما نفسه عن التصرف في نصيب شريكه كانت الشركة باقية إلا أن المعزول لا يتصرف إلا في نصيب نفسه مشاعا ولا يعزل الآخر عن التصرف في نصيب صاحبه ما لم يعزله صاحبه، أو يعزل نفسه - أي ينحيتها عن التصرف - لأن تصرف كل واحد منهما في نصيب شريكه بالأذن، فإذا عزله المالك أو عزل نفسه انعزل، وإن عزل كل واحد منهما صاحبه، أو قال أحدهما: عزلت نفسي عن التصرف في نصيب شريكي وعزلته عن التصرف في نصيبي انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه، ولا تبطل الشركة بذلك. وإن قال أحدهما: فسخت الشركة انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه، لأن ذلك يقتضى العزل من الجانبين ولا يبطل الاشتراك، وإن اتفقا على القسمة قسم، وإن اتفقا على البيع أو التبقية كان لهما ذلك فإن دعا أحدهما إلى البيع والآخر إلى القسمة أجيب من دعا إلى القسمة كالمال الموروث بين الورثة وإن جن أحدهما أو أغمى عليه انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب الآخر، لأن الأذن عقد جائز فبطل بالجنون والأغماء كالوكالة. (فرع) إذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقي منهما عن التصرف في نصيب الآخر، لأن الأذن عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة، إذا ثبت هذا: فإن لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشئ، وإن كان الوارث بالغاً رشيداً فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الآخر في التصرف، وبأذن الشريك له، وله أن يقاسم لأن الحق لهما، فكان لهما أن يفعل ما شاء. قال الشيخ أبو إسحاق: غير أن الأولى أن يقاسمه، وإن كان الحظ في الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد، وإن كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه إلى وليه، فإن كان الحظ في الشركة لم يجر له أن يقاسمه، وإن كان الحظ في القسمة لم يجر له أن يقيم على الشركة، لأن الناظر في مال المولى عليه لا ينفذ تصرفه فيه إلا فيما له حظ. وسواء إن كان المال نقداً أو عرضاً فإن الشركة تجوز، لأن

[91]

الشركة إنما لا تجوز ابتداء على العروض، وهذا استدانة للشركة وليس بابتداء عقد، وإن مات وعليه دين لم يجر للوارث أن يأذن في التصرف بمال الشركة، لأن الدين يتعلق بجميع المال فهو كالمرهون، فإن قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه، وهكذا إذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له في التصرف فيما بقى، فإن أوصى بثالث ماله أو بشئ من مال الشركة - فإن كانت الوصية لمعين - كان الموصى له شريكاً كالوارث، وله أن يفعل ما يفعل الوارث. وإن كانت الوصية لغير معين لم يجر للموصى الأذن للشريك في التصرف، لأنه قد وجب دفعه إليهم، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم، فإن كان قد أوصى بثالث ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يجر له ذلك لأن الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه، فلا يجوز أن يعطوا من غيره. مسائل حول الشركة. لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد، إذا قلنا: إن الآلة تؤجر بأجر معلوم، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل، وبهذا لا يكون صاحب الشبكة شريكاً في حصيلة الصيد، فإذا قلنا: إن الآلة لا تؤجر، وإن الصياد قد لا يجد سمكاً يحصل في شبكته فمن أين يأتي بأجر الشبكة وليس لها أجر مثل معلوم في حين أن أجر الصياد معلوم قضينا بأن صاحب الشبكة له الصيد كله وللصياد أجر مثله على صاحب الشبكة. لأن الربح تابع للمال

وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان حائر على ما شرطاه لانها عين تنمى بالعمل، فصح دفعها ببعض نمائها كالارض التى دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود في خيبر أن يعملوا فيها على الشطر. الشركات التى تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل في أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدرار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها. ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الارض ووسائل استثمار خاماتها وخيرا بها، ولو أن المسلمين فقهوا دينهم والتزموا في سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة

[92]

لدانت لهم الارض ولبرعوا في شتى علومها الدنيوية وفنونها الحيوية. ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للعناء. وقد عرفنا أن احتلال الكفار للهند وأندونيسيا ومليزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المناجرة واستغلال الارض حتى انقلبت إلى سيطرة على المسلمين، وكذلك فعل اليهود في فلسطين. فقد بدأوا بعمل شركات وجلبوا لها خبراء وعمالا فنيين، ثم اتسعوا في ذلك حتى ابتلعوا ديار المسلمين وأرضهم وأموالهم، وصاروا خطرا جاثما قائما على أنفاسنا ومقدراتنا، فليتنا نتنبه إلى خطر الترخص في معاملة غير المسلمين، والله الموفق للصواب، وهو حسنا ونعم الوكيل قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الوكالة (الشرح) الوكالة مشتقة من وكل يكمل الأمر إليه. إذا أنابه عنه واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة، وفى الحديث: اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا. وأيضا " من تعلق تميمه وكل أمره إليها " كأن الله قد تولى عنه وجرده من عنايته به فصار أمره إلى نفسه أو إلى التميمه التى يتعلقها. والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. فأما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) الآية 60 من سورة التوبة. فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم. ويقول القاضى أبو بكر بن العربي: قوله تعالى (والعاملين عليها) وهم الذين يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها، وقال القرطبى في جامع أحكام القرآن: قوله تعالى (والعاملين عليها) يعنى السعاة والجباه الذين يبعثهم الامام لتحصيل الزكاة بالتوكل على ذلك. ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى (فاعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة، فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف) قال ابن العربي في أحكام القرآن: هذا يدل على صحة عقد الوكالة، وهو عقد

[93]

نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل أحد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره أو يترقه فيستنيب من بريجه حتى جاز ذلك في العبادات لطفا منه سبحانه ورفقا بضعفة الخليقة، ذكرها الله كما ترون، وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون. وهو أقوى آية في الغرض وقد تعلق بعض علمائنا في صحة الوكالة من القرآن بقوله تعالى (والعاملين عليها) ويقولوه (أذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبى يات

بصيرا) وآية القميص ضعيفة في الاستدلال، وآية العاملين حسنة. وقد روى جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال أنت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن ابتغى منك أية فضع يدك على ترقوته. رواه أبو داود وقد جازت في الطهارة، وهى عبادة تجوز النياحة فيها في صب الماء خاصة على أعضاء الوضوء، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضئ مريضا لا يقدر عليه. وتجوز في الزكاة في أخذها وإعطائها، وتجوز النياحة في الصيام عند الشافعي وأحمد وجملة من السلف الأول. وكذلك الاعتكاف مثله، كما تجوز النياحة في الحج على ما مضى في أحكام الحج. وتجوز الوكالة في البيع - وهو المعاوضة وأنواعها - والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحواله والضمان والشركة والاقرار والصلح، والعارية كلها أعمال تجوز النياحة فيها. وكذلك من الكتاب قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) بناء على أنه وكيل. وأما السنة فقد روى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبى لييد عن عروة بن الجعد قال: عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً، فقال يا عروة أنت الجلب فاشتر لنا شاة، قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو أقودهما: فلقبني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة، فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال وصنعت

[94]

كيف ؟ قال فحدثته الحديث، قال اللهم بارك له في صفقة يمينه. هذا لفظه رواية الاثرم. وروى أبو داود بإسناده حديث جابر الذي مضى وحديث أبى: استسلف النبي صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءت إبل الصدقة فأمرني أن أفضى الرجل بكره " وقد تقدم تخريجه في السلم، وحديث ابن أبى أوفى، وقد مر في كتاب القرض وكتاب الزكاة. وحديث أبى هريرة " وكلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حفظ زكاة رمضان. وأعطى عقبة بن عامر غنما يقسمها بين أصحابه " وقد مر في كتاب الزكاة. وفي الوكالة أحاديث كثيرة ستأتي في فصول هذا الكتاب إن شاء الله تعالى. وأما الاجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحي إلى اليوم وإلى يوم الدين قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز الوكالة في عقد البيع لما روى عن عروة بن الجعد قال: أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا اشتري له شاة أو أضحية، فاشترت شاتين فبعت إحداهما بدينار، وأتيته بشاة ودينار، فدعا لى بالبركة. فكان لو اشتري ترابا لربح فيه، ولان الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع، لانه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره، وتجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحواله والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والاعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجاره والقرض والهبة والوقف والصدقة، لان الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع وفي تملك المباحات، كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان. (أحدهما لا يصح التوكيل فيها، لانه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه، كالاغتنام (والثانى) يصح، لانه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه كالاتباع والاتهاب، وبخالف الاغتنام لانه يستحق بالجهاد. وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به.

(الشرح) حديث عروة بن أبي الجعد البارقى رواه البخاري وأحمد وأبو داود والاثرم والترمذي وابن ماجه والدارقطني، وفي إسناد من عدا البخاري سعيد ابن زيد أخو حماد، وهو مختلف فيه، عن أبي ليبيد لمارة بن زبار، وقد قيل إنه مجهول، لكنه قال الحافظ ابن حجر انه وثقه ابن سعد. وقال حرب سمعت أحمد يثنى عليه. وقال في التقريب انه ناصبى جلد قال المنذرى والنووي اسناده صحيح لمحيئه من وجهين، وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقد سمعت الحى يحدثون عن عروة. ورواه الشافعي عن ابن عيينة، وقال ان صح قلت به. ونقل المزني عنه أنه ليس بثابت عنده. قال البيهقي انما ضعفه لان الحى غير معروفين. وقال في موضع آخر هو مرسل لان شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة، وإنما سمعه من الحى. وقال الرافعى هو مرسل. قال الحافظ ابن حجر في تخرىج أحاديث الرافعى من فتح العزيز " الصواب أنه متصل في إسناده مبهم " أما الاحكام فإن الاجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والاجارة وقضاء الديون والخصومات في المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك، واتفق الائمة على أن اقرار الوكيل على موكله في غير مجلس الحكم لا يقبل بحال. وكذلك اتفقوا على أن اقراره على موكله في الحدود والقصاص غير مقبول، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره. وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا إلى أجل. وعلى أن قول الوكيل مقبول في تلف المال بيمينه. وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستاتي منبثة في فروع هذا وحول حديث عروة في شراء الشاة يقول ابن تيميه رحمه الله تعالى انه يدل على الوكيل في شراء معلوم بمعلوم إذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل. وكذا ينبغى أن يكون الحكم. وقال صاحب الكافي " طاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة " وفي الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة، لان مقصود الموكل قد

حصل وزاد الوكيل خيرا، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشترها بنصف درهم، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووي في زيادات الروضة. وقد استدل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولي، وهو الذى يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذونا في بيعه، وهو قول مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه، والشافعي في القديم، وقواه النووي في الروضة، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم على وابن عباس وابن مسعود وابن عمر، واليه ذهب الزيدية وقال الشافعي في الجديد وأصحابه: إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث لا تبع ما ليس عندك " وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال. وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيفا في البيع أيضا بقريته فهمها من النبي صلى الله عليه وسلم. وقال أبو حنيفة: إنه يكون البيع الموقوف صحيحا دون الشراء. والوجه أن الاخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الادخال، ويجاب بأن الادخال المبيع في الملك يستلزم الاخراج من الملك

للثمن. وروى عن مالك العكس من قول أبي حنيفة، فإن صح فهو قوى فإن فيه جمعا بين الاحاديث وأما الوكالة في تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما لا يصح فيها لأنه تملك مباح، فهل يكون بتملكه بوضع يده نائبا عن غيره من نفسه، كأنه قد حاز شيئا ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة، لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيفا لغيره (والثاني) يصح، لأنه امتلك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه كسائر المعاملات من المعاوضات والهبات قال في روضة الطالب: يجوز التوكيل في تملك المباحات وإحياء الموات والالتقاط، ويخالف الاعتناء لأنه لا يستحق إلا بالجهد، والجهد لا وكالة فيه، لأنه يتعين عليه بالحضور للملحمة، فاستحق قسمه وسهمه فتعين له. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز التوكيل في عقد النكاح لما روى " أن النبي صلى الله عليه وسلم

[97]

وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة " ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لان الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل. وفي الرجعة وجهان (أحدهما لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الإيلاء والظهار (والثاني) أنه يجوز، وهو الصحيح، فإنه إصلاح للنكاح، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة. (الشرح) حديث زواج أم حبيبة رضى الله عنها أخرجه ابو داود وأحمد والنسائي عن عروة عن أم حبيبة ولفظ أبي داود " أنه زوجها النجاشي النبي صلى الله عليه وسلم وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم مع شرحبيل بن حسنة، وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهري مرسلا " أن النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبي سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم " وكانت أم حبيبة مهاجرة إلى أرض الحبشة مع زوجها عبد الله بن جحش فمات بتلك الأرض فزوجها النجاشي للنبي صلى الله عليه وسلم وقد وكل النبي صلى الله عليه وسلم أبا رافع في نكاح ميمونة وقد مضى تخريجه في كتاب الحج في أحكام نكاح المحرم ووجه الصواب في ذلك. أما الأحكام فإنه يصح من كل من صح تصرفه في شئ بنفسه وكان مما تدخله النيابة كالزواج. وهل يصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه. ذكر أصحابنا في ذلك وجهين (أحدهما) يجوز توكيله لأنه ليس بولي. ووجه الوجه الآخر أنه موجب للنكاح فأشبهه الولي. وقد صحح الأئمة التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول، لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له، ولان الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه. وفي الرجعة وجهان (أحدهما) أنه يجري مجرى الإيلاء والظهار فلا يجوز التوكيل (والثاني) وهو الصحيح أنه إصلاح لما فسد من النكاح، فإذا صح التوكيل في عقد النكاح ابتداء فقد صح في استئنافه وإعادةه فجاز. والله تعالى أعلم

[98]

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) ويجوز التوكيل في اثبات الاموال والخصومة فيها لما روى أن عليا كرم الله وجهه وكل عقيلاً (رض) عند أبي بكر وعمر رضى الله عنهما وقال: ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان (رض) وقال علي: إن للخصومات قحماً. قال أبو زياد الكلابي: القحمة المهالك، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق ولا يحسن الخصومه فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه، فجاز أن يوكل فيه. ويجوز ذلك من غير رضى الخصم، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل في قبض الديون، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف لأنه حق آدمى فجاز التوكيل في إثباته كالمال، ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى لأن الحق له، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه فلم يجر، ويجوز التوكيل في استيفاء الاموال، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث العمال لقبض الصدقات وأخذ الجزى. ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أنيساً لاقامة الحد وقال: يا أنيس اعد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، ووكل عثمان (رض) علياً كرم الله وجهه ليقم حد الشرب على الوليد بن عقبة. وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل؟ قال في الوكالة لا يستوفى، وقال في الجنایات: ولو وكل فتحنى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو، وقبل العلم بالعفو، ففي الضمان قولان. وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتصر مع غيبة الموكل، فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، وهو قول أبي إسحاق، لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز في غيبته كأخذ المال، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب، ومنهم من قال لا يجوز قولاً واحداً، لأن القصاص والحد يختاط في إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما، فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه، وحمل قوله في الجنایات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل.

[99]

ومنهم من قال فيه قولان. أحدهما يجوز، والثاني لا يجوز ووجههما ما ذكرناه (فصل) ويجوز التوكيل في فسخ العقود لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي فسخها أولى، ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون، لأنه إذا جاز التوكيل في إثباتها واستيفائها جاز التوكيل في الإبراء عنها، وفي التوكيل في الإقرار وجهان (أحدهما) يجوز، وهو ظاهر النص، لأنه إثبات مال في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع. (والثاني) لا يجوز، وهو قول أبي العباس، لأنه توكيل في الأخبار عن حق فلم يجر كالتوكيل في الشهادة بالحق، فإذا قلنا لا يجوز فهل يكون توكيله إقراراً؟ فيه وجهان. (أحدهما) أنه إقرار، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه (والثاني) أنه لا يكون إقراراً كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء. (الشرح) حديث أنيس سيأتي في كتاب الحدود وقد أخرجه البخاري ومسلم وقصة توكيل علي لأخيه عقيل وابن أخيه عبد الله بن جعفر. قال الشافعي في الام: وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء في العذر وغير العذر، وقد كان علي بن أبي طالب وكل عند عثمان عبد الله بن جعفر، وعلي حاضر، فقيل: ذلك عثمان وكان يوكل قبل عبد الله بن جعفر عقيل بن أبي طالب ولا أحسبه إلا كان يوكله عند عمر، ولعل عند أبي بكر: وكان علي

يقول: ان للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها اه. وأما أحكام الفصل: أنه يجوز التوكيل في اثبات حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شيء فوكل غيره عنه كما فعل على حين وكل عقيلاً أخاه عند أبي بكر وعبد الله بن جعفر بن أخيه عند عثمان وقال " ان للخصومة قحما، وان الشيطان ليحضرها، وانى لاكره أن أحضرها " قال أبو زياد الكلابي: القحمة المهالك، وهذه الروايات تحتاج إلى تحرير وتخرج إلا أن ابن قدامة في المغنى يقول: وهذه قصص قد انتشرت، لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة، أو لا يحب أن يتولاها بنفسه.

[100]

قلت: ولاصحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه اخبار بحق فلم يجر التوكيل فيه كالشهادة. (والثاني) يجوز، وهو الصحيح، واليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى، ولا يشترط في صحة التوكيل رضى الخصم، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه الحق كالتوكيل في قبض الدين، وبهذا قال الشافعي ومالك وأحمد رضى الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة، وان لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدواً للخصم. وقال أبو حنيفة لا تصح وكالة الحاضر إلا برضى الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً على ثلاثة أيام فيجوز حينئذ وأما التوكيل في الجنایات فينقسم إلى قسمين: (أحدهما) التوكيل في اثبات الجنایة فهذا غير جائز، لان الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدرء لقوله صلى الله عليه وسلم " ادروا الحدود بالشبهات " وأمرنا بالتوصل إلى إسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل إلى إيجابه فلم يجر. (القسم الثاني) وهو استيفاء حدود الله تعالى، كالقصاص وأرش الجنایة وحد القذف وكل ما تعلق به حق للعباد، وكذلك في إقامة الحد بعد ثبوت الجنایة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لانيس اذهب إلى امرأة فلان فان اعترفت فارجمها فعلق الجزاء على شرط الاعتراف، وكذلك يمكن التوكيل في حضرة الموكل، وهذه العبارة التي ساقها المصنف في قوله: فإنه يجوز التوكيل في استيفائها بحضرة الموكل، لان الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه، لأنه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته. تدل هذه العبارة على صحة ما اتسم به عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لأحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات في عمل الاجراءات التي يترافعون بها في ساحة المحاكم ومجالس القضاء وبسмонهم بالمحاميين. (فرع) قال الشافعي في الجنایات: ولو وكل فتحنى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو، فعلى من يكون الضمان؟ على القاتل الذي لم يعلم بعفو موكله؟ أم على الموكل الذي لم يحتط فوقع القتل؟

[101]

قال المصنف فيه قولان، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتصر مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، وهو قول أبي إسحاق المروزي، لأنه حق يجوز استيفاؤه بحضرة الموكل فجاز في غيبته، كقبض الدين، وحمل قوله لا يستوفى الذى قاله الشافعي في الوكالة على

الاستحباب ومن أصحابنا من قال لا يجوز قولاً واحداً، لان الحد والقصاص إذا عرفنا أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتماس الشبهات الصارفة عن الادانة وعرفنا مع ذلك أن العفو مندوب إليه بل رغب الله فيه وقال " فمن عفى له من أخيه شيئاً فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان " ومن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو عنه، ومن هنا حمل قول الشافعي في الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله، ووجه القولين بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم. (فرع) توكيل مسلم كافراً في استيفاء قود من مسلم هل يصح؟ قولان. (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح، وهو اختيار الرملي في شرحه للمنهاج للنووي قال: وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه، وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطاً لصحة توكله، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه والاول صحيح والثاني في غير محله إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأساً، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه لانه لا يملكه، فلا يملك أن يملك ذلك غيره، وأما من لا يملك التصرف إلا بالاذن كالوكيل والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل الا بالاذن لانه يملك التصرف بالاذن، فكان توكيله بالاذن، واختلف أصحابنا في غير الاب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال:

[102]

يملك، لانه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالأب والجد، ومنهم من قال لا يملك لانه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون. (الشرح) الاحكام لا يصح التوكيل إلا إذا صدر للوكيل من الموكل الذي يملك التصرف عن نفسه في ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقد الاهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ما داموا لا يملكون التصرف، وفاقداً الشيء لا يعطيه، ويلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها في عقد النكاح، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه في تزويج ابنته، لفقده حق الولاية عليها، ويلحق بالمجنون المغمى عليه والنائم، إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الاقوى لم يملك ما دونه بالاولى وإنما أبيع توكيل الصبي فيما يكون مصدقاً فيه كالخادم والعبد ما دام الصبي مميزاً لم يجرب عليه كذب وذلك في الاذن في دخول دار وايصال هدية. أما الصبي غير المأمون المجرب الكذب عليه فلا يعتمد قطعاً وما حفته قرينة يعتمد قطعاً، وحينئذ يكون العمل بالعلم لا بالخبر. وأما المرأة فلا تتوكل في عقد النكاح كما قلنا ايجاباً وقبولاً. واختلف في الجد وغير الاب من العصبات هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فان قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فملك التوكيل من غير اذنها كالأب وأبى الاب. ومنهم من قال لا يملك التزويج الا بإذن، ويكون الاذن بمثابة توكيل منها والحق أن الاذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا إلى بيان درجاتها واعطائها ما تستحقه من تقويم فالولاية الشرعية يعطى الولي الحق في التزويج بغير إذن ولا توكيل، والتوكيل يعطى الحق للوكيل بالولاية الجعليه أو الولاية العرفية، والظاهر أن الاولى

أقوى فيكتفى فيها بما لا يكتفى في الثانية، وأن باب الاذن أوسع من باب
الوكالة، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة

[103]

على الوكالة، والصحة على التصرف، إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف،
رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الإبضاع يحتاط لها فوق غيرها
ومقابل الاصح أنه يصح والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى
(فصل) ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح
والصبي والمجنون في جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لأنه إذا لم
يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل، ومن
ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره،
لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالأذن. واختلف
أصحابنا في العبد، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح؟ فمنهم من قال:
يجوز، لأنه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى، فملك أن يقبل لغيره
بالتوكيل، ومنهم من قال لا يجوز لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجز له القبول
لنفسه للحاجة إليه ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز، واختلفوا في
توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز كما يجوز توكيلها في
طلاقها، ومنهم من قال لا يجوز، لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجز توكيلها
في طلاق نفسها للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها، فلم يجز،
ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج، لأنه يجوز أن يقبل
لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبل لغيره، وهل يجوز أن يتوكل في
الايجاب؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن
يكون فاسقا كالولي، (والثاني) يجوز، لأنه ليس بولي. وإنما هو مأمور من
جهة الولي، والولي عدل (الشرح) الأحكام: بعض أحكام هذا الفصل مضمي
في الذي قبله. وقال الرملي في شرح المنهاج وشرط الوكيل تعيينه إلا
في نحو: من حج عنى فله كذا، فيبطل: وكلت أحدكما، نعم ان وقع غير
المعين تبعاً لمعين كوكلتك في كذا وكل مسلم صح كما بحته

[104]

الشيخ في شرح منهجه قال: وعليه العمل. وما نظر فيه من قياسه على
الموكل فيه غير صحيح فسيأتي الفرق بينهما، ودعوى أنه يحتاط في
العاقب مالا يحتاط في المعقود عليه لا التفات له هنا، إذ الغرض الأعظم
الاتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه، وإلا
لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره. إلى أن قال: والاصح صحة
توكيل عبد في قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن
فيه إشارة إلى استثناء هذين من عكس الضابط، وهو من لا تصح مباشرته
لنفسه لا يصح توكله، ويستثنى صحة توكيل سفيه في قبول نكاح بغير إذن
وليه وتوكل امرأة في طلاق غيرها ومرتب في تصرف لغيره مع امتناعه
لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم بشرط في بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم
عليه، وسيأتي في باب ما فيه: ورجل في قبول نكاح أخت زوجته مثلاً أو
خامسة وتحتة أربع والموسر في قبول نكاح أمة. واستثناء بعضهم توكيل
كافر عن مسلم في شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح، إذ لو أسلمت

زوجته فطلق ثم أسلم في العدة بان نفوذ طلاقه. وأشار المصنف - يعني النووي في المنهاج - في مسألة طلاق الكافر للمسلمة بأنه يصح طلاقه في الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه في جنس ما وكل فيه في الجملة لا في عينه، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك في الموكل أيضا كما قدمناه، ومنعه أي توكيل العبد، أي من فيه رق في الإيجاب للنكاح، لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى، ويصح توكيل المكاتب في تزويج أمته كما بحثه الأذرعى وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل حالة التوكيل، وإلا فكيف يأذن فيه؟ (فرع) إذا جاز للفاسق أن يتزوج وصح تعاقدته فجاز أن يتعاقد لغيره على أحد الوجهين لأنه ليس بولي. والولي عدل. والوجه الثاني: إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى.

[105]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والأجارة، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخي. وقال القاضي أبو حامد المرورودي لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع - والمذهب الأول - لأنه إذن في التصرف، والأذن قائم ما لم يرجع فيه، فجاز القبول. ويجوز القبول بالفعل، لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام (الشرح) الأحكام: الوكالة كأي عقد من العقود لا ينقذ في الذمة إلا بتحقيق هذين الشرطين: الإيجاب والقبول، لما يترتب على هذا العقد من حق كل واحد منهما. فيشترط من الموكل أو نائبه لفظ صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أحرص مفهمه لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكلتك في كذا أو فوضته إليك أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامي فيه، أو أنت وكيلى فيه كبقية العقود، إذ الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلا برضاه، فلا يصح أن يقول: وكلت من أراد بيع دارى ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الإذن لفساده. نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد في إعتاق عبدي هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكي وأخذ منه صحة قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقد في البلد أن يزوجنى. قال الأذرعى: وهذا إن صح فمحلّه عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة، وبذلك أفتى بن الصلاح، ويجرى ذلك التعميم في التوكيل، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة. وقد يشترط القبول هنا لفظا، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له في قبضها فوكل من هي في يده في قبضها له، لا بد من قبول لفظا لنزول يده عنها به.

[106]

إذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور. أم يصح على التراخي. قولان فالمصنف والأصحاب كافة على جوازهم على الفور وعلى التراخي خلافا للقاضي أبي حامد المرورودي فإنه قال لا يجوز إلا على الفور كالبيع (فرع) إذا قال أذنت لك في إعطاء فلان صكا بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ يكتب الصك كان ذلك هو القبول. ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بلفظ

القبول وهو مرجوح، إذ لو قال له أذنتك في الطعام فأقبل على الطعام ولم يقل شيئا وأكل ألا يكون ذلك قبولا، وما دام التوكيل أو الاذن القصد منه أداء الفعل فأداه فقد تحقق الغرض من الوكالة أو النيابة. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم. فإن قال وكلتك في كل قليل وكثير لم يصح، لأنه يدخل فيه ما يطبق وما لا يطبق، فيعظم الضرر ويكثر الغرر. وإن قال وكلتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديوني صح، لأنه يعرف ماله ودينه، وإن قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر. وإن قال اشتر لي عبدا لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف، فيكثر الغرر، وإن قال اشتر لي عبدا بمائة لم يصح، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر. وإن قال اشتر لي عبدا تركيا بمائة جاز، لأن مع ذلك النوع وقدر الثمن يقل الغرر، فإن قال اشتر لي عبدا تركيا ولم يقدر الثمن ففيه وجهان. قال أبو العباس يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمنا فيقل الغرر. ومن أصحابنا من قال لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت، فيكثر الغرر، وإن وكله في الأبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرئ منه والقدر الذي يبرئ منه، وإن وكله في الأقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقربه، وقدر ما يقربه، لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز، وإن وكله في

[107]

خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان (أحدهما) يصح، لأن الخصومة معلومة (والثاني) لا يصح، لأنها قد تغل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر. (الشرح) الأحكام لا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم من بعض الوجوه لئلا يعظم الغرر. ولا يشترط علمه من كل وجه. هكذا قرر النووي في المنهاج، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها فلو قال: وكلتك في كل قليل وكثير لي في كل أموري أو حقوقي، أو فوضت إليك كل شيء لي، أو كل ما شئت من مالي لم يصح لما فيه من عظيم الغرر، لأنه يدخل فيه ما لا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعا لمعين. وكذلك أفتى الرملي الكبير شهاب الدين. فلا ينفذ تصرف الوكيل في شيء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذي هو السبب في البطلان لا يندفع بذلك. قال شمس الدين الرملي: وفارق ما مر عن أبي حامد بأن ذاك في جزئي خاص معين فساع كونه تابعا لقله الغرر فيه بخلاف هذا، وبخلاف ما جاء في قوله: وكلتك في كذا وكل مسلم. إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً، وليست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر في التابع فيها. وإن قال: وكلتك في بيع أموالي وعتق أرقائي ووفاء ديوني واستيفائها ونحو ذلك صح، وإن كان ما ذكر معلوما عندهما لقله الغرر فيه. ولو قال في بعض أموالي أو شيء منها لم يصح. أما لو قال: بع هذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدلي فلا إبهام فيه. وكما لو قال: أبرئ فلانا عن شيء من ديني صح وحمل على أدنى شيء. إذ الأبراء عقد عين فتوسع فيه بخلاف البيع. وكقوله أبرئ فلانا عما شئت من ديني فليبق عليه شيئا. أما لو قال أبرئه عن جميعه صح أبرأؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر. وإن قال اشتر لي عبدا بمائة ولم يبين جنسه ولا يغنى ذكر الوصف كأبيض أو

أسود. نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها. هذا إذا كان العبد للاقتناء أما إذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غيره لشبهه بالقراض. ونقله ابن الرفعة عن الماوردي وغيره. قال الرملي شمس الدين: ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها، ولا يكتفى بكونها مكافئة له، لان الغرض يختلف مع وجود وصف المكافاة كثيرا فاندفع ما ذكره السبكي هنا. نعم ان أتى له بلفظ عام كزوجني من شئت صح للعموم، وجعل الامر راجعا إلى رأى الوكيل بخلاف الاول فإنه مطلق، ودلالة العام على أفراد ظاهرة، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض، أو في شراء دار للقبية أيضا وجب بيان المحلة - أي الحارة - ومن لازمها بيان البلد، فلذا لم يصرح به. أما الاقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه الا إذا بين جنس ما يقرب به وقدره لعظم الغرر عند الاطلاق وكثرة الضرر فلم يصح، فإذا وكله في خصوماته، كقوله: وكلتك في خصومة من أخاصمه فغيبه وجهان قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل. ومن أصحابنا من قال يجوز لانه أذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوصية، والمذهب الاول لانه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والاجارة ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط ولو كالة تؤثر الجهالة في ابطالها فأثر غرر الشرط فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف، لان مع فساد العقد الاذن قائم فيكون تصرفه باذن فصيح، فإن كان قد سمى له جعلنا سقط المسمى ووجب له أجره المثل لانه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجره المثل كالعامل في الاجارة الفاسدة، وان عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط، بأن قال وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر صح، لانه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد

(الشرح) الاحكام: فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالاول لا يجوز والثاني يجوز. أما أجره الوكيل فتحدد بأجرة المثل ولو سمى له جعلنا. أما الشرط فقد قال الرملي شمس الدين: ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت في الاصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والامارة للحاجة والثاني: تصح كالوصية ورد بما مر اه، ومثال الوصية قوله: إذا جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا، وصورة الوكالة الباطلة لارتباطها بالشرط كقوله: وكلت من أراد بيع داري، وقال الزركشي لا ينفذ التصرف. قال ابن الصلاح: والاقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز، إذ أنه ليس من تعاطى العقود الفاسدة لانه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعة. فإن نجزها وشرط للتصرف شرطا جاز، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه الا بعد شهر، وعلم من هذا أنه لو قال لآخر قبل رمضان: وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لتنجيزه الوكالة، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي، لانه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع. قال الشمس الرملي: والاقرب إلى كلامهم

عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح، لان إخراج الفطرة هنا عمل صحيح ترتب على وكالة فاسدة فنقول بصحة إخراجها عنه. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين. وفي أحدهما اضرار بالموكل لم يجر ما فيه ضرار لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار " فان

[110]

تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأس الدين النصيحة: قلنا يا رسول الله لمن قال لله ولرسوله ولكتابه ولائمة المسلمين وللمسلمين عامة وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل. (الشرح) حديث لا ضرر ولا ضرار " مضى تخريجه في غير موضع، وحديث ثوبان رواه الجماعة. الاحكام: إذا وكله في بيع شئ أو طلب الشفعة أو قسم شئ ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته، وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة، لانه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه، وهو قول بعض أصحابنا لانه يمكن أحدهما دون الآخر، فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر، فإذا قال: اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه. لانه لم يؤمر بذلك، وإن قال: اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان جاز له مطالبة وارثه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت، فإن عين له من يوكله وكله أمينا كان أو غير أمين لانه قطع اجتهاده بالتعيين، وان لم يعين من يوكل لم يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل غير الامين، فان وكل أمينا فصار خائنا فهل يملك عزله، فيه وجهان. (أحدهما) يملك عزله، لان الوكالة تقتضى استعمال أمين، فإذا خرج عن أن يكون أمينا لم يجر استعماله، فوجب عزله. (والثاني) لا يملك عزله، لانه أذن له في التوكيل دون العزل، وان وكله ولم يأذن له في التوكيل نظرت، فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه، لم يجر أن يوكل فيه غيره، لان الاذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لانه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره،

[111]

وإن وكله في تصرف وقال: اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله: اصنع فيه ما شئت. (والثاني) لا يجوز، لان التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه، أو عمل يترفع عنه، جاز أن يوكل فيه غيره، لان توكيله فيما لا يحسنه أو فيما يترفع عنه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف. وان كان مما يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرتة، جاز له أن

يوكل فيما لا يقدر عليه منه، لان توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف، وهل يجوز أن يوكل في جميعه ؟ فيه وجهان. (أحدهما) له أن يوكل في جميعه. لانه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل (والثاني) ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه، لان التوكيل يقتضى أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما إذن له فيما لا يقدر عليه للعجز، وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل، وإن وكل نفسين في بيع أو طلاق فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به، لانه إذن لكل واحد منهما في التصرف وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما لم يجز لاحدهما أن ينفرد به، لانه لم يرض بتصرف أحدهما، فلا يجوز أن ينفرد به، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه في حرز لهما. وخرج أبو العباس وجها آخر أنه إن كان مما ينقسم، جاز أن يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الاول، لانه تصرف أشرك فيه بينهما. فلم يجز لاحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع، ويخالف المالكين، لان تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضى الملك، وتصرف الوكيلين بالاذن، والاذن يقتضى اشتراكهما، ولهذا يجوز لاحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لاحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

[112]

(الشرح) الاحكام لا يخلو التوكيل من ثلاثة احوال: (أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في اذنه كما لو لم يوكله. (الثاني) إذن له في التوكيل فيجوز له ذلك، لانه عقد إذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه، ولا نعلم في هذا خلافا، فإن قال له: وكتلك فاصنع ما شئت فهل له أن يوكل ؟ نظرت فإن كان ما وكله فيه مما يمكن أن يتولاه الوكيل ويقدر عليه، فإنه ليس له التوكيل، لانه موكل بتصرف يتولاه بنفسه، وقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه، وقال أصحاب أحمد له أن يوكل من شاء لدخوله في عموم التوكيل. ولنا أنه إذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل إلى من يعينه على أدائه، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به، ويحتاج إلى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيله، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الاعمال التي يترفع مثله عن القيام بها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم به. (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون العمل من الاعمال التي أشربنا إليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدينية في حق أشرف الناس أو يعجز عن فعلها أو لاي اعتبار مما ذكرنا أنفا فإن الاذن ينصرف إلى ما جرت به العادة من الاستنابة، وبه قال أحمد وأصحابه، القسم الثاني. أن يكون مما يعجز عن عمله لكثرتة وانتشاره فجاز التوكيل في بعضه فيما لا يقدر عليه منه، أما التوكيل في جميعه فيجوز عند أصحاب أحمد، أما عند أصحابنا فوجهان (أحدهما) له أن يوكل في جميعه لانه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل (والثاني) ليس له أن يوكل الا فيما لا يقدر عليه منه، وإنما إذن له فيما لا يقدر عليه للعجز، وبقي ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل، وهذا قول عند أصحاب أحمد ذكره ابن قدامة عن القاضي.

(القسم الثالث) وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه، فهل يجوز له التوكيل فيه؟ عليّ روايتين إحداهما لا يجوز. وهو المذهب عندنا، واليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجر كما لو نهاه، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه كالوديعة والآخرى يجوز، نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى، إذا مرض أو غاب، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك. دليلنا أن التوكيل لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ويفارق المالك، فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف بالأذن. (فرع) كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر، كما أن الأذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل، إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً، لأنه قطع نظره بتعيينه. وإن وكل أميناً وصار خائناً فعله عزله، لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط، والوكالة تقتضي استئمان أمين. وهذا ليس بأمين فوجب عزله ويقول النووي لا يملك الوكيل عزله في الأصح لأنه أذن في التوكيل دون العزل. وقد أورد الرملي الوجهين. (فرع) إذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك، لأنه مأذون له فيه، فإن لم يجعل ذلك فليس لأحدهما الانفراد به، لأنه لم يأذن له في ذلك، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي. وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً معاً في حرز لهما، لأن قوله أفعل كذا يقتضي اجتماعهما على فعله، وهو مما يمكن فتعلق بهما. وفارق هذا قوله بعنكما، حيث كان منقسماً بينهما. لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف.

وخرج أبو العباس بن سريج وجهاً آخر أنه إن كان المال مما ينقسم اقتسماه ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا وليس للحاكم أن يضم أمين إلى الوكيل ليحل محل الغائب، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه، فلا يضم الحاكم وكيلاً له بغير أمره وفارق ما لو مات أحد الوصيين - وفرق بين الوصاية والوكالة - حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف، لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم. ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم. وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما، ولم يملك الحاضر التصرف وحده، فإذا حضر الآخر تصرفاً معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة، لأن الحاكم سمعها لهما مرة. وإن جدد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف، وبما ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فكل واحد منهما الانفراد بها. ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبه البيع والشراء والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وكل رجلاً في الخصومة لم يملك الاقرار على الموكل، ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه، لأن الأذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك، وإن وكله في تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه، لأن الأذن في التثبيت ليس بإذن في

القبض من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لانه ليس في العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض، وإن وكله في قبض حق من رجل فجدد الرجل الحق، فهل يملك أن يثبت عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يملك، لان الاذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لانه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت. (والثاني) أنه يملك لانه يتوصل بالتثبيت إلى القبض، فكان الاذن في

[115]

القبض إذنا في التثبيت، وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الابراء من الثمن، لان الاذن في البيع ليس بإذنه في الابراء من الثمن. وهل يملك قبضه أم لا؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملك، لان الاذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف، لانه قد يرضى الانسان للبيع من لا يرضاه للقبض (والثاني) أنه يملك، لان العرف في البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن، فحملت الوكالة عليه، وإن وكله في شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك أن يخاصم البائع في درك الثمن. فيه وجهان (أحدهما) يملك، لانه من أحكام العقد (والثاني) لا يملك، لان الذي وكل فيه هو العقد، وقد فرغ منه فزالت الوكالة. (الشرح) الاحكام: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره، وبهذا قال أحمد ومالك وابن أبي ليلى. وقال أبو حنيفة ومحمد: يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص. وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره، لان الاقرار أحد جوابي الدعوى، فصح من الوكيل كالانكار دليلنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها، فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء، وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة، ويملكه في الحدود وفي غير مجلس الحاكم، ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الاقرار فافترقا. ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه، لان الاذن في الخصومة لا يقتضى شيئا من ذلك، وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه، وبهذا قال أحمد. وقال أبو حنيفة يملك قبضه، لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله. دليلنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه وإن وكله في قبض حق فجدد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على الجاحد. فيه وجهان لاصحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك، وهو أحد

[116]

الوجهين عند أصحاب أحمد، لانهما معنيان مختلفان، فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيفا في الآخر، كما لا يكون وكيفا في القبض بالتوكيل في الخصومة. (والثاني) كان له القيام بتثبيت الحق على جاحده، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ووجه هذا الوجه أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت، فكان إذنا فيه عرفا، ولان القبض لا يتم الا به فملكه، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو وكل في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه أن كان الموكل عالما بجدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه. وإن لم يعلم ذلك لم

يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو ديناً. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: إن وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها، أشبه الوكيل في نقل الزوجة. (فرع) إذا وكله في بيع شيء ملك تسليمه، لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه، ولم يملك الأبراء من ثمنه، وبهذا قال أحمد. وقال أبو حنيفة: يملكه دليلنا أن الأبراء ليس من البيع ولا من تتمته، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه (فرع) وأما قبض الثمن فعلى وجهين، إن قلنا انه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن. وإن قلنا ان العرف في البيع تسليم للمبيع وقبض للثمن. وأنه موجب للبيع ملك القبض فكان كتسليم المبيع، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن، فإذا سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، والأولى أن ينظر فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان ادنا في قبضه، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه، ولهذا يعد من فعل

[117]

ذلك مضيعا مفرطا وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه، وبالوجهين قال أحمد وأصحابه. قال الماوردي في الحاوي: لو وكله في المطالبة بدين لم يكن له قبضه بعد المطالبة، وإن وكله في المخاصمة في دار يدعيها لم يكن له قبضها. ولو وكله في اثبات منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل في هذه الأحوال كلها مقصورا على ما تضمنه الأذن والقسم الثاني ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزا إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده، وهو ما كان مقصود واجبا على الموكل، كالتوكيل في بيع أو شراء فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن. وإن لم يصرح له الموكل به، لأن عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه، وهو مندوب إلى أن لا يسلمه الا بعد قبض ثمنه، فلذلك جاز أن يتجاوز العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه وهكذا لو وكله في شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها، فإن الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن، وهو مندوب إلى أن لا يدفع الثمن الا بعد قبض المبيع، فإن وكله في البيع على أن لا يقبض الثمن من المشتري صحت الوكالة ولم يكن له قبض الثمن، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان في الوكالة وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في إفصاحه (أحدهما) تصح الوكالة، كما لو نهاه عن قبض الثمن، فإذا أخذ تسليم المبيع أخذ به الموكل. (والوجه الثاني) أن الوكالة باطلة، لأن قباض المبيع من لوازم البيع فإذا نهاه عنه بطل التوكيل (القسم الثالث) ما اختلف المذهب، هل يكون عمل المذهب فيه مقصورا على ما تضمنه الأذن أو تجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه، وهو ما لا يمكن من عمل المأذون فيه الا به كالوكالة في مقاسمته في دار وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها واثبات الحجج والبيانات عليها، وكالوكالة في قبض دين، أما جرده المطلوب هل يجوز للوكيل مخاصمته واثبات

[118]

البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا (أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الاذن، لان ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشابه القسم الاول. (والقول الثاني) يجوز له ذلك، لانه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثاني. والله أعلم اه قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وان وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لان الاذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف، لانه قد يؤثر البيع في زمان لحاجة، ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده، وإن وكله في البيع في مكان - فان كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيه أجود - لم يجز البيع في غيره، لانه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقد، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وان كان الثمن فيه وفي غيره واحدا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملك البيع في غيره، لان المقصود فيهما واحد، فكان الاذن في أحدهما ادنا في الآخر (والثاني) لا يجوز لانه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته. (الشرح) الاحكام: قال الماوردي في الحاوي. وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يوكل لامرين (أحدهما) أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه (والثاني) أن المقصود بوكالته حصول العمل في الحالين لموكله. وهذا خطأ من وجهين: (أحدهما) أن فعل الوكيل مقصور على ما تضمنه الاذن من غير مجاوزة، وليس في التوكيل مجاوزة (والثاني) أن الموكل يسكن في عمله إلى أمانة وكيله فلم يجر أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التي لا يجوز للمودع أن يودعها عند غيره، لان المالك لم يرض الا بأمانته. فأما استدلاله بأن هذا أقامه مقام نفسه فلعمري أنه

[119]

كذلك في فعل ما وكل فيه لا في غيره، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرئ وان كان للموكل أن يهب ويبرئ لانه لم يأذن له فيه، فكذلك في التوكيل. وأما الجواب عن قولهم بأن الغرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه به وارضى أمانته، كمن استأجر أجيرا بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره في عمله، لان قصد المستأجر انما هو حصول العمل من جهة الاجير وفعله لا بفعل غيره. كذلك ها هنا. قلت: ولكلام المصنف هنا دلالة على ما يترتب على مخالفة الاذن ومجاوزته من أحكام، فمثلا إذا أذن الموكل للوكيل بالبيع في زمان فباع قبله فترتب على بيعه قبله نقص ثمنه عن مثله في الزمن المحدد لنقص في السن أو الوزن أو الصفة كان ذلك من ضمان الوكيل. وكذلك إذا باعه بعد الزمان الذي أذن له فيه فترتب على ذلك ما ذكرنا كان من ضمانه. وكذلك إذا أذن له في مكان لمصلحة يراها الموكل لكثرة الطالبين للسلعة في ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة مضمون الاذن، فإذا كان الثمن في كل هذه الاحوال التي خالف فيها متفقا مع الزمن المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شئ من الفائدة فهل يجوز للوكيل مخالفة الاذن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له ذلك، لان المقصود فيها واحد (والثاني) لا يجوز، لان الموكل أعرف بما هو الاحظ له وعلى الوكيل الامتثال لامر الموكل قال الماوردي في الحاوي: أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه ولا يتجاوزه الا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجودا مع زيادة فصح البيع حينئذ على ما سنشرحه ولا تكون الزيادة مانعة من صحته. فأما اذنه في بيعه على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن

يعدل إلى بيعه على غيره لانه المقصود بالتملك فلم يصح عدول الوكيل عنه كاليه، فعلى هذا لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع. ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه.

[120]

ولو كان حيا وامتنع من ابتاعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد، وأما إذنه ببيعه في زمان بعينه فلازم، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده، أما قبله فلان وقت الاذن لم يأت، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات وقد يكون للانسان عرض صحيح في استيفاء ملكه إلى زمان بعينه. فأما إذنه في مكان بعينه - فإن كان فيه عرض صحيح لاختلاف الاسعار باختلاف الاماكن أو جودة النقود وهو شرط لازم فلا يجوز للوكيل أن يبيعه في غير ذلك المكان، فان فعل وسلمه فالبيع باطل وهو بالتسليم ضامن، فإن لم يكن في ذلك المكان عرض صحيح، ولا معنى مستفاد نظر في صفة إذنه، فإن كان قال لا تبيعوا إلا في مكان كذا أو في سوق كذا لزم، وكان بيع الوكيل في غير ذلك المكان باطلا لصريح النهي عنه. وإن قال: بعه في سوق كذا أو في مكان كذا، ولم يصح بالنهي عما سواه ففي لزوم اشتراطه وجهان. (أحدهما) أنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غيره، لانه أملك بأحوال إذنه. (والوجه الثاني) أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به، والاول أشبه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وكله في البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره، لانه قد يؤثر تمليكه دون غيره، فلا يكون الاذن في البيع منه إذنا في البيع من غيره، وإن قال خذ مالي من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته، لانه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده، ويرضى أن يكون عند ورثته، فلا يكون الاذن في الاخذ منه إذنا في الاخذ من ورثته، وإن قال: خذ مالي على فلان فمات، جاز أن يأخذ من ورثته، لانه قصد أخذ ماله، وذلك يتناول الاخذ منه، ومن ورثته، وإن وكل العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل، فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة، لان الاذن لم يتناول بيع القيمة.

[121]

(الشرح) الاحكام: فأما إذنه على رجل بعينه فلازم، لانه المقصود بالتملك فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردي فيما نقلناه في الفصل قبله، وأما إذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه، فإذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي (من) زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه، والفرق بينهما أن الامر باستيفائه من زيد في الاول متوجه إلى المال فجاز أن يستوفيه من ورثته والامر باستيفائه من زيد في الثاني متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه، فلم يجز أن يستوفيه من غيره. فإذا وكل العدل لامانته وصدقه في بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل، لان الاذن لا يتضمن بيع القيمة، وإنما كان قاصرا على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد، لان الشرع لم يأذن فيه،

ولا يملك الصحيح، لان الموكل لم يأذن فيه. (الشرح) الاحكام: إذا وكله في بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الاثمان، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتعابن الناس بمثله على ما سيأتي تفصيله أو أعطاه دراهم ليسلم فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والنياب على ما مضى في كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لان الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل، وما كان محظورا على الوكيل لنفسه كان محظورا عليه نيابة لغيره، فإذا استبدل المبيع المحرم بمباح أو أبدل المسلم فيه بمجاز السلم فيه لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل في ذلك، لان مقتضى الوكالة في الاذن في البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة في الفاسد من جهة الشرع والله أعلم.

[122]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير اذن، لان العرف في البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليه، ولان اذن الموكل يقتضى البيع ممن يستقصى في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصى في الثمن، فلم يدخل في الاذن، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه؟ فيه وجهان. (أحدهما) يملك، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى، لانه يجوز أن يبيع منه ماله، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي. (والثاني) لا يجوز، وهو قول أبى اسحاق، لانه منهم في الميل اليهما كما يتهم في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما، كما لا تقبل شهادته لنفسه، فان اذن له في البيع من نفسه، ففيه وجهان. أحدهما: يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها. والثاني لا يجوز، وهو المنصوص لانه يجتمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل، والاسترخاض لنفسه فتمانعا، ويخالف الطلاق، فانه يصح بالزوج وحده، فصح بمن يوكله، والبيع لا يصح بالبائع وحده، فلم يصح بمن يوكله، وان وكل رجلا في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح، لانه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه. وان وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته، ففيه وجهان. أحدهما لا يصح لانه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه. والثاني: يصح، لانه لا يتهم في اقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبدا الرجل ليشتري له نفسه أو عبدا غيره من مولاه، ففيه وجهان. (أحدهما) يجوز، لانه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه جاز توكيله في الشراء من مولاه (والثاني) لا يجوز، لان يد العبد كيد المولى، ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده. ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد.

[123]

(الشرح) الاحكام: إذا وكله في بيعها لا يجوز له أن يبيعها من نفسه، فان اذن له كان بيعا، فان وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعا ولا عبرة

بالوكالة ولان العرف في البيع وأيضا أحكام الشريعة في البيع تقوم على الايجاب، والايجاب هو أن يوجب لغيره، ولان اذن البيع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الاحظ في الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة، فلو باع من نفسه فانه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه، ولم يدخل في الاذن. ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح، ولان كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياسا على ولى اليتيم وأب الطفل، ولانه لما كان الوكيل في البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكا للموكل وجب أن يكون الوكيل في الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعا للموكل وأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة فمنتقض بولى اليتيم وأب الطفل، ثم المعنى في الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد. وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسيذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالا عنه. وأما الجواب عن استدلالهم بأن تمام العقد لمتعاقدين فكذا موجه من الملك يكون واقعا بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأب الطفل وبالعقد النكاح، وليس لهم استدلال في المسألة يسلم من الكسر. (فرع) قال في الحاوى: قال المزني: أعلم للوكيل والوصى أن يشتري من نفسه. اعلم أن النيابة في البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه، أحدها من جهة النسب، وهى الاب والجد على ابنه الطفل، والثانى من جهة الحكم، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه. والثالث من جهة الوصية، وهى وصاية الاب والجد وغيرهما على الطفل ممن تصح وصايته. والرابع من جهة الوكالة، وهو الوكيل الرشيد، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم مالهم بيعة، ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه؟ على أربعة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك والاوزاعي أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشتروا من أنفسهم.

[124]

والمذهب الثانى، وهو قول زفر بن الهذيل: أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم والمذهب الثالث، وهو قول أبى حنيفة: أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده. والمذهب الرابع، وهو مذهب الشافعي: أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الاب وحده والجد مثله واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم بأن المقصود في البيع حصول الثمن وفى الشراء حصول المشتري. ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشراء بخلاف النكاح، فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره لحصول المقصود في الحالين، وقياسا على الاب أن كل من جاز له بيعة على نفسه كالأب واستدل من منع جوازه لجميعهم بأن الانسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستبين فإن باع نفسه انصرف بحيلة الطبع إلى حظ نفسه، فصار المقصود بالنيابة معدوما فلم يجر، وقياسا على الوكيل لانه نائب في العقد عن غيره فلم يجر أن يعقد مع نفسه واستدل من منع منه للوكيل وحده، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الامر فكان مأذونا له من غير ولاية فصار أنقص حالا من ذى الولاية. فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب، ولم يجر لغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبي ودليلنا أن غير الاب لا يجوز له مبايعة نفسه، ما روى أن رجلا أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفسه، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال لا. وليس نعرف له مخالفا في

الصحابة ولا جيلة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه، ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل ودليلنا على أن الاب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الاب محبوب بحيوية الابوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والايثار على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: الولد مجبنة مبخلة مجهلة، فانتفت التهمة عنه في مبايعة نفسه. وهذا المعنى مفقود فيمن عداه، فصار هذا الحكم لاختصاصه

[125]

بمعناه مقصورا عليه منتفيا عما سواه. وهذا دليل وانفصال، فلو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعة، فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا؟ على وجهين: (أحدهما) يجوز كما لو كان في حجره تغلبا لحكم الابوة (والثاني) لا يجوز، لأن ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة. (فرع) فأما الوصي والوكيل إذا أراد بيعها لمتولاه بالوصية والوكالة، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه يجوز لأنه غير مبيع لنفسه (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروري أنه لا يجوز لأنه مقهور في الميل إلى ولده كما كان مقهورا في الميل إلى نفسه. ولذلك لم يجر أن يشهد لولده، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجر مبايعة ولده بمال غيره، كما لم يجر مبايعة نفسه أو يشتري من نفسه، فمذهب الشافعي رضى الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافى المقصود والغرض من الوكالة قال الماوردي: لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله، وإذا كان هو المشتري انصرف منه إلى الاستقصاء لنفسه. وقال ابن سريج: يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عنقها قال الماوردي: وهذا خطأ لما ذكرنا في الفرق بين البيع والطلاق والعنق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في البيع ثمننا يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متهما فيه، وليس في الطلاق والعنق لمن تصير بالميل إلى نفسها متهمة فيه (والثاني) أن العنق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات، والبيع أضيق حكما منهما. (والثالث) أنه ليس في الطلاق والعنق قبول معتبر. وفي البيع قبول معتبر فلم يجر أن يكون البازل قابلا. فأما إذا وكله رجل في بيع سيارته ووكله آخر في شراء السيارة الموكل في بيعها لم يجر لتنافى المقصود في العقدين، وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين، فإن أراد أن يقيم على أسبقهما في بيع أو شراء جاز، وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما بيعا كان أو شراء احتمل وجهين، لأن ثبوت الاولة يمنع من جواز الثانية

[126]

والوجه الثاني: يجوز، لأن الوكالة لا تلزم، فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير، وتبطل بقبول الثانية. ومثل ذلك يقال في التوكل في الخصومة قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجر أن يشتري معينا لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب، ولهذا لو اشترى عينا فوجد بها عيبا ثبت له الرد، فإن اشترى معيبا نظرت، فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل، لأنه اشترى له ما لم

يأذن فيه، فلم يصح له، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى، فإن لم يرض به نظرت، فإن علم الموكل ورضى به لم يجز للوكيل رده، لأن الرد لحقه وقد رضى به فسقط. وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد، لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه فإن قال له البائع: آخر الرد حتى تشاور الموكل، فإن لم يرض قبلته لم يلزمه التأخير، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره، وإن قبل منه وأخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد، فيه وجهان: (أحدهما) يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة (والثاني) لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب، فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأن الأصل عدم الرضا، فإن رضى الوكيل بالعيب سقط خياره، فإن حضر الموكل ورضى بالعيب استقر العقد وإن اختار الرد نظرت فإن كان قد سماه الوكيل في الابتاع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب، وإنما رضى وكيله فلا يسقط حقه من الرد، وإن لم يسمه الوكيل في الابتاع ولا صدقه البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل، لأنه ابتاع في الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له ومن أصحابنا من قال يلزم الموكل، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه

[127]

وفى الذى يرجع به وجهان (أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى: أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبا عن الثمن، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشئ، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة، كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة، فأخذت منه ووزن له المشتري الثمن، ثم رجع الشهود عن الشهادة فإن الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن، فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشئ، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة (والثاني) أنه يرجع بأرش العيب، وهو الصحيح، لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش. وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيبا فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يرد، لأن البيع يقتضى السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيبا فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة (والثاني) لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين. (الشرح) قال المزني رحمه الله تعالى: ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيبا كان له الرد بالعيب. وليس عليه أن يحلف: ما رضى به الأمر، فهذا قول الشافعي ومعناه. اه قال الماوردي في الحاوي: أعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء شئ فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثاني) أن يصفه ولا يعينه، فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليما من العيوب لأن إطلاق الصفة يقتضيه، ويجوز للعامل في القراض أن يشتري السليم والمعيب، والفرق بينهما أن يشتري الوكيل للقنيه، وليس في المعيب صلاح للمقتنى، وشراء العامل في القراض طلبا للربح، وقد يوجد الربح في المعيب كوجوده في السليم فإن اشترى الوكيل شيئا على الصفة وكان معيبا فعلى ضربين (أحدهما) أن

يشتره عالما بعيه فالشراء غير لازم للموكل لاقدامه على ابتياع ما لم يقتضه الاذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الاذن والضرب الثاني: أن يشتره غير عالم بعيه فلو وكيل إذا علم بعيه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله، لان رد المعيب من حقوق عقده. فلو قال له البائع: قد أمهلتك في رده فطالع موكلك بعيه لم يلزمه المطالعه وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا، فإن رده ثم جاء الموكل راضيا بعيه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى ولو رضى بعيه قبل رد الوكيل لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد، ولو رضى رب المال في القراض بعيه المشتري كان للعامل أن يرده بخلاف الوكيل والفرق بينهما أن للعامل في القراض شرك في الربح. وليس للوكيل فيه شرك فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راض بالعيب فلا يمين له على الوكيل، فإن ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالعيب وكان عليه أن يحلف أنه ما علم برضى موكله بالعيب، وله الرد واسترجاع الثمن. ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلفه بالله أيضا ما رضى بعيه المشتري الذي ابتاعه موكله قبل رده، فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن، وهذا حكم الوكيل إذا رد بالعيب والله اعلم فأما إن رضى الوكيل بالعيب نظر في الموكل، فإن رضى بالعيب كان الشراء لازما له، وإن لم يرض بالعيب نظر في عقد البائع فإن كان قد سمي موكله فيه فله الرد، لان مالك المشتري لا يلتزم عيبا لم يرض به، وإن لم يسم الموكل في عقده نظر في البائع، فإن صدق المبيع أن عقد الشراء لموكله كان له الرد، وإن لم يصدقه حلف له، ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه وفي كيفية رجوع الموكل به وجهان: (أحدهما) وهو قول أبي يحيى البلخي: أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوي معيبا بمثل ما اشتراه فلا شيء له على الوكيل لعدم النقص في الثمن استشهدا بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر، وأقام المدعى بينة بالبيع فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود، فإن كان ثمن السيارة مائة

فلا غرم على الشهود، وإن كان ثمنها أقل من مائة غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنها. والوجه الثاني، وهو قول جمهور أصحابنا: أنه يرجع على الوكيل بأرش العيب سواء كان يساوي قدر ثمنه معيبا أم لا، لان العيب إذا فات معه الرد كان مقدرًا بالارش، وإن لم يكن معتبرا بنقص الثمن، وليس كالذي استشهد به من رجوع الشهود، لان غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم، فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق بغرمه، فهذا حكم التوكيل في شراء سيارة موصوفة، فأما إذا كانت السيارة معيبة فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يردها قبل استئذان موكله أم لا؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها، لانه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها، ولعله قد أمره بشرائها مع علمه بعيها. والوجه الثاني وهو قول أبي حامد الاسفراييني: له الرد من غير استئذان، لان الرد من حقوق عقده، ولانها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيها هذا والله الموفق للصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على

بعضه، لان العرف في بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه، فحمل الوكالة عليه، ولان في تبعضه إضرارا بالموكل فلم يملك من غير إذن، وإن وكل في شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد واحد، لان العرف في العبيد أن تباع وتشتري واحدا واحدا، ولانه لا ضرر في أفراد بعضهم عن بعض، وإن وكله أن يشتري له عشرة اعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يلزم الموكل، لانه اشتراهم صفقة واحدة، ومن أصحابنا من قال لا يلزم الموكل، لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن،

[130]

ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن، لان إطلاق البيع يقتضى نقد البلد، ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما، لان نقد البلد هو الغالب، فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، لانه مأمور بالنصح له، ومن النصح أن يبيع بالانفع، فان استويا باع بما شاء منهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر فخير بينهما وإن أذن له في العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر، لان الاذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجز أن يشتري جارية، ولو أذن له في شراء حمار لم يجز أن يشتري فرسا. (الشرح) الاحكام: إذا وكله في بيع الشئ جميعه لانه لا يتجزأ، أو يتجزأ ولكن الاذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة، فليس له أن يبيع بعضه، فان قال له: بع هذه السيارة بمائة، فباع نصفها بسبعين، فان هذا البيع لا يلزم الموكل، لانه لا يأمن أن يبيع الباقي بثلاثين فإن قال له: بع هذه السيارة بمائة، فباع نصفها بمائة جاز، لانه زاد خيرا وأتى بالعرض للموكل من الحصول على المائة، وزيادة ملكيته لنصف السيارة، وليس عليه ضمير من هذه التجزئة. وكذلك توكيله في بيع شئين بمائة فباع أحدهما بمائة. وبهذا قال أحمد والشافعي ومحمد وأبو يوسف وقال أبو حنيفة: يجوز أن يبيع بعض الموكل فيه بأى ثمن إذا كان التوكيل مطلقا بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء. أما الشراء فإذا وكله في شراء طن من الورق فاشتراه رزمه رزمه، فإذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز إذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزنا أو لونا أو ملمسا، وعند أحمد لا يصح لعدم الاذن والذي يدور عليه مفهوم الوكالة هو اذن الموكل أولا، وتوخى الانفع أو الاحظ له ثانيا، ومراعاة أن يكون النقد الذي يبيع به نقدا محليا، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف، فقد تتفق بعض النقود في الاسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهة الاصدار،

[131]

والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل، فقد تعقد الوكالة في بلد والمراد بيعه في بلد آخر فيكون البيع بنقد البلد الذي جرى فيه البيع، وذلك لمعرفة أهل البلد بنقدهم، وتقويمهم المبيع بنقدهم يمنع وقوعهم في الغرر. قال الماوردي: لما لم يصح من الوكيل أن يشتري بغير نقد البلد لم

يصح من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد، وتحريره أنه عقد معاوضه بوكاله مطلقه فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياسا على الشراء، أو لان كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يحز للوكيل أن يبيع به قياسا على البيع بغير جنس الاثمان وبالمحرمات، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهباً لم يبعه بالفضة، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل بيعها بأحظها للموكل، فان استويا كان حينئذ مخيراً في بيعه بأيهما شاء، فان باعه بكلا النقيدين فان كان في عقدين صحا جميعاً إذا كان مما يجوز تفريق الصفقه في بيعه، وإن كان في عقد واحد فعلى وجهين أحدهما: يجوز الجمع بين النقيدين كما جاز أفراد كل واحد من النقيدين. والثاني لا يجوز، لان غالب البياعات يتناول جنساً واحداً من الاثمان فلم يحز أن يعدل إلى غالبها، وبالله التوفيق قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان دفع إليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبداً، فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل لانه لم يرض بالتزام غير الالف، فإذا ابتاع بألف في الذمه فقد ألزمه في ذمته ألفاً لم يرض بالتزامها فلم يلزمه. وان قال اشتر لي في الذمه وانقد الالف فيه، فابتاع بعينها ففيه وجهان، أحدهما أن البيع باطل، لانه أمره بعقد لا يفسخ بتلف الالف فعقد عبداً يفسخ بتلف الالف، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به. والثاني أنه يصح لانه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الالف ومع تلفها وقد عقد عبداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً، وان دفع إليه ألفاً وقال اشتر عبداً ولم يقل بعينها، ففيه وجهان. أحدهما أن مقتضاه الشراء بعينها لانه لما دفع إليه الالف دل على أنه قصد الشراء بها، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء. والثاني أنه لا يقتضى الشراء بعينها لان الامر مطلق، فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها، ويجوز أن يشتري في الذمه وينقد الالف فيه.

[132]

(الشرح) الاحكام: إذا أذن له في الشراء بالنقد فاشترى بالنسيئة، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يعين له الثمن الذي يشتري به، فالشراء غير لازم للموكل لانه إذا اشترى بغير العين كان مخالفاً ولزم الوكيل، وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلاً، ولم يلزم الموكل ولا الوكيل، وبهذا قال أحمد. (والضرب الثاني) أن لا يعين له الذي يشتري به فهذا على ضربين (أحدهما) أن يشتريه نسيئاً بما يساوي ثمنه نقداً أو بأقل من ثمن النساء، فمذهب الشافعي وأحمد رضى الله عنهما أن الشراء لازم للموكل، لانه قد حصل له غرضه في استصلاح مع تعجيل الثمن، ومن أصحابنا من قال: الشراء غير لازم للموكل لمخالفته، وبقاء الثمن في ذمته، وهو قول من زعم أن الوكيل في بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً. (والثاني) أن يشتريه بما يساوي نسيئاً وبأكثر مما يساوي نقداً، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فعل النساء والشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله، وإن ذكره فعلى وجهين. أحدهما باطل، والثاني لازم للوكيل. أما إذا أذن له في الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف مذهب الشافعي وسائر أصحابه سواء اشتراه بما يساوي نقداً أو نسيئاً لما فيه من التزامه التعجيل بما لم يأذن به. وهكذا لو أذن له أن يشتريه إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان حكمه للوكيل حكمه في النقد إذا اشترى بالنساء فيكون لازماً للموكل. قال الماوردي: وهذا على مذهب الشافعي رضى الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم. (فرع) إذا دفع الموكل إلى وكيله ليشتري له به سيارة فهذا على ثلاثة أقسام أحدها: أن يأمره أن يشتري بعين المال

سيارة فوجب على الوكيل أن يشتري بعين مال موكله، فإن اشتراه في ذمته لم يلزم الموكل، وكان الشراء لازماً للوكيل. وقال أبو حنيفة: الوكيل بالخيار بين أن يشتري الشيء بعين المال وبين أن

[133]

بشتره في ذمته، وهو في كلا الحالين لازم للموكل، وبنى ذلك على أصله: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده. قال الماوردي: وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عندنا في العقود كما يتعين في الغصب، وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع، ولأن يد الوكيل كيد المودع، ومال الوديعه متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله، وجب أن يكون الشراء محمولاً على موجب اذنه. والقسم الثاني: أن يأمره أن يشتري في ذمته وينقد المال في ثمنه، فإن اشتراه في الذمة صح وكان لازماً للموكل، وإن اشتراه بعين المال ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي الطبري ذكره في إفصاحه أن الشراء جائز، وهو للموكل لازم لأن العقد على المعين أحوط. والوجه الثاني وهو اختيار أبي حامد الأسفراييني: أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للعين، فلا يلزم الموكل، لأن الموكل قد فوت عليه بالمخالفة عرضاً، لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن، والعقد على العين يبطل بتلف الثمن. فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشتري السيارة بثمن في ذمته ثم نقد الثمن من عنده، برئ الوكيل والموكل منه، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لأن أمره بنقد هذا المال في الثمن يتضمن نهياً عن نقده من غيره. والقسم الثالث: أن يطلق الأذن في الشراء عند دفع المال فيقول: خذ هذا المال فاشتر لي به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين أم لا؟ على وجهين. أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري: أنه يقتضيه لأن تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه، فعلى هذا إن اشترى في ذمته كان الشراء لازماً للوكيل دون الموكل، والوجه الثاني - وهو قول بعض البصريين: أنه لا يقتضى التعيين، لأن الإطلاق على العموم، فعلى هذا يكون الوكيل مخيراً بين العقد على العين أو في الذمة، ومذهب أحمد في هذا كله كنهو مذهبا.

[134]

فإذا تقرر ما أوضحنا فصورة مسألة الكتاب في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري له به طعاماً فتسلف المال قرصاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاماً فالشراء غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن في الشراء بعين المال أو في الذمة. وقال أبو حنيفة: الشراء لازم للموكل سواء كان الأذن بالعين أو في الذمة وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقائه، فإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله، فلو أن الوكيل لم يستهلك ولكن تعدي فيه تعدياً صار له ضامناً فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا، على وجهين: (أحدهما) ينعزل عن الوكالة بالتعدي لأنه مؤتمن كالمودع الذي ينعزل بالتعدي عن الوديعه، فعلى هذا يكون الشراء لازماً للوكيل دون موكله. (والوجه الثاني) وهو قول أبي علي الطبري أنه على الوكالة لا ينعزل عنها

بالتعدي مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديده، وإن كان مؤتمنا فعلى هذا يكون الشراء لازما للموكل والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه، ففي الثمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه على الموكل والوكيل ضامن، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه، فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل. (والثاني) أن الثمن على الوكيل دون الموكل، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل، لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه، فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بآدئه، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه: إنه إذا وزن رجع، وإذا لم يزن لم يرجع، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

[135]

(والثالث) أن الثمن على الوكيل، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع. (الشرح) الأحكام: قال الماوردي في الحاوي: فإذا ثبت أن الملك يكون واقعا بالعقد للموكل دون الوكيل فللوكيل حالتان: (إحدهما) أن يذكر اسم موكله في العقد فيقول: قد اشتريت هذا الشيء لفلان بأمره، فيكون الثمن واجبا على الموكل، وهل يكون الوكيل ضامنا أم لا على وجهين، حكاهما ابن سريج (أحدهما) عليه ضمانه لأنه عاقد (والثاني) لا يلزمه ضمانه لأنه غير مالك. (والحال الثانية) أن لا يذكر الوكيل اسم موكله في العقد، ولكن ينوي قبله أن الشراء لموكله، فعلى الوكيل ضمان الثمن بالعقد. وهل يصير الثمن واجبا على الموكل بالعقد؟ أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج. أحدهما: أنه يكون الثمن واجبا عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل، فإذا أخذه من أحدهما برئا معا. والوجه الثاني: أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفردده بالعقد، فعلى هذا يطالب الوكيل وحده بالثمن دون الموكل. وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه عنه أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج. أحدهما: أنه لا يستحقه عليه إلا بعد أدائه عنه، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل، فصار الموكل مالكا للمبيع بغير بدل. والوجه الثاني: أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه، وإن أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل، ولو دفع بالثمن عرضا رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضا رجع على الموكل بأقل الأمرين

[136]

من الثمن أو قيمة العرض، فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا، لان البائع لم يبيعه منه. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمان مؤجل من غير إذن، لان الاصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فإذا أطلق حمل على الاصل، فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الاجل لم يبيع إلى أجل أكثر منه، لانه لم يرض بما زاد على المقدر، فبقى على الاصل في المنع، إن أطلق الاجل ففيه وجهان. أحدهما لا يصح التوكيل، لان الآجال تختلف فيكثر العرر فيه فلم يصح، والثاني: يصح ويحمل على العرف في مثله، لان مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه، لانه مأمور بالنصح لموكله، ومن أصحابنا من قال: يجوز القليل والكثير لان اللفظ مطلق، ومنهم من قال: يجوز إلى سنة، لان الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة، وهي الدية والجزية، والصحيح هو الاول. وقول القائل الثاني: إن اللفظ مطلق لا يصح، لان العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه وقول القائل الثالث لا يصح لان الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف، وان أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت، فان باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح لان الاذن في البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوي نسيئة فإذا باع بما دونه لم يصح، وان باع نقدا بما يساوي نسيئة، فان كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح، لانه ضرر لم يرض به فلم يلزمه، وان كان في وقت مأمون، ففيه وجهان. أحدهما لا يصح، لانه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة ملى ففوت عليه ذلك فلم يصح. والثاني: يصح، لانه زاده بالتعجيل خيرا، وان وكله أن يشتري عبدا بألف فاشتراه بألف مؤجل ففيه وجهان (أحدهما لا يصح الشراء

[137]

للموكل لانه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه (والثاني) أنه يصح لانه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيرا. (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن لانه شرط لا حظ فيه للموكل، فلا يجوز من غير إذن كالاصل، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل، فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز لان اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط (والثاني) يجوز لانه احتاط للموكل بشرط الخيار. (الشرح) الاحكام: ان يبيعه بالثمن المؤجل من غير إذن موكله لا يجوز، ودليلنا أن الاجل في البيوع يدخل تارة في المثلث فيكون سلما، وتارة في الثمن فيكون ديناً، فلما لم يجر للوكيل أن يدخل الاجل في الثمن فيجعله ديناً، وتحريره أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع اطلاق الاذن قياساً على تأجيل المثلث، ولان الاجل لما لم يلزم المالك في عقده، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل الا باذن صريح، لان اطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الاجل أو قصر. فاما الجواب عن الاستدلال بأن اطلاق الاذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ في القول، بل الاطلاق في الاذن يقتضى العرف بدليل أن اطلاق الاذن بالشراء لا يقتضى عموم الاثنية كذلك اطلاق الاذن بالبيع لا يقتضى عموم البيوع. وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن المعهود يقتضيه، وأما قياسه في الاجل على خيار الثلاث فلاصحابنا في جوازه للوكيل وجهان سيأتي بيانهما، والقياس منتقم بالاجل في المثلث، ثم المعنى في خيار الثلاث أنه لما ملكه الوكيل في الشراء ملكه في البيع، ولاصحابنا في جوازه

للوكيل وجهان. أحدهما لا يصح من الوكيل، فعلى هذا سقط الدليل.
والثاني: يصح منه والقياس عليه منتقض بالاجل في المئمن، فهذا حكم
العقد مع اطلاق اذن الموكل، وما يلزم من الشروط في عقد التوكيل.

[138]

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل في البيع مقيدا بشرط، فإن
كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول، وهو كما يقول المصنف باطل
على أحد الوجهين، لان الآجال تختلف فيكثر فيها الغرر، وكالخيار أكثر من
ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذي يبطل معه العقد على وجه من الوجوه،
فقد صار الموكل بها أذنا لوكيله بالبيع الفاسد، فإن باع الوكيل ذلك على
الشرط الذي اذن فيه الموكل كان فاسدا، وإن رضى المالك بفساده، فإذا
أذن له في الاجل وأطلق الاجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا. والثاني وهو
وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة: يصح. ويحمل على العرف في مثله،
لان المطلق يحمل على المقيد نصا أو عرفا، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد
في البيع بأخط وأنفع ما يقدر عليه لموكله، لانه مؤتمن له ومن خصاله
النصح له ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أي نحو ولو لم يتحر الانفع
لموكله ومنهم من قيد الاطلاق الاجل بسنة قمرية، لان الله تعالى جعل
عدة الشهور إثني عشر شهرا، ولان الجزية والدية والزكوات لانها ديون
شرعية في ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنة، فإذا أطلق الموكل حملنا
إطلاقه على القيد الشرعي في الديون الشرعية، والقول الاول هو الذي
جعله الماوردي في الحاوي قولا واحدا للمذهب ولم يحك غيره، أما
المصنف رحمه الله فقد ساق الاقوال كلها ثم رجح الاول. ثم هو إذا خشي
تلف المال أو سطو غاصب عليه أو كساده مما يلحق الضرر بموكله جاز له
أن يبيع ولو لم يأذن له الموكل إذا لم يجد مشتريا نقدا فإذا قدر الموكل له
الاجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه (فرع) إذا باع نقدا ما هو مأذون فيه بأجل
نظرت فإن تساوى ثمن المبيع نقدا مع ما قدره الموكل للثمن نستا، فعلى
وجهين (أحدهما) يصح لانه زاد خيرا بتعجيل الثمن. (والثاني) لا يصح لانه قد
يكون له غرض في جعل الثمن في ذمة ملئ كأنه ودیعة في صورة دين
ففوت عليه هذا القصد فلم يصح

[139]

(فرع) لا يجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشتري ولا لوكيله، كما لا يجوز له
أن يقبل شرط الخيار من غير إذن موكله في البيع أو في الشراء، وهل
يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله؟ وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه
قيد المطلق بشرط ليس مأذونا فيه. والوجه الثاني: إذا رأى أن هذا الشرط
أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فانه يصح والله أعلم. قال المصنف
رحمه الله تعالى (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل
بما لا يتغابن به من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من
ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لانه منهي عن الاضرار
بالموكل مأمور بالنصح له وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع، والزيادة
على ثمن المثل في الشراء اضرار، وترك النصح، ولان العرف في البيع
ثمن المثل، فحمل إطلاق الاذن عليه، فان حضر من يطلب بالزيادة على

ثمن المثل لم يجر أن يبيع بثمن المثل لانه مأمور بالنصح والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة وإن باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه فسخ البيع، لان المزاييد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك. (والثاني) يلزمه الفسخ وهو الصحيح، لان حال الخيار كحال العقد. ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه، فكذلك إذا حضر في حال الخيار وقول القائل الاول: إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك، لا يصح لان الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك، وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع. وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل، لان ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل، ولانه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه

[140]

وإن اشترى بزيادة لا يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بإثنى عشر فان كان بعين مال الموكل بطل الشراء، لانه عقد على ماله عقدا لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة لزم الوكيل لانه اشترى في الذمة بغير إذن فوق الملك له. وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لانه بيع غير مأذون فيه، فإن كان المبيع باقيا رد، وإن كان تالفا وجب ضمانه وللموكل أن يضمن الوكيل لانه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن المشتري لانه قبض ما لم يكن له قبضه، فان اختار تضمين المشتري ضمن جميع القيمة، وهو عشرة، لانه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكامل البدل، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة، لانه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله (والثاني) يضمنه تسعة لانه لو باعه بتسعة جاز، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم. (والثالث) يضمنه درهما لانه لم يفرط إلا بدرهم، فلا يضمن غيره ويضمن المشتري تمام القيمة وهو تسعة، وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل، لان المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه. وإن قدر الثمن فقال: بع بألف درهم، لم يجر أن يبيع بما دونها، لان الاذن في الالف ليس بإذن فيما دونها، وإن باع بألفين نظرت، فان كان قد عين من يبيع منه لم يجر، لانه قصد تملكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه عرضه، وإن لم يعين من يبيع منه جاز. لان الاذن في الالف إذن فيما زاد من جهة العرف. لان من رضى بألف رضى بألفين وإن قال بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجر أن يبيع بما زاد، لانه صرح بالنهاي فدل على عرض قصده فلم يجر مخالفته وإن قال بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح لانه حصل له الالف وزيادة، فصار كما لو باع بألفي درهم (والثاني) أنه لا يصح، لان الدراهم والثوب تتعسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعا بالثوب. وذلك خلاف ما يقتضيه الاذن: فان

[141]

الاذن يقتضى البيع بالنقد. فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه

بألف جاز، لانه مأذون له فيه من جهة العرف، لان من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالالف، فان باع نصفه بما دون الالف لم يصح، لانه ربما لم يمكنه الباقي بتمام الالف. وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبدا بدون الالف لم يصح، لانه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الالف، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز، لان من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بألف وهل له أن يبيع الآخرين فيه وجهان (أحدهما لا يملك لانه قد حصل المقصود وهو الالف (والثاني) أنه يجوز لانه أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الامر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن. وإن وكله في شراء عبء بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف. لان من رضى أن يشتري عبدا بمائة رضى أن يشتريه بخمسين، وإن قال اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين جاز أن يشتري بمائة، لانه مأذون فيه، ولا يشتري بخمسين لانه منهي عنه، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة، لانه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون بالنهي وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأمور به وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلا فيما أخرجه النهي (والثاني) لا يجوز لانه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع. وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل. وقال أبو العباس يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لانه تبرع بالتزام الزيادة، والمذهب الاول، لانه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل. كما لو قال اشتر لي عبدا فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، ولانه لو قال: بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك

[142]

إذا قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة. لم يلزم الموكل، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة. وإن وكله في شراء عبء بمائة فاشترى عبدا بمائتين وهو يساوي المائتين، لم يلزم الموكل، لانه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف، لان رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين، وإن دفع إليه ديناراً وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل لانه لا يطلب ديناراً مالا يساوي ديناراً، وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً نظرت، فان اشترى في الذمة ففيه قولان. (أحدهما) أن الجميع للموكل، لان النبي صلى الله عليه وسلم " دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار فدعا له بالبركة " ولان الاذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار، لان من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار (والثاني) أن للموكل شاة لانه أذن فيه، والاخرى للوكيل لانه لم يأذن فيه الموكل، فوقع الشراء للوكيل فان قلنا إن الجميع للموكل فباع إحداهما فقد خرج أبو العباس فيه وجهين (أحدهما) أنه لا يصح لانه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح (والثاني) أنه يصح لحديث عروة البارقي، والمذهب الاول، والحديث يتأول وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار، فإن قلنا فيما اشترى في الذمة: إن الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل. وإن قلنا: إن إحداهما للوكيل والاخرى للموكل صح الاتباع للموكل في إحداهما ويبطل في الاخرى، لانه لا يجوز أن يحصل الاتباع له بمال الموكل فبطل. (الشرح) حديث عروة البارقي مر في غير موضع

الكلام عليه في البيع والربا وأول الوكالة، وقد أوفيناه حقه من البحث
فليراجع. أما الأحكام فقد قال المزني: ومن باع بمالا يتغابن الناس بمثله
فبيعه مردود.

[143]

لانه تلف على صاحبه، فهذا قول الشافعي ومعناه. وهذا صحيح. قال
الماوردي للموكل فيما أذن له ببيعه حالتان: حالة إطلاق. وحالة تقييد فأما
حالة الإطلاق فهو أن يأذن لوكيله في البيع إذنا مطلقا من غير أن يفيد
بشرط، أو على صفة، فعلى الوكيل في بيعة ثلاثة شروط: (أحدها) أن يبيعه
بغالب نقد البلد، فان عدل إلى غيره لم يجز والشرط الثاني: أن يبيعه بثمن
مثله، فان باعه بمالا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل، كان يبيعه نافذا،
ولموكله نافذا استدلالا بأن إطلاق الاذن يشتمل على عموم البيع،
وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل، كالمطلق من عموم الكتاب والسنة،
فلما كان اسم البيع ينطبق على المبيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس
به وعلى المؤجل، وجب أن يصح لانه عقد مأذون فيه، كما لو باعه بنقد البلد
وبثمن المثل وبالمعجل. ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع
بجنس الاثمان فصح كالمبيع بنقد البلد واستدل على جوازه إلى أجل بأن
الأجل مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يملكها الوكيل قياسا على خيار الثلاث،
وهذا كله خطأ. والدليل على ما قلنا على الشرط الاول وهو أن يبيعه بغير
نقد البلد لا يجوز هو أنه لما لم يصح من الوكيل في الشراء أن يشتري بغير
نقد البلد لم يصح من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد. وتحريره أنه
عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب ألا يصح بغير نقد البلد، قياسا على
الشراء، أو لان كل جنس لا يجوز للوكيل أن يتناع به لم يجز للوكيل أن يبيع
به قياسا على البيع بغير جنس الاثمان وبالمحرمات والدليل على الشرط
الثاني، وهو أن يبيعه بمالا يتغابن الناس بمثله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة
عن وكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بأكثر من ثمن المثل قياسا على الشراء
ولان من لم يملك الهبة في مال لم يملك المحاباة فيه كالوصي والعبد
المأذون له في التجارة، ولان المحاباة كالهبة لا اعتبارها من الثلث، فلما لم
يصح من الوكيل في البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه.
وتحريره أنه عقد استهلك به شيئا من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون
باطلا كالهبة، فإذا ثبت ما ذكرنا وأن المثل معتبر، وأن البيع بمالا يتغابن
الناس

[144]

بمثله، فالاعتبار بالغبن عرف الناس في مثل المبيع، وليس له حد مقدر.
وقال مالك: حد الغبن في البيوع الثلث فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم
" الثلث والثلث كثير " وقال أبو حنيفة: حد الغبن من العشر فصاعدا لانه
أقل ما يجب في زكوات الزروع والثمار. قال الماوردي: وكلا المذهبين
فاسد، لان عرف الناس فيما يكون غبنا كثيرا يختلف باختلاف الاجناس،
فمن الاجناس ما يكون ربع العشر فيه غبنا كثيرا، وهو الحنطة والشعير
والذهب والورق. ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبنا يسيرا، كالرقيق
والجوهر، فلم يجر أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه في عرفهم. ووجب الرجوع

فيه إليهم. فإذا باع الوكيل بما لا يتعابن الناس بمثله كان بيعه باطلا ولا ضمان عليه ما لم يسلم المبيع، فإن سلمه كان ضامنا ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقيا، فإن هلك في يد المشتري كان كل واحد من الوكيل والمشتري ضامنا. أما المشتري فضامن بجميع القيمة، لأنه فائض عن عقد بيع فاسد. وأما الوكيل ففي قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعي في كتاب الرهن الصغير (أحدهما) أنه يضمن جميع القيمة (والثاني) أنه يضمن ما عين به من قدر المحاباة، لأن به فسد العقد ولزم الضمان وقد مضى من التفريع في كتاب الرهن ما يقنع. والدليل على الشرط الثالث وأن يبيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الاجل في البيوع يدخل تارة في المثلث فيصير سلما، وتارة في الثمن فيكون ديننا، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الاجل في الثمن لم يجز أن يدخل الاجل في المثلث على ما مضى في الفصل قبله (فرع) قال الماوردي رحمه الله تعالى: " وأما المختص بقدر الثمن وصورته أن يقول: بع بمائة درهم، فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط، فإن فعل كان البيع باطلا، ولو باعه بأكثر من مائة درهم كان البيع جائزا لحصول المائة التي أرادها، والزيادة عليها زيادة حظ له،

[145]

إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره، لأنه لما نص على القدر صار مسامحا له بالزيادة عليه. فلو باع نصف العبد بمائة درهم صح البيع، لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التي أرادها أحط، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجز لتفويت ما أرادته من كمال الثمن وتفريق الصفقة. فلو وكله ببيع عبيد فباع كل عبد في عقد، فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز. لأن العادة في بيع العبيد جارية بأفرادهم في العقود. ولو ذكر له قدر الثمن فقال: بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم. فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لأنه قد لا يشتري العبدان الآخران بما بقي من تكملة الألف وإن باع أول صفقة بأكثر من ألف درهم جاز. وهل يجوز بيع الاثنين الآخرين بعد حصول الألف؟ على وجهين أحدهما لا يجوز، لأن مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه، فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيما سواها والوجه الثاني: أنه يجوز له بيع من بقي منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم. ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم مانعا من بيع باقيهم. كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف. ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف، ويكون عن بيع باقيه بالزيادة على الألف. فأما العدد من الثياب إذا وكله في بيعها وأمكن أن يتناع صفقة وتفاريق. فعلى الوكيل أن يعمل على أحط الأمرين لموكله في بيع جميعها صفقة أو أفرادا كل واحد منها بعقد. فإن عدل عن أحظهما لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به " اه (قلت) وكلام المصنف في المذهب يفيد أن البيع يصح وينفذ في كل حالة نقص فيها الثمن عن القدر الذي أذن فيه وضمنه الوكيل أعنى ضمن - الفرق الذي ينقص عن القدر المأذون فيه - كان أذن له في البيع بمائة فباع بتسعين كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذي حدده بكماله، وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل

ومثل ما ذكر في البيع يكون في الشراء فلو أمره أن يشتري شاة بعشرة فاشتراها بأحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة، وهذا هو تخريج أبي العباس بن سريج رحمه الله تعالى. هذا وبقي ما ورد في هذا الفصل مضى بيانه في شرح الفصول السابقة: لأن المصنف في هذا الفصل ضمنه ما ورد في بعض الفصول السابقة، وقد شرحناها والله المستعان. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوق الملك له كما لو عقده بنفسه وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل، فالعقد باطل، لأنه عقد على مال لم يؤذن في العقد عليه، فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه، وإن اشتراه بثمن في الذمة نظرت، فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى، لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة، وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان (أحدهما) أن العقد باطل، لأنه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل (والثاني) أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه، وهو قول أبي إسحاق، وهو الصحيح، لأنه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانعقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل. (فصل) وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه، فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم، لأن الغريم لم يأتمنه على المال، فلا يقبل قوله عليه في الدفع، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي، وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه فإن كان في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن، لأنه لم يفرض، وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط.

وأن أشهد شاهدا واحدا ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن، لأن الشاهد مع اليمين بينة (والثاني) يضمن لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها وإن كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن، وإن لم يشهد ففيه وجهان. أحدهما لا يضمن، لأن المفروض هو الموكل، فإنه حضر وترك الأشهاد. والثاني: أنه يضمن لأن ترك الأشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل، كما لو أتلف ماله وهو حاضر، وإن وكله في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الأشهاد؟ ففيه وجهان. أحدهما: يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود. والثاني لا يلزمه، لأن القول قول المودع في الرد والهلاك، فلا فائدة في الأشهاد، وإن وكله في الإيداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه، لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم، وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه، فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن، لأنه لم يفرض، وإن لم يشهد - فإن قلنا: إنه يجب الأشهاد ضمن لأنه فرط، وإن قلنا لا يجب لم يضمن لأنه لم يفرض. (الشرح) الأحكام: قال المزني رحمه الله تعالى: لو دفع إليه مالا اشترى به طعاما فيسلفه، ثم اشترى له بمثله طعاما فهو ضامن للمال والطعام، لأنه خرج من وكالته بالتعدي، واشترى بغير ما أمره به اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليكون الجواب في المسألة مبني عليها، وهو

أن الرجل إذا وكل رجلا في ابتياع متاع له فلا يخلو حاله من أحد أمرين، إما أن يدفع إليه ثمنه أم لا، فإن لم يدفع الثمن إليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن في ذمته ناويا به أنه لموكله، فيكون بالعقد واقعا للموكل دون الوكيل. وقال أبو حنيفة: يقع الملك بالعقد للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل استدلالا بأن ما ملكه الانسان بعقد غيره وقع الملك للعاقدا، ثم انتقل عنه إلى مملكه كالشفعة يقع الملك إلى المشتري ثم ينتقل عنه إلى الشفيع، ولان الوكيل يلزمه

[148]

الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده، لان الثمن في مقابلة المثل، ولانه لما كان شروط العقد والافتراق معتبرا بالعاقدين اقتضى أن يكون موجه من الملك واقعا للعاقدين. ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح، ولان كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياسا على ولى اليتيم. (فرع) قال المزني: ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال إلى رجل فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل منه الا ببينة اه قلت: وصورة ذلك تتضح في رجل أمر وكيله بدفع مال إلى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع إليه القبض، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام. أحدها: أن يكون ديناً في ذمة الموكل، فقول الوكيل في الدفع غير مقبول على المدفوع إليه، لان الموكل لو ادعى دفع الدين لم تقبل دعواه، فوكيله في دفعه أولى أن لا تقبل دعواه، ويكون صاحب الدين على حقه في مطالبة الموكل بدينه، وليس له مطالبة الوكيل به فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع لم يقبل قوله عليه، وكان ضامناً له لانه، وان كان أميناً له بقوله - غير مقبول في الدفع إلى غيره. ألا ترى أن الوصي أمين للموصى، ولا يقبل قوله على اليتيم في دفع ماله إليه، لانه يدعى دفعا إلى غير من ائتمنه. وكذلك أمره الله تعالى بالاشهاد على اليتيم في دفع ماله إليه بقوله " فإذا دفعتم لهم أموالهم فأشهدوا عليهم " لان غير الايتام قد ائتمنوهم. وقال في غير الاوصيا " فان أمن بعضكم بعضا. فليؤد الذي اؤتمن أمانته " فأمره بأداء الامانة إلى من ائتمنه من غير اشهاد. لان قوله في الدفع مقبول. وأمر الاوصياء بالاشهاد. لان قولهم في الدفع غير مقبول فإذا ثبت أن قول الوصي غير مقبول في دفع مال اليتيم إليه. وان كان مؤتمناً لان الائتمان من جهة غيره فكذا قول الوكيل غير مقبول في دفع المال إلى غير موكله، وان كان مؤتمناً

[149]

لانه دفع إلى غير مؤتمنه، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصياً مات، أو موكلها باقياً. فأما إن صدق الموكل وكيله في الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً للدفع أو غائباً عنه، فإن كان غائباً عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل، كما كان ضامناً مع تكذيبه، لانه وإن صدقة على الدفع فقد فرط بترك الاشهاد، لان أمره بالدفع يقتضى دفعا بيديه من المطالبة، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالاشهاد، فصار الاشهاد من مقومات

الدفع، وكما نقول في الاشهاد نقول في التوثيق والاشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع إليه، لان العرف في زماننا هذا وفشو الفساد واستحلال المحرمات، وصعوبة الاثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البيئات، وعدم التفريط فيها. فصار الوكيل بترك الاشهاد مفردا فيضمن به كما يضمن بالجناية وإن كان الوكيل حاضرا لدفع الوكيل ففى وجوب الضمان على الوكيل وجهان (أحدهما لا ضمان عليه، والاشهاد غير لازم له، لان الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الاشهاد، لان ما كان من شروط الدفع مع غيبة الموكل كان من شروطه مع حضوره، وليس ما اتفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل. والقسم الثاني: أن يكون المدفوع عينا مضمونة في يد الموكل كالعواري والغصوب، فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها، وينكر ربها ذلك فالقول قوله مع يمينه، وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما في الدفع، ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين الذي لا يرجع صاحبه به على الوكيل، لان الوكيل في قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين، وقد ثبت للوكيل في العارية والغصب فكانت يد الوكيل في وجوب الضمان كالموكل، فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع وإن صدقه على الدفع وكان غائبا عن الدفع رجع به ايضا، وإن كان حاضرا فعلى ما ذكرنا من الوجهين، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع

[150]

الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائبا، وهل يرجع به إن كان حاضرا معه على الوجهين. والقسم الثالث: أن يكون ذلك وديعة في يد الموكل، فلا يخلو حال رب الوديعة من أحد أمرين: إما أن يكون قد أذن للمودع أن يوكل في ردها أم لا، فإن لم يأذن له في التوكيل في رد الوديعة عليه فقول الوكيل غير مقبول في الرد والمودع ضامن للوديعة، وهل يكون الوكيل ضامنا لها أم لا؟ على وجهين. وإن أذن له أن يوكل في ردها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يصدقه على التوكيل. فيكون قول الوكيل في هذا مقبولا على رب الوديعة في ردها عليه، لانه قد صار وكيلا له، وقول الوكيل مقبول على موكله والضرب الثاني: أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالأذن فيه. فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا. على وجهين (أحدهما) يقبل قوله، لان التوكيل من جهته، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة، ويصير قول الوكيل مقبولا عليه في الرد. والوجه الثاني: أن قول المودع غير مقبول في الوكالة لانه يدعى عقد توكيل على غيره، فعلى هذا لا يقبل بقول الوكيل في الرد، ويصير المودع ضامنا، وليس له إذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل، لان المودع مفرد بترك الاشهاد في التوكيل، فصار ضامنا لتفريطه. فلم يجز أن يرجع به على غيره. والقسم الرابع: أن يكون ذلك وديعة للموكل وبأمر وكيله بإيداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليمها إليه فيكذب في دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام. أحدها أن يكذبه المالك الموكل في الدفع ويكذبه المودع في القبض، ففيه وجهان من اختلافهم في وجوب الاشهاد عليه عند الدفع (أحدهما) يجب عليه الاشهاد، كما يجب عليه في قضاء الدين، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الاشهاد مفردا. وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول. والوجه الثاني: أن الاشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة. لان

المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الاشهاد عليه كان مقبول القول فيه. فعلى هذا لا يكون مفرطاً. وقوله في الدفع مقبول

[151]

القسم الثاني: أن يصدق المالك الموكل ويكذبه المودع، فلا ضمان على الوكيل وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه في سقوط الضمان عنه، وغير مقبول على المودع. فإذا حلف المودع: ما تسلم منه الوديعة برئ من الدعوى القسم الثالث: أن يصدق المودع على قبضها منه ويدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول. وهو من ضمانها برئ لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الاشهاد عليه فلما برئ من الاشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالاقرار والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه، جاز أن يدفع إليه، ولا يجب الدفع إليه. وقال المزني: يجب الدفع إليه، لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرئ فلم يجبر عليه، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد. فان دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه: أنه ما وكل، لأن الاصل عدم التوكيل، فإذا حلف نظرت. فان كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية ورجع بدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقباض. لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل. والقباض أخذ ما لم يكن له أخذه. فان ضمن الدافع لم يرجع على القباض. وان ضمن القباض لم يرجع على الدافع. لأن كل واحد منهما يقول: إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره. وإن كان الحق ديناً فله أن يطالب به الدافع. لأن حقه في ذمته لم ينتقل. وهل له أن يطالب القباض؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يطالب. وهو قول أبي اسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً (والثاني) ليس له. وهو قول أكثر أصحابنا. لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القباض فلم يجز أن يطالب به. وان جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع إليه لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره وأن دفعه إليه دفع مبرئ فلزمه. وان جاء رجل فقال: أأحلتني عليك صاحب الحق فصدقه. ففيه وجهان

[152]

(أحدهما) يلزمه الدفع إليه، لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه فصار كالوارث (والثاني) أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرئ لأنه ربما يجئ صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه، وإن كذبه لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها وهل يحلف إن قلنا: إنه إن صدقه لزمه الدفع إليه حلف، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع إليه. وإن قلنا لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين. (الشرح) الاحكام: قال المزني: ولو كان لرجل على رجل حق، فقال له رجل: وكلني فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه إليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار، فإن أغرم الدافع على القباض لأنه يعلم أنه وكيل برئ، وان أغرم القباض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرئ. وصورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو في يده، فحضر

رجل ادعى وكالة الغائب في قبض ماله، فان أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان، فان كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته، لانه يشهد لابيه، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل، لانه يشهد لابيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع، ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لانه يشهد على أبيه لاله، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل، لان لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه ان شاء، وتوكيله ان شاء، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيل مالكة، وان لم يكن لمدعى الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعى الوكالة، سواء صدقه على الوكالة أو كذبه، وقال أبو حنيفة وكذا قال المزني: ان صدقه على الوكالة لزمه دفع المال إليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال إليه. وهذا خطأ من وجهين. أحدهما وهو تعليل أبي اسحاق: انه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم يجبر. ألا ترى أن من عليه حق توثيقه فله الامتناع من الدفع الا باشهاد صاحب الحق على نفسه

[153]

ولو لم تكن عليه وثيقة ففي جواز امتناعه لاجل الشهادة وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي: له أن يمتنع لانه لا يتوجه يمين عند ادعائه بعد دفعه (والثاني) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الاشهاد، لانه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف بارا. والتعليل الثاني - وهو تعليل أبي علي بن أبي هريرة - أنه مقر في ملك غيره، ومدع عقد وكالة لغيره، فلم تقبل دعواه، ولم يلزم إقراره، ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق، وأن هذا الحاضر وصيه في قبض دينه لم يلزم دفع المال إليه، وان أقر باستحقاق قبضه، فكذا الوكيل، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه، والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك، فيلزمه الدفع لانه بين أنه من الحق، ولا يصير الوكيل مالكا، ولا يبرأ بقبضه من الحق. فأما ان أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به، فهل يلزمه دفع المال إليه باقراره؟ أم لا؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لانه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث (والثاني) لا يلزمه لانه لا يبرأ بالدفع عند الجحود، فصار كإقراره بالتوكيل. فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه فان كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه، وعليه عند أبي حنيفة والمزني اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق، ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال، وان صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا، لكن يجوز له في الحكم أن يدفعه إليه، فان دفعه إليه، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين اما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها، فان اعترف بها برئ من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل إلى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه. فان أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فله المطالبة، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين، اما أن يكون عيناً أو ديناً، فان كان حقه عيناً قائمة كالغصوب والعواري والودائع فكل واحد من الدافع والقابض ضامن لها،

أما الدافع فلتعديه بالدفع. وأما القايض فليده عند إنكار توكيله، ويكون ربه بالخيار في مطالبة من شاء بها من الدافع والقايض، سواء كانت باقية أو تالفة، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة: فان طالب بها الدافع وأغرمه برئاً ولم يرجع الدافع على القايض بغرمها لانه مقر أن القايض وكيل برئ منها وأنه هو المظلوم بها. وإن طالب القايض فأغرمه برئاً، ولم يرجع القايض على الدافع بغرمها: لانه مقر ببراءته منها، وأنه هو المظلوم بها، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء، لانه أذن في التصرف في ماله فجاز لكل واحد منهما ابطاله كالاذن في أكل طعامه، وان رهن عند رجل شيئاً وجعله على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لانه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن. وان عزله المرتهن ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينعزل، وهو ظاهر النص لانه يبيع الرهن لحقه، فانعزل بعزله كالراهن (والثاني) لا ينعزل، وهو قول أبي اسحاق لانه ليس بوكيل له في البيع، فلم ينعزل بعزله، وان وكل رجلاً في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت، فان أذن له في التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل، فان بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر، وان أذن له في توكيله عن نفسه فان الثاني وكيل الوكيل، فان عزله الموكل انعزل لانه يتصرف له فملك عزله كالوكيل، وان عزله الوكيل انعزل، لانه وكيله فانعزل بعزله، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته، لانه فرع له، فإذا بطلت وكالة الاصل بطلت وكالة الفرع. وان وكل رجلاً في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف في ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الاغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة، لانه

لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته، وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان. (أحدهما) لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها. (والثاني) أنه ينعزل، لان ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة، وإنما هو أمر ولهذا يلزم امثاله، وبالعقود والبيع سقط أمره عنه، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فليس به، أو دابة فركبها، فهل تبطل الوكالة أم لا؟ فيه وجهان أحدهما: تبطل فلا يجوز له البيع، لانه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة. والثاني: أنها لا تبطل، لان العقد يتضمن أمانة وتصرفاً، فإذا تعدى فيه بطلت الامانة وبقي التصرف، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة، فإذا تعدى فيه بطلت الامانة وبقيت الوثيقة. وان وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل، ففيه قولان. (أحدهما) لا ينعزل، فان تصرف صح تصرفه، لانه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالتهني كأمر صاحب الشرع (والثاني) أنه ينعزل، فان تصرف لم ينفذ تصرفه لانه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق. (الشرح) الاحكام: لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه، لانه أذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما ابطاله، كما لو أذن في أكل طعامه، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وحنونه المطبق، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم، فمتى تصرف الوكيل بعد فسق الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل

فمن أحمد فيه روايتان، وللشافعي فيه قولان، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم، ومتى تصرف فيان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعناق وإلى هذا ذهب الخرقي من الحنابلة. والقول الثاني وهي الرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله، نص عليه في رواية جعفر بن محمد أمام العترة، لأنه لو انعزل قبل علمه

[156]

كان فيه ضرر، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله، وربما باع الطعام فيأكله المشتري أو غير ذلك من اطلاق يد المشتري ويجب ضمانه. فيتضرر المشتري والوكيل. ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه بالفسخ. فعلى هذا لو تصرف قبل العلم نفذ تصرفه. وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لما ذكرنا، وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل، لأنه يتصرف بأمر الموكل، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة. ولنا ما تقدم، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان، فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه: ولا يكون عاصيا من غير علمه، وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف، فلا يمنع منه عدم العلم. ومتى خرج أحدهما عن أن يكون من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفهه فحكمه حكم الموت. لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته. فإذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل. وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها، لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف. وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله. وإن كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها، لأن الموكل أهل لذلك. وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة، وإن فسق الوكيل لم ينعزل. لأنه من أهل التصرف. إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالإيجاب في عقد النكاح فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف. فإن كان وكيلاً في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لأنه لا ينافي جواز قبوله. وهل ينعزل بفسق نفسه؟ فيه وجهان. وإن كان وكيلاً فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل البتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه. لأن الوكيل

[157]

ليس له توكيل فاسق. ولا ينعزل بفسق موكله. لأن موكله وكيل لرب المال، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والأغماء، لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفنا (فرع) إذا تعدى فيما وكل فيه، مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فهل تبطل الوكالة. وجهان (أحدهما) تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة (الثاني) لا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه، وبهذا الوجه قال أحمد وأصحابه. لأنه إذا تصرف وإنما يتصرف في نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق

الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة، فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقى الاذن بحاله. فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا، فإذا باعه صح بيعه وبرئ من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمائه، فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه، لانه قبضه بأذن الموكل ولم يتعد فيه. وإذا دفع إليه مالا ووكله في شراء شئ فتعدى في الثمن فصار ضامنا له، فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة. وإن وجد بالمبيع عيبا فرد عليه، أو وجد هو بما اشترى عيبا فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه، لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه. (فرع) إذا وكل أمراته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل، فان تلف في يده من غير تفريط لم يضمن، لانه نائب عن الموكل في اليد والتصريف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن. وإن وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها. وتلف الثمن واستحق

[158]

المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لان البيع له فكان الرجوع بالعهد عليه. كما لو باع بنفسه. (الشرح) الاحكام: اليد في أموال الغير على ثلاثة أقسام، يد ضامنة ويد أمينة، ويد اختلف الشافعي هل هي ضامنة أو أمينة، فالاولى كيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشتري والمستقرض، وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم، وإن كان هلاكه من غير تعديهم، لانهم أصلا بين متعد أو معاوض. والثانية كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن، فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا، لانه ليس فيهم متعد بيده ولا معاوض. وأما اليد المختلف فيها فيد الاجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه، ففيها قولان (أحدهما) أنها كيد المستعير عليها الضمان، والثاني أنها كيد المودع لا ضمان عليها فيما هلك فإذا تقر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله، ولا ضمان عليه إن هلك لامرين (أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده، فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته (والثاني) أن الوكيل له عقد ارفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود ارفاق والمعونة فيها: وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض فكان أبو علي الطبري رحمه الله يقول: إذا كانت بعوض جرت مجرى الاجير المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين. وهذا ليس بصحيح. لانها إذا خرجت عن حكم الاجارة في اللزوم خرجت عن حكمها في الضمان (فرع) قال المزني: فإن طلب منه الثمن فمنعه فقد ضمنه الا في حال لا يمكنه فيه دفعه. قال الماوردي في حاويه " وهذا كما قال: إذا كان مع الوكيل ثمن ما باع الموكل فطلب منه فمنعه، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين. اما أن يكون بعذر أو بغير عذر. فان كان لعذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول إلى موضع الثمن. أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها.

[159]

أو لصياح مفتاح أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر في تأخير الدفع ولا ضمان عليه ان تلف قبل الدفع. وان منعه لغير عذر صار ضامنا له. فان تلف كان عليه غرمه. فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ " (قلت) سيأتي مزيد ايضاح لهذا الفصل في آخر فصل في هذا الباب لتعلقها به هناك. أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول: ان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها فقد بطلت الوكالة. لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع بقرة فماتت. ولو دفع إليه ديناراً ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع. أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة. سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً: ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا ايضاحه من حيث التعدي والتفريط أو عكسهما والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله لانه ينكر عقدا الاصل عدمه فكان القول قوله. وان اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها. بأن قال الوكيل: وكلتني في بيع ثوب. وقال الموكل: بل وكلتني في عبد، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بألف وقال: بل وكلتني في البيع بألفين. أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بثمن مؤجل وقال الموكل: بل وكلتني في البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لانه ينكر اذنا والاصل عدمه، ولان من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كفيته كالزوج في الطلاق (فصل) وان اختلفا في التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول الوكيل لانه يملك العقد والقبض. ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به. كالأب في تزويج البكر.

[160]

(والثاني) أنه لا يقبل قوله، لانه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه، وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا، فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين. وقال الموكل: بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه. فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر، لانه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الاذن، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن، وللوكيل في الظاهر قال المزني: ويستحب الشافعي رحمه الله في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين، فان قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن وإن قال كما قال المزني: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا يصح، لانه بيع معلق على شرط فلم يصح، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل. ومنهم من قال يصح، لان هذا الشرط يقتضيه العقد لانه لا يصح أن يبيعه إلا أن يكون قد أذن له في الابتاع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فان امتنع الموكل من البيع قال المزني: يبيعه الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها. وقال أبو سعيد الاصطخري فيه وجهان (أحدهما) ما قال المزني. (والثاني) أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى علي رجل أنه اشترى منه داراً وأنكر المشتري، وحلف أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان

(أحدهما) أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها (والثاني) أن البائع يملك الدار لان المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته، فيكون البائع أحق بعين ماله. وقال أبو إسحاق لا يملك الوكيل الجارية قولا واحدا، وتخالف الدار لانها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا

[161]

تحالف المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل، فتعود إليه عند التعذر، فان قلنا يملكها ظاهرا وباطنا تصرف فيها بالوطئ وغيره. وان قلنا انها للموكل في الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه. ووجد له مالا من غير جنس حقه. (الشرح) الاحكام: قال المزني رحمه الله تعالى: فان كان وكله ببيع متاعه فباعه فقال الوكيل قد دفعت اليك الثمن فالقول قوله مع يمينه. وقال الماوردي في حاويه: اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام: قسم يقبل فيه قول الوكيل. وقسم لا يقبل فيه قوله. وقسم اختلف قوله في قبول قوله (1) فيه. فأما القسم الاول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في رد ما قد ائتمنه عليه. وجملة الايدي التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام (أحدها) ما يقبل فيه (قول (2)) صاحبها في رد ما كان معه، وهو من ائتمنه المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) في أمانته كالمودع، فقوله في رد ما بيده من الوديعة على ربه مقبول، لانه لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه (والثاني) من لا يقبل قوله وان كان أمينا في رد ما بيده وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله في الرهن على رهنه، لانه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه (والثالث) من اختلف أصحابنا في قبول (قوله) وهو من كان نائبا عن المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته، كالعامل في القراض، والاجير المشترك، ففي قبول قولهم وجهان (أحدهما) أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك، وهذا أظهر القولين (الوجهين) وهو قول الجمهور

(1) اختلف قوله، أي قول الامام الشافعي رضى الله عنه، وكذا كل ما جاء على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير المذكور في اثبات قول أو حكم أو مذهب. (2) ما بين القوسين منا.

[162]

(والثاني) وهو قول أبي على الطبري: أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم لان عود النفع إليهم يجعلهم كالمصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن فإذا تقرر هذا للاصل فالوكيل إن كان متطوعا، فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان، فهذا ما يتعلق بالقسم الاول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل. وأما القسم الثاني: وهو مالا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل، فهو أن يدعى إذنا في تصرف لقول الوكيل: أمرتني ببيع كذا، أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك، فالقول قول الموكل دون الوكيل، لانه في هذه

الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها، لذلك مدعى الاذن لا يقبل قوله في ادعائه، وكذلك إذا اتفقا على الاذن، واختلفا في صفته كقول الوكيل أمرتني بإعطاء زيد ألفا فقال: بل أمرتك بإعطائه ثوبا، وكقوله أمرتني ببيع عبدك بألف، فقال: بل أمرتك بألفين، فالقول فيه قول الموكل، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا بينه يقيمها على ادعائه، والبينة شاهدان عدلان لا غير، لأنها بينة في إثبات الوكالة. وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله في قبول (قول) الوكيل فيه على موكله، فهو أن يوكل في عمل فيدعي الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه، وينكره الموكل، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحه والموهوبة له والمطلقة والقابض والمقبض، ففيه قولان محكيان عن الشافعي، ووجهان ذكرهما ابن سريج، فأحد قولى الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه، والبينة عليه معتبرة في كونه مالا أو غير مال، وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم يلزم بمجرد الدعوى. والقول الثاني: أن القول في جميع ذلك قول الوكيل، لأن الموكل أقامه مقام نفسه، بعد قوله عليه. فهذا قول الشافعي المحكيان عنه. وأما وجهها أبو العباس بن سريج فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول

[163]

الشافعي وجهين ذكر احتمالهما، ونص توجيههما، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والابراء كان قوله مقبولا فيه، لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال صح إقراره به في تلك الحال، وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به. والوجه الثاني: وهو الذي عول عليه واعتمد على نصرته: إن ؟ ن الاقرار به كإيقاع (طلاق) قبل قوله فيه، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه، وهذا الوجهان إنما يكون للقول بها وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقيا على الوكالة، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخريجها لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما والله تعالى أعلم. (فرع) إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولا عليه، لكن مع يمينه، لأنه اختلاف في الدفع، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري فهو على قولين، لأن الوكيل يدعى عملا ينكره الموكل، وإن كذبه في البيع وقبض الثمن، فهو على قولين أيضا لما ذكرنا. (فرع) إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري سيارة، فقال الوكيل: اشتريتها بألف، قال الموكل: اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشترى السيارة بألف - وثمة قول بأنه إذا كانت السيارة ليست بيده فالقول قول الموكل - وهذا ليس بصحيح، بل قول الوكيل أولى في الحالين لقبول قوله في أصل الشراء وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه. (فرع) قال المزني: ولو قال أمرتك أن تشتري هذه الجارية بعشرة فاشتريتها بعشرين. وقال الوكيل: بل أمرتني بعشرين فالقول قول الأمر مع يمينه وتكون الجارية في الحكم للموكل، والشافعي يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالأمر فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين، ويقول للآخر: قد قبلت، ليحل له الفرج ولمن يتناحها منه.

وقد أثارت هذه العبارة من المزني كلاما لدى الاصحاب، لانه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله: ان كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعته عليك بعشرين، وهذا شرط يفسد معه البيع، فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزني من ذلك على وجهين. أحدهما: أن المزني انما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيها على معنى هذا العقد، والسبب المقصود به من غير أن يذكره في نفس العقد، فإذا ذكره فيه لم يصح، بل يعقد له مطلقا من هذا الشرط، وهذا قول أكثر البصريين. والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لانه هكذا يكون في الحكم فحائز أن يكون ملفوظا به في العقد. (فرع) إذا ثبت ما أسلفنا فللموكل حالتان: أحدهما: أن يجيب إلى بيعها على الوكيل ان كان صادقا فيصير الوكيل مالكا لها ظاهرا وباطنا. ويجوز له امساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها والحال الثانية: أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لانه ليس بمالك، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا؟ على وجهين أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه قد ملكها ملكا تاما ظاهرا وباطنا لان الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها، وان باعها ملك الفضل في ثمنها. والوجه الثاني: وهو قول أبي اسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: انه لا يصير مالكا لها، وانما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه، لانه مقر بأنها ملك لموكله، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها، وان كان في ثمنها فضل لم يملكه، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا؟ على وجهين. (أحدهما) يبيعها بنفسه (والثاني) يتولاه الحاكم، فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه، وان كان أقل فلا رجوع له بنافيه، وان كان أكثر فلا حق له في الزيادة. وهل يجوز اقرارها في يده؟ أم ينزعها الحاكم منه؟ على وجهين، أحدهما:

يقرها في يده لانه لا خصم له فيها، والوجه الثاني: ينزعها منه لانه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال العيب - التي ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل في النزاع - أم يكون مشترى الجارية مالكا، على الوجهين جميعا، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشتري من وكيل في بيعها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل، لان التلف يتعذر إقامة البينة عليه فجعل القول قوله. (فصل) وإن اختلفا في رد المال فقال الوكيل: رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت، فان كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه: لانه قبض العين لمنفعة المالك، فكان القول في الرد قوله كالمودع، وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان. (أحدهما) لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن (والثاني) أنه يقبل قوله لان انتفاعه بالعمل في العين، فأما العين فلا منفعة له فيها، فقبل قوله في ردها كالمودع في الوديعة. (فصل) إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال لا أعطيك حتى تشهد

على نفسك بالقبض نظرت، فإن كان مضمونا عليه كالغصب والعارية فان كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض، لانه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، ويقيم عليه البينة فيغرمه، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضمونا لا بينة عليه فيه، ففيه وجهان. (أحدهما) أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لانه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه، وفي الناس من يكره أن يحلف (والثاني) أنه ليس له أن يمتنع، لانه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئا، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم.

[166]

(الشرح) الاحكام: هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه ومجمل القول: إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخل من ستة أحوال: الاول: إذا اختلفا في التلف، فقال الوكيل تلف مالك في يدي، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين. وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع. وكذلك كل من كان في يده شيء على سبيل الامانة، كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجر المشترك على اختلاف فيه، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود ذلك في ناحيته، ثم يكون القول قوله في تلفها، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد. لان وجود الامر الطاهر مما لا يخفى، فلا تتعذر إقامة البينة عليه الثاني: أن يختلفا في تعدى الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعى عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها، أو حمل عليها شيئا لنفسه، أو فرط في حفظها أو لبس الثوب، أو أمره برد المال فلم يفعل، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه، لانه أمين ولانه منكر لما يدعى عليه. والقول قول المنكر الثالث: أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل: بعث الثوب، وقبضت الثمن فتلف، فيقول الموكل: لم تبع ولم تقبض شيئا، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جعل، لانه إن كان يجعل كان أجيرا وبه ضامنة (فرع) قال المزني: ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمعتني وأنت ضامن فهو مدع ان الامانة تحولت مضمونة وعليه البينة، وعلى المنكر اليمين. وهذا كما قال، إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك، ثم اختلفا فقال الوكيل: منعتك معذورا فلا ضمان علي. وقال الموكل منعتني غير معذور فعليك الضمان، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكنا، ولا ضمان عليه لانه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه في انتقاله عن الامانة إلى الضمان (فرع) قال المزني: ولو قال وكتك ببيع متاعى فقبضته منى وأنكر ثم أقر،

[167]

أو قامت عليه البينة ضمن - أي انتقل من حال الامين إلى حال الضامن - لانه خرج بالجحود من الامانة، وهذا صحيح، وصورة ذلك في رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر، فإن أقام المدعى بينة بالوكالة

وقبض المتاع صار ضامنا وخرج بالجحود عن الامانة فصار كجاحد الوديعه، فلو ادعى بعد قيام البيئه عليه تلفها أو ردها على مالكها لم تقبل دعواه، لانه ضمن ما لا يقبل قوله في ادعاء البراءة منه، ولانه صار بالانكار الاول مكذبا لهذه الدعوى منه، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه، وكان ضامنا له كقيام البيئه عليه بقبضه. فلو أقام البيئه برده على موكله أو بتلف ذلك في يده قبل جحوده ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة: إنها بيئه مردوده، لانه قد أكذبها بسابق إنكاره. والوجه الثاني وهو قول أبى القاسم الصيمري، وحكاه أبو حامد الاسفرايينى إن بينته مقبوله، يقدم ما شهدت به على الجحود الموجب للضمان. قال الماوردى والوجه الاول أصح. (فرع) قال المزني: ولو قال: وكلتك في بيع متاعى فبعته، وقال: مالك عندي شئ، فأقام عليه البيئه فقال: صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لان من دفع شيئا إلى أهله فليس هو عنده، ولم يكذب نفسه فهو على أصل أمانته وتصديقه. وهذا صحيح، إذا ادعى أنه وكله في متاع أقبضه إياه لبيعه فقال الوكيل: مالك عندي شئ أو ليس لك في يدي حق فهذا جواب مقنع في الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه، لانه منكر. وكل من ادعى عليه مال في يده وذكر المدعى سبب استحقاقه كالوديعه والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكرا له أن يجيب بأحد جوابين، إما أن يقول: ما أخذت منك هذه الوديعه، ولا غصبتك هذا المال، وإما أن يقول: مالك قبلى حق، فكلا الجوابين مقنع في إنكار الدعوى وعليه اليمين. وصفة إحلافه وتحليفه بحسب اختلاف الجواب، فإن كان جوابه مطلقا

[168]

بأن قال: ليس عندي لك حق، أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبله حق، ولا يجوز للحاكم أن يحلفه: ما أخذ وديعه، أو ما غصبه، لانه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعه والغصب، بهيه أو بيع استوفى ثمنه، فلا يكون قبله حق، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر وإن كان جوابه أن قال: ما غصبتك، أو قال: ما أخذت وديعتك، فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين (أحدهما) أنه يحلف بالله ماله قبله حق احترازا مما ذكرنا (والوجه الثاني) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه، ولا أخذ وديعته لان تركه الاحتراز في جوابه ينفي التوهم عنه فيما ذكرنا. فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع فحلف ثم قامت البيئه عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولا فيه لامرين أحدهما: أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الاول، لان من يرد الشئ على مالكه فليس له شئ في يده. والثانى: أنه ليس له في جوابه الاول تكذيب الشهود، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين، فلو قامت عليه البيئه في هذه المسأله بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شئ لك عندي صار ضامنا ولم يقبل قوله في الرد أو التلف لان هذا الجواب منه مع بقاء الشئ في يده كذب وجحود فصار ضامنا: (فرع) قال المزني: ولو جعل للوكيل فيما وكله جعلاً، فقال للموكل جعلى قبلك، وقد دفعت إليك مالك، فقال: بل خنتني فالجعل مضمون لا تبرئه منه الجنابة عليه. وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوما، فلو قال: قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله، فلو وكله في بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعا فاسدا فلا جعل له، لان مطلق الاذن بالبيع يقتضى ما صح منه، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم

يستحق جعلاً عليه، فلو باعه بيعة صحيحة وقبض ثمنه، وتلف الثمن في يده
فله الأجرة لوجود العمل، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حياكة ثوب
أو تجليد كتاب

[169]

فتلف الثوب أو الكتاب في يده بعد عمله، فلا أجرة له إن كان مشتركا،
والفرق الذي تلف الثمن في يده والذي تلف الثوب أو الكتاب في يده أن
المقصود من الإجير تسليم العلم المستحق في مقابلة العوض، فما لم
يحصل التسليم لم يجب ما في مقابلته من العوض، والمقصود من الوكيل
وجود العمل المأذون فيه، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب في يده قبل
تسليمه إلى مستحقه بطل البيع، ولم يبطل جعل الوكيل، لأن بطلانه
بمعنى حادث بعد صحته، فصار بالعمل مأجورا فيه، وكان بخلاف وقوع البيع
فاسداً، فلو سلم الثوب إلى مشتربه وقبض ثمنه فتلف في يده، ثم استحق
الثوب من يد المشتري كان البيع فاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من
جهة الوكيل فصار مقصوده بالأذن مجرد العمل على وجه الصحة دون
الصحة، وقد وجد من الوكيل ذلك العمل. فأما رجوع المشتري بالثمن، فإن
لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل ويرجع الوكيل به على الموكل،
وإن علم بالوكالة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي حامد المروزي ذكره
في جامعته أن يرجع على الموكل دون الوكيل، لأنه مبيع عليه كالمبيع على
المفلس (والثاني) يرجع على من شاء منهما، لأن لكل واحد منهما في
العقد تأثيراً فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بجعل واستحقاقه بعد
العمل، فطالب الوكيل الموكل بجعله، وادعى أنه قد باع ما وكل في بيعه،
وأنه قد رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان، حالة ينكر العمل الذي ادعاه
من البيع وقبض الثمن، وحالة يعترف به، فإن أنكر الموكل ذلك فالقول
قوله مع يمينه، ولا جعل للوكيل إلا بينة يقيمها على البيع، سواء قبل قوله
في البيع؟ أم لا، لأنه يدعى عملاً يستحق به جعلاً فلم يقبل قوله في
دعواه، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل إليه فالقول قول
الوكيل مع يمينه وله الجعل، لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق
بها، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع، إنك خنتني في عملي بقدر
جعلك فبرئت منه بخيانتك، وأنكر الوكيل الخيانة، فالقول قول الوكيل مع
يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله.

[170]

(فرع) إذا تلف الثمن قبل دفعه للموكل، فإن كان لعذر في تأخير الدفع فلا
ضمان، فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف
أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا؟ على
ثلاثة أوجه. أحدها وهو الصحيح: أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالاشهاد
على نفسه بالقبض، لأن قول الوكيل مقبول في الدفع، فعلى هذا يصير
بالمعنى ضامناً، وعليه الغرم إن تلف. والوجه الثاني: له الامتناع بالدفع إلا
بالاشهاد ليسلم من اليمين مع الأكاذاب فعلى هذا لا يصير بالمعنى ضامناً ولا
غرم عليه إن تلف. والوجه الثالث وهو مذهب مالك: أنه إذا قبض المال
بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد، وإن قبضه بغير إشهاد لزمه الدفع بغير

إشهاد، فأما من كان غير مقبول القول في الدفع فلا يلزمه الدفع إلا
بالاشهاد سواء كان ضامنا كالغاصب والمستعير أو غير ضامن كالمرتتهن.
فأما المضارب والاجر المشترك - فإن قلنا بأحد الوجهين: إن قوله في
الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع إلا بالاشهاد، وإن قلنا بالصحيح من
المذهب: أن قولهم في الدفع مقبول ففي وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه
على ما أسلفنا والله تعالى موفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.

[171]

قال المصنف رحمه الله: كتاب الوديعة (الشرح) يقال: ودعته أدعه ودعا
تركته، وأصل المضارع الكسر من ثم حذفت الواو ثم فتح لمكان حرف
الحلق، قال بعض المتقدمين: وزعمت النحاة أن العرب أمانت ماضى يدع
ومصدره واسم الفاعل، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبي عبلة
وزيد النحوي " ما ودعك ربك " بالتخفيف، وفي الحديث " لينتهين قوم عن
ودعهم الجمعات " أي تركهم، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب
ونقلت من طريق القراء، فكيف يكون أماته، وقد جاء الماضي في بعض
الاشعار وما هذه سبيله فيجوز القول بقلة الاستعمال، ولا يجوز القول
بالاماتة، ووادعته موادعة صالحته، والاسم الوداع بالكسر ووادعته توديعا
والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاما وهو ان تشيعه عند سفره، والوديعة
فعيلة، بمعنى مفعولة، وأودعت زيدا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة
وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهي الراحة، أو أخذته منه وديعة،
فيكون الفعل من الاضداد لكن الفعل في الدفع أشهر واستودعته مالا
دفعته له وديعة يحفظه وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح
والاسم الدعة وهي الراحة وخفض العيش والهاء عوض من الواو والاصل
فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى " إن الله يأمركم أن
تؤدوا الامانات إلى أهلها " وقوله تعالى " فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد
الذي أوتمن أمانته " وقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ". أما
السنة: فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أد الامانه إلى من
ائتمنك ولا تخن من خانتك " رواه أبو داود والترمذي من حديث أبي هريرة
(رض)

[172]

وقال: حديث حسن. وأخرجه الحاكم وصححه، وفي إسناده طلق بن غنام
عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبي التياح عن أنس، وفي إسناده
أيوب بن سويد وهو مختلف فيه، وقد تفرد به كما قال الطبراني، وقد
استنكره أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضا البيهقي ومالك. وفي هذا
الباب عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي في العلل المتناهية، وفي إسناده
من لا يعرف، وأخرجه أيضا الدارقطني. وعن أبي أمامة عند البيهقي
والطبراني بسند ضعيف. وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي
وأبي نعيم وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي، وفي
إسناده مجهول آخر غير الصحابي، لان يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر
وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقي. قال الشافعي
رضى الله عنه: هذا الحديث ليس بثابت، وقال أحمد: هذا حديث باطل لا

أعرفه من وجه يصح. وقال ابن الجوزي لا يصح من جميع طرقه، ولا يخفى أن ورود هذا الحديث بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضا للاحتجاج به. وقوله " ولا تخن من خانك " فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله، فيكون مخصصا للعموم في قوله تعالى " وجزاء سيئة سيئة مثلها " وقوله تعالى " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " وقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " . قال الشوكاني رحمه الله تعالى: إن الأدلة القاضية بتحريم مال الأدمى ودمه وعرضه عمومها مخصص بهذه الآيات الثلاث، والحديث مخصص لهذه الآيات، فيحرم من مال الأدمى وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة ولكن الخيانة إنما تكون في الأمانة كما يشعر بذلك كلام صاحب القاموس على أن الأحاديث التي يثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتي كثير منها في فصول هذا الباب إن شاء الله

[173]

وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الابداع والاستيداع والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم، واشتقاق الوديعة من السكون يقال ودع وديعه فكانها ساكنة عند المودع مستقرة، أو هي مشتقة من الخفض والدعه فكانها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لان فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى " ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون أخيه فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف ان لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها، لان حرمة المال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " حومة مال المؤمن كحرمة دمه " ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله وإن كان عاجزا عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لانه يغرر بها ويعرضها للهلاك، فلم يجز له أخذها. (الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري، ومسلم عن ابن عمر، وروى بعضه ابن ماجه واسناده صحيح ورواه الترمذي يلفظ " المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله، كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه، التقوى ههنا، بحسب امرئ من الشر ان يحقر أخاه المسلم " قال الترمذي: حديث حسن أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه: فقد رواه أبو نعيم في الحلية. قال في الجامع الصغير: وهو غريب ضعيف، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء في خطبة الوداع " ان الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحرمة

[174]

يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا " واقتران المال والدم والعرض في حرمتها وتنشبه الحرمه بحرمه مكة في يوم الوقوف من شهر ذي الحجة يدل على صحة التساوى بين المال والدماء. أما الاحكام فقد اتفق الائمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب إليها. وانفقوا على أن حفظها فيه ثواب، وأن قبول حفظها أمانة محضه، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى، وأن القول قوله في تلفها وردها على الاطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتي كما سيأتي ما اختلفوا فيه. أما إذا خاف على الوديعة التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضا للغارة، أو كان له غرماء ولا يأمن أن يستولوا عليها وفاء لحقهم، أو كان لا يأمن أن تحدثه نفسه بالخيانة فيها، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها، ولا يجوز له قبولها، حتى لا يعرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجر له أخذها. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يصح الايداع إلا من جازر التصرف في المال، فإن أودعه صبي أو سفيه لم يقبل لانه تصرف في المال، فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع، فإن أخذها منه ضمنها، لانه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله، كما نقول فيما غصبه من ماله، وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه ففيه وجهان، بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائرا من جارحة وأمسكه ليحفظه (أحدهما) لا يضمن، لانه قصد حفظه (والثاني) يضمن، لانه ثبتت يده عليه من غير ائتمان (الشرح) الاحكام: يشتمل هذا الفصل على أمور: أولها لا يجوز لاحد أن يقبل الوديعة الا من جازر التصرف، وكما عرفنا من قبل أنه العاقل البالغ ثانیها: إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت يده من يد أمينة إلى يد ضامنة كالغاصب ثالثها: إذا أراد أن يبرئ ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى

[175]

الناظر في مال الصبي أو المحجور عليه. رابعها: إذا خشى على مال الصبي أو السفيه التلف أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه في غير ما يصلح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظا من الضياع، كالمحرم إذا خلص طائرا من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه. خامسا: إذا قبله على هذا النحو في الامر الرابع هل عليه ضمانه أم لا؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يضمن لان أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانته (والثاني) وجب عليه الضمان. لانه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جازر التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا في الامر الثاني ولا يزول عنه الضمان بردها إليه، وإنما بدفعا إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يصح إلا عند جازر التصرف، فإن أودع صبياً أو سفيها لم يصح الايداع، لان القصد من الايداع الحفظ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ، فإن أودع واحدا منهما فتلغ عنده لم يضمن، لانه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه، كما لو تركه عند بالغ من غير ايداع فتلغ، وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان (أحدهما) يضمن لانه لم يسلمه على اتلافه فضمنه بالاتلاف، كما لو أدخله داره فأتلف ماله (والثاني) لا يضمن، لانه مكنه من اتلافه فلم يضمنه، كما لو باع منه شيئا وسلمه إليه فأتلفه. (الشرح) الاحكام: كما لا يجوز للعاقل المكلف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبي والسفيه حسبما أسلفنا من البيان، فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبي أو سفيه أو مجنون لان الايداع مقصود للحفظ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون إلى من يحفظ لهم مالهم، فلا

يحفظون مال غيرهم فإذا أودع رجل عند صبي أو معتوه ودبعة فتلفت في يده لم يضمنها، سواء حفظها أو فرط فيها، فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها في ظاهر المذهب، وبه قال القاضى من الحنابلة والخرقى وابن قدامة، وذهب بعض الحنابلة، وهو

[176]

قول أبى حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه، لان ربها سلطه على إتلافها بدفعها إليه، فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته؟ ولنا أن ما ضمنه بالتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ، ولا يصح قولهم: إنه سلطه على إتلافها لانه استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للتلاف، ودفع الوديعة بخلاف ذلك (فرع) إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلف لا ضمان عليه، كما لو أودعه ويفارق الإيداع من حيث التفريط، فلو فرط فيه لم يضمنه في ظاهر المذهب بخلاف المودع والله اعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول، والقبول بالفعل، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاعماء والموت، كما تنفسخ الوكالة، لانه وكالة في الحفظ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ. (الشرح) الاحكام: وتتبع الوديعة الوكالة في جوازها وانعقادها وفسخها، فمن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول. وصورة الإيجاب أن يدفع الوديعة إليه - وهذا فعل - فإذا كانت سيارة فأدخلها مرساه أو حظيرته أو جرائشه وقال له: هذه سيارتي عندك وديعة صح الإيجاب. أما القبول فبأى لفظ دال على القبول يصح عقد الوديعة أما الفسخ فيجرى فيه ما يجرى في فسخ الوكالة، فإذا أراد المودع ردها انفسخ عقدها، لانه متبرع بالقبول. وإذا أراد ربها استردادها وفسخ عقدها كان له ذلك لانه مالكها، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو موته أو اعماؤه، لان استمرار العقد ينبغى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداءً، وببطل العقد ما يمنعه ابتداءً. ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربها، وفي حالة الجنون أو

[177]

الاعماء يردّها إلى الناظر في مال مالكها، وفي حالة الموت يردّها إلى وارثه، فان لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامناً كالغاصب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) والوديعة أمانة في يد المودع، فان تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " من أودع وديعة فلا ضمان عليه " وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم، وهو اجماع فقهاء الامصار، ولانه يحفظها للمالك فكانت يده كيده، ولان حفظ الوديعة معروف واحسان، فلو ضمننت من غير عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدى إلى قطع المعروف، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يصبر مضموناً لانه أمانة فلا يصير مضموناً بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط. وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة، لانه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه، وهل يجوز له امساكه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألفت الريح ثوباً في داره

(والثاني) يجوز، لان ايداع الام ايداع لما يحدث منها. (الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدارقطني. وقال الحافظ ابن حجر: فيه ضعف، وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى بلفظ " ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان " وقال الدارقطني: انما نروى هذا عن شريح غير مرفوع. قال الحافظ ابن حجر: في اسناده ضعيفان. وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ " من أودع ودبعة فلا ضمان عليه " وفي اسناده المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي. وأخرج أبو داود والترمذي وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبي أمامة الباهلي رضى الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول في حجة الوداع " العارية مؤداة، والزعيم غارم "

[178]

وحديث الفصل الذي رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، وفي سماع شعيب من جده نظر، وقد أثبت السماع في حاشيتي على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى " بفتح البيان في مقاصد القرآن " الصادرة عن مطبعة الامام. وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو، فالضمير في جده يعود على شعيب لا على عمرو، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لان جد الاب جد، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه، وليس منصرفا إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو أما الاحكام: ففي الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أمينا على عين من الاعيان كالوديع والمستعير، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين. وقد حكى في البحر الاجماع على ذلك. وتأول ما حكى عن الحسن البصري أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة، والوجه في تضمينه الجناية أنه صار بها خائنا، والخائن ضامن لقوله صلى الله عليه وسلم " ولا على المستودع غير المغل ضمان " والمغل هو الخائن. وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد في حفظ العين لانه نوع من الخيانة. وقد استدلل القائلون بال ضمان بحديث الحسن البصري عن سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " زاد أبو داود والترمذي: قال قتادة ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه قال المقبلي في المنار: يستدلون بهذا الحديث على التضمنين ولا أراه صريحا، لان اليد الامينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد، والا فليست بأمانة ومستخبر عن سر ليلى تركته * بعمياء من ليلى بغير يقين يقولون خبرنا فأنت أمينها * وما أنا ان خبرتهم بأمين إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية، وليس الفرق بين المضمون

[179]

وغير المضمون إلا هذا. وأما الحفظ فمشارك، وهو الذي تفيده " على " فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال " هو أمينك لا ضمان عليه " بعد رواية الحديث. اه قال الشوكاني " ولا يخفى عليك ما في هذا الكلام من قلة الجدوى وعدم الفائدة، وبيان ذلك أن قوله " لان اليد الامينة

عليها ما أخذت حتى ترد، والا فليست بيد أمينة " يقتضى الملازمة بين عدم الرضا وعدم الامانة، فيكون تلف الوديعة والعارية بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الامين عن كونه أمينا وهو ممنوع، فان المقتضى لذلك انما هو التلف بجنابة أو خيانه، ولا نزاع في أن ذلك موجب للضمان، انما النزاع في تلف لا يصير به الامين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه، أو بسبب سهو أو نسيان أو بأفة سماويه أو سرقة، أو ضياع بلا تغريط، فانه يوجد التلف في هذه الامور مع بقاء الامانة " انتهى.

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الامر المقذور عليه وهو الضمان أو الحفظ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معا، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له، فمن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر، وبهذا تعرف أن التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغي وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر في الاصول أن العمل بالرواية لا بالرأى، لاسيما إذا تعززت الرواية بعمل الصحابة رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر وممن قال بان الوديعة أمانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع إذا لم يفرط شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى وأحمد، وعن أحمد رواية أخرى " ان ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله، وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول

[180]

دليلنا: أن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافى الامانة، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم، ولان المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها، وما روى عن عمر محمول على التغريط من أنس في حفظها، فلا ينافى ما ذكرنا. (فرع) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها لم يضمن، وبهذا قال الشافعي والثوري وإسحاق وابن المنذر، وقال أحمد: إذا قال: أنا ضامن لها فسرقت لا شئ عليه، وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة.

دليلنا: أنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة، لانه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط (فرع) إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولدا، كان ما ولده أمانة، لانه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان، وهل يجوز له إمساكه، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألقى الريح ثوبا في داره (والثانى) يجوز إمساكه، لان إيداع الام إيداع لما يحدث منها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ومن قبل الوديعة نظرت، فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أحرزها فتلفت لزمه الضمان، لانه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها، فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن، لان الايداع يقتضى الحفظ، فإذا أطلق حمل على التعارف، وهو حرز المثل، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان، وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لان من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه، فإن قال لا تقفل عليه فأقفل عليه، أو قال لا تقفل عليه فقلين، فأقفل ققلين، أو قال لا ترقد عليه فرقد عليه

فالمذهب أنه لا يضمن، لأنه زاده في الحرز، ومن أصحابنا من قال: يضمن، لأنه نيه اللص عليه وأغراه به. (فصل) وان عين له الحرز فقال احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه ضمن لان من رضى حرزا لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن، لان من رضى حرزا رضى مثله وما هو أحرز منه، وإن قال له احفظها في هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن، لأنه لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان. قال أبو سعيد الاصبخري لا يضمن لأنه جعله في مثله، فأشبهه إذا لم ينه عن النقل. وقال أبو إسحاق: يضمن لأنه نيه عن النقل فضمنه بالنقل، فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت، فإن كان النهى مطلقا لزمه النقل ولا يضمن، لان النهى عن النقل للاحتياط في حفظها، والاحتياط في هذا الحال أن تنقل، فلزمه النقل، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك وإن قال: له لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن، لأنه زاده خيرا وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان. قال أبو العباس وأبو إسحاق لا يضمن، لان نيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان وقال أبو سعيد الاصبخري: يضمن لان نيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له، لأنه خلاف الشرع، فيصير كما لو لم ينه، والاول أظهر، لان الضمان يجب لحقه فسقط بقوله: وان خالف الشرع كما لو قال لغيره: اقطع يدى أو أتلغ مالى. (الشرح) قوله: الحرز المكان الذى يحفظ فيه والجمع أحرار مثل حمل وأحمال، وأحرزت المتاع جعلته في الحرز، ويقال: حرز حريز للتأكيد، كما يقال: حصن حصين واحترز من كذا أي تحفظ وتحرز مثله، ومنه قولهم: أحرز قصب السبق، إذا سبق إليها فضمنها دون غيره. أما الاحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديع المكان الذى يحفظها فيه، عليه أن يجتهد في حفظها بما يحفظ به مثلها، فإذا اشترط عليه أن يحفظها في

صفائح وكانت زيتا أو سمنا فحفظها في زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنائن كان عليه ضمانها لأنه خالف مالكها، فإذا أمره أن يحفظها في زجاج فكسرت القنائن فلا ضمان عليه فإذا خالفه وحفظها في براميل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيرا بهذه المخالفة وكان على أمانته، فلو أمره أن يحفظها في حرز من الجلد فحفظها في قماش ضمن. فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين، أو قال لا ترقد عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لانها أمور تزيد في وسائل الحفظ، وقوة الحرز. ومن أصحابنا من قال: يضمن، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص إليه. وقال أصحاب أحمد: إذا بالغ في حفظها من غير حاجة ضمن. (فرع) فإذا عين له الحرز فان نقلها إلى ما دونه - أعنى أقل كفاءة في الحفظ - ضمن، فإذا نقلها إلى حرز مثل الذى عينه أو أعلا كفاءة وحفظا؟ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصبخري لا يضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فكان كان لم ينقلها، أو كان ربها لم يعينه، أو لم ينه عن غير ما عينه. والثانى وهو قول أبى اسحاق المروزي. يضمن، لأنه

نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الائتمان إلى الضمان. (فرع) إذا كان الحرز الذي عينه المودع معرضا لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الأرض تنلغه نظرت فإن كان نهيها مطلقا بأن قال لا تنقلها من هنا لزمه مخالفتها، لأن النهي أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف. (فرع) إذا قال له لا تنقلها وان خفت عليها الهلاك، فخاف عليها الهلاك ونقلها لم يضمن بالمخالفة لأنه زاده خيرا، أما إذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي لا يضمن لأن نهيها مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان. قال أبو سعيد الاصطخري: عليه الضمان، لأن هذا النهي يتعارض مع

[183]

مستولية الامين في الاجتهاد وعدم التفريط شرعا، فلا حكم للنهي وكأنه لم يكن وقد رجح الشيخ أبو إسحاق الشيرازي الاول لأنه بهذه الصورة من النهي قد أهدر حقه في الضمان وإن خالف الشرع، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له، وإن أتم الفاعل، وبهذا قال الحنابلة قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن أودعه شيئا فربطه في كفه لم يضمن، فإن تركه في كفه ولم يربطه نظرت، فإن كان خفيفا إذا سقط لم يعلم به ضمنه، لأنه مفروط في حفظه وإن كان ثقيلا إذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفروط، وإن تركه في جيبه فإن كان مزررا أو كان الفتح ضيقا لم يضمن لأنه لا تناله اليد، وإن كان واسعا غير مزرر ضمن لأن اليد تناله. وإن أودعه شيئا فقال: أربطه في كمي فأمسكه في يده فتلف فقد روى المزي أنه لا يضمن، وروى الربيع في الام أنه يضمن، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين (أحدهما) لا يضمن، لأن اليد أحرز من الكم، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد (والثاني) أنه يضمن، لأن الكم أحرز من اليد، لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر. ومن أصحابنا من قال: إن ربطها في كفه وأمسكها بيده لم يضمن، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وإن تركها في يده ولم يربطها في كفه ضمن، لأن الكم أحرز من اليد، وحمل الروايتين على هذين الحالين. وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كفه ضمن، لأن الجيب أحرز من الكم، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب، وإن قال أحفظها في البيت فشدها في ثوبه وخرج ضمنها، لأن البيت أحرز، فإن شدها في عصده، فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن، لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر ضمن، لأن البيت أحرز منه، وإن دفعها إليه في السوق وقال: أحفظها في البيت فقام في الحال ومضى إلى البيت فأحرزها لم يضمن، وإن قعد في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت.

[184]

وإن أودعه خاتما وقال: أحفظه في البنصر فجعله في الخنصر ضمن، لأن الخنصر دون البنصر في الحرز، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهي إلى الوقوع أسرع. وإن قال اجعله في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ. وإن قال اجعله في الخنصر فلبسه في البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه. (الشرح) هذا الفصل

تتلخص أحكامه فيما إذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تهاون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعة ضمن في كل الصور التي ساقها المصنف، لأنه لو قال له اربط الدراهم في كمي فأمسكها بيده فصاعت لارتخاء يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه ضمن، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة. ولو قال له: اربطها في كمي فربطها ولم يحكم ربطها ضمن. ولو قال له: ضعها في كور عمامتك فلم يشد عليها العمامة ضمن وهكذا. والجيب عندهم ما يفتح على النحر. قال تعالى (وليضربن بخمرهن على جيوبهن) قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) وإن أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها إليه، فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم، لأنه لا يمكن منعه من السفر، ولا قدرة على المالك ولا وكيله، فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب، فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج، فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله، كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله، فإن لم يكن حاكم سلمها إلى أمين، لأن النبي صلى الله عليه وسلم " كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن واستخلف عليا كرم الله وجهه في ردها، وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم، ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص، وهو قول أبي اسحاق لأنه أمين فأشبهه الحاكم (والثاني) يضمن، وهو ظاهر قوله في الرهن. وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها، وأمانة الأمين غير

[185]

مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها، لأن السفر في هذه الحال أحوط، فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن، لأن الإبداع يقتضى الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ، لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة. وأن دفنها ثم سافر نظرت فإن كان في موضع لا يد فيه لاحد ضمن، لأن ما تتناوله الأيدي معرض للاخذ، فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحداً ضمن، لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبها، فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن، لأن ما في البيت إنما يكون محفوظاً بحافظ، فإن أعلم بها من يسكن في الموضع فإن كان غير ثقة ضمن، لأنه عرضه للاخذ. وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر (الشرح) أم أيمن هي بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه وهي أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وآبن حبه، تزوجها زيد بن حارثة بعد أبي أيمن وكان حبشياً، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: أم أيمن أمي بعد أمي هاجرت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عائشة وأسماء وزيد وأسماء، وأدركت المدينة والمسجد بيني وقد عطشت وهي مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً، وكانت تقول ما أصابني بعد ذلك عطش، ولقد تعرضت للعطش في الصوم في الهواجر فما عطشت. والخبر وإن كان شائعا في كتب الفقه، إلا أنه غير موجود في الكتب الستة، وليس في مسند أحمد أو سنن الدارمي أو سنن الدارقطني أو موطأ مالك، وليس في مجمع الزوائد للهيتمي. وليس في أمهات فقه الحديث كنبيل الأوطار وسبل السلام، وليس في شيء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء. وليس في كتب السير إلا ما في

ابن هشام أن ابن اسحاق قال: بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما هاجر جعل عليا على الودائع، ولم يذكر شيئا عن أم أيمن رضى الله عنها.

[186]

أما الأحكام فانها تشتمل على ما يأتي: (أولا) يجب على الوديع إذا أزمع السفر أن يردها، فإن لم يجد ربها فوكيله والا سلمها إلى الحاكم. قال الشافعي في الام " فإن كان المستودع حاضرا أو وكيله لم يكن له أن يسافر حتى يردها إليه أو إلى وكيله، أو بأذن له أن يودعها من رأى فان فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن " وقال الشافعي أيضا " إذا استودع الرجل الرجل وديعة وأراد المستودع سفرا فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برا أو بحرا فهلكت ضمن. وكذلك لو أراد سفرا فجعل الوديعة في بيت مال المسلمين فهلكت ضمن " اه (قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك (ثانيا) إذا لم يقدر على ردها أو ايداعها عند الحاكم فقد قال الشافعي " وان كان غائبا فأودعها من يودع ماله ممن يكون أمينا فهلكت لم يضمن، فان أودعها من يودع ماله ممن ليست له أمانة فهلكت ضمن " ثم قال " لانه يجوز أن يوكل بماله غير أمين، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين. اه (ثالثا) إذا أودعها أمينا مع وجود الحاكم فعلى الوجهين (أحدهما) وهو ظاهر النص الذي أسلفنا نقله لا يضمن، وبه أخذ أبو إسحاق المروزي (والثاني) وهو ظاهر قول الشافعي في الرهن حيث يقول " وإذا أراد العدل الذي عليه الرهن الذي هو غير الراهن والمرتهن رده بلا علة أو لعله والمرتهن والراهن حاضران فله ذلك وان كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له اخراجه من يدي نفسه، فان فعل بغير أمر الحاكم فهلك ضمن، وان جاء الحاكم فان كان له عذر أخرجه من يديه. وذلك أن يبدو له سفر أو يحدث له. وان كان مقيما لشغل أو علة، وان لم يكن له عذر يحبس به ان كان قريبا حتى يقدم أو يوكل، فان كانا بعيدا لم أر عليه أن يضطره إلى حبسه، وانما هي وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها، ويسأله ذلك فان طابت نفسه بحبسه والا أخرجه إلى عدل غيره " اه ولان أمانة الحاكم أمر قطعي وأمانة غيره كالأمين أمر ظني والقطعي مقدم على الظني، كالنص يرد الاجتهاد

[187]

(رابعا) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه مخالف لصاحبها، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبي حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن. وقال الشافعي: إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة، أشبه ما لو كان السفر مخوفا. دليلنا: أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان، لانه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها، ويخاطر بها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن المسافر لعلى قلت إلا ما وفى الله " والقلت الهلاك على ما أسلفنا القول. قال المصنف رحمه

الله: (فصل) وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه: كما لا يمكنه الحفظ مع السفر، وقد بينا حكمه، وإن قال في مرضه: عندي وديعة ووصفها، ولم يوجد ذلك في تركته، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك، ومن أصحابنا من قال يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص، لأن الأصل وجوب ردها، فلا يسقط ذلك بالشك. (الشرح) قوله لا يضرب المقر له. قال ابن بطال: مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح، وهو الموكل بها، ومثله الضريب والجمع الضرباء، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم. أما الأحكام فقد قال المصنف: إن حكم الميت حكم المسافر، وقد مضى في الفصل قبله. أما إذا قال في مرض الموت: عندي وديعة ثم وصفها، فلما مات لم توجد في تركته فقد اختلف فيه أصحابنا، فقد ذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيه بالشك، ومن ثم لا يضرب مالها مع

[188]

الغرماء، ومنهم من قال بظاهر النص في مختصر المزني حيث يقول الشافعي " وإذا استودع الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها، أو قامت عليها بينة - وعليه دين يحيط بماله - كانت الوديعة لصاحبها، فإن لم يعرف الوديعة بعينها بينة تقوم ولا إقرار من الميت، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء " قلت: وذلك أقيس، لأن الله تعالى أمر برد الامانات إلى أهلها، فكان ردها واجبا، ولا يرد الواجب بمجرد الشك. (فرع) إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بينة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخا في تاريخ قريب من يوم موته، فإن كان في تاريخ بعيد نظرت، فإذا ظهرت احتمالات شرائها من مالها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلت الوصية واعتبرت المبايعة أما إذا وضعها في حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها: فلا تعد هذه الكتابة بينة لمالكها، لأنه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه، أو كانت وديعة فابتاعها. (فرع) إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب، أو غير ذلك. (فرع) قال الشافعي: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة بعينها فإن أبا حنيفة يقول: جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص وكذلك قال ابن أبي ليلى ثم ساق رواية أبي حنيفة عن إبراهيم مثله، ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله. (فرع) إذا ترك الوديع الوصية عند الاشراف على الموت - والوصية كما سنأتي إن شاء الله تعالى مفصلة - أن يعلم بها القاضى أو الامين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة، أو الاشارة إليها إن كانت حاضرة مع الامر بردها إلى المالك أو وكيله فورا، وعلى الوديع إذا مرض مرضا مخوفا أن يبادر بردها إلى ربها أو وكيله فإن لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجد، أو يوصى بها إلى من ذكرنا، فإن لم يكن حاكم ردها إلى أمين، فإن لم يفعل ضمن

[189]

في تركته، وكذا لو أوصى بها إلى فاسق ضمن، وقد ذهب السبكي إلى الضمان إذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا، وذهب الاستوى إلى أنه يصير ضامنا بمجرد المرض حتى لو تلفت بأفة سماوية لتفريطه في ردها، ومحل هذا كله عند التمكن منه ان بالرد أو الايداع أو الوصية، أما موت الفجاءة أو الغيلة فلا. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان أودع الوديعه غيره من غير ضرورة ضمنها لان المودع لم يرض بأمانة غيره، فان هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمّن الاول، لانه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمّن الثاني، لانه أخذ ما لم يكن له أخذه فان ضمن الثاني نظرت، فان كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الاول، لانه دخل على أنه يضمّن فلم يرجع. فان لم يعلم ففيه وجهان. (أحدهما) أنه يرجع لانه دخل على أنه أمانة. فإذا ضمن رجع على من غره (والثاني) أنه لا يرجع. لانه هلك في يده فاستقر الضمان عليه. فان ضمن الاول. فان قلنا: ان الثاني إذا ضمن يرجع على الاول - لم يرجع الاول عليه وان قلنا انه لا يرجع رجوع الاول عليه. فأما إذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز. أو سقيها أو علفها. فانه لا يضمّن. لان العادة قد جرت بالاستعانة ولانه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها إلى غيره. (الشرح) قوله: يضمّن الاول - من ضمن يضمّن بتضعيف الميم لتتعدى إلى مفعولين. ومعناها ألزمه بالضمان. وقال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم. وهو غلط من جهة الاشتقاق. لان نون الضمان أصلية. وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومي في المصباح. (أما الاحكام) فقد قال المزني: قال الشافعي: وإذا أودع الرجل الوديعه فاستودعها غيره ضمن ان تلفت. لان المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره. وكان متعديا ضامنا ان تلفت اه.

[190]

(قلت) للايداع لدى غيره صورتان (إحدهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب. وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه. وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه، لان عليه حفظها وإحرازها. وقد أحرزها عند غيره وحفظها به. ولانه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمّن، كما لو حفظها في حرزه. دليلنا أنه خالف المودع فضمنها، كما لو نهاه عن ايداعها، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره فإذا ثبت هذا فان له تضمين الاول وليس للاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه، فان أحب المالك تضمين الثاني كان له ذلك. وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثاني. وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذ ذكر الضمان على الاول فقط. دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه، فان لم يكن يعلم - أعنى الوديع الثاني - بأن هذه الوديعه ليست لمن أودعها إياه ففي رجوع الثاني على الاول وجهان (أحدهما) أنه يرجع عليه لانه غره ولم يوضح له الامر (والثاني) لا يرجع لانها تلفت في يده فاستقر الضمان عليه، فان قلنا بالوجه الاول برجوع الثاني على الاول فليس للاول أن يرجع عليه. وإن قلنا بالوجه الثاني رجع عليه وإن كان يعلم فلم يغرر به الاول فليس له الرجوع عليه وجه واحد (فرع) للوديع أن يعين للوديعه إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها، فان كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعهد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعا لغيره وسيأتي مزيد له. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن، لان

صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره، فإن خلطها بدراهم لصاحب
الدرهم ففيه وجهان (أحدهما لا يضمن، لان الجميع له (والثاني) أنه يضمن
وهو الاظهر، لانه

[191]

لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر. وإن أودعه دراهم في كيس
مشدود فحله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه، لانه هتك الحرز من غير
عذر، وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدرهم لانه
تعدى فيه ولا يضمن الباقي لانه لم يتعد فيه، فإن رد الدرهم فإن كان
متميزا بعلامة لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن
الجميع، لانه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع. والمنصوص أنه لا يضمن
الجميع، لان المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن. فإن
أنفق الدرهم ورد بدله، فإن كان متميزا عن الدراهم لم يضمن الدراهم
لانها باقية كما كانت، وإن كان غير متميز ضمن الجميع لانه خلط الوديعة
بمالا يتميز عنها فضمن الجميع (الشرح) الاحكام: إذا خلط دراهمه بمثلها
من دراهمه ضمن عندنا، وبهذا قال الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي. وقال
مالك لا يضمن. وقال ابن القاسم من المالكية: إن خلط دراهم بدراهم
على وجه الحرز لم يضمن قال في الام: ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى
منها في درهم فأخرجه فأنفقه ثم أخذه فرده بعينه ثم هلك الوديعة ضمن
الدرهم ولا يضمن التسعة، لانه تعدى بالدرهم ولم يتعد بالتسعة، وكذلك إن
كان ثوبا فلبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع: قول الشافعي: إن كان
الدرهم الذى أخذه ثم وضع عينه معروفا من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن
التسعة. وإن كان لا يتميز ضمن العشرة. انتهى من الام، ولم أطلع على
قول الربيع الذى أشار إليه الشيخ أبو إسحاق قال المصنف رحمه الله
تعالى: (فصل) فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها،
لانها ماتت بسبب تعدى به فضمنها، وإن قال لا تسقها ولا تعلقها فلم
يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان. قال أبو سعيد الاصطخرى:
يضمن لانه لا حكم لنهيه، لانه يجب عليه سقيها وعلقها، فإذا ترك ضمن كما
لو لم ينه عن السقى والعلق وقال أبو العباس وأبو إسحاق لا يضمن. لان
الضمان يجب لحق المالك، وقد رضى بإسقاطه.

[192]

(الشرح) الاحكام، قال الشافعي في الام: وإذا أودع الرجل الرجل الدابة
فأمره بسقيها وعلقها، فأمر بذلك من يسقى دوابه ويعلقها فتلفت من
غير جناية لم يضمن، وإن كان سقى دوابه في داره فبعث بها خارجا من
داره ضمن قال وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا
علقها فحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت
فتلفت فهو ضامن. وإن كانت تلفت في مدة قد تقيم الدواب في مثلها ولا
تتلف فتلفت لم يضمن ممن تركها. وإذا دفع إليه الدابة. اه (قلت) فإذا
أودعه بهيمة فأمره بعلقها وسقيها كان واجبا ذلك لوجهين. (الاول) لحرمة
صاحبها (والثاني) لحرمة البهيمة لحديث " دخلت امرأة النار في هرة " وإن
لم يأمره بقت في ذمته حرمة البهيمة، كما لو أطلق ولم يأمره. وبهذا قال

أحمد والشافعي. وقال أبو حنيفة لا يلزمه لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها، فإذا لم يعلفها كان التفريط من مالكها دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها، فإذا أمره بحفظها تضمن الامر علفها وسقيها. فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به عليه. فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم، فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه، وان لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من اجارتها أو بيع جزء منها فان تعذر عليه، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه، فإذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلة لها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدي والمخالفة لعلمه بعله النهي. وبهذا قال أحمد وأصحابه. وقال بعضهم يضمن مطلقا. أما إذا نهاه عن إطعام بهيمة سليمة فانه لا يضمن إذا تلفت، وعليه إثم ترك إطعامها، لان الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه، وهو قول أبي العباس ابن سريج وأبي إسحاق المروزي. وقال أبو سعيد الاصطخري يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الله من حرمة البهيمه. وقال الزركشي " لو كانت الدابة ملكا لغيره، كان أودع الولي حيوان

[193]

محجوره فيشبهه أن نهيه كالعدم. قال الشافعي: وإذا أودع الرجل الرجل شيئا من الحيوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو بيعها، وإن لم يفعل فأنفق عليها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشئ، وإذا خاف هلاك الوديعه فحملها إلى موضع آخر فلا يرجع بالكراء على رب الوديعه لانه متطوع. اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا أخرج الوديعه من الحرز لمصلحة لها، كأخراج الثياب للتشريب لم يضمن، لان ذلك من مصلحة الوديعه، ومقتضى الابداع فلم يضمن به، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها، لانه تصرف في الوديعه بما ينافي مقتضاها فضمن به. كما لو أحرزها في غير حرزها، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن لانه مضطر إلى الاخراج، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان (أحدهما) يضمن، وهو المنصوص، وهو قول أبي سعيد الاصطخري. لانه أخرج الوديعه من حرزها من غير حاجة فضمنها، كما لو أخرجها ليركبها. (والثاني) أنه لا يضمنها. وهو قول أبي إسحاق، لان العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن. وان نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب، أو نوى أن لا يردّها على صاحبها، ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها (والثاني) وهو قول القاضي أبي حامد المرورودي أنه ان نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن. وان نوى أن لا يردّها ضمن، لان بهذه النية صار ممسكاً لها على نفسه، وبالنية الاولى لا يصير ممسكاً على نفسه (والثالث) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن، لان الضمان إنما يكون بفعل يقع في العين، وذلك لم يوجد. (الشرح) الاحكام: هناك بعض الودائع لا تحفظ الا بتعريضها للهواء أو الشمس في بعض الاوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونها لتأثير الهواء والشمس

على ألوان النسيج وغيره كما هو مشاهد ومعروف في علم الكيمياء حتى ان الضوء له تأثير على الالوان، فإذا شررها - أي نشرها - بفرض حفظها فتلفت أو حالت ألوانها لم يضمن، وإذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالها استعمالا يحفظها، فان هلكت فلا يضمن لانه إذا أهملها تلفت، ولان ذلك من مصلحتها فلم يضمن وقال بعض أصحابنا لا يضمن الا إذا تحقق أن السارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وان لم يحدد موضعها، فلو أخرجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن، أو نوي أن لا يردّها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه: (أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن، لانه نوي امتلاكها، كما لو التقط شيئا ونوي امتلاكه (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يضمن في الانتفاع ويضمن في عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الاصحاب أنه لا يضمن لان نية الامتلاك لا تؤثر في عين الوديعة قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان أخذت الوديعة منه قهرا لم يضمن لانه غير مفرط في ذلك، وان أكره حتى سلمها ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم (أحدهما) أنه يضمن، لان قوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبهه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع (والثاني) أنه لا يضمن لانه مكره فأشبهه إذا أخذت بغير فعل من جهته (فصل) وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لانه مفرط، فان أخرجها لعذر لم يضمن لانه غير مفرط (فصل) وان تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان لانه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد إلى المكان، كما لو عصب من داره شيئا ثم رده إلى الدار، فان قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها ففيه وجهان (أحدهما) يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص، لان الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه (والثاني) لا يبرأ حتى يردّها إليه، لان الابراء انما يكون عن حق في الذمه، ولا حق له في الذمة فلم يصح الابراء

(الشرح) الاحكام: فرق المصنف بين الاخذ منه قهرا وتسليمها للظالم قهرا فالأخذ قهرا بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبرا وبين أن يسلمها مختارا، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضا، وعلى الوجه الثاني: ليس للمالك تضمين الوديع، لانه أكره ويرجع المالك على الظالم في كلا الحالين، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره في الصوم على الاكل. (أحدهما) لا يكون مفطرا (والثاني) يحكم بإفطاره. ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن اعلامه بها جهده، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها، ويجب عليه إذا أمكنته التوريه أن يورى فإن لم يمكنه صرح بغير توريه منكرا لها وكفر عن يمينه (فرع) لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكةا إذا طلبها لقوله تعالى " إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها " ولقوله صلى الله عليه وسلم " أد الامانة إلى من ائتمنك " يعنى عند طلبها، ولانها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أدؤها له كالمغصوب والدين الحال، فإن امتنع فتلفت ضمنها لانه صار غاصبا لامساكه مال غيره بغير إذنه، أما ان طلبها في وقت

لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله لا يكلف نفسا إلا وسعها، فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه، فإذا قال: أمهلوني حتى أقصى صلاتي أو أكل لاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتلئ أمهل بقدر ذلك. (فرع) إذا تعدى في الوديعة بأى من أنواع التعدي كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالاقرار فانه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه الا بالرد وان أقام البينة على تلفها بعد جحودها لم يسقط عنه الضمان، فلو أقام البينة بتلفها قبل جحودها فهل تسمع بينته؟ فيه وجهان. أحدهما لا تسمع بينته لانه مكذب لها بانكاره الايداع. والثاني: تسمع بينته،

[196]

فإذا أبرأه المودع من الضمان، أو أذن له في حفظها بعد ذلك فوجهان. أحدهما وهو ظاهر قول الشافعي: يبرأ من الضمان، لان الضمان وجب لحقه فسقط باسقاطه له. والثاني لا يبرأ حتى يردّها على ربها لان الابراء لا يكون الا عن حق في الذمة فلم يصح. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) إذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع فالقول قوله، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال " لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر " ولان الاصل انه لم يودعه فكان القول قوله. (فصل) وان ادعى أنها تلفت نظرت، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق، لان الاصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينة فان أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت، لان الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه، فقبل قوله مع يمينه. (فصل) وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه، لانه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله، وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الايداع فأقام المودع بينة بالايداع فقال المودع: صدقت البينة أودعتني، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله، لانه صار خائنا ضامنا فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك، فإن قال: أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تسمع، لانه لو صدقه المدعى ثبتت براءته، فإذا قامت البينة سمعت (والثاني لا تسمع، لانه كذب البينة بانكاره الايداع، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال: ماله عندي شيء فأقام البينة بالايداع فقال: صدقت البينة أودعتني، ولكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين لانه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده، لانها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله أعلم.

[197]

(الشرح) الحديث سبق وسبق تخريجه. اما الاحكام: فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه وديعة فقال: مالك عندي شيء أو لا تستحق على شيئاً فالقول قوله. فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلاً: صدقت بالبينة ولكنها تلفت، أو قال: ولكني رددتها اليك لم يقبل قوله، لانه خان بجحوده، فلا يقبل قوله

في التلف أو الرد. وقد جمع الاستاذ محمد الخضراوي من فقهاءنا المعاصرين عناصر ذات فائدة في أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه، قال أثابه الله: وإذا ادعى الوديع رد الوديعة على من أئتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم، صدق بيمينه، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لانه أئتمنه. أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فانه لا يقبل دعواه ردها، ويجرى ما ذكر في كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب في رد ما جباه على الذي استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وأمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره، لانه أئتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فانه لا يصدق لانه لم يئتمنه. ولا يصدق ملتقط الشئ ولا من ألفت عليه الريح ثوبا في الرد إلى المالك، لانه لم يئتمنها وضابط الذي يصدق بيمينه في الرد هو كل أمين ادعى الرد على من أئتمنه الا المرتهن والمستأجر فانهما يصدقان في التلف لا في الرد، لانهما أخذوا العين لغرض أنفسهما. قال ابن القاص وغيره: كل مال تلف في يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه الا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها، فتلفت في يده، فيضمنها لهم. وإذا ادعى الوديع الرد على غير من أئتمنه كوارث المالك، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الامين الرد على المالك طوالب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر، إذ الاصل عدم الرد ولم يئتمنه. أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فانه يصدق بيمينه، وصرح به البغوي

[198]

وقال الرافعي وهو الوجه، لان الاصل عدم حصولها في يده. وقال ابن أبي الدم انه الاصح، وخالف في ذلك المتولي وقال: يطالب بالبينة. ولو تنازع الوديعة بأن ادعى كل منهما أنه ملكه، فصدق الوديع أحدهما بعينه فلآخر تحليفه، فان حلف سقطت دعوى الآخر، وان نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة، وان صدقهما فاليد لهما والخصومة بينهما، وان قال: هي لاحدكما ونسيتها، وكذبا في النسيان ضمن كالعاصب، والغاصب إذا قال: المعضوب لاحدكما وأنسيتها، فحلف أحدهما على البت أنه لم يغصبه تعين المعضوب للآخر بلا يمين. ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك، وطلب منه الوديعة فله تحليفه على نفى العلم بذلك، فان نكل الوارث وأخذها، وان قال الوديع: حبستها عندي لانظر هل أوصى بها مالكة أم لا؟ فهو متعد ضامن. (مسألة) سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعه ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال: يصرفها في أهم مصالح المسلمين ويقدم اهل الضرورة ومسيس الحاجة، ولا يبني بها مسجدا، ولا يصرفها الا فيما يجب على الامام العادل صرفها فيه، وان جهله فليسأل أروع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

[199]

كتاب العارية العارية بتشديد الياء. يقال تعاوروا الشئ واعتوروه تداولوه. والعارية منه. والاصل فعلية بفتح العين. قال الازهرى: نسبة إلى العارة

وهم اسم من الاعارة. يقال أعرته الشئ إعارة وعارة، مثل أطعته إطاعة وطاقه، وأجبتة إجابته وجابه. وقال الليث: سميت عاربه لانها عار على طالبها، وقال الجوهرى مثله. وبعضهم يقول مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط، لان العارية من الواو، لان العرب تقول: هم يتعاورون العواري ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضا. والعار وعار الفرس من الباء فالصحيح ما قال الازهرى، وقد تخفف العارية في الشعر والجمع العواري بالتخفيف وبالتشديد على الاصل، واستعرت منه الشئ فأعاربه. والفقهاء يذهبون دائما إلى الاخذ بقول الجوهرى قال ابن قدامة: العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشئ إذا جاء. ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته. اه وهو كما أوضحنا خطأ لانه من مادة أخرى، وقال ابن بطال: ومنه سميت العير لذهابها وعودتها، وهو خطأ كما قلنا، وقال ابن الاثير مثله قال المصنف رحمه الله تعالى: الاعارة قرينة مندوب إليها لقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى " وروى جابر رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها، قال رجل يا رسول الله ما حق الابل؟ قال حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها " (فصل) ولا تصح الاعارة إلا من جائز التصرف في المال، فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لانه تصرف في المال فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع

[200]

(فصل) وتصح الاعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها، كالدور والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للضراب، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها. وروى أنس " أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من أبى طلحة فرسا فركبه " وروى صفوان " أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا غزاة حنين " فثبت في هذه الاشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه (الشرح) الاصل في العارية الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: العواري. وفسرها ابن مسعود فقال: القدر والميزان والدلو، وقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة الوداع " العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم " أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن غريب، وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين فقال: أغصبا يا محمد؟ قال " بل عاربه مضمونه " رواه أبو داود وأحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهدا من حديث ابن عباس، ولفظه " بل عاربه مؤداة " وفى روايه لابي داود " ان الادراع كانت ما بين الثلاثين إلى الاربعين " ورواه البيهقى عن أمية بن صفوان مرسلا، وبين ان الادراع كانت ثمانين، ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله، وذكر أنها مائة درع، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث، قال ابن حزم: أحسن ما فيها حديث يعلى ابن أمية وقد سقناه في الوكالة أما حديث جابر في الفصل فقد رواه أحمد ومسلم، فقد استوفى الكلام عليه الامام النووي في كتاب الزكاة من المجموع وأما الاجماع فقد انعقد من الامه كلها على أن العارية مندوب إليها لانها من القربات

وأما القياس فلانه لما جازت الهبة بالاعيان جازت الهبة بالمنافع. ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا، ولانه سبحانه قال لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس " والعارية من المعروف، وقال " وتعاونوا على البر والتقوى " والعارية من البر، والماعون والماعون كان متعارفا عليه في الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قليل أو كثير قال الاعشى: بأجود منه بما عونه * إذا ما سماؤهم لم تغمأ وفى الاسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعي: أليفة الرحمن إنا معشر * حنفاء نسجد بكرة وأصيلا عرب نرى لله في أموالنا * حق الزكاة منزلا تنزيلا قوم على الاسلام لما يمنعوا * ما عونهم ويضيعوا التهليلأما الاحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء: معير ومستعير ومعار، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيرا، ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف. وأما المستعير فكل من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية لانها نوع من الهبة. وأما المعار فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات، لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب. فأما الفضة والذهب فتقسم ثلاثة أقسام: قسم يجوز إعارته واجارته وهو الحللى لباحة الانتفاع به مع بقاء عينه، وقسم لا تجوز اعارته ولا اجارته، وهو الاواني المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها، وقسم تجوز اعارته، وفى جواز اجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير، لان فى التحمل بهما نفع، والفرق بين العارية والاجارة وان اختصا بملك المنفعة أن حكم العارية أوسع من حكم الاجارة، لانه يجوز أن يستعير فحل ضراب ولا يجوز أن يستأجره والحيوان على أربعة أقسام: أحدها ما يجوز اعارته واجارته، وهو كل ما يقتنى المنفعة، كالدواب للانتفاع بظهورها والجوارح المنتفع بصيدها،

والثانى: ما لا يجوز إعارته ولا اجارته، وهو نوعان (أحدهما) ما كان محرما. (والثانى) ما كانت منفعته عينا، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة، فلا يجوز أن تعار ولا أن يؤاجر، وأما ما كانت منفعته عينا فذات الدر من المواشى كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص العارية والاجارة بالمنافع دون الاعيان، ولكن يجوز أن تمنح قال الشافعي: والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردّها فيكون اللبن ممنوحا. وروى الشافعي عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح بأجر. والقسم الثالث ما تجوز إعارته ولا تجوز اجارته كالفحول إذ اجارته تمن لعسيها، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن عسب الفحل والقسم الرابع ما تجوز إعارته، وفى جواز اجارته وجهان، وهو ما انتفع به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب، وإذا صحت إعاره البهائم دون اجارته فعلقها ومؤوتها على المالك دون المستعير والمستأجر، لان ذلك من حقوق الملك، والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرّم، لانه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها، فإن كانت قبيحه أو كبيرة لا

تشتهى لم يحرم، لانه يؤمن عليها الفساد، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر، لانه لا يجوز أن يخدمه. ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم، لانه لا يجوز له امساكه ولا التصرف فيه. ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة، لانه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك. (فصل) ولا تتعد الا بإيجاب وقبول لانه ايجاب حق لأدمي فلا يصح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة، ونصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر، فإن قال المستعير أعرني فسلمها إليه انعقد، وان قال المعير: أعرتك

[203]

فقبضها المستعير انعقد، لانه اباحة للتصرف في ماله، فصح بالقول من احدهما والفعل من الآخر، كإباحة الطعام (الشرح) هذا الفصل فيه من محاسن الاسلام في معاملة السبي، وهو ظاهرة اجتماعية عالمية جاء الاسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعالى بفك رقابها. ومن ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز اعارتها لخدمه آخر حتى لا يؤدي ذلك إلى اغرائه بأن ينزو عليها، ويسرى هذا الامر على الخادمت اللاتي يغشين المنازل في زماننا هذا لاداء بعض الخدمة واعانة ربات البيوت على بعض ما يشق عليهن، فلا يجوز اعارة مثل هؤلاء الخادمت إذا كن جميلات، كما يكره للرجل أن يتحرى أن تكون خادمته ذات جمال، كما لا يجوز للمرء أن يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته، وهذا الحكم في شكله الذي سقناه هو الملائم الآن. اه قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإذا قبض العين ضمنها، لما روى صفوان " أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال أغصبا يا محمد؟ قال بل عارية مضمونة ولانه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت، فان كان مما لا مثل له ففي ضمانها وجهان (أحدهما) يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، وتصير الاجزاء تابعة للعين ان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الاجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الاجزاء (والثاني) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح، لانا لو ألزماه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف أوجبنا ضمان الاجزاء التالفة بالاذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاءها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل. فإن قلنا فيما لا مثل له انه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها، وان قلنا انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها

[204]

واختلف أصحابنا في ولد المستعارة فمنهم من قال: إنه مضمون لانها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة، ومنهم من قال لا يضمن: لان الولد يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان، وبخالف المغصوبة، فإن الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان، فإن غصب عينا فأغارها من غيره، ولم يعلم المستعير وتلفت عنده، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب، لانه دخل على أنه يضمن العين، وإن ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه إلى غيره. أحدهما: يرجع لانه غره والثاني لا يرجع،

لان المنافع تلفت تحت يده. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: العارية كلها مضمونة، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شئ منها، فمن استعار شيئاً فتلّف في يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة، فما كان منها مضموناً مثل الغصب وما أشبهه فسواء ما ظهر منها هلاكه وما خفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنياً فيه أو لم يجنياً أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول فيها قول المستودع مع يمينه وخالفنا بعض الناس في العارية فقال لا يضمن شيئاً إلا ما تعدى فيه، فسئل من أين قاله؟ فرغم أن شريحاً قاله، وقال: ما حجتكم في تضمينها. قلنا: استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم " عارية مضمونه مؤداة " قال: أفرأيت إذا قلنا: فان شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشترطه لم يضمن؟ قلنا: فأنت إذن تترك قولك. قال: وأين؟ قلنا: أليس قولك: إنها غير مضمونة إلا أن يشترط؟ قال: بلى، قلنا: فما تقول في الوديعة إذا اشترط المستودع أنه ضامن أو المضارب؟ قال لا يكون ضامناً، قلنا فما تقول في المستسلف إذا اشترط أنه غير ضامن؟ قال لا شرط له ويكون ضامناً. قلنا. ويرد الأمانة إلى أصلها والمضمون إلى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً؟ قال. نعم، قلنا. وكذلك ينبغي لك أن تقول في العارية، وبذلك شرط النبي صلى الله عليه وسلم

[205]

أنها مضمونة إلا لما يلزم. قال. فلم شرط؟ قلنا لجهالة صفوان، لانه كان مشركاً لا يعرف الحكم، ولو عرفه ما ضر الشرط إذا كان أصل العارية أنها مضمونة بلا شرط كما لا يضر شرط العهدة وخلص عقدك في البيع، ولو لم يشترط كان عليه العهدة والخلص أو الرد، قال. فهل قال هذا أحد؟ قلنا في هذا كفاية، وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضى الله عنهما " ان العارية مضمونة " وكان قول أبي هريرة في بيع استعير فتلّف. انه مضمون اه. وقال الماوردي في الحاوي: فتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير، واختلفوا في تلف عينها على خمسة مذاهب. (أحدها) وهو مذهب الشافعي أنها مضمونة عليه سواء تلفت بفعل آدمى أو بجائحة سماوية، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل. (والمذهب الثاني) وهو مذهب أبي حنيفة أنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدي وبه قال الحسن البصري والنخعي والثوري والأوزاعي. (والثالث) وهو مذهب مالك: ان كان مما يخفى هلاكه ضمن، وان كان مما يظهر لم يضمن. (والرابع) وهو مذهب الشيعة: ان تلفت بالموت لم يضمن، وان تلفت بغيره ضمن. (والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسن العنبري وداود: ان شرط ضمانها لزم، وان لم يشترط لم يلزم، واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ليس على المستعير غير المغل ضمان " وهذا نفي، وبرواية عطاء بن أبي رباح عن صفوان ابن يعلى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين بغيراً وثلاثين درعاً فقلت يا رسول الله أعارية مضمونه أو عارية مؤداة قال: بل مؤداة " قالوا: فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها قالوا: ولانه

مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمه المستعير قياسا على تلف
الاجزاء قالوا: ولان ما لم تكن اجزائه مضمونه لم تكن جملته مضمونه
كالودائع طردا والغصوب عكسا. دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " على اليد ما أخذت حتى تؤدي "
وهذا تضمنين، ثم ساق الماوردي حديث صفوان المار كدليل آخر، فإن قيل:
هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد، وليست
مضمونة العين، قيل: إطلاق القول يتناول ضمان الاعيان، ولذلك امتنع أن
يطلق على الامانات المؤداة حكم الضمان، على أنه روى عنه صلى الله عليه
وسلم قال " عارية مضمونه مؤداة " وكان الاداء محمولا على الرد والضمان
على التلف، ثم يجب صاحب الحاوي على اعتراضات المخالفين فيقول عن
حديث ليس على المستعير غير المغل ضمان: الجواب من وجهين: أحدهما
أنه محمول على ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال وهذا وان كان تخصيصا
فلما عارضه من الاخبار المختصة. والثاني: أن المغل في هذا الموضع
ليس بماخوذ من الخيانة والغلول وإنما هو ماخوذ من استغلال الغلة، يقال:
هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة. قال زهير بن أبي سلمى: فتغل لكم مالا
تغل لامثالها * قرى بالعراق من قفيز ودرهم فيكون لا ضمان على
المستعير غير المستغل أي غير القابض لانه بالقبض يصير مستغلا وهذا
صحيح، وأما الجواب عن " عارية مضمونة أو مؤداة ؟ " فهو أن معناه عارية
مضمونه بالبدل، أو مؤداة العين استعمالا لحكمها هل تؤخذ على طريق
البدل والمعاوضة أو على طريق الرد والاداء فأخبر أنها مؤداة العين، لا
يملكها الآخذ بالبدل، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار
إذا بلى باللبس لم يضمه المستعير، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكة
فسقط عنه ضمانه، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكةا وجب عليه ضمانها،
ولو تلف الثياب بغير اللبس المأذون فيه كان شد فيها متاعا أو حل فيها
ترابا ضمن، وعند أحمد في أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس.

(فرع لا يخلو حال العارية إذا تلفت عن أحد أمرين. اما أن يكون لها مثل أو
لا مثل لها، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة، وفيها وجهان. (أحدهما)
يضمن قيمتها يوم التلف ليسقط ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال
(والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف
كالغصب، وتصير الاجزاء تبعاً للجملة، فإن كان للعارية مثل ففي ما يضمنها
به وجهان بناء على صفة ضمان مالا مثل له. (أحدهما) يضمنها بالمثل إذا
جعل ضمانها في أكثر الاحوال كالغصب (والثاني) يضمنها بالقيمة إذا جعل
ضمانها وقت التلف. فأما ما تنتج العارية من ولد إذا حدث في يد المستعير
ففي وجوب ضمانه عليه وجهان، أحدهما: عليه ضمانه لان ولد المضمون
مضمون كالغصوبه، والوجه الثاني لا ضمان عليه لان معنى الضمان في
الام معدوم في الولد بخلاف الغصب لان ولد العارية لا يكون مستعارا، وولد
المغصوبة يكون مغصوبا. وأما قول الشافعي في موضع من كتاب
الاجارات: ان العارية غير مضمونه الا بالتعدي - وهو ما أشرنا إليه في كتاب
الضمان - فليس بقول ثان في سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع، وهو
محمول على أحد ثلاثة أوجه، اما على سقوط ضمان الاجرة، أو على سقوط
ضمان الاجزاء: أو حكاية عن مذهب غيره كما قال: يجوز نكاح المحرم حكاية

عن مذهب غيره وفرع عليه وان لم يعلنه مذهبا لنفسه والله أعلم. هذا وما يتعلق بالغصب في هذا الفصل أت ان شاء الله في الغصب ومن الله التوفيق. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد، لانه إباحة فجاز لكل واحد منهما رده كإباحة الطعام. وإذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية أدرعا وسلاحا، فقال أعارية مؤداة؟ قال: عارية مؤداة، ويجب ردها إلى المعير أو إلى وكيله، فان ردها إلى المكان

[208]

الذى أخذها منه لم يبرأ من الضمان، لان ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق. (فصل) ومن استعار عينا جاز له أن يستوفى منفعتها بنفسه وبوكيله، لان الوكيل نائب عنه، وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح، لانه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع. ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض، فملك نقله إلى غيره كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه، فلا يملك نقله إلى غيره، كمن قدم إليه الطعام. (فصل) وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا، لانه إباحة فجاز مطلقا ومعينا كإباحة الطعام، فإن قال: أعرتك هذه الارض لتنتفع بها، جاز له أن يزرع ويغرس ويبني، لان الاذن مطلق، وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع لان الزرع أقل ضررا من الغراس والبناء فإذا رضى بالبناء والغراس رضى بالزرع ومن أصحابنا من قال: إن استعار للبناء لم يزرع، لان في الزرع ضررا ليس في البناء، وهو أنه يرخى الارض، وإن استعار للزرع لم يغرس ولم يبن، لان الغراس والبناء أكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن في الزرع إذنا في الغراس والبناء. وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة، لان الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله. وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يملك الآخر، لان الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأيد فكان الاذن في أحدهما إذنا في الآخر (والثاني) أنه لا يجوز، لان في كل واحد منهما ضررا ليس في الآخر، فان ضرر الغراس في باطن الارض أكثر، وضرر البناء في ظاهر الارض أكثر، فلا يملك بالاذن في أحدهما الآخر (الشرح) أما الاحكام فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخلاف المستأجر، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة في الاجارة مستحق

[209]

على المؤاجرة فكانت مؤونه الرد عليه، وتسليمها في العارية هبة للمستعير فكانت مؤونة الرد عليه. فإذا استعار دابة ثم ردها إلى اصطلح المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى المعير أو وكيله فيها. وقال أبو حنيفة: يبرأ منها بردها إلى الاصطبل استحسانا لا قياسا وهذا خطأ، لان الاصطبل لو كان كيداه لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها إلى يده، وفي بقاء الضمان عليه

دليل على أن ليس عودها إلى الاصطبل عودة إلى يده. وقال الحنابلة إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضتها، وببراً بذلك من ضمانها. وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ (فرع) إذا استعار شيئاً فله استيفاء منفعتيه بنفسه وبوكيله، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها غيره، لأن المستعير لا يملك العين، وليس للمستعير استعمال المعار إلا فيما أذن له فيه، وليس له أن يعيره غيره. وهذا هو الوجه الأصح عندنا، ولا قول غيره عند الحنابلة. والوجه الآخر له ذلك - وهو قول أبي حنيفة - لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي: إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه. وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه. ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام، وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها، وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل، وله أن يطالب من شاء منهما، لأن الأول سلبت غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه. والثاني استوفاه بغير إذنه فإن ضمن الأول رجع على الثاني، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل

[210]

أن يستقر الضمان على الأول لأنه غر الثاني. ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعتها بغير عوض، وإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول رجع على الثاني. وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد على أحد القولين والثاني: له أن يرجع، وسيأتي في الغصب إن شاء الله (فرع) تجوز الإعارة مطلقاً ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام، ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به، فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الأذن مطلق، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن، لأن ضررهما أكثر، فلم يكن الأذن في القليل إذناً في الكثير. وإن استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما وفي امتلاك الآخر وجهان (أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأبيد فكان الأذن في أحدهما إذناً في الآخر (والثاني) لا لاختلاف كل منهما. ولأن ضررهما مختلف، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها، وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الأذن في أحدهما إذناً في الآخر. وإن استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة، لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن. لأن ضرره أكثر، وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه، وما يمنع منه. وفي الإجارة مزيد إن شاء الله تعالى. ولما كانت بعض النباتات

تجهد الارض مثل القطن، ولذا تحتاج إلى تسميد وسباخ وبعضها يفيد الارض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الارض ويكسبانها

[211]

مادة الا زوت. وفي البرسيم ميزة أخرى وهى تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فتحدث أنفاسها، وبخاصة أنفاس الغنم، وكذلك أبوالها وأروانها تسميدا للارض يكسبها قوة ويكمل في التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والخصب مالا يتوفر في الذرة والقمح والقطن التى تضعف خصوبة التربة، فان اختلاف ضرر الارض أو انتفاعها يختلف باختلاف مزروعها. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أعاره أرضا للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز أن يغرس وبنى شيئا آخر، لانه يملك الغراس والبناء بالاذن وقد زال الاذن، فأما ما غرس وبنى فينظر، فان كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع، لقوله صلى الله عليه وسلم " المؤمنون عند شروطهم " ولانه رضى بالتزام الضرر الذى يدخل عليه بالقلع، فإذا قلع لم تلزمه تسوية الارض، لانه لما شرط عليه القلع رضى بما يحصل بالقلع من الحفر، ولانه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يلبسه منه، وان لم يشترط القلع نظرت، فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع، لانه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار، فوجب ردها، فان نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت، فان اختار المستعير القلع كان له ذلك. لانه ملكه فملكه نقله فإذا قلعه فهل تلزمه تسوية الارض ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه، لانه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية. كما لو شرط القلع (والثانى) تلزمه لان القلع باختياره، فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض، كما لو أخرج أرض غيره من غير غراس، وان لم يختر القلع نظرت، فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الارض أجبر المستعير عليه، لانه رجوع في العارية من غير اضرار، وان ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع، لانه رجوع في العارية من غير اضرار. وان بذل المعير القيمة ليأخذه مع الارض، وبذل المستعير قيمة الارض

[212]

ليأخذها مع الغراس قدم المعير، لان الغراس يتبع الارض في البيع فجاز أن يتبعها في التملك، والارض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك، وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الارض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولانه غراس مأذون فيه فلا يجوز الاضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الاجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقلع لان الاعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان (والثانى) يقلع لان بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة (فصل) وإذا أقررتنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الارض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه، لان الذى استحق المستعير من الارض

موضع الغراس. فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد رجع في الاعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لاصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان (أحدهما) لا يملك لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه (والثاني) أنه يملك، وهو الصحيح لأن الإذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره، وإن أراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره (والثاني) لا يجوز لأن ملكه غير مستقر، لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشتري بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة (الشرح) حديث " المؤمنون عند شروطهم " وكذلك حديث " ليس لعرق ظالم حق " أسلفنا القول فيهما في غير موضع. أما الأحكام فقد قال صاحب الحاوي إذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من غرسها وبنائها، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان في حكم الغاصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض، فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة في غرسه وبنائه، فإن

[213]

أحدث زيادة أجبر على قلعها. فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان: إحداهما أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبنائه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم، ولقوله صلى الله عليه " المؤمنون عند شروطهم " ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه، ولم يكن مغرورا بغيره. (والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين. أحدهما أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أو أكثر، فيؤخذ المستعير بالقلع، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع. والضرب الثاني: أن يكون قيمته مقلوعا أقل، فإن بذل المعير قيمته قائما أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعا وقائما منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الارش، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لامرين. (أحدهما) أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى. (والثاني) أنه أسبق ملكا، وقيل للمستعير لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخل الضرر على المعير بالترك، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فإذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا، على وجهين (أحدهما) لا يلزم لأنه مأذون فيه، فأشبهه بلى الثوب باللبس (والوجه الثاني) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذا بنقصه (فرع) إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير من القلع فقد اختلفوا في حكمه على ثلاثة مذاهب: أحدها وهو قول أبي حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقررة أو مطلقة لحديث " العارية مؤداة ". والثاني وهو قول أبي إبراهيم المزني أنه إن كانت العارية مطلقة تترك وإن كانت مقدره بمدة قلع بعدها، فرقا بين المطلقة والمقيدة. لأنه المقصود في اشتراط المدة

والثالث: وهو قول الشافعي أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الاجرة بعد الرجوع في العارية لقوله صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لان العارية إرفاق ومعونة فلو أوجبت الاضرار بالقلع لخرجت عن حكم الارفاق والمعونة إلى حكم العدوان والضرر. (فرع) إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فأقراره مشروط ببذل الاجرة واقامة المعير على المبيع من ترك القيمة، فصار إقراره مستحقا بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الاجرة أجبر على القلع، لانه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الاجارة وما استدام وجب الاقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه: وان كان مستظلا بغرسه وبنائه لان الاجرة مأخوذة على اقرار الغرس والبناء، فأما البياض الذي بين اثنا عشر فليس بمشغول بملك المستعير فلم يجز منه المعير منه، وان بذلت له الاجرة عليه أن يجيب إلى اجارتها طوعا بمسمى يرضاه فيكون كمن أجر أرضه مختارا، فأما المستعير فهل يستحق دخول الارض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا على وجهين. (أحدهما) لا يستحق الدخول لارض المعير. (والوجه الثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: انه يستحق دخول الارض ليصل إلى غرسه وبنائه في مراعاته ومصالحته، ويجبر المعير على تمكينه لان الاذن بالغرس والبناء اذن به وبمنافعه، فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله الا باستحداث عارية والى ما سبق ذهب الحنابلة. (فرع) وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففي جواره وجهان، أحدهما: يجوز، لانه مملوك، وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير. والوجه الثاني أن بيعه لا يجوز، لان المشتري غير مستعير، وترك ما اشتراه غير مستديم، لان المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه، وهذان الوجهان من اختلافهم في المستعير هل يجوز له أن يعير؟

(فرع) وللمعير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة، لان بين الغراس أرضا بيضاء ليست عارية، وليس لصاحب الغرس منع صاحب الارض من غشيانها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان حمل السيل طعام رجل إلى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا، فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه غير مفرط في انباته (والثاني) يجبر، وهو الصحيح، لانه شغل ملك غيره بملكه من غير اذن، فأجبر على ازالته كما لو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواء دار غيره. (فصل) وان أعاره أرضا للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع، ففيه وجهان. أحدهما: أنه كالغراس في التبقية والقلع والارش والثاني: أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل، لان للزرع وقتا ينتهي إليه، وليس للغراس وقت ينتهي إليه، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه. (فصل) وان أعاره حائطا ليضع عليه أجداعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعه، لانها تراد للبقاء، فلا يجبر على قلعه كالغراس، وان ضمن المعير قيمة الاجذاع ليأخذها، لم يجبر المستعير

على قبولها، لان أحد طرفيها في ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته، وان تلفت الاجذاع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد الا باذن، لان الاذن تناول الاول دون غيره، فان انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الاجذاع على الثاني، لان الاذن تناول الاول ومن أصحابنا من قال: يجوز لان الاعارة اقتضت التأييد والمذهب الاول. (فصل) وان وجدت اجذاع على الحائط، ولم يعرف سببها، ثم تلفت جاز اعادة مثلها، لان الظاهر أنها بحق ثابت. (الشرح) الاحكام: إذا حمل السيل بذر رجل فنبت في أرض غيره أو نوى فصار غرسا فهو لمالك البذر والنوى لانه نماء ملكه، وهل لصاحب الارض

[216]

أن يأخذه المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لانه نبت في أرضه بغير اختياره. والوجه الثاني: ليس له قلعه إذا بذلت له الاجارة، لان مالكة غير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه، لان قلعه إتلاف للمال على مالكة، ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك. وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أي بين الزرع والغرس. وقد صححنا الوجه الاول أنه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الارض به، لان ملكه نما في ملك غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو انتشرت أعصان شجرته في هواء ملك جاره. وكذلك النوى حيث ينبت شجرا كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه. وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولا واحدا. (فرع) إذا غرس الارض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففي لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس في التبقية والقلع والارش على ما مضى في الفصل قبله (والثاني) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل، وذلك لان الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحصد في أشهر معلومات. أما الغراس فلا حد له. (فرع) إذا أعار الرجل جاره حائطا ليضع عليه اجذاعا فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع، لان وضع الاجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الاجر بعد رجوعه في العارية أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء، فعلى هذا إن امتنع صاحب الاجذاع من بذلها أخذ بقلعها (والوجه الثاني) وهو أصح لا أجرة له. والفرق بين الحائط والارض أن الحائط قد يصل مالكة إلى منافعه وإن كانت الاجذاع موضوعة فيه وليس كالارض التي لا يصل مالكةا إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار كما يمكن بإجارة الارض، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الاجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها في حائط المعير والطرف الآخر في حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ

[217]

قيمة ما في ملكه، والغرس والبناء كله في أرض المعير فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما في غير ملكه. فلو انهدم الحائط الذي فيه الاجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الاجذاع إعادة موضعها بالاذن الاول أم لا،

على وجهين (أحدهما) له إعادتها لان العارية أوجبت دوام وضعها، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الاجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه والوجه الثاني: ليس له إعادتها، لان الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعره مالكة، فعلى هذا لو أراد صاحب الاجذاع أن يبنى الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له (فرع) إذا أعاره جذعا ليمسك به حائط فليس له بعد الامسك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائما وكان الجذع صحيحا لما فيه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه. وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا، على ما ذكرنا من الوجهين، فإن أنكر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لانه لا يتحدد بأخذه ضرر (فرع) إذا أعار أرضا لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها، لان دفن الميت للاستدامة والبقاء شرعا وعرفا، ولو رضى أولياؤه بنقله منعوا منه، لانه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمة بالنقل، وليس لصاحب الارض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجها واحدا لا يختلف لامرين. (أحدهما) أن العرف غير جار به (والثاني) أن الميت زائل الملك والاولياء لا يلزمهم، فلو أن الميت المدفون نبش الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبرا وليس لصاحب الارض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع من دفنه، لانه قد صار حقا للميت مؤبدا، فلو أن رجلا أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم في أرضه فإن سبيلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه، وإن لم يسبيلها فله الرجوع فيها، ولا يكون الاذن بالدفن فيها تسبيلا لها. فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن، وليس له نقل من دفن، ويحرم على من أعار الارض للدفن أن

[218]

يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهى عنه فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا استعار من رجل عبدا ليرهنه فأعاره ففيه قولان. أحدهما أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقة عبده، لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك، فدل على أنه ضمان. والثاني أنه عارية لانه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العواري فإن قلنا إنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحلّه، لانه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك. وإن قلنا إنه عارية لم يفتقر إلى ذلك لانه عارية فلا يعتبر فيه العلم، فإن عين له جنسا وقدرًا ومحلًا، تعين على القولين، لان الضمان والعارية يتعيانان بالتعيين، فإن خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد على ما لم يأذن له فيه، وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح. لانه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال، وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح، لانه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل، فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز، لان من رضى أن يقضى عن غيره عشرة رضى أن يقضى ما دونه، وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح، لان من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد. (فصل) وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين في الحال، لان للمعير أن يرجع في العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان، فان رهنه بدين مؤجل باده، فان قلنا: انه عارية جاز له المطالبة بالفكاك، لان للمعير أن يرجع متى شاء. وان قلنا انه ضمان لم يطالب قبل المحل لان الضامن إلى أجل لا يملك

المطالبة قبل المحل. (فصل) وان بيع في الدين فان قلنا انه عاربه رجع السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها. وان قلنا انه ضمان رجع بما بيع به، سواء بيع بقدر

[219]

قيمه أو بأقل أو بأكثر، لان الضامن يرجع بما غرم، ولم يغرم إلا ما بيع به. (فصل) وإن تلف العبد فإن قلنا إنه عارية ضمن قيمته، لان العارية مضمونة بالقيمة، وإن قلنا انه ضمان لم يضمن شيئاً لانه لم يغرم شيئاً. (فصل) وإن استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصه أحدهما من الرهن، ففيه قولان (أحدهما) لا تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه دون بعض (والثاني) يخرج نصفه لانه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين، فلا يصير رهنها بأكثر منه. (الشرح) الاحكام: سبق أن قلنا إن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره، ولكن إذا أذن له المعير في إيجارها أو رهنها أو إيجارها مدة معلومة جاز، لان الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه. وهل تكون العين مضمونه على المستعير أم تبقى يده على الائتمان؟ قلنا: إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونه، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له في رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضمان لان العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتها ولقضاء حاجته منها (والثاني) أنه تعدى في منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكةا، وهو الذي يملك المنفعة فدل على أنه ضمان. وقال ابن المنذر: إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن فيه له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز، وذلك لانه استعاره ليقضى به حاجته، فصح كسائر العواري. فإذا أذن له في رهن العارية، فان مالك العارية يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن، فيجب أن يكون المعير عالماً بقدر الدين ومحلّه، فإذا خالفه في أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لان العارية لا يعتبر فيها العلم، ولان العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع. ولنا في هذه المسألة

[220]

قولان. وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره. أو حال بمؤجل أو مؤجل بحال للعلل التي أوضحها المصنف، فإذا رهنه بأقل من القدر الذي عينه جاز، لان من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً، فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بأنقص، وللمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في حال، سواء كان بدين مؤجل أو حال، لان للمعير الرجوع في العارية متى شاء. وهو أحد القولين عندنا، وقول واحد عند أصحاب أحمد. (فرع) إذا حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه لان ذلك مقتضى الرهن، فإذا بيع في الدين أو تلف. فان قلنا: إنه عارية رجع المعير على المستعير بقيمتها لان العارية تضمن بقيمتها، وان تلف من غير تفريط فلا شيء على المرتهن، لان الرهن لا يضمن من غير تعد. وإذا استعار عاربه من رجلين فرهنها بمائة ثم قضى

خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما لا تخرج لانه رهنها بجميع الدين في الصفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد. وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثاني) يخرج نصفه لان كل واحد منهما لم يأذن إلا في رهن نصيبه. وله أن يرجع متى شاء والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتها فعليك الاجرة وقال الراكب: بل أعرتنيها فلا أجره لك، فقد قال في العارية: القول قول الراكب. وقال في المزارعة: إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك أكريتها وقال الزارع بل أعرتنيها، فالقول قول المالك: فمن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما، فقال في الدابة: القول قول الراكب، وقال في الارض القول قول المالك لان العادة أن الدواب تعار، فالظاهر فيها مع الراكب والعادة في الارض أنها تكرى ولا تعار، فالظاهر فيها مع المالك، ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الاخرى وجعلهما على قولين، وهو اختيار المزني (أحدهما) أن القول قول المالك، لان المنافع كالأعيان في الملك والعقد عليها، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها. وقال الآخر بل وهبتيها. كان القول قول المالك. فكذلك إذا اختلفا في المنافع

[221]

(والثاني) أن القول قول المتصرف، لان المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله، فان قلنا: ان القول قول المالك حلف ووجب له الاجرة وفي قدر الاجرة وجهان. أحدهما: يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها. والثاني: أنه تجب أجره المثل وهو المنصوص لانهما لو اتفقا على الاجرة واختلفا في قدرها وجب أجره المثل فلان تجب أجره المثل وقد اختلفا في الاجرة أولى فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه. (وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرئ من الاجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك - فإذا حلف - استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالاتفرار في الآخر وأيهما كان وجب المسمى، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فإن قلنا) ان القول قول المالك حكم له بالاجرة (وان قلنا) القول قول الراكب، فهل يلزمه أقل الامرين من الاجرة أو القيمة، فيه وجهان، أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه، والثاني لا يحكم له بشئ لانه لا يدعى القيمة ولا يستحق الاجرة. (فصل) وان قال المالك: غصبتنيها فعليك الاجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها فلا أجره على، فان المزني نقل أن القول قول المستعير، واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال المسألة على طريقين كما ذكرنا في المسألة قبلها، أحدهما الفرق بين الارض والدابة، والثاني: أنهما على قولين لان الخلاف في المسئلتين جميعا في وجوب الاجرة، والمالك يدعى وجوبها، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين. ومنهم من قال: ان القول قول المالك، وما نقل المزني غلط، لان في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع، فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والاصل أنها للمالك. (فصل) وان اختلفا فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب بل أجرتها

فالقول قول المالك لانهما اتفقا أن الملك له، واختلفا في صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ. وإن كانت تالفة نظرت. فإن لم تمض مدة لمثلها أجره حلف واستحق القيمة، وإن مضت مدة لمثلها أجره فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالاجرة، فإن كانت القيمة أكثر من الاجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها، ففيه وجهان. (أحدهما) يستحق من غير يمين، لانهما متفقان على استحقاقه. (والثاني) لا يستحق من غير يمين، لانه أسقط حقه من الاجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية، والراكب منكر، فلم يستحق من غير يمين. (فصل) وإن اختلفا فقال المالك: غصبتها فعليك ضمانها وأجره مثلها وقال الراكب: بل أجرتها فلا يلزمني ضمانها، ولا أجره مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه، لان الاصل أنه ما أجره، فإن اختلفا - وقد تلفت العين - حلف واستحق القيمة، وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا، فإن المالك يدعى أجره المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجره المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين، لانهما متفقان على استحقاقه، والله أعلم. (الشرح) الاحكام: قال الشافعي في العارية من الام: ولو قال رب الدابة أكرتها إلى موضع كذا بكذا، وقال الراكب بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه، ولو قال. أعرتها، وقال ربها غصبتها كان القول قول المستعير، قال المزني هذا عندي خلاف أصله، لانه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن، وقوله من أتلف شيئا ضمن، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به، وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول. فالفصل الاول وهو مذكور في الام صورته في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا، فقال المالك أجرتها فلى الاجرة، وقال الراكب أعرتها، فليس لك أجره، فالذي نص عليه الشافعي في كتاب العارية أن القول قول الراكب، فاختلف أصحابنا

لاختلاف هذا الجواب، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر، ويخرجونها على قولين (أحدهما) وهو اختيار المزني والربيع أن القول قول المالك في الدابة والارض على ما نص عليه في المزارعة وله الاجرة، ووجهته ما ذكره المزني، وهو أن المنافع مملوك تصح المعاوضة عليها كالاغنيان، ثم ثبت أنهما لو اختلفا في العين بعد استهلاكها، فقال ربها: بعثها عليك، وقال المستهلك. بل وهبتها، فإن القول قول المالك دون المتلف وله الاجرة. (والقول الثاني) ان القول قول الراكب في الدابة والزارع في الارض معا على ما نص عليه في العارية ولا أجره عليه، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منافع لم يقبل منه، وخالف استهلاك العين التي قد اتفقا عليها أنها ملك لربها دون مستهلكها، وفي هذا انفصال عما ذكره المزني توجيهها. وقال أبو العباس بن سريج. ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره في الموضوعين فيكون القول في الدابة قول راکبها وفي الارض قول مالکها اعتبارا بالعرف فيها، لان العادة في الدواب جارية باعارتها، فكانت العادة شاهدة لراكبها، والعادة جارية في

الارض بالاجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها، وهذه طريقة أبى العباس في اعتبار العرف والعادة فيها، وليس مذهبا للشافعي لان من يؤجر قد يعير، ومن يعير قد يؤجر. فإذا تقرر ما وصفنا فان قلنا: إن القول قول رب الدابة والارض فمع يمينه فإذا تلف فله الاجرة، وفيها وجهان: (أحدهما) أنه القدر الذي سماه، لانه قد جعل القول قوله فيه. (والوجه الثاني) وهو أصح أن له اجرة المثل لانهما لو اختلفا في الاجرة مع اتفاهما على الاجارة لم يقبل قول المؤجر فيها، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها، فان نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير، لان ردها لا يفيد، لان الاجرة ساقطه عنه لنكول المالك. وإن قلنا إن القول قول

[224]

الراكب مع يمينه، فان حلف برئ من الاجرة ورد الدابة، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الاجرة، فإذا حلف فله المسمى وجها واحدا، لان يمينه بعد النكول، إما أن تجرى مجرى البينة أو الاقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى. فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الاجرة دون القيمة، والراكب يقر بالقيمة دون الاجرة - فان قلنا: إن القول قول المالك حكم له بالاجرة وحدها دون القيمة لانه لا يدعيها. وإن قلنا: إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الامرين من الاجرة أو القيمة؟ على وجهين. (أحدهما) يحكم له به لاتفاهما على استحقاقه. (والوجه الثاني) لا يحكم له بشئ فيها لانه لا يدعى القيمة ولا يستحق الاجرة والفصل الثاني وهو أن يقول المالك عصبتها ويقول الآخر بل أعرتنيها، فهذا الاختلاف مؤثر في الاجرة دون القيمة، لان العارية مضمونه كالغصب واجرة العارية غير مضمونه بخلاف الغصب، فان كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف، وإن كان بعد الركوب فالذي نقله المزني ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو على بن أبى هريرة يخرجها علي قولين كالمسألة الاولى لاشتراكهما في العله، ويجعل قول المزني ههنا أحد القولين. وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولا واحدا، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن في اختلافهما في العارية والاجارة اتفاهما على أن الراكب مالك للمنفعه، فجاز أن لا يقبل قول المالك في الاجرة، ولم يتفاهما على مثل ذلك في هذه المسألة، لان المالك يقول: أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق، والراكب يقول: أتلفتها مستعيرا بحق، فلم يصدق. فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزني بجوابين (أحدهما) أن ذلك خطأ من المزني في نقله وسهوه (والثاني) تسليم الراوية واستعمالها على أحد تأويلين إما على: القول قول المستعير في قدر الاجرة، وإما على: أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه

[225]

الضمان إلا في العارية دون الغصب، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب، فعلى هذا لو تلفت الدابة ضمن قيمتها وكانت الاجرة على ما مضى والفصل الثالث أن يقول رب الدابة: أعرتكها، ويقول الراكب: استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين. (أحدهما) في ضمان رقبتهما،

لان العارية مضمونه والمؤاجرة غير مضمونه فان كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف. (والثاني) لزوم ركوبها تلك المدة، فان كانت الدابة تالفه أو المدة منقضيه سقط تأثير هذا الاختلاف، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لان الراكب يدعى عليه عقدا في إجارته، فان كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجره له، لان الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدعيها، وان كانت الدابة تالفه كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لانها تالفه في يده وهو يدعى بالاجارة إستئمانا فلم تقبل دعواه، ولزمه غرم القيمة، فان لم يكن لمدة الركوب أجره لم يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أعارها، إلا أن تنقضي فيحلف بالله تعالى لقد أعارها ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الاجارة وإن كان لمدة الركوب أجره هي بقدر القيمة فصاعدا فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا، على وجهين. (أحدهما) لا يمين عليه، لان الراكب مقر له أجره، والمالك يدعيها قيمة فصارا متفقين على استحقاقه. وإن اختلفا في جنسه فسقطت اليمين فيه. (والوجه الثاني) عليه اليمين لانه قد أسقط حقه من الاجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعى القيمة. والراكب منكر لها. فإذا حكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين. والفصل الرابع: أن يقول المالك غصبتها. ويقول الراكب: أجرتها، فتأثير هذا الاختلاف من وجهين (أحدهما) في ضمان الرقبة. لان المعصوب مضمون والمؤجر غير مضمون. فان كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف

[226]

والثاني في لزوم المدة، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف. وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامنا للدابة والاجرة. فيأخذ بالملك من غير يمين إلا أن تكون أجره المثل أكثر من المسمى الذي أقر به الراكب. فلا يستحق الزيادة إلا بيمين. وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين. والله أعلم بالصواب. وهو حسبي ونعم الوكيل. والى ما ذهبنا إليه قال أحمد وأصحابه: قال ابن قدامة: وان قال المالك: غصبتها، وقال الراكب أجرتها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة، لان الاجر يجب في الموضعين، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل، والقول قول المالك مع يمينه، فان كانت الدابة تالفه عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها، وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر، والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه، وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى. وفي اليمين وجهان. وان كان زائدا على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجهها واحدا والله أعلم

[227]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الغصب الغصب محرم لما روى أبو بكره قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا. وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه " (فصل) ومن غصب مال غيره، وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه، لما روى سمرة أن النبي صلى

الله عليه وسلم قال " على اليد ما أخذت حتى ترده " (فصل) فان كان له منفعة تستباح بالاجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الاجرة، لانه يطلب بدلها بعقد المغابنة. فضمن بالغصب كالأعيان. (فصل) فإن كان المغصوب باقيا لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب ابن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها " فان اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين، وهذا خطأ، لان الغاصب يضمن ما غصب. والقيمة لا تدخل في الغصب، لانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء (فصل) وإن تلف فئ يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له، فان لم يكن له مثل نظرت، فان كان من غير جنس الاثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة. لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه. وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق فأوجب القيمة في العبد بالانلاف بالعتق، ولان إيجاب مثله من جهة الخلقة

[228]

لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه وان اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لانه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها، كالحالة التي غصبه فيها، وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه، لانه موضع الضمان فوجب القيمة من نقده، وان كان من جنس الاثمان نظرت، فان لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة، فان كان نقد البلد من غير جنسه، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة، لان تضمينه بالقيمة لا يؤدي إلى الربا. فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الاثمان، وان كان نقد البلد من جنسه وإذا قوم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا، وان كانت فيه صنعة نظرت، فان كانت صنعة محرمة ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة، لان الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد من غير جنسه أو من جنسه، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته، لانه لا يؤدي إلى الربا. وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان (أحدهما) يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا (والثاني) أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت، وهو الصحيح، لان الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا، وان كان مخلوطا من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما (فصل) وان كان مما له مثل كالحبوب والادهان ضمن بالمثل، لان ايجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وايجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص. وان غصب ماله مثل واتخذ منه ما لا مثل له، كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة إذا جعلها دقيقا. وقلنا انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الاصل. لان المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة. وان غصب ما لا مثل له واتخذ منه ماله مثل كالرطب إذا جعله تمرا ثم تلف لزمه مثل التمر، لان المثل أقرب إليه من قيمة

الاصل، وإن غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسهم إذا عصر منه الشريح ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السهم، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن، لانه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثليين، فرجع بما شاء منهما. وإن وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة، لان الواجب هو المثل، وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم. ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف. ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم. لان الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم. ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع، لانه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة. وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لانه لا ينتقل إلى القيمة الا بالحكم. وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين (أحدهما لا يلزمه المثل لان وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة (والثاني) يلزمه، لان المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل. (الشرح) الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهرا وظلما فهو غاصب، والجمع غصاب ككافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين. فيقال: غصبت ماله، وقد تزد من في المفعول الاول فيقال. غصبت منه ماله، فزيد مغصوب ماله، ومغصوب منه ماله، ويبنى للمفعول فيقال: اغتصبت

لما لم يسم فاعله - المرأة نفسها - بالنصب على المفعولية، وربما قيل: على نفسها يضمن الفعل معنى غلبت، والشيء مغصوب وغصب تسمية بالمصدر وعند الفقهاء الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وحكمه أنه محرم بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وأما السنة: فقد أخرج أحمد والبخاري عن أبي بكره ولفظه " خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال: أتدرون أي يوم هذا؟ قلنا: الله ورسوله أعلم. فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال: أليس يوم النحر؟ قلنا بلى. قال أي شهر هذا. قلنا الله ورسوله أعلم. فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه، فقال أليس ذا الحجة. قلنا بلى. قال أي بلد هذا. قلنا الله ورسوله أعلم، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال: أليست البلدة الحرام. قلنا بلى. قال: فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم، ألا هل بلغت.

قالوا نعم. قال اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب، فرب مبلغ أوعى
من سامع، فلا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض " ورواه
البخاري من حديث ابن عباس وفيه " قالوا يوم حرام " وقالوا " شهر حرام
" و " بلد حرام " وعند البخاري أيضاً من حديث ابن عمر بنحو حديث أبي
بكرة إلا أنه ليس فيه قوله " فسكت " في المواضع الثلاثة وقد جمع بعضهم
بين الاحاديث بتعدد الواقعة، ورد ذلك الحافظ بن حجر في الفتح فقال
وليس بشئ لان الخطبة يوم النحر انما تشرع مرة واحدة، وقد قال في كل
منها ان ذلك كان يوم النحر

[231]

وأشار الكرمانى إلى فخامة حديث أبى بكرة مما ليس في الروايات
الأخرى، وقد رواه مسلم وغيره من حديث جابر بن عبد الله في وصف حجة
النبي صلى الله عليه وسلم وهي رواية مشهورة مرت في كتاب الحج، وقد
رأيت الحديث في كتاب دعائم الاسلام للقاضى أبى حنيفة النعمان بن
محمد بن حيون التميمي من قضاة المعز لدين الله الفاطمي قال: روينا
عن جعفر بن محمد بن على عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع
وهو على ناقته القصواء فقال " أيها الناس، إنى خشيت ألا ألقاكم بعد
موقفي هذا بعد عامى هذا، فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به، ثم قال أي
يوم أعظم حرمة ؟ قالوا: هذا اليوم يا رسول الله. قال: فأى الشهور أعظم
عند الله حرمة، قالوا: هذا الشهر يا رسول الله. قال: فأى بلد أعظم حرمة.
قالوا: هذا البلد يا رسول الله، قال: فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة
دمائكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى أن تلقوا
ربكم فيسألکم عن أعمالکم، ألا هل بلغت، قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد "
اه من كتاب الغضب والتعدى ج 2 ص 484. ومن السنة أيضاً حديث أبى حميد
الساعدي الذي ساقه المصنف مر بك تخريجه في كتاب الصلح وغيره من
أسفار المجموع، وقد أخرجه الدارقطني وغيره. ومن السنة أيضاً ما أخرجه
الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول " من أخذ شبراً من الارض ظلما طوقه من سبع
أرضين " ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة، ورواه أحمد عن أبى
هريرة، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر، ورواه ابن حبان وابن أبي شيبه
وأبو يعلى عن يعلى بن مرة، وأبو بكرة - هو نفع بن الحارث - أو ابن
مسروح الثقفي، وأم أبى بكرة سمية جارية الحارث بن كلدة وهي أم زياد
بن أبيه، وكان أبو بكرة يقول: أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبأبى أن ينتسب إلى أحد، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم من حصن الطائف، فأسلم في غلمان من غلمان أهل
الطائف فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم

[232]

فكان يقول: أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد عد في
مواليه، قال أحمد بن زهير: سمعت يحيى بن معين يقول: أملى على هودة
بن خليفة البكراوي نسبة إلى أبى بكرة، فلما بلغ إلى أبى بكرة، قلت: ابن

من، قال. دع لا تزده، وكان أبو بكره يقول: أنا من إخوانكم في الدين. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع منه، فإذا ثبت هذا فإن من غصب شيئاً لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " على اليد ما أخذت حتى ترده " رواه الحسن البصري عن سمرة، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور، وقد أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم في المستدرک. وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبي داود والترمذي وقال: حسن غريب وقال لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب. وقال الشافعي: إذا شق رجل لرجل ثوبا شقاً صغيراً أو كبيراً فأخذ ما بين طرفيه طولاً وعرضاً أو كسر له شيئاً صغيراً أو كبيراً أو رضخه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سواء، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحاً ومكسوراً أو صحيحاً ومجروحاً قد برئ من جرحه ثم يعطى مالكة ما بين القيمتين ويكون ما بقى بعد الجناية لصاحبه نفعه أو لم ينفعه. وقد عرف الماوردي الغصب بأدق ما رأيت تعريفاً قال " الغصب هو منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق " ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف، فان منع ولم يتصرف كان تعدياً وتعلق به ضمان لانه تعد على المالك دون الملك، وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لانه تعد على الملك دون المالك، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا. وقال أبو حنيفة لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل، فان كان مما لا ينقل كالذور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالاً بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف، فصار كحبس الانسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله،

[233]

ولان المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل. وتحريره قياساً أن كل ما لم يصر به المال مسروقاً لم يصر به مغصوباً كالمنع والاحالة، دليله ما روى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه " فأطلق على الارض حكم الغلول والغصب، وروى عنه صلى الله عليه وسلم قوله " لعن الله سارق المنار، قيل: وما سارق المنار، قال: أن يأخذ الرجل العلامة من أرضه إلى أرض غيره " فجعل ذلك سرقة، وقوله صلى الله عليه وسلم " ملعون من لعن أباه، ملعون من لعن أمه، ملعون من غير نجوم الارض " وفي نجوم الارض تأويلان. أحدهما: علماؤها، والثاني: حدودها وأعلامها وما ضمن بالقبض في العقود ضمن بالتصرف في العقود كالمحول والمنقول، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود، ولانه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية. فأما الجواب بأن ما لم ينقل مختص بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل التعدي عليه دون ماله فلم يصير المال مغصوباً، وخالف ما لو تصرف فيه، مع اشتهاار القول عرفاً أن فلانا غصب داراً أو أرضاً. وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع ويخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال، ألا ترى أنه لا يقال: سرق داراً، ويقال: غصب داراً، فإذا تقرر ما بيننا فالمغصوب على ثلاثة أحوال. (أحدها) أن يكون باقياً (والثاني) أن يكون تالفاً (والثالث) أن يكون ناقصاً، وفي هذه الفصول التي سبقناها للمصنف حالان منها. فإن كان باقياً بحاله ارتجعه المالك منه، فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى والى الامر استرجاعه

وتأديب الغاصب وإن كان مما لا أجره لمثله كالطعام والدرهم والدنانير
فقد برئ بعد رده من حكم الغصب، وسواء كانت قيمته قد نقصت في
الاسواق

[234]

أو أرخصت الاسعار أم لا، لان بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق، وإن
كان مما لمثله أجره كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسي) وأقمشة
الصاويين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات
والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة والمكرفون وما إلى ذلك فعليه رد العين
مع أجره المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجره عرفا، وعليه مؤونة الرد إن
كان له مؤونة. وأما الحال الثانية: وهو أن يكون المعصوب تالفا فهو
مضمون عليه، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم:
على اليد ما أخذت حتى ترده ثم هو على ضربين. (أحدهما) أن يكون له مثل
كالذي تتساوى أجزاءه من الحبوب والادهان والدرهم والدنانير فعليه رد
مثله جنسا ونوعا وصفة وقدر، لان مثل الشيء أحصر به بدلا من القيمة،
لانه مثل في الشرع واللغة، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة، فإن طلب
أحدهما القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المعصوب منه،
لانها غير المستحق، فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي
جواره وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع
القدرة على رد المعيب (والثاني) أن لا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاءه
من الثياب والجوهر فعليه ثمنه في أكثر أحواله، فثمنه من وقت الغصب
إلى وقت التلف، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال عبيد الله بن الحسن
العنبري وأحمد بن حنبل: عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية
العامري عن أنس في رواية الترمذي، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلما، وعن
عائشة في رواية أحمد وأبي داود والنسائي، قالت عائشة: ما رأيت صانعة
طعاما مثل صفيحة، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت
به إلى النبي صلى الله عليه وسلم في إناء فما ملكت نفسي أن كسرتة،
فقلت: يا رسول الله ما كفارته، قال: إناء مثل إناء وطعام كطعام، وما روى
أن عثمان رضى الله عنه أنه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إن بنى عمك
سعوا على إبلى فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها، فقال عثمان: نعطيك إبلا
مثل ابلك،

[235]

وفصلانا مثل فصلانك، فقال عبد الله بن مسعود: وقد رأيت يا أمير
المؤمنين أن يكون ذلك من الوادي الذي جنى فيه بنو عمك، فقال عثمان.
نعم. ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال. من أعتق
شركا له في عبد قوم عليه ان كان موسرا فأوجب قيمة الحصه، ولم يوجب
مثل تلك الحصه ولانه لما كانت أجزاءه مضمونه القيمة دون المثل، حتى
من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته، ومن حرق ثوبا لم يحرق ثوبه، وجب أن
يكون في استهلاك العين بمثابته، ولان ما تختلف أجزاءه يتعذر فيه
المماثلة، ولا يخلو من أن يكون زائدا يظلم به الغاصب، أو ناقصا يظلم به
المعصوب، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين، فأما الجواب عن قوله

اناء مثل الاناء وطعام مثل طعام فهو أن القيمة مثل في الشرع، قال تعالى " فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين " فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بني عمه. (فرع) إذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الاثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف في سوقه وبلده، فإن قيل لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين، قيل لانه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين. وان كان من جنس الاثمان فعلى ضربين. (أحدهما) أن يكون مباح الاستعمال كالحلي ففي كيفية ضمانه وجهان. (أحدهما) يضمن قيمته مصوغا من غير جنسه، ان كان من الذهب ضمن قيمته فضه، وان كان من الفضة ضمن قيمته ذهباً. (والوجه الثاني) أنه يضمن بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته، مثل أن يكون وزن مائة جرام من ذهب وهو مصوغ فيضمن بمائة جرام ذهباً وبأجرة صياغته، وهل تجوز أن تكون الأجرة ذهباً، أم لا، على وجهين (أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقاً لئلا تفضى إلى الربا، والتفاضل في الذهب بالذهب.

[236]

والوجه الثاني وهو الاصح، لانه بدل من الصياغة والعمل الذي لا يدخله الربا، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً، لانه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم، كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار. والضرب الثاني: أن يكون محظور الاستعمال كالأواني، ففي ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارهما (أحدهما) ان ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لانها معصية لا تقرر فلم تضمن، كصنعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعتها إذا نقصت أوتارها أو تلفت أزرارها لانه لا يضمن النقص في الايقاع. والوجه الثاني: أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة، فعلى هذا في كيفية ضمانها وجهان على ما مضى. (فرع) إذا غصب منه تمرا فجعله دبسا (عجوة) أو سمسما فعصره شيرجا، أو زيتونا فاعتصره زيتا فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشئ المغصوب من أحد أمرين، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له، فان كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكتز بالبصرة قديما وحديثا، وعندنا في ديارنا يصنع مثله في واحة سيوه، رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لانه غير ماله، ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره، لان أجزاء المغصوب أخص به من قيمته، وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين (أحدهما) أنه بمثابة مالا مثل له في استرجاع ما استخرج منه. والثاني أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الاصل لانه أشبه بالمغصوب من أجزائه الامر الثاني: وهو على أربعة أضرب (الاول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل، كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الاصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق، لان مثل ذى المثل أولى من قيمته. فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها دقيقا على قيمتها حبا استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق كما لو غصب دابة فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث في يده

مع بقاء العين، فلان يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى. والضرب الثاني: أن يكون الاصل مما ليس له مثل. والمستخرج منه مما له مثل. كالزيتون إذا اعتصره زيتا، لان للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وينقص ان حدث في الزيتون، لانه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الاصل لتقديم المثل على قيمه والضرب الثالث: أن يكون الاصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل، كالسمسم إذا اعتصره شيرجا، لان لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخيار في الرجوع بمثل أيها شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمنا من الشيرج فأراد نقصه لم يجز. وقيل له أن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش لك لان عين مالك مستهلك ولكل حقل مثل، فلا معنى لآخذ الاصل مع الارش مع استحقاك لمثل لا يدخله الارش والضرب الرابع أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالديس (العجوة) إذا استخرج ديسه بالماء، فكل واحد من التمر والديس غير ذي مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الاصل من الحنطة والدقيق، ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمرا أو دبسا. والله أعلم قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدا فأبق، أو بهيمة فضلت، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة لانه حيل بينه وبين ماله، فوجب له البديل كما لو تلف، وإذا قبض البديل ملكه، لانه بدل ماله فملكه كبديل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب، لانه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمنين كالتالف، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك. وهل يلزم الغاصب الاجرة من حين دفع القيمة إلى أن رده، فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه لان المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته (والثاني) تلزمه لانه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فلزمه ضمانها، كما لو لم يدفع

القيمة. وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البديل، لانه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد، وإن زاد البديل في يده نظرت، فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لان الزيادة المتصلة تتبع الاصل في الفسخ بالعيب. وهذا فسخ، وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللين لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب. (الشرح) الاحكام: قال الشافعي رضى الله عنه: ولو غصب دابة فصاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لانه أخذ قيمتها على أنها فائتة فكان الفوت قد بطل لما وجدت، ولو كان هذا بينا ما جاز أن تباع دابته عليه، كعين جنى عليها فابيضت، أو على سن صبي فانقلعت، فأخذ أرشها بعد أن يتس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن، فلما عاد أرجع حقاها وبطل الارش بذلك فيهما. وهذا كما قال: إذا غصب عبدا فأبق أو بعيرا فشرده أو فرسا فعاد فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك ممكنا ومكانه معروفا، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤونة في رده، ولو كانت أضعاف قيمته، كما يؤخذ بهدم بنائه، وان كان أكثر من قيمة الارض المغصوبة أضعافا، فلو

أمر الغاصب مالكتها أن يستأجر رجلا لطلبها فأستأجر رجلا، وجبت أجرته على الغاصب، ولو طلب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجره لطلبها، لانه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه. فإن استأجر الغاصب مالكتها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان. أحدهما أن الاجارة غير جائزة وله الاجارة المسماة، لانه مالك لمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها، والوجه الثاني أن الاجارة باطلة ولا أجره له لانه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره. فإذا حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه. والقسم الثاني: أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب. والقسم الثالث أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب

[239]

فأما القسم الاول وهو أن يبذل الغاصب قيمة المغصوب ويطلب المغصوب منه بعصبه ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مئوته، لان المالك لا يجبر على إزالة ملكه وأما القسم الثاني وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العصب بعينه فينظر: فإن كانت العصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة، لان الشئ المغصوب مقدور عليه. وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكا مستقرا وملك الغاصب العصب ملكا صريحا فليس للمغصوب منه أن يسترده، لانه وإن ملكه بالخيار ابتداء فلم يملكه انتهاء، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداء فقد ملكه انتهاء، وقد استقر ملكه عليه. الضرب الثاني: وهو أن يكون رده ممتنعا للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبرا بقيمته أكثر ما كانت من وقت العصب إلى قوات الرد فإذا أخذها المغصوب منه ففي استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا (أحدهما) أن ملكه عليها مستقر لقوات الرد والوجه الثاني: لا، لجواز القدرة على الرد، فإن وجد الشئ المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته. وقال أبو حنيفة: يكون المغصوب ملكا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالعصب حينئذ استدلالا بأن البذل إذا كان في مقابلة المبدل كان استحقاق البذل موجبا لتملك المبدل، كالبيع والنكاح لما استحق على المشتري الثمن تملك المئمن، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع. كذلك الغاصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب، ولان الجمع بين البذل والمبدل مرتفع في الاصول وفي بقاء ملك المغصوب منه على العصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك

[240]

الثلث والتمثن، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع، ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاءه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده ودليلنا قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك، ولحديث سمرة مرفوعا " على اليد ما أخذت حتى ترده " فجعل الرد غاية الاخذ، فاقضى عموم الظاهر استحقاؤه في الاحوال كلها، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه (فرع) إذا نما البدل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة. أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه في حالة زيادة المغصوب كما سيأتي. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا مستقرا أو غير مستقر، فإن كان مستقرا بأن كان ثوبا فتحرق، أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص، لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببذله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنته: أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الأول، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببذله كالثوب إذا تحرق والشاة إذا ذبحت وإن كان نقصانا غير مستقر، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد، فقد قال في الام " للمغصوب منه مثل مكيلته " وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تحرق (والثاني) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف

[241]

فصار كالمستهلك. ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحدا ولا يثبت ما قاله الربيع، وإن كان في الرقيق نظرت، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهب البكارة والجنابات التي ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تحرق، وإن كان له أرش مقدر كذهب اليد نظرت، فإن كان ذهب من غير جنابة رده وما نقص من قيمته. ومن أصحابنا من قال يردده وما يجب بالجنابة، والمذهب الأول، لأن ضمان اليد ضمان المال. ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس، فلم يجب فيه أرش مقدر. وإن ذهب بجنابة بأن غصبه ثم قطع يده، فإن قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجنابة وجب عليه نصف القيمة وقت الجنابة، لأن اليد في الجنابة تضمن بنصف بدل النفس. وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته، لأنه وجد اليد والجنابة فوجب أكثرهما ضمنا. وإن غصب عبدا يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفا ثم قطع يده لزمه خمسمائة، لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، وبد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق. (فصل) وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت، فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة، مثل أن غصب عبدا فقطع أشبهه ولم تنقص قيمته، أو غصب صاعا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته، لزمه في الاثنين قيمة العبد وفي الزيت نصف صاع، لأن الواجب

في الانثيين مقدر بالقيمة. والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل
فلزمه ما يقدر به. وان كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة
فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم
يلزمه شيء، لان السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة
شيء فلم يلزمه شيء. واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعا من عصير فأغلاه
ونقص نصفه ولم تنقص قيمته، فقال أبو علي الطبري: يلزمه نصف صاع
كما قلنا في الزيت وقال أبو العباس لا يلزمه شيء لان نقص العصير
باستهلاك مائة ورطوبه

[242]

لا قيمة لها، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك
أجزائه ولاجزائه قيمة فضمنها بمثلها. (فصل) وإن تلف بعض العين ونقصت
قيمة الباقي بأن غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف
أحد النصفين لزمه قيمة التالف، وهو قيمة نصف الثوب، أكثر ما كانت من
حين الغصب إلى حين التلف ورد الباقي وأرش ما نقص، لانه نقص حدث
بسبب تعدى به فضمنه، فان كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل
أحدهما فصار قيمة الباقي درهمين ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهمان،
لان الذي أتلفه قيمته درهمان (والثاني) تلزمه ثمانية، وهو المذهب، لانه
ضمن أحدهما بالاتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به، فلزمه ضمانه
(فصل) فان غصب ثوبا فلبسه وأبلاه، ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أكثر
الامرئين من الاجرة أو أرش ما نقص، لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة
الاجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الاجزاء (والثاني) تلزمه الاجرة
وأرش ما نقص، لان الاجرة بدل للمنافع، والارش بدل الاجزاء، فلم يدخل
أحدهما في الآخر، كالاجرة وأرش ما نقص من السمن (فصل) وان نقصت
العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينه فهزلت ونقصت قيمتها، ثم
سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان (أحدهما) يسقط عنه الضمان، وهو
قول أبي علي بن أبي هريرة، لانه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان،
كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض (والثاني) أنه لا يسقط، وهو
قول أبي سعيد الاصطخري، لان السمن الثاني غير الاول فلا يسقط به ما
وجب بالاول وإن سمنت ثم هزلت ثم سمنت ثم هزلت ضمن أكثر السمنين
قيمه، في قول أبي علي بن أبي هريرة، لان يعود السمن يسقط ما في
مقابلته من الارش، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد - لان السمن
الثاني غير الاول - فلزمه ضمانهما.

[243]

(فصل) وإن غصب عبدا فجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما
يستوفى في جنائته، فان كانت الجناية على النفس فأقيد به ضمن الغاصب
قيمه لانه تلف بسبب كان في يده فان كان في الطرف فأقيد منه ضمن
وفى الذي يضمن وجهان (أحدهما) أرش العضو في الجناية (والثاني) ما
نقص من قيمته لانه ضمان وجب باليد لا بالجناية لان القطع في القصاص
ليس بجناية وقد بينا الوجهين فيما تقدم فان عفى عن القصاص على مال
لزم الغاصب أن يعديه لانه حق تعلق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه.

(الشرح) الاحكام: يشتمل هذا الفصل على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصا فعلى ضربين. أحدهما: أن يكون حيوانا. والثاني: أن يكون غير حيوان، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين (أحدهما) أن يكون متميزا كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها، فيكون ضامنا للنقص بالمثل إن كان ذا مثل، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل، ويرد الباقي بعينه، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله، وهذا متفق عليه. (والضرب الثاني) أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه، فإن كان الناقص من أقل منافعه أخذه وما نقص من قيمته إجماعا فيقوم صحيحا، فإن قيل: مائة درهم قوم ممزقا أو مكسورا، فإن قيل: ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقا أو مكسورا وبأخذ منه أربعين درهما، وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعي إلى أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم فصار بعد النقص يساوي درهما أخذه وتسعة وتسعين درهما، وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الائناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة. وقال مالك: يكون المالك مخيرا بين تسليمه إلى الغاصب وبأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصا ولا أرش له. وقال أبو حنيفة. يكون المالك مخيرا بين أن يتمسك به ويرجع بأرش ناقصه

[244]

وبين أن يسلمه إلى الغاصب ويرجع بجميع قيمته، وإذا تمزق الثوب وترضض الائناء حتى بلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة وملك المرضوض والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعا بين البدل والمبدل، قالوا ولان العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقي منها ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة، ولان الأقل تبع للاكثر فلما كان غارما لاكثر المنافع وجب أن يكون غارما لاقلها. دليلنا. قوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله، ولان ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسا على النقص المتميز، ولان ما لم يكن تمييز بعضه موجبا لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجبا لغرم جميعه قياسا على النقص الأقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردي في الحاوي. فأما الجواب عن قولهم. انه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح، لان المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي، فلم يكن جمعا بين البدل والمبدل، وأما الجواب عن قولهم. ان الأقل تبع للاكثر، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الأقل تبعا لسقوط الاثمان في الاكثر، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها، لانه لم يضمن الاكثر فيها، وهذا قول مردود عندنا، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر ناقصه قليلا كان النقص أو كثيرا، نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر، فإن كان من غير جنس الاثمان ضمن نقص قدر قيمته، وإن كان من جنس الاثمان فقد قال أبو حنيفة ليس له الرجوع بنقصه، وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين امساكه ولا أرش، لان الاثمان مستحقة في الارش، فلم يجز أن يدخلها أرش، وهذا خطأ لان كل نقص دخل عوض أو معوض استحق أرشه - ولم يجز مع امكان الارش أن يكون جزءا، وإذا كان هذا ضامنا ففي كيفية ضمانه وجهان على ما مضى. (أحدهما) يضمن اجزاء صنغه لا غير. (والثاني) يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورق وورقا إن كان من ذهب.

وان كان حيوانا فعلى ضربين (أحدهما) أن يكون بهيمة (والثاني) أن يكون آدميا، فإن كان بهيمة - وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر - فإنه يردّها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در. وقال أبو حنيفة. ان كان حيوانا ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها كالبعال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا وان كان ينتفع بها من جهتين كظهر ودر كالابل، وكذلك البقر والجاموس فانهما يعملان في المحراث والساقية وجر العربات والعجلات والزحافات والنوارح كان في احدى عينيه ربع قيمته، وفي سائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم في احدى عيني بقرة بربع قيمتها، وقد رد الماوردي وغيره هذا الوجه، لان ما لم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه قياسا على ذات الظهر، ولان كل ما لم يضمن بمقدر في غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر، قياسا على سائر الاعضاء، وما روى عن عمر (رض) لا دليل فيه لانها قصة وافقت الحكومة فيها ربع القيمة. وقال مالك إذا قطع ذنب حمار القاضى كان عليه جميع قيمته، ولو كان لغير القاضى لزمه ما نقص من قيمته استدلالا بأن في قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن في الدين، وحسبك بقبح هذا القول دليلا على فساده، ولو جاز أنه يجب في ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك في تحريق ثيابه والتعدى في قماشه ولتضاعف الجناية عليه على الجنابه على غيره، ولكان كل ما اختص به زائدا في الحكم على من سواه، وفي اتفاق الجميع على أن القاضى وغيره سواء في ضمان ما استهلك له أو جنى عليه ووجب أن يكون وغيره على سواء في الجنابه على حماره (فرع) صورة من نقصت العين في يده ثم زال النقص فهي كما قال الشافعي في الام هكذا. ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت في يده بتعليم وتهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها. قال الماوردي: وهذه المسألة مشتتة على فصلين:

(أحدهما) يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص (والثاني) أن يغصبها زائدة فتتنقص ثم تزيد، وتكلم عن الفصل الاول فصور المسألة في أمة زادت ببراء أو سمن أو تعليم قران فصارت تساوى ألفا ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة، فإنه يردّها ومعها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثه في يده وقال أبو حنيفة: يردّها ولا غرم عليه لنقص ما زاد في يده استدلالا بأنه رد المغصوب كما أخذه. ولان الزيادة في يد الغاصب قد تكون زيادة في السوق أو زيادة في العين، فلما كانت زيادة الرق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت، كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت، وتحريره قياسا أنها زيادة حدثت في يد الغاصب فوجب أن يضمنها مع بقاء المغصوب قياسا على زيادة السوق طردا وعلى تلف العين عكسا، وكان ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب. وإن صار تحت يده، ألا ترى لو أن شاة دخلت دارا لرجل لم يضمنها. وان صارت تحت يده. وهكذا لو أطارت الريح ثوبا إلى داره لحدوث

ذلك بغير فعله، وكذا الزيادة الحادثة في يده دليلنا: أنه نقص عين حدث في يد الغاصب فوجب أن يكون مضمونا عليه قياسا على نقصها عن حال غضبها، بأن يغضبها صحيحة فتمرص أو سميئة فتعزل، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك ان لم يبعها وفي ضمان النقص وجهان: (أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة أنه غير مضمون على الغاصب استشهدا بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة، فكذا الغاصب والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري، والاشبه بأصول الشافعي أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعي فيما سبق، ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة فحادث على ملك المغصوب منه، فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كيباض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل، والغصب مضمون باليد.

[247]

فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت ضمن على قول أبي سعيد الاصطخري قيمتها ونقصها مهما تكرر، ويتفرع على ذلك إذا غضبها وهي تساوى ألفا فمرضت حتى صارت تساوى مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفا ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة ردها وتسعمائة نقص مرة واحدة، وعلى قول أبي سعيد رد معها ألفا وثمانمائة نقصها مرتين. وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص، فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البدء ثم ردها لم يلزمه على قول أبي علي بن أبي هريرة شيء ولزمه على قول أبي سعيد نقصان. والله أعلم بالصواب (فرع) قال الشافعي إن كان ثوبا فأبلاه المشتري أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحا يوم غضبه وبين قيمته وقد أبلاه، ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن الذي دفع. اهـ وهذه المسألة تشتمل على: إما إبلاء الغاصب له وإما إبلاء المشتري، فالغاصب لا يخلو حاله في الثوب الذي غضبه من أربعة أقسام (أحدها) أن لا يبلى في يده ولا تمضى عليه مدة يكون لها أجره، فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواء (والثاني) أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجره، فهو يرده ويرد معه أرش البلى لا غير. (والثالث) أن لا يبلى، لكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجره، فهو يرده ويرد معه أجره مثله لا غير (والرابع) أن يبلى وتمضى عليه مدة يكون لها أجره، فهل يجمع عليه بين الارش والأجر أم لا؟ على وجهين (أحدهما) يجمع بينهما وتجان عليه لاختلاف موجبها، لان الارش يجب باستهلاك الاجزاء والاجرة تجب باستهلاك المنفعة والوجه الثاني: أنهما يجتمعان عليه، ويجب عليه أكثر الامرين من الارش والاجرة، لان استهلاك الاجزاء في مقابلة الاجرة، ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى، لانه في مقابلة ما قد ضمنه من الاجرة. ولكن لو كان المغصوب حيوانا فمضت عليه في يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها سمته لزمته الاجرة مع أرش الهزال وجها واحدا. والفرق بينها وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه، وليس استخدام الحيوان موجبا لهزاله. والله أعلم

[248]

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأنثرت، أو جارية فسمنت أو ولدت ولدا مملوكا، ثم تلف، ضمن ذلك كله، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب، فضمنه بالتلف، كالعين المغصوبة، وإن ألفت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان. (أحدهما) أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيا، وهو ظاهر النص لأنه غصبه بغصب الام فضمنه بالتلف كالام. (والثاني) أنه لا يضمنه، وهو قول أبي إسحاق، لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك، وهو حال الوضع، ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن، وحمل النص عليه إذا ألقته حيا ثم مات. (فصل) وإن غصب دراهم فاشتري سلعه في الذمه، ونقد الدراهم في ثمنها وربح، ففي الربح قولان، قال في القديم: هو للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في الجديد: هو للغاصب لأنه بدل ماله فكان له. (فصل) وإن غصب عبدا فاصطاد صيدا فالصيد لمولاه، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيدِه وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها فيه وجهان. (أحدهما) تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه (والثاني) لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى، وإن غصب جارحه كالفهد والباري فاصطاد بها صيدا ففي صيده وجهان (أحدهما) أنه للغاصب، لأنه هو المرسل والجارحه آله، فكان الصيد له، كما لو غصب قوسا فاصطاد بها، وعليه أجرة الجارحة لأنه أتلف على صاحبها منافعتها (والثاني) أن الصيد للمغصوب منه، لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا في أجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد. (فصل) وإن غصب عينا فاستحالت عنده بأن كان بيضا فصار فرخا أو كان حيا فصار زرعاً أو كان زرعاً فصار حيا فللمغصوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله

[249]

فإن نقصت قيمته بالاستحالة رجع بأرشف النقص لأنه حدث في يده، وإن غصب عصيرا فصار خمرا ضمن العصير بمثله لأنه بانقلابه خمرا سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيوانا فمات فإن صار الخمر خلا رده، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان. (أحدهما) يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير. (والثاني) لا يلزمه لأن الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير، فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل أرشف النقص. (فصل) وإن غصب شيئا فعمل فيه عملا زادت به قيمته بأن كان ثوبا فغصره أو قطننا فغزله أو غزلا فنسجه أو ذهباً فصاغه حليا أو خشبا فعمل منه بابا رده على المالك لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببدله. (الشرح) الأحكام: قال الشافعي: وفي ولد المغصوبة الذي ولد في الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجودا عند الغصب أو حادثا بعده وقال أبو حنيفة: ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجودا عند الغصب أو حادثا بعده، إلا أن يمنع من بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالا بما ذكره في زيادة البدن من أن حدوث الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوبا إليه أو الشاة إذا دخلت دارا. ودليلنا: هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالام بدليل أنه لو ادعاه لقبول قوله لمكان يده فوجب أن يكون ما مثاله باليد كامه، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضمونا على الغاصب، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدي فصح أن يكون مضمونا

ومغصوبا كالصوف واللبن، ولانه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضمونا كالسمن وثمر الغرس، ولان ما ضمن بالجناية ضمن بالعصب كالمفصل، ولان ما صح أن يضمن بالعصب خارج وعائه كالدرهم في كيس والحلى في حق.

[250]

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أن لا يكون بذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون بإمساك الولد متعديا فكان ضامنا. ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه، وولادة الصيد في يده توجب عليه الضمان لتعديه. فإذا ثبت أن ولد المغصوبة مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه في ضمان قيمته في أكثر أحواله فيه من حين الولادة إلى وقت التلف، فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة - فإن كان نقصها لغير الحمل - ضمنه مع قيمة الولد، وإن كان نقصها لاجل لم يضمنها معا لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها، فكان ضامنا لاكثر الامرين من نقص الحمل وقيمة الولد. فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها، وحال لا يضمن، وحال مختلف فيها. فأما أحوال الضمان ففي العصب والجناية والاحرام، فإن ضمان الولد فيها واجب كالام، وأما حال سقوط الضمان ففي الاجارة والرهن والوديعة، فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالام، فأما الحال المختلف فيها ففي العارية والبيع الفاسد ففي ضمان الولد فيهما وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الام في العارية والبيع الفاسد، هل هو ضمان عصب أم لا ؟ على وجهين. (أحدهما) أنه ضمان عصب، فعلى هذا يكون الولد مضمونا بأكثر الامرين من قيمته أو نقص الحمل كالعصب. (والوجه الثاني) أنه يكون مضمونا ضمان عقد، فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لانه لم يدخل في العقد. فأما إذا عصب مالا فاتجر به وربح فيه ففي ربحه قولان: أحدهما وهو قوله في القديم: أنه لرب المال، وهو مذهب مالك. والقول الثاني: أنه للعاصب وهو مذهب أبي حنيفة، وسنذكر توجيه القولين في القراض، فأما إذا عصب شيئا فصاد به، فعلى ثلاثة أضرب. أحدها: أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للعاصب وعليه أجره الآلة، والضرب الثاني: أن يكون عبدا فالصيد للمغصوب منه لان يده يد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين

[251]

أحدهما: عليه الاجرة، لانه غاصب. والثاني لا أجره عليه لان السيد قد صار إلى منفعه في ذلك الزمان. والضرب الثالث: أن يكون جارحا كالكلب والفهد والنمر ففي الصيد وجهان. أحدهما: للعاصب لانه المرسل فعلى هذا عليه أجره الفهد والنمر، فهل عليه أجره الكلب أم لا ؟ على وجهين. قال الشافعي: ولو باعها الغاصب فأولادها المشتري ثم استحقتها المغصوب منه أخذ من المشتري مهرها وقيمتها إن كانت ميتة، وأخذها إن كانت حية، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتا، ويرجع المشتري على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لانه غره، إلى أن قال: وعليه الحد إن لم يأت بشبهة. (فرع) إذا كان قد عصب بيضا فصار

فراخا أو فروجا كان ملكا للمغصوب منه لتولده في ملكه، ولو غصب منه شاة فانزى عليها فحله فوضعت سخلا كان للغاصب، لان مالك الام ولا شئ للمغصوب منه في نزو فحله لانه عسب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجع على الغاصب بقدر النقص. فلو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وينقص ما حدث فيها. وقال أبو حنيفة: قد صارت للغاصب بالطبخ، ويغرم قيمتها استدلالا برواية عاصم بن كليب عن أبي بردة بن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوما من الانصار فقدموا إليه شاة فصيلة فأكل منها لقمة فلم يبلعها فقال مالي لا أسيغها، ان لها لثاننا أو قال خبرا، قالوا يا رسول الله إنا أخذناها من بنى فلان وأنهم إذا وافوا راضيناهم فقال أطعموها الاسارى. فجعل لهم تملكها بالعمل لانه أمرهم باطعامها للاسارى ولو لم يملكوها لمنعهم. ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لاحد منكم من مال أخيه شئ إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم. يا رسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمى اخترت منها شاة؟ قال. إن لقيتها نعجة تحمل شفرة وزنادا بخت الجميش - بفتح فسكون، والجميش وزان الخميس - وهو صحراء بين مكة والمدينة - فلا تأخذها. قال الماوردى.

[252]

وأما الخبر الذى استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنه من غير ثمن مقدر، ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن غصب شيئا فخلطه بمالا يتميز منه من جنسه، بأن غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيته، أو صاعا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه، نظرت، فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعا منه لانه تعذر بالاختلاط عين ماله، فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله والبعض من مثله وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه، ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أن الخيار إلى الغاصب، لانه لا يقدر على رد عين ماله، فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك، والثانى وهو قول أبى اسحاق وأبى على بن أبى هريرة أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعا منه لانه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البدل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه، وإن خلطه بأجود منه فإن بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله، لانه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيرا منه، وإن بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا منه ففيه وجهان. أحدهما وهو المنصوص في الغصب. أن الخيار إلى الغاصب لانه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل. والثانى. أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التغليس، لانا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب، لانه نقص بفعله فلزمه ضمانه وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان، أحدهما، لا يجوز، وهو قول أبى اسحق لانه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا والثانى انه يجوز لان الربا انما يكون في البيع

وليس ههنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض. (فصل) وإن خلطه بما دونه فإن طلب المغصوب منه صاعاً منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصاً، وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه. ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة، لأنه نقص بفعله (فصل) وإن غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء، لزمه تمييزه وردّه، لأنه يمكن رد العين فلزمه، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله. ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله (فصل) وإن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له ففيه وجهان: أحدهما: أن الدقيق له مثل. وهو قول أبي العباس وظاهر النص، لأن تفاوته في النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره. فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة. وقد بيناه والثاني: أنه لا مثل له. وهو قول أبي إسحاق، لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال بصيران شريكين فيه، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج

(الشرح) الاحكام: قال الشافعي: " وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه " وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل، ومالا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعي ما سقنا، وليس ذلك منه حداً لماله مثل، لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون، وليس كل مكيل أو موزون له مثل، وإنما ذكر الشافعي ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم، ولم يجعله حداً لماله مثل. وحد ماله مثل. أن يجتمع فيه شرطان، تماثل الأجزاء وأمن التفاصل، فكل ما تماثلت أجزاءه وأمن تفاضله فله مثل، كالحبوب والادهان، فإن كان مكيلاً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل، فأما ما اختلفت أجزاءه كالحيوان والياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته. أما خلط الشيء بمثله كالزيت بالزيت، أو الحنطة بالحنطة فقد قال الشافعي: " ومن الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه، أو يغصبه مكيال زيت فيصبه في زيت مثله، أو خير منه، فيقال للغاصب: إن شئت أعطيتك مكيال زيت مثل زيتك، وإن شئت أخذ من هذا الزيت مكيلاً ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيتك، وكنت تاركاً للفضل، إذا كان زيتك أكثر من زيتك ولا خيار للمغصوب لأنه غير منتقص، فإن كان صب ذلك المكيل في زيت شر من زيتك ضمن الغاصب له مثل زيتك، لأنه قد انتقص زيتك بتصبيره فيما هو شر معه، وإن كان صب زيتك في شيرج أو دهن طيب أو سمن أو غسل ضمن في هذا كله، لأنه لا يتخلص منه الزيت،

ولا يكون له أن يدفع إليه مكيالا مثله، وإن كان المكيال منه خيرا من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه في ماء إن خلصه منه حتى يكون زيتا لا ماء فيه، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له كان لازما للمغصوب أن يقبله، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالا مثله مكانه " قال الربيع، ويعطيه هذا الزيت بعينه وأن نقصه الماء، ويرجع عليه بنقصه

[255]

وهو معنى قول الشافعي قلت: فهذا هو المنصوص الذي أشار إليه المصنف وقول الشافعي أعدل حكومه وأبعد عن الغرر. (فرع) قال الشافعي ولو اغتصبه زيتا فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن يسلمه إليه، وما نقص مكيالته ثم ان كانت النار تنقصه شيئا في القيمة كان عليه أن يغرم له نقصانه وإن لم تنقصه شيئا في القيمة فلا شيء عليه، ولو اغتصبه حنطة جيدة خلطها برديئة كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت في الزيت يغرم له مثلها بمثل كيلها، إلا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة، وإن خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت في الزيت. قال: ولو خلطها بشعير أو ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها إليه بعينها بمثل كيلها، وإن نقص كيلها شيئا ضمنه، قال: ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها عنده ماء أو عفن أو أكلة أو دخلها نقص في عينها كان عليه أن يدفعها إليه وقيمة ما نقصها تقوم بالحال التي غصبها والحال التي دفعها بها ثم يغرم فضل ما بين القيمتين. قال: ولو غصبه دقيقا فخلطه بدقيق أجود منه أو مثله أو أردأ كان كما وصفنا في الزيت. هذا نصه فلو أن المغصوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيالته أو بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيال وقيمة لان الاول التساوي في الكيل والآخر التساوي في القيمة فعلى وجهين أحدهما وهو قول أبي اسحاق المروزي لا يجوز، والثاني: يجوز لانه ليس بيبعا ويكون متبرعا بفرق القيمة أو المكيال أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لانه ليس بيبعا وهو كما قال الشافعي في الام: ان غصبه سمنا وعسلا ودقيقا فعصده كان للمغصوب الخيار في أن يأخذه معصودا ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل من قبل أن ماله فيه أثر لا عين، أو يقوم له العسل منفردا والسمن والدقيق منفردين. فإن كان قيمته عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه أدخله النقص، ولو غصبه دابة وشعيرا فعلف الدابة الشعير رد الدابة والشعير من قبل أنه هو المستهلك له وليس في الدابة عين من الشعير يأخذه انما فيها منه أثر، قال: ولو

[256]

غصبه طعاما فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم كان متطوعا بالاطعام، وكان عليه ضمان الطعام. وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه فأكله فلا شيء له عليه من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه وقال الربيع: وفيه قول آخر أنه إذا أكله عالما أو غير عالم فقد وصل إليه شئته ولا شيء على الغاصب، إلا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل. قلت وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه (فرع) إذا نقص المغصوب نقصا غير

مستقر كقطعام ابتل وخيف فساده، فعليه ضمان نقصه، فللشافعي قولان (أحدهما) بضمن (والثاني لا يضمن. وهو قول أحد الأقوال الثلاثة عند الحنابلة (أحدها) وهو قول القاضي لا يضمن (والثاني) يضمن، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المعضوب منه مخير بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه. وقال أبو حنيفة: يتخير بين إمساكه ولا شيء له، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن غصب أرضا فغرس فيها غراسا أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقص البناء لزمه ذلك. لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ليس لعرق ظالم حق " فإن قلعه فقد قال في الغصب يلزمه أرش ما نقص من الأرض. وقال في البيع: إذا قلع الأحجار المستودعة، عليه تسوية الأرض فمن أصحابنا من جعلها على قولين (أحدهما) يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون، فلزمه أرشه. (والثاني) يلزمه تسوية الأرض لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة. ومنهم من قال: يلزمه في الغصب أرش ما نقص. وفي البيع يلزمه تسوية الأرض، لأن الغاصب متعد فغلط عليه بالأرش لأنه أوفى، والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية، وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع، فإن كان له عرض في قلعه أخذ بقلعه، لأنه قد فوت عليه بالغراس عرضا مقصودا في الأرض، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وإن لم يكن له عرض

[257]

ففيه وجهان (أحدهما) لا يؤخذ بقلعه، لأن قلعه من غير غرس سفه وعبث (والثاني) يؤخذ به، لأن المالك محكم في ملكه، والغاصب غير محكم، فوجب أن يؤخذ به. (فصل) وإن غصب أرضا وحفر فيها بئرا فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه، وقد نقله من موضعه فلزمه رده إلى موضعه، فإن أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الأرض أجبر. وقال المزني: لا يجبر كما لو غصب عزلا ونسجه لم يجبر المالك على نقصه، وهذا غير صحيح، لأن له عرضا في طمها. وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها، بخلاف نقص الغزل المنسوج فإن أبراه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان (أحدهما) يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبراه منها. (والثاني) أنه لا يصح، لأن الإبراء إنما يكون من واجب، ولم يجب بعد شيء فلم يصح الإبراء. (الشرح) حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وأعله بالارسال والنسائي، ورجح الدارقطني الارسال أيضا، وقد اختلف مع ترجيح الارسال على الصحابي الذي رواه فقيل جابر، وقيل عائشة، وقيل ابن عمر، ورجح ابن حجر الأول، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيرا، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة، وفي أسناده زمعة، وهو ضعيف. ورواه البخاري تعليقا أما الأحكام فقد قال الشافعي: ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شق فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذي اغتصبه إياها، وكان على الباني والغارس أن يقلع بناءه وغرسه، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد إليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها. قال وكذلك ذلك في النهر وفي كل شيء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب، ولم يملكه إياه كان ما يقلع الغاصب منه ينفعه

أو لا ينفعه، لان له منع قليل مائه كما منع كثيره. وقال الماوردي قد ذكرنا أن الارض والبقار يجرى عليها حكم الغصب إبراءا وضمانا، وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة لا يجرى على الارض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد. وهو قول أبي يوسف، وقال محمد بن الحسن يجرى عليها حكم الضمان باليد، ولا يجرى عليها حكم الغصب. اهـ. وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول، على أنه ليس للتفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير. فإذا صح غصب الارض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شغلها بغرس أو بناء أو لم يشغلها، فان لم يكن قد شغلها بغرس ولا بناء درها وأجرة مثلها مدة غصبه، وان شغلها باحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بناءه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها، سواء أضر قلعها بالارض أم لا. وقال أبو حنيفة " إن لم يضر القلع بالارض اضرارا بينا فله القلع، ولا يجبر على أخذ القيمة، وان كان في قلعه اضرار بالارض قرب الارض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعا فيجبر على أخذها، وبين أن يأخذ بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها استدلالا بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار. وبما روى مجاهد أن رجلا غصب قوما أرضا براحا فغرس فيها نخلا فرفع ذلك إلى عمر رضى الله عنه فقال لهم " ان شئتم فادفعوا إليه قيمة النخل " وروى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من زرع أرض قوم بلا إذن منهم فليس له في الزرع شئ وله نفقته " قال ولان من دخل تملك على ملك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع ودليلنا ما روى أنس مرفوعا لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه " أخرجه الدارقطني وأحمد والحاكم والبيهقي وابن حبان. وما رواه هشام بن عروة عن أبيه أن رجلا غصب أرضا من رجلين من بنى بياضه من الانصار فغرسها نخلا جما فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الارض خيارا ولو استحق خيارا لاعلمه وحكم به. ولان يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعا للارض من كثيره، فلما لم يكن لرب الارض أن يملك يسيره فأولى أن

لا يملك كثيره ويتحرر من اعتلاله قياسان (أحدهما) أنه ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع (والثاني) أنه عدوان لا تملك به الاعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الاعيان المتصلة. وأما حديث لا ضرر ولا ضرار فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين. وأما قضية عمر فمرسلة لان مجاهدا لم يلق عمر، ثم لا دليل فيها من وجهين (أحدهما) أنها قضية في عين إن لم تنقل شرعا لم تلزمه حكما (والثاني) قوله إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك. وهذا عندنا جائز. وأما قوله من زرع أرضا بغير إذنهم فليس له في الزرع شئ ففيه جوابان (أحدهما) أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم (والثاني) ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء، بما بينه بقوله " ليس لعرق ظالم حق " فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون ملكا للغاصب (والثاني) أن يكون مغصوبا من رب الارض (والثالث) أن يكون مغصوبا من

غيره فأما الاول فلرب الارض والغاصب أربعة أحوال، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما، لان الحق فيه مختص بهما، ثم ننظر فان كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه. ولم يكن له الرجوع في المطالبة بالقلع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر اجرة المثل أو لم يعلمها، وإن كان بغير عقد فله اجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء. والحال الثانية أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائما أو مقلوعا فيجوز ويكون ذلك بيعا يراعى فيه شروط البيع، لانه عن مرضاة فان كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبرا، ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الارض لو قلع لانه لم يقلع، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الارض فان اشتراها بشرط التبقية فالبيع باطل، وان اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز، فإذا قلعه المشتري فأحدث به نقضا فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتريه مطلقا ففيه وجهان (أحدهما) باطل لاحتمال التبقية (والثاني) يجوز ويؤخذ المشتري بالقلع.

[260]

والحال الثالثة: أن يتفقا على أخذ ثمن الارض من الغاصب وتسقط المطالبة عن الغاصب الا بئمن الارض، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لانه لم يقلع، ولو كان صاحب الارض باعها على أحد غير الغاصب كان للاجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه، فإذا قلع لم يكن للاول أن يطالبه به لانه عيب قد دخل أرضه، ويكون البيع سببا لسقوط الارش عن الغاصب والحال الرابعة ألا يتفقا على أحد الاحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلع، لحديث سعيد بن زيد، فإذا قلع برئ من اجرة الارض بعد قلعه، فان نقصت الارض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الارض كما قال في العصب وأما القسم الثاني وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الارض فان رضى رب الارض ان يأخذ الارض بغرسها وبنائها فأيما أخذه فلا شئ عليه من مئونة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لانه لا يستفيد بقلعها شيئا فصار منه ذلك سغها، وان طالب رب الارض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينقصا عن الارض فقال الماوردي: فان كان له في ذلك عرض صحيح أجبر الغاصب على القلع ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الارض وإن لم يكن في قلعه عرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا؟ على وجهين (أحدهما) لا يجبر عليه لانه عيب وسفه (والثاني) يجبر عليه لان المالك متحكم على الغاصب لتعديه، فان قيل بالاول لم يكن له الارش، وان قيل بالوجه الثاني استحق الارش وأما القسم الثالث وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبا من غير مالك الارض فلكل واحد من رب الارض ومالك الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه، فيرجع رب الارض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه، فلو أن رب الارض اشتري الغرس من ربه قبل القلع صار مالكا لهما وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان في قلعه عرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الارض دون الشجر (فرع) قال الشافعي ولو حفر فيها بئرا وأراد الغاصب دفنها فذلك له وان لم ينفعه وهذا كما قال " إذا غصب أرضا وحفر فيها بئرا كان متعديا بحفرها وعليه شديها

و ضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الارض والغاصب من أربعة أحوال. (أحدها) أن يتفقا على شدها ليبراً الغاصب من ضمان ما يسقط فيها، فإن لم يكن للارض بعد سدها أرش فلا شئ عليه سوى أجرة المثل في مدة الغصب، وان كان لها أرش كان عليه غرمه مع الاجرة. (والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها وليس لرب الارض من أن يطالبه بمؤونة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد. (والثالثة) أن يدعو رب الارض إلى سدها ويأبى الغاصب، فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لحديث سعيد بن زيد " ليس لعرق ظالم حق " قال الشافعي: والعروق أربعة عرفان ظاهران الغرس والبناء، وعرفان باطنان البئر والنهر، وان لم يكن فيه غرض صحيح، فعلى وجهين كما قلنا في قلع الغرس والبناء. (والرابعة) أن يدعو الغاصب إلى سدها، ويأبى ربها، فإن لم يرؤه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه، وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان. (أحدهما) أن للغاصب أن يسدها لان الضمان قد يجب لغيره فلم يسقط بإبراءه (والوجه الثاني) أن الغاصب يمنع من سدها لانه بالأبراء يصير كالاذن له في الابتداء فيرتفع التعدي، ولا يلزمه ضمان، وهذا قول أبى على بن أبى هريرة (فرع) إذا دفن في الارض المغصوبة ميتا أخذ الغاصب بنيشه منها، وان كان فيه انتهاك حرمة الميت، لان دفنه فيها عدوان بأثم به الدافن، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت، فلو قال مالك الارض: أنا أقر الميت مدفوناً في الارض إن ضمن لى نقص الارض ففي اجبار الغاصب على بذله وجهان، أحدهما يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها، والثانى لا يلزمه ذلك لانه مدفون بغير حق. (فرع) قال الشافعي: وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه اياها بالحال التى أخذها قال المزني: غير هذا أشبه بقوله، لانه بقوله

لو غصب عزلاً فنسجه ثوباً أو نقره فطبعها دنائير أو طينا فضربه لبنا فهذا أثر لا عين، ومنفعة المغصوب له ولا حق في ذلك للغاصب كذلك نقل التراب عن الارض والنهر إذا لم بين بها أثر لا عين الفعل، وصورتها في رجل غصب أرضاً فنقل منها تراباً فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقياً أو مستهلكاً فإن استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلاً، فإن لم يقدر على مثله لانه من تربة ليس في الناحية مثلاً ضمن القيمة، وفيها وجهان. (أحدهما) وقد نقله المزني عن الشافعي في جامعه الكبير أن تقوم الارض وعليها التراب ثم تقوم الارض بعد أخذه منها ويضمن الغاصب ما بين القيمتين (والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر الامرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الارض، وان كان التراب باقياً فللغاصب ورب الارض أربعة أحوال أحدها أن يتفقا على رده إلى الارض فيبرأ الغاصب منه ولا يغرم الا النقص ان وجد في الارض وأجرة مثلها في أكثر الحالين أجرة. الثانية: أن يتفقا على ترك التراب خارجاً عنها فذلك لهما ما لم يطرح في أرض مغصوبة، الثالثة: أن يطلب رب الارض رد التراب إليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ جبراً برده إليها مهما كانت مؤونته. والرابعة: أن يدعو الغاصب إلى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو اما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للغاصب أن يرد التراب وحده بغير اذنه ولا اعتبار بمنعه

ليسقط عنه ضمان رده قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) إذا غصب ثوبا فصبغه بصيغ من عنده نظرت، فإن لم تزد قيمة الثوب والصيغ، ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصيغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين، صار شريكا لصاحب الثوب بالصيغ لأن الصيغ عين مال له قيمة، فإن بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة في ملكهما، لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره، وما زاد في ماله يملكه لأنه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله

[263]

فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين، وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب في صبغه، لأنه بفعله حصل النقص، فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة، وإلى الغاصب خمسة فان صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصيغ بالاستهلاك، أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب، فإن صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصيغه شيئا لأنه استهلكه في الثوب، ويلزمه درهمان لأنه نقص بصيغه من قيمة الثوب درهمان. (فصل) إذا استهلك ثمن الصيغ لم يبق للغاصب في الثوب حق، لأن ماله هو الصيغ وقد استهلكه، وإن بقي للصيغ ثمن فطلب الغاصب استخراج حقه إلى ذلك لأنه عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس في أرض مغصوبة غراسا ثم أراد قلعه، فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصيغ ضمن ما نقص لأنه حصل بسبب من جهته، وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصيغ وامتنع الغاصب، ففيه وجهان. (أحدهما) لا يجبر، وهو قول أبي العباس، لأن الصيغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك، لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع، ولا يجوز أن يتلف مال الغير. (والثاني) يجبر، وهو قول أبي اسحاق وأبي علي بن خيران، لأنه عرق ظالم لا حق له فيه فأجبر على قلعه كالغراس في الأرض المغصوبة وإن بدل المغصوب منه قيمة الصيغ لينملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول، لأنه اجبار على بيع ماله، وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع، لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه، وإن أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان. أحدهما يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغة، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه. والثاني لا يجبر لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك

[264]

رب الثوب عن ثوبه، وإن وهب الغاصب الصيغ من صاحب الثوب ففيه وجهان أحدهما: يجبر على قبوله، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصاره الثوب، والثاني لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها. (الشرح) الأحكام: قال الشافعي: ولو كان ثوبا فصبغه فزاد في قيمته خمسة فقال للغاصب: إن شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثوب وإن شئت فأنت شريك في الثوب لك ثلثه ولصاحب الثوب ثلثاه، ولا يكون له غير ذلك، وهكذا كل صيغ كان قائما فزاد فيه، وإن صبغه

بصبع يزيد ثم استحق الصبغ فإنما يقوم الثوب، فإن كان الصبغ زائداً في قيمته شيئاً قل أو أكثر فهكذا وإن كان غير زائد في قيمته قيل له: ليس لك ههنا مال زاد في مال الرجل فتكون شريكاً به، فإن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص الثوب، وإن شئت فدعه. وصورتها في رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام أحدها. أن يكون للغاصب، والثاني. أن يكون لرب الثوب، والثالث. أن يكون لاجنبي، فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام أحدها. أنه يمكن استخراجه. والثاني لا يمكن. والثالث. أن يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج جميعه، فإن لم يمكن استخراجه لم يخل ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل، أو يكون أكثر، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهي بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته، وإما بجبره نقص الثوب. وإن كان ثمنه بعد البيع أقل مثل أن يساوى بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن، وبصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين، وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام، إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ، أو يكون أقل، أو يكون أكثر، فإن كانت بقدر ثمن

[265]

الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهماً فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هي ثمن صبغه، ولم يحصل فيها نقص لا في الثوب ولا في الصبغ، وإن كانت الزيادة أقل من ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهماً فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية وبصير النقص مختصاً بصبغه لضمانه نقص الثوب. وإن كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبغ فتكون الزيادة بينهما بقدر ماليهما بحسب قانون النسبة المعروف في الرياضيات، وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها، وإن كانت حادثة بعمله، لأنه عمل في ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله في مال غيره وحصل له عوض عمله في مال نفسه، فإن دعا أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر نظر في الداعي إلى البيع، فإن كان رب الثوب فله ذلك، وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم الغصب، وإن دعا الغاصب إلى بيعه ليتوصل إلى ثمن صبغه وأبى رب الثوب، فإن بذل له مع إباته ثمن الصبغ الذي يستحقه لو بيع الثوب فله ذلك ولا يجبر على البيع. وإن لم يبذل له الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في إفصاحه، أحدهما. أنه يجبر رب الثوب إلى ثمن ثوبه. والوجه الثاني أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعد بصبغه فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام في الصبغ إذا لم يمكن استخراجه، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان. وقال أبو حنيفة. إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمته، وإن كان الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له في الأصابع كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته إن شاء فله أن يأخذه مصبوغاً لكن إن كان

الصبيغ سوادا فلا قيمة عليه له، وإن كان لونا غيره فعليه قيمته. واختلف أصحابه لم خص السواد بإسقاط القيمة، فقال بعضهم لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب. وقال آخرون: بل قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد شعارا للعباسية في نمو دعوتها وكثرة أتباعها، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصا وشيئا مذموما، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على غيره من الالوان. ولنا أن تملك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه فخطأ، لان بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياسا عليه لو كان غير مصبوغ، ولان من لم تجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم يجب عليه قيمته بعد صبغه كالأجير، ولان الصبيغ لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون نقصا أو غير نقص، فإن كان نقصا ضمنه لا غير، وإن لم يكن نقصا فأولى أن لا يضمن وأما القسم الثاني وهو أن يكون الصبيغ مما يمكن استخراجة فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) ان يتفقا على تركه في الثوب ويبيعه مصبوغا فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه. والحال الثانية: ان يتفقا على استخراج منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه، فإن استخرجه وأبى في الثوب نقصا ضمنه به. والحال الثالثة: أن يدعو الغاصب إلى استخراجة ويدعو رب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه، لانها عين مملوكة فعلى هذا يكون ضامنا لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبيغ لان رب الثوب قد ملكها فقوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه مثاله: أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبيغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغا ثلاثين وبعد استخراج الصبيغ منه بخمسة فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هي نقص الثوب قبل صبغه، وخمسة أخرى هي نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه والحال الرابعة: أن يدعو رب الثوب إلى استخراجة ويدعو الغاصب إلى تركه، فهذا على وجهين (أحدهما) أن يترك استبقاء لملك الصبيغ فيه فينظر،

فإن لم يكن الصبيغ قد أحدث زيادة تفوت باستخراج الصبيغ منه ففيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة (أحدهما) وهو اختيار أبي حامد أنه لا يجبر على استخراجة إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع. قال وهو كلام الشافعي حيث قال: إن قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبيغ فحصل الخيار إليه. والوجه الثاني وهو الأصح: أنه يجبر على أخذه لانه عرق ظالم لا حرمة له في الاستبقاء فصار كالغرس والبناء: ويكون تخيير الشافعي له في الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك، فعلى هذا إذا استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبيغ. وأما القسم الثالث وهو أن يكون الصبيغ مما يمكن استخراج بعضه، ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجة كالقول في القسم الاول، والقول في تمكين استخراجة كالقول في القسم الثاني، فيجتمع في هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيما وشرحا، فهذا حكم الصبيغ إذا كان للغاصب قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فان غصب ساجا فأدخله في البناء أو خيطا فخاط به شيئا نظرت فإن عفن الساج وبلى الخيط لم يؤخذ برده لانه صار مستهلكا فسقط رده ووجب

قيمته، وإن كان باقيا على جهته نظرت فان كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزع ورده، لانه مغضوب يمكن رده فوجب رده، كما لو لم يبن عليه ولم يخط به، وإن عصب خيطا فخاط به جرح حيوان، فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزع ورده، لانه لا حرمة له فكان كالثوب وان كان محرم الدم، فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزع الهلاك لم ينزع، لان حرمة الحيوان أكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال.

[268]

وإن كان مما يؤكل ففيه قولان (أحدهما) يجب رده، لانه يمكن نزع بسبب مباح فوجب رده كالساج (والثاني) لا يجب، لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة (فصل) وان عصب لوحا وأدخله في سفينة وخاف من نزع الغرق، فإن كان فيها حيوان - لم ينزع لما ذكرناه في الخيط، وإن كان فيها مال غير ماله، - فإن كان لغير الغاصب - لم ينزع، لانه إتلاف مال من له حرمة بجنابة غيره فلم يجر. وان كان المال للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد الساج (والثاني) لا ينزع لانه يمكن رده من غير إتلاف المال، بأن تجر إلى الشط بخلاف الساج في البناء. وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان له ذلك، لانه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل، كما لو عصب منه عبدا فأبق، وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة (والثاني) لا ينقض ما لم تتعين، لانه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي (فصل) وإن عصب جوهرة فبلعتها بهيمة له، فان كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة، لانه تعذر ردها فضمن البدل، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل (فصل) وإن عصب فصيلا فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج، وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تعريض منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب، لانه نقض لتخليص ماله من غير تعريض من صاحب الباب (فصل) وان عصب دينارا وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار، كما ينقض البناء لرد الساج، وإن وقع في المحبرة من غير تعريض من صاحبها

[269]

كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة، لانه كسرت لتخليص ماله من غير تعريض من صاحب المحبرة. (فصل) وان عصب عينا وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده، فللمالك أن يضم الغاصب، لانه غصبها. وله أن يضم المشتري لانه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يد المشتري، لانه من حين الغصب إلى حين التلف في ضمانه. وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف لانه لم يدخل في ضمانه قبل القبض، فلا يضم ما قبله.

فإن بدأ فضمن المشتري نظرت، فإن كان عالماً بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب، لأنه غاصب تلف المعصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من المالك إذا تلف عنده فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن، فإن التزم ضمانه بالعقد كبذل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب، لأن الغاصب لم يغرره، بل دخل معه على أن يضمنه، وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد نظرت، فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب، لأنه غره ودخل معه على أن لا يضمنه. وإن حصلت له في مقابلته منفعة - كالأجرة والمهر وأرش البكارة - ففيه قولان: (أحدهما) يرجع به لأنه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه (والثاني) لا يرجع، لأنه حصل له في مقابلته منفعة وإن بدأ فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري، وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به، لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه

[270]

(فصل) وإن غصب من رجل طعاماً فأطعمه رجلاً فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه، وله أن يضمن الأكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فإن ضمن الأكل نظرت فإن علم أنه معصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المعصوب فلم يرجع بما ضمنه فإن أكل ولم يعلم أنه معصوب ففيه قولان. (أحدهما) يرجع لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه. (والثاني) لا يرجع لأنه حصل له منفعة، فإن أطعمه المالك فإن علم أنه له برئ الغاصب من الضمان، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم ففيه قولان (أحدهما) يبرأ الغاصب لأنه عاد إلى يده فبرئ الغاصب من الضمان، كما لو رده عليه (والثاني) لا يبرأ لأنه إنما ضمن، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان. (الشرح) قال الشافعي: ولو كان لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه، وهذا كما قال: إذا غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه اللوح بعينه إلى صاحبه، وبه قال مالك وأهل الحرمين، وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار، فمن ضرر أضر الله به، ومن شاق شق الله عليه وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به. ولقوله صلى الله عليه وسلم: يسروا ولا تعسروا إني بعثت بالحنيفية السمحة. وفي أخذ القيمة منه تيسير، وفي هدم بنائه تعسير منهى عنه، ولأنه معصوب يستصبر برده فلم يجبر عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان، ولأنه معصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب ودلينا قوله صلى الله عليه وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " فلزمه رد اللوح، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعاً لا يحل لمسلم أن يأخذ عصاً أخيه بغير طيب نفس منه، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم، وهذا خبر ظاهره كالتص، ولقوله صلى الله عليه وسلم: إن لصاحب الحق يداً ومقالاً،

[271]

ولان كل مغصوب كان له رده وحب عليه رده كالذى لم يبن عليه طردا، والخيط في جرح الحيوان عكسا، ولانه شغل المغصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده، كما لو كانت أرضا فزرعها أو غرسها، ولانه كل ما لو احتاج ابتداء إليه لم يجبر مالك عليه، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالارض طردا والخيط للجرح عكسا ولان دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصوب كما لو حلف بعق عبده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعق العبد. والجواب عن حديث لا ضرر ولا ضرار فهو أنه مشترك الدليل، لان في منع المالك منه إضرارا به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفع عن المغصوب أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمر الغاصب ورفع عنه والاستهانة بحق المغصوب وحماية متعلقات الغاصب. والجواب عن حديث: يسروا ولا تعسروا، فمن وجهين. (أحدهما) استعماله في المغصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله في الغاصب في تملكه غير ماله. (والثاني) أن التيسير معصية، والغاصب عاص لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية. والجواب عن قياسهم على الخيط في جرح الحيوان فمن وجهين. أحدهما: أنه معارضة الاصل لان المعنى في الخيط أنه ليس له رده، فلم يجب عليه رده، وفي اللوح له رده. والثاني: أنه إذا احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقديمها على حرمة الملك. فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيرا أو سواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه، إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه، ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجره مثله ان كانت له أجره وأرشد بنقصه ان حدث به نقص فإن كان المغصوب حجرا فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقص المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد، وان كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه، وان كانت السفينة سائرة في البحر، فان كان اللوح

[272]

على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها، وإن كان في أسفلها بحيث لو أخذ منها هلكت وما فيها نظرا، فإن كان فيها حيوان لم يجز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو عجماء، وسواء كانت العجماء والغاصب أو لغيره، لان للحيوان حرمتين، حرمة نفسه وحرمة صاحبه، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظرا، فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة وان كان للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) يؤخذ اللوح منها، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعديه كما يذهب ماله في هدم بنائه. (والوجه الثاني) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لانه قد يمكن أخذه بعد الدخول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال، وليس كالبناء الذي لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه، فعلى هذا يقال لرب اللوح: أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ في الموضوع قيمة لوحك، فلو اختلطت السفينة التي فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل إليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان. أحدهما: تهدم جميعها حتى يوصل إليه. والوجه الثاني: أنه لا يجوز هدم شئ منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لانه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدي فيه. فإذا عمل اللوح المغصوب بابا، أو حديدا فعمله درعا لم يملكه في هذه الاحوال وجعله أبو حنيفة مالكا لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغربيات للأقدام على المغصوب، وإذا لم يملك الارض المغصوبة ببنائه

وبغرسه فيها والارض عندهم غير مغصوبة فلان لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا، ولا شئ للغاصب إلا أن يكون قطع ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب. (فرع) قال الشافعي: ولو كان خيلا فخاط به ثوبا، وكذلك فان خاط به

[273]

جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط ولم ينزعه، قال الماوردي: وصورتها فيمن غصب خيلا فخاط به شيئا فهذا على ضربين. (أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكة وأرش نقصه إن نقص. (والضرب الثاني) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين. أحدهما: أن يكون الحيوان ميتا عند المطالبة بالخيط فينظر، فان كان الحيوان مما له حرمة كالآدمي نظر، فان لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع، وإن فحش لم ينزع لقوله صلى الله عليه وسلم حرمة ابن آدم حيا كحرمة ميتا. والضرب الثاني: أن يكون حيا فعلى ضربين. (أحدهما) أن يكون مباح النفس من آدمى أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لانه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه (والضرب الثاني) أن يكون محظور النفس فعلى ضربين. أحدهما: أن يكون آدميا فعلى ضربين. أحدهما: أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته. والضرب الثاني: أن يأمن التلف، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يأمن الضرر وبشدة الالم فهذا ينزع منه ويرد على مالكة مع أرش نقصه. (والضرب الثاني) أن يخاف ضررا أو شدة ألم وتناول مرض إلخ اه. قلت: ومثل الخيط شاش الجبائر والحص وجميع ما يستعمل في الجراح والكسور والرضوض لدى الاطباء والصيدلانية، وكذلك جسور الاسنان والاضراس الصناعيه وأسلاكها وأقماعها وبدائلها فانها جميعا عليها ما مضى من حكم الخيط نزعا وضررا وحرمة للمستفيد منها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن غصب من رجل شيئا ثم رهنه عنده أو أودعه أو أجره منه وتلف عنده فان علم أنه له برئ الغاصب من ضمانه لانه أعاده إلى يده وسلطانه،

[274]

وان لم يعلم ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبرأ الغاصب من الضمان لانه عاد إلى يده (والثاني) لا يبرأ لانه لم يعد إلى سلطانه، وانما عاد إليه على أنه أمانة عنده، وان باعه منه برئ من الضمان علم أو لم يعلم، لان قبضه باتباع يوجب الضمان فبرئ به الغاصب من الضمان. (فصل) وان غصب شيئا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب، وقال المزني: يبرأ لانه أذن له في امساكه فبرئ من الضمان كما لو أودعه، والمذهب الاول، لان الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافى الضمان. (فصل) وان غصب حرا وحبسه ومات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها أجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الاجرة لانه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو

قطع أطرافه، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان. (أحدهما) تلزمه الاجرة لان منفعته تضمن بالاجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال (والثاني لا تلزمه لانها تلفت تحت يده فلا يضمه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه. (فصل) وان غصب كلبا فيه منفعة لزومه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزومه رده فان حبسه مدة لمثلها اجرة، فهل تلزمه الاجرة فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز اجارته. (فصل) وان غصب خمرا نظرت، فان غصبها من ذمى لزومه ردها عليه لانه يقر على شربها فلزومه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان. أحدهما: يلزومه ردها عليه لانه يجوز أن يطفئ بها نارا أو يبل بها طينا فوجب ردها عليه. والثاني: لا يلزومه وهو الصحيح، لما روى أن ابا طلحة رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فأمره صلى الله عليه وسلم أن يهرقها فان أتلغها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ان الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه،

[275]

ولان ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببذل كالميتة والدم فإن صار خلا لزومه رده على صاحبه لانه صار خلا على حكم ملكه فلزومه رده إليه فإن تلف ضمنه لانه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه. (فصل) وان غصب جلد ميتة لزومه رده لان له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان أحدهما يلزومه رده كالخمر إذا صار خلا والثاني لا يلزومه لانه بفعله صار مالا فلم يلزومه رده (فصل) وان فصل صليبا أو مزمارا لم يلزومه شئ لان ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة أن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الاصنام وبيع الميتة فدل على أنه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن فان كسره نظرت فاكان إذا فصله يصلح لمنفعه مباحة وإذا كسره لم يصلح لزومه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لانه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزومه ضمانه فان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزومه شئ لانه لم يتلف ماله قيمة. (الشرح) الاحكام: إذا غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الخيط لانه أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه. وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا ذبحها ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شئ على صاحب الجوهرة لان التفريط من صاحب الشاة. فإذا مرت بهيمة رجل في سوق فأتلفت جوهرة رجل قال الماوردي في الحاوي والعمراني في البيان والرويانى في البحر ما حصله: لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالكها أو لا، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه في الجوهرة،

لانه غير ضامن لما جنته، فلو سأله صاحب الجوهرة ببيع البهيمة ليتوصل منها إلى جوهرة، أو صيرورتها معا في ملكه لم يجبر المالك على البيع. وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر. وهذا فاسد، استدلالا بقياسين أحدهما: أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياسا على كسرها إناء أو أكلها طعاما - والثاني - أنه لا يستحق تملكه مع تلف شيء لم يستحق تملكه مع بقائه، قياسا على ما قيمته أقل. وإن كان صاحبها معها كان ضامنا لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيرا وقال أبو علي بن أبي هريرة: إن كانت البهيمة بعيرا ضمن، وإن كان شاة لم يضمن، وفرق بينهما بأن المألوف في البعير النفور فلم يمنع ومراعاته، والمألوف في الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها. وهذا خطأ عند الأصحاب لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لان المعهود منها السلامة، فإذا أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أبيع للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبي لان عاقبته السلامة، فإذا أفضى إلى التلف ضمنا، فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر في البهيمة فإن كانت غير مأكولة اللحم غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها، وإن كانت مأكولة اللحم فعلى قولين. أحدهما: تذبج عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها، والثاني لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة. فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها لمأكله فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة: ولنا بناء على ما تقدم، وعلى ما وصل إليه الطب من عمل البنج للحيوان وأجراء جراحة بيطرية لاستخراج الجوهرة أنه يجوز ذلك ويبدل صاحب الجوهرة مؤونة الجراحة والنقاها حتى تبرأ، فإذا كان صاحبها مفرطا كان عليه ذلك. فإذا كان صاحب البهيمة مغتصبا للجوهرة على ما بنى المصنف فصله فالضمان عليه.

(فرع) إذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح، سواء كان الثمن معيناً أو في الذمة أجراه المشتري منه بالدفع، ثم ينظر في البهيمة فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لان ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له. وعليه تسليم البهيمة، فإن قدر على الثمن بموت أو ذبح اختاره المشتري لمأكلة رد على البائع وإن كانت البهيمة في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع، فإن كانت غير مأكولة غرم مثله، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبج لأخذ الثمن منها أم لا؟ على ما مضى من القولين. والضرب الثاني: أن تبذل البهيمة قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون في الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل، وهو باق في ذمة المشتري. ثم ينظر، فإن كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري فما ابتلعه غير مضمون على واحد منهما. أما البائع فلزوال يده بالتسليم. وأما المشتري فلأنه ماله، وجناية البهيمة من ضمانه، وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه، فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله. فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله. وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبج أم لا. على القولين، فإن قيل لا تذبج لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لان ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه

فلاجله ما استحق المشتري خيارا به. وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب والضرر الثاني: أن يكون الثمن معيبا فهذا على ضربين (أحدهما) أن تكون البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل، لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه يبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف. ثم ينظر فإن كانت البهيمة في يد المشتري فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشتري رد البهيمة على البائع، فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشتري، وإن كانت في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله (فرع) إن غصب فصيلا - وهو ولد الناقة سمي بذلك لفصله عن أمه - فأدخله

[278]

حظيره فكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة، أجبر على نقض الباب أو البناء لرد الفصيل على ما مضى من نقض السفينة لرد اللوح ونقض المنارة لرد الحجر. أما إذا دخل الفصيل إلى داره من غير تغريط منه بأن دخل الحظيرة فاختلط بفصلانها وكبر وتعذر إخراجه من الحظيرة، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الحائط كما كان فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالهما من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعديا في وضعها في غير حق - بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة - وكان صاحب البهيمة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة. والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعديا لادخالها في غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضمونا على صاحبها لتعديه بها، فإن كانت مما لا يؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها، ثم كسر القدر مضمونا على صاحبها، وإن كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها في تخليص ما جنته. (أحدهما) تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها. والقول الثاني لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها ثم يضمن أرش كسرها. والقسم الثالث: أن يكون كل واحد منهما غير متعد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدي ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤونة ذلك فإن لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضمن كسرها، فإن كانت مأكولة فعلى قولين، في ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعديا فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدي كالمتصادمين، فإن كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وأهدر النصف الباقي، وإن كانت مأكولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة أرش القدر كله لا نصفه. فإن قال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة لضمن نصف النقص

[279]

في ذبحها نظر البائدئ منهما بطلب التخليص، فجعل ذلك في جنته. (فرع) وإن غصب ديناراً أو جوهرة فوقع أو ألقاها في محبرته أو أخذ ديناراً لغيره فسها فوقع في محبرة كسرت ورد الدينار أو الجوهرة كما ينقض البناء أو تهدم السفينة لرد اللوح على ما مضى. وكذلك إن كان درهماً أو أقل منه.

وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان عليه
لأنه لتخليص ماله. وإن غصب دينارا فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو
غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في
كسرها، وإن كان كسرها أكثر ضررا من تبقىة الواقع فيها ضمنه الغاصب
ولم تكسر. وإن رمى إنسان ديناره في محبرة غيره عدوانا فأبى صاحب
المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميته فيها فلم يجبر
صاحبها على إتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص
المحبرة بوقوع الدينار فيها وما ترتب على قذف الدينار من رشاش الحبر
على الاوراق أو الكتب أو الثياب فعليه ضمان قيمته تالفا أو أرشه معيبا،
وأجاز أصحاب أحمد إجبار مالك المحبرة على كسرها لرد دينار الغاصب
وتضمين الغاصب قيمة المحبرة. (فرع) قال الشافعي ولو باعه عبدا وقبض
المشتري ثم أقر البائع أنه غصبه من رجل، فإن أقر المشتري نقضنا البيع
ورددناه إلى ربه، وقال في موضع آخر وإن باعه وقبضه المشتري ثم أعتقه
فقامت بينة بغصبه وكان المغصوب أو ورثته قياما رد العتق لأن البيع كان
فاسدا ويرد إلى المغصوب. وإن لم تكن بينة وصدق الغاصب والمشتري
المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما في العتق ومضى العتق ورددنا
المغصوب على الغاصب بقيمة العبد في أكثر ما كان قيمة. وقال: ولو كان
المشتري أعتقه ثم أقر هو والبائع أنه للمغصوب منه لم يقبل قول واحد
منهما في رد العتق وللمغصوب القيمة إن شاء أخذناها له من المشتري
المعتق، ويرجع المشتري المعتق على الغاصب بما أخذ منه لأنه أقر أنه باعه
مالا يملك، وهذا كما قال: إذا كان مشتري العبد قد أعتقه ثم أحضر من
ادعاه ملكا وأن البائع أخذه غصبا كلف البينة قيل سؤالهما. اهـ

[280]

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبياعه له حق الله تعالى في الحرية، فلا
يعاد إلى مالكه وإنما تعاد قيمته كأي شيء اغتصبه ثم باعه وتلف في يد
المشتري، فإن المالك يرجع على الغاصب أو المشتري. وللمشتري أن يرجع
على البائع لأنه غره فإن كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب. (فرع)
ينبنى على ما تقدم أنه إذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين
أيهما شاء، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله، والأكل أتلف مال غيره بغير
أذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير إذن مالكه، فإن كان الأكل عالما بالغصب
استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالما من غير تغريب،
فإذا ضمن الغاصب رجوع عليه. قال الشافعي: ولو غصب طعاما فأطعمه من
أكله ثم استحق كان المستحق أخذ الغاصب به، فإن غرمه فلا شيء للواهب
على الموهوب له، وإن شاء أخذ الموهوب له، فإن غرمه فقد قيل يرجع
على الواهب وقيل لا يرجع به. قال المزني أشبه بقوله: إن هبة الغاصب لا
معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا
يرجع به، فإن غرمه الغاصب رجوع به عليه. وهذا عندي أشبه بأصله. وهذه
المسألة تنقسم إلى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع: فأما
القسم الاول فأول أنواعه أن يهبه فياكله الموهوب له، فرب الطعام
بالخيار بالرجوع على أيهما شاء (ثانيها) وهو أن يأذن له في أكله من غير
هبة ولا اقباض، فإن علم الأكل أنه مغصوب كان مضمونا عليه وره أيضا
بالخيار لتغريم أيهما شاء، فإن أغرم الأكل فقد اختلف أصحابنا، فذهب
البغداديون إلى أن في رجوعه على الغاصب قولين. وذهب البصريون إلى
الرجوع به قولا واحدا. والفرق بين الأكل والموهوب له أن استهلاك الأكل
بإذن الغاصب فرجوع عليه، وأن استهلاك الموهوب له بغير إذنه فلم يرجع

عليه، فان رجع المالك على الغاصب يكون رجوعه فعلى مذهب البغداديين
يكون رجوعه بالغرم على الأكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع
به قولا واحدا

[281]

وثالثها: أن يطعمه بهيمة رجل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك
بغير أمر مالك البهيمة فهو مضمون على الغاصب وحده، ويرجع به المالك
على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة، فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له
في رقبة البهيمة أو مالكتها لان المتلف هو الغاصب، وإن كان إطعامها بأمر
مالكها نظرا، فإن علم بأنه مغمصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالخيار
أن يرجع على أيهما شاء وليس للغاصب إذا غرم أن يرجع على الأمر إذا لم
يعلم ويرجع إذا علم ويجرى عليه حكم الأكل والموهوب له من الأذن وعدمه.
وأما القسم الثاني فمصور في الانواع الثلاثة الآتية: إذا وهب الغاصب
الطعام لمالكة فأكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على
الغاصب وإن لم يعلم فعلى قولين. والنوع الثاني: أن يأذن الغاصب لرب
الطعام في أكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه، وإن لم
يعلم فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين وعلى قول البصريين
يرجع به قوله واحدا. والنوع الثالث: أن يطعمه بهيمة رب الطعام فإن كان
بغير أمره رجع عليه بغرمه، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع، وإن لم يعلم
فان دفعه إليه كان رجوعه على قولين، كما لو وهبه له، وإن لم يدفعه إليه
كان على اختلاف المذهبيين كما لو أطعمه إياه، فلو باع الغاصب الطعام
على مالكة وهو يعلم أو لا يعلم فتلف في يده بعد قبضه أو لم يتلف كان
المالك بريئا من الثمن والغاصب بريئا من الضمان، وذهب المصنف إلى أنه
إذا علم فيه قولان على ما أوضح والله أعلم. (فرع) إذا أودع العبد عند مالكة
أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو
بالأجرة ثم تلف عنده نظرا، فإن علم بعد قبضه أنه ماله برئ العبد من
ضمانه، وإن لم يعلم نظرا، فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على
المودع والمرتهن المستأجر برئ الغاصب من ضمانه لكونه مضمونا

[282]

عليه، وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الاحوال، ففي
براءة الغاصب منه وجهان. أحدهما: يبرأ منه لعودته إلى يد مالكة. والوجه
الثاني لا يبرأ منه لان خروجه من يده أما نيابة عنه أو أمانة منه، فلم تزل
يده فكان على ضمانه. فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا
يعلم به، فإن لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على الغاصب، وإن
كان في يده فإن تلف باستهلاك المالك برئ منه الغاصب، وإن تلف بعد
استهلاكه كان في براءته منه وجهان. وأما حبس الحر سواء عاش أو مات
فسوف يأتي حكمه إن شاء الله تعالى في الجنايات والحدود. وأما كلب
المنفعة ككلب الصيد أو الحراسة، فإنه يجرى فيه ما يجرى في البهائم
المستأجرة لظهرها أو لعملها في الحقول والفارق أنها غير مأكولة كبعض
الدواب التي لا تؤكل. (فرع) قال الشافعي: فإن أراق له - أي للذمي - خمرا
أو قتل له خنزيرا فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرم لانه لا يجرى على ملك. أما

التملك بالخمير والخنزير فمعصية، والقول فيها كالقول في الصليب ولا شئ على متلفها مسلما كان أو ذميا على مسلم أتلفه أو على ذمي، ويعذران باتلافه على منازلهم أو بيعهم. وقال أبو حنيفة: ان أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلما كان أو ذميا، وان أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلما كان أو ذميا، فان كان مسلما ضمن قيمة الخمر والخنزير، وان كان ذميا ضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمي بما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أبى موسى الأشعري وإلى سمرة بن جندب في خمور أهل الذمة أن لهم بيعها، وخذ العشر من أثمانها. فكان الدليل من وجهين. أحدهما: أن جعل لها أثمانا والعقد عليها صحيحا، والثانى: أخذ العشر منها، ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها، قال: ولانه معمول في عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم،

[283]

قالوا: ولانه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم كسائر الاشرية، قالوا: ولان ما كان متمولا عند مالكة ضمن بالاتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم. ودليلنا ما رواه ابن أبى حبيب عن عطاء عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة: ان الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع الاصنام وبيع الميتة، فقال رجل يا رسول الله ما ترى في شحومها فإنها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال: قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته، ولان المرجوع في كون الشئ مالا إلى صفته لا إلى صفة مالكة، لان صفات الشئ قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالا ويختلف مالكوه. فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبح جلده صار مالا لمسلم وكافر، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبح جلد الميتة صار مالا لمسلم وكافر. ويتحرر من هذا قياسان: أحدهما. أن كل ما ليس مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر كالميتة والدم، وإن شئت قلت. كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا. والثانى. أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن، ولانه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته، ولان ما استبيح الانتفاع به من الاعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة: فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه، وتحريره قياسا أن ما حرم نفعه فأحرى أن يحرم عوضه من كافر على مسلم. وأما الجواب عن حديث عمر وقوله. ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها فمن وجهين. أحدهما. أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها، ولا يعترض عليهم فيما

[284]

استباحوه منها، وخذ العشر من أثمانها أي من أموالهم وان خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها. والثانى. أنه محمول على العصير

الذي يصير خمرا من باب اطلاق اسم ما سيؤول إليه عليه قال تعالى. " وقال انى ارى في المنام انى ارانى أعصر خمرا " وتحريم بيعها خمرا متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على اباحته عصيرا. وأما كونه م ؟ ؟ ولا في عرفهم فمنتقص بموقوذة المجوس والعبد المرتد. ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مرء فحديث أنس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال اسناده وأصله في صحيح مسلم ورواه الترمذي والدارقطني بلفظ. يارسول الله انى اشتريت خمرا لايتام في حجرى فقال: أهرق الخمر واكسر الدنان. وأخرجه أحمد وأبو داود وحديث ابن عمر. أمرنى النبي صلى الله عليه وسلم أن أتبه بمدية وهى الشفرة فأنتبه بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال أعد على بها ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جليت من الشام، فأخذ المدينة منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن أتى الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقا الا شققته " رواه أحمد وأشار إليه الترمذي وذكره الحافظ ابن حجر في الفتح معزوا إلى أحمد وقال الهيثمى في مجمع الزوائد. انه رواه باسنادين في أحدهما أبو بكر بن أبى مريم وقد اختلط وفى الآخر أبو طعمة وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وبقية رجاله ثقات. وقد ترجم له البخارى في صحيحه فقال. باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق. ويعلق ابن حجر على هذا فينقى أن المراد بهذا اتلاف الاواني وانما المقصود اراقه الخمر واهدار جرمها، واتلاف الأنية جاء تبعا لذلك عقوبة لاصحابها.

[285]

(فرع) قال الشافعي: ولو كسر لنصراني صليبا، فإن كان لشئ من المنافع مفصلا فعليه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شئ عليه. أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى صلى الله عليه وسلم قتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قربة، وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به، ولا يجوز أن يقتحم أحد بيعهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طفوسهم ما داموا لا يظهرن بها تحديا ولا يجاهرون بها إغاطة ولا بعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فان جاهرونا بصليبيهم نظرا، فان كان الامام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز في الانكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعا لما أظهره من مخالفة عقد الذمة، وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الاقتصار على الانكار في حال المجاهرة ولا يتجاوز الانكار إلى كسره، وقد حمى الاسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت في ظلها ديانات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا، ويقتل بعضهم بعضا فأقر بينهم السكنية والوثام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى " وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ". وباع من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التى فر أهلها إلى الصحارى القصية وشعب الجبال ومغاراتها أخذوا يبنونها في المدن والقرى، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التى بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يتخذونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بكسر النون قولوا واحدا سميت كذلك لان عقبة بن نافع الفهري فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكر أنعام القسيس وهم يترنمون في الليل بترانيمهم فقال هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) وان فتح قفصا عن طائر نظرت، فان نفره حتى طار ضمنه لان تنفير

الطائر بسبب ملجئ إلى ذهابه فصار كما لو باشر اتلافه وان لم ينفره نظرت فان وقف ثم طار لم يضمه لانه وجد منه سبب غير ملجئ ووجد من الطائر

[286]

مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه، كما لو حفر بئرا فوق وقع فيها إنسان باختياره، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان (أحدهما لا يضم لانه طار باختياره فأشبهه إذا وقف بعد الفتح ثم طار. (والثاني) يضم لان من طبع الطائر النفور ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره (فصل) وإن وقع طائر غيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمه، لان رمية لم يكن سببا لغواته، لانه قد كان ممتنعا وفائتا من قبل أن يرميه، فإن طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه، لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه في غير داره (فصل) وإن فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه نظرت، فإن خرج في الحال ضمنه، لانه كان محفوظا بالوكاء فتلف بحله فضمنه. وإن خرج منه شيء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه، لانه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه، كما لو قطع يد رجل فمات منه، وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضم، لان ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمه، كما لو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم طار، أو نعب حرزا فسرق منه غيره، وان فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان: (أحدهما لا يضمه، لانه لم يخرج عقيب الحل، فصار كما لو كان مائعا فهبت عليه الريح فسقط. (والثاني) أنه يضم وهو الصحيح، لان الشمس لا توجب الخروج، وانما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح وإن حل زقا فيه جامد وقرب إليه آخر نارا فذاب وخرج، فقد قال بعض أصحابنا لا ضمان على واحد منهما، لان الذي حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضم بها وصاحب النار لم يباشر ما يضم فصارا كسارقين نعب أحدهما الحرز وأخر الآخر المال، فإنه لا قطع على واحد منهما، وعندني أنه يجب الضمان على صاحب النار، لانه باشر الاتلاف بإدناء النار فصار كما لو حفر رجل بئرا

[287]

ودفع فيها آخر إنسانا، وأما السارق فهو حجة عليه، لانا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار. وأما القطع فلا يجب عليهما، لانه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز، والذي أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الاتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان (فصل) وإذن فتح زقا مستعلى الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه، ففيه وجهان. (أحدهما) يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجرحين (والثاني) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجرح والذابح (فصل) وإن حل رباط سفينة فغرقت نظرت، فإن غرقت في الحال ضمن لانها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت، فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضم، لانها غرقت بغير فعله. وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان (أحدهما لا يضم، كالنرق إذا

ثبت بعد فتحه ثم سقط (والثاني) أنه يضمن، لان الماء أحد المتلفات.
(فصل) إذا أجم على سطحه نارا فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما حرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد، وان فعل ما لم تجر به العادة بأن أجم من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد (فصل) إذا ألقى الريح ثوبا لانسان في داره لزمه حفظه. لانه أمانة حصلت تحت يده، فلزمه حفظها كاللقطة، فان عرف صاحبه لزمه إعلامه، فان لم يفعل ضمنه، لانه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب. وان وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه، لانه محفوظ بنفسه، فان دخل إلى برج في داره طائر فأغلق عليه الباب نظرت، فان نوى إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب، وان لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه.

[288]

(الشرح) الاحكام: قال الشافعي: ولو حل دابة أو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم ذهب لم يضمن لانهما أحدهما الذهاب وصورة ذلك أن رجلا حل دابة مربوطة أو فتح قفصا عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتغيره، فعليه الضمان إجماعا، وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سببا والطيران مباشرة لانه قد ألجأ بالتنغير والتهييج إلى الطيران، وإذا انضم إلى السبب إلقاء تعلق الحكم بالمسبب الملجئ سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتصر منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم، لانهما ألجأ بالشهادة فسقط حكم المباشرة (والثاني) أن لا يكون منه تهييج ولا تنغير فللدابة والطائر حالتان: (أحدهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانا فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة. وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: عليه الضمان. وكذلك قال أحمد. والحال الثانية: أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث، ففي الضمان لاصحابنا وجهان: (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: عليه الضمان لاتصاله بالسبب. وهو قول أبي حنيفة (والثاني) وهو ظاهر نص الشافعي في كتاب اللقطة لا ضمان عليه لعدم الالقاء. واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلا ومنفصلا بأن أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان، ولان كل ما يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجرح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل ودليلنا هو أن للحيوان اختيارا يتصرف به لما شاهد عيانا من قصده لمنافعه واجتنابه لمضاره، ثم لما قد استقر حكما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله، فإذا اجتمع السبب والاختيار تعلق الحكم على

[289]

الاختيار دون السبب كملقى نفسه مختارا من شاهق يسقط الضمان عن بائى الشاهق أو في بئر يسقط عن حافرها. وطيران الطائر باختياره لانه غير ملجأ، وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان، ولان طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح حبسه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر إذا طار، ولان مثابته من فتح القفص عن طائر حتى طار بمثابة من هتك حرمة مال حتى سرق، ثم كان كما لو فتح باب دار فيها مال فسرق لم يضمنه. وكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائر لم يضمن، ولان فتح القفص يكون تعديا على القفص دون الطائر، بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فتحه لم يضمنه، وما انتفى عنه التعدي لم يضمن به. * * * فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها، فهو أنهما سواء، وذاك أن من طبع الحيوان توقي المتالف. فإذا سقط في البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر، ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمدا سقط الضمان عن الحافر، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة: إلا في أوقات الاستراحة، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالالقاء والتنغير وجب الضمان على فاتح القفص فكانا سواء. فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل فلاصحابنا في ضمانه إذا طار عقيب الفتح وجهان (أحدهما لا يضمنه، فعلى هذا سقط السؤال فيه (الثاني) يضمنه. فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير في الحال فيضمن، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الانسان

[290]

قال الماوردي: فإذا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتغيره إياه وإذا لبث زمانا لم يوجد منه النفور فصار طائرا باختياره، فأما إذا أمر طفلا أو مجنونا بإرسال طائر في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص في أنه إذا نغره أو أمر الطفل بتغيره ضمن وان لم ينغره ولبث زمانا لم يضمنه، وان طار في الحال فعلى وجهين، ولو كان ساقطا على برج أو جدار فرماه بحجر فنغره فطار من تغيره لم يضمنه لانه قبل التنغير لم يكن مقدورا عليه. (فرع) إذا رمى رجل حجرا في هواء داره فأصاب طائرا فقتله ضمنه سواء تعمد قتله أو لم يتعمده، لانه وان لم يتعد بالرمي في هواء داره فليس له منع الطائر من الطيران في هوائه، فصار كما لو رماه من غير هوائه وخالف دخول البهيمة إذا منعها بضرب لا تخرج الا به أنه لا يضمنها. (فرع) إذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعاً فان كان الفاتح مالكها ضمن الزرع، وان كان غيره لم يضمن، لانه لا يلزمه حفظها، وكذلك لو حل دابة مربوطة فأكلت شعيرا أو فولاً لم يضمن لان الدابة هي المتلفة دونه وكذا لو كسرت اناء لم يضمنه لما عللناه. (فرع) قال الشافعي: ولو حل زقا (1) أو راوية فاندفقا ضمن الا أن يكون الزق يثبت مستندا وكان الحل لا يدفع ما فيه ثم سقط بتحريك أو غيره فلا يضمن لان الحل كان ولا جناية فيه. وصورتها في زق أو كى على ما فيه فحل الوكاء حتى ذهب ما في الزق، فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواما وأسرعها ذهابا كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين. أحدهما: أن يكون فم الزق منكسا فعليه ضمان ما فيه، لان الذائب مع التنكيس لا يبقى، فكان هو المتلف له.

(1) الزرق قارورة من الجلد بسميها عامة الحجاج زمزمية، والوكاء الرباط، ومنه حديث " هاتوا سبع قرب لم تحلل أوكيتهن " وحديث " العين وكاء السه " والسه الاست أو المقعدة من الانسان.

[291]

والضرب الثاني: أن يكون فم الزرق مستعليا فهذا على ضربين (أحدهما) أن يميل في الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه، فإذا حله كان بالحل تالفا، وليس كالدابة إذا حلها لان للدابة اختيارا (والثاني) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزرق مستندا أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان. والقسم الثاني: أن يكون ما في الزرق تخين القوام بطئ الذهب كالديس (العجوة بالعسل أو مريب التمر) والعسل القوي فإذا حل وكاؤه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه، فإن كان مستعلى الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شيء منه ثم اندفع فلا ضمان، وإن اندفع في الحال أو كان منكسا نظرا، فإن لم يقدر مالكة على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان وإن قدر على الاستدراك لسده ففى الضمان وجهان. (أحدهما) عليه الضمان كما لو حرق ثوبه وهو قادر على منعه، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا وإبراء، كذلك ها هنا. والوجه الثاني لا ضمان عليه، والفرق بينهما أنه في القتل والتحريق، وفي حل الوكاء غيره متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئرا فمر بها انسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمه الحافر. ولو كان الزرق مستعلى الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيرا يسيرا فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الاول ضمان ما خرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهما) أن ضمانه عليهما لاشتراكهما في سبب ضمانه كالجارين (والوجه الثاني) أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط براءة الجارح ويتوجه للذابح. والقسم الثالث: أن يكون ما في الزرق جامدا كالسمن والديس إذا حمدا ومريب الجزر والفواكه إذا جف ماؤهما وتبخر فيكشف بحل الوكاء أو بكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيذوب ويذهب فإن كان الزرق أو الاناء

[292]

على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذاتيا يعبا في زقه وإنائه فلا ضمان عليه، وإن كان لا يعبا لو كان ذاتيا ففى ضمانه وجهان. أحدهما لا ضمان عليه لان ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثاني) عليه الضمان لان بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سببا فتعلق به الضمان. (فرع) إذا أدنى من الجامد نارا بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمى فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به، وأما كاشف الاناء وحال الوكاء فلم يكن فعله جناية يضمن بها. وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما، لان الاول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القلع.

والثاني: أخذ مالا غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع، فإن قيل: لم يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن بالنار، قيل: لان طلوع الشمس معلوم، فصار كالقاصد له ودنو النار غير معلوم، فلم يصر قاصدا له ولكن لو كان كاشف الاناء وحال الوكاء هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجها واحدا بخلاف الشمس في أحد الوجهين، ولان إنداء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله، وخالف حدوث ذلك من شخصين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه ولا يجب الضمان لو كان من شخصين، بيد أن المصنف يقضي بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياسا على من حفر بئرا وجاء آخر فدفق إليها آخر ضمن صاحب البئر، وفيما ذهب إليه المصنف نظر عندي والله أعلم بالصواب. * (فرع) * وينبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت في أحضان الموج فغرقت فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون غرقها في الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله (والضرب الثاني) أن يتناول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعد فهو على ضربين، أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح - أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه. والضرب الثاني: أن لا يظهر

[293]

حدوث سبب لتلفها ففي ضمانها وجهان (أحدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزرق إذا لبث بعد حله تم مال (والوجه الثاني) عليه الضمان بخلاف الزرق لان الماء أحد المتلفات. (فرع) إذا نصب رصيصا من اللبن لحرقة (قمينة) حتى يجعر أجرا في غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصيص أو القمائن فيها كأن جاء في أوقات امتلاء الاجران بحصاد الحقول فأوقد في تنور اللبن بين الاجران أو وقت تعبئة القطن في الاكياس فطارت شرارة من النور إلى الاجران أو الاقطان فأحرقتها ضمن ما أتلف، أما إذا أعد الرصيص في أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن، وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلا ضمان عليه لانه غير متعد، وكذلك لو أروى أرضه في دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لانه غير متعد، فإذا أرواها في غير دوره - وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق في المياه - ثم تسربت إلى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف، أما الثوب الذي حمله الريح من منشئ الجار فألقاه في بيته فقد أسلفنا القول في الوديعة أنه وديعة يجب المبادرة إلى اعلام صاحبه به فإذا أخفاه أو تباطأ في اعلام صاحبه أو تلكأ كان عليه ضمانه وارتفعت يده من الامان إلى الضمان وإذا طار فلم يعلم به صاحب الدار حتى احترق بنار في داره أو بهيمة أكلته لم يضمنه، ولو علم به فإن لم يقدر على منعها لم يضمن، وان قدر على منعها فعليه الضمان، ولكن لو زاره عند حصول الثوب في داره فتركه، فإن كان مالكة غير عالم به فعليه اعلامه فإن لم يعلمه فهو ضامن، وان كان مالكة عالما به فهو غير ضامن، فإذا هبت ريح فاجتاحته فآلقته بعيدا فإن لم يستطع منعه فلا ضمان، وان قدر على منعه من الريح فتركه ففي ضمانه وجهان. أحدهما لا ضمان عليه لانه لم يكن منه ما يضمن به. والثاني: عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع في صبع لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد

منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعدي منهما، وفي حالة إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له في ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه هو باق. وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف وهل يلزمه البديل فيه وجهان. أحدهما لا يلزمه لأن المغصوب منه لا بدعيه. والثاني: يلزمه لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البديل كما لو غصب عبدا فأبق. (فصل) وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته، فقال الغاصب قيمته عشرة، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب، لأن الاصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه ديناً من غير غصب فأقر ببعضه (فصل) وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقاً فقيمته مائة. وقال المغصوب منه لم يكن سارقاً فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لأن الاصل عدم السرقة. ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب لأنه غارم، والاصل براءة ذمته مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه: كان كاتباً فقيمته ألف، وقال الغاصب: لم يكن كاتباً فقيمته مائة، فالقول قول الغاصب، لأن الاصل عدم الكتابة وبرائة الذمة مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه غصبتني طعاماً حديثاً، وقال الغاصب بل غصبتك طعاماً عتيقاً فالقول قول الغاصب، لأن الاصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه أنقص من حقه. (فصل) وإن غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على فالقول قول الغاصب، لأن الاصل براءة ذمته، ولأن الاصل أنه باق على كونه خمراً.

(فصل) وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب، فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم (الشرح) الاحكام. قال الشافعي: ولو غصبه جارية فهلكت فقال: ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه. قلت: قد ذكرنا أن المغصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن ووقت الغصب إلى وقت التلف. وقال أبو حنيفة: هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدي، وهذا خطأ من وجهين (أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعاً. أما الشرع فقولته تعالى " يا أيها الذين آمنوا " أي استداموا الايمان، وقال تعالى " اهدنا الصراط المستقيم " أي ثبتنا على الهداية إليه، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الاخبار والطلب وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يمين في كل حال غاصباً. ويقال قد غصب، وإن كان قد تقدم من الغصب (والثاني) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية، فلما كانت براءة الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح، وجب أن يكون الحادث بعد الغصب في حكم الموجود في حال الغصب، ثم هو في الغصب أولى منه في الجناية لبقاء يده في الغصب وارتفاعها في الجناية، وفيما ذكرناه من المعاني الماضية في نمو البدن وزيادته دليل كاف فإذا ثبت هذا واختلفا في

المغضوب فهو على ثلاثة أضرب: (أحدها) أن يختلفا في قيمته (والثاني) أن يختلفا في تلفه (والثالث) أن يختلفا في مثله. فأما الضرب الأول وهو اختلافهما في قيمته فعلى ضربين: (أحدهما) أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما على الصفة، فيقول المغضوب منه قيمة مالى ألف. ويقول الغاصب: قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لامرين: أحدهما إنكاره الزيادة، والشرع في الإنكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى. والثاني: أنه غارم والقول في الاصول قول الغارم

[296]

فإن قيل: فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم، فالجواب عنه من وجهين. أحدهما: أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك، ولا يغرر إلا بقوله. والثاني: أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لأنه من صنعه، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله، فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان. فإن كان للمغضوب منه بنية على ما ادعاه من القيمة سمعت وهى شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين، فإن شهدت بينه بأن قيمة المغضوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته في هذه الاحوال كلها، وإن شهدت بينه بأن قيمته كانت ألفا قيل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول: إنه يصير لاجل هذه البينة القول قول المغضوب منه مع يمينه، لأن الاصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح، لأن ما قبل الغصب غير معتبر، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين، فإن شهدت البينة بصفات المغضوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لامرين. أحدهما: أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل. والثاني: أن اختلافهما في القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة في غير ما تداعياه واختلغا فيه. والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما في الصفة فهو على نوعين أحدهما: أن تكون صفة زائدة. والثاني: أن تكون صفة نقص. فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغضوب منه وصورتها. أن يقول المغضوب منه قيمة سيارتي ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك 7 راكب موديل 68 ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك سعة 5 راكب موديل 69 فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار. وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمة السيارة التى غصتها منك

[297]

مائة لأنها مستهلكه ومحركها ضعيف وفراملها ناعمه وهى ماركة فيات أو فكسهول موديل. فيقول المغضوب منه قيمتها ألف لأنها ليست مستهلكه ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين أحدهما أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بغرمه والثاني. القول قول المغضوب منه مع يمينه تعليلا بانكاره. وأما الضرب الثاني وهو اختلافهما في تلفه

فصورته أن يقول المغصوب منه سيارتي باقيه في يدك ويقول الغاصب،
قد تلفت وزهبت أجزاءها في (وكالة البلح (1)) فالقول قول الغاصب مع
يمينه ثم فيه وجهان أحدهما، أنه لا شيء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه
على تلفها، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على
تلفها، والوجه الثاني، أن عليه القيمة للمغصوب منه لأنه وإن كان منكرا
للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصارت كالتالفه يلزم
الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقيه. وأما الضرب الثالث وهو
اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب أحدها. أن يختلفا في صفات المثل
كقول المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا فيقول الغاصب بل طعاما عتيقا
أو قديما فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الإنكار
والغرم، ثم للمغصوب منه أن يملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه.
والضرب الثاني. أن يختلفا في أصل المثل كقول المغصوب منه، لما غصبتني
مثل، وقول الغاصب، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى
اجتهاد الحكام، فإن حكموا له بمثل طولب به، وإن حكموا فيه بالقيمة
أخذت منه، والضرب الثالث أن يختلفا في وجود المثل كقول المغصوب
منه، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم، فيكشف الحاكم عن
وجوده، ويقطع تنازعهما

(1) سوق على شاطئ النيل في الشمال الغربي من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرساه
التمور الواردة من الصعيد الأعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء
السيارات القديمة وغيرها من الآلات.

[298]

فيه، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصة كان أو غالبا، وإن عدمه خير
المغصوب منه بين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد
المثل بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته
بخلاف الرقيق إذا أخذت قيمته ثم وجد، والفرق بينهما أن قيمة الأبق أخذت
عند الاياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه، وقيمة المثل أخذ مع العلم
بالقدرة عليه من بعد فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه، وإن جهد إلى وجود
المثل ثم رجع مطالبا بالقسمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف
السلم في الشيء إلى مدة تنقطع فيها فرضى المسلم بالصبر إلى وجوده
فلا يكون له الرجوع قبله. والفرق بينهما أن تقدير وجود السلم عيب فإذا
رضى به لزمه ذلك بالعقد. وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار
وتأجيل تطوع به فلم يلزم. (فرع) ولو غصب رجل عصيرا فصار في يده خلا
رجع به المغصوب منه وينقص إن حدث في قيمته، ولو صار العصير خمرا
رجع على الغاصب بقيمته عصيرا لأن الخمر لا قيمة له، وهل له أخذ الخمر
أم لا؟ على وجهين: أحدهما - وهو قول الاسفراييني - إنه ليس له أخذه
لوجوب إراقته وإتلافه. والوجه الثاني: له أخذه لأنه قد شفع بإراقته في بئر
أو مسقى حيوان، فلو صار الخمر في يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه،
وفي رجوعه عليه بالقيمة وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما: يرجع
بالقيمة لوجوبها. والثاني لا يرجع عليه لعدم استقرارها. وإذا غصبه خمرا
فصار في يده خلا صار حينئذ مضمونا عليه لكونه خلا ذا قيمة، فلو اختلط
بعد تلفه فقال المالك: صار خلا فعليك ضمانه، وقال الغاصب: بل تلف في
يدي خمرا على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته،
فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمرا ضمنه مع بقاء عينه

لانه بمصيره خمرا قد صار تلفا، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المغصوب منه، وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين أحدهما لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه، والوجه الثاني: عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه والله تعالى أعلم.

[299]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الشفعة وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم، ربة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر. (فصل) وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة إلا في ربة أو حائط وأما البناء والغراس، فإنه إن بيع مع الارض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضى أخذه، وإن كرهه تركه ولانه يراد للتأبد فهو كالارض، فإن بيع منفردا لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الارض فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة لانه فرع تابع لاصل ثابت. ومنهم من قال لا شفعة فيها، لان القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها، وإن كانت دار أسفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفلى لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو، لانه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان، أحدهما لا تثبت فيه الشفعة، لانه لا يتبع أرضا. والثانى: تثبت لان السقف أرض لصاحب العلو يسكنه، ويأوى إليه فهو كالارض. (فصل) وإن بيع الزرع مع الارض أو الثمرة الظاهرة مع الاصل لم

[300]

تؤخذ مع الاصل بالشفعة، لانه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كثيران الضيعه، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة، لانها تبعت الاصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس. (والثانى) لا تؤخذ لانه منقول فلم تؤخذ مع الاصل كالزرع والثمرة الظاهرة. (فصل) ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال: إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، ولان الشفعة إنما تثبت لانه يدخل عليه شريك فيتأذى به، فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق. وهذا لا يوجد في المقسوم. (فصل) ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه

الشفعة. وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة لانه عقار فثبت فيه الشفعة قياسا على ما تجب قسمته، والمذهب الاول، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال لا شفعة في بئر والارف تقطع كل شفعة، ولان الشفعة إنما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم. وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه، فان كان ضيقا إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقا يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه، وان كان واسعاً نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق، لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبهه غير الطريق وان لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه. (أحدها) لا شفعة فيه، لانا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لانه يبقى ملكه بغير طريق، والضرر لا يزال بالضرر (والثانى) تثبت فيه الشفعة، لانه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق.

[301]

(والثالث) أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة، وإن لم يمكنه فلا شفعة لانه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار، ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالاضرار. (فصل) وتثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " وتثبت في كل عقد بملك الشقص فيه بعوض كالأجارة والنكاح والخلع، لانه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع (فصل) فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة، لانه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو ملكه بالارث، وإن باع من رجل شقصا فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالاقالة ثم تثبت فيه الشفعة، لانه لم يملكه بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل، فإن باعه شقصا فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا تثبت فيه الشفعة، لان التولية بيع برأس المال. وإن قال لام ولده: إن خدمت ورثتي شهرا فلك هذا الشقص، فخدمتهم ملكت الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان. أحدهما أنه تثبت لانها ملكته ببدل هو الخدمه فصار كالمملوك بالأجارة (والثانى) لا تثبت فيه الشفعة لانه وصية في الحقيقة لانه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا، وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصا عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا شفعة فيه، لانه بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه (والثانى) تثبت فيه لانه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده. (فصل) وإن بيع شقص في شركة الوقف، فإن قلنا ان الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لانه لا ملك له، وان قلنا انه يملك ففيه وجهان (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعة، لانه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبهه مالك المطلق (والثانى) لا يأخذه لان ملكه غير تام، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه، فلا يملك به ملكا تاما

[302]

(الشرح) قال الضياء المقدسي في شرحه لثلاثيات المسند: الشفعة لغة الزيادة، لان الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان وترا فصار شفعا، والشفيع فعيل بمعنى فاعل، وعرفا: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه. اه قال الحافظ بن حجر في الفتح: الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء وغلط من حركها، وهى مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج، وقيل من الزيادة، وقيل من الاعانة، وفى الشرع: انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى. اه وقد ثبتت بالسنة والاجماع. فأما السنة فالحديث الذى ساقه المصنف عن جابر ولفظه عند مسلم والنسائي وأبى داود " أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " ولفظه عند الترمذي وصححه " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " ولفظه عند أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه " إنما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة " وفى رواية عند أحمد والبخاري والشافعي فى الام " أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " وكلها عن جابر الا الشافعي فقد قال: أخبرنا مالك عن الزهري عن سعيد ابن أبى سلمه. وقد روى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة " رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبى بكر الاصم من إنكارها، وفى ذلك يقول بعضهم لا عبرة بقول الاصم فإنه عن الحق أصم. قال الماوردى فى الحاوى: إن ما روى فى الشفعة وإن لم يكن متواترا فالعمل به مستفيض بصير به الخبر كالتواتر، ثم الاجماع عليه منعقد، والعلم بكونه شرعا واقع وليس فى التمسك بحديث لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه "

[303]

ما يمنع من الشفعة لان المشتري يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه فإذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعي وأبى حنيفة ومالك. وخالف أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة لكافر على مسلم، قال الضياء المقدسي نص عليه أحمد قال فى الانصاف: وهو المذهب وعليه الاصحاب وهو من مفردات المذهب، وبه قال الحسن البصري والشعبي، وقد أفاض الضياء فى شرح عمدة الاحكام فى بيان العلة، ووجه المذهب من جهة الدليل، كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار، وهو رواية عن أحمد إلا أنها مرجوحة بالمره حسب الاظهر من المذهب فإذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة فى عراض الارضين. ويكون ما أثقل بها من الغراس والبناء تبعاً، وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة فيه على قولين وإن كان المبيع منها محرراً فالذى عليه جمهور الناس أنها غير واجبه، وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلى فى أصح الروايتين عنه، ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمه بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين. وقال أبو حنيفة وصاحبا وسفيان الثوري: إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار وليس لهم فيه سلف، وربما أضافوه إلى ابن مسعود، فإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه فى القرب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا يجب لغير الجار الملاصق

استدللا برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " الجار أحق بشقمه " وروى " بسقمه " أي بقربه، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " جار الدار أحق بدار الجار أو الارض " وبرواية عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بشقمة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من غيره وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس لاحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار،

[304]

بيعت لي، فقال " أنت أحق بشقمة جارك يا شريد " قالوا ولان الشقمة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه، وهذا قد يوجد في الجار كوجوده في الخليط، فافتضى أن تجب الشقمة للجار كوجوبها للخليط ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه قال: الشقمة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شقمة، وهذا وإن كان مرسلا فمرسل سعيد عند الشافعي حسن، ثم قد رواه مسندا عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الشقمة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شقمة، فكان من هذا الحديث دليلان: أحدهما: قوله الشقمة فيما لم يقسم، فكان دخول الالف واللام مستوعبا لجنس الشقمة فلم يجب في المقسوم شقمة والثاني: قوله فإذا وقعت الحدود فلا شقمة. فصرح بسقوط الشقمة مع عدم الخلطة، فإن قيل: فإنما نفى الشقمة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان (أحدهما) أنه محمول على عموم القسمه حادثة ومتقدمة (والثاني) أنه إنما نفى الشقمة عن المقسوم بما أثبتنا في غير المقسوم. فلما أثبتنا في غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع. وقال أبو حنيفة: تجب للجار، ثم ساق أحاديث الموجبين لها للجار، وهي التي أوردناها هنا. ثم قال: وقال العلقمي في حاشية الجامع الصغير: يحتج بهذا الحديث من أوجب الشقمة للجار - يعني حديث الجار أحق بصقمه - ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك، ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قربه من جاره. وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له. ومن أثبت لقاءه قال: إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة، وقد رواه الحسن عن سمرة. وعن حديث الجار أحق بشقمة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا بأن شعبة قال: سها فيه عبد الملك راوي الحديث.

[305]

قال الامام أحمد: هذا الحديث منكر. وقال ابن معين: لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليه. وقال بعض علماء الحنفية: يلزم الشافعية القائلين بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه أن يقولوا بشقمة الجوار، لان الجار حقيقة في المجاور مجاز في الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن

القرائن، وقد قامت القرينه هنا للمجاز فان حديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك، وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقا، لانه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، ولا قائل به، فان القائلين بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقا، ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور. (قلت) واختار شيخ الاسلام ابن تيميه ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكا في الطريق محتجا بأخر حديث جابر مرفوعا: الجار أحق بشفعة جاره. قال، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب حيث قال: إذا كان طريقهما واحدا شركاء لم يقتسموا، فإذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعة. قلت: واختار بعض الحنابلة هذا الرأي ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور في نفى شفعة الجار لوجدنا أمة من الصحابة والتابعين كعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصاري وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي وأحمد والشافعي وأبو ثور وابن المنذر. وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار. ولان الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه. وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجه إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمه فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى احداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

م 10: 14

[306]

فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب، قال الشاعر: كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب وبقية الاحاديث التي تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على السنة الشعراء، ويسمى كل واحد من الزوجين جارا، قال الاعشى: أجاتنا بينى فإنك طالقه * وموموقه ما كنت فينا ووامقه وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج. قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لى فضربت إحداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها، وهذا كله يمكن حمل حديث أبي رافع عليه، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطه دون الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام. (أحدها) ما تجب به الشفعة. (والثانى) ما تجب فيه (والثالث) من تجب له (والرابع) ما تؤخذ به. فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثة أقسام قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم اختلف قول الشافعي في وجوب العوض فيه، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود، البيع والاجارة والصلح والصداق والخلع، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانتقال الملك بها عوضا أو معوضا وسنشرح كلا في موضعه. وأما ما لا يوجب العوض إما لانه لا ينقل الملك كالرهن والعارية، أو لانه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصيه فلا شفعة به لان ما لا ينقل لملك استحق به نقل الملك، وما لا عوض فيه لا معوض فيه. واختلف أصحابنا هل يغلب في ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أو حكم الوصايا إذا قال لها: إن خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص ففعلت على وجهين. أحدهما: أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لامرين. أحدهما اعتباره من الثلث، والثاني: ملك الشقص من لم يملك الخدمة. وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها فقال في القديم والاملاء بالوجوب، فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذي تجب به المكافأة، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرا معلوما كان على قولين. أحدهما قاله في الاملاء: إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح. والقول الثاني: إن الهبة بشرط الثواب باطله، والشفعة فيها ساقطة لان العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والاملاء. وقال في الجديد: ان المكافأة على الهبة غير واجبه، فعلى هذا لا شفعة بها، ويكون في انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل. وأما القسم الثاني: وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراض الارضين وما يتبعها متصلا دون غيرها، وهي على ثلاثة أنواع، أحدها ما وجب في الشفعة معقودا وهي عراض الارضين المحتمل للقسمة الجبريه، فان لم تحملها لصغيرها كطريق ضيقه وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردي. وقال أبو العباس بن سريح: يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة، وبه قال أبو حنيفة. وعند الشافعي أنه لا شفعة فيها تعليلا في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمة وأن ما لا يقسم جبرا فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة. وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله " لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة " رواه أبو الخطاب من أصحاب الامام أحمد في رءوس المسائل، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة، والرهوة الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره.

والنوع الثاني: ما تجب فيه الشفعة تبعا وهو البناء والغرس إن كان مبيعا مع الارض وجبت فيه الشفعة تبعا للارض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الاجبار، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي، ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريح، وهو قول أبي حنيفة، وإن كان البناء والغرس منفصلا عن الارض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي وأبي حنيفة. وقال مالك: يجب الشفعة في البناء المنفرد وفي الثمار والمقائى والمباطخ لاتصاله بعراض الارض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فيما لم يقسم " رواه البخاري. فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة فجعل حدود القسم شرطا في إبطال الشفعة، فدل على استحاقها فيما يجبر فيه على القسمة، ولان البناء والغرس تبع لاصله، فلما لم يستحق في الارض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب في البناء والغرس شفعة، وان دخلت في العقد، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس، وكانت دار ذات علو مشترك، وسفلها لغير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلو حقه نظر في السقف، فان كان لارباب

السفل فلا شفعة في الحصة المبيعة من العلو لانها بناء مفرد، وان كان السقف لارباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة منه وجهان. (أحدهما لا شفعة فيه لانه لا يتبع أرضا (والوجه الثاني) فيه الشفعة، لان السقف كالعرصه. ولقول الشافعي في كتاب الصلح ان السقف أرض لصاحب العلو، ولانه إذا حاز أحدهما حصة من البناء والسقف أمكنه سكناه كالارض. والنوع الثالث لا تجب فيه الشفعة لا مقصودا ولا تبعا وهو سائر الاشياء سوى ما ذكرنا، وقال عطاء بن أبي رباح: الشفعة واجبة في كل مشترك من متاع وحيوان وغيره في صنوف الاموال وسائر الكلام معه. وأما القسم الثالث وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط في الملك المبيع دون الجار، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبة واحد من ألف استحق الشفعة، وإذا تعدد الخلطاء كانت بينهم على ما سيأتي.

[309]

ولا فرق بين أن يكون ملكه صار إليه بائع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره لانه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة. وأما إذا كانت حصة الخليط وقفا نظر في الوقف فان كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين، أو كان خاصا لا يملك كالوقف على جامع فلا يستحق به شفعة في المبيع، وان كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف، فأما الموقف عليه، فقد اختلف قول الشافعي هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين، أحدهما: يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة والوجه الثاني لا شفعة له لانه ليس بنام الملك ولا مطلق التصرف. ثم الشفعة تجب للاب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده ولا يستحقها أحدهم عليه. وأما القسم الرابع وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول الملك من ثمن ان كان في اجرة أو بيع أو اجرة المثل ان كان في اجارة أو مهر المثل ان كان في صداق على ما سنفضله والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لانه في أحد الاقوال لا يملك الشقص، وفي القول الثاني ملكه موقوف، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفي القول الثالث يملكه ملكا غير تام، لان للبائع أن يفسخه، ولانه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لانه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشتري وحده فان قلنا أنه لا يملك أو قلنا أنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع وان قلنا: انه يملكه ففيه قولان أحدهما لا يأخذه، لانه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار البائع. والثاني: يأخذه وهو الصحيح لانه لا حق فيه لغير

[310]

المشتري، والشفيح يملك اسقاط حقه، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك، فلان يملك قبل لزومه أولى. (فصل) وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنه لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولانه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب. (فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لانه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر فان أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضا عن الثمن لم يلزم قبوله لان ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع. (فصل) ويأخذ الشفيح بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فان باعه فهو أحق به بالثمن وإن اشترى شقصا وسيفا بثمان قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لانه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمان ثم الحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيبا فأخذ عنه الارش فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة فان نقص الشقص في يد المشتري فقد روى المزني أن الشفيح يأخذه بجميع الثمن وقال في القديم يأخذه بالحصه واختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فان المشتري يأخذه بجميع الثمن والقول الثاني أنه يأخذه بالحصه وهو الصحيح لانه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصه كما لو كان معه سيف. ومنهم من قال إن ذهب التأليف ولم يذهب من الاجزاء شئ أخذ بالجميع لان الذى يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فان تلف بعض الاجزاء

[311]

من الآجر والخشب أخذه بالحصه لانه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كانت العرصه باقية أخذ بالجميع لان العرصه هى الاصل وهى باقيه فان ذهب بعض العرصه أخذ بالحصه لانه تلف بعض الاصل فأخذ الباقي بالحصه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن تلف بجائحه من السماء أخذ بالجميع لانه لم يحصل للمشتري بدل التالف وأن تلف بفعل آدمى أخذ بالحصه لانه حصل للمشتري بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين. (فصل) وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال أحدها يأخذ بمائة مؤجلة لان الشفيح تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعا له في التأجيل. والثانى: أنه يأخذه بسلعة تساوى مائة إلى الاجل، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حاله لان ذلك أكثر مما لزم المشتري، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة، لان الذمم لا تتماثل فتجعل ذمه الشفيح مثل ذمه المشتري، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته. والثالث: وهو الصحيح أنه يخبر بين أن يعجل الثمن ويأخذ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فياًخذ، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حاله ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لان الشفيح إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة، والسلعه ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخيير. (فصل) وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقصا يساوى ألفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه لانه قدر المحاباة فان اختار

الشفيع أن يأخذ النصف بالالف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة لان الشفيع أخذه بالف وان لم يأخذه الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع ليفرق الصفقة عليه وان باع من أجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ففيه خمسة أوجه أحدها أن البيع يصح في نصف الشقص بالالف، وللشفيع أن يأخذه ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن، لان المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح، ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع

[312]

الثمن، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن. والثاني أن البيع يصح في نصفه بالالف لانا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالالف حصلت الوصية للوارث وإن دفعنا إليه النصف بالالف وتركنا النصف على المشتري ألزمتنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم المشتري فلم يبق إلا الفسخ بالنصف، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة، والثالث أن البيع باطل لان المحاباة تعلق بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه، والرابع أنه يصح البيع وتسقط الشفعة، لان اثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقطت الشفعة وبقي البيع، والخامس وهو الصحيح أنه يصح البيع في الجميع بالالف، ويأخذ الشفيع الجميع بالالف، لان المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له (الشرح) قال الشافعي: وان علم يعني بالبيع فطالب مكانه فهي له، وإن أمكنه فلم يطلب بطلت شفته قال الماوردي في الحاوي: اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالآخذ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين اما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم، فان لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وان تناول به الزمان كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم، وأما إذا علم بالبيع فله حالتان احدهما: أن يكون قادرا على الطلب. والحال الثانية: أن يكون معذورا، فان كان قادرا على الطلب فله ثلاثة أحوال إحداها: أن يبادر إلى الطلب، فهو على حقه من الشفعة، ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الآخذ بها لانها ثبتت بنصر واجمال وانما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب: انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجز، وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك متراخص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك. لانه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير، فان سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم به يوما أو يومين وأكثره ثلاثا، فان جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة وان أخره عن المدة التي أنظره الحاكم بها بطلت شفته.

[313]

والحال الثانية: من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة، والعفو على ضربين صريح وتعريض، فالصريح أن يقول: قد عفوت عن الشفعة أو تركتها أو نزلت عنها: فهذا مبطل لشفعته، والتعريض أن يساوم المشتري في الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساميه، فهل

يكون التعريض بهذه الالفاظ كصریح العفو في إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نص عليهما في القديم (أحدهما) أنها كالصریح في إبطال الشفعة (والثاني) إنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به في الخطبة بين حكم التعريض والصریح. فأما قوله للمشتري " بارك الله لك في صفقتك " فليس بعفو صریح ولا تعريض لان وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته، وهكذا لو شهد للمشتري في ابتياعه لم يكن عفوا صریحا ولا تعريضا، لان الشهادة وثيقة في البيع الذي بتمامه يستحق الشفعة. وجعل أبو حنيفة هذين الامرین عفوا صریحا والحال الثالثة بعد علمه بالبيع وتمكنه من الاخذ أن يمسك عن الطلب. ففيه ثلاثة أقاويل: (أحدها) وهو قوله في الجديد والاملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بتقضى زمان المكنة وان حق طلبها على الفور (والثاني) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة، فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه، وان مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعي في كتاب السير قال وهذا استحسان وليس بأصل. (والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة، وبه قال في القديم. (قلت) فإذا قيل بالاول (الفور) وبه قال أبو حنيفة، فإن أخذها فهي له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه، وإذا قيل بالثاني بتقديره بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعه لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الاخذ والترك والاختيار والمشتري في حسن المشاركة ليقر، أو في سوء المشاركة ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه، ولا يضر المشتري

[314]

بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة في رواية ابن وهب، وبأربعة أشهر في رواية غيره. دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " الشفعة كمنشيطه عقال، فان أخذها فهي له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه (فرع) تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكا لحديث جابر لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه " وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم الحديث. وقال أحمد لا شفعة لمسلم على كافر وتصح من الذمي للذمي، وهو مروى عن الحسن والشعبي أخذ من حديث لا شفعة لنصراني " وهو حديث لم يصح إسنادا ودليلنا عموم الحديث وقواعد البياعات لانها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب (فرع) قال الشافعي: وان اشتراها بثمن إلى أجل قيل للشفيع: ان شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة، وان شئت فدع حتى يحل الاجل، وصورتها في رجل اشترى شقصا بثمن مؤجل وحضر الشفيع مطالبا ففيه قولان (أحدهما) وهو قوله في القديم وبه قال مالك: إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلا في ذمته إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أقام ضمينا ثقة. قال الشافعي: وهذا أشبه بصلاح الناس. ووجه هذا القول شيان (أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته والاجل وصفاته، فاقضى أن يأخذها بمثل الثمن وأجله. (والثاني) أن تعجيل المؤجل زيادة في القدر تتفاضل الاثمان به وليس للمشتري أن يشتريه. وتأخير الشفيع دفع له عن حقه، وليس للمشتري دفع الشفيع والقول الثاني وبه قال في الجديد، وهو قول أبي حنيفة أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل، ويقال له: أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الاجل فتدفع

التمن وتأخذ الشقص. ووجه هذا القول شيان (ا) إن أخذ الشفعة باستحقاق والاجل يدخل في عقود

[315]

المراضاة ولا يدخل في الاستحقاق ما لم يكن مرضاة (ب) إن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حل دين الميت لان رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه فإذا تقرر توجيه القولين فللمشتري والشفيع أربعة أحوال (أحدها) أن يعجل الشفيع التمن فيجبر المشتري على تسليم الشقص على القولين معا، لانه قد تعجل مؤجلا وأمن خطرا. والحال الثانية أن يرضى المشتري تسليم الشقص وتأجيل التمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معا، لانه قد يتعجل منافع الشقص حتى لا يستضر بتعجيل التمن، فإن لم يفعل وانتظر لاخذه بحلول الاجل بطلت شفعته على قوله في القديم، وفي بطلانها على الجديد وجهان. أحدهما وهو قول ابى العباس بن سريج أنه على شفعته إلى حلول الاجل، لان تأجيل التمن قد جعل حق الطلب مقدرًا به. والوجه الثاني وهو الاصح: أن شفعته قد بطلت لان طلبه قدر بمدة الاجل رفقا بالمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع. والحال الثالثة: أن يدعو المشتري إلى تعجيل الشئ وتسليم الشقص، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معا، لان تعجيل المؤجل استزادة في التمن والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه، فلو قال المشتري: أنا أحطه من التمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لامرين: (أحدهما) أنه مفض إلى الربا (والثاني) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله والحال الرابعة: أن يطالب الشفيع بالشقص معجلا، ويؤخر التمن إلى حلول الاجل فهي مسألة القولين، فعلى قوله في القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمه ثقة، فعلى هذا لو مات المشتري حل ما عليه من التمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقيا إلى أجله، ولو مات الشفيع حل ما عليه من التمن وللمشتري أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله، ولو كان المشتري قد دفع التمن رهنا لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهنا، لان الرهن وثيقة في التمن، وليس في جملة التمن وعلى قوله في الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الاجل والمشتري يمكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك، لان تعلق حق

[316]

الشفيع به لا يزيل ملك المشتري عنه فلا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والاتلاف وليس البيع استهلاكًا لانه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء فلو مات المشتري حل ما عليه من التمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الاجل، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الاجل لانه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الاول (فرع) لو باع الرجل في مرض موته شقصا بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف حاباه في ثمنه بألفين فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال: أحدها أن يكونا أجنبيين من البائع، والثانية أن يكون المشتري وارثا والشفيع أجنبيا، والثالثة أن يكون المشتري أجنبيا والشفيع

وارثا. فأما الحال الاولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا، فإن كان يملك مالا تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف درهم وللشفيق أن يأخذه منه بالالف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخضا كان أو غالبا، وإن كان البائع لا يملك غير الشقص فللمشتري الخيار في أن يأخذ عن الشقص بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحاباة، وهي ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمته ألف مع ألف حصلت لهم ثمنا فيصير مثلى المحاباة بالالف ثم للشفيق أن يأخذ بالالف ثلثي الشقص الصائر للمشتري بالالف. أما الحال الثانية: وهو أن يكون المشتري وارثا والشفيق أجنبيا فالمحاباة باطلة. وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوarith والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده، فإن أخذ مثله بالالف فللشفيق أخذ الثلث منه بالالف، وإن رده المشتري عرض على الشفيق قبل رده، فإن رضى أن يأخذ ثلث الشقص بألف كان أحق وبطل رد المشتري لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيق فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيق برده، كالمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضى الشفيق، ويكون عهدة الشفيق على المشتري، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالالف جاز. وفيما يأخذ الشفيق قولان مبنيان على اختلاف قولين في إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء؟

[317]

(أحدهما) أنه امضاء فعلى هذا للشفيق أن يأخذ الشقص كله بالالف (والثاني) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالالف ويخلص للمشتري ثلثاه لأنها عطية له خالصة. وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشتري أجنبيا والشفيق وارثا، فالمحاباة وهي ألفا درهم ثلاثة أحوال: حال يحتمل الثلث جميعها، وحال لا يحتمل شيئا منها، وحال يحتمل الثلث بعضها، فإن لم يحتمل الثلث شيئا منها لاحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالالف أو رده، فإن أخذه كان الشفيق أحق به، وإن كان وارثا لأنه لا محاباة فيه. وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال تخرج الالفان من ثلثه فالمحاباة بثلثي الشقص. وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص. وفيها أربعة أوجه حكاه ابن سريج: (أحدها) أنها جائزة للمشتري والشفيق لأن المشتري مقصود بها فصحت له، والشفيق داخل عليه فوجبت له. فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم وللشفيق أخذ هذين الثلثين بالالف ويرجع الثلث على الورثة مع الالف الصائر إليهم ثمنها والوجه الثاني: أن المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيق، لأن المشتري ممن تصح محاباته - وهو بها مقصود - والشفيق ممن لا تصح محاباته، وهو بها غير مقصود. فعلى هذا يأخذ المشتري ثلث الشقص بألف، وللشفيق أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث، فيصير الشقص أثلاثا: ثلثه للورثة، لأن الثلث لا يحتمل، وثلثه للمشتري لأنها محاباة له، وثلثه للشفيق بعد رد المحاباة التي لا تصح له. والوجه الثالث: أن المحاباة باطلة للمشتري وللشفيق جميعا، لأنها قد تفضى إلى الشفيق الذي لا يملكها وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها، فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالالف، وللشفيق أن يأخذه منه بالالف ويرجع الثلثان على الورثة.

والوجه الرابع أن المحاباة موقوفه مراعاة فإن عفى الشفيع عن شفيعته صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفيعته، لأنها ليست محاباة من المشتري ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن اشترى الشقص بعرض فإن كان له مثل كالحبوب والادهان أخذه بمثله، لأنه من ذوات الامثال، فأخذ به كالدراهم والدنانير وإن لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة وإن اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيباً ورده أخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص فيه وجهان أحدهما لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده والثاني يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجح المشتري على الشفيع وإن كانت قيمة العبد أكثر رجح الشفيع على المشتري لأنه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وإن وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالارش نظرت فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سليماً لم يرجع عليه بالارش لأن الارش دخل في القيمة وإن أخذ قيمته معيباً فهل يرجع بالارش فيه وجهان أحدهما لا يرجع لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد. والثاني يرجع بالارش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع. (فصل) وإن جعل الشقص أجرة في إجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة فإن جعل صداقاً في نكاح أو بدلاً في خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد وإن جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر. (فصل) والشفيع بالخيار بين الاخذ والترك لأنه حق ثبت له لدفع الضرر

عنه فخير بين أخذه وتركه وفي خياره أربعة أقوال قولان نص عليهما في القديم أحدهما له على التراخي لا يسقط إلا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله بعني أو قاسمني وما أشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار في القصاص والثاني أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليحبره على الاخذ أو العفو لانا لو قلنا أنه على الفور أضربنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الاخذ أو أخذه والحظ في الترك فيندم وإن قلنا أنه على التراخي إلى أن يسقط أضربنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعى في عمارته خوفاً من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر. والثالث نص عليه في سير حرمله أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستصبر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستصبر به المشتري فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام ولا على المشتري لأنه قريب. والرابع نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو

الصحيح لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها وروى أنه قال الشفعة كمنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها. فعلى هذا إن أصر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وإن أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو إغلاق باب فهو على شفيعته لأنه ترك الطلب لعذر وإن قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفيعه وإن قال برك الله في صفقة يمينك أنا مطالب بالشفيعه لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفيعه لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أوصلته إلى الاخذ بالشفيعه وإن قال صالحني عن الشفيعه على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض. عنه كخيار الشرط وفي شفيعته وجهان أحدهما تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر والثاني لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض

[320]

فبقى على شفيعته فإن أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان أحدهما تسقط لأنه ترك الاخذ الذي يملك به من غير عذر والثاني لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمه فإذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقى الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن في الذمه ووزن فيه ما لا يملك. (الشرح) قال الشافعي وللشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع، وهذا كما قال: وإنما أخذه بالثمن لرواية بعضهم ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم نصاً، ولأنه يدخل مدخل المشتري فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذه المشتري، ولأن عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة، إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري، وفي ذلك ضرر على الشفيع لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن، وإما أن يأخذه بالقيمة فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري وقد يكون أكثر من الثمن فيستضر الشفيع، وإذا بطلت هذه الاحوال فثبت أخذه بالثمن. فإذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالثمن فلا يخلو أن يكون الثمن مما له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير أو مما لا مثل له كالحيوان والعروض، فإن كان مما له مثل أخذه بمثله جنساً وصفة وقدرًا، وإن كان مما لا مثل له أخذه الشفيع بقيمته في أقل الاحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع، لأنه إن زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد، وإن نقص فالنقصان مضمون على المشتري فخرج من العقد. فلو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشتري إلى البائع فوجدها البائع زيوفاً فهو بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها، فإن رضى بها فللشفيع أن يأخذ الشقص بألف درهم جيداً، أو لو كان الثمن حيواناً فاعور الحيوان في يد المشتري فللبائع الخيار بين فسخ البيع في الحيوان وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن رضى بالعور أخذه الشفيع بقيمة الحيوان أعور. وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً كما يأخذه بمثل الالف جيداً، لأنه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأً في الثمن وهذا خطأ، لأن رضاه بعيبه رضا منه بأنه هو الثمن بعينه والفرق بين الحيوان والالف أن عور الحيوان لما أحدث له خياراً في فسخ البيع صار الحيوان

[321]

الاعور ثمنا وزيافة الدراهم لا تحدث له خيارا في فسخ البيع، وإذا استحق أخذ بدلها فصار الجيد ثمنا له. (فرع) إذا اشترى شقصا من دار بمائة دينار ثم وجد به عيبا نقصه عشر الثمن فصالحه البائع عن العيب على شئ كمذباغ صغير أو كبش ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين دينارا لأن المشتري قد استرجع العشر أرشاً، فإن استحق المذباغ أو الكبش من يد المشتري أو ردها بخيار شرط أو عيب نظر، فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرش العيب فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن ولا مطالبة بينه وبين الشفيع، وإن امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع لم يجبر على بذل الارش، وقيل للشفيع: إن دفعت إلى المشتري عشرة لتتم المائة التي دفعها ثمنا جمعت لك الشفعة، وإن امتنعت لم تجبر على دفعها ولزمك رد الشقص على المشتري واسترجاع التسعين التي دفعتها، فإذا عاد الشقص إلى المشتري كان بالخيار بين أن يأخذه معيباً بالمائة كلها وبين أن يرده، فإن رضى بأخذه بالمائة فلا شفيع للشفيع إن عاد يريدها لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها فلو أن الشفيع أنكر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري كان القول قول الشفيع مع يمينه على العلم دون البت ولا يصدقان في الأزداد عليه، فإن نكل الشفيع حلف المشتري دون البائع لأنه هو المتروك لنقص العيب، فإن حلف كان الشفيع مخبراً بين دفع العشرة تكملة المائة أو الرد. (فرع) وقال الشافعي: فإن تزوجها على شقص فهو للشفيع بقيمته وهذا كما قال: إذا تزوجها على شقص أصدقها وجب فيه الشفعة وهكذا لو خالها عليه، وقال أبو حنيفة لا شفيع فيه استدلالاً بأمرين. أحدهما: أنه مملوك بغير مال فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث. والثاني: أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبهة عقد، وليس بين الشفيع وبينهما ما يوجب تقويم بضعها.

[322]

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم: الشفعة فيما لم يقسم، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع، ولأنه معنى وضع لرفع الضرر عن المالك فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب، ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاستحقاق ولأن كل عضو استحق فيه إقباض الشقص معاوضة، استحق به إقباضه بشفعة كالبيع، ولأن كل قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق كالقبض الأول وبيانه أن في البيع قبضين، قبض المشتري من البائع وقبض الشفيع من الزوجة وأما الجواب عن قوله: إنه مملوك بغير مال فهو أن البضع في حكم الأموال لأمرين. أحدهما: أنه يعاوض عليه بمال في الصداق والخلع، وما لم يكن في حكم الأموال فلا يجوز أن يعاوض عليه بمال. والثاني: أنه معتبر في اغتصابه بالمال وما لم يكن مالا لم يقوم في استهلاكه بالمال، ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم تجب فيه الشفعة، والصداق مملوك ببدل فوجب فيه الشفعة. وأما الجواب عن قوله: إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبهة عقد فهو أنه غير مسلم لأن المغتصبه مقومة البضع عندنا على غاصبها والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها، فصار بضعها مقوماً في غير عقد وشبهته في حق غيرها فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها. فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلع فمذهب الشافعي أنه مأخوذ بمهر المثل. وقال مالك وابن أبي ليلى يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل، وحكى نحوه عن الشافعي في القديم لأن المهر قد يزداد فيها وينقص فخالفت البيوع، وهذا فاسد من وجهين،

أحدهما: وجود هذا المعنى في الاثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها، ثم لم يمتنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن، كذلك لا يمتنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع، والثاني: أن ما لا مثل له من الاعراض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب، كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص والله اعلم.

[323]

(فرع) مضى كلامنا في الخيار للشفيع بين الاخذ والترك والمدة التي يجوز له فيها الرد، ونزيد البحث فنقول: إذا قيل بأن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعه لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الاخذ والترك والاختيار والمشتري في حسن المشاركة ليقر أو في سوء المشاركة ليصرف. وقلنا إنه لو روعي فيه الفور ضاق على الشفيع، ولو جعل على التأيد أضر بالمشتري فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستنصر المشتري بتأخيره فكان أولى الامور تقديرها بثلاثة أيام لامرين: أحدهما: أن الثلاث حد في الشرع لمدة الخيار. والثاني أنها أقصى حد القله وأدنى حد الكثرة. ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثا، فقال: تمتعوا في داركم ثلاثة أيام، ذلك وعد غير مكذوب، وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا، فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة الايام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها، ولقوله من زمان الملكة ثلاثة أيام يتمكن جميعها من المطالبة، فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخي فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم " فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤديه " فكان على عموم الاوقات، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشتري في حصول المنفعة وتملك الاجرة، فعلى هذا الذي يسقط حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل. (أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعويض، وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه، لان الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالديون. والثاني: أن شفيعته تسقط بأحد أمرين: إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا. والقول الثالث: أن شفيعته تسقط بأحد ثلاثه. أحدها العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض أو بأن يتحاكم المشتري إلى القاضي فيلزمه الاخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة، لان القاضي مندوب إلى فصل الخصومات

[324]

فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشترط فيه خيار الثلاث، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم: أحدهما له خيار المجلس لانه يوافق عقد البيع. والثاني لا خيار له لانه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مرضاة. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفيعته، لانه ترك بعذر، وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول القاضي أبي حامد أنه تسقط شفيعته لانه ترك

الطلب مع القدرة فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك (والثاني) وهو قول أبي على الطبري أنه لا تسقط، لان التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لانه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لانه ترك للضرر، وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان (أحدهما) تسقط شفعته لان الترك قد يكون للزهة وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة، فإذا لم يفعل سقطت شفعته (والثاني) لا تسقط لان عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة (فصل) وإن قال أخرجت الطلب لاني لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته لانه أخبره من يثبت بقوله الحقوق، وان أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط لانه ليس بينة (والثاني) تسقط لانه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الاخبار فوجب تصديقهم فيه (فصل) فإن قال المشتري اشترت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لانه عفا عن الشفعة لعذر، وهو انه لا يرضاه بمائه

[325]

أو ليس معه مائة. وإن قال اشترت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لان من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة، وإن قال اشترت نصفه بمائة فعفا ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته لانه لم يرض بترك الجميع، وإن قال اشترت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة. لان من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة. وإن قال اشترت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الاخر فهو على شفعته لانه يجوز أن يكون عفا لاعواز أحد النقدين عنده أو لحاجته إليه. وإن قال اشترت الشقص فعفا ثم بان أنه كان وكيلاً فيه. وإنما المشتري غيره، فهو على شفعته لانه قد يرضى مشاركة الوكيل، ولا يرضى مشاركة الموكل. (فصل) وإن وجبت له الشفعة فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته، لانه ليس له ملك يستحق به، وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان (أحدهما) تسقط لانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه (والثاني) لا تسقط لانه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده. (فصل) ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض، لان في ذلك اضراراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته لانه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص. وان اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الاخر ففيه وجهان، أحدهما لا يجوز، وهو الاظهر لما فيه من الاضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه. (والثاني) يجوز لان الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الاخر، فان كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الاخر، لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الاخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين

(فصل) وإن كان للشقص شفعاء نظرت فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان (أحدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس، وهو قول المزني، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع، فإذا اجتمعوا تساوا كما لو تساوا في الملك (والثاني) أنه يقسم بينهم على قدر الانصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسم عند الاشتراك على قدر الاملاك كأجرة الدكان وثمره البستان، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقي جميعه. لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم، لأن ذلك عفو وليس بهبة. وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر قاسمه، وإن حضر الثالث قاسمهما، لانا بينا أنه لا يجوز التبعيض، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده، بأن كان نخلا فأثمرت، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار، لأن الثمار حديث في ملك الحاضر فاخص بها. وإن قال الحاضر: أنا أخذ بقدر مالي لم يجر، وهل تسقط شفيعته فيه وجهان أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه. والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعد، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه. والترك للعذر لا يسقط الشفيعه، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمنا كثيرا فترك ثم بان بخلافه (فصل) وإن كان المشتري شريكا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجر للأخر أن يأخذ الجميع - كما لو كان المشتري أجنبيا - وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع، لانا لو قلنا انه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفيعه، والانسان لا يأخذ بالشفيعه من نفسه، والمذهب الاول، لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفيعه، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع، ويبقى الباقي على ملكه (فصل) وإن ورث رجلان من أبيهما دارا ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففي الشفيعه قولان. أحدهما أن الشفيعه بين الاخ والعلم وهو الصحيح لانهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفيعه كما لو ملكاه بسبب واحد

(والثاني) أنها للاخ دون العم لأن الاخ أقرب إليه في الشركة لانهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الاخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان. أحدهما. يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الاخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الاخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالاول لان حقه أسبق فإذا عفا ولى الاول قتل بالثاني: والوجه الثاني أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفيعه وقت الوجوب فلم يستحق بعده. وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين، وعفا شريكاه عن الشفيعه، ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فعلى القولين (أحدهما) أن الشفيعه للمشتري الآخر لانهما ملكاه بسبب واحد، والشريكان الاخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين (والثاني) أنها بين الجميع لأن الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفيعه، وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الاختين نصيبها ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين. أحدهما: أن الشفيعه للاخت لانها ملكت مع

الاخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر. والثاني: أن الشفعة بين البنات والاخت لان الجميع شركاء في الملك: ومنهم من قال: إن الشفعة بين البنات والاخت قولاً واحداً، لان الجميع ملكن الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضاً. (الشرح) قال الشافعي: فان علم وأخر الطلب فان كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفته والا فلا شفعة له، ولا يقطعها طول غيبة، وانما يقطعها أن يعلم فيتركه، وهذا كما قال: إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذورا بترك الطلب اما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال. أحدها: أن يقدر على الترك، فان وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفته، لان من ثبت له حق فله الخيار

[328]

في استيفائه بنفسه أو بوكيله، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجبا وشرطا في بقاء شفته أم لا؟ على ثلاثة أوجه. أحدها وهو قول أبي حامد المرورودي في جامعه: إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادرا به على الطلب. والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري في إقصاحه: إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض، لان بذل العوض التزام غرم. والوجه الثالث وهو قول بعض المتأخرين: إن وجد متطوعا بالوكاله وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر، وإن لم يجد إلا مستجلا - والمستجلا طالب الجعالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن، فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفته إن لم يوكل، وان قيل: انها غير واجبة كان على شفته. والحال الثانيه: أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الاشهاد بالطلب، فعند أبي حنيفة أن الاشهاد شرط في استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وانه متى لم يشهد مع مكنته من الاشهاد بطلت الشفعة، وعند الشافعي أن الاشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب، لان الاشهاد انما يراد ليكون بينة له على ارادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب، فأما وجوب الاشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان. أحدهما وهو ظاهر نص الشافعي أن الاشهاد ليس بواجب، وهو على شفته ان ترك كالقادر على الطلب. والقول الثاني: أن الاشهاد واجب، وتركه مبطل للشفعة، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من القادر عليه يغنى عن الاخبار بمراده، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون امسأكه تركا للشفعة، ويحتمل أن يكون قصدا للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفي الاحتمال في الاخبار عن مراده بالاشهاد فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهدا وامرأتين، فإن أشهد شاهدا واحدا ليحلف معه لم يجز لان من الحكام

[329]

من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقا لنفسه بالاشهاد، ولو أشهد عبدا أو صبيانا أو فساقا لم يجزه. وقال أبو حنيفة: يخرجهم به اشهادهم لانه قد يعتق العبيد ويرشد الفساق ويبلغ الصبيان وهذا خطأ،

لان مقصود الشهادة هو الاداء، فلم ينفع اشهاد من لا يصح منه الاداء، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم، فلو يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الاشهاد في ثبوت الشفعة. والحال الثالثة: أن يعجز عن التوكيل والاشهاد فهو على حقه من الشفعة، وأن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب، فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود في الناقب والمسير من غير ارهاق ولا استعجال كان على شفעתه، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفעתه، قال الماوردي: فإن اختلفا فقال المشتري تأخرت مع القدرة عليه، وقال الشفيع: تأخرت للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قال ممكنا ويكون على شفעתه ولم يقبل قول المشتري في ابطالها، وهكذا لو قال المشتري: قدمت بغير المطالبة، وقال الشفيع: قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه، وهو على شفעתه. (فرع) وهكذا لو قال المشتري: تقدم علمك على زمان الطلب، وقال الشفيع لم أعلم الا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه، فأما ما يصير به عالما بالبينة العادلة، وكل جهر طرقت سمعه صوته ووقع في نفسه، ولو من امرأة أو عبد أو كافر لان ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفاسق إذا وقع في النفس أن المخبر صادق. وقال أبو حنيفة لا يصير عالما الا بالبينة العادلة لان الحق لا يثبت الا بها فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففي بطلانها وجهان مخرجان من اختلاف قولين في الامة إذا اعتقت تحت عبد فأمسك عن الفسخ لجهله باستحقاقه. (فرع) إذا باع بمصر شقصا من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع

[330]

القدرة عليه ليأتي دمشق فيطالبه بها بطلت شفעתه لان قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر. ولكن لو أنكر المشتري بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة في دمشق كان على شفעתه إذا لم يجد بينة بدمشق قال الماوردي واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين: أحدهما أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك، وبه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل والوجه الثاني: أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليد، وبه قال أبو يوسف، لانها حجة في الملك، لكن يحلف الشفيع مع بينته أنه مالك، ثم يحكم له بالشفعة. وإذا عرض الشفيع قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث. فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لانه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه. فإذا صالح الشفيع المشتري على مال يأخذه منه عوضا على تركه الشفعة لم يجز وكان صلحا باطلا وعوضا مردودا، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحققه من دين أو شرط. وفي بطلان شفעתه بذلك وجهان (أحدهما) أنها قد بطلت لانه تارك لها. والوجه الثاني: أنها لم تبطل لان الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك. وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو، وفيه وجهان. أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة في الكل، لان العفو لما لم يكمل بطل، وبه قال أبو يوسف والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تعليقا لما ظهر من حكم التسليم، وبه قال محمد بن الحسن (فرع) إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الاخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد

أمرين، إما أن يبيعهما قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها، فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له، لان المعنى الموجب لها من سوء

[331]

المشاركة والخوف من مئونة القسمة قد ارتفع بالبيع وزوال المالك، فعلى هذا لو باع بعض حصته ففي بطلان شفيعته وجهان مخرجان من العاقبة عن بعض شفيعته. أحدهما: أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره. فأما إن كان يبيعه لخصته قبل العلم بشفيعته ففي بطلان الشفعة وجهان. أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج إن شفيعته قد بطلت لانه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافع. والثاني حكاة أبو حامد الاسفرايينى أنه على شفيعته لانه قد ملكها، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها. والوجه الاول أصح فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان ان الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لانه قد يعفو عن الدراهم لاعوازها معه، وهكذا لو قيل له إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفيعته. وقال أبو يوسف: إن كان قيمة الالف مائة دينار فصاعدا فلا شفعة له، وان كانت قيمته أقل فله الشفعة، وقد خطأ أصحابنا هذا. وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعي: إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن، فان حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن، فان حضر الثالث أخذ منهما الثلث بثلث الثمن حتى يكونوا في ذلك سواء. وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبه لشركائه الثلاثة، فان كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا، وللطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفيعته وليس له أن يبيع ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة فإذا كانوا جميعا غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو، فإذا ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفيعته لم تسمع دعواه، لان للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى، ولكن لو ادعى شريكاً على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشتري عليه بالعفو لما فيها من شفعة عن مطالبته ولو ادعى المشتري على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلانهم لانهم لو نكلوا

[332]

ردت اليمين عليه وسقط حقه من الشفعة، فان حلف أحد الثلاثة ونكل إثنان منهم لم ترد إيمانها على المشتري بنكولهما، لان عفو بعض الشفعاء مما يوجب الترك على المشتري وبأخذه من لم يبعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة في الكل الا أن يحلف أن شريكه قد عفوا، فإذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته. وقال الشافعي: إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما، وهذا كما قال: إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر إثنان فأخذ الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته لان في الشقص حقا لشريكهما الغائب مع السهم الذي لم يقدم ملك، فان اقتسماه كانت القسمة باطلة، فلو

حضر فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء، فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالاولى ويعفو عن الثانية، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الاولى. فان أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالاولى ثلث الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانية نصف الباقي وهو ثلث الشقص، لانه أخذ شفعتين ففضل له ثلث الشقص بالشفعتين وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الاولى صح البيع في الجميع وأخذ نصف الشقص كله لانه أخذ شفعتين. وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الاولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لانه أخذ ثلث الشفعة، فان أحب أن يأخذه بشفעתه الثانية صح البيع في الكل وكان له أخذ الجميع بها لانه شفعيع واحد. وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفעתه الاولى وبطل فيه البيع وضح في ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك وأخذهما بشفעתه الثانية (فرع) قال الشافعي: ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواء، لانهما فيها شريكان.

[333]

قال المرزبي: هذا أصح من أحد قوليه: إن أخاه أحق بنصيبه. قال المرزبي: وفي تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الاخ. وصورتها في دار بين رجلين، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقي من الاخوين المالكين سهمان ولكل واحد من ابن الميت سهم واحد، باع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبي فالشفعة مستحقة فيه، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم. فيه قولان أحدهما: وهو أحد قوليه في القديم: ان الاخ أحق بشفعة أخيه من العم لامرين: أحدهما أنهما اشتركا في سبب ملكه، وتميز العم عنهما بسببه فكان الاخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده (بسببه)؟ (والثاني) أن ملك الاخوين كان مجتمعا في حياة الاب وقد جرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الاب. ألا ترى لو ظهر على الاب دين تعلق بالسهمين معا ولم يتعلق بسهم العم. والقول الثاني قاله في الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الاخ والعم لامرين: (أحدهما) أنه لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق كالمختلفى الاسباب (والثاني) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشارك في شفעתه، فاقضى أن يشاركهما بشفعته. فإذا تقرر توجيه القولين، فان قيل بأن الاخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم، فان عفا الاخ عنها احتمل استحقاق العم لها وجهين. (أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها والوجه الثاني: يستحقها لخلطته، وإنما قدم الاخ عليه لامتزاج سببه، وان قيل إنها بينهما نصفين بالسوية، وبه قال أبو حنيفة لامرين: أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقضى أن يتساوى الشريكان فيهما.

وإن تفاضلا في المال اعتبارا بأعداد الرؤوس لا بقدر الاملاك كالعبد المشترك يملك أحد الثلاثة نصفه والثاني ثلثه والثالث سدسه فإذا أعتق صاحبا النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة. والثاني: أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الاقل كاستضرار صاحب الاكثر فوجب أن يساوى صاحب الاقل منهما صاحب الاكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم، خمسة منها للعم منها أربعة بتقديم ملكه وسهم بشفعته، وثلاثة أسهم للاخ منها سهمان بتقديم ملكه وسهم بشفعته. والقول الثاني قاله في الجديد - وهو الصحيح - أنها بينهما على قدر مالهما اعتبارا بالاملاك، وبه قال مالك لامرين. أحدهما: أن منافع الملك يتوزع على قدره كالارباح في التجارة والنتاج في الحيوان. والثاني: أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤونة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة، وهذا يقل ويكثر لقله الملك وكثرته فوجب أن ينقسم على الاملاك دون الملاك. وأما سوء الم ؟ اركة فظلم يمكن رفعه بالسلطان، وفي هذا انفصال، فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثا. فأما المزني فإنه اختار من القولين الاولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالا بما ذكرنا من العتق قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت، فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لان حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الاخذ فملك الفسخ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن

يفسخ ويأخذ بالعقد الاول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني، لانه شفيع بالعقدين، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما، وإن قايل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الاقالة والرد بالعيب، ويأخذه لان حقه سابق ولا يمكن الاخذ مع الاقالة والرد بالعيب، فملك الفسخ، وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع، لان البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن، الذي حلف عليه، فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقى حق الشفيع، وإن اشترى شقصا بعد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان. أحدهما: يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد، والثاني أن البائع أولى لان في تقديم الشفيع اضرازا بالبائع في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان. (أحدهما) يقدم الزوج على الشفيع لان حق الزوج أقوى لانه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج (الثاني) يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق. (الشرح) الاحكام: على المنصوص من حق الشفيع يقدم الملك أن يفسخ تصرف المشتري في الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كان وقفه أو وهبه أو رهنه أو أجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد

قيام حقه في الشفعة لانه لا يملك الاخذ للشقص ما دام تصرفه نافذا فلا مناص من الفسخ. أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين، فإما أن يأخذ بالثمن الذي بذله المشتري أو بالثمن الذي أخذه أو بمهر المثل بما هو الاخط له. فإذا تباع الرجلان شقصا فعفا الشفيع عن شفيعته فلا شفعة فيه بالاقالة لانها رفع للعقد وليست استيفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقايلا كان للشفيع إبطال الاقاله لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع فلو كان مشتري

[336]

الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع إبطال الوقف وأخذ الشقص بالشفعه وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة، ولو أجره أخذه ثم له الخيار في إمضاء الاجارة وفسخها، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن، فإن أمضاها الشفيع فالاجرة للمشتري دون الشفيع لانه عقدها في ملكه، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيرا بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشتري الاول. وفي الصداق خلاف بين الفقهاء فقد قال مالك وابن أبي ليلى: يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل، وحكى نحوه عن الشافعي في القديم لان المهور قد يزداد فيها وينقص فخالفت البيوع وهذا فاسد من وجهين. (أحدهما) وجود هذا المعنى في الاثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك من أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن، كذلك لا يمنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع (والثاني) أن ما لا مثل له من الاعراض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذي لا مثل له فإنه يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بازاء مهر المثل أو كان زائدا عليه أو ناقصا عنه حتى لو كان مهر المثل دينارا وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما. (فرع) قال الشافعي: فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال: إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصا من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده، فان كان بعد الدخول فلا رجوع له بشئ منه، وان كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى " وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال. (أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة شفيعته فللزوجة أن يرجع عليها بنصف قيمة الشقص في أقل أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن أقبض، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة

[337]

والحال الثانية: أن يكون الشفيع قد عفا عن شفيعته فيه فللزوجة أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق لانه ملك بغير بدل. والحال الثالثة: أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه

وجهان " أحدهما " أن الزوج أحق من الشفيع لان حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان طنيا، والقطعي يرد الطني، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيرا في أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل. والوجه الثاني وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لامرين: (ا) لان الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل (ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع اسبق، فعلى هذا يعرض على الشفيع فان أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته، وإن تركه رجع الزوج بنصفه، وقد زعم بعض الاصحاب أن تخرج هذين الوجهين في اختلافهم في نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك، فان قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان اشترى شقصا وكان الشفيع غائبا فقاوم وكيله في القسمة أو رفع الامر إلى الحاكم فقاومه وعرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنا كثيرا فقاومه ثم عرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الاخذ فان اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لانه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الارض لانه غير متعدد، وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائما ومقلوعا، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار، ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

[338]

(فصل) وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فان كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلا، فان الشفيع يأخذه مع زيادته لان ما لا يتميز يتبع الاصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب، وإن كانت متميزة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لان الثمرة الظاهرة لا تتبع الاصل كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان. قال في القديم: تتبع الاصل كما تتبع في البيع. وقال في الجديد لا تتبعه لانه استحقاق بغير تراض، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لانه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الاصل (فصل) إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الاخذ من غير حكم الحاكم لان الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يأخذ منه لانه استحق فملك الاخذ، كما لو كان في يد المشتري. والثاني لا يجوز أن يأخذ منه، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه، لان الاخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة، لانه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة، وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط. (فصل) ويملك الشفيع الشقص بالاخذ لانه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالاخذ كتملك المباحات، ولا يثبت فيه خيار الشرط، لان الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار، وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان (أحدهما) يثبت لانه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثاني) لا يثبت لانه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب. (فصل) وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرده لانه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع، وإن خرج مستحقا رجع بالعهد على المشتري لانه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهد عليه كما لو اشتراه منه

(الشرح) قال الشافعي: ولو قاسم وبنى قيل للشفيع: إن شئت فخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لانه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه قال المزني: هذا غلط، وكيف لا يكون متعديا وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولو لا أن للشفيع فيه شركا ما كان شفيعا. وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصا من دار وقاسم عليه ثم بنى في حصته وحضر الشفيع مطالبا لشفيعته قال الشافعي: قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء قائما، ولا يجبر المشتري على قلعه لانه بناء غير متعد، وهكذا عمارة الارض للزرع. قال المزني: هذا غلط من الشافعي لان القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفيعته وصحت القسمة، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة. وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط، لانه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه. (أحدها) أن يكون الشفيع غائبا وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيفا فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لانه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفيعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء. والوجه الثاني: أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة فيأبى المشتري التحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة الا لمولى عليه، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمة الحاكم عنه، والمشتري غير متعد في البناء. والوجه الثالث: أن يذكر المشتري للشفيع ثمنا موفورا فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشتري، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشتري فالقسمة صحيحة والشفعة واجبة والمشتري غير متعد بينائه، لانه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه، فصار كرجل ابتاع دارا بثمن قد داسه بعيب ثم بنى ووجد البائع العيب في الثمن فعليه إذا رد المعيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائما لانه بناء غير متعد في فعله، وان دلس كاذبا في قوله

والوجه الرابع أن ينكر المشتري الشراء ويدعى الهبة فيكون القول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه في الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبنى وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعديا بالبناء مع جوده الشراء لانه تعدى في القول دون الفعل والوجه الخامس: أن يكون الشفيع طفلا أو مجنونا فيمسك الولي عن طلب الشفعة ويقاسم المشتري، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة، ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلا للقسمة، ولا مقاسمته مبطلا للشفعة. فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة وبطل اعتراض المزني بها لم يجبر المشتري على قلع بنائه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء. وقال أبو حنيفة: يجبر المشتري على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالا بأن

حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب. وهذا خطأ لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص، ألا تراه يملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليه، ومن بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبا لتعديه ونقض بنائه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته، ولأن الشفعة موضوعه لازالة الضرر فلم يجر أن تزال بضرر. وفى أخذ المشتري بهدم بنائه ضرر. فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدى الغاصب بتصرفه في غير ملكه، وليس المشتري متعديا لتصرفه في ملكه (فرع) قال الشافعي: ولو كان الشقص في النخل فزادت كان له أخذها زائدة. أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام " أحدها " أن تباع مفردة عن الارض فلا شفعة فيها. وكذلك سائر الاشجار كالابنية التى إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة، لأنها مما ينتقل عن الارض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع. والقسم الثاني أن تباع النخل مع الارض فتجب فيها الشفعة تبعا للارض بخلاف الزرع، لأنه لا يتبع الارض في البيع ولا يتبعها في الزرع، والفرق بينهما أن إقرار الزرع في الارض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام.

[341]

وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعا للارض. والقسم الثالث أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الارض ففى وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين: " أحدهما " فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت " والوجه الثاني " أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعا لها، فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعا فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقصا من أرض ذات نخل وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفيع لعيبه أو عذر لا تبطل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين: إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلا، والغرس إذا استغلط واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته، لأن ما لا يتميز من الزيادة تبعا لأصله، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الاخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهى ملك المشتري، لأن ما كان مؤبرا من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففى استحقاق الشفيع لها قولان: أحدهما: يستحقها لانصالها كما يدخل في البيع تبعا. وهذا قوله في الجديد، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مرضاة فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعا للقدرة على استثنائها بالعقد، والشفعة استحقاق ملك بغير مرضاة فلم يملك بها الا ما تناوله العقد، وهكذا الحكم في كل ما استحق بغير مرضاة كالشفعة والتفليس، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة، هل يكون ما لم يؤبر من الثمار فيها تبعا لأصلها على ما ذكرنا من القولين (فرع) أما قوله: إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الاخذ الخ، فقد مضى قولنا ما حصله إن كان الشفيع قادرا على الطلب فله ثلاثة أحوال: (أ) أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الاخذ بها، لأنها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع وبالاجماع، ولم يشذ الا الاصم، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الثمن يوما أو يومين.

(ب) خياره في التمسك بالشفعة والعفو عنها والعفو على ضربين صريح وتعريض، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو في بعض التعريض القوي لشبهه بالتصريح (ج) زمان الممكنة، وقد أوضحنا كل هذه الاحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى. (فرع) قال الشافعي: وإذا اشترى شقصا على أنها بالخيار جميعا فلا شفعة حتى يسلم البائع، وإن كان الخيار للمشتري دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اه. قلت: إن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام: 1- خيار عقد 2- خيار شرط 3- خيار رؤية 4- خيار عيب فالاول هو خيار المجلس فلا تستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام، وسواء قيل: إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لان ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما، ولان البائع لما لم يلزمه عقد المشتري فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة. وبماذا يصير الشفيع مالكا على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله في اقتضاء الملك. 1- أن يكون مالكا لها بنفس العقد 2- أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذي يقول فيه لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق. 3- أن ملك الشفعة كان موقوفا على اتمام العقد وامضائه فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد، وهذا يدل على الذي يقول فيه: ان الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الاخذ خيار المجلس أم لا؟ على وجهين لاصحابنا أحدهما: أن له خيار المجلس لانه يملك بمعاوضة كالبيع. والوجه الثاني وهو أصح: أنه لا خيار له لان الشفعة موضوعه لرفع الضرر بها

كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خيارا وليس كالبيع الموضوع للمعانيه وطلب الارباح. وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال: 1- أن يكون خيار الثلاث مشروطا للبائع والمشتري. ب - أن يكون مشروطا للبائع دون المشتري. ج - أن يكون مشروطا للمشتري دون البائع، فإن كان الخيار مشروطا للبائع والمشتري أو للبائع دون المشتري فلا حق للشفيع في أخذه بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار لما ذكرنا في خيار المجلس، فإذا تم البيع بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الاخذ بالشفعة، وبماذا يصير مالكا لها؟ على ما مضى من الاقوال الثلاثة، وان كان الخيار مشروطا للمشتري دون البائع فقد روى المزني ههنا أن للشفيع أخذه بالشفعة، ورواه الربيع أيضا، قال الربيع: وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع في أخذه الا بعد نقض مدة الخيار، فإن قيل: أنه لا ينتقل الا بالعقد وانقضاء مدة الخيار لان الشفيع يملك عن المشتري فامتنع أن يملك ما لم يملكه المشتري، وان قيل: ان الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان. 1- أن فيه الشفعة لان علقه البائع عنه منقطعه وخيار المشتري فيه كخياره في الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الاخذ وهي رواية المزني. 2- أنه لا شفعة فيه الا بانقضاء مدة الخيار لان المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذي قد يحصل له من جهة الشفيع، وهي رواية الربيع. وأما خيار الرؤيه فهو حال غياب العين المبيعة وفي صحة البيع به قولان ويتفرع عليهما خلاف في صحة الشفعة،

وأما خيار العيب فإما أن يكون في الشقص أو في الثمن فالاول خياره للمشتري وللشفيع أن يأخذه منه بعيه وبمنعه من رده، لان رد المشتري بالعيب لاستدراك العيب وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذي دفعة، فلو صالح المشتري البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقي بعد اسقاط الارش، ان قيل بجواز أخذ الارش صلحا مع بقاء

[344]

العين في أحد الوجهين، وإن قيل لا يجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن، وأما العيب في الثمن ففي آخر الباب والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن مات الشفيع قبل العفو والاخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لانه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان. أحدهما: يسقط لانهما شفعة واحدة، فإذا عفا عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص، والثاني لا يسقط لانه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين. (فصل) إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة، وقال الآخر: بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لانه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة، فإن نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة، وفي الثمن ثلاثة أوجه. أحدها: أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك، فاما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجما إلى المولى فادعى المولى أنه معصوب. والثاني: أنه يترك الثمن في يد المدعى لانه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له. والثالث: يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لانهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك. (فصل) وان ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده، وأنه يستحق على ذلك بالشفعة، فالقول قول كل واحد منهما، لما ذكرناه، فان

[345]

سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه. ثم يدعى الحالف على الآخر فإن حلف استقر أيضا ملكه. وإن نكل الاول ردت اليمين على المدعى فإذا حلف استحق، وإن أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه، لانه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة (الشرح) الاحكام: سبق الكلام في ميراث الشفعة في فصل مضى، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع، ثم يكون بين جميع من ملك ميراث الحصة، وفيها قولان (أحدهما) أنها بينهم على عدد رؤوسهم، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزني عن الشافعي. (والثاني) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريتهم للزوجة الثمن وللابن الباقي وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق

من لم يعف، وكان لمن بقى من الورثة - ولو كان واحدا - أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقى، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته، وبستوى فيها الوارث بنسب وسبب، وهى بينهم على قدر موارثهم للزوجه الثمن والباقي للابن قولا واحدا، لانهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر موارثهم، ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي أن امرأته وابنه في ذلك سواء، يعنى في استحقاقها لجميع الورثة، لا يختصر بها بعضهم دون بعض. قال الماوردي: كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزني أحد القولين. فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالبا قضى له بجميع الشفعة، والقول الثاني وهو أصح أنه لا يرجع على من بقى، لان جميعهم شفيع واحد. وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالبا لم يقض له بشئ حتى يجتمعوا، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه

[346]

شفعة من بقى على وجهين " أحدهما " وهو قول أبى على بن أبى هريرة: إنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لانها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفيعته سقط جميعها. والثاني وبه قال أبو حامد الاسفراييني: إن من لم يعف على شفيعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفيعته، لان الواحد قد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها، وليس كذلك أحد الورثة لانه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه، ولان العافي عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسرى عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختارا للعفو فلم يسر عفو غيره في حقه. (فرع) إذا ادعى على شريكه: أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شفيعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال: بل ورثته من أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد بن الحسن: تثبت. ويقال له: إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص، ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه، فإن أقر لزمه. وإن أنكر وقال: إنما اتهمته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة، فإن حلف برئ وإن نكل وقضى عليه. وإن قال لا تستحق على الشفعة، فالقول قوله مع يمينه، ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار. وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليه، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه 1 - يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه، كما لو أقر له بدار فأنكرها. 2 - أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري. ومتى ادعاه دفع إليه

[347]

3 - يقال له: اما أن تقيضه واما أن تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتب فادعى أنه حرام، اختار هذا القاضي، وهذا مغارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به، وهذا لا يطالب الشفيع بشئ، فلا ينبغي ان يكلف ابراءه مما لا يدعيه. والوجه الاول أولى، وبهذا قال الحنابلة (فرع) إذا كانت دار بين رجلين، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالوا: ملكناها دفعة واحدة، فلا شفعة لاحدهما على الآخر، لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعد وان قال كل واحد منهما ملكى سابق ولاحدهما بينة بما ادعاه قضى له، وان كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا، وان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وان لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه منكر، فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه، لان خصمه قد استحق ملكه، وان حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان اختلفا في الثمن فقال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشفيع فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة (فصل) وان ادعى الشفيع أن الثمن ألف، وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري، لان ما يدعيه ممكن، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسى، فإذا حلف لم يستحق الشفيعا لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه

[348]

وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه لا أعلم القدر، والمذهب الاول، لان ما يدعيه ممكن، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى، ويخالف إذا ادعى عليه ألفا، فقال لا أعرف القدر، لان هناك لم يجب عن الدعوى. وههنا أجاب عن استحقاق الشفيعه، وإنما ادعى الجهل بالثمن (فصل) وإن قال المشتري: الثمن ألف. وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل، فهل له أن يحلف المشتري ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم، لان اليمين لا يجب بالشك (والثاني) له أن يحلفه لان المال لا يملك بمجرد الدعوى، وإن قال المشتري الثمن ألف، وقال الشفيع لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الالف، فالقول قول المشتري، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن، لانه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم (فصل) وإن اشترى الشفيع بعرض وتلف العرض (واختلغا) ؟ في قيمته، فالقول قول المشتري، لان الشفيع ملك له فلا ينتزع بقول المدعى (فصل) وإن أقر المشتري أنه اشترى الشفيع بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الالف، لان المشتري أقر بأنه يستحق الشفيعه بألف فلا يقبل رجوعه في حقه فان كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشتري الالفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الالف، لانه كذب البينة بإقراره السابق (الشرح) قال الشافعي: وان اختلف فالثمن فالقول قول المشتري

مع يمينه، وهذا كما قال: إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن فادعى المشتري أن الثمن ألف. وقال الشفيع خمسمائة ولا بينه لواحد منهما فالقول قول المشتري مع يمينه لامرين:

[349]

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره (والثاني) أنه مالك للشفيع فلم ينتزع منه إلا بقوله، فإن حلف المشتري على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به، وإن نكل المشتري ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف أخذه بما قال. فإن قيل: فهذا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان. قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما في الشقص. والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشفيع بما ادعى، فكان القول قول المشتري لتفرده بالانكار، فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها: والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد وبمين، فإن أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين، فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه. ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقول الشافعي: فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهوم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه من الثمن، فعند أبي حنيفة ومحمد ابن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها. وعند أبي يوسف أن بينة المشتري أولى، لأن فيها زيادة علم، ويخرج في مذهب الشافعي على قولين من تعارض البينتين. 1 - اسقاطهما بالتعارض. ويكون القول قول المشتري مع يمينه 2 - الاقراع بينهما فمن قرعت بينته كان أولى، وهل يحلف معها أم لا؟ على قولين من اختلاف قولين في القرعة، هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبينة. فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالالف عند يمين المشتري ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة ولا خيار للشفيع، لأنه لما رضى الشقص بالالف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه ثم قامت البينة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيرا بين أن يأخذه بالالف أو يرده

[350]

ولو ادعى المشتري أن الثمن سبارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكورد) المسجل للصوت، فإن كانت قيمته ألفا لم يتراجعا بشئ، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه. وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشتري ولا خيار له. فلو قال المشتري ان الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الالف فله إحلاف المشتري، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشتري أم لا؟ على وجهين: 1 - لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله، لأن اليمين لا يجب بالشك. 2 - يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول. (فرع) ولو قال المشتري لا

أعلم قدر الثمن لنسيان حدث. قيل للشفيع: أتعلم قدره أم لا؟ فان قال لا أعلم قدره فلا شفعة له، وله إخلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن، وإنما يطلب لانها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعا من استحقاقها بمجهول. فان قال الشفيع أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم. وقال المشتري: قد نسيت قدر الثمن، قيل للمشتري: أفنصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فان قال نعم، أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين. وإن أكذبه قال الشافعي حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفيعته. واختلف أصحابنا في ذلك. فكان أبو حامد المرورودي وأبو حامد الاسفراييني يجعلان هذا القول مذهبا له في هذه المسألة، وببطلان يمين المشتري الشفيعه تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به.

[351]

وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفا إلى المسألة الاولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع دون المشتري، ويحكم له بالشفعة، وهذا هو الصحيح لان نسيان المشتري كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع. قال الشافعي: وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه، وهذا إنما أراد به ما ادعى، فانه قال: إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديثا حلف الشفيع وحكم له بالشفعة، وإن كان الشراء قديما حلف المشتري وبطلت الشفيعه ورفض الماوردي هذا الفرق وقال: هذا قول مردول وفرق معلول. فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع: بعته بألف، وقال المشتري: اشتريته بخمسمائة فانهما يتحالفان، فإذا حلفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرنا في البيوع. أحدهما: أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه. والثاني: أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ، فعلى هذا لا يخلو حال المثلث من أحد أمرين إما أن يكون معيناً أو غير معين، فان كان المثلث معيناً كقول البائع بعتك شقصى بهذه السيارة فيقول المشتري: اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل فإذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالسيارة التي ادعاها البائع ثمناً لم يعرض على الشفيع لان عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع، وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه، وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشتري بخمسمائة، عرض الشقص على المشتري والشفيع بالالف ليأخذه أو يرداه لانه قد حصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشتري، فلذلك عرض عليها، وإذا كان كذلك فللشفيع والمشتري أربعة أحوال. ا - أن يرضيا جميعا به فيلزم المشتري الالف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالالف. ب - أن يرداه جميعا بالالف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة.

[352]

ج - أن يرضاه المشتري بالالف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشتري بالالف وتبطل شفعة الشفيع. د - أن يرضى به الشفيع بالالف ويرده المشتري فيكون رد المشتري باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع، ويصير البيع لازماً للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ

الشقص فيه بالالف، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشتري ورجع عليه بالثمن لان عهده عليه، وللمشتري حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يسلمه، لانه أقر بالملك للغائب، ثم ادعى انتقاله بالشراء، فلم يقبل قوله (والثاني) يسلم إليه لانه في يده فقبل قوله فيه. (فصل) وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن، وصدقه الشريك وأنكر الرجل، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك، لان الشفعة تثبت بالشراء ولم تثبت بالشراء، فلم تثبت الشفعة للشريك، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله، لانه أقر للشفيع بالشفعة، وللمشتري بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر، وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري. فيه وجهان. أحدهما: ليس له ذلك لانه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري. والثاني: له أن يخاصمه لانه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع، فإن قلنا لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهده عليه لانه منه أخذ، واليه دفع الثمن.

[353]

وإن قلنا: يخاصمه، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهد عليه، وإن نكل فحلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري، ورجع بالعهد عليه لانه منه أخذ، واليه دفع الثمن، وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن، وأنكر المشتري، فمن قال لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه، ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال لا تثبت لانه يأخذ الشقص من غير عوض، وهذا لا يجوز، ومنهم من قال: تثبت، لان البائع أقر له بحق الشفعة وفي الثمن الاوجه الثلاثة التي ذكرناها، فيمن ادعى الشفيع على شريكه وحلف بعد نكول الشريك، والله أعلم. (الشرح) قال الشافعي: وعهدة المشتري على البائع وعهدة الشفيع على المشتري، قال الماوردي في الحاوي: أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه من الوفاء بموجبه قال تعالى " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم " وقال الفيومي في المصباح: العهد الوصية يقال: عهد إليه يعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالأمر قدمته وفي التنزيل " ألم أعهد اليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان " والعهد الامان والموثق والذمه، ومنه قيل للحربي يدخل بالامان ذو عهد. ومعاهد أيضا بالبناء للفاعل والمفعول، لان الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه - إلى أن قال - وقولهم: عهده عليه من ذلك لان المشتري يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لانه يرجع إليها عند الالتباس اهـ. ونعود إلى قول الشافعي فنقول: لقد سمي ضمان الدرك عهدة ثم سمي كتاب الشراء (الفاطورة) عهدة، واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشتري؟ فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع. وقال ابن أبي ليلى: عهدة الشفيع على البائع، وقال أبو حنيفة: ان كان الشفيع

قد قبضه من المشتري فعهده على المشتري، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهده على البائع. فأما ابن أبي ليلى فاستدل بأن البائع أصل والمشتري فرع، فكان الرجوع على البائع أولى من المشتري، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل. قال: ولأن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء إلى الشفيع، ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل، كذلك في استحقاق الشفيع. وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري، بدليل أنه لو تركه لكان مقرا على ملك المشتري، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري، وتحريره قياسا أن انتقال الملك بالعوض ممن يظهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبيع، ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقا على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقا على المشتري دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسا: (أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع قياسا على الرد بالعيب (والثاني) أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق وبالعصب قياسا على المشتري لو كان بائعا فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى بأن البائع أصل والمشتري فرع فمنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع، ثم نقول إن المشتري وإن كان فرعا للبائع فإنه أصل للشفيع. وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين: (أ) إن الشفيع لما كان مخيرا بين أخذه من المشتري وبين تركه عليه صار مالكا

عنه لا عن البائع، ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل. (ب) إنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع، ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل. وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين: (أ) أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض. (ب) أنه بالعقد ملك الشفعة، وفي رفعه إبطال الشفعة. (فرع) فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري في الاخذ بالثمن، ولا يجوز شراء ما لم يقبض، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض. فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه، فإن كان المشتري غائبا وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه. (والثاني) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري، لأن الشفيع

بأخذه جبرا بحق، وإن كره المشتري فجاز، وإن كان قبل قبضه، كما يجوز
الفسخ والاقالة قبل القبض وببرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لانه
يأخذها بحق توجه على المشتري، وبالوجه الاول قال أبو إسحاق المروزي.
(فرع) قال المزني: ولو أن البائع قال قد بعث من فلان شقصا بالف درهم
وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع، فإن الشفيع يدفع
الالف إلى البائع ويأخذ الشقص. وصورتها في رجل ادعى بيع شقصه على
رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقا للبائع ومطالبا
بالشفعة، فهذا على ضربين (أ) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على
المشتري (ب) أن يكون مقرا بقبضه، فان كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء
الثمن

[356]

حكم عليه للشفيع بالشفعة لانه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم
عليه باقراره وإن ردت دعواه. وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه
على الانكار وجهان: 1 - أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشتري 2 -
أن يكون مقرا بقبضه، فان كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن حكم عليه
للشفيع بالشفعة لانه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم عليه
باقراره وإن ردت دعواه. وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على
الانكار وجهان: 1 - قول أبي علي بن أبي هريرة: ليس له إحلافه، لان قصده
حصول الثمن وقد حصل له، وسواء حصل له من مشتري أو شفيع، ولانه لا
يؤمن ان أحلف أن يحكم بفسخ البيع، وفيه إبطال لحق الشفيع 2 - له
إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره، ولما فيه من البغية لوصول الملك
إلى مستحقه، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع، فإذا قضى للشفيع بالشفعة
لزمه دفع الثمن إلى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون
المشتري، لانه لما لم يلزمه الشراء مع انكاره لم تلزمه عهده. هذا ولم
يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الاوجه وأحكامها، وسأفرد ما
قيده فيها في كتاب مستقل ان شاء الله تعالى. والله أعلم بالصواب.

[357]

كتاب القراض القراض جاز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله
وعبيد الله ابني عمر ابن الخطاب رضى الله عنهم خرجا في جيش إلى
العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب
بهما وسهل وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى
ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما
فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبعان في المدينة وتوفران رأس
المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه، فقالا وددنا، ففعل فكتب إلى
عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر أكل الجيش قد
أسلف كما أسلفكما؟ فقالا لا، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما.
أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير
المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد
الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا، فأخذ
رأس المال ونصف ربحه. وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال، ولان

الاثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود الا بالعمل فجاز المعاملة عليها
بعض النماء الخارج منها كالنخل في المساقاة (فصل) وينعقد بلفظ
القراض لانه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز ولفظ المضاربة لانه
موضوع له في لغة أهل العراق وبما يؤدي معناه لان المقصود هو المعنى
فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك (فصل) ولا يصح إلا على الاثمان
وهي الدراهم والدنانير، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك
والفلوس، فلا يصح القراض عليها لان المقصود بالقراض رد رأس المال
والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الاثمان لم يحصل المقصود لانه
ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله ان
كان له مثل، وفي رد قيمته ان لم يكن له مثل. وفي هذا إضرار بالعامل،
وربما نقصت قيمته فيصرف جزءا يسيرا من الكسب في رد مثله أو رد
قيمته، ثم يشارك رب المال في الباقي، وفي هذا إضرار برب المال، لان

[358]

العامل يشاركه في أكثر رأس المال. وهذا لا يوجد في الاثمان لانها لا تقوم
بغيرها، ولا يجوز على المغشوش من الاثمان لانه تزيد قيمته وتنقص
كالعروض (فصل) ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر، فإن قارضه
على دراهم جزاف لم يصح، لان مقتضى القراض رد رأس المال، وهذا لا
يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره، فان دفع إليه كيسين في كل واحد منهما
ألف درهم فقال قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان
(أحدهما) يصح لانهما متساويان (والثاني) لا يصح لانه لم يبين مال القراض
من مال الوديعة، وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز لانه
معلوم، وان قارضه على ألف درهم هي له عنده مغصوبة ففيه وجهان "
أحدهما " يصح كالوديعة " والثاني " لا يصح لانه مقبوض عنده قبض ضمان،
فلا يصير مقبوضا قبض أمانة (الشرح) قال ابن بطال: القراض مشتق من
القرض وهو القطع، كانه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح. وقيل
اشتقاقه من المساواة، يقال: تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما
صاحبه في المدح، وتقارضا الثناء. وقال الصنعاني في سبل السلام:
القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب من الربح. وهذه تسميته
في لغة أهل الحجاز، وتسمى مضاربة، مأخوذة من الضرب في الارض لما
كان الربح يحصل في الغالب بالسفر أو من الضرب في المال وهو
التصرف. اه وقال الرافعي: ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لان العامل
يختص بالضرب في الارض، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي
تكون من واحد، مثل عاقبت اللص. وقال ابن قدامة في المعنى من كتب
الحنابلة: وهذه المضاربة تسمى قراضا أيضا، ومعناها أن يدفع رجل ماله
إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما
يشترطانه، فأهل العراق يسمونه مضاربة، مأخوذة من الضرب في الارض.
اه وقد جمع النووي بين الاسمين في المنهاج فقال: القراض والمضاربة
أن يدفع

[359]

إليه مالا ليتجر فيه والريح مشترك. قال السبكي. قد يشاح النووي في قوله: أن يدفع. ويقال القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع. قال الشريبي في شرح المنهاج: وأركانه خمسة: مال وعمل وريح وصيغه وعاقدان. وقال الرشيدى في حاشيته على شرح شمس الدين الرملي للمنهاج في عطف البشارح: المقارضة على القرض، أي إن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة. وهذا الصنيع ظاهر في أن دفع المال على الوجه الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضا ومضاربة، وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما. لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما في المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى قال ابن المنذر: وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة. وقال الصنعانى لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الاسلام وقال ابن حزم: كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة جاشا القراض فما وجدنا له أصلا في السنة لكنه إجماع صحيح، ويقطع بأنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره. (قلت) ولسنا نخالف ابن حزم الا في أن أمرا مجمعا عليه من الامة منذ عهد نبينا صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحا بالاخبار، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعث الشقه ما بلغ غيره، وإن كانت هذه الاخبار المرفوعة يعتربها بعض الوهن من ناحية الاسناد فانها مؤيدة بأخرى صحيحة موقوفة على الصحابة، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجودا في عهدنا صلى الله عليه وسلم، وإنما يدل بمنطوقه على وجوده، فيكون استقراؤه من الاجماع على وجوده ينقصه ما روينا عن الصحابة من صحيح الاخبار فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل والمقارضة وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع " أورده ابن حجر في بلوغ المرام وضعف اسناده. وأما الموقوف فما رواه الدار قطني ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة أن لا تجعل مالى في كيد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل، فان فعلت شيئا من ذلك فقد

[360]

ضمنت مالى. وقال مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الريح بينهما، وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر خرجا في جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعا، وقدما به إلى المدينة، فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر أخذ رأس المال والريح كله فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فلم لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال: قد جعلته، وأخذ منهما نصف الربح، وقد ساقها المصنف بأوفى من هذا. وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطنا، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا. قال الماوردى في الحاوى: والأصل في إحلال القراض وإباحته قوله تعالى " ليس عليكم جناح أن تبتعوا فضلا من ربكم " وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث " دعوا الناس يزرق الله بعضهم من بعض " على جوازها وقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبدا لها يقال له ميسرة، وروى ابن أبى الجارود حبيب بن يسار عن ابن عباس قال: كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا

يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كيد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، قال الماوردي: فرغ ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه. وقد اختلف أصحابنا في وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه: (أحدها) قول الجليس: لو جعلته قراضا، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساد لرده، فلم يكن ما فعله معهما قراضا لا صحيحا ولا فاسدا، ولكن استطاب طهارة انفسهما بما أخذ من ربحهما لاستراتته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لانهما ابنا أمير المؤمنين، الامر الذي ينفر منه الامام العادل وتأباه طبيعة الاسلام. (والثاني) أن عمر أجرى عليهما في الربح حكم القراض الفاسد لانهما عملا

[361]

على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملهما عليه، فأخذ منهما جميع الربح، وعروضهما على العمل بأجرة المثل وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي. (والثالث) أن عمر أجرى عليهما أجرا في الربح حكم القراض الصحيح، وإن لم يتقدم منهما عقد، لانه كان من الامور العامة ما يتسع حكمه عن العقود الخاصة، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه، جعل ذلك عقد قراض صحيح، وهذا ذكره أبو علي بن أبي هريرة، فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معا دليلا، ثم الحديث الذي ساقه المصنف من مساقاة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول، لان المساقاة عمل في محل استوجب به شطر ثمرها فاقضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى. وقد ذهب الماوردي إلى أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة. قوله: النقار وهو مذاق الفضة وقيل الذوب هي تبر، والسبائك جمع سبيكة القطعة المستطيلة من الذهب. والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل من المال، ويسمى في الشام قرشا وفي العراق فلسا، وفي مصر والسودان مليما، وفي الحجاز ونجد هلة، وفي اليمن بقشة، وفي المغرب والجزائر بيزا أو بسيطة، وفي اليونان دراخما، وفي اليابان ين، وفي انجلترا وأمريكا بنس، والفرق بين الفلوس قديما وحديثا أوضحناها في كتابنا تاريخ النقود الاسلامية. فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لانه عقد معونة وإرفاق، فانه عقد اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه، ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدرهم والدنانير. قال الشافعي: ولا يجوز القراض إلا في الدراهم والدنانير التي هي أثمان الاشياء وقيمتها، وحكى عن طاوس والاوزاعي وابن أبي ليلى جواز القراض بالعروض لانها كالدراهم والدنانير، ولان كل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض

[362]

كالبيع، وهذا خطأ لان القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين، أما رد رأس المال فلان من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها. وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لانه إن زاد خيره العامل بالربح فاخص به رب المال،

وان نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ولأن كل مال يوجب القراض منع من أن يتعد عليه القراض كالمنافع. فاما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح فجاز بكل مال، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه، فإنه بالنقار والسيانك لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة، وكذلك بالفضة المعشوشة، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اعتباراً بحكم الاغلب، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجر به القراض فإذا خالطها لم يجر به القراض، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مقارضته كالكثير الغش. فإن قيل: فمن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلاً للجهل بما تعاقدا عليه، وإن علما قدره وجهلاً صفته بطل القراض، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر في بطلان العقد، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى، فإن علما كل نوع منها صح العقد، وإن جهلاه بطل. فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الالفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجر للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار، كما لو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترليني ومبلغاً من العملة الأخرى ولكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة محلية وأخرى في أسواقها الرسمية أو الدولية، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلاً

[363]

ولو دفع إليه بكيسين في كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الالفين قراضاً والأخرى وديعة ففيه وجهان. (أحدهما) يجوز ويكون قراضاً صحيحاً لأنه معقود على ألف دينار معلومة لتساوي الالفين. (والثاني) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة، ولكن لو دفع إليه ألفاً وألفاً على أن له من ربح أحد الالفين النصف ومن ربح الآخر الثلث، فإن عين الالف التي شرط له نصف ربحها من الالف التي شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين، وإن لم يعين لم يجر للجهل بمال كل واحد من العقدين. وإذا كانت لرجل في يد رجل ألف درهم وديعه فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجر، ولو قال له: قد قارضتك على ألف من ديني التي على فلان فاقتضى منه قراضاً لم يجر لأنه قراض على ملك غائب، فإن قبضها وأنجز بها صح القبض لأنه وكل فيه، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه، لحدوثها عن ملكه في قراض فاسد، ولو كان له على العامل دين فقال له: قد جعلت ألفاً من ديني عليك قراضاً في بدل لم يجر تعليلاً بأنه قراض على مال غائب، وفيما حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد في جامعته تخريجاً. (أحدهما) أنه لرب المال وعليه، كالحادث عن مقارضة من دين على غيره، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به. (والقول الثاني) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لأنه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مشترياً لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن في كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران

على من له المال. (فرع) فأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين. أحدهما: أن

[364]

يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً، فيكون على ما ذكرنا والثاني أن تكون باقية فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة (والثاني) أن تقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها، ففي القراض وجهان (أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه. (والثاني) وهو الصحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه. وفي براءته بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه: 1 - براءته من ضمانها لأنه قد صار مؤتمناً عليها 2 - لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ العاصب من ضمان ما ارتهن 3 - أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه، وإن تصرف فيها بدفعها في ثمن ما ابتاعه بها برئ من ضمانها إن عاقدها بأعيانها، ولم يبرأ إن عاقدها في ذمته لأنها في التعيين مدفوعة إلى مستحقها بأذن مالكة، فصار كردها عليه، وفيما تعلق بدمته يكون ميرثاً لنفسه. فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بتمنه لم يجز لعنتين (أ) جهالة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل (ب) عقده بالصفة، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الأذن فيه، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثها عن ملكه، وللعامل أجره مثله في عمل القراض دون القرض، لأنه لم يجعل له في بيع القرض جعلاً، وإنما جعل له في عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض. ولو قال خذ من وكيلي ألف درهم فصارب بها لم يجز لعله واحدة، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه. فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصيد وعليه أجره الشبكة، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة لمالكها وعليه أجر المثل للصيد. أو أن المصيد للصيد وعليه أجر الشبكة، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصيد والمالك مراعاة

[365]

قياساً على المزارعة. والفرق بين صيد الصيد ونتاج الماشية أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عالفها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة في رأي الماوردي وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيدا في رأي السبكي وعلى صاحبها أجر مثله، وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه لمالك السفينة أجره المثل، وهذه الأصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه، وهى السمات الظاهرة المشرفة المشرفة في مجتمع مسلم يقوم على الإسلام. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم، فإن قارضه على جزء منهم لم يصح، لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر، وإن قارضه على جزء مقدر

كالنصف والثالث جاز، لان القراض كالمساقاة، وقد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع، وإن قارضه على درهم معلوم لم يصح، لانه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل، وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال. وإن قال قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانه مجهول، لان هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل (والثانى) يصح لانه سوى بينهما في الاضافة فحمل على التساوى، كما لو قال: هذه الدار لزيد وعمرو. وإن قال قارضتك على أن لى نصف الربح ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويكون الربح بينهما نصفين، لان الربح بينهما، فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل (والثانى) لا يصح وهو الصحيح، لان الربح كله لرب المال بالملك، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم بشرط له شيئاً فبطل وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح، لانه لم يبين ما لرب المال (والثانى) يصح، وهو الصحيح، لان ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط، لانه يملكه بملك المال، وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل،

[366]

فإذا شرط للعامل النصف بقى الباقي على ملك رب المال، فعلى هذا لو قال قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكت عن السدس صح، ويكون النصف له، لان الجميع له إلا ما شرطه للعامل، وقد شرط له النصف، فكان الباقي له. (فصل) وإن قال: قارضتك على أن الربح كله لى أو كله لك بطل القراض لان موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل، وإن دفع إليه ألفاً وقال: تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه، لان اللفظ مشترك بين القراض والقرض، وقد قرن به حكم القرض، فانعقد القرض به كلفظ التملك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً، وإن قال: تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة، لان اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التملك. (فصل) ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لانه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما في الكيسين لانه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما فى عبد يشتره فان شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد لانه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر (الشرح) حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمر ولفظه " أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من تمر أو زرع " ورواه الشيخان بلفظ " أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفون عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم: نقركم بها على ذلك ما شئنا " وللبخاري " أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها " ولمسلم وأبى داود والنسائي " دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها " ورواه أحمد عن عمر بلفظ

" أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا " ورواه البخاري بمعناه، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ " أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف " ورواه البخاري عن أبي هريرة بلفظ " قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم: اقسام بيننا وبين إخواننا - المهاجرين - النخل، قال: لا، فقالوا: تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة، فقالوا سمعنا وأطعنا ". أما الاحكام فقد قال الشافعي: ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقى سهمها ويشترط أن يوليه سلعة، أو على أن يرتفق أحدهما بشئ دون صاحبه، وهذا صحيح، فقد ظهر ان عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل في الربح ولا يختص به أحدهما دون الآخر، لان المال والعمل متقابلان، فرأس المال في مقابلة عمل العامل، ولذلك وجب أن يشتركا في الربح، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما، وإذا منعنا من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعنا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقي لصاحبه أو بينهما، فلا يجوز، لانه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شئ مع وجود العمل وحصول الربح، ومثاله في البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مدا يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لانه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد، فيصير البائع أخذا للثمن والثمرة معا ولو شرطا تفاضلا في الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر جاز لانه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح، ومثاله في البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لان ما بقى منها فهو مبيع وغير مبيع. قال الماوردي: ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى ما يرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لانه قد لا يكون في المشتري ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصا بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربعا دون صاحبه، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه

من الثياب مدة بقائها في القراض فيبطل العقد لانه قد لا يكون في أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفردا بالربح لان المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان: 1 - أن يشترط جميع الربح لرب المال 2 - أن يشترط جميع الربح للعامل، فإذا شرطا الاول نظر فيه، فان لم يقل رب المال عند دفعه: انه قراض ولكن قال: خذه فاشتر به وبع ولى جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل في عمله. وإن قال خذه قراضا على أن جميع الربح لى، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال، وفي استحقاق العامل أجرة مثله وجهان (أحدهما) وهو قول المزني إنه لا أجرة له، لانه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله (والثاني) وهو قول ابن سريج إن له أجرة مثله لعمله في قراض فاسد، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل. وأما ان شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضا على أن جميع الربح لك، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم

يحصل له. والضرب الثاني: أن يقول: خذه على أن جميع ربحه لك ولا يصرح في حال الدفع بأنه قراض، ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به، فعلى هذا يكون ضامناً للمال وجميع الربح له. والوجه الثاني: أن يكون قراضاً فاسداً ولا يكون قراضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به. فعلى هذا لا يكون ضامناً للمال، ويكون جميع الربح لرب المال، وللعامل أجره المثل. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والاجارة.

[369]

(فصل) قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً فيبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح، ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأ العامل يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح. وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته. (فصل) ولا يصح إلا على التجارة في جنس يعم كالتياب والطعام والفاكهة في وقتها، فإن عقده على ما لا يعم كالباقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة في سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما لم يتفق ذلك ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلا من رجل بعينه، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود (فصل) وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطي والايجاب والقبول، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك، لأن إطلاق الأذن يحمل على العرف، والعرف في هذه الأشياء أن يتولاه بنفسه، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة في ماله. فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما ينقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه، لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الاجرة لأنه تبرع به. وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب؟ فيه وجهان: (أحدهما) لا يخاصم، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة (والثاني) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة

[370]

(فصل) ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالأذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه، فإن قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشتري الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المعصوب وربح، فإن قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المزني ههنا إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر

بين العاملين نصفين. واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثاني بين العاملين لانهما رضى أن يكون ما رزق الله بينهما، والذي رزق الله تعالى هو النصف، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك. ومن أصحابنا من قال: يرجع العامل الثاني على العامل الاول بنصف أجرة مثله لانه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك، وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزني الربح كله للعامل الاول وللعامل الثاني أجرة المثل فمن أصحابنا من قال هذا غلط لان على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لانه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض. ومنهم من قال الربح للاول كما قال المزني لان العامل الثاني لم يشتر لنفسه وانما اشتراه للاول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له. * * * (الشرح) قال الشافعي: ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد. فإذا عرفت ما قررناه في أول الباب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقا بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه، فلو شرطا مدة يكون القراض فيها لازما بطل. فإذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين: (أحدهما) أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا. (الثاني) أن يشترطا الفسخ في العقد بعدها فهذا على ضربين:

[371]

(أحدهما) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في البيع والشراء فيكون القراض باطلا إذا فاته موجب العقد في بيع ما حصل في القراض من عرض. (والثاني) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في الشراء دون البيع فيكون القراض جائزا، لان له فسخ القراض في الشراء عند مضي المدة فجاز أن يشترطه قبل مضي المدة. ولو قال: خذ هذا المال قراضا ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لان كذلك تكون العقود الجائزة، ولو قال: خذ ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضا فاسدا، لانه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفا على رأى غيرهما. ولو قال: خذ المال قراضا ما أقام العسكر، أو إلى قدوم الحاج نظر، فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلا، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز لما لهما من ذلك. والثاني لا يجوز، لان لجهالة المدة قسما من الغرر وتأثيرا في الفسخ. (فرع) عقد القراض يقتضى تصرف العامل في المال بالبيع والشراء، فإذا قارضه على أن يشتري به نخلا يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجز لانه قيد تصرفه الكامل بالبيع والشراء، ولان القراض مختص بما يكون النماء فيه نتيجة البيع والشراء وهو في النخل نتيجة عن غير بيع وشراء فبطل أن يكون قراضا ولا يكون مساقاة، لانه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشي يحبس رقابها ويطلب نتائجها لم يجز لما ذكرنا، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لان الشراء عن إذن والبيع بغير إذن، وكان الحاصل من الثمار والنتاج ملكا لرب المال لانه نتج عن ملكه، وللعامل أجرة مثله في الشرط والخدمة لانها عمل عاوض عليها، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال: لو أطلق القراض معه جاز له أن يشتري أرضا أو يستأجرها ليزرعها أو يغرستها ويقتسما فضل زرعها وعرسها وهذا فاسد لما بيناه.

وأما القسم الثاني وهو مئونة العمل فمنه ما يجب في مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب في مال القراض. فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال، وأجر الصوامع والمخازن، وما صار معهودا من الرسوم والضرائب والدمغات التي لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهما على شرطهما. وأما ما يلزم العامل ماليا فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضية في الجمارك نتيجة الإهمال في ترك الإسراع لتسلمها وتخليصها، وما يلزمه عمليا فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليات التسويق والبيع وتنفيذ السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك، أما الاعلان عن السلعة في الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون في مال القراض. وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحدهما) ما يختص العامل بالتزامه كماكوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثاني) نفقة سفره، والذي رواه المزني في مختصره أن له النفقة بالمعروف. وقال في جامع الكبير: والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وعمما يشتره فيكتسبه، فروى في مختصره وجامعه وجوب النفقة، وجعلها في جامع معلومة كنفقات الزوجات، وفي مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب، فهذا ما رواه المزني. وروى أبو يعقوب البويطي أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضرا كان أو مسافرا. فاختلف أصحابنا، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزني أنه ليس له النفقة في سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان والقول الثاني لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشئ منه دون رب المال. وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة لا نفقة له قولا واحدا على ما رواه البويطي، وحملوا رواية المزني على نفقة المبتاع دون العامل، وهذا

التأويل مدفوع بما بينه المزني في جامع الكبير بقوله: نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشتره فيكتسبه. (فرع) قال الشافعي: وإذا سافر كان له أن يكتري من المال من يكفيه بعض المئونة في الاعمال التي لا يعملها العامل، وله النفقة بالمعروف اه والكلام في هذه المسألة التي ذكرها المصنف واستدلنا له عليها بقول الشافعي مشتمل على ثلاثة أقسام: 1 - في جواز سفر العامل بمال القراض 2 - في مئونة العمل 3 - في نفقة العامل فأما الأول فلرب المال معه ثلاثة أحوال (أ) أن ينهيه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر إجماعا، فإن أذن له في السفر إلى بلد لم يجر أن يسافر إلى غيره، وإن لم يخص به بلدا جاز أن يسافر به إلى البلدان المأمونة المسالك والامصار التي جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيها، وفي البعد إلى أقصى البلدان، فإن أبعدهم إلى أقصى البلدان ضمن المال (ب) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهيه، فقد اختلف الناس في جواز سفره بالمال، فذهب الشافعي أنه لا يجوز أن يسافر به قريبا ولا بعيدا سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا. وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال إذا رأى، وإن لم يأمره بذلك ما

لم ينهه، وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف: يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكنه الرجوع من قبل الليل، وقال محمد بن الحسن: يجوز له أن يسافر بالمال إلى حيث لا يلزمه إليه مؤونة. ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " إن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله " يعنى على خطر، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل، ولأن كل سفر منع منه الوكيل منع منه العامل، كالسفر البعيد. (فرع) قال الشافعي: فإن قارض العامل بالملك آخر من غير إذن صاحبه فهو ضامن، فإن ربح به صاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما فى

[374]

قال المزني: هذا قوله في القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز. قال المزني: فإن اشترى بعين المال فهو فاسد، وإن اشترى بغير العين جائز والربح للعامل الاول وعليه الضمان، وللعامل الثاني أجرة مثله في قياس قوله. وقال الماوردي: إن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض ما لم يأذن له رب المال به إذنا صحيحا صريحا. وقال أبو حنيفة: إن قال له رب المال عند دفعه له: اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضا إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه. وهذا خطأ لأن قوله: اعمل فيه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره، فكذلك إذا قارض ببعضه، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له في العمل بنفسه ولا يأذن له في مقارضة غيره (والثاني) أن يأذن له في مقارضة غيره فأما القسم الاول فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب. ولمن يكون الربح؟ على قولين: أحدهما وهو القديم أن ربح المغضوب لرب المال، فعلى هذا قال المزني ههنا إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الاول والثاني فاختلف أصحابنا في ذلك، فكان أبو العباس بن سريج يقول: يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال، لأنه ربح مال مغضوب فأشبهه المغضوب من غير مقارضة، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثاني على العامل الاول بأجرة مثله لأنه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه، فلو تلف المال في يد العامل الثاني كان رب المال بالخيار في الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما، لأن الاول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده، فإن أغرم الاول لم يرجع على الثاني بشئ لأنه أمينه فيما غرمه. وإن أغرم الثاني رجع على الاول بما غرمه مع أجرة مثل عمله، ولا يلزم رب المال - وإن

[375]

أخذ جميع الربح - أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لاجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة. وذهب أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا إلى أن ما رواه المزني على هذا القول صحيح، وأن

رب المال ليس له من الربح الا نصفه خلاف المأخوذ غصبا محضا، لا ب رب المال في هذا الموضع دفع المال راضيا بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقي لغيره، فلذلك لم يستحق منه الا النصف. فأما النصف الثاني فقد روى المزني أنه يكون بين العاملين، فاختلف أصحابنا على وجهين. (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق المروزي أن هذا خطأ من المزني في نقله، ويجب أن يكون النصف الباقي من الربح للعامل الاول ولا حق فيه للثاني لفساد عقده، ويرجع على الاول بأجرة مثل عمله، فجعل الربح بين رب المال والعامل الاول، ويجعل للثاني أن يرجع بأجرة مثله على الاول. والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن نقل المزني صحيح ويكون النصف الباقي من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما، لانه لما جرى على العامل الاول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الاول حكم القراض مع العامل الثاني، فهذا حكم قوله الجديد. (والثاني) وهو قوله في الجديد: ان ربح المال المغصوب للغاصب، فعلى هذا لا شئ لرب المال في الربح وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله، لان الاول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده. وقال أبو حنيفة: ان الربح للغاصب دون المغصوب لان كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب، وربح المال المغصوب ناتج عن التقلب والعمل دون المال فاقترضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال، وهذه هي النظرية الحديثة المعاصرة التي تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل وأما الثالث وهو أن يأذن له في مقارضة غيره ولا يأذن له في العمل بنفسه فهو وكيل في عقد القراض مع غيره، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه. ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم

[376]

يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلا لقراضه من ذوى الامانة والخبرة، فإن قارض أمينا غير خبير بالتجارة لم يجز، وإن قارض خبيرا بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان، فإن عدل عن ذلك كان ضامنا. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال فان أذن له في صنف لم يتجر في غيره، لان تصرفه بالاذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه، فإن قال له اتجر في البز جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والابريسم والكتان وما يلبس من الاصواف، لان اسم البز يقع على ذلك كله، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش لانه لا يطلق عليه اسم البز. وهل يجوز أن يتجر في الاكسية البركانية؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه يلبس فأشبهه الثياب (والثاني) لا يجوز لانه لا يطلق عليه اسم البز. ولهذا لا يقال لبائعه بزاز، وإنما يقال له كسائي، ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير، لان الطعام لا يطلق إلا على الحنطة. (فصل) ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال، لان الاذن لم يتناول غير رأس المال، فإن كان رأس المال ألفا فاشترى عبدا بألف، ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقذ الثمن في البيع الاول فالاول للقراض لانه اشتراه بالاذن. وأما الثاني فينظر فيه فان اشتراه بعين الالف فالشراء باطل، لانه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الاول فلم يصح، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لانه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء له (فصل) ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لانه وكيل فلا يتصرف

الا على النظر والاحتياط، وإن اشترى معيبا رأى شراؤه جاز لان المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب، وإن

[377]

اشترى شيئا على أنه سليم فوجده معيبا جاز له الرد، لانه فوض إليه النظر والاجتهاد فملك الرد (فصل) وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد والآخر إلى الامساك فعل ما فيه النظر لان المقصود طلب الحظ لهما، فإذا اختلفا حمل الامر على ما فيه الحظ. (فصل) وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال لان القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان. (أحدهما) لا يلزمها لان المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لان النكاح يفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها (والثاني) يلزمها لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه (فصل) ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لانه مأمور بالنظر والاحتياط، وليس في السفر احتياط، لان فيه تغريبا بالمال، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت، فان اذن له في السفر فقد قال في موضع له أن ينفق من مال القراض، وقال في موضع آخر لا نفقة له، فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحدا لان نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة، وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع وما يحتاج إليه مال القراض. ومنهم من قال فيه قولان: (أحدهما) لا ينفق لما ذكرناه (والثاني) ينفق لان سفره لاجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال. فإن قلنا ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان (أحدهما) جميع ما يحتاج إليه، لان من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته (والثاني) ما يزيد على نفقة الحضر لان النفقة انما لزمته لاجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر (فصل) وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان (أحدهما) أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة لانه لو ملك حصته من الربح لصار شريكا لرب المال حتى إذا هلك شيء كان هالكا من المالكين، فلما لم يجعل التالف من المالكين دل على أنه لم يملك منه شيئا (والثاني) أن العامل يملك حصته من

[378]

الربح لانه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال. (فصل) وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لانه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لانه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لى رأس المال، وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز إجباره لانه يقول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذ، وإن تقاسما جاز لان المنع لحقهما وقد رضيا، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ لانه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال (فصل) وإن اشترى العامل من يعتق عليه فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض لانه لا ضرر فيه على رب المال، فإن ظهر بعد ما اشتراه ربح، فإن قلنا انه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق، وإن قلنا إنه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان

(أحدهما) إنه يعتق منه بقدر حصته لانه ملكه فعتق. (والثانى لا يعتق لان ملكه غير مستقر، لانه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله، وإن اشترى وفى المال ربح، فان قلنا إنه لا يعتق عليه صح الشراء لانه لا ضرر فيه على رب المال، وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه. (الشرح) قد ذكرنا أن القراض خاص وعام، فأما العام فهو أن يطلق تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحا، فهذا جائز على عموم التصرف، وأما الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوح واحد فهو على ثلاثة أضرب: (أحدها) ما يوجد في عموم الاحوال كالحنطة والبر فيجوز، ويكون مقصور التصرف على النوع الذى أذن فيه، فلو أذن له أن يتجر في البر جاز له أن يتجر في صنوف البر كلها وجاز أن يتجر في القطن والكتان والحريير والصوف ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش. وهل يجوز أن يتجر في الثياب والاكسية أم لا؟ على وجهين: (أحدهما) يجوز لانها ملبوسة (والثانى لا يجوز لخروجها عن اسم البر

[379]

فلو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق. وقال محمد بن الحسن: يجوز أن يتجر في الحنطة والدقيق، وعندى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار التاجر فيه جامعا لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجموعة من الاصناف المتشابهة التى يتجر فيها فلو أذن له في البقالة اندرج تحت هذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة. وإذا أذن له في الخردوات (البازار) اندرج تحت هذا الاسم مجموعة من الاصناف كالخيوط والاشرطة والعطور وما أشبه ذلك. وهكذا في كل مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عند ما يسمعه المرء مثلث للذهن أصناف متجره بغير عناء. فإذا أذن له في فتح محل حاتى فلا يفتح مسمطا ولا فوالا ولا طبياخا، وان كانت كلها مأكولات، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذى لا يختلط بغيره وهكذا. فإذا أذن له في أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه، كالياقوت الاحمر والخيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده لانه على غير ثقة من وجوده. فإذا أذن له أن يتجر في ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر في عقد القراض، فان كان في غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل، فان جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فسادها، وان كان ذلك في أوان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية، فان انقطعت ففي القراض وجهان (أحدهما) قد بطل بانقطاعها، وليس له في العام المقبل أن يتجر فيها الا باذن وعقد مستجد. والوجه الثانى: أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه في كل عام أنت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الاول. أما إذا كان انقطاعه في العام قليلا فالقراض على وجهه وحاله.

[380]

(فرع) إذا تقرر أنه لا يشتري إلا في حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسيئة، فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان. (أحدهما) أن يشتري بالنساء في مال القراض فيكون الشراء باطلاً. (والثاني) أن يشتري بالنساء في ذمته فيكون الشراء لازماً له، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فإن قبضه ضمنه حينئذ بالاقباض، وعليه استرجاعه ما كان باقياً، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وعمره من شاء من العامل أو المشتري، فإن أغرم العامل رجوع بما غرمه على المشتري، وإن أغرم المشتري لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان في يده التلف. فلو قال رب المال للعامل: اعمل في القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشتري بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح في الأعيان ولا يصح في الذم، ولو قارضه على مال فأذن له في الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشتري نساء بأكثر من مال القراض قدره لأن ما زاد عليه خارج منه. (فرع) لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة في تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح ما دام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخي ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله. (فرع) قال الشافعي: ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه، وقد سبق أن قررنا أن عقد القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينقرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران، فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على قسمها، فإذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما، وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شيء فيه للعامل، وإن كان من غير جنس رأس المال فحكم

[381]

هذا كحكمه لو كان عرضاً، ولهما في العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال. (أ) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فإذا قضى ثمنه أخذ رب المال ماله فضلاً إن كان فيه. (ب) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين: أحدهما لا يكون في ثمنه - لو بيع - فضل، فقد سقط حق العامل منه فصار العرض ملكاً لرب المال بزيادته ونقصه، فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق في زيادته لخروجه بالترك عن قراضه. والنوع الثاني: أن يكون في ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر في ترك العامل فإن كان قد تركه إسقاطاً لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكاً لرب المال ولا شيء للعامل فيه، وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء. (ج) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين. أحدهما: أن لا يرجو في ثمنه فضلاً، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً. والضرب الثاني: أن يرجو في ثمنه فضلاً ويأمل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح، فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ففى منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين في سيد العبد الجاني إذا امتنع المجني عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته. (أحدهما) يمنع المجني عليه من بيعه لوصوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى حقه. (والقول الثاني) أن المجني عليه لا يمنع من

بيع الجاني، وكذلك لا يمنع العامل من بيع القراض لانه قد يرجو زيادة على القيمة لوجود راعب. (د) أن يدعو رب المال إلى بيعه ويمتنع العامل منه، فان كان امتناعه تركا لحقه منه ففي إجباره على بيعه وجهان، أحدهما لا يجبر عليه لان البيع والشراء انما يلزم في حقيهما وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما.

[382]

والثاني: أن يجبر على بيعه، لان رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وانما هو بدل عنه. (فرع) سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الاقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة، وقال أبو حنيفة: له في نفقته أجره حمامه وعلاجه وطيبه وما يباج من شهواته، وهذا غير صحيح من وجهين. (أحدهما) أن نفقات الزوجات أوكد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شيء من ذلك. (والثاني) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر، وحكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس، فان دخل في سفره بينا فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر ما لم يتجاوز أربعاً فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر، فان كان بغير مال القراض من مرض طراً أو عارض يختص به فنفقته في ماله دون القراض وإن كان مقامه لاجل مال القراض انتظارا لبيعه وقبض ثمنه أو التماسا لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض. قال الشافعي: وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالكين بالحصص، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض، ومنعه بعض العراقيين لان عمله مستحق في مال القراض فصار كالاجير، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لانه إذا كان له أن يعمل في ماله ومال القراض حضرا جاز له ذلك سفرا ولان عمله في القراض لا يمنعه من العمل في جميع الاعمال ما دام يؤدي ما لزمه من عمل القراض وسواء فيما لسواه ممسكا أو عاملا فلو شرطه في العقد أن لا يسافر بمال لنفسه بطل القراض لانه قد أوقع عليه حجرا غير مستحق، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض، وعليه تمييز كل واحد من المالكين، فان خلطهما فعلى ضربين. (أحدهما) أن يكون باذن رب المال فيجوز ويصير شريكا ومضاربا، ومؤونة

[383]

المال مقسطة على قدر المالكين، ونفقة نفسه إن قيل: إنها لا تجب في مال القراض فهو مختص بها، وإن قيل انها تجب في مال القراض فهي مقسطة على قدر المالكين (والثاني) أن يخلط المالكين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لانه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه، وتكون نفقة المالكين بقدر الحصص وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجره المثل بحيث لا يوجب له أجره كاملة لان عمله قد توزع على ماله ومال القراض (فرع) إذا أبضع رب المال عامله في مال القراض بضاعة - أي أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه - يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط في القراض ولم يجر ان كان عن شرط

وخالف مالك (فرع) إذا ادعى ظهور الربح في المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبوا فوجدوا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال، ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففي جوازهما وجهان: (أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثاني) لا يجوز. وقد ذكره الشافعي في موضع لانهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) والعامل أمين فيما في يده فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع، فإن دفع إليه ألفا فاشترى عبدا في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه. وفي الثمن وجهان: (أحدهما) أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده. (والثاني) أن الثمن على العامل، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد.

[384]

وان دفع إليه ألفين فاشترى بهما عبيدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان: أحدهما: يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه. والثاني: أنه يتلف من الربح لأنه تصرف في المال فكان في القراض، وإن قارضه رجلان على مالين، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكلتا عليه ففيه قولان " أحدهما " تباعان فإن لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال، وإن كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح، وإن كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه، والقول الثاني أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما (فصل) ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة، فإن فسح العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز. وإن باعاه جاز لأن الحق لهما، وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر، لأن حق العامل في الربح، وذلك لا يحصل إلا بالبيع فإن قال رب المال أنا أعطيتك مالك فيه من الربح وامتنع العامل، فإن قلنا أنه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه. وإن قلنا لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني إذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجني عليه قيمته " أحدهما " لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه " والثاني " أنه يجبر لأنه ربما زاد مزايده ورغب راغب فزاد في قيمته. وإن طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأنه حق رب المال في رأس المال ولا يحصل ذلك إلا بالبيع، فإن قال العامل أنا أترك حقي ولا أبيع فإن قلنا إن العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه، لأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب. وإن قلنا أنه لا يملك بالظهور ففيه وجهان: " أحدهما " لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط " والثاني " يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله، فإذا رضى

بترك حقه لم يرص رب المال بترك رأس ماله، وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده. (فصل) وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لانه عقد جائز يبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة. وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولي أن يعقد القراض والمال عرض، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق يجوز لانه ليس بابتداء قراض، وإنما هو بناء على مال القراض فجاز. ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز. (فصل) وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال، لان الذي يعتبر من الثلث ما يخرج من ماله والربح ليس من ماله، وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث، وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء لان حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء (فصل) وإن قارض قراضا فاسدا وتصرف العامل نفذ تصرفه لان العقد بطل وبقي الاذن فملك به التصرف، فان حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئا لان الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض. فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه فان لم يرص إلا بربح استحق لانه لم يرص أن يعمل إلا بعوض، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل، وان رضى من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففي الأجرة وجهان (أحدهما) لا يستحق وهو قول المزني لانه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض (والثاني) أنه يستحق وهو قول أبي العباس لان العمل في القراض يقتضى العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطئ في النكاح. وإن كان له على رجل دين فقال اقبض مالى عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض، لان قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد

قارضه على مال لا يملكه فلم يصح، فإن اشترى العامل شيئا في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان (أحدهما) أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لانه اشتراه له بإذنه ونقد فيه الثمن بأذنه وبرئت ذمته من الدين، لانه سلمه إلى من اشترى منه بأذنه ويرجع العامل بأجرة المثل لانه عمل ليسلم له الربح ولم يسلم فرجع إلى أجرة عمله. (والثاني) أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه، لان رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له (فصل) وان اختلف العامل ورب المال في تلف المال، فادعاه العامل وأنكره رب المال، أو في الخيانة فادعاه رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لانه أمين والاصل عدم الخيانة فكان القول قوله كالمودع (فصل) فان اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان: " أحدهما لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير " والثاني " يقبل قوله لان معظم منفعة لرب المال، لان الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع (فصل) فان اختلفا في قدر الربح المشروط فادعى العامل انه النصف وادعى رب المال انه الثلث تحالفا، لانهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، فان حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لانه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل علمه

(فصل) وان اختلفا في قدر رأس المال، فقال رب المال ألفان، وقال العامل ألف فان لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لان الاصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به، وان كان في المال ربح ففيه وجهان

[387]

أحدهما: أن القول قول العامل لما ذكرناه. والثاني: أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط، والصحيح هو الاول لان الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمبتاعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمبتاعين إذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع. (فصل) وإن كان في المال عبد فقال رب المال اشترته للقراض، وقال العامل اشترته لنفسي أو قال رب المال اشترته لنفسك، وقال العامل اشترته للقراض فالقول قول العامل لانه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه، فان أقام رب المال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان. (أحدهما) أنه يحكم بالبينة لانه لا يشتري بمال القراض الا للقراض. (والثاني) أنه لا يحكم بها لانه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي فلا يكون للقراض لبطلان البيع. (فصل) وان كان في يده عبد فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه وأنكر العامل فالقول قول العامل لان الاصل عدم النهي ولان هذا دعوى خيانة والعامل أمين فكان القول فيهما قوله. (فصل) وإن قال ربحت في المال ألفا ثم ادعى أنه غلط فيه أو أظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده لم يقبل قوله لان هذا رجوع عن الاقرار بالمال لغيره فلم يقبل كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط، فان قال قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله لان دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقيل. (الشرح) سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وارفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما، ويجوز فسخه لمن شاء منهما، فهو عقد ائتمان كالوديعة والعارية، فإذا تلف في يده فعلى تفصيل نصرب له مثلا تجتمع فيه

[388]

صور المسألة: رب مال دفع ألفى دينار قراضا فتلف أحد الالفين في يد العامل وبقي ألف، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام. (أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لهما فهذا يكون رأس المال فيه الالف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا. (والقسم الثاني) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الالف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الالفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها بالتصرف الكامل قد صارت قراضا. (القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضا وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان. أحدهما: أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها في الابتياح فعلى هذا يكون رأس المال ألفى دينار، وعلى العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها قد صارت قراضا. (والوجه الثاني) أن الالف التالفة لا تصير قراضا لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها فعلى

هذا يكون رأس المال ألفى درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف الثالثة لأنها لم تصر قراضا. فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضا فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الألف قبل دفعها في ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين (أحدهما) أن يكون قد تعين الألف فيكون الشراء باطلا، لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه (والثاني) أن يكون الشراء في ذمة العامل ولم يعقده على عين الألف ففي الشراء وجهان. (أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفا إليه، وهذا على الوجه الذي يقول فيه الشافعي: أن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض. (والوجه الثاني) أن الشراء يكون في القراض لأنه معقود له، وهذا على الوجه الذي يقول فيه الشافعي: أن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في

[389]

القراض، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفا ثانية، تصرف في ثمن العرض، يصير رأس المال ألفى دينار، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف الثالثة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفا ثالثة، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين. فإذا دفع ألفا قراضا فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي فصارت ألفا وخمس مائة وأرادا أن يعرفا قدر رأس المال ليقنسما الربح، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر دينارا وتسع، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتسع دينار فلو كان قد خسر العامل مائتي دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون ثم على هذا القياس. (فرع) قال الشافعي: وإن مات رب المال صار لوارثه فإن رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال: عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما في العقد سواء، لأنه تم بهما وهو غير لازم، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل، فإن كان الميت منهما هو رب المال لم يخل أن يكون المال ناضبا أو عرضا، فإن كان ناضبا - والناض النقود - منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال ويقاسموا العامل على ربح إن كان، فإن أدنوا له في المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقدا مبتدأ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به، فإن

[390]

كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم، ثم

إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل، فإن لم يحصل فكل المال الذي في يده قراض لورثة ربه، وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك في المال بحصته من ربحه، ويختص بما يحصل من فضله ومضاربه فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه. وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنتهم له بالقراض ففيه وجهان مخرجان من وجهين. (أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول. (والثاني) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح، فإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً فقد قال الماوردي: للعامل بيعه من غير استئذان الورثة، ولا يجوز أن يشتري بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد الماضي، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف، فإن أذن له الورثة في المقام على قراض أبيهم - فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضاً - أي نقوداً - فيكون كاذنهم له بالقراض والمال ناض. وإن كان قبل بيع العرض ففي جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران، أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن القراض باطل لأن عقده بالقرض باطل. الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي أن القراض جائز لأنه استصحاب لعقد جائز. وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشتري سواء كان المال ناضاً أو عرضاً، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا بأذن رب المال أن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف في المال سواء كان المال لربه أو لوارثه، وما أوجب ائتمان وارث العامل في المال لا مع ربه ولا مع وارثه، وإذا كان كذلك نظر في المال، فإن كان ناضاً استرجع رب المال رأس ماله واقتسما

[391]

ربحاً إن كان فيه، فلو أذن رب المال لوارث العامل في المقام على القراض صح إن كانا عالمين بقدر المال. ويبتطل إن كانا جاهلين بقدره وجهاً واحداً. والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل، فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً فجاز استصحاب العقد المقدم لبقاء مقصوده، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه، وإذا مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يكن استصحاب العقد المتقدم وكان استئناف عقد مع وارثه فيبطل بحدوث الجهالة فيه. وإن كان مال القراض عند موت العامل عرضاً لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير إذن رب المال به، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال بفضله إن كان فيه، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل - فإن كان بعد بيع العرض والعمل بثمنه - صح، وإن كان العرض باقياً أو ثمنه مجهولاً بطل وجهاً واحداً لما ذكرنا. (فرع) قال الشافعي: وبيع ما كان في يديه مع ما كان من ثياب أو أداة للسفر أو غير ذلك مما قل أو كثر، فإن كان فيه فضل كان لوارثه وإن كان خسرانا كان ذلك في المال، وهذا كقوله: وإذا بطل القراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من غير عرض للتجارة أو أداة للسفر. قال الشافعي: مع ما كان من ثياب فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض، لأنه لو لم يشتري ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها في القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به وقد تأوله من ذلك إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة، أو اشتراها لنفسه وهي غير مختصة

بسفوره، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع. 1 - أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه 2 - أن يكون أكثر من رأس المال فرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل

[392]

شريكه في الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع، فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضا - نقودا - نظر فيه، فإن كانا قد عينا حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفا بالحصص. وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه فالتالف منه تالف من الربح وحده، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصدا لجبران رأس المال. 3 - أن يكون أقل من رأس المال، إما بخسران حصل في المال أو لحادث أتلّف شيئا منه فيكون ذلك عائدا على رب المال دون العامل، لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال. فإن قيل فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما؟ قيل هما في الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود إليه، إلى ما تناوله عقد القراض، لأنه إنما تناول عملا من جهة العامل ومالا من جهة رب المال، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله. فعلى هذا لو شرطا في عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلا لاشتراطهما خلاف موجه. (فرع) قال المزني " وإن دفع مالا قراضا في مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وبيع وربح أخذ العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقى من ماله " وهذا صحيح لأنه يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضا لما فيه من تميم ماله، وسواء قارض العامل على تساو في الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهما أو أكثر، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث، لأنه بيسير الربح وأصل إلى ما لم يكن وأصلا إليه لو كف عن القراض. وهكذا الخلاف فيمن أجر دارا بأقل من أجره المثل لأنه قد كان مالكا للمنفعة، فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلّف بعض ملكه فكان معتبرا في الثلث، وليس رب المال مالكا لربح المال الذي صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال فإذا تقرّر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره تولى رب المال وإن كان حيا محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح، فإن مات مغلّسا وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان

[393]

شريكا فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته، وإن كان أجيرا فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء في رهنه. وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضا صح. وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف (فرع) قال المزني: من ذلك لو دفع إليه ألف درهم فقال: خذها فاشتر بها هرويا أو مرويا (1) بالنصف كان فاسدا لأنه لم يبين، فإن اشترى فحائز وله أجره مثله، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال: اشتر بها هرويا أو مرويا كان فاسدا باتفاق أصحابنا، وإنما اختلفوا في علة فساده

على ثلاثة أوجه: أحدها: أن علته أنه قال: فاشتر بها هرويا أو مرويا فلم يبين أحد النوعين من المروى والهروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلا، والقراض انما يصح بأن يعم جميع الاجناس أو يعين أحد الاجناس والثانى: وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المال أو للعامل. قال واشترطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصار لنفسه مبطلا للقراض ما لم يبين نصيب العامل، واشترطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض، فصار القراض بهذا القول مترددا بين الصحة والفساد فبطل والثالث: وهو اختيار أبى إسحاق المروزي: أنه بطل بقوله فاشترى ولم يقل وبع، والقراض انما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل، فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في علة فساده، فإن اشترى كان الشراء جائزا لانه مأمور به وله أجره مثله، وإن باع كان البيع باطلا لانه غير مأمور به وإذا قال: خذ هذا المال قراضا، ولم يزد على ذلك كان قراضا فاسدا للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح. إلا أن شراء العامل وبيعه جائز، لانه أمر

(1) ثياب تنسب إلى مدنها التي صنعت فيها مثل هراه ومرو وهما مدينتان بين بخارى ونيسابور وراء بحر قزوين.

[394]

أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجره مثله. وحكى عن أبى العباس بن سريح أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين، لان ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه. قال الماوردي: وهذا المحكى عنه غير صحيح لانه لو جاز ذلك في إطلاق القراض لجاز مثله في البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة، وكذا في الاجارة وكل العقود. فأما إذا قال: خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا، ويصح شراء العامل وبيعه، وهل يكون قراضا فاسدا أو معونة؟ على وجهين: أحدهما: يكون استعانة بعمله كما لو قال: اشتر وبع على أن جميع الربح لى. فعلى هذا لا أجره للعامل في عمله والثانى: أنه يكون قراضا فاسدا لانه الاغلب من حال أمره وحال قوله: على أن جميع الربح لى لما فيه من التصريح بأن لا شئ له فيه. فعلى هذا يكون للعامل أجره مثله، وسواء حصل في المال فضل أو لم يحصل (فرع) قال المزني: وإن قال خذها قراضا أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان، فإن علما ذلك فجائز، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد. وهذا كما قال: إذا دفع المال قراضا من غير أن يسمى في الربح قدرا ففعله محمول على مثل ما قارض زيد عمرا. فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما، لانهما عقداه بمعلوم من الربح، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله: على مثل ما قارض به زيد عمرا كان القراض باطلا لجهلها بقدره. والجهالة بقدر الربح مبطله للقراض فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسدا. وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض، لان جهل

أحد المتعاقدين بالعوض كجهلها معا به، فلو قال: خذه قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا، لان زيدا قد يقارض عمرا وقد لا يقارضه، وقد يقارض على قليل أو كثير. وهكذا لو قال خذه قراضا على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته. وهكذا لو قال: خذه قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أن يقنعك لم يجز لجهله بكفايته وقناعته، فان اشترى وباع في هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه، وللعامل أجرة المثل: (فرع) إذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال فقال العامل: هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان، فان لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه، وان كان في المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله، مثل أن يدعى العامل - وقد أحضر الفى دينار - أن أحد الالفين رأس مال وليس فيها ربح، ففيه لاصحابنا وجهان، وعن أبى حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين في العامل هل هو وكيل أو شريك؟ (أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل: ان العامل وكيل مستأجر. وهذا قول زفر بن الهذيل (والثانى) أن القول قول العامل إذا قيل انه شريك مساهم. وهذا قول محمد ابن الحسن، وهو أصح الوجهين في اختلافهما، لان قوله نافذ فيما بيده، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان. وقال رب المال: رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الالفين ربحا، وجعل رأس المال ألفا. فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف: رأس المال منها ألف والربح ألف والالف الثالثة لى، أو وديعة في يدى، أو هي دين على من قراض وادعاها رب المال ربحا فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب العبد المأذون له في التجارة لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لان منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذونا له لانه تصرف يفتقر إلى الاذن فلم يكن السكوت إذنا فيه كبيع مال الأجنبي فان اشترى شيئا في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى وأبو إسحاق لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح. وقال أبو على بن أبى هريرة: يصح لانه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس وبخالف النكاح فانه تنقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير ادنه، فإن قلنا: أنه يصح دخل المبيع في ملك المولى لانه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته لان اطلاق البيع يقتضى إيجاب الثمن في الذمة، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لانه رضى بذمته فلزمه الصبر إلى أن يقدر كما نقول فيمن باع من مفلس، وإن لم يعلم ثم علم فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لانه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن، وان قلنا ان الشراء باطل وجب رد المبيع لانه مقبوض عن بيع فاسد فان تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق لانه رضى بذمته وان تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في الحال ومطالبة العبد إذا عتق لانه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق. (فصل) وان أذن له في التجارة صح تصرفه لان الحجر عليه لحق

المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لانه ان دفع إليه مالا فاشترى به كان المشتري عوض ماله فكان له، وان أذن له في الشراء في الذمة كان المشتري من أكسابه لانه تناوله الاذن فان لم يكن في يده شيء اتبع به إذا عتق لانه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ولا تباع فيه رقبته لان المولى لم ياذن له في رقبته فلم يقص منها دينه.

[397]

(فصل) ولا يتجر الا فيما أذن به لان تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما دخل فيه فان أذن له في التجارة لم يملك الاجارة، ومن أصحابنا من قال: يملك اجارة ما يشتريه للتجارة لانه من فوائد المال فملك العقد عليه كالصوف واللبن، والمذهب الاول لان المأذون فيه هو التجارة. والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن في التجارة. (فصل) ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لان اطلاق الاذن يحمل على العرف والعرف هو البيع بالنقد وثن المثل ولانه يتصرف في حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لان فيه تغريرا بالمال فلا يملك من غير إذن، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان. (أحدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح لان الاذن في التجارة يقتضى ما ينتفع به وبريح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه (والثاني) أنه يصح لان العبد لا يصح منه الشراء لنفسه فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك فان قلنا يصح فان لم يكن عليه دين عتق، وان كان عليه دين ففيه قولان، أحدهما يعتق لانه ملكه، والثاني لا يعتق لان حقوق الغرماء تعلقت به فان اشتراه باذنه صح الشراء فان لم يكن عليه دين عتق عليه، وان كان عليه دين فعلى القولين ومضى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء لانه أسقط حقهم منه بالعتق. (فصل) وإذا اكتسب العبد مالا بأن احتش أو اصطاد أو عمل في معدن فأخذ منه مالا أو ابتاع أو اتهب أو أوصى له بمال فقبل دخل ذلك في ملك المولى لانها اكتساب ماله فكانت له فان ملكه مالا ففيه قولان، قال في القديم: يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ولانه يملك البضع فملك المال كالحجر، وقال في الجديد لا يملك لانه سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالارث فان ملكه جارية وأذن له في وطنها ملك وطأها في قوله القديم ولا يملك في الجديد وان ملكه نصابا لم يجب زكاته على المولى في قوله القديم ويجب في الجديد، فان

[398]

وجب كفارة عليه كفر بالطعام والكسوة في قوله القديم وكفر بالصوم في قوله الجديد، وأما العتق فلا يكفر به على القولين لان العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء وان باعه وشرط المبتاع ماله جاز في قوله القديم أن يكون المال مجهولا لانه تابع ولا يجوز في الجديد لانه غير تابع والله أعلم. (الشرح) الاحكام لا يبطل الاذن بالابق، وقال أبو حنيفة: يبطل لانه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهته فأشبه ما لو باعه. وقال أحمد: ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن

له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره، وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح، فإن سبب الولاية باق وهو الرقي، ويجوز بيعه وأجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب. ولا يجوز للمأذون في التجارة التبرع بهية الدراهم ولا كسوة الثياب ولا الهبة بالمأكول ولا اعارة الدابة، وقال أحمد: يجوز هبته واعارته دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافا، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا: أنه تبرع بمال مولاه فلم يجر كهبة دراهمه، وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك، وروى أبو سعيد مولى أبى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح في مسائله باسناده، قال ابن قدامة: ولان العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها والله تعالى أعلم.

[399]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب المساقاة تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع، وتجوز على الكرم لانه شجر تجب الزكاة في ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم إلى وقت تحمل لانه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم، ولا تجوز على المباطح والمقائئ والعلف وقصب السكر لانها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع. واختلف قوله في سائر الاشجار المثمرة كالتين والتفاح، فقال في القديم: تجوز المساقاة عليها، لانها شجر مثمر فأشبهه النخل والكرم. وقال في الجديد لا تجوز لانه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب (1) والخلاف. واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الام: تجوز لانه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلان تجوز على الثمرة الموجودة وهى من الغرر أبعد أولى. وقال في البيوطى: لا تجوز، لان المساقاة عقد على غرر، وإنما أجز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة، فلم تجز. (الشرح) حديث ابن عمر رواه الجماعة، وقد جاء في رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة، فقال لهم: نقركم بها على ذلك ما شئنا "

(1) قال ابن بطال: الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبندار. والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد، وسمعه بالتخفيف وروى بالتشديد. وذكر ابن قتيبة في كتاب عيون الاخبار ان الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف.

[400]

وعن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا رواه أحمد والبخاري بمعناه. وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال: قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم: اقسام بيننا وبين إخواننا النخل. قال لا، فقالوا تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة، فقالوا سمعنا وأطعنا. رواه البخاري. وعن طاووس أن معاذ بن جبل أكرى الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان على الثلث والرابع، فهو يعمل به إلى يومك هذا. رواه ابن ماجه. قال البخاري وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والرابع، وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وآل عمر. قال وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر. وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا. وقال الشافعي: ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص بينه وبينهم، ثم يقول: إن شئتم فلکم وإن شئتم فلى. والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره، إلا أن هذا التعريف على سعة يقتضى وقوع عين وغرر إذا ظل على إطلاقه، فقيد الشافعي هذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال، فخص المساقاة في قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول، وأجازها عبد الله بن دينار في البقول، وجعلها أحمد في الشجر والنخل والكرم وقد ثبتت المساقاة بالسنة والاجماع، فأما السنة فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه، وأما الاجماع فقد قال أبو جعفر محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهم: عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطرن ثم أبو بكر وعمر وعثمان أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد، فإن عبد الله ابن عمر الذى روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال: كنا نخابر

[401]

أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة. وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع. (قلت) هذا الكلام فيه نظر، لانه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة الاجماع، ولا حديث ابن عمر، لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده، ثم من بعدهم، فكيف يتصور نهى الرسول عن شئ ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عهد الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعالهم فلم يخبرهم. قال ابن قدامة: فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع وعلى أنه قد روى في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البخاري بإسناده قال: كنا نكرى الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض، فربما يصاب ذلك وتسلم الارض، وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا. فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ، روى تفسيره أيضا بشئ غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جدا وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال: رافع روى عنه في هذا ضروب قال الاثرم كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه، وقال طاووس: إن أعلمهم - يعنى ابن عباس - أخبر أن النبي صلى الله عليه

وسلم لم ينه عنه ولكن قال " لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما " متفق عليه وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعد بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره، ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه. وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل عليه. فإن كثيرا من اصحاب النخيل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه، وقال الماوردي في الحاوي: والمساقاة في تسميتها ثلاثة تأويلات، أحدها أنها

[402]

سميت بذلك لانها مفاعلة على ما تشرب بساق. والثاني: أنها سميت بذلك لان موضع النخل والشجر سمي سقيا فاشتقوا اسم المساقاة منه. والثالث أنها سميت بذلك لان غالب العمل المقصود فيها هو السقي فاشتق اسمها منه. قال والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين في جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه، فانه تفرد بابطالها، وحكى عن النخعي كراهتها. واستدل من نصر قول أبي حنيفة على إبطال المساقاة بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر، وعرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر فيها أعظم: فاقضى أن يكون باطل العقد أحق، ولانه عقد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقودا ببعضها كالمخابرة، ولانه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كالبيع، لانه عمل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كما لو استؤجر على عمل بثمرة هذه الثمار في القابل ولان المساقاة اجارة على عمل جعلت الثمرة فيه اجرة والاجرة لا تصح إلا أن تكون معينة أو ثابتة في الذمة، وما تثمره نخل المساقاة غير معين ولا ثابت في الذمة فوجب أن تكون باطلة ولان ما امتنع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن. فإذا ثبت ما ذكرنا فان المساقاة لا تصح في الزروع لانها كالمخابرة على الزروع وقد نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال " كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه وإلا فليدعها " وأختلف قوله في سائر الاشجار فأجازها في قوله القديم في التين والتفاح لانها شجر مثمر فأشبهه النخل إلا أنه قال في الجديد " والمساقاة جائزة بما وصفت في النخل والكرم دون غيرهما، لان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالخرص وثمرهما مجتمع بائن من شجره، ولا حائل دونه يمنع احاطة النظر إليه، وثمر غيرهما متفرق بين أصناف ورق شجره ولا يحاط بالنظر إليه.

[403]

وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام، قسم لا يختلف مذهب الشافعي في جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم، وقال داود: المساقاة جائزة في النخل دون الكرم، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها في البعل من النخل وفي الكرم، واختلف أصحابنا في جواز المساقاة في الكرم، هل قال به الشافعي نضا أو قياسا، فقال بعضهم: بل قال به نضا وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى في النخل والكرم، وقال آخرون - وهو الأشبه: إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما، أحدهما لاشتراكهما في وجوب الزكاة فيها، والثاني: بروز ثمرهما وإمكان خرصهما (والقسم الثاني) ما لا يختلف مذهب الشافعي في بطلان المساقاة فيه، وهو المقائى والمباطخ والبادنجان ويسميتها الزراعيون النباتات الزاحفة (1) وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض. وحكى عن مالك جوازها في هذا كله ما لم يبد صلاحه. (والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان، أحدهما: وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور: ان المساقاة عليه جائزة، ووجهه أنه لما اجتمع فى الاشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أفرادها عن حكم النخل، ولان المساقاة مشتقة مما يشرب بساق. والقول الثاني: وبه قال فى الجديد، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصا بالنخل والكرم لما ذكره الشافعي من المعنيين فى الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر.

(1) عند علماء النبات: الزاحفة كالبطيخ والشمام والدياء والفناء والخيار، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الاشجار الخشبية المثمرة للفواكه كالنفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة.

[404]

(أحدهما) اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الاشجار. (والثاني) بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الاشجار، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليها صحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما تصح المخابرة فى البياض الذى بين النخل ويكون تبعا. (فوائد أصولية) انعقد اجماع الصحابة عن سيرة أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى مساقاة أهل خيبر بعد النبي صلى الله عليه وسلم اتباعا له إلى أن حدث من أجلاتهم ما حدث، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز إجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير فى القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين، أحدهما ذكره أبو على بن أبى هريرة أن الامة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الاجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذا عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصل، وليس فى المضاربة توقيف نص عليه، فلم يبق الا توقيف اجتهاد أدى إلى الحاقه بأصل، وليس فى المضاربة فى الشرع أصل ترد إليه الا المساقاة، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع مجمع عليه كانت أحق بالاجماع عليه، والثاني: ذكره أبو حامد الاسفرايينى وهو أنه لما جازت المضاربة اجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية. قال

المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تجوز الا على شجر معلوم، وان قال: ساقينك على أحد هذين الحائطين لم يصح، لانها معاوضة يختلف العرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز علي حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره؟ فيه طريقان أحدهما: أنه على قولين كالبيع: والثاني: أنه لا يصح قولاً واحداً لان المساقاة معقودة على العرر فلا يجوز أن يضاف إليها العرر لعدم الرؤية بخلاف البيع.

[405]

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لانه عقد لازم، فلو جوزناه مطلقاً استبد العامل بالأصل فصار كالمالك، ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة فإن ساقاه على النخل أو على الودي إلى مدة لا تحمل لم يصح، لان المقصود أن يشتركا في الثمرة، وذلك لا يوجد، فإن عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يستحق، وهو قول المزني، لانه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمطوع في غير المساقاة (والثاني) أنه يستحق، وهو قول أبي العباس، لان العمل في المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطئ في النكاح، وان ساقاه إلى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان. أحدهما: أنها تصح لانه عقد إلى مدة يرجى فيها وجود الثمرة، فأشبهه إذا ساقاه إلى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب. والثاني: أنها لا تصح وهو قول أبي اسحاق لانه عقد على عوض غير موجود، ولا الظاهر وجوده، فلم يصح، كما لو أسلم في معدوم إلى محل لا يوجد في الغالب، فعلى هذا ان عمل استحق أجرة المثل، لانه لم يرض أن يعمل من غير ربح، ولم يسلم له الربح، فرجع إلى بدل عمله. واختلف قوله في أكثر مدة الاجارة والمساقاة، فقال في موضع: سنة، وقال في موضع: يجوز ما شاء، وقال في موضع: يجوز ثلاثين سنة، فمن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال. أحدها لا تجوز بأكثر من سنة، لانه عقد على عرر أجزى للحاجة ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة، لان منافع الاعيان تتكامل في سنة. والثاني: تجوز ما بقيت العين، لان كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها كالكتابة والبيع إلى أجل. والثالث: أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة، لان الثلاثين شطر العمر، ولا تبقى الاعيان على صفة أكثر من ذلك، ومنهم من قال: هي على القولين الاولين، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التكثر، لا على سبيل التحديد، وهو الصحيح. فان ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر، لان شهور السنة لا تختلف

[406]

منافعها، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان، أحدهما لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعياناً بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها، والثاني: يجب، لان المنافع تختلف باختلاف السنين، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن يفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض، ومن أصحابنا من قال: القولان في الاجارة، فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض، لان الثمار تختلف باختلاف السنين، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين. (فصل) وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة

ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لانها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد وان أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع أو بلع تعلق بها حق العامل لانها حدثت قبل انقضاء المدة (الشرح) قال الشافعي: فإذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم اهـ. (قلت) إذا تقرر هذا، فإن المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة، والفرق بينهما أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالبيع فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازماً في المساقاة وجائزاً في المضاربة، وإذا كان كذلك فإن صحة العقد فيها معتبرة بأربعة شروط 1- أن تكون النخل معلومة، فإن كانت مجهولة بأن قال: ساقيتك أحد حوائطي، أو على مال يثبت من نخلى كان باطلاً، لأن النخل أصل في العقد فبطل بالجهالة كالبيع، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع، وذهب آخرون منهم - وهو الاصح - إلى فساد العقد قولاً واحداً. وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية، جرى على احتماله فصح فيه، وعقد المساقاة غرر فإذا دخل

[407]

عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد - فإن كانت عند عقد المساقاة منمرة - فقد قال المزني: إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز. وإن كان بعده لم يجز. وقال أبو ثور: إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز، وإن لم تحتج لم يجز. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت تزيد جاز، وإن لم تزيد لم يجز. فأما الشافعي فقد حكى عنه في الاملاء جوازه من غير تفصيل، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى، ولعل هذا على قوله في الام إنه أجبر، والمشهور من مذهبه والاصح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال. وقد حكى البويطي ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردي، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً في حدوث الثمرة، كما أن لعامل المضاربة تأثيراً في حصول الربح، ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق، كذلك المساقاة، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدثت من ثمرة العام المقبل لم يجز لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحاً لثمرة قائمة من غير بدل. (فرع) فإذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فإنها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الأربعة أن يكون النخل معلوماً، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً مدة تكون لهما معلومة. وأن يعقد بلفظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث: يجوز اطلاقها من غير تقدير بمدة محددة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقدر لاهل خيبر مدة. وقال أبو ثور: إن قدر مدة لزمتم إلى انقضائها، وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحدة، وكلا القولين خطأ عندنا، فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغني عن العمل، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التى قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوغاً متناهياً، فإن تأخر طلوغها فيها بحدوث أطلعت بعد تقضيها فعلى الاصح من المذهب في أن العامل شريك تكون بينهما، وإن انقضت المدة، وإن استحق الثمرة إلا فيما اخنص بالثمرة من تأبير وتلقيح إن قيل بأن العامل أجبر فلا حق

له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعي: تجوز المساقاة سنين. (قلت) فإذا عرفنا أن أقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغني عن العمل فإن أقصاها، فقد حكى الماوردي أنها كالأجارة. وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعي في أكثر مدة الاجارة على قولين (أحدهما) لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة. والقول الثاني: يجوز سنين كثيرة قال الشافعي يجوز ثلاثين سنة. فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حدا لأكثر المدة اعتبارا بظاهر كلامه. وذهب سائرهم - وهو الصحيح - إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التكنين (والثاني) أنه محمول على ما لا يبقى أكثر من ثلاثين سنة فعلى هذا تجوز الاجارة سنين كثيرة، فهل ذكر أجرة كل سنة لازم فيها على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها (والثاني) لا يلزم فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة كما لا تجوز الاجارة أكثر من سنة (والثاني) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها كما تجوز الاجارة سنين كثيرة قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تجوز إلا على جزء معلوم، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز، لحديث ابن عمر، فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح، لان ذلك يقع على القليل والكثير، فيعظم الغرر. وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لانه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح لانه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل، أو لا يحمل إلا هي فيستضر رب النخل، وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة

لم يصح، لانه شرط عليه بعد حقه عملا لا يستحق عليه عوضا. وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها (والثاني) لا يصح لانه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئا من ثمرها. (فصل) ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال إن سقيته بالسبح فلك الثلث وإن سقيته بالناضح فلك النصف لم يصح لانه عقد على مجهول. (فصل) وتنعقد بلفظ المساقاة لانه موضوع له وتنعقد بما يؤدي معناه، لان القصد منه المعنى، فصح بما دل عليه، فان قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح لانه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح (فصل) ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفي خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت فيه لانه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثاني) لا يثبت لانه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع. (فصل) وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لان النماء متأخر عن العمل، فلو قلنا انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة (فصل) وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح وصرف الجريد

واصلاح الاحاجين وتنقية السواقي والسقى وقلع الحشيش المضر بالنخل، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران، لان ذلك يراد لحفظ الاصل ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط، فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك، لان ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء، ومنهم من قال يلزمه لانه لا تستغنى عنه الثمرة. (فصل) وان شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لان موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل، فإذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال، وان شرط أن

[410]

يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز. واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، فمنهم من قال لا يجوز فيهما لان عمل الغلمان كعمل رب المال، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره (والثاني) يجوز فيهما، لان غلمانه ماله، فجاز أن يجعل تابعا لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع، بخلاف رب المال فإنه مالك، فلا يجوز أن يجعل تابعا لماله (والثالث) أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض، لان في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره، فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه، وليس في القراض ما يلزم رب المال، فلم يجز شرط غلمانه. فإذا قلنا إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل، وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز، لان بعملهم ينحفظ الاصل وتزكو الثمرة، وإن لم يشترط ففيه ثلاثة أوجه: (أحدها) أنها على العامل، لان العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه. (والثاني) أنها على رب المال، لان شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه: (والثالث) أنها من الثمرة لان عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها. (فصل) وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في العامل في القراض (أحدهما) تملك بالظهور (والثاني) بالتسليم. ومنهم من قال في المساقاة تملك بالظهور قولا واحدا، لان الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور. والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور في أحد القولين (فصل) والعامل أمين فيما يدعى من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة، لانه ائتمنه رب المال فكان القول قوله، فان ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده، لان العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفى وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لانه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره (فصل) وان هرب رفع الامر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فان لم يكن مال افترض عليه، فإن لم يجد من يقرضه فرب النخل أن يفسخ،

[411]

لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ، كما لو اشترى عبدا فأبى من يد البائع فان فسخ نظرت فان لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل لان

العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل، وان ظهرت الثمرة فهي بينهما فان عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير اذن الحاكم لم يرجع لانه متبرع وان لم يقدر على اذن الحاكم فان لم يشهد لم يرجع لانه متبرع، وان أشهد ففيه وجهان. أحدهما يرجع لانه موضع ضرورة، والثاني لا يرجع لانه يصير حاكما لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها (فصل) وان مات العامل قبل الفراغ فان تم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وان لم يعمل، فان كان له تركة استؤجر منها من يعمل لانه حق عليه يمكن استيفاءه من التركة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة، وان لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لان ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين ولا يقتصر عليه لانه لا ذمة له ولرب النخل أن يفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فان فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب. (فصل) وان ساقى رجلا على نخل على النصف فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجوع العامل على من ساقاه بالاجرة لانه عمل بعوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله، فان كانت الثمرة باقية أخذها المالك فان تلفت رجع بالبدل، فان أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لانه حال بينه وبين الجميع، وان أراد أن يضمن العامل ففيه وجهان، أحدهما يضمنه الجميع لانه ثبتت يده على الجميع فضمنه كالعامل في القراض في المال المغصوب، والثاني لا يضمن الا النصف لانه لم يحصل في يده الا ما أخذه بالقسمة وهو النصف، فأما النصف الآخر فانه لم يكن في يده، لانه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض (فصل) إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط، فقال العامل شرطت لي النصف وقال رب النخل شرطت لك الثلث تحالفا لانهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وبالله التوفيق.

[412]

(الشرح) حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول الله صلى الله عليه وسلم لاهل خيبر وقد مضى تخريجه وبيان طريقه وما قيل من رجوع ابن عمر عنه، أما قوله: السبح فهو الماء الجاري ويسميه الفلاحون في ديارنا المصرية (السقى بالراحة) وهو ما لا يحتاج إلى شد للماء بالسواقي أو الشواذيف وإنما يرتفع الماء في جداوله على أعلى من مستوى سطح الارض فيفتح الزارع فتحة من المسقاة فينساب الماء سيحانا إلى الارض المراد سقيها فيغمرها في لحظات قصيرة، أما التلقيح فهو التأبير، أما صرف الجريد وهو تنحيته وتخفيفه وبتر أسافله لتهديب النخل والخلوص إلى العذوق بغير أن تؤذى سلاها والاجاجين جمع أجانة وهو الطسوت والمواجير والمراكن الكبير التي تغسل فيها الثياب. أما الاحكام: فقد قال الشافعي: ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم. قلت: لانه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والاجارة، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها، ولا يكفيه إلا أكثرها، فإن قيل: فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة؟ قيل: لان العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها. (فرع) قال الشافعي: وان ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز، قال الماوردي: هذا صحيح، لان عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل في الثمر فإذا عقدها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى إلى أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه لانه قد يجوز

أن لا تحمل تلك النخلات فينصرف العامل بغير شيء، ويجوز أن لا تحمل الا تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شيء فلذلك بطل اهـ. (فرع) وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة على أن يكون شائعاً في الثمرة غير معين من نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو أكثر، فإن جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم له

[413]

الحاكم لم يجر للجهل به، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجر للجهل به من جملة الثمرة، وأنه ربما كان جميعها أو سهما يسيرا منها، فلو قال: قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبي العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين بالسوية حملاً لهما على عرف الناس في المساقاة وتسويته بينهما في الثمرة، وقد خطأ الماوردي هذا لان ترك ذكر العوض في العقد لا يقتضى حملة على معهود الناس عرفاً، كالبيع والاجارة، مع أن العرف مختلف. فإذا قال: عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجر عند أبي العباس لانه ليس للمعاملة عنده عرف، فلو قال: ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز، وان جهلاه أو أحدهما لم يجر ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً فيكون في السنة الاولى النصف والثانية الثلث والثالثة الربع ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل في كل عام حتى يتساوى نصيبه في جميع الاعوام وهذا خطأ لان ما جاز أن يكون العوض في أحواله متفقاً جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والاجارة، فإذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعي أن العامل شريك في الثمرة بقدر حصته. وقد خرج قول آخر أنه أجبر كالمضاربة، ويختص رب المال بتحمل الزكاة دون العامل والاصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصة كل واحد نصيباً ففي وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين في الخلطة في غير المواشى هل يكون كالخلطة في المواشى، وقد مضى في الزكاة للامام النووي إفاضة وإفادة فيه. (فرع) الشرط الرابع من شروطها عقدها بلفظ ساقيتك لينتفي الاحتمال عنها فان عقدها بلفظ الاجارة بأن قال: استأجرتك للعمل فيها كان العقد باطلا لان الاجارة فيها لا تصح، فإذا عقدا بلفظ الاجارة، انصرف إلى الاجارة فبطل، وان لم يعقدها بواحدة من اللفظين وقال. قد عاملتك عليها بالعمل فيها على الشطر من ثمرها ففيه وجهان.

[414]

أحدهما: أن العقد صحيح لان هكذا يكون عقد المساقاة. والثاني: أن العقد باطل، لان هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع على ما فصله واستقصاه مجيدا السبكي في التكملة الاولى إذا عقد بلفظ التمليك. (فرع) فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجر فيه خيار الثلاث، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا؟ على وجهين كالاجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان، لانه عقد غير

مضمون، ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه، فإن لم يعمل في النخل حتى أنثرت كان له نصيبه من الثمرة ان قيل: انه شريك، ولا شئ له فيها ان قيل: انه أجير، ولرب العمل أن يأخذ العامل جيرا بالعمل للزوم العقد، فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالأجارة، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لانه لا يملك الزيادة، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لان العقد ليس بلازم فلم يملك الاقيبات عليه في تصرفه، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه. (فرع) قال الشافعي: وكل ما كان مستزادا في الثمرة من اصلاح للمار وطريق الماء وتصريف الجريد، وبار النخل وقطع الحشيش الذي يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة، وأما سد الحطار فليس فيه مستزاد لاصلاح في الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقى، فان قال: فان كان أصلح للنخل أن يسد الحطار - بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككاب بعد طاء معجمة: الحائط - فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حطار لم يكن، وهو لا يجيزه في المساقاه، وليس هذا الاصلاح من الاستزاده في شئ من النخل انما هو دفع الداخل، قلت: والعمل المشروط في المساقاه على أربعة أنواع: 1- ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل. 2- ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة.

[415]

3- ما يعود نفعه على النخل والثمره 4- ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل. فالاول مثل الابار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطبا أو جدادها تمرا. فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم إلى (ا) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والابار (ب) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمره، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد وتدلية الثمرة (ج) ما هو مختلف فيه، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان. (أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعدمه. (الثاني) أنه واجب على العامل بغير شرط، لان الثمرة لا تستغنى عنه، وإن تكاملت قبله. وأما النوع الثاني وهو ما يعود على النخل دون الثمرة، فمثل سد الحطار وحفر الآبار وشق السواقي ورفع مياه الانهار، فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فلا يجوز اشتراط شئ من ذلك على العامل. وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرائيق، فإن شرط رب المال على العامل شيئا مما ذكرنا كان الشرط باطلا، والمساقاة فاسدة. وقال بعض أصحابنا: يبطل الشرط وتصح المساقاة حملا على الشروط الزائدة في الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن في أحد القولين، وقد خطأ جمهور فقهاءنا هذا لان عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطا فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة في البيع والاجارة والنوع الثالث وهو ما يعود نفعه على النخل والثمره، فكالسقى والابارة وقطع الحشيش المضر بالنخل إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه اصلاح النخل ومستزاد في الثمرة مما لا تصلح الثمرة الا به كالسقى فيما لا يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه: (أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيدا لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة (والوجه الثاني) أنه واجب على رب النخل، واشتراطه عليه مبطل للعقد

لانه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه، فإن شرط على العامل لزمه، وإن شرط على رب النخل لزمه، وإن أغفل لم يلزم واحدا منهما، أما العامل فلانه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما رب النخل فلانه لا يجبر على تسمير ماله. وأما النوع الرابع، وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة، فهو كالأشترط على العامل أن يبني له قصرا أو يخدمه شهرا أو يسقى له زرعاً تنافى العقد وتمنع من صحته، لانه لا تعلق لها به ولا تختص بشئ من مصلحته (فرع) قال الشافعي: ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خبير، والمساقون عمالها لا عامل للنبي صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم، فإذا كان يجوز للساقى أن يساقى نخلا على أن يعمل فيه عمال الحائط، لان رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقا ليسوا في الحائط يعملون فيه، لان عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل في المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل في الحائط أحد من رقيقه، وجواز الامرين من أشبه الامور عندنا والله أعلم قال ونفقة الرقيق على ما تشارطا عليه، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم، فإذا جاز أن يعملوا للمساقى بغير أجره جاز أن يعملوا له بغير نفقة. اهـ وبقيّة الفروع التي فصلها المصنف على وجهها، والله تعالى موفق للصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب المزارعة لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه لما روى سليم بن بشار أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قلنا وما ذاك؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى. فأما إذا كانت

الأرض بين النخل لا يمكن سقى الأرض إلا بسقيها نظرت فإن كان النخل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقيه على النخل وتزارعه على الأرض لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فان عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة لانها إنما أجزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة، وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح لانه أفرد المزارعة بالعقد فأشبهه إذا قدمت (والثاني) تصح لانهما يحصلان لمن له المساقاة، وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع، فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان، أحدهما: يجوز وهو الصحيح لانهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض، والثاني لا يجوز لانهما إذا تفاضلا تميزاً فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر، فان كان النخل قليلاً والبياض كثيراً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لا يمكن سقى النخل إلا بسقى الأرض فأشبهه الكثير (والثاني) لا يجوز

لان البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الاكثر تابعا للاقل. (الشرح) حديث رافع بن خديج راه البخاري ومسلم بلفظ " كنا أكثر الانصار حقلا فكنا نكرى الارض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك. فأما الورق فلم ينهنا " وفى لفظ للبخاري " كنا أكثر أهل الارض مزدربا، كنا نكرى الارض بالناحية منها لسيد الارض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الارض، وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا. فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ " وفى لفظ عند مسلم وأبى داود والنسائي " انما كان الناس يؤجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الماذبانات (1)

(1) الماذبانات: حكى القاضى عياض عن بعض الرواة فتح الذال في غير صحيح مسلم، وهى ما بنيت على حافة النهر ومسابل الماء، وليست عربية لكنها سوادية، وهى في الاصل مسابل المياه فتسمية النابت عليها باسمها، كما وقع في بعض الروايات يؤجرون على الماذبانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة والمحلية والاربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنى وأنبياء.

[418]

وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شئ معلوم مضمون فلا بأس به. وفى رواية عند أحمد والبخاري والنسائي عن رافع قال " حدثنى عماى أنهما كانا يكريان الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما بنيت على الاربعاء وبشئ يستثنيه صاحب الارض قال: فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ". وفى رواية عند أحمد " إن الناس كانوا يكرون المزارع في زمان النبي صلى الله عليه وسلم بالماذبانات وما يسقى الربيع وشئ من التين فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم كرى المزارع بهذا ونهى عنها ". وقد حكى في الفتح الحافظ بن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المفضى إلى الغرر والجهالة، لا عن إكرائها مطلقا حتى بالذهب والفضة قال: ثم اختلف الجمهور في جواز إكرائها بجزء مما يخرج منها فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال: ومن لم يجز إكرائها بجزء مما يخرج قال: النبي عن كرائها محمول على ما إذا اشترط صاحب الارض ناحية منها أو شرط ما بنيت على النهر لصاحب الارض لما في كل ذلك من الغرر والجهالة. وفى رواية رافع عند البخاري أنه قال: ليس بها بأس بالدينار والدرهم، قال ابن حجر: يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الارض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشئ مجهول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجح كونه مرفوعا بما أخرجه أبو داود والنسائي بإسناد صحيح عنه قال " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال: إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضا، ورجل اكرى أرضا بذهب أو فضة " لكن بين النسائي من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة، وأن بقية مدرج من كلام سعيد بن المسيب.

وقد أخرج أبو داود والنسائي ما هو أظهر في الدلالة على الرفع من هذا، وهو حديث سعد بن أبي وقاص " إن أصحاب المزارع في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا في بعض ذلك فنهاهم أن يكرؤا بذلك وقال: اكروا بالذهب والفضة " رواه أحمد وأبو داود والنسائي وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الاحاديث الواردة في النهي عن المخابرة التي فعلها النبي صلى الله عليه وسلم في خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة، ويؤيد هذا تصريح رافع في هذا الحديث بجواز المزارعة على شئ معلوم مضمون، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد ابن حضير قال " كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاه بالنصف والثلث والرابع، وبشترط ثلاث جداول، والقصاره وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديدا، ويصيب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لكم نافعا، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم، نهاكم عن الحقل " رواه أحمد وابن ماجه. والقصاره بقية الحب في السنبل بعدما يداس. نعم لا يشكل هذا الحديث لان مجموع ما في الحديث غير المخابرة التي أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها في خيبر، نعم حديث رافع عند أبي داود والنسائي وابن ماجه " من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى ". وكذلك حديثه أيضا عند أبي داود بإسناد فيه بكر بن عامر البجلي الكوفى وهو فيه مقال قال: إنه زرع أرضا فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو يسقيها فسأله: لمن الزرع؟ ولمن الأرض؟ فقال زرعي بيدري وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتما، فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك. ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبي داود قال " نهى رسول الله عن المخابرة قلت: وما المخابرة؟ قال: أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع " فيها دليل

على المنع من المخابرة بجزء معلوم، ومثل هذه الاحاديث، حديث أسيد على فرض أنه نهى عن المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد ولكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في خيبر وهو مستمر على ذلك إلى موته وتقريره لجماعة من الصحابة عليه ولا سبيل إلى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهي منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهي عنه في أثناء مدة معاملته، ورجوع جماعة من الصحابة إلى رواية من روى النهي، والجمع ما أمكن هو الواجب. قال الشوكاني: النهي يحمل على معناه المجازى وهو الكراهة. قال الشافعي أخبرنا سفيان بن عيينة قال: سمعت عمرو بن دينار يقول: سمعت ابن عمر يقول كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركناها لقول رافع. قال الشافعي: والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها فدللت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في نهيه عن المخابرة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء، وذلك أن

المزارع يقبض الارض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ثم يستحدث فيها زرعاً،
والزرع ليس بأصل والذي هو في معنى المزارعة الاجارة، ولا يجوز أن
يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً الا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن
يعمله المستأجر لما وصفت من السنة. ثم قال الشافعي بعد أن جوز كراء
الارض بالذهب والفضة: وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط
أن يزرع ما بين ظهرائي النخل على المعاملة، وكان ما بين ظهرائي النخل
ومنافعها من الجريد والكرانيف، وان كان الزرع منفرداً عن النخل له طريق
يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ربا للنخل ولا شرب للنخل ربا
له لم تحل المعاملة عليه، وجازت اجارته، وذلك أنه في حكم المزارعة لا
حكم المعاملة على الاصل، وسواء قل البياض في ذلك أو كثر اه ومن هنا
نرى الامام الشافعي يحيز المزارعة في بياض النخل تبعاً للمساقاة، وقد
قال في المساقاة: وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المساقاة
كما تجوز

[421]

في الاصل، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجز فيه المساقاة
ولم تصح إلا أن يكتري كراء، وسواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما
وصفت اه. وقال الماوردي: وإذا كانت المخابرة هي استكراء الارض
لزراعتها ببعض ما يخرج منها فهي على ضربين، ضرب أجمع الفقهاء على
فساده، وضرب اختلفوا فيه، فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده فهو أن
تكون حصة كل واحد منهما من زرع الارض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن
يقول: قد زارعتك على هذه الارض على ما نبت من الماديات كان لي، وما
نبت على السواقي والجداول كان لك أو على أن ما سقى بالسما هو لي
وما سقى بالرشا فهو لك، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فساده
لرواية سعيد بن المسيب عن سعد بن أبي وقاص ثم ساق الحديث، وأما
الضرب الثاني الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزرعه على ارضه ليكون
العمل على الاجير والارض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب
شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم
من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله، ويأخذ رب الارض سهمه
بأرضه فهذه هي المخابرة، والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة
مذاهب: أحدها وهو مذهب الشافعي أنها باطلة سواء شرط البذر على
الزارع أو على رب الارض، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن
عبد الله ورافع ابن خديج رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير
وعكرمة ومن الفقهاء الشافعي ومالك وأبو حنيفة. والمذهب الثاني أنها
جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الارض وبه قال من
الصحابة على بن أبي طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد ابن
أبي وقاص ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب
ومحمد ابن سيرين وعبد الرحمن بن أبي ليلى، ومن الفقهاء سفيان
الثوري وأبو يوسف ومحمد، والمذهب الثالث: أنه إن شرط البذر على
صاحب الارض لم يجز، وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن
حنبل وإسحاق بن راهويه، واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر
عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم

عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع، وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال: يا عمرو أخبرني أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها، ولكن قال: لان يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرّجا معلوما. والدليل على فسادها ما رواه الشافعي عن ابن عمر، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال: كنا نخبر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكاربها بثلت ولا ربع ولا طعام مسمى. وروى أبو خيثم عن أبي الزبير عن جابر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله، ولان الاصول التي تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسيها، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقين في صحة المخابرة وفسادها، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الامصار مع الضرورة الماسة إليها، وكان ما عارضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع شهادة الاصول لها في المساقاة والمضاربة، ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهي أن الاصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر، ثم إن ما منيت به البشرية من بلشفيه ملحدة قتلت الحوافز، وكفت الارادة، وجعلت من الانسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة. تم الجزء الرابع عشر وبليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب الاجارة