

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المجموع

شرح المَهْدَبِ

الجزء الرابع عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الضمان^(١)

(الشرح) الأصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى في سورة يوسف الآية ٧٢ ، قالوا : نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، قال ابن عباس : الزعيم الكفيل . وفيها ست مسائل :

(الأولى) قال علماؤنا : هذا نص في جواز الكفالة . وقال القاضي أبو إسحاق ليس هذا من باب الكفالة فإنها ليس فيها كفالة لإنسان عن إنسان وإنما هو رجل ألزم عن نفسه وضمن منها ، وذلك جائز لغة لازم شرعا . قال الشاعر :

فلست بأمر فيها بسلم ولكني على نفسي زعيم

وقال الآخر :

ولئن زعيم إن رجعت مملكتنا بسير ترى منه الغرائق أزورا

قال الإمام أبو بكر بن العربي : هذا الذي قاله القاضي أبو إسحاق صحيح . بيد أن الزعامة فيه نص ، فإذا قال أنا زعيم فعنناه أني ملتزم ، وأى فرق بين أن يقول : ألزمه عن نفسي أو التزمف 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 كالحقوق فلا كفالة فيها ، وتركب على هذا مسألة وهي :

(الثالثة) إذا قال : أنا زعيم لك بوجه فلان . قال مالك : يلزمه ، وقال الشافعي لا يلزمه لأنه غرر ، إذ لا يدري هل يجده أم لا ؟ والدليل على جوازه

(١) الضمان مشتق من ضم ذمة الى 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 ضم ، والضمان لام فعل منه نون .

أن المقصود بالزعامه تنزيل الزعيم مقام الأصل ، والمقصود من حضور الأصل أداء المال ، فكذلك الزعيم

(الرابعه) كما أن لفظ الآية نص في الزعامه فمعناها نص في الجماله ، وهي نوع من الإجارة ، لكن الفرق بين الجماله والإجارة أن الإجارة يتقدر فيها الموض والمعوض من الجهتين ، والجماله يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر .

ودليله أن الله سبحانه شرع البيع والابتياح في الأموال لاختلاف الاغراض وتبدل الأحوال ، فلما دعت الحاجه الى انتقال الأملاك شرع لها سبيل البيع ، وبين أحكامه ، ولما كانت المنافع كالأموال في حاجه الى استيفائها ، إذ لا يقدر كل أحد أن يتصرف لنفسه في جميع أغراضه نصب الله الإجارة في استيفاء المنافع بالأعواض ، لما في ذلك من الاغراض

(الخامسه) فاذا ثبت هذا فقد يمكن تقدير العمل بالزمان كقوله : تخدمنى اليوم . وقد يقول : تخطى لي هذا الثوب ، فيقدر العمل بالوجهين ، وقد يتعذر تقدير العمل ، كقوله : من جاءني بضاتي فله كذا . فأحد العوضين لا يصح تقديره والعوض الآخر لا بد من تقديره ، فان ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه الى ما لا ضرورة فيه ، والأصل فيه الحديث الذي ورد من أخذ الاجرة على الرقيه ؛ وهو عمل لا يتقدر ، وقد كانت الإجارة والجماله قبل الإسلام فأقرتهما الشريعه ، ونفت عنهما الفرر والجهاله

(السادسه) في حقيقه القول في الآية : ان المنادى لم يكن مالكا ، انما كان نائما عن يوسف ورسولا له ؛ فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف ، فصارت فيه ثلاث فوائد :

(الاولى) الجماله ، وهي عقد يتقدر فيه الثمن ، ولا يتقدر فيه المثلن

(الثانيه) الكفاله . وهي ههنا مضافه الى 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 الأئمة في الكفاله ، فجوزها أصحاب أبي حنيفة بحاله على سبب

وجوب . كقوله : ما كان لك على فلان فهو عليّ ، أو إذا أهل الهلال فلك عليّ
عنه كذا ، بخلاف أن تكون معلقة على شرط محض ، كقوله إن قدم فلان .
أو إن كلمت زيدا .

وقال الشافعي لا يجوز بشيء من ذلك . وهذه الآية نص على جوازها محالة
على سبب الوجوب .
(الثالثة) جمالة المضمون له .

قال علماءنا هي جائزة ، وتجوز عندهم أيضا مع جماله الشيء المضمون أو كليهما
ومن العجب أن أبا حنيفة والشافعي اتفقا على أنه لا تجوز الكفالة مع جماله
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 للإحسان أم لا ، وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا ؟
(الثاني) أنه افتقر إلى معرفة المضمون له خاصة ، لأن 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 جماله المضمون له ، وحمل جماله
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
للسارق ، ولا يحل للسارق ذلك ، فلعله كان يصح في شرعهم ، أو كان هذا جماله
وبذل مال لمن يفتش ويطلب ، ثم قال

قال بعض العلماء في هذه الآية دليلان (أحدهما) جواز الجعل وقد أجز

للضرورة ، ثم ساقى كلام العمامي الذي سبق إيرادُه (الثاني) جواز الكفالة على الرجل لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف ،

قال عطاءنا : إذا قال الرجل تحملت أو تكفلت أو ضمنت 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 . والرعاة لا تكون إلا في الحقوق التي تجوز النيابة فيها بما يتعلق بالذمة في الأموال وكان ثابتاً مستقراً فلا تصح الحملة بالكفالة لأنها ليست بدين ثابت مستقر : لأن العبد إن عجز رقب وانفسخت الكفالة ، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحقوق 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 كفته ثلاثة أيام . واحتج الطحاوي لهم بما رواه حمزة بن عمرو بن عمرو عن ابن مسعود وجري بن عبد الله والأشعث أنهم حكموا بالكفالة بالنفس بمحض الصحابة رضي 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 شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، والعارية مؤداة والمنحة مردودة ، والدين مقضى والزعيم غارم ، فلو لا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله (ص) غارماً

وروى قبيصة بن المخارق الهلالي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تحل الصدقة إلا للثلاثة . فذكر رجلاً تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمك ، فأباح له الصدقة حتى يؤدي ، فدل على أن الحملة قد لزمته

وروى عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلي عليه فقال : هل عليه دين ، قالوا : نعم . ديناران ، قال : هل ترك لهما واه ؟ قالوا لا فآخر . فقيل لم لا تصلي عليه ؟ فقال ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ، إلا إن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال : هما على يا رسول الله ، فصلى عليه النبي

صلى الله عليه وسلم ، رواه البخارى وأحمد والنسائى والترمذى وصححه . والنسائى وابن ماجه وقالوا : فقال أبو قتادة أنا أتكفل به ،

وقد أخرج أحمد وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله وأخرجه أيضا ابن حبان والدارقطنى والحاكم وفيه : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته ،

وفى معناه عند الدارقطنى والبيهقى عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه وفيه أن علياً قال أنا ضامن ، ثم دعا له الرسول صلى الله عليه ثم قال : ما من مسلم فك رمان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة ، قال الحافظ بن حجر فى إسناده ضعف وعن سلمان عند الطبرانى بنحو حديث أبي هريرة رضى الله عنه وزاد : وعلى الولاية من بعدى من بيت مال المسلمين ، وفى إسناده عبد الله بن سعيد الانصارى متروك ومتهم .

وعن أبي أمامة رضى الله عنه عند ابن حبان فى ثقاته ضعف

والحكمة فى ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون فى حياتهم ، والتوصل إلى البراءة ، وقد توسع شيخنا الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الجنائز من المجموع فى بحث صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيان الأحاديث الواردة فيها والكلام عليها وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى صحة الضمان ، وإن اختلفوا فى فروع منه على ما بيننا فى أقوالهم فى الكتاب ، فإذا ثبت هذا فإنه يقال : ضمير وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد

ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ، ولا بد من رضى الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه . لا نعلم فى ذلك خلافاً ، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يعتبر رضا المضمون له .

وقال أبو حنيفة : يعتبر ، لأنه إثبات مال لادى فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعندنا كالمذهبين لأصحابنا ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

يصح ضمان الدين عن الميت ، لما روى أبو قتادة قال : أقبل بجزاة علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل علي صاحبكم من دين فقالوا : عليه ديناران ، قال صلى الله عليه وسلم : صلوا علي صاحبكم ، فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله فصرى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويصح عن الحى لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين علي الميت .

(الشرح) الحديث مر تخرجه في شرح الترجمة .

أما الأحكام : فإنه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وقاه بدينه أو لم يخلف ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وقاه 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 . وقاه ؟ فإذا قيل له . لم يخلف وقاه ، قال للمسلمين . صلوا عليه ، فلما فتح الله عليه الفتح قال . من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف ديناً فعلى قضاؤه ، فضمن النبي صلى الله عليه وسلم القضاء .

وكذلك حديث جابر رضى الله عنه الذى أشرنا إلى تخرجه في شرح ترجمته هذا الباب وانظروا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصل على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل . عليه دين ؟ قالوا . نعم ديناران ، قال . صلوا علي صاحبكم الحديث ، وهى أحاديث تدل على جواز الضمان عن الميت ، ولأنه لم يكن يتمتع من الصلاة إلا على من مات وعليه دين ولم يخلف وقاه ، ولأن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رحمه ، والدين يحجبها بدليل ما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال . من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فإني شهدت النبي صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجزاة فقالوا صل عليها فقال أليس عليه

دين؟ فقالوا: بلى، فقال: ما ينضمكم صلاتي عليها وهو مرتين في قبره، فإن ضمنه أحدكم قت وصليت عليه، .

قال في البيان: بعد أن ساق هذا الحديث، فكانت صلاتي تنفعه، لأن كل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاة بما عليه، صح الضمان عنه، وإن لم يكن له وفاة كالحى .

(فرع) قال أبو علي 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 لأبي حنيفة، لأن 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 لأبي حنيفة. دليلنا: أنه يحتمل قوله إلى بمعنى إذن عنه، ويحتمل مرجمه إلى بحق أستحقه، ولو قال: خل عن فلان والدين الذي عليه لك عندي، لم يكن صريحا في الضمان خلافا لأبي حنيفة، لأن كلمة عندي تستعمل في غير مضمون كقولهم الوزير عند الأمير .

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع، ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه. لأنه 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 لأنه لا ضرر فيه على المولى لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه بالإقرار بإتلاف ماله. وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح لانه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه، لأن الحجر لحقه فزال بإذنه، ومن أين يقضي؟ ينظر فيه، فإن قال له المولى أقضه من كسبك قضاءه منه، وإن قال .

أفضه مما في يدك للتجارة قضاء منه لأن المال له ، وقد أذن له فيه ، وإن لم يذكر
القضاء ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع به إذا اعتق ، لأنه أذن في الضمان دون الاداء .
(والثاني) يقضى من كسبه إن كان له كسب : أو مما في يده إن كان مأذونا له
في التجارة ، لأن الضمان يقتضى الغرم كما يقتضى النكاح المهر ، ثم إذا أذن له في
النكاح وجب قضاء المهر مما في يده ، فيكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء
الغرم مما في يده ، فإن كان على المأذون له دين وقلنا : ان دين الضمان يقضيه مما
في يده ، فهل يشارك فيه الغرماء ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يشارك به ، لأن المال للمولى ، وقد أذن له في القضاء منه ، اما
بصريح الإذن ، أو من جهة الحكم ، فوجب المشاركة به .
(والثاني) أنه لا يشارك به ، لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال
الضمان كالرهن . وأما المكاتب فإنه ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد القن ، وان
ضمن بإذنه فهو تبرع ، وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في
المكاتب ان شاء الله تعالى .

(الشرح) الاحكام : يصح الضمان من كل جائز التصرف في المال ، فأما الصبي
والمجنون والسفيه فلا يصح ضمان أحدهم منهم ، لأنه ايجاب مال بعقد فلم يصح
كالبيع ، فقوله بعقد ، احتراز من ايجاب المال عليه بالجناية ، ومن نفقة من يجب
عليه نفقته ، والزكاة .

وأما المحجور عليه للإفلاس فيصح ضمانه لأنه ايجاب 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 الإجارة صح ضمانه كالرجل .

(فرع) ولا يصح الضمان من المبرسم — على ما لم يسم فاعله ، والبرسم علة
تصيب الاعصاب — الذي لا يعقل لأنه لا حكم لكلامه ، فأما الاخرس فإن لم

يمكن له إشارة مفهومة وكتابة معقولة أو كتابة مقروءة لم يصح ضمائه ، وإن كانت له إشارة مفهومة وكتابة معقولة ، لأنه حصل مع الكتابة إشارة مفهومة ، وإلا فالكتابة المقروءة تنفرد مكانهما أو مكان النطاق 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 ، لأن الكتابة قد تكون عبثاً ، أو تجر به للقلم أو حكاية للخط . فلم يلزمه الضمان بمجردهما .

(مسألة) إذا ضمن العبد ديناً لغير سيده فإن كان غير مأذون له في التجارة نظرت ، فإن كان بغير إذن سيده فهل يصح ضمائه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمائه لأنه مكلف له قول صحيح ؛ وإنما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد ولا ضرر على السيد في ضمائه ، فهو كالمو أقر لغيره بمال . فعلى هذا يثبت في ذمته إلى أن يعتق .

(والثاني) لا يصح ، لأنه اثبات مال لأدمى بعقد ، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده كالمهر ، فقولنا لأدمى ، احتراز من النذر . وقولنا بعقد ، احتراز من الإقرار لأنه اجبار . ومن الجنابة على غير سيده .

وإن ضمن بإذن سيده صح لأن المنع منه لحق السيد ، وقد أذن فيه فإن أذن فيه أن يؤديه من كسبه قضاء منه . وإن أطلق الأذن ففيه وجهان (أحدهما) يقضيه من كسبه . كالمو أذن له سيده في النكاح ، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه .

(والثاني) لا يقضيه من كسبه ، ولكن يتبع به إذا عتق ، لأن السيد إنما أذن في الضمان دون القضاء ، فيعلق ذلك بذمة العبد لأنها محل للضمان ، ويفارق المهر والنفقة يجبان عوضاً عن الاستمتاع المعجل ، وكان ما في مقابلتهما معجلاً . وحكى أبو علي الشيعي وجهاً آخر أنه يتعلق برقبته — وليس بشيء — وإن كان العبد مأذوناً له في التجارة فلا يخلو إما أن يضمن بإذن السيد أو بغير إذنه ، فإن ضمن بغير إذنه نظرت ، فإن قال : ضمن لك حتى أؤدي من هذا المال لم يصح الضمان ، لأن السيد إنما أذن له في التجارة فيما ينمي المال لا فيما يتلفه .

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 بما في يده من مال التجارة ، ولكن يثبت في ذمته الى أن يعتق ، وان ضمن باذنه صح الضمان .

فان كان اذن السيد بالضمان مطلقا فمن أين يقضى العبيد دين الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) من كسبه أو بما في يده للتجارة (والثاني) يثبت في ذمته الى أن يعتق . وان أذن له السيد بالضمان في المال الذي في يده فقال : ضمننت لك حقلك الذي لك على فلان حتى أؤدى من المال الذي في يدي صح الضمان ولزمه أن يؤدى من المال الذي في يده للتجارة لأن المنع منه لأجل السيد ، وقد أذن لجاز فإذا قال الحر : ضمننت لك دينك على فلان في هذا المال لم يصح الضمان ، والفرق بينهما أن العبيد 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 وأزنه من هذا المال فيصح الضمان ، فان كان على المأذون له (العبد) دين يستغرق ما بيده ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء بما في يده من مال التجارة ، أو قلنا يلزمه القضاء منه ، على أحد الوجهين ، فهل يشارك المأذون له الغرماء ، فيه وجهان

(أحدهما) يشاركهم ، لأن المال للسيد ، وقد أذن بالقضاء منه ، اما بصريح القول أو من جهة الحكم

(والثاني) لا يشاركهم ، لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة بما في يده فهناك ذلك كالمرهون بمقتوهم ؛ نرى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء لم يكن له ذلك .

(فرع) وان كان في ذمة العبيد دين فضمن عنه ضامن صح الضمان لأن الدين في ذمته لازم ، وانما لا يطالب به لمجزه في حال رقه فصح الضمان عنه كالدين على المفسر . قال الصيمري : لو ثبت على عبده دين بالمعاملة فضمنه عنه سيده صح ضمانه كالأجنبي

(فرع) وأما المكاتب فانه اذا ضمن ديننا على سيده — فان كان بغير ادته

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 للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله بإذن سيده على ما مضى من بياننا للحكمة وإن قلنا لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئاً 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 . واختلاف أصحابنا في رضا المضمون له ، فقال أبو علي الطاهري : يعتبر رضاه لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه كالتن 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 الجليل 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 علياً رضي الله عنه وأبا قتادة رضي الله عنه ضمنا عن الميت بحضرة النبي (ص) . والميت لا يمكن رضاه ، ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير إذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه . وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه ؟ فيه وجهان قال أبو علي

الطبري : يعتبر رضاه ، وهو قول أبي حنيفة كما سبق في شرح ترجمة الباب إلا في مسألة واحدة ، وهو إذا قال المريض لبعض ورثته ضمن عنى ديننا لفلان الغائب فضمن عنه بغير إذن المضمون له وإن لم يسم الدين استحسانا ، لأنه إثبات ملك لأدمي فلم يصح الا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء له

فقولنا لأدمي ، احتراز كما قلنا من النذر . وقال أبو العباس بن مريج يصح من غير رضاه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، وبه قال أبو يوسف لأن عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما ضمنا الدين بحضرة النبي (ص) بغير رضا المضمون له ولأن الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر الى رضا من له الوثيقة ، كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وإن لم يرض المشهود له .

وأما معرفة الضمان للمضمون له والمضمون عنه فهل يفتقر الى ذلك فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما ، وإنما يضمن بالاسم والنسب ووجه 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 لبيته النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة الى معرفة ما سوى ذلك .

(والثاني) أنه لا يصح حتى يعرف الضمان عينهما : لأن معاملته المضمون له فلا بد من معرفته بعينه ليعلم هل هو أهل لأن يسدى اليه الجليل أم لا .

(والثالث) أنه يفتقر الى معرفة عين المضمون له لأن معاملته معه ، ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه ، لأنه لا معاملة بينه وبينه

قال المحاملي فإذا قلنا بهذا افتقر الى قبوله ، فإن قيل لزوم الضمان وإن رد بطل ، وإن رجع الضمان قبل قبول المضمون له صح رجوعه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضمانا ، لم يجز حتى يعين الضمان ، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن ، كما يختلف باختلاف

ما يردن من الرهون : وإن شرط أن يضمه ثقة لم يجوز حتى يعين ، لأن الثقات يتفاوتون ، فإن لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار ، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط ، فثبت له الخيار ، كالم شرط له رهنا ولم يف له بالرهن .

وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين ، لأن الاغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فإن عين له شاهدين فهل يجوز إبداهما بغيرهما ؟ فيا وجهان (أحدهما) لا يجوز ، كما لا يجوز في الصنمان (والثاني) يجوز ، لأن الغرض لا يختلف .

(الشرح) الأحكام : إذا باع رجل من غيره شيئاً بشمن في ذمته بشرط أن يضمه له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط ، لأن الحاجة تدعو إلى شرط الضمين في عقد البيع ، فإن لم يضمه له الضمين المعين ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، لأنه إنما دخل في البيع بهذا الشرط ، فإذا لم يف له المشتري بالشرط ثبت للبائع الخيار . وإن أتاه المشتري بضمين غير الضمين المعين لم يلزم البائع قوله 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 يضمه له بالثمن معه لم يصح الشرط وبطل البيع لأن الثقات يتفاوتون ، وإذا كان الشرط مجهولاً بطل البيع (فرع) وإن باعه سبعة بشمن بشرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين وكان عليه أن يشهد له شاهدين عدلين ، لأن الاغراض 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 نسخ البيع ، كما قلنا في الضمين المعين (والثاني) يلزم قبول ذلك ولا خيار له لأنه لا غرض له في أعيان الشهود إذا حصلت العدالة ، ولهذا قلنا لا يبد في شرط الضمين من تعيينه وفي الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وإن كانا غير معينين . والذي يقتضيه

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 ، لأن للبائع غرضاً في الاستيثاق بالشهادة خوفاً أن يستحوذ عليه المبيع فيرجع بالثمن على البائع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرض الجنابة وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن ، وأما مالا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أدائه فلم يلزم ضمانه ، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه ، لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه ، وفي مال الجمالة والثن في مدة الخيار ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه آدين الكتابة (والثاني) يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجمالة لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجمالة لا يلزم بحال .

فأما المسال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان (أحدهما) أنه كالإجارة فيصح ضمانه (والثاني) أنه كالجمالة فيكون في ضمانه وجهان

(الشرح) الاحكام قال أصحابنا : الحقوق على أربعة أصنرب

(أحدها) حق لازم كالثمن في الذمة بعد قبض المبيع ، والاجرة في الذمة بعد انقضاء الإجارة ومال الجمالة بعد العمل ، والمهر بعد الدخول وعوض القرض وقيم المتلفات فهذا يصح ضمانه لأنه دين لازم مستقر

(الصنرب الثاني) دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول ، وثن المبيع قبل قبض المبيع والاجرة قبل انقضاء الإجارة ودين السلم ، فإذا يصح ضمانه أصنربنا وقال احمد رضى الله عنه في إحدى الروايتين لا يصح ضمان المسلم فيه .

لأنه 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 يتول إلى اللزوم ، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأن المكاتب يملك إسقاطه بتمجيز نفسه فلا معنى لضمائه ، ولأن ذمة الضامن فرع لذمة المضمون ، فإذا لم يلزم الاصل لم يلزم الفرع ، ومن حكم الضمان أن يكون لازماً ، وإن كان على المكاتب دين لأجنبي صح ضمانه لأنه دين لازم عليه ، وإن كان عليه لسيد دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لأنه يجبر على أدائه (والثاني) لا يصح ضمانه لأنه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لسيد

قال العمراني : وأصلهما الوجهان هل يستدام ثبوت الدين في ذمته لسيد بعد أن يصير ملكاً له ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يستدام ثبوته صح ضمانه ، وإن قلنا : لا يستدام ثبوته لم يصح ضمانه . الضرب الرابع : دين غير لازم إلا أن يؤل إلى اللزوم ، وهو مال الجمالة قبل العمل بأن يقول : من رد ضائتي فله دينار ، فإن أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح ، فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لقوله تعالى : قالوا ننفق صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، فضمن المنادي مال الجمالة ، وحمل البعير معلوم . (والثاني) لا يصح ، لأنه دين غير لازم فلا يصح ضمانه ، كمال الكتابة ، ومن قال : لم يضمن المنادي ، وإنما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير ، وأن الملك قال : وأنا به زعيم .

وأما ضمان ثمن المبيع في مدة الخيار فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه وجهان ، كمال الجمالة قبل العمل ، ومنهم من قال يصح ضمانه وجهاً واحداً لأنه يؤل إلى اللزوم ، ولأن الثمن قد لز ، وإنما له إسقاطه بالفسخ بخلاف مال الجمالة ، فإنه لا يلزم بحال .

(خرج) وأما مال السبق والرمي بعد العمل فيصح ضمانه ، لأنه دين لازم

مستقر ، فهو المهر بعد الدخول ، وأما قبل العمل فإن كان المخرج للسبق أحدهما أو أجنبيا فهل يصح ضمانه : فيه وجهان ، كما في الجمالة ، وإن كان مال السابق منهما وبينهما محال ، فإن قلنا إن ذلك كالإجارة صح ضمانه ، كضمان الإجارة قبل انقضاء مدة الإجارة ، وإن قلنا : إنها كالجمالة كان في ضمان المال عنها : أو عن أحدهما ، وجهان كمال الجمالة .

(فرع) وأما أرش الجناية والدية — فإن كان دراهم أو دنانير — مثل أن جنى على عبد أو كانت الإبل معدومة ، فأوجبنا قيمتها وكانت معلومة ، أو قلنا يجب ألف مثقال . أو اثني عشر ألف درهم صح ضمانها . وإن كان الواجب الإبل . 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 والتسكين من الاستمتاع ، فقال في القديم : يجب بالعقد ، وإنما يجب استيفاؤها يوماً بيوم فعلى هذا يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة ، ولكن لا يضمن إلا نفقة المعسر . وإن كان الزوج وقت الضمان موسراً ، لأن نفقة المعسر متحققة ، وما زاد على ذلك مشكوك فيه .

وقال في الجديد : لا تجب النفقة إلا بالمقد والتسكين 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 بمقد لادى فلم يجوز مع الجمالة ، كالثمن في البيع : وفي إبل الدية وجهان .
(أحدهما) لا يجوز ضمانه ، لأنه مجهول اللون والصفة (والثاني) أنه يجوز

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

(الشرح) الاحكام : لا يصح ضمان مال مجهول ، وهو أن يقول ضمنت لك
 ما تستحقه على فلان من الدين ، وهو لا يعلم قدره ، وكذلك لا يصح ضمان مالم
 يجب ، وهو أن يقول : ضمنت لك ما تداين فلاناً ، وبه قال الليث وابن أبي ليلى
 وابن شبرمة والثوري وأحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح ضمان المجهول ، وضمان مالم يجب ، وقال
 أبو العباس بن سريج : وهو قول الشافعي في القديم كما قال الشافعي في القديم :
 يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبلة ، وهذا ضمان مالم يجب ، وضمان
 مجهول وهو طريقة الحراسانيين 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 مستقبلة ؛ فأنما أجازها 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 عن غصب من رجل شيئاً مجهولاً ، وقولنا بعقد ، احتراز عن أتلف على
 غيره مالا أو وطىء 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 : ضمنت لك من
 درهم إلى عشرة . وقولنا لا يصح ضمان المجهول ، فهل يصح هذا ، فيه قولان .
 (أحدهما) قال : وهو الأشهر - : يصح ، لأن جملة ما ضمن معلومة (والثاني)
 وهو الأقويس أنه لا يصح ، لأن مقدار الحق مجهول .

(فرع) فأما إذا قال الرجل لغيره ضمنت لك ما تطىء وكيلي وما يأخذ منك
 فإن يلزمه ذلك ، لا من جهة الضمان ، وإنما من جهة التوكيل ، وذلك أن يد
 الوكيل يد الموكل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط ، لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد ، فلم يجوز تعليقه على شرط كالبيع . وان قال : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه صح فاذا ألقاه وجب ما ضمنه . لأنه استدعاء إتلاف بمعرض لغرض صحيح . فأشبهه إذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف ، وان قال : بع عبدك من زيد بخمسةائة ولك على خمسةائة أخرى فباعه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح البيع : ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابله - إزالة الملك فأشبهه إذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف .

(والثاني) لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجوز ، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق ، فان ذلك بذل مال لغرض صحيح ، وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق

(الشرح) الاحكام : لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر فقد ضمن 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 النفاة 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 صحيحا لحسم نزاع أو درء مضارة صح الضمان . وكذا لو قال : أعتق عبدك بمائة على ؛ فإن ذلك غرض صحيح لأن فيه فكاكاً لآدمي من الرق وهو قرينة إلى الله تعالى ومقصود من مقاصد الشريعة السمحة ، فان قال لرجل : بع عبدك من زيد بألف وعلى لك خمسةائة فباعه . قال الصيدلاني

وقاله في العقد . فهل يصح العقد ؟ فيه وجهان لأبي العباس بن سريج . أحدهما
 يصح البيع ويستحق البائع على المشتري خمسمائة وعلى المستدعي خمسمائة ، لأنه
 مال بذله في مقابلة إزالة ملكه فيصح

والثاني : لا يصح . ولا يستحق على الباذل شيئا لأن 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 وبناظر
 فإن ضمن قبل المبيع لم يلزمه لأنه ضامن قبل الوجوب ، وإن ضمنه بعده لزمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يضمن الدين الحال الى أجل لأنه رفق ومعروف
 فكان على حسب ما يدخل فيه ، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلا

(والثاني) لا يجوز ، لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن

يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا

(الشرح) الاحكام : اذا كان لرجل على غيره دين حال فصنمته عنه ضامن
 الى أجل معلوم صح الصنمان وكان الدين معجلا على المضمون مؤجلا الى
 الصنمان ، لان الصنمان رفق ومعروف ، فكان على حسب الشرط ، وكذلك
 اذا كان الدين مؤجلا الى شهر ، فصنمته عنه صنمان مؤجلا الى شهرين كان
 مؤجلا على المضمون عنه الى شهر وعلى الصنمان الى شهرين ، فان قيل فعندكم
 الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على هذا الصنمان ؟

فالجواب أن الدين لم يثبت على الصنمان حالا ، وإنما ثبت عليه مؤجلا ،
 والدين يتأجل في ابتداء ثبوته ، وان كان الدين على رجل مؤجلا فصنمته
 ضامن حالا أو كان مؤجلا على من هو عليه الى شهرين فصنمته عنه صنمان
 الى شهر ففيه ثلاثة أوجه حكاهما المحاملي وابن الصباغ

(أحدهما) يصح الصنمان ويلزم الصنمان تعجيل الدين دون المضمون عنه
 لأنه ضمن له ديناً بعقد فكان على حسب ما ضمنه ، كما لو ضمن المعجل مؤجلا .

(والثاني) لا يصح الضمان ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه (والثالث) يصح الضمان ولا يلزمه التمجيل كأصله .

إذا ثبت هذا فضمن الحال مؤجلات الضمان ، حل عليه الدين ووجب دفع ذلك من تركته ، ولو لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الأجل . وقال زفر : يرجعون عليه في الحال ، لأنه 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 الأجل ، 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 ، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون ، وأنه لا حظ له في العقد ، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة . وآخرها غرامة

(الشرح) الأحكام : 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 والسلام .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويبطل بالشرط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فيبطل

بالشرط الفاسد كالبيع ، وان شرط ضماننا 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 ، لأنه عقد يبطل
بجمالة المال فيبطل بالشروط الفاسدة كالبيع وفيه احتراز من الوصية ، فإن قال
بعثتك سيارتي بألف على أن يصنم لي فلان عليك على أنه بالخيار ، فهذا شرط
يفسد الضمان ، وهل يفسد البيع في السيارة بذلك ، فيه قولان كالأولين فيمن
شرط رهنا فاسدا في بيع ؛ وقد سبق توجيهها في الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب بالضمان الدين في ذمة الضمان ولا يسقط عن المضمون
عنه ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال : توفي رجل منا فأتينا النبي
صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ، قلنا ديناران
فتحملهما أبو قتادة ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ، قال إنما مات أمس
ثم أعاد عليه بالغد ؛ قال قد قصصنيتهما ، قال الآن بردت عليه جلده ، ولأنه وثيقة
بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن ، ويجوز للمضمون له مطالبة
الضمان والمضمون عنه ، لأن الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبة ، فإن
ضمن عن الضمان ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول ،
وان ضمن المضمون عنه عن الضمان لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضمان
فرع ، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعا والفرع أصلا ، ولأنه يضمن ما في ذمته
ولأنه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته .

(الشرح) حديث جابر رضى الله عنه وانفذه ، توفي رجل ففلسناه وحنطناه
وكفناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلي 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 وبرى .

منه الميت ، قال نعم . فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟
إنما مات أمس . قال فعاد اليه 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 .

وفي قوله « أتينا به النبي صلى الله عليه ، زاد الحاكم ، ووضعناه حيث توصلح
الجنائز عند مقام جبريل عليه السلام ،

قوله « فانصرف ، لفظ البخارى فى حديث أبي هريرة : فقال النبي صلى الله
عليه وسلم « صلوا على صاحبكم ، وقد سبق لنا تخريجه . وكذلك حديث
سليمة بن الأكوع .

أما الأحكام : فإنه اذا ضمن عن غيره ذمنا تعلق الدين بذمة الضامن ولا
يبرأ المضمون عنه بالضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأهل العلم . وقال ابن
أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور : تبرأ ذمة المضمون عنه
بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم
« لا بى فتادة رضى الله عنه : حق الغريم عليك والميت منه برى . قال نعم ، وقوله
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 ، ولأن الضمان وثيقة بدين ، فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن
الذمة كالرهن والشهادة .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا بى فتادة رضى الله عنه » والميت منه برى ،
يريد به من الرجوع فى 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 لأجل ما عليه من الدين فلما ضمنها عنه فك رهانه لصلاة النبي
صلى الله عليه وسلم ، لأن صلواته 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 تمذرت مطالبة

المضمون عنه ، دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما ، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالمضامين .

(فرع) قال العمراني في البيان : فإن ضمن عن الصامن ناصم أجنبي صح الصمان لأنه دين لازم عليه كالصمان الأول ، وإن ضمن عن الصامن المضمون عنه لم يصح ضمانه ، لأن الصمان يستفاد به حق المطالبة ، ولا فائدة في هذا الصمان لأن الحق ثابت في ذمته قبل الصمان ، ولأن الصامن فرع المضمون عنه فلا يجوز أن ينقلب الأصل فرعا والفرع أصلا . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ضمن عن رجل ديننا بغير إذنه لم يجوز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه ؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه ، وإن ضمن بإذنه نظرت ، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه ، لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طوب

وإن لم يطالب فقيه وجهان (أحدهما) له أن يطالبه ، لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه لجاز له المطالبة بتفريع ذمته ، كما لو أعاره عينا ليرهنها فرهنها (والثاني) ليس له ، وهو الصحيح ، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرّم لم يطالبه قبل أن يطالب ، ويخالف إذا أعاره عينا ليرهنها فرهنها لأن عليه نصرا في حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا نصر عليه في دين في ذمته لا يطالب به ، فإن دفع المضمون عنه مالا إلى الصامن وقال : خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ، فقيه وجهان

(أحدهما) يملكه ، لأن الرجوع يتعلق بسببين : الصمان والغرم ، وقد وجد أحدهما لجاز تقديمه على الآخر ، كما يخرج الزكاة قبل الحول ، وإخراج الكفارة قبل الحنث ، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض ، وإن أبرئ من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا ملك النصاب قبل الحول

(والثاني) لا يملك لأنه أخذه بدلا عما يجب في الثاني فلا يملكه ، كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فإن ملك ضمنه لأنه قبضه على وجه البذل فمنه كالمقبوض بسوم البيع

(الشرح) الأحكام: إذا ضمن الرجل ديناً عن رجل آخر تغير إذنه لم يكن للمضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلهذا تخليصه ، وإن ضمن عنه بإذنه ، فإن طالب المضمون له الضمان بالحق كان للمضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه لأنه دخل في الضمان بإذنه ، وإن لم يطالب المضمون له الضامن فهل للضامن أن يطالب عنه ؟ قال الشيخ أبو حامد نظرت فإن قال أعطى المال الذي ضمنته عنك ليكون عندي حتى إذا طالبني المضمون له أعطيته ذلك ، لم يكن له ذلك ، لأنه لم يغرم

وإن قال خلصني من حق المضمون له وفك ذمتي من حقه ، كما أوقعتني فيه فهل له ذلك . فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فكان له مطالبته بتخليصه كما لو استعار كتاباً أيرهنه فلهذا فالمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين وفك الرهن عن الكتاب .

(والثاني) ليس له ذلك ، لأنه إذا لم يطالبه المضمون له ، فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته ، فلم يكن له مطالبته بذلك ، ويفارق الكتاب المرهون ، لأن على صاحب الكتاب يقع الضمير في كون الكتاب مرهوناً

قال المسمودي : وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج : هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان . على قواين . ولهذا خمس فوائد . إحداهن هذه المسألة المتقدمة . الثانية : إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مال الضمان عوضاً عما سيفرم فهل يملك الضامن ، فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين بالضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما لحاز تقديمه على الآخر ، كماخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول ؛ فعلى هذا إذا قضى الحق استقر ملكه على ما قبض ، وإن أبرأه من الدين قبل القضاء وجب رده ما أخذ (الثاني) لا يملك ما قبض لأنه أخذه بدلا عما يجب في الثاني فلا يملكه ،

كما لو دفع اليه شيئا عن بيع لم يعقد ، فعلى هذا يجب رده ، وان تلف نصمته لانه قبضه على وجه البدل فذمته كالمقبوض بسوم البيع .
(الفائدة الثالثة) لو أبرأ الصان المضمون عنه عما سيفرم ، هل يصح . على الوجهين .

(الفائدة الرابعة) لو ضمن الصان ضمانا عن المضمون عنه ؛ هل يصح فيه وجهان ، وعلى قياس هذا اذا رهن المضمون عنه الصان بما ضمن عنه ، هل يصح . على الوجهين .

(الفائدة الخامسة) لو ضمن في الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه ضمانا معيننا بما ضمن هل يصح ، على الوجهين .
وعلى قياس هذا إذا ضمن عنه باذنه بشرط أن يرهنه رهنا معلوما هل يصح على الوجهين ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قبض المضمون له الحق من المضمون عنه ، برىء الصان لانه وثيقة بحق فأنحلت بقبض الحق كالرهن ، وان قبضه من الصان برىء المضمون عنه ، لانه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين ، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن . وان أبرىء المضمون عنه برىء الصان ، لان الصان وثيقة بالدين ، فاذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة ، كما ينحل الرهن اذا أبرىء الرهن من الدين ، وان أبرىء الصان لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراه إسقاط وثيقة من غير قبض ؛ فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن .

(الشرح) الاحكام : اذا قبض المضمون له حقه من المضمون عنه برىء الصان ، لأن الصان وثيقة بالحق فأنحلت باستيفاء الحق ، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن فان قبض الحق من الصان برىء المضمون عنه لانه قبض الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الحق كالمرتهن اذا استوفى حقه من ثمن الرهن

وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه ، برى المضمون عنه وبرى الضامن ، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فإذا برى الأصل برى الفرع .
وإن أبرأ الضامن برى الضامن ولم يبرأ المضمون عنه كالمترن إذا أسقط حقه من الرهن فإن الراهن لا يبرأ

قال المسعودى 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 الثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك ، فإذا قبض المضمون له الحق حقه من أحدهم برى الجميع ، لأنه قد استوفى حقه . وإن أبرأ المضمون له المضمون أولاً برئوا جميعاً ، وإن أبرأ أحد الضامنين برى وبرى 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 برى 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 بآذن المضمون عنه وقضى بآذنه رجع عليه ، لأنه أذن له في الضمان والقضاء ، وإن ضمن بغير آذنه وقضى بغير آذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع ، وإن ضمن بغير آذنه وقضى بآذنه ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال يرجع لأنه قضى بآذنه ، والثاني لا يرجع وهو المذهب ، لأنه لزمه بغير آذنه فلم يؤثر آذنه في قضائه ، وإن ضمن بآذنه وقضى بغير آذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه ، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، لأنه اشتغلت ذمته بالدين بآذنه فإذا استوفى منه رجع ، كما لو أعاره مالا فرهنه في دينه وبيعه في الدين
وقال أبو إسحاق إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قصاه باختياره . وإن لم

يمكنه رجوع لآئنه قضاءه بغير اختياره ، وان أحاله الضامن على رجل له عليه دين برمت ذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً . وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا يصبح برىء الضامن ، لأن الحوالة تحول ما ضمن ، ولا يرجع على المضمون عنه . لأنه لم يفرم ، فان قبضه منه ثم وهبه له ، فهل يرجع على الضامن ، فيه وجهان بناء على القوانين في المرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول .

(فصل) وان دفع الضامن الى المضمون له ثوبا عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجوع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين ، فان كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة ، لأنه لم يفرم ، وان كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به ، وان كان الدين الذي ضمنه مؤجلا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل

(الشرح) الاجكام : اذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه . فيه أربع مسائل

إن قال اضمن عنى هذا الدين أو أنفذ عنى رجوع عليه ، وان قال اضمن هذا الدين أو أنفذ هذا الدين ولم يقل عنى لم يرجع عليه ، الا 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 انه 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 اذنها فصلى عليهما النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابي قتادة الآن بردت

عليه جلدہ ، فلو كان اذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلدہ ،
ولانه ضمن عنه بغير اذنه وقضى عنه بغير اذنه فلم يرجع . كما لو علف دوابه
أو أطعم خادمه .

(الثالثة) اذا ضمن بغير اذنه ثم قضى باذنه فهل يرجع عليه ، فيه وجهان
أحدهما لا يرجع عليه وهو المذهب ، لانه لزمه بغير اذنه وأمره بالقضاء انه صرف
الى ما وجب عليه بالضمان ، والثاني 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 المسعودى والصيمرى الا أن الاصح ههنا أن يرجع ، والاصح فى الاولى
أن لا يرجع ، والفرق بينهما أن فى الضمان وجب فى ذمته بغير اذنه ، وفى القضاء
لم يتعلق الحق بذمته ، بل حصل القضاء باذنه . وان قال اقض الدين ولم يقل عنى
فان قلنا لا يرجع عليه فما هنا أولى أن لا يرجع ، وان قلنا هناك يرجع فما هنا فيه
وجهان حكاهما الصيمرى الصحيح لا يرجع

وان قال اقض عنى دينى لترجع علىّ فقضى عنه رجع عليه وجهها واحداً لقوله
صلى الله عليه وسلم : المذمنون عند شروطهم ،

وان قال اقض عن فلان دينه فقضى عنه ؛ قال المسعودى لم يرجع عليه وجهها
واحداً لانه لا غرض عليه فى ذلك

(الرابعة) اذا 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

(والثانى) لا يرجع عليه لانه أسقط الدين عنه بغير اذنه فلم يرجع عليه .
كما لو ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه

(والثالث) وهو قول أبي اسحاق ان كان الضامن مضطراً الى القضاء مثل أن
طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع
الضامن لانه مضطراً الى القضاء . وان كان غير مضطراً الى القضاء ، مثل أن كان

المضمون عنه حاضراً أو مسراً يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان ، فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء ، 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 كالتبضع

وإن أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه — وقلنا يصح برىء الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء في الحال لأنه لم يفرم شيئاً ، فان قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه على الضامن رجح الضامن على المضمون عنه

وان أبرأ المحتال المحال عليه من مال الحوالة لم يرجع المحال عليه على المحيل وهو الضامن بشيء ، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرم 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 طلقتها قبل الدخول

(فرع) اذا كان لرجل على رجلين ألف دينار على كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فدين له الدين أن يطالب بالآلف من شاء منهما ؛ فان قبض من أحدهما ألفاً برئاً جميعاً ، وكان للدافع أن يرجع على صاحبه بخمسمائة ان ضمن باذنه وقضى باذنه .

وان قبض من أحدهما خمسمائة ، فان قال الدافع خذها عن التي على لك أصلاً لم يرجع الدافع على صاحبه بشيء ، وان قال خذها عن التي ضمننت برئاً عنها وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى

وان دفعها اليه وأطلق ، فاختلفت الدافع والقابض فقال الدافع دفعتهما وعيبتها عن التي ضمننتها أو نويتها عنها ، وقال المضمون له بل عيبتها أو نويتها عن التي هي أصل عليك ، فالقول قول الدافع مع يمينه لانه أعلم بقوله ونيته

وان اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما ولا نواها ؛ ثم اختلفا في جهة صرفها ، ففيه وجهان (أحدهما) يصرف اليها نصفين

(والثاني) للدفع أن يصرفها الى أيهما شاء . وقد مضى دليل الوجهين في الرهن . وان أبرأه المضمون له عن خمسمائة واختلفا فيها وقعت عليه البراءة . ففي هذه المسائل القول قول المضمون له فيما أبرأ عنه : اختلفا في تعيينه أو نيته وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) ينصرف اليهما (والثاني) بعينه المضمون له فيما شاء .

(فرع) اذا ضمن عن غيره ألف درهم . قال العمراني في البيان وكانت هذه الألف مكسرة فدفع اليه ألفاً صحاحاً في موضع يثبت له الرجوع على المضمون عنه فانه لا يرجع عليه بالصحاح لانه تطوع بتسليمها وانما يرجع بالمكسرة ، قال وان ضمن عنه ألف درهم صحاحاً فدفع ألفاً مكسرة لم يرجع الا بالمكسرة لانه لم يغرم غيرها ، وان صالح الضامن عن الألف على ثوب ففيه وجهان

(أحدهما) وهو المشهور أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الامر من قيمة الثوب أو الألف ، 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 الألف لم يرجع بما زاد على الألف لانه متطوع بالزيادة عليه

والوجه الثاني حكاه المسعودي والشيخ أبو نصر المروزي أنه يرجع بالألف وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، كما لو اشترى رجل شقة بألف ثم أعطاه من الألف ثوباً يساوي خمسمائة فان المشتري يرجع على الشفيع بألف

وأما اذا صالح الضامن المضمون له عن الألف على خمسمائة وقلنا يصح . فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الألف كما لو أخذ بالألف ثوباً يساوي خمسمائة . قال المسعودي ولا يرجع الضامن على المضمون عنه الا بخمسمائة وجهها واحداً ، لانه لم يغرم غيرها

(فرع) اذا كان على مسلم لذي ألف درهم فضمن عنه ذمي ، ثم ان الضامن صالح المضمون له عن الدين الذي ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير . فهل يصح الصالح . فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح ولا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له لأنه متصل بحق المسلم .

(والثاني) يصح لأن المعاملة بين ذمتين ، فإذا قلنا بهذا فيهاذا يرجع الضامن على المسلم ، إن قلنا إنه إذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الأمرين ، لم يرجع ها هنا بشيء ، وإن قلنا يرجع بالالف يرجع ها هنا فيها أيضا .

(فرع) إذا ضمن عن غيره ديناً مؤجلاً بإذنه ثم إن الضامن عمل الدين المضمون له قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الأجل لنطوعه بالنأجيل ، فإذا ضمن رجل صداق امرأة فأداه اليها الضامن فارتدت قبل الدخول سقط مهرها .

قال المسعودي: وترد المرأة ما قبضت من الصداق الى الزوج ثم ترده الى الضامن (فرع) إذا ضمن رجل عن غيره ألف درهم بإذنه ، ثم ادعى الضامن أنه دفعها الى المضمون له وأنكر المضمون له ذلك ولم يكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، لأن الأصل عدم القبض ، فإذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء ، لأن حقه ثابت في ذمتها ، فإن أخذ الألف 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 أبي علي بن أبي هريرة إنه يرجع عليه لأنه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الألف فكان له الرجوع عليه . كالألو كان دفع بمحضرته

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق انه لا يرجع عليه بشيء وهو المشهور . ولم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني غيره ، لأنه يقول : إن دفعت فلم تدفع دفعا يبرئني من حقه ، لأنك لم تسقط عني بذلك المطالبة ، فلم تسحق علي بذلك رجوعا .

قال صاحب البيان : ويخالف إذا كان بمحضرته . فان المفروض هو المضمون عنه ، وإن كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين . إن قلنا لو صدقه كان له الرجوع

كان على المضمون عنه أن يخلف أنه ما يعلم أنه دفع . وإن قلنا لو صدقه لارجوع له عليه ، فلا يمين عليه .

وإن اختار المضمون له أن يرجع على الضامن فيرجع عليه برئت ذمة المضمون عنه والضامن ، وهل للضامن أن يرجع عن المضمون عنه إذا صدقه في دفع الأولة . إن قلنا بقول أبي علي بن أبي هريرة أن للضامن أن يرجع بالأولة على المضمون عنه إذا رجع المضمون له على المضمون عنه رجع الضامن ههنا بالالف الأولة على المضمون عنه ، ولا يرجع عليه بالثانية لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وإن قلنا بالشهود وأنه لا يرجع عليه في الأولة فهل يرجع ها هنا بشيء . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا يرجع عليه بشيء . أما الأولة فقد ذكرنا الدليل عليها . وأما الثانية فلا يرجع بها ، لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها ، فلا يرجع بها على غير من ظلمه .

(والثاني) يرجع عليه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهراً وباطناً فكان له الرجوع عليه كما لو دفع بالبينة ، فإذا قلنا بهذا فبأيتهما يرجع . فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي حامد الأسفراييني أنه يرجع عليه بالثانية ، لأن المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها في الظاهر

والثاني يرجع بالأولة لأن برائة الذمة حصلت بها في الباطن والثالث وهو قول ابن الصباغ : أنه يرجع بأقلهما لأنه إن كان قد ادعى أنه دفع في المرة الأولة ثوباً قيمته دون الف و في الثانية دفع الف ، فقد أقر بأن الثانية ظلمه بها المضمون له فلا يرجع بها على غير من ظلمه ، وإن كان يدعى أنه دفع في المرة الأولة ألف درهم ، وفي المرة الثانية ثوباً قيمته دون الف لم يرجع إلا بقيمة الثوب ، لأنه لم يستحق الرجوع بالأولة فلم يستحق إلا قيمة الثوب . فإن كان الضامن حين دفع الف الأولة بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على

الدفع ، فان كانت البيينة قائمة حكم بها على المضمون له ولم يقبل بيئته ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه

وإن كانت البيينة 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 حلت كان له أن يرجع على أبيهما شاء ، فإن رجع على المضمون عنه كان للضامن أن يرجع أيضا على المضمون عنه بالآلاف التي قد دفعها عنه ، لأنه قد اعترف أنه دفع عنه دفعا ببرئته ولا صنع له في تعذر الشهادة . وإن رجع المضمون له على الضامن لم يرجع بالثانية لأنه ظلمه بها ، وإنما يرجع بالاولى ما ذكرنا . وإن 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 مامضى في الاول من التفريع .

وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ثم بان أنهما كانا فاسقين ففيه وجهان (أحدهما) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرط في الإشهاد ، وليس عليه المعرفة في الباطن ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم ماتا (والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه أشهد من لا يثبت الحقوق بشهادته وإن أشهد شاهدا واحدا عدلا حراً ، فان كان موجودا حلف معه ، وكان كما لو أشهد عدلين وحكم بشهادتهما . وإن كان ميتا أو غائبا أو طرأ الفسق عليه . ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم فسقا لأنه دفع بحجته ، وإنما عدت كالشاهدين

(والثاني) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه فرط حيث اقتصر على بيينة مختلف في قبولها ؛ فهو كما لو لم يشهد .

وأما إذا دفع الضامن الآلاف الاول بمحض من المضمون عنه ؛ فان أشهد على الدفع فان كانت البيينة قائمة أقامها وحكم بها ، وإن كانت غير قائمة فعلى مامضى وإن لم يشهد فحلف المضمون له رجوع على من يشاء منها . وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه ، فيه وجهان . من أصحابنا من قال : حكمه حكم ما لو لم

يشهد ، فكان الدفع بعينه المضمون عنه على ما مضى ، لأنه فرط في ترك الإشهاد
ففسار الدفع بعينه المضمون عنه . لأنه فرط في ترك الإشهاد فصار كما لو دفع في
عين المضمون عنه .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يرجع عليه ، لأن المفرط في ترك الإشهاد
هو المضمون عنه .

وإن ادعى الضامن أنه دفع الحق الى المضمون له فأنكر ذلك المضمون له .
والمضمون عنه . ولم تكن هناك بيينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، فإن لم
يحلف ردت اليمين على الضامن ، فإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعى مع
نكول المدعى عليه . فإن قلنا إنه كالبيينة يرى 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 ، لأنه قد استقر باستيفاء الحق

وهل للضامن أن يرجع بشيء على المضمون عنه . فيه وجهان لابي العباس
ابن سريج (أحدهما) القول قول المضمون عنه مع يمينه ، ولا يرجع الضامن
عليه بشيء ، لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع ، فلم يقبل ، لأن الاصل عدمه ،
والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلم يقبل

(والثاني) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأن قبض المضمون له يثبت
مرة بالبيينة ومرة بالإقرار ، ولو ثبت القبض بالبيينة لرجع عليه . وكذلك اذا ثبت
بالإقرار ، والله تبارك وتعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح ضمان الدرك على المنصوص ، وخرج أبو العباس قولاً
آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع . وذلك مجهور ، والصحيح أنه
يصح قولاً واحداً ، لأن الحاجة داعية اليه لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق
عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع

رهنًا ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة ، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان ، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فعني عن الجمالة فيه ، كما عني عن الجمال بأساس الحيطان . ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمه ، وفي وقت ضمانه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يقبض البائع الثمن ، لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء ؛ وضمان ما لم يجب لا يصح

(والثاني) يصح قبل قبض الثمن ، لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع لجواز 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 ، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق ، فضمن كالمستحق .

(والثاني) لا يرجع لأنه 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 ، لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن ، كما لو كان شقفاً فأخذه الشفيق

(والثاني) يرجع لأنه 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 الأحكام : فإنه يصح ضمان المهد على المنصوص في الأتم ، وهو أن يشتري رجل عينا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن إن خرج المبيع مستحقاً ، وخرج أبو العباس بن سريج قولاً آخر أنه لا يصح . وبه قال ابن القاص ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولأنه ضمان مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعينه .

والصحيح أنه يصح ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا ، والشهادة لا تفيد لأن
 البائع قد يفلس فلا تفيد الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق المشتري به غير الضمان
 وأما قول ابن القاصر أنه ضمان ما لم يجب و ضمان مجهول فغير صحيح ، لأنه
 ان لم يكن المبيع مستحقا فلا ضمان أصلا ، وان كان مستحقا فقد ضمن الحق بعد
 وجوبه ، وإنما صح الضمان ها هنا مع جهالة ما يستحقه المشتري ، لأن الحاجة
 تدعو الى ذلك .

وقال أبو يوسف : اذا ضمن له العهد كان ضامنا لتسكبات الابقياع . وهذا
 ليس بصحيح ، لأن العرف قد صار في العهد عبارة من الدرك و ضمان الثمن
 فانصرف الإطلاق اليه ، فإذا قلنا يصح ضمان العهد صح بعد قبض الثمن وجم
 واحدا ، لأنه ضمان الحق بعد وجوبه ، وهل يصح ضمانه قبل أن يقبض البائع
 الثمن ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن الحاجة تدعو الى هذا الضمان قبل قبض الثمن ، كما تدعو
 اليه بعد قبضه .

(والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره : أنه لا يصح لأنه ضمان الحق قبل
 وجوبه . فلم يصح

قال ابن الصباغ : وألفاظه أن يقول : ضمننت عهدته 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 لأن التقدير على ذلك
 متى خرج مستحقا . قال ابن سريج : لا يضمن درك المبيع إلا أحق . إذا ثبت
 هذا فإنه اذا ضمن له عمدة دار اشتراها أو خلاصها فاستحققت رجع بالثمن على
 الضامن ، ان شاء الخلاص الحال يسلم اليه ، فتأول أصحابنا ذلك تأويلين

(أحدهما) أنه أراد خلاصك به (والثاني) أنه أراد وخلاصها ، وقد جاءت
 (أو) بمعنى الواو . قال تعالى « وأرسلناه الى مائة ألف أو يزيدون ، وقال تعالى
 « ولا تطع منهم آثما 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 اذا خرج مستحقا .
قال أصحابنا : فان هذا ضمان باطل بلا خلاف على المذهب . لأنه ضمان ما لم
يجب و ضمان مجهول ، فان قيد ذلك وقال : من درهم الى ألف لم يصح ، لأنه
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 أفر ذلك عن ضمان
العهدة لم يبطل البيع ولا ضمان العهدة ، بل يبطل ضمان خلاص المبيع و ضمان
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
تفريق الصفقة .

وإن شرط ذلك في البيع بأن قال : بعني هذه الارض بمائة دينار بشرط أن
يضمن لي فلان خلاصها ، وقيمة ما أحدثته فيها من بناء أو غراس إذا استحققت
فقال بعثك . أو كان هذا الشرط في زمان الخيار فسد البيع لأنه بيع بشرط فاسد
قال الشيخ أبو حامد : ويحىء فيه قول آخر أنه لا يبطل البيع اذا شرط ضمان قيمة
ما يحدث في الارض — كما قلنا فيمن شرط رهنا فاسداً في البيع — والاول أصح
(فرع) إذا ضمن رجل لرجل العهدة واستحق جميع المبيع على المضمون له
وقد دفع الثمن الى البائع فالمشترى بالخيار ان شاء طالب البائع بالثمن ، وان شاء
طالب به الضامن . وإن خرج بعضه مستحقا بطل البيع فيما خرج منه مستحقا
وكان للمشترى أن يطالب الضامن بثمن القدر الذي خرج منه مستحقا ، وهل
يبطل البيع في الباقي ؟ فيه قولان ، فإذا قلنا يبطل البيع أو قلنا لا يبطل إلا أن
المشترى اختار فسخ البيع فيه . فهل للمشترى 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 الثمن ما استحق ، فهذا ثمن ما لم
يستحق ، وإنما بطل البيع فيه لأنه لا يفرق الصفقة ، ويفسخه المشتري ،

وان وجد المشتري بالمبيع عيباً 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 وجهاً واحداً ، وكذلك إن حدث عند المشتري عيب وقد وجد به عيباً فله أن يرجع بالارش على الضامن ، لأن ضمائه يقتضى ذلك

وإن ضمن درك المبيع أو عهده لا غير : فهل له أن يرجع بالثمن على الضامن اذا وجد به عيباً . أو بالارش إن حدث عنده عيب آخر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يرجع عليه بالثمن ، لأن الثمن يرجع اليه 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 شقفاً فأخذ الشفيع

(فرع) فإن ضمن العهدة فإن أن البيع كان باطلاً بغير الاستحقاق فهل للمشتري أن يرجع بالثمن على الضامن . فيه وجهان حكاهما في الإبانة (أحدهما) يرجع به عليه ، لأنه رجع اليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع ، فصار كما لو استحق .

(والثاني) لا يرجع عليه به لأنه يمكنه أن يمسك العين المبيعة 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 شقفاً فأخذ الشفيع بالشفعة ، فإن المشتري لا يرجع بالثمن على الضامن ، لأن الثمن رجع اليه بمعنى حادث بعد العقد ولم يضمن الضامن إلا الثمن عند استحقاق المبيع

(فرع) قال المسعودي : لو اشترى رجل شيئاً بثمن وسله وضمن رجل للبائع نقصان الوزن أو رداءة الثمن ، فخرج الثمن ناقصاً أو رديئاً أو معيباً فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن ، وله أن يرد الرديء والمعيّب على المشتري ويطالب الضامن بالثمن ، اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب ، وقال في الدواوي والبيئات : إن كفالة البدن ضعيفة ، فمن أصحابنا من قال : تصح قولاً واحداً ، 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 الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة ابن مضرب قال صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل لمحمد الله وأنتى عليه وقال : أما بعد فوائقه لقد بع البارحة وما في نفسي على أحد اخنة وإنى كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة ، وكان أمرني أن آتبه بغلس فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة ، مسجد عبد الله بن النواحة : فسمعت مؤذنينهم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن مسيلمة رسول الله ، فكذبت سمعى وكففت فرسى حتى سمعت أهل المسجد قد تواطوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود ، على " بعبد الله ابن النواحة ، لحضر واعترف ، فقال له عبد الله : أين ما كنت تقرأ من القرآن قال : كنت أتقيكم به ، فقال له : تب فأبى ، فأمر به فأخرج إلى السوق لجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في بقية القوم ، فقال عدى بن حاتم : تؤولول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه .

وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس استنبتهم فان تابوا كفلهم عشائرهم فاستنابهم فتابوا ، وكفلهم عشائرهم ، ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد لجاز الكفالة به كالدين ، فإن قلنا : تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين ، لأنه حق لازم لا دعى فصحت الكفالة به كالدين ، وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به ، لأن الكفالة الاستيثاق وحق الله تعالى مبنى على الدرء والاسقاط : فلم يجز الاستيثاق بمن عليه ، وإن كان قصاصاً أو حد قذف ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تصح ، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به

كمن عليه حد الله تعالى . والثاني : تصح لأنه حق لأدنى مجازات الكفالة بيدن من عليه كالدين . ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة بيده ، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(الشرح) حديث أبي إسحاق السبيعي أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب — وهو بقشديد الراء المكسورة — العبدى الكوفى ، وهو ثقة من الطبقة الثانية ، وقد غلط من نقل عن المدينى أنه تركه . هكذا فى التهذيب لابن حجر : أنه أتى عبد الله بن مسعود فقال : ما بينى وبين أحد من العرب حنة ، وإنى مررت بمسجد لبنى حنيفة فإذا هم يؤمنون بمسيلمة ، فأرسل إليهم عبد الله فجىء بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لولا أنك رسول لضربت عنقك ، فأنت اليوم لست برسول ، فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه فى السوق ، ثم قال : من أراد أن ينظر إلى ابن النواحة قتيلا فى السوق ،

وترجع قصة بن النواحة هذا إلى أيام النبي صلى الله عليه وسلم حين أرسله مسيلمة مع آخر هو بن أنال — بضم الهمزة بعدها مثلثة — فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتشهدان أنى رسول الله . قالوا نشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : آمنت بالله ورسوله ، ولو كنت قاتلا رسولاً لقتلتكما . قال عبد الله : فضت السنة أن الرسل لا تقتل رواه أحمد وأبو داود . والحاكم والنسائى مختصراً من حديث عبد الله بن مسعود ، وليس فى رواية من الروايات أن ابن النواحة قد أسلم ، وإنما كان هناك من الصحابة عندما أعلن مسيلمة كذوبته من انضمام إليه وارتد عن الإسلام ، مع أنه كان من حفاضة القرآن هو الفقيه الحوان الاثيم ، القارىء للقرآن الرجال بن عترة . وقد كان على مقدمة جيش مسيلمة حين هاجمهم المسلمون بقيادة خالد بن الوليد ، وقد قتل فى هذه المعركة ومجى الله به الى النار

أما ابن النواحة فعليه كان قد أسلم ثم ارتد مع مسيلمة ثم ظل على ولائه لمسيلمة 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 لفرسه ذكراً من بني حنيفة . وقد انفق مع صاحب الفرس الذكراً أن يأتيه بغلس فأتته إلى مسجد القوم وكان الذي بناه عبد الله بن النواحة ، فسرع المؤذن يشهد لمسيمة بالرسالة ، حتى إذا استيقن عبد الله من هذه المذاجاة المذهلة واستوضحه فاعترف ، وكان رأى الصحابة الذين استشارهم أن يؤلول كافر — والثؤلؤل بضم التاء وإسكان الهمزة والثؤلؤل أورام خبيثة تظهر كالدرن في الجسم — قد أطلع رأسه ويجب أن يحسم قوله : عدى بن حاتم الطائي ؛ وكان ممن ثبت على الإسلام في الردة وحضر فتوح العراق ، وحارب مع علي ومات سنة ثمان وستين ، وكان أبوه مضرب المثل في السكرم .

قوله : جرير بن عبد الله هو ابن جابر البجلي صحابي مشهور ويكنى أبا عمرو ، ويقال له : الشليل بن مالك من ولد انمار بن نزار ، ولم يختلف النسابون أن بجيلة أمهم نسبوا إليها ، وهي بجيلة بنت صعيب ، وكان جرير سيد قبيلته ، وكان إسلامه في العام الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد قال هو عن نفسه انه أسلم قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم بأربعين يوماً . وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه . وفي جرير قال الشاعر :

لولا جرير هلكت بجيلة نعم الفتي وبئست القبيلة

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ما مدح من هجى قومه . وكان عمر يقول : جرير بن الله يوسف هذه الأمة ، يعني في حسنه . وكان جرير رسول علي بن أبي طالب إلى معاوية لحبسه مدة طويلة . روى عنه أنس بن مالك وقيس ابن أبي حازم وهمام بن الحارث والشعبي . وروى عنه بنوه عبيد الله والمنذر وإبراهيم . وأما الأشعث بن قيس فقد ساق نسبه ابن منبده وأبو نعيم هكذا : الأشعث بن قيس بن معديكرب بن معاوية بن ثعلبة بن عدى بن ربيعة الكندي وكنيته أبو محمد .

وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا

ستين راكباً فأسلموا . وقال الأشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت منا فقال نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننتفي من أئينا ، فكان الأشعث يقول : لا أوتى بأحد ينفي قريشاً من النضر بن كنانة إلا جلده . ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد الى اليمن شهد اليرموك وفتت عينه ، ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء وناهوند ، وسكن الكوفة وشهد صفين مع علي ، وكان ممن أزم علياً بالتحكيم ، وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن علي تزوج ابنته ، فقيل هي التي دس السم له فمات منه . روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبي حازم وأبو وائل . وقد نزل في الأشعث بن قيس قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ، الآية . لأنه خاصم رجلاً في بئر ، توفي سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن علي .

وقال ابن منده : هذا وهم ، لأن الحسن لم يكن بالكوفة ، وإنما كان قد سلم الأمر الى معاوية ثم رجع الى المدينة . ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفي بعد علي 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 قولاً واحداً ، وقوله في الدعوى والبيئات ضعيف ، يريد في القياس ، وهو قوى في الأثر ، وذهب المزني وأبو إسحاق الى أن المسألة على قولين (أحدهما) لا يصح لأن الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد ، ولأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها .

فقوله « في الذمة » احتراز من البائع فانه يضمن العين المبيعة في يده لا في ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها في ذمته وقوله « بعقد » احتراز من الغاصب ، فإنه يضمن العين المغصوبة في يده وفي ذمته

والقول الثاني : أن الكفالة بالبدن صحيحة ، وهو قول شريح والشعبي ومالك وأبي حنيفة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن وأحمد رضي الله عنهم . وهو الصحيح لقوله تعالى : « فخذ أحدهما مكانه إنا نراك من المحسنين » ، ولحديث عبد الله بن مسعود الذي استشار في الذين كانوا يضجون في مسجدكم بمسيلة استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأشار عليه جرير بن عبد الله والأشعث ابن قيس أن يستأبوا ويتكفل بهم عشائرم ، فاستأبوا فتأبوا وكفاهم عشائرم فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم ؛ إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك ؛ وإن كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موصفا تصح فيه الكفالة بالبدن ، إلا أن عبد الله بن مسعود رضي 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 بيدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين ، لأنه لازم فصحت الكفالة بيدن من عليه كالدين .

(فرع) وأما الكفالة بيدن من عليه جلد . فإن 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 بيدن من عليه

(والثاني) لا ، لأن الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات . وإن كان الحد للآدمي كحد القذف والقصاص ، فهل تصح الكفالة بيدن من عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تصح ، لأنها لا تصح الكفالة بما عليه من الحق . فلم تصح الكفالة بيدنه . كمن عليه حد الزنا

(والثاني) تصح الكفالة بيدنه لأن عليه حقا لآدمي فصحت الكفالة بيدنه ، كما لو كان له عليه دين

(فرع) وإن تكفل بيدن مكاتب السيدة لأجل مال الكتابة لم يصح ، لأن الحق الذي عليه غير لازم له فلم تصح الكفالة . قال ابن الصباغ : وإن تكفل بيدن صبي أو مجنون صحمت الكفالة لأن الحق يجب عليهما ، وقد يحتاج إلى

إحضارها للشهادة عليها الإلتاف . وأن رهن رجل شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل عليه بتسليمه لم يصح ، لأن تسليمه غير لازم له فلم تصح الكفالة به . وإن ادعى على رجل حقا فأنكره جازت الكفالة بيده ؛ لأن عليه حق الحضور ، والكفالة واقعة على إحضاره .

(فرع) إذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل كانت الكفالة لازمة على الذى باشر الكفالة دون الأمر ، لأن المتكفل فعل ذلك باختياره . والأمر بذلك حث على المعروف . وهكذا فى الضمان مثله . والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان ، قال أبو العباس : لا تصح الكفالة بيده لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين ، فإذا كان مجهولا لم تمكن المطالبة (والثانى) أنه تصح ، وهو المذهب ، لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين .

(فصل) وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين

(الشرح) الأحكام : 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 ، لأن الكفالة وثيقة بالحق ؛ فإذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن

دليلنا أنه تكفل بيده لا يدينه فلم يلزمه ما عليه من الدين ، كما لو غاب ، ويفارق الرهن لأنه علق به الدين فاستوفى منه وها هنا لم يتكفل إلا بإحضاره . وقد تعذر إحضاره بموته . فإذا قلنا بالمذهب صححت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل ، وإن قلنا بقول أبي العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل

(فرع) وإن تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فدأبه الحق الذى عليه

أو قال على كذا وكذا لم تصح الكفالة ولم يجب عليه المال المضمون به ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم يحضره عليه المال دليلنا أن هذا حظر فلم يجوز تعليق الضمان عليه ، كما لو قال : إن جاء المطر فأنا ضامن بيده ، وإن قال تكفلت لك بيدن زيد على إن جئت به ، وإلا فأنا كفيل لك بيدن عمرو لم يصح ، لأنه لم يلتزم بإحضار أحدهما فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه ، وإن تكفل بيدن 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 تكفلت لك بيدن فلان على أن لي الخيار . ففيه قولان .

(أحدهما) يقبل إقراره في الجميع فيحكم ببطلان الكفالة ، كما لو قال له على ألف درهم إلا خمسمائة

(والثاني) يقبل إقراره في الكفالة ولا يقبل في أنه كان بشرط الخيار . لأنه وصل إقراره بما يسقط فلم يصح ، كما لو قال له على ألف درهم إلا ألف درهم . قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز الكفالة حالا ومؤجلا ، كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا وهل يجوز إلى أجل مجهول . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه تبرع من غير عوض ، لجاز في المجهول كإباحة الطعام (والثاني) لا يجوز لأنه إثبات حق في الذمة لأدنى فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع ، ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز ، ولو تكفل بيدن أحد الرجلين لم يجوز .

(الشرح) الأحكام . إذا تكفل بيدن رجل نظرت ، فإن شرط إحضاره حالا لزمه إحضاره في الحال ، كما لو تكفل بيده وأطلق أفضى ذلك إحضاره في الحال كما قلنا فيمن باع بثمن وأطلق فإن ذلك يقتضى الحلول ، وإن تكفل بيده إلى أجل معلوم صحت الكفالة ، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك ، كما إذا ضمن الدين إلى أجل معلوم .

وإن تكفل بيدنه إلى أجل مجهول فهل يصح ، فيه وجهان .
 (أحدهما) يصح ، كما تصح العارية إلى أجل مجهول .
 (والثاني) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه إثبات حق في الذمة لأدنى فلم يصح
 إلى أجل مجهول ، كضمان المال . وبخالف العارية فإنها لا تلزم ، ولهذا لو أطاره
 إلى مدة كان له الرجوع فيها قبل انقضائها ، ولو تكفل له بيدنه إلى أجل معلوم
 لم تكن له المطالبة به قبل حلول الأجل ، ولأن العارية تجوز من غير تعيين ،
 ولهذا لو قال : أعرتك أحد هذين الكتابين جاز ، ولو قال تكفلت لك بيدن أحد
 هذين الرجلين لم يجوز والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز الكفالة به لیسلم في مكان معين ، وتجوز مطلقاً ، فإن
 أطلق وجب التسليم في موضع العقد ، كما تجوز حالا ومؤجلاً ، وإذا أطلق وجب
 التسليم في حال العقد .

(الشرح) الأحكام : وتجوز الكفالة بيدن رجل لیسلمه في مكان معين ؛
 كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه في موضع معين ، وتجوز الكفالة بيدن
 رجل وإن لم يذكر موضع التسليم ، فعلى هذا في موضع العقد ، كما تصح الكفالة
 بالبدن حالا ومؤجلاً ، وإذا أطلق اقتضى الحلول ، فإذا تكفل له بيدن رجل
 لیسلمه إليه في موضع معين ، فسلمه إليه في غير ذلك البلد لم يلزم المكفول له
 قبوله لأن عليه مشقة في تسلمه في غير ذلك البلد ، وقد يكون له غرض بتسليمه
 في ذلك البلد ، وإن تكفل له بيدنه لیسلمه 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 لأبي العباس بن سريج .

(أحدهما) لا يلزمه قبوله ، كما لو سلمه في غير ذلك البلد .
 (والثاني) يلزمه قبوله ، لأن المادة 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 . لأنه إذا تكفل به من غير أذنه لم يقدر على تسليمه ، ومن أصحابنا من قال . تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين .

(الشرح) الاحكام : اذا تكفل ببدن رجل بإذن المكفول به صححت الكفالة فإذا سأل المكفول له الكفيل احضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه يكفل به بإذنه ، وان لم يطالبه المكفول له ، فقال الكفيل للمكفول به احضر معي لأردك الى المكفول له لتبرئ ذمتي من الكفالة ، كان عليه أن يحضر معه ، لأنه قد تعلق عليه احضاره بأمره ، فلزمه تخليصه منه .

وان تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير إذن المكفول به ، فهل يصح ، فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : لا يصح ، لان المقصود بالكفالة بالبدن احضار المكفول به عند المطالبة . فإذا كان ذلك بغير أذنه لم يلزمه الحضور معه فلا تفيد الكفالة شيئاً . فعلى هذا اذا تكفل ببدن صبي أو مجنون لم يصح ذلك الا بإذن وليه . لان الصبي والمجنون لا اذن لهما .

وقال أبو العباس بن سريج : تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به كما يصح الضمان عليه بالدين من غير أذنه . قال أبو العباس : فعلى هذا اذا 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 ، وليكن لان صاحب الحق قد وكل الكفيل باحضاره .

وان قال المكفول له للكفيل : أخرج الى من أقالتك . أو رد علي كفالتي . فهل يلزم المكفول به الحضور ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه . لان ذلك يتضمن الإذن في احضاره . فهو كما وكأه باحضاره (والثاني) لا يلزمه الحضور . لأنه إنما طالبه بما عليه من الاحضار . قال أبو العباس : فعلى هذا للمكفول له - بس

الكفيل ، قال ابن الصباغ : وهذا يدل عندى على فساد ما قاله ، لأنه يحبس على مالا يتقدر عليه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تكفل بعضو منه ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يصح لأن في تسليمه تسليم جميعه .

(والثاني) لا تجوز ، لأن أفراد العضو بالعقد لا يصح ، وتسريته إلى الباقي

لا يمكن ؛ لأنه لا مراية له فيطالت .

(والثالث) إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز ، لأنه

لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن ، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل

لم يصح ، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقاءه .

(الشرح) الأحكام : إذا تكفل بعضو رجل كيدته أو رجله أو رأسه أو بجزء

مشاع منه كنصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يصح لأنه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه إلا بتسليم جميع البدن ،

ولا يسلم اليد والرجل إلا على هبتهما عند الكفالة ، وذلك لا يمكن إلا بتسليم

جميعه (والثاني) وهو قول القاضى أبى الطيب ، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ

أبى حامد : أنه لا يصح لأن مالا يسرى إذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح

كالبيع منه ، والإجارة والوصية ، وفيه احتراز من العتق والطلاق .

(والثالث) أن تكفل بما لا يبقى البدن إلا به كالرأس والقلب والـكـبـد ،

والنصف والثلث ، لأنه لا يمكن تسليم ذلك إلا بتسليم جميع البدن ، وإن تكفل

بما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع منه ويبقى البدن ، ولا

قائدة في تسليمه وحده ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذى شرط

فيه التسليم ، فإن كان عليه في قبوله ضرر . أو له في رده غرض . لم يلزم قبوله ،

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 برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا أدى المضمون عنه الدين ، وان غاب المكفول به الى موضع لا يعرف خبره ، لم يطالب به ، وان غاب الى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء ، لان ما لزم تسليمه لم يلزم الا بإمكان التسليم ، فان مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل الى أن يحضره ، فان أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن اذا أبرأه المضمون له ، فان جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به ، ففيه وجهان ،

قال أبو العباس : يصح ، لانه نقل الضمان الى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالا فأحال الضامن المضمون له على آخر . وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله لا يصح لانه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل . وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد .

وان تكفل ببدن رجل لنفسين ، فسده الى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر . لانه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما ، كما لو ضمن لهما دين فأدى دين أحدهما وان تكفل لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما ، فقد قال شيخنا القاضى أبو الطيب رحمه الله : انه لا يبرأ الاخر ، لانه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ الاخر فاذا سلمه أحدهما لم يبرأ الاخر ، وعندى أنه يبرأ ، لان المستحق احضاره وقد حصل فبرئاً ، قالو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما . ويخالف الإبراء فان الإبراء مخالط للأداء ؛ والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الاخر ، ولو أدى أحد الضامنين برىء .

(الشرح) الأحكام : اذا تكفل ببدن ليحضره الى أجل ، فأحضره التكفيل قبل الأجل — فإن قبل المكفول له — برى التكفيل ، وإن امتنع المكفول له من القبول نظرت ، فإن كان عليه في قبوله ضرر ، بأن كان حقه مؤجلا ، أو كان حقه حالا إلا أن له بينة غائبة فإنه لا يلزمه قبوله لان عليه ضرر افي قبوله فإن امتنع من تسلمه . قال الشيخ أبو حامد وفعه التكفيل إلى الحاكم وسلمه اليه ليبرأ وإن لم يجد حاكما أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه أو امتناع المكفول له

وذكر القاضي أبو الطيب أنه يشهد على امتناعه رجلين . قال ابن الصباغ وهوذا أقبس لانه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره ، وإن أحضره التكفيل وهناك يد سلطان لا يقدر عليه يمنع منه لم يبرأ التكفيل 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 يجوز تخليته الا بعد سقوط حق الآخر ، وإن جاء المكفول به الى المكفول له وسلم نفسه اليه برى التكفيل كما يبرأ الضامن اذا دفع المضمون عنه مال الضمانة .

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب : أو حبس بحق لزم التكفيل إحضاره فيخرج الى دار الحرب لإحضاره ؛ والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق وبطابق من الحبس

(فرع) اذا غاب المكفول به نظرت ، فإن كانت غيبته الى موضع معلوم فعلى التكفيل أن يحضره ، فاذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب اليه والمجيء 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 امكان التسليم ، وإنما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك ، وإن كان غائبا غيبة منقطعة ، لا يعلم مكانه

لم يطالب التكفيل بأحضاره ، وان أبرأ المكفول له المكفول به من الحق برىء
المكفول به كما قلنا فى المضمون له اذا أبرأ الضامن

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم جاء رجل الى المكفول له وقال تكفلت
لك ببدن فلان المكفول به على أن تبرىء فلانا التكفيل فقيه وجهان . قال أبو العباس
تصح كفالة الثانى وبرأ الاول ، لأن الثانى قد حول الكفالة الى نفسه فبرىء
الاول كما لو كان له حق فاحتال به على آخر

قال الشيخ أبو حامد ، والقاضى أبو الطيب لا تصح الكفالة الثانية ، ولا يبرأ
الاول لأن الكفالة والضمان لا يحول الحق ، فكفالة الثانى لا تبرىء الاول من
كفالاته ؛ واذا لم يبرأ الاول فلم يتكفل به الثانى الا بهذا الشرط ، واذا لم يصح
الشرط لم تصح الكفالة

(فرع) وان تكفل ببدن رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برىء من حقه
ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه ، لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقد بين فموا
كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد ، وان تكفل لرجلان لرجل ببدن رجل
فأحضره أحدهما الى المكفول له برىء الذى أحضره ، وهل يبرأ التكفيل الآخر
فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول المزنى والشيخ أبى اسحاق أنه يبرأ كما لو ضمن رجلان
لرجل ديناً على رجل فأداه أحدهما ، فان الآخر يبرأ

(والثانى) وهو قول أبى العباس والشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب
وابن الصباغ أنه لا يبرأ الآخر ، لأن الحق باق لم يسقط ، والكفيلان وثيقتان
فلا تنفك احدى الوثيقتين بانفكك الاخرى ، كما لو كان الحق مرهوناً فانفك
أحدهما مع بقاء الحق فإنه لا ينفك الباقي منها ، ويفارق اذا قضى أحد الضامنين
المال المضمون به . فان الحق هناك قد سقط ، فانفكك الوثيقة . وهما
الحق لم يسقط .

(فرع) اذا تكفل رجل لرجل ببدن رجل فقال المكفول له مالى قبل
المكفول به حق . قال أبو العباس . فقيه وجهان

(أحدهما) يبرأ المكفول به عما عليه . وتبطل الكفالة لأن قوله لا حق لي قبله نفي في سياق نكرة فاقضى العموم (والثاني) يرجع إليه . فإن قال : أردت به لا شيء لي عليه بطلت الكفالة ، ويرى المكفول .

وان قال : أردت به لا حق لي عليه من طارية أو ودبعة ، وصدقه الكفيل والمكفول به قبل قوله ، وان كذبا أو أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بنيته ، وان قال لا حق لي في ذمته ولا في يده برئنا جميعاً ، قيل للشيخ أبي حامد : فإذا كان لرجل على رجل دين ، فقال : لا حق لي قبله . فقال : هو على هذين الرجلين .

قال للمصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تكفل بيدن رجل فمات المكفول به برى 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) وان تكفل بيمين نظرت ، فان كان أمانة كالوديعة لم يصح ، لأنه اذا لم يجتنب ضمانها على من هي عنده ، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى ، وان كان عيناً مضمونة كالمفصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان ، بناء على القولين في كفالة البدن . فان قلنا انها 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 ، فان البدن لو تلف لم يضمن بدله ، ولو هلكت العين ضمنها .

(الشرح) الاحكام . اذا 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 : صححت كفالته لأنه إما أن يكون هذا إخباراً عن كفالته ، أو إقراراً به ، أو ابتداء 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 برى . جميع الكفلاء . وإن مات المكفول به الذي عليه الدين برى . الكفلاء على المذهب ، فإن مات الكفيل الأول برى . جميع الكفلاء . وإن مات الكفيل الثاني برى . الثالث والرابع . وإن مات الثالث برى . الرابع ولم يبرأ الأولون . وإن مات الرابع بطالت 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

وذكر 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 فبرى . الكفيل ، كما لو برى . من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرى . الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرى . 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

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 شيء ، ولكنه يرجع اليهم 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 مثل ما ذهب عنهم بالضمان فأجر 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 وريثة الضامن الرجوع في تركه المضمون منه بها ، لأن الضمان بإذنه ويبقى للمضمون له من دينه ثلاثون ، فيرجع بها في تركه المضمون عنه وتركته أقل من ذلك فيقسم المضمون له وريثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقهم ، فيكون لورثة الضامن ثلثاها ، وهو ثلاثون ، والمضمون له ثلثها ، وهو خمسة عشر ، فيجتمع لورثة الضامن ستون ، وخرج منهم بالضمان ثلاثون ، فقد بقي 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 وريثة الضامن خمسة وسبعين ورجع وريثة الضامن بجميع تركه المضمون عنه ، فإن كانت بحالها إلا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير ، فالعمل فيه يخرج من التسعين شيء بالضمان ، ويرجع اليهم ثلث شيء ، لأن تركه المضمون له ثلث تركه الضامن ، فيبقى مع وريثة الضامن تسعون إلا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلث شيء .

فإذا أجبرت التسعون عدلت شيئين الشيء نصفها وهو خمسة وأربعون ، فيأخذها من تركه الضامن ويرجع المضمون له وريثة الضامن في تركه المضمون عنه بنصفين لا استواء حقهما فيرجع إلى وريثة الضامن خمسة عشر فيجتمع لهم ستون ، وخرج منهم ثلاثون ، ويجمع للمضمون له ستون ؛ وبسقط من دينه

ثلاثون ؛ فإن شاء فعل ما ذكرناه ، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة الصانع ورجع ورثة الصانع بجميع تركة المضمون عنه ، وإن شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون ، وأخذ من تركة الصانع ثلثها ، وهو ثلاثون ، ويبقى لهم سقون مثلا ما خرج منهم ، فإن خلف المضمون عنه ستين فإن المضمون له لا ينقص شيء من دينه ههنا ، والعمل فيه على قياس ما مضى وفاقه تبارك وتعالى المستعان .

(مسألة)

إذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد منهما خمسمائة ، وقبضناه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فإن أقر الحاضر بذلك لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفاً ، فإذا قدم الغائب فإن صدق الحاضر رجوع عليه الحاضر بما قضى عنه ، وهو خمسمائة ، وإن كذبه قال قول قوله مع يمينه ، فإذا حلف سقط حق الحاضر ، وإن أنكرك الحاضر المدعى فإنه لم يكن للمدعى بيعة ، قال قول قول الحاضر مع يمينه . فإذا حلف سقطت عنه المطالبة .

فإذا قدم الغائب قاضي 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 وجوهان . قال القاضي أبو الطيب : لا يلزمه لأنها قد حكمتنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه .

وقال ابن الصباغ : يلزم القادم لأن اليمين لم تبرأه من الثمن ، وإنما سقطت عنه المطالبة في الظاهر ، فإذا أقر أنه الصانع لزمه ، ولهذا لو أقام بيعة عليه بعد يمينه لزمه الثمن ، ولزم الصانع فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب .

فإذا أقام المدعى بيعة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضناهما وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فلمدعى أن يطالب الحاضر بجميع الآب ، لأن البيعة قد شهدت عليه بذلك ، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب إذا قدم ؟ نقل المزني أنه يرجع بالنصف على الغائب . واختلف أصحابنا

في ذلك ، فمنهم من قال : لا يرجع عليه بشيء ؛ ولم يذكر ابن الصباغ غيره . لأنه منكر لما شهدت له البيئته ، مقرر أن المدعى ظالم له . فلا يرجع على عين من ظلمه ، ومن قال بهذا تناول ما نقله المزني أربع تأويلات .

(أحدها) يحتمل أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعى غير أن المدعى قال : وأنا أقيم البيئته أيضاً فأقامها ، فيرجع ههنا ، لأنه ليس فيه تكذيب البيئته .
(الثاني) أن يكون الحاضر لم يقر ولم ينكر ، بل سكت ، فأقام المدعى البيئته فليس فيه تكذيب .

(الثالث) أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه ، ولم يعرض لشراء شريكه . فقامت عليه البيئته .

(الرابع) أن يكون الحاضر أنكر شراؤه وشراء شريكه وصناتهما إلا أن الحاضر لما قامت البيئته وأخذ من المدعى الألف ظلماً ثبت على الغائب بحسمائة بالبيئته ، وقد أخذ المدعى من الحاضر بحسمائة ظلماً فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب .

ومن أصحابنا من وافق المزني وقال : يرجع الحاضر على الغائب بحسمائة وإن أنكر الشراء والضمان لأنه يقول : كان عندي إشكال في ذلك ، وقد كشفت هذه البيئته هذا الإشكال وأزالته ، فهو كمن اشترى شيئاً 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 البيئته مثل أن قال من يبيع منك شيئاً ولا يستحق علينا شيئاً . ثم قامت البيئته بذلك فإنه لا يرجع على صاحبه بشيء . لأنه قد كذب البيئته بما شهدت وأن هذا المدعى ظالم قبل له . فإن قدم الغائب واعترف بصدق المدعى وقال : لا يرجع عليه بشيء . لأنه يقر له بما لا يدعيه . وإن لم يتقدم منه تكذيب البيئته مثل أن قال : مالك عندي شيء . فإنه يرجع على صاحبه بحسمائه لأنه ضمن عنه باذنه ودفع عنه (قات) ولعل صاحب الوجه الأول لا يخالف تفصيل الشيخ أبي حامد في جواب الحاضر وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه كما ذكر واقفه الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ضمن عنه ديناً ثم اختلفا فقال الضامن : ضمننت وأنا صبي ، وقال المضمون له : ضمننت وأنت بالغ ، فالقول قول الضامن ، لأن الاصل عدم البلوغ ، وإن قال : ضمننت وأنا مجنون ، وقال : بل ضمننت وأنت عاقل ، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الاصل العقل وصحة الضمان ، وإن عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن ، لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الاقامة . ويحتمل أن يكون في حالة الجنون ، والأصل عدم الضمان وبرائة الذمة .

وإن ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن بأذنه وأدى بأذنه ليرجع ، وأنكر المضمون عنه الاذن لم يرجع عليه ، لأن الاصل عدم الاذن ، وإن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن 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 ، لأن ما يدعيه الكفيل ممكن ، يخلف عليه الخصم .

(والثاني) لا يحلف ، لأن اقراره بالكفالة يقتضي 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 . لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع فلم يقبل قوله . والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته . فسقط قولها وحلف المضمون عنه (والثاني) أن القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالاقرار مرة وبالبيئة أخرى . ولو ثبت قبضه بالبيئة رجع للضامن . فكذلك إذا ثبت بالاقرار .

(الشرح) الأحكام . إذا ضمن عن رجل ديناً ثم اختلفا . فقال الضامن . ضمننت وأنا صبي . وقال المضمون له . بل ضمننت وأنت بالغ فإن أقام المضمون له

بيئته أنه ضمن وهو بالع حكم بصحة الضمان ، وان لم تكن بيئته فالقول قول الضامن
لأن الاصل عدم البلوغ

وان قال الضامن ضمننت وأنا مجنون ، وقال المضمون له بل ضمننت وأنت
عاقل ، فان أقام المضمون له بيئته أنه ضمن له وهو عاقل حكم له بصحة الضمان .
وان لم تكن له بيئته : فان لم يعرف للضامن حال جنون فالقول قول المضمون له مع
يمينه ، لأن الاصل صحة الضامن

وان عرف له حال جنون فالقول قول الضامن مع يمينه ، لأنه يحتمل أنه
ضمنه في حال الجنون ، ويحتمل أنه ضمن في حال الإفاقة ، والاصل برائة ذمته
(فرع) وان ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن الضمان وأنكر المضمون
له البرائة ، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه . قال الصيمري ،
فان لم يأمره بالضمان عنه قبلت شهادته ، وان أمره بالضمان عنه لم تقبل شهادته
(فرع) وان ادعى على رجل أنه ضمن له ديناً على رجل غائب معين وأنكر
الضامن وأحضر المضمون له بيئته تشهد بالضمان ، فان بين قدر المال المضمون له
وشهدت معه البيئته بذلك حكم بها ، وان ادعى الضمان بمال معلوم والمضمون
مجهول وشهدت له بيئته بذلك فهل تسمع بيئته ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تسمع هذه البيئته ولا يحكم له على الضامن بشيء ، لأن الذي
عليه الحق اذا كان مجهولاً لم يثبت حقه ، واذا لم يثبت على الاصل لم يثبت
على الضامن .

(والثاني) يحكم له على الضامن لأن البيئته قد قامت عليه بذلك . ألا ترى
أنها لو شهدت بأن عليه ألفاً من جهة الضامن سمعت : فكذلك هذا مثله
(فرع) اذا ضمن الرجل لغيره ديناً وقضاه ، وأدعى الضامن على المضمون
منه أنه ضمن باذنه وقضى باذنه فليرجع عليه ، وأنكر المضمون عنه الإذن . فان
أقام الضامن بيئته حكم له بالرجوع على المضمون عنه ، وان لم يقم بيئته فالقول
قول المضمون عنه مع يمينه لأن الاصل عدم الإذن

(فرع) فان قال تكفلت لك بيدن فلان مؤجلاً ، وقال المكفول له تكفلت
به مؤجلاً . وأقام كل واحد منهما شاهداً واحداً بما قال . ففيه قولان حكاهما

الصيدلاني (أحدهما) لا يلزمه إلا مؤجلاً لأنه لم يقر بغيره (والثاني) يحلف كل واحد منهما مع شاهده ويتعارضان ويسقطان ويبقى الضمان مؤجلاً
 (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 الأصل 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 رضي 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 جائز التصرف في المال، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جائز التصرف في المال.
 (فصل) ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو هريرة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال لأنهم يربون، والربا لا يحل.

(الشرح) حديث أبي هريرة رضي الله عنه رفته. رواه أبو داود والحاكم وصححه، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حبان. وقد ذكره ابن حبان في التتعات، وأعله أيضاً ابن القطان بالإرسال، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال:

إنه الصواب ، ولم يسنده غير أبي همام محمد بن الزبرقان ، وسكت أبو داود
والمنذرى 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 ويمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لهما .

قوله : خرجت من بينهما ، أى نزعت البركة من المال ، زاد رزين ، وجاء
الشیطان ، ورواية الدارقطنى : فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ، يعنى البركة
والشركة ثبوت الحق لإثنين فأكثر على جهة الشروع . وعن السائب بن
أبي السائب الخزومى أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح : كنت شريكى
ونعم الشريك ، كنت لا تدارينى ولا تمارينى ، رواه أبو داود وابن ماجه بالفظ
كنت شريكى ونعم الشريك ، لا تدارى ولا تمارى ،

وفى لفظ أن السائب الخزومى كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة
لجاء يوم الفتح فقال : مرحبا بأخى وشريكى ، لا تدارى ولا تمارى . وفى لفظ
أن السائب قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فجعلوا يشنون علىء ويذكروننى ،
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أعلمكم به ، فقالت : صدقت بأبى أنت
وأخى ، كنت شريكى فنعم الشريك لا تدارى ولا تمارى ،

وقوله : لا تدارى ، أى لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى : فاذا رأتهم

فيها ، يعنى اختلفتم وتنازعتهم

أما الأحكام فإن الأصل فى جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع ، أما
الكتاب فقوله تعالى : واعلموا أن ما غنمتم من شئ فإن لله خمسة وللرسول ، الآية
لجمل الخلس مشتركاً بين الغانمين

وقوله تعالى : يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ،

لجعل الميراث مشتركاً بين الأولاد ، وقوله تعالى : إنما الصدقات للفقراء
والمساكين ، الآية . فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الأصناف . وقوله تعالى
: وإن كثيراً من الخطأ ليعفى بعضهم على بعض ، والخطأ هم الشركاء .
وأما السنة فقد مضى بعضها ، ونضيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من
كان له شريك في ربيع أو حائط فلا يبيعه حتى يؤذن شريكه ، وقد سبق تخريجه
وطرقه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما

وأما أثر أبي حمزة عن ابن عباس : لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا
مجوسياً ، قلت لم ؟ قال لأنهم يربون . وأبو حمزة هو نصر بن حمران الضمعي
صاحب ابن عباس ، والأثر رواه الأثرم . 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 الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في جوازها . إذا ثبت هذا فإن
الشركة تنقسم على ستة أقسام : شركة في الأعيان والمنافع ، وشركة في الأعيان
دون المنافع ، وشركة في المنافع دون الأعيان ، وشركة في المنافع المباحة ، وشركة
في حق الأبدان ، وشركة في حقوق الأموال .

فأما شركة المنافع والأعيان فهو أن يكون بين الرجاءين أو بين الجماعة أرض
أو بهائم ملكوها بالإرث أو بالبيع أو الهبة مشاعاً
وأما شركة الأعيان دون المنافع فنقل أن يوصى رجل لرجل بمنفعة أرضه أو
داره فيموت ويخلف جماعة ورثة ، فإن رقبة الأرض والدار تكون مورثة
للورثة دون المنفعة .

وأما الشركة في المنافع دون الأعيان فنقل أن يوصى بمنفعة عربته لجماعه أو
بستانه لجماعته عربية .

وأما الوقف على جماعة -- فإن قلنا إن ملك الرقبة إلى الله كانت الشركة بينهم
في المنافع دون الأعيان ، وإن قلنا ينقل الملك إليهم كانت الشركة بينهم في المنافع
والأعيان ، وأما الشركة في المنافع المباحة فنقل أن يموت رجل وله ورثة جماعة
ويخلف كلب صيد أو كلب ماشية أو زرع ، فإن المنفعة مشتركة بينهم

وأما الشركة في حقوق الأبدان فهو أن يرث جماعة قصاصا أو حد قذف ،
وأما الشركة في حقوق الأموال فهو أن يرث جماعة الشفعة أو الرد بالميب وخيار
الشرط وحقوق الرهن ومرافق الطرق

(مسألة) وتجوز 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 رضي الله عنه ، إن كان المسلم هو المتصرف لم يكره ، وإن كان الكافر هو
المتصرف أو هما كره

دلينا ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ، أكره أن يشارك
المسلم اليهودي والنصراني ، ولا مخالف له ، ولأنهم لا يمتنعون من الربا ومن
بيع الخمر ، ولا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه الشركة من ذلك فكره ؛
فإن عقد الشركة معه صح ، لأن الظاهر مما في أيديهم أنه ملكهم ، وقد افترض
النبي صلى الله عليه وسلم من يهودي شعيرا ورهنه درعه ، وقال أحمد يشارك
اليهودي والنصراني ولكن لا يخلوان به ، ويخلو به المسلم ، وحديث الأثرم فيه
إرسال ، وخبر ابن عباس موقوف عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لأنهما أصل لكل ما يباع
ويبتاع ، وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح . فأما ما سواهما
من العروض فضربان ، ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل . فأما ما لا مثل له
كالحيوان والشياب فلا يجوز عقد الشركة عليها لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون
الأخر ، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته للمالك أو دنا أحدهما بالربح والشركة معقودة
على الاشتراك في الربح ، وإن جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزيد قيمة ماله ربح
مال الآخر ، وهذا لا يجوز
وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز عقد

الشركة عليه ، وعليه نص في البويطى لأنه من غير الأثمان فلم يجوز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان (والثانى) يجوز ، وهو قول أبي إسحاق لأنه من ذوات الامثال فأشبهه الأثمان ، وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بمرض عرضه ببعض عرض الآخر ، فبصير الجميع مشتركا بينهما ، ويشتركان في ربحه .

(الشرح) الأحكام . قال المزني : والذي يشبهه قول الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الشركة في العروض ولا فيما يرجع في حال المفاضلة الى القيم والغير الأثمان . وجملة ذلك أن عقد الشركة يصح على الدراهم والدنانير لأنهم اقيم المتلفات ومعايير الأثمان ، وبها تعرف قيم الاموال وما يزيد فيها من الارباح ، ومن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمد كما نصر عليه هو في رواية أبي طالب وحرب ، وحكاها عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها . فأما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع اليه ، وقد تزيد قيمته جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذى ليس بربح وأما قيمتها فإنها غير متحققه القدر فيفضى الى التنازع ، وقد بقه الشوم بأكثر من قيمته ، ولأن قيمته قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له .

وأما الأثمان فإنها معدومه حال العقد ولا يملكها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع . وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ، ولا يجوز ذلك . وقد فرق أصحابنا بين ما له مثل وبين ما لا مثل له ، فأما ما لا مثل له كالثياب والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركة عليهما ، وبه قال من مضى ذكرهم ، وقال مالك يصح عقد الشركة عليهما ويكون رأس المال قيمتها

دليلنا : أن موضع الشركة على أن لا يتفرد أحد الشريكين ببيع مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك ، لأنه قد يزيد قيمة عرض أحدهما ، ولا يزيد قيمة عرض الآخر ، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاصلة ، وهذا لا سبيل إليه فان كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأراد الشركة ، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقايضان وبأذن كل واحد منهما لصاحبه في النهرف وان كانت قيمة أحدهما مائتين وقيمة الأخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلاثي عربة الآخر ؛ وان شاء باع كل واحد منهما من صاحبه بمض عرضه بثمان في ذمته ثم تقاسا ، وان شاء اشترى عرضاً من رجلين بثمان في ذمتها ثم دفعا عرضهما عما في ذمتها .

وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ، فهل يصح عقد الشركة فيها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر ما نقله المزني ، لأنه قال : ولا فيما يرجع حال المفاصلة إلى القيم ، وماله مثل لا يرجع إلى قيمته ولانها مالان اذا خلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير .

(والثاني) لا يجوز ، لان الشافعي رضى الله عنه قال في البويطى ولا تجوز الشركة في العروض ، وماله مثل من العروض ، ولانها شركة على عروض فلم يصح كالنبيات والحيوان .

قال أبو اسحاق المروزي في الشرح : فإذا قلنا : تصح الشركة فيها - فان كانت قيمتهما سواء - أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة واقتسما ما بقى من الربح ، وان 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 دنانير 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

الشركة عليهما كالعروض ، فان كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم ، وابتاعا بها شيئا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر ، فان استوت قيمتاها استويا في الربح ، وان اختلفت قيمتاها تفاضلا في الربح على قدر مالهما .

(فصل) ولا تصح حتى يختلط المالان ، لانه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال ، ولا تا لو صححنا 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 أبي 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 واذا 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 يجوز 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 شيء خاص دون سائر أموالهما ، كأنه عن لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه ، وقيل : مأخوذة من عنان فرسى الرهان ، لان الفارسين اذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما ، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان .

والشركة أربع : شركة العنان ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه ، ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان .
قال في البيان واختلاف الناس لم سميت شركة العنان فقبل سميت شركة العنان لظهورها وهما ما ظاهر اباخراج المالكين ، ويقال عن الشيء إذا ظهر ومنه قول امرئ القيس
فمن لنا سرب كأن نعاجه عذاري دوار في ملاء مذيل

(وقيل) سميت عنانا من المعانته وهي المعارضة ، وكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله ، إلى أن قال . وقال أبو بكر الرازي سميت بذلك مأخوذا من العنان ، لأن الإنسان يأخذ عنان الدابة بإحدى يديه ، ويحبسه عليها ، ويده الأخرى مرسلة 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 . اهـ

وقد اعتبر أصحاب أحد الشركة خمسا حيث زادوا شركة المضاربه ، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتي ان شاء الله تعالى .
وجامع القول في شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلط المالكين ، ولا خلاف في صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الفرر ، ويشترط فيها لفظ صريح من كل الآخر يدل على الإذن للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما ، أو كتابه تشعر بذلك وكاللفظ الكتابية وإشارة الأخرس المفهمه فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون في الكل والآذن في نصيبه خاصة ، فإن شرط عدم تصرفه في نصيبه لم تصح .

(فرع) الشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد من الشريكين دنانير مثل دنانير 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 قيمته لم تصح الشركة لاختلاف جهة الإصدار وعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الفرر أو الربا في الاستبدال والصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحه ، أو كانت

لأحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو كانت لأحدهما طبرية والآخر عبديّة ، وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا أنه مالان مختلفان ، فوجب أن لا يتعقد عليهما عقد الشركة ، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الآخر شعيراً ، فإن خالفاً وأخرج أحدهما عشرة دنانير والآخر عشرة دراهم وخلطاً ذلك وابتاعاً فإن ذلك يكون ملكاً لهما على قدر مالهما فإن كان نقد البلد دنانير قومت الدراهم ، فإن كانت قيمتها خمسة دنانير كان لصاحب الدنانير ثلثا المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه ، وكذلك يقسم الربح والخسران بينهما . وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد ، فإن تساويًا كان ذلك بينهما نصفين ، وإن تفاضلا كان الحكم في ملك المتاع لهما كذلك .

ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولوا : تشاركنا أو اشتركتنا ، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تصح الشركة وإن لم يختلط 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 أنها مالان يتميز أحدهما عن الآخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيراً ، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين ، ولأننا لو صحنا عقد الشركة قبل الخلط لآدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر ، لأنه قد ربح بمال أحدهما دون الآخر

وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا في قدر ماليهما ؟ فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر خمسة لم تصح ، لأن الشافعي شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الآخر ، ولأنهما إذا تفاضلا في المال فلا بد أن يتفاضلا في الربح . لأن الربح على قدر المالين ، فلم يجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في العمل ، كما لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال أبو القاسم الأنماطي : لا تصح الشركة . وقال طائفة أصحابنا تصح الشركة

وإذ كانا متفاضلين في المآلين ، لأن المقصود في الشركة أن يشتركا في ربح ماليهما وذلك يمكن مع تفاضل المآلين ، كما يمكن مع تساويهما . وما قال الشافعي فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة ، لا من جهة المقدار . وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيح ، لأن عمل الشريكين في مال الشركة لا تأثير له ، لأنه تابع ، وقد يعمل أحدهما في مال الشركة أكثر من عمل الآخر مع استوائهما في المآل . 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 فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا ، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع ، ولا يتصرف الآخر إلا 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 ، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نفسه ، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل .

(الشرح) الأحكام : إذا عقدا الشركة على مال لهما نصفين ، فإن كل واحد منهما يملك التصرف في نصف المال مشاها من غير إذن شريكه لأنه ملكه ؛ وهل له أن يتصرف في النصف الآخر من غير إذن شريكه؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي أحدهما يملك ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأن هذا مقتضى عقد الشركة ، فلم يحتاج إلى إذن الآخر ، كما لو عقد القراض على مال له

والثاني : وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه ، لأن المقصود بالشركة هو أن يشتركا في ربح ماليهما . وذلك لا يقتضي التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه .

لذا ثبت هذا فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف بنصيبه تصرف

كل واحد منهما بجميع مال الشركه ، وان 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 ، ولأن ذلك توكيل ، وللإنسان أن يوكل غيره يشتري له نوعا من الامتعة ، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح ، وذلك لا يحصل إلا في الإذن 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 المالكين ، لأن الربح تمام مالهما والخسران نقصان مالهما ، فكأننا على قدر المالكين ، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوى المالكين ، أو التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالكين لم يصح العقد ، لأنه شرط يناهق مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما ، فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف ، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالكين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه ، لأنه إنما عمل ليهما له ما شرط ، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله .

(الشرح) الاحكام : إذا اشترك رجلان وتصرفا - فإن ربحا - قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالكين . سواء شرط ذلك في العقد أو أطلقا ، لأن هذا مقتضى الشركة ، وان شرطا التفاضل في الربح أو الخسران مع تساوى المالكين أو شرطا التساوى في الربح أو الخسران مع تفاضل المالكين لم يصح هذا الشرط . وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا أنه شرط يناهق مقتضى الشركة فلم يصح ؛ كما لو شرط الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما ، لأن الشرط يسقط الإذن ، فإن ربحا

أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر مالهما . لأنه مستفاد باطالهما . ولأنه ثمرة المال فكان على قدرهما ، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت . ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله في ماله . لأنه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وأما شركة الأبدان ، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانها وهي باطلة ، لما روت عائشة رضي 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 ، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلا يحز أن يشاركه الآخر في بدله ، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله . لأنهما بدل عمله فاخص بها .

(الشرح) حديث عائشة رضي 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 لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وعقدا الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين ، فإن 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 أبو حنيفة رحمه الله : الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله في ماله .

دلينا أنه عقد قصدا به الربح في كل حال ، فإذا كان فاسدا استحق أجرة عمله فيه كالفراض ، 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 . وإن عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون فإن صاحب

الالف يستحق على صاحب الالفين مائة ، ويستحق صاحب الالفين عليه خمسين فيقاصه بها ، ويبقى لصاحب الالف على صاحب الالفين خمسون وإن شرط صاحب الالفين جميع العمل على صاحب الالف وشرط نصف الربح ، فإن هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح ، لأن صاحب الالف يستحق ثلث الربح بالشركة ، لأن له ثلث المال ولصاحب الالفين ثلثا الربح ، فلذا شرط جميع العمل على صاحب الالف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح بخلاف ، كما لو قارضه على سدس الربح فإن قيل كيف صح عقد القراض على مال مشاع ؟ قلنا إنما صح لأن الإشاعة مع العامل فلا يتعذر تصرفه ، وإنما لا تصح إذا كانت الإشاعة في رأس المال مع غيره ؛ لأنه لا يتمكن من التصرف

(فرع) قال صاحب البيان : وإن كان بين رجاين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل في ذلك ويكون الربح بينهما نصفين . فإن هذا ليس بشركة ولا قراض ، لأن مقتضى الشركة أن يشركا في العمل والربح . ومقتضى القراض أن للعامل نصيبا من الربح . ولم يشترط له ههنا شيئا . انتهى .

إذا ثبت هذا فعمل وربح كان الربح بينهما نصفين لأنه تمام مالهما . قال ابن الصباغ : ولا يستحق العامل لعمله في مال شريكه أجره لأنه لم يشترط لنفسه عوضا . فكان عمله تبرعا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بفرض أو بيع أو ضمان فهي شركة باطلة ، لحديث عائشة رضي الله عنها . ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يضمن بسببه فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة . ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بهدوانه فلم تصح . كما لو عقدا الشركة

على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجنابة ، فإن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله ، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بنفسه وبيعه وضمناه ، لأن الشرط قد سقط . وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط . ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه ، لأنه عمل في ماله ليس له ما شرط له ، ولم يسلم فوجب أجره عمله .

(الشرح) الأحكام : إن شركة المفاوضة باطلة عندنا ، وهي أن يشترط أن يكون ما يملك من المال بينهما ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بنصب أو بيع أو ضمان .

قال الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين : لا أعلم في الدنيا شيئا باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القهار إلا هذا وأقل منه .

وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي رضي 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 وذمي ، 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 يوجب له ، وفي الكسب الذي يجده وفي جميع ما يكسبه إلا الاضطراب والاحتشاش فانهما ينفردان . وأما الميراث فإنهما 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 ، لأنه قد صار ماله أكثر من مال الآخر .

وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فإن صاحبه يشاركه فيه إلا أورش الجنابة .

دلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وهذا غرر ، والنهي يقتضى فساد المنهي عنه ، ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة

في العروض وعكسه شركة العنان ، ولائهما عقدا الشركة على ما يمكن بالإرث أو بقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم يصح كإلحاق عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية . إذا ثبت هذا فإن كسبا اختص كل واحد منهما بمالك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أتلفه وغصبه ، لأن 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 ربيع ما يشتره بوجهه ، فهي شركة باطلة ، لأن ما يشتره كل واحد منهما ملك له يتفرد به ، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه ، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما ، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه . ونوى أن يشتره بينه وبين شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه 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 شركه بينهما وإن لم يذكر شريكه وقال أبو حنيفة : تصح ،

دليلنا أن ما يشتره كل واحد منهما ملك له ، فلا يشارك غيره فيه ، فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري له عينا معينة أو موصوفة وبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك الآخر .

(فرع) حكى الصيمري أن الشافعي رحمه الله قال : شركة الأزواد في السفر منه ، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم ، وليس من باب الربا سبيل ، فيخلط هذا طعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر ، ويأكلان ولا يبا في ذلك ، ونحو هذا إشتراك الجنس في الطعام بدار الحرب . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخذ رجل من رجل جملاً ، ومن آخر راوية ، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم ، فقد قل في موضع : يجوز . وقال في موضع لا يجوز ، فن أصحابنا من قال : إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية ، لأنه استوفى منفعتيهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل وإن كان الماء مباحاً فالكسب بينهم أثلاثاً لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كل لو وكلاهما في شراء ثوب بينهم فاشتراه ، على أن يكون بينهم ، وحل القولين على هذين الحالين ؛ ومنهم من قال : إن كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له ؛ ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه ، وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان .

(أحدهما) أنه بينهم أثلاثاً لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم .

(والثاني) أن الكسب للسقاء ، لأنه مباح اختصاصه بجمازته فاختص بملكه كالغنمية ، ويرجعان عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ، ليس لهما الكسب ولم يسلم ، فنبت لهما أجرة المثل .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رحمه الله تعالى في البويطى : إذا اشترك أربعة أنفس في الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثاني الأرض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التي يعمل عليها ، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد ، لأنه ليس شركة ولا قراضاً ولا إيجارة لأن الشركة لا تصح حتى يخطئ الشركاء أمورهم ، وهما أمورهم متميزة ، وفي القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة ، وهما لا يمكن ، والاجارة تنقل إلى أجرة معلومة وعمل معلوم ، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لأنها عين ماله زادت ، وعليه لصاحب الأرض وأصاحب الفدان أجرة مثل مالهم . وللعامل أجرة مثل عمله عليه ، لأن كل واحد منهم دخل في المقدار ليكون له شيء من الغلة ، ولم يسلم لهم ذلك ، وقد تلفت منافعتهم فكان لهم بداهة .

(فرع) قال في البويطي : فان اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحي ، ومن الآخر البيت ، ومن الرابع العمل على أن يكون ما حصل من الأجرة بينهم على ما شرطوه ، فان هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه في الفصل قبله .

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : فاذا أصابوا شيئا جعل لكل واحد منهم أجرة مثله ، وجعل كرأس 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 لي كذا وكذا من الخنطة بكذا وكذا درهم : فقالوا : قبلنا الإجارة ، فهل يصح هذا العقد ؟ فيه قولان كالقولين في أربعة أنفس لهم أربع دواب باعواها بثمن واحد ، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد ؛ أو خالعهن بمعرض واحد ، فاذا 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 مثلم ، ولو استأجر من كل واحد ماله بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولاً واحداً واستحق كل واحد منهما ما يسمى له .

(المسألة الثانية) إذا استأجرهم في الذمة مثل أن يقول : استأجرتكم لتحصلوا لي طحن هذا الطعام بمائة صحت الإجارة قولاً واحداً . ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فاذا طحنوا استحقوا المسمى ارباعاً ، 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 ، لأن كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل . وقد عمل الجميع فسقط الربع لاجل ما استحق عليه ، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه . وان قال : استأجرتكم لطحنوا لي هذا الطعام بمائة فقالوا قبلنا . فذكر الشيخ

أبو حامد الإسفراييني في التعليق أسما على قولين كالمسألة الأولى . وذكر المحاملي في البحر وابن الصباغ : أنها لا تصح قولاً واحداً كالمسألة الثانية .

فإن قال لرجل منهم : استأجرتك لتحصل لي طحن هذا الطعام بمائة فقال : قبلت الاجارة لي ، لاصحابي ، أو نوى ذلك وكانوا قد أذنوا له في ذلك فالاجارة صحيحة . والمسمى بينهم أرباعاً ، فإذا طحنوا رجع كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجره ماله على شركائه . وإن لم ينو أن يقبل له ولاصحابه لزمه العمل بنفسه ، فإذا طحن الطعام بالآلة التي بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجره مثل آلاتهم

(فرع) قال في البويطي : 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 ، لأنها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه ، فإذا استقى الماء وباعه . وحصل منه ثمن فقد قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : يكون ثمن الماء كله للعامل ، وعليه أجره مثل البغل والراوية .

وقال في موضع : يكون ثمن الماء كله للسقاء ؛ وعليه أجره البغل والراوية إذا كان الماء ملكاً له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع في ملكه لأن الماء ملكه ، وكان ثمنه ملكاً له . وعليه أجره البغل والراوية لأنه استوفى منفعهما على عوض . ولم يسلم لهما الغرض .

والموضع الذي قال : يكون ثمن الماء بينهم ، إذا كان الماء مباحاً ، لأن الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية . ومنهم من قال : إن كان الماء ملكاً للسقاء فالثمن كله له . وعليه أجره البغل والراوية لما ذكرناه . وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان

(أحدهما) أن الثمن كله للسقاء لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجد الحيازة إلا منه ، وعليه أجره مثل البغل والراوية ، لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء ، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجره 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 أو اصطاد به وغيره فهل لغيره منه شيء ؟ فيه وجهان :

أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد في التعليل أنه يقسم بينهم بالتقسيم 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 صاحبيه ، ويرجع السقا على صاحبيه بثلثي أجرته .

وأما صاحبنا المصنف فذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق ، فإن استأجرم
غيرم ليستقر له ماء . قال أبو العباس : ففيه مسألتان كما ذكر في الطعن إن
استأجرم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان ، وإن استأجرم في ذمهم صح
قولا واحدا والله تعالى أعلم .

وباستخلاص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحد الوجهين اشتراك مالين وبدن
صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمنع 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
سنة أسهم منها ثلاثة للعامل ، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال
شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل وهو الربح .

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 فوجداه عيبا ، فإن اتفقا على رده
وإمساكه فلا كلام ؛ وإن أراد أحدهم الرد والآخر الإمساك . فإن كانا قد عقدا
جميعا عقد البيع فلا أحدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه ، وقد مضى ذكرهما
في البيوع ؛ وإن تولى أحدهما عقد البيع له وشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشترى
له وشريكه ثم قال بعد ذلك : كنت اشتريت لي وشريكتي لم يقبل قوله على البائع

لان الظاهر أنه اشترى لنفسه ، وإن كان قد ذكر في الشراء أنه لنفسه وكشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما ذلك ، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشترىا بأنفسهما . والثاني : ليس له الرد ، وإن ذكر أنه يشتري له وكشريكه ، لحكم العقد له ، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال : اشتريتها لخالد فقال خالد : ما أذنت 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 ، لأن الظاهر أنه باع ملكه . قال الشيخ أبو حامد فيحلف المشتري أنه لا يعلم ذلك ، فان أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه وحكم 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 مقرر 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 تقريط لم يضمن ، لانه نأت عنه في الحفظ والتصرف ، فكان للهالك في يده كالهالك في يده ، فان ادعى الهلاك — فان كان بسبب ظاهر — لم يقبل حتى يقيم البينة عليه ، فاذا 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 لأن الاصل عدم الخيانة . وان كان في يده عتق 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 ، لأنه أعرف بعقده ونيته

(الشرح) الأحكام : الشريك أمين فيما في يده من مال الشركة . فإن تاف في يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه ، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان المالك في يده كالمالك في يد المالك : وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة ، فإن ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر ، لأنه يمكن 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 لأنه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك . وإن ادعى الشريك على شريكه جنائية لم تسمع دعواه حتى يبين قدر الجنائية فإذا بينها فأنكرها الآخر ، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الجنائية .

وإن اشترى أحد الشريكين شيئاً فيه ربح ، فقال شريكه اشترته شركة بيننا وقال المشتري : بل اشترته لنفسى فالقول قول المشتري مع يمينه وإن اشترى شيئاً فيه خسارة ، فقال المشتري : اشترته شركة بيننا . وقال الآخر : بل اشترته لنفسك فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أعرف بعقده ولأن الأصل عدم الحيانة .

(فرع) إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالنصرف ، فاشترى أحدهما شيئاً للشركة بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن اشترى ذلك بشمن في ذمته لزم المشتري جميع ما اشتراه ، ولا يازم شريكه ذلك ، لأن الإذن يقتضى الشراء بشمن المثل ، فإن دفع الثمن من مال الشركة ضمن نصيب شريكه بذلك لأنه تعدى بذلك . وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء في نصيب الشريك ، لأن العقد متعلق بعين المال . وهل يبطل في نصيب المشتري ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة .

فإذا قلنا يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا يصح الشراء في نصيبه
انفسخت الشركة بينهما في قدر الثمن ، لأن حقه من الثمن قد صار للبائع ، فيكون
البائع شريك شريكه بقدر الثمن ، ويكون هو شريك البائع في المصلحة ، فإن باع
أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به ،
بطل البيع في نصيب شريكه لأن مطابق الإذن 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 ،
لأن حصته منها صارت للمشتري لا للبائع ، فيكون المشتري شريك شريكه .

قال أبو إسحاق : ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه ، لأن ذلك
موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه ، ولو أودع عند رجل عيناً فباعها المودع
فانه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم ، لأن المودع لا يجوز له البيع بالإجماع ؛
واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال : هو متعد بالبيع ، فلا فرق بين أن يكون
مختلفاً فيه أو مجعماً عليه . ألا ترى أنه إذا ضمن وإن كان مختلفاً فيه .

(فرع) إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين
من البهيمة صار غاصباً لخصته منها ؛ وإن كانت مشاعاً لأن 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 غاصباً لخصته من
الدار . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد

فإذا باع الغاصب والشريك الذي لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من
رجل ، فإن الشافعي رضي 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 قولاً
واحداً ، لأن عقد الواحد مع الإثنين بمنزلة العقد بين ، فلا يفسد أحدهما بفساد
الآخر . وإن وكل الشريك الذي لم يغصب منه الغاصب في بيع نصيبه فباع جميع

العين صفقة واحدة . فان باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح البيع في نصيب المخصوب منه .

وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ فيه قولان . وان ذكر الغاصب في البيع أنه وكيل في بيع نصفه لم يصح بيع نصيب المخصوب منه . وهل يصح البيع في نصيب الموكل ؟ على الطريقتين في المسألة قبلها لأنه بمنزلة العقدين . وان غصب الشريك نصيب شريكه فباع العبد صفقة واحدة بطل البيع في نصيب المخصوب منه . وهل يبطل في نصيبه ؟ فيه قولان . واهه تعالى أ . لم

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 . فان المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبيع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن الى شريكه باذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين

فان تحاكم البائع والمشتري . فان كان للمشتري بيته بتسليم الثمن قضى له وان لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبيع فان شهادته مردودة في قبض حصته — لأنه يجر بها الى نفسه نفعا — وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته .

وهل ترد في حصة البائع ؟ فيه قولان :

فان قلنا تقبل حلف معه المشتري ويبرأ . وان قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه إنه لم يقبض . فان حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبيع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئا . لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة . وان ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن يأخذ منه . وان نكل البائع حلف المشتري ويبرأ

وإن تحاكم الشريكان - فإن كان للذي لم يبيع بينة بأن البائع قبض الثمن -
 ورجع عليه بمحضته ، وإن لم تمكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض وبراء ، وإن
 نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبيع فيحلف ويأخذ منه - منه وإن ادعى
 البائع أن الذي لم يبيع قبض الآلاف من المشتري وادعاء المشتري وأنكر الذي لم
 يبيع نظرت ، فإن كان الذي لم يبيع ماذونا 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 المسئلة قبلها ، وقد بيناه .

وإن لم يكن واحدا منهما ماذونا 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 براء من حقه ،
 وإن لم يكن له من يشهد غير البائع - فإن كان عدلا - قبلت شهادته لأنه
 لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فإذا شهد حلف منه
 المشتري وبريء ، وإن لم يكن عدلا فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه ، فإذا
 حلف أخذ منه حقه .

وإن كان البائع ماذونا له في القبض والذي لم يبيع غير ماذون له ، وتحاكم
 البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين ، لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه
 وهل للشريك الذي لم يبيع مشاركته فيها أخذ . قال المزني : له مشاركته وهو
 بالخيار بين أن يأخذ من المشتري حسمائة ، 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 حق نفسه ، فلا يجوز للذي لم يبيع أن يشاركه فيه ، فإن

تحاكم المشتري والذي لم يبيع فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه أنه لم يقبض ، لان الاصل عدم القبض ، فان كان للمشتري بينة قضي له وبرى ، 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 يبيع 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 : اذا كانت الشركة بينهما مناصفة في شيء فاذن أحدها لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه ، أو قلنا : انه يملك القبض بمقتضى الوكالة في البيع فباعت العين المشتركة من رجل بألف ، ثم أقر الشريك الذي لم يبيع أن البائع قبض الألف من المشتري ، وادعى ذلك المشتري وأنكر البائع فإن المشتري يبرأ من نصيب الشريك الذي لم يبيع ، 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 شاهداً وإمرأتين بأنه قد سلم اليه الألف حكم على البائع أنه قد قبض الألف وبرى المشتري منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذي لم يبيع ، وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له غير الشريك الذي لم يبيع فان شهادته في نصيبه لا تقبل على البائع .

وهل تقبل شهادته في نصيب البائع ؟ فيه قولان ، فان قلنا : انها تقبل حلف عنه المشتري وبرى من حصة البائع . وان قلنا : لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الألف ولا شيئاً منها ، لان الاصل عدم القبض فاذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم ، ولا يشاركه الذي لم يبيع ، لانه لما أقر أن البائع قد قبض الألف اعترف براءة ذمة المشتري من الثمن ، وأنه يأخذه الآن ظلماً فلا يشاركه فيه .

وان نكل البائع عن اليمين حلف المشتري أنه قد سلم اليه الألف ، وبرى من الألف ، ولا يستحق الشريك الذي لم يبيع على البائع يمين المشتري شيئاً ،

سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الإقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البيينة من المدعى ، لأننا إنما نجعل ذلك في حق المتحالفين في حق غيرهما .

وكذا لو أقام المشتري شاهداً واحداً وحلف معه فإنه يبرأ من الألف ، ولا يرجع الذي لم يبيع على البائع بشيء إلا إذا حلف مع الشاهد ، بخلاف ما لو أقام المشتري بيينة ، فإنه يحكم بها للمشتري وللذي لم يبيع .

• وإن بدأ الشريكان فتحالفاً — فإن كان للشريك الذي لم يبيع بيينة أن البائع قبض الألف فأقامها — حكم بها على البائع للمشتري وللذي لم يبيع ، وإن لم يكن له بيينة غير المشتري لم تقبل شهادته للمشتري قولاً واحداً ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فيحلف البائع أنه لم يقبض الألف ولا شيئاً منها ويسقط حق الذي لم يبيع من كل جهة .

وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذي لم يبيع فحلف استحق الرجوع على البائع بخمسائه ، ولا يثبت حق المشتري على البائع ، سواء قلنا إن يمين الذي لم يبيع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البيينة عليه ، لأن ذلك إنما يحكم به في حق المتحالفين لا في حق غيرهما . ولأن اليمين حجة في حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البيينة . هكذا ذكر عامة أصحابنا . وذكر أبو علي الشيخي وجهاً 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 البيينة وليس بشيء .

وإن ادعى البائع أن الذي لم يبيع قبض الألف — 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 .

فإن كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض ، أو كان البائع قد أذن

للذي لم يبيع بقبض نصيبه وحده ، فان المشتري يبرأ من نصيب البائع من الثمن
لأنه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هذه المسألة كالنظر في التي قبلها
إلا أن البائع همنا يكون كالذي لم يبيع هناك . والذي لم يبيع همنا كالبايع هناك
على ما ذكرنا حرفاً بحرف .

قال العمراني : وإن كان كل واحد منها غير مأذون له في القبض فانه باقرار
البائع أن الذي لم يبيع قبض الالف لا تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن : لأن
البائع أقر بتسليم حصته من الالف إلى غير وكيله ، والذي لم يبيع ينسكرك القبض
فياخذ 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
بينه حكم له بها على الذي لم يبيع . وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حاف
معه وحكم ببرائة ذمة المشتري من نصيب الذي لم يبيع قولاً واحداً

والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته في القبض
للتهمة ، وهما لم ترد شهادته في شيء أصلاً ، وإن لم يكن البائع عدلاً ، أو كان
من 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 ، لأنه
لم يقبض الالف ولا شيئاً منه ، فاذا حلف أخذ حقه من الثمن ، وإن نكل
حلف المشتري وبرى من حق الذي لم يبيع

وأما إذا كان البائع قد أذن له الذي لم يقبض حقه ، وقلنا ان الاول في البيع
يقضى قبض الثمن ولم يأذن البائع الذي لم يبيع بقبض حقه من الثمن ، فان
باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشتري من نصيب البائع من الثمن ، لأنه 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 ، لأنه في ذلك أمين . فمن أصحابنا من خطأه
في النقل وقالوا هذا مذهب أهل العراق . وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل .

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 للزني وقال : معنى قوله ، يبرأ المشتري من نصف الثمن يريد به في حق البائع . فان البائع كان له المضالفة بجميع الألف . فلما أقر أن شريكه قبض الألف سقطت مضالفته 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 ، لأن الذي لم يبيع يقول : قد أخذ البائع خمسمائة من المشتري بحق مشاع بيني وبينه ، وقول البائع : إنه أخذه لنفسه لا يقبل على الذي لم يبيع لأن المال إذا كان مشاعا بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئا ثم قال قبضته لنفسه لم يقبل

وقال أبو العباس والمصنف . وعامة الأصحاب : لا يشاركه فيما قبض ، لأن البائع لما أقر أن الذي لم يبيع قد قبض الثمن تضمن ذلك عزل نفسه من الوكالة لأنه لم يبق ما يتوكل فيه

فان قلنا بقول المزني كان الذي لم يبيع 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 ، لأنه يقول : ان الذي لم يبيع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وإن قلنا بقول أبي العباس ومن تابعه لم يكن للذي لم يبيع أن يشارك البائع بشيء مما أخذ ، بل له أن يطالب المشتري بحقه من الثمن وهو خمسمائة فإذا طالب الذي لم يبيع المشتري — فإن كان مع المشتري يشفة على الذي لم يبيع أنه قبض منه الألف — برى من نصيبه من الثمن ، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لأنه قبض منه أهما ولا يستحق عليه إلا خمسمائة .

وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له بقبض الذي لم يبيع الألف غير البائع وكان عدلا ، فهل تقبل شهادته ، إن قلنا بقول أبي العباس : إن الذي لم يبيع

لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه ، فيحلف معه المشتري وتبرأ ذمته من حقه من الثمن ، ويرجع عليه بمخمسائة لانه لا يدفع بشهادته عن نفسه ضرراً ولا يجر بها الى نفسه نفعا

وان قلنا بقول المزني ومن تابعه : ان الذي لم يبيع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته ، لانه يدفع بها عن نفسه ضرراً وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض ، لانه اذا ثبت أنه قد استوفى الخمسائة من المشتري لم يشارك البائع في شيء مما قبض .

فان قلنا : لا تقبل شهادته عليه ، أو كان ممن لا تقبل شهادته عليه ، أو كان ممن لا تقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذي لم يبيع مع يمينه أنه لم يقبض الاثاب ولا شيئاً منه فإذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على ما مضى ، وان نكل عن اليمين لحلف المشتري أنه قد قبض منه الاثاب برىء 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) وانكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف اذا شاء ، لانه وكيل ، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لانه وكيله فيملك عزله فإذا اعزل أحدهما لم يعزل الآخر عن التصرف ، لأنهما وكيلان ، فلا يعزل أحدهما يعزل الآخر ، فإن قال أحدهما فسخت الشركة اعزلا جميعاً ، لأن الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين فاعزلا ، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة ؛ لانه عقد جائز يبطل بالموت كالوديعة ، وإن جُنا أو أحدهما ، أو أغشى عليهما أو على أحدهما ، بطل لانه بالجنون والاعشاء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف ولهذا ثبت الولاية عليه في المال ، فبطل العقد كما لو مات ، والله أعلم .

(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 مشاعاً ولا يعزل الآخر عن التصرف في نصيب صاحبه مالم يعزله صاحبه ، أو يعزل نفسه - أي ينحياها عن التصرف - لأن تصرف كل واحد منهما في نصيب شريكه بالأذن ، فإذا عزل المالك أو عزل نفسه انعزل ، وإن عزل كل واحد منهما صاحبه ، أو قال أحدهما : عزلت نفسي عن التصرف في نصيب شريكي وعزاتته عن التصرف في نصيب انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه ، ولا تبطل الشركة بذلك .

وإن قال أحدهما : فتمسخت 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 فان دعا أحدهما الى البيع والآخر الى القسمة أجيب من دعا الى 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 فيبطل بالجنون والاعتمام كالوكالة .

(فرع) اذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقي منهما عن التصرف في نصيب الآخر ، لأن الأذن عقد جائز فيبطل بالموت كالوكالة .

اذا ثبت هذا : فان لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشيء ، وإن كان الوارث بالغاً رشيداً فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الآخر في التصرف ، ويأذن الشريك له ، وله أن يقاسم لأن الحق لهما ، فكان لهما أن يفعلوا ما شاءا .

قال الشيخ أبو اسحاق : غير أن الأولى أن يقاسمه ، وإن كان الحظ في الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد ، وإن كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه الى وليه ، فإن كان الحظ في الشركة لم يجوز له أن يقاسمه ، وإن كان الحظ في القسمة لم يجوز له أن يقيم على الشركة ، لأن الناظر في مال المولى عليه لا ينفذ تصرفه فيه إلا فيها له حظ . وسواء إن كان المال نقداً أو عرضاً فان الشركة تجوز ، لأن

الشركة انما لا تجوز ابتداء على العروض ، وهذا استدامة للشركة و ليس بابتداء عقد ، وان مات وعليه دين لم يحز للوارث أن يأذن في التصرف بمال الشركة ، لان الذين يتعلق بجميع المال فهو كالمرهون ، فان قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه ، وهكذا اذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له في التصرف فيها بقي ، فان أوصى بثلك ماله أو بشيء من مال الشركة - فان كانت الوصية لمعين - كان الموصى له شريكا كالوارث ، وله أن يفعل ما يفعل الوارث ،

وان كانت الوصية لغير معين لم يحز للموصى الاذن للشريك في التصرف ، لأنه قد وجب دفعه اليهم ، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم ، فان كان قد أوصى بثلك ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يحز له ذلك لان الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه ، فلا يجوز أن يعطوا من غيره .

مسائل حول الشركة . لو دفع شبكة الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد ، اذا قلنا : ان الآلة تؤجر بأجر معلوم ، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل ، وبهذا لا يكون صاحب الشبكة شريكا في حصيلة الصيد ، فاذا قلنا : ان الآلة لا تؤجر ، وان الصياد قد لا يجد سمكا يحصل في شبكته فن 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 . لان الربح تابع المال وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان جائز على ما شرطاه لانها عين تنمى بالعمل ، فصح دفعها ببعض ثمنها كالارض التي دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود في خيبر أن يعملوا فيها على الشطر .

الشركات التي تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل في أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدراار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها . ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الأرض ووسائل استثمار خاماتها وخيراتها ؛ ولو أن المسلمين فقهاء دينهم والتزموا في سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة

لدانت لهم الأرض ولبرعوا في شتى علومها الدنيوية وفنونها الحبوية . ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للعناء . وقد عرفنا أن احتلال الكفار لهم بدأ وأندونيسيا ومليزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المناجرة واستغلال الأرض 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 خطراً جاثماً قائماً على أنفسنا ومقدراتنا ، فليقنا نقنبه إلى خطر الترخص في معاملة غير المسلمين ، والله الموفق للصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوكالة

(الشرح) الوكالة مشتقة من وكل بكل الأمر إليه . إذا أتابه عنه واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة ، وفي الحديث : اللهم لا تكننا إلى أنفسنا . وأيضاً من تعلق تيممة وكل أمره إليها ، كأن الله قد تخلى عنه وجرده من عنايته به فصار أمره إلى نفسه أو إلى التيممة التي يتعلقها . والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) الآية ٦٠ من سورة التوبة . فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم .

ويقول القاضي أبو بكر بن العربي : قوله تعالى (والعاملين عليها) وهم الذين يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها ، وقال القرطبي في جامع أحكام القرآن : قوله تعالى (والعاملين عليها) يعني السعاة والحجباء الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الوكالة بالتوكل على ذلك .

ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أركى طعاماً فليأتكم برزقاً منها وليتأنظف) قال ابن العربي في أحكام القرآن : هذا يدل على صحة عقد الوكالة ، وهو عقد

نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به ، إذ يهجز كل أحد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره أو يترفه فيستنيب من يريجه حتى جاز ذلك في العبادات لطفاً منه سبحانه ورفقاً بضعفة الخليفة ، ذكرهما 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) وبقوله (اذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيراً) وآية القميص ضعيفة في الاستدلال ، وآية العاملين حسنة ، وقد روى جابر بن عبد الله قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله (ص) ، وقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر ، فقال ائت وكبلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتضى منك آية فضع يدك على ترقوته . رواه أبو داود

وقد جازت في الطهارة ، وهي عبادة تجوز النيابة فيها في صب الماء خاصة على أعضاء الوضوء ، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضى مريضاً لا يقدر عليه . وتجوز في الزكاة في أخذها وإعطاها . وتجوز النيابة في الصيام عند الشافعي وأحمد وجملة من السلف الأول . وكذلك الاعتكاف مثله ، كما تجوز النيابة في الحج على ما مضى في أحكام الحج .

وتجوز الوكالة في البيع — وهو المعاوضة وأنواعها — والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحواله والضمان والشركة والإقرار والصلح ، والعارية كما أعمال تجوز النيابة فيها .

وكذلك من الكتاب قوله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) بناء على أنه وكيل .

وأما السنة فقد روى أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً ، فقال يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة ، قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار ، فبعت أسودهما أو أودهما : فأتني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتك . قال وصنعت

كيف ؟ قال لحدثته الحديث . قال اللهم بارك له في صفقة يمينه . هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده حديث جابر الذي مضى وحديث أبي : استساف النبي صلى الله عليه وسلم بكرة فجاءت إبل الصدقة فأمرني أن أفضي الرجل بكرة ، وقد تقدم تخرجه في السلم ، وحديث ابن أبي أوفى ، وقد مر في كتاب القرض وكتاب الزكاة . وحديث أبي هريرة ، وكفى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حفظ زكاة رمضان . وأطى عقبه 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 الإجماع 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 ديناراً اشتري له شاة أو أضحية ، فاشتريت شاتين فبعت إحداهما بدينار ، وأتيت به شاة ودينار ، فدعاني بالبركة . فكان لو اشتري تراباً لربح فيه ، ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع ، لأنه 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 والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجمالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع وفي تملك المباحات ، كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان .

(أحدهما) لا يصح التوكيل فيها ، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه ، كالإغتنام (والثاني) يصح ، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالإقباع والائتباب ، ويخالف الإغتنام لأنه يستحق بالجماد . وقد تبين عليه بالحضور ، فتعين له ما استحق به .

(الشرح) حديث عروة بن أبي الجعد البارقى رواه البخارى وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ، وفى إسناد من عدا البخارى سعيد ابن زيد أخو حماد ، وهو مختلف فيه ، عن أبي لييد لمأزة بن زبار ، وقد قيل إنه مجهول ، لكنه قال الحافظ ابن حجر انه وثقه ابن سعد . وقال حرب سمعت أحمد يثنى عليه . وقال فى التقريب انه ناصب جلد

قال المنذرى والنووى اسناده صحيح لهيئته من وجهين ، وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقم سمعت الحى يحدثون عن عروة . ورواه الشافعى عن ابن عيينة ، وقال أن صح قلت به . ونقل المازنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى انما ضعفه لأن الحى غير معروفين . وقال فى موضع آخر هو مرسل لأن شبيب بن غرقم لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحى . وقال الرافعى هو مرسل . قال الحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديث الرافعى من فتح العزيز والصواب أنه متصل فى إسناده مبهم ،

أما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والاجارة وقضاء الديون والخصومات فى المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك ، وانفق الاثمة على أن اقرار الوكيل على موكله فى غير مجلس الحكم لا يقبل بحال . وكذلك اتفقوا على أن اقراره على موكله فى الحدود والقصاص غير مقبول ، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره . وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا الى أجل . وعلى أن قول الوكيل مقبول فى تلف المال بيمينه . وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستأتى منبته فى فروع هذا

وحول حديث عروة فى شراء الشاة بقول ابن تيمية رحمه الله تعالى انه يدل على الوكيل فى شراء معلوم بمعلوم اذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل . وكذا ينبغى أن يكون الحكم . وقال صاحب الكافى ، ظاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة ،

وفى الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل اذا قال له المالك اشترى بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة ، لأن مقصود الموكل قد

حصل وزاد الوكيل خيراً ، 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 استدلل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولي ، وهو الذي يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذوناً في بيعه ، وهو قول مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، والشافعي في القديم ، وقواه النووي في الروضة ، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم علي 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 وكيلاً في البيع أيضاً بقريظة فهمها من النبي صلى الله عليه وسلم ،

وقال أبو حنيفة : إنه يكون البيع الموقوف صحيحاً دون الشراء . والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الإدخال : ويجاب بأن الإدخال للمبيع في الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن . وروى عن مالك العكس من قول أبي حنيفة ، فإن صح فهو قوى فإن فيه جمعا بين الأحاديث وأما الوكالة في تملك المباحات كإحياء الموات واستنقاء الماء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما) لا يصح فيها لأنه تملك مباح ، فهل يكون بتصلكه بوضع يده نائباً عن غيره من نفسه ، كأنه قد حاز شيئاً ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة ، لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيلاً لغيره

(والثاني) يصح ، لأنه امتلك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه كسائر المعاملات من المماوضات والهبات . قال في روضة الطالب : يجوز التوكيل في تملك المباحات وإحياء الموات والانتقاط ، ويخالف الاغتناء لأنه لا يستحق إلا بالجهاد ، والجهاد 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

وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح ، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان ، لأنها أيمان فلا يحتمل 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 .

(المرح) حديث زواج أم حبيبة رضي الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد . بسأني عن عروة عن أم حبيبة ولفظ أبي داود أنه زوجها النجاشي النبي (ص) وأمرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبي (ص) مع شرحبيل بن حسنة ، وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهري مرسله 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 فاتت بتلك الأرض فزوجها النجاشي للنبي صلى الله عليه وسلم .

وقد وكل النبي (ص) 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 شيء 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 ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له ، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج 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 استئنائه وإعادته فجاز . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل في اثبات الاموال والخصومه فيها لما روي أن علياً
 كرم الله وجهه وكل عقيلاً (رض) عند أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال :
 ما قضي له فلي وما قضي عليه فملي ، ووطن عبد الله بن جعفر عند عثمان (رض)
 وقال علي : إن للخصومات قحماً . قال أبو زياد النخعي : القحوم الممالك ، ولأن
 الحاجة تدعو الى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه
 حق ولا يحسن الخصومه فيه ، أو يكره أن يتولاها بنفسه ، فيجاز أن يكمل فيه .
 ويجوز ذلك من غير رضي الخصم ، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضي .
 عليه كالتوكيل في قبض الديون ، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف
 لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في إثباته كاملاً ، ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود
 الله تعالى لأن الحق له ، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه ، وبالتوكيل
 يتوصل الى إيجابه فلم يجز ، ويجوز التوكيل في استيفاء الاموال ؛ لان النبي (ص)
 بعث العيال لقبض الصدقات وأخذ الجزى . ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى ،
 لان النبي (ص) بعث أنيساً لاقامة الحد وقال : يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن
 اعترفت فارجمها ، ووكل عثمان (رض) علياً كرم الله وجهه ليقم حد الشرب على
 الوليد بن عقبه . وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفاءهما
 بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص
 ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره ، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبته
 الموكل ؟ قال في الوكالة : لا يستوفى ، وقال في الجنائيات : ولو وكل فتنحى به فعفا
 الموكل فقتله الوكيل بعد العفو ، وقبل الدلم بالعفو ؛ ففي الضمان قولان . وهذا
 يدل على أنه يجوز أن يقتصر مع غيبته الموكل ، فن أصحابنا من قال : يجوز قولاً
 واحداً ، وهو قول أبي اسحاق ؛ 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 ، لان القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما ، والعفو مندوب
 اليه فهما ، فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه ، وحمل قوله في الجنائيات على
 أنه أراد اذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل .

ومنهم من قال فيه قولان . أحدهما يجوز ، والثاني لا يجوز ووجهها 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
 لجاز التوكيل فيه كالبيع .

(والثاني) لا يجوز ، وهو قول أبي العباس ، لأنه توكيل في الإخبار عن
 حق فلم يجز كالنوكيل في الشهادة بالحق ، فإذا قلنا : لا يجوز فهل يكون توكيله
 اقراراً؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه اقرار ، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق الا والحق واجب عليه
 (والثاني) أنه لا يكون اقراراً كما لا يكون التوكيل في الإبراء ابراء .
 (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
 الأم : 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 الا
 كان يوكله عند عمر ، ولعل عند أبي بكر ؛ وكان علي يقول : ان للخصومة قحماً ،
 وان الشيطان يحضرها اه .

وأما أحكام الفصل : أنه يجوز التوكيل في إثبات حقوق الله تعالى وحقوق
 العباد ، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شيء فوكل غيره عنه كما فعل علي حين
 وكل عقيلاً أخاه عند أبي بكر وعبد الله بن جعفر بن أخيه عند عثمان وقال : ان
 للخصومة قحماً ، وان الشيطان ليحضرها ، وانى لا كره أن أحضرها ، قال
 أبو زياد الكلابي : القم المهالك ، وهذه الروايات تحتاج الى تحرير وتخرىج الا
 أن ابن قدامة في المعنى يقول : وهذه قصص قد انتشرت ، لأنها في مظنة الشهرة
 فلم ينقل انكارها ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك ، فانه قد يكون له حق أو يدعى
 عليه ولا يحسن الخصومة ؛ أو لا يجب أن يقولها بنفسه .

قلت : ولا صحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

• (والثاني) يجوز ، وهو الصحيح ، واليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ، ولا يشترط في صحة التوكيل رضی الخصم ؛ لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضی من عليه الحق كالتوكيل في قبض الديون ، وبهذا قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة ، وإن لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدوا 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 الى قسمين :

(أحدهما) التوكيل في اثبات الجنایة فهذا غير جائز ، لأن الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدرء لقوله صلى الله عليه وسلم : ادروا الحدود بالشبهات ، وأمرنا بالتوصل الى اسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل الى ايجابه فلم يجز .

(القسم الثاني) وهو استيفاء حدود الله تعالى ، كالقصاص وأرض الجنایة وحد القذف وكل ما يتعلق به حق للعباد ، وكذلك في اقامة الحد بعد ثبوت الجنایة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نيس اذهب الى امرأة فلان فان اعترفت قارحها فعلق الجزاء على شرط الاعتراف ، وكذلك يمكن التوكيل في حضرة الموكل ، وهذه العبارة التي ساقها المصنف في قوله : فانه يجوز التوكيل في استيفائها بحضرة الموكل ، لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه ، لانه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته . تدل هذه العبارة على صحة ما اتسم به عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لاحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات في عمل الاجراءات التي يترافعون بها في ساحة المجاكم ومجالس القضاء ويسمونهم بالمحامين .

(فرع) قال الشافعي في الجنایات : ولو وكل فتنجى 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 ؟

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

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز قولاً واحداً ، لأن الحد والقصاص إذا عرفنا
 أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتمس الشبهات الصارفة عن الادانة وعرفنا
 مع ذلك أن العفو مندوب اليه بل رغب الله فيه وقال : فمن عفى له من أخيه شيء
 فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان ، ومن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو
 عنه ، ومن هنا حمل قول الشافعي في الجنائيات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب
 عن عينه فعدا 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 عدمه والأول 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 لمن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك
 أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمجور
 عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته ، فلا يملك التوكيل فيه
 لأنه لا يملكه ، فلا يملك أن يملك ذلك غيره ، وأما من لا يملك التصرف إلا
 بالأذن كالوكيل والعبد المأذون ، فإنه لا يملك التوكيل إلا بالأذن لأنه يملك
 التصرف بالأذن ، فكان توكيله بالأذن ؛ واختلف أصحابنا في غير الأب والجد
 من العصباء ، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة ؟ فمنهم من قال :

يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع ، فملك التوكيل من غير اذن كالأب والجد ، ومنهم من قال : لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالكوكيل والعبد المأذون .

(الشرح) الأحكام : لا يصح التوكيل إلا إذا صدر للكوكيل من الموكل الذى يملك التصرف عن نفسه فى ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقدا الأهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ماداموا لا يملكون التصرف ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، ويلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها فى عقد النكاح ، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه فى تزويج ابنته ، لفقده حق الولاية عليهما ، ويلحق بالمجنون المغمى عليه والنائم : إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى وإنما أبيض توكيل الصبي فيما يكون مصدقا فيه كالخادم والعبد ما دام الصبي مميزا لم يجرب عليه ككذب فى الأذن فى دخول دار وإيصال هدية . أما الصبي غير المأمون المجرب الكذب عليه فلا يعتمد قطعا وما حفته قرينة يعتمد قطعا ، وحينئذ يكون العمل بالعمل لا بالخبر .

وأما المرأة فلا تنوكل فى عقد النكاح كما قلنا إيجابا وقبولا .

واختلاف فى الجد وغير الأب من العصابات هل يملك التوكيل فى التزويج من غير اذن المرأة ؟ فإن قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فملك التوكيل من غير اذنها كالأب وأبى الأب .

ومنهم من قال : لا يملك التزويج إلا بإذن ، ويكون الأذن بمثابة توكيل منها والحق أن الأذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا إلى بيان درجاتها وإعطائها ما تستحقه من تفويض فالولاية الشرعية يعطى الولي الحق فى التزويج بغير اذن ولا توكيل ، والتوكيل يعطى الحق للكوكيل بالولاية الجعلية أو الولاية العرفية ، والظاهر أن الأولى أقوى فيمكن فى غيرها بما لا يكتفى فى الثانية ، وأن باب الأذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة

على الوكالة ، والصحة على التصرف ، اذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف ، رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول اذ الابضاع يحتاج 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 لانه اذ 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 ، لانه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالاذن .

واختلف اصحابنا في العبد ، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح ؟ فمنهم من قال : يجوز ، لانه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى ، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل ، ومنهم من قال : لا يجوز لانه لا يملك النكاح ، وانما أجز له القبول لنفسه للحاجة اليه ولا حاجة الى القبول لغيره ، فلم يجوز ، واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها ، فمنهم من قال : يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها ، ومنهم من قال : لا يجوز ، لانها لا تملك الطلاق ، وانما أجز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة ، ولا حاجة الى توكيلها في طلاق غيرها ، فلم يجوز ، ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج ، لانه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق ، فجاز أن يقبل لغيره ، وهل يجوز أن يتوكل في الايجاب ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لانه موجب للنكاح فلم يجوز أن يكون فاسقا كالولي ، (والثاني) يجوز ، لانه ليس بولي . وانما هو مأمور من جهة الولي ، والولي عدل

{ الشرح } الاحكام : بعض أحكام هذا الفصل مضى في الذي قبله . وقال

الرملي في شرح المنهاج

وشرط الوكيل تعيينه الا في نحو : من حج عنى فله كذا ، فيبطل : وكلمت أحدكما ، نعم ان وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك في كذا وكل مسلم صح كما بحثه

الشيخ في شرح منهجه قال : وعليه العمل . وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسد . أتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاج في التعاقد مالا يحتاج في المعقود عليه لا التفات له هنا ، إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره . إلى أن قال :

والأصح صحة توكيل عبد في قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن فيه إشارة إلى استثنائه . هذين من عكس الضابط ، وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ، ويستثنى صحة توكل سفيه في قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة في طلاق غيرها ومرتد في تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشترط في بطلان تصرفه لنفسه حصر الحاكم عليه ، وسيأتي في باب ما فيه : ورجل في قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحتة أربع والموسر في قبول نكاح أمة . واستثناء بعضهم توكل 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 يحتمل 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 بولى . والولى عدل . والوجه الثانى : إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول ، لأنه عقد تعاق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والاجارة ، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخي .

وقال القاضي أبو حامد المروروذى : لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع - والمذهب الأول - لأنه إذن في التصرف ، والاذن 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 الذمه إلا بتحقق 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 أخرس مفهومة لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكالتك في كذا أو فوضته إليك أو أنتك فيه أو أقتك مقامى 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 عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكي وأخذ منه صحة قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقدة في البلد أن يزوجنى . قال الأذرعى : وهذا إن صح فحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة ، وبذلك أفتى بن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل ، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة .

وقد يشترط القبول هنا لفظا ، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو منصوبة فورها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى فى يده فى قبضها له ، لا بد من قبول لفظا لنزول يده عنها به .

إذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور . أم يصح على التراخي . قولان
فالمصنف والأصحاب كافة على جوازها على الفور وعلى التراخي خلافاً للقاضي
أبي حامد المروروذى فإنه قال : لا يجوز إلا على الفور كالبيع

(فرع) إذا قال أذنت لك في إعطاء فلان صكاً بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ
يكتب الصك كان ذلك هو القبول . ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بالفظ القبول
وهو مرجوح ، إذ لو قال له أذنتك في الطعام فأقبل على الطعام ولم يقل شيئاً
وأكل الا يكون ذلك قبولا ، وما دام التوكيل أو الاذن القصد منه أداء الفعل
فأداءه 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 وكتبتك في كل
قليل وكثير لم يصح ، لأنه يدخل فيه ما يطبق وما لا يطبق ، فيعظم الضرر ويكثر
الغرر . وإن قال وكتبتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديونني صح ؛ لأنه يعرف
ماله ودينه ، وإن قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديونني جاز لأنه
إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقبل الغرر .

وإن قال اشترى لي عبداً لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف ،
فيكثر الغرر ؛ وإن قال اشترى لي عبداً بمائة لم يصح ، لأن ذكر الثمن لا يدل على
النوع فيكثر الغرر .

وإن قال اشترى لي عبداً تركياً بمائة جاز ، لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل
الغرر ، فإن قال اشترى لي عبداً تركياً ولم يقدر الثمن ففيه وجهان . قال أبو العباس
يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقبل الغرر . ومن أصحابنا من
قال لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتفاوت ؛ فيكثر الغرر ، وإن وكله في
الابراء لم يجوز حتى يبين الجنس الذي يبرى منه والقدر الذي يبرى منه ، وإن
وكله في الاقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجوز حتى يبين جنس ما يقر به ،
وقدر ما يقر به ؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجوز ، وإن وكله في

خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الخصومة معلومة (والثاني) لا يصح ، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر .

(الشرح) الاحكام : لا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم من بعض الوجوه لكلا 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 لى في كل أمورى أو حقوقى ، أو فوضت اليك كل شىء لى ، أو كل ما شئت من مالى لم يصح لما فيه من عظيم الغرر ، لأنه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين . وكذلك أفتى الرملى الكبير شهاب الدين . فلا ينفذ تصرف الوكيل في شىء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذى هو السبب فى البطلان لا يندفع بذلك .

قال شمس الدين الرملى : وقارق ما مر عن أبى حامد بأن ذاك فى جزئى خاص معين فساغ كونه تابعاً لقلة الغرر فيه بخلاف هذا ، وبخلاف ما جاء فى قوله : وكلتك فى كذا وكل مسلم . إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً ، وأبست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر فى التابع فيها .

وإن قال : وكلتك فى بيع أموالى وعنتق أرقائى ووفاء ديونى واستيفائها ونحو ذلك صح ، وإن كان ما ذكر معلوماً عندهما لقلة الغرر فيه . ولو قال فى بعض أموالى أو شىء منها لم يصح . أما لو قال : بيع هذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدى فلا إبهام فيه . وكذا لو قال : أبرئ فلاناً عن شىء من دينى صح وحمل على أدنى شىء . إذ الإبراء عقد غيب فتوسع فيه بخلاف البيع . وكقوله أبرئ فلاناً عما شئت من دينى فليبق عليه شيئاً . أما لو قال أبرئه عن جمعه صح أبرؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لئلا يفتقر إلى التثقيص فيه الغرر .

وإن قال اشترى عبداً بمائة ولم يبين جنسه ولا يغنى ذكر الوصف كأبيض أو

أسود . نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها . هذا اذا كان العبد للاقتناء أما اذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غير ذلك لشبهه بالقراض . ونقله ابن الرفعة عن الماوردي وغيره .

قال الرملي شمس الدين : ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها ، ولا يكفي بكونها مكافئة له ، لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيراً فاندفع ما ذكره السبكي هنا . نعم ان أتى له بلفظ عام كزوجي من شئت صح للعموم ، وجعل الأمر راجعاً الى رأى الوكيل بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراد ظاهرة ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض ، أو في شراء دار للقبية أيضاً وجب بيان المحلة — أى الحارة — ومن لازمها بيان البلد ، فلذا لم يصرح به .

أما الاقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه الا اذا بين جنس ما يقرب به وقدره لعظم الضرر عند الاطلاق وكثرة الضرر فلم يصح ، فإذا وكله في خصوماته ، كقوله : وكلتك في خصومة من أخاصمه ففيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل . ومن أصحابنا من قال يجوز لأنه أذن في التصرف لجواز تعلقه على شرط مستقبل كالوصية ، والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعلقه على شرط كالبيع والاجارة ويخالف الوصية فإنها لا تؤثر فيها غرر الجهالة فلا تؤثر فيها غرر الشرط ولو كان يؤثر الجاهة في إبطالها فأثر غرر الشرط فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف ، لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن صح ، فإن كان قد سمى له جعلاً سقط المسمى ووجب له أجره المثل لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجره المثل كالعمل في الاجارة الفاسدة ، وان عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط ، بأن قال وكذلك أن تطلق امرأتى أو تبيع مالى بعد شهر صح ، لأنه لم يعلق العقد على شرط ، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد

(الشرح) الأحكام : فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالأول لا يجوز والثاني يجوز .

أما اجرة الوكيل فتتحدد بأجرة المثل ولو سمي له جملا .

أما الشرط فقد قال الرملي شمس الدين : ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت في الأصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجمالة 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 : وكنت من أراد بيع داري ، وقال الزركشي : لا ينفذ التصرف . قال ابن الصلاح : والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز ، إذ أنه ليس من تعاطى العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعه .

فإن نجزها وشرط للتصرف شرطا جاز ، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه الا بعد شهر ، وعلم من هذا أنه لو قال لأخر قبل رمضان : وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي ، لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع .

قال الشمس الرملي : والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح : لأن 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 لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين . وفي أحدهما اضرار بالموكل لم يجز ما فيه ضرار لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، فان

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 وليكتابه ولأئمة المسلمين
 وللمسلمين عامة - وليس من النصيح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل .

(الشرح) حديث « لا ضرر ولا ضرار » مضى تخريجه في غير موضع ،
 وحديث ثوبان رواه الجماعة .

الأحكام : إذا وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان
 (أحدهما) يملك تثبته ، وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة ، لأنه
 لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه ، وهو قول بعض
 أصحابنا لأنه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الإذن في أحدهما الإذن في
 الآخر ، فإذا قال : قبض حق من فلان لم يكن له قبضه من وارثه . لأنه لم يؤمر
 بذلك ، وإن قال : قبض حق الذي قبل فلان أو على فلان جاز له المطالبة وارثه
 والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت ، فإن عين
 له من يوكله وكله أميناً كان أو غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين ، وإن لم يعين
 من يوكل لم يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين ، فإن وكل
 أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله ، فيه وجهان .

(أحدهما) يملك عزله ، لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين ، فإذا خرج عن
 أن يكون أميناً لم يحز استعماله ، فوجب عزله .

(والثاني) لا يملك عزله ، لأنه أذن له في التوكيل دون العزل ، وإن وكله
 ولم يأذن له في التوكيل نظرت ، فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر
 عليه ، لم يحز أن يوكل فيه غيره ، لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة
 النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ،

وإن وكله في تصرف وقال : اصنع فيه ما شئت فقيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله : اصنع فيه ما شئت .

(والثاني) لا يجوز ، لأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع فيه ما شئت يرجح له ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه ، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه أهمل لا يحسنه ، أو عمل يترفع عنه ، جاز أن يوكل فيه غيره ، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيها يترفع عنه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف .

وإن كان مما يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرته ، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه : لأن 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 . لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل (والثاني) ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه ، لأن 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 يتفرد به ، لأنه إذن لكل واحد منهما في التصرف وإن لم يحمل إلى كل واحد منهما لم يجوز لأحدهما أن يتفرد به ، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما ، فلا يجوز أن يتفرد به ، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً في حرز لهما .

وخرج أبو العباس وجهاً آخر أنه إن كان مما ينقسم ، جاز أن يقسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه ، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الأول ؛ لأنه تصرف أشرك فيه بينهما فلم يجوز لأحدهما أن يتفرد ببعضه فيه كالبيع ، ويخالف المالكيين ، لأن تصرف المالكيين بحق الملك ففعل ما يقتضى الملك ، وتصرف الوكيلين بالإذن ، والإذن يقتضى اشتراكهما ، ولهذا يجوز لأحد المالكيين أن يتفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن يتفرد ببيع بعضه .

(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) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك ، لانه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ، ولا نعلم في هذا خلافا ، فإن قال له : وكلتك فاصنع ماشئت 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 ماشئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وقال أصحاب أحمد له أن يوكل من شاء لدخوله في عموم التوكيل .

ولنا أنه اذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل الى من يعينه على أدائه ، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج الى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج الى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالمهندسة ونحوها جاز له توكيله ، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الاعمال التي يترفع مثله عن القيام بها لذواتها جاز له أن يوكل من يقوم به .

(الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون العمل من الاعمال التي أشرنا اليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنيئة في حق أشراف الناس أو يعجز عن فعلها أو لاي اعتبار مما ذكرنا آنفا فإن الإذن ينصرف الى ما جرت به العادة من الاستنابة ، وبه قال أحمد وأصحابه ، القسم الثاني أن يكون مما يعجز عن عمله لسكنته وانتشاره لجاز التوكيل في بعضه فيها 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 فاك في جميعه كما لوكل (والثاني) ليس له أن يوكل الا فيما لا يقدر عليه منه ، وانما أذن 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 ؟ على روايتين

إحداهما لا يجوز . وهو المذهب عندنا ، واليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجوز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه إن لم يأمنه كالوديمة والأخرى يجوز ، نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى ، إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلا يباة كالمالك . دليلنا أن التوكيل لا يقاوم 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 بالإذن .

(فرع) كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للوكيل في توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحفظ والنظر ، كما أن الإذن 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 فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى 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 ، وهذا قال أحمد وأصحاب الرأي .

وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً معاً في حرز لهما ، لأن قوله انعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتماق بهما . وفارق هذا قوله بتمتكا ؛ 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 مريج وجهاً آخر أنه إن كان المال مما ينقسم اقتساماً
ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا
وليس للحاكم أن يضم أمين الوكيل ليحل محل الغائب ، لأن الموكل
رشيد جازئ التصرف لا ولاية للحاكم عليه ، فلا يضم الحاكم وكيله له بغير أمره
وقارق ما لو مات أحد الوصيين - وفرق بين الوصاية والوكالة - حيث يضيف
الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف ، ليكون 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
بشوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده ، فإذا حضر الآخر تصرفاً
معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، لأن الحاكم سمعها لهما مرة .
وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف ، وبما
ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة

وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .
ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبهه البيع والشراء والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل رجلاً في الخصومة لم يملك الإقرار 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 ، لأنه ليس في العرف
أن من رضاه للتثبيت يرضاه للقبض ، وإن وكله في قبض حق من رجل لمجدد
الرجل الحق ، فهل يملك أن يثبته عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يملك ، لأن الأذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة
النطق ؛ ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف أن من رضاه للقبض
يرضاه للتثبيت .

(والثاني) أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض ، فكان الأذن في

القبض إذناً في التثبيت ، وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الإبراء من الثمن ، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن . وهل يملك قبضه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملك ، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض (والثاني) أنه يملك : لأن العرف في البيع تسليم للبيع 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 ، لأنه من أحكام العقد (والثاني) لا يملك ، لأن الذي وكل فيه هو العقد ، وقد فرغ منه فزالت الوكالة .

(الشرح) الأحكام : إذا وكل رجلاً 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 ؛ لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

دليلنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملك الوكيل فيها كالإبراء ، وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملك في الحدود وفي غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإقرار فافتراقاً . ولا يملك المصالحاة عن الحق ولا الإبراء منه بغير خلاف نعله ، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يملك قبضه ؛ لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

دليلنا أن القبض لا يتناول الإذن نطقاً ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

وإن وكله في قبض حق لمجدد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على الجاحد . فيه وجهان لا صحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك ، وهو أحد

الوجهين عند أصحاب أحمد ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالوكيل في أحدهما لا يكون
وكيلا في الآخر ، كما لا يكون وكيلا 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 إذناً فيه
عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به فلاك ، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه
أو وكل في بيع شيء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالماً بمحدد من عليه
الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه .
وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق
بين كون الحق عيناً أو ديناً .

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة : ان وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه
وكيل في نقلها ، أشبه الوكيل في نقل الزوجة .

(فرع) اذا وكله في بيع شيء ملك تسليمه ؛ لان اطلاق التوكيل في البيع
يقتضى التسليم لكونه من تمامه ، ولم يملك الابراء من ثمنه ، وبهذا قال أحمد .
وقال أبو حنيفة : يملكه

دلينا أن الابراء ليس من البيع ولا من ثمنه ، فلا يكون التوكيل في البيع
توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه

(فرع) وأما قبض الثمن فعلى وجهين ، ان قلنا انه قد يوكل في البيع من
لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن . وان قلنا ان العرف في
البيع تسليم المبيع وقبض للثمن . وأنه موجب للمبيع ملك القبض فكان كالتسليم
المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن ، فاذا سلمه قبل قبض ثمنه
ضمنه ، والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله
في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض
الوكيل له كان ادنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له ، لان ظاهر حال
الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل

ذلك مضيعة مفرطا وان 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 ، وان 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 الاحوال كلها مقصورا
على ما تضمنته الاذن

والقسم الثاني ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً الى ما تضمنته الوكالة من
مقصوده ، وهو ما كان مقصود واجبا على الموكل ، كالتوكيل في بيع أو شراء
فله اذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن . وان لم يصرح له الموكل به ، لان
عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب الى أن لا يسلمه الا بعد قبض
ثمنه ، فلذلك جاز أن يتجاوز العقد الى تسليم المبيع وقبض ثمنه

وهكذا لو وكله في شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها ، فان الشراء
قد أوجب عليه دفع الثمن ، وهو مندوب الى أن لا يدفع الثمن الا بعد قبض
المبيع ، فان وكله في البيع على أن لا يقبض الثمن من المشتري صححت الوكالة ولم
يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان في الوكالة وجهان
ذكرهما أبو علي الطبري في افصاحه

(أحدهما) تصح الوكالة ، كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فإذا أخذ تسليم
المبيع أخذ به الموكل

(والوجه الثاني) أن الوكالة باطلة ، لان اقباض المبيع من لوازم البيع فإذا
نهاه عنه بطل التوكيل

(القسم الثالث) ما اختلف المذهب ، هل يكون عمل المذهب فيه مقصوراً
على ما تضمنته الاذن أو تجوز له المجاوزة الى ما أدى اليه ، وهو ما لا يمكن من عمل
المأذون فيه الا به كالكافة في مقاسمته في دار وقبض الحصنة منها اذا جحد
الشريك ، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها واثبات الحجج والبيئات عليها ،
وكالوكالة في قبض دين ، أما جحد المطلب هل يجوز للوكيل مخاصمته واثبات

البينة عليه؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا (أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن، لأن ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشا به القسم الأول.

(والقول الثاني) يجوز له ذلك، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثاني. والله أعلم اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطاق ولا من جهة العرف، لأنه قد يؤثر البيع في زمان الحاجة، ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده؛ وإن وكله في البيع في مكان — فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقود فيه أجود — لم يجز البيع في غيره، لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقود، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملك البيع في غيره، لأن المقصود فيهما واحد، فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر (والثاني) لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته.

(الشرح) الأحكام: قال الماوردي في الحاوي. وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يوكل لأميرين (أحدهما) أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه (والثاني) أن المقصود بوكالته حصول العمل في الحالين لو كله. وهذا خطأ من وجهين:

(أحدهما) أن فعل الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن من غير مجاوزة، وليس في التوكيل مجاوزة

(والثاني) أن الموكل يسكن في عمله إلى أمانة وكيه فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التي لا يجوز للدودع أن يودعها عند غيره، لأن المالك لم يرض إلا بأمانته. فأما استدلاله بأن هذا أقامه مقام نفسه فلعمرى أنه

كذلك في فعل ما وكل فيه لا في غيره ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء
وان كان للوكل أن يهب ويبرىء لأنه لم يأذن له فيه ، فكذلك في التوكيل .
وأما الجواب عن قولهم بأن الفرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه
به وارضى أمانته ، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره
في عمله ، لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله
لا بفعل غيره . كذلك ها هنا .

قلت : وللكلام المصنف هنا دلالة على ما يترتب على مخالفة الإذن ومجاورته
من أحكام ، فمثلاً 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 للساعة في
ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة مضمون
الإذن ، فإذا كان الثمن في كل هذه الأحوال التي خالف فيها متفقاً مع الزمن
المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شيئاً من الفائدة فهل يجوز
للوكيل مخالفة الإذن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له ذلك ، لأن المقصود فيها
واحد (والثاني) لا يجوز ، لأن الموكل أعرف بما هو الأخطار له وعلى الوكيل
الامتثال لأمر الموكل

قال المساوردي في الحاوي : أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع
وكيله يصبح معه العقد ولا يبطل به البيع ، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط
المأذون فيه ولا يتجاوزة إلا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة فصح
البيع حينئذ على ما سئله ولا تكون الزيادة مانعة من صحته . فأما إذا نهى في بيعه
على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره لأنه المقصود
بالتمليك فلم يصبح عدول الوكيل عنه كالمهبة ، فعلى هذا لو مات ذلك الرجل بطلت
الوكالة بالبيع . ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه .

ولو كان حيا وامتنع من ابيئاعه 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 فلأن وقت الاذن لم يأت ، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات
وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه الى زمان بعينه .

فأما إذنه في مكان بعينه — فإن كان فيه غرض 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 غرض 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 يصرح 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 ، والأول
أشبه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكله في البيع من رجل لم يجوز أن يبيع من غيره ، لانه قد
يوثر تملكه دون غيره ؛ فلا يكون الاذن في البيع منه إذنا في البيع من غيره ،
وان قال خذ مالي من فلان فإذن لم يجوز 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 فإذن ، جاز أن يأخذ من
ورثته ، لانه قصد أخذ ماله ، وذلك يتناول الاخذ منه ، ومن ورثته ، وان وكل
العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل ، فأخذت منه القيمة لم يجوز له بيع القيمة ، لأن
الاذن لم يتناول بيع القيمة .

(الشرح) الأحكام : فأما إذنه على رجل بعينه فلازم ، لأنه المقصود بالتوكيل فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردي فيما نقلناه في الفصل قبله ، وأما إذا قال الموكل لو كئيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، فإذا قال الموكل لو كئيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (من) زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من زيد في الأول متوجه إلى المال لحجاز أن يستوفيه من ورثته والأمر باستيفائه من زيد في الثاني متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه ، فلم يجز أن يستوفيه من غيره .

فإذا وكل المدل لامانته وصدقه في بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل ، لأن الإذن لا يتضمن بيع القيمة ، وإنما كان قاصراً على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد ، لأن الشرع لم يأذن فيه ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه ،

(الشرح) الأحكام : إذا وكله في بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الأثمان ، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتغابن الناس بمثله على ما سيأتي تفصيله أو أعطاه دراهم ليسل فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والثياب على ما مضى في كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لأن الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل ، وما كان محظوراً على الوكيل لنفسه كان محظوراً 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 ، لأن مقتضى الوكالة في الإذن في البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة في الفاسد من جهة الشرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وكل فى بيع ساعة لم يملك بيعها من نفسه من غير اذن ، لان العرف فى البيع أن يوجب لغيره حمل الوكالة عليه ، ولان اذن الموكل يقتضى البيع من يستقضى فى الثمن عليه ، وفى البيع من نفسه لا يستقضى فى الثمن ، فلم يدخل فى الاذن ، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه ؟ فيه وجهان . (أحدهما) يملك ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لانه يجوز أن يبيع منه ماله ، لجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي .

(والثانى) لا يجوز : وهو قول أبى اسحاق ، لانه منهم فى الميل اليهما كما يتم فى الميل الى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما ، كما لا تقبل شهادته لنفسه ، فان اذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها .

والثانى : لا يجوز ، وهو المنصوص لانه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل ، والاسترخاء لنفسه فتانما ، ويخالف الطلاق ، فانه يصح بالزوج وحده ، فصح بمن يوكله ، والبيع لا يصح بالبايع وحده ، فلم يصح بمن يوكله ، وان وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لانه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه .

وان وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح لانه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله أحدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه . والثانى : يصح ، لانه لا يتم فى إقامة الحججة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبد الرجل ليشترى له نفسه أو عبدا غيره من مولاة ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لانه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاة جاز توكيله فى الشراء من مولاة (والثانى) لا يجوز ، لأن يد العبد كيد المولى ، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده . ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يحز فمكذلك اذا وكل العبد .

(الشرح) الأحكام : إذا وكله في بيعها لا يجوز له أن يبيعهما من نفسه ، فإن أذن له كان بيعاً ، فإن وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعاً ولا عبرة بالوكالة ولأن العرف في البيع وأيضاً أحكام الشريعة في البيع تقوم على الإيجاب ، والإيجاب هو أن يوجب لغيره ، ولأن أذن البيع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الاخط في الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة ، فلو باع من نفسه فإنه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه ، ولم يدخل في الإذن . ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للوكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم وأب الطفل ، ولأنه لما كان الوكيل في البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكاً للموكل وجب أن يكون الوكيل في الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعاً للموكل

وأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة فننتقض 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 واقعاً بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأب الطفل وبالعقد النكاح ، وليس لهم استدلال في المسألة يسلم من الكسر .

(فرع) قال في الحارثى : قال المزنى : أعلم للوكيل والوصى أن يشترى من نفسه . أعلم أن النيابة في البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه ، أحدها من جهة النسب ، وهى الأب والجد على ابنة الطفل ، والثانى من جهة الحسب ، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه . والثالث من جهة الوصية ، وهى وصاية الأب والجد وغيرها على الطفل ممن تصح وصايته . والرابع من جهة الوكالة ، وهو الوكيل الرشيد ، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم يبيعه ، ويشترى من أنفسهم ما لهم شراؤه ؟ على أربعة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك والأوزاعى أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشترى من أنفسهم .

والمذهب الثاني ، وهو قول زفر بن الهذيل : أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم
والمذهب الثالث ، وهو قول أبي حنيفة : أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده . والمذهب الرابع ، وهو مذهب الشافعي : أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله

واستدل من ذهب إلى جوارحه لجميعهم بأن المقصود في البيع حصول الثمن وفي 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 ، وقياساً على الأب أن كل من جاز له بيعه على نفسه كالأب

واستدل من منع جوارحه لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره ، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستبين فإن باع نفسه انصرف بحجة الطبع إلى حظ نفسه ، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجوز ، وقياساً على الوكيل لأنه نائب في العقد عن غيره فلم يجوز أن يعقد مع نفسه

واستدل من منع منه للوكيل وحده ، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الأمر فكان مأذوناً له من غير ولاية نصار أنقصر حالاً من ذى الولاية . فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب ، ولم يجوز لتغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبي

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه ، ما روى أن رجلاً أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفسه ، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوارحه فقال لا . وليس نعرف له مخالفاً في الصحابة ولا جملة الضبيع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه . ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الأب مجبول بحبوية الابوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والابن على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : الولد مجبنة مبخلة مجهولة ، فأنفقت التهمة عنه في مبايعة نفسه . وهذا المعنى مفقود فيمن عداه ، فصار هذا الحكم لاختصاصه

بمعناه مقصوراً عما به منتفياً 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 تغليباً لحكم الأبوة (والثاني) لا يجوز، لأن ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة.

(فرع) فأما الوصى والوكيل إذا أراد بيعها المتولاه بالوصية والوكالة، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه

(والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مقهور في الميل إلى ولده كما كان مقهوراً في الميل إلى نفسه. ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بما لغيره، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشتري من نفسه، فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافي المقصود والغرض من الوكالة

قال الماوردي: لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقضاء لموكله، وإذا كان هو المشتري انصرف منه إلى الاستقضاء لنفسه. وقال ابن سريج: يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها

قال الماوردي: وهذا خطأ لما ذكرنا في الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متبهماً فيه، وليس في الطلاق والعتق لمن تصير بالميل إلى نفسها متبهماً فيه (والثاني) أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات، والبيع أضيق حكماً منهما.

(والثالث) أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر. وفي البيع قبول معتبر فلم يجز أن يكون البازل قابلاً.

فأما إذا وكله رجل في بيع سيارته ووكله آخر في شراء السيارة الموكل في بيعها لم يجز لتنافي المقصود في العقد، 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 يبعاً كان أو شراءً احتمال وجهين، لأن ثبوت الأول يمنع من جواز الثانية

والوجه الثاني : يجوز ، لأن الوكالة لا تلزم ، فلم يكن للمتقدمة منها تأثير ،
وتبطل بقبول الثانية . ومثل ذلك يقال في التوكل في الخصومة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجوز أن يشتري معيباً لأن
إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب ، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً
ثبت له الرد ، فإن اشترى معيباً 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 يجوز للوكيل رده ، لأن الرد لحقه وقد رضى
به فسقط . وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأنه ظلامة حصلت به فله
بإجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه

فإن قال له البائع : آخر الرد حتى تشاور الموكل ، فإن لم يرض قبلته أم 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 فالتقول 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 الابتياح أو نواه وصدقه البائع
جاز أن يرده ، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب ، وإنما رضى وكيه فلا
يسقط حقه من الرد ، وإن لم يسمه الوكيل في الابتياح ولا صدقه البائع أنه نواه
فلنصوص 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

وفي الذي يرجع به وجهان (أحدهما) وهو قول أبي يحيى البلخي : أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبا عن الثمن ، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشيء ، 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 ينتقض ويرجع البائع على اليهود بما نقص من القيمة عن الثمن ، فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء ، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة

(والثاني) أنه يرجع بأرش العيب ، وهو الصحيح : لأنه عيب قات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش . وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيباً فهل له أن يرد من غير إذن الموكل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له أن يرد ، لأن البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيباً فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة

(والثاني) لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتماده بالتعيين .

(الشرح) قال المزني رحمه الله تعالى : ولو وكاه بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب . وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الأمر ، فهذا قول الشافعي ومعناه . اهـ

قال الماوردي في الحاوي : اعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء شيء فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثاني) أن يصفه ولا يعينه ؛ فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليماً من العيوب لأن إطلاق الصفه يقتضيه ، ويجوز للعامل في القراض أن يشتري السليم والمعيب ، والفرق بينهما أن يشتري الوكيل للقرض ، وليس في المعيب صلاح اللقنتي ؛ وشراء العامل في القراض طلباً للربح ، وقد يوجد الربح في المعيب كوجوده في السليم

فإن اشتري الوكيل شيئاً على الصفة وكان معيباً فعلى ضربين (أحدهما) أن

يشتره عالماً بعيبه فالشراء غير لازم للوكيل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضه الاذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الاذن

والضرب الثاني : أن يشتره غير عالم بعيبه فلو وكيل اذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله ، لأن رد المغيب من حقوق عقده . فلو قال له البائع : قد أمهلتنك في رده فطالع موكلك بعيبه لم يلزمه المطالعه وكان له تهجيل الرد لما ذكرنا ، فإن رده ثم جاء الموكل راضياً بعيبه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى

ولو رضى بغيب قبل رد الوكيل لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد ، ولو رضى رب المال في القراض بغيب 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 بالغيب فلا يمين له على الوكيل ، فإن ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالغيب وكان عاينه أن يخلف أنه ما علم برضى موكله بالغيب ، واه الرد واسترجاع الثمن . ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يخلفه بالله أيضاً ما رضى بغيب المشتري الذي ابتاعه موكله قبل رده ، فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن ، وهذا حكم الوكيل اذا رد بالغيب واه اعلم

فأما إن رضى الوكيل بالغيب نظر في الموكل ، فإن رضى بالغيب كان الشراء لازماً له ، وإن لم يرض بالغيب نظر في عقد البائع فإن كان قد سمى موكله فيه فله الرد ، لأن مالك المشتري لا يلتزم عيباً 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 :

(أحدها) وهو قول أبي يحيى البلخي : أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوي معيباً بمثل ما اشتراه فلا شيء له على الوكيل لعدم النقص في الثمن استشهد أداً بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر ، وأقام المدعى بينة بالبيع لحكم له بالثمن ثم رجعت 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 بأرض العيب سواء كان يساوي قدر ثمنه معيباً أم لا ، لأن العيب إذا فات معه الرد كان مقدراً بالأرض ، وإن لم يكن معتبراً بنقص الثمن ، وليس كالذي استشهد به من رجوع الشهود ، لأن 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 يردّها قبل استئذان موكله أم لا ؟

على وجهين (أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها ، لأنه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها ، ولعله قد أمره بشرائها مع علمه بعيبها .

والوجه الثاني وهو قول أبي حامد الأسفراييني : له الرد من غير استئذان ، لأن الرد من حقوق عقده ، ولأنها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيبها هذا والله الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه ، لأن العرف في بيع العبد وشراؤه أن يعقد على جميعه ، فحمل الوكالة عليه ، ولأن في تبعيضه إضراراً بالموكل فلم يملك من غير إذن ، وإن وكل في شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد واحد ، لأن العرف في العبيد أن تباع وتفتري واحداً واحداً ، ولأنه لا ضرر في أفراد بعضهم عن بعض ، وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ، ففيه وجهان ، قال أبو العباس : يلزم الموكل ، لأنه اشترى صفقة واحدة ، ومن أصحابنا من قال : لا يلزم الموكل ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان (فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن ،

ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن ، لأن إطلاق البيع يقتضى نقد البلد ، ولهذا لو قال : بعثك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد : وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما ، لأن نقد البلد هو الغالب ، فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للوكيل ، لأنه مأمور بالنصح له ، ومن النصح أن يبيع بالانفع ، فإن استويا باع بما شاء منها لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر تغير بينهما وإن أذن له في العقد بنقد لم يجوز أن يعقد بنقد آخر ، لأن الأذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر ، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجوز أن يشتري جارية ، ولو أذن له في شراء حمار لم يجوز أن يشتري فرسا .

(الشرح) الاحكام : إذا وكله في بيع الشيء جميعه لانه لا يتجزأ ، أو يتجزأ ولكن الأذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة ، فليس له أن يبيع بعضه ، فان قال له : بيع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بسبعين ، فان هذا البيع لا يلزم الموكل ، لانه لا يأمن أن يبيع الباقي بثلاثين

فإن قال له : بيع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بمائة جاز ، لأنه زاد خيرا وأتى بالغرض للوكيل من الحصول على المائة ، وزيادة ملكيته لنصف السيارة ، وليس عليه ضرر من هذه التجزئة . وكذلك توكيله في بيع شيتين 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 فاشتره رزقه رزقه ، فإذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز إذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزنا أو لونا أو ملسا ، وعند أحمد لا يصح لعدم الإذن

والذى يدور عليه مفهوم الوكالة هو إذن الموكل أولا ، وتوخي الانفع أو الاخط له ثانيا ، ومراعاة أن يكون النقد الذى يبيع به نقدا محليا ، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف ، فقد تنفق بعض النقود في الاسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهه الاصدار ،

والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل ، فقد تعقد الوكالة في باد 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 المساوردي : 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 لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يحز للوكيل أن يبيع به قياسا على البيع بغير جنس الأثمان والمحرمات ، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهباً لم يبعه بالفضه ، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل بيعهما بأحظهما للدوكل ، فان استويا كان حينئذ محيراً في بيعه بأيهما شاء ، فان باعه بكلا النقدين فان كان في عقدين صحا جميعا اذا كان مما يجوز تفريق الصفقة في بيعه ، وإن كان في عقد واحد فعلى وجهين أحدهما : يجوز الجمع بين النقدين كما جاز لإفراد كل واحد من النقدين .

والثاني : لا يجوز ، لأن غالب البياعات يتناول جنساً واحداً من الأثمان فلم يحز أن يعدل إلى غالبها ، وباقه التوفيق قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبداً ، فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الالف ، فاذا 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 فقيه وجهان ، أحدهما أن البيع باطل ؛ لأنه أمره بعقد لا يفسخ بتلف الالف فعقد عقداً يفسخ بتلف الالف ، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به . والثاني أنه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الالف ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً ، وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر عبداً ولم يقل بعينها ، فقيه وجهان . أحدهما أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع اليه 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 .

(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 ، فذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أن الشراء لازم للموكل ، لأنه 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 .

أحدها باطل ، والثاني لازم للوكيل . أما إذا أذن له في الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف مذهب الشافعي وسائر أصحابه سواء اشترى 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 فيسكون لازماً للموكل . قال الماوردي : وهذا على مذهب الشافعي رضي 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

يشتره في ذمته ، وهو في كلا الحالين لازم للموكل ، وبني ذلك على أصله : أن الدرهم والدنانير لا يتعينان عنده . قال الماوردي : وهذا خطأ لتعين الدرهم والدنانير عندنا في العقود كما يتعين في الغصوب ، وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع ، ولأن يد الوكيل كيد المودع ، ومال الودعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين ، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله ، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب اذنه ،

والقسم الثاني : أن يأمره أن يشتري في ذمته وينقد المال في ثمنه ، فإن اشتراه في الذمة صح وكان لازما 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 الإسفراييني : أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للمعين ، فلا يلزم الموكل ، لأن الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضا ، لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن ، والعقد على العين يبطل بتلف الثمن . فصار فعل الوكيل مخالفا لامر الموكل ، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيارة بثمن في ذمته ثم نقد الثمن من عنده ، برىء الوكيل والموكل منه ، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لأن أمره بنقد هذا المال في الثمن يتضمن نهيا عن نقده من غيره .

والقسم الثالث : أن يطلق الإذن في الشراء عند دفع المال فيقول : خذ هذا المال فاشتر لي به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون اطلاقه مقتضيا لتعيين أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما — وهو قول أبي علي الطبري : أنه يقتضيه لأن تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه ، فعلى هذا ان اشترى في ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل ، والوجه الثاني — وهو قول بعض البصريين : أنه لا يقتضى التعيين ؛ لأن الاطلاق على العموم ؛ فعلى هذا يكون الوكيل مخيرا بين العقد على العين أو في الذمة ، ومذهب أحمد في هذا كله كنهو مذهبنا .

فإذا تقرر ما أوضحنا فصوره مسألة الكتاب في رجل دفع إلى رجل مالا
ليشترى له به طعاما فنسلف المال قرصاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاما فالشراء
غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن في الشراء بعين المال أو في الذمة .
وقال أبو حنيفة : الشراء لازم للموكل سواء كان الإذن بالعين أو في الذمة
وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقاءه ، فإذا بطلت
الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله ، فلو أن الوكيل لم يستهلك
ولكن تعدى 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 الوديعة ، فعلى هذا يكون الشراء لازماً للوكيل دون موكله .
(والوجه الثاني) وهو قول أبي علي الطبري أنه على الوكالة لا ينعزل عنها
بالتعدي مع بقاء المالك كالمترهن لا يبطل الرهن بتعديه ، وإن كان مؤتمناً فعلى هذا
يكون الشراء لازماً 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 والنزح الثمن فضمنه ، فعلى هذا يجوز للبائع أن
يطلب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه ، فإن وزن
الوكيل الثمن رجوع 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 رجوع على الموكل
لأنه التزم بأذنه ، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل
لا دين له عليه : إنه إذا وزن رجوع ، وإذا لم يزن لم يرجع ، وإن أبرأ البائع
الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن .

(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 واقعاً بالعقد للموكل دون الوكيل وللوكيل حالتيان :

(إحداهما) أن يذكر اسم موكله في العقد فيقول : قد اشتريت هذا الشيء لفلان بأمره : فيكون الثمن واجباً على الموكل ، وهل يكون الوكيل ضامناً 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 يصبر الثمن واجباً على الموكل بالعقد ؟ أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج . أحدهما : أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد ، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل ، فإذا أخذه من أحدهما برئاً معاً .

والوجه الثاني : أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد ، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرد به 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 المبيع 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 عرضاً رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضاً رجع على الموكل بأقل الأمرين

من الثمن أو قيمة العرض ، فلو أراد الوكيل أن يمتنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا ، لأن البائع لم يبعه منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل ١٠) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن ، لأن الأصل في البيع النقد ، وإنما يدخل التأجيل لسكساد أو فساد ، فإذا أطلق حمل على الأصل ، فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبيع إلى أجل أكثر منه ، لأنه لم يرض بما زاد على المقدر ، فبقى على الأصل في المنع ، وإن أطلق الأجل ففقيه وجهان .

أحدهما : لا يصح التوكيل ، لأن الأجل تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح ، والثاني : يصح ويحمل على العرف في مثله ، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه ، لأنه مأمور بالنصح لموكله ، ومن أصحابنا من قال : يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق ، ومنهم من قال : يجوز إلى سنة ، لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة ، وهي الدية والجزية ، والصحيح هو الأول .

وقول القائل الثاني : إن اللفظ مطلق لا يصح ، لأن العرف يخصه ، ونصح الموكل يخصه وقول القائل الثالث : لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع ، وهذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف ، وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت ، فإن باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح لأن الأذن في البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوي نسيئة فإذا باع بما دونه لم يصح ، وإن باع نقدا بما يساوي نسيئة : فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح ، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ، وإن كان في وقت مأمون ، ففقيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة ملى فقوت عليه ذلك فلم يصح . والثاني : يصح ؛ لأنه زاده بالتعجيل خيراً ، وإن وكله أن يشتري عبداً بألف فاشتراه بألف مؤجل ففقيه وجهان (أحدهما) لا يصح العراء

للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه (والثاني) أنه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيراً .

(فصل) ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن لأنه شرط لا حظ فيه للموكل ، فلا يجوز من غير إذن كالأجل ، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط (والثاني) يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار .

(الشرح) الاحكام : ان بيعة بالثمن المؤجل من غير إذن موكله لا يجوز ، ودليلنا أن الأجل في البيوع يدخل تارة في الثمن فيكون سلماً ، وتارة في الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يحز للوكيل أن يدخل الاجل في الثمن فيجعله ديناً ، وتحريره أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع اطلاق الإذن قياساً على تأجيل الثمن ، ولأن الاجل لما لم يلزم المالك في عقده ، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل الا بإذن صريح ، لأن اطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر .

فأما الجواب عن الاستدلال بأن اطلاق الإذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ في القول ، بل الإطلاق في الإذن يقتضى العرف بدليل أن اطلاق الاذن بالشراء لا يقتضى عموم الاشرية 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 منتقض بالاجل في الثمن ، 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 الثمن ، فهذا حكم العقد

مع اطلاق اذن الموكل ، وما يلزم من الشروط في عقد التوكيل .

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل في البيع مقيداً بشرط ، فإن كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول ، وهو كما يقول المصنف باطل على أحد الوجهين ، لأن الأجل يختلف فيكثر فيها الغرر ، وكالحبصار أكثر من ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذي يبطل معه العقد على وجه من الوجوه ؛ فقد صار الموكل بها آذناً لو كيله بالبيع الفاسد ، فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذي أذن فيه الموكل كان فاسداً ، وإن رضى المالك بفساده ؛ فإذا أذن له في الأجل وأطلق الأجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا .

والثاني وهو وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة : يصح . ويحمل على العرف في مثله ، لأن المطلق يحمل على المقيد نصاً أو عرفاً ، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد في البيع بأحظ وأنفع ما يقدر عليه لموكله ، لأنه مؤتمن له ومن خصاله النصح له ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أي نحو ولو لم يتجر الأنفع لموكله

ومنهم من قيد الإطلاق الأجل بسنة قربة ، لأن الله تعالى جعل عدة الشهور اثنتي عشر شهراً ، ولأن الجزية والدية والزكوات لأنها ديون شرعية في ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنة ، فإذا أطلق الموكل حملنا إطلاقه على القيد الشرعي في الديون الشرعية ، والقول الأول هو الذي جعله الماوردي في الحاوي قولاً واحداً للمذهب ولم يحك غيره ، أما المصنف رحمه الله فقد ساق الأقوال كلها ثم رجح الأول .

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 مشترى با نقداً
فإذا قدر الموكل له الأجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه

(فرع) إذا باع نقداً ما هو مأذون فيه بأجل نظرت فإن تساوى ثمن المبيع نقداً مع ما قدره الموكل للثمن استأ ، فعلى وجهين (أحدهما) يصح لأنه زاد خيراً بتمجيل الثمن .

(والثاني) لا يصح لأنه قد يكون له غرض في جعل الثمن في ذمة مليء كأنه ودبعة في صورة دين فقوت عليه هذا القصد فلم يصح

(فرع) لا يجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشتري ولا لوكيله ، قال يجوز له أن يقبل شرط الخيار من غير اذن موكله في البيع أو في الشراء . وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه قيد المطلق بشرط ليس مأذونا فيه .

والوجه الثاني : إذا رأى أن هذا الشرط أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فإنه يصح واقعه 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 ، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع ، والزيادة على ثمن المثل في الشراء اضرار ، وترك النصح ، ولأن العرف في البيع ثمن المثل ، فحمل إطلاق الإذن عليه ، فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجوز أن يبيع بثمن المثل لأنه 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 ، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك .

(والثاني) يلزمه الفسخ وهو الصحيح ، لأن 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 لأن 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 ، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه ففيه عنه

وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بائني عشر فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء ، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه ، وإن كان في الذمة لزم الوكيل لأنه اشترى في الذمة بغير إذن فوق المملك له . وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه ، فإن كان المبيع باقياً رداً ، وإن كان تالفاً وجب هبمانه

وللوكيل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ؛ وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما لم يكن له قبضه ، فإن اختار تضمين المشتري ضمن جميع القيمة ، وهو عشرة ، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكامل البدل ، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة ، لأنه لزمه رد المبيع ضمن جميع بدله (والثاني) يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز ، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم

(والثالث) يضمنه درهماً لأنه لم يفرض 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 ، لأن المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه .

وإن قدر الثمن فقال : بع بألف درهم ، لم يجوز أن يبيع بما دونها ، لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها ، وإن باع بألفين نظرت ، فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجوز ؛ لأنه قصد تملكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وإن لم يعين من يبيع منه جاز . لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف . لأن من رضى بألف رضى بألفين

وإن قال بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجوز أن يبيع بما زاد ، لأنه صرح بالذهي فدل على غرض قصده فلم يجوز مخالفته . وإن قال بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة ، فصار كالموكل لو باع بألف درهم (والثاني) أنه لا يصح ، لأن الدرهم والثوب تنقسم على السلعة فيمكن ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب . وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن : فإن

الاذن يقتضى البيع بالنقد . فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفة

وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز ، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف ، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف ، فإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح ، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف . وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح ، لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف ، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز ، لأن من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بألف

وهل له أن يبيع الآخرين فيه وجهان (أحدهما) لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف (والثاني) أنه يجوز لأنه أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم ، كما لو لم يقدر الثمن . وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . لأن من رضى أن يشتري عبداً بمائة رضى أن يشتريه بخمسين ، وإن قال اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين جاز أن يشتري بمائة ، لأنه مأذون فيه ، ولا يشتري بخمسين لأنه منهى عنه ، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة ، لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها ، ثم خرج الخمسون بالزهي وبقي فيها زاد على ما دل عليه المأمور به

وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن مادونها أولى إلا فيها أخرجه الزهي (والثاني) لا يجوز لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن مادونها أولى بالمنع . وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتره بمائة وعشرة لم يلزم الموكل .

وقال أبو العباس يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة ، والمذهب الأول ، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل . كما لو قال اشتر لي عبداً فاشتره بأكثر من ثمن المثل ، ولأنه لو قال : بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح ، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة ، فكذلك

إذا قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتره بمائة وعشرة . لم يلزم الموكل ، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة .

وإن وكله في شراء عبد بمائة فاشترى عبدا بمائتين وهو يساوي المائتين ، لم يلزم الموكل ، لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين ، وإن دفع اليه دينارا وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين ، فإن لم تساو كل واحدة منهما دينارا لم يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي دينارا ، وإن كان كل واحدة منهما تساوي دينارا نظرت ، فإن اشترى في الذمة ففيه قولان .

(أحدهما) أن الجميع للوكل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي دينارا ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداها بدينار وأتى النبي (ص) بشاة ودينار فدعا له بالبركة ، ولأن الأذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار ، لأن من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار .

(والثاني) أن للوكل شاة لأنه أذن فيه ، والآخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل .

فإن قلنا أن الجميع للوكل فباع إحداها فقد خرج أبو العباس فيه وجهين (أحدهما) أنه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح (والثاني) أنه يصح لحديث عروة البارقي ، والمذهب الأول ، والحديث يتناول

وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار ، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار ، فإن قلنا فيها اشترى في الذمة : إن الجميع للوكل كان الجميع ههنا للوكل . وإن قلنا : إن إحداها للوكيل والآخرى للوكل صح الابتاع للوكل في إحداها ويبطل في الآخرى ، لأنه لا يجوز أن يحصل الابتاع له بمال الموكل قبطل .

(الشرح) حديث عروة البارقي مر في غير موضع الكلام عليه في البيع والربا وأول الوكالة ، وقد أوفيناها حقه من البحث فليراجع .

أما الأحكام فقد قال المزني : ومن باع بما لا يتغابن الناس بمثله ففيه مردود .

لأنه تلف على صاحبه ، فهذا قول الشافعي ومعناه . وهذا صحيح . قال الماوردي للموكل فيما أذن له ببيعه حالتيان : حالة إطلاق . وحالة تقييد فأما حالة الإطلاق فهو أن يأذن لوكيله في البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيد بشرط ، أو على صفة ، فعلى الوكيل في بيعه ثلاثة شروط :

(أحدها) أن يبيعه بذالب نقد البلد ، فإن عدل إلى غيره لم يجز والشرط الثاني : أن يبيعه بشمن مثله ، فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل ، كان يبيعه نافذاً ، ولموكله نافذاً استدلالاً بأن إطلاق الإذن 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 وبملا يتغابن الناس به وعلى المؤجل ، وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه ، كما لو باعه بنقد البلد وبشمن المثل وبالمعجل . ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالمبيع بنقد البلد

واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد لجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث ، وهذا كله خطأ . والدليل على ما قلنا على الشرط الأول 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 ، قياساً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات

والدليل على الشرط الثاني ، وهو أن يبيعه بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بأكثر من شمن المثل قياساً على الشراء ولأن من لم يملك الهبة في مال لم يملك المحاباة فيه كالرصى والعبد المأذون له في التجارة ، ولأن المحاباة كالهبة لا اعتبارها من الثالث ، فلما لم يصح من الوكيل في البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه .

وتحريره أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلا كالهبة ، فإذا ثبت ما ذكرنا وأن المثل معتبر ، وأن البيع بما لا يتغابن الناس

بمثله ، فالاعتبار بالنبن عرف الناس في مثل المبيع ، وليس له حد مقدر .
وقال مالك : حد النبن في البيوع الثلث فصاعداً لقوله صلى الله عليه وسلم
« الثلث والثلث كثير ،

وقال أبو حنيفة : حد النبن من العشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب في زكوات
الزروع والثمار .

قال الماوردي : وكلا المذهبين فاسد ، لأن عرف الناس فيما يكون غبنا كثيراً
يختلف باختلاف الأجناس ، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبنا كثيراً ؛
وهو الحنطة والشعير والذهب والورق . ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً
يسيراً ، كالزبيب والجوهر ، فلم يجوز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه في عرفهم .
ووجب الرجوع فيه إليهم .

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان يبيعه باطلاً ولا ضمان عليه ما لم
يسلم المبيع : فإن سلمه كان ضامناً ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً ، فإن هلك
في يد المشتري كان كل واحد من الوكيل والمشتري ضامناً . أما المشتري فضامن
بجميع القيمة ؛ لأنه فاض عن عقد بيع فاسد . وأما الوكيل ففي قدر ما يضمنه
قولان ذكرهما الشافعي في كتاب الرهن الصغير (أجدهما) أنه يضمن جميع القيمة
(والثاني) أنه يضمن ما غبن به من قدر المحاباة ؛ لأن به فسد العقد ولزم الضمان
وقد مضى من التفريع في كتاب الرهن ما يقتنع .

والدليل على الشرط الثالث وأن يبيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الاجل
في البيوع يدخل تارة في الثمن فيصير سلماً ، وتارة في الثمن فيكون ديناً ، فلما لم
يجز للوكيل أن يدخل الاجل في الثمن لم يجوز أن يدخل الاجل في الثمن على
مامضى 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 باطلاً ، ولو باعه بأكثر من مائة
درهم كان البيع جائزاً لحصول المائة التي أَرادها ، والزيادة عليها زيادة حظ له ،

إلا أن يكون قد أسره 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 أحظ ، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجوز لتفويت ما أراده 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 بإفرادهم في العقود . ولو ذكر له قدر الثمن فقل : بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم . فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجوز لأنه قد لا يشتري العبدان الآخران بما بقي من تسكئة 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 فيها سواها

والوجه الثاني : أنه يجوز له بيع من بقي منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم . ولا يكون حصول الثمن بكامله من بعضهم مانعا من بيع باقيهم . كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف . ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف ، ويكون عن ببيع باقيه بللزيادة على الألف .

فأما العدد من الأثاب إذا وكله في بيعها وأمكن أن يتناع صفقة وتفريق . فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لو وكله في بيع جميعها صفقة أو أفرادا كل واحد منها بعقد . فإن عدل عن أحظهما لم يجوز ما لم يكن من الموكل تهريج به ، اهـ

(قلت) وكلام المصنف في المذهب يفيد أن البيع يصح وينفذ في كل حالة نقص فيها الثمن عن القدر الذي أذن فيه وضمنه الوكيل — أعني ضمن الفرق الذي ينقص عن القدر المأذون فيه — كأن أذن له في البيع بمائة فباع بتسعين كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة ، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذي حددته بكامله ، وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل

ومثل ما ذكر في البيع يكون في الشراء فلو أمره أن يشتري شاة بعشرة فاشترى بها أحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة ، وهذا هو تخريج أبي العباس بن سريج رحمه الله تعالى .

هذا وبقية 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 واثقه المستعان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه وان 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 بخير إذنه ، وإن اشتراه بشمن في الذمة نظرت ، فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى ، لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانهقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة ، وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان (أحدهما) أن العقد باطل ، لانه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل (والثاني) أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه ، وهو قول أبي إسحاق ، وهو الصحيح ، لانه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانهقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل .

(فصل) وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء ، لانه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل ؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه ، فإن ادعى الوكيل أنه قضاؤه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل هل الغريم ، لان الغريم لم يأتئنه على المال ، فلا يقبل قوله عليه في الدفع ، كالوصى 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 ، لانه لم يفرط ، وإن لم يشهد ضمن لانه فرط .

وان أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، لأن الشاهد مع اليمين بيّنة (والثاني) يضمن لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بيّنة مختلف فيها وان كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن ، وإن لم يشهد ففيه وجهان .

أحدهما : لا يضمن ، لان المفرط هو الموكل ، فإنه حضر وترك الاشهاد .
والثاني : أنه يضمن لان ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل ، كما لو أتلف ماله وهو حاضر ، وان وكاه في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الاشهاد ؟ 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 الاشهاد ، وإن وكاه في الايداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه ، لانه لم يآتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه ، كالوصى إذا ادعى دفع المسال إلى اليتيم ، وهل يضمن الوكيل ؟ ينظر فيه ، فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن ؛ لانه لم يفرط ، وإن لم يشهد — فإن قلنا : إنه يجب الاشهاد ضمن لانه فرط ، وإن قلنا : لا يجب لم يضمن لانه لم يفرط .

(الشرح) الاحكام : قال المزني رحمه الله تعالى : لو دفع اليه مالا اشترى به طعاماً فبسلقه ، ثم اشترى له بمثله طعاماً فهو ضامن للمال والطعام ، لانه خرج من وكالته بالتعدي ؛ واشترى بغير ما أمره به .

اعلم أن هذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليسكون الجواب في المسألة مبنيًا عليها ، وهو أن الرجل إذا وكل رجلاً في ابقياح متاع له فلا يخلو حاله من أحد أمرين ، إما أن يدفع اليه ثمنه أم لا ، فإن لم يدفع الثمن اليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن في ذمته ناوياً به أنه لو كاه ، فيسكون بالعقد واقعا للموكل دون الوكيل .

وقال أبو حنيفة : يقع الملك بالعقد للوكيل ، ثم ينتقل الى الموكل استدلالاً بأن ما ملكه الانسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ، ثم انتقل عنه الى متملكه كالشفعة يقع الملك الى المشتري ثم ينتقل عنه الى الشفيع ، ولأن الوكيل يلزمه

الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده ، لأن الثمن في مقابلة المثلن ، ولأنه لما كان شروط العقد والافتراق معتبراً بالعاقدين اقتضى أن يكون موجه من الملك واقفاً للعاقدين .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم .

(فرع) قال المزني : ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال الى رجل فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل منه الا ببينة اهـ

قلت : وصورة ذلك تتضح في رجل أمر وكيله بدفع مال الى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع اليه القبض ، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام . أحدها : أن يكون ديناً في ذمة الموكل ، فقول الوكيل في الدفع غير مقبول على المدفوع اليه ، لأن 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 لأنه ، وإن كان أميناً له بقوله — غير مقبول في الدفع الى غيره . ألا ترى أن الوصى أمين الموصى ، ولا يقبل قوله على اليتيم في دفع ماله اليه ، لأنه يدعى دفعاً الى غير من ائتمنه . وكذلك أمره الله تعالى بالاشهاد على اليتيم في دفع ماله اليه بقوله : فاذا دفعتم لهم أموالهم فاشهدوا عليهم ، لأن غير الايتام قد ائتمنواهم .

وقال في غير الأوصياء : فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته ، فأمره بأداء الامانة الى من ائتمنه من غير اشهاد . لأن قوله في الدفع مقبول . وأمر الأوصياء بالاشهاد . لأن قولهم في الدفع غير مقبول . فاذا ثبت أن قول الوصى غير مقبول في دفع مال اليتيم اليه . وإن كان مؤتمناً لان الايتام من جهة غيره فكذلك قول الوكيل غير مقبول في دفع المال الى غير موكله ؛ وإن كان مؤتمناً

لأنه دفع إلى غير مؤتمنه ، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصيا مات ، أو موكلا باقياً . فأما إن صدق الموكل وكيله في الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضرا للدفع أو غائبا عنه ، فإن كان غائبا عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل ، كما كان ضامنا مع تكذيبه ، لأنه وإن صدقة على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد ، لأن أمره بالدفع يقتضى دفعا بديه من المطالبة ، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد ، فصار الإشهاد من مقومات الدفع ؛ وكما نقول في الإشهاد نقول في التوثيق والإشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع إليه ، لأن العرف في زماننا هذا وفشو الفساد واستحلال المحرمات ، وصعوبة الإثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البيئات ، وعدم التفريط فيها .

فصار الوكيل بترك الإشهاد مفرطا فيضمن به كما يضمن بالجناية وإن كان الوكيل حاضرا للدفع الوكيل ففي وجوب الضمان على الوكيل وجهان (أحدهما) لا ضمان عليه ؛ والإشهاد غير لازم له ، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الإشهاد ، لأن ما كان من شروط الدفع مع غيبة الموكل كان من شروطه مع حضوره ، وليس ما انفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل .

والقسم الثاني : أن يكون المدفوع عينا مضمونة في يد الموكل كالعواري والغصب ، فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربا ، وينسك ربا ذلك فالقول قوله مع يمينه ؛ وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما في الدفع ، ولصاحب العارية والمال المنصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين الذي لا يرجع صاحبه به على الوكيل ؛ لأن الوكيل في قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين ، وقد ثبت للوكيل في العارية والغصب فكأن 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 أيضا ، وإن كان حاضرا فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع

الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غالباً ، وهل يرجع به إن كان حاضراً 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 للودع 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 ضامناً لها أم لا ؟ على وجهين . وإن أذن له أن يوكل في ردها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يصدقه على التوكيل . فكون قول الوكيل في هذا مقبولاً على رب الوديعة في ردها عليه ، لأنه قد صار وكيلاً له ، وقول الوكيل مقبول على موكله

والضرب الثاني : أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالإذن فيه . فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا . على وجهين (أحدهما) يقبل قوله ، لأن التوكيل من جهته ، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ، وبصير قول الوكيل مقبولاً عليه في الرد . والوجه الثاني : أن قول المودع غير مقبول في الوكالة لأنه يدعى عقد توكيل على غيره ، فعلى هذا لا يقبل بقبول الوكيل في الرد ، وبصير المودع ضامناً ، وليس له إذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل ، لأن المودع مفرط بترك الإشهاد في التوكيل ، فصار ضامناً لتفريطه . فلم يجوز أن يرجع به على غيره .

والقسم الرابع : أن يكون ذلك وديعة للموكل ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليماً 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 الإشهاد عليه عند الدفع (أحدهما) يجب عليه الإشهاد ، كما يجب عليه في قضاء الدين ، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً . وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول . والوجه الثاني : أن الإشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة . لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الإشهاد عليه كان مقبول القول فيه . فعلى هذا لا يكون مفرطاً . وقوله في الدفع مقبول

القسم الثاني: أن يصدقه 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 برى . من الدعوى
القسم الثالث: أن يصدقه المودع على قبضها منه وبدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول . وهو من ضمانها برى . لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه فلدا برى . من الأشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالاقرار والله أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان عليه حق لرجل لرجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه ، جاز أن يدفع إليه : ولا يجب الدفع إليه . وقال المذني : يجب الدفع إليه ، لأنه أقر له بحق القبض : وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرى . 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 الأصل عدم التوكيل ، فإذا حلف نظرت . فان كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية ورجع بيدها إن كانت تالفة ، وله أن يطالب الدافع وللقابض . لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل . والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه . فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض . وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع . لأن كل واحد منهما يقول : إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به علي غيره .
وإن كان الحق ديناً فله أن يطالب به الدافع . لأن حقه في ذمته لم ينتقل . وهل له أن يطالب القابض ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يطالب . وهو قول أبي إسحاق 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 يتبين فيما صار في يد القابض فلم يجوز 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 مبرى . فلزمه . وان جاء رجل فقال : أحالني عليك صاحب الحق فصدقه . ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه الدفع اليه ، لأنه أقر له أنه انتقل الحق اليه فصار كالوارث (والثاني) أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرى . لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه ، وإن كذبه لم يلزمه الدفع اليه في المسائل كلها وهل يخلف إن قلنا : إنه إن صدقه لزمه الدفع اليه حلف ، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع اليه . وإن قلنا لا يلزمه الدفع اليه إذا صدقه لم يخلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) الأحكام : قال المزني : ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكنتي فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار ، فإن أغرم الدافع على القابض لأنه يعلم أنه وكيل برى ، وإن أغرم القابض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرى .

وعورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو في يده ، فحضر رجل ادعى وكالة العائز في قبض ماله ، فإن أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان ، فإن كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته ، لأنه يشهد لأبيه ، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل ، لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع ، واسكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه لا له ، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل ، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء ، وتوكيله إن شاء ، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيله ما أسكن ، وإن 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 : إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال اليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال اليه .

وهذا خطأ من وجهين . أحدهما وهو تعليل أبي اسحاق : أنه دفع لا يبرئ من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم يجبر . ألا ترى أن من عليه حق بوثيقه فله الامتناع من الدفع إلا بشهاد صاحب الحق على نفسه

ولو لم تسكن عليه وثيقة ففي جواز امتناعه لأجل الشهادة وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : له أن يمتنع لأنه لا يتوجه يمين عند أدائه بعد دفعه (والثاني) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد ، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف بارأ .

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 ، وإن أقر باستحقاق قبضه ، فسكذا الوكيل ، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه ؛ والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك ، فيلزمه الدفع لأنه بين أنه من الحق ، ولا يصير الوكيل مالكا ، ولا يبرأ بقبضه من الحق .

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به ، فهل يلزمه دفع المال إليه بإقراره ؟ أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لأنه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث (والثاني) لا يلزمه لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود ، فصار كإقراره بالتوكيل .

فاذا 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 ، وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا ، لكن يجوز له في الحكم أن يدفعه إليه ، فإن دفعه إليه ، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها ، فإن اعترف بها برى من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل الى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه .

فإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فله المطالبة ، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين ، إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان حقه عيناً قائمة كالمصوب والعواري والودائع فكل واحد من الدافع والقابض ضامن لها ،

أما الدافع فلتعديده بالدفع . وأما القابض فليده عند إنكار توكيله ، ويكون رباها بالخيار في مطالبة من شاء بها من الدافع والقابض ، سواء كانت باقية أو تالفة ، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة : فان طالب بها الدافع وأغرمه برئاء ولم يرجع الدافع على القابض بغرمها لأنه مقر أن القابض وكيل برئء منها وأنه هو المظلوم بها .

وان طالب القابض فأغرمه برئاء ، ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها : لأنه 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 ، لأنه أذن في التصرف في ماله لحاجته لكل واحد منهما إبطاله كالأذن في أكل طعامه ، وان رهن عند رجل شيئا وجعله على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن .

وان عزله المرتهن ففيه وجهان (أحدهما) أنه انعزل ؛ وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه ، فانعزل بعزله كالراهن (والثاني) لا انعزل ، وهو قول أبي إسحاق لأنه ليس بوكيل له في البيع ، فلم انعزل بعزله ، وان وكل رجلا في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت ، فان أذن له في التوكيل عن الموكل فمما 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 لأنه يتصرف له فذلك عزله كالوكيل ، وان عزله الوكيل انعزل ، لأنه وكيله فانعزل بعزله ، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته ، لأنه فرع له ، فاذا بطلت وكالة الاصل بطلت وكالة الفرع .

وان وكل رجلا في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهـل التصرف في ذلك الامر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة ، لأنه

لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ، وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه فففيه وجهان .

(أحدهما) لا ينعزل كالأمر زوجته بعقد ثم طلقها .

(والثاني) أنه ينعزل ، لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة ، وإنما هو أمر ولهذا يلزم أمثاله ، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه ، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه ، أو دابة فركبها ، فهل تبطل الوكالة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما : تبطل فلا يجوز له البيع ، لأنه عقد أمانة فتبطل بالحيانة كالوديعة . والثاني : أنها لا تبطل ، لأن العقد يتضمن أمانة وقصراً ؛ فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقي التصرف ، كالرهن يتضمن أمانة وثيقة ، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة .

وإن وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالنعزل ، ففيه قولان . (أحدهما) لا ينعزل ، فإن تصرف صح تصرفه ، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمير صاحب الشرع (والثاني) أنه ينعزل ، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق .

(الشرح) الأحكام : لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه أذن في التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن في أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعي فيه قولان ، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فيمان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق وإلى هذا ذهب الحنفي من الحنابلة .

والقول الثاني وهي الرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه في رواية جعفر بن محمد أمام التترة ، لأنه لو انعزل قبل علمه

كان فيه طرر ، لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الطعام فيما كاله
المشترى 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 ان عزل الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا ، وان
عزل الوكيل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل ، لانه متصرف بأمر الموكل ،
فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة .

ولنا ما تقدم ، فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان ، فان 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 يمن أو يحجر عليه
اسفه لحكمه حكم الموت . لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته .

فاذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل . وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة
بالحال ، لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف . وان حجر على الموكل وكانت
الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله . وان كانت في
المحصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها ،
لان الموكل أهل لذلك . وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدانة ، وان
فسق الوكيل لم ينزل . لانه من أهل التصرف . الا أن تكون الوكالة فيما يتأفیه
الفسق كالإيجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسقه أو فسق وكيله بخروجه عن
أهلية التصرف . فان كان وكيله في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لانه
لا يتأفي جواز قبوله .

وهل ينزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وان كان وكيله فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل اليتيم ورلى الوقف على
المساكين ونحو هذا العزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف
وان كان وكيله او وكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه . لان الوكيل

ليس له توكيل فاسق . ولا ينمزل بفسق موكله . لأن موكله وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاعشاء ، لأن ذلك لا يخرجها 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 بالتعدى كالوديعة (الثاني) لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، وبهذا الوجه قال أحد أصحابه . لأنه إذا تصرف وإنما يتصرف في نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فناقها التعدى والحيانة ، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقي الإذن بحاله . فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا ، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمائه ، فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه . وإذا دفع اليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن فصار ضامنا له ، فإذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة .

وإن وجد بالمبيع عيبا فرد عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه ، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه .

(فرع) إذا وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن 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 ، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن .

وإن وكله في بيع سلامة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها . وتلف الثمن واستحق

المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعمدة عليه .
كالو باع بنفسه .

(الشرح) الاحكام : اليد في أموال الغير على ثلاثة أقسام ، يد ضامنة ويد
أمانة ، ويد تختلف الشرائع هل هي ضامنة أو أمانة ، فالأولى كيد الغاصب
والمستعير والمساوم والمشتري والمستقرض ، وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك
بأيديهم ، وإن كان هلاكه من غير تعديهم ، لأنهم أصلاً بين متعد أو معاوض .
والثانية كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستاجر والمرتهن ،
فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا ، لأنه 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 فيها هلك
فإذا تقرر 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 ارقاق ومعونة ، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج
عن مقصود ارقاق والمعونة فيها : وسواء كانت الوكالة بهوض 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 . لأنها إذا
خرجت عن حكم الاجارة في اللزوم خرجت عن حكمها في الضمان

(فرع) قال المازني : فإن طلب منه الثمن فنعمه فقد ضمنه الا في حال لا يمكنه
فيه دفعه . قال الماوردي في حاويه وهذا كما قال : إذا كان مع الوكيل ثمن
ماباع الموكل فطلب منه فنعمه ، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين . إما أن يكون
بعذر أو بغير عذر . فان كان لهذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول
الى موضع الثمن . أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها .

أو لصياح مفتاح أو للملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر في تأخير الدفع ولا ضمان عليه أن تلف قبل الدفع . وإن منعه لعذر صار ضامناً له . فإن تلف كان عليه غرمه . فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ .

(قلت) سيأتي مزيد إيضاح لهذا الفصل في آخر فصل في هذا الباب لتعلقها به هناك . أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول :

إن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها فقد بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كماله وكله في بيع بقره فمات . ولو دفع إليه ديناراً ووكانه 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 إيضاحه من حيث التهدي والتفريط أو عكسهما وإنا أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله لأنه ينكر عقداً الاصل عدمه فكان القول قوله . وإن اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها . بأن قال الوكيل : وكلتني في بيع ثوب . وقال الموكل : بل وكلتني في عبيد ، أو قال الوكيل : وكلتني في البيع بألف وقال : بل وكلتني في البيع بالدينين . أو قال الوكيل : وكلتني في البيع بشمن مؤجل وقال الموكل : بل وكلتني في البيع بشمن حال فالقول قول الموكل لأنه ينكر اذناً والاصل عدمه . ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كیفيته كالزوج في الطلاق

(فصل) وإن 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 لأنه يملك العقد والقبض . ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به . كالأب في تزويج البكر .

(والثاني) أنه لا يقبل قوله ، لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن ، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه ، وإن وكله في ابتياع جارئة فابتاعها ثم اختلفا ، فقال الوكيل : ابتعتها بإذنك بعشرين . وقال الموكل : بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة ، فالقول قول الموكل لما بيناه . فإن انف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر ، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن ، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن ، وإن كان صادقا 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 ، فإن 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 بعتهما بعشرين ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا يصح ، لأنه يبيع معلق على شرط فلم يصح ، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل . ومنهم من قال يصح : لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لأنه لا يصح أن يبيعهما إلا أن يكون قد أذن له في الابتاع بعشرين ، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني : يبيعهما 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 على 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 لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته ، فيكون البائع أحق بعين ماله .

وقال أبو إسحاق : لا يملك الوكيل الجارية قولاً واحداً ، وتختلف الدار لأنها كانت للبائع ، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا

تخالص المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل ، فتعود اليه عند التعذر ، فان قلنا
يملكها ظاهر او باطنا تصرف فيها بالوطء وغيره . وان قلنا انها للموكل في الباطن
كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه . ووجد له مالا من غير جنس حقه .

(الشرح) الأحكام : 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 (١)
فيه . فأما القسم الأول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في رد ما قد
اتتمنه عليه . وجملة الأيدي التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام
(أحدها) ما يقبل فيه (قول^٢) صاحبها في رد ما كان معه ، وهو من اتتمنه
المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) في أمانته كالمودع ، فقوله
في رد ما بيده من الوديعة على ربه مقبول ، لأنه 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 كالمرتن فلا يقبل قوله في الرهن على رهنه ، لأنه 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 ، والاجر
المشترك ؛ ففي قبول قولهم وجهان
(أحدهما) أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك ، وهذا
أظهر القواين (الوجهين) وهو قول الجمهور

(١) اختلف قوله ، أي قول الإمام الشافعي رضي الله عنه ، وكذا كل ما جاء
على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير المذكور في اثبات قول أو حكم أو
مذهب (٢) ما بين القوسين منا

(والثاني) وهو قول أبي علي الطبري : أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم لأن عود النفع اليهم يحملهم كالتصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمترهن فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعا ، فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل .

وأما القسم الثاني : وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل ، فهو أن يدعى إذناً في تصرف لقول الوكيل : أمرتني ببيع كذا ، أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك ، فالقول قول الموكل دون الوكيل ، لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة ، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها ، لذلك مدعى الإذن لا يقبل قوله في ادعائه ، وكذلك إذا اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته كقول الوكيل أمرتني بإعطاء زيد ألفاً فقال : بل أمرتك بإعطائه ثوباً ، وكقوله أمرتني ببيع عبدك بألف ، فقال : بل أمرتك بالعين ، فالقول فيه قول الموكل ، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببيئته يقيمها على ادعائه ، والبيئته شاهدان عدلان لا غير ، لأنها بيئته في إثبات الوكالة .

وأما القسم الثالث : وهو ما اختلف قوله في قبول (قول) الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل في عمل فيدعى 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 والمطالقة والقابض والمفوض ؛ ففيه قولان محكيان عن الشافعي ، ووجهان ذكرهما ابن سريج ، فأحد قول الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بيئته على ما ادعاه ، والبيئته 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 . فهذان قول الشافعي المحكيان عنه .
وأما وجه أبي العباس بن سريج فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول

الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ، ونص توجيههما ، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعق والطلاق والبراء كان قوله مقبولاً 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 الإقرار به كإيقاع (طلاق) قبل قوله فيه ، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه ، وهذان الوجهان إنما يكونان للقول بها وجهه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة ، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخرجهما 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 مقبولاً عليه ، لكن مع يمينه ، لأنه اختلاف في الدفع ، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري فهو على قولين : لأن الوكيل يدعى عملاً ينكره الموكل ، وإن كذبه في البيع وقبض الثمن ، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا .

(فرع) إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري سيارة ، فقال الوكيل : اشتريتها بألف ، قال الموكل : اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشتري 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 تشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين ، ويقول للآخر : قد قبلت ، ليحل له الفرج لمن يبتاعها منه .

وقد أثار 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 ، فاختلاف 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 مطلقاً من هذا الشرط ، وهذا قول أكثر البصريين .
والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقده كذلك لانه هكذا يكون في الحكم لجائز أن يكون ملفوظا به في العقد .

(فرع) اذا ثبت ما أسلفنا للموكل حالتان :

أحدهما : أن يجيب الى بيعها على الوكيل ان كان صادقا فيصير الوكيل مالكا لها ظاهراً وباطناً . ويجوز له امساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها والحال الثانية : أن لا يجيب الى 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 الإصطخري انه قد ملكها ملكا تاما ظاهراً وباطناً لان الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فافتضى أن ينتقل الى 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 للموكله ، 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 بتأنيده ، وان كان أكثر فلا حق له في الزيادة .

وهل يجوز اقرارها في يده ؟ أم ينزعها الحاكم منه ؟ على وجهين ، أحدهما :

يقرها في يده لأنه لا خصم له فيها ، والوجه الثاني : بنزاعها منه لأنه مال قد جعل مستحقه فصار كأموال العيب — التي ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل في النزاع — أم يكون مشتري الجارية مالكمها ، على الوجهين جميعاً ، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمنع 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 ، لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه لجعل القول قوله .
(فصل) وإن اختلفا في رد المال فقال الوكيل : رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت ، فإن كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه : لأنه قبض العين لمنفعة المالك ، فكان القول في الرد قوله كالمودع : وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن (والثاني) أنه يقبل قوله لأن 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 مضموناً عليه كالغصب والعارية فإن كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض ، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، ويقيم عليه البينة فيغرمه ، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأنه 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 : لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئاً ، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه وبجمل القول :
إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخجل من ستة أحوال :

الأول : 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 لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البيعة عليه ، فلا يكف ذلك كما ودع . وكذلك كل من كان في يد مولى على سبيل الأمانة ، كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجير المشترك على اختلاف فيه ، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحرقيق والنهب وشبههما فعليه إقامة البيعة على وجود ذلك في ناحيته ، ثم يكون القول قوله في تلفها ، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذر إقامة البيعة 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 شيئاً لنفسه ، أو فرط في حفظها أو لبس الثوب ، أو أمره برد المسال فلم يفعل ، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ولائته 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 شيئاً ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جمل ، لأنه إن كان بجمل كان أجيراً وبده ضامنة

(فرع) قال المزني : ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمنعتني وأنت ضامن هو مدع أن الأمانة تحوات مضمونة وعليه البيعة ، وعلى المنكر اليمين . وهذا كما قال ، إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك ، ثم اختلفا فقال الوكيل : منعتهك معذوراً فلا ضمان علي . وقال الماوكل منعته غير معذور فعليك الضمان ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً ، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه في انتقاله عن الأمانة إلى الضمان

(فرع) قال المزني : ولو قال وكلتك ببيع متاعى فقبضته منى وأسكر ثم أقر ،

أو قامت عليه البيئته ضمن - أي انتقل من حال الأمين إلى حال الضامن - لأنه خرج بالجهود من الأمانة ، وهذا صحيح ، وصورة ذلك في رجل ادعى على رجل أنه وكاه يبيع متاعاً ، وأقبضه إياه ، فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فاقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن أقام المدعى بيئته بالوكالة وقبض المتاع صار ضامناً وخرج بالجهود عن الأمانة فصار كجاحد الودیعة ، فلو ادعى بعد قيام البيئته عليه تلفها أو ردها على مالئها لم تقبل دعواه ، لأنه ضمن مالا يقبل قوله في ادعاء البراءة منه ، ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه ، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه ، وكان ضامناً له كقيام البيئته عليه بقبضه .

فلو أقام البيئته رده على موكله أو بتلف ذلك في يده قبل جهوده ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : إنها بيئته مردودة ، لأنه قد أكذبها بسابق إنكاره .

والوجه الثاني وهو قول أبي القاسم الصيمري ، وحكاه أبو حامد الاسفراييني إن بيئته مقبولة ، يقدم ما شهدت به على الجهود الموجب للضمان . قال الماوردي والوجه الأول أصح .

(فرع) قال المزني : ولو قال : وكلتك في بيع متاعى فبعته ، وقال : مالك عندي شيء ، فأقام عليه البيئته فقال : صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لأن من دفع شيئاً 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 شيء أو ليس لك في يدي حق فهذا جواب مقنع في الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه ، لأنه منكر . وكل من ادعى عليه مال في يديه وذكر المدعى سبب استحقاقه كالودیعة والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكرأ له أن يجيب بأحد جوابين ، إما أن يقول : ما أخذت منك هذه الودیعة ، ولا غصبتك هذا المال ، وإما أن يقول : مالك قبلي حق ، فكل الجوابين مقنع في إنكار الدعوى وعليه اليمين .

وعفة إخلاله وتخليفه بحسب اختلاف الجواب ، فإن كان جوابه مطلقاً

بأن قال : ليس عندي لك حق ، أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبضه حق ، ولا يجوز للأحكام أن يخلفه : ما أخذ ودبعة ، أو ما غصبه ، لأنه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بمد الوديعه والغصب ، بهبه - أو يبيع 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 احترازاً عما ذكرنا (والوجه الثاني) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ، ولا أخذ وديعته لأن ترك الاحتراز في جوابه ينفي التوهم عنه فيما ذكرنا .

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقتنع لحلف ثم قامت البيئه عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولاً فيه لا مبرين أحدهما : أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الأول ، لأن من يرد الشيء على مالكة فليس له شيء في يده .

والثاني : أنه ليس له في جوابه الأول تكذيب الشهود ، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين ، فلو قامت عليه البيئه في هذه المسأله بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شيء لك عندي صار ضامناً ولم يقبل قوله في الرد أو التلف لأن هذا الجواب منه مع بقاء الشيء في يده كذب ووجوده صار ضامناً :

(فرع) قال المزني : ولو جعل للوكيل فيما وكله جملاً ، فقال للموكل جملي قبلك ، وقد دفعت إليك مالك ، فقال : بل خنتي فالجمل مضمون لا تبرئه منه الجنابة عليه ،

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً ، فلو قال : قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجعل بمبلغ الثمن وله أجره مثله ؛ فلو وكله في بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعة فاسداً فلا جعل له ، لأن مطلق الأذن بالبيع يقتضى ما صح منه ، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جملاً عليه ، فلو باعه بيعة صحيحة وقبض ثمنه ، وتلف الثمن في يده فله الأجره لوجود العمل ، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حساباً كالثوب أو تجليد كتاب

فتلف الثوب أو الكتاب في يده بعد عمله ، فلا أجر له إن كان مشتركا ، والفرق الذي تلف الثمن في يده والذي تلف الثوب أو الكتاب في يده أن المقصود من الاجير تسليم العمل المستحق في مقابلة العوض ، فالتم 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 بجعل الوكيل ، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته ، فصار بالعمل مأجورا فيه ، وكان بخلاف وقوع البيع قاسداً ، فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف في يده ، ثم استحق الثوب من يد المشتري كان البيع قاسداً 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 جامعه أنه يرجع على الموكل دون الوكيل ، لانه مبيع عليه كالمبيع على المفلس (والثاني) يرجع على من شاء منهما ، لأن لكل واحد منهما في العقد تأثيرا

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 ، لانه يدعى عملا يستحق به جملا فلم يقبل قوله في دعواه ، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل اليه فالقول قول الوكيل مع يمينه وله الجعل ، لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق بها ، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع ، إني كنت في عملي بقدر جعلك فبرئت منه بخيانتك ، وأنكر الوكيل الحيانة ؛ فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله .

(فرع) إذا تلبث 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 بالمنع ضامناً ؛ وعليه الغرم إن تلف .

والوجه الثاني : له الامتناع بالدفع إلا بالاشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع 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 ضامناً كالفاسد والمستعير أو غير ضامن كالمرتحن .

فأما المضارب والأجير 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 الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الوديعه

(الشرح) يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر من ثم حذف الواو ثم فتح لمكان حرف الخلق ، قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضى يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبي عملة ويزيد النحوي « ماودعك ربك » ، بالتخفيف ، وفي الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمات » ، أى تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون أماتته ، وقد جاء الماضى فى بعض الأشعار وما هذه سبيله فيجوز القول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالأماتة ، ووادعته موادعته صالحته ، والاسم الوداع بالكسر وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاماً وهو أن تسمعه عند سفره ، والوديعه فعيلة ، بمعنى مفعولة ، وأودعت زيدا ما لا دفعته اليه ليكون عنده وديعه وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهى الراحة ، أو أخذتة منه وديعه ، فيسكون الفعل من الأضداد لكن الفعل فى الدفع أشهر واستودعته ما لا دفعته له وديعه يحفظه وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعه وهى الراحة وخفض العيش والهاء عوض من الواو والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

أما السنة : فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانه إلى من اتصنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى من حديث أبى هريرة (رض)

وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفي إسناده طلق بن غنم عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبي النباح 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 العمل 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 ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلًا عند البيهقي .

قال الشافعي رضي 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 المعترين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهمًا للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيسكون مخصصًا للعموم في قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعمدوا 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 الحيانة وليكن الحيانة إنما تسكون في الأمانة كما يشعر بذلك كلام صاحب القاموس على أن الأحاديث التي بثت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتي كثير منها في فصول هذا الباب إن شاء الله

وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإبداع والاستبداع والضرورة تقتضيها
وبالداس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ
لهم، واشتقاق الوديعة من السكون يقال ودع وديعه فيكأنها ساكنة عند المودع
مستقرة، أو هي مشتقة من الحفظ والدعه فيكأنها في دعه عند المودع وقبولها
مسحوب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن 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 رضي 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 أن لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها،
لأن حرمة المسال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال: حرمته مال المؤمن كحرمته دمه، ولو خاف على دمه
لوجب عليه حفظه، فيكذلك إذا خاف على ماله وإن كان عاجزاً عن حفظها
أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لأنه يفرر بها ويمرضها للهلاك،
فلم يجز له أخذها .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري، وهو سلم بن عمرو، وروى
بعضه ابن ماجه وأسناده صحيح ورواه الترمذي بإلفظ: «المسلم أخو المسلم لا يخونه
ولا يكذبه ولا يخذله، كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه، التقوى
ههنا، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم»، قال الترمذي: حديث حسن
أما حديث ابن مسعود رضي 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: «إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحرمته

يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا ، واقتران المال والدم والعرض في حرمتها
وتشبيهه الحرمة بجرمة مكة في يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة
التساوي بين المال والدماء .

أما الأحكام فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب اليها .
واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب ، وأن قبول حفظها أمانة محضة ، وأن الضمان
لا يجب على المودع إلا إذا تمدى ، وأن القول قوله في تلفها وردها على الإطلاق
مع يمينه على تفصيل سيأتي كما سيأتي ما اختلفوا فيه . أما إذا خاف على الوديعة
التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضاً للخسارة ، أو كان له غرماء
ولا يأمن أن يستولوا عليها وقاه لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحمته نفسه بالخيانة
فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يفرر بها
ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الايداع إلا من جاز التصرف في المال ، فإن أودعه
صبي أو سفیه لم يقبل لأنه تصرف في المال ، فلم يصح من الصبي والسفیه كالبيع ،
فإن أخذها منه ضمنها ، لأنه 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 فقيه وجهان ، بناء على القواين
في المحرم إذا خلاص طائراً من جارجة وأمسك ليحفظه (أحدهما) لا يضمن ،
لأنه قصد حفظه (والثاني) يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

أولها : لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة إلا من جاز التصرف ، وكما عرفنا
من قبل أنه العاقل البالغ

ثانيها : إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت
يده من يد أمانة إلى يد ضمانته كالغاصب

ثالثها : إذا أراد أن يبرىء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى

الناظر في مال الصبي أو المحجور عليه . رابعها: إذا خشي على مال الصبي أو السفية التلب أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه في غير ما يصح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظاً من الضياع ، كالمحرم إذا خلع طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

خامساً : إذا قبله على هذا النحو في الأمر الرابع دل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانيته (والثاني) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جواز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا في الأمر الثاني ولا يزول عنه الضمان بردها إليه ، وإنما يدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح إلا عند جواز التصرف ، فإن أودع صبياً أو سفياً لم يصح الإيداع ، لأن القصد من الإيداع الحفظ ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ ، فإن أودع واحداً منهما فتلّف عنده لم يضمن ، لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالذم من غير إيداع فتلف ، وإن أودعه فأتلفه فقيه وجهان (أحدهما) يضمن لأنه لم يسلمه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو أدخله داره فأتلف ماله (والثاني) لا يضمن ، لأنه مكنته من اتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئاً وسلمه إليه فأتلفه .

(الشرح الاحكام : كما لا يجوز للعاقل المكاف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبي والسفيه حسبها أسلفنا من البيان ، فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبي أو سفية أو مجنون لأن الإيداع 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 وديعة 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 والحرقي وابن قدامة : وذبح بعض الحنابلة ، وهو

قول ابن حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربحها سلطه على إتلافها
بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ؛ ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكنينا فوق عايبها
كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه بالتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبائع ، ولا يصح
قولهم : إنه سلطه على إتلافها لأنه استحفظه إياها ، وقارق دفع السكين فانه سبب
الإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك
(فرع) إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلغ لا ضمان عليه ،
كالو أودعه ويفارق الإيداع من حيث التفريط ، ولو 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 والاعباء
والموت ، كما تنفسخ الوكالة : لانه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في
العقد والفسخ .

(الشرح) الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة في جوازها وانعقادها وفسخها ،
فن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

وصورة الإيجاب أن يدفع الوديعة إليه - وهذا فعل - فإذا كانت سيارة
فأدخلها مرسأه أو حظيرته أو جراشه 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
أنفسخ عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربحها استردادها ونفسخ عقدها
كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو هوته أو اغتائه ، لأن
استمرار العقد ينفى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء ، ويبطل العقد
ما يمنعه ابتداء .

ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة الى ربحها ؛ وفي حالة الجنون أو

الإغناء يردّها الى الناظر في مال مالكتها ، وفي حالة الموت يردّها الى وارثه ، فان لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامنا 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 أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف واحسان ؛ فلو تضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يهر مضمونا لانه أمانة فلا يصير مضمونا بالشرط ، كماضمون لا يصير أمانة بالشرط .

وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة ، لأنه 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 الرمح ثوبا في داره (والثاني) يجوز ، لأن 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 : إنما زوى هذا عن شريح غير مرفوع . قال الحافظ ابن حجر : في استناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه ، وفي استناده المثني بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي . وأخرج أبو داود والترمذي وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول في حجة الوداع « العاربه مؤداة ؛ والزعيم غارم ،

وحديث الفصل الذي رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروي عن أبيه وأبو شعيب يروي عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفي سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبتت السماع في حاشيتي على تفسير القرآن للعلامة صدوق خان المسمى « بفتح البيان في مقاصد القرآن » ، الصادرة عن مطبعة الإمام .

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 لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفاً إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو .

أما الأحكام : ففي الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين . وقد حكى في البحر الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة ، والوجه في تضمينه الجناية أنه صار بها عاتماً ، 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 لأنه نوع من الجناية .

وقد استدلل القائلون بالضمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة بن جندب عن النبي (ص) قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه

قال المقبلي في المنار : يستدلون بهذا الحديث على التضمن ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الامينة أيضاً عليها ما أخذت حتى ترد ، والا فليست بأمانة

ومستخبر عن سر ليلي تركته بعمياء من ليلي بغير يقين

يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا ان خبرتهم بأعين

إنما كلامنا هل يضمنها أو تلفت بغير جناية ، وليس الفرق بين المضمون

وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك ، وهو الذى تفيده د على ، فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال ، هو أمينك لا ضمان عليه ، بعد رواية الحديث . اهـ

قال الشوكاني ، ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدوى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله ، لأن اليد الامينة عليها ما أخذت حتى ترد ، والا فليست بيد امينة ، يقتضى الملازمة بين عدم الرضا وعدم الامانة ، فيكون تلف الوديعه والعاريه بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الامين عن كونه امينا وهو ممنوع ، فان المقتضى لذلك انما هو التلف بجنابة أو خيانه ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، انما النزاع فى تلف لا يصير به الامين خارجا عن كونه امينا كالتلف بأمر لا بطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفه سماويه أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فانه يوجد للتلف فى هذه الامور مع بقاء الامانة ، انتهى .

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدر عليه وهو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان اذا وقع التلف مع الحفظ . المعتبر ، وبهذا تعرف أن التادية لغير التالف ليس على ما يذهبى

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى ، لا سيما اذا تعززت الروايه بعمل الصحابه رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر

ومن قال بأن الوديعه امانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع اذا لم يفرط شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى وأحمد ، وعن أحد رواية أخرى ، ان ذهبت الوديعه 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

دليلنا : أن الله تعالى سماها أمانة والضمان يتأني الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها ، فلا يتأني ما ذكرنا .

(فرع) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة وقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال الشافعي والثوري وإسحاق وابن المنذر ، وقال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرقت لا شيء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة .

دليلنا : أنه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه ، لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط (فرع) إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولدأ ، كان ما ولدته أمانة ، لأنه 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 الرمح ثوبا في دازه (والثاني) يجوز إمساكه ، لأن 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 ، لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها ، فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الإيداع يقتضي 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 لأن من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فإن قال : لا تقفل عليه فأقفل عليه ، أو قال : لا تقفل عليه قفلين ، فأقفل قفلين ، أو قال : لا ترقد عليه فرقد عليه

قالذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاده في الحرز ، ومن أصحابنا من قال : يضمن ،
لأنه نبيه اللص عليه وأغراه به .

(فصل) وإن عين له الحرز فقال احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه
ضمن لأن من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز
منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزاً 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 الاصطخري : لا يضمن لأنه جعله في مثله ، فأشبهه إذا لم ينهه
عن النقل . وقال أبو إسحاق : يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل ، فإن
خاف عليه في الحرز المأمين من نهب أو حريق نظرت ، فإن كان النهى مطلقاً لزمه
النقل ولا يضمن ، لأن النهى عن النقل للاحتياط في حفظها ، والاحتياط في هذا
الحال أن تنقل ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك
وإن قال : له لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لأنه زاده خيراً
وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس وأبو إسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ
من الضمان . وقال أبو سعيد الاصطخري : يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف
الهلاك لا حكم له ، لأنه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينهه ، والأول أظهر ،
لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله : وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع
يدي أو أتلغ مالي .

(الشرح) قوله : الحرز المكان الذي يحفظ فيه والجمع أحرار مثل حمل
وأعمال ، وأحرزت المناع جعلته في الحرز ، ويقال : حرز حرزاً للتأكيد ، كما
يقال : حصن حصين واحترز من كذا أي تحفظ . وتحرز مثله ؛ ومنه قولهم : أحرز
فحسب السبق ، إذا سبق إليها فضمها دون غيره .

أما الأحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديع المكان الذي يحفظها فيه ؛
عليه أن يجتهد في حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليه أن يحفظها في

صفائح وكانت زيتاً أو سمناً لحفظها في زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فسكرت القنآن كان عليه ضمانها لأنه خالف ما السكها ، فإذا أمره أن يحفظها في زجاج فسكرت القنآن فلا ضمان عليه فإذا خالفه وحفظها في براميل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيراً بهذه المخالفة وكان على أمانته ، فلو أمره أن يحفظها في حرز من الجلد لحفظها في قماش ضمن .

فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا تزود عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور تزيد في وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال : بضمن ، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص اليه . وقال أصحاب أحمد : إذا بالغ في حفظها من غير حاجة ضمن .

(فرع) فإذا عين له الحرز فان نقلها الى مادونه - أعنى أقل كفاءة في الحفظ - ضمن ، فإذا نقلها الى حرز مثل الذي عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ؟ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري : لا بضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فيمكن أن لم ينقلها ، أو كان ربه لم يعينه ، أو لم ينه عن غير ما عينه . والثاني وهو قول أبي اسحاق المروزي . بضمن ، لأنه نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الاقتمان الى الضمان .

(فرع) إذا كان الحرز الذي عينه المودع معرضاً لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الارض تتلفه نظرت فان كان نهييه مطلقاً بأن قال : لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهي أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

(فرع) إذا قال له لا تنقلها وان خفت عليها الهلاك ، تخاف عليها الهلاك ونقلها لم بضمن بالمخالفة لأنه زاده خيراً : أما اذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج وأبو اسحاق المروزي . لا بضمن لان نهييه مع خوف الهلاك أبراه من الضمان .

وقال أبو سعيد الإصطخري : عليه الضمان ، لأن هذا النهي يتعارض مع

مسئولية الأمين 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 أثم الفاعل ، وبهذا قال الحنابلة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(موصول) فإن أودعه شيئا فربطه في كفه لم يضمن ، فإن تركه في كفه ولم يربطه نظرت ، فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفروط في حفظه وإن كان ثقيلاً إذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفروط ، وإن تركه في جيبه فإن كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وإن كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله .

وإن أودعه شيئا فقال : اربطه في كحك فأمسكه في يده فتلف فقد روى المازني أنه لا يضمن ، وروى الربيع في الامم أنه يضمن ، فمن أصحابنا من قال : هو على قواين (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 فهددها في ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فإن شدها في عضده ، فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وإن كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وإن دفعها اليه في السوق وقال : احفظها في البيت فقام في الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وإن قدم في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيها دون البيت .

وان أودعه خاتماً وقال : احفظه في البصر لجعله في الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البصر في الحرز ، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهو الى الوقوع أمرع . وان قال اجعله في الخنصر لجعله في البصر لم يضمن ، لأن البصر أحرز لأنه أغلظ. والخاتم فيه أحفظ . وان قال اجعله في الخنصر فلبسه في البصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه .

(الشرح) هذا الفصل يتلخص أحكامه فيما اذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تمهون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعه ضمن في كل الصور التي ساقها المصنف ؛ لأنه لو قال له اربط الدراهم في كمي فأمسكها بيده فضاعت لارتخاها بيده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه يضمن ، 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 الهامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما يفتتح على النحر . قال تعالى (وايضربن بخمرهن على جيوبهن)

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه في التزويج ، فإن سلم الى 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 ، فان لم يكن حاكم سلمها الى أمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أمين واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها ، وان سلم الى أمين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبي إسحاق لأنه أمين فأشبهه الحاكم (والثاني) يضمن ، وهو ظاهر قوله في الرهن . وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير

مشتطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النصر للاجتماع
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 .

وإن دفتها ثم سافر نظرت فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن ، لأن
ما تتناوله الأيدي معرض للأخذ ، فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحداً
ضمن ؛ لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبيها : 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 للأخذ .
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 (ص)
ورثها عن أبيه وهي أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وآله وابن حبه ،
زوجها 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 وآله وسلم مع
عائشة وأسامة وزيد وأسامة ، 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 المواجه فما
عطشت . والخبر وإن كان شائعا في كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود في الكتب
السنن ، وليس في مسند أحمد أو سنن الدارمي أو سنن الدارقطني أو موطأ مالك ؛
وليس في مجمع الزوائد للهيثمي . وليس في أمهات فقه الحديث كتيل 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 عمحاق قال : بلغني أن
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما هاجر جعل عليا على الودائع ، ولم يذكر شيئا
عن أم أيمن رضي الله عنها .

أما الأحكام فانها تشتمل على ما يأتي :

(أولا) يجب على الوديع اذا أزمع السفر أن يردّها ، فان لم يجد ربها فوكيله
والا سلمها الى الحاكم . قال الشافعي في الامم ، فان كان المستودع حاضرا أو وكيله
لم يكن له أن يسافر حتى يردّها اليه أو الى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى
فان فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن ، وقال الشافعي أيضا ، اذا استودع الرجل
الرجل ودبعة وأراد المستودع سفرا فلم يشق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برا أو
بحرا فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفرا لجعل الوديع في بيت مال المسلمين
فهلكت ضمن ، اه

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك
(ثانيا) اذا لم يقدر على ردها أو ابداعها عند الحاكم فقد قال الشافعي ، وان
كان غائبا فأودعها من يودع ماله من يكون أمينا فهلكت مضمن ، فان أودعها من
يودع ماله من ليست له أمانة فهلكت ضمن ، ثم قال ، لانه يجوز أن يوكل بماله
غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين . اه

(ثالثا) اذا أودعها أمينا مع وجود الحاكم فعلى الوجهين (أحدهما) وهو
ظاهر النص الذي أسلفنا نقله لا يضمن ، وبه أخذ أبو اسحاق المرزى (والثاني)
وهو ظاهر قول الشافعي في الرهن حيث يقول ، واذا أراد العبد الذي عليه الرهن الذي
هو غير الرهن والمرتهن رده بلا علة أو لعلّة والمرتهن والرهن حاضران فله ذلك
وان كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له اخراجه من يدي نفسه ، فان فعل بغير أمر
الحاكم فهلكت ضمن ، وان جاء الحاكم فان كان له عذرا أخرجه من يديه . وذلك
أن يبدوا له سفر أو يحدث له ، وان كان مقبلا لشغل أو علة ، وان لم يكن له عذر
يجبسه ان كان قريبا حتى يقدم أو يوكل ، فان كانا بعيدا لم أر عليه أن يضطره الى
حبسه ، وانما هي وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، وبسأله ذلك فان طابت نفسه
بحبسه والا أخرجه الى عدل غيره ، اه

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعي وأمانة غيره كالأمين أمر ظني والقطعي مقدم
على الظني ، كالنصر يرد الاجتهاد

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهى المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لأصحابها ، وإن لم يكن نهى المكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه 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 لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه مالو كان السفر مخوفاً .
 دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالئها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن المسافر لعلى قلت إلا ما وقى 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 محمد 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 يجرز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ، ومن ثم لا يضرب مالئها مع

الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص في مختصر المزني حيث يقول الشافعي ، وإذا استودع الرجل الوديعة مات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بيعة - وعليه دين 'يحيط بماله - كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها بيينة 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 واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

(فرع) إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بيعة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخاً في تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كان في تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهرت احتمالات شرأها من مالها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحقاً بطلت الوصية واعتبرت المبايعة أما إذا وضعها في حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها : فلا تعد هذه الكتابة بيعة للمالك ، لانه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة قابضها .

(فرع) إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عتدى وديعه لم يلزمه بذلك بطوار 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 أباحنيفه 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 الوديعة الوصية عند الاشراف على الموت - والوصية كما سأتاني إن شاء الله تعالى مفصلة - أن يعلم بها القاضى أو الامين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة ، أو الإشارة اليها إن كانت حاضرة مع الامر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديعة إذا مرض مرضاً مخوقاً أن يبادر بردها إلى ربها أو وكيله فان لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها إلى من ذكرنا ، فان لم يكن حاكم ردها إلى أمين ، فان لم يفعل ضمننت

في تركته ، وكذا لو أوصى بها الى فاسق ضمن ، وقد ذهب السبكي الى الضمان اذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا : وذهب الاسنوى الى أنه يصير ضامناً بمجرد المرض حتى لو تلفت بأفة سماوية لفريقه في ردها ، ومحل هذا كله عند التمكن منه ان بالرد أو الإيداع أو الوصية ، أما موت الفجأة 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 مالم يكن له تسليمه ، وله أن يضمّن الثاني ، لانه أخذ مالم 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 فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه يرجع لانه دخل على أنه أمانه . فاذا ضمن رجوع على من غره (والثاني) أنه لا يرجع . لانه ملك في يده فاستقر الضمان عليه . فان ضمن الاول . فان قلنا : ان الثاني اذا ضمن يرجع على الاول — لم يرجع الاول عليه وان قلنا انه لا يرجع رجوع الاول عليه . فأما اذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز أو سقيها أو علقها . فانه لا يضمّن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة . ولانه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره .

(الشرح) قوله : يضمّن الاول — من ضمن يضمّن بتضعيف الميم لتعدى الى 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 الأحكام) فقد قال المزني : قال الشافعي : واذا أودع الرجل الوديعه فاستودعها غيره ضمن ان تلفت . لان المستودع رضى بأمانته لا أمانته غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره . وكان متعديا ضامنا ان تلفت اه .

(قلت) للإيداع لدى غيره صورتان (إحداهما) 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 ، لأن عليه حفظها وإحرازها . وقد أحرزها عند غيره وحفظها به . ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ . به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها في حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها ، كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فإن أحب المالك تضمين الثاني كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثاني . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذ ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فإن لم يكن يعلم — أعنى الوديع الثاني — بأن هذه الوديعة ليست لمن أودعها إياه ففي رجوع الثاني على الأول وجهان

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الأمر (والثاني) لا يرجع لأنها تلفت في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن قلنا بالوجه الأول برجوع الثاني على الأول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثاني رجوع عليه وإن كان يعلم فلم يفرر به الأول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً (فرع) للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها ، فإن كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعمد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعاً لغيره وسيأتي مزيد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أودعه دراهم يخاطمها بثمام من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخاطم ماله بمال غيره ، فإن خاطمها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، لأن الجميع له (والثاني) أنه يضمن وهو الأنظر ، لأنه

لم يرض أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر . وإن أودعه دراهم في كيس مشدود خله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هنك الحرز من غير عذر . وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدرهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقي لأنه لم يتعد فيه ، فإن رد الدرهم فإن كان متميزاً بعلامة لم يضمن غيره ، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن الجميع ، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص أنه لا يضمن الجميع ، لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدرهم فلم يضمن . فإن أنفق الدرهم ورد بدله . فإن كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت ، وإن كان غير متميز ضمن الجميع لأنه خلط الوديعه بما لا يتميز عنها فضمن الجميع

(الشرح) الاحكام : إذا خلط دراهمه بمثلها من دراهمه ضمن عندنا ، وهذا 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 فأنفقته ثم أخذه فرده بعينه ثم هلك الوديعه ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة ، لأنه تعدى بالدرهم ولم يتعد بالتسعة ، وكذلك إن كان ثوباً فألبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعي : إن كان الدرهم الذي أخذه ثم وضع عينه معروفاً من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الام ، ولم أطلع على قول الربيع الذي أشار اليه الشيخ أبو إسحاق قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعاقفها حتى ماتت ضمنها : لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها . وإن قال لا تسقها ولا تعاقفها فلم يسقها ولم يعاقفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصبغى : يضمن لأنه لا حكم لتبنيه ، لأنه يجب عليه سقيها وعاقفها ، فإذا ترك ضمن كما لو لم يته عن السقي والعاقف وقال أبو العباس وأبو إسحاق : لا يضمن . لأن الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى بإسقاطه .

(الشرح) الاحكام ، قال الشافعي في الام : واذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، فأمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وان كان سقى دوابه في داره فبعت بها خارجا من داره ضمن . قال وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها لحبسها 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 من تركها . واذا دفع اليه الدابة . اه

(قلت) فإذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان واجبا ذلك لوجهين . (الاول) لحرمة صاحبها (والثاني) لحرمة البهيمة لحديث دخات امرأة النار في هرة ، وإن لم يأمره بقيت 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 بالإنفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به عليه . فاذا هجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر الى 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 ، فاذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلتها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدي والمخالفة لعله بعله النهي . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما اذا نهاه عن إطعام بهيمة سليمة فانه لا يضمن اذا تلفت ، وعليه لائم 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 لئنه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشي ولو كانت الدابة مملوكا لئيره ؛ كان أودع الولي حيوان

محجوره فيشبهه أن نهبه كالعادم . قال الشافعي : وإذا أودع الرجل الرجل شئنا 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 ببيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عابها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشئ . وإذا خاف هلاك الوديعة لحملها إلى موضع آخر فلا يرجع بالكره على رب الوديعة لأنه متطوع . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها ، كإخراج الثياب للتشهير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعة ، ومقتضى الإيداع فلم يضمن به ، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف في الوديعة بما يتنافى مقتضاها فضمن به . كالأمر بغير حرزها ، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز ، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن لأنه مضطر إلى الإخراج ، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان

(أحدهما) يضمن ، وهو المنصوص . وهو قول أبي سعيد الاصطخري . لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كالأمر بغيرها ليركبها . (والثاني) أنه لا يضمنها . وهو قول أبي إسحاق ، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن . وإن 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 إن نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وإن نوى أن لا يردّها ضمن ، لأن بهذه النية صار مسكاً لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير مسكاً على نفسه (والثالث) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن : لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين ، وذلك لم يوجد .

(الشرح) الأحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ إلا بتعريضها للهواء أو الشمس في بعض الاوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونها لتأثير الهواء والشمس
م ١٣ ج ١٤ المجموع

على ألوان النسيج وغيره كما هو مشاهد ومعروف في علم الكيمياء حتى ان الضوء له تأثير على الالوان ، فاذا شررها - أى نشرها - بفرض حفظها فتلقت أو حالت ألوانها لم يضمن ، واذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالها استعمالا يحفظها ، فان هلكت فلا يضمن لأنه اذا أهملنا تلفت ، ولأن ذلك من مصلحتها فلم يضمن

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن الا اذا 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 نوى أن لا يردها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن مريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو النقط شيئا ونوى امتلاكه (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يضمن في الانتفاع ويضمن في عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الأصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر في عين الوديعة
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أخذت الوديعة منه قهراً لم يضمن لأنه غير مفرط في ذلك ، وان أكره حتى سلمها فقيه وجهان ، بناء على القرين فيمن أكره حتى أكل في الصوم (أحدهما) أنه يضمن ، لأن فوت الوديعة على صاحبها يدفع الضرر عن نفسه ، فأشبهه اذا أنفقها على نفسه لحوف التلف من الجوع (والثاني) أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبهه اذا أخذت بغير فعل من جهته

(فصل) وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط ، فان أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط

(فصل) وان تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئا ثم رده الى الدار ، فإن قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها فقيه وجهان (أحدهما) يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه (والثاني) لا يبرأ حتى يردها اليه ، لأن الإبراء انما يكون عن حق في الذمه ؛ ولا حق له في الذمة فلم يصح الإبراء

(الشرح) الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختاراً ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثاني : ليس للمالك تضمين الوديع ، لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم في كلا الحالتين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره في الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطراً (والثاني) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديع عن الظالم والامتناع عن اعلامه بها جهده . فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يخلف على ذلك لحفظها . ويجب عليه إذا أمكنته التوربه أن يورى فإن لم يمكنه صرح بغير توربه منكراً لها وكفر عن يمينه

(فرع) لا خلاف في وجوب رد الوديعه على مالكمها إذا طلبها لقوله تعالى وإن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، ولقوله صلى الله عليه وسلم وأد الأمانة إلى من ائتمنتك ، يعنى عند طلبها . ولأنها حق للمالكها لم يتعاق بها حق غيره فلزم أدائها له كالمغصوب والدين الحال ، فإن ائتمنت فتلقت ضمنها لأنه صار غاصباً لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما إن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو الخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، فإن تلقت لم يضمنها لعدم عدوانه ؛ فإذا قال : أمهلوني حتى أؤضى صلاتي أو آكل لاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عنى الطعام فاني ممثلي أمهل بقدر ذلك .

(فرع) إذا تعدى في الوديعه بأى من أنواع التعدى كجحدوها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان الى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فانه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد وان أقام البيئته على تلقاها بعد جحدوها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البيئته بتلقاها قبل جحدوها فهل تسمع بيئته ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا تسمع بيئته لأنه مكذب لها بانكاره الإيداع . والثاني : تسمع بيئته ،

فاذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له في حفظها بعد ذلك فوجهان . أحدهما وهو ظاهر قول الشافعي : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط باسقاطه له . والثاني : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون إلا عن حق في الذمة فلم يصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك ودبعتك وأنكرها المودع فالقول قوله : لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لو أن الناس أعطوا بدعائهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبيينة على من أنكر ، ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

(فصل) وإن ادعى أنها تلفت نظرت ، فإن ادعى التلف بسبب ظاهري كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البيينة على وجود النهب والحريق ، لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق ، ويمكن إقامة البيينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بيينة . فان أقام البيينة على ذلك أو جادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت ؛ لأن الهلاك يتعذر إقامة البيينة عليه ، فقبل قوله مع يمينه .

(فصل) وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أخذ اليمين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله ؛ وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فأقام المودع بيئته بالإيداع فقال المودع : صدقت البيئته أودعتني ، وليكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائفا ضامنا فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك ، فإن قال : أنا أقيم البيئته بالتلف أو الرد ففيه وجهان

(أحدهما) أنها تسمع ، لأنه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فإذا قامت البيئته سمعت (والثاني) لا تسمع ، لأنه كذب البيئته بإنتكاره الإيداع ، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال : ماله عندي شيء فأقام البيئته بالإيداع فقال : صدقت البيئته أودعتني ، وليكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده ، لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله أعلم .

(الشرح) الحديث سبق وسبق تخريجه ،

أما الأحكام : فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه ودبعة فقال : مالك عندي شيء أو لا تستحق على شيئا فالقول قوله . فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينة ولكنها تلفت ، أو قال : وليكني رددتها إليك لم يقبل قوله ، لأنه كان يجوزده ، فلا يقبل قوله في التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضر أوى من فقهاءنا المعاصرين عناصر ذات فائدة في أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أتابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعه على من اتتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه اتتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر في كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب في رد ما جباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وأمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره : لأنه اتتمنه بنسائه على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فإنه لا يصدق لأنه لم يأتته . ولا يصدق ملنقط الشيء ولا من ألفت عليه الريح ثوبا في الرد إلى المالك ، لأنه لم يأتتهما وضابط الذى يصدق بيمينه في الرد هو كل أمين ادعى الرد على من اتتمنه إلا المرتين والمستأجر فإنهما يصدقان في التلف لا في الرد ، لأنهما أخذوا الأمين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف في يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت في يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من اتتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك طواب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، إذ الأصل عدم الرد ولم يأتته .

أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فإنه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى

وقال الرافعي وهو الوجه ، لان الاصل عدم حصولها في يده . وقال ابن ابي الدم انه الاصح ، وخالف في ذلك المتولي وقال : يطالب بالبيينة .

ولو تنازع الوديعه بأن ادعى كل منهما أنه ماله ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللاخر تحليفه ، فان حلف سقطت دعوى الآخر ، وان نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة ، وان صدقها فاليد لهما والخصومة بينهما ، وان قال : هي لاحدكما ونسيته ، وكذبا في النسيان ضمن كالغاصب ، والغاصب اذا قال : المنصوب لاحدكما وأنسيته ، حلف أحدهما على البت أنه لم ينصبه تعين المنصوب الآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منه الوديعه فله تحليفه على نفي العلم بذلك ، فان نكل الوارث وأخذها ، وان قال الوديع : حبستها عندي لا تنظر هل أوصى بها مالكما أم لا ؟ فهو متعدد ضامن .

(مسألة) سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعه ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها في أم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ، ولا يبني بها مسجداً ، ولا يصرفها الا فيما يجب على الامام العادل صرفها فيه ، وان جهله فليسأل أروع العلماء بالمصالح الواجبه التقديم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كتاب العارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهرى : نسبة الى العارة وهم اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعه ، وأجبتة إجابته وجابه . وقال الليث : سميت عاربه لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهري مثله ، وبعضهم يقول مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط ، لأن العاربه من الواو ، لأن العرب تقول : هم يتعاورون العوارى ويتعورون بها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهرى ، وقد تخفف العاربه في الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعاربه . والفقهاء يذهبون دائماً الى الأخذ بقول الجوهري

قال ابن قدامة : العاربه إباحة الانتفاع بهين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته ، اه
وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخرى ، وقال ابن بطال : ومنه سميت العير لأنها عودتها ، وهو خطأ كما قلنا ، وقال ابن الأثير مثله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

الإعارة قرينة مندوب اليها 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 الإبل ؟ قال حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة حبلها ،

(فصل) ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال ، فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف في المال فلا يملك الصبي والسفيه كالبيع

(فصل) وتصحح الاعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار
والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للاضراب ، لما روى جابر رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر إعارة دلوها وإعارة لحملها . وروى أنس
وأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من أبي طلحة فرسا فركبه ، وروى صفوان
وأن 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 العاربه الكتاب والسنة والاجماع
أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود
أنهما قالوا: العواري . وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو ، وقوله
تعالى (وتمازنوا على البر والتقوى)

وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة الوداع
و العاربه مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم ، أخرجه الترمذى
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 مضمونا ،
رواه أبو داود وأحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهدا من حديث ابن عباس ،
ولفظه : بل عاربه مؤداة ،

وفي روايه لابن داود ، ان الادراع كانت ما بين الثلاثين الى الاربعين ،
ورواه البيهقي عن أمية بن صفوان مرسلا ، وبين أن 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 كما على أن العاربه مندوب اليها لانها من القربات

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمتاع . ولذلك
صححت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ، ولأنه سبحانه قال : لا خير في كثير من
نجومهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ، والعارية من
المعروف ، وقال : وتعاونوا على البر والتقوى ، والعارية من البر ، والماعون
والماعون كان متعارفاً عليه في الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قبل أو كثير
قال الأعمش :

بأجود منه بماعونه إذا ما سماؤهم لم تغن
وفي الإسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعي :
أخليفة الرحمن إنا معشر حنفاء نسجد بكرة وأصيلاً
عرب نرى لله في أموالنا حق الزكاة منزلاً تنزيلاً
قوم على الإسلام لما يمنعوا ماعونهم ويضيعوا التمهلاً

أما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ،
فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز
من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منه قبول
الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة . وأما المعار فهو كل مملوك صح
الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالماكولات ،
لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب .

فأما الفضة والذهب فتقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته واجارته وهو
الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز إعارته ولا اجارته ،
وهو الاواني المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز إعارته ، وفي جواز
اجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لأن في التجمل بهما نفعا ، والفرق
بين العارية والاجارة وان اختصاصا بملك المنتفع أن حكم العارية أوسع من حكم
الاجارة ، لأنه يجوز أن يستعير لخل ضراب ولا يجوز أن يستأجره

والحيوان على أربعة أقسام : أحدها ما يجوز إعارته واجارته ، وهو كل
ما يقتنى لنتفه ، كالدواب الانتفاع بظهورها والجوارح المنتفع بصيدها ،

والثاني: ما لا يجوز إعارته ولا إيجارته ، وهو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً .
 (والثاني) ما كانت منفعته عيناً ، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب
 والكلاب غير المعلية ، فلا يجوز أن تعار ولا أن يؤاجر ، وأما ما كانت منفعته
 عيناً فذات الدر من المواشي كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص
 العارية والاجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح

قال الشافعي : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم
 يردّها فيكون اللبن ممنوحاً . وروى الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج
 عن أبي هريرة قال رسول الله (ص) : المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح
 بأجر . والقسم الثالث ما تجوز إعارته ولا تجوز إيجارته كالفحول إذ إيجارها ممن
 لعسبها ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن من عسب الفحل
 والقسم الرابع ما تجوز إعارته ، وفي جواز إيجارته وجهان ، وهو ما انتفع
 به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صححت إعارته اليها ممن دون إيجارها
 فعرضها ومؤوتها على المالك دون المستعير والمستاجر ، لأن ذلك من حقوق
 الملك ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرّم ، لأنه
 لا يأمن أن يخلو بها فيواقعا ، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهي لم يحرم ،
 لأنه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لأنه لا يجوز
 أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له امساكه ولا
 التصرف فيه . ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة ، لأنه يكره أن يستخدمها
 ففكره استعارتهما لذلك .

{ فصل } ولا تمنعقد الا بإيجاب وقبول لأنه ايجاب حق لأدنى فلا يصح
 الا بالإيجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من
 الآخر ، فإن قال المستعير أعزني فسلها اليه انعقد ، وإن قال المعير : أعزتك

فقبضها المستعير انعقد؛ لأنه إباحة للتصرف في ماله، فصح بالقول من أحدهما
والفعل من الآخر، كإباحة الطعام

(الشرح) هذا الفصل فيه من محاسن الإسلام في معاملة السبي، وهو ظاهرة
اجتماعية عالمية جاء الإسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعالى بفك رقابها. ومن
ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز إعارتها لخدمته آخر حتى
لا يؤدي ذلك إلى اغرائه بأن ينزو عليها، ويسرى هذا الأمر على الخاديات
اللاتي يعشن المنازل في زماننا هذا لآداء بعض الخدمة وإعانة ربات البيوت على
بعض ما يشق عليهن، فلا يجوز إعارة مثل هؤلاء الخاديات إذا كن جميلات،
كما يكره للرجل أن يتعمرى أن تكون خادمته ذات جمال، كما لا يجوز للمرأة أن
يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته، وهذا الحكم في شكله الذي سبقناه هو
الملائم الآن. اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا قبض العين ضمانها، لما روى صفوان بن يحيى عن النبي صلى الله عليه
وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال أغصبا يا محمد؟ قال بل عارية مضمونة
ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها كالمضروب
فإن هكذا نظرت، فإن كان مما لا مثل له في ضمانها وجهان (أحدهما) بضمنها
بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمضروب، وتصير
الاجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الاجزاء وإن وجب
ضمانها بالتلف وجب ضمان الاجزاء (والثاني) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف
وهو الصحيح، لأننا لو أئتمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين
التلف أوجبنا ضمان الاجزاء التالفة بالأذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين
باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وإن كان مما له مثل.

فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلما، وإن قلنا
أنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها

واختلف أصحابنا في ولد المستمارة فمنهم من قال : إنه مضمون لأنها مضمونة
فضمن ولدها كالمفصولة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل في
الإعارة فلم يدخل في الضمان ، ويخالف المفصولة ، فإن الولد يدخل في الغصب
فدخل في الضمان ؛ فإن غصب عيناً فأغارها من غيره ، ولم يعلم المستعير وتلفت
عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنه دخل على أنه
يضمن العين ، وإن ضمنه أجره المنفعة فهل يرجع على الغاصب ؟ فيه قولان ،
بناء على القولين فيمن غصب طعاماً وقدمه الى غيره . أحدهما : يرجع لأنه غره
والثاني : لا يرجع ، لأن المنافع تلتفت تحت يده .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب
والرقيق والدور والسياب لا فرق بين شيء منها ، فمن استعار شيئاً فتلفت 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 خفي فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنياً فيه أو لم يجنياً أو غير مضمونة
مثل الوديعه فسواء ما ظهر هلاكه وما خفي فالقول فيها قول المستودع مع يمينه
وخالفنا بعض الناس في العارية فقال : لا يضمن شيئاً إلا ما تعدى فيه ؛ فسئل
من أين قاله ؟ فزعم أن شريحاً قاله ، وقال : ما حاجتكم في تضمينها .

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبي (ص)
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 الوديعه 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
الى أصلها والمضمون الى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً ؟ قال . نعم ، قلنا .
وكذلك ينبغي لك أن تقول في العارية ، وبذلك شرط النبي صلى الله عليه وسلم

أنها مضمونة الا لما يلزم . قال . فلم شرط ؟ قلنا لجمالة صفوان ، لانه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط اذا كان أصل العاربه - أنها مضمونه - بلا شرط كما لا يضر شرط العهدة و خلاص تقدمك في البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة و الخلاص أو الرد . قال . فهل قال هذا أحد ؟ قلنا في هذا كفايه : وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما ان العاربه مضمونه ، وكان قول أبي هريرة في بيع استعير تلف . 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 مضمونه عليه سواء تلفت بفعل آدمي أو بجانحه بما وبه ، وبه قال من الصحابه ابن عباس وعائشه وأبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والمذهب الثاني) وهو مذهب أبي حنيفة أنها غير مضمونه عليه الا بالعدي وبه قال الحسن البصري والنعيمي والثوري والاوزاعي .

(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 الحس العنبري وداود : ان شرط ضمانها الزم ، وان لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان بروايه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، وهذا نفي ، وبروايه عطاء بن أبي رباح عن صفوان ابن يحيى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أتتك رسل فاعظهم ثلاثين اميراً وثلاثين درعا فقلت يا رسول الله أعاريه مضمونه أو عاربه مؤداة قال : بل مؤداة ، قالوا : فقد نفي الضمان عنهم فلم يجوز أن يتوجه اليها . قالوا : ولانه

مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمه المستعير قياساً على تلف الأجزاء
قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونه لم تكن جملته مضمونه كالردائع طرداً
والغصوب عكساً .

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
الماركدي آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالردائع التي هي مضمونة
الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ،
ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه روى عنه
صلى الله عليه وسلم قال « عارية مضمونه مؤداة » ، وكان الأداء محمولاً على الرد
والضمان على التام ، ثم يجيب صاحب الحاوي على اعتراضات المخالفين فيقول
عن حديث إيس على المستعير غير المغفل ضمان :

الجواب من وجهين : أحدهما أنه محمول على ضمان الأجزاء الثالثة بالاستعمال
وهذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المختصة .

والثاني : أن المغفل في هذا الموضع ليس بماخوذ من الحيانه والغلول وإنما هو
مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبي سلمى :

فتمل لكم مالا تغل لامثالها قري بالعراق من قفيز ودرهم
فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أي غير القابض لأنه بالقبض يهيمه استغلا
وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عارية مضمونه » أو مؤداة ؟ ، فهو أن معناه
« عارية مضمونه بالبدل ، أو مؤداة العين استعمالاً لحكمها هل تؤخذ على طريق
البدل والمعاوضة أو على طريق الرد والأداء فأخبر أنها مؤداة العين ، لا يحكمها
الأخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس
لم يضمه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية
إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس
المأذون فيه كأن شدد فيها متاعاً أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحد في أظهر
القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

(فرع) لا يخلو حال العارية اذا 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 ليستط ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال
 (والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض الى حين التلف
 كالغصب ، وتصير الاجزاء تبعاً للجملة ، فإن كان للعارية مثل ففي ما يضمنها به
 وجهان بناء على صفة ضمان ما لا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل اذا جعل ضمانها في أكثر الاحوال كالغصب
 (والثاني) يضمنها بالقيمة اذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العارية من ولد اذا حدث في يد المستعير ففي وجوب ضمانه عليه
 وجهان ، أحدهما : عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبه ، والوجه
 الثاني : لا ضمان عليه لان معنى الضمان في الأتم معدوم في الولد بخلاف الغصب
 لان ولد العارية لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبه يكون مغصوباً .

وأما قول الشافعي في موضع من كتاب الإجازات : ان العارية غير مضمونه
 الا بالتعدي — وهو ما أشرنا اليه في كتاب الضمان — فليس بقول ثان في سقوط
 ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحد ثلاثه أوجه ، اما على سقوط
 ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الاجزاء : أو حكاية عن مذهب غيره كما
 قال : يجوز نكاح المحرم حكاية عن مذهب غيره وفرع عليه وان لم يعلنه مذهباً
 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 اباحه بلجاز لكل واحد منهما رده كماباحه الطعام . واذا فسخ العقد
 وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله
 عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية أدراعاً وسلاحاً ، فقال أعاريه مؤداة؟
 قال : عاريه مؤداة ، ويجب ردها الى المعير أو الى وكيله ، فان ردها الى المكان

الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق .

(فصل) ومن استعار : يباح له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله ، لأن الوكيل نائب عنه ، وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح ، لأنه 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 ، كن قدم إليه الطعام .

(فصل) وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا ، لأنه إباحة بلاز مطلقا ومعينا كإباحة الطعام ، فإن قال : أعتك هذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويفرس ويبني ، لأن الاذن مطلق ، وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضررا من الغراس والبناء فإذا رضى بالبناء والغراس رضوا بالزرع ومن أصحابنا من قال : إن استعار للبناء لم يزرع ، لأن في الزرع ضررا ليس في البناء ، وهو أنه يرعى الأرض ، وإن استعار للزرع لم يفرس ولم يبن ، لأن الغراس والبناء أكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن في الزرع إذنا في الغراس والبناء . وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن 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 ، لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأيد فكان الاذن في أحدهما إذنا في الآخر (والثاني) أنه لا يجوز ، لأن في كل واحد منهما ضررا ليس في الآخر ، فان ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر ، وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر ، فلا يملك بالاذن في أحدهما الآخر

(الشرح) أما الأحكام فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخلاف المستأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة في الإجارة مستحق

على المؤاجرة فكانت مؤونة الرد عليه ، وتسليمها في العارية هبة للمستعير فكانت مؤونة الرد عليه .

فإذا استعمار دابة ثم ردها الى اصطبل المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها الى المعير أو وكيله فيها . وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها الى الاصطبل استحساناً لا قياساً وهذا خطأ ، لأن الاصطبل لو كان كيداً لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل اذا ردها اليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها الى يده ، وفي بقاء الضمان عليه دليل على أن ليس عودها الى الاصطبل عوداً الى يده . وقال الخنابلة ان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها الى المير أو وكيله في قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها . وان ردها الى من جرت عادته بجران ذلك على يده كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ

(فرح) اذا استعمار شيئاً فله استيفاء منفعتيه بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيدته ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار الا فيما أذن له فيه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هو الوجه الاصح عندنا ، ولا قول غيره عند الخنابلة .

والوجه الآخر له ذلك — وهو قول أبي حنيفة — لأنه يملكه على حسب ما ملكه لجاز كما للمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأي : اذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه . وقال مالك : اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه . ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام ، وفارق الاجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها انما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام ، فعلى هذا ان أعار فلداك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما ؛ لأن الاول ساط. غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه . والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني ، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقته الحال فيجوز

١٤ ج ١٤ م المجموع

أن يستقر الضمان على الأول لأنه غير الثاني . ودفع اليه العين على أنه يستوفي 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 الأول 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 إباحتها بإباحة 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 ويفرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الاذن مطلق ، وإن أعاره للفراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررها ، فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يفرس ولم يبن : لأن ضررها أكثر ، فلم يكن الاذن في القليل إذناً في الكثير . وإن استعارها للفراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها . وفي امتلاك الآخر وجهان (أحدهما) يملك الآخر لأن الفراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأيد فكان الاذن في أحدهما إذناً في الآخر

(والثاني) لا لاختلاف كل منهما . ولأن ضررها مختلف ، فإن ضرر الفراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها ؛ وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في أحدهما إذناً في الآخر .

وإن استعارها للزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشمير والبقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شوه رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن . لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحتها الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه . وفي الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الأرض مثل القطن ، ولذا تحتاج الى تسميد وبيخا وبعضها يفيد الأرض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الأرض ويكسبانها

مادة الازوت . وفي البرسيم ميزة أخرى وهي تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فنحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك أبوها وأرواها تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل في التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والحصب ما لا يتوفر في الذرة والقمح والقطن التي تضئف خصوبة التربة ، فان اختلاف ضرر الارض أو انتفاعها يختلف باختلاف زروعها . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجوز أن يغرس ويبنى شيئاً آخر ، لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال الإذن ، فأما ما غرس وبنى فينظر ، فان كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ، ولأنه رضئ بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط عليه القلع رضئ بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه ما ذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبلبه منه ، وان لم بشرط القلع نظرت ، فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع ، لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فان نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت ، فان اختار المستعير القلع كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه ، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع ، كان ذلك رضاً بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية . كما لو شرط القلع (والثاني) تلزمه لأن القلع باختياره ، فإنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ؛ كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ، فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع في العاربه من غير اضرار ، وان ضمن أرض النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع في العاربه من غير اضرار .

وان بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض

ليأخذها مع الغراس قدم المعير: لأن الغراس يتبع الأرض في البيع لحجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك، وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الأرض لم يجبر على القام لقوله صلى الله عليه وسلم: ليس لعرق ظالم حق، وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقلع لأن الإطارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان (والثاني) يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بما له من غير أجرة (فصل)

وإذا أقرنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه، لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس، فأما البياض فلا حق للمستعير فيه لحجاز للمالك دخوله وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد رجع في الإطارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لأصلاح 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 لحجاز 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 فيأخذها، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالمقصود 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 الإكمام فقد قال صاحب الحاوي إذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من عرسها وبنائها، فإن بنى بعد رجوعه أو عرس كاز في حكم المناصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وأسوية الأرض: فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة في عرسه وبنائه، فإن

أحدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

أحدها أن يكون قد شرط على المستعير حين إعاره أن يقلع غرسه وبنائه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه وآله 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 قائماً أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع . والضرب الثاني : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائماً أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعا وقائماً منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرضه بنقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرض ، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين .

(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 ما ذون فيه ، فأشبهه بلبى الثوب باللبس (والوجه الثاني) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذاً 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 ترك 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 الأجرة بعد الرجوع في العارية لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العارية إرقاق ومعونة فلو أوجبت الإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرقاق والمعونة إلى حكم العدوان والضرر .

(فرع) إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فأقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المعير على المبيع من ترك القيمة ، فصار إقراره مستحقا بهذين الشرطين فإن أجب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع ، لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتزويت الاجارة وما استدام وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه : وإن كان مستظلا بغرسه وبنائه لأن الاجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذي بين أنبائه فليس يشغول بملك المستعير فلم يجز منع المعير منه ، وإن بذلت له الاجرة عليه أن يجيب إلى اجارتها طوعا بسمى يرضاه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً ، فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لأرض المعير .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه في مراعاته ومصالحته ؛ ويجبر المعير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء اذن به وبمنافعه ، فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية وإلى ما سبق ذهب الحنابلة .

(فرع) وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففي جوازه وجهان ، أحدهما : يجوز ، لأنه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير . والوجه الثاني أن يبيعه لا يجوز ، لأن المشتري غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان من اختلافهم في المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

(فرع) وللمير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الفراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الفرس منع صاحب الأرض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان حمل السيل طعام رجل الى 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 كمالو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواه دار غيره .

(فصل) وان اعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان . أحدهما : أنه كالفراس في التبقية والقلع والأرض والثاني : أنه يجبر المعتبر على التبقية الى الحصاد بأجرة المثل ؛ لأن للزرع وقتاً ينتهي اليه ؛ وليس للفراس وقت ينتهي اليه ، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه .

(فصل) وان اعاره حائطا ليضع عليه أجداعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لانها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالفراس ، وان ضمن المعتبر قيمة الأجداع لياخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لأن أحد طرفيها في ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته ، وان تلفت الأجداع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد الا بادن ، لأن الأذن تناول الأول دون غيره ، فان تهدم الحائط وبناءه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجداع على الثاني ، لأن الأذن تناول الأول ومن أصحابنا من قال : يجوز لأن الاعارة اقتضت التأييد والمذهب الاول .

(فصل) وان وجدت أجداع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لان الظاهر أنها بحق ثابت .

(الشرح) الاحكام : اذا حمل السيل بذر رجل فنبت في أرض غيره أو نوى فصار غرسا فهو لملك البذر والنوى لانه نماء لملكه ، وهل لصاحب الأرض

أن يأخذ المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت في أرضه بمنزلة اختياره ،

والوجه الثاني: ليس له قلعه إذا بذلت له الاجارة ، لأن مالكة غير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . لأن قلعه إتلاف للمال على مالكة ، ولم يوجد منه تفریط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس .

وقد صححنا الوجه الاول أنه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن مالكة نما في ملك غيره بغير إذنه ، فأشبهه مالو انتشرت أغصان شجرته في هواه ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولاً واحداً . (فرع) إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففي لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرض على ما مضى في الفصل قبله (والثاني) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحدد في أشهر معلومات . أما الغراس فلا حد له .

(فرع) إذا أعار الرجل جاره حائطاً ليضع عليه أجـذاعاً فليس المعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الاجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الاجر بعد رجوعه في العاربه 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 والأرض أن الحائط قد يصل مالكة إلى منافقه وإن كانت الاجذاع موضوعة فيه وليس كالأرض التي لا يصل مالكةا إلى منافقها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار كما يمكن بإجارة الأرض ، 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

قيمة ما في ملكه ، والغرس والبناء كله في أرض المعير لحاز أن يجبر على أخذ قيمة ما في غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذي فيه الأجداع موضوعة فبناءه المالك فهل يجوز لصاحب الأجداع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ، على وجهين (أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجداع أن يبنيه ليصل الى حقه من وضع أجداعه فيه والوجه الثاني : ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعمه مالكة ، فعلى هذا لو أراد صاحب الأجداع أن يبني الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له

(فرع) إذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً 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 لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر

(فرع) إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها ، لأن دفن الميت الاستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً ، ولو رضى أولياؤه بنقله ممنعاً منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمة النقل ، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً لا يخلف لأمرين . (أحدهما) أن العرف غير جار به (والثاني) أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم ، فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً ، فلو أن رجلاً أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم في أرضه فإن سببها للدفن فليس له الرجوع فيها لحر وجهاً عن ملكه ، وإن لم يسببها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلاً لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن

يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهي عنه فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يحز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا استعار من رجل عبدا ليرهنه فأعاره فقيه قولان . أحدهما أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقة عبده ، لأن 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 عاريه فلا يعتبر فيه العلم ، فإن عين له جنسا وقدرأ ومحلا ، تعين على القولين ، لان الضمان والعارية يتعينان 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 . لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال ، وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل ، فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بمادونهاجاز ، 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 بالفسكك على القولين في الحال ، لأن للمعير أن يرجع في العاريه ، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان : فإن رهنه بدين مؤجل بآذنه ، فإن قلنا : انه عاريه جاز له المطالبة بالفسكك ، لأن للمعير أن يرجع متى شاء . وإن قلنا انه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن الى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل .

(فصل) وإن بيع في الدين فإن قلنا انه عاريه رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العاريه تضمن بقيمتها . وإن قلنا انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر

قيمته أو بأقل أو بأكثر ، لأن الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغرم إلا ما يبيع به .
 (فصل) وإن تلف العبد فإن قلنا إنه عارية ضمن قيمته ، لأن العارية مضمونة بالقيمة ، وإن قلنا أنه ضمان لم يضمن شيئاً لأنه 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 لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا يتفك بمضاه دون بعض (والثاني) يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين ، فلا يصير رهننا بأكثر منه .

(الشرح) الاحكام : سبق أن قلنا إن العارية بإباحة المنفعة فلم يجوز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير في إيجارها أو رهنها أو إيجارها مدة معلومة جاز ، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونه على المستعير أم تبقى يده على الاثمان ؟

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 لأن العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتيها ولقضاء حاجته منها (والثاني) أنه تعدى في منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكيها ، 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 فوهن ذلك على ما أذن فيه له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العواري .

فإذا أذن له في رهن العارية ، فإن 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 لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع . وإنما في هذه المسألة

قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أو حال بموئل أو مؤجل بحال للمال
التي أوضحها المصنف ، فإذا رهنه بأقل من القدر الذي عينه جاز ، لأن من رضى
بعشرة رضى بما دونها عرفا ، فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بأنقص ،
وللمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ،
لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد
عند أصحاب أحمد .

(فرع) إذا حل الدين فلم يفكك الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ،
فإذا بيع في الدين أو تلف . فإن قلنا : إنه عارية رجوع المعير على المستعير بقيمتها
لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف من غير تعريض فلا شيء على المرتهن ،
لأن 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 لأنه
رهنها بجميع الدين في الصفقة فلا ينفك بمضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد
لواحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثاني) يخرج نصفه لأن كل واحد منهما لم
يأذن إلا في رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء واقفه تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتها فعليك الاجرة
وقال الراكب : بل أعرتها 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 أعرتها ، فالقول قول المالك : فن أصحابنا من
حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الدابة : القول قول الراكب ، وقال في
الأرض القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب
والعادة في الأرض أنها تنكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من
نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين ، وهو اختيار
المزني (أحدهما) أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالأعيان في المالك والعقد
عليها ، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك بعثتها . وقال الآخر بل وهبتها . كان
القول قول المالك . فكذلك إذا اختلفا في المنافع

(والثاني) أن القول قول المتصرف ، لأن المالك أقر بالمنافع له ، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله ، فإن قلنا : أن القول قول المالك حلف ووجب له الأجرة وفي قدر الأجرة وجهان .

أحدهما : يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها .
والثاني : أنه يجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا في قدرها ووجب أجرة المثل فلان يجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين إنما ترد لاستحقاقها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وإن قلنا) أن القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فإن نكل رد اليمين على المالك - فإذا حلف - استحق المسمى وجهها واحداً لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في الآخر وأيهما كان وجب المسمى ، وإن تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فإن قلنا) أن القول قول المالك حكم له بالأجرة (وإن قلنا) القول قول الراكب ، فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ، فيه وجهان ، أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه ، والثاني لا يحكم له بشيء لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

(فصل) وإن قال المالك : غصبتنيها فعليك الأجرة ، وقال المتصرف : بل أعرتنيها فلا أجرة علي ، فإن المذني نقل أن القول قول المستعير ، واختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا في المسئلة قبلها . أحدهما الفرق بين الأرض والدابة ، والثاني : أنهما على قولين لأن الخلاف في المسئلتين جميعاً في وجوب الأجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين .

ومنهم من قال : أن القول قول المالك ، وما نقل المذني غلطاً . لأن في تملك المسألة أو المالك للمتصرف ملك المنافع . فلا يقبل قوله في دعوى العوض ، وهما اختلفا أن المالك ادراك أو للمتصرف والأصل أنها المالك .
(فصل) وإن اختلفا فقال المالك : أعرتنيها ، وقال الراكب : بل أعرتنيها

فالقول قول المالك لأنها اتفقا أن المالك له ، واختلفا في صفة انتقال اليد ، فكان القول قول المالك ، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ . وإن كانت تالفة انطرت . فإن لم ترض مدة لمثلها أجره حلف واستحق القيمة ، وإن مضت مدة لمثلها أجره فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف ، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يستحق من غير يمين ، لأنها متفقان على استحقاقه .

(والثاني) لا يستحق من غير يمين ، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعى

القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

(فصل) وإن اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها

وقال الراكب : بل أجر تنيها فلا يلزمي ضمانها ، ولا أجره مثلها ، فالقول قول

المالك مع يمينه ، لأن الأصل أنه ما أجره ، فإن اختلفا — وقد تلفت للعين —

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 تسكن أكثر استحق من غير يمين ، لأنها

متفقان على استحقاقه ، والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعي في العارية من الام : ولو قال رب الدابة

أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب بل عارية كان القول قول الراكب

مع يمينه ، ولو قال أعرنيها ، وقال ربه غصبتها كان القول قول المستعير ، قال

المزني هذا عندي خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على

سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة

لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل

الاول وهو مذکور في الام صورته في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال

المالك أجر تسكها فلي الأجرة ، وقال الراكب أعرنيها ، 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 هريرة وجهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين (أحدهما) وهو اختيار المزني والربيع أن القول قول المالك في الدابة والأرض على ما نص عليه في المزارعة وله الاجرة ، ووجهته ما ذكره المزني ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعارضة عليها كالأعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا في العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعثها عليك ، وقال المستمك بل وهبتها ، فان القول قول المالك دون المذاب وله الاجرة .

(والقول الثاني) أن القول قول الراكب في الدابة والزارع في الارض معاً 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 انفقت عليها أنها ملك لربها دون مستهلكها ، وفي هذا انفصال عما ذكره المزني توجيهاً .

وقال أبو العباس بن مريج . ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره في الموضوعين فيكون القول في الدابة قول راكبها وفي الارض قول مالئها اعتباراً بالعرف فيها ، لأن العادة في الدواب جارية بأعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية في الارض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبي العباس في اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهبا للشافعي لأن من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فاذا تقرر ما وصفنا فان قلنا : إن القول قول رب الدابة والارض فمع يمينه فاذا تلف وله الاجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذي سماه ، لانه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثاني) وهو أصح أن له أجره المثل لأنهما لو اختلفا في الاجرة مع اتفاقهما على الاجارة لم يقبل قول المذجر فيها ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فان نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير ، لأن ردها لا يفيد ، لان الاجرة ساقطه عنه لتسكول المالك . وإن قلنا إن القول قول

الراكب مع يمينه ، فان حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نكل ردت اليمين على المالك يستحق بها ما ادعاه من الأجرة ، فإذا حلف فله المسمى وجها واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة — فان قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .
(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثاني) لا يحكم له بشيء فيها لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة والفصل الثاني وهو أن يقول المالك غصبتها ويقول الآخر بل أعتنيها ، فهذا الاختلاف مؤثر في الأجرة دون القيمة ، لأن العارية مضمونه كالفص وأجرة العارية غير مضمونه بخلاف الفص ، 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 علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاشتراكهما في العلة ، ويجعل قول المزني ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولاً واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن في اختلافهما في العارية والأجرة اتفاقاً على أن الراكب مالك للمنفعة ، لحاز أن لا يقبل قول المالك في الأجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك في هذه المسألة ، لأن المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيراً بحق ، فلم يصدق .

فإن 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 الأجرة ، وإما على : أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه

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 : أعرتكم ، ويقول الراكب :
 استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) في ضمان رقبته ، لان العارية مضمونه والمؤاجرة غير مضمونه
 فان كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف ،

(والثاني) لزوم ركونها تلك المدة ، فان كانت الدابة تالفه أو المدة منقضيه
 سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها
 لأن الراكب يدعى عليه عقدا في إيجارها ، فان كانت الدابة قائمه أخذها
 ولا أجره له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدهيها ، وان كانت الدابة
 تالفه كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لانها تالفه في يده وهو يدعى بالإجارة
 استئمانا فلم تقبل دعواه ، ولزومه غرم القيمة ، فان لم يكن لمدة الركوب أجره لم
 يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أطارها ، إلا أن
 تنقضى فيحلف بالله تعالى لقد أطارها ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة
 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 ، لأن الراكب مقر له أجره ، والمالك يدهيها قيمة
 فصاراتمفقين 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 . فاذا حكم له بدعواه
 لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

والفصل الرابع : أن يقول المالك غصبتنيها . ويقول الراكب : أجر تنيها :
 فتأثير هذا الاختلاف من وجهين (أحدهما) في ضمان الرقبة . لأن المصوب
 مضمون والمؤجر غير مضمون . فان كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف

والثاني في لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد ملكت سقط تأثير هذا الاختلاف . وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره وبصير الراكب ضامنا للدابة والأجرة . فيأخذ بالمالك من غير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذي أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة إلا يمين . وأما القيمة فلا يستحقها إلا يمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبي ونعم الوكيل .

والى ما ذهبنا إليه قال أحد أصحابه :

قال ابن قدامة : وإن قال المالك : غصبتما . وقال الراكب أجر تفنيها فلاختلاف هنا في وجوب القيمة ؛ لأن الأجر يجب في الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابة نالته عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر ، والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقيقه ؛ وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى . وفي اليمين وجهان . وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا يمين وجهاً واحداً والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الغصب

الغصب محرم لما روى أبو بكر 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 لا على اليد ما أخذت حتى ترده ، (فصل) فان كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة ، لأنه يطلب بدلها بعقد المعاينة ، فضمن بالغصب كالأعيان .

(فصل) فإن كان المغصوب باقياً 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 لاعباً أو جاداً ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها ، فان اختافت قيمته من حين الغصب الى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته

وقال أبو ثور من أصحابنا : يضمن كما يضمن زيادة العين ، وهذا خطأ ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب . والقيمة لا تدخل في الغصب ، لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه في العين . والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء .

(فصل) وإن تلف في 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 الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة . لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوت عليه . وأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق فأوجب القيمة في العبد بالاتلاف بالعتق ، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة

لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة ، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه وان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين التالف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها ، كالحالة التي غصبه فيها ، وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه ، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده ، وان كان من جنس الأثمان 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 ، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي الى الربا . فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان ، وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوّم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا ، وان كانت فيه صنعة نظرت ، فان كانت صنعة محرمة ضمن كالضمن السبيكة والنقرة ، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها ، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ، وليكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بقيمته ، لأنه لا يؤدي الى الربا .

وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهاً

(أحدهما) بقوّم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا

(والثاني) أنه بضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما باقت ، وهو الصحيح ، لأن

الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي الى الربا ، وان كان مخلوطاً من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما

(فصل) وان كان عماله مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل ، لأن إيجاب

المثل رجوع الى المشاهدة والقطع ، وإيجاب القيمة رجوع الى الاجتماد والنظر

فاذا أمكن الرجوع الى القطع لم يرجع الى الاجتماد ، كما لا يجوز الرجوع الى

القياس مع النص .

وان غصب ماله مثل واتخذ منه مالا مثله . كالتمر اذا اتخذ منه الخبز بالماء

أو الخنطة اذا جعلها دقيقاً . وقلنا انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأمل . لأن

المثل أقرب الى المنصوب من القيمة . وان غصب مالا مثله واتخذ منه ماله مثل

كالرطب اذا جعله تمرأثم تلف لزمه مثل التمر ، لأن المثل أقرب اليه من قيمة

الأصل ، وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما له مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلب فأنصبوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم ، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن ، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما .

وإن وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة ، لأن 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 المنصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف . ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم ، لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم ، كما أن الواجب في المنصوب رد العين إلى وقت التلف ، ثم يغرم قيمة المنصوب 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 ، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة . وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم .

وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين

(أحدهما) لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة
(والثاني) يلزمه ، لأن المثل كالعين : ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل .

(الشرح) الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً فهو غاصب ، والجمع غصاب ككفار وكفار ، ويتمدى إلى مفعولين . فيقال : غصبته ماله ، وقد تزايد من في المفعول الأول فيقال : غصبته منه ماله ، فزيدٌ منصوب ماله ، ومنصوب منه ماله ، ويبنى للمفعول فيقال : اغتصبته

لما لم يسم فاعله - المرأة نفسها - بالنصب على المفعولية ، وربما قيل : على نفي ما
 يضمن الفعل معنى غلبت ، والشئ مفعول ومغصب 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 إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا
 أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس
 بالإثم 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 ، إلا أهل باغت . قالوا نعم . قال اللهم أشهد
 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 ، وبلد حرام ،

وعند البخاري أيضاً من حديث ابن عمر بنحو حديث أبي بكر إلا أنه ليس
 فيه قوله ، فسكت ، في المواضع الثلاثة

وقد جمع بعضهم بين الأحاديث بتعدد الواقعة ، ورد ذلك الحافظ بن حجر
 في الفتح فقال وليس بشئ . لأن الخطبة يوم النحر إنما تشرع مرة واحدة ، وقد
 قال في كل منها إن ذلك كان يوم النحر

وأشار الكرماني إلى غمامة حديث أبي 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 الإسلام للقاضي أبي حنيفة النعمان بن محمد بن حيون التميمي من
قضاة المعز لدين الله الفاطمي قال : روينا عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه عن
آبائه عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر
بني في حجة الوداع وهو على ناقته القصواء فقال : أيها الناس ، إنني خشيت ألا
أفاكم بعد موافقي هذا بعد عامي هذا ، فاسموا 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 فبسالكم عن
أعمالكم ، ألا هل بلغت ، قالوا : نعم ، قال : اللهم اشهد ، اه من كتاب النصب
والتعدي ج ٢ ص ١٨٤ .

ومن السنة أيضاً حديث أبي حميد الساعدي الذي ساقه المصنف مر بك تخريج
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 الأرض ظلماً
طوفه من سبع أرضين ، ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة ، ورواه أحمد
عن أبي هريرة ، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر ، ورواه ابن جبان وابن
أبي شيبه وأبو يعلى عن يعلى بن مرة . وأبو بكرة — هو نفيح بن الحارث — أو
ابن مسروح الثقفي ، وأم أبي بكرة سمية جارية الحارث بن كادة وهي أم زياد بن
أبيه ، وكان أبو بكرة يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويأبى أن
ينتمى إلى أحد ، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله (ص) من حصن
الطائف ، فأسلم في غلبان من غلبان أهل الطائف فأعتقهم رسول الله (ص)

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 هوذة بن خليفة البكر اوى نسبة لى أبى بكره ، فلها بلغ إلى أبى بكره ، قلت : ابن من ، قال : دع لا تزده ، وكان أبو بكره يقول : أنا من إخوانكم فى الدين .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه ، فإذا ثبت هذا فإن من غصب شيئاً لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : على اليد ما أخذت حتى ترده ، رواه الحسن البصرى عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور : وقد أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرک . وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبى داود والترمذى وقال : حسن غريب وقال : لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب .

وقال الشافعى : إذا شق رجل لرجل ثوباً 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 سبواه ، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحاً ومكسوراً أو صحيحاً ومجروحاً قد برىء من جرحه ثم يعطى مالكة ما بين القيمتين ويكون مابقى بعد الجنابة لصاحبه نفعه أو لم ينفعه .

وقد عرف الماوردى 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 لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك ، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المنصوب عن محله أم لا .

وقال أبو حنيفة : لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل ، فان كان مما لا ينقل كالدرور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالاً بأن غير المفقول مختص بالمنع دون التصرف ، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله ،

ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المنصوب لا يصير
منصوبا إلا بالنقل . وتحريمه قياساً أن كل مالم يصير به المال مسروقا لم يصير به
منصوبا كالمنع والإحالة ؛ 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 الأرض 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 ، لجعل ذلك سرقة ، وقوله
صلى الله عليه وسلم : ملعون من لعن أباه ، ملعون من لعن أمه ، ملعون من غير
نجوم الأرض ، وفي نجوم الأرض تأويلان .

أحدهما : علمهاؤها ، والثاني : حدودها وأعلامها وما ضمن بالقبض في العقود
ضمن بالتصرف في العقود كالمحول والمنقول ، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به
غير المنقول كالعقود ، ولأنه عدوان لجواز أن يضمن به غير المنقول كالجناية .
فأما الجواب بأن مالم ينقل يختص بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل
التمدى عليه دون ماله فلم يصير المال منصوبا ، وخالف مالم تصرف فيه ، مع
اشتهار القول عرفا أن فلانا غصب دارا أو أرضا .

وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج
المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقا يقطع ويخالف الغصب المعتبر
بالتصرف في المال ، ألا ترى أنه لا يتمال : سرق دارا ، ويقال : غصب دارا ،
فإذا تقرر ما بيننا فالمنصوب على ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون باقيا (والثاني) أن يكون تالفا (والثالث) أن يكون
نافسا ، وفي هذه الفصول التي سقتها للمصنف حالان منها .

فإن كان باقيا بحاله ارتجعه المالك منه ، فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى والى الأمر
استرجاعه وتأديب الغاصب وإن كان عما لا أجره لئله كالطعام والدرهم والدنانير
فقد يرى بعد رده من حكم الغصب ، وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق

أو أرخصت الأسعار أم لا ، لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق ، وإن كان مما مثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسي) وأقشة الصواوين والسرادات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة والمكرفون وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجره المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة عرقا ، وعليه مؤونة الرد إن كان له مؤونة .

وأما الحال الثانية : وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه ، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم : على اليد ما أخذت حتى ترد ثم هو على ضربين .

(أحدهما) أن يكون له مثل كالذي تنساوى أجزاءه من الحبوب والادهان والدرام والدينانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا ؛ لأن مثل الشيء أحصر به بدلا من القيمة ، لأنه مثل في الشرع واللغة ، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة ، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب اليها سواء كان طالبا للغاصب أو المغصوب منه ، لأنها غير المستحق ، فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوارزه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المغيب (والثاني) أن لا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاءه من الثياب والجواهر 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 صافية ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم في إناء فما ملكت نفسي أن كسرته ، فعلت : يا رسول الله ما كفارته ، قال : إناء مثل إناء وطعام كطعام ، وما روى أن عثمان رضی الله عنه أتاه رجل فقال : يا أمير المؤمنين إن بني عمك سمعوا علي بن أبي طالبوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال عثمان : نعطيك لبلا مثل ابلك ،

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 شرك كاله في عبد قوم عليه ان كان مومرا فأوجب قيمة الحصاة ، ولم يوجب مثل تلك الحصاة ولانه لما كانت أجزاءه مضمونة القيمة دون المثل ، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ، ومن حرق ثوبا لم يحرق ثوبه ، ووجب أن يكون في استهلاك العين بمثابة ، ولان ما تخلف أجزاءه يتعذر فيه المماثلة ، ولا يخلو من أن يكون زائدا يظلم به الغاصب ، أو ناقصا يظلم به المعصوب ، والقيمة عدل يزمن فيها ظلم الفريقين ، فأما الجواب عن قوله اناء مثل الإناء وطعام مثل طعام فهو أن القيمة مثل في الشرع ، قال تعالى هـ فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ السكينة أو كجارة طعام مساكين ، فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على الفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بني عمه .

(فرع) اذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب الى حين التلف في سوقه وبلده ، فإن قيل لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين ، قيل لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين . وان كان من جنس الأثمان 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 فضة ، 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 مائة جرام ذهباً وبأجرة صياغته ، وهل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً ، أم لا ، على وجهين (أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقاً لئلا تفضى الى الربا ، والتفاضل في الذهب بالذهب .

والوجه الثاني وهو الأصح ، لأنه بدل من الصياغة والعمل الذي لا يدخله الربا ، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً ، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم ، كما لا يجوز أن تباع مائة دينار ودينار .

والضرب الثاني : أن يكون محظور الاستعمال كالأواني ، ففي ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارها (أحدهما) أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن ، كصناعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعها إذا نقضت أو تارها أو تلفت أزرارها لأنه لا يضمن النقص في الإيقاع .

والوجه الثاني : أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة ، فعلى هذا في كيفية ضمانها وجهان على ما مضى .

(فرع) إذا غصب منه تمراً فجعله دبساً (عجوة) أو سمماً فعصره شيرجاً ، أو زيتوناً فأعصره زيتاً فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه ، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب من أحد أمرين ، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له ، فإن كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكتز بالبصرة قديماً وحديثاً ، وعندنا في ديارنا يصنع مثله في واحة سيوه ، رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه غير ماله ؛ ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره ، لأن 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 الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزاءه الأمر الثاني : وهو على أربعة أضرب (الأول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل ؛ كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق ، لأن 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 ، فلأن بضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى . والضرب الثاني : أن يكون الأصل مما ليس له مثل . والمستخرج منه مما له مثل . كالزيتون إذا اعتصره زيتا ، لأن للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وينقص ان حدث في الزيتون ، لأنه 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 اذا اعتصره شيرجا ، لأن لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخبثار في الرجوع بمثل أيها شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها ، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمننا من الشيرج فأراد نقصه لم يجز . وقيل له ان رضيت به وإلا فاعدل عنه الى الشيرج ولا أرشك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل ، فلا معنى لاخذ الاصل مع الارش مع استحقاك لمثل لا يدخله الارش

والضرب الرابع أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالدبس (العجوة) اذا استخرج دبسه بالماء ، فكل واحد من التمر والدبس غير ذى مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الاصل من الخنطه والدقيق ، ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دسماً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبداً فأبق ، أو بهيمة فضلت ، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف ، وإذا قبض البدل ملكه ، لأنه بدل ماله فملكه كبديل النائف ، ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمن كالتائف ، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك . وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة الى أن رده ، فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته (والثاني) تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فازمه ضمانها ، كما لو لم يدفع

القيمة . وإذ ارد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البديل ، لأنه ملكه بالخيولة وقد زالت الخيولة فوجب الرد ، وإن زاد البديل في يده نظرت ، فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الاصل في الفسخ بالعيب . وهذا فسخ ، وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبز لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : ولو غصب دابة فضاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها قائمة فكأن 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 يئس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن ، فلما عاد أرجع حقها وبطل الارش بذلك فيها . وهذا كما قال : إذا غصب عبداً فأبق أو بهيراً فشرده أو فرساً فعاد فهذا على ضربين

(أحدهما) أن يكون ذلك ممكناً ومكانه معروفاً ، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤونة في زده ، ولو كانت أضعاف قيمته ، كما يؤخذ بهدم بناءه ، وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافاً ، فلو أمر الغاصب مالكم أن يستأجر رجلاً لطلبها فاستأجر رجلاً ، وجبت أجرته على الغاصب ، ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجره لطلبها ، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعاً بطلبه .

فإن استأجر الغاصب مالكم لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان . أحدهما أن الاجارة غير جائزة وله الاجرة المسماة ، لأنه مالك للمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها ، والوجه الثاني أن الاجارة باطلة ولا أجر له لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعبوض على غيره . فإذا حصل منهما عدول عن طالب المغصوب الى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام

(أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثاني : أن يطالبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . والقسم الثالث أن يتفق عليهم المغصوب منه والغاصب

فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة الموصوب ويطالب الموصوب منه بنفسه ويمتنع من أخذ قيمته قال قول قول الموصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مئوته ، لأن المالك لا يجبر على إزالة ما ملكه وأما القسم الثاني وهو أن يطلب الموصوب منه قيمة غصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر : فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير قال قول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة ، لأن الشيء الموصوب مقدور عليه .

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل قال قول قول الموصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له لئلا يجز ما استحقه عاجلاً ، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكاً مستقراً وملك الغاصب الغصب ملكاً صريحاً فليس للموصوب منه أن يسترده ، لأنه وإن ملكه بالخيار ابتداءً فلم يملكه انتهاءً ، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداءً فقد ملكه انتهاءً ، وقد استقر ملكه عليه ، والضرب الثاني : وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر مما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها الموصوب منه في استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا (أ- دهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد والوجه الثاني : لا ، لجواز القدرة على الرد ، فإن وجد الشيء الموصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه ، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك الموصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته .

وقال أبو حنيفة : يكون الموصوب ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكون قد تكاذباً في قيمته ، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان الموصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالاً بأن البذل إذا كان في مقابلة البذل كان استحقاق البذل موجباً لتلك البذل ، كالبيع والنكاح لما استحق على المشتري الثمن تملك المئتمن ، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع . كذلك الغاصب لما ملك الموصوب منه القيمة ملك الغاصب الموصوب ، ولأن الجمع بين البذل والمبدل مرتفع في الأصول وفي بقاء ملك الموصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بطله وذلك باطل ، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك

الثمن والمثمن ، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع ، ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه 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 الأخذ ، فاقضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه

(فرع) إذا نما البديل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البديل 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 البديل 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 فتخرق ، أو إزاء 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 طحنه : أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق ، والمذهب الأول ، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبه ببذله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت

وإن كان نقصانا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد ، فقد قال في الأثر ، المغصوب منه مثل مكيلته ، وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص ؛ فن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق (والثاني) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد نسادد إلى أن يتناف

فصار كالمستهلك . ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحداً ولا يثبت ما قاله الربيع ، وإن كان في الرقيق نظرت ، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنائيات 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 كذهاب 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 ضماناً . وإن غصب عبداً يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة ؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد 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 عبداً فقطع أنثيه ولم تنقص قيمته ، أو غصب صاعاً من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته ، لزمه في الأنثيين قيمة العبد وفي الزيت نصف صاع ، لأن الواجب في الأنثيين مقدر بالقيمة . والواجب في الزيت مقدر بما نقص من السكبل فلزمه ما يقدر به . وإن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء ، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء . واختلاف أصحابنا فيمن غصب صاعاً 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 . لأن نقص العصير باستهلاك مائة ورطوبه

لا قيمة لها ، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص ، ونقصان الزيت باستهلاك أجزاءه ولا جزاءه قيمة فضمنها بمثلها .

(فصل) وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع فشقّه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي وأرث ما نقص ، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه ، فإن كان لرجل خفان قيمتها عشرة فأتلف رجل أحدها فصار قيمة الباقي درهماين ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهما ، لأن الذي أتلفه قيمته درهما (والثاني) تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به ، فلزمه ضمانه

(فصل) فإن غصب ثوبا فلبسه وأبلاه ، ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص ، لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجرة ، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء (والثاني) تلزمه الأجرة وأرث ما نقص ، لأن الأجرة بدل للمنافع ، والأرث بدل الأجزاء ، فلم يدخل أحدهما في الآخر ، كالأجرة وأرث ما نقص من السمن

(فصل) وإن نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينه فهزلت ونقصت قيمتها ، ثم سمئت وعادت قيمتها ففيه وجهان (أحدهما) يسقط عنه الضمان ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فأبيضت ثم زال البياض (والثاني) أنه لا يسقط ، وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، لأن السمن الثاني غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالاول

وإن سمئت ثم هزلت ثم سمئت ثم هزلت ضمن أكثر السمنين قيمة ، في قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن يعود السمن يسقط ما في مقابلته من الارش ، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد — لأن السمن الثاني غير الاول — فلزمه ضمانهما .

(فصل) وإن غصب عبداً لجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى في جنابته ، فإن كانت الجنابة على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان في يده فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن وفي الذي يضمن وجهان (أحدهما) أرش العضو في الجنابة (والثاني) ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجنابة لان القطع في القصاص ليس بجنابة وقد بينا الوجهين فيما تقدم فإن عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لأنه حق تدلىق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه .

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين .

أحدهما : أن يكون حيواناً . والثاني : أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين (أحدهما) أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها ، فيكون ضماناً 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 إجماعاً فيقوم صحيحاً ، فإن قيل : مائة درهم قوم ممزقا أو مكسورا ، فإن قيل : ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقا أو مكسورا ويأخذ 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 الإناء حتى لم يبق لها قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . وقال مالك : يكون المالك مخيراً بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصاً ولا أرش له .

وقال أبو حنيفة . يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه

وبين أن يسلمه الى الغاصب ويرجع بجميع قيمته ، واذا تمزق الثوب وترفض الإناة حتى بلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة ومملك المرصوص والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعا بين البديل والمبدل ، قالوا ولان العين اذا ذهب أكثر منافعتها صار الباقي منها ذاهب المنفعة فيجاز له أن يرجع بجميع القيمة ، ولأن الاقل تبع الأكثر فلما كان غارما لا أكثر المنافع وجب أن يكون غارما لا قلما .

دليلنا . قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله ، ولان مالم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسا على النقص المتميز ، ولان مالم يكن تمييز بعضه موجبا لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجبا لغرم جميعه قياسا على النقص الاقل ولا يدخل على هاتين العاليتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردي في الحاوي .

فأما الجواب عن قولهم . انه جمع بين البديل والمبدل فهو غير صحيح ، لأن الماخوذ بديل من المستهلك دون الباقى ، فلم يكن جمعا بين البديل والمبدل ، وأما الجواب عن قولهم . ان الاقل تبع الأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الاقل تبعاً لسقوط الضمان فى الاكثر ، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها ، لأنه لم يضمن الأكثر فيها ، وهذا قول مردود عندنا ، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه قليلا كان النقص أو كثيرا ، نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر ، فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته ، وان كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة ليس له الرجوع بنقصه ، وهو بالخيار بين تسليمه الى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين امساكه ولا أرش ، لأن الأثمان مستحقة فى الأرش ، فلم يجز أن يدخلها أرش ، وهذا خطأ لان كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه — ولم يجز مع امكان الأرش أن يكون جزءا ، واذا كان هذا ضمانا فى كيفية ضمانه وجهان على ماضى .

(أحدهما) يضمن اجزاء صنفه لا غير .

(والثانى) يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً ان كان من ورق وورقا ان

كان من ذهب .

وان كان حيرا فاعلى ضربين (أحدهما) أن يكون بهيمة (والثاني) أن يكون آدميا ، فإن كان بهيمة — وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر — فإنه يرد لها 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 يفتنع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها كالبعال والحير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا وان كان يفتنع بها من جهتين كظهر ودر كالابل ، وكذلك البقر والجاموس فاهما يعملان في المحراث والساقية وجر العربات والمعجلات والزحافات والنوارج كان في احدى عينيه ربع قيمته ، وفي سائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم في احدى عينى بقرة بربع قيمتها ، وقد رد الماوردى وغيره هذا الوجه ، لان مالم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه قياساً على ذات الظهر ، ولان كل مالم يضمن بمقدر في غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر ، قياساً على سائر الاعضاء ، وما روى عن عمر (رض) لا دليل فيه لانها قصه وافقت الحكومة فيها ربع القيمة .

وقال مالك اذا 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 الجنايه 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 الجنايه على حماره

(فرع) صورة من نقصت العين في يده ثم زال النقص فهى كما قال الشافعى في الامم هكذا . ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت في يده بتعليم وهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسع مائة معها . قال الماوردى : وهذه المسألة مشتقة على فصلين :

(أحدهما) يخصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص (والثاني) أن يخصبها زائدة فتتقص ثم تزيد ، وتكمل عن الفصل الأول فصور المسألة في أمة زادت برة أو سمن أو تعليم قرآن فصارت تساوى ألفا ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة ، فإنه يردّها ومعها تسعمائة ليقصر الزيادة الحادثة في يده وقال أبو حنيفة : يردّها ولا غرم عليه ليقصر ما زاد في يده استدلّلاً بأنه رد المنصوب كما أخذه . ولأن 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 قياساً أمّا زيادة حدثت في يد الغاصب فوجب أن يضمها مع بقاء المنصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف العين عكساً ، وكان ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب . وإن صار تحت يده ، ألا ترى لو أن شاة دخلت داراً لرجل لم يضمها . وإن صارت تحت يده . وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحدث ذلك بغير فعله ، وكذا الزيادة الحادثة في يده

دليلنا : أنه نقص عين حدثت في يد الغاصب فوجب أن يكون مضموناً عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها ، بأن يخصبها صحيحة فتمرض أو سميئة فتمزول ، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك إن لم يبيعها

وفي ضمان النقص وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة أنه غير مضمون على الغاصب استشهاده بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل قابضت فأخذ ديتها ، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة ، فكذا الغاصب والوجه الثاني : وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، والأشبه بأصول الشافعي أنه مضمون على الغاصب فيردّها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعي فيما سبق ، ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة لحادث على ملك المنصوب منه ، فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل ، والغصب مضمون باليد .

فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ما أتت ضمن على قول أبي سعيد الاصطخري قيمتها ونقصها مهما تكرر، ويتفرع على ذلك إذا غصبها وهي تساوى ألفاً فرضت حتى صارت تساوى مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي بن هريرة ردها وتسمائه نقص مرة واحدة، وعلى قول أبي سعيد ردمها ألفاً ومائتائه 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 بن هريرة شيء ولزمه على قول أبي سعيد نقصان. وانه أعلم بالصواب (فرع) قال الشافعي إن ثوباً فأبلاه المشتري أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه 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 يتخلو حاله في الثوب الذي غصبه 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 الأرش والأجر أم لا؟ على وجهين (أحدهما) يجمع بينهما وتجبان عليه لاختلاف موجبا، لأن الأرش يجب باستهلاك الأجزاء والأجره تجب باستهلاك المنفعة والوجه الثاني: أنهما يجتمعان عليه، ويجب عليه أكثر الأمرين من الأرش والأجره، لأن استهلاك الأجزاء في مقابلة الأجره، ألا ترى أن المستأجر لا يضمّن أرش البلى، لأنه في مقابلة ما قد ضمنه من الأجره. ولكن لو كان المنصوب حيواناً فضت عليه في يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها ضمنه لزمته الأجره مع أرش الهزال وجهها واحداً. والفرق بينهما وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه؛ وليس استخدام الحيوان موجبا لهزاله. والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت ، أو جارية فسمنت أو ولدت ولداً مملوكاً ، ثم تلف ، ضمن ذلك كله ، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب ، فضمنه بالتلف ، كالعين المغصوبة ، وإن ألفت الجارية الولد ميتاً ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حياً ، 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 ألفت حياً ثم مات .

(فصل) وإن غصب دراهم فاشتري سلعة في الذمه ، ونقد الدراهم في ثمنها وروح ، 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 عبداً فاصطاد صيداً فالصيد للمولاه ، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده وهل تلزم الغاصب أجره العبد للمدة التي اصطاد فيها فيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه (والثاني) لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى ، وإن غصب جارحه كالقهد والبازي فاصطاد بها صيداً ففي صيده وجهان (أحدهما) أنه للغاصب : لأنه هو المرسل والجارحه آله ، فكان الصيد له ؛ كما لو غصب قوساً فاصطاد بها ، وعليه أجره الجارحه لأنه أتلف على صاحبها منافعها (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 يبيضا فصار فرخاً أو كان حياً فصار زرعاً أو كان زرعاً فصار حباً فالدغصوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله

فإن نقصت قيمته بالاستعمال رجوع بأرش النقص لأنه حدث في يده ، وإن غصب عصيراً فصار خمرأ ضمن العصير بمثله لأنه بانقلابه خمرأ سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيوناً فمات فإن صار الخمر خلا رده ، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخمر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه لأن الخمر غير العصير فلا يسقط برد الخمر ضمان ماوجب بهلاك العصير .

(والثاني) لا يلزمه لأن الخمر عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير ، فعلى هذا إن كانت قيمة الخمر دون قيمة العصير رد مع الخمر أرش النقص .
(فصل) وإن غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته بأن كان ثوباً فنصره أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ذهباً فصاغه حليماً أو خشباً فعمل منه باباً رده على المالك لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببذله .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : وفي ولد المغصوبة الذي ولد في الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة : ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده ، إلا أن يمنع من بعد الطاب فيضمن بالمنع استدلالاً بما ذكره في زيادة البدن من أن حدوث الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً إليه أو الشاة إذا دخلت داراً .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالآدم بدليل أنه لو ادعاه لقبيل قوله لما كان يده فوجب أن يكون مأمثاله باليد كأمه ، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً على الغاصب ، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدى فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن ، ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضموناً كالسمن وثمر الغرس ، ولأن ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعاقبه كالدرهم في كيس والحلي في حق .

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره وبالثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أن لا يكون ذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون يامسك 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 المفصولة 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 لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن ، وحال يختص فيها . فأما أحوال الضمان ففي الغصب والجنابة والإحرام ، فإن ضمان الولد فيها واجب كالام ، وأما حال سقوط الضمان ففي الإجارة والرهن والوديعة ، فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالام ، فأما الحال المختلف فيها ففي العارية والبيع الفاسد ففي ضمان الولد فيها وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الام في العارية والبيع الفاسد ، هل هو ضمان غصب أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أنه ضمان غصب ، فعلى هذا يكون الولد مضمونا بأكثر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالفص .

(والوجه الثاني) أنه يكون مضمونا ضمان عقد ، فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لانه لم يدخل في العقد .

فأما إذا غصب مالا فاتجر به وربح فيه ففي ربحه قولان : أحدهما وهو قوله في القديم : أنه لرب المال ، وهو مذهب مالك . والقول الثاني : أنه للغاصب وهو مذهب أبي حنيفة ، وسندكر توجيه القولين في القراض ؛ فأما إذا غصب شيئا فصاد به ، فعلى ثلاثة أضرب . أحدها : أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجره الآلة ، والضرب الثاني : أن يكون عبدا فالصيد للغاصب منه لأن يده بد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين

أحدهما : عليه الأجرة ، لأنه غاصب . والثاني : لا أجرة عليه لأن السيد قد صار إلى منافعه في ذلك الزمان . والضرب الثالث : أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والثمر ففي الصيد وجمان . أحدهما : للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والثمر ، فهل عليه أجرة الكلب أم لا ؟ على وجهين .

قال الشافعي : ولو باعها الغاصب فأولدها المشتري ثم استحقها المخصوب منه أخذ من المشتري مهرها وقيمتها إن كانت ميتة ، وأخذها إن كانت حية ، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتاً ، ويرجع المشتري على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره ، إلى أن قال : وعليه الحد إن لم يأت بشبهة .

(فرع) إذا كان قد غصب شيئاً فصار فراخاً أو فروجاً كان ملكاً للمخصوب منه أولده في ملكه ، ولو غصب منه شاة فأنزى عليها فخله فوضعت سخلها كان للغاصب ، لأن مالك الأم ولا شيء للمخصوب منه في نزو فخله لأنه عسب فخل محرم آمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجع على الغاصب بقدر النقص . فلو غصبه شاة فذبها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمخصوب منه مطبوخة وبنقص ما حدث فيها . وقال أبو حنيفة : قد صارت للغاصب بالطبخ ، ويغرم قيمتها استدلالاً برواية عاصم بن كليب عن أبي بردة بن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الأنصار فقدموا إليه شاة فصيالة فأكل منها لقمة فلم يلمهم فقال ما لي لا أسيغها ، إن لها شاة أنا أو قال خبراً ، قالوا يا رسول الله إنا أخذناها من بني فلان وأنهم إذا وافوا راضيناها فقال أطمعواها الأسارى . فجعل لهم ملكها بالعمل لأنه أمرهم باطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم .

ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم . يا رسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمي اخترت منها شاة ؟ قال إن لقيتها نعمة تحمل شجرة وزناداً بخت الجبش - بفتح فسكون ، والجبش وزن الخميس - وهو صحراء بين مكة والمدينة - فلا تأخذها . قال الماوردي .

وأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذهابهم من غير ثمن مقدر ، ويحتمل أن يكون لتعذر مسحقه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب شيئا فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه ، بأن غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيت ، أو صاعا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه ، نظرت ، فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعا منه لأنه 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 للمل الغاصب ، لأنه لا يقدر على رد عين ماله ، فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك ، والثاني وهو قول أبي اسحق وأبي علي بن أبي هريرة أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعا منه لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البديل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه ، وإن خلطه بأجود منه فإن بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله ، لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيرا منه ، وإيض بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا منه ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص في الغصب أن الخيار إلى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل . والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس ، لانا إذا فعلنا ذلك أو صلنا كل واحد منهما إلى عين ماله ، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البديل ، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب ، لأنه نقص بفعله فإلزمه ضمانه

وعلى هذا الوجه إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان ، أحدهما ؛ لا يجوز ، وهو قول أبي اسحق لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا والثاني أنه يجوز لأن الربا إنما 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 طاب الغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب أجزبر على الدفع ، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصاً ، وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجزبر 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 خلطه بغير جنسه أو نوعه ، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالقمح أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السوداء ، لزمه تمييزه ورده ، لأنه يمكن رد العين فلزمه ، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله ، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعُدل 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 خلطه بدقيق له فقيه وجهان :

أحدهما : أن الدقيق له مثل . وهو قول أبي العباس وظاهر النص ، لأن تفاوته في النعومة والحشونة 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 الحشونة 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 فوجب القيمة ومنهم من قال بصيران شريكين فيه ، فباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : « وما كان له كيل أو وزن فعلية مثل كيله ووزنه ، وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل ، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعي ما سبقنا ، 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 ما له مثل . أن يجتمع فيه شرطان ، تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل ، كالحبوب والأدهان ، فإن كان مكيفاً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن ، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيون والثياب 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 مكيفاً زيت فيغصبه في زيت مثله ، أو خبير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيتك مكيفاً زيت مثل زيتك ، وإن شئت أخذت من هذا الزيت مكيفاً ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيتك ، وكنت تاركاً للفضل ، إذا كان زيتك أكثر من زيتك ولا خيار للغاصب لأنه غير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيف في زيت شر من زيتك ضمن الغاصب له مثل زيتك ، لأنه قد انتقص زيتك بتصديره فيما هو شر منه ، وإن كان صب زيتك في شيرج أو دهن طيب أو سمن أو عسل ضمن في هذا كله ، لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيفاً مثله ، وإن كان المكيف منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه في ماء إن خلصه منه حتى يكون زيتاً لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير نافعة له كان لازماً للغاصب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء نافعة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيفاً مثله مكانه ،

قال الربيع : ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بثمنه

وهو معنى قول الشافعي قلت : فهذا هو المنصوص الذي أشار اليه المصنف
وقول الشافعي أعدل حكمه وأبعد عن الفرر .

(فرع) قال الشافعي ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن
يسله اليه ، وما نقص مكيته ثم ان كانت النار تنقصه شيئاً في القيمة كان عليه أن
يفرم له نقصانه وان لم تنقصه شيئاً في القيمة فلا شيء عليه ، ولو اغتصبه حنطة
جيدة خلطها برديشة كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت في الزيت يفرم
له مثلها بمثل كيلها ؛ الا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ،
وان 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 اليه بعينها بمثل
كيلها ، وان نقص كيلها شيئاً ضمنه ، قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها
عنده ماء أو عفن أو أكلة أو دخلها نقص في عينها كان عليه أن يدفعها اليه
وقيمة ما نقصها تقوم بالحال التي غصبها والحال التي دفعها بها ثم يفرم فضل ما بين
القيمتين . قال : ولو غصبه دقيقاً خلطه بدقيق أجود منه أو مثله أو أردأ كان
كما وصفنا في الزيت .

هذا نصه فلو أن المصنوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيته أو
بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيته وقدر القيمة لأن الأول النسب أي في الكيل
والآخر النسب أي في القيمة فعلى وجهين أحدهما وهو قول أبي اسحاق المروزي :
لا يجوز ، والثاني : يجوز لأنه ليس بيعاً ويكون منبرعاً بفرق القيمة أو المكيته
أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لأنه ليس بيعاً وهو كما قال الشافعي في
الأم : ان غصبه سمناً وعسلاً ودقيقاً فعصده كان المصنوب الخيار في أن يأخذه
معصوداً ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل من قبل أن ماله فيه أثر
لا عين ، أو يقوم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين . فإن كان قيمته
عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه أدخله النقص ، ولو
غصبه دابة وشعيراً فمالف الدابة الشعير رد الدابة والشعير من قبل أنه هو
المستهلك له وليس في الدابة عين من الشعير يأخذه إنما فيها منه أثر ، قال : ولو

غصبه طعاماً فأطعمه إياه والمعصوب لا يعلم كان متطوعاً بالإطعام ، وكان عليه ضمان الطعام . وإن كان المعصوب 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 عالماً أو غير عالم فقد وصل إليه شيئه ولا شيء على العاصب ، إلا أن يكون نقص عمله فيه شيئاً فيرجع بما نقصه العمل . قلت وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه

(فرع) إذا نقص المعصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده : فعليه ضمان نقصه ، فلشافعي قولان (أحدهما) يضمن (والثاني) لا يضمن . وهو قول أحد الأقوال الثلاثة عند الحنابلة (أحدها) وهو قول القاضي لا يضمن (والثاني) يضمن ، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المعصوب 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 العاصب ويأخذ قيمته .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب أرضاً فعزس فيها غراساً أو بنى فيها بناءً ، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك . لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس لعرق ظالم حق ، فإن قلعه فقد قال في العاصب يلزمه أرش ما نقص من الأرض . وقال في البيع : إذا قلع الأحجار المستودعة ، عليه تسوية الأرض فن 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 العاصب أرش ما نقص . وفي البيع يلزمه تسوية الأرض ، لأن العاصب متعد فعلمظ عليه بالأرش لأنه أوفى ، والبايع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية ، وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع ، فإن كان له غرض في قلعه أخذ بقلعه ، لأنه قد فوت عليه غراس غرضاً مقصوداً في الأرض ، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت ، وإن لم يكن له غرض

ففيه وجهان (أحدهما) لا يؤخذ بقلمه ، لأن قلمه من غير غرس سفه وعيب (والثاني) يؤخذ به ، لأن المالك محكم في ملكه ، والعاصب غير محكم ، فوجب أن يؤخذ به .

(فصل) وان غصب أرضا وحفر فيها بئرا فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه ، وقد نقله من موضعه فآزمه رده الى موضعه ، فإن أراد العاصب طمها فامتنع صاحب الأرض أجبر . وقال المازني : لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه ، لم يجبر المالك على نقضه ، وهذا غير صحيح ، لأن له غرضا في طمها . وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها ، بخلاف نقض المنزل المنسوج فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان (أحدهما) يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبرأه 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 فقبل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل ابن عمر ، ورجح ابن حجر الاول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلفا كثيرا ، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة ، وفي استناده زمعة ، وهو ضعيف . ورواه البخاري تعليقا

أما الاحكام فقد قال الشافعي : ولو اغتصبه أرضا فعزسها نخلا أو أصولا أو بني فيها بناء أو شق فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذي اغتصبه إياها ، وكان على الباني والعارس أن يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلمه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد اليه 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 العاصب ؛ ولم يملكه إياه كان ما يقلع العاصب منه ينفعه

أو لا ينفعه ، لأن له منع قليل مائة كما منع كثيره . وقال الماوردي قد ذكرنا أن الأرض والعقار يجري عليها حكم الغصب لإبراء وضمانا ، وبه قال فقهاء الحرميين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة لا يجري على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد . وهو قول أبي يوسف ، وقال محمد بن الحسن يجري عليها حكم الضمان باليد ، ولا يجري عليها حكم الغصب ، اهـ . وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمقول ، على أنه ليس للفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير .

فإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شتمها بعزس أو بناء أو لم يشتمها ، فإن لم يكن قد شتمها بعزس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه ، وإن شتمها باحداث عزس أو بناء أخذ بقلع بناءه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها ، سواء أضر قلعها بالأرض أم لا .

وقال أبو حنيفة إن لم يضر القلع بالأرض أضراراً يفنا فله القلع ، ولا يجبر على أخذ القيمة ، وإن كان في قلعها أضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة العزس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها ، وبين أن يأخذ بقلع العزس والبناء فيجبر على قلعها استدلالاً بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار . وبما روى مجاهد أن رجلاً غصب قوماً أرضاً براحة عزس فيها نخلاً فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال لهم ، إن شتمتم فادفعوا إليه قيمة النخل ، وروى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، من زرع أرض قوم بلا إذن منهم فليس له في الزرع شيء وله نفقته ، قال ولأن من دخل تملك على مالك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع

ودليلنا ما روى أنس مرفوعاً ، لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، أخرجه الدارقطني وأحمد والحاكم والبيهقي وابن حبان . وما رواه هشام بن عروة عن أبيه أن رجلاً غصب أرضاً من رجلين من بني بياض من الأنصار فزسها نخلاً بها فرفع ذلك إلى رسول الله (ص) فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الأرض خياراً ولو استحق خياراً لأعلمه وحكم به . ولأن يسير العزس والبناء أشبهه بأن يكون تباع للأرض من كثيره ، فلما لم يكن لرب الأرض أن يملك بسيره فأولى أن

لا يملك كثيره ويتجرر من اعتلاله قياسان (أحدهما) أنه ما لم يملك بالنصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع (والثاني) أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة . وأما حديث لا ضرر ولا ضرار فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك المين . وأما قضية عمر فرسلة لأن 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 شتمم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طاب صاحبها ذلك . وهذا عندنا جائز . وأما قوله من زرع أرضا بغير إذنه فليس له في الزرع شيء ففيه جوابان (أحدهما) أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم يذرم (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 مغصوباً من رب الأرض (والثالث) أن يكون مغصوباً من غيره فأما الأول فلرب الأرض والغاصب أربعة أحوال ، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما ، لأن الحق فيه مختص بهما ، ثم ننظر فإن كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه . ولم يكن له الرجوع في المطالبة بالملع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر أجره المثل أو لم يعلم ، وإن كان بغير عقد فله أجره المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء .

والحال الثانية أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائماً أو مقلوطاً فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط البيع ، لأنه عن مرضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبراً ، ولا يلزم الغاصب أرض ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع ، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الأرض فإن اشتراها بشرط التبقية فالبيع باطل ، وإن اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز ؛ فإذا قلعه المشتري فأحدث به نقصاً فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتره مطلقاً ففيه وجهان (أحدهما) باطل لاحتمال التبقية (والثاني) يجوز ويؤخذ المشتري بالقلع .

والحال الثالثة : أن يتفقا على أخذ ثمن الارض من الغاصب وأسقط المطالبة عن الغاصب الا بثمن الارض ، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرض النقص لو قلع لانه لم يقطع ، ولو كان صاحب الارض باعها على أحد غير الغاصب كان للأجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقطع بنائه وغرسه ، فاذا قلع لم يكن الأول أن يطالب به لانه عيب قد دخل أرضه ، ويكون البيع سببا لسقوط الارش عن الغاصب .
والحال الرابعة ألا يتفقا على أحد الاحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلم ، لحديث سعيد بن زيد ، فاذا قلع برى من أجره الارض بعد قلعه ، فان نقصت الارض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الارض كما قال في الغصب

وأما القسم الثاني وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الارض فان رضى رب الارض أن يأخذ الارض بعزسها وبنائها فأيا أخذ فلا شيء عليه من مئونة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لانه لا يستفيد بقلعها شيئا فصار منه ذلك سفها ، وان طالب رب الارض الغاصب بقطع الغرس والبناء لينفصلا عن الارض فقال الماوردي : فان كان له في ذلك غرض صحيح أجبر الغاصب على القلم ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن يغرس وبنى ونقص الارض وإن لم يكن في قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجبر عليه لانه عبث وسفه (والثاني) يجبر عليه لان المالك متحكم على الغاصب لتعديبه ، فان قيل بالاول لم يكن له الارش ، وان قيل بالوجه الثاني استحق الارش

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الغرس والبناء مفصوبا من غير مالك الارض فلكل واحد من رب الارض ومالك الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلم ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرض ما نقص من ماله ، فيرجع رب الارض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه ، ولو أن رب الارض اشترى الغرس من ربه قبل القلم صار مالكها وله أن يأخذ الغاصب بالقلم إن كان في قلعه غرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الارض دون الشجر (فرج) قال الشافعي ولو حفر فيها بشرا وأراد الغاصب دفنها فذلك له وان لم ينفه وهذا كما قاله اذا غصب أرضا وحفر فيها بشرا كان متعديا بحفرها وعليه شدة ما

و ضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الارض والغاصب من أربعة أحوال .
 (أحدها) أن يتفقا على سدها ليبراً الغاصب من ضمان ما يسقط فيها ، فإن لم
 يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شيء عليه سوى أجره المثل في مدة الغصب ،
 وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الاجرة .

(والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها
 لتعدي به غيرها 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 العرس والبناء ، وعرقان
 باطنان البئر والنهر ، وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، فعلى وجهين كما قلنا في قلع
 العرس والبناء .

(والرابعة) أن يدعو الغاصب إلى سدها ، ويأبى ربه ، فإن لم يروه ربه من
 ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه ، وإن أبرأه بها من
 الضمان ففيه وجهان .

(أحدهما) أن للغاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لعنيره فلم يسقط
 بإبرائه (والوجه الثاني) أن الغاصب يمنع من سدها لأنه بالإبراء يصير كالإذن له
 في الابتداء فيرتفع التعدي ، ولا يلزمه ضمان ، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة
 (فرع) إذا دفن في الارض المنصوبة ميتا أخذ الغاصب بنبشه منها ، وإن
 كان فيه انتهاك حرمة الميت ، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ، ثم إذا نبش
 ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الارض : أنا أقر الميت مدفوناً في
 الارض إن ضمن لي نقص الارض ففي اجبار الغاصب على بذله وجهان ، أحدهما
 يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها ، والثاني : لا يلزمه ذلك
 لأنه مدفون بعنبره حق .

(فرع) قال الشافعي : وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها
 حتى يوفيه اياها بالحال التي أخذها قال المزني : غير هذا أشبه بقوله ، لأنه بقوله

لو غصب غزلا ففسجه ثوبا أو نقرة فطبعها دنائير أو طينا فضربه لبنا فهذا أثر لا عين ، ومنفعة المنعصوب له ولا حق في ذلك للعناصب كذلك نقل التراب عن الأرض والنهر إذا لم يبن بها أثر لا عين الفعل ، وصورتهما أن رجل غصب أرضا فنقل منها ترابا فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقيا أو مستهلكا فإن استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلا ، فإن لم يقدر على مثله لأنه من تربة ليس في الناحية مثلها ضمن القيمة ، وفيها وجهان .

(أحدهما) وقد نقله المذني عن الشافعي في جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب ثم تقوم الأرض بعد أخذه منها ويضمن العناصب ما بين القيمتين (والوجه الثاني) أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض ، وإن كان التراب باقيا فله العناصب ورب الأرض أربعة أحوال أحدها أن يتفقا على رده إلى الأرض فيبرأ العناصب منه ولا يعزرم إلا النقص إن وجد في الأرض وأجرة مثاها في أكثر الحالين أجرة .

الثانية : أن يتفقا على ترك التراب خارجا عنها فذلك لهما ما لم يطرح في أرض معنصوبة ، الثالثة : أن يطلب رب الأرض رد التراب إليها ويمتنع العناصب فيؤخذ جبرا برده إليها مهما كانت مؤونته . والرابعة : أن يدعو العناصب إلى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو إما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للعناصب أن يرد التراب وحده به غير اذنه ولا اعتبار بمنعه ليسقط عنه ضمان رده

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا غصب ثوبا فصبعه بصيغ من عنده نظرت ، فإن لم تزد قيمة الثوب والبصغ ، ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبيغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين ، صار شريكا لصاحب الثوب بالصبيغ لأن الصبيغ 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

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 فإن صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب ، فإن بيع الثوب بعشرة دفع المشرة كلها إلى صاحب الثوب ، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك ، أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب ، فإن صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئاً لأنه استهلكه في الثوب ، ويلزمه درهمان لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان .

(فصل) إذا استملك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق ، لأن ماله هو الصبغ وقد استملكه ، وإن بقي للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب إلى ذلك لأنه عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس في أرض مفضوبة غراساً ثم أراد قلمه ، فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لأنه حصل بسبب من جهته ، وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، وهو قول أبي العباس ، لأن الصبغ يملك 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 قلمه كالغراس في الأرض المفضوبة وإن بذل المفضوب منه قيمة الصبغ لئتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول ، لأنه إجبار على بيع ماله ، وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب يبيع ، لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديده ، 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 متعدد فلم يستحق بتعديده إزالة ملك

رب الثوب عن ثوبه ، وإن وهب الغاصب الصبيغ من صاحب الثوب ففيه وجمان أحدهما : يجبر على قبوله ، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقبول كقصة الثوب ، والثاني : لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : ولو كان ثوباً فصبيغه 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 صبيغ كان قائماً فزاد فيه ، وإن صبغه بصبيغ يزيد ثم استحق الصبيغ فأبى يقوم الثوب ، فإن كان الصبيغ زائداً في قيمته شيئاً قل أو كثير فهكذا وإن كان غير زائد في قيمته قبل له : لبس لك ههنا مال زاد في مال الرجل فتكون شريكاً به ، فإن شئت فاستخرج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وإن شئت فدعه .

وصورتها في رجل غصب ثوباً فصبيغه فلا يخلو حال الصبيغ من ثلثه أقسام أحدها . أن يكون للغاصب ، والثاني . أن يكون لرب الثوب ، والثالث . أن يكون لأجنبي ، فإن كان الصبيغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام أحدها . أنه يمكن استخراجها . والثاني . لا يمكن . والثالث . أن يمكن استخراج بعضها ولا يمكن استخراج جميعه ، فإن لم يمكن استخراجها لم يخل ثمنه بعد الصبيغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبيغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبيغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبيغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهي بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبيغ إما بذهاب قيمته ، وإما بجبره نقص الثوب .

وإن كان ثمنه بعد الصبيغ أقل مثل أن يساوي بعد الصبيغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن ، وبصير صبيغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين ، وإن كان ثمنه بعد الصبيغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام : إما أن يكون بقدر ثمن الصبيغ ، أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كانت بقدر ثمن

الصبيغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبيغ عشرين درهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هي ثمن صبيغه ، ولم يحصل فيها نقصر لافي الثوب ولا في الصبيغ ، وان كانت الزيادة أقل من ثمن الصبيغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبيغ خمسة عشر درهما فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقصر مختصاً بصبيغه لضمانه نقصر الثوب . وان كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبيغ فتكون الزيادة بينهما بقدر مالهما بحسب قانون النسبة المعروف في الرياضيات ، وادا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها ، وان 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 ، فان دعا أحدهما الى بيعه وأبى الآخر نظر في الداعي الى البيع ، فان كان رب الثوب فله ذلك ، وليس للغاصب لتعديبه بالصبيغ أن يمنع من البيع فيستدبر حكم الغصب ، وان دعا الغاصب الى بيعه ليتوصل الى ثمن صبيغه وأبى رب الثوب ، فان بذل له مع إباته ثمن الصبيغ الذي يستحقه لو بيع الثوب فله ذلك ولا يجبر على البيع .

وان لم يبذل له الصبيغ ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في افصاحه ، أحدهما ، أنه يجبر رب الثوب الى ثمن ثوبه . والوجه الثاني أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعدد بصبيغه فلم يستحق بتعديبه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام في الصبيغ اذا لم يمكن استخراجها ، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة ، ان كان الصبيغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبيغ . وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمته ، وان كان الصبيغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبيغ . وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له في الأصناف كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته ان شاء فله أن يأخذ منه مصبوغاً لكن ان كان

الصبيغ سواداً فلا قيمة عليه له ، وإن كان لوناً 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 شعاراً للعباسية في نمو دعوتها وكثرة أتباعها ، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصاً وشيئاً مذموماً ، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على ذيره من الألوان .

ولنا أن تملك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه خطأ ، لأن بقاء العين المنصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياساً عليه لو كان غير مصبوغ ، ولأن من لم يجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم يجب عليه قيمته بعد صبغه كالاجير ، ولأن الصبيغ لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن يكون نقصاً أو غير نقص ، فإن كان نقصاً ضمنه لا غير ، وإن لم يكن نقصاً فأولى أن لا يضمن .

وأما القسم الثاني وهو أن يكون الصبيغ مما يمكن استخراجهِ فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) ان يتفقا على تركه في الثوب ويبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه .

والحال الثانية : ان يتفقا على استخراجهِ منه فذلك جائز ليصل الغاصب الى صبغه ورب الثوب الى ثوبه ، فإن استخرجه وأبى في الثوب نقصاً ضمنه به .

والحال الثالثة : أن يدعو الغاصب الى استخراجهِ ويدعو رب الثوب الى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه . لأنها عين ملوكة فعلي هذا يكون ضامناً لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبيغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه .

مثاله : أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبيغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً 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 الى استخراجهِ ويدعو الغاصب الى تركه ، فهذا على وجهين (أحدهما) أن يترك استبقاء الملك الصبيغ فيه فينظر ،

فإن لم يكن الصبيغ قد أحدث زيادة نفوت باستخراج الصبيغ منه ففيه وجهان
 حكاهما ابن أبي هريرة (أحدهما) وهو اختيار أبي حامد أنه لا يجبر على استخراج
 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 لأنه 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 استخراج بعضه كالقول في القسم الأول ، والقول
 في تمكين استخراج بعضه كالقول في القسم الثاني ، فيجتمع في هذا القسم حكم
 القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيماً وشرحاً ، فهذا حكم الصبيغ إذا كان للغاصب

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن غصب ساجاً فأدخله في البناء أو خيطاً فخاط به شيئاً نظرت
 فإن عفن الساج وبلى الخيط لم يؤخذ برده لأنه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت
 قيمته ، وإن كان باقياً على جهته نظرت فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب
 وجب نزع رده ، لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده ، كما لو لم يبن عليه ولم
 يخط به ، وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان ، فإن كان مباح الدم كالمترد
 والخنزير والنكاب المقور وجب نزع رده ، لأنه لا حرمة له فكان كالثوب وإن
 كان محرم الدم ، فإن كان مما لا يؤكل كاللحم والبغل والحمار وخيف من نزع
 الهلاك لم ينزع ، لأن 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 .

وإن كان مما يؤكل ففيه قولان (أحدهما) يجب رده ، لأنه يمكن نزعه بسبب
مباح فوجب رده كالساج (والثاني) لا يجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن ذبح الحيوان لغير ما كلة

(فصل) وان غصب لوحاً وأدخله في سفينة وخاف من نزع الغرق ، فإن
كان فيها حيوان — لم ينزع لما ذكرناه في الحيط ، وإن كان فيها مال غير ماله ،
— فإن كان لغير الغاصب — لم ينزع ، لأنه إتلاف مال من له حرمة بمنسابة
غيره فلم يجوز .

وان كان المال للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد
الساج (والثاني) لا ينزع لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال ، بأن تجر الى
الشط بخلاف الساج في البناء . وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان
له ذلك ، لأنه حيل بينه وبين ماله لجأز له المطالبة بالبدل ، كما لو غصب منه عبداً
فأبق ، وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان
(أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة (والثاني) لا ينقض ما لم
تتعين ، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي

(فصل)

وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ؛ فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة
الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البدل ، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء
على القولين في الحيط الذي خيط به جرح ما يؤكل

(فصل) وإن غصب فصيلاً فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب
نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج ، وإن دخل الفصيل إلى داره
من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب ،
لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب

(فصل) وإن غصب ديناراً وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار ،
كما ينقض البناء لرد الساج ؛ وإن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها

كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة ، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير
تفريط من صاحب المحبرة .

(فصل)

وان غصب عينا وبيعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده ،
فللمالك أن يضمن الغاصب ، لأنه غصبها . وله أن يضمن المشتري لأنه 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 ، لأنه من حين الغصب إلى حين التلف
في ضمانه .

وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف
لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض ، فلا يضمن ما قبله .

فإن بدأ فضمن المشتري نظرت ، فإن كان عالماً بالغصب لم يرجع بما ضمنه
على الغاصب ، لأنه غاصب تلف المنصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب
من المالك إذا تلف عنده

فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن ، فإن التزم ضمانه بالعقد كبديل 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 غرد ودخل معه
على أن لا يضمنه .

وان حصلت له في مقابلته منفعة — كالاجرة والمهر وأرض 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 فالأرجح 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 .

(فصل) وزن غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فإن ضمن الآكل نظرت فإن علم أنه مخصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المخصوب فلم يرجع بما ضمنه فإن أكل ولم يعلم أنه مخصوب 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 برى الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به ، وإن لم يعلم ففيه قولان (أحدهما) يبرأ الغاصب لأنه عاد إلى يده فبرى الغاصب من الضمان ، كما لو رده عليه (والثاني) لا يبرأ لأنه إنما ضمن ، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالقديم إليه ليا كله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان .

(الشرح) قال الشافعي : ولو كان لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه ، وهذا كما قال : إذا غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بناءه 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 ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه وفي أخذه بهدم بناءه أعظم إضرار به . ولقوله صلى الله عليه وسلم : يسروا ولا تعسروا إني بعثت بالحنيفية السمحة .

وفي أخذ القيمة منه تيسير ، وفي هدم بناءه تعسير منهي عنه ، ولأنه مخصوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالحيط إذا غاط به جرح حيوان ، ولأنه مخصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه ، فإن رده اللوح ، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعاً : لا يحمل المسلم أن يأخذ عشاء أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ؛ وهذا خبر ظاهره كالنصر ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إن اصحاب الحق يدأ ومقالا ،

ولان كل مغمصوب كان له رده وجب عليه رده كالذي لم يبن عليه طرداً ، والحيط في جرح الحيوان عكساً ، ولأنه شغل المغمصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده ، كمالو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها . ولأنه كل مالو احتاج ابتداء اليه لم يجبر مالك عليه ، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده اليه كالارض طردا والحيط للجرح عكسا ولان دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغمصوب كمالو حلف امتق عبده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعتق العبد .

والجواب عن حديث : لا ضرر ولا ضرار فهو أنه مشترك الدليل ، لان في منع المالك منه إضرارا به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفعه عن المغمصوب أولى من دخوله على المغمصوب منه في تيسير أمر الغاصب ورفعه عنه والاستهانة بحق المغمصوب وحماية متعلقات الغاصب .

والجواب عن حديث : يسروا ولا تعسروا ، فمن وجهين .
(أحدهما) استعماله في المغمصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله في الغاصب في تمليكك غير ماله .

(والثاني) أن التيسير معصية ، والغاصب عاصر لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريرة إلى استدامة المعصية . والجواب عن قياسهم على الحيط في جرح الحيوان فمن وجهين ، أحدهما : أنه معارضة الاصل لان المعنى في الحيط أنه ليس له رده ، فلم يجب عليه رده ، وفي اللوح له رده . والثاني : أنه إذا احتاج ابتداء اليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقدمها على حرمة المالك .

فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغمصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيرا أو سواء كانت قيمة اللوح قابلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلمه حتى يخلص اللوح لربه ، إلا أن يرضيه على أخذ ثمنه ، ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجره مثله ان كانت له أجرة وأرض نقضه ان حدث به نقص فإن كان المغمصوب حجرا فبنى عليه منارة وجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد ، وان كان هو المنتطوع بينها لخروج ذلك عن ملكه ، وان كانت السفينة سائرة في البحر ، فان كان اللوح

على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها ، وإن كان في أسفها بحيث لو أخذ منها هلك وما فيها نظر ، فإن كان فيها حيوان لم يجوز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو عجماء ، وسواء كانت العجارات للغاصب أو لغيره ، لأن للحيوان حرمتين ، حرمة نفسه وحرمة صاحبه ، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر ، فإن كان لغير الغاصب لم يجوز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) يؤخذ اللوح منها ، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمة بتعديده كما يذهب ماله في هدم بنائه .

(والوجه الثاني) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه 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 الموضع قيمة لوحك ، فلو اختلطت السفينة التي فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل إليه إلا يهدم جميعها ففيه وجهان .

أحدهما : تهدم جميعها حتى يوصل إليه .

والوجه الثاني : أنه لا يجوز هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدى فيه .

فإذا عمل اللوح المغصوب مائاً ، أو حديداً فعمله درعاً لم يملك في هذه الأحوال وجعله أبو حنيفة مالكا لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغريات للاقدام على المغصوب ، وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى ، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا ، ولا شيء للغاصب إلا أن يكون قطع ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها ، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب .

(فرع) قال الشافعي : ولو كان خيطاً غطاه به ثوباً ، وكذلك فان غاط به

جرح إنسان أو حيوان ضمن الحيط ولم ينزعه . قال الماوردي : وصورتها فيمن غصب خيطا فخاط به شيئا فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص .

(والضرب الثاني) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين . أحدهما : أن يكون الحيوان ميتا عند المطالبة بالحيط فينظر ، فإن كان الحيوان بماله حرمة كالأدمى نظر ، فإن لم يفحش حاله بعد نزع الحيط 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 لأنه مما لا حرمة للحفاظ 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 الحيط 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 وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه .

(والضرب الثاني) أن يخاف ضرراً أو شدة ألم وتطول مرض إلخ اه . قلت : ومثل الحيط . شاش الجبائر والجص وجميع ما يستعمل في الجراح والكسور والرضوض لدى الأطباء والصيدلانية ، وكذلك جسور الأسنان والأضراس الصناعية وأسلاكها وأقاعها وبدائلها فانها جميعا عليها ما مضى من حكم الحيط . نزعاً وضرراً وحرمة للمستفيد منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غصب من رجل شيئاً ثم رهنه عنده أو أودعه أو أجره منه وتلف عنده فإن علم أنه له برى الغاصب من ضمانه لأنه أعاده إلى يده وسلطانه ،

وان لم يعلم ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبرأ الغاصب من الضمان لأنه عاد الى يده (والثاني) لا يبرأ لأنه لم يعد الى سلطانه ، وإنما عاد اليه على أنه أمانة عنده ، وان باعه منه برىء من الضمان علم أو لم يعلم ، لان قبضه بائتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان .

(فصل) وان غصب شيئا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب ، وقال المزني : يبرأ لأنه أذن له في امساكه فبرىء من الضمان كما لو أودعه ؛ والمذهب الاول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافي الضمان .

(فصل) وان غصب حراً وحبسَهُ ومات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها أجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الاجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه ، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمنت بالاجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال (والثاني) لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه .

(فصل) وان غصب كلباً فيه منفعة لزمه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده فان حبسه مدة لمثلها أجرة ، فهل تلزمه الاجرة فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز اجارته .

(فصل) وان غصب خمرا نظرت ، فان غصبها من ذمي لزمه ردها عليه لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان .
أحدهما : يلزمه ردها عليه لأنه يجوز أن يطبق بها ناراً أو يبل بها طيناً فوجب ردها عليه .

والثاني : لا يلزمه وهو الصحيح ، لما روى أن أبا طلحة رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فأمره صلى الله عليه وسلم أن يبيعها فان أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ،

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببطلان كالميتة والدم فإن صار خـ لا لزومه رده على صاحبه لأنه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده إليه فإن تلف ضمنه لأنه مال للمفصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه .

(فصل) وان غصب جـ لم يمتة لزمه رده لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان أحدهما يلزمه رده كالحنجر إذا صار خلا والثاني لا يلزمه لأنه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده

(فصل) وان فصل صليبا أو مزماراً لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) يوم فتح مكة أن الله تعالى حرم بيع الحنجر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة فدل على أنه لا قيمة له ومالا قيمة له لا يضمن فان كسره نظرت فاكان إذا فصله يصلح لمنفعه مباحة وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه فان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء لأنه لم يتلف ماله قيمة .

(الشرح) الأحكام : إذا غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرهما ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالسكها ، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الحيط لأنه أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة فذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مفصولة ولم يمكن إخراجها إلا ذبحها ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله ؛ إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة .

فإذا مرت بهيمة رجل في سوق فأتلقت جوهرة رجل قال المـ اوردى في الحامى والعمراتى فى البيان والروياتى فى البحر ما حاصله : لم يخجل حال البهيمة من أن يكون معها مالسكها أو لا ، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه فى الجوهرة ،

لأنه غير ضامن لما جنته ، فلو سأل 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 قاسد ، استدلالا بقياسين أحدهما : أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكمام طعاما - والثاني - أنه لا يستحق تملكه مع تلف شيء لم يستحق تملكه مع بقاءه ، قياساً على ما قيمته أقل .

وإن كان صاحبها معها كان ضامناً لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً وقال أبو علي بن أبي هريرة : إن كانت البهيمة بعيراً ضمن ، وإن كانت شاة لم يضمن ، وفرق بينهما بأن المألوف في البعير النفور فلزم منعه ومراعاته ، والمألوف في الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها . وهذا خطأ عند الأصحاب لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة ، فإذا أهدت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أيسر للرجل ضرب زوجته والمعلم ضرب الصبي لأن عاقبته السلامة ، فإذا أفضى إلى التلف ضمننا ، فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر في البهيمة فإن كانت غير ما كولة اللحم غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها ، وإن كانت ما كولة 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 لما كلة 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 والنقاة حتى تبرأ ، فإذا كان صاحبها مفرداً كان عليه ذلك . فإذا كان صاحب البهيمة منتصباً 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 أجراء المشتري منه بالدفع ، ثم ينظر في البهيمة فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له . وعليه تسليم البهيمة ، فان قدر على الثمن بموت أو ذبح اختياره المشتري لما كلة رد على البائع وإن كانت البهيمة في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع ، فان كانت غير ما كولة غرم مثله ، وإن كانت ما كولة اللحم فهل تذبح لاخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى من القولين .

والضرب الثاني : أن يتبلغ الثمن قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون في الذمة لم يتعين بالمقد فالبيع لا يبطل ، وهو باق في ذمة المشتري . ثم ينظر ، فان 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 ، فان كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله . فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله .

وإن كانت البهيمة ما كولة فهل تذبح أم لا . على القولين ، فان قيل لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه ، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع ، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشتري خياراً به . وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب والضرب الثاني : أن يكون الثمن معيناً فهذا على ضربين

(أحدهما) أن تكون البهيمة غير ما كولة فالبيع باطل ؛ لأن تلف الثمن المدين قبل قبضه يبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف . ثم ينظر فان كانت البهيمة في يد المشتري فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشتري رد البهيمة على البائع ، فان قدر على الثمن بموتهارد على المشتري ، وإن كانت في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله (فرع) إن غصب فصيلاً - وهو ولد الناقة سمي بذلك لفصله عن أمه - فأدخله

حظيرة، فيكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة، أجزر 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 تفریط منه بأن دخل الحظيرة فاخبط بفصلانها وكبر وتعذر إخراجها من الحظيرة، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الخائط كما كان

فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعدياً في وضعها في غير حق - بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المسارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة - وكان صاحب البهيمة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة.

والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعدياً لإدخالها في غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديبه بها، فإن كنت مما لا يؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها، ثم كسر القدر مضموناً على صاحبها، وإن كانت مما تؤكل فعلى قواين 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 فالخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدى ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤونة ذلك فإن لم تكن البهيمة ما كولة كسرت القدر وضمن كسرها، فإن كانت ما كولة فعلى قولين، في ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها

والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعدياً فالخليص مضمون عليهما لا اشتراكهما في التعدى كالتصادمين، فإن كانت البهيمة غير ما كولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وأهدر النصف الباقي، وإن كانت ما كولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة أرش القدر كله لا نصفه. فإن قال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص

في ذبحها نظر البادى . منها بطلب التخليص ، فجعل ذلك في جنبته .
 (فرع) وإن غصب ديناراً أو جوهرة فوقع أو ألقاها في محبته أو أخذ
 ديناراً لغيره ففسا فوقع في محبة كسرت ورد الدينار أو الجوهرة كما ينقض البناء
 أو تدم السفينة لرد اللوح على ما مضى . وكذلك إن كان درهما أو أقل منه ،
 وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان
 عليه لأنه لتخليص ماله .

وإن غصب ديناراً فوقع في محبة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت
 لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها ، وإن كان كسرها أكثر
 ضرراً من بقبية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تنكسر . وإن رمى إنسان ديناراً في
 محبة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى
 برميها فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى
 الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها وما ترتب على قذف الدينار من رشاش
 الحبر على الأوراق أو الكتب أو الثياب فعليه ضمان قيمته تالفاً أو أرشه معيباً ،
 وأجاز أصحاب أحمد إجبار مالك المحبرة على كسرها لرد دينار الغاصب وتضمين
 الغاصب قيمة المحبرة .

(فرع) قال الشافعى ولو باعه عبداً 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 بيته بغصبه وكان المغصوب أو ورثته
 قياماً رد العتق لأن البيع كان فاسداً ويرد إلى المغصوب . وإن لم تكن بيته 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 والمغصوب 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 ما يملك وأن البائع أخذه
 غصباً كاف البيته قبل سؤالهما . اهـ

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبياعه له حق الله تعالى في الحرية ، فلا يعاد الى مالكه وانما تعاد قيمته كأي شيء اغتصبه ثم باعه وتلف في يد المشتري ، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشتري . وللمشتري أن يرجع على البائع لأنه غره فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب .

(فرع) يلبني على ما تقدم أنه اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله . والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير اذن مالكه ، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغير . فاذا ضمن الغاصب رجع عليه ،

قال الشافعي : ولو غصب طعاما فأطعمه من أكله ثم استحق كان المستحق أخذ الغاصب به ، فان غرمه فلا شيء للواهب على الموهوب له ، وان شاء أخذ الموهوب له ، فان غرمه فقد قيل يرجع على الواهب وقيل لا يرجع به . قال المزني أشبهه بقوله : ان هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به ، فان غرمه الغاصب رجع به عليه . وهذا عندي أشبه بأصله .

وهذه المسألة تنقسم الى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع :
فأما القسم الاول فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء

(ثانيها) وهو أن يأذن له في أكله من غير هبة ولا اقباض ، فان علم الآكل أنه مغصوب كان مضمونا عليه وربه أيضا بالخيار لتغريم أيهما شاء ، فان أغرم الآكل فقد اختلف أصحابنا ، فذهب البغداديون الى أن في رجوعه على الغاصب قولين . وذهب البصريون الى الرجوع به قولا واحدا . والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليه ، وأن استهلاك الموهوب له بغير اذنه فلم يرجع عليه ، فان رجع المالك على الغاصب يكون وجوده فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به قولا واحدا

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 لأن المنافع هو الغاصب، وإن كان إطعامها بأمر مالكتها نظر، فإن علم بأنه منصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالحيثار 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 الإذن وعدمه.

وأما القسم الثاني فصور في الأنواع الثلاثة الآتية: إذا وهب الغاصب الطعام للمالك فأكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغيره على الغاصب وإن لم يعلم فعلى قولين.

والنوع الثاني: أن يأذن الغاصب لرب الطعام في أكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغيره، وإن لم يعلم فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين وعلى قول البصريين يرجع به قولاً واحداً.

والنوع الثالث: أن يطعمه بهيمة رب الطعام فإن كان بغير أمره رجع عليه بغيره، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع، وإن لم يعلم فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين، كما لو وهبه له، وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذنبين كما لو أطعمه إياه، فلو باع الغاصب الطعام على مالكه وهو يعلم أو لا يعلم فتلف في يده بعد قبضه أو لم يتلف كان المالك برئاً من الثمن والغاصب برئاً من الضمان، وذهب المصنف إلى أنه إذا علم فيه قولان على ما أوضح واقعه أعلم.

(فرع) إذا أودع العبد عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالأجرة ثم تلف عنده نظر، فإن علم بعد قبضه أنه ماله برئ العبد من ضمانه، وإن لم يعلم نظر، فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن المستأجر برئ الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً

عليه ، وان كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الأحوال ، ففي براءة العايب منه وجهان .

أحدهما : ببراءته لعودته الى يد مالكه .

والوجه الثاني : لا يبرأ منه لأن خروجه من يده اما نيابة عنه أو أمانة منه ، فلم تزل يده فكان على ضمانه . فلو أن العايب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به ، فان لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على العايب ، وان كان في يده فان تلف باستهلاك المالك براءته منه العايب ، وان تلف بهد استهلاكه كان في براءته منه وجهان .

وأما حبس الحر سواء عاش أو مات فسوف يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الجنایات والحدود .

وأما كلب المنفعة ككلب الصيد أو الحراسة ، فانه يجري فيه ما يجري في البهائم المستأجرة لظهرها أو لعلمها في الحقول والفارق أنها غير ما كولة كبعض الدواب التي لا تؤكل .

(فرع) قال الشافعي : فان أراق له - أي للذمي - خمرأ أو قتل له خنزيرا فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرم لانه لا يجري عليه ملك . أما الكلب بالخنزير والخنزير فعصية ، والقول فيها كالقول في الصليب ولا شيء على متلفها مسلما كان أو ذميا على مسلم أتلفه أو على ذمي ، ويعذر ان باتلافه على منازلهم أو بيوتهم .

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 الخنزير والخنزير ، وان كان ذميا ضمن مثل الخنزير وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمي بما روى أن عمر رضي الله عنه كتب الى أبي موسى الأشعري والى سررة 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 ، والثاني : أخذ العشر منها ، ولو حرمت أثمانها لمحرم عشرها ، قال : ولانه معمول في عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم ،

قالوا : ولأنه من أشرتهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا بإتلافه عليهم
كسائر الأشرية ، قالوا : ولأن ما كان متمولا عند مالكة ضمن بالإتلاف وإن
لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم .

ودليلنا ما رواه ابن أبي حبيب عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم يوم فتح مكة : إن الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع
الإصنام وبيع الميتة ، فقال رجل يا رسول الله ما ترى في شحومها فإنها
يدمن بها السفن ويستصبح بها فقال : قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها لجملوها
فباعوها فدل تحريمه لبيعته على تحريم ثمنه وقيمته ، ولأن المرجوع في كون الشيء
مالا إلى صفته لا إلى صفة مالكة ، لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه
في كونه مالا ويختلف مالكوه . فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان هو
مال للمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا للمسلم أو كافر ثم لو دبح جلده
صار مالا للمسلم وكافر ، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا للمسلم أو كافر ثم لو دبح جلد
الميتة صار مالا للمسلم 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 .

والثاني . أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن ،
ولأنه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته ، ولأن ما استبيح
الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة : فحرم
الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه ، وتحريمه قياسا
أن ما حرم نفعه فأحرى أن يحرم عوضا من كافر على مسلم .

وأما الجواب عن حديث عمر وقوله . ولهم بيعها وخذ العشر من أمهاتها
فإن وجهين .

أحدهما . أن معناه أن ولتهم ما تولوه من بيعها ، ولا يعترض عليهم فيما

استباحوه منها ، وخذ العشر من أثمانها أى من أموالهم وإن خالعت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها .

والثانى . أنه محمول على العصير الذى يصير خمرأ من باب اطلاق اسم ما سبؤول اليه عليه قال تعالى . هـ وقال انى أرى فى المنام أنى أرانى أعصر خمرأ ، وتحريم بيعها خمرأ متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على اباحته بصيرأ . وأما كونه . . . ولا فى عرفهم فمتنقض بموقوذة المجوس والعبد المرتد .

ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مرأه فحديث أس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال اسناده وأصله فى صحيح مسلم ورواه الترمذى والدارقطنى بلفظ . يا رسول الله انى اشتريت خمرأ لا يتام فى حبرى فقال : أهرق الخمر واكسر الدنان . وأخرجه أحمد وأبو داود

وحديث ابن عمر . أمرنى النبي (ص) أن آتية بمديه وهى الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال أغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدينة مئى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرة ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا الا شققته ، رواه أحمد وأشار اليه الترمذى وذكره الحافظ. ابن حجر فى الفتح معزوا الى أحمد .

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد . انه رواه باسنادين فى أحدهما أبو بكر بن أبى مريم وقد اختلط وفى الآخر أبو طعمه وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وبقية رجاله ثقات . وقد ترجم له البخارى فى صحيحه فقال . باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق . ويعلق ابن حجر على هذا فينفى أن المراد بهذا اتلاف الاوانى وانما المقصود اراقة الخمر واهدار جرمها ، واتلاف الأنية جاء تبعاً لذلك عقوبة لاصحابها .

(فرع) قال الشافعي : وأو كسر لنصراني صليبا ، فإن كان لشيء من المنافع مفصلا فدل عليه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شيء عليه . أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى صلى الله عليه وسلم قتل وصاب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتسك به قرابة ، وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به ، ولا يجوز أن يقتحم أحد بهمهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طقوسهم ماداموا لا يظهرون بها تحديا ولا مجاهرة ولا يعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فإن جاهرنا بصليبتهم نظر ، فإن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز في الإنكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعا لما أظهره من مخالفة عقد الذمة . وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الإقتصار على الإنكار في حال المجاهرة ولا يتجاوز الإنكار إلى كسره ، وقد حمى الإسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت في ظله دبابات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا ، ويقتل بعضهم بعضا فأقر بينهم السكنينة والوثام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله .

وبلغ من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التي فر أهلها إلى الصحارى القمبية وشعب الجبال ومزارعها أخذوا يبنونها في المدن والقرى ، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التي بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يتخذونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بذكر النون قولاً واحدا سميت كذلك لأن عقبة بن نافع القهري فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكر أنعام القسس وهم يترنمون في الليل بترانيمهم فقال هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن فتح قفصا عن طائر نظرت ، فإن نفره حتى طار ضمنه لأن تغير الطائر بسبب ملجىء إلى ذهابه فصار كما أو باشر اتلافه وإن لم ينفره نظرت فإن وقف ثم طار لم يضمه لأنه وجد منه سبب غير ملجىء . ووجد من الطائر

مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه . كما لو حفر
بئراً فوق فيها إنسان باختياره ، فإن طار عقيب الفتح فقيه قولان

(أحدهما) لا يضمن لأنه طار باختياره فأشبهه إذا وقف بعد الفتح ثم طار .
(والثاني) يضمن لأن من طبع الطائر النفور بمن قرب منه ، فإذا طار عقيب
الفتح كان طهرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره

(فصل) وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه ،
لأن رميه لم يكن سبباً لغواته ، لأنه قد كان بمنعاً وقائماً من قبل أن يرميه ، فإن
طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه ، لأنه 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 ، لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحمله فضمنه . وإن خرج منه شيء قابل
أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه ، لأنه 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 يضمن ، لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم
يضمنه ، كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقه ثم طار ، أو نقب حرزا فسرق منه
غيره ، وإن فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، لأنه لم يخرج عقيب الحل ، فصار كما لو كان مائداً
فهببت عليه الريح فسقط .

(والثاني) أنه يضمن وهو الصحيح ، لأنه الشمس لا توجب الخروج ، وإنما
تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح
وإن حل زقا فيه جامد وقرب إليه آخر ناراً فذاب وخرج ، فقد قال بعض
أصحابنا : لا ضمان على واحد منهما ، لأن الذي حل الوكاه لم توجد منه عند فعله
جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز
وأخرج الآخر المال ، فإنه لا قطع على واحد منهما ، وعندى أنه يجب الضمان
على صاحب النار ، لأنه باشر الاتلاف بإدناه النار فصار كما لو حفر رجل بئراً

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 الإتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان

(فصل)

وإن فتح زقا مستعمل الرأس فاندفع ما فيه فخرج لجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه : ففيه وجهان .

(أحدهما) يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين (والثاني) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح

(فصل) وإن حل رباط سفينة ففرقت نظرت ، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله ، وإن وقفت ثم غرقت ، فإن كان بسبب حادث كرمح هبت لم يضمن ، لأنها غرقت بغير فعله . وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط (والثاني) أنه يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

(فصل) إذا أجاج على سطحه نارا فطارت شرارة الى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره ففرقها ، فإن كان الذي فعله ما جرت به المادة لم يضمن لانه غير متعمد ، وإن فعل ما لم تجر به المادة بأن أجاج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لانه متعمد

(فصل) إذا ألقى الريح ثوبا لإنسان في داره لزمه حفظه . لانه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظها كاللقطة ، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه ، لانه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب . وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه ، لانه محفوظ بنفسه ، فإن دخل الى برج في داره فأغلق عليه الباب نظرت : فإن نوى إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب ، وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه .

(الشرح الأحكام : قال الشافعي : ولو حل دابة أو فتح قفصاً عن طائر فوقه ثم ذهب لم يضمن لأنها أحدهما الذهاب
وصدورة ذلك أن رجلاً حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس
فشردت الدابة وطار الطائر ، فهذا على ضربين
(أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره : فعليه
الضمان إجماعاً ، وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سبباً والطيران مباشرة لأنه قد
أجاء بالتنفير والتوبيخ إلى الطيران ، وإذا انضم إلى السبب إجماعاً تعلق الحكم
بالمسبب الملجئ سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتصر منه
الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم ، لأنها أجماعاً بالشهادة
فسقط حكم المباشرة

(والثاني) أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير فللدابة والطائر حالتان :
(إحدهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زماناً فلا ضمان عليه
لانفصال السبب عن المباشرة . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : عليه الضمان .
وكذلك قال أحمد .

والحال الثانية : أن تشرد الدابة وبطير الطائر في الحال من غير لبث ، ففي
الضمان لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : عليه
الضمان لاتصاله بالسبب . وهو قول أبي حنيفة (والثاني) وهو ظاهر نصر الشافعي
في كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإجماع .

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلاً ومنفصلاً بأن
أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق
به الضمان ، ولأن كل ما يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان
مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل

ودليلنا هو أن للحيوان اختياراً يتصرف به لما شاهد عياناً من قصد لهذابه
واجتنابه بضره ، ثم لما قد استقر - كما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحويل
ما صاده باسترسال مرسله ، فإذا اجتمع السبب والاختيار تعلق الحكم على

الاختيار دون السبب كلفي نفسه مختاراً من شاهق يسقط الضمان عن باني الشاهق أو في بشر يسقط عن حافرها . وطيران الطائر باختياره لأنه غير مابجأ ، وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير ، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان ؛ ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح حبه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر إذا طار ، ولأن 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 ، ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر ، بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فحجه لم يضمنه ، وما اتفق عنه التعدي لم يضمن به .

* * *

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها ، فهو أنهما سواء ، وذلك 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 عمداً 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 بالإلقاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكأنما سواء .

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تمجّل 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

قال الماوردي : قبا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره إياه
وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره : فأما إذا أمر طفلاً أو
مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص في أنه إذا نفره أو
أمر الطفل بتنفيره ضمن وان لم ينفره وليث زماناً لم يضمته ، وان طار في الحال
فعل وجبين ، ولو كان ساقطاً على برج أو جدار فرماه بحجر فنفره فطار من
تنفيره لم يضمته لأنه قبل التنفير لم يكن مقدوراً عليه .

(فرع) إذا رمى رجل حجراً في هواه داره فأصاب طائراً فقتله ضمنه سواء
تعمد قتله أو لم يتممه ، لأنه وان لم يتمد بالرمي في هواه داره فليس له منع
الطائر من الطيران في هواه ، فصار كما لو رماه من غير هواه وخالف دخول
البيهمة إذا منعها بضرب لا تخرج إلا به أنه لا يضمها .

(فرع) إذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعاً فان كان الفاسخ مالكمها ضمن
الزرع ، وان كان غيره لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك لو حل دابة
مربوطة فأكلت شعيراً أو فولاً لم يضمن لأن الدابة هي المتلفة دونه وكذلك
كسرت إناه لم يضمته لما علناه .

(فرع) قال الشافعي : ولو حل زقا (١) أو راوية فاندفقا ضمن إلا أن يكون
الزق يثبت مستنداً وكان الحل لا يدفع ما فيه ثم سقط بتحرك أو غيره فلا يضمن
لأن الحل كان ولا جناية فيه .

وصورتها في زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاه حتى ذهب ما في الزق ، فلا
يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواماً
وأمرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين .
أحدهما : أن يكون فم الزق منكسراً فعليه ضمان ما فيه ، لأن الذائب مع
التنكيس لا يبقى ، فكان هو المتلف له .

(١) الزق قارورة من الجلد يسميها عامة الحجاج زمزية ، والوكاه الرباط ،
ومنه حديث دهاثوا سبع قرب لم تحمل أو كيتهن ، وحديث العين وكاه السه ،
والسه الاست أو المقعدة من الانسان .

والضرب الثاني : أن يكون فم الزق مستعمليا فهذا على ضربين (أحدهما) أن يميل في الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه ، فإذا لم يكن بالحل تالفا ، وليس كالدابة إذا حملها لأن للدابة اختياراً (والثاني) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستندا أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغدير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان .

والقسم الثاني : أن يكون ما في الزق تخين القوام بطيء الذهاب كالديس (المجوة بالعسل أو مريب التمر) والعسل القوي فإذا حل وكاؤه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه ، فإن كان مستعملي الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شيء منه ثم اندفع فلا ضمان ، وإن اندفع في الحال أو كان منسكسا نظرا ، فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان وإن قدر على الاستدراك لسده ففي الضمان وجهان .

(أحدهما) عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه ، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا وإبراء ، كذلك ما هنا .

والوجه الثاني : لا ضمان عليه ، والفرق بينهما أنه في القتل والتحريق ، وفي حل الوكاه غيره منسب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حضر بئرا فمر بها انسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزق مستعملي الرأس وهو يتدفع بعد الحبل يسيرا يسيرا فجاء آخر فتنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهما) أن ضمانه عليها لا اشتراكهما في سبب ضمانه كالجارحين (والوجه الثاني) أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباثرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط براءة الجارح ويتوجه للذابح .

والقسم الثالث : أن يكون ما في الزق جامدا كالسمن والديس إذا جدا ومريب الجزر والفواكه إذا جف ماؤها وتبخر فيكشف بحل الوكاه أو يكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيندوب ويذهب فإن كان الزق أو الاناء

على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذاتياً يعبأ في زقه وإنائه، فلا ضمان عليه؛ وإن كان لا يعبأ لو كان ذاتياً ففي ضمانه وجهان. أحدهما: لا ضمان عليه لأن ذواته من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثاني) عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سبباً فتعلق به الضمان.

(فرع) إذا أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكامه خمي فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به؛ وأما كاشف الإناء وحال الوكاه فلم يكن فعله جنائياً يضمن بها. وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما، لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع.

والثاني: أخذ ما لا غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع؛ فإن قيل: لم يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن بالنار، قيل: لأن طلوع الشمس معلوم، فصار كالمقاصد له ودنو النار غير معلوم، فلم يصر قاصداً له ولكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاه هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحداً بخلاف الشمس في أحد الوجهين، ولأن إدناه 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 يقضى بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياساً على من حفر بئراً وجاء آخر فدفع إليها آخر ضمن صاحب البئر، وفيما ذهب إليه المصنف نظر عندي والله أعلم بالصواب.

❦ فرع ❦

ويبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت في أحضان المروج ففرقت 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 تفرق بعد فهو على ضربين، أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح - أو موج فلا ضمان عليه لتلقاها بما هو غير منسوب إليه. والضرب الثاني: أن لا يظهر

حدوث سبب ائتلفا ففي ضمانها وجهان (احدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الرق إذا لبث بعد حله ثم مال (والوجه الثاني) عليه الضمان بخلاف الرق لأن الماء أحد المتلفات .

(فرع) إذا نصب رصيصة من اللبن لحرقة (قينه) حتى يجمر آجرا في غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصاص أو القمائن فيها كأن جاء في أوقات امتلاء الأجران بحصاد الحقول فأرقد في تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن في الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتهما ضمن ما ألتلف ، أما إذا أعد الرصيصة 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 لأنه غير متعد ، وكذلك لو أروى أرضه في دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لأنه 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 منشجر 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 تلسكا كان عليه ضمايه وارتفعت يده من الامان إلى الضمان واذا 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 فألقتة بعيدا فإن لم يستطع منعه فلا ضمان ، وان قدر على منعه من الريح فتركه ففي ضمانه وجهان .

أحدهما : لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

والثاني : عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها ، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع في صبيغ لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد

منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعمد 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 البيعة على التالف وهل يلزمه البديل فيه وجمان . أحدهما : لا يلزمه
لأن المغصوب منه لا يدعيه . والثاني : يلزمه لأنه يمينه تعذر الرجوع إلى العين
فاستحق البديل بما لو غصب عبدا فأبق .

(فصل) وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته ، فقال الغاصب قيمته
عشرة ، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب . لأن الأصل
برائة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به بما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه

(فصل) وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة . وقال
المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل
عدم السرقة . ومن أصحابنا من قال : القول قول الغاصب لأنه غارم ، والأصل
برائة ذمته بما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه : كان كاتباً فقيمته ألف ،
وقال الغاصب : لم يكن كاتباً فقيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل
عدم الكتابة وبرائة الذمة بما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه غصبني طعاما
حديثا ، وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول قول الغاصب ، لأن
الأصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه
أنقص من حقه .

(فصل) وإن غصبه خمرأ وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار
خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على قاقول
قول الغاصب ، لأن الأصل برائة ذمته ، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمرأ .

(فصل) وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المنصوب ، فادعى المنصوب منه أنها له ، وادعى الغاصب أنها له ، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله وانه أعلم
(الشرح) الأحكام . قال الشافعي : ولو غصبه جارية فملكك فقال : ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه .

قلت : قد ذكرنا أن المنصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن ووقت الغصب الى وقت التلف . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدي ، وهذا خطأ من وجهين (أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا .

أما الشرع فقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا ، أيا استداموا الإيمان ، وقال تعالى : واهدنا الصراط المستقيم ، أي ثبتنا على الهداية اليه ، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الإخبار والطلب . وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يمين في كل حال غاصبا . 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 : ووجب 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

فاذا ثبت هذا واختلفا في المنصوب فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدهما) أن يختلفا في قيمته (والثاني) أن يختلفا في تلفه (والثالث) أن

يختلفا في مثله . فأما الضرب الأول وهو اختلفا في قيمته فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون اختلفا في القيمة مع اتفاقهما على الصفة : فيقول

المنصوب منه قيمة مالي ألف . ويقول الغاصب : قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لأمرين : أحدهما إنكاره الزيادة ، والشرع في الإنكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى . والثاني : أنه غارم والقول في الأصول قول الغارم

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 يغرم 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 المغصوب منه بنية على ما ادعاه من القيمة سمعت وهي شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بيته أن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيها بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمتها في هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بيته بأن قيمته كانت ألفا قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البيينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح ، لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبيينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البيينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين .

أحدهما : أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل . والثاني : أن اختلافها في القيمة دون الصفة فلم تسمع البيينة في غير ما تداعياها واختلافا فيه .

والضرب الثاني : أن يكون اختلافها في الصفة فهو على نوعين أحدهما : أن تكون صفة زائدة . والثاني : أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغصوب منه وسورتها . أن يقول المغصوب منه قيمته - سيارتي ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك v راكب موديل ٦٨ ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك سمعة ٥ راكب موديل ٦٤ فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار . وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمته - السيارة التي غصبتها منك

مائة لأنهما مستهلكة ومحركها ضعيف وفراملها ناعمة وهي ماركة فيات أو فوكس هول موديل ٥٠ فيقول المغضوب منه قيمتها ألف لأنهما ليست مستهلكة ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين أحدهما أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بفرمه والثاني . القول قول المغضوب منه مع يمينه تعليلاً بانسكاره ،

وأما الضرب الثاني وهو اختلافهما في تلفه فصورته أن يقول المغضوب منه سيارتي باقية في يدك ويقول الغاصب : قد تلفت وذهبت أجزاءها في (وكالة البلح^(١)) فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان أحدهما : أنه لا شيء عليه للمغضوب منه ما لم يصدقه على تلفها ، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها ، والوجه الثاني ، أن عليه القيمة للمغضوب منه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصارت كالتاليه يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقية ،

وأما الضرب الثالث وهو اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب أحدها ، أن يختلفا في صفات المثل كقول المغضوب منه غضبني طعاماً حديثاً فيقول الغاصب بل طعاماً عتيقاً أو قديماً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بالمعنيين من الانكار والغرم ، ثم للمغضوب منه أن يملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه .

والضرب الثاني . أن يختلفا في أصل المثل كقول المغضوب منه ، لما غضبته مثل ، وقول الغاصب ، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافها 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 المغضوب منه ، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم ، فيكشف الحاكم عن وجوده ، ويقطع تنازعها

(١) 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 .

فيه ، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصةً كان أو غالياً ، وإن عدمه خير .
 المنصوب منه بين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ قيمته 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 الإيثار 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 مطالباً بالقيمة
 قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف السلم في الشيء إلى مدة تنقطع فيها فرضي
 المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله . والفرق بينهما أن تقدير وجود
 السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد . وصبر المنصوب منه إلى وجود المثل
 إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

(فرع) ولو غصب رجل عصيراً فصار في يده خلا رجوع به المنصوب منه
 وينقص إن حدث في قيمته ، ولو صار العصير خمرأ رجوع على الغاصب بقيمته
 عصيراً 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 رجوع به المنصوب منه ، وفي رجوعه عليه بالقيمة
 وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما : يرجع بالقيمة لوجوبها . والثاني —
 لا يرجع عليه لعدم استقرارها .

وإذا غصبه خمرأ فصار في يده خلا صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلا
 ذا قيمة ، فلو اختلط بعد تلفه فقال المسالك : صار خلا فعليك ضمانه ، وقال
 الغاصب : بل تلف في يدي خمرأ على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً
 ببرائة ذمته ، فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخمر فصار خمرأ ضمنه مع بقاء
 عينه لأنه بمصيره خمرأ قد صار تالفاً ، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المنصوب
 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 .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال ، قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ، ربه 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 لإزالة الضرر .

(فصل) وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) لا شفعة إلا في ربة أو حائط وأما البناء والقراس ، فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) من كان له شريك في ربيع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن رضي أخذه ، وإن كرهه تركه ولائنه يراد للتأبد فهو كالأرض ، فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة واختلاف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها ، وإن كانت دار أسفلها لوحد وعلوها مشترك بين جماعة ، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفلى لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو ، لأنه بناء منفرد ، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان ، أحدهما لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يبيع أرضاً والثاني : تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى إليه فهو كالأرض .

(فصل) وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثرة الظاهرة مع الأصل لم

تؤخذ مع الاصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كغيران الضيعة ، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة ، لأنها تبعت الاصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس . (والثاني) لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الاصل كالزرع والثمره 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 ، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق . وهذا لا يوجد في المقسوم .

(فصل) ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطاب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة . وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار تثبت فيه الشفعة قياساً 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 ، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه ، فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ؛ وإن كان واسماً نظرت فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق ، لأنه أرض مشتركة تحمل القسمة ، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبهه غير الطريق وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأنه لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بغير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر (والثاني) تثبت فيه الشفعة ، لأنه أرض تحمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .

(والثالث) أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة ، وإن لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكن يمكن دفع الضرر من غير إضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكن إلا بالإضرار .

(فصل) وثبتت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، وثبتت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالأجارة والنكاح والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع .

(فصل) فأما فيما ملك فيه الشقص بعوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كإلو ملكه بالارث ، وإن باع من رجل شقصا فمما الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالأقالة لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه لم يملكه بعوض وإنما انسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل ، فإن باعه شقصا فمما الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعة ؛ لأن التولية بيع برأس المال . وإن قال لا ثم ولده : إن خدمت ورثت شر أهلك هذا الشقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعة ؟ فيه وجهان . أحدهما أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة نصار كالمملوك بالأجارة (والثاني) لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا ، وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصا عن نجم عليه ثم هجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأنه بالعجز صار ماله للدولة بحق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه (والثاني) تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده .

(فصل) وإن بيع شقص في شركة الوقف ؛ فإن قلنا إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم يجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له . وإن قلنا أنه يملك ففيه وجهان (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعة ، لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبهه مالك الطلاق (والثاني) لا يأخذه لأن ملكه غير تام ، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكا تاما .

(الشرح) قال الضياء المقدسي في شرحه لثلاثيات المسند :
الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان
وتراً فصار شفعا ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعرفا : استحقاق الشريك انتزاع
حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . اهـ

قال الحافظ بن حجر في الفتح : الشفعة يضم المعجمة وسكون الفاء وغلط
من حركها ، وهي مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة ، وقيل
من الاعانة ، وفي الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي
بمثل العوض المسمى . اهـ

وقد ثبتت بالسنة والاجماع . فأما السنة فالحديث الذي ساقه المصنف عن
جابر ولفظه عند مسلم والنسائي وأبي داود ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقضى
بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربحه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه
فإن 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 (ص)
الشفعة ، وفي رواية عند أحمد والبخاري والشافعية في الامم ، أن النبي (ص)
قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ،
وكلمها عن جابر إلا الشافعية فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهري عن سعيد
ابن أبي سلمة . وقد روى عن أبي 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
أبي بكر الأصم من إنكارها ، وفي ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الأصم فإنه
عن الحق أصم .

قال الماوردي في الحاوي : إن ما روى في الشفعة وإن لم يكن متواترا فالعمل
به مستفيض بصير به الخبر كالتواتر ، ثم الاجماع عليه منعقد ، والله بكونه شرعا
واقعا ولبس في التمسك بحديثه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ،

ما يمنع من الشفعة لأن المشتري يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه
 فإذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعي وأبي حنيفة
 ومالك . وغالب أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة للكافر على مسلم ، قال
 الضياء المقدسي نص عليه أحمد قال في الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب
 وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصري والشعبي ، وقد أفاض الضياء
 في شرح عمدة الأحكام في بيان العلة ، ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد
 أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها
 مرجوحة بالمرّة حسب الأظهر من المذهب

فإذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة في عراض الأرضين . ويكون ما أنقل بها
 من الفراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة فيه على قوانين
 وإن كان المبيع منها محرراً فالذي عليه جمهور الناس أنها غير واجبة ، وبه قال من
 الصحابة عمر وعثمان وعلي في أصح الروايتين عنه ؛ ومن التابعين سعيد بن المسيب
 وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد
 وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وصاحبه وسفيان الثوري : إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار
 وإيس لهم فيه سلف ، وربما أضافوه إلى ابن مسعود ؛ فإن عفا الجار عنها كانت
 لمن يليه في القرب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا
 يجب لغير الجار الملاصق استدلالاً بروايته عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الجار أحق بشقصه ، وروى بسقبه ، أي
 بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
 أنه قال : جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض ، وبرواية عبد الملك بن أبي سليمان
 عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بشفعة
 جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقتهما واحداً ،

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 إيس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ،

بيعت لي ، فقال : أنت أحق بشفعة جارك يا ثريد ، قالوا ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهذا قد يوجد في الجار كوجوده في الخياط ، فاتفقوا أن تجب الشفعة للجار كوجوبها للخياط .

ودلينا ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه قال : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهذا وإن كان مرسلًا فرسل سعيد عند الشافعي حسن ، ثم قد رواه مستدأ عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فكان من هذا الحديث دليلان :

أحدهما : قوله الشفعة فيما لم يقسم ، فكان دخول الألف واللام مستوعبا لجنس الشفعة فلم يجب في المقسوم شفعه

والثاني : قوله فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة ، فإن قيل : فإنما نفي الشفعة عنه بالقسمه الحادثة بعده ففيه جوابان (أحدهما) أنه محمول على عموم القسمه حادثة ومتقدمة (والثاني) أنه إنما نفي الشفعة 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 : يحتاج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار - يعني حديث : الجار أحق بصقبة - ومن لم يشتها للجار تناول 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 بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا بأن شبهه قال : سها فيه عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام 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 حقيقةه ومجازه أن يقولوا بشفعه الجوار ، لأن الجار حقيقةه في المجاور مجاز في الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن ، وقد قامت القرينة هنا للمجاز فان حديث جابر صريح في اختصاص الشفعه بالشريك ، وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقا ، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل به ، فان القائلين بشفعه الجوار قدموا الشريك مطلقا ، ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور .

(قلت) واختار شيخ الاسلام ابن تيمية ثبوت الشفعه للجار بشرط أن يكون شريكا في الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا : الجار أحق بشفعه جاره . قال : وهذا ظاهر كلام أحمد في روايه أبي طالب حيث قال : إذا كان طريقهما واحدا شركاء لم يقتسموا ، فاذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعه .

قلت : واختار بعض الحنابلة هذا الرأي ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور في نفي شفعه الجار لو وجدنا أمه من الصحابه والناجيه كعمرو وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي وأحمد والشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن شبرمه والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي : الشفعه بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار .

ولأن الشفعه 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 الحاجة الى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمه فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمته ملكه وما يحتاج الى احدا منه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم . م ١٠ : ١٤

فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب أقرب ، قال الشاعر :
كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التي ثبتت الشفعة لاجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه
يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على السنة الشعراء ، ويسمى كل واحد
من الزوجين جاراً ، قال الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقه وموموقة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لا اشتراكهما في الزوج . قال حمل بن مالك : كنت
بين جارتين لي فضربت إحدهما الأخرى 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 .

(والثاني) ما تجب فيه (والثالث) من تجب له (والرابع) ما تؤخذ به .
فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثه أقسام
قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعي
في وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسه عقود ، البيع والإجارة
والصلح والصداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانقال الملك بها
عوضاً أو معوضاً وسنشرح كلا في موضعه . وأما ما لا يوجب العوض إما لأنه
لا ينقل الملك كالرهن والعاريه ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك
كالوقف والوصيه فلا شفعة به لأن ما لا ينقل للملك استحقق به نقل الملك ، وما لا
عوض فيه لا معوض فيه .

واختلف أصحابنا هل يغلب في ملك أم الولد للشفعة حكم المعاوضات أو
حكم الرضايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص
فعلت على وجهين .

• أحدهما : أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا
ياخذه 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 اختلاف قوله في وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب
المكافأة عليها فقال في القديم والإملاء بالوجوب : فعلى هذا تجب الشفعة بهما
بالثواب الذي تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرأ معلوما كان
على قولين .

أحدهما قاله في الإملاء : إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب
المشروط ، لانها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح .
والقول لثاني : إن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة لأن
العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله في
القديم والإملاء . وقال في الجديد : ان المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا
لا شفعة بها ، ويكون في انقال المملك بها في سقوط الشفعة به كاتقاله 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 واجب في الشفعة معقوداً
وهي عراض الارضين المحتملة للقسمه الجبريه ، فان لم تحملها لصغرها كطريق
ضيقة وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردي .

وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة ،
واستدامة الضرر بها لتعذر القسمه . وبه قال أبو حنيفة . وعند الشافعي أنه
لا شفعة فيها تعليلا في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمه وأن مالا يقسم جبراً
فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونه القسمه .

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
رهوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء
ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون في
محلة النوم يسيل فيها ماء المطر وغيره .

والنوع الثاني : ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إن كان مبيعاً مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإيجاب ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي ، ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج ، وهو قول أبي حنيفة ، وإن كان البناء والغرس منفصلاً عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي وأبي حنيفة ،

وقال مالك : يجب الشفعة في البناء المنفرد وفي الثمار والمقائ والمباطخ لاتصاله بعراض الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم والشفعة فيما لم يقسم ، رواه البخاري . فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة لجعل حدود القسم شرطاً في إبطال الشفعة ، فدل على استحقاتها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء والغرس تبع لاصله ، فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجهما عن العقد لم يجب في البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت في العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس ، وكانت دار ذات علو مشترك ، وسفلها غير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلو حقه نظر في السقف ، فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصص المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وإن كان السقف لأرباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصص المبيعة منه وجهان ،

(أحدهما) لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضاً (والوجه الثاني) فيه الشفعة ، لأن السقف كالعرضه . وقول الشافعي في كتاب الصلح أن السقف أرض لصاحب العلو ، ولأنه إذا حاز أحدهما حصصه من البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض .

والنوع الثالث : لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبي رباح : الشفعة واجبة في كل مشترك من متاع وحيوان وغيره في صنوف الأموال 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 بنسبه واحد من ألف استحق الشفعة ، وإذا تعدد الخائضاء كانت بينهم على ما سيأتي .

ولا فرق بين أن يكون ملكه عار اليه بائنياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره لأنه مالك قد يستنصر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة . وأما اذا كانت حصه الخليط وفقاً نظراً في الوقف فان كان عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو كان خاصاً لا يملك كالوقف على جامع فلا يستحق به شفعة في المبيع ، وان كان خاصاً 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 واستنصراره بسوء المشاركة والوجه الثاني : لا شفعه له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على ابته وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللرأة 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 للملك من ثمن ان كان في أجرة أو بيع أو أجرة المثل ان كان في اجارة او مهر المثل ان كان في صداق على ما سنفصله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفي القول الثاني ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفي القول الثالث يملكه مالكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه 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 ، لأنه يبيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار البائع . والثاني : يأخذه وهو الصحيح لأنه لاحق فيه لغير

المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك قبل لزومه أولى .

(فصل) وثبتت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنه لا محل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولأنه خيار جعل للدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب .

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر فان أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالبيع في يد البائع .

(فصل) ويأخذ الشفيع 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 شقصاً وسيفاً بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم الحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه فى بيع المراجعة فان نقص الشقص فى يد المشتري فقد روى المولى أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال فى القديم يأخذه بالحصة واختاف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهب عينه فى يد البائع فان المشتري ، يأخذه بجميع الثمن والقول الثانى أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال إن ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شىء أخذ بالجميع لأن الذى يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فاز تاف بهضر الأجزاء

من الأجر والخشب أخذه بالحصص لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصص وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كانت العرصه باقية أخذ بالجميع لان العرصه هي الاصل وهي باقيه فان ذهب بعض العرصه أخذ بالحصص لانه تلف بعض الاصل فأخذ الباقي بالحصص وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن تلفت بجائحة من السهام أخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف وأن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصص لانه حصل للمشتري بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

(فصل) وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال أحدها يأخذ بمائة مؤجلة لان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فيسكان تابعا له في التأجيل . والثاني : أنه يأخذه بسبعة تساوي مائة إلى الاجل ، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لان ذلك أكثر مما لزم المشتري ، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لان الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري ، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيها لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته . والثالث : وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ ، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسبعة لان الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة ، والسبعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخيير .

(فصل) وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقفا يساوي 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 لفرق 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 كانه وهب له النصف وباع منه النصف بشمن المثل ، ويأخذ الشفيع النصف بجميع

الثمن ، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن . والثاني أن البيع يصح في نصفه بالآلاف
لأننا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالآلاف حصلت الوصية للوارث وإن دفعنا إليه النصف
بالآلاف وتركنا النصف على المشتري الزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم
المشتري فلم يبق إلا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة ،
والثالث أن البيع باطل لأن المحاباة تعلق بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه ،
والرابع أنه يصح البيع وتسقط الشفعة ، لأن اثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال
البيع ، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة ، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط
غيره سقطت فسقطت الشفعة وبقي البيع ، والخامس وهو الصحيح أنه يصح البيع
في الجميع بالآلاف ، وبأخذ الشفيع الجميع بالآلاف ، لأن المحاباة وقعت للمشتري
دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له

(الشرح) قال الشافعي : وإن علم يعني بالبيع فطالب مكانه فهي له ، وإن
أمكنه فلم يطلب بطلت شفيعته قال الماوردي في الحاشية : اعلم أن الشفعة تجب
بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالآخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة
لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم . فإن لم يعلم
بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وأن تطاول به الزمان كالمشتري إذا لم
يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم ، وأما إذا علم بالبيع فله حالان
أحدهما : أن يكون قادراً على الطلب . والحال الثانية : أن يكون معذوراً ، فإن
كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال إحداها : أن يبادر إلى الطلب ، فهو على
حقه من الشفعة ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الإحذابا لأنها ثبتت بنصر واجمال
وانما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فهو قال الشفيع حين يبادر بالطلب :
انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجوز ، وهكذا لو قال : احكموا لي بالملك
مترخص الثمن لم يجوز أن يحكم له بالملك . لأنه لا يجوز أن يزل الدور من نفسه
بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير ، فإن سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز
أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثاً ، فإن جاء بالثمن كان على
حقه من الشفعة وإن أخره عن المدة التي أنظر الحاكم بها بطلت شفيعته .

والحال الثانية : من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة ،
والعفو على ضربين صريح وتعمير ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة
أو تركتها أو زلت عنها : فهذا يبطل الشفعة ، والتعمير أن يساوم المشتري
في الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يسأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعمير
بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نصر عليهما في
القديم (أحدهما) أنها كالصريح في إبطال الشفعة (والثاني) إنه على حقه ما لم
يصرح بالعفو لما فرق الله به في الخطبة بين حكم التعمير والتصريح .

فأما قوله للدستري : بارك الله لك في صفقتك ، فليس بعفو صريح ولا
تعريض لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته ، وهكذا لو شهد للدستري
في ابتيائه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضاً ، لأن الشهادة وثيقة في البيع الذي
بتأمه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً
والحال الثالثة بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطاب .
ففيه ثلاثة أقاويل :

(أحدها) وهو قوله في الجديد والاملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت
بتنقضي زمان الممكنة وإن حق طلبها على الفور
(والثاني) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد الممكنة ، فإن طلبها إلى ثلاث
كان على حقه ، وإن 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 بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهو له
وإن تركها رجع بالأئمة على نفسه ، وإذا قيل بالثاني بتقديره بثلاثة أيام بعد
الممكنة فوجهه أن الشفعة موضوعه لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في
الأخذ والترك والاختيار والمشتري في حسن المشاركة ليقر ، أو في سوء المشاركة
ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ، ولا يضر المشتري

بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة في رواية ابن وهب ؛ وبأربعه أشهر في رواية غيره .

دلينا قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة كشيطه عقال . فان أخذها فهو له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه

(فرع) ثبتت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر ولا يجل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والنعبري وأصحاب الرأي لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وأصح من الذي لا يجل ، وهو مروى عن الحسن والشعبي أخذنا من حديثه لا شفعة له مرأتى ، وهو حديث لم يصح إسناداً

ودلينا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

(فرع) قال الشافعي : وإن اشتراها بضمن إلى أجل قبل للشفيع : إن شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة ، وإن شئت فدع حتى يجل الأجل ، وصورتهما في رجل اشترى شقصاً بضمن مؤجل وحضر الشفيع مطالباً فقيه قولان (أحدهما) وهو قوله في القديم وبه قال مالك : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلاً في ذمته إن كان ثقه ؛ وإن كان غير ثقه أقام ضمينا ثقه . قال الشافعي : وهذا أشبه بصلاح الناس .

ووجه هذا القول شيثان (أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته والأجل وصفاته ، فافتضى أن يأخذها بمثل الثمن وأجله . (والثاني) أن تعجيل المؤجل زيادة في القدر تتفاضل الأثمان 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 الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيثان (١) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل في عقود

المرضاة ولا يدخل في الاستحفاق ما لم يكن مرضاة (ب) إن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه فإذا تقرر توجيه القولين فللمشتري والشفيع أربعة أحوال (أحدهما) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشتري على تسليم الشقة على القواين معاً ، لأنه قد تعجل مؤجلاً وأمن خطراً .

والحال الثانية أن يرضى المشتري تسليم الشقة وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يدفع على القواين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقة حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفيعته على قوله في القديم ، وفي بطلانها على الجديد وجهان . أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج أنه على شفيعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطالب مقدراً به . والوجه الثاني وهو الأصح : أن شفيعته قد بطأت لأن طلبه قدر بمدة الأجل وفقاً للمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشتري إلى تعجيل الشيء وتسليم الشقة ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً ؛ لأن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشتري : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض إلى الربا (والثاني) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقة معجلاً ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهي مسألة القواين ، فعلى قوله في القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو بضمته ثقة ، فعلى هذا لو مات المشتري حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن والمشتري أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله ، ولو كان المشتري قد دفع الثمن رهنًا لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهنًا ، لأن الرهن وثيقة في الثمن ، وليس في جملة الثمن وعلى قوله في الجديد يمنع من الشقة إلى حلول الأجل والمشتري يمكن من الصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق

الشفيع به لا يزال ملك المشتري عنه فلا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكاً لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء . فلو مات المشتري حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول

(فرع) لو باع الرجل في مرض موته شقفاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف حابه في ثمنه بألفين فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال : إحداهن أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً ، والثالثة أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً . فأما الحال الأولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك ما لا غير الشقص أو لا ؛ فإن كان يملك ما لا يخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منه بالالف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصاً كان أو غالباً ، 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 ثمناً فيصير مثل المحاباة بالالف ثم للشفيع أن يأخذ بالالف ثلثي الشقص الصائر للمشتري بالالف .

أما الحال الثانية : وهو أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ مثله بالالف فلا شفيع أخذ الثلث منه بالالف ، وإن رده المشتري عرض على الشفيع 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 الشفيع فوصل إلى حقه وندع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمسح من رده بغير لو ظهر إذا رضى الشفيع ، ويكون عهدة الشفيع على المشتري ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالالف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبيحان على اختلاف قولين في إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟

(أحدهما) أنه امضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالالف (والثاني) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالالف ويخاص للمشتري ثلثه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشتري أجنبيا والشفيع وارثا ، فالمحابة وهي ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئا منها ، وحال يحتمل الثلث بعضها : فإن لم يحتمل الثلث شيئا منها لإحاطة الدين بالركة بطلت المحابة وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالالف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به ، وإن كان وارثا لأنه لا محابة فيه . وإن احتمل الثلث جميع المحابة لأنه ذو مال تخرج الألفان من ثلثه فالمحابة بثلثي الشقص . وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحابة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاهما ابن سريج :

(أحدهما) أنها جائزة للمشتري والشفيع لأن المشتري مقصود بها فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجب له . فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالالف ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائر اليهم نمتها

والوجه الثاني : أن المحابة جائزة للمشتري دون الشفيع ، لأن المشتري ممن تصح محاباته - وهو مقصود - والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصود .

فعلى هذا يأخذ المشتري ثلث الشقص بألف . وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث . فيصير الشقص أثلاثاً : ثلثه للورثة ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشتري لأنها محابة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحابة التي لا تصح له .

والوجه الثالث : أن المحابة باطلة للمشتري وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذي لا يملكها وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالالف . وللشفيع أن يأخذ منه بالالف ويرجع الثلثان على الورثة .

والوجه الرابع أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عني الشذيع 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 والأدهان أخذه بمثله ، لأنه من ذوات الامثال ، فأخذ به كالدراهم والدنانير وإن لم يكن له مثل كالبيد والثياب أخذه بقيمته لان 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 بقيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص فيه وجهان أحدهما لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده والثاني يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجوع المشتري على الشفيع وإن كانت قيمة العبد أكثر رجوع الشفيع على المشتري لانه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالارش نظرت فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سلباً لم يرجع عليه بالارش لان الارش دخل في القيمة وإن أخذ قيمته معيباً فهل يرجع بالارش فيه وجهان أحدهما لا يرجع لانه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد . والثاني يرجع بالارش لانه استقر الشقص عليه بقيمة عيب سليم فرجع به على الشفيع .

(فصل) وان 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 وان 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 أحذه وتركه وفي خياره أربعة أقوال قولان نص عليهم في القديم أحدهما أنه على التراخي لا يسقط إلا بالعمو أو بما يدل على العمو كقوله يعني أو قاسمى وما أشبهها لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيرها فلم يسقط إلا بالعمو كالخيار في القصاص والثاني أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليحجره على الإخذ أو العفو لانا لو قلنا أنه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الإخذ أو بأخذه والحظ في الترك فيندم وإن قلنا أنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعى في عمارة خوفه من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

والثالث نص عليه في سير حرمة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستضر 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 وثبها وروى أنه قال الشفعة كذشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها . فعلى هذا إن أضرر من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وإن أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو ليس ثوب أو إغلاق باب فهو على شفيعه لأنه ترك الطلب لعذر وإن قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وإن قال بارك الله في شفيعه - يميناك أنا مطالب بالشفيع لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفيع لأنه يجوز أن يكون دعاء للشفيع بالبركة لأنها أوصالته إلى الإخذ بالشفيع وإن قال صالحني عن الشفيع على ما لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفي شفيعه وجهان أحدهما تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر والثاني لا تسقط لأنه تركها على عوض وام سلم له العوض

فبقى على شفيعته فان أخذه بضمن مستحق ففيه وجهان أحدهما تسقط. لانه ترك
الاخذ الذى يملك به من غير عذر والثاني لا تسقط. لانه استحق الشقص بمثل
الضمن فى الذمه فاذا عينه فيها لا يملك سقط. التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى
شياً بضمن فى الذمه ووزن فيه الا يملك .

(الشرح) قال الشافعى وللشفيع الشفعة بالبن الذى وقع به البيع ، وهذا
كما قال : وإنما أخذه بالضمن لرواية بعضهم ذلك عن النبي (ص) نصاً ، ولأنه يدخل
مدخل المشتري فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذه المشتري ، ولأن عدولهما عن
الضمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة ، إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري ، وفى
ذلك ضرر على الشفيع لانه 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 الأحوال فثبت أخذه بالضمن .

فاذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالضمن فلا يخلو أن يكون الثمن مما له مثل كالدراهم
والدنانير والبر والشعير أو مما لا مثل له كالحبوان والعروض ، فإن كان مما له مثل
أخذه بمثله جنساً وصفة وقدرأ ، وإن كان مما لا مثل له أخذه الشفيع بقيمته فى
أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع ، لانه إن
زاد فالزيادة حادثة فى 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 زبواً 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 فى يد المشتري
فللبائع الخيار بين فسخ البيع فى الحيوان وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن
رضى بالعور أخذه الشفيع بقيمة الحيوان أعور . وقال أبو حنيفة : يأخذه بقيمة
سليها كما يأخذه بمثل الألف جيداً ، لانه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأ فى
الضمن وهذا خطأ ، لان رضاه بعيبه رضا منه بأنه هو الثمن بعينه والفرق بين
الحيوان والألف أن عور الحيوان لما أحدث له خياراً فى فسخ البيع صار الحيوان

الأعور ثمنا وزيافة الدراهم لا تحدث له خياراً في فسخ البيع ، وإذا استحق أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له .

(فرع) إذا اشترى شقصاً من دار بمائة دينار ثم وجد به عيباً نقصه عشر الثمن فصالحه البائع عن العيب على شيء كذبايع صغير أو كبش ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً لأن المشتري قد استرجع العشر أرساً ، فإن استحق المدياع أو الكبش من يد المشتري أو ردها بخيار شرط أو عيب نظر ، فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرس 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 الأرس ، وقيل للشفيع : إن دفعت إلى المشتري عشرة لثمن المائة التي دفعها ثمناً 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 مبيعاً بالمائة كلها وبين أن يرده ، فإن رضى بأخذه بالمائة فلا شفعة للشفيع إن عاد يريدونها لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها فلو أن الشفيع أنكز تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري كان القول قول الشفيع مع يمينه على العسلم دون البت ولا يصدقان في الأزدباد عليه ، فإن نكل الشفيع حلت المشتري دون البائع لأنه هو المتروك لنقص العيب ، فإن حلف كان الشفيع مخيراً بين دفع العشرة تكمله المائة أو الرد .

(فرع)

وقال الشافعي : فإن تزوجها على شقص فهو للشفيع بقيمته وهذا كما قال : إذا تزوجها على شتمس أصدقها وجب فيه الشفعة وهكذا لو خالها عليه ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة 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 بضعهما .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ، ولأنه عقد معاوضة لجاز 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 كالاتحاق ولأن كل عضو استحق فيه إقباض الشقص معاوضة ، استحق به إقباضه بشفعة كالبيع ، ولأن كل قبض وحب في عقد البيع وحب في عقد الصداق كالقبض الأول وبيانه أن في البيع قبضين ، قبض المشتري من البائع وقبض الشفيع من الزوج .
وأما الجواب عن قوله : إنه مملوك بغير مال فهو أن البضع في حكم الأموال لا من . أحدهما : أنه معاوض عليه بمال في الصداق والخلع ، ومالم يكن في حكم الأموال فلا يجوز أن يعاوض عليه بمال .

والثاني : أنه معتبر في اغتصابه بالمال ومالم يكن مالا لم يقوم في استهلاكه بالمال : ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم يجب فيه الشفعة ، والصداق مملوك بيد فوجب فيه الشفعة .

وأما الجواب عن قوله : ان البضع لا يقوم الا في عقد أو شبهة عقد فهو أنه غير مسلم لأن المغتصبه مقومة البضع عندنا على غاصبها والمشهد بطلاقها مقومه البضع على الشهود اذ ارجعوا للزوج دونها ؛ فصار بضعها مقوما في غير عقد وشبهته في حق غيرها فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها .

فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلع فذهب 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 بخالف البيوع ، وهذا فاسد من وجهين ، أحدهما : وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ، ثم لم يمتنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع في الصداق أن يؤخذ بقيمه البضع ، والثاني : أن مالا مثل له من الاعراض يوجب الرجوع الى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب ، كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع الى قيمته من المهر دون الشقص واقه اعلم .

(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 المسكة 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 التأبيد أضر بالمشتري فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستنصر المشتري بتأخيره فكان أولى الامور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

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 ثلاثاً ، فقال : تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ، ذلك وعد غير مكذوب ، وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً ، فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة الأيام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المسكة - ثلاثة أيام يتمكّن جميعها من المطالبة ، فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخي فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : فإن باع فشريك أحق به حتى يؤديه ، فكان على عموم الاوقات ، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالأخير كالدبون 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 التعريض ، وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع اليه . لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالدبون .
والثاني : أن شفيعه تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

والقول الثالث : أن شفيعه تسقط بأحد ثلاثة . 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 . لأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات

فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجوز أن يشترط فيه خيار الثالث ، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم : أحدهما له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع . والثاني لا خيار له لأنه 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 فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الأشهاد فهو على شفيعته ، لأنه ترك بعذر ، وإن قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول القاضي أبي حامد أنه تسقط شفيعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبهه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك

(والثاني) وهو قول أبي علي الطبري أنه لا تسقط ، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر ، وإن كان بغير عوض احتساج إلى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة

ومن أصحابنا من قال : إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفيعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر ، وإن عجز عن التوكيل وقدر على الأشهاد فلم يشهد ففيه قولان (أحدهما) تسقط شفيعته لأن الترك قد يكون لازماً وقد يكون للمعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالهداية ، فإذا لم يفعل سقطت شفيعته (والثاني) لا تسقط لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتاج معه إلى الشهادة

(فصل) وإن قال أخرجت الطلب لاني لم أصدق ، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفيعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحق ، وإن أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط لأنه ليس ببينة (والثاني) تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الإخبار فوجب تصديقهم فيه

(فصل) فإن قال المشتري اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفيعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو أنه لا يرضاه بمائة

أو ليس معه مائة . وإن قال اشترت بخمسين فعفائتم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وإن قال اشترت نصفه بمائة فعفائتم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفيعته لأنه لم يرض بترك الجميع ، وإن قال اشترت الشقص بمائة فعفائتم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة . لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وإن قال اشترت بأحد النقيدين فعفائتم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهو على شفيعته لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقيدين عنده أو لحاجته اليه . وإن قال اشترت الشقص فعفائتم بان أنه كان وكيلاً فيه . وإنما المشتري غيره ، فهو على شفيعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

(فصل) وإن وجبت له الشفعة فباع حصته ، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفيعته ، لأنه ليس له ملك يستحق به ، وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان (أحدهما) تسقط لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه (والثاني) لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصل) ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجوز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن في ذلك اضراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفيعته لأنه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالعناصر . وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، وهو الإظهار لما فيه من الاضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه . (والثاني) يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر ، فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، لحاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين

(فصل) وإن كان للشقص شفعاء نظرت فإن حضروا وطلبوا أخذوا ، فإن كانت حصته بعضهم أكثر ففيه قولان (أحدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الروس ، وهو قول المزنق ، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع ، فإذا اجتمعوا تساوا وكانوا لو تساوا في الملك (والثاني) أنه يقسم بينهم على قدر الانهباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمره البستان ، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقيون جميعه . لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري ، فإن حمل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهية . وإن حضر بعضهم أخذ جميعه ، فإن حضر آخر قاسمه ، وإن حضر الثالث قاسمها ، لأننا بينا أنه لا يجوز التبعيض ، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده ، بأن كان نخلاً 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 يجز ، وهل تسقط شفيعته فيه وجهان أحدهما : وهو قول أبو علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه . والثاني : وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للأخر أن يأخذ الجميع — كما لو كان المشتري أجنبياً — وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع : لأننا لو قلنا أنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة ، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الأول ، لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ، ويبقى الباقي على ملكه

(فصل) وإن ورث رجلان من أبيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابني ثم باع أحد هذين الابنين حصته في الشفعة قولان . أحدهما أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان المشتري فاشتركا في الشفعة كما لو ما كانا بسيد واحد

(والثاني) أنها للاخ دون العم لأن الاخ أقرب اليه في الشركة لا هما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان ،

أحدهما . يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الاخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الأئخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالاول لأن حقه أسبق فإذا عفا ولى الاول قتل بالثاني : والوجه الثاني أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين (أحدهما) أن الشفعة للمشتري الآخر لانهما ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الاخران ملكاه بسبب سابق للملك المشتريين (والثاني) أنها بين الجميع لان الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الاختين نصيبها فقيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هي على القولين .

أحدهما : أن الشفعة للأخت لانها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

والثاني : أن الشفعة بين البنات والأخت لان الجميع شركاء في الملك : ومنهم من قال : إن الشفعة بين البنات والأخت 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 شفته له ، ولا يقطعها طول غيبه ، وإنما يقطعها أن يعلم فيتركه ، وهذا كما قال : اذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب اما لغيبه أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

أحدهما : 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

في استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع مجزئه عن الطالب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً في بقاء شفيعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدهما وهو قول أبي حامد المروروذى في جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري في إفساحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام حرم .

والوجه الثالث وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستجلاً — والمستجمل طالب الجمالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فدل هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفيعته إن لم يوكل ، وإن قيل : إنها غير واجبة كان على شفيعته .

والحال الثانية : أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الأشهاد بالطلب ، فعند أبي حنيفة أن الأشهاد شرط في استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وإنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلت الشفعة ، وعند الشافعي أن الأشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الإشهاد إنما يراد ليعتقد بينة له على إرادة الطالب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطالب ففيه قولان .

أحدهما وهو ظاهر نص الشافعي أن الأشهاد ليس بواجب ، وهو على شفيعته إن ترك كالتقادر على الطلب .

والقول الثاني : أن الأشهاد واجب ، وتركه يبطل للشفعة ، والفرق بين التقادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من التقادر عليه يعني عن الإخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتل أن يكون أمسكاً تركاً للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصداً للطالب مع المكنة فانتقل إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالأشهاد فدل هذا يجب أن يشهد ويكون بينة صالحة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامراًتين ؛ فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام

من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالاشهاد . ولو أشهد عبداً
أو صديقاً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به اشهادهم لأنه قد ينعق العبيد ويرشد الفساق
ويبلغ الصبيان وهذا خطأ : لأن مقصود الشهادة هو الأداء ، فلم يرفع اشهاد من
لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغاب من
جواز بقائهم على أحوالهم ، فلو يقدم وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من
الاشهاد في ثبوت الشفعة .

والحاصل الثالثة : أن يعجز عن التوكيل والاشهاد فهو على حقه من الشفعة ،
وان 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 شفيعته ،
وان أخر قدومه عن وقت الممكنة بطلت شفيعته ، قال الماوردي : فإن اختلفا
فقال المشتري تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع : تأخرت للعجز عنه
فالقول قول الشفيع مع يمينه اذا كان ما قال ممكناً ويكون على شفيعته ولم يقبل
قول المشتري في ابطالها ، وهكذا لو قال المشتري : قدمت بغير المطالبة ، وقال
الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفيعته .

(فرع) وهكذا لو قال المشتري : تقدم عليك على زمان الطلب ، وقال الشفيع
لم أعلم الا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما ما يصير به طالماً بالبينة
العادلة ، وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع في نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو
كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفسق اذا
وقع في النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير طالماً الا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت الا بها
فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة نفى بطلانها
وجهان مخرجان من اختلاف قولين في الامه اذا اعتقت تحت عبد وأمسك عن
الفسخ لجهله باستحقاقه .

(فرع) اذا باع بمصر شقصاً من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع

القدرة عليه ليأتي دمشق فيطالبه بها بطلت شفيعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر . ولكن لو أنكر المشتري بمصر أنه خليط فأخرها ليقم البيئنة في دمشق كان على شفيعته إذا لم يجد بيئنة بدمشق

قال الماوردي واختلف أصحابنا فيمن شهد به البيئنة في استحقاق الشفعة على وجهين : أحدهما أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البيئنة بالملك ، وبه قال أبو حنيفة اثلا ينتزع ملكا بأمر محتمل

والوجه الثاني : أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البيئنة باليد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة في الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بيئته أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشفيع قبل البيع على الشفيع فلم يشتريه ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث . فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوّه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشتري على مال يأخذه منه عوضا على تركه الشفعة لم يجوز وكان صالحا باطلا وعوضاً مردوداً ، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو شرط .

وفي بطلان شفيعته بذلك وجهان (أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها . والوجه الثاني : أنها لم تبطل لأن التارك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل التارك . وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان . أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة في الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ، وبه قال أبو يوسف

والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تمايقا لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن

(فرع) إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الاخذ أو التارك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها ، فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء

المشاركة والخوف من متونة القسمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك ، فعلى هذا لو باع بعض حصته ففي بطلان شفيعته وجمان مخرجان من العاقب عن باع 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 وجمان . أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج إن شفيعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه . والثاني حكاه أبو حامد الاسفراييني أنه على شفيعته لأنه قد ملكها ، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها ، والوجه الأول أصح . فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدرهم لأعوازها 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 الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفيعه له ؛ وإن كانت قيمته أقل فله الشفعة ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعي : إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فإن حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فإن حضر الثالث أخذ منها الثلث بثلث الثمن حتى يكتونوا في ذلك سواء . وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبه لشركائه الثلاثة ، فإن كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشفعة بشفيعته وليس له أن يبعث ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة

فإذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فإذا ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفيعته لم تسمع دعواه ، لأن الآخرين 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 شفيعته عن مطالبته

ولو ادعى المشتري على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلالهم لأنهم لو نكحوا

ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فان حلف أحد الثلاثة ونكل إثنان منهم لم ترد أيمانها على المشتري بنكولها ، لأن عفو بعض الشفعاء بما يوجب الترك على المشتري وبأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة في الكل الا أن يحلف أن شريكه قد عفوا ، فاذا 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 فأخذوا الشقص بينهما لغية الثالث منعاً من قسمته لأن في الشقص حقاً لثريتهما الغائب مع السهم الذي له بتقديم ملك ، فان اقتسماه كانت القسمة باطلة ؛ فلو حضر فمعا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بتقديم الملك وما أخذهما بمحدث الشفعة لم يمنعاً من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فاذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذهما 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 ، لأنه أخذ شفعتين ففضل له ثلث الشقص بالشفعتين

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الاولى صح البيع في الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الاولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة . فان أحب أن يأخذ بالشفعة الثانية صح البيع في الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفع واحد . وإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بالشفعة الاولى وبطل فيه البيع وصرح في ثلثيه فيما كان لهما بتقديم الملك وأخذها بالشفعة الثانية

(فرع) قال الشافعي : ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله اثنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواه ، لأنهما فيهما شريكان .

قال المزني : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزني : وفي تسويته بين الشفعين على كثرة مالهم على الأخ . وصورتهما في دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهما على أربعة أسهم للباقي من الأخوين المالكين سهما واحدا لكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الإبنين 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 : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما أنهما اشتركا في سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه

(والثاني) أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة الأب وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معا ولم يتعلق بسهم العم . والقول الثاني قاله في الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الأخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق كالمختلفي الأسباب (والثاني) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشارك في شفعتها ، فانتفى أن يشاركها بشفعته . فإذا تقرر توجيه القولين ، فإن قيل بأن الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فإن عفا الأخ عنها احتتمل استحقاق العم لها وجهين .

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها

والوجه الثاني : يستحقها الخاطئة ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه ، وإن قيل إنها بينهما نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسهمة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فافترق أن يتساوى الشريكان فيها .

وإن تفاضلا في المال اعتباراً بأعداد الروس لا بقدر الأملاك كالعبء المشترك بمالك أحد الثلاثة نصفه والثاني ثلثه والثالث سدسه فإذا اعتق صاحباً النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة .

والثاني : أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم . خمسة منها للعم منها أربعة بقديم . ولكه وسهم بشفعته . وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم بشفعته . والقول الثاني قاله في الجديد - وهو الصحيح - أنها بينهما على قدر مالهما اعتباراً بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين .

أحدهما : أن منافع المالك يتوزع على قدره كالأرباح في التجارة والنتاج في الحيوان ، والثاني : أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن المالك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤونة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة ، وهذا يقل ويكثر لقلة المالك وكثرة فوجب أن ينقسم على الأملاك دون المالك .

وأما سوء المصلحة 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 أثلاثاً .

فأما المزني فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالاً بما ذكرنا من العتق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تصرف المشتري في الشقة ثم حضر الشفيع نظرت ، فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن

يفسخ وبأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني ، لأنه شفيع بالعقدين ،
 لجاز أن يأخذ بما شاء منهما ، وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن
 يفسخ الإقالة والرد بالعيب ، وبأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة
 والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وإن تعالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن
 يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع ، لأن البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع
 بالشفعة بالثمن ، الذي حلف عليه ، فإذا بطل حق المشتري بالتعالف بقى حق
 الشفيع ، وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ
 الشفيع فقيه وجهان .

أحدهما : يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت
 بالرد ، والثاني أن البائع أولى لأن في تقديم الشفيع اضراارا بالبائع في إسقاط حقه
 من الرد والضرر لا يزال بالضرر وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول
 وقبل أن يأخذ الشفيع فقيه وجهان .

(أحدهما) يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص
 الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج (والثاني) يقدم الشفيع
 لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق .

(الشرح) الأحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملك أن يفسخ
 تصرف المشتري في الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه
 أو رهنه أو آجره سبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه في الشفعة لأنه
 لا يملك الأخذ للشقص ما دام تصرفه نافذا فلا مناص من الفسخ . أما البيع
 والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين ، فيما أن يأخذ بالثمن الذي بذله
 المشتري أو بالثمن الذي أخذه أو بمهر المثل بما هو الاحظ له .

فإذا تباع الرجلان شقصا فعفا الشفيع عن شفعة ولا شهة فيه بالاقالة لأنهم اراجع
 للعقد وليس تاسيقفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة
 لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع ولو كان مشتري

الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فلا شفيع بإبطال الوتف وأخذ الشقص بالشفيع وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار في إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة المشتري دون الشفيع لأنه عقدها في ملكه ، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشتري الأول .

وفي الصداق خلاف بين النعماء فقد قال مالك وابن أبي ليلى : يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعي في القديم لأن المهور قد يزداد فيها وينقص بخالف البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى في الأثمان 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 مالا مثل له من الأعواض 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 بآراء مهر المثل أو كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلهما ويسقط تنازعهما .

(فرع) قال الشافعي : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشيء منه ، وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وإن 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 .

والحال الثانية : أن يكون الشفيع قد عفا عن شفيعته فيه فلزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها ولا شفعة : لى الزوج في النصف الذى 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 لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به . وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقضى يرد الظنى . فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك محيراً فى أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل . والوجه الثانى وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(ا) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل . (ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فان أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته . وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تحريم هذين الوجهين فى اختلافهم فى نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ، فان قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المنسب رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقامم وكبله فى القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقامم وغرس وبني ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنا كثيراً فقامم ثم غرس وبني ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لانه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لانه غير متعد ، وإن لم يختار القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالنقح والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يعلق الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ضرر ولا ضرار ، ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك .

(فصل) وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فإن كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلا ، فإن الشفيع يأخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب ، وإن كانت متميزة كأنمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب ، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال في القديم : تتبع الأصل كما تتبع في البيع ، وقال في الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض ، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل

(فصل) إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالوص 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 لأنه استحقاق فملك الأخذ ، كما لو كان في يد المشتري . والثاني لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذ منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط .

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان (أحدهما) يثبت لأنه تملك مال بالذن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثاني) لا يثبت لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب

(فصل) وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرد له لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع ؛ وإن خرج مستحقا رجوع بالعهد على المشتري لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهد عليه كما لو اشتراه منه

(الشرح) قال الشافعي : ولو قاسم وبني قيل للشفيع : إن شئت نخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه قال المزني : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه ثم بنى في حصته وحضر الشفيع مطالباً لشفعته قال الشافعي : قيل للشفيع إن شئت نخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائماً ، ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد ، وهكذا عبارة الارض للزرع .

قال المزني : هذا غلط من الشافعي لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفيعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم يجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة . وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه .

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لنوكيله في المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه 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 إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمته الحاكم عنه ، والمشتري غير متعد في البناء

والوجه الثالث : أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لو فور الثمن ويقاسم المشتري ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشتري فالقسمة صحيحة والشفعة واجبه والمشتري غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد داسه بعيب ثم بنى ووجد الباع العيب في الثمن فعليه إذا رد العيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائماً لأنه بناء غير متعد في فعله ، وإن داس كاذباً في قوله

والوجه الرابع أن ينكر المشتري الشراء ويدعى الهبة فيكون القول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه في الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبني وتقوم البينة عليه بعد بناءه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع وجوده الشراء لأنه تعدى في القول دون الفعل

والوجه الخامس : أن يكون الشفيع طفلاً أو مجنوناً فيمسك الولي عن طالب الشفعة ويقاسم المشتري ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلاً للقسمة ، ولا مقاسمته مبطلاً للشفعة .

فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الختمة وبطل اعتراض المزني بهما لم يجبر المشتري على قلع بناءه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمه البناء ، وقال أبو حنيفة : يجبر المشتري على قلع بناءه ولا قيمته له على الشفيع استدلالاً بأن حق الشفيع أسبق من بناءه فصار كالأستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص ، ألا تراه يملك البناء ، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه ، ومن بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديده ونقض بناءه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته ؛ ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلم يجوز أن تزال بضرر . وفي أخذ المشتري بهدم بناءه ضرر .

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدى الغاصب بتصرفه في غير ملكه ؛ وليس المشتري متعدياً 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 الأرض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الأشجار كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة ، لأنها بما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع . والقسم الثاني أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الأرض في البيع ولا يتبعها في الزرع ، والفرق بينهما أن إقرار الزرع في الأرض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعاً للأرض . والقسم الثالث أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بيضاء الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البناء على هذين الوجهين : أحدهما ، فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت ، والوجه الثاني ، أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها . فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقياً من أرض ذات نخل وشجر فوادت بعد البيع وقبل أخذ الشفع لغيبه أو عذر لا تنصل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين : إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة ، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لأن المالا يتميز من الزيادة تبعاً لأصله ، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهي ملك المشتري ، لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يقيم أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان :

أحدهما : يستحقها لاتصالها بما يدخل في البيع تبعاً . وهذا قوله في الجداد ، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مرضاة لجاز أن يكون مالم يؤبر من الثمار تبعاً للقدر على استثنائها بالعقد . والشفعة استحقاق ملك بغير مرضاة فلم يملك بها الاماتناوله العقد ، وهكذا الحكم في كل ما استحق بغير مرضاة كالشفعة والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة ، هل يكون مالم يؤبر من الثمار فيما تبعاً لأصلها على ما ذكرنا من القولين

(فرع) أما قوله : إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقصر ملك الأخذ الخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله ان كان الشفيع قادراً على الطالب فله ثلاثة أحوال :

(١) أن يبادر إلى الطلب فهو على - فقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها ، لأنها ثبتت بالنصر الصحيح المرفوع والإجماع ، ولم يشذ إلا الاصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الزمن يوماً 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 بالنصريح (ج) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الشافعي : وإذا اشترى شقصا على أنها بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار المشتري دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اهـ .

قلت : إن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام :

- | | |
|---------------|--------------|
| ١ - خيار عقد | ٢ - خيار شرط |
| ٣ - خيار رؤية | ٤ - خيار عيب |

فالأول 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 لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افتراق عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله في اقتضاء الملك .

١ - أن يكون مالكا لها بنفس العقد
٢ - أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذي يقول فيه : لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

٣ - أن ملك الشفعة كان موقوفا على اتمام العقد وإمضائه فتأمله يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا يدل على الذي يقول فيه : إن الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الاخذ بخيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا أحدهما : أن له خيار المجلس لأنه يملك بمفاوضة كالبيع .

والوجه الثاني وهو أصح : أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعه لرفع الضرر بها

كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خياراً وإيس كالباع الموضوع للمباينة وطلب الأرباح .

وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال :

أ - أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشتري .

ب - أن يكون مشروطاً للبائع دون المشتري .

ج - أن يكون مشروطاً للمشتري دون البائع . فإن كان الخيار مشروطاً 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 الأخذ بالشفعة ، وبماذا يصير مالها ؟ على ما مضى من الأقوال الثلاثة ، وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع فقد روى المازني وهنا أن لا شفيع أخذه بالشفعة ، ورواه الربيع أيضاً ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع في أخذه إلا بعد نقض مدة الخيار ، فإن قيل : أنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار لأن الشفيع يملك عن المشتري فامتنع أن يملك ما لم يملكه المشتري ، وإن قيل : أن المالك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ - أن فيه الشفعة لأن علاقة البائع عنه منقطعه وخيار المشتري فيه كخياره في الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ وهي رواية المازني .

٢ - أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد بخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذي قد يحصل له من جهة الشفيع ، وهي رواية الربيع .

وأما خيار الرقبة فهو حال غياب العين المبيعة وفي صحته البيع به قولان ويتفرع عليهما خلاف في صحته الشفعة ، وأما خيار العيب فإما أن يكون في الشقص أو في الثمن فالأول خياره للمشتري وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشتري بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذي دفعة ، فلو صالح المشتري البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقي بعد اسقاط الأرش ، إن قيل بجواز أخذ الأرش صالحاً مع بقاء

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 والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحققه بمقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وإن كان له وارثان فمما أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان . أحدهما : يسقط لأما شفعة واحدة ، فإذا عفا عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص ، والثاني : لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كالمو عفا أحد الشفيعين .

(فصل) إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو أوهيته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه 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 مغضوب .

والثاني : أنه يترك الثمن في يد المدعى لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

والثالث : يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك .

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعدد ، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة ، فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ، فإن

سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه . ثم يدعى الخالف على الآخر فإن حلف استقر أيضا ملكه . وإن نكل الأول ردت البيز على المدعى فإذا حلف استحق . وإن أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسره مع دعواه ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة

(الشرح) الأحكام : 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 - ق 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 حكاها المزني عن الشافعي .

(والثاني) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريتهم للزوجة الثمن والابن الباقي وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط - ق من لم يعف ، وكان لمن بقي من الورثة - ولو كان واحداً - أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقي ، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسواء ، وهي بينهم على قدر مواريتهم للزوجة الثمن والباقي الابن قولاً واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريتهم ، ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي أن امرأته وابنه في ذلك سواء ، يعني في استحقاقها لجميع الورثة ، لا يخصص 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 مطالباً قضى له بجميع الشفعة : والقول الثاني وهو أصح أنه لا يرجع على من بقي ، لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه

شفعة من بقى على وجهين ، أحدهما ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : إنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كاشفيع 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 ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها لحاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافي عن البعض مختار للعفو لحاز أن يسرى عفوه في جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفوه غيره في حقه .

(فرع) إذا ادعى على شريك : أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شفيعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته من أبي فأقام المدعى بيته 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 منها لأنها شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبائع

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقة ؛ وبذلك 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 برىء وإن نكل وقضى عليه . وإن قال : لا تستحق على الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الإنكار . وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه

- ١ - يقر فى يد الشفيع إلى أن يذيعه المشتري فيدفع إليه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها
- ٢ - أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يذيعه المشتري ، متى ادعاه دفع إليه

٣ - يقال له : اما أن تقبضه واما أن تبرى منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهذا مفرق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطالب الشفيع بشيء ، فلا ينبغي ان يكاف ابراهه عما لا يدعيه . والوجه الاول أولى ، وبهذا قال الحنابلة

(فرع) اذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألتاهما متى ملكتها ؟ فإن قالا : ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر : لأن الشفعة انما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعد

وان قال كل واحد منهما ملكى سابق ولا أحدهما 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 تراضيا ، وان لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا الى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثانى على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وان ادعى الاول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لان خصمه قد استحق ملكه ، وان حلف الثانى ونكل الاول قضينا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان اختلفا فى الثمن فقال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشقص 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 ، فاذا حلف لم يستحق الشفعا لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه

وقال أبو العباس : يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلاً فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفاً فقال المدعى عليه لا أعلم القدر ، والمذهب الأول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي ، ويخالف إذا ادعى عليه ألفاً ، فقال : لا أعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة ، 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 ، لأن اليمين لا يجب بالشك

(والثاني) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وإن قال المشتري الثمن ألف ، وقال الشفيع لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الألف ، فالقول قول المشتري ، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم

(فصل) وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته ، فالقول قول المشتري . لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى

(فصل) وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف ، لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن أمان لزم المشتري الألفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف ، لأنه كذب البينة بأقراره السابق

(الشرح) قال الشافعي : وإن اختلف في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه ، وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن فادعى المشتري أن الثمن ألف ، وقال الشفيع خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري مع يمينه لا مريم :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره (والثاني) أنه مالك للشقص فلم ينتفع منه إلا بقوله ، فإن حلف المشتري على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكحل المشتري ردت اليمين على الشفيع . فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : فهذا تحالفا عليه كما يتحالفت المتبايعان . قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائيهما في الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القول قول المشتري لفردته بالانكار ، فلو أقام أحدهما بيعة بما ذكره من الثمن حكم بها : والبيعة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين . فإن أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين . فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه . ولو أقام الشفيع البيعة استفاد بها الحكم لقول الشافعي : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهموم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده

فلو أقام كل واحد منهما بيعة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبي حنيفة ومحمد ابن الحسن أن بيعة الشفيع أولى للاتفاق عليها . وعند أبي يوسف أن بيعة المشتري أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج في مذهب الشافعي على قولين من تعارض البيعتين .

- ١ - استقاطهما بالتعارض . ويكون القول قول المشتري مع يمينه
- ٢ - الإقراع بينهما فن قرعت بيئته كان أولى ، وهل يخلف معها أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين في القرعة ، هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبيعة .

فعلی هذا لو أخذه الشفيع بالالف عند يمين المشتري ثم قامت البيعة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضى الشقص بالالف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة يمينه ثم قامت البيعة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالالف أو يردّه

ولو ادعى المشتري أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بهائم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت ، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجع بشيء ، 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 است أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف فله إخلاف المشتري ، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يخلف حتى يعلم قدر الثمن ، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إخلاف المشتري أم لا ؟ على وجهين :

١ - لا يستحق إخلافه حتى يعلم خلاف قوله ، لأن اليمين لا يجب بالنك .

٢ - يستحق إخلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول

(فرع)

ولو قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن انسيان حدث . قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فإن قال لا أعلم قدره فلا شفعة له ، وله إخلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهاماً به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فإن قال الشفيع أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم . وقال المشتري : قد نسيت قدر الثمن ، قيل للمشتري : أفصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال نعم ؛ أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين . وإن أكذبه قال الشفيعي حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفيعته .

واختلف أصحابنا في ذلك ، فكان أبو حامد المرورودي وأبو حامد الاسفراييني يجعلان هذا القول مذمباً له في هذه المسألة ، ويبطلان يمين المشتري الشفيعه تعليلاً بأن الثمن هو قوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب
مصرفاً إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع دون المشتري ،
ويحكم له بالشفعة ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشتري كأنه كقول فوجب رد
اليمن على الشفيع .

قال الشافعي : وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به
ما ادعى ، فإنه قال : إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديثاً حلف الشفيع
وحكم له بالشفعة ، وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة 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 فإنهما 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 المثل من
أحد أمرين إما أن يكون معيناً أو غير معين ، فإن كان المثل معيناً كقول البائع
بعثتك شقوى بهذه السيارة فيقول المشتري : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل
فإذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالسيارة التي ادعاها البائع ثمناً لم يعرض على
الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم
البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعثتك
الشفيع بالثمن فيقول المشتري بخمسمائة ، عرض الشقص على المشتري والشفيع
بالألف ليأخذه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع
والمشتري ، فلذلك عرض عليها ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشتري
أربعة أحوال .

أ - أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه
الشقص بالألف ،

ب - أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

ج - أن يرضاه المشتري بالآلاف و رده الشفيع بها فيلزم البيع للمشتري بالآلاف وتبطل شفعة الشفيع .
 د - أن يرضى به الشفيع بالآلاف ويرده المشتري فيكون رد المشتري باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، وبصير البيع لازما للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالآلاف ، 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 ، لأنه أقر بالملك للآلاف ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله (والثاني) يسلم إليه لأنه 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 يثبت الشراء ، فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزي فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله . لأنه أقر للشفيع بالشفعة ، وللمشتري بالملك ، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر قالوا أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر ؛ وهل يجوز للبايع 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 البايع وعهده عليه لانه منه أخذ ، واليه دفع الثمن .

وإن قلنا : بخاصه ، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهد عليه ، وإن نكل فخلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري ، ورجع بالعهد عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن ، وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن ، وأنكر المشتري ، فمن قال : لاشفعة 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 لأنه يأخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز : ومنهم من قال : تثبت ، لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها . فيمن ادعى الشفعة 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 فمشقة من العهد لما فيه من الوفاء بوجبه قال تعالى : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، وقال القوي في المصباح : العهد الوصية - يقال : عهد إليه بعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالامر قدمته وفي التنزيل : ألم أعهد إليكم يا بني آدم ألا تعبدوا الشيطان ، والعهد الأمان والمواثق والذمة ، ومنه قيل للحربي يدخل بالأمان ذو عهد . ومعاهد أيضا بالبناء للفاعل والمفعول ، لأن الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه - إلى أن قال . وقولهم : عهدته عليه من ذلك لأن المشتري يرجع على البائع بما بدره وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع اليها عند الالتباس اه .

ونعود إلى قول الشافعي فنقول : لقد سمي ضمان الدرك عهدة ثم سمي كتاب الشراء (الفاتورة) 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 : إن كان الشفيع

قد قبضه من المشتري فعهده على المشتري ، وان 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 الى 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 الشفيع عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مقرراً على ملك المشتري ؛ ولو حدث منه نماء لكان للمشتري ، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري ، وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبائع ؛ ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياساً :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع قياساً على الرد بالعيب

(والثاني) أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق وبالغصب قياساً على المشتري لو كان بائعاً

فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى بأن البائع أصل والمشتري فرع فنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع ، ثم نقول ان المشتري وان كان فرعاً للبائع فإنه أصل للشفيع .

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين :
(١) ان الشفيع لما كان مخيراً 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 الأخذ 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 يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشتري لجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشتري ، وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزي . (فرع) قال المزني : ولو أن البائع قال قد بعث من فلان شقصا بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص ،

وصورتها في رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقا للبائع ومطالباً بالشفعة ، فهذا على ضربين

(أ) أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري

(ب) أن يكون مقرراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن

حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم عليه بأقراره وإن ردت دعواه .

وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان :

- ١ - أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري
- ٢ - أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فيحكم عليه بأقراره وإن ردت دعواه .

وفي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان :

- ١ - قول أبي علي بن أبي هريرة : ليس له إحلافه ؛ لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشتري أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن أن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع
- ٢ - له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره ؛ ولما فيه من البغية لو حصل 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 ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهده . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها في كتاب مستقل إن شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب

كتاب القراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضی الله عنهم خرجا في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضی الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلي ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفرا ن رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه ، فقالا وددنا ، ففعل فكاتب إلى عمر أن يأخذ منها 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 وراجعهم 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 ، ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نماها المقصود إلا بالعمل لحاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالتخل في المساقاة

(فصل) وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز ولفظ المضاربة لأنه موضوع له في لغة أهل العراق وبما يودى معناه لان المقصود هو المعنى لحاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمايك

(فصل) ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدينار ، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عايبها لان المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح ، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه 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 ، لأن

العامل يشاركه في أكثر رأس المال . وهذا لا يوجد في الأثمان لأنها لا تقوم
بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض
(فصل) ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر ، فإن قارضه على
دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما
لا يعرف صفته وقدره ، فإن دفع إليه كبسين 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 ، وإن قارضه على ألف درهم
هي له عنده مغسوبة ففيه وجهان ، أحدهما ، يصح كالوديعة ، والثاني ، لا يصح
لأنه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضا قبض أمانة

(الشرح) قال ابن بطال : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه
يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ؛ يقال :
تقارض الساعران إذا ساوى كل منهما صاحبه في المدح ، وتقارضا الشئاء . 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 الأرض لما كان الربح يحصل في الغالب بالسفر أو من الضرب في المال
وهو التصرف . اهـ

وقال الرافعي : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لان العامل يختص بالضرب
في الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي تكون من واحد ، مثل
عاقبت اللص . وقال ابن قدامة في المغني من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى
قراضا أيضا ، ومغناها أن يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل
من الربح بينهما حسب ما يشترطانه ، فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة
من الضرب في الأرض . اهـ

وقد جمع النووي بين الاسمين في المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع

إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكي . قد يشاح النووي في قوله : أن يدفع . ويقال القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشريفي في شرح المنهاج : وأركانه خمسة : مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى في حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج في عطف الشارح : المقارضة على القرض ؛ أى إن القراض يجوز أن يكون مشتقاً من القرض ومن المقارضة ، وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضاً ومضاربة ، وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لاختلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الاسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ويقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولستأخالف ابن حزم الا فى أن أمراً بجمعاً عليه من الأئمة منذ عهد نبيه صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحاً بالاخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعده الشك ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الاخبار المرفوعة يعترها بعض الوهن من ناحية الاسناد فانها مؤيدة بأخرى صحيحة ووقوفة على الصحابة ، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عمده صلى الله عليه وسلم ، وإنما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده بتأصه مارويناه عن الصحابة من صحيح الاخبار

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبي (ص) قال : ثلاث فيمن البركة : البيع الى أجل والمقارضة وخاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ، وأورده ابن حجر فى بلوغ المرام وضعف اسناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام أنه كان يشترط على الرجل اذا أعطاه مالا مقارضة أن لا يجعل ماله فى كبد رطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فان قامت شيئاً من ذلك فقد

ضمنت مالي . وقال مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الرجح بينهما ، وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يقيم 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 أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدا به إلى المدينة ، فباعاه وربحاه فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والرجح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال : قد جعلته ، وأخذ منها نصف الرجح ، وقد ساقها المصنف بأوفى من هذا .

وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا ، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا .

قال الماوردي في الحاوي : والأصل في إحلال القراض وإباحته قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ، وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدلل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها وقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم الخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبدا لها يقال له ميسرة ، وروى ابن أبي الجارود حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسالك به بجرأ ولا ينزل به وادبا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن ، قال الماوردي : فرفع 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 فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معها قراضا لا صحيحا ولا فاسدا ، ولكن استطاب طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترايته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذي ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثاني) أن عمر أجرى عليهما في الرجح حكم القراض الفاسد لأنها عملا

على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملها 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 أجراً في الربح حكم القراض الصحيح ،
وإن لم يتقدم منهما عقد ، لأنه كان من الأمور 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 ، لأن المساقاة عمل في محل استوجب به شطر
ثمرها فافتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب الماوردي إلى
أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقر وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هي تبر ، والسبائك جمع سبيكة
القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل من المال ، ويسمى في الشام قرشيا
وفي العراق فلسا ، وفي مصر والسودان ملييا ، وفي الحجاز ونجد هلة ؛ وفي
اليمن بقشة ؛ وفي المغرب والجزائر بيزا أو بسيطة ، وفي اليونان دراخما ، وفي
اليابان ين ، وفي إنجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفلوس قديما وحديثا
أوضحناها في كتابنا تاريخ النقود الإسلامية .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ، فإنه عقد
اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد
رأس المال على صاحبه لم يوجه الفقهاء إلا بالدرهم والدنانير .

قال الشافعي : ولا يجوز القراض إلا في الدرهم والدنانير التي هي أثمان الأشياء
وقيمتها ، وحكى عن طاوس والأوزاعي وابن أبي ليلى جواز القراض بالعروض
لأنها كالدرهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدرهم والدنانير صح بالعروض

كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين ، أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاخص به رب المال ، وإن 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 يتعقد عليه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح لجواز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ، فإنه بالنقار والسبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اختياراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض فإذا خالطها لم يجز به القراض ، ولأن مالم تخصص فضته لم تجز مقارضته كالكمثر الغش .

فإن قيل : فن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلاً للجمل بما تعاقدا عليه ، وإن علمنا قدره وجهاً صفة بطل القراض ، لأن الجمل بالصفة كالجمل 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 الألفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجز للجمل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ، كإلو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترليني ومبلغاً من العملة الأخرى وإكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى في أسواقها الرسمية أو الدولية ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلاً

ولو دفع اليه بكيسين في كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الألفين قراضا والاخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحا لانه معقود على ألف دينار معلومة لتساوي الألفين .

(والثاني) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة : ولكن لو دفع اليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الألف التي شرط له نصف ربحها من الألف التي شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل في يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها ووصفتها جاز ، ولو كانا يجملان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من ديتي التي على فلان فافتضى منه قراضا لم يجز 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 ألفا من ديني عليك قراضا في بدل لم يجز تعليلا بأنه قراض على مال غائب ؛ وفيها حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد في جامعته تخريجا .

(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 لانه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه وقبضه من نفسه فاسد لانه يصير مشتريا 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

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 عليهما من غير تصريح بإبرائه منها ، ففي القراض وجهان (أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيما من ربح وخسران فرب المال وعليه .

(والثاني) وهو الصحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفي برائه بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :
 ١ - برائه من ضمانها لأنه قد صار مؤتمناً عليها ٢ - لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن ٣ - أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض ف ضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها في ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها في ذمته لأنها في التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالئها ، فصار كردها عليه ، وفيما تعلق بدمته يكون مبرئاً لنفسه .

فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين (أ) جماله ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل (ب) عقده بالصفة ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان يبيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن تجر 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 معترضاً على القراض . ولو قال خذ من وكبلي ألف درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصياد وعليه أجره الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة للمالكها وعليه أجر المثل للصياد . أو أن المصيد للصياد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مراعاة

قياساً على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النجاج من أعيانها فكان للمالكها دون عائلها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة في رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكي وعلى صاحبها أجر مثله ، وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه مالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الاصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرفة المشرفة فى مجتمع مسلم يقوم على الاسلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لأن الجزء يقع على الدرهم والالف فيعظم الضرر ، وإن قارضه على جزء مقدّر كالنصف والثلث جاز ، لأن القراض كالمساقاة ، وقد ساق رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطرا ما يخرج من تمر وزرع ، وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لأنه 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 لأنه مجهول ، لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل (والثانى) يصح لأنه سوى بينهما فى الإضافة 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 ، لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فيبطل

وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه لم يبين ما لرب المال (والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لان ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لأنه يملكه بملك المال ، وإنما يحتاج الى شرط ما للعامل ،

فإذا شرط للعامل النصف بقى الباقي على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكنت عن السدس صح ، ويكون النصف له ، لأن 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 لأن موضوعه على الاشتراك فى 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 فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانهقد 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 ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التملك .

(فصل) ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يختص أحدهما بربح ما فى السكيسين لأنه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما فى عيب يشترطه فان شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد لأنه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر

(الشرح) حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمر ولفظه : أن النبي (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع ، ورواه الشيخان بلفظه : 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 ، وللبخارى : أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ، ولمسلم وأبى داود والنسائى : دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها ، ورواه أحمد عن عمر بلفظه .

« أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا ، ورواه البخاري بمعناه ، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظه « أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف ، ورواه البخاري عن أبي هريرة بلفظه « قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا المهاجرين - النخل ، قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشركم في الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا ، »

أما الاحكام فقد قال الشافعي : ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقي سهمها ويشترط أن يوليه سلعة ، أو على أن يرتفق أحدهما بشيء 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 يجوز أن يختص به أحدهما مع تساويهما ، وإذا منعنا من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر ، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقي لصاحبه أو بينهما ، فلا يجوز ، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح ، ومثاله في البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لأنه قد يجوز أن تملك الثمرة إلا ذلك المدا ، فيصير البائع أخذاً للثمن والثمره معاً ولو شرطاً تفاضلاً في الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره الآخر جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح ، ومثاله في البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقي منها فهو مبيع وغير مبيع .

قال الماوردي : ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى مايراضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون في المشتري ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصاً بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح ، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربها دون صاحبه ، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه

من الثياب مدة بقائها في القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون في أمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطاً جميع الربح لأحدهما فهما مسألان :

١ - أن يشترطاً جميع الربح لرب المال

٢ - أن يشترطاً جميع الربح للعامل ، فإذا شرطاً الأول نظر فيه ، فإن لم يقل رب المال عند دفعه : انه قراض وليكن قال : خذه فاشتر به وبيع ولي جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجره للعامل في عمله .

وإن قال خذه قراضاً على أن جميع الربح لي ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال ، وفي استحقاق العامل أجره مثله وجهان (أحدهما) وهو قول المازني إنه لا أجره له . لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله (والثاني) وهو قول ابن سريج إن له أجره مثله لعمله في قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما ان شرطاً جميع الربح للعامل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضاً على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجره 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 والإجارة .

(فصل) قال الغدافى رحمه الله : ولا تجوز الشرطية إلى مدة ، فمن أحبا بنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال : إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينسأى 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 فى جنس يعم كالتياب والطعام والفاكهة فى وقتها ، فان عقده على ما لا يعم كالباقوت الأحمر والحبل البلق وما أشبهها أو على التجارة فى سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فاذا 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 والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالود والمسك ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، والعرف فى هذه الاشياء أن يتولاه بنفسه ، فان استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة فى ماله .

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه ، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه ، لأن العرف فى هذه الاشياء أن لا يتولاه بنفسه ، فان 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 (والثانى) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة

(فصل) ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه ، فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح بينهما على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المازني همنا ان لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين . واختاف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثاني بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون مارزق الله بينهما ؛ والذي رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستملك . 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 المازني الربح كله للعامل الاول وللعامل الثاني أجرة المثل فن أصحابنا من قال هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض . ومنهم من قال الربح الأول كما قال المازني لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه وانما اشتراه الأول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له .

(الشرح) قال الشافعي : ولا يجوز أن يقارضه الى مدة من المدد . فاذا عرفت ما قرناه في أول الباب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرط مدة يكون القراض فيها لازماً بطل .

فاذا ثبت هذا فاشترط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطاً لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلاً لما ذكرنا .

(الثاني) أن يشترطاً الفسخ في العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطاً فسخ القراض بعد المدة في البيع والشراء فيسكون القراض باطلاً إذا فاته موجب العقد في بيع ما حصل في القراض من عرض .
 (والثاني) أن يشترطاً فسخ القراض بعد المدة في الشراء دون البيع فيسكون القراض جائزاً ، لأن له فسخ القراض في الشراء عند مضي المدة فجواز أن يشترطه قبل مضي المدة .

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأن كذلك تكون العقود الجائزة . ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجوز وكان قراضاً فاسداً ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفاً على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً ، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز لما لهما من ذلك . والثاني : لا يجوز . لأن الجهالة المدة قسطاً من الفرر وتأثيراً في الفسخ .

(فرع)

عقد القراض يقتضى تصرف العامل في المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشتري به نخلاً يملك رقابها ويطلب ثمارها لم يجوز لأنه قيد تصرفه الكمال بالبيع والشراء . ولأن القراض مختص بما يكون البناء فيه نتيجة البيع والشراء وهو في النخل نتيجة عن غير بيع وشراء فيبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مسافة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشى بحبس رقابها ويطلب نتائجها لم يجوز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمار والنتائج ملكاً لرب المال لأنه نتيج عن ملكه ، وللامرأى أجره مثله في الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشتري أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسمها فضل زرعها وجرسها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثاني وهو متونة العمل فمنه ما يجب في مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب في مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات المجرى إذ لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجر الصوامع والمخازن ، وما صار معهوداً 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 مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضية في المجرى نتيجة الإهمال في ترك الإسراع لتسليمها وتخليصها ، وما يلزمه عملياً 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 فتسكون في مال القراض .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحدهما) ما يختص العامل بالتزامه كما كوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثاني) نفقة سفره ، فالذي رواه المزني في مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال في جامعه الكبير : والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وهما يشتريه فيكتسبه ، فروى في مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها في جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفي مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزني . وروى أبو يعقوب البويطي أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . 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 لمسافيه من اختصاصه بالربح أو بشيء منه دون رب المال .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطي ، وحمل رواية المزني على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا

التأويل مدفوع بما بينه المذني في جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة في كل يوم ،
وثن ما يشتريه فيسكتسبه .

(فرع) قال الشافعي : وإذا سافر كان له أن يكتري من المال من يكفيه بعض
المثونة في الأعمال التي لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف اه
والكلام في هذه المسئلة التي ذكرها المصنف واستدلنا له عليها بقول الشافعي
مشتمل على ثلاثة أقسام :

١ - في جواز سفر العامل بمال القراض ٢ - في مثونة العمل

٣ - في نفقة العامل

فأما الأول فثرب المال معه ثلاثة أحوال (١) أن ينهأ عن السفر به فلا
يجوز أن يسافر إجماعا ، فإن أذن له في السفر الى بلد لم يجز أن يسافر الى غيره ،
وان لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به الى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التي
جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم اليها ولا يخرج عن العرف
المهود فيها ، وفي البعد الى أقصى البلدان ، فإن أبعد إلى أقصى البلدان ضمن المال
(ب) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهأه ، فقد اختلف الناس في جواز سفره
بالمال ، فذهب الشافعي أنه لا يجوز أن يسافر به قريبا ولا بعيداً سواء رد الأمر
الى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال اذا رأى ، وان لم يأمره بذلك مالم
ينه ، وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال الى حيث يمكنه
الرجوع من قبل الليل ، وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسافر بالمال الى حيث
لا يلزمه اليه مؤونة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ان المسافر وماله على قامت
الاماوتى 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 اذن صاحبه
فهو ضامن ، فإن ربح به صاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما قى

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 بعين العين جائز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثاني أجره . قوله في قياس قوله .

وقال الماوردي : إن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض ما لم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيه برأيك يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً 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 ، فيكذلك 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 الأول فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامناً للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولما يكون الربح ؟ على قولين : أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزني ههنا أن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الأول والثاني فاختلاف أصحابنا في ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبهه المغصوب من غير مقارضه ، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثاني على العامل الأول بأجرة مثله لأنه هو المستملك 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 الأول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثاني بشيء لأنه أمينه فيما غرمه . وإن أغرم الثاني رجع على الأول بما غرمه مع أجره مثل عمله ، ولا يازم رب المال - وإن

أخذ جميع الربح - أن يدفع الى واحد من العاملين أجره المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة .

وذهب أبو اسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا الى أن مارواه المزني على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح الا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأب رب المال في هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلاً نصفه الباقي لغيره ، فلذلك لم يستحق منه الا النصف . فاما 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 ، لجعل 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 ، لأنه 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 المنصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله ، لأن الاول ضامن بعدوانه والثاني ضامن بيده . وقال أبو حنيفة : ان الربح للغاصب دون المنصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء للمالك السبب ، وربح المال المنصوب ناتج عن التقلب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكاً 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 ، فلا يجوز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم

يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهاد رأيه فيمن يراه أهلاً للقراضه من ذوى الأمانة والخبرة . فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان . فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره ، لأن تصرفه بالأذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه ، فإن قال له اتجر في البز جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والابرسم والكتان وما يلبس من الأصواف ، لأن اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز . وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنه يلبس فأشبهه الثياب (والثاني) لا يجوز لأنه 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 ، لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة .

(فصل) ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال ، لأن الأذن لم يتناول غير رأس المال ، فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ؛ ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالأذن . وأما الثاني فينظر فيه فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل ، لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح ، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه 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 لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط ؛ وإن اشترى معيباراً شرهه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب ، وإن

اشترى شيئاً على أنه سليم فوجده معيباً جاز له الرد ، لأنه فوض إليه النظر والاجتهاد فملك الرد

(فصل) وان اختلفا فدعا أحدهما الى الرد والآخر الى الامسك فعل ما فيه النظر لان المقصود طلب الحظ لهما : فإذا اختلفا حمل الامر على ما فيه الحظ ،

(فصل) وان 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 تنفع به وشراء الزوج تستهضر به لان النكاح يفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها (والثاني) يلزمها لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فإلزمها شراؤه

(فصل) ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لانه مأمور بالنظر والاحتياط ، وليس في السفر احتياط ، لان فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت ، فان أذن له في السفر فقد قال في موضع له أن ينفق من مال القراض ، وقال في موضع آخر لا نفقة له ، فن أصحابنا من قال لا نفقة له قولاً واحداً لان نفقته على نفسه فلم يلزم من مال القراض كنفقة الإقامة ؛ وتأول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) لا ينفق لما ذكرناه (والثاني) ينفق لان سفره لاجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحال .

فإن قلنا ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان (أحدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لان من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته (والثاني) ما يزيد على نفقة الحضر لان النفقة إنما لزمته لاجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر

(فصل) وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان (أحدهما) أن الجميع ارب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة لانه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً ارب المال حتى اذا هلك شيء كان هالكاً من المالكين ، فلما لم يجعل التالف من المالكين دل على أنه لم يملك منه شيئاً (والثاني) أن العامل يملك حصته من

الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .
 (فصل) وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر
 لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال
 فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال ، وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز
 إجباره لأنه يقول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذناه ، وإن تقاسما جاز
 لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره
 بما أخذ لأنه 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 لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، فإن ظهر بعدما 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
 لأنه ماله فعتق .

(والثاني) لا يعتق لأن ماله غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه
 جبرانه بماله ، وإن اشترى وفي المال ربح ، فإن قلنا إنه لا يعتق عليه صح الشراء
 لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود
 بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(الشرح) قد ذكرنا أن القراض خاص وعم ، فأما العام فهو أن يطاق
 تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما
 الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد في عموم الاحوال كالحنطة والبر فيجوز ، ويكون
 مقصور التصرف على النوع الذي أذن فيه . فلو أذن له أن يتجر في البر جاز له
 أن يتجر في صنوف البر كلها وجاز أن يتجر في القطن والسكان والحريرو والصوف
 ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش . وهل يجوز أن يتجر في الثياب والاكسية
 أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثاني) لا يجوز لخروجها عن اسم البر

فلو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الخنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر في الخنطة والدقيق ، وعندى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار الناجر فيه جامعا لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجموعة من الاصناف المتشابهة التي 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 كالحيوط والاشربة والعطور وما أشبه ذلك . وهكذا في كل مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء منات للذهن أصناف متجره بغير عناء ،

فإذا أذن له في فتح محل حاقى فلا يفتح مسطحا ولا فوالا ولا طباخا ، وان كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذي لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له في أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الاحمر والحيل البلق والعبيد الحصيان فالقراض باطل سواء وجدته أو لم يجده لانه على غير ثقة من وجوده . فاذا أذن له أن يتجر في ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر في عقد القراض ، فان كان في غير أو ان تلك الثمار فالقراض باطل ، فان جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده ، وان كان ذلك في أو ان 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 الثاني : أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه في كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما اذا كان انقطاعه في العام قايلا فالقراض على وجهه وحاله .

(فرع) إذا تقرر أنه لا يشتري إلا في حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسبيته ، فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان .

(أحدهما) أن يشتري بالنساء في مال القراض فيكون الشراء باطلا .
 (والثاني) أن يشتري بالنساء في ذمته فيكون الشراء لازماً له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فإن قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ، وعليه استرجاعه ما كان باقياً ، فإن تلف فرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشتري ، فإن أغرم العامل رجع 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 يجوز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشتري بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح في الأعيان ولا يصح في الذمم ، 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 وتوخى 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 فلذلك واحد من رب المال والعامل أن ينفرد 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 تقاسمها على شرطها ؛ وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذ به رب المال ولا شيء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فخسركم

هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما في العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .
 (ا) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فاذا قضى
 ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا 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 ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فان 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
 فان كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا 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 فضلا ، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع
 منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .

والضرب الثاني : أن يرجو في ثمنه فضلا ويأمل ربحاً فله بيعه وليس لرب
 المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من
 ربحه ففي منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين في سيد العبد الجاني
 إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لو صوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع
 العرض لو صوله إلى حقه .

(والقول الثاني) أن المجنى عليه لا يمنع من بيع الجاني ، وكذلك لا يمنع
 العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمة لوجود رغب .

(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
 إنما يلزم في حقيهما وبطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

والثاني : أن يحجر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما 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 الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ؛ وقال أبو حنيفة : له في نفقته أجره حمامه وعلاجه وطيبه وما يباح من شهواته ، وهذا غير صحيح من وجهين .

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أو كد 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 ، فإن دخل في سفره بيتاً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر مالم يتجاوز أربعاً فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فإن كان بغير مال القراض من مرض طراً أو عارض يختص به فنفقته في ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظارا لبيعه وقبض ثمنه أو التماسا للحل أو لسبب يتعلق به فنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعي : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالكين بالخصص ، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض ، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق في مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لأنه إذا كان له أن يعمل في ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفراً ولأن عمله في القراض لا يمنعه من العمل في جميع الاعمال ما دام يؤدي المزمه من عمل القراض وسواء فيها لسواه ممسكاً أو عاملاً فلو شرطه في العقد أن لا يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد وقع عليه حجراً غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالكين ، فإن خلطها فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون باذن رب المال فيجوز وبصير شريكاً ومضارباً ، ومؤونة

المال مقسطة على قدر المالكين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنما لا تجب في مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل إنها تجب في مال القراض فهي مقسطة على قدر المالكين (والثاني) أن يخاطب المالكين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالمادد به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقة المالكين بقدر المحصر وريح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجره المثل بحيث لا يوجب له أجره كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض

(فرع) إذا أبيض 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 يجوز إن 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 فيها بخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبافوجدا رأس المال ناقصا تراد الربح ليستكمل رأس المال ، ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما في جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثاني) لا يجوز . وقد ذكره الشافعي في موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والعامل أمين فيما في يده فان تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ، فان دفع إليه ألفاً فاشتري عبداً في الذمة ثم تلف الألف قبل أن يتقده 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 يتقده .

(والثاني) أن الثمن على العامل ، لان رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدین ثم تلف أحدهما ففیه وجمان :
أحدهما : يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض لانه بدل عز رأس المال
فكان هلاكة كماله .

والثاني : أنه يتلف من الربح لانه تصرف في المال فكان في القراض ، وان
قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكنا عليه ففیه
قولان ، أحدهما ، تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال ، وإن كن فيهما
ربح شاركهما العامل في الربح ؛ وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لانه
حصل بتفريطه ، والقول الثاني أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لانه تعذر
ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما

(فصل) ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء لانه تصرف في مال
الغير بأذنه فملك كل واحد منهما فسخره كالوديعة والوكالة . فان فسخ العقد والمال
من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز . وإن باعاه جاز لان الحق لهما ، وان
طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر ، لان حق العامل في الربح ، وذلك
لا يحصل الا بالبيع

فان قال رب المال أنا أعطيتك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا
انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك
وبذل أحدهما الآخر عوض حقه . وان قلنا لا يملك ففیه وجهان بناء على القوانين
في العبد الجاني اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن المدعي عليه قيمته وأحدهما ، لا يجبر
على بيعه لان البيع لحقه وقد بذل له حقه والثاني ، أنه يجبر لانه ربما زاد وزاد
ورغب راغب فزاد في قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لان حق رب المال
في رأس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل أنا أترك حتى ولا أبيع
فان قلنا ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لانه يريد أن يهب حقه
وقبول الهبات لا يجب . وان قلنا انه لا يملك بالظهور ففیه وجهان :

أحدهما ، لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد تركه فسقط
والثاني ، يجبر لان البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله ، فاذا رضی

ترك حقه لم يرض 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 لأنه عقد جائز فبطل 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 لأنه ليس بابتداء قراض ، وإنما هو بناء على مال القراض الجاز . ومنهم
من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض
على عرض فلم يجوز .

(فصل) وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجره المثل ومات اعتبر
الربح من رأس المال ، لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرج من ماله والربح ليس
من ماله ، وإنما يحصل بنسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وإن مات وعليه دين
قدم العامل على الغرماء لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء .

(فصل) وإن قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه لأن العقد
بطل وبقي الإذن فملك به التصرف ، فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه
شيئاً لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فأما أجره المثل فإنه ينظر فيه فإن لم يرض إلا بربح استحق لأنه لم يرض
أن يعمل إلا بعوض ، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجره المثل ، وإن رضى من غير
ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففي الاجرة وجهان

(أحدهما) لا يستحق وهو قول المازني لأنه رضى أن يعمل من غير عوض
فصار كالمطوع بالعمل من غير قراض

(والثاني) أنه يستحق وهو قول أبي العباس لأن العمل في القراض يقتضى
العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطء في النكاح .

وإن كان له على رجل دين فقال أقبض مالي عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه
عليه لم يصح القراض ، لأن قبضه له من نفسه لا يصح ، فإذا قارضه عليه فقد

قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فإن اشترى العامل شيئاً في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح فففيه وجهان

(أحدهما) أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له بإذنه ونقد فيه الثمن بإذنه وبرئت ذمته من الدين ، لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه عمل ليس له الربح ولم يسلم فرجع إلى أجره عمله .

(والثاني) أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه ، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له

(فصل) وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، أو في الحياة فادعاه رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والاصل عدم الحثية فكان القول قوله كالمودع

(فصل) فإن اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان :

و أحدهما ، لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، والثاني ، يقبل قوله لأن معظم منفعته لرب المال ، لأن الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع

(فصل) فإن اختلفا في قدر الربح المشروط فادعى العامل أنه النصف وادعى رب المال أنه الثلث تحالفاً ، لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفاً كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمى فرجع ببديل عمله

(فصل)

وإن اختلفا في قدر رأس المال ، فقال رب المال ألفان ، وقال العامل ألف فإن لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الاصل عدم القبض فلا يارمه إلا ما أقر به ، وإن كان في المال ربح فففيه وجهان

أحدهما : أن القول قول العامل لما ذكرناه .

والثاني : أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع .

(فصل) وإن كان في المال عهد فقال رب المال اشتريته للقراض ، وقال العامل اشتريته لنفسى أو قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل اشتريته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتمير أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه ، فان أقام رب المال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بالبينة لأنه لا يشتري بمال القراض الا للقراض .

(والثاني) أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التمديد فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

(فصل) وإن كان في يده عهد 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 غيره 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 فقبل .

(الشرح) سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وارتفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقام عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شاء منهما ؛ فهو عقد اتیان كالوديعة والعارية ، فاذا تلف في يده فعلى تفصيل نضرب له مثلا يجتمع فيه

صور المسألة : رب مال دفع ألفي دينار قراضا فتلف أحد الألفين في يد العامل
وبقى ألف ، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لها فهذا يكون رأس المال فيه
الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل
التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثاني) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الألف من
ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف
التالفة لأنها بالنصرف 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 الابتاع
فعلى هذا يكون رأس المال ألفي دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف
التالفة لأنها قد صارت قراضا .

(والوجه الثاني) أن الألف التالفة لا تصير قراضا لتلفها قبل كمال النصرف
ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفي درهم ولا يلزم العامل أن يجبر
بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضا .

فاذا 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 ، لان 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 ففنى الشراء وجهان .

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء
مصرفا إليه ، وهذا على الوجه الذي يتول فيه الشافعي : ان ما تلف بعد الشراء
وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثاني) أن الشراء يكون في القراض لانه معقود له ، وهذا على
الوجه الذي يقول فيه الشافعي : ان ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في

القراض ، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفاً ثانية ، تصرف في ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفي دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف الثالثة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفاً ثالثة ، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين الثالثتين .

فإذا دفع ألفاً قراضاً فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي فصارت ألفاً وخمسمائة وأراد أن يعرف قدر رأس المال ليقسّمها الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتسع دينار فلو كان قد خسر العامل مائة دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخمس عشرة 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 ناضاً أو عرضاً ، فإن كان ناضاً والنقض النقود — منع العامل أن يتصرف فيه يبيع 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 عقداً مبتدأ ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به ، فإن

كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهـل رشد لا يولى عليهم ولم يتعاق
بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذتهم ، ثم إذا صح
فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل ؛
فإن لم يحصل فبكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه
ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المال بخصته 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 إذتهم له بالقراض فففيه وجهان
مخرجان من وجهين .

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض
عند موت ربه عرضا فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ،
ولا يجوز أن يشتري بثمنه شيئا من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد
الماضى ، وإس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف ، فإن أذن له الورثة فى
المقام على قراض أبيهم — فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضا — أى
نقودا — فيكون كإذتهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان
المذكوران ، أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن
عقده بالقراض باطل . الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لأنه
استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال
ناضيا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن
الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا باذن رب المال أن
عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال سواء كان المال لربه
أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ،
وإذا كان كذلك نظر فى المال ، فإن كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقسمها

ربحاً ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل في المقام على القراض صح
ان كانا عالمين بقدر المال . ويبطل ان كانا جاهلين بقدره وجهها 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
لجاز استصحاب العقد المقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه ، وإذا
مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يمكن استصحاب العقد المتقدم وكان
استتباب عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضاً لم يحز لوارثه أن يتفرد ببيع
العرض من غير إذن رب المال به ، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال
بفضل ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل
- فان كان بعد بيع العرض والعلم بشتمه - صح ، وان كان العرض باقياً أو ثمنه
مجمولاً يبطل وجهها 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 ، فان كان فيه فضل كان لوارثه وان كان خسرانا كان ذلك
في المال ، وهذا كقوله : واذا 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 فتتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا الى
أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتري ثياب
سفره من مال القراض لم يحز بيعها في القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به
وقد تأوله من ذلك الى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو
اشتراها لنفسه وهي غير مختصة بسفره ، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل
من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

١ - أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه

٢ - أن يكون أكثر من رأس المال فله رب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل

شريكه في الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تالف بعض المال بعد أن صار ناضباً - نقوداً - نظر فيه ، فإن كانا قد عينا - حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالحصص . وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه فالتالف منه تالف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصداً للجبران رأس المال .

٣ - أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل في المال أو لحادث أتلف شيئاً منه فيكون ذلك عائداً على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران يختص برب المال .

فإن قيل فهل 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 عملاً من جهة العامل ومالاً من جهة رب المال ؛ فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله . فعلى هذا لو شرطاً في عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلاً لا بشرطهما خلاف موجب .

(فرع) قال المزني : وإن دفع مالا قراضاً في مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أخذ العامل بربحه واقتسم الغرماء ما بقي من ماله ، وهذا صحيح لأنه يجوز للربح أن يدفع مالا قراضاً فيه من ثمير ماله ، وسواء قارض العامل على تساوي الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهماً أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ، لأنه يسير الربح وأصل إلى مال يكن وأصلاً إليه لو كلف عن القراض . وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجر المثل لأنه قد كان مالاً للثمنفة ، فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملكه فكان معتبراً في الثلث ، وليس رب المال مالاً لربح المال الذي صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره تولى رب المال وإن كان حياً محاسبة العامل واستيفاء الحقيقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان

شريكاً فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فحقه متعاق بهين المال كالمرتهن ، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء في رهنه . وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضاً 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 هروياً أو مروياً (١) بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فإن اشترى بخائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره

إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هروياً أو مروياً كان فاسداً باتفاق أصحابنا ، وإنما اختلفوا في علة فساده على ثلاثة أوجه : أحدها : أن علقته أنه قال : فاشتر بها هروياً أو مروياً فلم يبين أحد النوعين من المروى والمروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلاً ، والقراض إنما يصح بأن يتم جميع الاجناس أو يعين أحد الاجناس

والثاني : وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون الرب للمال 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 متردداً بين الصحة والفساد فبطل

والثالث : وهو اختيار أبي إسحاق المروزي : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل ، فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في علة فساده ، فإن اشترى كان الشراء جائزاً لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وإن باع كان البيع باطلاً لأنه غير مأمور به

وإذا قال : خذ هذا المال قراضاً ، ولم يزد على ذلك كان قراضاً فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . إلا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لأنه أمر

(١) ثياب تنسب إلى مدينها التي صنعت فيها مثل هراء ومرو وهما مدينتان

بين بخاري ونيسابور وراء بحر قزوين

أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجره مثله . وحكى عن أبي العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

قال الماوردي : وهذا المحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك في إطلاق القراض لجاز مثله في البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة ، وكذا في الإجارة 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 فاسداً أو معونة ؟ على وجهين :

أحدهما : يكون استعانة بعماله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لي . فعلى هذا لا أجره للعامل في عمله

والثاني : أنه يكون قراضا فاسداً لأنه الاغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لي لما فيه من التصريح بأن لا شيء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجره مثله ، وسواء حصل في المال فضل أو لم يحصل

(فرع)

قال المزني : وإن قال خذها قراضاً أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فإن علما ذلك لجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضاً من غير أن يسمى في الربح قدرأ ففعله محمول على مثل ما قارض زيد عمراً ، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمراً كان القراض باطلا لجهلهاما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطله للقراض

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً . وهكذا لو عليه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل

أحد المتعاقدين بالعوض كجهام ما، به ، فلو قال : خذ قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا ، لأن زيدا قد يقارض عمرا وقد لا يقارضه ، وقد يقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال خذ قراضا على ما وافقك عليه زيد لم يجز للجمل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذ قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقتنعك لم يجز لجمله بكفايته وقناعته ، فإن اشترى وباع في هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخمران لرب المال وعليه ، وللعامل أجره المثل :

(فرع) إذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فإن لم يسكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وإن كان في المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ، مثل أن يدعى العامل - وقد أحضر ألفي دينار - أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ، فقيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبي حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين في العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : إن العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل

(والثاني) أن القول قول العامل إذا قيل إنه شريك مساهم . وهذا قول محمد بن الحسن ، وهو أصح الوجهين في اختلافهما ، لأن 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 الألفين ربما ، وجعل رأس المال ألفا .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة لي ، أو ودبعة في يدي ، أو هي دين علي من قراض وادعاه رب المال ربحاً فالقول قول العامل مع يمينه لما كان يده واقفه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب العبد المأذون له في التجارة)

لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعها مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبي فإن اشترى شيئاً في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الإصطخري وأبو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالفلس ويخالف النكاح فإنه تنقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير إذنه ، فإن قلنا : أنه يصح دخول المبيع في ملك المولى لأنه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته لأن اطلاق البيع يقتضي إيجاب الثمن في الذمة ، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضى بذمته فلو لمه 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 لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن ، وإن قلنا إن الشراء باطل وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد فإن تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق لأنه رضى بذمته وإن تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في الحال ومطالبة العبد إذا عتق لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

(فصل) وان أذن له في التجارة صح تصرفه لأن الحجر عليه لحق المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لأنه إن دفع إليه مالا فاشترى به كان المشتري عوض ماله فكان له ، وإن أذن له في الشراء في الذمة كان المشتري من أكسابه لأنه تناوله الإذن فإن لم يكن في يده شيء أتبع به إذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له في رقبته فلم يقض منها دينه .

(فصل) ولا يتجر الا فيما أذن به لان تصرفه بالإذن فلا يملك الا ما دخل فيه فان أذن له في التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتره 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 فيها ذكرناه نظر ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لان فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير إذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان .

١ (أحدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح لان الاذن في التجارة يقتضى ما ينتفع به ويربح 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 لأن حقوق الغرماء تعلقت به فان اشتراه باذنه صح الشراء فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ومتى صح العتق لزمه أن يغرّم 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 اتهم 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 عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع ولانه يملك البضع فملك المال كالحر ، 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 نصاباً لم يجب زكاته على المولى في قوله القديم ويجب في الجديد ؛ فان

وجب كتمارة عليه كفر بالطعام والكسوة في قوله القديم وكفر بالهجوم 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 المسال مجهولا لأنه تابع ولا يجوز في الجديد لانه غير تابع والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : لا يبطل الاذن بالاباق ، وقال أبو حنيفة : يبطل لانه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه مالو 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 ، فان سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمنصوب .

ولا يجوز المأذون في التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ولا الهبة بالمال كقول ولا اعارة الدابة ، وقال أحمد : يجوز هبته واعارته دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن امرافا ، وبه قال أبو حنيفة .

دليلنا : أنه تبرع بماله فلم يحز كهبة دراهمه ، وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمرهم وهو يومئذ عبد ، رواه صالح في مسأله باسناده ، قال ابن قدامة : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز المرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها والله تعالى أعلم .

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 السكرم لأنه شجر تجب الزكاة في ثمرته بجازت المساقاة عليه كالنخل ، وتجوز على الفسلان وصغار السكرم إلى وقت تحمل لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والسكرم ، ولا تجوز على المباطخ والمقائز والعلاف وقصب السكر لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع . واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالبن والتفاح ، فقال في القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فأشبهه النخل والسكرم . وقال في الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب^(١) والخلاف .

واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الأم : تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى .

وقال في البويطى : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وإنما أجزى 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 (ص) لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقرم بها على ذلك ما شئنا ،

(١) قال ابن بطال : الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبندار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كما ورد ، وسمعه بالتخفيف وروى بالتثنية . وذكر ابن قتيبة في كتاب عيون الأخبار أن الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصنصاف

وعن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا رواه أحمد والبخارى بمعناه . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قالت الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم : أقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال لا ، فقالوا تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا . رواه البخارى . وعن طاوس أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والرابع ، فهو يعمل به إلى يومك هذا . رواه ابن ماجه . قال البخارى وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزعمون على الثلث والرابع ، وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وآل عمر . قال وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا . وقال الشافعى : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرض بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى .

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجرة ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعة يقتضى وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعى 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 والسكرم

وقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه ، وأما الإجماع فقد قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فإن عبد الله بن عمر الذي روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجح عنه وقال : كنا نخاير

أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
المخابرة . وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه
عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة
الإجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن 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 شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عهد الخلفاء ولم يخبرهم من
سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع
وعلى أنه قد روى في تفسير خير رافع عنه ما يدل على صحة قولنا ، فروى
البخارى بإسناده قال : كنا نكسر الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض ،
فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا .
فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، روى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع
الفساد وهو مضطرب جداً

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه في هذا ضروب
قال الأثرم كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ؛ وقال طاووس :
إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبر أن النبي (ص) لم ينه عنه وإنما قاله لأن
يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً ، 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 خبر
لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ، ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن
شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه . وأما غير ابن عمر فقد
أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل عليه .
فإن كثيراً من اصحاب النخيل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه ،
وقال الماوردي في الحارثي : والمساقاة في تسميتها ثلاثة تأويلات ، أحدها أنها

سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق . والثاني : أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمي سقياً فاشتقوا اسم المساقاة منه . والثالث أنها سميت بذلك لأن 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 ، فإنه تفرد بإبطالها ، وحكى عن النخعي كراهتها .

واستدل من نصر قول أبي حنيفة على إبطال المساقاة بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم : فافتضى أن يكون بإبطال العقد أحق ، ولأنه عتمد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقوداً ببعضها كالمخابرة ، ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلاً كالبيع ، لأنه عمل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلاً كما لو استؤجر على عمل بثمره هذه الثمار في القابل ولأن المساقاة اجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة أو ثابتة في الذمة ، وما ثمره نخل المساقاة غير معين ولا ثابت في الذمة فوجب أن تكون باطلة ولأن الممتنع من المساقاة فيها سوى النخل والسكر من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فإن المساقاة لا تصح في الزرع لأنها كالمخابرة على الزرع وقد نهى عنها النبي (ص) لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال : كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبي (ص) : من كان له أرض فليرزقها وليجرئها أخاه وإلا فليدعها ، واختلف قوله في سائر الأشجار فأجازها في قوله القديم في التين والتفاح لأنها شجر مثمر فأشبهه النخل إلا أنه قال في الجديد ، والمساقاة جائزة بما وصفت في النخل والسكر دون غيرها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالحرص وثمرهما مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع احاطة النظر اليه ؛ وثمر غيرهما متفرق بين أصفاف ورق شجره ولا يحاط بالنظر اليه .

وجملة الثمر من النبات مئعرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والسكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون السكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى السكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى السكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياساً ، فقال بعضهم : بل قال به نصاً وهو ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والسكرم ، وقال آخرون - وهو الأشبه : إنه قال به قياساً على النخل من وجهين ذكرهما : أحدهما لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيها ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما .

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقائى والمباطخ والبساذبحان ويسمىها الزراعيون النباتات الزاحفة (١) وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجراً 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 الأشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إيجارها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولان المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

والقول الثانى : وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصاً بالنخل والسكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والسكرم وبين الشجر .

(١) عند علماء النبات : الزاحفة كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمثلية كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الأشجار الخشبية المنعرة لأنها كما كان فاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

(أحدهما) اختصاص النخل والسكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار .

(والثاني) بروز ثمرها وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار ، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليها سحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما نصح المخابرة في البياض الذي بين النخل ويكون تبعا .

فوائد أصولية

انعقد اجماع الصحابة عن سيرة أبي بكر وعمر رضى الله عنهما في مساقاة أهل خيبر بعد النبي صلى الله عليه وسلم اتباعا له الى أن حدث من اجلاتهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز اجارتها جاز العمل عليها ببعض ثمنها كالدراهم والدنانير في القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين ، أحدهما ذكره أبو علي بن أبي هريرة أن الامة بجمعة على جواز القراض وما انعقد الاجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذا عن توقيف أو اجتهاد يرد الى أصل ، وليس في المضاربة توقيف نص عليه ؛ فلم يبق الا توقيف اجتهاد أدى الى الحاقه بأصل ، وليس في المضاربة في الشرع أصل ترد اليه الا المساقاة ، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع بجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه ، والثاني : ذكره أبو حامد الاسفراييني 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 ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان أحدهما : أنه على قولين كالبيع : والثاني : أنه لا يصح قول واحد الا أن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لانه عقد لازم ، فلو جوزناه مطلقا استبد العامل بالاصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة فان ساقاه على النخل او على الودي الى مدة لا تحمل لم يصح ، لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ، وذلك لا يوجد ، فإن عمل العامل فهل يستحق أجره المثل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يستحق ؛ وهو قول المزني ، لانه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الاجرة كالمناطوع في غير المساقاة (والثاني) أنه يستحق ، وهو قول أبي العباس ، لان العمل في المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان .

أحدهما : أنها تصح لانه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فأشبهه اذا ساقاه الى 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 الى محل لا يوجد في الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق أجره المثل ، لانه لم يرض أن يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله . واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : لا تجوز بأكثر من سنة ، لانه عقد على غرر أجز للحاجة ولا تدعو الحاجة الى أكثر من سنة ، لان منافع الاعيان تتكامل في سنة .

والثاني : تجوز ما بقيت العين ، لان كل عقد جاز الى سنة جاز الى أكثر منها كالسكناية والبيع الى أجل .

والثالث : أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الثلاثين شطر العمر ؛ ولا تبقى الاعيان على صفة أكثر من ذلك ؛ ومنهم من قال : هي على القواين الاولين ، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التيسير ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف

منافعها ، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان ، أحدهما : لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعيانا بشمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها ، والثاني : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم يأمن 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 سنه من العوض ، لأن 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 لأنها نائمة حدثت بعد انقضاء العقد وإن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلح تعلق بها حق العامل لأنها حدثت قبل انقضاء المدة

(الشرح) قال الشافعي : فإذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهي المساقاة التي ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم اه .

(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

١ - أن تكون النخل معلومة ، فإن كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطي ، أو على مال يثبت من نخلي 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 الأصح - 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

عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه ، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد - فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة - فقد قال المزني : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز ، وإن كان بعده لم يجوز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزيد لم يجوز . فأما الشافعي فقد حكى عنه في الإملاء جوازها من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله في الأم إنه أجبر ، والمشهور من مذهبه والأصح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البوطي 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 تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجوز 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 بافظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز إطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزممت 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 وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعاً متناهياً ، فإن تأخر طلوعها فيها بجاذت أطلعت بعد تقضيها فعلى الأصح من المذهب في أن العامل شريك تكون بينهما ، وإن انقضت المدة ، وإن استحق الثمرة إلا فيها اخنص بالعمرة من تأبير وتلقيح إن قيل بأن الأمل أجبر فلا حق

له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، ولا يستهلك عمله بغير مال فيحكم له حينئذ بأجرة المثل، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعي: تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فإذا عرفنا أن أقلها مدة تطلمع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل فإن أقصاها، فقد حكى الماوردي أنها كالأجارة، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعي في أكثر مدة الاجارة على قولين (أحدهما) لا تجوز إلا سنة واحدة لزيادة الفرر فيها زاد على السنة . والقول الثاني: تجوز سنين كثيرة

قال الشافعي تجوز ثلاثين سنة . فن أصحابنا من جعل الثلاثين حداً لا أكثر المدة اعتباراً بظاهر كلامه . وذهب سائرهم - وهو الصحيح - إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بمحد لاكثر المدة، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التأكيد (والثاني) أنه محمول على ما لا يبقى أكثر من ثلاثين سنة

فعلى هذا تجوز الاجارة سنين كثيرة، فمهل ذكر اجارة كل سنة لازم فيها على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين اجارة 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 اليها 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، لأن ذلك يقع على القليل والكثير، فيعظم الفرر. وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح لأنه 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 ، لأنه شرط عليه بعد حقه فلا يستحق عليه عوضاً . 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 لأنه يعمل فيها مدة ثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها .

(فصل) ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال إن سقيته بالسيح فلك الثلث وإن سقيته بالناضح فلك النصف لم يصح لأنه عقد على مجهول .

(فصل) وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدي معناه ، لأن القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فإن قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرة لم تصح لأنه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح .

(فصل) ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفي خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كإبيع (والثاني) لا يثبت لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس اثبت فيه خيار الشرط كإبيع .

(فصل) وإذا تم العقد لم يحز 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 الاجاجين وتنقية السواقي والسقي وقمع الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الاصل ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله

واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط ، فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهم من قال يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة .

(فصل) وإن 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 يحز شرط المال على العامل لم يحز شرط العمل على رب المال ، وإن شرط أن

يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز . واختلاف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال لا يجوز فيها لأن عمل الغلمان كعمل رب المال ، فإذا لم يجوز شرط عمله لم يجوز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره

(والثاني) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ، فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فإنه مالك ، فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله (والثالث) أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض ، لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره ، فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه ، وليس في القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجوز 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 ، لأن بعملهم ينحفظ الأصل وتزكو الثمرة ، وإن لم بشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه .
(والثاني) أنها على رب المال ، لأن شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه :
(والثالث) أنها من الثمرة لأن 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 قولاً واحداً ، لأن 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 ، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاءه منه فوجب أن يستوفي وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفي بغيره

(فصل) وان هرب رفع الامر الى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فان لم يكن مال افترض عليه ، فإن لم يجد من يقرضه فرب النخل أن يفسخ ،

لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع فإن فسخ نظرت فإن لم تظهر ثمرة فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجره ما عمل ، وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم لم يرجع لأنه متبرع وإن لم يقدر على إذن الحاكم فإن لم يشهد لم يرجع لأنه متبرع ؛ وإن أشهد ففيه وجهان . أحدهما يرجع لأنه موضع ضرورة ، والثاني لا يرجع لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا ضرورة ولا غيرها

(فصل) وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وإن لم يعمل ، فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من الركبة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة ، وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لأن الموروث لا يطالب به الوارث كالدين ولا يقترض عليه لأنه لازمة له ولرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب .

(فصل) وإن ساقى رجلاً على نخل على النصف فعمل فيه الدامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لأنه عمل بهوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله ، فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك فإن تلفت رجع بالبدل ، فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وإن أراد أن يضمّن العامل ففيه وجهان ، أحدهما يضمّن الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمّنه كالعامل في القراض في المال المغصوب ، والثاني لا يضمّن إلا النصف لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف ، فأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده ، لأنه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض

(فصل) إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط ، فقال العامل شرط لي النصف وقال رب النخل شرطت لك الثلث تحالفاً لانهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بيئة فتحالفاً كالمبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر وقد مضى تخريجه ويبان طريقه وما قيل من رجوع ابن عمر عنه ، أما قوله : السبيح فهو الماء الجاري ويسميه الفلاحون في ديارنا المصرية (السقي بالراحة) وهو مالا يحتاج إلى شد للماء بالسواقي أو الشواذيف وإنما يرتفع الماء في جداوله على أعلى من مستوى سطح الأرض فيفتح الزارع فتحة من المسقاة فينساب الماء سيجاناً إلى الأرض المراد سقيها فيغمرها في لحظات قصيرة ، أما التلقيح فهو التأبير ، أما صرف الجريد وهو تنحيته وتخفيفه وبتراً أسدأفه لتمذيب النخل والحلوص إلى العذوق بغير أن تؤذى سلاها والأجاجين جمع أجانة وهو العلسوت والمواجير والمرآكن الكبير التي تغسل فيها الثياب .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم . قلت : لانه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها ، فإن قيل : فإذا صححت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صححت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها .

(فرع) قال الشافعي : وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز ، قال الماوردي : هذا صحيح : لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل في الثمر فإذا عقداها 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 اه .

(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

الحاكم لم يجز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة ، وأنه ربما كان جميعها أو سهماً يسيراً منها ، فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبي العباس بن سريج جوازها وجدل الثمرة بينهما نصفين بالسوية حملها على عرف الناس في المسافة وتسويته بينهما في الثمرة ، وقد خطأ المـاوردى هذا لأن ترك ذكر العوض في العقد لا يقتضى حمله على معهود الناس عرفاً ، كالبيع والاجارة ، مع أن العرف مختلف .

فإذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبي العباس لأنه ليس للمعاملة عنده عرف ، فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علماً قدر ذلك جاز ، وإن جهلاً أو أحدهما لم يجز ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً فيكون في السنة الأولى النصف والثانية الثلث والثالثة الربع ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل في كل عام حتى يتساوى نصيبه في جميع الأعوام وهذا خطأ لأن ما جاز أن يكون العوض في أحواله منفقاً جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والاجارة ، فإذا علم نصيب العامل ورب المال فذهب الشافعي أن العامل شريك في الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجبر كالمضاربة ، ويختص رب المال بتحمل الزكاة دون العامل والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصته كل واحد نصيباً ففي وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين في الخاطئة في غير المواشى هل يكون كالمخاطئة في المواشى ، وقد مضى في الزكاة للإمام النووي إقاضة وإفادة فيه .

(فرع) الشرط الرابع من شروطها عقدتها بلفظ ساقيتك ليفتق الاحتمال عنها فان عقداً ، بلفظ الاجارة بان قال : استأجرتك للعمل فيما كان العقد باطلاً لأن الاجارة فيها لا تصح ، فإذا عقداً بلفظ الاجارة ، انصرف إلى الاجارة فيطل ، وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظين وقال : قد عاملتك عليهما بالعمل فيما على الشطر من ثمرها ففيه وجهان .

أحدهما : أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة .
والثاني : أن العقد باطل ، لأن هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد ،
وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع على ما فصله واستقصاه مجيداً السبكي
في النكح الاوّل اذا عقد بلفظ التمليك .

(فرع) فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجوز فيه خيار
الثلاث ، واختلاف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالأجارة
وبجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان ،
لأنه عقد غير مضمون ، ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه ، فإن لم يعمل في
النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة ان قيل : انه شريك ، ولا شيء له فيها
ان قيل : انه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد ،
فإن أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون
كالأجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ، والفرق بين المساقاة
حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجوز للعامل أن يضارب بها أن
تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لأن العقد ليس بلازم فلم
يملك الافتيات عليه في تصرفه ، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه
للزوم العقد فذلك الاستنابة في تصرفه .

(فرع) قال الشافعي : وكل ما كان مستزاداً في الثمرة من اصلاح للهار
وطريق الماء وتصريف الجريد ، وإبار النخل وقطع الحشيش الذي يضر بالنخل
أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار
فليس فيه مستزاد لاصلاح في الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقاة ، فإن قال :
فإن كان اصلاح للنخل أن يسد الحظار - بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة كسكاب
بعد ظاء معجمة : الحائط - فيكذلك أصلح لها أن يبني عليها حظار لم يكن ، وهو
لا يجيزه في المساقاة ، وليس هذا الاصلاح من الاستزاد في شيء من النخل إنما
هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط في المساقاة على أربعة أنواع :

١ - ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

٢ - ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

٢ - ما يعود نفعه على النخل والثمرة ٤ - ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطمها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم الى (ا) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار (ب) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد اصاح به - دمه كـ تصريف 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 بعده

(الثاني) أنه واجب على العامل بغير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ،

وإن تكاملت قبله .

وأما النوع الثاني وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقي ورفع مياه الأنهار ، فكل هذا ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكلة من عمل الدواليب وإصلاح الزرائيق ، فإن شرط رب المال على العامل شيئاً ما ذكرنا كان الشرط باطلاً ، والمساقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملاً على الشروط الزائدة في الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن في أحد القولين ، وقد خطأ جمهور فقهاءنا هذا لأن عقود المعارضات إذ اتضمت شروطاً فاسدة بطلت كـ لشروط الفاسدة في البيع والاجارة

والنوع الثالث وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقي والابارة وقطع الحشيش المضر بالنخل الى ما جرى هذا المجرى مما فيه اصلاح النخل ومستزاد في الثمرة مما لا تصلح الثمرة الا به كالسقي فيها لا يشرب بعروقه كـنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة

(والوجه الثاني) أنه واجب على رب النخل ، واشتراطه عليه مبطل للعقد

لأنه 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 واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تسمير ماله .

وأما النوع الرابع ، وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة : فهو كالأشراط على العامل أن يبني له قصرأ أو يخدمه شهراً أو يسقي له زرعاً تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تخصص بشيء من مصلحته (فرع) قال الشافعي : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالاً لا عامل للنبي صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم . فإذا كان يجوز المساق أن يساقى نخلاً على أن يعمل فيه عمال الحائط ، لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقاً ليسوا في الحائط يعملون فيه ، لأن 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 الأمرين من أشبه الأمر وعندنا والله أعلم قال ونفقة الرقيق على ما تشارط عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا المساق بغير أجره جاز أن يعملوا له بغير نفقة . اهـ وبقيّة الفروع التي فصلها المصنف على وجهها ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب المزارعة)

لا تجوز المزارعة على بياض لاشجر فيه لما روى سليم بن بشار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) 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 ذلك ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلك ولا بربع ولا بطعام مسمى . فأما إذا كانت

الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت فإن كان النخل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقبه على النخل وتزرعه على الأرض لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي (ص) عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة لأنها إنما أجزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة . وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبهه إذا قدمت (والثاني) تصح لأنها يحصلان لمن له المساقاة ، وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز لأن النبي (ص) عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع ، فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض ، والثاني لا يجوز لأنها إذا تفاضلتا تميزا فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر ، فإن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبهه الكثير (والثاني) لا يجوز لأن البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الآخر أكثر تابعاً للأقل .

(الشرح) حديث رافع بن خديج رواه البخاري ومسلم بلفظ : كنا أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فتمانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا ، وفي لفظ للبخاري : كنا أكثر أهل الأرض مزدرباً ، كنا نكري الأرض بالناحية منها السيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فتمينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وفي لفظ : عند مسلم وأبي داود والنسائي : إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله (ص) بما على الماذبانات .

(١) الماذبانات : حكى القاضي عياض عن بعض الرواة فتح الذال في غير صحيح مسلم ، وهي ما ينبت على حافة النهر ومسابل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهي في الاصل مسابل المياه فتسمية النبات عليهما باسمها ، كما وقع في بعض الروايات يؤاجرون على الماذبانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة والمحلية والاربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفي رواية عند أحمد والبخاري والنسائي عن رافع قال : سمعتني عباي أنهما كانا يكرهان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأرباع ، وبشيء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك . .

وفي رواية عند أحمد ، إن الناس كانوا يكرون المزارع في زمان النبي صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشيء من التبن فسكروه رسول الله (ص) كرى المزارع بهذا ونهى عنها . .

وقد حكى في الفتح الحافظ بن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المنفصلي إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكراهها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور في جواز إكراهها بجزء مما يخرج منها فن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجر إجارتهما بجزء مما يخرج قال : النهى عن كراهتهما محمول على ما إذا اشترط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الأرض لما في كل ذلك من الغرر والجهالة .

وفي 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 الأرض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشيء محمول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجح كونه مرفوعاً 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 أرضاً ، ورجل اكترى أرضاً بذهب أو فضة ، لكن بين النسائي من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة ، وأن بقيته 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 صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحتصموا في بعض ذلك فنهاهم أن يكرؤا بذلك وقال : اكرؤوا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة في النهي عن المخاربة التي فعلها النبي (ص) في خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، وبقي هذا تصريح رافع في هذا الحديث بجواز المزارعة على شيء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد ابن حضير قال : كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاهما بالنصف والثلث والرابع ، وبشترط ثلاث جداول ، والقصاراة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، وبسبب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقال نهى النبي (ص) عن أسر كان لكم نافعاً ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم ، نهاكم عن الحقل ، رواه أحمد وابن ماجه .

والقصاراة بقية الحب في السنبيل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما في الحديث غير المخاربة 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 يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام يسمى .

وكذلك حديثه أيضا عند أبي داود بإسناد فيه بكر بن عامر البجلي السكوني وهو فيه مقال قال : إنه زرع أرضا فر به النبي (ص) وهو يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال زرعى بيذرى 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 المخاربة قلت : وما المخاربة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ، فيها دليل

على المنع من المخاربة بجزء معلوم ، ومثل هذه الأحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى عن المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد وليكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبي (ص) في خيبر وهو مستعر على ذلك الى موته وتفرره لمجاعة من الصحابة عليه ولا سبيل الى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه في أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة الى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب ،

قال الشوكاني : النهى يحمل على معناه المجازى وهو السكراةة . قال الشافعي أخبرنا سفيان بن عيينة قال : سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نأخبر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله (ص) نهى عنها فتركناها لقول رافع .

قال الشافعي : والمخاربة استكراه الأرض ببعض ما يخرج منها فدلّت سنة رسول الله (ص) في نهيه عن المخاربة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء ، وذلك أن المزارع يقبض الأرض بيضاء لا أصل فيها ولا يزرع ثم يستحدث فيها زراعا . والزرع ليس بأصل والذي هو في معنى المزارعة الاجارة ، ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئا الا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعي بعد أن جوز كراه الأرض بالذهب والفضة : وإذا كان النخل منفردا فبأصله عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهري النخل على المعاملة ، وكان ما بين ظهري النخل ومنافعها من الجريد والبيكرانيف ، وان كان الزرع منفردا عن النخل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ربا للنخل ولا يشرب 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 كراه ومن هنا نرى الإمام الشافعي يحرم المزارعة في بياض النخل تبعا للمساواة ، وقد قال في المساواة : وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المساواة كما تجوز

في الأصل ، 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 استئجار الأرض 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 الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قد زارعتك على هذه الأرض على ما نبت من الماذيبانات كان لي ، وما نبت على السواقي والجداول كان لك أو على أن ماسق بالسماء فهو لي وما سقى بالرشا فهو لك ، فهذه مزارعة باطلة انفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد بن المسيب عن سعد بن أبي وقاص ثم ساق الحديث ، وأما الضرب الثاني الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليعمل العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطها على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع لياخذ الزارع سهمه بعمله ، وبأخذ رب الأرض 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 الأرض ، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع ابن خديج رضي 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 الأرض وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد ابن أبي وقاص ومعاذ بن جبل رضي 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 الأرض 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 (ص)

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 وأخبرني أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خيبر له من أن يأخذ عليها خرجا معلوما .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعي عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكارها بثلث 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 ، ولأن الأصول التي تصح إيجارها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الأرض لما جازت إيجارها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقتين في صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الأهصار 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 الأصول لها في المساقاة والمضاربة ، ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهي أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر ، ثم إن ما سميت به البشرية من بلشفيه ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

تم الجزء الرابع عشر ويليهِ الجزء الخامس عشر

وأوله كتاب الاجارة

(فهرس الجزء الرابع عشر من المجموع)

- ٣ كتاب الضمان ومعناه
- ٨ يصح ضمان الدين عن الميت ويصح من كل جائز التصرف في ماله
- ١١٣ ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه ، وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له ١٤ وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن ١٦ ويصح ضمان كل دين لازم
- ١٨ ولا يصح ضمان المجهول
- ٢٠ ولا يصح ضمان ما لم يجب . ولا يجوز تعليقه على شرط
- ٢١ ويجوز أن يضمن الدين الحال الى أجل
- ٢٢ ولا يثبت في الضمان خيار
- ٢٣ ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه
- ٢٥ وأن يضمن عن رجل ديناً بغير إذنه لم يجز مطالبة المضمون عنه
- ٢٧ وإن قبض صاحب الحق من المضمون برىء الضامن
- ٢٨ وإن قضى الضامن الدين رجع على المضمون
- ٣٦ ويصح ضمان الدرك وبيان ما هو
- ٤١ وتجاوز كفالة البدن - وتفسيره
- ٤٦ إذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل فمن يكون التكفل
- ٤٧ وتجاوز الكفالة حالاً ومؤجلاً
- ٤٨ وتجاوز الكفالة به ليسلم في مكان معين
- ٤٩ ولا تجوز الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول
- ٥٠ وإن أحضر المكفول به في غير الموضع المشروط
- ٥٤ وأن تكفل بيدن رجل فقات المكفول به برىء التكفل
- ٥٦ إذا ضمن الرجل في مرض موته عن غيره ديناً
- ٥٧ إذا ادعى رجل على أنه ابتاع منه هو ورجل غائب
- ٥٩ وأن ضمن ديناً ثم اختلفا قادهى الضامن انه كان صديقاً
- ٦١ كتاب الشركة ، ويكره أن يشارك المسلم الكافر

- ٦٤ وتجوز الشركة في التجارة : وبيان مالا تجوز الشركة فيه
- ٦٦ ولا يصح من الشرك الا شركة العنان وتفسيره ، ولا تصح حتى يختلط المالان ، ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه
- ٧١ ويقسم الربح والخسران على قدر المالكين
- ٧٢ وأما شركة الأبدان وهي الشركة على ما يكتسبان
- ٧٣ وأما شركة المفاوضة ومعناها
- ٧٥ وأما شركة الوجوه ومعناها
- ٧٦ وان أخذ رجل من رجل جملا ومن آخر راوية
- ٨٠ والشريك أمين فإن هلك من مال الشركة من غير تفریط فلا ضمان
- ٨١ إذا اشترى أحد الشريكين للشركة بأكثر من ثمن المثل
- ٨٩ ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه . اذامات أحدهما انفسحت الشركة
- ٩٢ كتاب الوكالة . تجوز الوكالة في عقد البيع ، وتجوز في عقد النكاح
- ٩٨ وتجوز في إثبات الأموال والخصومة وفي فسخ العقود
- ١٠١ ولا يصح التوكيل الا لمن يملك التصرف
- ١٠٢ المرأة لا يجوز توكيلها عن ابنتها في عقد النكاح
- ١٠٥ ولا تصح الوكالة الا بالاجاب والقبول ولا تصح إلا في تصرف معلوم
- ١٠٨ ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل
- ١٠٩ ولا يملك الوكيل التصرف الا في حد ما أذن الموكل . هل للوكيل أن يوكل غيره ١١٤ وان وكل رجلا في الخصومة فليس له الاقرار على الموكل ولا الإبراء من دينه .
- ١١٧ لو وكله في المطالبة بالدين فليس له قبضه
- ١١٨ وان وكل في البيع في زمان معين لم يملك البيع قبله ولا بعده
- ١٢٠ وان وكله في البيع من رجل فليس له أن يبيع لغيره
- ١٢٢ وان وكله في بيع سلعة لم يملك بيعها لنفسه الا باذن
- ١٢٦ وان وكله في شراء سلعة سليمة لم يملك شراء معيبة

- ١٢٩ ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد
 ١٣١ وان وكاه أن يشتري بالنقد فاشترى في الذمة لم يصح
 ١٣٤ وان وكاه في الشراء ولم يدفع له فاشتراه
 ١٣٦ ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع مؤجلا الا باذن
 ١٣٩ ولا يجوز للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل
 ١٤٦ اذا اشترى الوكيل ما هو مأذون فيه انتقل الملك الى الموكل . وان وكاه
 في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء
 ١٥٤ ويجوز للدول أن يعزل الوكيل ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه
 ١٥٧ الوكيل أمين فان تلف في يده لم يضمن
 ١٦٥ فان اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل تلفه وانكر الموكل
 ١٧١ كتاب الوديعة وهي الأمانة . يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة أن يقبلها
 ١٧٤ ولا يصح الإيداع ولا القبول إلا من جائز التصرف ١٧٦ وتنعقد الوديعة
 بما تنعقد به الوكالة ١٧٧ حكم الوديعة إذا تلفت ١٨٠ الوديعة تحفظ في
 حرز مثلها ١٨٤ إذا أراد من عنده الوديعة أن يسافر
 ١٨٧ إذا حضره الموت فالحكم كالمسابق ١٨٩ من عنده وديعة : حكم ما لو أودعها
 غيره فتلفت ١٩٦ إذا أو أودع رجل لرجل وديعة فأنكرها من أخذها
 أو ادعى تلفها ١٩٩ كتاب العارية : معناها ٢٠٢ ولا يجوز إجارة جارية
 ٢٠٣ إذا قبض العارية ضمنها ٢٠٧ ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض
 ٢١٣ وإن أعاره أرضا للفراس ثم رجع بعد أن غرس ٢١٦ وإن أعاره حائطا
 ليضع عليه جذوعاً فليس له الرجوع ٢٢٠ إذا ركب دابة غيره فاختلعا
 فقال مالكها إنها إجارة وقال راكبها بل إجارة
 ٢٢٧ كتاب الغصب، من غصب مال غيره ضمنه، وإن كان لمثله أجره ضمن أجره المدة
 ٢٣٢ تحريم الغصب وتعريفه ٢٣٣ أحوال المغصوب إما أن يكون باقيا أو تالفا
 أو ناقصا وأحكام ذلك ٢٤٨ وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كان
 شجرة فأنمرت، ثم تلف، وإذا غصب دراهم فاتجر بها فربح، وان غصب
 عينا فاستحالت في يده بأن كان يضاف صار فرخا، فإن نقصت قيمة الاستحالة

- رجع بأرث النقص ٢٤٩ وان غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته
 بأن كان قاشاً غطاه ٢٥٢ وان غصب شيئاً تخلط به لا يتميز منه من جنسه
 فإن خلطه بمنه في القيمة . . وان خلطه بأجود منه . . وان خلطه بأدنى منه
 ٢٥٥ وان غصب أرضاً فغرس فيها وطلب صاحب الأرض قلع الغراس لزمه ذلك
 ٢٥٦ وان غصب أرضاً وحفر فيها بئراً وطلب صاحب الأرض طمسها لزمه ذلك
 ٢٦١ واذا غصب ثوباً فصبغه فان زادت قيمة الثوب بالصباغة . . .
 ٢٦٨ وان غصب عيناً وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها
 ٢٧٣ وان غصب خيراً : فإن غصبها من ذمي ، وان غصبها من مسلم
 ٢٧٤ وان غصب جلد ميتة لزمه رده ، وان غصب صليباً أو مزماراً لم يلزمه شيء
 ٢٨٤ وان فتح قفصاً عن طائر ، فإن . . . ٢٨٦ وان وقع طائر لغيره على جدار
 فرماه بحجر فطار لم يضمنه ، وان فتح زقاً فيه سائل فخرج ضمنه
 ٢٨٦ وان حل رباط سفينة فغرقت ضمن ، واذا أجاج على سطحه ناراً فطارت
 شرارة الى دار الجار فأحرقتها . ، واذا ألقى الريح ثوباً لانسان في داره
 لزمه حفظه ٢٩٤ اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف
 المغصوب وان تلف المغصوب واختلفا في قيمته
 — ٢٩٨ كتاب الشفعة ٣٠٠ ولا تثبت الشفعة الا للشريك في ملك مشاع . .
 ولا تجب الا فيها تجب قسمته عند الطلب
 ٣٠٩ وتثبت الشفعة للكافر على المسلم ، ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على
 العوض ، وبأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به
 ٣١٠ وان اشترى الحصاة بشمن مؤجل فهل من له الشفعة يأخذها كذلك
 ٣٢٣ وان وجبت له الشفعة وهو محبوس أو غائب ، وان قال المشتري اشتريت
 بمائة فعفا الشفيع ثم ظهر انه اشترى بخمسين فهو على شفيعته
 ٣٢٤ ومن وجبت له الشفعة في حصاة لم يجوز أن يأخذ بعضها
 ٣٢٥ وان كان للحصاة شفيع وأرادوا أخذها أخذوها ، وان كان المشتري شريكاً
 ٣٤٣ وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى وراثته
 ٣٥٦ كتاب القراض ومعناه ٣٥٨ ولا يجوز الا على مال معلوم الصفة والقدر

- ٣٦٤ ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم
- ٣٦٥ ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما
- ٣٦٧ ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل
- ٣٦٨ ولا يجوز على مسدة ، ولا يصح الا على التجارة ، وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه ٣٧٠ ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال
- ٣٧٣ ولا يتجر العامل الا فيما أذن فيه رب المال ، ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال ، ولا يتجر الا على النظر والاحتياط
- ٣٧٧ ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال ، وان ظهر في المال ربح
- ٣٧٨ وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاضلة
- ٣٨٣ والعامل أمين فيما في يده فإن تلف من غير تفريط
- ٣٨٤ ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ٣٨٧ وإن مات أحدهما انفسخ
- ٣٨٦ وان اختلف العامل ورب المال في تلف المال . وان اختلفا في رد المال فادعاه العامل ، وان اختلفا في قدر الربح المشروط فاعى العامل انه النصف وان اختلفا في قدر رأس المال
- ٣٨٧ وإن قال ربحت في المال ألفاً ثم ادعى انه غلط
- ٣٩٦ باب العبد المأذون له في التجارة ٢٢٩ ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل
- ٣٩٩ (كتاب المساقاة) وبيانها ٢٣٧ ولا يجوز إلا على معلوم ومدة معلوفة
- ٤٠٨ ولا تجوز الا على جزء معلوم وعمل معلوم ٢٤٩ واذا تم العقد لم يجز لو احد منهما فسخته . وان شرط العامل أن يعمل معه رب المال لم يصح
- ٤١٠ وان هرب رفع الأمر الى الحاكم ، وان مات العامل قبل التمام
- ٤١٥ باب المزارعة ، لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه