

المغنى

لمؤلف الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسى الجماعىلى الدمشقى الصالحى الحنبلى

٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

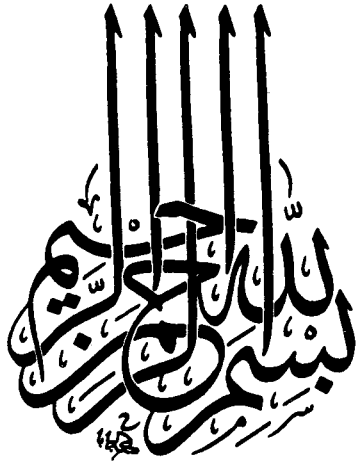
الدكتور

عبد بن عبد المحسن الترمكى

الجزء السابع

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الصُّلْحِ

الصُّلْحُ مُعَاقِدَةٌ يَتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى الْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ ، وَيَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ صُلْحٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ ، وَصُلْحٌ بَيْنَ أَهْلِ الْعَدْلِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ ، وَصُلْحٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِذَا خِيفَ الشُّقَاقُ بَيْنَهُمَا ، / قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ (١) ، وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ (٢) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى بِمِثْلِ ذَلِكَ . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ (٤) عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا بَابٌ يُفْرَدُ لَهُ ، وَيُذَكَّرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ . وَهَذَا الْبَابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ فِي الْأَمْوَالِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، وَصُلْحٌ عَلَى إِتْكَارٍ . وَلَمْ

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١٠٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزني .

وأخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام احمد ، في : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبي هريرة .

(٤) في ب ، م : « الأمة » .

يُسَمُّ الْخِرْقَى الصَّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ خَاصَّةً .

٨١٧ - مسألة ؛ قال : (وَالصَّلْحُ الَّذِي يَجُوزُ ، هُوَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدْعَى حَقٌّ لَا يَعْلَمُهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى بَعْضِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ ، فَجَحْدُهُ ، فَالصَّلْحُ بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصَّلْحَ عَلَى الْإِنْكَارِ صَحِيحٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَاوَضَ عَلَى مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ^(١) ، فَلَمْ تَصِحَّ الْمُعَاوَضَةُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالٌ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ خَلَا عَنِ الْعِوَضِ فِي أَحَدِ جَانِبَيْهِ ، فَبَطَلَ ، كَالصَّلْحِ عَلَى حَدِّ الْقَذْفِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ صَلِّهِ عَلَيْهِ : « الصَّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » . فَيَدْخُلُ هَذَا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ . فَإِنْ قَالُوا : فَقَدْ قَالَ : « إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وَهَذَا دَاخِلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَحَلَّ بِالصَّلْحِ . قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ دُخُولَهُ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا يُوجَدُ فِي الصَّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ الصَّلْحُ بِمَعْنَى الْهَبَةِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَا كَانَ حَرَامًا عَلَيْهِ ، وَالْإِسْقَاطُ يُحِلُّ لَهُ تَرْكُ أَدَاءِ مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ لَوْ حَلَّ بِهِ الْمُحَرَّمُ ، لَكَانَ الصَّلْحُ صَحِيحًا ، فَإِنَّ الصَّلْحَ الْفَاسِدَ لَا يُحِلُّ الْحَرَامَ ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى تَنَاوُلِ الْمُحَرَّمِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى اسْتِرْقَاقِ حُرٍّ ، أَوْ إِحْلَالِ بَضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أَوْ صَالَحَهُ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ . وَليْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَعَلَى أَنَّهُمْ لَا يَقُولُونَ بِهَذَا ، فَإِنَّهُمْ يُبَيِّحُونَ لِمَنْ لَهُ حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُهُ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِهِ أَوْ دُونِهِ ، فَإِذَا حَلَّ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَلَا عِلْمِهِ ، فَلَأَنْ يُحِلَّ بِرِضَاهُ وَبَدَلِهِ أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ ^(٢) إِذَا حَلَّ مَعِ / اعْتِرَافِ الْغَرِيمِ ، فَلَأَنْ يُحِلَّ مَعَ جَحْدِهِ وَعَجْزِهِ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى حَقِّهِ إِلَّا بِذَلِكَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ

٩٢/٤ ط

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ١ : « وذلك » .

المُدَّعَى هُنَا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِذَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُ ، وَقَطْعَ الخُصُومَةِ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ ، لِأَنَّهُ صَلَاحٌ يَصِحُّ مَعَ الأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مَعَ الخَصْمِ ، كَالصَّلَاحِ مَعَ الإِقْرَارِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الأَجْنَبِيِّ مَعَ غِنَاؤِهِ عَنْهُ ، فَلَأَن يَصِحَّ مَعَ الخَصْمِ مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ أَوْلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . قُلْنَا : فِي حَقِّهِمَا أَمْ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؟ الأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ المُدَّعَى يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ مِنَ المُنْكَرِ لِغَلْمِهِ بِثُبُوتِ حَقِّهِ عِنْدَهُ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّهِ ، وَالمُنْكَرُ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ لِذَفْعِ الخُصُومَةِ وَاليَمِينِ عَنْهُ ، وَيُخَلِّصُهُ مِنْ شَرِّ المُدَّعَى ، فَهُوَ أَجْرٌ فِي حَقِّهِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ المُعَاوَضَةِ فِي حَقِّ أَحَدِ المُتَعَاوِدِينَ دُونَ الآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا شَهِدَ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَكُونُ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّ البَائِعِ ، وَاسْتِنْقَادًا لَهُ مِنَ الرِّقِّ فِي حَقِّ المُشْتَرَى ، كَذَا هُنَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا يَصِحُّ هَذَا الصَّلَاحُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُدَّعَى مُعْتَقِدًا أَنَّ مَا ادَّعَاهُ حَقٌّ ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَى المُدَّعَى شَيْئًا افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَقَطْعًا لِلخُصُومَةِ ، وَصِيَانَةً لِنَفْسِهِ عَنِ التَّبَدُّلِ ، وَحُضُورِ مَجْلِسِ الحَاكِمِ ، فَإِنَّ ذَوِي النُّفُوسِ الشَّرِيفَةِ وَالمُرُوءَةِ يَصْعُبُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، وَيَرَوْنَ دَفْعَ ضَرَرِهَا عَنْهُمْ مِنْ أَعْظَمِ مَصَالِحِهِمْ ، وَالشَّرْعُ لَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ وَقَايَةِ أَنْفُسِهِمْ وَصِيَانَتِهَا ، وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُمْ بِبَدْلِ أَمْوَالِهِمْ ، وَالمُدَّعَى يَأْخُذُ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، فَلَا يَمْنَعُهُ الشَّرْعُ مِنْ ذَلِكَ أَيْضًا ، سِوَاءَ كَانَ المَأْخُودُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، بِقَدْرِ حَقِّهِ أَوْ ذُوئِهِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ بِقَدْرِهِ فَهُوَ مُسْتَوْفٍ لَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ ذُوئَهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى بَعْضَهُ وَتَرَكَ بَعْضَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ فَقَدْ أَخَذَ عِوَضَهُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّ الرِّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ ، فَيَكُونُ ظَالِمًا بِأَخْذِهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ جَارًا ، وَيَكُونُ بَيِّعًا فِي حَقِّ المُدَّعَى ؛ لِإِعْتِقَادِهِ أَخْذَهُ عِوَضًا ، فَيَلْزِمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ كَانَ المَأْخُودُ شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فِيهِ الشَّفْعَةُ ، وَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَلَهُ رُدُّهُ ، وَالرُّجُوعُ فِي دَعْوَاهُ ، وَيَكُونُ فِي حَقِّ المُنْكَرِ بِمَنْزِلَةِ الإِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ المَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ ، لَا عِوَضًا عَنْ حَقِّ يَعْتَقِدُهُ ، فَيَلْزِمُهُ أَيْضًا حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ وَجَدَ بِالمُصَالِحِ عَنْهُ عَيْبًا ، لَمْ يَرِجَعْ / بِهِ عَلَى المُدَّعَى ؛

لَا عِتْقَادَهُ أَنَّهُ مَا أَخَذَ^(٣) عِوَضًا . وَإِنْ كَانَ شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ^(٤) فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ عَلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يَزُلْ ، وَمَا مَلَكَهُ بِالصُّلْحِ . وَلَوْ دَفَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ^(٥) إِلَى الْمُدْعَى^(٥) مَا أَدَّعَاهُ أَوْ بَعْضَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ الْبَيْعِ ، وَلَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ عَيْنَ مَالِهِ ، مُسْتَرْجِعًا لَهَا مِمَّنْ هِيَ عِنْدَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ بَيْعًا ، كَاسْتِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَعْصُومَةِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُدْعَى شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ،^(٦) « أَوْ يَنْكِرُ^(٦) الْمُنْكَرُ حَقًّا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى إِذَا كَانَ كَاذِبًا ، فَمَا يَأْخُذُهُ أَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، أَخَذَهُ بِشْرَهُ وَظَلَمَهُ وَدَعَاهُ الْبَاطِلَةَ ، لَا عِوَضًا عَنْ حَقِّ لَه ، فَيَكُونُ حَرَامًا عَلَيْهِ ، كَمَنْ خَوَّفَ رَجُلًا بِالْقَتْلِ حَتَّى أَخَذَ مَالَهُ . وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ يَعْلَمُ صِدْقَهُ وَثُبُوتَ حَقِّهِ ، فَجَحْدَهُ لِيَنْتَقِصَ حَقَّهُ ، أَوْ يُرْضِيَهُ عَنْهُ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، وَأَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ حَرَامًا ، وَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ مَالُ الْمُدْعَى بِذَلِكَ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فَقَالَ^(٧) :

« وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَحْدَهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ » . يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ ، وَأَمَّا الظَّاهِرُ لَنَا فَهُوَ الصَّحَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ بَاطِنَ الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي الْأَمْرُ عَلَى الظَّوَاهِرِ ، وَالظَّاهِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

فصل : وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيْعَةً ، أَوْ قَرْضًا ، أَوْ تَفْرِيطًا فِي وَدِيْعَةٍ أَوْ مُضَارَبَةٍ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَاصْطَلَحَا ، صَحَّ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكَرِ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ اعْتَرَفَ لِلْمُدْعَى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ أَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ ، وَسِوَاءِ كَانَ بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنَّمَا يَصِحُّ

(٣) فِي ب : « أَخَذَهُ » .

(٤) فِي ب : « نَجَبٌ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٦-٦) فِي ب ، م : « وَيَنْكِرُ » .

(٧) فِي أ ، م : « فِي قَوْلِهِ » .

إذا اعترف للمدعى بصدقه ، وهذا مبنئ على صلح المنكر ، وقد ذكرناه . ثم لا يخلو الصلح ، إماماً يكون عن دين أو عين ، فإن كان عن دين ، صح ، سواء كان بإذن المنكر ، أو بغير إذنه ؛ لأن قضاء الدين عن غيره بإذنه وبغير إذنه ، فإن علياً وأبا قتادة ، رضي الله عنهما ، قضيا عن الميت ، فأجازهُ النبي ﷺ (٨) ، وإن كان الصلح عن عين بإذن المنكر ، فهو كالصلح منه ؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل . وإن كان بغير إذنه ، فهو افتداء للمنكر من الخصومة ، وإبراء له من الدعوى ، وذلك جائز . وفي الموضوعين ، إذا صالح عنه بغير إذنه ، لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أدائه . وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين ، فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، / وليس هذا بجديد ؛ لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ، ولا يلزمه أدائه إلى المدعى ، فكيف يلزمه أدائه إلى غيره ! ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه ، فكان متبرعاً ، كما لو تصدق عنه . ومن قال برجوعه ، فإنه يجعله كالمدعى في الدعوى على المنكر لا غير ، أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتماً ، فلا وجه له أصلاً ؛ لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين ، وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ، ولا لزم الأداء إليه ، ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى ، فكذلك هذا . ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى ، فأما إن لم يعلم ، لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته . وأما إذا صالح عنه بإذنه ، فهو وكيله ، والتوكيل في ذلك جائز . ثم إن أدى عنه بإذنه ، رجع إليه (٩) ، وهذا قول الشافعي . وإن أدى عنه بغير إذنه متبرعاً ، لم يرجع بشيء ، وإن قضاؤه محتسباً بالرجوع ، خرَّج على الروايتين في من قضى دين غيره بغير إذنه ؛ لأنه قد

٩٣/٤ ط

(٨) حديث على أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى

٦ / ٧٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٧٨ .

وحديث أبي قتادة ، أخرجه البخاري ، في : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة . صحيح

البخاري ٣ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وأحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٠ . والبيهقي ، في : باب ما يستدل به على أن الضمان

لا ينقل الحق ، وباب الضمان عن الميت ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٤ ، ٧٥ . والحاكم ، في : باب

التشديد في أداء الدين ، من كتاب البيوع . المستدرک ٢ / ٥٨ .

(٩) في ١ : عليه .

وَجَبَّ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ وَقَصَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ قَضَى مَا لَا يَجِبُ عَلَى الْمُنْكَرِ قَضَاؤُهُ .

فصل : وإن صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ الْمُدَّعَى لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَعْتَرِفَ لِلْمُدَّعَى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أَوْ لَا يَعْتَرِفَ لَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ ، كَانَ الصُّلْحُ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ، وَلَمْ تَتَوَجَّهْ إِلَيْهِ خُصُومَةٌ يَفْتَدِي مِنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكٌ غَيْرِهِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يَقْدِرُ الْبَائِعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَبِيعُ لِلدَّيْنِ ^(١٠) مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ . وَمَنْ أَصْحَابُنَا مَنْ قَالَ : يَصِحُّ . وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ الْمُقَرَّبَ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَصِحُّ ، فَبِيعُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُنْكَرٍ مَعْجُوزٍ عَنْ قَبْضِهِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا ، فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ صَادِقٌ ، فَصَالِحِنِي عَنْهَا ، فَإِنِّي قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْقَازِهَا مِنَ الْمُنْكَرِ . فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكَهُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . ثُمَّ إِنْ قَدَرَ عَلَى انْتِزَاعِهِ ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، كَانَ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ / إِلَى بَدَلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي هُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى قَبْضِهِ مَعْدُومٌ حَالِ الْعَقْدِ ، فَكَانَ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدُهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آبِقٌ ، أَوْ مَيِّتٌ . وَلَوْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يُمَكِّنُهُ قَبْضُهُ ^(١١) ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَ الْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ . فَإِنْ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ قَبْضِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَهُ مُمَكِّنٌ ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَنَاقُلَ مَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَا ^(١٢) ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ أَنَّهُ عَبْدٌ غَيْرِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ

و ٩٤/٤

(١٠) في ب : « الدين » .

(١١) في م زيادة : « منه » .

(١٢) في ب ، م : « علمنا » .

المبيع ، وبين من لم يعلم ذلك ؛ لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء ، فكان بيعه فاسداً ؛ لكونه متلاعياً بقوله ، معتقداً فسادَهُ ، ومن لا يعلم يعتقدُه صحيحاً ، وقد تبين اجتماعُ شروطه ، فصَحَّ ، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

فصل : فإن قال الأجنبيُّ للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه في مُصالحتك عن هذه العين ، وهو مُقرُّك بها ، وإنما يجحدُها في الظاهر . فظاهرُ كلام الخِرقيُّ أن الصلح لا يصحُّ ؛ لأنه يجحدُها في الظاهر لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من (١٣) ثمنه ، فهو هاضمٌ للحق ، يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان ، فهو بمنزلة ما لو شافههُ بذلك ، فقال : أنا أعلمُ صححةَ دعواك ، وأن هذا لك ، ولكن لا أسلمهُ إليك ، ولا أقرُّك به عند الحاكم حتى تُصالحني منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضي : يصحُّ . وهذا مذهب الشافعي . قالوا : ثم ينظرُ إلى المدعى عليه ، فإن صدقه على ذلك ، ملك العين ، (٤) «ورجع الأجنبيُّ عليه» بما أذى عنه ، إن كان أذن له في الدفع ، وإن أنكر الإذن في الدفع ، فالقولُ قوله مع يمينه ، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه . وإن أنكر الوكالة ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وليس للأجنبيُّ الرجوعُ عليه ، ولا يُحكم له بملكها . فأما حكمُ ملكها في الباطن ، فإن كان وكل الأجنبيُّ في الشراء ، فقد ملكها ؛ لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يقدح إنكاره في ملكها ؛ لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنما هو ظالمٌ بالإنكار للأجنبيُّ ، وإن كان لم يوكله ، لم يملكها ؛ لأنه اشترى له / عيناً بغير إذنه . ويحتمل أن يقف على إجازته ، كما قلنا في من اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته ، فإن أجازهُ ، لزم في حقه ، وإن لم يُجزه ، لزم من اشتراه . وإن قال الأجنبيُّ للمدعى : قد عرف المدعى عليه صححةَ دعواك ، وهو يسألك أن تُصالحه عنه ، وقد وكلني في المُصالحه عنه . فصالحه ، صحَّ ، وكان الحكم كما ذكرنا ؛ لأنه

٤/٩٤ ظ

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤ - ١٤) في ا ، م : « ورجع على الأجنبي وعليه » .

هَهُنَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ أَدَائِهِ ، بَلِ اعْتَرَفَ بِهِ ، وَصَالَحَهُ عَلَيْهِ ، مَعَ بَدْلِهِ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَجْحَدْهُ .

٨١٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، فَصَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ صَلْحًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَ لِلْحَقِّ)

وَجُمَلْتَهُ أَنْ مَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، وَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ حَتَّى صُوِّلِحَ عَلَى بَعْضِهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ صَالَحَ عَنْ بَعْضِ مَالِهِ بِيَعْضَرٍ ، وَهَذَا مِحَالٌ ^(١) ، وَسَوَاءٌ كَانَ بَلْفِظِ الصُّلْحِ ، أَوْ بَلْفِظِ الْإِبْرَاءِ ، أَوْ بَلْفِظِ الْهَيْبَةِ الْمَقْرُونِ بِشَرْطٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أُبْرَأُكَ عَنْ خَمْسِمَائَةٍ ، أَوْ وَهَبْتُ لَكَ خَمْسِمَائَةٍ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي مَا بَقِيَ . وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعْطِ بَعْضَ حَقِّهِ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ ^(٢) بَعْضَهُ ، فَهُوَ حَرَامٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَهُ حَقَّهُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ^(٣) : الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ هَضَمٌ لِلْحَقِّ ، فَمَتَى الزَّمُّ الْمُقَرَّرُ لَهُ تَرَكَ بَعْضَ حَقِّهِ ، فَتَرَكَهُ عَنْ غَيْرِ طَيْبٍ نَفْسِهِ ^(٤) ، لَمْ يَطِبِ الْأَخْذُ . وَإِنْ تَطَوَّعَ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِإِسْقَاطِ بَعْضِ حَقِّهِ بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ ، جَازَ ، غَيْرَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِصُّلْحٍ ، وَلَا مِنْ بَابِ الصُّلْحِ بِسَبِيلٍ . وَلَمْ يُسَمَّ الْخَرْقِيُّ الصُّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ ، فَأَمَّا فِي الْاعْتِرَافِ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِشَيْءٍ ، وَقَضَاهُ مِنْ جِنْسِهِ ، فَهُوَ وَفَاءٌ ، وَإِنْ قَضَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهِيَ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِنْ أُبْرَأَ مِنْ بَعْضِهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَاسْتَوْفَى الْبَاقِيَّ ، فَهُوَ إِبْرَاءٌ ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضَ الْعَيْنِ ، وَأَخَذَ بَاقِيهَا بِطَيْبِ نَفْسٍ ، فَهِيَ هَيْبَةٌ ، فَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ صَلْحًا . وَنَحْوُ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَسَمَّاهُ الْقَاضِيَّ وَأَصْحَابَهُ صَلْحًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَغَيْرِهِ ؛ وَالْخِلَافُ فِي التَّسْمِيَةِ ، أَمَّا الْمَعْنَى فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ فَعْلٌ مَا عَدَا وَفَاءَ الْحَقِّ ، وَإِسْقَاطُهُ عَلَى وَجْهِ يَصِحُّ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ ؛ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِبْرَاءٌ ، وَهَيْبَةٌ .

(١) المحال ، بكسر الميم : الكيد ورزوم الأمر بالحيل .

(٢) في ب : « بإسقاط » .

(٣) في ب ، م : « إسحاق » .

(٤) في إنبادة : « منه » . ولعل قراءة الجملة : « نفس منه » .

فَأَمَّا الْمُعَاوَضَةُ ، فَهُوَ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ ، أَوْ دَيْنٍ فِي دِمَّتِهِ ، ثُمَّ يَتَّفِقَانِ عَلَى تَعْوِضِهِ عَنْ ذَلِكَ بِمَا يَجُوزُ تَعْوِضُهُ بِهِ ، وَهَذَا ثَلَاثَةٌ أُضْرِبُ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرِفَ / لَهُ بِأَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ ، فَيُصَالِحُهُ [عَلَى] الْآخَرِ ، نَحْوُ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَيُصَالِحُهُ مِنْهَا بِعِشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، أَوْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعِشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، فَيُصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَهَذَا صَرَفٌ ، يُشْتَرَطُ لَهُ شُرُوطُ الصَّرْفِ ، مِنْ التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ وَنَحْوِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعُرُوضٍ ، فَيُصَالِحُهُ عَلَى اثْمَانٍ ، أَوْ بِاثْمَانٍ ، فَيُصَالِحُهُ عَلَى عُرُوضٍ ، فَهَذَا بَيْعٌ يَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَصَالِحَهُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٌ بِدَيْنٍ . الثَّلَاثُ . أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى سُكْنَى دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، وَنَحْوِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، فَيَكُونُ ذَلِكَ إِجَارَةً ، لَهَا حُكْمُ سَائِرِ الْإِجَارَاتِ ، وَإِذَا أُتْلِفَ ^(٥) الدَّارُ أَوْ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ ^(٦) بَعْدَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَرَجَعَ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ . وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَتَهُ ، وَهُوَ مَمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، صَحَّ . وَكَانَ الْمُصَالِحُ عَنْهُ صَدَاقَهَا ^(٧) ، فَإِنْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَمْرٍ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ ، رَجَعَ الزَّوْجُ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ أَمْرًا ، فَصَالَحَتْ الْمُدْعَى عَلَى أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، جَازَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ بِهِ عَيْبًا فِي مَبِيعِهَا ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى نِكَاحِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ زَالَ الْعَيْبُ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صَدَاقُهَا ، فَرَجَعَتْ بِهِ ، لَا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا . وَإِنْ لَمْ يُزَلَّ الْعَيْبُ ، لَكِنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِمَا يُسْقِطُ صَدَاقَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَرْشِهِ .

(٥) فِي ب : « أَتْلَفَتْ » .

(٦) فِي ب : « تَلَفَ » .

(٧) فِي ب : « صَدَاقًا » .

القسم الثاني ، الإبراء ، وهو أن يَعْتَرِفَ له بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ ، فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزءٍ مُعَيَّنٍ منه ، فَأَعْطِنِي ما بَقِيَ . فيصيحُ إذا كانتِ البراءةُ مُطْلَقَةً من غير شرطٍ . قال أحمدُ : إذا كان لِلرَّجُلِ على الرَّجُلِ الدَّيْنُ ، ليس عنده وفاءٌ فَوْضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأَخَذَ منه الباقِي ، كان ذلك جَائِزًا لهما ، ولو فَعَلَ ذلك قَاضٍ ، لم يَكُنْ عليه في ذلك إثمٌ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ^(٨) كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضْعُوا عنه ، فَوْضَعُوا عنه الشَّطْرُ^(٩) . وفي الذي أُصِيبَ في حِدِيقَتِهِ فَمَرَّ به النَّبِيُّ ﷺ ، وهو مَلْزُومٌ ، فَأَشَارَ إلى غُرَمَائِهِ بِالنَّصِيفِ ، فَأَخَذُوهُ منه^(١٠) . فإن فَعَلَ ذلك / قَاضٍ اليوم ، جازَ إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . وَرَوَى يُونُسُ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن عَبْدِ اللَّهِ بنِ كَعْبٍ ، عن أَبِيهِ ، أَنَّهُ تَقَاضَى ابنُ أَبِي حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له^(١١) عليه في المَسْجِدِ ، فَأَرْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُما حتى سَمِعَهَا رسولُ اللَّهِ ﷺ ، فَخَرَجَ إِلَيْهِما ، ثم نَادَى : « يَا كَعْبُ » . قال : لَبَّيْكَ يا رسولَ اللَّهِ . فَأَشَارَ إِلَيْهِ ، أن ضَمَّ الشَّطْرَ من دَيْنِكَ . قال : قد فَعَلْتُ يا رسولَ اللَّهِ . قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « قُمْ فَأَعْطِهِ »^(١٢) . فإن قال : على أن تُوفِّيَنِي ما بَقِيَ بَطْلًا ؛ لأنَّه ما أبرأه عن

(٨) في ١ ، ب زيادة : « قد » .

(٩) وضع الشطر يأتي في قضية ابن أبي حدرد ، وحديث جابر ليس في قضاء بعض الدين وتأخير البعض ، وأخرجه البخاري ، في : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه في الدين تقرأ بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب إذا وهب ديناً على رجل ، من كتاب الهبة ، وفي : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفي : باب علامات النبوة في الإسلام ، من كتاب المناقب . مُصَحِّحُ البُخَارِيِّ ٣ / ١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤ / ٢٣٥ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٧ . والنسائي ، في : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣١٣ .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، في : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(١١) سقط من م .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب التقاضي والملازمة في المسجد ، وباب رفع الصوت في المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخاري ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، في : باب =

بعضِ الحَقِّ إِلَّا لِیُوفِّیَهُ بِقِیَّتِهِ ، فكأنه عَاوَضَ^(١٣) بعضَ حَقِّه ببعضٍ .
القسم الثالث ، الهبة . وهو أن يكون له في يده عَيْنٌ ، فيقول : قد وهبتك نصفها ،
فَأَعْطِنِي بِقِیَّتِهَا . فيصح ، ويُعتَبَرُ له شروطُ الهبة . وإن أُخْرِجَهُ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، لم
يَصِحَّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنه إذا شَرَطَ في الهبة الوفاءَ جَعَلَ الهبةَ عَوْضًا عن الوفاءِ
به^(١٤) ، فكأنه عَاوَضَ^(١٥) بعضَ حَقِّه ببعضٍ . وإن أَبْرَأَهُ من بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَبَ له
بعضَ العَيْنِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ ، مثل أن يقول : صالِحني بنصف دينك علي ، أو ينصف
ذاريك هذه . فيقول : صالِحْتُكَ بذلك . لم يَصِحَّ . ذَكَرَهُ القاضِي وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ
بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وقال أَكْثَرُهُمْ : يجوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنه إذا لم يَجْزُ بِلَفْظِهِ خَرَجَ
عن أن يكونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلُّقٌ به ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا ، أما إذا كان بِلَفْظِ الصُّلْحِ
سُمِّيَ صُلْحًا ؛ لِوُجُودِ اللَّفْظِ ، وإن تَخَلَّفَ المَعْنَى ، كالهبةِ بِشَرْطِ التَّوَابِ ، وإنما
يَقْتَضِي لَفْظُ الصُّلْحِ المَعَاوِضَةَ إذا كانَ ثَمَّ عَوْضٌ ، أمَّا مع عَدَمِهِ فلا . وإنما مَعْنَى
الصُّلْحِ الاتِّفَاقُ والرِّضَى ، وقد يَحْصُلُ هذا من غيرِ عَوْضٍ ، كالتَّمْلِيكِ إذا كانَ بِعَوْضٍ
سُمِّيَ بَيْعًا ، وإن خَلَا عن العَوْضِ سُمِّيَ هِبَةً . ولنا ، أن لَفْظَ الصُّلْحِ يَقْتَضِي
المَعَاوِضَةَ ؛ لأنه إذا قال : صالِحني بهبة كذا ، أو على^(١٦) هبة كذا ، أو على^(١٦) نصف
هذه العين ، ونحو هذا . فقد أَضَافَ إليه بالمُقَابَلَةِ ، فصَارَ كَقَوْلِهِ : بِعْنِي بِالْفِ . وإن
أَضَافَ إليه « علي » جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ . كقوله تعالى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا
عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾^(١٧) . وكِلَاهُمَا لا يجوزُ ؛ بِدَلِيلِ مالِو صَرَّحَ بِلَفْظِ

= استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩٢ . وأبو داود ، في : باب في
الصلح ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم في داره ، من كتاب
القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمي ، في : باب في إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦١ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٣) في الأصل ، ا ، م : « عارض » تحريف .

(١٤) سقط من : ا ، ب .

(١٥) في الأصل ، م : « عارض » .

(١٦-١٦) سقط من : م .

(١٧) سورة الكهف ٩٤ .

الشَّرْطُ أَوْ بَلْفِظِ الْمُعَاوَضَةِ^(١٨) . وقولهم : إنه يُسَمَّى صَلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وإن سُمِّيَ صَلْحًا فَمَجَازٌ ؛ لِتَضَمُّنِهِ قَطْعَ النَّزَاعِ وَإِزَالََةَ الْخُصُومَةِ . وقولهم : إن الصُّلْحَ لَا يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ . قلنا : لَا نُسَلِّمُ . وإن سَلَّمْنَا لَكِنِ الْمُعَاوَضَةَ حَصَلَتْ مِنْ اقْتِرَانِ حَرْفِ الْبَاءِ ، أَوْ عَلَى ، أَوْ نَحْوَهُمَا^(١٩) ، فَإِنَّ لَفْظَةَ الصُّلْحِ تَحْتَاجُ إِلَى حَرْفٍ تُعَدِّي بِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

فصل : وإن ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بَيْتًا ، فَصَالَحَهُ عَلَى بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى بِنَاءِ عُرْفَةٍ فَوْقَهُ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُهُ مِنْ مَلِكِهِ عَلَى مَلِكِهِ أَوْ مِنْ مَنَفَعَتِهِ . وَإِنْ أَسْكَنَهُ كَانَ تَبَرُّعًا مِنْهُ ، مَتَى شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا . وَإِنْ أُعْطَاهُ بَعْضَ دَارِهِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، فَمَتَى شَاءَ انْتَزَعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أُعْطَاهُ إِيَّاهُ عِوَضًا عَمَّا لَا يَصْلُحُ عِوَضًا عَنْهُ . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْمُصَالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّ ذَلِكَ وَجِبَ عَلَيْهِ^(٢٠) بِالصُّلْحِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ^(٢١) بِأَجْرِ مَا سَكَنَ وَأَجْرٍ مَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِعَقْدِ فَاسِدٍ ، فَاشْتَبَهَ الْمَبِيعَ الْمَأْخُودَ بِعَقْدِ فَاسِدٍ ، وَسُكُنَى الدَّارَ بِإِجَارَةِ فَاسِدَةٍ . وَإِنْ بَنَى فَوْقَ الْبَيْتِ عُرْفَةً ، أُجْبِرَ عَلَى تَقْضِيهَا . وَإِذَا آجَرَ السُّطْحَ مُدَّةً مُقَامِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَهُ أَخْذُ آتِيهِ . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُصَالِحَهُ صَاحِبُ الْبَيْتِ عَنْ بِنَائِهِ بِعِوَضٍ ، جَازَ . وَإِنْ بَنَى الْعُرْفَةَ بِتُرَابٍ مِنْ أَرْضِ صَاحِبِ الْبَيْتِ وَالْآتِيهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ بِنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْتِ . وَإِنْ أَرَادَ تَقْضِيَ الْبِنَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا أُبْرَأَ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتَلَفُّ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ تَقْضِيَهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الْعَاصِبِ .

فصل : وإذا صَالَحَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، صَحَّ ، وَكَانَتْ إِجَارَةً . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . فَإِنْ بَاعَ الْعَبْدَ فِي السَّنَةِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَيَكُونُ الْمُشْتَرَى مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ،

(١٨) فِي النسخ : « المعاضة » .

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠-٢١) سقط من : الأصل ، ١ ، م .

وللمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدته ، كما لو زوّج أُمَّته ثم باعها . وإن لم يعلم المشتري بذلك ، فله الفسخ ؛ لأنه عيبٌ . وإن أعتق العبد في أثناء المدّة ، نفد عتقه ؛ لأنه مملوكه يصح بيعه ، فصح عتقه لغيره ، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدّة ، لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبهه ماله أعتق الأمة المزوجة لحر . ولا يرجع العبد على سيده بشيء ؛ لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة ، والمنافع حينئذ مملوكة لغيره ، فلم تثلّف منافعه بالعتق ، فلم يرجع بشيء ، وإن أعتقه مسلوب المنفعة ، / فلم يرجع بشيء ، كما لو أعتق زَمناً أو مقطوع اليدين ، أو أعتق أمة مزوجة ، وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً آخر ، أنه يرجع على سيده بأجر مثله . وهو قول الشافعي ؛ لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً ، فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا ، فكأنه حال بينه وبين منفعته . ولنا ، أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سيوى ملك الرقبة ، فلم يؤثر إلا فيه ، كما لو وصى لرجل برقبة عبدي^(٢١) ولاخر بنفعه ، فأعتق صاحب الرقبة ، وكما لو أعتق أمة مزوجة . وقولهم : إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة . قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكة له^(٢٢) ، أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضى إعتاقه إزالة ماله ليس بموجود ، وإن تبين أن العبد مستحق ، تبين بطلان الصلح لفساد العوض ، ورجع المدعى فيما أقر له به . وإن وجد العبد مبيعاً عيباً تنقص به المنفعة ، فله رده وفسخ الصلح . وإن صالح على العبد بعينه ، صح الصلح ، ويكون بيعاً . والحكم فيما إذا خرج مستحقاً أو ظهر به عيب ، كما ذكرنا .

فصل : إذا ادعى زرعاً في يد رجل ، فأقر له به ، ثم صالحه منه على ذراهم ، جاز على الوجه الذي يجوز به بيع الزرع . وقد ذكرنا ذلك في البيع . وإن كان الزرع في يد رجلين ، فأقر له أحدهما بنصفه ، ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه ، لم يجز ؛ لأنه إن صالحه عليه بشرط التيقن ، أو من غير شرط القطع ، لم يجز ؛ لأنه لا يجوز بيعه كذلك . وإن شرط القطع لم يجز ؛ لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر . ولو كان

(٢١) في ب : « عبده » .

(٢٢) سقط من : ١ .

الزَّرْعُ لَوَاحِدٍ ، فَاقْرَأْ لِلْمُدَّعِي بِنِصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَنْهُ بِنِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَصِيرَ الزَّرْعُ كَلَهُ لِلْمُقَرَّرِ ، وَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ جَازًا ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ كَلَهُ لِلْمُقَرَّرِ ، فَجَازَ شَرَطُ قَطْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِي الزَّرْعِ مَا لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، وَهُوَ النِّصْفُ الَّذِي لَمْ يُقَرَّرَ بِهِ ، وَهُوَ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي لَهُ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ قَطْعِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ قَطْعَ زَّرْعٍ آخَرَ فِي أَرْضٍ أُخْرَى . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْهُ^(٢٣) بِجَمِيعِ الْأَرْضِ بِشَرَطِ الْقَطْعِ لِيُسَلِّمَ الْأَرْضُ إِلَيْهِ فَارِغَةً ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفَهُ بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، وَالْبَاقِي لِتَفْرِيبِ الْأَرْضِ ، فَأَمَّا الْقَطْعُ . وَإِنْ كَانَ إِقْرَارُهُ بِجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فَصَالَحَهُ مِنْ نِصْفِهِ عَلَى نِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَكُونَ الْأَرْضُ / وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَشَرَطَ الْقَطْعَ فِي الْجَمِيعِ ، احْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَرَطَا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَسْلِيمَ الْأَرْضِ فَارِغَةً ، وَاحْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الزَّرْعِ لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يَصِحُّ شَرَطُ قَطْعِهِ فِي الْعَقْدِ .

٩٧/٤

فصل : إِذَا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ هَوَاءٍ جِدَارٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ ، أَوْ عَلَى نَفْسِ الْجِدَارِ ، لَزِمَ مَالِكُ الشَّجَرَةِ إِزَالَةَ تِلْكَ الْأَغْصَانِ ، إِمَّا بِرَدِّهَا إِلَى نَاحِيَةِ أُخْرَى ، وَإِمَّا بِالْقَطْعِ ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ الْقَرَارِ ، فَوَجِبَ إِزَالَةُ مَا يَشْغَلُهُ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ بِالْقَرَارِ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْمَالِكُ مِنْ إِزَالَتِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لَهُ^(٢٤) . وَإِنْ تَلَفَ بِهَا شَيْءٌ ، لَمْ يَضْمَنْهُ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِزَالَتِهِ ، وَيَضْمَنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، إِذَا أَمَرَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا مَالَ حَائِطُهُ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَعَلَى كَلَا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا اِمْتَنَعَ مِنْ إِزَالَتِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الْهَوَاءِ إِزَالَتَهُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ الَّتِي تَدْخُلُ ذَارَهُ ، لَهُ إِخْرَاجُهَا ، كَذَا هُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ أَمَكَّنَهُ إِزَالَتَهَا بِلا إِثْلَافٍ وَلَا قَطْعٍ ، مِنْ غَيْرِ مَشَقَّةٍ تَلْزُمُهُ وَلَا عَرَامَةٍ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ إِثْلَافُهَا ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، : « مِنْهُ » .

(٢٤) فِي ب : « مَلِكًا » .

أمكنه إخراج البهيمة من غير إيثلاف لم يجز له إيثلافها . فإن أثلفها في هذه الحال غرمها ، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإيثلاف ، فله ذلك ، ولا شيء عليه ؛ فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه . فإن صالحه على إقرارها بعوض معلوم ، فأختلف أصحابنا . فقال ابن حامد وابن عقييل : يجوز ذلك رطباً كان الغصن أو يابساً ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة ، لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض ، فإنه يفتقر إلى العلم ؛ لوجوب تسليمه ، ولأن الحاجة داعية إلى الصلح عنه ، لكون ذلك يكثر في الأملاك المتجاورة ، وفي القطع إيثلاف وضرر ، والزيادة المتجددة يعفى عنها ، كالسمن الحادث في المستأجر للرکوب ، والمستأجر للعرفة يتجدد له الأولاد ، والغراس الذي يستأجر له الأرض يعظم ويخفو . وقال^(٢٥) أبو الخطاب : لا يصح المصالح عنه بحال ، رطباً كان أو يابساً ؛ لأن الرطب يزيد ويتغير ، واليابس ينقص ، وربما ذهب كله . وقال القاضي : إن كان يابساً معتمداً على نفس الجدار ، / صححت المصالح عنه ؛ لأن الزيادة مأثومة فيه ، ولا يصح الصلح على غير ذلك ؛ لأن الرطب يزيد في كل وقت ، وما لا يعتمد على الجدار ، لا يصح الصلح عليه ؛ لأنه تبع الهواء . وهذا مذهب الشافعي . واللائق بمذهب أحمد صحته ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذ لم يكن إلى العلم به سبيل ، وذلك لدعاء الحاجة اليه ، وكونه لا يحتاج إلى تسليم ، وهذا كذلك . والهواء كالقرار في كونه مملوكاً لصاحبه ، فجاز الصلح على ما فيه ، كالذي في القرار .

٩٧/٤ ظ

فصل : وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها ، أو بثمرها كله ، فقد نقل المروزي وإسحاق بن إبراهيم ، عن أحمد ، أنه سئل عن ذلك ، فقال : لا أدرى . فيحتمل أن يصح . ونحوه قال مكحول ، فإنه نقل عنه أنه قال : أيما شجرة ظللت على قوم ، فهم بالخيار بين قطع ما ظلل ، أو أكل ثمرها . ويحتمل أن لا يصح . وهو قول

(٢٥) سقطت الواو من الأصل ، م .

الأكثرين . وإليه ذهب الشافعي ؛ لأنَّ العوضَ مجهولٌ ، فإنَّ الثمرةَ مجهولةٌ^(٢٦) ،
وَجُزُؤُهَا مَجْهُولٌ ، ومن شَرَطَ الصُّلْحَ العِلْمَ بِالْعِوَضِ ، ولأنَّ المصالحَ عليه أيضا
مَجْهُولٌ ؛ لأنه يزيدُ ويتغيرُ على ما أسلفنا . ووجهُ الأولِ ، أنَّ هذا مما يكثرُ في الأملاكِ ،
وتدعو الحاجةُ إليه ، وفي القطعِ إثلافٌ ، فجازَ مع الجهالةِ ، كالصلحِ على مجرى مياهِ
الأمطارِ ، والصلحِ على الموارثِ الدارسةِ ، والحقوقِ المجهولةِ التي لا سبيلَ إلى علمها ،
ويَقْوَى عندى أنَّ^(٢٧) الصُّلْحَ ههنا يصحُّ ، بمعنى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُبيحُ صاحبه ما بذلَّ
له ، فصاحبُ الهواءِ يُبيحُ صاحبَ الشجرةِ إبقاءَها ، ويمتنعُ من قطعها وإزالتها ،
وصاحبُ الشجرةِ يُبيحُ ما بذلَّ له من ثمرتها ، ولا يكونُ هذا بمعنى البيعِ ؛ لأنَّ البيعَ لا
يصحُّ بمعدومٍ ولا مجهولٍ ، والثمرَةُ في حالِ الصُّلْحِ معدومةٌ مجهولةٌ ، ولا هو لازمٌ ، بل
لكلِّ واحدٍ منهما الرجوعُ عمَّا بذلَّهُ ، والعودُ فيما قاله ؛ لأنه مجردُ إباحةٍ من كلِّ واحدٍ
منهما لصاحبه ، فَجَرَى مجرى قولِ كلِّ واحدٍ منهما لصاحبه : اسكنْ داري ، وأسكنْ
داركَ . من غيرِ تقديرِ مُدَّةٍ ، ولا ذكرِ شروطِ الإجارةِ ، أو قوله : أبيعُكَ الأكلَ من ثمرَةِ
بُستانِي ، فأبيحُ الأكلَ من ثمرَةِ بستانِكَ . وكذلك قوله : دَعْنِي أجري في أرضِكَ
ماءً ، ولك أن تَسْقِيَ به ما شِئْتَ ، وتَشْرَبَ / منه . ونحو ذلك ، فهذا مثله بل أَوْلَى ، فإنَّ
هذا مما تدعو الحاجةُ إليه كثيرا ، وفي إلزامِ القطعِ ضررٌ كبيرٌ ، وإثلافُ أموالٍ كثيرةٍ ،
وفي التَّركِ من غيرِ نفعٍ يصلُّ إلى صاحبِ الهواءِ ضررٌ عليه ، وفيما ذكرناه جَمْعٌ بين
الأمرينِ ، ونظَرٌ للفريقينِ ، وهو على وفقِ الأصولِ ، فكان أَوْلَى .

٩٨/٤ و

فصل : وكذلك الحكمُ في كلِّ^(٢٨) ما امتدَّ من عُروقِ شجرةٍ إنسانٍ إلى أرضِ جاره ،
سواءً أثمرَ ضرراً مثلَ تأثيرها في المصانعِ ، وطى الآبارِ ، وأساسِ الجيطانِ أو منعها من

(٢٦) سقط من : أ .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م ، أ .

(٢٨) سقط من : ب .

ثَبَاتِ شَجَرِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَوْ زَرْعٍ ، أَوْ لَمْ يُؤْتَرْ ؛ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي قَطْعِهِ وَالصُّلْحَ عَلَيْهِ كَالْحُكْمِ فِي الْفُرُوعِ ، إِلَّا أَنْ الْعُرُوقَ لَا تُثَمَّرُ لَهَا ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ مَا ثَبَتَ مِنْ عُرُوقِهَا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ، أَوْ جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْهُ ، فَهُوَ كَالصُّلْحِ عَلَى الثَّمَرِ فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَعَلَى قَوْلِنَا ، إِذَا اصْطَلَحَا عَلَى ذَلِكَ ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ ، ثُمَّ أَبِي صَاحِبِ الشَّجَرَةِ دَفَعَ ثَبَاتِهَا إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَهُ فِي أَرْضِهِ لِهَذَا ، فَلَمَّا لَمْ يُسَلِّمْهُ ^(٢٩) لَهُ ، رَجَعَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَهَا بِعَوَضٍ فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي مَنْ مَالَ حَائِطُهُ إِلَى هَوَاءِ مَلِكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ ذَلِقَ مِنْ أَحْشَابِهِ إِلَى مَلِكٍ غَيْرِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا صَالَحَهُ عَلَى الْمَوْجِلِ بِيَعُضِهِ حَالًا ، لَمْ يَجُزْ ، كَرِهَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عُمَرَ - وَقَالَ : نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ الْعَيْنُ بِالذَّنِّ - وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ ، وَهَشِيمٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى عَنْ ^(٣٠) ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣٠) ، وَالتَّحَعِّي ، وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ . وَعَنْ الْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّهُمَا كَانَا لَا يَرَيَانِ بَأْسًا بِالْعُرُوضِ ^(٣١) يَأْخُذُهَا مِنْ حَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا الْعُرُوضَ بِمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ مِثْلِهَا . وَلَعَلَّ ابْنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بِأَنَّ التَّعْجِيلَ جَائِزٌ ، وَالْإِسْقَاطَ وَحْدَهُ جَائِزٌ ، فَجَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ فَعَلَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ ^(٣٢) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْدُلُ الْقَدْرَ الَّذِي يَحْطُهُ عَوَضًا عَنْ تَعْجِيلِ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَيَبِيعُ الْحُلُولَ وَالتَّاجِيلَ لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ عَشْرَةَ حَالَةً بِعِشْرِينَ مُوَجَّلَةً ، وَلِأَنَّهُ يَبِيعُهُ عَشْرَةَ بِعِشْرِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مَعِيْبَةً ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ وَلَا عَقْدٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا مُتَبَرِّعٌ بِبَدْلِ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ

٩٨/٤ ظ

(٢٩) فِي ب : « يَسْلَمُ » .

(٣٠-٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣١) فِي أ ، ب ، م ، زِيَادَةٌ : « أَنْ » .

(٣٢) فِي م : « وَطَاةٌ » .

عَوْضٍ . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ ذَلِكَ جَوَازُهُ فِي الْعَقْدِ ، أَوْ مَعَ الشَّرْطِ (٣٣) كَبَيْعِ (٣٤) دَرَاهِمٍ بَدْرَهْمَيْنِ (٣٥) . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا اشْتَرَى الْعُرُوضَ بِثَمَنِ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ عَنِ الْحُلُولِ عَوْضًا . فَأَمَّا إِنْ صَالَحَهُ عَنِ الْإِيفِ حَالَهُ (٣٥) بِنَصْفِهَا مُوجَّلاً ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَتَبَرَّعًا بِهِ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ التَّاجِيلُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّاجِيلِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا مَضَى ، وَالْإِسْقَاطُ صَحِيحٌ . وَإِنْ فَعَلَهُ لِمَنْعِهِ مِنْ حَقِّهِ بَدُونِهِ ، أَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْوَفَاءِ ، لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ أَيْضًا . عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي هَذَا رِوَايَتَيْنِ ، أَصْحَهُمَا لَا يَصِحُّ . وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ أَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ ، سِوَاءَ كَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، إِذَا كَانَ وَمَا لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الرَّجُلِ يُصَالِحُ عَلَى (٣٦) الشَّيْءِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يُوقِفَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا لَا يَدْرِي مَا هُوَ ، وَنَقَلَ عَنْهُ عَبْدُ اللَّهِ ، إِذَا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وَطَحِنَا ، فَإِنْ عَرَفَ قِيمَةَ دَقِيقِ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بَيْعَ هَذَا ، وَأَعْطَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيمَةَ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ وَيَتَحَالَأَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الصُّلْحُ الْجَائِزُ هُوَ صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِنْ صَدَاقِهَا الَّذِي لَا بَيِّنَةَ لَهَا بِهِ ، وَلَا عَلِمَ لَهَا ، وَلَا لِلزَّوْجَةِ بِمَبْلَغِهِ ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلَانِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْمُعَامَلَةُ وَالْحِسَابُ الَّذِي قَدْ مَضَى عَلَيْهِ الزَّمَانُ الطَّوِيلُ ، لَا عَلِمَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا عَلَيْهِ لِصَاحِبِهِ ، فَيَجُوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لَا عَلِمَ لَهُ بِقَدْرِهِ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ ، وَسِوَاءَ كَانَ صَاحِبُ الْحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ ، أَوْ لَا عَلِمَ لَهُ . وَيَقُولُ الْقَابِضُ : إِنْ كَانَ لِي عَلَيْكَ حَقٌّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنْهُ (٣٧) . وَيَقُولُ الدَّافِعُ : إِنْ كُنْتَ أَخَذْتَ مِنِّي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّكَ فَأَنْتَ مِنْهُ فِي حِلٍّ .

(٣٣) فِي ١ ، م : « الشَّرْكَة » .

(٣٤) - (٣٤) فِي م : « دَرَاهِمِينَ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « حَال » .

(٣٦) فِي ب : « عَنْ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ ١ .

وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول ؛ لأنه فرع البيع ، ولا يصح البيع على مجهول . ولنا ، ما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست : « استهما ، وتواخيا ، وليحلل أحكما صاحبه »^(٣٨) . وهذا صلح على المجهول . ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوما / فلهما طريق إلى التخلص ، وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز^(٣٩) الصلح أفضى إلى ضياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه^(٤٠) . ولا نسلم كونه بيعا ، ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء . وإن سلمنا كونه بيعا ، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة ، بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطى الآبار ، وما مأكوله في جوفه ، ولو أثلف رجل صبرة طعام لا^(٤١) يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمثليفه : بعثك الطعام الذي في ذمتك^(٤٢) بهذه الدراهم^(٤٣) ، أو بهذا الثوب . صح . إذا ثبت هذا ، فإن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته ، كالمحتصمين في موارث دارسة ، وحقوق سالفية ، أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها ، صح الصلح مع الجهالة من الجانبين ؛ لما ذكرناه من الخبر والمعنى . وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه ، لم يجز مع الجهالة ، ولا بد من كونه معلوما ؛ لأن تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، وتفضي إلى التنازع ، فلا يحصل مقصود الصلح .

فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذي هو عليه ، ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل . قال أحمد : إن صولحت امرأة من

(٣٨) تقدم تخريجه في ٦ / ٢٦٥ .

(٣٩) في الأصل ، م : « يجز » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) في ب : « ولا » .

(٤٢-٤٣) في ب : « بهذا الدرهم » .

تُمنِّها ، لم يصحح . واحتج بقول شريح : أيما امرأة صولحت من ثمنها ، لم يتبين لها ما ترك زوجها ، فهي الريبة كلها . قال : وإن ورت قوم مالا ودورا وغير ذلك ، فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بالف درهم . أكره^(٤٣) ذلك ، ولا يشتري منها شيء ، وهي لا تعلم ، لعلها تظن أنه قليل ، وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وإنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ، ولا يدري ما هو حساب بينهما ، فيصلحه ، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل ، والآخر لا يعلمه فيصلحه ، فأما إذا علم فلم يصلحه ؟ إنما يريد أن^(٤٤) يهضم حقه^(٤٥) ويذهب به^(٤٥) . وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة ، للحاجة إليه لإبراء الذمم ، وإزالة الخصام^(٤٦) ، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة ، فلم يصح كالبيع .

٩٩/٤ ظ

فصل : ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه / سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز ، فيصح عن دم العميد ، وسكنى الدار ، وعيب المبيع . ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل ، جاز . وقد روي أن الحسن والحسين^(٤٧) وسعيد ابن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هذبة بن حشرم^(٤٨) سبع ديات ، فأبى أن يقبلها . ولأن المال غير متعين ، فلا يقع العوض في مقابله . فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دينه من جنسها ، لم يجز . وكذلك لو أثلف عبدا أو شيئا غيره ، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها ، لم يجز . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لأنه يأخذ عوضا عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك .

(٤٣) أى قال : أكره ذلك .

(٤٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٥-٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في ب : (الخصام) .

(٤٧) سقطت الواو من : م .

(٤٨) هذبة بن حشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الخطيئة ، قتل رجلا من بني

رقاش ، في خيبر طويل ، قتل نحو سنة محسن للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

ولنا ، أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة ، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها ، فيكون أكل مال بالباطل . فأما إن صالحه على غير جنسها ، بأكثر قيمة منها ، جاز ؛ لأنه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل .

فصل : ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالإتلاف ، بمائة مؤجلة ، لم يجز ، وكانت حالة . وهذا قال الشافعي . وعن أحمد : يجوز . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة ، فجاز ، كما لو باعه إياه . ولنا ، أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف ، وهو مائة حالة ، والحال لا يتأجل بالتأجيل ، وإن جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين ، وبيع الدين بالدين غير جائز .

فصل : ولو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج مستحقا ، رجع بقيمته في قولهم جميعا . وإن خرج حرا فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية ؛ لأن الصلح فاسد ، فيرجع^(٤٩) ببذل ما صالح عنه ، وهو الدية . ولنا ، أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا ، فرجع في قيمته ، كما لو خرج مستحقا .

فصل : ولو صالح عن دار أو عبد بعوض ، فوجد العوض مستحقا أو حرا ، رجع في الدار وما صالح عنه ، وبقيمته إن كان تالفا ؛ لأن الصلح ههنا بيع في الحقيقة ، فإذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حرا كان البيع فاسدا ، فرجع فيما كان له ، / بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنه ليس ببيع ، وإنما يأخذ عوضا عن إسقاط القصاص . ولو اشترى شيئا فوجده معيبا ، فصالحه^(٥٠) عن عيبه^(٥٠) بعبد ، فإن مستحقا أو حرا ، رجع بأرض العيب . ولو كان البائع امرأة ، فزوجته نفسها عوضا عن أرض العيب ، فرأى العيب رجعت بأرضه ، لا بمهر المثل ؛ لأنها رضيته ذلك مهرا لها .

(٤٩) في الأصل ، ا ، م : : فرجع .

(٥٠-٥٠) في ا ، م : : عنه .

فصل : ولو صَلَّحَهُ عن القِصَاصِ^(٥١) بِحُرِّ يَعْلَمَانِ حُرَّتَهُ أو عَبْدٍ يَعْلَمَانِ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ ، أو تَصَالَحَا بِذَلِكَ عن غير القِصَاصِ ، رَجَعَ بِالذِّمَّةِ ، وبما صَلَّحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هَهُنَا بِاطِلِّ يَعْلَمَانِ بَطْلَانَهُ ، فكان وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : إذا صَلَّحَ رَجُلًا على مَوْضِعٍ قَنَاءٍ من أَرْضِهِ يَجْرِي فِيهَا مَاءٌ ، وَبَيْنَا مَوْضِعَيْهَا وَعَرْضُهَا وَطُولُهَا ، جَازَ ؛ لأنَّ ذَلِكَ بَيْعٌ لِمَوْضِعٍ^(٥٢) من أَرْضِهِ ، ولا حَاجَةَ إلى بَيَانِ عُمُقِهِ ؛ لأنَّهُ إذا مَلَكَ المَوْضِعَ كان له إلى ثُخُومِهِ ، فله أن يَتْرَكَ فِيهِ ما شاء . وإن صَلَّحَهُ^(٥٣) على إِجْرَاءِ المَاءِ في سَاقِيَةٍ من أَرْضِ رَبِّ الأَرْضِ ، مع بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، فهذا إِجَارَةٌ لِلأَرْضِ ، فيشْتَرَطُ تَقْدِيرُ المُدَّةِ ؛ لأنَّ هَذَا شَأْنُ الإِجَارَةِ . فإن كانتِ الأَرْضُ في يَدِ رَجُلٍ بِإِجَارَةٍ ، جَازَ له أن يُصَالِحَ رَجُلًا على إِجْرَاءِ المَاءِ فِيهَا في سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تُجَاوِزُ مُدَّةَ إِجَارَتِهِ . وإن لم تكن السَاقِيَةُ مَحْفُورَةً لم يَجُزْ أن يُصَالِحَهُ على ذَلِكَ ؛ لأنَّهُ لا يَجُوزُ إِحْدَاثُ سَاقِيَةٍ في أَرْضٍ في يَدِهِ بِإِجَارَةٍ . فَأَمَّا إن كانتِ الأَرْضُ في يَدِهِ وَقَفًّا عَلَيْهِ ، فقال القاضي : هو كالمُسْتَأْجِرِ ، له أن يُصَالِحَ على إِجْرَاءِ المَاءِ في سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وليس له أن يَحْفَرَ فِيهَا سَاقِيَةً ؛ لأنَّهُ لا يَمْلِكُهَا ، إِنَّمَا يَسْتَوْفِي مَنَفَعَتَهَا ، كالأَرْضِ المُسْتَأْجَرَةَ سِوَاهُ . وهذا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . والأوَّلَى أَنَّهُ يَجُوزُ له حَفْرُ السَاقِيَةِ ؛ لأنَّ الأَرْضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَمَا شَاءَ ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فِيهَا إلى غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ المُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَّصِرُّفُ فِيهَا بِمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، فكان المَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إِذَا أُذِنَ لَهُ في الحَفْرِ ، فإن ماتَ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ في أَثْنَاءِ المُدَّةِ ، فهل لمن انْتَقَلَ إليه فَسَخُ الصُّلْحِ فيما بَقِيَ من المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على ما إذا آجَرَهُ مُدَّةً ، فماتَ في أَثْنَائِهَا . فإن قُلْنَا : له فَسَخُ الصُّلْحِ . فَفَسَخَهُ ، رَجَعَ المُصَالِحُ على وَرَثَةِ الَّذِي صَلَّحَهُ / بِقِسْطِ ما بَقِيَ من المُدَّةِ . وإن قُلْنَا : ليس له فَسَخُ . رَجَعَ من انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على الوَرَثَةِ .

(٥١) في ب ، م زيادة : « من » .

(٥٢) في ا ، م : « موضع » .

(٥٣) سقط من : ا ، م .

فصل : وإن صَلَّحَ رَجُلًا عَلَى إِجْرَاءِ مَاءِ سَطْحِهِ مِنَ الْمَطَرِ عَلَى سَطْحِهِ ، ^(٥٤) أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنِ سَطْحِهِ ^(٥٥) ، أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنِ أَرْضِهِ ، جَازٌ ، إِذَا كَانَ مَا يَجْرِي مَأْوَهُ ^(٥٥) مَعْلُومًا ، إِمَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ، وَإِمَّا بِمَعْرِفَةِ الْمِسَاحَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَخْتَلِفُ بِصَغْرِ السَّطْحِ وَكِبَرِهِ . وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بغيرِ ذَلِكَ . وَيُسْتَرْطُ مَعْرِفَةُ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْرِي ^(٥٦) مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى السَّطْحِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى هَذَا ، وَيَجُوزُ الْعُقْدُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ غَيْرِ مُقَدَّرٍ ، كَمَا فِي النِّكَاحِ ، وَلَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الْمَاءِ مَجْرَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَسْتَوْفِي بِهِ مَنَافِعَ الْمَجْرَى دَائِمًا ^(٥٧) ، وَلَا ^(٥٨) فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ السَّاقِيَةِ ، وَيَخْتَلِفَانِ أَيْضًا ^(٥٩) فِي أَنَّ الْمَاءَ الَّذِي فِي السَّاقِيَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ ذَلِكَ حَصَلَ بِتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَجْرِيَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ مَائِهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي عَلَى السَّطْحِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مَقْدَارِ السَّطْحِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْهُ الْقَلِيلُ وَالكَثِيرُ . وَإِنْ كَانَ السَّطْحُ الَّذِي يَجْرِي عَلَيْهِ الْمَاءُ مُسْتَأْجَرًا ، أَوْ عَارِيَّةً مَعَ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ الْمَحْفُورَةِ ، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِي عَلَى أَرْضٍ ، اِحْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ الصَّلْحُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ اِحْتَاجَ إِلَى حَفْرِ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَحْفِرَ أَرْضَ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَجْعَلُ لغيرِ صَاحِبِ الْأَرْضِ رَسْمًا ، فَرَبَّمَا ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهَا . وَاحْتَمَلَ الْجَوَازُ إِذَا لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى حَفْرِ ، وَلَمْ تَكُنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مُدَّةً لَا تَزِيدُ عَلَى مُدَّةِ إِجَارَتِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٥٤-٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) في ا ، م : « ماء » .

(٥٦) في ب : « يخرج » .

(٥٧) سقط من : م .

(٥٨) في م : « ولا المدد » .

(٥٩) سقط من : م .

فصل : وإذا أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لغير ضُرُورَةٍ ، لم يُجْزَ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وإن كان لِضُرُورَةٍ ، مثل أن يكون له أرضٌ لِلزَّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إِلَّا أَرْضُ جَارِهِ ، فهل له ذلك ؟ على رَوَاتَيْنِ ، إحداهما ، (٦٠) لا يجوزُ ؛ لأنه تَصَرَّفٌ في أرضٍ غيرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فلم يُجْزَ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضُرُورَةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجَةِ لا تُبِيحُ مَالَ غَيْرِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَهُ (٦١) الزَّرْعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، وَلَا البِنَاءُ فِيهَا ، وَلَا الِاتِّفَاعُ (٦٢) بِشَيْءٍ / من مَنَافِعِهَا الْمُحَرَّمَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ هذهِ الحاجَةِ . وَالْأُخْرَى بِجَوْزٍ ؛ لما رَوَى أَنَّ الضَّحَّاكَ بنَ خَلِيفَةَ سَأَلَ خَلِيجًا مِنَ العُرَيْضِيِّ (٦٣) ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، فَأَبَى ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكَ : لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ مَنفَعَةٌ لَكَ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ، وَلَا يَضُرُّكَ ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكَ عُمَرَ ، فَدَعَا مُحَمَّدَ بنَ مَسْلَمَةَ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُخْلِيَ سَبِيلَهُ . فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ . فَقَالَ لَهُ عُمَرُ (٦٤) : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ (٦٥) مَا يَنْفَعُهُ (٦٥) ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ . فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ . فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ ، ففَعَلَهُ (٦٦) . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي « مَوْطَأِهِ » (٦٧) ، وَسَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ، وَقَوْلُ عُمَرَ يُخَالِفُهُ قَوْلُ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلأَصُولِ ، فَكَانَ أَوْلَى .

فصل : وإن صَلَّحَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يَسْقَى أَرْضَهُ مِنْ نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، أَوْ مِنْ عَيْنِهِ ، وَقَدَّرَهُ بِشَيْءٍ يُعْلَمُ بِهِ ، فَقَالَ القَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ المَاءَ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَلَا يَجُوزُ الصَّلْحُ عَلَيْهِ ، وَلأنَّهُ مَجْهُولٌ . قَالَ : وَإِنْ صَلَّحَهُ عَلَى سَهْمٍ مِنَ العَيْنِ أَوْ

(٦٠-٦٠) سقط من : ب ، م . وورد في نهاية المسألة في م : قبل قوله : « والأخرى » الآتي .

(٦١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦٢) في م : « الامتناع » تحريف .

(٦٣) العريض : وادي المدينة ، معجم البلدان ٣ / ٦٦١ .

(٦٤) سقط من : م .

(٦٥-٦٥) في الأصل ، ا : « منفعته » .

(٦٦) في ا ، ب ، م : « ففعل » .

(٦٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢ / ٧٤٦ .

النَّهْرِ كَالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ ، جَازَ ، وَكَانَ يَبْعًا لِلْقَرَارِ ، وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ الصُّلْحُ عَلَى السَّقْمِيِّ مِنْ نَهْرِهِ وَقَنَاتِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، وَالْمَاءُ مَا يَجُوزُ أَخْذَ الْعَوْضِ عَنْهُ فِي الْجُمْلَةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَخَذَهُ فِي قَرْبَتِهِ أَوْ إِنَائِهِ ، وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ بِدَلِيلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَجْهُولِ (٦٨) .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ أَخْذَ الْعَوْضِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يُصَالِحَ امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ (٦٩) بِالزَّوْجِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ صُلْحٌ يُجِلُّ حَرَامًا ، وَلَا تَهَالُو أَرَادَتْ بَذْلَ نَفْسِهَا بِعَوْضٍ لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ عَوْضًا عَنْ هَذِهِ الدَّعْوَى لِيَكُفَّ عَنْهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ فِي الْإِنْكَارِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ لِأَفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ، وَهَذِهِ لَا يَمِينَ عَلَيْهَا ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِأَخْذِ الْعَوْضِ فِي مُقَابَلَةِ حَقِّهِ الَّذِي يَدَّعِيهِ ، وَخُرُوجِ الضُّعْفِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا أُجِيزَ الْخُلْعُ لِلْحَاجَةِ إِلَى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ / يَأْخُذُ عَوْضًا عَنْ حَقِّهِ مِنَ التَّكَاحِ ، فَجَازَ كِعَوْضِ الْخُلْعِ ، وَالْمَرْأَةُ تَبْذُلُهُ لِقَطْعِ خُصُومَتِهِ وَإِزَالَةِ شَرِّهِ ، وَرَبَّمَا تَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهَا لِكَوْنِ الْحَاكِمِ يَرَى ذَلِكَ ، (٧٠) أَوْ لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي حَقِّهَا فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ (٧٠) ، وَمَتَى صَالَحَتْهُ عَلَى ذَلِكَ ، ثُمَّ (٧١) تَبَيَّنَتْ الزَّوْجِيَّةُ بِإِقْرَارِهَا أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ . فَالْتَّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الزَّوْجِ طَلَاقٌ وَلَا خُلْعٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ صَحِيحٌ . اِحْتَمَلْ ذَلِكَ أَيْضًا ؛ (٧٢) لِذَلِكَ ، وَاحْتَمَلْ (٧٢) أَنْ تَبَيَّنَ مِنْهُ بِأَخْذِ الْعَوْضِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْذَ الْعَوْضِ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ نِكَاحِهَا ، فَكَانَ خُلْعًا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ فَخَالَعَهَا (٧٣) . وَلَوْ ادَّعَتْ أَنْ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ لِتَنْزِلَ عَنْ

١٠١/٤ ط

(٦٨) فِي ب نِيَادَةً : « عَوْضًا بِالْأَصْلِ » .

(٦٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٧٠-٧٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، وَفِي : أ ، م : « وَأَنَّهَا » مَكَانَ : « أَوْ أَنَّهَا » .

(٧١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧٢-٧٢) فِي : أ ، ب ، م : « وَلِذَلِكَ اِحْتَمَلْ » .

(٧٣) فِي ب مَكَانَ هَذَا : « أَوْ لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ » .

دَعَوَاهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا بَدَلُ نَفْسِهَا الْمُطْلَقِ بِعَوْضٍ وَلَا بغيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ مَالًا لِيُقِرَّ بِطَلْقِهَا ، لَمْ يَجُزْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَتْ لَهُ عَوْضًا لِيُطْلَقَهَا ثَلَاثًا .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُحِلُّ حَرَامًا ، فَإِنَّ إِزْقَاقَ الْحُرِّ نَفْسَهُ لَا يَحِلُّ بِعَوْضٍ وَلَا بغيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّقَى عَبْدَهُ بِمَالٍ ، وَيُشْرِعَ لِلدَّفْعِ^(٧٤) لِدَفْعِ الْيَمِينِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ ، وَالْخُصُومَةِ الْمُتَوَجَّهَةِ إِلَيْهِ . وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَلْفًا ، فَأَنْكَرَهُ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ شَيْئًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْأَلْفِ ، لَمْ يَصِحَّ . فَإِنْ أَقْرَأَ لِرِمَّةٍ مَا أَقْرَأَهُ ، وَبَرَّدَ مَا أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِإِقْرَارِهِ كِذْبُهُ فِي إِنْكَارِهِ ، وَأَنَّ الْأَلْفَ عَلَيْهِ ، فَيَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ بغيرِ عَوْضٍ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْ أَداءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُنْكَرُ مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ . وَقَدْ مَضَى ذِكْرُهُ .

فصل : وَلَوْ صَالَحَ شَاهِدًا عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحُلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِحَقِّ تَلْزُمِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، كَدَيْنِ آدَمِيِّ^(٧٥) ، أَوْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَسْقُطُ بِالشَّبْهِةِ ، كَالزُّكَاةِ وَنَحْوِهَا ، فَلَا يَجُوزُ كِتْمَانُهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَلَى شُرْبِ الْخَمْرِ وَتَرْكِ الصَّلَاةِ . الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّورِ . فَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ ذَلِكَ ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ فَعْلُهُ / ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَقْتُلَهُ وَلَا يَعْصِبَ مَالَهُ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا ، كَالزُّنَا وَالسَّرِقَةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُ عَوْضِهِ ، كَسَائِرِ مَا لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ . وَلَوْ صَالَحَ السَّارِقَ وَالزَّانِيَ وَالشَّارِبَ بِمَالٍ ، عَلَى أَنْ لَا يَرْفَعَهُ إِلَى

١٠٢/٤

(٧٤) سقط من : ١ .

(٧٥) في ب : « لآدمي » .

السُّلْطَانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ لذلك ، ولم يَجْزُ له أَخْذُ العَوْضِ . وإن صَالَحَهُ عن حَدِّ القَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّهُ إن كانَ اللهُ تعالى ، لم يَكُنْ له أن يَأْخُذَ عِوَضَهُ ، لِكُونِهِ ليس بِحَقِّ له ، فَأَشْبَهَ حَدَّ الزَّئِي والسَّرِقَةِ ، وإن كانَ حَقًّا له ، لم يَجْزُ الاغْتِيَاضُ عنه ، لِكُونِهِ حَقًّا ليس بِمَالِيٍّ ، ولهذا لا يَسْقُطُ إلى بَدَلٍ ، بِخِلَافِ القِصَاصِ ، ولأنَّهُ شُرْعٌ لِتَنْزِيهِ العِرْضِ ، فلا يَجُوزُ أن يَعْتَاضَ عن عِرْضِهِ بِمَالٍ . وهل يَسْقُطُ الحَدُّ بالصُّلْحِ ؟ فيه وَجْهَانِ ، مُبَيَّنَّانِ على الخِلَافِ في كَوْنِهِ حَقًّا اللهُ تعالى ، أو حَقًّا لَادِمِيٍّ ؛ فإن كانَ حَقًّا اللهُ تعالى ، لم يَسْقُطُ بِصُلْحِ الآدِمِيِّ ولا إسْقَاطِهِ ، كَحَدِّ الزَّئِي والسَّرِقَةِ ، وإن كانَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِهِ وإسْقَاطِهِ ، مثل القِصَاصِ . وإن صَالَحَ عن حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّهُ حَقٌّ شُرْعٌ على خِلَافِ الأَصْلِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فإذا رَضِيَ بِالتَّرَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الحَقُّ من غير بَدَلٍ ، كَحَدِّ القَذْفِ ، إلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ هَهُنَا وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِكُونِهِ حَقًّا لَادِمِيٍّ .

فصل : ولا يَجُوزُ أن يَشْرَعَ إلى طَرِيقِ نَافِذِ جَنَاحَا ؛ وهو الرُّوشَنُ يَكُونُ على أَطْرَافِ حَشْبَةِ مَدْفُونَةٍ في الحَائِطِ ، وَأَطْرَافُهَا حَارجَةٌ في الطَّرِيقِ ، سواءَ كانَ ذلك يَضُرُّ في العَادَةِ بِالمَآرَةِ أو لا يَضُرُّ . ولا يَجُوزُ أن يَحْمِلَ^(٧٦) عليها سَابَاطًا^(٧٧) بِطَرِيقِ الأُولَى ، وهو المُسْتَوْفَى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كُلِّهِ على حَائِطَيْنِ ، سواءَ كانَ الحَائِطَانِ مِلْكَهُ أو لم يَكُونَا ، وسواءَ أُذِنَ للإمامِ في ذلك أو لم يَأْذَنْ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إن لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ جَازٍ بِأَذِنِ الإمامِ ؛ لأنَّهُ نَائِبُهُمْ ، فَجَرَى إِذْنُهُ مَجْرَى إِذْنِ المُشْتَرِكِينَ في الدَّرَبِ الذي ليس بِنَافِذٍ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ من ذلك ما لا ضَرَرَ فيه ، وإن عَارَضَهُ رَجُلٌ من المُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُهُ . وقال مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وإسْحَاقُ ، وأبو يوسُفَ ، ومُحَمَّدٌ : يَجُوزُ ذلك إذا لم يَضُرَّ بِالمَآرَةِ ، / ولا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنَعَهُ ؛ لأنَّهُ ارْتَفَعَ بما لم يَتَّعِنَ مِلْكُ أَحَدٍ فيه من غير مَضَرَّةٍ ، فكانَ جَائِزًا ، كالمَشْيِ في الطَّرِيقِ والجُلُوسِ فيها . واخْتَلَفُوا فيما لا يَضُرُّ ،

(٧٦) في ب : « يجعل » .

(٧٧) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها مر نافذ .

فقال بعضهم: إن كان في شارعٍ تَمُرُّ فيه الجيوش والأحمال، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارسُ ورُمحه منصوبٌ لا يبلُغه. وقال أكثرهم: لا يُقدَّرُ بذلك، بل يكون بحيث لا يضرُّ بالعماريات^(٧٨) والمَحَامِلِ. ولنا، أنه بناءٌ في ملكٍ غيره بغيرِ إذنه، فلم يَجُزْ، كبناءِ الدِّكَّةِ أو بناءِ ذلك في دَرَبٍ غيرِ نَافِذٍ بغيرِ إِذْنِ أَهْلِهِ، ويُفَارِقُ المُرورَ في الطَّرِيقِ، فَإِنَّهَا جُعِلَتْ لذلك، ولا مَضْرَءَ فيه، والجُلوسُ لا يَدُومُ، ولا يُمكنُ التَّحَرُّزُ منه، ولا نَسَلَمُ أَنَّهُ لا مَضْرَءَ فيه، فَإِنَّهُ يُظَلِّمُ الطَّرِيقَ، وَيَسُدُّ الضَّوْءَ، وَرَبَّمَا سَقَطَ على المارَّةِ، أو سَقَطَ منه شيءٌ، وقد تَعَلُّو الأَرْضَ بِمُرورِ الزَّمانِ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النَّاسِ، وَيَمْنَعُ مُرورَ الدَّوَابِّ بالأَحْمَالِ، وَيَقْطَعُ الطَّرِيقَ إِلَّا على الماشِي، وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يُفْضِي إلى الضَّررِ في ثانی الحالِ، يَجِبُ المَنْعُ منه في ابتدائه، كما لو أرادَ بِناءَ حَائِطٍ مائِلٍ إلى الطَّرِيقِ يُحْشَى وُقُوعُهُ على من يَمُرُّ فيها. وعلى أی حنيفة: أَنَّهُ بِناءٌ في حَقِّ مُشْتَرِكٍ، لو مَنَعَ منه بعضُ أَهْلِهِ لم يَجُزْ، فلم يَجُزْ بغيرِ إِذْنِهِمْ، كما لو أَخْرَجَهُ إلى هَوَاءِ دارٍ مُشْتَرَكَةٍ، وذلك لأنَّ حَقَّ الأَدَمِيِّ لا يَجوزُ لغيرِهِ التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إِذْنِهِ، وإن كان ساكِنا، كما لا يَجوزُ إذا مَنَعَ منه.

فصل: ولا يَجوزُ أن يَبْنِيَ في الطَّرِيقِ دُكَّانًا، بغيرِ خِلافٍ تَعَلَّمَهُ، سواءً كان الطَّرِيقُ واسعًا أو غيرِ واسعٍ، سواءً إِذْنُ الإِمامِ فيه أو لم يَأْذَنْ؛ لأنَّهُ بِناءٌ في مَلِكٍ غيره بغيرِ إِذْنِهِ، ولأنَّهُ يُوذِي المارَّةَ وَيُضَيِّقُ عليهم، وَيَعْتُرُّ به العائِرُ، فلم يَجُزْ، كما لو كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا.

فصل: ولا يَجوزُ أن يَبْنِيَ دُكَّانًا ولا يُخْرِجَ رَوْشَنًا، ولا سَاباطًا على دَرَبٍ غيرِ نَافِذٍ، إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ. وبهذا قال الشَّافِعِيُّ، إذا لم يَكُنْ له في الدَّرَبِ بابٌ، وإن كان له في الدَّرَبِ بابٌ، فقد اِخْتَلَفَ أَصْحابُهُ^(٧٩)، فمنهم من مَنَعَهُ أيضًا، ومنهم من أجازَ له إِخْرَاجَ الجَنَاحِ والسَّابِاطِ؛ لأنَّ له في الدَّرَبِ اسْتِطْرَاقًا، فمَلَكَ ذلك، كما يَمْلِكُهُ في الدَّرَبِ

(٧٨) العمارية: هودج يحمل على الدابة. انظر معجم Dozy.

(٧٩) في الأصل: «أصحابنا».

النَّافِذِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِنَاءٌ فِي هَوَاءِ مَلِكٍ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(٨٠) فِيهِ بَابٌ ، وَلَا نُسِّلَمُ الْأَصْلَ / الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ أَذِنَ أَهْلُ الدَّرْبِ فِيهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالِكُ وَاحِدًا . وَإِنْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرْبِ مِنْ ذَلِكَ عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ لِلْهَوَاءِ دُونَ الْقَرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْنِي فِيهِ بِإِذْنِهِمْ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أَذِنُوا لَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، وَلَئِنَّ مَلِكًا لَهُمْ ، فَجَازَ لَهُمْ أَخْذُ عِوَضِهِ ، كَالْقَرَارِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ مَا يُخْرِجُهُ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ فِي الْخُرُوجِ وَالْعُلُوقِ ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى مَلِكٍ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِهِ ، بِعِوَضٍ وَبِغَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْفَرَ فِي الطَّرِيقِ النَّافِذَةَ بِمَرٍّ لِنَفْسِهِ ، سِوَاءَ جَعَلَهَا لِمَاءِ الْمَطَرِ ، أَوْ لِيَسْتَخْرِجَ مِنْهَا مَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ أَرَادَ حَفْرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَنَفْعِهِمْ ^(٨١) أَوْ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مِثْلَ أَنْ يَخْفَرَهَا لِيَسْتَقِيَ النَّاسُ مِنْ مَائِهَا ، وَيَشْرَبَ مِنْهُ الْمَاءَ ، أَوْ لِيَنْزِلَ فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ عَنِ الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ ضَيْقًا ، أَوْ يَخْفَرُهَا فِي مَرِّ النَّاسِ بِحَيْثُ يُخَافُ سُقُوطَ إِنْسَانٍ فِيهَا أَوْ دَابَّةٍ ، أَوْ يُضَيِّقُ عَلَيْهِمْ مَرَّتَهُمْ ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهَا أَكْثَرُ مِنْ نَفْعِهَا ، وَإِنْ حَفَرَهَا فِي زَاوِيَةٍ فِي ^(٨٢) طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، وَجَعَلَ عَلَيْهَا مَا يَمْنَعُ الْوُقُوعَ فِيهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْعٌ بِلَا ضَرَرٍ ، فَجَازَ ، كَتَمَّهِدِهَا ، وَبِنَاءِ رَصِيفٍ فِيهَا ، فَأَمَّا ^(٨٣) فَعَلَهُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَلِكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ فَعَلُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . كَمَا لَوْ فَعَلَهُ فِي بُسْتَانِ إِنْسَانٍ . وَلَوْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرْبِ عَنْ ذَلِكَ بِعِوَضٍ ، جَازَ ، سِوَاءَ حَفْرَهَا لِنَفْسِهِ

(٨٠) سقط من : الأصل .

(٨١) في ١ : « لنفعهم » .

(٨٢) في ب : « من » .

(٨٣) في ١ ، م زيادة : « ما » .

لَيَنْزِلَ^(٨٤) فِيهَا مَاءٌ الْمَطَرِ عَنْ دَارِهِ ، أَوْ لَيَسْتَقِيَّ مِنْهَا مَاءً لَتَنْفِسِهِ ، أَوْ حَفَرَهَا لِلْسَّبِيلِ وَنَفَعَ الطَّرِيقَ . وكذلك إن فَعَلَ ذلك في مَلِكٍ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُ المَيَازِينِ إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ . ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا إِلَى دَرْبٍ نَافِذٍ إِلا بِإِذْنِ أَهْلِهِ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، اجْتَازَ عَلَى دَارِ العَبَّاسِ وَقَدْ نَصَبَ مِيزَانًا عَلَى^(٨٥) الطَّرِيقِ ، ففَلَعَهُ ، فقال العَبَّاسُ : تَقْلَعُهُ وَقَدْ نَصَبَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِيَدِهِ ؟ فقال : والله لا نَصَبْتَهُ / إِلا عَلَى ظَهْرِي ، وَأَنْحَنِي حَتَّى صَعَدَ عَلَى ظَهْرِهِ ، فَنَصَبْتَهُ^(٨٦) . وما فَعَلَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَلغَيْرِهِ فَعَلَهُ ، ما لم يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى اِخْتِصَاصِهِ بِهِ . ولأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذلك ، ولا يَمَكُنُهُ رَدُّ مائِهِ إِلَى الدَّارِ . ولأنَّ النَّاسَ يَعْمَلُونَ ذلك في جَمِيعِ بِلَادِ الإِسْلامِ من غيرِ تَكْبِيرٍ . ولنا ، أَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ فِي هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غيرَ نَافِذٍ ، ولأنَّهُ يَضُرُّ بالطَّرِيقِ وَأَهْلِهَا ، فلم يَجُزْ ، كِنَبَاءِ دَكَّةٍ فِيهَا أَوْ جَنَاحِ يَضُرُّ بِأَهْلِهَا ، ولا يَخْفَى ما فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنَّ مَاءَهُ يَقَعُ عَلَى المَارَّةِ ، وربما جَرَى فِيهِ البَوْلُ أَوْ مَاءٌ نَجَسٌ فَيَنْجَسُهُمْ ، وَيُزَلِّقُ الطَّرِيقَ ، وَيَجْعَلُ فِيهَا الطُّيْنَ ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كانَ فِي دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ ، أَوْ تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بَعْدَ نَصْبِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذلك ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ ، وَالعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، مع ما فِيهِ مِنَ العَجَبِ المَذْكُورِ .

فصل : ولا يَجُوزُ أَنْ يَفْتَحَ فِي الحائِطِ المُشْتَرَكِ طَاقًا وَلَا بَابًا ، إِلا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ ذلك اِنتِفَاعٌ بِمَلِكٍ غَيْرِهِ ، وَتَصَرُّفٌ فِيهِ بما يَضُرُّ بِهِ . ولا يَجُوزُ أَنْ يَغْرَزَ فِيهِ وَتَدًا ، وَلَا يُحْدِثَ عَلَيْهِ حَائِطًا وَلَا يَسْتُرَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ فِي الحائِطِ

(٨٤) في م : « فينزل » .

(٨٥) في ا ، م : « إلى » .

(٨٦) أخرجه البيهقي ، في : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ .
والحاكم ، في : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ٣ / ٣٣١ .

بما يَضُرُّه ، فلم يَجُزْ ، كَنَقَضِهِ . ولا يَجُوزُ له فِعْلُ شَيْءٍ من ذلك في حَائِطِ جَارِهِ بِطَرِيقِ الأُولَى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَجُزْ فِيمَا له فِيهِ حَقٌّ ، ففِيمَا لا حَقَّ له فِيهِ أُولَى . وَإِنْ صَلَاحُهُ عَن ذلك بِعَوَضٍ ، جَازَ . وَأَمَّا الاستِنَادُ إِلَيْهِ ، وإِسْنَادُ شَيْءٍ لا يَضُرُّهُ إِلَيْهِ ، فلا بَأْسَ به ؛ لِأَنَّهُ لا مَضْرَّةَ فِيهِ ، ولا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ الاستِظْلَالَ بِهِ .

فصل : فَأَمَّا وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْحَائِطِ لِضَعْفِهِ عَن حَمَلِهِ ، لم يَجُزْ ، بغيرِ خِلافٍ تَعَلَّمَهُ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولِقَوْلِ رَسولِ اللَّهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »^(٨٧) . وَإِنْ كَانَ لا يَضُرُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ بِهِ غُنْيَةٌ عَن وَضْعِ خَشْبِهِ عَلَيْهِ ، لِإِمْكَانِ وَضْعِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لا يَجُوزُ أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمِلْكِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كِبِنَاءِ حَائِطٍ عَلَيْهِ . وَأَشَارَ ابْنُ عَقِيلٍ إِلَى جَوَازِهِ ؛ لما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٨٨) . وَلَأنَّ ما أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ^(٨٩) العَامَّةِ لم يُعْتَبَرِ فِيهِ حَقِيقَةُ الحَاجَةِ^(٩٠) ، كَأَخْذِ الشُّقْصِ بِالشُّفْعَةِ مِنَ المُشْتَرِي ، وَالْفَسْخَ بِالخِيَارِ أَوْ بِالْعَيْبِ ، وَاتِّخَاذِ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَإِبَاحَةِ السَّلْمِ ، وَرُخْصِ السَّفَرِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ دَعَتِ الحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ عَلَى حَائِطِ جَارِهِ ، أَوْ الحَائِطِ المُشْتَرَكِ ، بِحَيْثُ لا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ بَدْوَنَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ له وَضْعُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي القَدِيمِ .

١٠٤/٤ و

(٨٧) فِي الأَصْلِ ، ب : « إِضْرَارٌ » . وَتَقَدَّمَ تَخْرِيجُ الحَدِيثِ فِي : ٤ / ١٤٠ .

(٨٨) أَخْرَجَهُ البُخَارِيُّ ، فِي : باب لا يَمْنَعُ جَارَ جَارِهِ أَنْ يَغْرَزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ المَظَالِمِ ، وَفِي : باب الشَّرْبِ مِنْ فَمِ السَّقَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الأَثَرِيَّةِ . صَحِيحُ البُخَارِيِّ ٣ / ١٧٣ ، ٧ / ١٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : باب غَرَزَ الخَشْبَ فِي جِدَارِ الجَارِ ، مِنْ كِتَابِ المَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٢٣٠ .

كما أَخْرَجَهُ أَبُو داوُدَ ، فِي : باب أبوابِ مِنَ القَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الأَقْضِيَّةِ . سَنَنِ أَبِي داوُدَ ٢ / ٢٨٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : باب فِي الرِّجْلِ يَضَعُ عَلَى حَائِطِ خَشْبًا ، مِنْ أبوابِ الأحْكامِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ٦ / ١٠٥ . وَابْنُ ماجَهَ ، فِي : باب الرِّجْلِ يَضَعُ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الأحْكامِ . سَنَنِ ابْنِ ماجَهَ ٢ / ٧٨٣ . وَالإِمَامُ مالِكٌ ، فِي : باب القَضَاءِ فِي المَرْفِقِ ، مِنْ كِتَابِ الأَقْضِيَّةِ . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : المَسْنَدِ ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ . (٨٩-٨٩) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقْلَةٌ نَظَرٌ .

وقال في الجديديد : ليس له وَضْعُهُ . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ؛ لأنه ائْتَفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ من غير ضَرُورَةٍ ، فلم يُجْز ، كزراعته . ولنا ، الخبر ، ولأنه ائْتَفَاعٌ بِحَائِطٍ جَارِهِ على وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِهِ ، أشبه الاستناد إليه والاستقلال به ، ويُفَارِقُ الرَّزْعَ ، فإنه يَضُرُّ ، ولم تُدْعُ إليه حَاجَةٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حِيطَانٍ ، ولجاره حَائِطٌ واحدٌ ، وليس هذا في كلام أحمد ، إنما قال ، في رِوَايَةِ أَبِي داودَ : لَا يَمْنَعُهُ إِذَا لم يَكُنْ ضَرَّرَ ، وكان الحائطُ يَبْقَى . ولأنه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حَائِطَيْنِ إِذَا كانا غير مُتَقَابِلَيْنِ ، أو كان البيْتُ واسِعًا يَحْتَاجُ إلى أن يجعلَ عليه جِسْرًا ثم يَضَعُ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . والأوَّلَى اعْتِبَارُهُ بما ذَكَرْنَا من اعْتِبَارِ التَّسْقِيفِ بَدْوَنِهِ . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنَا بين البَالِغِ والتَّيِّمِ والمَجْنُونِ والعَاقِلِ ؛ لما ذَكَرْنَا . والله أعلم .

فصل : فأما وَضْعُهُ في جِدَارِ المَسْجِدِ ، إِذَا وَجَدَ الشَّرْطَانِ ، فعن أحمد فيه رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، الجَوَازُ ؛ لأنه إِذَا جَازَ في مِلْكِ الجَارِ ، مع أَنَّ حَقَّهُ مَبْنِيٌّ على الشُّحِّ والضَّيْقِ ، ففي حُقوقِ الله تعالى المَبْنِيَّةِ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ أَوْلَى . والثانية ، لا يَجُوزُ . نَقَلَهَا أبو طَالِبٍ ؛ لِأَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي المَنْعَ في حَقِّ الكُلِّ ، تُرِكَ في حَقِّ الجَارِ لِلخَبَرِ الوَارِدِ فيه ، فَوَجَبَ البَقَاءُ في غيره على مُقْتَضَى القِيَاسِ . وهذا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَخَرَجَ أبو الخَطَّابِ من هذه الرِّوَايَةِ وَجْهًا لِلْمَنْعِ من وَضْعِ الخَشَبِ في مِلْكِ الجَارِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَنَعَ^(٩٠) من وَضْعِ الخَشَبِ في الجِدَارِ المُشْتَرَكِ بين المُسْلِمِينَ ولِلوَأَضِعِ فيه حَقُّ فَلَانَ يُمْنَعُ مِنَ المُحْتَصِّ بِغَيْرِهِ أَوْلَى . ولأنه إِذَا مَنَعَ في حَقِّ الله تعالى مع أَنَّ حَقَّهُ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ ؛ لِغِنَى الله تعالى وَكَرَمِهِ ، فَلَانَ يُمْنَعُ في حَقِّ آدَمِيٍّ مع شُحِّهِ وَضِيقِهِ أَوْلَى .^(٩١) والمَذْهَبُ الأَوَّلُ^(٩١) . فإن قِيلَ : فَلِمَ لا تُجِيزُونَ فَتَحَ الطَّاقِ والبَابِ في ١٠٤/٤ ظ الحَائِطِ ، بِالْقِيَاسِ / على وَضْعِ الخَشَبِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الخَشَبَ يُمَسِكُ الحَائِطَ وَيَنْفَعُهُ ، بِخِلَافِ الطَّاقِ والبَابِ ، فَإِنَّهُ يُضْعِفُ الحَائِطَ ، لِأَنَّهُ يَبْقَى مَفْتُوحًا في الحَائِطِ ، والذي

(٩٠) في ١٠٤ م : « امتنع » .

(٩١-٩١) سقط من : الأصل .

يَفْتَحُهُ لِلْحَشْبَةِ يَسُدُّهَا ، وَأَنَّ وَضَعَ الْحَشْبِ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : ومن مَلَكَ وَضَعَ حَشْبِهِ عَلَى حَائِطٍ ، فَرَأَى سُقُوطَهُ ، أَوْ قَلْعَهُ ، أَوْ سُقُوطَ الحَائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فَله إِعَادَةُ حَشْبِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُجَوِّزَ لَوْضَعِهِ مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَ اسْتِحْقَاقُ ذَلِكَ . وَإِنْ زَالَ السَّبَبُ ، مِثْلُ أَنْ يُحْشَى عَلَى الحَائِطِ مِنْ وَضَعِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتُعْنِيَ عَنْ وَضَعِهِ ، لَمْ تَجْزِ إِعَادَتُهُ ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ المُبِيحِ . وَإِنْ خِيفَ سُقُوطُ الحَائِطِ بَعْدَ وَضَعِهِ عَلَيْهِ ، ^(٩١) أَوْ اسْتُعْنِيَ عَنْ وَضَعِهِ ^(٩٢) ، لَزِمَ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ ، وَيُزُولُ الحَشْبُ . وَإِنْ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ ، لَكِنْ اسْتُعْنِيَ عَنْ إِبْقَائِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ ^(٩٣) يَلْزَمْ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِزَالَتِهِ ضَرَرًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِ الحَائِطِ فِي إِبْقَائِهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ حَشْبِي سُقُوطُهُ .

فصل : ولو كان له وَضَعَ حَشْبِهِ عَلَى جِدَارٍ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِعَارَتَهُ ^(٩٤) وَلَا إِجَارَتَهُ ^(٩٥) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِحَاجَتِهِ المَاسَّةِ إِلَى وَضَعِ حَشْبِهِ ، وَلَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى وَضَعِ حَشْبِ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ . وَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّهِ مِنْ وَضَعِ ^(٩٥) حَشْبِهِ ، وَلَا المُصَالَحَةَ عَنْهُ لِلْمَالِكِ وَلَا لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُبِيحَ لَهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ ذَلِكَ فِيهِ ، كَطَعَامِ غَيْرِهِ إِذَا أُبِيحَ لَهُ مِنْ أَجْلِ الضَّرُورَةِ ، وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الحَائِطِ إِعَارَةَ الحَائِطِ ، أَوْ إِجَارَتَهُ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ هَذَا المُسْتَحَقُّ مِنْ وَضَعِ حَشْبِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى مَنَعِ ذِي الحَقِّ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَنْعِهِ . وَلَوْ أَرَادَ هَذَا الحَائِطِ لغيرِ حَاجَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيهِ الحَقِّ . وَإِنْ اِحْتَجَّ إِلَى هَذِهِ لِلخَوْفِ مِنْ انْتِهَادِهِ ، أَوْ لِتَحْوِيلِهِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ لِعَرَضِ صَحِيحٍ ، مَلَكَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الحَشْبِ إِنَّمَا تَبَتَّ ^(٩٦) حَقُّهُ لِلإِرْفَاقِ بِهِ ، مُشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ لِصَاحِبِ الحَائِطِ ^(٩٧) ،

(٩٢-٩٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٣) في الأصل : « ولم » .

(٩٤-٩٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٩٥) سقط من : ب .

(٩٦) في ا ، ب ، م : « يثبت » .

(٩٧) في ا ، م : « الحق » .

فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق ؛ لزوال شرطه .

فصل : وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، أو وضع ستره عليه ، أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه ، جاز ، فإذا فعل ما أذن له فيه ، صارت العارية لازمة ، فإذا رجع / المعير فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله ؛ لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضاً للدفن والغراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان . وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يكن له ذلك ؛ لأن المستعير قد استحق ثبوت الخشب عليه ، ولا ضرر في ثبوتيه . وإن كان مستهدماً ، فله نقضه . وعلى (٩٨) صاحب البناء والخشب إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه إلا بإذن جديد ، سواء بناه باليه أو غيرها . وهكذا لو قلع المستعير خشبه (٩٩) ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له رده إلا بإذن مستأنف ؛ لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبهه ما لو كان في الأرض شجرًا فانقلع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر : له ذلك ؛ لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأييد . وليس كذلك ؛ فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع ، وقد حصل القلع ههنا ، فلا يبقى الاستحقاق . وإن قلع صاحب الحائط ذلك غدواناً ، كان للآخر إعادته ؛ لأنه أزيل بغير حق ، تعدياً ممن عليه الحق ، فلم يسقط الحق عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبي (١٠٠) ، لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك ؛ لأنه زال بغير غدوان منه ، فأشبهه ما لو سقط بنفسه .

فصل : وإن أذن له في وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعبوض ، جاز ، سواء كان إجازة في مدة معلومة ، أو صلحاً على وضعه على التأييد . ومتى زال فله إعادته ، سواء

(٩٨) في ١ ، م : « وله على » .

(٩٩) في ١ ، ب ، م : « خشباً » .

(١٠٠) سقط من : الأصل .

زَالَ لِسُقُوطِهِ ، أَوْ سُقُوطِ الْحَائِطِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِنْقَاءَهُ بِعَوَضٍ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ مَعْلُومَ الْعَرَضِ وَالطُّوْلِ ، وَالسُّمْلِكِ ، وَالآلَاتِ مِنَ الطِّينِ وَاللِّينِ ، (١٠١) أَوْ الطِّينِ (١٠١) وَالْأَجْرُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا كُلَّهُ يَخْتَلِفُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَإِذَا سَقَطَ الْحَائِطُ الَّذِي عَلَيْهِ الْبِنَاءُ أَوْ الْحَشْبُ ، فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، سُقُوطًا لَا يُعَوَّدُ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ (١٠٢) مِنَ الْمُدَّةِ (١٠٢) ، وَرَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ أُعِيدَ ، رَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي سَقَطَ الْبِنَاءُ وَالْحَشْبُ / عَنْهُ . وَإِنْ صَالَحَهُ مَالِكُ الْحَائِطِ عَلَى رَفْعِ بِنَائِهِ أَوْ حَشْبِهِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى وَضْعِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مَا صَالَحَهُ بِهِ مِثْلَ الْعَوَضِ الَّذِي صُوِّلِحَ بِهِ عَلَى وَضْعِهِ ، أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَوَضٌ عَنِ الْمُنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَسِيلُ مَاءٍ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مِيزَابٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، فَصَالَحَ صَاحِبَ الْأَرْضِ مُسْتَحَقُّ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، لِتَرْكِه عَنْهُ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَ الْحَشْبُ أَوْ الْحَائِطُ قَدْ سَقَطَ ، فَصَالَحَهُ بِشَيْءٍ عَلَى أَنْ لَا يُعِيدَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يُبَيِّعَ ذَلِكَ مِنْهُ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَهُ (١٠٣) عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ يَبْعُ .

فصل : وَإِذَا وُجِدَ بِنَاؤُهُ أَوْ حَشْبُهُ عَلَى حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أَوْ حَائِطٍ جَارِهِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ سَبَبُهُ ، فَمَتَى زَالَ فَلَهُ إِعَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْوَضْعَ بِحَقِّ مَنْ صُلِحَ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا يَزُولُ هَذَا الظَّاهِرُ حَتَّى يُعْلَمْ خِلَافُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ وُجِدَ مَسِيلُ مَاءٍ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مَجْرَى مَاءٍ سَطَّحَهُ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ بِحَقِّ ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْيَدِ الثَّابِتَةِ . وَإِذَا ائْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، هَلْ هُوَ بِحَقِّ أَوْ بَعْدَ وَإِنْ ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْحَشْبِ وَالْبِنَاءِ وَالْمَسِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ دَارًا فِي يَدِ أُخَوَيْنِ ، فَأَنْكَرَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ ، ثُمَّ

(١٠١-١٠١) سقط من : ١ ، م .

(١٠٢-١٠٢) سقط من : م .

(١٠٣) في ب : ٥ ، يصلح .

صَالِحَهُ عَمَّا أَقْرَلَهُ بِعَوْضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، وَأَخِيهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ
 بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَنَا وَرِثَانَهَا جَمِيعًا عَنْ أُيُنَا أَوْ أُيُنَا .
 فَيُقَالُ : إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنْ قَالَ : وَرِثَانَهَا عَنْ أُيُنَا .
 فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمِلْكَ لِأَخِيهِ الْمُقْرَّ لَمْ يَزُلْ ، وَأَنَّ الصُّلْحَ بَاطِلٌ ،
 فَيُؤَاخِذُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ شُفْعَةَ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ لِلْمُدْعَى
 حُكْمًا ؛ وَقَدْ رَجَعَ إِلَى الْمُقْرِّ بِالْبَيْعِ ، وَهُوَ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فَثَبَتَ فِيهِ الشُّفْعَةُ ،
 كَالْوَقْفِ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا . وَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اتَّقَلَّ نَصِيبُ الْمُقْرِّ إِلَى الْمُدْعَى بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ
 سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، فَلَا يَتَنَافَى إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ وَإِقْرَارُ الْمُقْرِّ ، كَحَالَةِ إِطْلَاقِ الْإِنْكَارِ .
 وَهَذَا أَصَحُّ .

٨١٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَدَاعَى نَفْسَانِ جِدَارًا مَعْقُودًا بَيْنَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا ، تَحَالَفَا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَخْلُولًا مِنْ بِنَائِهِمَا . وَإِنْ كَانَ
 مَعْقُودًا / بِنَاءِ أَحَدِهِمَا ، كَانَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ) . ١٠٦/٤

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا تَدَاعَى حَائِطًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، وَتَسَاوَىا فِي كَوْنِهِ مَعْقُودًا
 بِنَائِهِمَا مَعًا ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِمَا اتِّصَالًا لَا يُمْكِنُ إِخْدَانُهُ بَعْدَ بِنَاءِ الْحَائِطِ ، مِثْلَ
 اتِّصَالِ الْبِنَاءِ بِالطِّينِ ، كَهَذِهِ الْفَطَائِرِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ إِحْدَاثُ اتِّصَالٍ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ ، أَوْ
 تَسَاوَىا فِي كَوْنِهِ مَخْلُولًا مِنْ بِنَائِهِمَا ، أَوْ (١) غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِنَائِهِمَا الْإِثْمَالُ الْمَذْكُورُ ، بَلْ
 بَيْنَهُمَا شَقٌّ مُسْتَطِيلٌ ، كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ اللَّذَيْنِ الصِّقُّ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ . فَهَمَا سِوَاءٌ
 فِي الدَّعْوَى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَاءٌ تَحَالَفَا ، فَيُخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِ
 الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدُّ عَلَى نِصْفِ الْحَائِطِ ؛
 لِكَوْنِ الْحَائِطِ فِي أُيُدَيْهِمَا . وَإِنْ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى جَمِيعِ الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَمَا
 هُوَ لِصَاحِبِهِ ، جَازَ ، وَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَى » .

المُنذِر . ولا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وذلك لِأَنَّ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْعَيْنِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ فِي أُيْدِيهِمَا ، كَانَتْ يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي نِصْفِهَا مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِيمٌ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهُمَا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَتَكَلَّأَ عَنِ الْيَمِينِ ، كَانَ الْحَائِطُ فِي أُيْدِيهِمَا عَلَى مَا كَانَ . وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَتَكَلَّأَ الْآخَرَ ، قَضَى عَلَى النَّاكِلِ ، فَكَانَ الْكُلُّ لِلْآخِرِ . وَإِنْ كَانَ الْحَائِطُ مُتَّصِلًا بِنَاءٍ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يُرْجَحُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا يُنظَرُ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْبِنَاءَ يُنْبَى كُلُّهُ بِنَاءً وَاحِدًا ، فَإِذَا كَانَ بَعْضُهُ لِرَجُلٍ ، كَانَ بَقِيَّتُهُ لَهُ ، وَالْبِنَاءُ الْآخَرَ الْمَحْلُولُ ، الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُنْبَى وَحْدَهُ ، فَإِنَّهُ لَوْ بُنِيَ مَعَ هَذَا ، كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لِغَيْرِ صَاحِبِ هَذَا الْحَائِطِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَحَ بِهَذَا ، كَالْيَدِ وَالْأَرْجِ (٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَمْ تَجْعَلُوهُ لَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ لِدَلِيلِ ذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ ذَلِكَ ظَاهِرٌ ، وَلَيْسَ بِبَيِّنٍ ، إِذِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا بَنَى الْحَائِطَ لِصَاحِبِهِ تَبَرُّعًا مَعَ حَائِطِهِ ، أَوْ كَانَ لَهُ فَوْهَبُهُ / إِيَّاهُ ، أَوْ بِنَاءً بِأَجْرَةٍ ، فَشَرَعَتْ الْيَمِينُ مِنْ أَجْلِ الْإِحْتِمَالِ ، كَمَا شَرَعَتْ فِي حَقِّ صَاحِبِ الْيَدِ ، وَسَائِرِ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَعْقُودًا بِنَاءٍ أَحَدَهُمَا عَقْدًا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ، مِثْلَ الْبِنَاءِ بِاللَّبَنِ وَالْأَجْرِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُنَزَعَ مِنَ الْحَائِطِ الْمُنْبِيُّ نِصْفَ لَبَنَةٍ أَوْ أَجْرَةٍ ، وَيُجْعَلَ (٣) مَكَانَهَا لَبَنَةٌ صَاحِبَةٌ أَوْ أَجْرَةٌ صَاحِبَةٌ تُعَقَّدُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُرْجَحُ بِهَذَا ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ (٤) صَاحِبُ الْحَائِطِ (٥) فَعَلَّ هَذَا لِإِتِمَالِ الْحَائِطِ الْمَشْتَرَكِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يُرْجَحُ بِهَذَا الْإِتِّصَالِ ، كَمَا يُرْجَحُ بِالِاتِّصَالِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْحَائِطِ لَا يَدْعُ غَيْرَهُ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ ، بِتَرْجُوحِ أَجْرِهِ ،

١٠٦/٤ ظ

(٢) الأرج : نوع من الأبنية .

(٣) في الأصل ، ا ، م : « أو يجعل » .

(٤-٥) سقط من : ا ، ب .

وَتَغْيِيرِ بِنَائِهِ ، وَفِعْلٍ مَا يَدُلُّ عَلَى مَلِكِهِ (٥) ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَحَ بِهَذَا ، كَمَا يُرْجَحُ بِالْيَدِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ يَدًا عَادِيَّةً ، حَدَّثَتْ بِالْعَصَبِ أَوْ بِالسَّرِقَةِ أَوْ الْعَارِيَّةِ أَوْ الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ التَّرْجِيحَ بِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ بِنَاءٌ ، كَحَائِطٍ مَبْنِيٍّ عَلَيْهِ ، أَوْ عَقْدٍ مُعْتَمِدٍ عَلَيْهِ ، أَوْ قُبَّةٍ (٦) وَنَحْوِ هَذَا (٧) ، فَهُوَ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ وَضْعَ بِنَائِهِ عَلَيْهِ (٨) بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ مُنْتَفِعًا بِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى كَوْنِ حِمْلِهِ عَلَى الْبَهِيمَةِ وَزَرْعِهِ فِي الْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتْرُكُ غَيْرَهُ يَبْنِي عَلَى حَائِطِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ لَهُ عَلَيْهِ سُتْرَةٌ ، وَلَوْ كَانَ فِي أَصْلِ الْحَائِطِ خَشْبَةٌ طَرَفُهَا تَحْتَ حَائِطٍ يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا أَرْجَحٌ مَعْقُودٌ ، فَالْحَائِطُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْخَشْبَةَ لِمَنْ يَنْفَرِدُ بِوَضْعِ بِنَائِهِ عَلَيْهَا ، فَيَكُونُ الظَّاهِرُ أَنَّ مَا عَلَيْهَا مِنَ الْبِنَاءِ لَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا خَشَبٌ مَوْضُوعٌ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تُرْجَحُ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَسْمَحُ بِهِ الْجَارُ . وَقَدْ وَرَدَ الْخَيْرُ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ . وَعِنْدَنَا أَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ التَّمَكِينُ مِنْهُ . فَلَمْ تُرْجَحْ بِهِ الدَّعْوَى ، كَأَسْنَادِ مَتَاعِهِ فِيهِ (٨) ، وَتَجْصِيصِهِ وَتَزْوِيقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُرْجَحَ بِهِ الدَّعْوَى . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ بِوَضْعِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَانِيَّ عَلَيْهِ وَالزَّارِعَ فِي الْأَرْضِ ، وَوَرُودُ الشَّرْعِ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ ، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ دَلِيلًا عَلَى الْاسْتِحْقَاقِ / ١٠٧/٤ ، بِدَلِيلِ أُنَّا (٩) اسْتَدَلَّلْنَا بِوَضْعِهِ عَلَى كَوْنِ الْوَضْعِ مُسْتَحَقًّا عَلَى الدَّوَامِ ، حَتَّى مَتَى زَالَ جَارَتْ إِعَادَتُهُ ، وَلِأَنَّ كَوْنَهُ مُسْتَحَقًّا تَشْتَرِطُ لَهُ الْحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ ، فَمَا لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لَهُ مِنْهُ مِنْ وَضْعِهِ . وَأَمَّا السَّمَاخُ بِهِ ، فَإِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَتَسَامَحُونَ بِهِ ، وَلِهَذَا الْمَارُوِيُّ أَبُو هُرَيْرَةَ الْحَدِيثَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، طَاطُوا رُءُوسَهُمْ ، كَرَاهَةً لَذَلِكَ ، فَقَالَ : مَالِي

(٥) فِي الزِّيَادَةِ : « لَهُ » .

(٦-٦) فِي ١ ، م : « وَنَحْوَهَا » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(٨) فِي ١ ، ب : « إِلَيْهِ » .

(٩) فِي ١ ، م : « أَنْ » .

أَرَأَيْكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللَّهِ لَأُزْمِنَنَّ بَهَا بَيْنَ أُكْتَا فِكُمْ^(١٠) . وَأَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ لَا يُوجِبُونَ التَّمَكِينَ مِنْ هَذَا ، وَيَحْمِلُونَ الْحَدِيثَ عَلَى كَرَاهَةِ الْمَنْعِ لَاعِلَى تَحْرِيمِهِ . وَلَأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لِدَلِكِ ، فَيُرْجَحُ بِهِ ، كَالْأَرْجِ . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بِالْجِدْعِ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى لَهُ ، وَيُرْجَحُ بِالْجِدْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الْحَائِطِ ، فَاسْتَوَى فِي تَرْجِيحِ الدَّعْوَى بِهِ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَالْبِنَاءِ .

فصل : وَلَا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بِكَوْنِ الدَّوَاخِلِ إِلَى أَحَدِهِمَا وَالْحَوَارِجِ وَوُجُوهِ الْآجُرِّ وَالْحِجَارَةِ ، وَلَا كَوْنِ الْآجُرَّةِ الصَّحِيحَةِ مِمَّا يَلِي مَلِكًا أَحَدَهُمَا وَأَقْطَاعِ الْآجُرِّ إِلَى مَلِكِ الْآخَرِ ، وَلَا بِمَعَاقِدِ الْقِمَطِ فِي الْخُصِّ ، يَعْنِي عَقْدَ الْخُيُوطِ الَّتِي يُشَدُّ بِهَا الْخُصُّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْكَمُ بِهِ لِمَنْ إِلَيْهِ وَجْهُ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدِ الْقِمَطِ ؛ لِمَارُزَى^(١١) نَيْرَانُ بْنُ جَارِيَةَ^(١٢) التَّمِيمِيُّ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي خُصِّ ، فَبَعَثَ حُدَيْفَةَ بْنَ الْيَمَانَ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ، فَحَكَمَ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدِ الْقِمَطِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخْبَرَهُ ، فَقَالَ : « أُصِيبَتْ ، وَأُحْسِنَتْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(١٣) . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ عَلِيٍّ . وَلَأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ^(١٤) بَأَنَّ مِنْ بَنَى حَائِطًا جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »^(١٥) . وَلَأَنَّ وَجْهَ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدِ الْقِمَطِ إِذَا كَانَ شَرِيكَيْنِ فِيهِ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥ .

(١١) في النسخ : « تمر بن حارثة » تصحيف وتحريف . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ .

(١٢) في : باب الرجلان يدعيان في خص ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٥ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : باب في المرأة تقتل إذا ارتدت . سنن الدارقطني ٤ / ٢٢٩ .

(١٣) في النسخ : « جاريا » خطأ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٣ / ١٨٧ .

ومسلم ، في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذي ، في :

باب ماجاء في أن البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحدثى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ .

وابن ماجه ، في : باب اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

إلى أَحَدِهِمَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَبَطَلَتْ دَلَالَتُهُ كَالْتَّزْوِيقِ ، وَلَا تَهُ يُرَادُ لِلزِّيَةِ ، فَأَشْبَهَ التَّزْوِيقَ . وَحَدِيثُهُمْ لَا يُشْبِهُ أَهْلَ التَّقْلِ ، وَإِسْنَادُهُ مَجْهُولٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ . قَالَ الشَّالْتَجِيُّ^(١٥) : ذَكَرْتُ هَذَا الْحَدِيثَ لِأَحْمَدَ ، فَلَمْ يُفْنِعْهُ ، وَذَكَرْتُهُ لِإِسْحَاقَ بْنِ رَاهُوِيَةَ ، فَقَالَ : لَيْسَ هَذَا حَدِيثًا . / وَلَمْ يُصَحِّحْهُ . وَحَدِيثٌ عَلِيُّ فِيهِ مَقَالٌ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْعُرْفِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَى خَارِجٍ لِيَرَاهُ النَّاسُ ، كَمَا يَلْبَسُ الرَّجُلُ أَحْسَنَ أَثْوَابِهِ ، أَعْلَاهَا الظَّاهِرُ لِلنَّاسِ ، لِيَرَوْهُ ، فَيَتَزَيَّنُوا بِهِ ، فَلَا دَلِيلَ فِيهِ .

فصل : وَلَا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بِالتَّزْوِيقِ وَالتَّحْسِينِ ، وَلَا يَكُونُ أَحَدُهُمَا لَهُ عَلَى الْآجُرِّ سِتْرَةٌ غَيْرُ مَبْنِيَّةٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا يَتَسَامَحُ بِهِ ، وَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ .

فصل : وَإِنْ تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ ، فِي حَوَائِطِ الْبَيْتِ السُّفْلَانِيِّ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَنَفِّعُ بِهَا ، وَهِيَ مِنْ جُمْلَةِ الْبَيْتِ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِهِ . وَإِنْ تَنَازَعَ حَوَائِطُ^(١٦) الْعُلُوِّ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ تَنَازَعَ السُّفْفُ ، تَحَالَفًا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأَنَّ السُّفْفَ عَلَى مِلْكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَ سَرَجًا عَلَى ذَابَّةٍ أَحَدُهُمَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِهَا . وَحُكِيَ عَنِ الْمَلِكِ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجْلِسُ عَلَيْهِ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَلَا يُمْكِنُهُ السُّكْنَى إِلَّا بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَاجِزٌ بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ، يَنْتَفِعَانِ بِهِ ، غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا اتِّصَالَ الْبُنْيَانِ ، فَكَانَ بَيْنَهُمَا ، كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ . وَقَوْلُهُمْ : هُوَ عَلَى مَلِكِ صَاحِبِ السُّفْلِ . يَنْطَلُ بِحَيْطَانِ الْعُلُوِّ ، وَلَا يُشْبِهُ السَّرَجَ عَلَى الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ غَيْرُ صَاحِبِهَا ، وَلَا يُرَادُ إِلَّا هَا ، فَكَانَ فِي يَدِهِ . وَهَذَا السُّفْفُ يَنْتَفِعُ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ سَمَاءُ صَاحِبِ السُّفْلِ

(١٥) هو إسماعيل بن سعيد، وتقدمت ترجمته في : ٣٧ / ١ .

(١٦) في الأصل : « في حوائط » .

يُظِلُّهُ ، وَأَرْضُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ ثَقُلَهُ ، فَاسْتَوَيَا فِيهِ .

فصل : وَإِنْ تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ فِي الدَّرَجَةِ الَّتِي يَصْعَدُ مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَحْتَهَا مَرْفَقُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، كَسَلَّمَ مُسَمَّرًا ، أَوْ ذَكَّةً ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ وَحَدَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ الْيَدَ وَالتَّصَرُّفَ وَحَدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَصْعَدُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ لَا غَيْرُ . وَالعَرَصَةُ الَّتِي عَلَيْهَا الدَّرَجَةُ لَهُ أَيْضًا ؛ لِإِنْتِفَاعِهِ بِهَا وَحَدَهُ . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا ثِنْتِي^(١٧) بُنِيَتْ لِأَجَلِهِ ، لِتَكُونَ مَدْرَجًا لِلْعُلُوِّ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَيْهِمَا عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهَا سَقْفٌ لِلسُّفْلَانِيَّ ، وَمَوْطِئٌ لِلْفُوقَانِيَّ ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ الَّذِي بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا طَاقٌ صَغِيرٌ لَمْ تُبْنَ الدَّرَجَةُ لِأَجَلِهِ ، وَإِنَّمَا جُعِلَ مَرْفَقًا يُجْعَلُ فِيهِ جُبُّ الْمَاءِ وَنَحْوُهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِأَجَلِهِ وَحَدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ / بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَهُمَا عَلَيْهَا ، وَإِنْتِفَاعَهُمَا حَاصِلٌ بِهَا ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ .

١٠٨/٤

فصل : وَلَوْ تَنَازَعَا مُسْنَأَةً^(١٨) بَيْنَ نَهْرٍ أَحَدِهِمَا وَأَرْضِ الْآخَرِ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا حَاجِزٌ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَهِيَ كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمِلْكَيْنِ .

فصل : إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، فَأَنهَدَمَ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا إِعَادَتَهُ ، فَأَبَى الْآخَرُ ، فَهَلْ يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى إِعَادَتِهِ ؟ قَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . تَقَلَّهَا ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَحَرْبٌ ، وَسِنْدِيُّ . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصْحُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَعَلَى ذَلِكَ أَصْحَابُنَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، فِي إِحْدَى رِوَايَتَيْهِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَدِيمِ قَوْلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِهِ ، وَصَحَّحَهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَرْكِ بِنَائِهِ إِضْرَارًا ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُهُمَا ، وَعَلَى النُّقْضِ إِذَا حِيفَ سُقُوطُهُ عَلَيْهِمَا ، لِقَوْلِ^(١٩) النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٢٠) . وَهَذَا وَشَرِيكُهُ يَتَضَرَّرَانِ فِي

(١٧) سقط من : م .

(١٨) المسناة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة .

(١٩) في ب : « ولقول » .

(٢٠) في الأصل ، ١ : « إضرار » . وتقدم تخریج الحديث في : ٤ / ١٤٠ .

تَرْكُ بِنَائِهِ . والرواية الثانية ، لا يُجْبَرُ . نُقِلَ عن أحمد ما يُدُلُّ على ذلك ، وهو أَقْوَى دَلِيلًا ، ومذهبُ أبي حنيفة ؛ لَأَنَّهُ مَلِكٌ لا حُرْمَةَ له في نَفْسِهِ ، فلم يُجْبَرِ مَالِكُهُ على الإِنْفَاقِ عليه ، كما لو انْفَرَدَ به ، ولَأَنَّهُ بِنَاءُ حَائِطٍ ، فلم يُجْبَرِ عليه ، كالإِنْتِدَاءِ ، ولَأَنَّهُ لا يَخْلُو ، إِمَّا أن يُجْبَرَ على بِنَائِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، أو لِحَقِّ جَارِهِ ، أو لِحَقِّهِمَا جَمِيعًا ، لا يَجُوزُ أن يُجْبَرَ عليه لِحَقِّ نَفْسِهِ ، بِدَلِيلِ ما لو انْفَرَدَ به ، ولا لِحَقِّ غَيْرِهِ ، كما لو انْفَرَدَ به جَارُهُ ، فَإِذَا لم يَكُنْ كُلُّ واحدٍ منهما مَوجِبًا عليه ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وفَارَقَ القِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا دَفَعُ لِلضَّرَرِ عِنْمَا بما لا ضَرَرَ فِيهِ ، والبِنَاءُ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، لما فِيهِ مِنَ العَرَامَةِ وإِنْفَاقِ مَالِهِ ، ولا يَلْزَمُ من إجْبَارِهِ على إِزَالَةِ الضَّرَرِ بما لا ضَرَرَ فِيهِ ، إجْبَارُهُ على إِزَالَتِهِ بما فِيهِ ضَرَرٌ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةِ ما في قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ . ويُفَارِقُ هَذِمَ الحَائِطِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ ؛ لَأَنَّهُ يَخَافُ سُقُوطَ حَائِطِهِ على ما يَتَلَفُهُ ، فَيُجْبَرُ على ما يُزِيلُ ذَلِكَ ، ولِهَذَا يُجْبَرُ عليه ، وَإِن انْفَرَدَ بِالحَائِطِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ولا نُسَلِّمُ أَنَّ في تَرْكِه إِضْرَارًا ، فَإِنَّ الضَّرَرَ إِذَا حَصَلَ بِانْتِهَادِهِ ، وَإِنَّمَا تَرْكُ البِنَاءِ تَرْكٌ لما يَحْصُلُ النِّفْعُ بِهِ ، وهذا لا يَمْنَعُ الإِنْسَانَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الإِنْتِدَاءِ ، وَإِن سَلَّمْنَا أَنَّهُ إِضْرَارٌ ، لَكِنْ في الإِجْبَارِ / إِضْرَارٌ ، ولا يَزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وقد يَكُونُ المُتَمَتِّعُ لا نَفْعَ له في الحَائِطِ ، أو يَكُونُ الضَّرَرُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ النِّفْعِ ، أو يَكُونُ مُعْسِرًا ليس معه ما يَبْنِي بِهِ ، فَيَكْلُفُ العَرَامَةَ مع عَجْزِهِ عَنِهَا ، فعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُما لم يُجْبَرِ ، فَإِن أَرَادَ شَرِيكُهُ البِنَاءَ فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا في الحَمْلِ وَرَسْمًا ، فلا يَجُوزُ مَنَعُهُ مِنْهُ ، وله بِنَاؤُهُ بِانْتِزَاعِهِ إِنْ شَاءَ ، وَبِنَاؤُهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَإِن بَنَاهُ بِآلَتِهِ وَأَنْقَاضِهِ ، فَالحَائِطُ بَيْنَهُما على الشَّرِكَةِ ، كما كان ؛ لِأَنَّ المُنْفَقَ^(٢١) إِذَا انْفَقَ على التَّائِفِ ، وَذَلِكَ أَثَرٌ لا عَيْنٌ يَمْلِكُهَا . وَإِن بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَالحَائِطُ مِلْكُهُ خَاصَّةً ، وله مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الإِنْتِفاعِ بِهِ ، وَوَضَعَ حَشْبِهِ وَرُسُومِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الحَائِطَ لَهُ . وَإِذَا أَرَادَ نَقْضَهُ ، فَإِن كان بِنَاهُ بِآلَتِهِ لم يَمْلِكِ نَقْضَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُما ، فلم يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ [بِمَا] فِيهِ

(٢١) في ب ، م زيادة : عليه .

مَضْرَّةٌ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَلِيٍّ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ تَقْضِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ قَالَ شَرِيكُهُ : أَنَا أَدْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَلَا تَنْقُضُهُ . لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْإِبْقَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ غَيْرُ الْبَانِي تَقْضِيَهُ ، أَوْ إِجْبَارَ بَانِيهِ عَلَى تَقْضِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ مَنَعَهُ مِنْ بِنَائِهِ ، فَلَا نَ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى تَقْضِيهِ أَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَلَى الْحَائِطِ رَسْمٌ انْتِفَاعٍ ، وَوَضَعَ حَشَبٍ ، قَالَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَتُمْكِنْتَنِي مِنَ انْتِفَاعِي وَوَضَعِ حَشَبِي ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِتُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَنَا . فَيَلْزِمُ الْآخَرَ إِجَابَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ رُسُومِهِ وَانْتِفَاعِهِ بَيْنَائِهِ . وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الْانْتِفَاعَ بِهِ ، فَطَالَبَهُ الْبَانِي بِالْعَرَامَةِ أَوْ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْعَرَامَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أُذِنَ فِي الْبِنَاءِ وَالْإِنْفَاقِ ، فَيَلْزِمُهُ مَا أُذِنَ فِيهِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأَوْلَى ، فَمَتَى امْتَنَعَ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَخَذَ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، أَوْ إِذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ مَتَى قَدَرَ . وَإِنْ أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنَعَهُ . وَمَا أُتْفِقَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بِهِ ، وَإِنْ تَوَى الرَّجُوعُ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ بِذَلِكَ ؟ / يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى دَيْتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ بَنَاهُ لِنَفْسِهِ بِأَلِيٍّ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَلِيٍّ مِنْ عِنْدِهِ ، فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ أَرَادَ تَقْضِيَهُ (٢٢) ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ تَقْضِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُجْبِرَ عَلَى بِنَائِهِ ، فَأَوْلَى أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِبْقَائِهِ .

١٠٩/٤ و

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا حَائِطٌ قَدِيمٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ مَبَانِيئَهُ حَائِطًا يَحْجِزُ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَا مَتَنَعَ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ أَرَادَ الْبِنَاءَ وَحْدَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْبِنَاءُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مِلْكِ جَارِهِ الْمُحْتَصِّ بِهِ ، وَلَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ مَالِهِ فِيهِ رَسْمٌ ، وَهَذَا لَا رَسْمَ لَهُ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « قَلَمُهُ » .

فصل : فإن كان السُّفْلُ لِرَجُلٍ ، وَالْعُلُوُّ لِآخَرَ ، فَانْهَدَمَ السَّقْفُ الَّذِي بَيْنَهُمَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْمُبَانَةَ مِنَ الْآخَرِ ، فَاْمْتَنَعَ ، فَهَلْ يُجْبَرُ الْمُْمْتَنِعُ عَلَى ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالرِّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ انْهَدَمَتْ حِيطَانُ السُّفْلِ ، فَطَالَبَهُ صَاحِبُ الْعُلُوِّ بِإِعَادَتِهَا ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ : إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يُجْبَرُ عَلَى الْبِنَاءِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يُجْبَرُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ بِنَاءَهُ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ . عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ عَلَى (٢٣) مَا كَانَ ، وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ : لَا يَنْتَفِعُ بِهِ صَاحِبُ السُّفْلِ . يَعْنِي حَتَّى يُوَدَّى الْقِيَمَةَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ (٢٤) لَا يَسْكُنُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ إِنَّمَا يَبْنَى لِلِسُكْنَى ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ كغَيْرِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِالْحِيطَانِ خَاصَّةً ، مِنْ طَرَجِ الْحَشْبِ ، وَسَمْرِ الرَّيْدِ ، وَفَتْحِ الطَّاقِ ، وَيَكُونُ لَهُ السُّكْنَى مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى إِنَّمَا هِيَ إِقَامَتُهُ فِي فِنَاءِ الْحِيطَانِ ، مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ الْاسْتِظْلَالَ بِهَا مِنْ خَارِجٍ . فَأَمَّا إِنْ طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بِالْبِنَاءِ ، وَأَبَى صَاحِبُ الْعُلُوِّ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، لَا يُجْبَرُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا مُسَاعَدَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ مُخْتَصٌّ بِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ غَيْرُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا الْمُسَاعَدَةِ فِيهِ ، / كَالْوَلْمِ يَكُنْ عَلَيْهِ عُلُوٌّ . وَالثَّانِيَةِ ، يُجْبَرُ عَلَى مُسَاعَدَتِهِ وَالْبِنَاءِ مَعَهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الدَّرْدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ حَائِطٌ يَشْتَرِكَانِ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، أَشْبَهَ الْحَائِطَ بَيْنَ الدَّارَيْنِ .

فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ، فانهدم ، فطلب أحدهما من الآخر بناءه ، أو المساعدة (٢٥) في بنائه ، فامتنع ، لم يجبر ؛ لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به ، كحائط الآخر ، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء

(٢٣) في م زيادة : « كل » .

(٢٤) في ا ، م : « أن » .

(٢٥) في الأصل : « والمساعدة » .

مَلِكٍ غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُسَاعَدَةَ فِيهِ . وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا حَائِطُ السُّفْلِ ، حَيْثُ يُجْبَرُ صَاحِبُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ العُلُوِّ مَلِكُهُ مُسْتَحَقًّا لِإِبْقَائِهِ عَلَى حِيطَانِ السُّفْلِ دَائِمًا ، فَلَرِمَ صَاحِبَ السُّفْلِ تَمَكِينُهُ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَطَرِيقُهُ البِنَاءُ ، فَلذَلِكَ وَجِبَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الحَائِطِ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ بَعْدَ بِنَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِجَارِهِ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ خَاصَّةً . وَإِنْ أَرَادَ جَارُهُ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ ، أَوْ التَّصَرُّفَ فِيهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ .

فصل : وَمَتَى هَدَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الحَائِطَ المُشْتَرَكِ ، أَوْ السُّقْفَ الذِي بَيْنَهُمَا ، نَظَرْتِ ، فَإِنْ خِيفَ سُقُوطُهُ ، وَوَجِبَ هَدْمُهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى هَادِمِهِ ، وَيَكُونُ كَالوَائِهِدَمِ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الوَاجِبَ ، وَأَزَالَ الضَّرَرَ الحَاصِلَ بِسُقُوطِهِ ، وَإِنْ هَدَمَهُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَعَلِيهِ إِعَادَتُهُ سِوَاءَ هَدْمِهِ لِحَاجَةِ أَوْ غَيْرِهَا ، وَسِوَاءَ التَّرَمِّ إِعَادَتُهُ أَوْ لَمْ يَلْتَرِمِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، فَلَزِمَتْ إِعَادَتُهُ^(٢٦) .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بِنَاءِ الحَائِطِ المُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَمَلِكُهُ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُ عَلَى بَعْضِ مِلْكِهِ بِيَعِضٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالوَائِهِدَمِ بِدَارٍ فَصَالِحُهُ عَلَى سُكْنَاهَا . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُحْمَلَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِجَهَالَةِ الحِمْلِ فَإِنَّهُ يُحْمَلُهُ مِنَ الأَثْقَالِ مَا لَا طَاقَةَ لَهُ بِحِمْلِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ قَنَآةٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ عَيْنٌ ، فَاحْتِيَاجٌ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ المُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا رِوَايَتَانِ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ هَهُنَا عَلَى الإِئْتِاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّ شَرِيكُهُ مِنْ مَقَاسِمَتِهِ ، فَيَضُرُّهُ ، بِخِلَافِ الحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُمَا / قِسْمَةَ العَرَصَةِ . وَالأُولَى التَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ العَرَصَةِ إِضْرَارًا بِهُمَا^(٢٧) ،

(٢٦) فِي الأَصْلِ ، ١ : « إِزَالَتُهُ » أَيْ إِزَالَةَ الضَّرْرِ .

(٢٧) فِي ١ : « لُهُمَا » .

والإِنْفَاقُ أَرْفَقُ بِهِمَا ، فَكَانَا سَوَاءً . وَالْحُكْمُ فِي الدُّوَالِبِ وَالتَّاعُورَةِ ، كَالْحُكْمِ فِي الحَائِطِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا البِئْرُ وَالتَّنْهَرُ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعُ الآخَرِ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ المَاءِ ؛ لِأَنَّ المَاءَ يَنْبُعُ مِنْ مِلْكَيْهِمَا ، وَإِنَّمَا أَثَرُ أَحَدِهِمَا فِي نَقْلِ الطَّيْنِ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ فِيهِ عَيْنٌ مَالٍ ، فَأَشْبَهَ الحَائِطُ إِذَا بَنَاهُ بِآلِيهِ ، وَالْحُكْمُ فِي الرُّجُوعِ بِالتَّفَقَّةِ ، كَحُكْمِ الرُّجُوعِ فِي التَّفَقَّةِ عَلَى الحَائِطِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلَيْنِ بَابَانِ فِي رُقَاقٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، أَحَدُهُمَا قَرِيبٌ مِنْ بَابِ الرُّقَاقِ ، وَالآخَرُ فِي دَاخِلِهِ ، فَلِلْقَرِيبِ مِنَ البَابِ نَقْلُ بَابِهِ إِلَى مَا يَلِي بَابَ الرُّقَاقِ ؛ لِأَنَّ لَهُ الاسْتِطْرَاقَ إِلَى بَابِهِ القَدِيمِ ، فَقَدْ نَقَصَ مِنْ اسْتِطْرَاقِهِ ، وَمَتَى أَرَادَ رَدُّ بَابِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ الأَوَّلِ ، كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَسْقُطْ ، وَإِنْ أَرَادَ نَقْلَ بَابِهِ تَلْقَاءَ صَدْرِ الرُّقَاقِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ بَابَهُ إِلَى مَوْضِعِ لا اسْتِطْرَاقَ لَهُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ بَابَهُ فِي أَوَّلِ البِنَاءِ ، فِي أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ ، فَتَرَكُهُ فِي مَوْضِعٍ لا يُسْقِطُ حَقَّهُ ، كَمَا أَنْ تُحْوِلَهُ بَعْدَ فَتْحِهِ لا يُسْقِطُهُ^(٢٨) ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْفَعَ حَائِطَهُ كُلَّهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ رَفْعِ مَوْضِعِ البَابِ وَحَدَهُ . فَأَمَّا صَاحِبُ البَابِ الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ فِي دَاخِلِ الدَّرْبِ بَابٌ^(٢٩) آخَرَ ، فَحُكْمُهُ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ حُكْمُ صَاحِبِ البَابِ الأَوَّلِ سِوَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ثُمَّ^(٣٠) بَابٌ آخَرَ ، كَانَ لَهُ تَحْوِيلُ بَابِهِ حَيْثُ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى الأَوَّلِ ، لا مُنَازِعَ لَهُ فِيمَا تَجَاوَزَ البَابَ الأَوَّلَ ، وَعَلَى الإِحْتِمَالِ الذِي ذَكَرْنَاهُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَلِكَ . وَلَوْ أَرَادَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٣٠) أَنْ يَفْتَحَ فِي دَارِهِ بَابًا آخَرَ ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ دَارَيْنِ ، يَفْتَحُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَابًا ، جَازَ ، إِذَا وَضَعَ البَايِنِ فِي مَوْضِعِ اسْتِطْرَاقِهِ . وَإِنْ كَانَ ظَهَرَ دَارٍ أَحَدِهِمَا إِلَى شَارِعٍ نَافِذٍ ، أَوْ رُقَاقٍ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِي حَائِطِهِ بَابًا إِلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ

(٢٨) فِي الأَصْلِ ، أ ، م : « يَسْقُطُ »

(٢٩-٣٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ ، م .

يَرْتَفِقُ بما لم يَتَّعِنَ مِلْكُ أَحَدٍ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي هَذَا إِضْرَارٌ بِأَهْلِ الدَّرْبِ ؛ لِأَنَّهُ بِجَعْلِهِ نَافِذًا يَسْتَطْرِقُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّارِعِ . قُلْنَا : لَا يَصِيرُ الدَّرْبُ نَافِذًا ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ دَارُهُ نَافِذَةً ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ بَابُهُ فِي الشَّارِعِ ، وَظَهَرَ دَارُهُ إِلَى الرُّقَاقِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ ، فَأَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا إِلَى الرُّقَاقِ لِلْإِسْتِطْرَاقِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي الدَّرْبِ الَّذِي قَدْ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ مِلْكُ أَرْبَابِهِ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّجْحِ الَّذِي قَدْ تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الْإِسْتِطْرَاقِ ، أَوْ يَجْعَلَ لَهُ بَابًا يَسْمُرُهُ ، أَوْ شُبَّانًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ رَفْعُ الْحَائِطِ بِجُمْلَتِهِ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ شَكْلَ الْبَابِ مَعَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ رُبَّمَا اسْتَدْبَلَّ بِهِ عَلَى حَقِّ الْإِسْتِطْرَاقِ ، فَيَضُرُّ بِأَهْلِ الدَّرْبِ ، بِخِلَافِ رَفْعِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسُدُّ عَلَى شَيْءٍ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَانِ ظَهَرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى ظَهْرِ الْأُخْرَى ، وَبَابُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فِي رُقَاقٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَرَفَعَ الْحَاجِزَ بَيْنَهُمَا ، وَجَعَلَهُمَا دَارًا وَاحِدَةً ، جَازَ . وَإِنْ فَتَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَابًا إِلَى الْأُخْرَى ، لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّطَرُّقِ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى كِلَا الدَّارَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُثَبِّتُ الْإِسْتِطْرَاقَ فِي الدَّرْبِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ مِنْ دَارٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ طَرِيقٌ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ رُبَّمَا أَدَّى إِلَى إِثْبَاتِ الشُّفْعَةِ فِي قَوْلٍ مِنْ يُثَبِّتُهَا بِالطَّرِيقِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الدَّارَيْنِ فِي رُقَاقِ الْأُخْرَى . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَهُ رَفْعَ الْحَاجِزِ جَمِيعِهِ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى ، وَهَذَا أَشْبَهُ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلْمَنْعِ مُنْتَقِضٌ بِمَا إِذَا رَفَعَ الْحَائِطَ جَمِيعَهُ . وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . إِذَا صَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَذِنُوا لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، جَازَ .

فصل : إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الْبَابَيْنِ فِي الدَّرْبِ ، وَتَدَاعِيَاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ بَابٌ لِغَيْرِهِمَا ، فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُحْكَمُ بِالدَّرْبِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى الْبَابِ الَّذِي يَلِي أَوَّلَهُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ لِهَذَا الْإِسْتِطْرَاقِ فِيهِ جَمِيعًا ، وَمَا بَعْدَهُ إِلَى صَدْرِ الدَّرْبِ لِلتَّأَخُّرِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِطْرَاقَ فِي

ذلك له وحده ، فله اليَدُ والتَّصَرُّفُ . والوَجْهَ الثاني^(٣١) ، أن من أوَّلِهِ إلى أَقْصَى حَائِطِ
الأوَّلِ بينهما ؛ لأنَّ ما يُقَابِلُ ذلكَ لهما التَّصَرُّفُ فيه ، بِنَاءٍ على أنَّ للأوَّلِ أن يَفْتَحَ بابَهُ فيما
شاءَ من حَائِطِهِ ، وما بعدَ ذلكَ للثاني ؛ لأنَّه ليسَ بِفَنَاءٍ للأوَّلِ ، ولا له فيه اسْتِطْرَاقٌ .
والثالث ، يكونُ بينهما ؛ لأنَّ لهما جَمِيعاً يَدًا وتَّصَرُّفاً . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كانَ لِرَجُلٍ
عُلُوُّ حَافِئِ ، ولآخرَ سَفْلُهُ ، ولصاحبِ العُلُوِّ دَرَجَةٌ في أَثْناءِ صَحْنِ الحَافِئِ ، فاختَلَفَا في
الصَّحْنِ ، فما كانَ من الدَّرَجَةِ إلى بابِ الحَافِئِ / بينهما ، وما وَرَاءَ ذلكَ إلى صَدْرِ الحَافِئِ
على الوَجْهَيْنِ ، أحدهما هو لِصاحبِ السَّفْلِ . والثاني هو بينهما . فإن كانت الدَّرَجَةُ في
صَدْرِ الصَّحْنِ ، فالصَّحْنُ بينهما ؛ لِوُجُودِ اليَدِ والتَّصَرُّفِ منهما جميعاً . فعلى الوَجْهِ
الذي يقولُ : إن صَدْرَ الدَّرَبِ مُحْتَصٌ بِصاحبِ البابِ الصَّدْرَانِي . له أن يَسْتَبْدِلَ^(٣٢)
بما يَحْتَصُّ به منه ، بأن يَجْعَلَهُ دَهْلِيًّا لِنَفْسِهِ ، أو يُدْخِلَهُ في دارِهِ على وَجْهِ لا يَضُرُّ
بِجَارِهِ ، ولا يَضَعُ على حَائِطِهِ شَيْئاً ؛ لأنَّ ذلكَ مِلْكٌ له يَنْفَرِدُ به .

فصل : وليس لِلرَّجُلِ التَّصَرُّفُ في مِلْكِهِ تَصَرُّفاً يَضُرُّ بِجَارِهِ ، نحو أن يَبْنِي فيه حَمَّاماً
بين الدُّورِ ، أو يَفْتَحَ حَبَّازاً بين العَطَّارِينَ ، أو يَجْعَلَهُ دُكَّانَ قِصَارَةٍ يَهْزُ الحِيطَانَ
وَيُحَرِّبُهَا ، أو يَحْفَرَ بئرًا إلى جَانِبِ بئرِ جَارِهِ يَجْتَذِبُ مَاءَهَا . وبهذا قال بعضُ أَصْحَابِ
أبي حنيفة . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى : لا يُمْنَعُ . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وبعضُ أَصْحَابِ أبي
حنيفة ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ في مِلْكِهِ الْمُحْتَصِّ به ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقٌّ غَيْرِهِ ، فلم يُمْنَعْ منه ، كالمو
طَبَّخِ في دارِهِ أو حَبَزٍ فيها ، وسَلَّمُوا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ^(٣٣) الدُّقِّ الذي يَهْدِمُ الحِيطَانَ وَيَنْثُرُهَا .
ولنا : قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »^(٣٤) . ولأنَّ هذا إِضْرَارٌ بِجيرانِهِ ، فمُنِعَ
منه ، كالدُّقِّ الذي يَهْزُ الحِيطَانَ وَيَنْثُرُهَا ، وكسَقْيِ الأَرْضِ الذي يَتَعَدَّى إلى هَدْمِ

(٣١) في ١ : الأخر .

(٣٢) في ب : يستند .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) في الأصل ، ١ ، ب : إضرار . وتقدم تخریج الحديث ، في : ٤ / ١٤٠ .

حِيطَانِ جَارِهِ ، أو إشعالِ نَارٍ تَتَعَدَّى إِلَى إِحْرَاقِهَا . قالوا : هَهُنَا تَعَدَّتِ النَّارُ الَّتِي أَضْرَمَهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي أُرْسَلَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لِدَلِّكَ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَالُو أُرْسَلَهُ إِلَيْهَا قَصْدًا . قُلْنَا : وَالذُّخَانُ هُوَ أَجْزَاءُ الْحَرِيقِ الَّذِي أُحْرِقَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لَهُ فِي مَلِكٍ جَارِهِ ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ النَّارِ وَالْمَاءِ . وَأَمَّا دُخَانُ الْحَبِيزِ وَالطَّبِيخِ ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ سَطْحُ أَحَدِهِمَا أَعْلَى مِنْ سَطْحِ الْآخَرِ ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى الصُّعُودُ عَلَى سَطْحِهِ عَلَى وَجْهِ يُشْرِفُ عَلَى سَطْحِ جَارِهِ ، إِلَّا أَنْ يَبْنِيَ سُتْرَةً تَسْتُرُهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَلْزَمُهُ عَمَلُ سُتْرَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَاجِزٌ بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ، فَلَا^(٣٥) يُجَبِّرُ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ ، كَالْأَسْفَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمَنْعٌ مِنْهُ ، كَدَقِّ يَهْزُ الْحَيْطَانَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَكْشِفُ جَارَهُ ، وَيَطَّلِعُ عَلَى حُرْمِهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ أُطْلِعَ عَلَيْهِ مِنْ صَبِيرٍ بَابِهِ / أَوْ خَصَاصِيهِ^(٣٦) ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أُطْلِعَ إِلَيْكَ ، فَحَدَفْتَهُ بِحَصَاةٍ ، فَفَقَاتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »^(٣٧) . وَيُقَارِقُ الْأَسْفَلَ ؛ فَإِنَّ تَصْرِفَهُ لَا يَضُرُّ بِالْأَعْلَى ، وَلَا يَكْشِفُ دَارَهُ .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا عَرِصَةٌ حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طَوْلًا ، جَازَ ذَلِكَ ، سِوَاءَ اتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طَوْلًا أَوْ عَرْضًا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمَا ، وَلَا تَخْرُجُ عَنْهُمَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قَسْمَهَا طَوْلًا^(٣٨) ، وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ نِصْفُ الطُّوْلِ فِي جَمِيعِ الْعَرْضِ ، وَوَلِالْآخَرِ مِثْلُهُ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجَبِّرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَلَئِنْ » .

(٣٦) صَبِيرٌ الْبَابُ : شَقُّهُ عِنْدَ مَلْتَقَى الرَّجَاحِ وَالْعِضَادَةِ . وَالْخِصَاصُ : جَمْعُ الْخِصَاصَةِ ، وَهِيَ الْفَرْجَةُ أَوْ الْخَلْلُ أَوْ الْحَزَقُ ، فِي بَابِ أَوْ غَيْرِهِ .

(٣٧) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَخَذَ حَقَّهُ أَوْ اقْتَصَدَ دُونَ السُّلْطَانِ ، وَبَابِ مَنْ أُطْلِعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ النَّظَرِ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٦٩٩ .

(٣٨) سَقَطَ مِنْ : م .

لأن ذلك لا يضُرُّ . فإذا اقتسما اقتَرَعا ، فكان لكل واحدٍ منهما ما تخرُجُ به القرعةُ ، فإن كان مَبِينًا فلا كلامٌ ، وإن كان غير مَبِينٍ ، كان لكل واحدٍ منهما أن يَبِينِي في نصيبه ، وإن أحبَّ أن يَدْخُلَ بعضَ عَرَصَتِهِ في دَارِهِ فَعَلَّ ، وإن أحبَّ أن يَزِيدَ في حَائِطِهِ من عَرَصَتِهِ فَعَلَّ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُجَبِّرَ على القِسْمَةِ ؛ لأنها تُوجِبُ اخْتِصَاصَ كُلِّ واحدٍ منهما ببعض الحَائِطِ المُقَابِلِ لِمَلِكِ شَرِيكِهِ ، وَزَوَالَ مَلِكِ شَرِيكِهِ ، فَيَتَضَرَّرُ ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على حَائِطِ يَسْتَرُّ مَلِكَهُ ، وربما اخْتَارَ أَحَدُهُمَا أن لا يَبِينِي حَائِطَهُ ، فَيَبْقَى مَلِكٌ^(٣٩) كُلُّ واحدٍ منهما مَكْشُوفًا ، أو يَبِينِيهِ وَيَمْنَعُ جَارَهُ من وَضْعِ حَشْبِهِ عليه ، وهذا ضَرَرٌ لا يَرِدُ الشَّرْعُ بِالْإِجْبَارِ عليه . فإن قِيلَ : فإذا كان مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أَيضًا من مَنعِ شَرِيكِهِ وَضْعَ حَشْبِهِ عليه . قُلْنَا : إذا كان له عليه رَسْمٌ وَضِعَ حَشْبِهِ ، أو انْتَفَاعٌ به ، لم يَمْلِكْ مَنَعُهُ من رَسْمِهِ ، وهُنَا يَمْلِكُ مَنَعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ . وَأَمَّا إن طَلَبَ قَسْمَهَا عَرَضًا ، وهو أن يُجْعَلَ لِكُلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ العَرَضِ في كَمَالِ الطُّوْلِ ، نَظَرْنَا ، فإن كانت العَرَصَةُ لا تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، لم يُجَبِّرِ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا^(٤٠) . واخْتَارَ ابنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يُجَبِّرُ . وهو ظَاهِرٌ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنها عَرَصَةٌ ، فَأُجَبِّرَ على قَسْمِهَا ، كَعَرَصَةِ الدَّارِ . ولَنَا ، أن في قَسْمِهَا ضَرَرًا ، فلم يُجَبِّرِ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا عليه ، كالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِذَلِكَ . وإن كانت تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، بحيثُ يَحْصُلُ لِكُلِّ واحدٍ منهما ما يَبِينِي فيه حَائِطًا ، ففي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : يُجَبِّرُ . قاله أَبُو الحَطَّابِ ؛ لأنه لا ضَرَرٌ في القِسْمِ^(٤١) ؛ لَكَوْنِ كُلِّ واحدٍ منهما يَحْصُلُ / له ما يَنْدَفِعُ به حاجتُهُ ، فَأَشْبَهَ عَرَصَةَ الدَّارِ التي يَحْصُلُ لِكُلِّ واحدٍ منهما ما يَبِينِي فيه دَارًا . والثاني ، لا يُجَبِّرُ . ذَكَرَهُ القَاضِي ؛ لأنَّ هَذِهِ القِسْمَةَ لا تَقَعُ فِيهَا قُرْعَةٌ ؛ لأنَّنا لو أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، لم نَأْمَنُ أن تَخْرُجَ قُرْعَةٌ كُلُّ واحدٍ منهما على ما يَلِي مَلِكَ جَارِهِ ، فلا يَنْتَفِعُ به ، فلو أُجْبِرْنَا على القِسْمَةِ

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) في م زيادة : « واختلفوا » .

(٤١) في م : « القسمة » .

لأَجْبَرْتَاهُ عَلَى أَخْذِ مَا يَلِي دَارَهُ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَهَذَا لَا تَنْظِيرَ لَهُ . وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانٍ ، كَهَذَيْنِ . وَمَتَى انْقَسَمَا الْعَرَصَةَ طَوْلًا ، فَبَنَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ حَائِطًا ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا قُرْجَةٌ ، لَمْ يُجْبَرِ أَحَدُهُمَا عَلَى سَدِّهَا ، وَلَمْ يُمْنَعْ مِنْ سَدِّهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى بِنَاءِ الْحَائِطِ فِي عَرْضَتِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَأْتَفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ طَوْلًا ، جَازَ ، وَيُعَلَّمُ بَيْنَ نَصِيْبَيْهِمَا بِعَلَامَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ عَرْضًا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَجُوزُ^(٤٢) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَأَشْبَهَ الْعَرَصَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا بِتَمْيِيزِ نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، بِحَيْثُ يُمَكِّنُهُ الْاِتِّفَاعُ بِنَصِيْبِهِ دُونَ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ ، وَهَهُنَا لَا يَتَمَيَّزُ ، وَلَا يُمَكِّنُ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ مُنْفَرِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وُضِعَ حَشْبُهُ عَلَى أَحَدِ جَانِبِي الْحَائِطِ ، كَانَ ثِقْلُهُ عَلَى الْحَائِطِ كُلِّهِ ، وَإِنْ فَتَحَ فِيهِ طَاقًا يُضْعِفُهُ ، ضَعْفَ كُلِّهِ ، وَإِنْ وَقَعَ بَعْضُهُ ، تَضَرَّرَ النَّصِيْبُ الْآخَرُ . وَإِنْ طَلَّبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ وَأَبَى الْآخَرُ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْحَائِطِ كَالْحُكْمِ فِي عَرْضَتِهِ ، سَوَاءٌ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ الْحَائِطِ ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ طَوْلًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرِ عَلَى قَسْمِهِ أَيْضًا ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ قَطَعَاهُ بَيْنَهُمَا ، فَقَدْ أَتْلَفَا جُزْءًا مِنَ الْحَائِطِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ ، كَالْوِجْهِ الْآخَرِ ، فَطَلَّبَ أَحَدُهُمَا قَطْعَهُ . وَإِنْ لَمْ يُقْطَعْ وَعَلِمَا عِلْمًا عَلَى نَصِيْفِهِ ، كَانَ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ اِتِّفَاعًا بِنَصِيْبِ الْآخَرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ الدَّارِ وَقَسْمِ حَائِطِهَا الْمُحِيطِ بِهَا ، وَكَذَلِكَ قَسْمِ البُسْتَانِ وَحَائِطِهِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَطْعِ الْمُضَرِّ ، بَلْ يُعَلَّمُهُ بِحِطِّ بَيْنَ نَصِيْبَيْهِمَا ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِ الْآخَرِ وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ ، بِدَلِيلِ الْحَائِطِ الْمُتَّصِلِ فِي دَارَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٢) فِي مِ زِيَادَةَ : الْقِسْمَةُ .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة، والإجماع. أما السنة، فما روى أبو هريرة، أن النبي ﷺ قال / : « مَطَّلُ الْعَبِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أَتَيْعَ أَحَدَكُمْ عَلَى مِئَةِ مِئَةٍ فَلْيَتَّبِعْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١) .
 وفي لَفْظٍ : « مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مِئَةٍ فَلْيَحْتَلْ » (٢) . وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل : إنها بيع ، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه ، وجاز تأخير القبض رخصة ؛ لأنه موضوع على الرفق ، فيدخلها خيار المجلس لذلك . والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ، ليس بمحمول على غيره ؛ لأنها لو كانت بيعاً لما جازت ، لكونها بيع دين بدين ، ولما جاز التفريق (٣) قبل القبض ؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه . ولجازت بلفظ البيع ، ولجازت بين جنسين ، كالبيع كله . ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع ، فعلى هذا لا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرّد العقد ، وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه . ويشترط في صحتها رضی المحيل ، بلا خلاف ؛ فإن الحق عليه ، ولا يتعين عليه جهة قضائه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلا يعتبر رضاهما ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ مِثْلُ ذَلِكَ الْحَقِّ ، فَرَضِي ، فَقَدْ بَرِيَ الْمُحِيلُ أَبَدًا)

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة : أحدها ، تماثل الحقيين ؛ لأنها تحويل

(١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٨٩ .

(٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٤٦٣ . والبيهقي ، في : باب من أحيل على مئة ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٧٠ . وابن أبي شيبة ، في : باب في مطلق الغنى ودفعه ، من كتاب البيوع . المصنف ٧ / ٧٩ . والبرز ، في : باب مطلق الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . كشف الأستار ٢ / ١٠٠ . والمهشمي ، في : باب مطلق الغنى ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٣١ .
 (٣) في ب : (التصرف) .

لِلْحَقِّ وَنَقَلَ لَهُ ، فَيُنْقَلُ عَلَى صِفَتِهِ ، وَيُعْتَبَرُ تَمَاطُلُهُمَا فِي أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ : أَحَدُهَا ، الْجِنْسُ .
فِيَحِيلُ مَنْ عَلَيْهِ ذَهَبٌ بِذَهَبٍ ، وَمَنْ عَلَيْهِ فِضَّةٌ بِفِضَّةٍ . وَلَوْ أَحَالَ مِنْ عَلَيْهِ ذَهَبٌ بِفِضَّةٍ ،
أَوْ مِنْ عَلَيْهِ فِضَّةٌ بِذَهَبٍ ، لَمْ يَصِحَّ . الثَّانِي ، الصَّفَةُ . فَلَوْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ صِحَاحٌ
بِمُكْسَرَةٍ ، أَوْ مِنْ عَلَيْهِ مِصْرِيَّةٌ بِأَمِيرِيَّةٍ ، لَمْ يَصِحَّ . الثَّالِثُ ، الْحُلُولُ وَالتَّأْجِيلُ . وَيُعْتَبَرُ
اتِّفَاقُ أَجَلِ الْمُوجَلِّينَ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حَالًا وَالْآخَرُ مُوجَلًّا ، أَوْ أَجَلُ أَحَدِهِمَا إِلَى
شَهْرٍ وَالْآخَرُ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ . وَلَوْ كَانَ الْحَقَّانِ حَالَيْنِ ، فَشَرَطَ عَلَى
الْمُحْتَالِ أَنْ يَقْبِضَ حَقَّهُ أَوْ بَعْضَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ ، وَلِأَنَّهُ
شَرَطَ مَا لَوْ كَانَ ثَابِتًا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا شَرَطَهُ ^(١) . وَإِذَا
اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْأُمُورُ ، وَصَحَّتْ الْحَوَالَةُ ، وَتَرَاضِيًا بَأَنْ يَدْفَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ^(٢) خَيْرًا مِنْ
حَقِّهِ ، أَوْ رَضِيَ الْمُحْتَالُ بِدُونِ الصَّفَةِ ، أَوْ رَضِيَ مَنْ عَلَيْهِ الْمُوجَلُّ بِتَعْجِيلِهِ ، أَوْ رَضِيَ
مَنْ لَهُ الْحَالَ / بِإِنطَارِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ فِي الْقَرْضِ ، فَفِي الْحَوَالَةِ أَوْلَى . وَإِنْ مَاتَ
الْمُحِيلُ ، أَوْ الْمُحَالُ ، فَالْأَجَلُ بِحَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فَفِي حُلُولِ الْحَقِّ
رَوَايَتَانِ ، مَضَى ذِكْرُهُمَا .

١١٣/٤ و

الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ عَلَى ذَيْنِ مُسْتَقَرًّا . وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يُحِيلَ بِدَيْنِ [غَيْرِ] ^(٣)
مُسْتَقَرًّا ، إِلَّا أَنْ السَّلْمَ لَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ ، لِأَنَّ ذَيْنَ السَّلْمِ لَيْسَ بِمُسْتَقَرًّا لِكَوْنِهِ
بِعَرَضِ الْفَسْخِ ، لِإِنْقِطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَلَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَصِحَّ إِلَّا فِيمَا
يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ، وَالسَّلْمُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ
أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ^(٤) . وَلَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ عَلَى الْمَكَاتِبِ بِمَالِ

(١) في ب : « اشترطه » .

(٢) في ب زيادة : « إليه » .

(٣) تكملة يصح بها المعنى .

(٤) تقدم تخريجه في : ٦ / ٤١٧ .

الكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَيَسْقُطُ بِعَجْزِهِ . وَتَصِحُّ الْحَوَالَةُ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ غَيْرِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ فِي الْمُدَايِنَاتِ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتِبُ سَيِّدَهُ بِنَجْمٍ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَبَرَّتْ ذِمَّةُ الْمُكَاتِبِ بِالْحَوَالَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَحَالَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا بِصَدَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَإِنْ أَحَالَهَا الزَّوْجُ بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهَا ، وَحَوَالَتَهُ بِهِ تَقَوْمُ مَقَامَ تَسْلِيمِهِ . وَإِنْ أَحَالَتْ بِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فِي قِيَاسِ مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِي بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَفَاءِ ، وَلَهُ الْوَفَاءُ قَبْلَ الْاسْتِقْرَارِ . وَإِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْحَوَالَةَ كَانَتْ بَاطِلَةً ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كَانَ نَائِبًا مُسْتَقَرًّا ، وَالْبَيْعُ كَانَ لَازِمًا ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْحَوَالَةُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْجَوَازِ عَيْبُ الْمَبِيعِ ، وَقَدْ كَانَ مَوْجُودًا وَقَتَ الْحَوَالَةِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ أَحَالَ مِنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ بِهِ ، ثُمَّ سَقَطَ الدَّيْنُ ، كَالزَّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا ، أَوِ الْمُشْتَرِي يَفْسَخُ الْبَيْعَ وَيُرُدُّ الْمَبِيعَ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ؛ لِغَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي بَقَائِهَا ، وَيَرْجِعُ الْمُجِيلُ بِدَيْنِهِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ عَنِ الْمُجِيلِ ، فَلَمْ يُعَدِّ إِلَيْهِ ، وَثَبَتَ لِلْمُحْتَالِ فَلَمْ يُزَلْ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ ، فَكَأَنَّ الْمُجِيلَ أَقْبَضَ الْمُحْتَالَ دَيْنَهُ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، وَيَأْخُذُ ١١٣/٤ ظ الْمُحْتَالَ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَسِوَاءَ تَعَدَّرَ الْقَبْضُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ / لَمْ يَتَعَدَّرَ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَبْطُلْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَيَرْجِعُ الْمُجِيلُ عَلَى الْمُحْتَالِ بِهِ .

فصل : وَإِنْ أَحَالَ مِنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ رَجُلًا عَلَى آخَرَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِحَوَالَةٍ ، بَلْ هِيَ وَكَأَلَهُ تَثَبُّتٌ فِيهَا أَحْكَامُهَا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مَأْخُودَةٌ مِنْ تَحَوُّلِ الْحَقِّ وَإِنْتِقَالِهِ ، وَلَا حَقَّ هُنَا يَنْتَقِلُ وَيَتَحَوَّلُ ، وَإِنَّمَا جَازَتْ الْوَكَالَةَ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ ، لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْمَعْنَى ؛ وَهُوَ اسْتِحْقَاقُ الْوَكِيلِ مُطَابَقَةً مِنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَاسْتِحْقَاقِ

المُحْتَالِ مُطَالَبَةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَتَحَوُّلُ ذَلِكَ إِلَى الْوَكِيلِ كَتَحَوُّلِهِ إِلَى الْمُحِيلِ . وَإِنْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَتْ حَوَالَةً أَيْضًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . فَلَا يَلْزَمُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ ، وَلَا الْمُحْتَالُ قَبُولُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُعَاوَضَةٌ ، وَلَا مُعَاوَضَةً هُنَا ، وَإِنَّمَا هُوَ اقْتِرَاضٌ . فَإِنْ قَبِضَ الْمُحْتَالُ مِنْهُ الدَّيْنَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّهُ قَرْضٌ . وَإِنْ أُبْرَاهُ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهَا بَرَاءَةٌ لِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ الدَّيْنَ ، ثُمَّ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، رَجَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى الْمُحِيلِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ غَرِمَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا عَادَ إِلَيْهِ الْمَالُ بِعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ مَا غَرِمَ عَنْهُ شَيْئًا . وَإِنْ أَحَالَ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ^(٥) ^(٦) عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ^(٧) فَهِيَ وَكَالَةٌ فِي اقْتِرَاضٍ . وَلَيْسَتْ حَوَالَةً ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِدَيْنٍ عَلَى دَيْنٍ ، وَلَمْ يُوْجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا .

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم ؛ لأنها إن كانت بيبعا فلا تصح في مجهول ، وإن كانت تحوّل الحق فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأذهان ، ولا تصح ^(٧) فيما لا يصح السلم فيه ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ومن شرط الحوالة تساوي الدئتين ، فأما ما يثبت في الذمة سلمًا غير المثلّيات ، كالمذروع والمعدود ، ففي صحة الحوالة به وجهان : أحدهما : لا تصح ؛ لأن المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمّنه بمثله في الإتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي . والثاني : تصح . ذكره القاضي ؛ لأنه حق ثابت في الذمة ، فأشبهه ماله مثل . ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضيه به قرض هذه الأموال ، فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها في السن ، فقال القاضي : تصح ؛ لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة / وسائر

١١٤/٤ و

(٥) في م : عنه .

(٦-٦) سقط من الأصل ، ب .

(٧) في الأصل : يصلح .

الضَّمَاتِ . وقال أبو الحَطَّابِ : لا تَصِحُّ في أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ ، وَلِأَنَّ الإِبْلَ لَيْسَتْ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ الَّتِي تُضْمَنُ بِمِثْلِهَا فِي الإِتْلَافِ ، وَلا تُثَبِّتُ فِي الذِّمَّةِ سَلَمًا فِي رِوَايَةٍ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ إِبْلٌ مِنْ دِيَّةٍ ، وَهِيَ عَلَى آخَرَ مِثْلُهَا قَرْضًا ، فَأَحَالَه عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ فِي الْقَرْضِ قِيَمَتَهَا . لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِإِخْتِلَافِ الْجِنْسِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ مِثْلُهَا . اقْتَضَى قَوْلُ الْقَاضِي صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ عَلَى صِفَتِهِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْخَيْرَةَ فِي التَّسْلِيمِ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، وَقَدْ رَضِيَ بِتَسْلِيمِ مَالِهِ فِي ذِمَّةِ الْمُقْتَرِضِ . وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَاحْتَالَ الْمُقْتَرِضُ ^(٨) بِإِبْلِ الدِّيَّةِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّنا إِنْ قُلْنَا : تَجِبُ الْقِيَمَةُ فِي الْقَرْضِ . فَقَدْ اِخْتَلَفَ الْجِنْسُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَجِبُ الْمِثْلُ . فَلِلْمُقْتَرِضِ مِثْلُ مَا أَقْرَضَ فِي صِفَاتِهِ وَقِيَمَتِهِ . ، وَالذِي عَلَيْهِ الدِّيَّةُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ .

فصل : الشرط الرابع ، أن يُحِيلَ بِرِضَائِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ مِنْ جِهَةِ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلا إِخْلَافَ فِي هَذَا .

فَإِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُ الْحَوَالَةِ وَصَحَّتْ ^(٩) ، بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمُجِيلِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا مَا يَرَوِي عَنْ الْحَسَنِ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى الْحَوَالَةَ بَرَاءَةً إِلَّا أَنْ يُبْرِئَهُ . وَعَنْ زُفَرٍ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَنْقُلُ الْحَقَّ . وَأَجْرَاهَا مَجْرَى الضَّمَانِ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُسْتَقْتَنَةٌ مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ ، بِإِخْلَافِ الضَّمَانِ ، فَإِنَّهُ مُسْتَقْتَنٌ مِنْ ضَمِّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ . فَعُلِقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مُقْتَضَاهُ ، وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ . إِذَا ثَبَّتَ أَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ ، فَمَتَى رَضِيَ بِهَا الْمُحْتَالَ ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْيَسَارَ ، لَمْ يَعُدَّ الْحَقُّ إِلَى الْمُجِيلِ أَبَدًا ، سِوَاءَ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، أَوْ تَعَدَّرَ لِمَطِيلٍ أَوْ فَلَاسٍ أَوْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُحْتَالَ بِذَلِكَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى بَعْدَ

(٨) فِي ب : « الْمُقْتَرِضُ » .

(٩) فِي م : « وَصَحِبَ » خَطَأً .

العِلْمِ . وبه قال جَمَاعَةٌ من أَصْحَابِنَا ، ونحوه قولُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ فِي المَحَالِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ ، ^(١٠) كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَوَجَدَهَا مَعِيَّةً ، وَلِأَنَّ المُحِيلَ غَرَهُ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ ^(١١) ، كَمَا لَوْ ذَلَّسَ المَبِيعَ . وَقَالَ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَعِيُّ : مَتَى أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ ، رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي حَالَتَيْنِ ؛ إِذَا مَاتَ المَحَالُّ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، وَإِذَا جَحَدَهُ وَحَلَفَ عَلَيْهِ ^(١٢) عِنْدَ الحَاكِمِ ، وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي هَاتَيْنِ الحَالَتَيْنِ ، / وَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ ^(١٣) لِفَلَسٍ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ عَثْمَانَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّهِ ، فَمَاتَ المَحَالُّ عَلَيْهِ مُفْلِسًا فَقَالَ : يَرْجِعُ بِحَقِّهِ ، لَا تَوَى ^(١٤) عَلَى مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَمْ يُسَلِّمِ العِوَضُ فِيهِ لِأَحَدٍ ^(١٥) المُتَعَاوِضَيْنِ ، فَكَانَ لَهُ الفَسْخُ ، كَمَا لَوْ اعْتَضَضَ بِثَوْبٍ فَلَمْ يُسَلِّمِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ حَزْنَاً جَدَّ سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، كَانَ لَهُ عَلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ دَيْنٌ ، فَأَحَالَهُ بِهِ ، فَمَاتَ المَحَالُّ عَلَيْهِ ، فَأُخْبِرُهُ ، فَقَالَ : اخْتَرْتُ عَلَيْنَا ، أُبْعَدَكَ اللهُ . فَأُبْعَدُهُ بِمُجَرَّدِ اخْتِيَالِهِ ، وَلَمْ يُخْبِرْهُ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ . وَلِأَنَّهَا بَرَاءَةٌ مِنْ دَيْنٍ لَيْسَ فِيهَا قَبْضٌ مِمَّنْ عَلَيْهِ ، وَلَا مِمَّنْ يَدْفَعُ عَنْهُ ^(١٦) ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا رُجُوعٌ ، كَمَا لَوْ أُبْرَأَ مِنَ الدَّيْنِ ، وَحَدِيثُ عَثْمَانَ لَمْ يَصِحَّ ، يَرْوِيهِ خَالِدُ بنِ جَعْفَرٍ عَنِ مُعَاوِيَةَ بنِ قُرَّةَ عَنِ عَثْمَانَ ، وَلَمْ يَصِحَّ سَمَاعُهُ مِنْهُ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ : فِي حَوَالَةٍ أَوْ كِفَالَةٍ . وَهَذَا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، وَلَا يَصِحُّ ، وَلَوْ صَحَّ كَانَ قَوْلُ عَلِيٍّ مُخَالَفًا لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ ، وَيُفَارِقُ المُعَاوَضَةَ بِالثَّوْبِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرَارُ العَقْدِ عَلَيْهِ ، وَهُنَا الحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، وَإِلَّا كَانَ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

(١٠-١٠) سقط من : ب .

(١١-١١) سقط من : أ . وهو في الأصل ، ب ، م ، وفي م زيادة : « في » في أوله خطأ .

(١٢) التوى : الهلاك .

(١٣) في ب : « لأجل » .

(١٤) في ب : « عليه » .

فصل: فإن شَرَطَ مَلَاءَةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَبَانَ مُعْسِرًا ، رَجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ . وَبِهِ قَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَرْجَعُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ لَا تُرَدُّ بِالْإِعْسَارِ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ الْمَلَاءَةَ ، فَلَا تُرَدُّ بِهِ ، وَإِنْ شَرَطَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ كَوْنَهُ مُسْلِمًا ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّ الْفَسْخَ يَثْبُتُ بِالْإِعْسَارِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ شَرِطٍ ، بِخِلَافِ الْحَوَالَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(١٥) . وَلِأَنَّهُ شَرَطَ مَا فِيهِ مَصْلَحَةُ الْعَقْدِ فِي عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَثْبُتُ الْفَسْخُ بِفَوَاتِهِ ^(١٦) ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ صِفَةً فِي الْمَبِيعِ ، وَقَدْ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ مَا لَا يَثْبُتُ بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ اشْتِرَاطِ صِفَةٍ فِي الْمَبِيعِ .

فصل: ولو لم يَرْضَ الْمُحْتَالُ بِالْحَوَالَةِ ، ثُمَّ بَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، أَوْ مَيِّتًا ، رَجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ ، بِلَا خِلَافٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْاِحْتِيَالُ عَلَى غَيْرِ مَلِيءٍ ، لَمَا عَلَيْهِ فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَبُولِ الْحَوَالَةِ إِذَا أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ ، وَلَوْ أَحَالَهُ عَلَى مَلِيءٍ فَلَمْ يَقْبَلْ حَتَّى أَعْسَرَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ أَيْضًا ، عَلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِكَوْنِهِ اشْتَرَطَ فِي بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ إِبْدَاءَ رِضَى الْمُحْتَالِ .

٨٢١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ ، فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ يَحْتَالَ)

و١١٥/٤ / الْمَلِيءُ : هُوَ الْقَادِرُ عَلَى الْوَفَاءِ . جَاءَ فِي الْحَدِيثِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، (أَنَّهُ قَالَ ^(١) : « إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : مَنْ يُفْرِضِ الْمَلِيءَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ » ^(٢) . وَقَالَ الشَّاعِرُ ^(٣) :

تُطِيلِينَ لِيَأْنِسِي وَأَنْتِ مَلِيئَةٌ وَأُحْسِنُ بِإِذَاتِ الْوَشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قَادِرَةٌ عَلَى وَفَائِي . وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْخِرَقِيَّ أَرَادَ بِالْمَلِيءِ هَهُنَا الْقَادِرَ عَلَى الْوَفَاءِ غَيْرَ الْجَاحِدِ وَلَا الْمُمَاطِلِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي تَفْسِيرِ الْمَلِيءِ ، كَأَنَّ الْمَلِيءَ عِنْدَهُ ، أَنْ يَكُونَ مَلِيئًا

(١٥) تقدم تحريجه في : ٦ / ٣٠ .

(١٦) في ب : « لفواته » .

(١-١) سقط من : ١ ، ب .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب الترغيب في الدعاء والذكر ... ، من كتاب المسافرين . صحيح مسلم ١ / ٥٢٢ .

(٣) البيت لدى الرمة ، وهو في ديوانه ٢ / ١٣٠٦ .

بِمَالِهِ وَقَوْلِهِ وَبَدَنِهِ وَنَحْوِ هَذَا . فَإِذَا أُحِيلَ عَلَى مَنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَزِمَ الْمُحْتَالُ وَالْمُحَالَ عَلَيْهِ الْقَبُولُ ، وَلَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهُمَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُعْتَبَرُ رِضَاهُمَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَيُعْتَبَرُ الرِّضَا مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ رِضَى الْمُحْتَالِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ، فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهَا بِغَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ بِالذَّنْبِ عَرَضًا . فَأَمَّا الْمُحَالَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُحْتَالُ عَدُوًّا . وَالشَّافِعِيُّ فِي اعْتِبَارِ رِضَائِهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يُعْتَبَرُ . وَهُوَ يُحْكِي عَنِ الزُّهْرِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدٌ مِنْ تَيْمُّمٍ بِهِ الْحَوَالَةُ ، فَاشْتَبَهَ الْمُحِيلُ . وَالثَّانِي : لَا يُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ مَقَامَ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى رِضَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، كَالْتَوْكِيلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا تُبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ » (٤) . وَلِأَنَّ لِلْمُحِيلِ أَنْ يُؤْفَى الْحَقُّ الَّذِي عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ وَيُوكَّلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْمُحَالَ عَلَيْهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّقْبِضِ فَلَزِمَ الْمُحَالَ الْقَبُولُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي إِنْقَائِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ عَرَضًا ؛ لِأَنَّهُ يُعْطِيهِ غَيْرَ مَا وَجَبَ لَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ .

فصل : إِذَا أَحَالَ رَجُلًا عَلَى زَيْدٍ بِالْأَيْفِ ، فَأَحَالَهُ زَيْدٌ بِهَا عَلَى عَمْرٍو ، فَالْحَوَالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الثَّانِي نَابِتٌ مُسْتَقِرٌّ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ أَنْ يُحِيلَ بِهِ ، كَالأَوَّلِ . وَهَكَذَا لَوْ أَحَالَ الرَّجُلُ عَمْرًا عَلَى زَيْدٍ بِمَا ثَبَّتَ (٥) لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَتَكَرَّرُ الْمُحْتَالُ وَالْمُحِيلُ لَا يَضُرُّ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَحَالَ الْمُشْتَرِيَ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ (٦) ، ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَا تَمَنَّ عَلَى الْمُشْتَرِيَ ، وَإِنَّمَا ثَبَّتُ حُرِّيَّتَهُ بَيِّنَةٌ أَوْ اتِّفَاقِهِمْ ، فَإِنْ اتَّفَقَ الْمُحِيلُ وَالْمُحَالَ عَلَيْهِ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَّبَهُمَا

(٤) فِي ب زِيَادَةٌ : « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » .

وَيُقَدِّمُ تَحْرِيجَهُ فِي : ٦ / ٥٨٩ .

(٥) فِي أ ، ب ، م : « بَيْتٌ » .

(٦) فِي ب : « بِشْمَةِ » .

المُحْتَالُ ، ولا بَيِّنَةٌ بذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا عليه ؛ لِأَنَّهُمَا يُبْطِلَانِ حَقَّهُ ، أَشْبَهَ (٧) ما لو باع / المُشْتَرِي العَبْدَ ، ثم اعْتَرَفَ هو وبِائِعِهِ أَنَّهُ كان حُرًّا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا على المُشْتَرِي الثاني ، وإن أَقامَا بَيِّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لِأَنَّهُمَا كَذَّبَاها بِدُخُولِهِمَا في التَّبَايُعِ . وإن أَقام العَبْدُ بَيِّنَةً بِحُرِّيَّتِهِ ، قُبِلَتْ ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ . وإن صَدَّقَهُمَا المُحْتَالُ ، وادَّعَى أَنَّ الحَوَالَةَ بِغَيْرِ تَمَنِ العَبْدِ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الحَوَالَةِ ، وهما يَدْعِيانِ بَطْلانِها ، فكانت جَنْبَتُهُ أَقْوَى . فإن أَقامَا البَيِّنَةَ أَنَّ الحَوَالَةَ كانت بالثَّمَنِ ، قُبِلَتْ ؛ لِأَنَّهُمَا لم يَكْذَّبَاها . وإن اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحْتَالُ على حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وكَذَّبَهُمَا المُحَالُ عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا عليه في حُرِّيَّةِ العَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ على غيرِهما ، وتَبْطُلُ الحَوَالَةُ ؛ لِاتِّفَاقِ المَرْجُوعِ عليه بالذَّيْنِ والرَّاجِعِ به على اسْتِحْقاكِ الرُّجُوعِ ، والمُحَالُ عليه يَعْتَرِفُ لِلْمُحْتَالِ بِذَيْنِ لا يُصَدِّقُهُ فيه ، فلا يَأْخُذُ منه شيئاً . وإن اعْتَرَفَ المُحْتَالُ (٨) والمُحَالُ عليه بِحُرِّيَّةِ العَبْدِ عَنَقَ ؛ لِإِقْرَارِ مَنْ هو في يَدِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ بالنَّسْبَةِ إِلَيْهِمَا ، ولم يَكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ معه في الحَوَالَةِ اعْتِرَافٌ بِبِرَائَتِهِ ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ عليه .

فصل : وإن اشْتَرَى عَبْدًا ، فأَحَالَ المُشْتَرِي البَائِعَ بالثَّمَنِ على آخَرَ ، فَقَبَضَهُ مِنْ المُحَالِ عليه ، ثم رَدَّ المُشْتَرِي العَبْدَ بِعَيْبٍ ، أو مُقَابِلَةٍ ، أو اخْتِلَافٍ في تَمَنِ ، فَقَدِ بَرِئَ المُحَالُ عليه ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ مِنْه بِإِذْنِهِ ، وَيَرْجِعُ المُشْتَرِي على البَائِعِ . وإن رَدَّهُ قَبْلَ القَبْضِ ، فقال القاضِي : تَبْطُلُ الحَوَالَةُ ، وَيَعُودُ المُشْتَرِي إلى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، وَيَبْرَأُ البَائِعُ ، فلا يَبْقَى له ذَيْنٌ ولا عليه ؛ لِأَنَّ الحَوَالَةَ بالثَّمَنِ ، وقد سَقَطَ بالفَسْخِ ، فيجِبُ أَنْ تَبْطُلَ الحَوَالَةُ لِذَهَابِ حَقِّهِ مِنَ المَالِ المُحَالِ به . وقال أبو الحَطَّابِ : لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ المُشْتَرِي عَوَّضَ البَائِعَ عَمَّا في ذِمَّتِهِ مَالَهُ في ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ونَقَلَ حَقَّهُ إِلَيْهِ نَقْلًا صَحِيحًا ، وبَرِئَ مِنَ الثَّمَنِ ، وبَرِئَ المُحَالُ عليه مِنْ ذَيْنِ المُشْتَرِي ، فلم

(٧) في ب : « فأشبهه » .

(٨) في الأَصْل : « المحال » .

يَبْطُلُ ذَلِكَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، كَالْوَأْظَاءِ بِالثَّمَنِ تَوْبًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، ثُمَّ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَرْجِعْ بِالتَّوْبِ ، كَذَا هُنَا . فَإِنْ قُلْنَا ^(١) «يَبْطُلَانِ الْحَوَالَةَ» ، رَجَعَ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِدَيْنِهِ ، وَلَمْ يَبْقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْبَائِعِ مُعَامَلَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا ^(٢) : لَا تَبْطُلُ . رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيَأْخُذُهُ الْبَائِعُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . فَإِنْ عَادَ الْبَائِعُ فَأَحَالَ الْمُشْتَرِي ^(٣) بِالثَّمَنِ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ ، صَحَّ وَبَرِيَ الْبَائِعُ ، وَعَادَ الْمُشْتَرِي إِلَى غَرِيمِهِ بِالثَّمَنِ ^(٤) / وَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، لَكِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ أَجْنَبِيًّا عَلَى الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ رَدَّ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ ، فَفِي الْحَوَالَةِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُشْتَرِي بَرِثَتْ بِالْحَوَالَةِ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ ، وَصَارَ الْحَقُّ عَلَيْهِ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمُحْتَالَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَفَعَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْمُحِيلِ ، فَفَعِلَ هَذَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيُسَلِّمُ إِلَى الْمُحْتَالَ مَا أَحَالَهُ بِهِ . وَالثَّانِي ، تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ إِنْ كَانَ الرَّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لِسُقُوطِ الثَّمَنِ الَّذِي كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي بَقَاءِ الْحَوَالَةِ هُنَا ، فَيَعُودُ الْبَائِعُ بِدَيْنِهِ ، وَيَبْرَأُ الْمُشْتَرِي مِنْهَا ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَإِذَا قُلْنَا : لَا تَبْطُلُ . فَأَحَالَ الْمُشْتَرِي الْمُحَالَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، صَحَّ ، وَبَرِيَ الْمُشْتَرِي مِنْهَا .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ دَيْنٌ ، فَأَذِنَ لِآخَرَ فِي قَبْضِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمَأْذُونُ لَهُ ، فَقَالَ : وَكَأَنَّكَ فِي قَبْضِ دَيْنِي بِلَفْظِ التَّوَكُّيلِ . فَقَالَ : بَلِ أَحَلَّتَنِي بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . أَوْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَقَالَ : أَحَلَّتْكَ بِدَيْنِكَ . فَقَالَ : بَلِ وَكَأَنَّكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْمَوْكَالَةِ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَقَاءَ الْحَقِّ عَلَى مَا كَانَ ، وَيُنْكِرُ انْتِقَالَهُ ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ حُكِيمٌ بِهَا ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمَا فِي اللَّفْظِ ، وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلَّتْكَ بِالْمَالِ الَّذِي لِي قَبْلَ زَيْدٍ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمُحِيلُ : إِنَّمَا وَكَأَنَّكَ فِي الْقَبْضِ لِي . وَقَالَ الْآخَرُ : بَلِ أَحَلَّتَنِي بِدَيْنِي عَلَيْكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ ، فَإِنْ

(٩-٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : صح .

(١١) سقط من : م ، ا .

اللفظ حقيقةً في الحوالة دون الوكالة ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا في دارٍ في يد أحدهما . والثاني ، القول قول المُحِيل ؛ لأنَّ الأصل بقاء حق المُحِيل على المُحَال^(١٢) عليه ، والمُحتال يدعى نقله ، والمُحِيل يُنكره ، والقول قول المُنكر . فعلى الوجه الأول ، يحلف المُحتال ، ويثبت حقه في ذمة المُحَال عليه ، ويستحقُّ مطالبته ، ويسقط عن^(١٣) المُحِيل . وعلى الوجه الثاني ، يحلف المُحِيل ، ويبقى حقه في ذمة المُحَال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المُحتال قد قبض الحق من المُحَال عليه ، وتلف في يده ، فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه أو غيره ؛ لأنه إن تلف بتفريط ، وكان المُحتال مُحِقًا ، فقد أثلف ماله / ، وإن كان مُبطلًا ، ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له ، فيتقاصان ، ويسقطان . وإن تلف بغير تفريط ، فالمُحَال^(١٤) قد قبض حقه ، وتلف في يده ، وبرئ منه المُحِيل بالحوالة ، والمُحَال عليه بتسليمه^(١٥) ، والمُحِيل يقول : قد تلف المال في يد وكيلى بغير تفريط . فلا ضمان عليه . وإن لم يتلف ، احتمل أن لا يملك المُحِيل طلبه ؛ لأنه مُعترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده ، وهو مُستحقُّ لقبضه ، فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه . ويحتمل أن يملك أخذه منه ،^(١٦) ويملك المُحتال مطالبته بدنيه . وقيل : يملك المُحِيل أخذه منه^(١٧) ، ولا يملك المُحتال المطالبة بدنيه ؛ لإعترافه ببراءة المُحِيل منه بالحوالة^(١٧) . وليس بصحيح ؛ لأنَّ المُحتال إن اعترف بذلك ، فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق ، وأنه يستحقُّ المطالبة به ، فعلى كلا الحالتين ، هو مُستحقُّ للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه ، في قولهما جميعا ، فلا

(١٢) في الأصل : « المحتال » .

(١٣) في الأصل ، ا ، م ، « على » .

(١٤) في ب : « فالحتمال » .

(١٥) في الأصل ، ا ، م ، « بتسليمه » .

(١٦-١٧) سقط من : ب .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

وَجِهَ لِاسْقَاطِهِ ، وَلَا مُوَضِعَ لِلْبَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي لَفْظٍ يُسْمَعُ ، وَلَا فِعْلٍ يُرَى ، وَإِنَّمَا يَدْعَى الْمُحِيلُ بَيِّنَةً ، وَهَذَا لَا تَشْهَدُ بِهِ الْبَيِّنَةُ نَفْيًا وَلَا إِثْبَاتًا .

فصل : وإن كانت المسألة بالعكس ، فقال : أَحْلَثَكَ بِدَيْنِكَ . فقال : بل وَكَلَّتَنِي . ففيها الوجهان أيضا ؛ لما قَدَّمناه . فإن قلنا : القول قول المُحِيلِ . فحلَّف ، بَرِيءٌ مِنْ حَقِّ الْمُحْتَالِ ، وَلِلْمُحْتَالِ قَبْضُ الْمَالِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِمَا مَعًا ، فَإِذَا قَبِضَهُ كَانَ لَهُ بِحَقِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ . فَحَلَّفَ كَانَ لَهُ مُطَابَقَةُ الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَمُطَابَقَةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا وَكَيْلٌ وَإِمَّا مُحْتَالٌ . فَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ قَبْلَ أَخْذِهِ مِنَ الْمُحِيلِ ، فَلَهُ أَخْذُ مَا قَبِضَ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحِيلَ يَقُولُ : هُوَ لَكَ . وَالْمُحْتَالُ يَقُولُ : هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِي ، وَلِي مِثْلُهُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَقَدْ أُذِنَ لِي ^(١٨) فِي أَخْذِهِ ضِمْنًا . فَإِذَا أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ حَصَلَ غَرَضُهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنَ الْمُحِيلِ شَيْئًا . وَإِنْ اسْتَوْفَى مِنَ الْمُحِيلِ ، رَجَعَ عَلَى الْمُحَالِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَثَبَّتْ الْوَكَالَةُ بِيَمِينِ الْمُحْتَالِ ، وَبَقِيَ الْحَقُّ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ أَنَّهُ قَدْ بَرِيءٌ / مِنْ حَقِّهِ ، وَإِنَّمَا الْمُحْتَالُ ظَلَمَهُ بِأَخْذِ مَا كَانَ عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي : ١١٧/٤ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبِضَ الْحَوَالَةَ ، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ بِتَقْرِيطِ ، أَوْ أَتْلَفَهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُحِقًّا فَقَدْ أَتْلَفَ حَقُّهُ ، وَإِنْ كَانَ مُبْطَلًا فَقَدْ أَتْلَفَ مِثْلَ دَيْنِهِ ، فَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ وَبِتَقَاصَانِ . وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ . وَعَلَى الثَّانِي ، لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَلَيْسَ لِلْمُحِيلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ بِبِرَائَتِهِ .

فصل : وإن اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمُحِيلَ قَالَ : أَحْلَثَكَ بِدَيْنِكَ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هِيَ حَوَالَةٌ بِلَفْظِهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : هِيَ وَكَالَةٌ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدْعَى الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِدَيْنِهِ لَا تَحْتَمِلُ الْوَكَالَةَ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ

(١٨) فِي ب : « لَه » .

مُدَّعِيهَا . وَسَوَاءُ اعْتَرَفَ الْمُحِيلُ بِدَيْنِ الْمُحْتَالِ ، أَوْ قَالَ : لَا دَيْنَ لَكَ عَلَيَّ . لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَحْلُتُكَ بِدَيْنِكَ . اعْتِرَافٌ بِدَيْنِهِ ، فَلَا يَقْبَلُ جَحْدَهُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَقُلْ بِدَيْنِكَ ، بَلْ قَالَ : أَحْلُتُكَ . ثُمَّ قَالَ : لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ دَيْنٌ ، وَإِنَّمَا عَنَيْتُ التَّوَكِيلَ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . أَوْ قَالَ : أُرَدْتُ أَنْ أَقُولَ ، وَكَلَّتْكَ ، فَسَبَقَ لِسَانِي فَقُلْتُ : أَحْلُتُكَ . وَادَّعَى الْمُحْتَالُ أَنَّهَا حَوَالَةٌ بِدَيْنِهِ ، وَأَنَّ دَيْنَهُ كَانَ ثَابِتًا عَلَى الْمُحِيلِ ، فَهَلْ ذَلِكَ اعْتِرَافٌ بِالذَّيْنِ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، سَبَقَ تَوْجِيهُهُمَا .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَيْنٌ عَلَى آخَرَ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، فَقَالَ : قَدْ أَحْلَتُ بِهِ عَلَيَّ فَلَا نَا الْغَائِبَ . وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، سَمِعَتْ بَيِّنَتَهُ ، لِإِسْقَاطِ حَقِّ الْمُحِيلِ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ فَلَانًا الْغَائِبَ أَحْلَانِي عَلَيْكَ ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً ، ثَبَّتَتْ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ يَقْضِي بِهَا^(١٩) عَلَى الْغَائِبِ ، وَلَزِمَ الدَّفْعُ إِلَى الْمُحْتَالِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَهَلْ تَلَزَمَهُ الْيَمِينُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ اعْتَرَفَ لَهُ هَلْ يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ ؟^(٢٠) عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ^(٢١) إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِدَيْنِهِ عَلَيْهِ ، وَوَجُوبِ دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، فَلَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ مِنْ إِنْكَارِ الْمُحِيلِ وَرُجُوعِهِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الْاِحْتِيَاظُ لِنَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنِّي وَكَيْلٌ / فَلَا نَ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ مِنْكَ ، فَصَدَّقَهُ ، وَقَالَ : لَا أَدْفَعُهُ^(٢٢) إِلَيْكَ . فَإِذَا قُلْنَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَزِمَتْهُ^(٢٣) الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . فَإِذَا حَلَفَ بِرِيءٍ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِبِرَاعَتِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : لَا تَلْزَمُهُ الْيَمِينُ . فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِي الْمُحِيلِ ، فَإِنْ صَدَّقَ

(١٩) فِي م : ٤ ٥ ٦ .

(٢٠) ٢٠-٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي م : ٥ أَدْفَعُ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : ٥ لَزِمَهُ .

المُدَّعَى فِي أَنَّهُ أَحَالَهُ ، ثَبَّتِ الْحَوَالَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ رِضَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَا يُعْتَبَرُ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وَسَقَطَ حُكْمُ الْحَوَالَةِ . وَإِنْ تَكَلَّمَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، فَقَضَى عَلَيْهِ بِالتُّكْوُلِ وَاسْتَوْفَى الْحَقَّ مِنْهُ ، ثُمَّ إِنْ الْمُجِيلُ صَدَّقَ الْمُدَّعَى ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَوَالَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفَى مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ لَهُ بِالْحَقِّ وَيَدَّعِي أَنَّ الْمُحْتَالَ ظَلَمَهُ ، وَيَتَمَيَّ ذَيْنُ الْمُحْتَالَ عَلَى الْمُجِيلِ . وَإِنْ كَانَ الْمُجِيلُ يَنْكُرُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بغير يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يُقَرُّ بِبِرَائَتِهِ مِنْهُ ، لِاسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُجِيلُ يُعْتَرَفُ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالَ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِأَنَّهُ قَدْ بَرِيَ مِنْهُ بِالْحَوَالَةِ ، وَالْمُجِيلُ يُصَدَّقُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الْمُحْتَالَ قَدْ ظَلَمَهُ ، وَاسْتَوْفَى مِنْهُ بغير حَقِّ ، وَالْمُحْتَالَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمُجِيلَ قَدْ أَخَذَ مِنْهُ أَيْضًا بغير حَقِّ ، وَأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُحْتَالَ ، وَيُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، أَوْ يَأْذَنَ لِلْمُجِيلِ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالَ فِي الْحَوَالَةِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ ، فَأَنْكَرَ الْمُجِيلُ الْحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي الرَّجُوعِ بِمَا عَلَى الْمُجِيلِ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا .

فصل : إِنْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفٌ ضَمِنَهُ رَجُلٌ ، فَأَحَالَ الضَّامِنُ صَاحِبَ الدَّيْنِ بِهِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ وَذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْتَسْلِيمِ ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ هَهُنَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ قَضَى عَنْهُ الدَّيْنُ . فَإِنْ كَانَ الألفُ عَلَى رَجُلَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمَائَةٍ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ كَفِيلٌ عَنِ الأخرِ بِذَلِكَ ، فَأَحَالَهُ أَحَدُهُمَا بِالألفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا مَعًا ، كَالوَ قَضَاهَا . وَإِنْ أَحَالَ صَاحِبُ الألفِ رَجُلًا عَلَى أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ بِالألفِ ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، لَيْسَتْ تَوْفَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ أَيْضًا عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ هَهُنَا فِي نَوْعٍ وَلَا أَجَلٍ وَلَا عَدَدٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ / زِيَادَةُ اسْتِثْنَاءٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ، كَحَوَالَةِ الْمُعَسِّرِ عَلَى المَلِيءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ

الْفَضْلَ قَدْ دَخَلَهَا ، فَإِنَّ الْمُحْتَالَ ارْتَفَقَ بِالتَّخْيِيرِ بِالِاسْتِيفَاءِ مِنْهَا ، أَوْ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَحَالَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ لَهُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَبَيْنَ مَا إِذَا أَحَالَهُ بِالْفَيْنِ ، أَنَّهُ لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا فِي
العَدَدِ هُنَا ، وَتَمَّ تَفَاضُلًا فِيهِ ، وَلِأَنَّ الحَوَالََةَ هُنَا بِالْفِ مَعِينٍ ، وَتَمَّ الحَوَالََةَ بِأَحَدِهِمَا
مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَضَاهُ أَحَدُهُمَا الأَلْفَ فَقَدْ قَضَى جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وَتَمَّ إِذَا قَضَى
أَحَدُهُمَا بَقِيَ مَا عَلَى الآخَرِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ضَامِنًا عَنِ صَاحِبِهِ ،
فَأَحَالَ عَلَيْهِمَا ، صَحَّتِ الحَوَالََةُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ مِنْ
وَاحِدٍ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ اثْنَيْنِ ، كَالْوَكِيلَيْنِ .

بَابُ الضَّمَانِ^(١)

٨٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ضَمَّنَ عَنْهُ حَقًّا بَعْدَ وُجُوبِهِ ، أَوْ قَالَ : مَا أُعْطِيَتْهُ فَهُوَ عَلَى . فَقَدْ لَزِمَهُ مَا صَحَّ أَنَّهُ أُعْطَاهُ)

الضَّمَانُ : ضَمَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي التَّزَامِ الْحَقِّ . فَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتَيْهِمَا جَمِيعًا ، وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَابَقَةٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الضَّمِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ التَّضْمِينِ^(٢) ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتَضَمَّنُ الْحَقَّ . وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهِ ، الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٣) . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : الزَّعِيمُ الْكَفِيلُ . وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(٥) ، عَنْ سَلَمَةَ ابْنِ الْأَكْوَعِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، دِينَارَانِ . قَالَ : هَلْ تَرَكَ لهُمَا وَفَاءً ؟

(١) هذا العنوان من : م وحدها . وسبق عنوان : « كتاب الحوالة والضمان » .

(٢) في الأصل ، ا ، م : « الضمين » .

(٣) سورة يوسف ٧٢ .

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٥) في : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفي : باب من تكفل عن ميت دينه فليس له أن يرجع ، من كتاب الكفالة . صحيح البخاري ٣ / ١٢٤ ، ١٢٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٥٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٤٧ ، ٥ / ٢٩٧ ، ٣٠٤ .

قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل : لم لا تُصَلِّيَ^(٦) عليه ؟ فقال : « مَا تَنْفَعُهُ صَلَاتِي وَذِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ؟ أَلَا^(٧) قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ » . فقام أبو قتادة ، فقال : هما عليّ يا رسول الله ، فصَلَّى عليه النبي ﷺ . وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع تذكُّرها إن شاء الله تعالى . إذا ثبت هذا ، فإنه يقال : ضمين ، وكفيل ، وقبيل ، وحميل ، وزعيم ، وصبير ، بمعنى واحد . ولا بُدَّ في الضمان من ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون له . ولا بُدَّ من رضى الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يُعتبر رضى المضمون عنه / . لا تعلم فيه خلافاً . لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح ، فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يُعتبر رضى المضمون له . وقال أبو حنيفة ومحمد : يُعتبر ؛ لأنه إنبات مال لآدمي ، فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من يتوب عنه ، كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبي . ولنا ، أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون عنه ، فأجازه النبي ﷺ ، وكذلك روى عن علي رضى الله عنه ، ولأنها وثيقة لا يُعتبر فيها قبض ، فأشبهت الشهادة ، ولأنه ضمان دين ، فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب ، وقد سلموه .

فصل : ولا يُعتبر أن يعرفهما الضامن . وقال القاضي : يُعتبر معرفتهما ، ليعلم هل المضمون عنه أهل لإصطناع المعروف إليه أولا ؟ وليعرف المضمون له ، فيؤدى إليه . وذكر وجهاً آخر ، أنه تُعتبر معرفة المضمون له لذلك . ولا تُعتبر معرفة المضمون عنه ؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه . ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه^(٨) . ولنا ، حديث عليّ وأبي قتادة ، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمّن لم يعرفاه . ولأنه تبرع بالتزام مال ، فلم يُعتبر معرفة من يتبرع له به ، كالنذر .

فصل : وقد دلت مسألة الخرقى على أحكام ؛ منها ، صحة ضمان المجهول ؛

(٦) في النسخ : « تصل » .

(٧) في م زيادة : « إن » .

(٨) في ب : « هذا » .

لقوله : مَا أَعْطَيْتَهُ فَهُوَ عَلَيَّ . وهذا مَجْهُولٌ فَمَتَى قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ لَكَ مَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ ، أَوْ مَا يُقْضَى بِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيْتَةُ ، أَوْ يُقْرَبُ بِهِ لَكَ ، أَوْ مَا يُخْرَجُ فِي رُوزٍ مَا نَجَّكَ^(٩) .

صَحَّ الضَّمَانُ . وهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وابن المنذر : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ مَا لَ ، فَلَمْ يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كَالضَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وَحِمْلُ الْبَعِيرِ غَيْرُ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ حِمْلَ الْبَعِيرِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ، وَعُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ، وَلِأَنَّهُ التَّزَامُ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ مِنْ غَيْرِ مَعَاوِضَةٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالنَّذْرِ وَالْإِقْرَارِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِضَرَرٍ^(١٠) وَخَطَرٍ ، وَهُوَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ . وَإِذَا قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ ، وَعَلَى ضَمَانِهِ . أَوْ قَالَ : ادْفَعْ ثِيَابَكَ إِلَى هَذَا الرَّفَاءِ ، وَعَلَى ضَمَانِهَا . فَصَحَّ الْمَجْهُولُ ، كَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَمِنْهَا ، صِحَّةُ ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ ، فَإِنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ : « مَا أَعْطَيْتَهُ » ، « أَي مَا يُعْطِيهِ »^(١١) فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى مَنْ ضَمِنَ عَنْهُ حَقٌّ بَعْدَ وُجُوبِهِ عَلَيْهِ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُهُ ، وَلَوْ كَانَ / « مَا أَعْطَيْتَهُ » فِي الْمَاضِي ، كَانَ مَعْنَى الْمَسْأَلَتَيْنِ سَوَاءً ، أَوْ إِحْدَاهُمَا دَاخِلَةٌ فِي الْأُخْرَى . وَالْخِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَدَلِيلُ الْقَوْلَيْنِ ، كَالثِي قَبْلَهَا ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : الضَّمَانُ ضَمُّ ذِمَّةٍ^(١٢) إِلَى ذِمَّةٍ فِي التَّزَامِ الدَّيْنِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَا ضَمَّ فِيهِ ، فَلَا يَكُونُ ضَمَانًا . قُلْنَا : قَدْ ضَمَّ ذِمَّتَهُ^(١٣) إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي أَنَّهُ يَلْزُمُهُ مَا يَلْزُمُهُ ، وَأَنَّ مَا يَثْبُتُ^(١٤) فِي ذِمَّةِ مَضْمُونِهِ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَهَذَا كَافٍ . وَقَدْ سَلَّمُوا ضَمَانًا مَا يُلْقِيهِ فِي الْبَحْرِ قَبْلَ وُجُوبِهِ بِقَوْلِهِ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ ، وَعَلَى ضَمَانِهِ . وَسَلَّمَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي أَحَدٍ

(٩) كَذَا فِي النسخ : « رُوزْمَانَجْكَ » .

وَالرُّوزْمَانَةُ : كَتِيبٌ يَتَضَمَّنُ مَعْرِفَةَ الْأَيَّامِ وَالشُّهُورِ عَلَى مَدَارِ السَّنَةِ .

(١٠) فِي ب : « بَغْرٌ » .

(١١-١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م ، م .

(١٢) فِي ب نَهَادَةٌ : الضَّمَانُ » .

(١٣) مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ : « فِي ذِمَّتِهِ » الْآتَى سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، « ثَبِتَ » .

الْوَجْهَيْنِ ضَمَانَ الْجُعْلِ فِي الْجُعَالَةِ قَبْلَ الْعَمَلِ ، وَمَا وَجَبَ شَيْءٌ بَعْدُ . وَمِنْهَا ، أَنَّ الضَّمَانَ إِذَا صَحَّ لَزِمَ الضَّامِنَ أَدَاءُ مَا ضَمِنَهُ ، وَكَانَ لِلْمَضْمُونِ ^(١٥) لَهُ مَطَابَقَتُهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَهُوَ فَائِدَةُ الضَّمَانِ ، وَقَدْ دَلَّ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « وَالرَّعِيمُ غَارِمٌ » . وَاشْتِقَاقُ اللَّفْظِ . وَمِنْهَا ، صِحَّةُ الضَّمَانِ عَنْ كُلِّ غَرِيمٍ ^(١٦) وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ ، حَيًّا كَانَ أَوْ مَيِّتًا ، مَلِيًّا أَوْ مُفْلِسًا ؛ لِغُومِ لَفْظِهِ فِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ضَمَانُ ذَيْنِ الْمَيِّتِ ، إِلَّا أَنْ يَخْلُفَ وَفَاءً ، فَإِنْ خَلَفَ بَعْضُ الْوَفَاءِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ بِقَدْرِ مَا خَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنِ سَاقِطٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ سَقَطَ بِالْإِبْرَاءِ ، وَلِأَنَّ ذِمَّتَهُ قَدْ خَرِبَتْ خَرَابًا لَا تَعْمُرُ بَعْدَهُ ، فَلَمْ يَبْقَ فِيهَا ذَيْنٌ ، وَالضَّمَانُ : ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي التَّرَامِهِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ وَعَلِيٌّ ، فَإِنَّهُمَا ضَمِنَا ذَيْنِ مَيِّتٍ لَمْ يَخْلُفَ وَفَاءً . وَالنَّبِيُّ ﷺ حَضَّهُمْ عَلَى ضَمَانِهِ فِي حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ ، بِقَوْلِهِ : « أَلَا قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَلِأَنَّهُ ذَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ خَلَفَ وَفَاءً ، وَدَلِيلُ ثُبُوتِهِ أَنَّهُ لَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِقَضَاءِ ذَيْنِهِ ، جَازَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ اقْتِضَاؤُهُ ، وَلَوْ ضَمِنَهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وَلَوْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بَرَّتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وَفِي هَذَا انْفِصَالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ . وَمِنْهَا ، صِحَّةُ الضَّمَانِ فِي كُلِّ حَقٍّ ، أَعْنَى مِنَ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ الْوَاجِبَةِ ، أَوِ الَّتِي تُؤَوَّلُ إِلَى الْوُجُوبِ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَبَعْدَهُ ، وَالْأَجْرَةَ وَالْمَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ^(١٧) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْحُقُوقَ لَا زِمَّةَ ، وَجَوَازُ سُقُوطِهَا لَا يَمْنَعُ ضَمَانَهَا ، كَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْقُطَ بِرَدِّهِ ^(١٨) بَعِيْبٍ أَوْ مُقَايِلَةٍ . وَبِهَذَا كَلَّهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ .

فصل : فيما يصحُّ ضَمَانُهُ / : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْجُعْلِ فِي الْجُعَالَةِ ، وَفِي الْمُسَابَقَةِ ١١٩/٤ ظ

(١٥) في م : « المضمون » .

(١٦) في م : « من » .

(١٧) في الأصل ، ا ، م : « أو بعده » .

(١٨) في ا ، م : « برد » .

والمناضلة . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : لا يصح ضمانه ؛ لأنه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه ، كمال الكتابة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل ، وإنما الذي لا يلزم العمل ، والمال يلزم بوجوده ، والضمان للمال دون العمل . ويصح ضمان أرض الجنابة ، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات ، أو حيوانا كالديار . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها ؛ لأنه مجهول . وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ، ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأستان والمدد ، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر ؛ لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة ، وكذلك غيرها من الحيوان ، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف ، فلم يمنع وجوبه بالالتزام . ويصح ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبله ؛ لأن نفقة اليوم واجبة ، والمستقبله مألها إلى اللزوم ، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب . وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل ، لم تلزمه إلا نفقة المعسر ؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار . وهذا مذهب الشافعي على القول الذي ^(١٩) قال فيه : يصح ^(٢٠) ضمانها . ولنا ، أنه يصح ضمان ما لم يجب ، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها ، بدليل الجعل في الجمالية ، والصداق قبل الدخول ، والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي ، فإن كانت واجبة ، إما بحكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه ، صح ضمانها ، وإلا فلا . ويصح ضمان مال السلم ، في إحدى الروايتين . والأخرى لا يصح ؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من ^(٢١) غير المسلم إليه ، فلم يجز ، كالحوالة به . والأولى ^(٢٢) أصح ؛ لأنه دين لازم فصح ضمانه ، كالأجرة وثمن المبيع . ولا يصح ضمان مال الكتابة ، في

(١٩-١٩) في ب : « فارقه بصحة » .

(٢٠) سقط من : أ .

(٢١) في م : « والأول » .

يَدِهِ ، فَلَزِمَ^(٢٦) ضَامِنُهُ ، كَالْعُصُوبِ^(٢٧) وَالْعَوَارِي . وَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَوَازَهُ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ عَهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَعَنِ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ ، فَضَمَانُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي هُوَ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ الْوَاجِبَ بِالْبَيْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْبٌ أَوْ اسْتَحَقَّ ، رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَى الضَّامِنِ ، وَضَمَانُهُ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي هُوَ أَنْ يَضْمَنَ عَنِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أَوْ رُدَّ بَعِيْبٌ ، أَوْ أُرْسِيَ الْعَيْبُ . فَضَمَانُ الْعَهْدَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ هُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ . وَحَقِيقَةُ الْعَهْدَةِ الْكِتَابُ الَّذِي يَكْتُبُ فِيهِ وَثِيقَةَ الْبَيْعِ ، وَيَذَكِّرُ فِيهِ الثَّمَنَ ، فَجَبَّرَ بِهِ عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي يَضْمَنُهُ . وَمَنْ أَجَازَ ضَمَانَ الْعَهْدَةِ فِي الْجُمْلَةِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَمَنَعَ مِنْهُ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِكَوْنِهِ ضَمَانًا مَا لَمْ يَجِبْ ، وَضَمَانًا مَجْهُولٌ ، وَضَمَانٌ عَيْنٌ . وَقَدْ بَيَّنَّا جَوَازَ الضَّمَانِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى / الْوَثِيقَةِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَالْوَثَائِقُ ثَلَاثَةٌ ؛ الشَّهَادَةُ ، وَالرَّهْنُ ، وَالضَّمَانُ . فَأَمَّا الشَّهَادَةُ فَلَا يُسْتَوْفَى مِنْهَا الْحَقُّ ، وَأَمَّا الرَّهْنُ فَلَا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَنْقَى أَبْدَانًا مَرْهُونًا ، فَلَمْ يَنْقُ إِلَّا الضَّمَانُ . وَلِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَا كَانَ وَاجِبًا حَالَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالضَّمَانِ حُكْمٌ إِذَا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا حَالَ الْعَقْدِ ، وَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ ، فَقَدْ ضَمِنَ مَا وَجِبَ حِينَ الْعَقْدِ ، وَالْجِهَالَةُ مُنْتَفِيَةٌ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ الْجُمْلَةَ ، فَإِذَا خَرَجَ بَعْضُهُ مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ بَعْضُ مَا ضَمِنَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْبَائِعِ شَيْءٌ . وَهَذَا يَتَّبِعِي عَلَى ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ إِذَا كَانَ مُفْضِيًّا إِلَى الْوُجُوبِ ، كَالْجُعَالَةِ . وَالْفَاظُ ضَمَانَ الْعَهْدَةِ أَنْ يَقُولَ : ضَمِنْتُ عَهْدَتَهُ أَوْ ثَمَنَهُ أَوْ دَرَكَهُ . أَوْ يَقُولَ لِلْمُشْتَرِي : ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ مِنْهُ . أَوْ يَقُولُ : مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فَقَدْ ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي يُوسُفَ ، أَنَّهُ قَالَ : ضَمِنْتُ

(٢٦) فِي ب : « فَلَزِمَهُ » .

(٢٧) فِي ب : « كَالْعُصُوبِ » .

(٢٨) عَهْدَتَهُ ، أَوْ ضَمِنْتُ^(٢٨) لَكَ الْعَهْدَةَ . وَالْعَهْدَةُ فِي الْحَقِيقَةِ : هِيَ الصِّكُّ الْمَكْتُوبُ فِيهِ الْإِيتِيَاعُ . هَكَذَا فَسَّرَهُ بِهِ أَهْلُ اللُّغَةِ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ صَارَتْ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةً عَنِ الدَّرَكِ وَضَمَانِ الثَّمَنِ ، وَالكَلَامُ الْمُطْلَقُ يُحْمَلُ عَلَى الْأَسْمَاءِ الْعُرْفِيَّةِ دُونَ اللَّغَوِيَّةِ ، كَالرَّأْيَةِ ، تُحْمَلُ^(٢٩) عِنْدَ إِطْلَاقِهَا عَلَى الْمَزَادَةِ ، لَا عَلَى الْجَمَلِ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمَوْضُوعَ . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ لَهُ خِلَاصَ الْمَيْبِيعِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَا يَسْتَطِيعُ تَخْلِيصَهُ ، وَلَا يَحِلُّ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً ، وَضَمِنَ لَهُ الْخِلَاصَ ، فَقَالَ : كَيْفَ يَسْتَطِيعُ الْخِلَاصَ إِذَا خَرَجَ حُرًّا ؟ فَإِنْ ضَمِنَ عَهْدَةَ الْمَيْبِيعِ وَخِلَاصَهُ ، بَطَلَ فِي الْخِلَاصِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِي الْعَهْدَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . إِذَا ثَبَّتَ صِحَّةَ ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ، فَالْكَلَامُ فِيمَا يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، فَنَقُولُ : إِنَّ اسْتِحْقَاقَ رُجُوعِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ لَا يَخْلُو ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِسَبَبِ حَادِثٍ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ مُقَارِنٍ لَهُ ، فَأَمَّا الْحَادِثُ فَمِثْلُ^(٣٠) تَلْفِ الْمَيْبِيعِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ^(٣١) فِي يَدِ الْبَائِعِ أَوْ بَعْضِ مَنْ يَدُهُ أَوْ يَتَقَابِلَانِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ دُونَ الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْاسْتِحْقَاقَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْاسْتِحْقَاقَ الْمَوْجُودَ حَالَ الْعَقْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ جَائِزٌ ، وَهَذَا مِنْهُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ بِسَبَبِ مُقَارِنٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بِسَبَبِ لَا تَفْرِيطَ مِنَ الْبَائِعِ فِيهِ ، كَأَخْذِهِ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَأْخُذُ الثَّمَنَ مِنَ الشُّفْعِيعِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ وَلَا الضَّامِنِ . وَمَتَى لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يَجِبْ عَلَى الضَّامِنِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ . وَأَمَّا إِنْ زَالَ مِلْكُهُ عَنِ الْمَيْبِيعِ بِسَبَبِ مُقَارِنٍ لِتَفْرِيطَ مِنَ الْبَائِعِ ، بِاسْتِحْقَاقٍ أَوْ حُرِّيَّةٍ أَوْ رَدِّ بَعِيْبٍ قَدِيمٍ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ إِلَى الضَّامِنِ ، وَهَذَا ضَمَانُ الْعَهْدَةِ ، وَإِنْ أَرَادَ أَخْذَ أَرْضِ الْعَيْبِ ، رَجَعَ عَلَى الضَّامِنِ

(٢٨-٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في ب : « وتحمل » .

(٣٠) في الأصل : « قبل » .

(٣١) في م : « أو الموزون » .

أيضا ؛ لأنه إذا لزمه كل الثمن ، لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه ؛ لأنه إذا ظهر بعضه مستحقا ، بطل العقد في الجميع ، في إحدى الروايتين ، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الأخرى : لا^(٣٢) يبطل العقد في الجميع ، ولكن استحق ردّها ، فإن ردّها كلها فالحكم كذلك ، وإن أمسك المملوك منها ، فله المطالبة بالأرشي ، كما لو وجد بها عيبا . ولو باعه عينا أو أقرضه شيئا بشرط أن يرهن عنده عينا^(٣٣) ، فكفّل^(٣٤) رجل بتسليم^(٣٥) الرهن ، لم تصح الكفالة ؛ لأنه لا يلزم الرهن إقباضه وتسليمه ، فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصل . وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع ، من بناء أو غراس ، صح ، سواء ضمنه البائع أو أجنبي ، فإذا بنى أو غرس واستحق^(٣٦) المبيع ، رجّع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح ؛ لأنه ضمان مجهول ، وضمان ما لم يجب . وقد بينا جواز ذلك .

فصل : في من يصح ضمانه ، ومن لا يصح . يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله ، سواء كان رجلا أو امرأة ؛ لأنه عقد يقصد به المال ، فصح من المرأة كالبيع ، ولا يصح من المجنون والمبرس^(٣٧) ، ولا من صبي غير مميز ، بغير خلاف ؛ لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منهم ، كالنذر . ولا يصح من / السفية المحجور عليه . ذكره أبو الحطاب ، وهو قول الشافعي . وقال القاضي : يصح ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه^(٣٨) ، فكذلك ضمانه . والأول أولى ؛ لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه ، كالبيع والشراء ، ولا يشبهه

١٢١/٤ ظ

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) في م : « عينا » .

(٣٤) في م : « فكفل » .

(٣٥) في ب : « تسليم » .

(٣٦) في ب : « فاستحق » .

(٣٧) المبرس : من به علة يهدى .

(٣٨) في م زيادة : « صح » . خطأ .

الإقرار؛ لأنه إخبارٌ بحقِّ سابقٍ. وأما الصَّبِيُّ المُمَيِّزُ، فلا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، في الصَّحِيحِ من الوَجْهَيْنِ. وهو قول الشَّافِعِيِّ. وَخَرَجَهُ أَصْحَابُنَا عَلَى الرَّوَّائِيَيْنِ فِي صِحَّةِ إِقْرَارِهِ وَتَصَرُّفَاتِهِ بِإِذْنِ وَوَلِيِّهِ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْجَمْعُ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّزَامُ مَالٍ لَا فَائِدَةَ لَهُ فِيهِ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُ، كالتَّبْرُجِ وَالتَّنْذِيرِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ. وَإِنْ ائْتَلَفَا فِي وَقْتِ الضَّمَانِ بَعْدَ بُلُوغِهِ، فَقَالَ الصَّبِيُّ: قَبْلَ بُلُوغِي. وَقَالَ الْمَضْمُونُ لَهُ: بَعْدَ الْبُلُوغِ. فَقَالَ الْقَاضِي: قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ؛ لِأَنَّ مَعَهُ سَلَامَةَ الْعَقْدِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، كَالْوِ ائْتَلَفَا فِي شَرْطِ فَاسِيدٍ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الضَّامِنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْبُلُوغِ، وَعَدَمُ وُجُوبِ الْحَقِّ عَلَيْهِ. وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَلَا يُشْبِهُ هَذَا مَا إِذَا ائْتَلَفَا فِي شَرْطِ فَاسِيدٍ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَلِفَيْنِ نَمَّ مُتَّفِقَانِ عَلَى أَهْلِيَّةِ^(٣٩) التَّصَرُّفِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمَا لَا يَتَصَرَّفَانِ إِلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا، فَكَانَ قَوْلُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ هُوَ الظَّاهِرُ، وَهَهُنَا ائْتَلَفَا فِي أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ^(٤٠)، وَلَيْسَ مَعَهُ مِنْ يَدَّعِي الْأَهْلِيَّةِ ظَاهِرٌ يَسْتَنِدُ إِلَيْهِ، وَلَا أَصْلٌ يَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَلَا تَرْجِعُ دَعْوَاهُ. وَالْحُكْمُ فِي مَنْ عُرِفَ لَهُ حَالُ جُنُونٍ، كَالْحُكْمِ فِي الصَّبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ حَالُ جُنُونٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ، فَأَمَّا الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِفَلْسِ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجْرِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ، وَالْحَجْرُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، لَا فِي ذِمَّتِهِ، فَأَشْبَهَ الرَّاهِنَ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ فِيمَا عَدَا الرَّهْنَ، فَهُوَ كَالْوِ اقْتَرَضَ أَوْ اقْرَأَ أَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ. وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، سِوَاءَ كَانَ مَأْدُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ أَوْ غيرَ مَأْدُونٍ لَهُ. وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَالتَّوْرِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ، وَيُتَّبَعُ بِهِ^(٤١) بَعْدَ الْعِتْقِ. وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِمَا لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ، كَالْإِقْرَارِ بِالِائْتِلَافِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلُ، أَنَّهُ عَقْدٌ تَضَمَّنَ / إِجْبَابَ مَالٍ، فَلَمْ يَصِحَّ بغيرِ إِذْنِ، كَالْتَّكَاجِ. وَقَالَ ١٠٢٢/٤

(٣٩) فِي الْأَصْلِ، أ، م: «أهمية».

(٤٠) فِي م: «الصرف».

(٤١) سَقَطَ مِنْ: أ.

أبو ثور: إن كان من جهة التجارة جازاً، وإن كان من غير ذلك لم يجز. فإن ضمن بإذن سيده، صح؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح. قال القاضي: وقياس المذهب تعلق المال برقبته. وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقال أبو الخطاب: هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده؟ على روايتين، كاستدائته بإذن سيده. وقد سبق الكلام فيها. فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده، صح، ويكون ما في ذمته متعلقاً^(٤٢) برقبة المالك^(٤٣) الذي في يد العبد، كتعلق حق الجنائية برقبة الجاني، كما لو قال الحر: ضمنت لك الدين، على أن تأخذ من مالي هذا. صح. وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده، كالعبد القن؛ لأنه تبرع بالتزام مال، فأشبه نذرة^(٤٤) الصدقة بغير مال. ويحتمل أن يصح، ويتبع به بعد عتقه، كقولنا في العبد. وإن ضمن بإذنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح أيضاً؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية. والثاني، يصح؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما. فأما المريض، فإن كان مرضه غير مخوف، أو غير مرض الموت، فحكمه حكم الصحيح. وإن كان مرض الموت المخوف، فحكمه ضمانه حكم تبرعه، يحسب^(٤٥) من ثلثه؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضاً، فأشبهه الهبة. وإذا فهمت إشارة الأخرس، صح ضمانه؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه، فصح ضمانه، كالتأطيق، ولا يثبت الضمان بكتابته^(٤٥) منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجرئة، فلم يثبت الضمان^(٤٦) مع الاحتمال. ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان؛ لأنه لا يدري بضمانه، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته، فكذلك ضمانه.

(٤٢-٤٣) في م: « بالمال » .

(٤٣) في م: « نذر » .

(٤٤) في ب: « يحسب » .

(٤٥) في الأصل، ا، م: « بكتابة » .

(٤٦) في ب زيادة: « به » .

فصل : إذا ضَمِنَ الدَّيْنَ الحَالُ مُوجَّلاً ، صَحَّ ، ويكونُ حَالاً على المَضْمُونِ عنه مُوجَّلاً على الضَّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطَابَقَةَ المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . قال أحمدُ ، في رَجُلٍ ضَمِنَ ما على فُلَانٍ أن يُؤدِّيَهُ في ثَلَاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويؤدِّيهِ كما ظ ١٢٢/٤ ضَمِنَ . وَوَجْهُهُ ذلك : ما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أن رجلاً لَزِمَ غَرِيماً له بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ / ، على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فقال : ما عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيكَهُ ^(٤٧) . فقال : والله لا أُفَارِقُكَ ^(٤٨) حتى تُقَضِّيَنِي أو تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ . فَجَرَّهُ إلى النبي ﷺ ، فقال له النبي ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » قال : شهرًا . قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « فَأَنَا أُحْمِلُ » . فجاءَ به ^(٤٩) في الوَقْتِ الذي قال النبي ﷺ ، فقال له النبي ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ » قال : من مَعْدِنٍ . قال : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وقَضَاهَا عنه . رواه ابنُ ماجه ، في « سُنَنِهِ » ^(٥٠) . ولأنَّهُ ضَمِنَ ما لا بِعَقْدٍ مُوجَّلٍ ، فكان مُوجَّلاً كالْبَيْعِ . فإن قيل : فعندكم الدَّيْنُ الحَالُ لا يَتَأَجَّلُ ، فكيف يَتَأَجَّلُ على الضَّامِنِ ؟ أم كيف يَثْبُتُ في ذِمَّةِ الضَّامِنِ على غير الوَصِيفِ الذي يَتَصِفُ به في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قلنا : الحَقُّ يَتَأَجَّلُ في اِبْتِدَاءِ ثُبُوتِهِ ، إذا كان ثُبُوتُهُ ^(٥١) بِعَقْدٍ ، وهذا اِبْتِدَاءُ ثُبُوتِهِ في حَقِّ الضَّامِنِ ، فإنَّهُ لم يَكُنْ ثَابِتًا عليه حَالاً ، ويجوزُ أن يُخَالَفَ ما في ذِمَّةِ الضَّامِنِ ما في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بِدَلِيلِ ما لو مَاتَ المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُوجَّلٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، وكان الدَّيْنُ مُوجَّلاً ^(٥٢) ^(٥٣) إلى شَهْرٍ ^(٥٤) ، فَضَمِنَهُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم يَكُنْ له مُطَابَقَةُ الضَّامِنِ إلى شَهْرَيْنِ ، فإن قَضَاهُ قبل الأَجَلِ ، فله الرُّجُوعُ به

(٤٧) في الأصل : « أعطيك » .

(٤٨) في الأصل : « فارقتك » . وفي سنن ابن ماجه : « أفرقتك » .

(٤٩) سقط من : ١ ، م . وفي السنن : « فجاءه » .

(٥٠) في : باب الكفالة . من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) في ١ : « حالا » .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل ، ١ .

في الحال ، على الرواية التي تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذنه^(٥٤) ، رجع به ؛ لأن أكثر ما فيه ههنا ، أنه قضى بغير إذن . وعلى الرواية الأخرى ، لا يرجع به قبل الأجل ؛ لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك . وإن كان الدين موجلاً فضمنه حالاً ، لم يصير حالاً ، ولم^(٥٥) يلزمه أدائه قبل أجله ؛ لأن الضامن فرغ للمضمون عنه ، فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو الرّم نفسه تعجيل هذا الدين ، لم يلزمه تعجيله ، فيأن لا يلزم الضامن أولى ، ولأن الضمان التزام دين في الذمة ، فلا يجوز أن يلزم^(٥٦) مالا يلزم المضمون عنه . فعلى هذا ، إن قضاءه حالاً ، لم يرجع به قبل أجله ؛ لأن ضمانه لم يُعيره عن تأجيله . والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ، أن الدين الحال ثابت في الذمة ، مستحق القضاء في جميع الزمان ، فإذا ضمنه موجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه ، فصحّ ، كما لو كان الدين عشرةً ، فضمن خمسةً ، وأما الدين الموجل ، فلا يستحقّ قضاؤه إلا عند أجله ، فإذا ضمنه / حالاً التزم ما لم يجب على المضمون ، فأشبهه ما لو كان الدين عشرةً فضمن عشرين . وقيل : يحتمل أن يصحّ ضمان الدين الموجل حالاً ، كما يصحّ ضمان الحال موجلاً ، قياساً لإحداهما على الأخرى . وقد فرّقنا بينهما بما يمتنع القياس ، إن شاء الله تعالى .

١٢٣/٤ و

فصل : وإذا ضمن ديناً موجلاً عن إنسان ، فمات أحدهما ، إما الضامن وإما المضمون عنه ، فهل يحلّ الدين على الميِّت منهما ؟ على روايتين ، تقدّم ذكرهما . فإن قلنا : يحلّ على الميِّت ، لم يحلّ على الآخر ؛ لأن الدين لا يحلّ على شخص يموت غيره ، فإن كان الميِّت المضمون عنه ، لم يستحقّ مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاؤه قبل الأجل ، كان متبرعاً بتعجيل القضاء ، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يُخرّج على الروايتين في من قضى الدين^(٥٧) بغير إذن من هو عليه . وإن كان

(٥٤) في ١ ، م : « إذن » .

(٥٥) في م : « ولا » .

(٥٦) في ١ ، م : « يلتزم » .

(٥٧) سقط من : م .

الْمَيْتُ الضَّامِنَ ، فَاسْتَوْفَى الْعَرِيمُ الدَّيْنَ^(٥٨) مِنْ تَرْكْتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَوْرَثْتَهُ مُطَالِبَةً الْمَضْمُونِ عَنْهُ حَتَّى يَحِلَّ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَجَّلٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مُطَالِبَتَهُ بِهِ^(٥٩) قَبْلَ أَجَلِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحِكْمِي عَنْ زُفْرَانَ لَهُمْ مُطَالِبَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَهُ فِي ذَلِكَ مَعَ عَلَيْهِ أَنَّهُ يَحِلُّ بِمَوْتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَلَا تَجُوزُ مُطَالِبَتُهُ بِهِ قَبْلَ الْأَجْلِ ،^(٦٠) كَمَا لَوْ لَمْ يَمُتْ : وَقَوْلُهُ : أَدْخَلَهُ فِيهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا أَدْخَلَهُ فِي الْمَوْجَلِ ، وَحُلُولُهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَهُوَ^(٦١) كَمَا لَوْ قَضَى قَبْلَ الْأَجْلِ .

٨٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ الضَّامِنِ)

يعنى أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضامن ، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض ، بل يثبت الحق في ذمة الضامن ، مع بقائه في ذمة المضمون عنه ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : الكفالة والحوالة سواء ، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل . وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وداود ، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال : كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي جَنَازَةٍ ، فَلَمَّا وُضِعَتْ ، قَالَ : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ ، دِرْهَمَانِ . فَقَالَ : « صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ » . فَقَالَ عَلِيٌّ : هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا لهما ضامن . فقام رسول الله ﷺ ، فصلّى عليه ، ثم أقبل على عليّ فقال : « جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا عَنِ الْإِسْلَامِ ، وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَ رِهَانَ أُخِيكَ » . فقيل : يا رسول الله ، هذا لعليّ خاصة ، أم للناس عامة ؟ فقال : « لِلنَّاسِ عَامَّةً » . رَوَاهُ

(٥٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٩) سقط من : الأصل ، م .

(٦٠-٦١) سقط من : الأصل .

الدَّارِقُطْنِيُّ^(١) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَضْمُونَ عَنْهُ بَرِيءٌ / بِالضَّمَانِ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ »^(٢) ، عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : تُوْفِيَ صَاحِبٌ لَنَا ، فَأَتَيْتُنَا النَّبِيَّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَخَطَا خَطْوَةً ، ثُمَّ قَالَ : « أَعْلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » قُلْنَا : دِينَارَانِ . فَأَنْصَرَفَ ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ . فَقَالَ : الدِّينَارَانِ عَلَيَّ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « وَجَبَ حَقُّ الْعَرِيمِ ، وَبَرِيءُ الْمَيْتِ مِنْهُمَا ؟ » قَالَ : نَعَمْ . فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ قَالَ : إِنَّمَا مَاتَ أُمْسٌ . قَالَ : فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَدِّ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْآنَ بَرَّدَتْ جِلْدُهُ »^(٣) . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي بَرَاءَةِ الْمَضْمُونَ عَنْهُ لِقَوْلِهِ : « وَبَرِيءُ الْمَيْتِ مِنْهُمَا » . وَلَا أَتَى دَيْنٌ وَاحِدٌ ، فَإِذَا صَارَ فِي ذِمَّةٍ ثَانِيَةً بَرَّئَتْ الْأُولَى مِنْهُ ، كَالْمُحَالِ بِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ^(٤) الْوَاحِدَ لَا يَحِلُّ فِي مَحَلِّينِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »^(٥) . وَقَوْلُهُ فِي خَيْرِ أَبِي قَتَادَةَ : « الْآنَ بَرَّدَتْ جِلْدُهُ » . حِينَ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ ، وَلِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ ، فَلَا تَنْقُلُ الْحَقُّ ، كَالشَّهَادَةِ . وَأَمَّا صَلَاةُ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى الْمَضْمُونَ عَنْهُ ، فَلِأَنَّهُ بِالضَّمَانِ صَارَ لَهُ وِفَاءٌ ، وَإِنَّمَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَمْتَنِعُ مِنَ الصَّلَاةِ عَلَى مَدِينٍ لَمْ يَخْلُفْ وِفَاءً . وَأَمَّا قَوْلُهُ لِعَلِيِّ : « فَكَ اللَّهُ رَهَاتِكَ ، كَمَا فَكَكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فَإِنَّهُ كَانَ بِحَالٍ لَا يُصَلِّيَ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَمَّا ضَمِنَهُ فَكَهُ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ مِمَّا فِي مَعْنَاهُ . وَقَوْلُهُ : « بَرِيءُ الْمَيْتِ مِنْهُمَا » . أَيْ^(٦) صَبَرْتَ أَنْتَ الْمُطَالِبُ بِهِمَا . وَهَذَا عَلَى سَبِيلِ التَّكْيِيدِ ؛ لِثُبُوتِ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَوُجُوبِ الْأَدَاءِ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فِي

(١) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٤٧ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ .
(٢) تقدمت قصة أبي قتادة هذه في صفحة ٧١ ، عن سلمة بن الأكوع عنه . والقصة هنا عن جابر أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب التشديد في الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢١ .
(٣) في م : « جلده » .

(٤) في م زيادة : « الدين » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٦٧ .

(٦) سقط من : م .

سِيَّاقِ الْحَدِيثِ ، حِينَ أَخْبَرَهُ بِالْقَضَاءِ : « الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ » . وَيُفَارِقُ الضَّمَانَ الْحَوَالَةَ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ مُشْتَقٌّ مِنَ الضَّمِّ ، فَيَقْتَضِي الضَّمَّ بَيْنَ الدَّمَتَيْنِ فِي تَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِمَا وَثُبُوتِهِ فِيهِمَا . وَالْحَوَالَةُ مِنَ التَّحَوُّلِ ، فَتَقْتَضِي تَحَوُّلَ الْحَقِّ مِنْ مَحَلِّهِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ^(٧) الدَّيْنَ الْوَاحِدَ لَا يَحِلُّ فِي مَحَلِّينِ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَعَلُّقُهُ بِمَحَلِّينِ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِيْنِاقِ ، كَتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ بِهِ وَبِذِمَّةِ الرَّاهِنِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : أَمَّا الْحَيُّ فَلَا يُبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَأَمَّا الْمَيِّتُ فَفِي بَرَاءَتِهِ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ يَوْسُفَ بْنِ مُوسَى ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرَيْنِ ، وَلَأنَّ فَائِدَةَ الضَّمَانِ فِي حَقِّهِ تَبَرُّتُهُ ذِمَّتَهُ ؛ فَيَنْبَغِي أَنْ تَحْصُلَ هَذِهِ الْفَائِدَةُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، بِخِلَافِ الْحَيِّ ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ / مِنَ الضَّمَانِ فِي حَقِّهِ الْاسْتِيْنِاقُ بِالْحَقِّ^(٨) ، وَثُبُوتُهُ فِي الدَّمَتَيْنِ آكُدُ فِي الْاسْتِيْنِاقِ^(٩) . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يُبْرَأُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاؤُهُ ، وَلأنَّهُ ضَمَانٌ ، فَلَا يُبْرَأُ بِهِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ كَالْحَيِّ .

١٢٤/٤

فصل : وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وَحُكِّيَ عَنِ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ الضَّامِنَ إِلَّا إِذَا تَعَدَّرَ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأنَّهُ وَثِيقَةٌ ، فَلَا يُسْتَوْفَى الْحَقُّ مِنْهَا إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيْفَائِهِ مِنَ الْأَصْلِ ، كَالرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، فَمَلَكَ مُطَالَبَتَهُ ، كَالْأَصِيلِ ، وَلأنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتَيْهِمَا ، فَمَلَكَ مُطَالَبَةَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، كَالضَّامِنَيْنِ إِذَا تَعَدَّرَتْ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَلَا يُشْبَهُ الرَّهْنَ ؛ لِأنَّهُ مَالٌ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلَيْسَ يَبْذِي ذِمَّةً يُطَالَبُ ، إِنَّمَا يُطَالَبُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، لِيَقْضِيَ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في ١ ، م زيادة : « بالحق » .

فصل : وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه ، برئت ذمة الضامن . لا تعلم فيه خلافاً ؛ لأنه تبع ، ولأنه وثيقة ، فإذا برئ الأصيل^(١٠) زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ؛ لأنه أصل ، فلا يبرأ بإبراء التبع ؛ ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصيل^(١١) منها^(١٢) ، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه^(١٣) . وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له ؛ لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما ، كما لو استوفى الحق الذى به رهن ، وإن أحال أحدهما^(١٤) العريم برئاً جميعاً ؛^(١٥) لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن . وإن أحال أحدهما العريم برئاً جميعاً^(١٦) ؛ لأن الحوالة كالقضاء .

فصل : وإن ضمن الضامن ضامن آخر صحح ؛ لأنه دين لازم في ذمته ، فصحح ضمائه ، كسائر الديون ، ويثبت الحق في ذمم ثلاثة ، فأيهم^(١٧) قضاه برئت ذممهم كلها ؛ لأنه حق واحد ، فإذا قضى مرة لم يجب قضاه مرة أخرى . وإن أبرأ العريم المضمون^(١٧) عنه ، برئ الضامنان ؛ لأنهما فرغ . وإن أبرأ الضامن الأول برئ الضامنان كذلك ، ولم يبرأ المضمون عنه ؛ لما تقدم . وإن أبرأ الضامن الأول ، برئ

(١٠) في ا ، ب ، م : « الأصل » .

(١١) في م : « الأصل » .

(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) في الأصل ، ب : « استيفاء » .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١٥-١٥) سقط من : الأصل ، نقلة نظر .

(١٦) في ا ، ب ، م : « أيهم » .

(١٧) في الأصل : « ذمة المضمون » .

الضَّامِنَانِ كَذَلِكَ ، وَلَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ؛ لَمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أُبْرَأَ الضَّامِنَ الثَّانِيَّ بَرِيًّا وَحْدَهُ . وَمَتَى حَصَلَتْ بَرَاءَةُ الذَّمِّ بِالْإِبْرَاءِ ، فَلَا رُجُوعَ^(١٨) فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ مَعَ الْعُرْمِ ، وَلَيْسَ فِي الْإِبْرَاءِ عُرْمٌ . وَالْكَفَالَةُ كَالضَّمَانِ فِي هَذَا الْمَعْنَى جَمِيعِهِ ، وَتَزِيدُ بِأَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بَرِيًّا كَفِيلًا ، وَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ الْأَوَّلُ بَرِيًّا الثَّانِيَّ / دُونَ الْمَكْفُولِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَثِيقَةَ انْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فَأَشْبَهَ الرَّهْنَ ، وَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ الثَّانِيَّ^(١٩) بَرِيًّا وَحْدَهُ .

فصل : وَإِنْ ضَمِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الضَّامِنَ ، أَوْ تَكَفَّلَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ الْكَفِيلَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَفْتَضِي إِلْزَامَهُ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَالْحَقُّ لَازِمٌ لَهُ ، فَلَا يُتَّصَرُّوهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ^(٢٠) ثَانِيًا ، وَلِأَنَّهُ أُصْلٌ فِي هَذَا الدِّينِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فَرَعًا فِيهِ . وَإِنْ ضَمِنَ عَنْهُ دَيْنًا آخَرَ ، أَوْ كَفَّلَ بِهِ فِي حَقِّ آخَرَ ، جَازَ ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِيهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ الْحَقُّ عَنِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ اثْنَانِ وَأَكْثَرَ ، سِوَاءَ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، فَإِنْ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعَهُ ، بَرِيًّا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ أَحَدِهِمْ ، وَإِنْ أُبْرَأَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِيًّا الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُمْ فُرُوعٌ لَهُ .^(٢١) وَإِنْ أُبْرَأَ أَحَدُ الضَّمَانِ ، بَرِيًّا وَحْدَهُ ، وَلَمْ يَبْرَأْ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ فُرُوعٍ لَهُ^(٢٢) ، فَلَمْ يَبْرَأْ عِوَابَ بَرَاءَتِهِ ، كَالْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَإِنْ ضَمِنَ أَحَدُهُمْ صَاحِبَهُ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبِتَ فِي ذِمَّتِهِ بِضَمَانِهِ الْأَصْلِيِّ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ ثَانِيًا ، وَلِأَنَّهُ أُصْلٌ فِيهِ بِالضَّمَانِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فِيهِ فَرَعًا . وَلَوْ تَكَفَّلَ بِالرَّجُلِ الْوَاحِدِ رَجُلَانِ ، جَازَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ

(١٨) فِي م : « يَرْجِعُ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « التَّرَامَةُ » .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

الكَفِيلَيْنِ صَاحِبَهُ ؛ لِأَنَّ الكَفَالَهَ بِيَدِنِهِ ، لِأَبْمَا فِي ذِمَّتِهِ . وَأَيُّ الكَفِيلَيْنِ أَحْضَرَ المَكْفُولَ بِهِ بَرِيءٌ وَبَرِيءٌ صَاحِبُهُ مِنَ الكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ ، وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ إِحْضَارِ المَكْفُولِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَفَلَ المَكْفُولُ بِهِ ^(٢٢) الكَفِيلَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ لَهُ فِي الكَفَالَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَصِيرَ فَرَعَالَهُ فِيمَا كَفَلَ بِهِ . وَإِنْ كَفَلَ بِهِ فِي غَيْرِ هَذَا الحَقِّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِفَرَعٍ لَهُ فِي ذَلِكَ .

٨٢٤ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى أَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَ لَهُ : اضْمَنْ عَنِّي ، أَوْ لَمْ يَقُلْ)

يعنى إذا أَدَّى الدَّيْنُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ ، فَأَمَّا إِنْ قَضَى الدَّيْنُ مُتَبَرِّعًا بِهِ ، غَيْرَ نَاوٍ لِلرُّجُوعِ بِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ تَطَوُّعٌ ^(١) بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ الصَّدَقَةَ . وَسَوَاءٌ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَأَمَّا إِذَا أَدَّاهُ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ بِهِ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَضْمَنَ بِأَمْرِ المَضْمُونِ عَنْهُ ، وَيُوَدِّدِي بِأَمْرِهِ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَ لَهُ : اضْمَنْ عَنِّي . أَوْ : أَدَّ عَنِّي . أَوْ أَطْلَقَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ : إِنْ قَالَ : اضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَدَ عَنِّي . رَجَعَ / عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : انْقَدَ هَذَا ، لَمْ يَرْجِعْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْالِطًا لَهُ ، يَسْتَقْرِضُ مِنْهُ ، وَيُوَدِّعُ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : اضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَدَ عَنِّي . إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ ، وَإِذَا أَطْلَقَ ذَلِكَ صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : هَبْ لِهَذَا ، أَوْ تَطَوُّعٌ عَلَيْهِ . وَإِذَا كَانَ مُحْالِطًا لَهُ رَجَعَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَأْمُرُ مُحْالِطُهُ بِالتَّقْدِيرِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمِنَ وَدَفَعَ بِأَمْرِهِ ، فَأَشْبَهَ إِذَا كَانَ مُحْالِطًا لَهُ ، أَوْ قَالَ : اضْمَنْ عَنِّي . وَمَا ذَكَرَاهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا لِمَا هُوَ عَلَيْهِ ، وَأَمْرُهُ بِالتَّقْدِيرِ بَعْدَ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا ضَمِنَهُ ، بِدَلِيلِ المُحَالِطَةِ لَهُ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ مَا أَدَّى عَنْهُ ، كَمَا لَوْ صَرَخَ بِهِ . الْحَالُ الثَّانِي ، ضَمِنَ بِأَمْرِهِ ، وَقَضَى بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ الرَّجُوعِ عَنْهُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي : لَا

(٢٢) سقط من : م .

(١) في ا ، م : (يتطوع) .

يَرْجِعُ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَبَرَّعَ بِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِنْ تَعَدَّرَ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَدَفَعَ مَا عَلَيْهِ ، رَجَعَ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالذَّفْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ فِي الضَّمَانِ ، تَضَمَّنَ ذَلِكَ إِذْنَهُ فِي الْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْأَدَاءَ ، فَيَرْجِعُ^(٣) عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي الْأَدَاءِ صَرِيحًا . الْحَالُ الثَّالِثُ ، ضَمِنَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَقَضَى بِأَمْرِهِ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ أَيْضًا . وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ^(٤) أَمْرَهُ بِالْقَضَاءِ انصَرَفَ إِلَى مَا وَجَبَ بِضَمَانِهِ .^(٥) وَلَنَا : أَنَّهُ أَدَّى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا ، أَوْ كَمَا لَوْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أُذِنَ فِي الْقَضَاءِ انصَرَفَ إِلَى مَا وَجَبَ بِضَمَانِهِ^(٥) . قُلْنَا : الْوَاجِبُ^(٦) بِضَمَانِهِ إِنَّمَا هُوَ آدَاءُ دَيْنِهِ ، وَلَيْسَ هُوَ شَيْئًا آخَرَ ، فَمَتَى آدَأَهُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ لَزِمَهُ إِعْطَاؤُهُ بَدَلَهُ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، ضَمِنَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَقَضَى بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَإِسْحَاقَ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عَلِيٍّ وَأَبِي قَتَادَةَ^(٧) ، فَإِنَّهُمَا لَوْ كَانَا يَسْتَحِقَّانِ الرَّجُوعَ عَلَى الْمَيْتِ ، صَارَ الدَّيْنُ لهُمَا ، فَكَانَتْ ذِمَّةُ الْمَيْتِ مَشْغُولَةً بِدَيْنِهِمَا ، كَأَشْتِعَالِهَا بِدَيْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، / وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَفَ دَوَابَّهُ وَأَطْعَمَ عَبِيدَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ . وَوَجْهُ الْأُولَى ، أَنَّهُ قَضَاءٌ مُبْرَأٌ مِنْ دَيْنٍ وَاجِبٍ ، فَكَانَ مِنْ ضَمَانٍ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْحَاكِمِ إِذَا قَضَاهُ عَنْهُ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ . فَأَمَّا عَلِيُّ وَأَبُو قَتَادَةَ ، فَإِنَّهُمَا تَبَرَّعَا بِالْقَضَاءِ وَالضَّمَانِ ، فَإِنَّهُمَا قَضَيَا دَيْنَهُ قَصْدًا لِتَبَرُّعِهِ ذِمَّتِهِ ، لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، مَعَ عِلْمِهِمَا بِأَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ

(٢) في م زيادة : « به » .

(٣) في ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٤) في النسخ : « لأنه » .

(٥-٥) سقط من : ب .

(٦) في الأصل : « والواجب » .

(٧) تقدما في صفحة ٧١ ، ٨٤ .

وَفَاءً ، وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْمُحْتَسِبِ بِالرُّجُوعِ .

فصل : وَيَرْجِعُ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِأَقْلِ الْأُمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ الدَّيْنُ ، فَالزَّائِدُ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْضَى أَقْلًا ، فَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ ، وَهَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ غَرِيمُهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ (٨) دَفَعَ عَنِ الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَعَ بِأَقْلِ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنِ لِذَلِكَ ، وَإِنْ قَضَى الْمُوَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ لِلْغَرِيمِ . فَإِنْ أَحَالَهُ ، كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ تَقْيِيضِهِ ، وَيَرْجِعُ بِالْأَقْلِ مِمَّا أَحَالَ بِهِ أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنِ ، سِوَاءَ قَبْضِ الْغَرِيمِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ أَبْرَأَهُ ، أَوْ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ الْأَسْتِيفَاءُ ، لِفَلْسِ أَوْ مَطْلٍ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْحَوَالَةِ كَالِاقْبَاضِ .

فصل : وَلَوْ كَانَ عَلَى رَجُلَيْنِ مِائَةٌ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ (٩) مِنْهُمَا نِصْفُهَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ عَنِ صَاحِبِهِ (١٠) مَا عَلَيْهِ (١) ، فَضَمِنَ آخَرُ عَنْ أَحَدِهِمَا الْمِائَةَ بِأَمْرِهِ وَقَضَاهَا ، سَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الَّذِي ضَمِنَ عَنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ عَنْهُ ، وَلَا أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ ، فَإِذَا رَجَعَ عَلَى الَّذِي ضَمِنَ عَنْهُ ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ بِنِصْفِهَا ، إِنْ كَانَ ضَمِنَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهَا عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَقَضَاهَا ضَامِنُهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْآخَرِ بِالْمِائَةِ ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ لَهُ عَلَى مَنْ أَدَاهَا عَنْهُ ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ بِهَا عَلَيْهِ كَالْأَصِيلِ (١١) .

فصل : إِذَا ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ (١٢) ، فَطَوْلِبَ الضَّامِنُ ، فَلَهُ مُطَابَقَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِتَخْلِيصِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْأَدَاءُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَابَقَةُ بِتَبَرُّتِهِ ذِمَّتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالِبِ الضَّامِنُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَابَقَةَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ بِالَّذِينَ

١٢٦/٤ و

(٨) فِي الْأَصْلِ : « وَلَوْ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١) فِي م : « كَالْأَصْلِ » .

(١٢) فِي م : « بِإِذْنِهِ » .

قَبْلَ غَرَامَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ^(١٣) قَبْلَ طَلْبِهِ مِنْهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّ لَهُ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ ذِمَّتَهُ بِأَذْنِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَفْرِيفِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَهَنَهُ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ^(١٤) مُطَالَبَتُهُ بِفَكَاحِهِ وَتَفْرِيفِهِ مِنَ الرَّهْنِ . وَالأَوَّلُ أَوْلَى . وَيفَارِقُ الضَّمَانَ العَارِيَةَ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَتَضَرَّرُ بِتَعْوِيقِ مَنَافِعِ عَبْدِهِ المُسْتَعَارِ ، فَمَلَكَ المُطَالَبَةَ بِمَا يُزِيلُ الضَّرَرَ عَنْهُ ، وَالضَّمَانُ لَا يَبْطُلُ بِالضَّمَانِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عَنْهُ قَبْلَ الأَدَاءِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ يُطَالِبُ بِهِ ، وَلَا شَعَلَ ذِمَّتَهُ بِأَمْرِهِ ، فَاشْتَبَهَ الأَجَنَبِيُّ . وَقِيلَ : إِنْ هَذَا يَنْبَغِي عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي رُجُوعِهِ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَلَا مُطَالَبَةَ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنْ^(١٥) تَفْصِيلِهِ .

فصل : فَإِنْ ضَمِنَ الضَّامِنُ ضَامِنَ آخَرَ ، فَقَضَى أَحَدُهُم الدَّيْنَ ، بَرِئُوا جَمِيعًا . فَإِنْ قَضَاهُ المَضْمُونُ عَنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ قَضَاهُ الضَّامِنُ الأَوَّلُ رَجَعَ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ دُونَ الضَّامِنِ عَنْهُ . وَإِنْ قَضَاهُ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ ، ثُمَّ رَجَعَ الأَوَّلُ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَذِنَ لِصَاحِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَذِنَ لَهُ ، فَفِي الرَّجُوعِ رَوَايَتَانِ . وَإِنْ أَذِنَ الأَوَّلُ لِلثَّانِي ، وَلَمْ يَأْذِنِ المَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوْ أَذِنَ المَضْمُونُ عَنْهُ لِضَامِنِهِ ، وَلَمْ يَأْذِنِ الضَّامِنُ لِضَامِنِهِ ، رَجَعَ المَأْذُونُ لَهُ عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعِ الآخَرُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فَإِنْ أَذِنَ المَضْمُونُ عَنْهُ لِلضَّامِنِ الثَّانِي فِي الضَّمَانِ ، وَلَمْ يَأْذِنْ لَهُ الضَّامِنُ الأَوَّلُ ، رَجَعَ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رَجَعَ^(١٦) عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ دُونَ غَيْرِهِ .

فصل : إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ عَلَى رَجُلَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ١ ، م : « للسيد » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) في ب ، م : « يرجع » .

ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَأَبْرَأَ الْعَرِيمُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْآلِفِ ، بَرِيٌّ مِنْهُ ، وَبَرِيٌّ صَاحِبُهُ مِنْ ضَمَانِهِ ، وَيَقِي عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةَ .^(١٧) وَإِنْ قَضَاهُ أَحَدُهُمَا خَمْسَمِائَةَ^(١٧) ، أَوْ أَبْرَأَهُ الْعَرِيمُ مِنْهَا ، وَعَيَّنَ الْقَضَاءَ بِلَفْظِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَنِ الْأَصْلِ وَالضَّمَانِ / ، انصَرَفَ إِلَيْهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ ، اِحْتَمَلَ أَنْ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى مَا شَاءَ مِنْهُمَا ،^(١٨) كَمَنْ أَخْرَجَ زَكَاةَ نِصَابٍ وَلَهُ نِصَابَانِ غَائِبٌ وَحَاضِرٌ ، كَانَ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى مَا شَاءَ مِنْهُمَا^(١٨) . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهَا عَنِ الْأَصْلِ ، وَنِصْفُهَا عَنِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ يَنْصَرِفُ إِلَى جُمْلَةِ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَيَكُونُ مِنْهُمَا^(١٩) ، وَالْمُعْتَبِرُ فِي الْقَضَاءِ لَفْظُ الْقَاضِي وَنِيَّتُهُ ، وَفِي الْإِبْرَاءِ لَفْظُ الْمُبْرِئِ وَنِيَّتُهُ ، وَمتى اِخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ الْمُعْتَبَرُ لَفْظُهُ وَنِيَّتُهُ .

فصل : ولو ادَّعى ألفاً على حاضِرٍ وغَائِبٍ ، وَأَنْ كَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَاعْتَرَفَ الْحَاضِرُ بِذَلِكَ ، فَلَهُ أَخْذُ الْآلِفِ مِنْهُ ، فَإِذَا قَدِمَ الْعَائِبُ فَاعْتَرَفَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنِصْفِهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَاضِرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَاسْتَوْفَى الْآلِفَ مِنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْعَائِبِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِهِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا الْمُدَّعِي ظَلَمَهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ الْعَائِبُ وَعَادَ الْحَاضِرُ عَنْ إِنْكَارِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا يَعْتَرِفُ لَهُ بِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَقُمْ عَلَى الْحَاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ وَبَرِيٌّ ، فَإِذَا قَدِمَ الْعَائِبُ فَأَنْكَرَ أَيْضًا وَحَلَفَ ، بَرِيٌّ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ ، لَزِمَهُ دَفْعُ الْآلِفِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا خَمْسُ الْمِائَةِ الْأَصْلِيَّةِ دُونَ الْمَضْمُونَةِ ؛ لِأَنَّهَا سَقَطَتْ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِيَمِينِهِ ، فَتَسْقُطُ عَنْ ضَامِنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُعْتَرِفٌ^(٢٠) بِهَا وَغَرِيمُهُ يَدَّعِيهَا ،

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨-١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في ب ، م : « بينهما » .

(٢٠) في م : « يعترف » .

وَالْيَمِينُ إِنَّمَا اسْقَطَتِ الْمُطَالَبَةَ عَنْهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَمْ تُسْقِطْ عَنْهُ الْحَقَّ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ ، وَهَذَا لَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ يَمِينِهِ ، لَزِمَهُ ، وَلَزِمَ الضَّامِنَ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى الضَّامِنُ أَنَّهُ قَضَى الدَّيْنَ ، فَأَنْكَرَ المَضْمُونُ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ ، فَالقولُ قولُ المَضْمُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى تَسْلِيمَ المَالِ إِلَى مَنْ لَمْ يَأْمَنُ عَلَيْهِ^(٢١) ، فَكَانَ القَوْلُ قولَ المُنْكَرِ ، وَهوَ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ الضَّامِنُ بِمَا قَضَاهُ عَنْهُ ؟ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ بِالقَضَاءِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِالقَضَاءِ ، وَكَانَ قد قَضَى بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ فِي غَيْبَةِ المَضْمُونِ عَنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ المَضْمُونُ عَنْهُ أَوْ كَذَبَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي قَضَاءِ مُبْرِيءٍ ، وَلَمْ يُوجِدْ ، وَإِنْ قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ ، ثَبَتَ بِهَا الْحَقُّ ، لَكِنْ إِنْ^(٢٢) كَانَتْ مَيِّتَةً أَوْ غَائِبَةً فَلِلضَّامِنِ / الرَّجُوعُ عَلَى المَضْمُونِ لَهُ^(٢٣) ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ^(٢٤) أَنَّهُ مَا قَصَرَ وَلَا فَرَطَ . وَإِنْ قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ، كَالكُفْرِ وَالفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ لِتَقْرِيطِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ البَيِّنَةُ كَعَدَمِهَا . وَإِنْ رُدَّتْ بِأَمْرِ خَفِيِّ ، كَالفِسْقِ البَاطِنِ ، أَوْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ مُخْتَلَفًا فِيهَا ، مِثْلَ أَنْ أَشْهَدَ عُنْدَيْنِ ، أَوْ شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَرُدَّتْ لِذَلِكَ ، أَوْ كَانَتْ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، وَالعَجْرُحُ وَالتَّعْدِيلُ لَيْسَ إِلَيْهِ . وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّهُ أَشْهَدَ مَنْ لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ بِشَهَادَتِهِ . وَإِنْ قَضَى بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ بِحَضْرَةِ^(٢٥) المَضْمُونِ عَنْهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ حَاضِرًا كَانَ الاِحْتِيَاظُ إِلَيْهِ ، فَإِذَا تَرَكَ التَّحْفِظَ وَهُوَ حَاضِرٌ ، فَهُوَ المُفَرِّطُ دُونَ الضَّامِنِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى قَضَاءً لَا يُبْرِيئُ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ قَضَى فِي غَيْبَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ رَجَعَ^(٢٦)

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٣) في م : « عنه » .

(٢٤) في م : « يعترف » .

(٢٥) في ا : « بحضور » .

(٢٦) في الأصل ، ب : « يرجع » .

المَضْمُونُ له على الضَّامِنِ ، فاستوفى منه مرَّةً ثانيةً ، رَجَعَ على (٢٧) المَضْمُونُ عنه بما قَضَاهُ ثانياً ؛ لأنَّه أُبرأ به ذِمَّتُهُ ظاهراً . قال القاضي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ له الرُّجوعُ بما قَضَاهُ أوَّلاً دونَ الثاني ؛ لأنَّ البراءةَ حَصَلَتْ به في الباطنِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ كهذينِ الوجهينِ وَجْهٌ ثالثٌ ، أَنَّهُ لا يَرْجِعُ بشيءٍ بحالٍ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما أُبرأه ظاهراً ، والثاني ما أُبرأه باطناً . ولنا ، أَنَّ الضَّامِنَ أَدَّى عن المَضْمُونِ عنه (٢٨) بِإِذْنِهِ إِذَا أُبرأه ظاهراً وباطناً فَرَجَعَ به ، كما لو قَامَتْ به البَيِّنَةُ . والوجهُ الأوَّلُ أَرْجَحُ ؛ لأنَّ القَضَاءَ المُبرئِ في الباطنِ ما أُوجِبَ الرُّجوعُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَجِبَ بالباقي المُبرئِ في الظَّاهِرِ . وإن اعْتَرَفَ المَضْمُونُ له بالقَضَاءِ ، وأنكَرَ المَضْمُونُ عنه ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنكارِهِ ؛ لأنَّ ما في ذِمَّتِهِ حَقٌّ للمَضْمُونِ (٢٩) له ، فإذا اعْتَرَفَ بالقَبْضِ من الضَّامِنِ ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الذي له صارَ للضَّامِنِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُقْبَلَ إقرارُهُ ، لكونِهِ إقراراً في حَقِّ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ الضَّامِنَ مُدْعٍ لما يَسْتَحِقُّ به الرُّجوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فقَوْلُ المَضْمُونِ له شَهَادَةٌ على فِعْلِ نَفْسِهِ ، فلا يُقْبَلُ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ، وشَهَادَةُ الإنسانِ على فِعْلِ نَفْسِهِ صَحِيحَةٌ ، كشَهَادَةِ المُرْضِعَةِ بالرُّضَاعِ ، وقد ثَبَّتَ ذلكَ بِخَبَرِ عُقْبَةَ بنِ الحَارِثِ (٣٠) .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانُ والكفالةُ خِياراً ؛ لأنَّ الخِيارَ جُعِلَ لِيُعْرَفَ ما فيه الحَظُّ ،

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في ١ ، م : « المضمون » .

(٣٠) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأتيت النبي ﷺ ، فقالت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لي : إنني قد أرضعتكما . وهي كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ٧ / ١٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٩٣ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٧ ، ٣٨٤ . وعبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب النكاح . المصنف ٧ / ٤٨١ ، ٤٨٢ .

١٢٧/٤ ط / والضمين والكفيل دَخَلَا^(٣١) على بصيرة أنه لاحظَ لهما ، ولأنه عقْد لا يفتقر إلى القبول ، فلم يدخله خيار ، كالندبر . وهذا قال أبو حنيفة والشافعي . ولا تعلم عن أحد خلافهم . فإن شرط الخيار فيما ، فقال القاضي : عندي أن الكفالة تبطل ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ، ففسدت ، كما لو شرط أن لا يودى ما على المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به ، والخيار ينافي ذلك . ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة ، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع . ولو أقر بأنه كفل^(٣٢) بشرط الخيار ، لزمته الكفالة ، وبطل الشرط ؛ لأنه وصل بإقراره ما يبطله ، فأشبهه استثناء الكل .

فصل : وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ، ضمان اشتراك^(٣٣) فقالا : ضمنا لك الألف الذي على زيد . فكل واحد منهما ضامن ليصنفه . وإن كانوا ثلاثة ، فكل واحد منهم^(٣٤) ضامن ثلثه . فإن قال واحد منهم^(٣٤) : أنا وهذا^(٣٥) ضامنون لك الألف . فسكت الآخران ، فعليه ثلث الألف ، ولا شيء عليهما . وإن قال كل واحد منهم : كل واحد منا ضامن لك الألف . فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء . وإن أدى أحدهم الألف كله ، أو حصته منه^(٣٦) . لم يرجع إلا على المضمون عنه ؛ لأن كل واحد منهم ضامن أصلي ، وليس بضامن عن الضامن الآخر .

٨٢٥ - مسألة ؛ قال : (ومن كفل بنفسه لزمه ما عليها إن لم يسلمها)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة ، في قول أكثر أهل العلم . هذا مذهب

(٣١) سقط من : م ، ا .

(٣٢) في الأصل : « كفيل » .

(٣٣) في ا ، م : « اشتراط » .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٥) في م : « وهذا » .

(٣٦) سقط من : م .

شُرِّحَ ، ومالك ، والثَّورِيُّ ، واللَّيْثُ ، وأبى حنيفة . وقال الشَّافِعِيُّ في بعض أقواله :
 الكَفَّالَةُ بِالْبَدَنِ ضَعِيفَةٌ . واخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ ، فمنهم مَنْ قال : هِيَ صَحِيحَةٌ قَوْلًا
 وَاحِدًا . وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ فِي الْقِيَاسِ ، وَإِنْ كَانَتْ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ وَالْأَثَرِ . ومنهم مَنْ
 قال : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا غَيْرُ صَحِيحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا كَفَّالَةٌ بَعَيْنٍ ، فَلَمْ تَصِحَّ ،
 كَالْكَفَّالَةِ بِالْوَجْهِ وَبَدَنِ الشَّاهِدِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى
 تُؤْتُوا مِنِّي مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّ مَا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بِعَقْدِ
 وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بِعَقْدِ الْكَفَّالَةِ ، كَالْمَالِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ / مَتَى تَعَدَّرَ عَلَى الْكَفِيلِ
 إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ مَعَ حَيَاتِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ إِحْضَارِهِ ، لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا
 يَغْرُمُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الزَّرْعِيمُ غَارِمٌ » ^(٢) . وَلِأَنَّهَا أَحَدُ نَوْعِي
 الْكَفَّالَةِ ، فَوَجَبَ بِهَا الْغَرْمُ ، كَالْكَفَّالَةِ بِالْمَالِ .

١٢٨/٤ و

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَنَا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ ، أَوْ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِيَدَيْهِ ، ^(٣) أَوْ بِوَجْهِهِ ، كَانَ
 كَفِيلًا بِهِ . وَإِنْ كَفَلَ بِرَأْسِهِ أَوْ كَيْدِهِ ^(٤) ، أَوْ جُزْءٍ لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بِدُونِهِ ، أَوْ بِجُزْءٍ شَائِعٍ
 مِنْهُ ، كَثُلْتُهُ أَوْ رُبُعِهِ ، صَحَّتِ الْكَفَّالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ إِحْضَارُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِحْضَارِهِ كُلِّهِ .
 وَإِنْ تَكَفَّلَ بَعْضُهُ تَبْقَى الْحَيَاةُ بَعْدَ زَوَالِهِ ، كَيْدِهِ وَرَجْلِهِ ، فِيهِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 تَصِحُّ الْكَفَّالَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا
 يُمَكِّنُهُ إِحْضَارُ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ عَلَى صِفَتِهَا إِلَّا بِإِحْضَارِ الْبَدَنِ كُلِّهِ ، فَأَشْبَهَ الْكَفَّالَةَ بِوَجْهِهِ
 وَرَأْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْجُمْلَةِ فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ إِذَا أُضِيفَ إِلَى الْبَعْضِ ، كَالطَّلَاقِ
 وَالْعَتَاقِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ بِدُونِ الْجُمْلَةِ مَعَ بَقَائِهَا . وَقَالَ
 الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْكَفَّالَةُ بِبَعْضِ الْبَدَنِ ، وَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَسْرِي لَا
 يَصِحُّ إِذَا خُصَّ بِهِ عَضْوٌ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ .

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٧١ .

(٣-٤) سقط من : ١ .

فصل : وَتَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِيَدِنِ كُلِّ مَنْ يَلْزَمُ حُضُورَهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ بَدْنَيْنِ لَازِمٍ ،
سواءً كان الدَّيْنُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ (٤) : لا تَصِحُّ بَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ
مَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَدَّرُ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَيَلْزَمُهُ الدَّيْنُ ، وَلَا يُمَكِّنُ طَلَبَهُ مِنْهُ
لِجَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْكِفَالَةَ بِالْبَدْنِ لَا بِالْدَّيْنِ ، وَالْبَدْنُ مَعْلُومٌ ، فَلَا تَبْطُلُ الْكِفَالَةُ لِإِحْتِمَالِ
عَارِضٍ ، وَلِأَنَّ قَدْ تَبَيَّنَا أَنَّ ضِمَانَ الْمَجْهُولِ يَصِحُّ ، وَهُوَ التِّزَامُ الْمَالِ ابْتِدَاءً ، فَالْكَفَالَةُ
الَّتِي لَا تَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ ابْتِدَاءً أَوْلَى (٥) . وَتَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ
يَجِبُ إِحْضَارُهُمَا مَجْلِسَ الْحُكْمِ لِلشَّهَادَةِ عَلَيْهِمَا بِالْإِثْلَافِ ، وَإِذْنُ (٦) وَلِيَّهُمَا يَقُومُ
مَقَامَ إِذْنِهِمَا . وَتَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِيَدِنِ الْمَحْبُوسِ وَالْغَائِبِ . وقال أبو حنيفة : لا تَصِحُّ .
وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَثِيقَةٍ صَحَّتْ مَعَ الْحُضُورِ صَحَّتْ مَعَ الْعَيْتَةِ وَالْحَبْسِ ؛ كَالرَّهْنِ
وَالضَّمَانِ ، وَلِأَنَّ الْحَبْسَ لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ ، لَكَوْنِ الْمَحْبُوسِ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ بِأَمْرِ
الْحَاكِمِ ، أَوْ أَمْرٍ مِنْ حَبْسِهِ ، ثُمَّ يُعِيدُهُ إِلَى الْحَبْسِ بِالْحَقِّينِ جَمِيعًا ، وَالْغَائِبُ يَمْضِي إِلَيْهِ
فِيحُضِرُهُ إِنْ كَانَتِ الْعَيْتَةُ غَيْرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يَعْلَمَ خَبْرَهُ ، / وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ خَبْرَهُ ، لَزِمَهُ مَا
عَلَيْهِ : قَالَه الْقَاضِي . وقال فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : لَا يَلْزَمُهُ مَا عَلَيْهِ حَتَّى تَمْضِيَ مُدَّةٌ يُمَكِّنُهُ
الرَّدُّ فِيهَا ، فَلَا يَفْعَلُ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ ، سواءً كان حَقًّا لَللَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزَّوْنِيِّ
وَالسَّرِقَةِ ، أَوْ لَادِمِيٍّ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ
شَرِيحٌ ، وَالْحَسَنُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ
الشَّافِعِيُّ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَاحْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي حُدُودِ الْأَدِمِيِّ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَا
كَفَالَةَ فِي حُدُودِ (٧) الْأَدِمِيِّ (٨) وَلَا لِعَانَ . وقال فِي مَوْضِعٍ : تَجُوزُ الْكِفَالَةُ بَمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ أَوْ

(٤) فِي م : « أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ » .

(٥) مِنْ هُنَا إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ : « إِذْنُهُمَا » الْآتَى سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي ب : « فَاذْنُ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا . وَفِي ب : « حَدٌّ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا ، ب .

حَدٌّ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَادِمِيٌّ ، فَصَحَّتِ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَسَائِرِ حُقُوقِ الْأَدَمِيِّينَ . وَلَنَا ، مَارُويٌّ
 عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا كَفَالَةَ فِي
 حَدٍّ » (٩) . وَلِأَنَّهُ حَدٌّ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ فِيهِ كَحُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ
 اسْتِثْنَاءٌ ، وَالْحُدُودُ مُبْنَاهَا عَلَى الْإِسْقَاطِ وَالذَّرْءِ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهَا الْاسْتِثْنَاءُ ،
 وَلِأَنَّهُ حَقٌّ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ إِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ
 الْكَفَالَةُ بِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَحَدِّ الزَّئِي .

فصل : وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْمُكَاتَبِ مِنْ أَجْلِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْحُضُورَ لَا يَلْزِمُهُ .

فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَدَيْنِ الْكِتَابَةِ .

فصل : وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ حَالَةً وَمَوْجَلَةً ، كَمَا يَصِحُّ الضَّمَانُ حَالًا وَمَوْجَلًا ، وَإِذَا أُطْلِقَ
 كَانَتْ حَالَةً ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُهُ الْحُلُولُ اقْتَضَى إِطْلَاقَهُ الْحُلُولَ ، كَالثَّمَنِ وَالضَّمَانِ ،
 فَإِذَا تَكَفَّلَ حَالًا كَانَ لَهُ مُطَابَلَتُهُ بِإِحْضَارِهِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَهَنَّاكَ يَدٌ حَائِلَةٌ ظَالِمَةٌ لَمْ يَبْرَأْ
 مِنْهُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْمَكْفُولُ لَهُ تَسْلِيمُهُ (١٠) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ غَرَضُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَدٌ
 حَائِلَةً ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، فَإِنْ قَبِلَهُ بَرِيٌّ مِنَ الْكَفَالَةِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَبْرَأُ حَتَّى
 يَقُولَ : قَدْ بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ . أَوْ قَدْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ . أَوْ قَدْ أَخْرَجْتُ نَفْسِي مِنْ كَفَالَتِهِ .
 وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى عَمَلٍ ، فَبَرِيٌّ مِنْهُ بِالْعَمَلِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْإِجَارَةِ .
 فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ بَرِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَحْضَرَ مَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ (١١) عِنْدَ غَرِيْبِهِ وَطَلَبَ مِنْهُ
 تَسْلِيمَهُ (١٢) عَلَى وَجْهِ لَا ضَرَرَ فِي / قَبْضِهِ ، فَبَرِيٌّ مِنْهُ (١٣) كَالْمُسْلِمِ فِيهِ (١٤) . وَقَالَ بَعْضُ
 أَصْحَابِنَا : إِذَا امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، أَشْهَدَ عَلَى امْتِنَاعِهِ رَجُلَيْنِ ، وَبَرِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا وَقَعَ

١٢٩/٤ و

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الكفالة بيد من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى

٧٧ / ٦ .

(١٠) في ١ : « تسليمه » .

(١١-١٢) سقط من : ١ .

(١٢-١٣) في ١ : « كالمسلم منه » .

العقد على فعله ، فبرئ منه . وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه ؛ فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله . والأول أصح ؛ فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى تائبه ، كحاكيم أو غيره . وإن كانت الكفالة موجلة ، لم يلزمه^(١٣) إحضاره قبل الأجل ، كالدين الموجل ، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ . وإن كان غائباً أو مرتدداً لحق بدار الحرب ، لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته . وقال ابن شبرمة : يحبس في الحال ؛ لأن الحق قد توجه عليه . ولنا ، أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمامان التسليم . وإن كان حالاً كالدين ، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره ، أو كانت العينة منقطعة لا يعلم خبره ، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه ، أخذ بما عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت العينة منقطعة لا يعلم مكانه ، لم يطالب الكفيل بإحضاره ، ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس . وقد دللنا على^(١٤) وجوب الغرم فيما مضى . وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ، ولا ضرر في تسليمه ، لزمه . وإن كان فيه ضرر ، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم ، أو الدين موجل عليه لا يمكن اقتضائه منه ، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدة ، لم يلزمه قبوله ، كما نقول في من دفع الدين الموجل قبل حلوله .

فصل : وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال القاضي : إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه ، برئ من الكفالة . وقال بعض أصحابنا : متى أحضره في أي مكان كان ، وفي ذلك الموضع سلطاناً ، برئ من الكفالة ؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ، ويمكن إثبات الحجة فيه . وقيل : إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر ،
 ١٢٩/٤ ظ لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه ، وإلا برئ ، كقولنا فيما إذا أحضره / قبل الأجل .

(١٣) في ١ ، ب ، م : « يلزم » .

(١٤) في الأصل : « في » .

ولأصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا . ولنا ، أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره ، فلم يبرأ ، كما لو أحضر المسلم فيه في غير هذا^(١٥) الموضوع الذي شرطه ، ولأنه قد سلم^(١٦) في موضع لا يقدر على إثبات الحجّة فيه ، لعيبه شهوده ، أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ، ولا يقدر على إمساكه ، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل ، فإنه عجل الحق قبل أجله ، فزاده خيراً ، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله . وإن وقعت الكفالة مطلقاً ، وجب تسليمه في مكان العقد ، كالتسليم . فإن سلمه في غيره ، فهو كتسليمه في غير المكان الذي عيّنه . وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم ، لم يلزمه تسليمه^(١٧) محبوساً ؛ لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه . وإن كان محبوساً عند الحاكم ، فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه^(١٨) ؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه . وإذا طالب الحاكم بإحضاره ، أحضره مجلسه ، وحكم بينهما ، ثم يرده إلى الحبس . فإن توجه عليه حق للمكفول له ، حبسه بالحق الأول وحق^(١٩) المكفول له^(٢٠) .

فصل : وإن كفل إلى أجل مجهول ، لم تصح الكفالة . وهذا قال الشافعي ؛ لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه ، وهكذا الضمان . وإن جعله إلى الحصاد والجزاز والعتاء ، خرّج على الوجهين ، كالأجل في البيع^(٢١) . والأولى صحتها^(٢٢) هنا ؛ لأنه تبرّع من غير عوض ، جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه ، فصح ،

(١٥) سقط من : ١ ، ب .

(١٦) في ب : « تسلمه » .

(١٧) في ب : « تسلمه » .

(١٨) في الأصل : « تسلمه » .

(١٩) في م : « أو حق » .

(٢٠) في ب : « به » .

(٢١) في الأصل : « المبيع » .

(٢٢) في ب : « صحتها » .

كالنذر . وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة . وقد روى مهنا عن أحمد ، في رجل كفّل رجلاً^(٢٣) ، فقال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلما عليه علي . فقال : لا أدري ، ولكن إن قال : ساعة كذا . لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن^(٢٤) تعيين الوقت ، ولعله أراد وقتاً متسعاً ، أو وقت شيء يحدث ، مثل وقت الحصاد ونحوه . فأما إن قال : وقت طلوع الشمس ، ونحو ذلك ، صح . وإن قال : إلى الغد أو إلى شهر كذا . تعلق بأوله ، على ما ذكرنا في السلم .

فصل : وإذا تكفل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما عليه ، صح . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف : وقال محمد بن الحسن والشافعي : لا تصح الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه ؛ / لأن هذا تعليق الضمان بخطر ، فلم يصح ، كما لو علقه بقدم زيد . ولنا ، أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها ، فصح اشتراطه ، كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلا فلنك حبسي . ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة ، وقد دللنا عليه . وأما إن قال : إن جئت به في^(٢٦) وقت كذا ، وإلما أنا كفيل بيد فلان ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان . أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه . أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان . أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً . فقال القاضي : لا تصح الكفالة . وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن ؛ لأن ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمنحى المطر وهبوب الريح ، ولأنه إثبات حق لا دمي معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته ، كالهبة . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : تصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصح ، كضمان الدرّك . والأول

١٣٠/٤

(٢٣) في م زيادة : « آخر » .

(٢٤) في الأصل : « على » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، م .

(٢٦) سقط من : م .

أُقِسُّ . فَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِفُلَانٍ إِنْ جِئْتُ بِهِ فِي وَقْتِ كَذَا . وَإِلَّا فَأَنَا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ ، أَوْ ضَامِنٌ الْمَالِ الَّذِي عَلَى فُلَانٍ . لَمْ يَصِحَّ فِيهِمَا عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُؤَقَّتٌ ، وَالثَّانِي مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ فِيهِمَا . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فِي الْحَالِ وَلَا فِي الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، عَلَى أَنْ يَبْرَأَ فُلَانٌ الْكَفِيلُ . أَوْ عَلَى أَنْ تُبْرِئَهُ مِنَ الْكِفَالَةِ ؛ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهِ ، فَيَكُونُ فَاسِدًا وَتَفْسُدُ الْكِفَالَةُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْكِفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ تَحْوِيلِ الْوَثِيقَةِ الَّتِي عَلَى الْكَفِيلِ إِلَيْهِ ^(٢٧) . فَعَلِيَ هَذَا لَا تَلْزَمُهُ الْكِفَالَةُ ، إِلَّا أَنْ يُبْرَأَ الْمَكْفُولُ لَهُ الْكَفِيلُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَفَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَلَا تُثَبِّتُ كِفَالَتَهُ بِدُونِ شَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ لَكَ بِهَذَا الْعَرِيمِ ، عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكِفَالَةِ بِفُلَانٍ . أَوْ ضَمِنْتُ لَكَ هَذَا الدَّيْنَ ، بِشَرْطِ أَنْ تُبْرِئَنِي مِنْ ضَمَانِ الدَّيْنِ الْآخَرِ ، أَوْ عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكِفَالَةِ بِفُلَانٍ . خُرُجٌ فِيهِ الْوَجْهَانِ ، وَالْأَوْلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَسَخَ عَقْدٌ فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ فَسَخِ بَيْعٍ آخَرَ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَرْطُ فِي الْكِفَالَةِ أَوْ الضَّمَانِ أَنْ يَتَكَفَّلَ الْمَكْفُولُ لَهُ / أَوْ الْمَكْفُولُ بِهِ بِآخَرَ ، أَوْ يَضْمَنَ دَيْنًا عَلَيْهِ ، أَوْ يَبِيعَهُ شَيْعًا عَيْنَهُ ، أَوْ يُوجِرَهُ دَارَهُ ، لَمْ يَكُنْ ^(٢٨) يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

١٣٠/٤ ظ

فصل : وَلَوْ تَكَفَّلَ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ ، صَحَّ . وَإِيْهِمْ قَضَى الدَّيْنَ بَرِيءَ الْآخَرَانِ ^(٢٩) ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الضَّمَانِ . وَإِنْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ، بَرِيءٌ كَفِيلَاةً ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَيْنِ لِأَجْلِهِ ^(٣٠) ، وَهُوَ إِحْضَارُ نَفْسِهِ ، فَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنَ . وَإِنْ أَحْضَرَ أَحَدَ الْكَفِيلَيْنِ ، لَمْ يَبْرَأَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ إِحْدَى الْوَثِيقَتَيْنِ انْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فَلَمْ تَنْحَلَّ الْآخَرَى ، كَمَا لَوْ أُبْرَأَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ انْفَكَ أَحَدُ الرَّهْنَيْنِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءِ الْحَقِّ .

(٢٧) فِي ب : « بِهِ » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢٩) فِي أ : « الْآخَرِ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : م .

وَفَارَقَ مَا إِذَا سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ لِهَمَا ، فَإِذَا بَرِيَ الْأَصْلُ مِمَّا تَكْفَلُ بِهِ عَنْهُ ، بَرِيَ فَرَعَاهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ لَيْسَ بِفَرَعٍ لِلْآخَرِ ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِبِرَائَتِهِ . وَلِذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَ^(٣١) الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِيَ^(٣٢) كَفِيلَاهُ . وَلَوْ أَبْرَأَ أَحَدُ الْكَفِيلَيْنِ بَرِيَ وَحْدَهُ ، دُونَ صَاحِبِهِ .

فصل : وَلَوْ تَكْفَلُ^(٣٣) وَاحِدٌ لِأُتَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا ، أَوْ أَحْضَرَهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْأُتَيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدَيْنِ ، فَقَدْ التَزَمَ إِحْضَارَهُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِذَا أَحْضَرَهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا^(٣٤) ، بَرِيَ مِنْهُ ، وَبَقِيَ حَقُّ الْآخَرِ^(٣٥) ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي عَقْدَيْنِ ، وَكَمَا لَوْ ضَمِنَ دَيْنَا رَجُلَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ .

فصل : وَتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الْكِفَالَةِ إِلَى رِضَى الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْحَقُّ ابْتِدَاءً إِلَّا^(٣٦) بِرِضَاهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَى الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ لَهُ لَا قَبْضَ فِيهَا ، فَصَحَّتْ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَالشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّهَا التِّزَامُ حَقٌّ لَهُ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهُ فِيهَا ، كَالنَّذْرِ ، فَأَمَّا رِضَى الْمَكْفُولِ لَهُ ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُعْتَبَرُ ، كَالضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، يُعْتَبَرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا إِحْضَارَهُ ، فَإِذَا تَكْفَلُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْحُضُورُ مَعَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَمَا لَوْ أَلْزَمَهُ الدَّيْنُ ، وَفَارَقَ الضَّمَانَ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ يَقْضِي الْحَقَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، مَتَى كَانَتِ الْكِفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، فَأَرَادَ الْكَفِيلُ إِحْضَارَهُ ، أَلْزَمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ ذِمَّتَهُ مِنْ أَجْلِهِ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَخْلِيصُهَا ،

(٣١) فِي أ ، ب ، م : « أَبْرَأَ » .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٣) فِي ب : « كَفَلُ » .

(٣٤) فِي م : « وَاحِدٌ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « لآخر » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٧) فِي م : « وَإِنْ » .

كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه ، كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده . وإن كانت الكفالة
 بغير إذنه نظرنا ؛ فإن طلبه المكفول له منه ، لزمه أن يحضر معه ؛ لأن حضوره حق
 للمكفول له ، وقد استتاب الكفيل في / طلبه . وإن لم يطلبه المكفول له ، لم يلزمه أن
 يحضر معه ؛ لأنه لم يشغل ذمته ، وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه ، فلم يجز أن
 يثبت له بذلك حق على غيره . وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك . كان توكيلاً في
 إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كما لو وكل أجنبياً . وإن قال : أخرج من كفالتك .
 احتمل أن يكون توكيلاً في إحضاره ، كاللفظ الأول ، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين
 الذي عليه ، فلا يكون توكيلاً ، فلا يلزمه الحضور معه .

١٣١/٤ و

فصل : وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان . أو اكفل بفلان . ففعل ، كان
 الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الأمر ؛ لأنه كفل^(٣٨) باختيار نفسه ، وإنما
 الأمر إرشاد وحث على فعل خير ، فلا يلزمه به شيء .

٨٢٦ - مسألة ؛ قال : (فإن مات ، برئ المتكفل)

وجملته أنه إذا مات المكفول به ، سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء . وهذا قال
 شريح ، والشعبي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وقال الحكم ،
 ومالك ، والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه . وحكى ذلك عن ابن شريح ؛ لأن
 الكفيل وثيقة بحق^(١) ، فإذا تعدرت من جهة من عليه الدين ، استوفى من الوثيقة
 كالرهن ، ولأنه تعدر إحضاره ، فلزم كفيله^(٢) ما عليه ، كما لو غاب . ولنا ، أن الحضور
 سقط عن المكفول به ، فبرئ الكفيل ، كما لو برئ من الدين ، ولأن ما التزمه من أجله
 سقط عن الأصل ، فبرئ الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين ، أو أبرئ

(٣٨) في الأصل ، ب : « كفل » .

(١) في الأصل : « بحقه » .

(٢) في الأصل : « الكفيل » .

منه ، وفَارَقَ ما إِذَا غَابَ ، (٣) فَإِنَّ الحُضُورَ (٣) لم يُسْقِطْ عنه ، ويُفَارِقُ الرِّهْنَ ؛ فَإِنَّهُ عُلِقَ به المَالُ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ .

فصل : إِذَا قال الكَفِيلُ : قد بَرِئُ المَكْفُولُ به من الدَّيْنِ ، وسَقَطَتِ الكَفَالَةُ . أو قال : لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ حين كَفَلْتُهُ . فَأَنْكَرَ المَكْفُولُ له ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ وبِقَاءُ الدَّيْنِ ، وعليه الِيمِينُ ، فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عليه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يُسْتَحْلَفُ فيما إِذَا ادَّعَى الكَفِيلُ أَنَّهُ تَكْفَلُ بِمَنْ لا دَيْنَ عليه ؛ لأنَّ الكَفِيلَ مُكذَّبٌ لِنَفْسِهِ فيما (٤) ادَّعَاهُ ، فَإِنَّ مَنْ كَفَلَ بِشَخْصٍ مُعْتَرِفٍ بِدَيْنِهِ في الظَّاهِرِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ ما ادَّعَاهُ مُحْتَمِلٌ .

فصل : وَإِذَا قال المَكْفُولُ له / لِلْكَفِيلِ : أُبرَأْتُكَ من الكَفَالَةِ . بَرِئْتُ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ ، فَسَقَطُ بِاسْتِقْاطِهِ ، كالدَّيْنِ (٥) . وَإِنْ قال : قد بَرِئْتُ إِلَيَّ مِنْهُ . أو قد رَدَدْتُهُ إِلَيَّ . بَرِئْتُ أَيضاً ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِوَفَاءِ الحَقِّ ، فهو كما لو اعْتَرَفَ بِذلك في الضَّمَانِ . وكذلك إِذَا قال (٦) : بَرِئْتُ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتُ به . وَيَبْرَأُ الكَفِيلُ في هذه المَوَاضِعِ دون المَكْفُولِ به . ولا يَكُونُ إِقْرَاراً بِقَبْضِ الحَقِّ . وهذا قول محمد بن الحَسَنِ . وقيل : يَكُونُ (٧) إِقْرَاراً فيما يَنْتَضِي الحَقُّ (٧) إِقْرَارَهُ ، فيما إِذَا قال : بَرِئْتُ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتُ به . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَرَاءَتَهُ بدون قَبْضِ الحَقِّ ، بِإِبْرَاءِ المُسْتَحَقِّ ، أو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فَأَمَّا إِِنْ قال لِلْمَكْفُولِ به : أُبرَأْتُكَ عَمَّا لي قَبْلَكَ من الحَقِّ . أو بَرِئْتُ من الدَّيْنِ الذي قَبْلَكَ . فَإِنَّهُ يَبْرَأُ من الحَقِّ ، وتزُولُ الكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ يَنْتَضِي العُمُومَ في كُلِّ ما قَبْلَهُ . وَإِنْ قال : بَرِئْتُ من الدَّيْنِ الذي كَفَلَ به فُلانٌ . بَرِئْتُ ، وبَرِئْتُ كَفِيلَهُ .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) في ب زيادة : « إِذَا » .

(٥) في الأَصْل ، ا ، م ، « الدين » .

(٦) في ب زيادة : « له » .

(٧-٧) سقط من : ا ، م .

فصل : وإذا كان لِدِمِّي على دِمِّي حَمْرٌ ، فكفَّلَ به دِمِّي آخِرُ ، ثم أسلَمَ المَكْفُولُ له أو المَكْفُولُ عنه ، بَرِيءُ الكَفِيلِ والمَكْفُولُ عنه . وقال أبو حنيفة : إذا أسلَمَ المَكْفُولُ عنه ، لم يبرأ واحدٌ منهما ، ويلزُمهما قِيَمَةُ الحَمْرِ ؛ لأنَّه كان واجِبًا ، ولم يوجد إسقاطٌ ولا استيفاءٌ ، ولا وُجِدَ من المَكْفُولِ له ما يسقطُ حَقَّهُ ، فبقي بحالِهِ . ولنا ، أن المَكْفُولَ به مُسْلِمٌ ، فلم يَجِبْ عليه الحَمْرُ ، كما لو كان مُسْلِمًا قبل الكفَّالَةِ . وإذا بَرِيءَ المَكْفُولُ به ، بَرِيءَ كَفِيلُهُ . كما لو أَدَى الدَّيْنَ أو أُبرئ^(٨) منه ، ولأنَّه لو أسلَمَ المَكْفُولُ له ، بَرئًا جَمِيعًا ، فكذلك^(٩) إذا أسلَمَ المَكْفُولُ به . وإن أسلَمَ الكَفِيلُ وحده ، بَرِيءٌ من الكفَّالَةِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ وُجوبُ الحَمْرِ عليه وهو مُسْلِمٌ .

فصل : فإذا قال : أعطِ فلانًا ألفًا . ففعل^(١٠) ، لم يرجع على الأمر ، ولم يكن له^(١١) ذلك كفَّالَةً ، ولا ضَمَانًا ، إلا أن يقول : أعطِه عَنِّي .^(١٢) وقال أبو حنيفة : يرجع عليه إذا كان حَلِيطًا له ؛ لأنَّ العادَةَ أن يستقرضَ من حَلِيطِهِ . ولنا ، أنَّه لم يَقُلْ : أعطِه عَنِّي^(١٢) . فلم يلزُمهُ الضَمَانُ ، كما لو لم يكن حَلِيطًا . ولا يلزُمُ إذا كان له عليه مالٌ ، فقال : أعطِه فلانًا . حيث يلزُمُهُ ؛ لأنَّه لا يلزُمُهُ لأجلِ هذا القولِ ، بل لأنَّ عليه حَقًّا يلزُمُهُ أدَاؤُهُ .

فصل : إذا كانت السَّفِينَةُ في البَحْرِ ، وفيها متاعٌ ، / فخيَّفَ غَرَقُها ، فالقَى بعضُ من فيها متاعَهُ في البَحْرِ لِتَخِيفٍ ، لم يرجع به على أحدٍ ، سواء ألقاه مُحْتَسِبًا بالرجوع أو مُتَبَرِّعًا ؛ لأنَّه أثْلَفَ مالَ نَفْسِهِ باختيارِهِ من غيرِ ضَمَانٍ . فإن قال له بعضهم : ألقِ متاعَكَ . فالقاهُ فكذلك ؛ لأنَّه لا^(١٣) يُكرِهُهُ على إلقائه ، ولا ضَمِنَ له . وإن قال : ألقه ،

(٨) في ١ ، م : « أبرأه » .

(٩) في الأصل ، ١ ، م : « وكذلك » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢-١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب : « لم » .

وَعَلَى ضَمَانِهِ . فَالْقَاهُ ، فَعَلَى الْقَائِلِ ضَمَانُهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ صَحِيحٌ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقَهُ ، وَأَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَمْنَاءُ لَهُ . ففَعَلَ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضْمُنُهُ^(١٤) الْقَائِلُ وَحْدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بِقِيَّتِهِمْ . قَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا ضَمَانُ حِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ الْجَمِيعَ ، إِنَّمَا ضَمِنَ^(١٥) حِصَّتَهُ ، وَأُخْبِرَ عَنْ^(١٦) سَائِرِ رُكْبَانِ السَّفِينَةِ بِضَمَانِ سَائِرِهِ ، فَلَزِمَتْهُ حِصَّتُهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ وَانْفِرَادٍ ، بَأَنْ يَقُولَ : كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَّا ضَامِنٌ لَكَ مَتَاعَكَ أَوْ قِيمَتَهُ . لَرِمَ الْقَائِلُ ضَمَانَ الْجَمِيعِ ، وَسِوَاءَ مَا قَالَ هَذَا وَالْبَاقُونَ يَسْمَعُونَ فَسَكَنُوا ، أَوْ قَالُوا : لَا تَفْعَلْ . أَوْ لَمْ يَسْمَعُوا ؛ لِأَنَّ سُكُوتَهُمْ لَا يَلْزِمُهُمْ بِهِ حَقٌّ .

فصل : قَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، عَنْ رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ، فَأَقَامَ بِهَا كَفِيلَيْنِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ ، فَأَيُّهُمَا شَاءَ أَخَذَهُ بِحَقِّهِ ، فَأَحَالَ رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِ رَجُلًا بِحَقِّهِ ؟ فَقَالَ : يَبْرَأُ الْكَفِيلَانِ . قُلْتُ : فَإِنْ مَاتَ الَّذِي أَحَالَهُ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ وَلَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا ؟ قَالَ : لَا شَيْءَ لَهُ ، وَيَذْهَبُ الْأَلْفُ .

(١٤) فِي ب : « ضَمِنَهُ » .

(١٥) فِي ب : « يَضْمِنُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

الشَّرِكَةُ : هِيَ الْاجْتِمَاعُ فِي اسْتِحْقَاقِ أَوْ تَصَرُّفٍ . وَهِيَ ثَابِتَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾ ^(٢) . وَالْخُلَطَاءُ هُمُ الشُّرَكَاءُ . وَمِنَ السُّنَّةِ ، مَا رُوِيَ أَنَّ الْبِرَاءَ بْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ ، فَاشْتَرَيَا فِضَّةً بِنَقْدِ نَسِيئَةٍ ، فَبَلَغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَرَهُمَا أَنْ مَا كَانَ بِنَقْدٍ فَأَجِزُوهُ ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ ^(٣) . وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « يَقُولُ اللَّهُ : أَنَا ثَلَاثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » / . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا » ^(٥) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الشَّرِكَةِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنَّمَا ائْتَلَفُوا فِي أَنْوَاعٍ مِنْهَا تُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣٢/٤ ظ

وَالشَّرِكَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ ، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ . وَهَذَا الْبَابُ لِشَرِكَةِ الْعُقُودِ . وَهِيَ أَنْوَاعٌ خَمْسَةٌ ؛ شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وَالْأَبْدَانِ ، وَالْوُجُوهِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْمُقَاوَضَةِ . وَلَا يَصِحُّ شَيْءٌ مِنْهَا إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ فَلَمْ يَصِحَّ مِنْ غَيْرِ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قال أحمد : يُشَارِكُ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ ، وَلَكِنْ لَا يَخْلُو الْيَهُودِيُّ

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة ص ٢٤ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣٧١ .

(٤) في : باب في الشركة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢٩ .

(٥) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٣٥ .

والتَّصْرَانِيَّ بِالْمَالِ دُونَهُ ، وَيَكُونُ^(٦) هُوَ الَّذِي يَلِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ بِالرِّبَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ وَالتَّوْرِيُّ . وَكَرِهَ لِشَافِعِيِّ مُشَارَكَتَهُمْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : أَكْرَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ . وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مُخَالَفٌ^(٧) فِي الصَّحَابَةِ^(٨) ، وَلِأَنَّ مَالَ الْيَهُودِيَّ وَالتَّصْرَانِيَّ لَيْسَ بِطَيِّبٍ ، فَإِنَّهُمْ يَبِيعُونَ الْحَمْرَ ، وَيَتَعَامَلُونَ بِالرِّبَا ، فَكَرِهَتْ مُعَامَلَتُهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَطَاءٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مُشَارَكَةِ الْيَهُودِيَّ وَالتَّصْرَانِيَّ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشِّرَاءُ وَالتَّبَيْعُ بِيَدِ الْمُسْلِمِ^(٩) . وَلِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي كَرَاهَةِ مَا خَلَّوْا بِهِ ، مُعَامَلَتُهُمْ بِالرِّبَا ، وَبَيْعُ الْحَمْرِ وَالتَّخْزِيرِ ، وَهَذَا مُتَّبَعٌ فِي مَا حَضَرَهُ الْمُسْلِمُ أَوْ وَلِيَهُ . وَقَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا ، فَإِنَّهُ عَلَّلَ بِكَوْنِهِمْ يُرْبُونَ . كَذَلِكَ رَوَاهُ الْأَثَرُ ، عَنْ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَا مَجُوسِيًّا ؛ لِأَنَّهُمْ يُرْبُونَ ، وَأَنَّ الرِّبَا لَا يَجِلُّ^(١٠) . وَهُوَ قَوْلٌ وَاجِدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ لَمْ يَثْبُتَ انْتِشَارُهُ بَيْنَهُمْ ، وَهَمَّ لَا يَحْتَجُّونَ بِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَمْوَالُهُمْ غَيْرُ طَيِّبَةٍ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَدْ عَامَلَهُمْ ، وَرَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يَهُودِيٍّ عَلَى شَعِيرٍ أَخَذَهُ لِأَهْلِهِ^(١١) ، وَأَرْسَلَ إِلَى آخِرٍ يَطْلُبُ مِنْهُ تَوْبِينَ إِلَى الْمَيْسِرَةِ^(١٢) ، وَأَضَافَهُ يَهُودِيٌّ بِخَبْزٍ وَإِهَالَةٍ سَنَحَةٍ^(١٣) . وَلَا يَأْكُلُ النَّبِيُّ ﷺ مَا لَيْسَ بِطَيِّبٍ ، وَمَا بَاعُوهُ مِنَ الْحَمْرِ وَالتَّخْزِيرِ قَبْلَ مُشَارَكَةِ الْمُسْلِمِ ، فَمَنْهُ حَلَالٌ ، لِإِعْتِقَادِهِمْ حِلَّهُ ، وَهَذَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَلَوْ هُمْ بَيْعُهَا وَخَذُوا أَيْمَانَهَا . فَأَمَّا مَا يَشْتَرِيهِ أَوْ يَبِيعُهُ مِنَ الْحَمْرِ بِمَالِ الشَّرِكَةِ / أَوْ

(٦) سقطت واو العطف من : الأصل ، ا ، ب .

(٧-٧) سقط من : ا .

(٨) وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا ، في : باب مشاركة اليهودي والنصراني ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٩ .

(٩) وأخرجه البيهقي ، في : باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى

٥ / ٣٣٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب مشاركة اليهودي والنصراني ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٨ .

(١٠) تقدم التخريج في : ٦ / ٣٧٥ .

(١١) إهالة سنحة : ألية متفجرة الرائحة من طول المكث .

وتقدم التخريج في : ٦ / ٣٧٥ .

المُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ فَاسِدًا ، وَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَكِيلِ يَقَعُ لِلْمُوكَّلِ ، وَالْمُسْلِمُ لَا يَثْبُتُ مِلْكُهُ عَلَى الْحَمْرِ وَالخِنْزِيرِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى بِهِ مَيْتَةً ، أَوْ عَامَلَ بِالرِّبَا ، وَمَا خَفِيَ أَمْرُهُ فَلَمْ يُعْلَمْ ، فَالْأَصْلُ إِبَاحَتُهُ وَجِلُّهُ . فَأَمَّا الْمَجُوسِيُّ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ كَرِهَ مُشَارَكَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ ، قَالَ : مَا أُجِبْتُ مُخَالَطَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِلُّ مَا لَا يَسْتَحِلُّ هَذَا . قَالَ حَنْبَلٌ : قَالَ عَمِّي : لَا تُشَارِكْهُ وَلَا تُضَارِبْهُ . وَهَذَا وَاللَّهِ أَعْلَمُ عَلَى سَبِيلِ الْإِسْتِحْبَابِ ، لِتَرْكِ مُعَامَلَتِهِ وَالْكَرَاهَةِ لِمُشَارَكَتِهِ ، وَإِنْ فَعَلَ صَحَّ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ صَحِيحٌ .

٨٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَشَرِكَةُ الْأَبْدَانِ جَائِزَةٌ)

مَعْنَى شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ ، أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ فِيمَا يَكْتَسِبُونَهُ بِأَيْدِيهِمْ ، كَالصَّنَاعِ يَشْتَرِكُونَ عَلَى أَنْ يَعْمَلُوا فِي صِنَاعَتِهِمْ ^(١) ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمْ . وَإِنْ اشْتَرَكُوا فِيمَا يَكْتَسِبُونَ مِنَ الْمُبَاجِ ، كَالْحَطَبِ ، وَالْحَشِيشِ ، وَالثَّمَارِ الْمَأْخُودَةِ مِنَ الْجِبَالِ ، وَالْمَعَادِنِ ، وَالتَّلْصُصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَذَا جَائِزٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِكَ الْقَوْمُ بِأَبْدَانِهِمْ ، وَلَيْسَ لَهُمْ مَالٌ ، مِثْلَ الصَّيَادِينَ وَالتَّقَالِينِ وَالْحَمَالِينِ . قَدْ أَشْرَكَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ عَمَّارٍ وَسَعْدِ بْنِ مَسْعُودٍ ، فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، وَلَمْ يَجِئَا بِشَيْءٍ ^(٢) . وَفَسَّرَ أَحْمَدُ صِفَةَ الشَّرِكَةِ فِي الْعِنِيْمَةِ ، فَقَالَ : يَشْتَرِكَانِ فِيمَا يُصَيَّبَانِ مِنْ سَلْبِ الْمَقْتُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ الْعَانِمِينَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي الصَّنَاعَةِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي اكْتِسَابِ الْمُبَاجِ ، كَالْاِحْتِشَاشِ وَالْاِعْتِنَامِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُفْتَضَاهَا الْوَكَالَةُ وَلَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَخْذِهَا مَلِكُهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ كُلُّهَا فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا شَرِكَةٌ عَلَى غَيْرِ مَالٍ . فَلَمْ تَصِحَّ . كَمَا لَوْ اخْتَلَفَتِ الصَّنَاعَاتُ ^(٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٤) وَالْإِثْرُمُ بِإِسْنَادِهِمَا ، عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ ^(٥) ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : اشْتَرَكْنَا أَنَا وَسَعْدٌ

(١) فِي م : « صِنَاعَاتِهِمْ » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى غَيْرِ رَأْسِ مَالٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ٢٣٠ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَالٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٢٨٠ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الصِّنَاعَاتَانِ » .

(٤) فِي ١ ، ب ، م ، زَيْدَةَ : « بِنِ عَبْدِ اللَّهِ » ، وَهُوَ تَصْحِيفٌ « عَنْ عَبْدِ اللَّهِ » الْآخَى .

وعَمَّارٌ يَوْمَ بَدْرٍ ، فلم أَجِبْ أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ ، وجاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ . ومثل هذا لا يَحْفَى على رسول الله ﷺ ، وقد أقرُّهُم عليه ، وقال أحمدُ : أشركَ بينهم النَّبِيُّ ﷺ . فإن قيل : ١٣٣/٤ ظ فالمغانمُ مُشتركةٌ / بين الغانمين بحُكْمِ اللهِ تعالى ، فكيف يصحُّ اختِصاصُ هؤلاء بالشركةِ فيها ؟ وقال بعضُ الشافعيِّةِ : غنائمُ بَدْرٍ كانت لرسول الله ﷺ ، وكان له أن يدفَعها إلى من شاء . فيَحْتَمِلُ أن يكونَ فَعَلَ ذلك لهذا . قلنا : أمَّا الأوَّلُ ، فالجوابُ عنه أن غنائمَ بَدْرٍ كانت لمن أخذها من قبل أن يُشركَ اللهُ تعالى بينهم ، ولهذا نُقِلَ أن النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ »^(٥) . فكان ذلك من قبيلِ المباحاتِ ؛ من سبقَ إلى أخذِ شيءٍ فهو له . ويجوزُ أن يكونَ شَرَكُ بينهم فيما يُصَيِّبُونَهُ من الأسلابِ والنَّفْلِ ، إلَّا أن الأوَّلَ أصحُّ لقوله : جاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، ولم أَجِبْ أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ . وأمَّا الثاني ، فإنَّ الله تعالى إنَّما جعلَ الغنيمَةَ لِنَبِيِّهِ عليه السَّلامُ بعدَ أن غنموا واختَلَفوا في الغنائمِ ، فأنزَلَ اللهُ تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾^(٦) . والشركةُ كانت قبل ذلك . ويدلُّ على صحَّةِ هذا ، أنَّها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يحلُّ ؛ إمَّا أن يكونَ قد أباحهم أخذها ، فصارت كالمباحاتِ ، أو لم يُبَحِّها لهم ، فكيف يشتركون في شيءٍ لغيرِهِم ؟ . وفي هذا الخبرِ حُجَّةٌ على أبي حنيفةٍ أيضًا ؛ لأنَّهم اشتَرَكُوا في مباحٍ ، وفيما ليس بصناعةٍ ، وهو يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّ العَمَلَ أحدَ جهتي المَضارِبَةِ ، فصَحَّتْ الشركةُ عليه كالمالِ ، وعلى أبي حنيفةٍ ، أنَّهما اشتَرَكَا في مَكْسَبٍ مباحٍ فصَحَّ ، كالواشترَكَا في الخِياطَةِ والقِصارَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أن الوكالةَ لا تصحُّ في المباحاتِ ؛ فإنَّه يصحُّ أن يَسْتَنِيبَ في تحصيلِها بأجرَةٍ ، فكذلك يصحُّ بغيرِ عِوضٍ إذا تَبَرَّعَ أحدهما بذلك ، كالتوكيلِ في بَيْعِ مالِهِ .

فصل : وتصحُّ شركةُ الأبدانِ مع اتفاقِ الصَّنَائِعِ . فأما مع اختلافِها ، فقال

(٥) انظر : السيرة النبوية ، لابن هشام ١ / ٦٤١ ، ٦٤٢ .

(٦) سورة الأنفال ١ .

أبو الخطاب : لا تصح . وهو قول مالك ؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ، ويلزم صاحبه ، ويطلب به كل واحد منهما ، فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما ، لم يمكن الآخر^(٧) أن يقوم به ، فكيف يلزمه عمله ! أم كيف يطلب بما لا قدرة له عليه ! وقال القاضي : تصح الشركة ؛ لأنهما اشتركا في مكسب مباح ، فصح^(٨) ، كما لو اتفقت الصنائع / ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحدق فيها من الآخر ، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها ، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان . وقولهم : يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه . قال القاضي : يحتمل أن لا يلزمه ذلك ؛ لأنهما كالوكيلين ؛ بدليل صحتها في المباح ، ولا ضمان فيها . وإن قلنا : يلزمه . أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة ، أو بمن يتبرع له بعمله . ويدل على صحة هذا ، أنه لو قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل . صححت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه .

و ١٣٤/٤

فصل : وإذا قال أحدهما : أنا أتقبل ، وأنت تعمل ، والأجرة بينى وبينك . صححت الشركة . وقال زفر : لا تصح ، ولا يستحق العامل المسمى ، وإنما له أجرة المثل . ولنا ، أن الضمان يستحق به الربح ،^(٩) بدليل شركة الأبدان ، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ، ويستحق به الربح^(٩) ، فصار كتقبله المال^(١٠) في المضاربة ، والعمل يستحق به العامل الربح ، كعمل المضارب ، فينزل بمنزلة المضاربة .

فصل : والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة أو تفاضل ؛ لأن العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما في العمل ، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد

(٧) في ب : « للآخر » .

(٨) سقط من : ١ .

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في الأصل : « بالمال » .

منهما ، وإلى أيهما دَفَعَهَا بَرِيءٌ منها . وإن تَلَفَتْ في يَدِ أَحَدِهِمَا من غيرِ تَفْرِيطٍ ، فهي من ضَمَانِهِمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْوَكِيلَيْنِ فِي الْمُطَالَبَةِ ، وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْأَعْمَالِ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِمَا ، يُطَالَبُ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُهُ عَمَلُهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ لَا تَتَعَقَّدُ إِلَّا عَلَى الضَّمَانِ ، وَلَا شَيْءَ فِيهَا تَتَعَقَّدُ عَلَيْهِ الشَّرِكَةُ حَالَ الضَّمَانِ ، فَكَأَنَّ الشَّرِكَةَ تَضَمَّنَتْ ضَمَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ الْآخَرِ مَا يَلْزَمُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ أَحَدُهُمَا مَا لَزِمَ الْآخَرَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَمَا يَتَلَفُ بِتَعَدِّي أَحَدِهِمَا أَوْ تَفْرِيطِهِ أَوْ تَحْتِ يَدِهِ ، عَلَى وَجْهِ يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ ، فَذَلِكَ عَلَيْهِ وَحْدَهُ . وَإِنْ أَقْرَأَ أَحَدُهُمَا بِمَا فِي يَدِهِ ، قُبِلَ عَلَيْهِ وَعَلَى شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَؤُهُ بِمَا فِيهَا ، وَلَا يُقْبَلُ إِقْرَؤُهُ بِمَا فِي يَدِ شَرِيكِهِ ، وَلَا بَدَلَيْنِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : وإن عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ / ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ هَانِيَةَ . وَقَدْ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلَيْنِ يَشْتَرِكَانِ فِي عَمَلِ الْأَبْدَانِ ، فَيَأْتِي أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ ، وَلَا يَأْتِي الْآخَرَ بِشَيْءٍ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، هَذَا بِمَنْزِلَةِ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ مَسْعُودٍ . يَعْنِي حَيْثُ اشْتَرَكُوا ، فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسْبِيرَيْنِ وَأَخْفَقَ الْآخَرَانِ^(١١) . وَلِأَنَّ الْعَمَلَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمَا مَعًا ، وَبِضْمَانِهِمَا لَهُ وَجَبَتِ الْأَجْرَةُ ، فَيَكُونُ لهُمَا كَمَا^(١٢) كَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ، وَيَكُونُ الْعَامِلُ عَوْنًا لِصَاحِبِهِ فِي حِصَّتِهِ . وَلَا يَمْتَنَعُ ذَلِكَ اسْتِحْقَاقَهُ ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْصُرَ لَهُ ثَوْبًا ، فَاسْتَعَانَ الْقَصَّارَ بِإِنْسَانٍ^(١٣) : فَقَصَرَ مَعَهُ ، كَانَتِ الْأَجْرَةُ لِلْقَصَّارِ الْمُسْتَأْجِرِ . كَذَا هُنَا . وَسِوَاءِ تَرْكِ الْعَمَلِ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَإِنْ طَالَبَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ أَوْ يُقِيمَ^(١٤) مُقَامَهُ مِنْ يَعْمَلُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . فَإِنْ امْتَنَعَ ، فَلِلْآخَرِ الْفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى تَرَكَ الْعَمَلَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ ، أَنْ لَا يُشَارِكُ

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

(١٢) في ب زيادة « لو » .

(١٣) في الأصل : « إنسانا » .

(١٤) في الأصل : « يقوم » .

صاحبه في أجره ما عمله دونه ؛ لأنه إنما شاركه ليعملا جميعا ، فإذا ترك أحدهما العمل ، فما وقي بما شرط على نفسه ، فلم يستحق ما جعل له في مقابلته . وإنما احتمل ذلك فيما إذا^(٥) ترك أحدهما العمل^(١٥) لعذر ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه .

فصل : فإن اشترك رجلان ، لكل واحد منهما ذابته ، على أن يوجراهما ، فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما ، صحح . فإذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتيهما ، ثم حملاه على البهيمنين أو غيرهما ، صحح ، والأجرة بينهما على ما شرطاه ؛ لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتيهما ، ولهما أن يحملاه بأى ظهر كان ، والشركة تنعقد على الضمان ، كشركة الوجوه . وإن أجزاهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة ، لم تصح الشركة ، ولكل واحد منهما أجر ذابته ؛ لأنه لم يجب^(١٦) ضمان الحمل في ذمتهما ، وإنما استحق المكتري^(١٧) منفعة البهيمة التي استأجرها ، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة التي أكثرها ، ولأن الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتهما ، أو على عملهما . وليس هذا بواجب منهما ، فإنه لم يثبت في ذمتهما ضمان ، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الأجر في مقابلته ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال : أجره عبدك ، وتكون أجرته بيني وبينك . لم تصح . كما لو قال : بع عبدك وثمنه بيننا . لم يصح . ويحتمل أن تصح الشركة ، كما لو اشتركا / فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل^(١٨) والنقل ، كان له أجر مثله ؛ لأنها منافع وفاها بشبهة عقيد .

فصل : فإن كان لقصار أداة ، ولاخر بيت ، فاشتركا على أن يعملأ بأداة هذا في بيت هذا ، والكسب بينهما ، جاز ، والأجر^(١٩) على ما شرطاه ؛ لأن الشركة وقعت على

(١٥-١٥) في ١ ، ب : « تركه أحدهما » .

(١٦) في م : « يجد » .

(١٧) في م : « المشتري » .

(١٨) في ب : « التحمل » .

(١٩) في م : « والأجرة » .

عَمَلِهَا ، وَالْعَمَلُ يُسْتَحَقُّ بِهِ الرَّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ ، وَالآلَةُ وَالْبَيْتُ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِمَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعَمَلِ الْمُشْتَرَكِ ، فَصَارَا^(٢٠) كَالدَّابَّتَيْنِ اللَّتَيْنِ أَجْرَاهُمَا لِحَمْلِ الشَّيْءِ الَّذِي تَقْبَلًا حَمْلَهُ . وَإِنْ فَسَدَتِ الشَّرِكَةُ ، فَسِيمَ مَا حَصَلَ لَهَا عَلَى قَدْرِ أَجْرِ عَمَلِهَا وَأَجْرِ الدَّارِ وَالآلَةِ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا آلَةٌ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ شَيْءٌ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا بَيْتٌ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ شَيْءٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَعْمَلَا بِالآلَةِ أَوْ فِي الْبَيْتِ وَالْأُجْرَةُ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ رَجُلٌ دَابَّتَهُ إِلَى آخَرَ لِيَعْمَلَ عَلَيْهَا ، وَمَا يَرْزُقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ أَوْ أَثْلَانًا أَوْ كَيْفَمَا شَرَطَا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ وَمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَرْبٍ وَأَمَّادِ بْنِ سَعِيدٍ . وَيُقَالُ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا . وَكَرِهَ ذَلِكَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنَّبِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يَصِحُّ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِرَبِّ الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعِوَضُ مِنْهَا . وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنَ^(٢١) أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمُضَارَبَةُ ، وَلَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ بِالْعُرُوضِ ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِالتَّجَارَةِ فِي الْأَعْيَانِ ، وَهَذِهِ لَا يَجُوزُ تَبِعُهَا وَلَا إِخْرَاجُهَا عَنْ مِلْكِ مَالِكِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُضَارَبَةَ بِالْعُرُوضِ لَا تَصِحُّ ، فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ أَجْرُ الدَّابَّةِ بِعَيْنِهَا فَالْأَجْرُ لِمَالِكِهَا ، وَإِنْ تَقَبَّلَ حَمْلَ شَيْءٍ فَحَمْلُهُ ، أَوْ حَمَلَ عَلَيْهَا شَيْئًا مُبَاحًا فَبَاعَهُ ، فَالْأُجْرَةُ وَالثَّمَنُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ مِثْلِهَا لِمَالِكِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا فَصَحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِيَعُضِ نَمَائِهَا ، كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ ، وَكَالشَّجَرِ فِي الْمُسَاقَاةِ ، وَالْأَرْضِ فِي الْمُزَارَعَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ ، وَلَا هُوَ مُضَارَبَةٌ . قُلْنَا : نَعَمْ ، لَكِنَّهُ يُشْبِهُ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ ، فَإِنَّهُ دَفَعَ لِعَيْنِ الْمَالِ إِلَى مَنْ يَعْمَلُ عَلَيْهَا بِيَعُضِ نَمَائِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا . وَهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنْ تَحْرِيجُهَا عَلَى الْمُضَارَبَةِ بِالْعُرُوضِ فَاسِدٌ ؛ فَإِنَّ الْمُضَارَبَةَ إِذَا تَكُونُ بِالتَّجَارَةِ وَالتَّصْرِيفِ فِي رِقَبَةِ الْمَالِ / ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ؛ لِيَعْمَلَ عَلَيْهَا

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « فَصَارَ هَذَا » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ب : « فِي » .

بِنَصْفِ مَا يَرْزُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ ثُلُثِهِ ، جَازَ . وَلَا أَرَى لِهَذَا وَجْهًا ؛ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ يُشْتَرَطُ
لِصِحَّتِهَا الْعِلْمُ بِالْعَوَضِ ، وَتَقْدِيرُ الْمُدَّةِ أَوْ الْعَمَلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ غَيْرُ
مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، فَهُوَ كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ
بِالْإِجَارَةِ الْمُعَامَلَةَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ . وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى مَا يَدُلُّ عَلَى تَشْبِيهِهِ لِمِثْلِ هَذَا
بِالْمُزَارَعَةِ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ يُدْفَعُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ ؛ لِحَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
أَعْطَى خَيْبَرَ عَلَى الشُّطْرِ (٢٢) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ قَدْ صَارَ فِي هَذَا وَمِثْلِهِ إِلَى الْجَوَازِ ؛ لِشَبْهِهِ
بِالْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ ، لَا إِلَى الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا إِلَى الْإِجَارَةِ . وَتَقَلَّ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ،
فِي مَنْ يُعْطَى فَرَسَهُ عَلَى النُّصْفِ مِنَ الْعَنِيَمَةِ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ
إِبْرَاهِيمَ : قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا كَانَ عَلَى النُّصْفِ وَالرُّبْعِ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ .
وَتَقَلَّ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ دَفَعَ عَبْدَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَكْسِبَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونَ لَهُ
ثُلُثُ ذَلِكَ أَوْ رُبُعُهُ ، فَجَائِزٌ ، وَالْوَجْهُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ الدَّابَّةِ . وَإِنْ دَفَعَ ثُوبَهُ إِلَى
خِيَّاطٍ لِيَفْصَلَهُ فَمَصَانًا يَبِيعُهَا ، وَلَهُ نِصْفُ رِبْحِهَا بِحَقِّ عَمَلِهِ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ
حَرْبٍ ، وَإِنْ دَفَعَ غَزَلًا إِلَى رَجُلٍ يَنْسِجُهُ ثُوبًا يَبْلُثُ ثَمَنَهُ أَوْ رُبُعَهُ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَلَمْ
يُجْزَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ مَجْهُوْلٌ وَعَمَلٌ مَجْهُوْلٌ .
وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ جَوَازِهِ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَعَ ذَلِكَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، لَمْ يَجْزَ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ
الْجَوَازُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، وَمَا رَوَى غَيْرُ هَذَا فَعَلِيهِ
الْمُعْتَمَدُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ يُدْفَعُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ .
وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطَى الثُّوبَ بِالثُّلُثِ وَدِرْهَمٍ وَدِرْهَمَيْنِ ؟ قَالَ : أَكْرَهُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ
لَا يُعْرَفُ . وَالثُّلُثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ تَرَاهُ جَائِزًا ؛ لِحَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى

(٢٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْخَرَصِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ / ٢ / ٢٣٦ .

خَبِيرَ عَلَى الشَّطْرِ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَإِنْ كَانَ النَّسَاجُ لَا يَرْضَى حَتَّى يُزَادَ عَلَى الثُّلُثِ دِرْهَمًا ؟ قَالَ : فَلْيَجْعَلْ لَهُ ثُلُثًا وَعُشْرَى ثُلُثٍ وَنِصْفَ عَشْرٍ وَمَا أَشْبَهَهُ . وَرَوَى الْأَنْزَمِيُّ ، عَنْ ابْنِ سَبْرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَأَيُّوبَ ، وَيَعْلَى بْنَ حَكِيمٍ ^(٢٣) ، أَنَّهُمْ أَجَازُوا / ذَلِكَ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : كَرِهَ هَذَا كُلَّهُ الْحَسَنُ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : هَذَا كُلُّهُ فَاسِدٌ . وَاخْتَارَهُ ^(٢٤) ابْنُ الْمُنْذِرِ وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَقَالُوا : لَوْ دَفَعَ شَبَكَّتَهُ ^(٢٥) إِلَى الصِّيَادِ لَيَصِيدَ بِهَا السَّمَكَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ^(٢٦) ، فَالصَّيْدُ كُلُّهُ لِلصِّيَادِ ، وَلصَاحِبِ الشَّبَكَةِ أَجْرٌ مِثْلُهَا . وَقِيَاسُ مَا نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةُ الشَّرِكَةِ ، وَمَا رَزَقَ اللَّهُ ^(٢٧) بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ فِيهَا ^(٢٨) ، فَصَحَّ دَفْعُهَا بِيَعَضِ نَمَائِهَا ، كَالْأَرْضِ .

فصل : قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَفِيرِ الطَّحَانِ ^(٢٩) . وَهُوَ أَنْ يُعْطِيَ الطَّحَانَ أَقْفَرَةً مَعْلُومَةً يَطْحَنُهَا بِقَفِيرٍ دَقِيقٍ مِنْهَا . وَعِلَّةُ الْمَنْعِ أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ بَعْضَ مَعْمُولِهِ أَجْرًا لِعَمَلِهِ ، فَيَصِيرُ الطَّحْنُ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ . وَهَذَا الْحَدِيثُ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا صِحَّتُهُ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا عَنْهُ مِنَ الْمَسَائِلِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ دَابَّةٌ ، وَلَاخَرَ إِكَافٌ وَجُوالِقَاتٌ ، فَاشْتَرَا عَلَى أَنْ يُوجِرَهُمَا وَالْأَجْرَةَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ أَعْيَانٌ لَا يَصِحُّ الْإِشْتِرَاكُ فِيهَا ، فَكَذَلِكَ ^(٣٠) فِي مَنَافِعِهَا ، إِذْ تَقْدِيرُهُ : آجِرُ دَابَّتِكَ لِتَكُونَ أَجْرُتُهَا بَيْنَنَا ، وَأُوجِرُ جُوالِقَاتِي

(٢٣) يعلى بن حكيم الثقفي مولاهم ، المكي ، سكن البصرة ، وروى عن سعيد بن جبير وغيره ، وكان ثقة صدوقا .
تهذيب التهذيب ١١ / ٤٠١ .
(٢٤) في ١ ، ب : « وأجازه » .
(٢٥) في الأصل ، م : « شبكة » .
(٢٦) في الأصل ، ا ، م : « نصفان » .
(٢٧) لم ترد في : ا ، ب ، م .
(٢٨) في ١ : « عليها » .
(٢٩) تقدم تخريجه في ٦ : ١٧٠ .
(٣٠) في الأصل ، ا ، م : « كذلك » .

تكون أُجْرُهَا بَيْنَا . وتكون الأجرَةُ كلها لصاحبِ البهيمة ؛ لأنه مالكُ الأصل ، وللآخر أجرٌ مثله على صاحبِ البهيمة ؛ لأنه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد^(٣١) ، هذا إذا أجز الدابة^(٣٢) بما عليها من الإكاف والجوارقات في عقد واحد . فأما لو أجز كل واحد منهما^(٣٣) ملكه منفرداً ، فلكل واحدٍ منهما أجرٌ ملكه . وهكذا لو قال رجلٌ لصاحبه : أجز عبيدي ، والأجر بيننا . كان الأجر لصاحبه ، وللآخر أجرٌ مثله . وكذلك في جميع الأعيان .

فصل : فإن اشترك ثلاثة ؛ من أحدهم دابة ، ومن آخر راوية ، ومن آخر^(٣٤) العمل ، على أن مازق الله تعالى فهو بينهم ، صحح ، في قياس قول أحمد ؛ فإنه^(٣٥) نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها ، على أن لهما الأجر على الصحة . وهذا مثله ؛ لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها ، والراوية عين تسمى بالعمل عليها ، فهي كالبهيمة ، فعلى هذا يكون مازق الله بينهم على ما اتفقوا عليه . وهذا قول الشافعي ؛ لأنهما/ وكلا^(٣٦) العامل في كسب مباح بالة دفعاها إليه ، فأشبهه مالو دفع إليه أرضه ليزرعها . وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحي ، ومن آخر بعل ، ومن آخر العمل ، على أن يطحنوا بذلك ، فما رزق^(٣٧) الله تعالى فهو بينهم ، صحح ، وكان بينهم على ما شرطوه . وقال القاضي : العقد فاسد في المنسالتين جميعاً . وهو ظاهر قول الشافعي ؛ لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة ، لكونه^(٣٨) لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ، ولأن من شرطهما^(٣٩) عود رأس المال سليماً ، بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى

١٣٦/٤ ط

(٣١) سقط من : الأصل ، م .

(٣٢) في الأصل : « دابته » .

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) في ب ، م : « الآخر » .

(٣٥) في م زيادة : « قد » .

(٣٦) في ب ، م : « وكلاء » .

(٣٧) في ا : « رزقهم » .

(٣٨) في ا ، ب ، م : « لكونهما » .

(٣٩) في الأصل : « شرطهما » .

يُسْتَوْفَى رَأْسُ الْمَالِ بِكَمَالِهِ . وَالرَّأْوِيَةُ هُنَا تَخْلُقُ^(٤٠) وَتُنْقِصُ ، وَلَا إِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهَا تَفْتَقِرُ إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ وَأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَتَكُونُ فَاسِدَةً ، فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ الْأَجْرُ كُلَّهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِلسَّقَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَرَفَ الْمَاءَ فِي الْإِنَاءِ مَلَكَهُ ، فَإِذَا بَاعَهُ فَتَمَنَّهُ لَهُ ، لِأَنَّهُ عِوَضُ مِلْكِهِ ، وَعَلَيْهِ لِصَاحِبِيهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَ مِلْكَهُمَا بِعِوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لهما ، فَكَانَ لهما أَجْرُ الْمِثْلِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَأَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، فَإِنَّهُمْ إِذَا طَحَنُوا لِرَجُلٍ طَعَامًا بِأَجْرَةٍ ، نَظَرْتَ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُم ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابَهُ ، وَلَا نَوَاهُمْ ، فَلِأَجْرٍ كُلِّهِ ، وَعَلَيْهِ لِأَصْحَابِهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ، وَإِنْ نَوَى أَصْحَابَهُ ، أَوْ ذَكَرَهُمْ^(٤١) ، كَانَ كَالوَ عَقَدَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُنْفَرِدًا ، أَوْ اسْتَأْجَرَ مِنْ جَمِيعِهِمْ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكُمْ لِطَحْنِنَا إِلَى هَذَا الطَّعَامِ بِكَذَا . فَلِأَجْرٍ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَد لَزِمَهُ طَحْنُ رُبْعِهِ بِرُبْعِ الْأَجْرِ ، وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى أَصْحَابِهِ بِرُبْعِ أَجْرِ مِثْلِهِ . وَإِنْ كَانَ^(٤٢) قَالَ : اسْتَأْجَرْتُ هَذَا الدَّكَانَ وَالْبِغْلَ وَالرَّحَى ، وَهَذَا الرَّجُلَ بِكَذَا وَكَذَا ،^(٤٣) لَطَحْنِ كَذَا وَكَذَا^(٤٣) مِنَ الطَّعَامِ . صَحَّ ، وَالْأَجْرُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِمْ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسَمَّى بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا تَزَوَّجَ أَرْبَعًا بِمَهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ كَاتَبَ أَرْبَعَةَ أَعْيُدٍ بِعِوَضٍ وَاحِدٍ . وَهَلِ^(٤٤) يَكُونُ الْعِوَضُ أَرْبَاعًا ، أَوْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٨٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنَانِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ، أَوْ بَدَنٌ وَمَالٌ ، أَوْ مَالَانِ وَبَدَنٌ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنَانِ بِمَالِيهِمَا ، نَسَاوَى الْمَالُ أَوْ اِخْتَلَفَ ، فَكُلُّ ذَلِكَ / جَائِزٌ)

ذَكَرَ أَصْحَابُنَا الشَّرِكَةَ^(١) الْجَائِزَةَ أَرْبَعًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا نَوْعًا مِنْهَا ، وَهُوَ شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ ،

(٤٠) تخلق : تبلي .

(٤١) في الأصل : « وذكروهم » .

(٤٢) سقط من : الأصل ، م .

(٤٣-٤٣) سقط من : ب .

(٤٤) في ١ ، ب ، م : « هل » .

(١) في ب ، م : « للشركة » .

وَبَقِيَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ، ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ ، ثَلَاثَةٌ مِنْهَا الْمُضَارَبَةُ ، وَهِيَ ^(٢) إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنٌ وَمَالٌ ، أَوْ مَالَانِ وَبَدَنٌ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا . وَقَسَمَتْ مِنْهَا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، وَهِيَ إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : مَعْنَى هَذَا الْقِسْمِ ، أَنْ يَدْفَعَ وَاحِدٌ مَالَهُ إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً ، فَيَكُونُ الْمُضَارِبَانِ شَرِيكَيْنِ فِي الرَّبْحِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا اخْتَدَا الْمَالَ بِجَاهِهِمَا فَلَا يَكُونَانِ مُشْتَرِكَيْنِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ، وَهَذَا مُحْتَمَلٌ . وَالَّذِي قُلْنَا لَهُ وَجْهٌ ؛ لَكُنْزُهُمَا اشْتَرَكَأ فِيمَا يَأْخُذَانِ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِمَا ، وَاخْتَرْنَا هَذَا التَّفْسِيرَ ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ بِهَذَا التَّقْدِيرِ يَكُونُ جَامِعًا لِأَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَعَلَى تَفْسِيرِ الْقَاضِي يَكُونُ مُخْتَلًا بِنَوْعٍ مِنْهَا ، وَهِيَ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، وَيَكُونُ هَذَا الْمَذْكُورُ نَوْعًا مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَلِأَنَّ الْخِرَقِيَّ ذَكَرَ الشَّرِكَةَ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وَهِيَ صَحِيحٌ عَلَى تَفْسِيرِنَا ، وَعَلَى تَفْسِيرِ الْقَاضِي تَكُونُ الشَّرِكَةُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، وَهِيَ خِلَافٌ ظَاهِرٌ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَالْقِسْمُ الْخَامِسُ إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالِيهِمَا ، وَهَذِهِ شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وَهِيَ شَرِكَةٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا . فَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، فَهِيَ أَنْ يَشْتَرَكَ اثْنَانِ فِيمَا يَشْتَرِيَانِ بِجَاهِهِمَا ، وَثِقَةُ التُّجَّارِ بِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لِهَذَا رَأْسُ مَالٍ ، عَلَى أَنْ مَا اشْتَرِيَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ أَوْ أَثْلَاثًا أَوْ أَرْبَاعًا أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، وَيَبِيعَانِ ذَلِكَ ، فَمَا قَسَمَ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، سِوَاءَ عَيْنٍ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ مَا يَشْتَرِيهِ ، أَوْ قَدْرَهُ ، أَوْ وَقْتَهُ ، أَوْ ذَكَرَ ^(٣) صِنْفَ الْمَالِ ، أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، بَلْ قَالَ : مَا اشْتَرَيْتُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا بِغَيْرِ رُغُوسٍ أَمْوَالَهُمَا ، عَلَى أَنْ مَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَابْنُ الْمُنْدِرِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكَرَ الْوَقْتُ أَوْ الْمَالُ ، أَوْ صِنْفًا مِنَ الثِّيَابِ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شَرَايِطِ الْوَكَالَةِ ؛ ^(٤) لِأَنَّ شَرَايِطَ الْوَكَالَةِ مُعْتَبَرَةٌ فِي ذَلِكَ ، مِنْ تَعْيِينِ الْجِنْسِ وَغَيْرِهِ مِنْ شَرَايِطِ الْوَكَالَةِ ^(٥) . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اشْتَرَكَأ فِي الْاِئْتِيَاعِ ، وَأَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلآخَرِ فِيهِ ،

(٢) فِي الزِّيَادَةِ : وَمَا ه .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٤-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فَصَحَّ ، وكان ما يَتَّبَعَانِهِ بَيْنَهُمَا ، كما لو ذَكَرَ شَرَايِطَ الْوَكَالَةِ . وقولهم : إِنَّ الْوَكَالََةَ لَا تَصِحُّ حَتَّى يَذْكَرَ قَدْرَ الثَّمَنِ وَالتَّنَوُّعِ . مَمْنُوعٌ عَلَى رِوَايَةِ لَنَا ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْوَكَالَةِ / الْمُفْرَدَةِ ، أَمَا الْوَكَالََةُ الدَّاحِلَةُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهَا ذَلِكَ ، بِدَلِيلِ الْمُضَارَبَةِ وَشَرِكَةِ الْعِنَانِ ، فَإِنَّ فِي ضِمْنِهِمَا^(٥) تَوْكِيلًا ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ هَذَا ، كَذَا هُنَا . فعلى هذا إذا قال لِرَجُلٍ : مَا اشْتَرَيْتَ الْيَوْمَ مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ . أَوْ أَطْلَقَ الْوَقْتَ ، فَقَالَ : نَعَمْ . أَوْ قَالَ : مَا اشْتَرَيْتُ أَنَا مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ . جَازَ ، وَكَانَتْ شَرِكَةُ صَحِيحَةً ؛ لِأَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُمَا ، وَهَذَا مَعْنَى الشَّرِكَةِ ، وَيَكُونُ تَوْكِيلًا لَهُ^(٦) فِي شِرَاءِ نِصْفِ الْمَتَاعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ فِي مُقَابَلَةِ مِلْكِهِ الْحَاصِلِ فِي الْمَبِيعِ ، سِوَاءَ تَخَصُّصِ ذَلِكَ بِنَوْعٍ مِنَ الْمَتَاعِ أَوْ أَطْلَقَ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ^(٧) : مَا اشْتَرَيْتَاهُ أَوْ مَا اشْتَرَاهُ أَحَدُنَا مِنْ تِجَارَةٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . فَهُوَ شَرِكَةُ صَحِيحَةً ، وَهِيَ فِي تَصَرُّفَاتِهِمَا ، وَمَا يَجِبُ لَهَا وَعَلَيْهَا ، وَفِي إِقْرَارِهِمَا ، وَخُصُومَتَيْهِمَا ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، بِمَنْزِلَةِ شَرِيكِي الْعِنَانِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِيَّاهُمَا عَزَلَ صَاحِبُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ ، انْعَزَلَ ؛ لِأَنَّهُ وَكَيْلُهُ . وَسُمِّيَتْ هَذِهِ شَرِكَةَ الْوُجُوهِ ، لِأَنَّهَا يَشْتَرِكَانِ فِيمَا يَشْتَرِيَانِ بِجَاهِهِمَا ، وَالْجَاهُ وَالْوَجْهُ وَاحِدٌ ، يُقَالُ : فَلَانٌ وَجِيهٌ . إِذَا كَانَ ذَا جَاهٍ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا ﴾^(٨) . وَفِي بَعْضِ الْآثَارِ ، أَنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، قَالَ : يَا رَبِّ ، إِنْ كَانَ قَدْ خَلَقَ^(٩) جَاهِي عِنْدَكَ ، فَأَسْأَلُكَ بِحَقِّ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي تَبِعْتَهُ فِي آخِرِ الزَّمَانِ . فَأَوْحَى اللَّهُ تَعَالَى إِلَيْهِ : مَا خَلَقَ جَاهَكَ عِنْدِي ، وَإِنَّكَ عِنْدِي لَوْجِيهٌ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بِمَالِيَهُمَا . وَهَذَا النَّوعُ الثَّلَاثُ مِنْ أَنْوَاعِ

(٥) فِي م : « ضَمْنَهَا » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) فِي أ ، ب : « قَالَ » .

(٨) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٦٩ .

(٩) خَلَقَ : بَلَى .

الشَّرِكَةُ ، وهى شَرِكَةُ العِنَانِ . وَمَعْنَاهَا : أن يَشْتَرِكَ رَجُلَانِ بِمَالَيْهِمَا على أن يَعْمَلَا فِيهِمَا^(١٠) ، بِأَبْدَانِهِمَا ، والرَّبْحُ بينهما . وهى جَائِزَةٌ بالإجماع . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ . وَإِنَّمَا اِخْتَلَفَ فى بَعْضِ شُرُوطِهَا ، واِخْتَلَفَ فى عِلَّةِ تَسْمِيَتِهَا شَرِكَةَ العِنَانِ ، فِقِيلٌ : سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا يَتَسَاوَيَانِ فى المَالِ والتَّصَرُّفِ ، كَالفَارِسَيْنِ إِذَا سَوَّيَا بَيْنَ فَرَسَيْهِمَا ، وَتَسَاوَيَا فى السَّيْرِ ، فَإِنَّ عِنَانَيْهِمَا يَكُونَانِ سَوَاءً . وَقَالَ الفَرَّاءُ : هى مُشْتَقَّةٌ مِنْ عَنَ الشَّيْءِ إِذَا عَرَضَ ، يُقَالُ : عَنَّتْ لى حَاجَةً . إِذَا عَرَضَتْ ، فَسُمِّيَتْ الشَّرِكَةُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنَ لَهُ أن يُشَارِكَ صَاحِبَهُ . وَقِيلَ : هى مُشْتَقَّةٌ مِنَ المُعَانَةِ^(١١) ، وهى المُعَارَضَةُ ، يُقَالُ : عَانَتْ^(١٢) فُلَانًا . إِذَا عَارَضْتَهُ بِمِثْلِ مَالِهِ وَأَفْعَالِهِ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ مُعَارِضٌ لِصَاحِبِهِ بِمَالِهِ وَأَفْعَالِهِ . وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ الفَرَّاءِ .

و ١٣٨/٤

فصل : / ولا خِلاَفَ فى أَنَّهُ يَجُوزُ جَعْلُ رَأْسِ المَالِ الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ ، فَإِنَّهُمَا^(١٣) قِيمٌ الأَمْوَالِ وَأَثْمَانُ البِيعَاتِ ، والنَّاسُ يَشْتَرِكُونَ بِهَا مِنْ لَدُنِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى زَمَانِنَا مِنْ غَيْرِ تَكْبِيرٍ . فَأَمَّا العُرُوضُ ، فَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِيهَا ، فى ظَاهِرِ المَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فى رِوَايَةِ أبى طَالِبٍ وَحَرْبٍ . وَحَكَاهُ عَنْهُ ابنُ المُنْذِرِ . وَكَرِهَ ذَلِكَ ابنُ سِيرِينَ ، وَيَحْيَى بنُ أبى كَثِيرٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنَّمَا أن تَقَعَ عَلَى أَعْيَانِ العُرُوضِ أَوْ قِيمَتِهَا أَوْ أَثْمَانِهَا ، لَا يَجُوزُ وَقُوعُهَا عَلَى أَعْيَانِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي الرُّجُوعَ عِنْدَ المُفَاصَلَةِ بِرَأْسِ المَالِ أَوْ بِمِثْلِهِ ، وَهَذَا لَا مِثْلَ لَهَا ، فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ ، وَقَدْ تَزِيدُ قِيمَةً جِنْسٍ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرَ ، فَيَسْتَوْعِبُ بِذَلِكَ جَمِيعَ الرَّبْحِ أَوْ جَمِيعَ المَالِ ، وَقَدْ تَنْقُصُ قِيمَتَهُ ، فَيُودَى إِلَى أن يُشَارَكَهَ الآخَرُ فى ثَمَنِ مَلِكِهِ الَّذى لَيْسَ بِرَبْحٍ ، وَلَا عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ غَيْرُ مُتَحَقِّقَةِ القَدْرِ ، فَيُفْضَى إِلَى التَّنَازُعِ ، وَقَدْ يُقَوِّمُ الشَّيْءُ بِأَكْثَرِ مِنْ

(١٠) فى ب : « فيها » .

(١١) فى النسخ : « المعانعة » .

(١٢) فى النسخ : « عانت » .

(١٣) فى ١ ، م : « فإنها » .

قِيمَتِهِ ، وَلَأنَّ الْقِيَمَةَ قَدْ تَزِيدُ فِي أَحَدِهِمَا قَبْلَ تَبِعِهِ ، فَيُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِي الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ ،
 وَلَا يَجُوزُ وَقُوعُهَا عَلَى أُنْمَانِهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ حَالَ الْعَقْدِ وَلَا يَمْلِكُهَا ، وَلَأنَّهُ (١٤) إِنْ أَرَادَ
 ثَمَنَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا بِهِ ، فَقَدْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ (١٥) وَصَارَ لِلْبَائِعِ ، وَإِنْ أَرَادَ ثَمَنَهَا الَّذِي
 يَبِيعُهَا بِهِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ شَرِكَةً مُعَلَّقَةً عَلَى شَرْطٍ ، وَهُوَ بَيْعُ الْأَعْيَانِ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ . وَعَنْ
 أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشَّرِكَةَ وَالْمُضَارَبَةَ تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ ، وَتُجْعَلُ قِيمَتُهَا وَقْتُ الْعَقْدِ
 رَأْسَ الْمَالِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْعُرُوضِ ، يُقَسَّمُ الرَّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَطَا . وَقَالَ
 الْأَثَرِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الْمُضَارَبَةِ بِالْمَتَاعِ ؟ فَقَالَ : جَائِزٌ . فَظَاهِرُ هَذَا
 صِحَّةُ الشَّرِكَةِ بِهَا . اخْتَارَ هَذَا أَبُو بَكْرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي
 لَيْلَى . وَبِهِ قَالَ فِي الْمُضَارَبَةِ طَاوُسٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ
 الشَّرِكَةِ جَوَازُ تَصَرُّفِهَا فِي الْمَالَيْنِ جَمِيعًا ، وَكَوْنُ رِبْحِ الْمَالَيْنِ (١٦) بَيْنَهُمَا ، وَهَذَا يَحْصُلُ فِي
 الْعُرُوضِ كَحُصُولِهِ فِي الْأُنْمَانِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا ، كَالْأُنْمَانِ .
 وَيُرْجَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الْمَفَاصِلَةِ بِقِيَمَةِ مَالِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ ، كَمَا أَنَّنَا جَعَلْنَا نَصَابَ
 زَكَاتِهَا قِيمَتَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَتِ الْعُرُوضُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ؛ كَالْحُبُوبِ
 وَالْأَدْهَانِ ، جَازَتْ الشَّرِكَةُ بِهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَشْبَهَتْ
 النُّقُودَ ، وَيُرْجَعُ / عِنْدَ الْمَفَاصِلَةِ بِمِثْلِهَا . وَإِنْ لَمْ تُكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، لَمْ يَجُزْ ،
 وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ بِمِثْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ ، فَاسْتَوَى فِيهَا مَالُهُ
 مِثْلُ مِنَ الْعُرُوضِ وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ سَلَّمَ أَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَا تَجُوزُ بِشَيْءٍ مِنْ
 الْعُرُوضِ ، وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَقْدٍ ، فَلَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ بِهَا ، كَالَّذِي لَا مِثْلَ لَهُ .

ظ ١٣٨/٤

(١٤) فِي ١ : « وَلِأَنَّهَا » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « مَكَانَهُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « الْمَالِ » .

فصل : والحكم في النقرة^(١٧) كالحكم في العرض ؛ لأن قيمتها تزيد وتقص ،
 فهي كالعروض . وكذلك الحكم في المعشوش من الأثمان ، قل الغش أو كثر . وبهذا
 قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الغش أقل من النصف ، جاز ، وإن كثر ، لم
 يجز ؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول . ولنا ، أنها معشوشة ، فأشبهه مالو
 كان الغش أكثر ، ولأن قيمتها تزيد وتقص ، أشبهت العروض . وقولهم : الاعتبار
 بالغالب . ليس بصحيح ؛ فإن الفضة إذا كانت أقل ، لم يسقط حكمها في الزكاة ،
 وكذلك الذهب ، اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً المصلحة النقد ، كيسير الفضة في
 الدينار ، مثل الحبة ونحوها ، فلا اعتبار به ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ولا يؤثر في
 الربا ، ولا في غيره .

فصل : ولا تصح الشركة بالفلوس . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن القاسم
 صاحب مالك . ويتحرج الجواز إذا كانت نافية ؛ فإن أحمد قال : لا أرى السلم في
 الفلوس ؛ لأنه يشبه الصرف . وهذا قول محمد بن الحسن ، وأبي ثور ؛ لأنها تمن ،
 فجازت الشركة بها ، كالدرهم والدنانير . ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال ، نافية
 كانت أو غير نافية ، بناء على جواز الشركة بالعروض . ووجه الأول ، أنها تنفق مرة
 وتكسب أخرى ، فأشبهت العروض ، فإذا قلنا بصحة الشركة بها^(١٨) ، فإنها إن كانت
 نافية كان رأس المال مثلها ، وإن كانت كاسدة ، كانت قيمتها كالعروض .

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

فصل : ولا يشترط لصحتها اتفاق المائنين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما

(١٧) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(١٨) في ب ، م ، هـ فيها .

دَرَاهِمَ وَالْآخَرَ / دَنَانِيرَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سَيْرِينَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ إِلَّا أَنْ يَتَّفَقَا فِي مَالٍ وَاحِدٍ ، بِنَاءً عَلَى أَنْ خَلَطَ الْمَالَيْنِ شَرْطٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِلَّا فِي الْمَالِ الْوَاحِدِ . وَنَحْنُ لَا نَشْتَرِطُ ذَلِكَ ، وَلَأَنَّهُمَا مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ فِيهِمَا ، كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ ، وَمَتَى تَفَاصَلَا ، رَجِعَ ^(١٩) هَذَا بِدَنَانِيرِهِ ، وَهَذَا بِدَرَاهِمِهِ ، ثُمَّ اقْتَسَمَا الْفَضْلَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : يَرْجِعُ هَذَا بِدَنَانِيرِهِ ، وَهَذَا بِدَرَاهِمِهِ . وَقَالَ : كَذَا يَقُولُ ^(٢٠) مُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ ، وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا أَرَادَا الْمُفَاصَلَةَ ، قَوْمًا مَتَاعَ بِنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَقَوْمًا مَالِ الْآخَرِ بِهِ ، وَيَكُونُ التَّقْوِيمُ حِينَ صَرَفَا الثَّمَنَ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ صَحِيحَةٌ ، رَأْسُ الْمَالِ فِيهَا الْأَثْمَانُ ، فَيَكُونُ الرَّجُوعُ بِجِنْسِ رَأْسِ ^(٢١) الْمَالِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْجِنْسُ ^(٢٢) وَاحِدًا .

فصل : وَلَا يُشْتَرِطُ تَسَاوِي الْمَالَيْنِ فِي الْقَدْرِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يُشْتَرِطُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَالَانِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، فَجَازَ عَقْدُ الشَّرِكَةِ عَلَيْهِمَا ، كَمَا لَوْ تَسَاوَيَا .

فصل : وَلَا يُشْتَرِطُ اخْتِلَاطُ الْمَالَيْنِ ، إِذَا عَيَّنَاهُمَا وَأَحْضَرَاهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ ، إِلَّا أَنَّ مَالَكًا شَرَطَ أَنْ تَكُونَ أَيْدِيهِمَا عَلَيْهِ ، بَأَنْ يَجْعَلَاهُ فِي حَائِثٍ لِهَٰمَا ، أَوْ فِي يَدٍ وَكَيْلِهِمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَخْلُطَا ^(٢٣) الْمَالَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا لَمْ يَخْلُطَا هُمَا فَمَالٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَلَفُ مِنْهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، أَوْ يَزِيدُ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَلَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مِنَ الْمَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ الرِّبْحُ ، فَلَمْ يُشْتَرِطْ فِيهِ

(١٩) فِي ب ، م : « يَرْجِعُ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « يَقُولُهُ » .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « يَخْلُطُ » .

خَلَطُ الْمَالِ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَلأنَّهُ عَقَدَ عَلَى التَّصَرُّفِ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ شَرْطِهِ الْخَلَطُ كَالْوَكَاةِ . وَعَلَى مَالِكٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ^(٢٤) شَرْطِهِ أَنْ تَكُونَ أُيْدِيهِمَا عَلَيْهِ ، كَالْوَكَاةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَتَلَفُ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ ، أَوْ يَزِيدُ عَلَى مَلِكِ صَاحِبِهِ . مَمْنُوعٌ ، بَلْ مَا^(٢٥) يَتَلَفُ مِنْ مَالِهِمَا وَزِيَادَتُهُ لِهَما ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ اقْتَضَتْ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِ مَالِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَلَفُهُ مِنْهُمَا ، وَزِيَادَتُهُ لِهَما^(٢٦) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : مَتَى تَلَفَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ صَاحِبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَضِيعَةَ وَالضَّمَانَ أَحَدُ مُوجِبِي الشَّرِكَةِ ، فَتَعَلَّقَ بِالشَّرِيكَيْنِ ، كَالرَّبْحِ ، وَكَمَا لَوْ اخْتَلَطَا .

ظ ١٣٩/٤

فصل : وَمَتَى وَقَعَتِ الشَّرِكَةُ فَاسِدَةً ، فَإِنَّهُمَا / يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ عَلَى قَدْرِ رُغُوسِ^(٢٧) أَمْوَالِهِمَا ، وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِأَجْرِ عَمَلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُضَارَبَةِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى يَسْقُطُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَمَيِّزًا^(٢٨) وَرَبْحُهُ مَعْلُومًا ، فَيَكُونُ لَهُ رِبْحٌ مَالِهِ . وَلَوْ رِبْحٌ فِي جُزْءٍ مِنْهُ رِبْحًا مُتَمَيِّزًا وَبَاقِيَهُ مُخْتَلِطٌ ، كَانَ لَهُ مَا تَمَيَّزَ مِنْ رِبْحِ مَالِهِ ، وَلَهُ بِحِصَّتِهِ بَاقِي مَالِهِ مِنَ الرَّبْحِ . وَاخْتَارَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ عَلَى مَا اشْتَرَطَاهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ أَجْرَ عَمَلِهِ . وَأَجْرَاهَا مَجْرَى الصَّحِيحَةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا . قَالَ : لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا اشْتَرَكَا فِي الْعُرُوضِ ، فَسَمَّ الرَّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَطَاهُ . وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ عَقْدٌ يَصِحُّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، فَيُثْبِتُ الْمُسَمَّى فِي فَاسِدِهِ ، كَالنِّكَاحِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . قَالَهُ الْقَاضِي . وَكَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى الرُّوَايَةِ الْآخَرَى فِي تَصْحِيحِ الْمُضَارَبَةِ بِالْعُرُوضِ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ رِبْحِ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ لِمَالِكِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاؤُهُ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَقْدُ صَحِيحًا ، بَقِيَ الْحُكْمُ عَلَى مُقْتَضَى الْأَصْلِ ، كَمَا أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ فَاسِدًا لَمْ

(٢٤) فِي ب ، م : « لِمَنْ » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، أ .

(٢٦) فِي أ ، ب ، م : « هَا » .

(٢٧) فِي ب ، م : « رَأْسٌ » .

(٢٨) فِي ب ، م : « مَيِّزًا » .

يُنْقَلُ مِلْكُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَاعِيَيْنِ عَنْ مَالِهِ .

فصل : وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة ؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله . ومن شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف ، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات ، تصرف فيها ، وإن عين له جنساً أو نوعاً أو بلداً ، تصرف فيه دون غيره ؛ لأنه متصرف بالإذن ، فوقف عليه ، كالوكيل . ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى مساومة ومراوحة وتولية ومواضعة ، وكيف رأى المصلحة ؛ لأن هذا عادة التجار . وله أن يقبض المبيع والتمن ، ويقبضهما ، ويخاصم^(٢٩) في الدين ، ويطالب به ، ويحيل ، ويحتال ، ويرد بالعيب فيما وليه هو ، وفيما ولي صاحبه . وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر ؛ لأن المنافع أجزيت مجرى الأعيان ، فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما وعليهما ؛ لأن حقوق العقد لا تختص بالعقد .

فصل : وليس له أن يكاتب الرقيق ، ولا يعتق على مال ولا غيره ، ولا يزوج الرقيق ؛ لأن الشركة تنعقد على التجارة ، وليست هذه الأنواع تجارة ، سيما تزويج العبد ، فإنه محض ضرر . وليس له أن يفرض ولا يحابي ؛ لأنه تبرع . وليس له التبرع . وليس له أن يشارك بمال الشركة ، ولا يدفعه مضاربة ؛ لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، وليس ذلك له . وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ، ولا مال غيره ؛ لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . ولا يأخذ بالمال سفتجة^(٣٠) ، ولا يعطى به سفتجة^(٣١) ؛ لأن في ذلك خطراً لم يؤذن فيه . وليس له أن يستدين على مال الشركة ، فإن فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته . قال أحمد ، في رواية صالح ، في من استدان في المال بوجه ألفاً ، فهو له ، وربحه له والرضيعة عليه . وقال القاضي : إذا استقرض شيئاً ، لزمهما ، وربحه لهما ؛ لأنه تمليك مال بمال ، فهو

(٢٩) في ب زيادة : « به » .

(٣٠) السفتجة : أن يعطى مالا لآخر وللآخر مال في بلد المعطى ، فيوفيه إياه ثم ، فيستفيد أمن الطريق .

(٣١-٣٠) سقط من : الأصل ، ١ .

كالصرف^(٣٢) . ونصُّ أحمدَ يُخَالِفُ هذا . ولأنَّه أَدْخَلَ فِي الشَّرِكَةِ أَكْثَرَ مِمَّا رَضِيَ الشَّرِيكَ بِالمُشَارَكَةِ فِيهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ ضَمَّ إِلَيْهَا أَلْفًا مِنْ مَالِهِ . وَيُفَارِقُ الصَّرْفَ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ وَابْتِدَاءً عَيْنِ بَعِينٍ ، فَهُوَ كَبَيْعِ الثِّيَابِ بِالذَّرَاهِمِ . وَليْسَ لَهُ أَنْ يُقَرَّرَ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ دُونَ صَاحِبِهِ ، سِوَاءَ أَقَرَّ بَعِينٍ أَوْ دَيْنٍ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَه إِذَا أُذِنَ لَهُ^(٣٣) فِي التَّجَارَةِ ، وَليْسَ الإِقْرَارُ دَاخِلًا فِيهَا . وَإِنْ أَقَرَّ بَعِيْبٍ فِي عَيْنِ بَاعِهَا ، قُبِلَ إِقْرَارُهُ ، وَكَذَلِكَ يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيْلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِالْعَيْبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ بِبَيْعَةِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ^(٣٤) ، أَوْ بِجَمِيعِهِ ، أَوْ بِأَجْرِ الْمُنَادِي^(٣٥) أَوْ الْحَمَالِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا ، يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَأَدَاءِ ثَمَنِهِ . وَإِنْ رُدَّتِ السَّلْعَةُ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ ، فَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهَا . وَلَهُ أَنْ يُعْطَى أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ يَحْطَ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ يُؤَخَّرَ ثَمَنُهُ لِأَجْلِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ أَحْظَ مِنَ الرَّدِّ ، وَإِنْ حَظَّ مِنَ الثَّمَنِ ابْتِدَاءً ، أَوْ أَسْقَطَ دَيْنًا لهُمَا عَنْ غَرِيْمِهِمَا ، لَزِمَ فِي حَقِّهِ ، وَيَطَّلَ فِي حَقِّ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، وَالتَّبَرُّعُ يَجُوزُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ دُونَ شَرِيكِهِ . وَإِنْ كَانَ لهُمَا دَيْنٌ حَالٌّ ، فَأَخَّرَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، جَازَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ ، فَصَحَّ أَنْ يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا بِهِ ، كَالْإِبْرَاءِ .

فصل : وهل لأحدهما أن يبيع نساءً ؟ يُحَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَكِيْلِ وَالْمُضَارِبِ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَى / نِسَاءً بِنَقْدٍ عِنْدَهُ مِثْلَهُ ، أَوْ نَقْدٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، أَوْ اشْتَرَى بِشَيْءٍ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَعِنْدَهُ مِثْلُهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى بِجِنْسٍ مَا عِنْدَهُ ، فَهُوَ يُؤَدِّي مِمَّا فِي يَدَيْهِ ، فَلَا يُفْضِي إِلَى الزِّيَادَةِ فِي الشَّرِكَةِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ

(٣٢) في م : « كالصرف » .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب ، م ، .

(٣٤) في ب ، م : « البيع » .

(٣٥) في ا ، ب ، م : « للمنادي » .

تَقْدٌ وَلَا مِثْلِيٍّ مِنْ جِنْسٍ مَا اشْتَرَى بِهِ ، أَوْ كَانَ عِنْدَهُ عَرْضٌ فَاسْتَدَانَ عَرْضًا ، فَالشَّرَاءُ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَرِنْحُهُ لَهُ ، وَضَمَانُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدَانَهُ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا . وَالْأَوْلَى أَنَّهُ مَتَى كَانَ عِنْدَهُ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ مَا يُمْكِنُهُ مِنْ (٣٦) أَذَاءِ الثَّمَنِ مِنْهُ بِيَعِهِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْكِنُهُ أَذَاءَ الثَّمَنِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ ، فَأَشْبَهَ مَالَهُ كَانَ عِنْدَهُ تَقْدٌ ، وَلَئِنْ هَذَا عَادَةُ التُّجَّارِ وَلَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يُبْضِعَ أَوْ يُودِعَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَادَةُ التُّجَّارِ ، وَقَدْ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى الْإِيدَاعِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الشَّرِكَةِ ، وَفِيهِ غَرَرٌ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْإِيدَاعَ يَجُوزُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَةِ الشَّرِكَةِ ، أَشْبَهَ دَفْعَ الْمَتَاعِ إِلَى الْحَمَالِ . وَفِي التَّوَكِيلِ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَكِيلِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ لِلشَّرِيكَ التَّوَكِيلَ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لِلْوَكِيلِ التَّوَكِيلَ ، لَاسْتَفَادَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ مِثْلَ الْعَقْدِ ، وَالشَّرِيكَ يَسْتَفِيدُ بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ مَا هُوَ أَحْصَى مِنْهُ وَذَوْنَهُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ أَحْصَى مِنْ عَقْدِ الشَّرِكَةِ . فَإِنْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا ، مَلَكَ الْآخَرَ عَزْلَهُ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ بِالتَّوَكِيلِ ، فَكَذَلِكَ بِالْعَزْلِ . وَهَلْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْهَنَ بِالذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِمَا ، أَوْ يَرْتَهِنَ (٣٧) بِالذَّيْنِ الَّذِي لهما ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا ، أَنَّ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاجَةِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يُرَادُ لِلْإِيْفَاءِ ، وَالْإِيْفَاءُ يُرَادُ لِلْإِسْتِيْفَاءِ ، وَهُوَ يَمْلِكُ الْإِيْفَاءَ وَالْإِسْتِيْفَاءَ ، فَمَلَكَ مَا يُرَادُ لهما . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَظْرًا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ وَلِيَ الْعَقْدَ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، لِكَوْنِ الْقَبْضِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ ، وَحُقُوقِ الْعَقْدِ لَا تَحْتَصُّ الْعَاقِدَ ، فَكَذَلِكَ مَا يُرَادُ لَهُ . وَهَلْ لَهُ السَّفَرُ بِالْمَالِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، نَذْبُهُمَا فِي الْمُضَارَبَةِ . فَأَمَّا الْإِقَالَةُ ، فَالْأَوْلَى أَنَّهُ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ يَبِيعًا فَهِيَ يَمْلِكُ الْبَيْعَ ، وَإِنْ كَانَتْ فَسْخًا فَهِيَ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ يَمْلِكُ (٣٨) الْفَسْخَ

(٣٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٧) في ب ، م ، « يرهن » .

(٣٨) سقط من : م .

بِالإِقَالَةِ إِذَا كَانَ الْحِطُّ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي مَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ غَبِنَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُهَا إِذَا قُلْنَا : هِيَ / فَسَخٌ ، لِأَنَّ الْفَسْخَ لَيْسَ مِنَ التَّجَارَةِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ . جَازَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلُّ مَا يَقَعُ فِي التَّجَارَةِ ، مِنَ الْإِبْضَاعِ ، وَالْمُضَارَبَةِ بِالْمَالِ^(٣٩) ، وَالْمُشَارَكَةِ بِهِ ، وَخَلَطِهِ بِمَالِهِ ، وَالسَّفَرِ بِهِ ، وَالْإِيدَاعِ ، وَالْبَيْعِ نَسَاءً ، وَالرَّهْنِ ، وَالْإِزْتِهَانِ ، وَالْإِقَالَةِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَوْضٌ إِلَيْهِ الرَّأْيُ فِي التَّصَرُّفِ الَّذِي تَقْتَضِيهِ الشَّرِكَةُ ، فَجَازَ لَهُ كُلُّ مَا هُوَ مِنَ التَّجَارَةِ . فَأَمَّا مَا كَانَ تَمَسُّكًا^(٤٠) بِغَيْرِ عَوْضٍ ، كَالْهَبَةِ ، وَالْحَطِيطَةِ لِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَالْقَرْضِ ، وَالْعِنَقِ ، وَمُكَاتَبَةِ الرَّقِيقِ ، وَتَزْوِيجِهِمْ ، وَنَحْوِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَوْضَ إِلَيْهِ الْعَمَلُ بِرَأْيِهِ فِي التَّجَارَةِ ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا مَالًا مُضَارَبَةً ، فَرَبِحَهُ لَهُ ، وَوَضِعَتْهُ عَلَيْهِ ، دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ الَّذِي اشْتَرَكَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَصْحَابُنَا فِي الْمُضَارَبَةِ : إِذَا ضَارَبَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، رَدَّ مَا حَصَلَ مِنَ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْأَوَّلِ ، إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْأَوَّلِ . فَيَجِيءُ هَهُنَا مِثْلُهُ .

فصل : وَالشَّرِكَةُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ، تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ لِلسَّقَمِ ، وَبِالْفَسْخِ مِنْ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَبَطَلَتْ بِذَلِكَ ، كَالْوَكَالَةِ ، وَإِنْ عَزَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، انْعَزَلَ الْمُعْزُولُ^(٤١) ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ إِلَّا فِي قَدْرِ نَصِيْبِهِ ، وَلِلْعَازِلِ التَّصَرُّفُ فِي الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْزُولَ لَمْ يَرْجِعْ عَنْ إِذْنِهِ . هَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ^(٤٢) نَاضًا^(٤٣) ، وَإِنْ كَانَ عَرْضًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالْعَزْلِ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ حَتَّى يَنْضَ الْمَالُ ، كَالْمُضَارَبِ إِذَا عَزَلَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لَهُ التَّصَرُّفُ بِالْبَيْعِ دُونَ الْمُعَاوَضَةِ بِسِلْعَةٍ أُخْرَى ، أَوْ التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ مَا يَنْضُ بِهِ

(٣٩) سقط من : الأصل .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) في م : « المعزل » .

(٤٢) سقط من : أ .

(٤٣) النَّاضُ : الدرهم والدينار .

المال . وذكر أبو الخطاب أنه يتعزل^(٤٤) مطلقاً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه عقد جائز ، فأشبهه الوكالة . فعلى هذا إن اتفقا على البيع أو القسمة ، فعلاً . وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع ، أُجيب طالب القسمة دون طالب البيع . فإن قيل : أليس إذا فسح رب المال المضاربة ، فطلب العامل البيع ، أُجيب إليه ؟ فالجواب : أن حق العامل في الربح ، ولا يظهر الربح إلا بالبيع ، فاستحققه العامل لوقوف حصول حقه عليه^(٤٥) ، وفي مسألتنا ، ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من ١٤١/٤ ظ المتاع ، فلم / يجبر على البيع .

فصل : فإن مات أحد الشريكين ، وله وارث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف . وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان مؤملاً عليه قام وليه مقامه في ذلك ؛ لأنه^(٤٦) لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمؤلى عليه . فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة ، أو ببعضه ، لمعين ، فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا . وإن وصى به^(٤٧) لغير معين ، كالفقراء ، لم يجز للموصى الإذن في التصرف ؛ لأنه قد وجب دفعه إليهم ، فيعزل نصيبهم ، ويفرقه بينهم . وإن كان على الميت دين تعلق بتركته ، فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضى دينه ، فإن قضاؤه من غير مال الشركة ، فله الإثمام ، وإن قضاؤه منه ، بطلت الشركة في قدر ما قضى .

فصل : القسم الثالث ، أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة ، وتسمى قراضاً أيضاً ، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما

(٤٤) في ب ، م : « يعزل » .

(٤٥) سقط من : أ .

(٤٦) في م : « إلا أنه » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

حَسَبَ مَا يَشْتَرِطَانِهِ ، فَأَهْلُ الْعِرَاقِ يُسَمُّونَهُ مُضَارَبَةً ، مَا أُخُوذُ^(٤٨) مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ ، وَهُوَ السَّفَرُ فِيهَا لِلتَّجَارَةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾^(٤٩) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ ضَرْبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الرِّيحِ بِسَنِهِمْ . وَيُسَمِّيهِ أَهْلُ الْحِجَازِ الْقِرَاصَ . فَقِيلَ : هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَطْعِ . يُقَالُ : قَرَضَ الْفَارُ الثَّوْبَ . إِذَا قَطَعَهُ . فَكَأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ اقْتَطَعَ مِنْ مَالِهِ قِطْعَةً وَسَلَّمَهَا إِلَى الْعَامِلِ ، وَاقْتَطَعَ لَهُ قِطْعَةً مِنَ الرِّيحِ . وَقِيلَ : اشْتَقَّاهُ مِنَ الْمُسَاوَاةِ وَالْمُوَازِنَةِ . يُقَالُ : تَقَارَضَ الشَّاعِرَانِ . إِذَا وَازَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ بِشِعْرِهِ . وَهَهُنَا مِنَ الْعَامِلِ الْعَمَلُ ، وَمِنَ الْآخَرِ الْمَالُ ، فَتَوَازَنَّا . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ الْمُضَارَبَةِ فِي الْجُمْلَةِ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَعْطَاهُ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً يَعْمَلُ بِهِ فِي الْعِرَاقِ^(٥٠) . وَرَوَى مَالِكُ^(٥١) ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عَنْ أَبِيهِ : أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَيْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، خَرَجَا فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ ، فَتَسَلَّفَا مِنْ أَبِي مُوسَى مَالًا ، وَابْتَاعَا بِهِ مَتَاعًا . وَقَدِمَا بِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَبَاعَاهُ ، وَرَبِحَا فِيهِ ، فَأَرَادَ عُمَرُ أَخْذَ رَأْسِ الْمَالِ وَالرِّيحِ كُلَّهُ . فَقَالَا : لَوْ تَلَفَ كَانَ ضَمَانَهُ عَلَيْنَا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ رِبْحُهُ / لَنَا ؟ فَقَالَ رَجُلٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاصًا ؟ قَالَ : قَدْ جَعَلْتَهُ . وَأَخَذَ مِنْهُمَا نِصْفَ الرِّيحِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْقِرَاصِ . وَعَنْ مَالِكٍ^(٥٢) ، عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ عَثْمَانَ قَارَضَهُ .

١٤٢/٤

(٤٨) في ١ ، ب ، م : « مأخوذة » .

(٤٩) سورة المزمل ٢٠ .

(٥٠) ذكر الذهلي ، أن البيهقي أخرجه في المعرفة ، من طريق الشافعي ، أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري . فساق الأثر . نصب الرأية ٤ / ١١٤ ، ١١٥ .

(٥١) أخرجه في : باب ما جاء في القراض ، من كتاب القراض . الموطأ ٢ / ٦٨٧ .

وأخرجه أيضا الدارقطني في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٦٣ . والبيهقي ، في : كتاب القراض . السنن الكبرى ٦ / ١١٠ .

(٥٢) أخرجه في : باب ما جاء في القراض ، من كتاب القراض . الموطأ ٢ / ٦٨٨ .

كما أخرجه البيهقي ، في : كتاب القراض : السنن الكبرى ٦ / ١١١ .

وعن قَتَادَةَ ، عن الحَسَنِ ، أنَّ عَلِيًّا قَالَ : إِذَا خَالَفَ الْمُضَارِبُ فَلَضْمَانَ ، هُمَا عَلَى مَا شَرَطَا . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ، أَنَّهُمَا قَارَضَا . وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ ^(٥٣) فِي الصَّحَابَةِ . فَحَصَلَ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى الْمُضَارِبَةِ ، فَإِنَّ الدَّرَاهِمَ وَالذَّنَابِيرَ ^(٥٤) لَا تُنْمَى إِلَّا بِالتَّقْلِبِ ^(٥٥) وَالتَّجَارَةِ ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يَمْلِكُهَا يُحْسِنُ التَّجَارَةَ ، وَلَا ^(٥٦) كُلُّ مَنْ يُحْسِنُ التَّجَارَةَ ^(٥٧) لَهُ رَأْسُ مَالٍ ، فَاحْتِيجَ إِلَيْهَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَشَرَعَهَا اللَّهُ تَعَالَى لِذَفْعِ الْحَاجَتَيْنِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْمُضَارِبَةِ وَالْقِرَاضِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَفْظَانِ مَوْضُوعَانِ لَهَا ^(٥٨) أَوْ بِمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهَا ^(٥٩) ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَعْنَى ، فَجَازَ بِمَا دَلَّ عَلَيْهِ ، كَلَفِظَ التَّمْلِيكَ فِي الْبَيْعِ .

فصل : وَحُكْمُهَا حُكْمُ شَرِكَةِ الْعِنَانِ ، فِي أَنْ كُلُّ مَا جَازَ لِلشَّرِيكَ عَمَلَهُ جَازَ لِلْمُضَارِبِ عَمَلَهُ ^(٦٠) ، وَمَا مَنَعَ مِنْهُ الشَّرِيكَ مَنَعَ مِنَ الْمُضَارِبِ ، وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ ثُمَّ ، فَهِيَ مِثْلُهُ ، وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ رَأْسَ مَالِ الْمُضَارِبَةِ . وَمَا لَا يَجُوزُ ثُمَّ لَا يَجُوزُ هُنَا ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ .

فصل : الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَشْتَرِكَ مَالَانِ وَبَدَنُ صَاحِبٍ أَحَدِهِمَا . فَهَذَا يَجْمَعُ شَرِكَةَ وَمُضَارِبَةَ ، وَهُوَ صَحِيحٌ . فَلَوْ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ ، لِأَحَدِهِمَا أَلْفٌ ، وَلِلْآخَرِ أَلْفَانِ ، فَأِذَنْ صَاحِبُ الأَلْفَيْنِ لِصَاحِبِ الأَلْفِ أَنْ ^(٦١) يَتَصَرَّفَ فِيهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ

(٥٣) فِي ب ، م ، : « لهما » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ ، ا ، ب .

(٥٥) فِي ب ، م : « بالتقليب » .

(٥٦) فِي م : « ولأن » .

(٥٧) فِي م زِيَادَةٌ : « ليس » .

(٥٨) فِي الأَصْلُ ، ا ، : « لهما » .

(٥٩) فِي الأَصْلُ ، ا ، : « معناهما » .

(٦٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ ، ا ، ب .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْأَلْفِ ثُلُثُ الرَّيْحِ بِحَقِّ مَالِهِ ، وَالْبَاقِي وَهُوَ ثُلُثَا الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الْأَلْفَيْنِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلِلْعَامِلِ رُبْعُهُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ نِصْفَ الرَّيْحِ ، فَجَعَلْنَاهُ سِتَّةَ أَسْهُمٍ ، مِنْهَا ثَلَاثَةٌ لِلْعَامِلِ ، حِصَّةُ مَالِهِ سَهْمَانِ ، وَسَهْمُ يَسْتَحِقُّهُ بَعْمَلِهِ فِي مَالِ شَرِيكِهِ ، وَحِصَّةُ مَالِ شَرِيكِهِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ ، لِلْعَامِلِ سَهْمٌ وَهُوَ الرَّيْحُ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَجُوزُ الْمُضَارَبَةُ وَرَأْسُ الْمَالِ مُشَاعٌ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا تَمْنَعُ الْإِشَاعَةَ الْجَوَازَ إِذَا كَانَتْ مَعَ غَيْرِ^(٦٢) الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهَا تَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مَعَ الْعَامِلِ ، فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، فَلَا تَمْنَعُ مِنَ صِحَّةِ الْمُضَارَبَةِ . فَإِنْ شَرَطَ لِلْعَامِلِ ثُلُثَ الرَّيْحِ فَقَطْ ، فَمَالُ^(٦٣) صَاحِبِهِ بِضَاعَةٌ فِي يَدِهِ ، وَلَيْسَتْ بِمُضَارَبَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَحْصُلُ إِذَا كَانَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : رَيْحُ مَالِكَ لَكَ ، وَرَيْحُ مَالِي لِي . فَقَبِلَ الْآخَرَ ، كَانَ إِضَاعًا لَا غَيْرُ . وَهَذَا كُلُّهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، / وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الْقِرَاضِ شَرِكَةً ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ عَقْدُ إِجَارَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَجْعَلَا أَحَدَ الْعَقْدَيْنِ شَرْطًا لِلآخَرِ ، فَلَمْ نَمْنَعْ مِنْ جَمْعِهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالُ مُتَمَيِّزًا .

ظ ١٤٢/٤

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا مُضَارَبَةً ، وَقَالَ : أَضِيفُ إِلَيْهِ أَلْفًا مِنْ عِنْدِكَ ، وَاتَّجِرَ بِهِمَا^(٦٤) ، وَالرَّيْحُ بَيْنَنَا ، لَكَ ثُلُثَاهُ ، وَلِي ثُلُثُهُ . جَازَ ؛ وَكَانَ شَرِكَةً وَقِرَاضًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِذَا وَقَعَتْ عَلَى الْمَالِ كَانَ الرَّيْحُ تَابِعًا لَهُ ، دُونَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْمَالِ ، وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْعَمَلِ ، فَجَازَ^(٦٥) أَنْ يَنْفَرِدَ بِزِيَادَةِ الرَّيْحِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الرَّيْحُ تَابِعٌ لِلْمَالِ وَخَدَهُ . مَمْنُوعٌ ، بَلْ هُوَ تَابِعٌ لَهَا ، كَمَا أَنَّهُ حَاصِلٌ لَهَا . فَإِنْ شَرَطَ غَيْرُ الْعَامِلِ لِنَفْسِهِ ثُلُثِي الرَّيْحِ ، لَمْ يَجْزِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَفَاضُلِهِمَا فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ

(٦٢) سقط من : م .

(٦٣) في ب ، م ، و فقال .

(٦٤) في ب ، م ، و بها .

(٦٥) في الزيادة : و له .

جُزْءًا من الرِّيحِ لا مُقَابِلَ له ، فلم ^(٦٦) يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ رِيحَ مالِ العَامِلِ المُنفَرِدِ ، وفَارَقَ شَرِكَةَ العِنَانِ ؛ لأنَّ فِيهَا عَمَلًا مِنْهُمَا ، فجازَ أَنْ يَتَفَاعَضَا فِي الرِّيحِ لِتَفَاعُضِهِمَا فِي العَمَلِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وإن جَعَلَا الرِّيحَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، ولم يَقُولَا مُضَارَبَةً ، جازَ ، وكان إِبْضَاعًا كما تَقَدَّمَ . وإن قالَا : مُضَارَبَةٌ . فَسَدَّ العَقْدُ ؛ لما سَنَدَ كَرَهُ إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : القِسْمُ الخامِسُ ، أن يَشْتَرِكَ بَدَنانِ بِمالِ أَحَدِهِما . وهو أن يَكُونَ المَالُ من أَحَدِهِما وَالعَمَلُ مِنْهُمَا ، مثل أن يُخْرِجَ أَحَدُهُما أَلْفًا ، وَيَعْمَلانِ فِيهِ مَعًا ، والرِّيحُ بَيْنَهُمَا . فهذا جائِزٌ . ونَصُّ عليه أَحْمَدُ ، في رِوَايَةِ أَبِي الحارِثِ . وتكونُ مُضَارَبَةٌ ؛ لأنَّ غيرَ صاحِبِ المَالِ يَسْتَحِقُّ المَشْرُوطَ له من الرِّيحِ بِعَمَلِهِ في مالِ غيرِهِ ، وهذا هو حَقِيقَةُ المُضَارَبَةِ . وقال أبو عَبدِ اللهِ ابنِ حامِدٍ ، والقاضِي ، وأبو الخَطَّابِ : إذا ^(٦٧) شَرَطَ أن يَعمَلَ مَعَهُ رَبُّ المَالِ ، لم يَصِحَّ . وهذا مَذْهَبُ مالِكِ ، والأوزاعِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، وأبي ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . قال : ولا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ حَتَّى يُسَلِّمَ المَالُ إلى العَامِلِ ، وَيُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ؛ لأنَّ المُضَارَبَةَ تَقْتَضِي تَسْلِيمَ المَالِ إلى المُضَارِبِ ، فإذا شَرَطَ عليه العَمَلُ فلم يُسَلِّمَهُ لأنَّ يَدَهُ عليه ، فَيُخَالِفُ مَوْضُوعَهَا . وتَأَوَّلَ القاضِي كَلَامَ أَحْمَدَ والخَرَقِيِّ ، على أن رَبَّ المَالِ عَمِلَ من غيرِ اشتِراطِ . ولنا ، أن العَمَلَ أَحَدُ رُكْنَيْ المُضَارَبَةِ ، فجازَ أن يَنفَرِدَ بِهِ أَحَدُهُما مَعَ وُجُودِ الأَمْرَيْنِ مِنَ الآخِرِ ، كالمالِ . وقولُهُم : إنَّ المُضَارَبَةَ تَقْتَضِي تَسْلِيمَ المَالِ إلى العَامِلِ ^(٦٨) . مَمْنُوعٌ ، إِنما تَقْتَضِي إِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ في مالِ غيرِهِ بِجُزْءٍ مُشْتاعٍ من رِبحِهِ ، وهذا حاصِلٌ مَعَ اشتِراكِهِما في العَمَلِ ، ولهذا لَوَدَفَعَ مالَهُ إلى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً صَحَّ ، ولم يَحْصُلْ تَسْلِيمُ المَالِ إلى أَحَدِهِما .

فصل : وإن شَرَطَ أن يَعمَلَ مَعَهُ غُلامٌ رَبُّ المَالِ ، صَحَّ . وهذا ظاهِرٌ / كَلَامِ ١٤٣/٤

(٦٦) في م : (فلا) .

(٦٧) في ب زيادة : (كان) .

(٦٨) في ب : (المضارب) .

الشَّافِعِيُّ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِهِ ^(٦٩) . وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَلَامِ كَيْدِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْعَلَامِ مَالٌ لِسَيِّدِهِ ، فَصَحَّ ضَمُّهُ إِلَيْهِ ، كَمَا يَصِحُّ أَنْ يُضْمَّ إِلَيْهِ بِهَيْمَةَ يَحْمِلُ ^(٧٠) عَلَيْهَا .

فصل : وَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوِضَةِ فَنَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَشْتَرِكَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَجْمَعَا بَيْنَ شَرِكَةِ الْعِنَانِ وَالْوُجُوهِ وَالْأَبْدَانِ ، فَيَصِحُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ نَوْعٍ مِنْهَا يَصِحُّ عَلَى انْفِرَادِهِ ، فَصَحَّ مَعَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا فِي الشَّرِكَةِ الْإِشْتِرَاكَ فِيمَا يَحْتَضِرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ مِيرَاثٍ ، أَوْ يَجِدُهُ مِنْ رِكَازٍ أَوْ لُقْطَةٍ ، وَيَلْزَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَلْزَمُ الْآخَرَ مِنْ أَرْضٍ جَنَائِيَةٍ ، وَضَمَانٍ غَضَبٍ ، وَقِيمَةٍ مُتَلَفٍ ، وَغَرَامَةٍ الضَّمَانِ ، أَوْ كِفَالَةٍ ، فَهَذَا فَاسِدٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَأَجَازَةُ الثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَشَرَطَ أَبُو حَنِيفَةَ لَهَا شَرْطًا ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَا حَرَّتَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، وَأَنْ يَكُونَ مَالُهُمَا فِي الشَّرِكَةِ سَوَاءً ، وَأَنْ يُخْرِجَا جَمِيعَ مَا يَمْلِكَانِهِ مِنْ جِنْسِ الشَّرِكَةِ ، وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ . وَاحْتَجَّوْا بِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوِضَةَ » ^(٧١) . وَلِأَنَّهَا نَوْعُ شَرِكَةٍ يَخْتَصُّ بِاسْمِ ، فَكَانَ فِيهَا صَحِيحٌ كَشَرِكَةِ الْعِنَانِ . وَلَنَا : أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَصِحُّ بَيْنَ الْكَافِرَيْنِ ، وَلَا بَيْنَ كَافِرٍ وَمُسْلِمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْنَ الْمُسْلِمَيْنِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِمِثْلِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرًّا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعِ الْعَرْرِ ، وَبَيَانُ غَرِّهِ أَنَّهُ يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مَا لَزِمَ الْآخَرَ ، وَقَدْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقِيَامِ بِهِ ، وَقَدْ أَدْخَلَا فِيهِ الْأَكْسَابَ النَّادِرَةَ ، وَالْحَبْرَ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا رَوَاهُ أَصْحَابُ السُّنَنِ ، ثُمَّ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ هَذَا الْعَقْدَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْمُفَاوِضَةَ فِي الْحَدِيثِ وَهَذَا رَوَى فِيهِ : « وَلَا تَجَادَلُوا ، فَإِنَّ الْمُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ » . وَأَمَّا الْقِيَاسُ : فَلَا يَصِحُّ . فَإِنْ اخْتِصَّاصَهَا بِاسْمٍ لَا يَقْتَضِي

(٦٩) فِي ب ، م : « الصَّحَابَةُ » .

(٧٠) فِي م : « يَعْمَلُ » .

(٧١) لَمْ نَجِدْهُ فِي مَا بَيْنَ أَيْدِينَا مِنْ كِتَابِ الْحَدِيثِ .

الصِّحَّةَ ، كَتَبِيعِ الْمُنَابَذَةِ وَالْمَلَامَسَةِ وَسَائِرِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ ، وَشَرِكَةَ الْعِنَانِ تَصِحُّ مِنَ الْكَافِرِينَ وَالْكَافِرِ وَالْمُسْلِمِ ، بِخِلَافِ هَذَا .

٨٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَالرَّيْحُ عَلَى مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ)

يعنى فى جَمِيعِ (١) أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ . وَلا خِلَافَ فى ذَلِكَ فى الْمُضَارَبَةِ الْمَحْضَةِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ثُلْثَ الرَّيْحِ ، أَوْ نِصْفَهُ ، أَوْ مَا يُجْمَعَانِ عَلَيْهِ ، بَعْدَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَعْلُومًا جُزْءًا مِنْ أَجْزَاءِ . وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمُضَارِبِ الرَّيْحَ بِعَمَلِهِ ، فَجَازَ مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، كَالْأُجْرَةِ فى الْإِجَارَةِ ، وَكَالْجُزْءِ مِنَ الثَّمَرَةِ فى الْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ . وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بِمَالِيَهُمَا ، فَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّيْحَ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَسَاوَيَا مَعَ تَفَاضُلِهِمَا فى الْمَالِ ، وَأَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ مَعَ تَسَاوِيِهِمَا فى الْمَالِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهَا كَوْنُ الرَّيْحِ وَالْحُسْرَانِ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ؛ لِأَنَّ الرَّيْحَ فى هَذِهِ / الشَّرِكَةِ تَبِعَ لِلْمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ عَقْدُ الشَّرِكَةِ ، وَإِطْلَاقُ الرَّيْحِ ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِالشَّرْطِ ، كَالْوَضِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَمَلَ مِمَّا يُسْتَحَقُّ بِهِ الرَّيْحُ ، فَجَازَ أَنْ يَتَفَاضَلَ فى الرَّيْحِ مَعَ وُجُودِ الْعَمَلِ مِنْهُمَا ، كَالْمُضَارِبَيْنِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ يَكُونُ أَبْصَرَ بِالتَّجَارَةِ مِنَ الْآخَرِ ، وَأَقْوَى عَلَى الْعَمَلِ ، فَجَازَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ زِيَادَةَ فى الرَّيْحِ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، كَمَا يَشْتَرِطُ الرَّيْحُ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِ الْمُضَارِبِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مَعْقُودَةٌ عَلَى الْمَالِ وَالْعَمَلِ جَمِيعًا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةٌ مِنَ الرَّيْحِ إِذَا كَانَ مُفْرَدًا (٢) ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَأَمَّا حَالَةُ الْإِطْلَاقِ ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ (٣) بَيْنَهُمَا شَرْطٌ يُقْسَمُ الرَّيْحُ عَلَيْهِ ، وَيَتَقَدَّرُ بِهِ ، قَدَّرْنَاهُ بِالْمَالِ ، لِعَدَمِ الشَّرْطِ ، فَإِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ ، (٤) فَهُوَ الْأَصْلُ (٥) ، فَيَصِيرُ إِلَيْهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ يُصَارُ إِلَى الشَّرْطِ ، فَإِذَا عُدِمَ ، وَقَالَ (٥) : الرَّيْحُ

(١) سقط من : ١ .

(٢) فى م : « مفردا » .

(٣) فى ب ، م : « يمكن » .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « وقال » .

بَيْنَا . كان بينهما نصفتين ، وفارق الوضعية ؛ فإنها لا تتعلق إلا بالمال ، بدليل المضاربة . وأما شركة الأبدان ، فهي معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرة ، ويتساويان^(٦) أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل ، كما ذكرنا في شركة العنان ، بل هذه أولى ؛ لإتقادها على العمل المجرد . وأما شركة الوجوه ، فكلام الخرقى بمؤممه يفتضى جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل . وهو قياس المذهب ؛ لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه ، فكذلك هذه ، ولأنها تتعقد على العمل وغيره ، فجاز ما اتفقا عليه ، كشركة العنان . وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري ؛ لأن الربح يستحق بالضمآن ، إذ الشركة وقعت عليه خاصة ، إذ لا مال عندهما ، فيشتركان على العمل ، والضمآن لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التفاضل في الربح . ولنا ، أنها شركة فيها عمل ، فجاز ما اتفقا عليه في الربح ، كسائر الشركات . وقول القاضي : لا مال لهما يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يأخذانه^(٧) بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي ، فكذا ههنا . وأما المضاربة التي فيها شركة ، وهي أن يشترك مألان وبدن صاحب أحدهما ، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفا ، ويأذن أحدهما للآخر^(٨) في التجارة بهما ، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف ، جاز ؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألف^(٩) ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف . وإن شرط له دون نصف الربح ، لم يجز ؛ لأن الربح يستحق بمال وعمل^(١٠) ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له ، فبطل شرطه . وإن جعل الربح بينهما نصفتين ،

(٦) في ب زيادة : فيه .

(٧) في م : يتخذانه .

(٨) في الأصل : لصاحبه .

(٩) في ا : للألف .

(١٠) في ا : أو عمل .

فليس هذا شركة ، ولا مضاربة ؛ لأنَّ شركة العنان تقتضى ^(١١) أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيبا من الربح في مقابلة عمله ، ولم يجعل ^(١٢) له ههنا في مقابلة عمله شيئا . وإنما جعل الربح على قدر المالكين ، وعمله في نصيب صاحبه تبرع ، فيكون ذلك إنباعا ، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضا عن قرض ، فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه ، لم يجوز ؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضا عن قرضه ، وذلك غير جائز . وأما إذا اشترك بدين بمال أحدهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه ، فإن للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه ؛ لأنه مضارب محض ، فأشبهه مالو لم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلاحا عليه في جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا في المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

فصل : ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل ؛ لأنه يستحقه بالشرط ، فلم يقدر إلا به . ولو قال : أخذ هذا المال مضاربة . ولم يسم للعامل شيئا من الربح ، فالربح كله لرب المال ، والوضيعة عليه ، وللعامل أجر مثله . نص عليه أحمد . وهو قول الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعي : الربح بينهما نصفين ^(١٣) ، لأنه لو قال : والربح بيننا . لكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئا . ولنا ، أن المضارب إنما يستحق بالشرط ، ولم يوجد . وقوله : مضاربة . اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا ، فلم تصح المضاربة ^(١٤) ، كما لو قال : ولك جزء من الربح . فأما إذا قال : والربح بيننا . فإن المضاربة تصح ، ويكون بينهما نصفين ؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة ، لم يترجح

(١١) في ب ، م : (تقضى) .

(١٢) في الأصل : (يجعل) .

(١٣) كذا على تقدير : يقسم الربح بينهما نصفين .

(١٤) في م زيادة : (به) .

فيها أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَاقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ . وَإِنْ قَدَّرَ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، فَقَالَ : وَلَكَ ثُلُثُ الرَّبْحِ ، أَوْ رُبْعُهُ ، أَوْ جُزْءٌ مَعْلُومٌ ، أَى جُزْءٍ كَانَ . فَبِالْبَاقِي لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرَّبْحَ بِمَالِهِ ، لِكَوْنِهِ نَمَاءَهُ وَفَرْعُهُ ، وَالْعَامِلُ يَأْخُذُ بِالشَّرْطِ ، فَمَا شَرَطَ لَهُ ^(١٥) اسْتَحَقَّهُ ، وَمَا بَقِيَ فَلِرَبِّ الْمَالِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ . وَإِنْ قَدَّرَ نَصِيبَ رَبِّ ^(١٦) الْمَالِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : وَلِي ثُلُثُ الرَّبْحِ . وَلَمْ يَذْكُرْ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالشَّرْطِ ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ شَيْءٌ ، فَتَكُونُ الْمُضَارَبَةُ فَاسِدَةً . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَيَكُونُ الْبَاقِي لِلْعَامِلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي نُوَيْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الرَّبْحَ لِمَا لَا يَسْتَحِقُّهُ غَيْرُهُمَا ، فَإِذَا قَدَّرَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا مِنْهُ فَبِالْبَاقِي لِلْآخَرِ مِنْ مَفْهُومِ اللَّفْظِ ، كَمَا عَلِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ ﴾ ^(١٧) . وَلَمْ يَذْكُرْ نَصِيبَ الْأَبِ ، فَعَلِمَ أَنَّ الْبَاقِيَ لَهُ . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : أُوصِيْتُ بِهَذِهِ الْمَائَةِ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو . وَنَصِيبُ زَيْدٍ مِنْهَا ثَلَاثُونَ ، كَانَ الْبَاقِي لِعَمْرٍو . كَذَا هُنَا . وَإِنْ قَالَ : لِي النِّصْفُ وَلَكَ الثُّلُثُ . وَسَكَتَ عَنِ السُّدُسِ ، صَحَّ . وَكَانَ / لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنِ جَمِيعِ الْبَاقِي بَعْدَ جُزْءِ الْعَامِلِ كَانَ لِرَبِّ الْمَالِ ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا ذَكَرَ بَعْضَهُ وَتَرَكَ بَعْضَهُ . وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً عَلَى الثُّلُثِ أَوْ النِّصْفِ . أَوْ قَالَ : بِالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ . صَحَّ ، وَكَانَ تَقْدِيرُ النِّصْبِ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يُرَادُ لِأَجْلِهِ ، فَإِنَّ رَبَّ الْمَالِ يَسْتَحِقُّ بِمَالِهِ لَا بِالشَّرْطِ ، وَالْعَامِلُ يَسْتَحِقُّ بِالْعَمَلِ ، وَالْعَمَلُ يَكْثُرُ وَيَقِلُّ ، وَإِنَّمَا تَتَقَدَّرُ حِصَّتُهُ بِالشَّرْطِ ، فَكَانَ الشَّرْطُ لَهُ ، وَمَتَى شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا شَيْئًا ، وَاخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِمَنْ هُوَ ؟ فَهُوَ لِلْعَامِلِ ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَلَكَ ثُلُثُ الرَّبْحِ ، وَثُلُثُ مَا بَقِيَ . صَحَّ ، وَكَانَ لَهُ خَمْسَةٌ أَتْسَاعَ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : لَكَ ثُلُثُ الرَّبْحِ ، وَرُبْعُ مَا بَقِيَ . فَلَهُ

١٤٤/٤ ظ

(١٥) سقط من : ١ .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) سورة النساء ١١ .

التَّصْنُفُ . وإن قال : لك رُبْعُ الرِّبْحِ ، ورُبْعُ ما بَقِيَ ، فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالٍ وَنِصْفُ ثَمَنِ .
وسواءٌ عَرَفَا الحِسَابَ أو جَهَلَاهُ ؛ لأنَّ ذلك أَجْزَاءُ مَعْلُومَةٌ مُقَدَّرَةٌ ، فأشبهه مالو شَرَطَ
الْحُمْسَيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ في هذا الفَصْلِ كُلِّهِ كَمَذْهَبِنَا .

فصل : وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، ولك جُزْءٌ من الرِّبْحِ ، أو شَرِكَةٌ في الرِّبْحِ ، أو
شَيْءٌ من الرِّبْحِ ، أو نَصِيبٌ أو حَظٌّ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ مَجْهُولٌ ، ولا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ إِلَّا
على قَدْرِ مَعْلُومٍ . وإن قال : خُذْهُ ، ولك مثلُ ما شَرَطَ لِفُلَانٍ . وهما يَعْلَمَانِ ذلك .
صَحَّ ؛ لأنَّهُما أَشَارَا إلى مَعْلُومٍ عِنْدَهُما . وإن كانا لا يَعْلَمَانِهِ ، أو لا يَعْلَمُهُ أَحَدُهُما ،
فَسَدَّتِ المُضَارَبَةُ ؛ لأنَّهُ مَجْهُولٌ .

فصل : وإن قال : خُذْ هذا المَالَ فَاتَّجِرْ بِهِ ، ورِبْحُهُ كُلُّهُ لك . كان قَرْضًا لا قِرْضًا ؛
لأنَّ قولَهُ : خُذْهُ فَاتَّجِرْ بِهِ . يَصْلُحُ لهما ، وقد قَرَنَ بِهِ حُكْمَ القَرْضِ ، فأنصَرَفَ إليه .
وإن قال مع ذلك : ولا ضَمَانَ عليك . فهذا قَرْضٌ شَرَطَ فِيهِ نَقْيُ الضَّمَانِ ، فلا يَنْتَفِي
بِشَرْطِهِ ، كما لو صرَّحَ بِهِ ، فقال : خُذْ هذا قَرْضًا ولا ضَمَانَ عليك . وإن قال : خُذْهُ
فَاتَّجِرْ بِهِ ، والرِّبْحُ كُلُّهُ لي . كان إِبْضَاعًا ؛ لأنَّهُ قَرَنَ بِهِ حُكْمَ الإِبْضَاعِ فأنصَرَفَ إليه .
فإن قال مع ذلك : وعليك ضَمَانُهُ . لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ أمانةً غيرَ
مَضْمُونَةٍ ، فلا يَزُولُ ذلك بِشَرْطِهِ . وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، والرِّبْحُ كُلُّهُ لك ، أو كُلُّهُ
لي . فهو عَقْدٌ فاسِدٌ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةً : إذا قال : والرِّبْحُ كُلُّهُ لي كان
إِبْضَاعًا صَحِيحًا ؛ لأنَّهُ أُثْبِتَ لَهُ حُكْمَ الإِبْضَاعِ فأنصَرَفَ إليه ، كالتى قَبَلْها . وقال
مالكٌ : يكونُ مُضَارَبَةً صَحِيحَةً في الصُّورَتَيْنِ ؛ لأنَّهُما دَخَلَا في القِرْاضِ ، فإذا شَرَطَ
لأَحَدِهما ، فكأنَّهُ وَهَبَ الآخَرَ نَصِيبَهُ^(١٨) ، فلم يَمْنَعِ صِحَّةَ العَقْدِ . ولنا ، أنَّ المُضَارَبَةَ
تَقْتَضِي كَوْنَ الرِّبْحِ بَيْنَهما ، فإذا شَرَطَ أَحَدِهما بِالرِّبْحِ ، فقد شَرَطَ ما يُتَافَى
مُقْتَضَى العَقْدِ ، ففسدَ ، كما لو شَرَطَ الرِّبْحَ كُلَّهُ في شَرِكَةِ العِنَانِ لأَحَدِهما . ويُفَارِقُ ما إذا لم

(١٨) سقط من : ب .

يُقَلُّ^(١٩) مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَصْلُحُ لِمَا أُثْبِتَ حُكْمُهُ مِنَ الْإِبْضَاعِ وَالْقَرْضِ^(٢٠) ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالْمُضَارَبَةِ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْهَيْبَةَ لَا تَصِحُّ قَبْلَ
وُجُودِ الْمُوهُوبِ .

فصل : ويجوز أن يذفع مالا إلى اثنتين مضاربة في عقد واحد ، فإن شرط لهما جزءا من
الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ . وَإِنْ قَالَ : لِكَمَا كَذَا وَكَذَا مِنَ الرَّيْحِ . وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفَ هُوَ ،
^(٢١) فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^(٢١) ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَالْوَالِ / قَالَ لِغَامِلِهِ :
وَالرَّيْحُ بَيْنَنَا . وَإِنْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَ الرَّيْحِ ، وَلِلْآخَرِ رُبْعَهُ ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَ لَهُ ، جَازَ .
وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُمَا شَرِيكَانِ فِي الْعَمَلِ
بَأُبْدَانِهِمَا ، فَلَا يَجُوزُ تَفَاضُلُهُمَا فِي الرَّيْحِ كَشَرِيكَيْ الْأُبْدَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ
الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، كَالْوَالِ الْفَرْدَ . وَلَا تُنْفِذُ
يَسْتَحِقَّانِ بِالْعَمَلِ وَهِيَ تَفَاضُلَانِ فِيهِ ، فَجَازَ تَفَاضُلُهُمَا فِي الْعَوَضِ ، كَالْأَجِيرَيْنِ . وَلَا
تُسَلَّمُ وَجُوبَ التَّسَاوِيِ فِي شَرِكَةِ الْأُبْدَانِ ، بَلْ هِيَ كَمَسْأَلَتِنَا فِي جَوَازِ تَفَاضُلِهِمَا . ثُمَّ
الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ ذَلِكَ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، وَهَذَا عَقْدَانِ^(٢٢) .

فصل : وإن قارض اثنين واحدا بألف لهما ، جاز . وإذا شرط له ربحا متساويا
منهما ، جاز . وإن شرط أحدهما له النصف ، والآخر الثلث ، جاز ، ويكون باقى ربح
مال كل واحد منهما لصاحبه . وإن شرط كون الباقي من الربح بينهما نصفين ، لم
يجز . وهذا مذهب الشافعي . وكلام القاضي يقتضى جوازَهُ . وحكى ذلك عن أبى
حنيفة وأبى ثور . ولنا ، أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف ، والآخر يبقى له

(١٩) في م : « يكن » .

(٢٠) في م : « والقراض » .

(٢١-٢٢) في م : « كان بينهما نصفين » .

(٢٢) في الأصل ، ١ : « وهذا » .

الثَّلاثَانِ . فَإِذَا شَرَطَا^(٢٣) التَّسَاوَى فَقَدْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ جُزْءًا مِنْ رِبْحٍ مَالِهِ بِغَيْرِ عَمَلٍ ،
فَلَمْ يَجْزُ . كَمَا لَوْ شَرَطَ رِبْحَ مَالِهِ الْمُنْفَرِدِ .

فصل : وَإِذَا شَرَطَا جُزْءًا مِنَ الرَّبْحِ لِغَيْرِ الْعَامِلِ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ شَرَطَاهُ لِعَبْدٍ أَحَدَهُمَا أَوْ لِعَبْدَيْهِمَا ، صَحَّ ، وَكَانَ ذَلِكَ مَشْرُوطًا لِسَيِّدِهِ . فَإِذَا جَعَلَا الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ عِبْدَيْهِمَا أَثَلَاثًا ، كَانَ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ الثَّلَاثَانِ ، وَلِلْآخَرِ الثَّلْثُ . وَإِنْ شَرَطَاهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، أَوْ لَوْأَدٍ أَحَدَهُمَا^(٢٤) أَوْ امْرَأَتَهُ^(٢٤) ، أَوْ قَرِيْبِهِ ، وَشَرَطَا عَلَيْهِ عَمَلًا مَعَ الْعَامِلِ ، صَحَّ ، وَكَانَا عَامِلَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَا عَلَيْهِ عَمَلًا ، لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَالْجُزْءُ الْمَشْرُوطُ لَهُ لِرَبِّ الْمَالِ ، سِوَاءَ شَرَطَا^(٢٥) لِقَرِيْبٍ الْعَامِلِ ، أَوْ لِقَرِيْبِ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا^(٢٦) إِلَّا مَا شَرَطَ لَهُ ، وَرَبُّ الْمَالِ يَسْتَحِقُّ الرَّبْحَ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْمَا يَسْتَحِقُّ الرَّبْحَ بِمَالٍ أَوْ عَمَلٍ ، وَلَيْسَ هَذَا وَاحِدًا مِنْهُمَا ، فَمَا شَرِطَ لَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَيَرْجِعُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ ذِكْرَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَطَ فَاسِيدًا يُعَوِّدُ إِلَى الرَّبْحِ ، فَفَسَدَ بِهِ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً . وَإِنْ قَالَ : لَكَ الثَّلَاثَانِ ، عَلَى أَنْ تُعْطِيَ امْرَأَتَكَ نِصْفَهُ . فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الرَّبْحِ شَرَطًا لَا يَلْزَمُ ، فَكَانَ فَاسِيدًا . وَالْحُكْمُ فِي الشَّرِكَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الشَّرِكَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، فِي وُجُوبِ مَعْرِفَةِ قَدْرِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرَّبْحِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِذَا أَطْلَقَاهَا وَلَمْ يَذْكُرَا الرَّبْحَ ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَفِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ ، يَكُونُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا فِي الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ لِهَذَا أَصْلًا يَرْجِعَانِ إِلَيْهِ ، وَيَتَقَدَّرُ^(٢٧) الرَّبْحُ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُ الرَّبْحِ فِيهَا

(٢٣) فِي م : « اشترطا » .

(٢٤) - (٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي ١ ، ب ، م : « شرط » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « ويقدر » .

بالمال والعمل^(٢٨) ، لَكُونِ أَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ^(٢٨) جِنْسِ الْآخَرِ ، فَلَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ مِنْهُ . وَأَمَّا شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ ، فَلَا مَالَ فِيهَا يُقَدَّرُ الرَّبْحُ بِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُتَقَدَّرَ بِالْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ أَحَدِهِمَا مِنْ / جِنْسِ عَمَلِ الْآخَرِ ، فَقَدْ تَسَاوَىا فِي أَصْلِ الْعَمَلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ أَصْلًا يُرْجَعُ إِلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُتَقَدَّرَ^(٢٩) بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَقِلُّ وَيَكْثُرُ وَيَتَفَاضَلُ ، وَلَا يُوقَفُ عَلَى مِقْدَارِهِ ، بِخِلَافِ الْمَالِ ، فَيُعْتَبَرُ ذِكْرُ الرَّبْحِ وَالْمَعْرِفَةُ بِهِ ، كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ .

٨٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ)

يَعْنِي الْخُسْرَانَ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُمَا مُتَسَاوِيًا فِي الْقَدْرِ ، فَالْخُسْرَانُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَثْلَاثًا ، فَالْوَضِيعَةُ أَثْلَاثًا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ^(١) أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُمَا . وَفِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ تَكُونُ الْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مَلَكَئِهِمَا فِي الْمُشْتَرَى ، سَوَاءً كَانَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَسَوَاءً كَانَتِ الْوَضِيعَةُ لِتَلْفٍ ، أَوْ نُقْصَانٍ فِي الثَّمَنِ عَمَّا اشْتَرَىا بِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَالْوَضِيعَةُ فِي الْمُضَارَبَةِ عَلَى الْمَالِ خَاصَّةً ، لَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ مِنْهَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَضِيعَةَ عِبَارَةٌ عَنِ نُقْصَانِ رَأْسِ الْمَالِ ، وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِمَلِكِ رَبِّهِ ، لَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ فِيهِ ، فَيَكُونُ نَقْصُهُ مِنْ مَالِهِ دُونَ غَيْرِهِ ؛ وَإِنَّمَا يَشْتَرِكَانِ فِي مَا يَحْصُلُ مِنَ الثَّمَانِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ ، فَإِنَّ رَبَّ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ يُشَارِكُ الْعَامِلَ فِي مَا يَحْدُثُ مِنَ الزَّرْعِ وَالثَّمَرِ . وَإِنْ تَلَفَ الشَّجَرُ ، أَوْ هَلَكَ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ بِعَرَقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَامِلِ شَيْءٌ .

٨٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِأَحَدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ فَضْلَ دَرَاهِمَ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ مَتَى جَعَلَ نَصِيبَ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ جَعَلَ مَعَ نَصِيبِهِ

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في ب : « يقدر » .

(١) في الأصل : « قال » .

دَرَاهِمَ ، مثل أن يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ جُزْءًا وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، بَطَلَّتِ الشَّرِكَةُ . قال ابنُ المُنْدَرِجِ : أجمَعَ كُلُّ من نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ على إِبْطَالِ القِرَاضِ إذا شَرَطَ أَحَدُهُما أو كِلَاهُما لِنَفْسِهِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، ومَمَّن حَفِظْنَا ذلكَ عنه مالِكٌ ، والأوزاعيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثورٍ ، وأصْحَابُ الرُّأْيِ ، والجَوَابُ فيما لو قال : لك نِصْفُ الرِّيحِ إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، أو نِصْفُ الرِّيحِ وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، كالجَوَابِ فيما إذا شَرَطَ دَرَاهِمَ مُفْرَدَةً . وإنَّما لم يَصِحَّ ذلكَ لِمعْنَيَيْنِ ؛ أَحَدِهِما ، أَنَّهُ إذا شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، اِحْتَمَلَ أن لا يَرِيحَ غيرَها ، فيَحْصُلُ على جَمِيعِ الرِّيحِ ، وَاِحْتَمَلَ أن لا يَرِيحَها^(١) ، فيأخُذُ من رَأْسِ المَالِ جُزْءًا . وقد يَرِيحُ كَثِيرًا ، فيَسْتَضِيرُّ من شَرِطَتِ له الدَّرَاهِمُ . والثاني ، أن حِصَّةَ العَامِلِ يَنْبَغِي أن تكونَ مَعْلُومَةً بالأجزاءِ ، لَمَّا تَعَدَّرَ كَوْنُها مَعْلُومَةً بالقَدْرِ ، فإذا جُهَلَتِ الأجزاءُ ، فَسَدَّتْ ، كما لو جُهَلُ القَدْرُ فيما يُشْتَرِطُ أن يكونَ مَعْلُومًا به . ولأنَّ العَامِلَ متى شَرَطَ لِنَفْسِهِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، رُبَّمَا تَوَأَّنَى في طَلَبِ الرِّيحِ ؛ لِعدمِ فائِدَتِهِ فيه ، وحُصُولِ نَفْعِهِ لغيرِهِ ، بِخِلَافِ ما إذا كانَ له جُزْءٌ من الرِّيحِ .

فصل : وإن دَفَعَ إليه الفَيْنِ^(٢) مُضَارَبَةً ، على أن لكلِّ واحدٍ منهما رِيحَ ألفٍ ، أو على أن لأَحَدِهِما رِيحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ ، أو رِيحَ إِحْدَى السَّفَرَتَيْنِ ، أو رِيحَ تِجَارَتِهِ / في شَهْرٍ أو عامٍ بَعَيْنِهِ ، ونحو ذلك ، فَسَدَّ الشَّرْطُ والمُضَارَبَةُ ؛ لِأنَّهُ قد يَرِيحُ في ذلكَ المُعَيَّنِ دونَ غيرِهِ ، وقد يَرِيحُ في غيرِهِ دونَهُ ، فيَحْتَصُّ أَحَدُهُما بالرِّيحِ ، وذلكَ يُخَالِفُ مَوْضُوعَ الشَّرِكَةِ . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلَافًا . وإن دَفَعَ إليه ألفًا ، وقال : لَكَ رِيحُ نِصْفِهِ . لم يَجُزْ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةً ، وأبو ثورٍ : يَجُزُّ ؛ لِأنَّ نِصْفَ رِيحِهِ هو رِيحُ نِصْفِهِ ، فَجَازَ شَرْطُهُ ، كما لو عَبَّرَ عنه بِعِبَارَتِهِ الأخرى . ولنا ، أَنَّهُ شَرَطَ لأَحَدِهِما رِيحَ بَعْضِ المَالِ دونَ بَعْضٍ ، وكذلك جَعَلَ لِلأَجْرِ^(٣) ، فلم يَجُزْ . كما لو قال : لك رِيحُ هَذِهِ الخَمْسِمِائَةِ .

(١) في ا ، ب : « يريح » .

(٢) في ب : « الدين » .

(٣) في ا ، ب ، م : « الآخر » .

ولأنه يُمكن أن يُفرد نصف المال ، فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح ؛ فإنه^(٤) لا يُؤدى إلى انفراجه بربح شيء من المال .

٨٣٢ - مسألة ؛ قال : (والمُضارِبُ إِذَا بَاعَ بِنَسِيئَةٍ بِغَيْرِ أَمْرٍ ، ضَمِنَ ، فِي إِخْدَى الرَّوَابِيتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى لَا يَضْمَنُ)

وجُمِلتَه أَنَّ الْمُضَارِبَ وَغَيْرَهُ مِنَ الشُّرَكَاءِ ، إِذَا نَصَّ لَهُ عَلَى التَّصَرُّفِ ، فَقَالَ : نَقْدًا أَوْ نَسِيئَةً . أَوْ قَالَ : بِتَقْدِ الْبَلَدِ . أَوْ ذَكَرَ نَقْدًا غَيْرَهُ ، جَازًا ، وَلَمْ تَجْزُ مُخَالَفَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَلَا يَتَصَرَّفُ فِي غَيْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ ، وَلَآنَ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الْمُضَارِبَةِ . وَقَدْ بَطَلَتْ^(١) بِذَلِكَ الْفَائِدَةُ فِي الْعَادَةِ . وَإِنْ أُطْلِقَ ، فَلَا إِخْلَافَ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ حَالًا ، وَفِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً رَوَابِيتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ فِي الْبَيْعِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ الْبَيْعُ نَسِيئَةً بِغَيْرِ إِذْنٍ صَرِيحٍ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّائِبَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحِظِّ وَالِاحْتِيَاظِ ، وَفِي النَّسِيئَةِ تَغْرِيبٌ بِالْمَالِ ، وَقَرِينَةٌ الْحَالِ تُقَيِّدُ مُطْلَقَ الْكَلَامِ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ : بَعُهُ حَالًا . وَالثَّانِيَةُ^(٢) ، يَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ نَسَاءً . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَاخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ إِذْنَهُ فِي التَّجَارَةِ وَالْمُضَارِبَةِ يَنْصَرِفُ إِلَى التَّجَارَةِ الْمُعْتَادَةِ ، وَهَذَا عَادَةُ التُّجَّارِ ، وَلِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ ، وَالرِّبْحُ فِي النَّسَاءِ أَكْثَرُ . وَيُفَارِقُ الْوَكَالَةَ الْمُطْلَقَةَ^(٣) ؛ فَإِنَّهَا لَا تَخْتَصُّ بِقَصْدِ الرِّبْحِ ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ فَحَسَبُ ، فَإِذَا أَمَكَّنَ تَحْصِيلَهُ مِنْ غَيْرِ حَظَرٍ ، كَانَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْوَكَالَةَ الْمُطْلَقَةَ فِي الْبَيْعِ تُدُلُّ عَلَى أَنَّ حَاجَةَ الْمُوَكَّلِ إِلَى الثَّمَنِ نَاجِزَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ تَأْخِيرُهُ ، بِإِخْلَافِ الْمُضَارِبَةِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اَعْمَلْ بِرَأْيِكَ . فَلَهُ الْبَيْعُ نَسَاءً . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لَهُ : تَصَرَّفْ كَيْفَ شِئْتَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ نَسَاءً فِي

(٤) في ا ، ب : « لأنه » .

(١) في الأصل ، ا ، م : « يطلب » .

(٢) في م زيادة : « أنه » .

(٣) سقط من : ب .

المَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ عَرَّرًا ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقَلِّ لَهُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ لَفْظِهِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تُدَلُّ عَلَى رِضَايَةِ بَرَأِيهِ^(٤) فِي صِفَاتِ الْبَيْعِ ، وَفِي أَنْوَاعِ التُّجَارَةِ ، وَهَذَا ١٤٦/٤ ظ منها . فَإِذَا قُلْنَا : لَهُ / الْبَيْعُ نَسَاءً . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَمَهْمَا فَاتَتْ مِنَ الثَّمَنِ لَمْ^(٥) يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ، إِلَّا أَنْ يُفْرَطَ بَيْنَ مَنْ لَا يُوثِقُ بِهِ ، أَوْ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الثَّمَنِ الَّذِي انْكَسَرَ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ نَسَاءً ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يَقِفُ بَيْعُ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْإِجَارَةِ . فَهُنَا مِثْلُهُ . وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ صِحَّةَ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا ذَكَرَ الضَّمَانَ ؛ وَلَمْ يَذْكُرْ فَسَادَ الْبَيْعِ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ يَلْزَمُ الْعَامِلَ الضَّمَانَ ؛ لِأَنَّ ذَهَابَ الثَّمَنِ حَصَلَ بِتَفْرِيطِهِ . فَإِنْ قُلْنَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ ، ضَمِنَ الْمَبِيعُ بِقِيَمَتِهِ إِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهُ ، إِمَّا لِتَلْفِ الْمَبِيعِ أَوْ امْتِنَاعِ الْمُشْتَرِي مِنْ رَدِّهِ إِلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ ، احْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِقِيَمَتِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفُتْ بِالْبَيْعِ أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَلَا يَنْحَفِظُ بِتَرْكِه سِوَاهَا ، وَزِيَادَةُ الثَّمَنِ حَصَلَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، فَلَا يَضْمَنُهَا . وَاحْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْبَيْعِ ، وَفَاتَ بِتَفْرِيطِ الْبَائِعِ . وَإِنْ نَقَصَ عَنِ الْقِيَمَةِ ، فَقَدْ انْتَقَلَ الْوُجُوبُ إِلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ الثَّمَنُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا .

فصل : وليس له السفرُ بالمالِ ، في أَحَدِ الرَّوَجَيْنِ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ فِي السَّفَرِ تَعْرِيرًا بِالْمَالِ وَخَطَرًا ، وَهَذَا يُرْوَى : « إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى قَلْبِي ، إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ تَعَالَى »^(٦) . أَيْ هَلَاكِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّعْرِيرُ بِالْمَالِ بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَالرَّوَجُ الثَّانِي ، لَهُ السَّفَرُ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَخُوفًا . قَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُهُ ، بِنَاءً عَلَى السَّفَرِ بِالْوَدِيعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَيُحْكِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْأَذْنَ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِالتُّجَارَةِ سَفَرًا وَحَضْرًا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بَشْرَائِهِ » .

(٥) فِي م : « لَا » .

(٦) ذَكَرَهُ ابْنُ قَتَيْبَةَ ، فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٢ / ٥٦٤ . وَابْنُ الْأَثِيرِ ، فِي النِّهَايَةِ ٤ / ٩٨ .

الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ بِمُطْلَقِهَا ، وَهَذَا الْوَجْهَانِ فِي الْمُطْلَقِ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ فِي السَّفَرِ ، أَوْ نُهِىَ عَنْهُ ، أَوْ وَجِدَتْ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، تَعَيَّنَ ذَلِكَ ، وَثَبَتَ مَا أَمَرَ بِهِ . وَحُرِّمَ مَا نُهِىَ عَنْهُ . وَلَيْسَ لَهُ السَّفَرُ فِي مَوْضِعٍ مَخُوفٍ ، عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا . وَكَذَلِكَ لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي السَّفَرِ مُطْلَقًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ السَّفَرُ فِي طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، وَلَا إِلَى بَلَدٍ مَخُوفٍ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَهُوَ ضَامِرٌ لِمَا يَتَلَفُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ يَفْعَلُ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . وَإِنْ سَافَرَ فِي طَرِيقِ آمِنٍ ، جَازَ ، وَنَفَقْتَهُ فِي مَالِ نَفْسِهِ . وَهَذَا قَالَ ابْنُ سَيَرِينَ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالْتَحَمِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَنْفِقُ مِنَ الْمَالِ بِالْمَعْرُوفِ ، إِذَا شَخَّصَ بِهِ عَنِ الْبَلَدِ / ؛ لِأَنَّ سَفَرَهُ لِأَجْلِ الْمَالِ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْهُ ، كَأَجْرِ الْحَمَّالِ . وَنَا ، أَنَّ نَفَقَتَهُ تَخْصُهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْحَضَرِ ، وَأَجْرِ الطَّيِّبِ ، وَتَمَنِّهِ الطَّيِّبِ ^(٧) ، وَلِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنَ الرِّيحِ الْجُزْءَ الْمُسَمَّى ، فَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ اسْتَحَقَّ النَّفَقَةَ أَفْضَى إِلَى أَنْ يَخْتَصَّ بِالرِّيحِ إِذَا لَمْ يَرِيحُ سِوَى مَا أَنْفَقَهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَطَ ^(٨) لَهُ النَّفَقَةَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَهُ مَا قَدَّرَ لَهُ مِنْ مَأْكُولٍ وَمَلْبُوسٍ وَمَرْكُوبٍ وَغَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِيِّ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَشْتَرِطَ نَفَقَةَ مَحْدُودَةً ، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَلَهُ نَفَقَتُهُ مِنَ الْمَأْكُولِ ، وَلَا كُسُورَةَ لَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ : لَهُ نَفَقَتُهُ . فَإِنَّهُ يَنْفِقُ . قِيلَ لَهُ : فَيَكْتَسِبُ ؟ قَالَ : لَا ، لِأَنَّ لَهُ النَّفَقَةَ . وَإِنْ كَانَ سَفَرُهُ طَوِيلًا ، يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ كُسُورَةٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهَا ؛ لِأَنَّهُ قِيلَ لَهُ : فَلَمْ يَشْتَرِطْ الْكُسُورَةَ ، إِلَّا أَنَّهُ فِي بَلَدٍ بَعِيدٍ ، وَلَهُ مَقَامٌ طَوِيلٌ ، يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كُسُورَةٍ ؟ فَقَالَ : إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ فَعَلَّ ، مَا لَمْ يَحْمِلْ عَلَى مَالِ الرَّجُلِ ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَصْدَهُ . هَذَا مَعْنَاهُ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا شَرَطَ لَهُ النَّفَقَةَ ، فَلَهُ جَمِيعُ نَفَقَتِهِ ، مِنْ مَأْكُولٍ وَمَلْبُوسٍ ^(٩) بِالْمَعْرُوفِ .

(٧) فِي ب ، م : « الطَّب » .

(٨) فِي أ ، ب : « شَرَط » .

(٩) فِي م : « أَوْ مَلْبُوس » .

وقال أحمد : يُنْفَقُ عَلَى مَعْنَى مَا كَانَ يُنْفَقُ عَلَى نَفْسِهِ ، غَيْرَ مُتَعَدِّ بِالنَّفَقَةِ ، وَلَا مُضِرًّا بِالْمَالِ . وَلَمْ يَذْهَبْ أَحْمَدُ إِلَى تَقْدِيرِ النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْعَارَ تَحْتَلِفُ ، وَقَدْ ثَقُلَ ، وَقَدْ تَكَثَّرُ^(١٠) . فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَرْجِعُ فِي الْقُوتِ إِلَى الْإِطْعَامِ فِي الْكُفَّارَةِ ، وَفِي الْكُسُوفَةِ إِلَى أَقَلِّ مَلْبُوسٍ مِثْلِهِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ لِنَفْسِهِ مَعَ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، أَوْ كَانَ مَعَهُ مُضَارَبَةٌ أُخْرَى ، أَوْ بِضَاعَةٌ لآخَرَ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ إِنَّمَا كَانَتْ لِأَجْلِ السَّفَرِ ، وَالسَّفَرُ لِلْمَالَيْنِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ النَّفَقَةُ مَقْسُومَةً عَلَى قَدْرِهِمَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَبُّ الْمَالِ قَدْ شَرَطَ لَهُ النَّفَقَةَ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ . وَلَوْ أُذِنَ لَهُ فِي السَّفَرِ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ لَقِيَهِ رَبُّ الْمَالِ فِي السَّفَرِ ، إِمَّا بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ ، أَوْ فِي غَيْرِهِ ، وَقَدْ نَضَّ الْمَالُ ، فَأَحَذَ مَالَهُ ، فَطَالَبَهُ الْعَامِلُ بِنَفَقَةِ الرَّجُوعِ إِلَى بَلَدِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ^(١١) النَّفَقَةَ مَا دَامَا فِي الْقِرَاضِ ، وَقَدْ زَالَ ، فَزَالَتِ النَّفَقَةُ ، وَلِذَلِكَ^(١٢) لَوْ مَاتَ لَمْ يَجِبْ تَكْفِينُهُ . وَقَدْ قِيلَ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ شَرَطَ لَهُ نَفَقَةَ ذَهَابِهِ وَرُجُوعِهِ وَغَيْرِهِ ، بِتَسْفِيرِهِ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلنَّفَقَةِ ذَاهِبًا وَرَاجِعًا ، فَإِذَا قَطَعَ عَنْهُ النَّفَقَةَ ، تَضَرَّرَ بِذَلِكَ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُضَارَبِ حُكْمُ الْوَكِيلِ ، فِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ

الْمِثْلِ ، وَلَا يَشْتَرِي بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، مِمَّا لَا يَتَعَابَنُ / النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ^(١٣) ، وَيُضْمَنُ النَّقْصَ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَنْجِبُ بَضْمَانَ النَّقْصِ . وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ لَمْ يُؤَدَّنْ لَهُ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ بَيْعَ الْأَجْنَبِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَعَدَّرَ رَدُّ الْمَبِيعِ ، ضَمِنَ النَّقْصَ أَيْضًا ، وَإِنْ أُمِّكِنَ رَدُّهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَلِرَبِّ الْمَالِ مُطَالَبَةٌ مِنْ شَاءَ مِنَ الْعَامِلِ

(١٠) فِي م : « وَتَكَثَّرَ » .

(١١) فِي أ : « اسْتَحَقَّ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « وَكَذَلِكَ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « صَحِيحٌ » .

أو المُشْتَرَى ، فإن أَخَذَ من المُشْتَرَى قِيَمَتَهُ رَجَعَ العَامِلُ على العَامِلِ بالثَمَنِ ، وإن رَجَعَ على العَامِلِ بِقِيَمَتِهِ رَجَعَ العَامِلُ على المُشْتَرَى بها ، وَرَدَّ عليه الثَمَنُ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ في يَدِهِ . وَأما مَا يَتَعَابَنُ النَّاسُ بِمَثَلِهِ ، فغَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَأما إِذَا اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ بَعَيْنِ المَالِ ، فهو كَالْبَيْعِ . وَإِن اشْتَرَى في الذَّمَّةِ ، لَزِمَ العَامِلُ دُونَ رَبِّ المَالِ ، إِلَّا أَن يُحْيِيزَهُ ، فيكونُ لَهُ . هذا ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ . وقال القاضى : إن أُطْلِقَ الشُّرَاءُ ولم يَذْكُرْ رَبُّ المَالِ ، فكذلك ، وإن صرَّحَ للبايعِ أَنَّنِي اشْتَرَيْتَهُ لِفلانٍ ، فالبيعُ باطلٌ أيضا .

فصل : وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد ؟ على روايتين ؛ الأولى ، جَوَازُهُ إِذَا رَأَى أَنَّ^(١٤) المَصْلَحَةَ فِيهِ ، والرَّيْبُ حاصِلٌ بِهِ ، كما يجوزُ أن يبيعَ عَرَضًا بِعَرَضٍ وَيَشْتَرِيَهُ بِهِ . فإذا قلنا : لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . ففعلُهُ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ ما لو اشْتَرَى أو باعَ بِغَيْرِ ثَمَنِ المِثْلِ . وإن قال له : اعمَلْ بِرَأْيِكَ . فله ذلك . وهل له الزَّرَاعَةُ ؟ يَحْتَمِلُ أن لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ المُضَارَبَةَ لَا يُفْهَمُ مِنْ إِطْلَاقِهَا المُزَارَعَةُ . وقد رَوَى عن أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، في مَنْ دَفَعَ إلى رَجُلٍ أَلْفًا ، وقال : ائْجِرْ فِيها بما شِئْتَ . فزَرَعَ زَرْعًا ، فَرَبِحَ فِيهِ ، فالْمُضَارَبَةُ جَائِزَةٌ ، والرَّيْبُ بَيْنَهُما . قال القاضى : ظَاهِرُ هذا أَنَّ قولَهُ : ائْجِرْ بما شِئْتَ . دَخَلَتْ فِيهِ المُزَارَعَةُ ؛ لِأَنَّها مِنَ الوُجُوهِ الَّتِي يُتَعَمَّى بِها الثَّمَاءُ ، وعلى هذا لو تَوَى^(١٥) المَالُ كُلَّهُ^(١٦) في المُزَارَعَةِ ، لم يَلْزِمُهُ ضَمَانُهُ .

فصل : وله أن يشتري المعيب ، إِذَا رَأَى المَصْلَحَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الرَّيْبُ ، وقد يكونُ الرَّيْبُ في المَعِيبِ . فإن اشْتَرَاهُ يَظُنُّهُ سَلِيمًا ، فَبَانَ مَعِيبًا ، فله فِعْلُ ما يَرَى المَصْلَحَةَ فِيهِ ، مِنْ رَدِّهِ بِالعَيْبِ ، أو إِمْساكِهِ وأَخْذِ أَرْضِ العَيْبِ . فإن اِخْتَلَفَ العَامِلُ وَرَبُّ المَالِ في الرَّدِّ ، فَطَلَبَهُ^(١٧) أَحَدُهُما ، وَأَبَاهُ الأَخْرُ ، فَعَلَّ ما فِيهِ النُّظَرُ وَالْحِظُّ ؛ لِأَنَّ

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) توى المال : هلك .

(١٦) سقط من : ا ، ب .

(١٧) في ا ، ب ، م : (فطالبه) .

المَقْصُودُ تَحْصِيلُ الحَظِّ ، فَيُحْتَمَلُ^(١٨) الأَمْرُ عَلَى^(١٩) مَا فِيهِ الحَظُّ . وَأَمَّا الشَّرِيكَانِ^(٢٠) إِذَا ائْتَمَرَا^(٢١) فِي رَدِّ المَعْيِبِ ، فَلِطَالِبِ الرَّدِّ رَدُّ نَصِيْبِهِ ، وَلِلآخَرِ إِمْسَاكُ نَصِيْبِهِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ البَائِعُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الشَّرَاءَ لهما جَمِيعًا ، فَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ رَدِّ بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الحَالِ أَنَّ العَقْدَ لِمَنْ وَلِيَهُ ، فَلَمْ يَجْزُ إِذْ خَالَ الضَّررُ عَلَى البَائِعِ بِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي وَلِيَ العَقْدَ رَدِّ بَعْضِ / المَبِيعِ وَإِمْسَاكُ البَعْضِ ، كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ مالِو أَرَادَ شَرِيكُهُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ .

فصل : وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه ؛ لأن عليه فيه ضررًا . فإن اشتراه بإذن رب المال ، صح ؛ لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه ، فإذا أذن لغيره فيه ، جاز ، ويعتق عليه ، وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه ؛ لأنه قد تليف ، ويكون محسوبًا^(٢٢) على رب المال . فإن كان ثمنه كل المال ، انفسخت المضاربة . وإن كان في المال ربح ، رجع^(٢٣) العامل بحصته منه ، وإن كان بغير إذن رب المال ، احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينًا ؛ لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه ، فكان بمنزلة مالو اشترى شيئًا بأكثر من ثمنه ، ولأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه ، فلا يتناول غير ذلك . وإن كان^(٢٤) اشتراه في الذمة ، وقع الشراء للعاقيد ، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة ، فإن فعل ضمن .^(٢٥) وهذا قول^(٢٦) الشافعي وأكثر الفقهاء . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد صحة الشراء ؛ لأنه مال متقوم قابل للعقود ، فصح شراؤه ، كما لو اشترى من نذر رب المال إعاقته ، ويعتق على رب المال ، وتنفسخ

(١٨) في ١ ، ب ، م : « فيحتمل » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) ٢٠ - ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في الأصل : « محبوسا » .

(٢٢) في ب ، م : « جعل » .

(٢٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٤) - ٢٤) في ب ، م : « وهذا قال » .

المُضَارَبَةُ فِيهِ . وَيَلْزِمُ الْعَامِلَ ضَمَانَهُ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ جَهَلَ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارَبَةِ تَلَفٌ بِسَبَبِهِ ، وَلَا فَرْقَ فِي الْإِثْلَافِ الْمَوْجِبِ لِلضَّمَانِ بَيْنَ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ . وَفِيمَا يَضْمَنُهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ فِيهِ ثُمَّ تَلَفَ ، فَأَشْبَهَهُ ، مَالُو أُمَّتِهِ بِفِعْلِهِ . وَالثَّانِي ، الثَّمَنُ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ حَصَلَ بِالشَّرَاءِ ، وَيَبْدُلُ الثَّمَنَ فِيهَا يَتَلَفُ بِالشَّرَاءِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا قَرَطَ فِيهِ . وَمَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِيحٌ فَلِلْعَامِلِ حِصَّتُهُ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ لَمْ يَكُنِ الْعَامِلُ عَالِمًا بِأَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ لِمَعْنَى فِي الْمَبِيعِ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا لَمْ يَعْلَمْ بِعَيْبِهِ ، فَتَلَفَ بِهِ . قَالَ : وَيَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يَضْمَنْ ، وَإِنْ عَلِمَ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى امْرَأَةً رَبِّ الْمَالِ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ . فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ يَلْزِمُ الزَّوْجَ نَصْفُ الصَّدَاقِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزِمُهُ . رَجَعَ بِهِ عَلَى الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ ^(٢٥) تَقْرِيرُهُ عَلَيْهِ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَفْسَدَتْ امْرَأَةٌ نِكَاحَهُ بِالرِّضَاعِ . وَإِنْ اشْتَرَى ^(٢٦) زَوْجَ رَبِّةِ الْمَالِ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ زَوْجَهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ الشَّرَاءُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ إِنَّمَا يَتَنَاوَلُ شِرَاءَ مَالِهَا فِي حِطِّ ، وَشِرَاءَ زَوْجِهَا يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّهُ يَفْسَخُ نِكَاحَهَا ، وَيَضُرُّهَا ، وَيُسْقِطُ حَقَّهَا مِنَ التَّفَقُّةِ وَالْكُسُورَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَشِرَاءِ ابْنِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَا يُمَكِّنُ طَلْبَ الرِّبْحِ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيًّا . وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْعَامِلِ فِي مَا يُفَوِّتُ مِنَ الْمَهْرِ وَيُسْقِطُ مِنَ التَّفَقُّةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْوَدُ إِلَى الْمُضَارَبَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ بِسَبَبِ آخَرَ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ شِرَائِهِ فِي الذَّمِّ أَوْ بَعِينِ الْمَالِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمَأْذُونُ لَهُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِإِذْنِهِ ، صَحَّ وَعَتَقَ . فَإِنْ كَانَ ١٤٨/٤ ظ

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « بَيْتٌ » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

على المأذون له دينٌ يستعرق قيمته وما في يده ، وقلنا : يتعلق الدينُ برقبته . فعليه دفعُ قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء ؛ لأنه الذي أئلف عليهم بالعتق . وإن نهاه عن الشراء ، فالشراء باطلٌ ؛ لأنه يملكه بالإذن ، وقد زال بالنهاي . وإن أطلق الإذن ، فقال أبو الخطاب : يصحُّ شراؤه ؛ لأنَّ من صحَّ أن يشتريه السيّد ، صحَّ شراءُ المأذون له ، كالأجنبيِّ . وهذا قولٌ أبا حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا . وقال القاضي : لا يصحُّ ؛ لأنَّ فيه إئلافاً على السيّد ، فإنَّ إذنه يتناول ما فيه حظُّ ، فلا يدخل فيه الإئلاف . وفارق عامل المضاربة ؛ لأنه يضمن القيمة ، فيزول الضرر . وللشافعي قولان ، كالوجهين . وإن اشترى امرأة ربِّ المال ، أو زوج ربه المال ، فهل يصحُّ ؟ على وجهين أيضا ، كشرائه من يعتق بالشراء .

فصل : وإن اشترى المضارب من يعتق عليه ، صحَّ الشراء . فإن لم يكن ظهر في المال ربح ، لم يعتق منه شيء ، وإن ظهر فيه ربح ، ففيه وجهان ، مئينان على العامل متى يملك الربح ؟ فإن قلنا : يملكه بالقسمة . لم يعتق منه شيء ؛ لأنه ما ملكه . وإن قلنا : يملكه بالظهور . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يعتق . وهو قول أبي بكرٍ ؛ لأنه لم يتم ملكه عليه ، لأنَّ الربح وقايةٌ لرأس^(٢٧) المال ، فلم يعتق لذلك . والثاني ، يعتق بقدر حصته من الربح ، إن كان مُعسرا ، ويُقوم عليه باقيه إن كان مُوسرا ؛ لأنه ملكه بفعله ، فاعتق^(٢٨) عليه ، كالمو اشتراه بماله . وهذا قول القاضي ، ومذهب أصحاب أبي حنيفة ، لكن عندهم يستسعى في بيعته إن كان مُعسرا . ولنا رواية كقولهم . وإن اشتراه ولم يظهر ربح ، ثم ظهر بعد ذلك ، والعبء باقٍ في التجارة ، فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء . وقال الشافعي : إن اشتراه بعد ظهور الربح ، لم يصح ، في أحد الوجهين ؛ لأنه يؤدي إلى أن يتجزأ^(٢٩) العامل حقه قبل ربِّ المال . ولنا ، أنَّهما شريكان ، فصحَّ

(٢٧) في الأصل : رأس .

(٢٨) في ب : فعتق .

(٢٩) في ا ، ب ، م : ينجز .

شِرَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَشْرِيكِي الْعِنَانِ .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ مَا تَنَاوَلَ أَكْثَرَ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفًا ، فَاشْتَرَى عَبْدًا بِالْفِ ، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدًا آخَرَ بِعَيْنِ الْأَلْفِ ، فَالشِّرَاءُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالٍ يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَالْعَبْدُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى / فِي ذِمَّتِهِ لِغَيْرِهِ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي شِرَائِهِ ، فَوَقَعَ لَهُ . وهل يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ رَبِّ الْمَالِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَا . ١٤٩/٤

فصل : وليس لِلْمُضَارِبِ وَطْءُ أُمَةٍ مِنَ الْمُضَارِبَةِ ، سِوَاءَ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِيهِ الْمَهْرُ وَالتَّعْزِيرُ . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ وَلَمْ يَظْهَرْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَوَلَدُهُ ؛ لِذَلِكَ (٣٠) . وَإِنْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَتَصِيرُ أُمٌّ وَوَلَدُهُ ، وَعَلِيهِ قِيمَتُهَا . وَنَحْوَ هَذَا قَالَ سَفِيَانُ وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَيْهِ التَّعْزِيرَ ؛ لِأَنَّ ظُهُورَ الرِّبْحِ يَنْبَنِي عَلَى التَّقْوِيمِ ، وَالتَّقْوِيمُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ السَّلْعَ تُسَاوِي أَكْثَرَ مِمَّا قُوِّمَتْ بِهِ ؛ فَيَكُونُ ذَلِكَ (٣١) شُبْهَةً فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ ، لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ .

فصل : وليس لِرَبِّ الْمَالِ وَطْءُ الْأُمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْفُصُهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَيُعْرَضُهَا لِلخُرُوجِ مِنَ الْمُضَارِبَةِ وَالتَّلْفِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمٌّ وَوَلَدُهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِذَلِكَ (٣٠) ، وَتَخْرُجُ مِنَ الْمُضَارِبَةِ ، وَتُحْسَبُ قِيمَتُهَا ، وَيُضَافُ إِلَيْهَا بَقِيَّةُ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ فَلِلْعَامِلِ حِصَّتُهُ مِنْهُ .

فصل : وإذا أذِنَ رَبُّ الْمَالِ لِلْمُضَارِبِ فِي الشِّرَاءِ (٣٢) مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ (٣٢) ،

(٣٠) في ١ ، ب ، م ، : « كذلك » .

(٣١) في الأصل : « له » .

(٣٢) - (٣٢) سقط من : الأصل .

فاشترى جارية لِيَسْرَى بها ، خَرَجَ ثَمَنُهَا مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وصَارَ قَرْضًا فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ اسْتِبَاحَةَ البُضْعِ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِمِلْكِهِ ؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٣٣) .

فصل : وليس لواحدٍ منهما تزويجُ الأمة ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُهَا ، وَلَا مُكَاتَبَةَ الْعَبْدِ ؛ لِذَلِكَ .
فإن اتَّفَقَا عَلَى ذلك ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لهما لَا يَخْرُجُ عنهما .

فصل : وليس لِلْمُضَارِبِ دَفْعُ المَالِ إِلَى آخِرِ مُضَارَبَةٍ . نَصَّ عَلَيْهِ أحمدُ ، فِي رِوَايَةِ الأَثَرِمِ ، وَخَرِبَ ، وَعَبَدَ اللَّهِ ، قَالَ : إن أذِنَ لَهُ رَبُّ المَالِ ، وَإِلَّا فلا . وَخَرَجَ القاضِي وَجْهًا فِي جَوَازِ ذلك ، بِنَاءً عَلَى توكِيلِ الوَكِيلِ من غيرِ إِذْنِ المُوَكَّلِ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّخْرِيجُ ، وَقِيَّاسُهُ عَلَى الوَكِيلِ مُتَتَبِعٌ لِوَجْهَيْهِ ؛ أَحدهما ، أَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ المَالُ هَهُنَا لِضَارِبٍ بِهِ ، وَبَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً^(٣٤) يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ مُضَارِبًا بِهِ ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ . الثاني ، أَنَّ هَذَا يُوجِبُ فِي المَالِ حَقًّا لغيرِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِجْبَابُ حَقِّ فِي مالِ إنسانٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهَذَا قال أبو حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا أعْرِفُ عَنْ غَيْرِهِم خِلَافَهُمْ . فإن فَعَلَ ، فَلَمْ يَتَلَفَ المَالُ ، وَلَا ظَهَرَ فِيهِ رَيْحٌ ، رَدَّهُ إِلَى مالِكِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ . وَإِنْ تَلَفَ ، أَوْ رَيْحَ فِيهِ ، فقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ : هو فِي الضَّمَانِ وَالتَّصَرُّفِ كَالغاصِبِ ، وَرَبُّ المَالِ مُطَالِبَةٌ مَنْ شاءَ مِنْهُمَا بِرَدِّ المَالِ / إن كان باقِيًا ، وَبِرُدِّ بَدَلُهُ إن كان تَالِفًا ، أَوْ تَعَدَّرَهُ ، فإن طالَبَ الأَوَّلَ ، وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ التَّالِفِ ، ولم يكن الثاني عَليمًا^(٣٥) بِالْحالِ ، لم يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ^(٣٦) مِنْهُ^(٣٧) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الأَمَانَةِ . وَإِنْ عَليمٌ بِالْحالِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ مالَ غَيْرِهِ عَلَى سَبِيلِ العُدْوَانِ ، وَتَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ^(٣٨)

(٣٣) سورة المؤمنون ٦ .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) في م : ه على علم .

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٨) في ا : الضمان .

عليه . وإن ضَمَّنَ الثاني معِ عَلَيْهِ بِالْحَالِ ، لم يَرْجِعْ على الأَوَّلِ . وإن لم يَعْلَمْ ، فهل يَرْجِعْ على الأَوَّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَرْجِعْ عليه ؛ لِأَنَّهُ غَرَّةٌ ، فَأَشْبَهَ مَالُو غَرَّةٌ بِحُرِّيَّةِ أُمَّةٍ . والثاني : لا يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ كان في يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن رَبِحَ في المَالِ ، فَالرَّبِيحُ لِلْمَالِكِ ، ولا شَيْءٌ لِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه مَالٌ ولا عَمَلٌ . وهل للثاني أَجْرٌ مِثْلُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، له ذلك ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ في مَالٍ غَيْرِهِ بِعَوَضٍ لم يُسَلِّمْ له ، فَكان له أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كالمُضَارِبَةِ الفاسِدَةِ . والثانية ، لا شَيْءَ له ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ في مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم يَسْتَحِقِّ لذلك عِوَضًا ، كَالْغاصِبِ . وفارَقَ المُضَارِبَةَ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ في مَالِهِ بِإِذْنِهِ . وسواءَ اشْتَرَى بِعَيْنِ المَالِ أو في الذِّمَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إذا اشْتَرَى في الذِّمَّةِ يَكُونُ الرَّبِيحُ له ، لِأَنَّهُ رَبِحَ فيما اشْتَرَاهُ في ذِمَّتِهِ مِمَّا لم يَقَعْ^(٣٩) الشِّرَاءُ فيه لغيره ، فَأَشْبَهَ مَالُو لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ من مَالِ رَبِّ المَالِ . قال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ : هذا قولُ أَكْثَرِهِمْ . يعنى قولَ مالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ، وأبى حنيفةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إن كان عَامِلًا بِالْحَالِ ، فلا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، كَالْغاصِبِ ، وإن جَهِلَ الحَالُ ، فله أَجْرٌ مِثْلِهِ ، يَرْجِعُ به على المُضَارِبِ الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّةٌ ، واستَعْمَلَهُ بِعَوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فَوَجَبَ أَجْرُهُ عليه ، كما لو اسْتَعْمَلَهُ في مَالٍ نَفْسِهِ . وقال القاضِي : إن اشْتَرَى بِعَيْنِ المَالِ ، فالشِّرَاءُ باطلٌ . وإن كان اشْتَرَى في الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ المَالُ ، وكان قد شَرَطَ رَبُّ المَالِ لِلْمُضَارِبِ النُّصْفَ ، فدَفَعَهُ المُضَارِبُ إلى آخَرَ ، على أن يَكُونَ لِرَبِّ المَالِ النُّصْفُ ، والنُّصْفُ الآخَرُ بينهما ؛ فهو على ما اتَّفَقُوا عليه ؛ لِأَنَّ رَبَّ المَالِ رَضِيَ بِنُصْفِ^(٤٠) الرَّبِيحِ ، فلا يَدْفَعُ إليه أَكْثَرَ منه ، والعَامِلانِ على ما اتَّفَقَا عليه . وهذا قولٌ قَدِيمٌ للشَّافِعِيِّ . وليس هذا مُوَافِقًا لأَصُولِ المَذْهَبِ ، ولا لِنَصِّ أَحْمَدَ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قال : لا يَطِيبُ الرَّبِيحُ لِلْمُضَارِبِ . ولأنَّ المُضَارِبَ الأَوَّلَ ليس له عَمَلٌ ولا مَالٌ ، ولا يَسْتَحِقُّ الرَّبِيحَ في المُضَارِبَةِ إلا بواجِدٍ منهما ، والعَامِلُ الثاني عَمِلَ في مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ولا شَرَطَهُ ، فلم يَسْتَحِقِّ ما شَرَطَهُ^(٤١) له غيرُهُ ، كما لو دَفَعَهُ إليه الغاصِبُ

(٣٩) في ١ ، ب ، م زيادة : في .

(٤٠) في الأصل : بالنصف من .

(٤١) في الأصل : شرط .

مُضَارَبَةً ، ولأنَّه إذا لم يَسْتَحِقَّ ما شَرَطَهُ له رَبُّ المَالِ في المُضَارَبَةِ الفاسِدَةِ ، فما شَرَطَهُ له
غَيْرُهُ بغيرِ إِذْنِهِ أَوْلَى .

فصل : وإن أُذِنَ رَبُّ المَالِ في دَفْعِ المَالِ مُضَارَبَةً ، جازَ ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا
تَعْلَمُ فيه خِلافًا . ويكونُ العَامِلُ الأَوَّلُ وَكَيْلًا لِرَبِّ المَالِ في ذلك . فإذا دَفَعَهُ إلى آخَرَ ، ولم
يَشْرُطْ لِنَفْسِهِ شيئا من الرِّبْحِ ، كان صَحِيحًا . وإن شَرَطَ لِنَفْسِهِ شيئا من الرِّبْحِ ، لم
يَصِحَّ ؛ لأنَّه ليس من جِهَتِهِ مالٌ ولا عَمَلٌ ، والرِّبْحُ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بواحدٍ منهما . وإن قال :
اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ، أو بما أَرَاكَ اللهُ . جازَ له دَفْعُهُ مُضَارَبَةً . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه قد يَرى أن يَدْفَعَهُ
إلى أَبْصَرَ منه . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ له ذلك ؛ لأنَّ قَوْلَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . يَعْنِي في كَيْفِيَّةِ
المُضَارَبَةِ والبَيْعِ والشِّرَاءِ وأنواعِ التَّجَارَةِ ، وهذا يَخْرُجُ به عن المُضَارَبَةِ ، فلا يَتَنَاوَلُهُ
إِذْنُهُ .

فصل : وليس له أن يَخْلِطَ مالَ المُضَارَبَةِ بِمالِهِ ، فإن فَعَلَ ولم يَتَمَيَّزْ ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه
أمانةٌ ، فهو^(٤٢) كالوديعَةِ . فإن قال له : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . جازَ^(٤٣) ذلك . وهو قولُ
مالِكِ ، والثَّوْرِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال الشَّافِعِيُّ : ليس له ذلك . وعليه الضَّمَانُ إن
فَعَلَهُ ؛ لأنَّ ذلك ليس من التَّجَارَةِ . ولنا ، أنَّه قد يَرى الحَلْطَ أصْلَحَ له ، فيَدْخُلُ في
قَوْلِهِ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . وهكذا القولُ في المُشَارَكَةِ به ليس له فِعْلُهَا ، إلا أن يَقولَ : اعْمَلْ
بِرَأْيِكَ . فَيَمْلِكُهَا .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِيَ خَمْرًا ولا خنزيرًا ، سواءً كانا مُسْلِمَيْنِ أو كان أحدهما
مُسْلِمًا والآخَرَ ذِمِّيًّا ، فإن فَعَلَ ، فعليه الضَّمَانُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة :
إن كان العَامِلُ ذِمِّيًّا صَحَّ شِراؤُهُ لِلخَمْرِ ، وَيَبِيعُهُ إِياها ؛ لأنَّ المِلْكَ عنده يَنْتَقِلُ إلى
الوَكيلِ ، وحقوقُ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ به . وقال أبو يوسفَ ومحمدُ : يَصِحُّ شِراؤُهُ إِياها ؛ لأنَّ

(٤٢) في ١ ، ب ، م : « فهي » .

(٤٣) في م زيادة : « له » .

المَلِكُ فِيهَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَا لَيْسَ بِمِلْكِهِ لَهُ^(٤٤) ، وَلَا لِمَوْلَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ مُسْلِمًا ، فَقَدْ اشْتَرَى خَمْرًا ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ خَمْرًا وَلَا يَبِيعَهُ ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا ، فَقَدْ اشْتَرَى لِلْمُسْلِمِ مَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَمْلِكَهُ ابْتِدَاءً ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْخِنْزِيرَ ، وَلَئِنَّ الْخَمْرَ مُحَرَّمَةٌ ، فَلَا يَصِحُّ شِرَاؤها ، كَالْخِنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ ، وَلَئِنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ . وَكُلُّ مَا جَازَ فِي الشَّرِكَةِ ، جَازَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَمَا جَازَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، جَازَ فِي الشَّرِكَةِ ، وَمَا مَنَعَ مِنْهُ فِي إِحْدَاهُمَا^(٤٥) مَنَعَ مِنْهُ فِي الْأُخْرَى^(٤٦) ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ شَرِكَةٌ ، وَمَبْنَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْأَمَانَةِ .

٨٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ضَارَبَ لِرَجُلٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُضَارَبَ لِآخَرَ ، إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْأَوَّلِ . فَإِنْ فَعَلَ ، وَرَبِحَ ، رَدَّهُ فِي شَرِكَةِ الْأَوَّلِ)

وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان^(١) مضاربةً ، ثم أراد أخذ مضاربةً أخرى^(٢) من آخر ، فأذن له الأول ، جاز . وإن لم يأذن له^(٣) ، ولم يكن عليه / ضررٌ ، جاز أيضا ، ١٥٠/٤ ظ بغير خلاف ، وإن كان فيه ضررٌ على رب المال الأول^(٤) ، ولم يأذن له^(٥) ، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج^(٦) أن يقطع زمانه ، ويشغله عن التجارة في الأول ، أو يكون^(٧)

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) في ا ، ب ، م : « أحدهما » .

(٤٦) في الأصل : « الآخر » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٦) في م زيادة : « إلى » .

(٧) في ا ، ب ، م : « ويكون » .

المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته ، لم يجز له ذلك . وقال
أكثر الفقهاء : يجوز ؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يمنع من المضاربة ، كما لو
لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك . ولنا ، أن المضاربة على الحظ والنماء ، فإذا فعل
ما يمنعه ، لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق ما لا ضرر فيه . فعلى هذا إذا
فعل وربح ، رد الربح في شركة الأول ، ويقتسمانه ، فليُنظر^(٨) ما ربح في المضاربة
الثانية ، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح ، فيضمه
إلى ربح المضاربة الأولى ، ويقاسمه لرب^(٩) المضاربة الأولى ؛ لأنه استحق حصته من
الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول ، فكان بينهما ، كربح المال الأول . فأما
حصته رب المال الثاني من الربح ، فتدفع إليه ؛ لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق
رب المال الثاني ، ولأنه لو رد لنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى ، لأختص الضرر برب
المال الثاني ، ولم يلحق المضارب شيء من الضرر ، والعدوان منه ، بل ربما انتفع إذا كان
قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة
الثانية ، أو بصحتها ، فإن كانت فاسدة ، فالربح كله لرب المال ، وللمضارب أجر
مثله ، وإن حكمتا بصحتها ، وجب صرف حصته رب المال إليه بمقتضى العقد
وموجب الشرط . والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح^(١٠) الثانية
شيئا ؛ لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل .
وتعدى المضارب إنما كان بترك العمل ، واشتغاله عن المال الأول ، وهذا لا يوجب
عوضاً ، كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه ، أو آجر نفسه ، أو ترك التجارة للعب ، أو
اشتغال بعلم ، أو غير ذلك . ولو أوجب عوضاً ، لأوجب شيئاً مقدراً ، لا يختلف ولا
يتقدر بربحه في الثاني . والله أعلم .

(٨) في الأصل ، ب : يتنظر .

(٩) في م : رب .

(١٠) في الأصل ، م : رب .

فصل : وإن دَفَعَ إليه مُضَارِبَةٌ ، واشتَرَطَ النَّفَقَةَ ، فكلَّمَهُ رَجُلٌ في أن يأخُذَ له بِضَاعَةً أو مُضَارِبَةً ، ولا ضَرَرَ فيها . فقال أحمدُ : إذا اشتَرَطَ النَّفَقَةَ ، صارَ أَجِيرًا له ، فلا يأخُذُ من أَحَدٍ بِضَاعَةً ، فَإِنَّهَا تَشْعَلُهُ عن المَالِ الذي يُضَارِبُ به . قيل : فإن كانت لا تَشْعَلُهُ ؟ فقال : ما يُعْجِبُنِي أن يكونَ إلا بِإِذْنِ صَاحِبِ المُضَارِبَةِ ، فَإِنَّه لا بُدَّ من شُغْلٍ . وهذا ، واللهُ أعلمُ ، على / سَبِيلِ الاستِحْبَابِ . وإن فَعَلَ ، فلا شَىءَ عليه ؛ لأنَّهُ لا ضَرَرَ على رَبِّ المُضَارِبَةِ فيه .

١٥١/٤ و

فصل : وإن أَخَذَ من رَجُلٍ مُضَارِبَةً ، ثم أَخَذَ من آخَرَ بِضَاعَةً ، أو عَمِلَ في مالِ نَفْسِهِ ، أو اتَّجَرَ^(١١) فيه ، فَرِنَحُهُ في مالِ البِضَاعَةِ لِصَاحِبِهَا ، وفي مالِ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ .

فصل : إذا أَخَذَ من رَجُلٍ مائةَ قَرَاضًا ، ثم أَخَذَ من آخَرَ مِثْلَهَا ، واشتَرَى بِكُلِّ مائةٍ عَبْدًا ، فاخْتَلَطَ العَبْدَانِ ، ولم يَتَمَيَّزَا ، فَإِنَّهُمَا يَصْطَلِحَانِ عليهما . كَالوَ كَانَتْ لِرَجُلٍ حِنْطَةٌ ، فانتالَتْ عليهما^(١٢) أُخْرَى . وَذَكَرَ القَاضِي في ذلكَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا ، يَكُونانِ شَرِيكَيْنِ فِيهِمَا ، كَالوَ اشْتَرَكَا في عَقْدِ البَيْعِ ، فَيُباعانِ ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، فإن كانَ فِيهِمَا رِبْحٌ دَفَعَ إلى العَامِلِ حِصَّتَهُ ، والباقى بَيْنَهُما نِصْفَيْنِ^(١٣) . والثاني ، يَكُونانِ لِلعَامِلِ ، وعليه أداءُ رَأْسِ المَالِ ، والرَّبْحُ له والخُسْرانُ عليه . ولِلشَّافِعِيِّ قَوْلانِ ، كالوَجْهَيْنِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ مِلْكَ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُما ثابتٌ في أَحَدِ العَبْدَيْنِ ، فلا يَزُولُ بالاشتِبابِ عن جَمِيعِهِ ، ولا عن بَعْضِهِ ، بغيرِ رِضاهُ ، كَالوَ لم يَكُونَا في يَدِ المُضَارِبِ ، ولأنَّنا لَو جَعَلناهُما لِلْمُضَارِبِ ، أَدَّى إلى أن يكونَ تَفْرِيطُهُ سَبَبًا لِانْفِرادِهِ بالرَّبْحِ ، وَجِزْمَانِ المُتَعَدِّي عليه ، وَعَكْسُ ذلكَ أَوْلَى ، وإن جَعَلناهُما شَرِيكَيْنِ ، أَدَّى إلى أن يأخُذَ أَحَدُهُما رِبْحَ مالِ الآخَرِ بغيرِ رِضاهُ ؛ وليس له فيه مالٌ ولا عَمَلٌ .

(١١) في ١ : « واتجر » .

(١٢) في ب ، م : « عليه » .

(١٣) أى : وجعل الباقى بينهما نصفين .

فصل : إذا تَعَدَّى الْمُضَارِبُ ، وَفَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، أَوْ اشْتَرَى شَيْئًا نَهَى عَنْ شِرَائِهِ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَحَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَنَافِعٍ ، وَإِيَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَّادٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ شُورِكَ فِي الرَّبْحِ . وَرُوِيَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ وَالزُّهْرِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ . وَلَا نَقُولُ بِمُشَارَكَتِهِ فِي الرَّبْحِ ، فَلَا يَتَنَاوَلُهُ قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَمَتَى اشْتَرَى مَا لَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ ^(١٤) فِيهِ ، فَرَبِحَ فِيهِ ، فَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو قَلَابَةَ ، وَنَافِعٌ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُمَا يَتَصَدَّقَانِ بِالرَّبْحِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ . قَالَ الْقَاضِي : قَوْلُ أَحْمَدَ : يَتَصَدَّقَانِ بِالرَّبْحِ . عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، وَهُوَ لِرَبِّ الْمَالِ فِي الْقَضَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ . وَقَالَ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَمَالِكٌ : الرَّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّهُ تَوْعُّعٌ تَعَدَّى ، فَلَا يَمْنَعُ كَوْنُ الرَّبْحِ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، كَمَا لَوْ لَيْسَ التَّوْبُ ، أَوْ رَكِبٌ ^(١٥) ذَابَةٌ لَيْسَ لَهُ رُكُوبُهَا / . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا اشْتَرَى فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ تَقَدَّمَ الْمَالُ ، فَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَالشَّرَاءُ بَاطِلٌ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى هُوَ ^(١٦) مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا بَطُلَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَمْ يَرَوْ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِالرَّبْحِ إِلَّا حَنْبَلٌ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ ، وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو لَيْبِدٍ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ، قَالَ : عَرَضَ لِلنَّبِيِّ ﷺ جَلَبٌ ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا ، فَقَالَ : « عُرْوَةُ ، إِنَّتِ الْجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . فَاتَيْتُ الْجَلَبَ ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّقُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا ، فَلَقِينِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَاوَمَنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ ^(١٧) شَاةً بِالْدِينَارِ ، فَجِئْتُ بِالْدِينَارِ وَالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٥) في ا ، ب ، م : « وركب » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب ، م : « منها » .

الله ، هذا دِينَارُكُمْ ، وهذه شَاتِكُمْ . قال : « وَكَيْفَ صَنَعْتَ ؟ » فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ ، فقال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ^(١٨) . ولأنه نَمَاءٌ مَالٍ غَيْرِهِ ، بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ ، فكان لِمَالِكِهِ ، كما لو غَصَبَ حِنْطَةً فَوَزَعَهَا . فَأَمَّا الْمُضَارِبُ ، ففيه رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَقْدًا لَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ فِيهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، كَالْغَاصِبِ . وهذا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . والثانية ، له أَجْرٌ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ رَضِيَ بِالْبَيْعِ ، وَأَخَذَ الرَّبْحَ ، فَاسْتَحَقَّ الْعَامِلُ عَوَضًا ، كما لو عَقَدَهُ بِإِذْنِهِ^(١٩) . وفي قَدْرِ الْأَجْرِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَجْرٌ مِثْلُهُ ، ما لم يُحِطْ بِالرَّبْحِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ما يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعَوَضَ ، ولم يُسَلِّمْ لَهُ الْمُسَمَّى ، فكان له أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كَالْمُضَارِبَةِ الْفَاسِدَةِ . والثانية ، له الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ أَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ الْمُسَمَّى ، فَقَدِ رَضِيَ بِهِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ أَجْرَ الْمِثْلِ ، لم يَسْتَحِقَّ أَكْثَرَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ ما أَمَرَ^(٢٠) بِهِ . وَإِنْ قَصَدَ الشَّرَاءَ لِنَفْسِهِ ، فلا أَجْرَ لَهُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وقال القاضي ، وأبو الْحَطَّابِ : إِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، ثم نَقَدَ الْمَالُ ، فلا أَجْرَ لَهُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ ، فعلى رَوَايَتَيْنِ .

فصل : وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه ؛ من نشر الثوب ، وطيه ، وعرضه على المشتري ، ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن ، وإتقاده ، وشد الكيس ، وختمه ، وإحرازه في الصندوق ، ونحو ذلك . ولا أَجْرَ لَهُ^(٢١) عليه ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلرَّبْحِ فِي مُقَابَلَتِهِ . فَإِنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ ، فالأجر عليه خاصة ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهِ . فَأَمَّا ما لا يَلِيهِ^(٢٢) رَبُّ الْمَالِ^(٢٢) فِي الْعَادَةِ ؛

(١٨) تقدم تحريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(١٩) في ا ، ب ، م : « بإذن » .

(٢٠) في م : « رضى » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) (٢٢-٢٢) في م : « العامل » .

مثل التَّدَاءِ عَلَى الْمَتَاعِ ، وَنَقَلَهُ إِلَى الْخَانِ ، فَلَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ عَمَلُهُ ، وَلَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مَنْ يَعْمَلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْمُضَارَبَةِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ / ، لِمَشَقَّةِ اشْتِرَاطِهِ ، فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ . فَإِنْ فَعَلَ الْعَامِلُ مَا لَا يَلْزَمُهُ فِعْلُهُ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا أُجْرَ لَهُ . وَإِنْ فَعَلَهُ لِيَأْخُذَ عَلَيْهِ أُجْرًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ أَيْضًا ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ . وَخَرَجَ أَصْحَابُنَا وَجْهًا ، أَنَّ لَهُ الْأَجْرَ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرِيكِ إِذَا انْفَرَدَ بِعَمَلٍ لَا يَلْزَمُهُ ، هَلْ لَهُ أُجْرٌ لَذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ عَمَلًا لَمْ يُجْعَلْ لَهُ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، كَالْأَجْنَبِيِّ .

فصل : وَإِذَا سُرِقَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ أَوْ غَصِبَ ، فَلِلْمُضَارِبِ (٢٣) طَلْبُهُ ، وَالْمُحَاصِمَةَ فِيهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَيْسَ لَهُ (٢٤) ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ عَقَدَ عَلَى التَّجَارَةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ الْخُصُومَةُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي حِفْظَ الْمَالِ ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ ، سِيَّمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنْ رَبِّ الْمَالِ ، إِمَّا لِسَفَرِ الْمُضَارِبِ ، أَوْ رَبِّ الْمَالِ ، فَإِنَّهُ لَا مُطَالِبَ (٢٥) بِهِ (٢٦) إِلَّا الْمُضَارِبُ ، فَإِنْ تَرَكَهُ ضَاعَ . فَعَلَى هَذَا إِنْ تَرَكَ الْخُصُومَةَ وَالطَّلَبَ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، غَرِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ ضَيَعَهُ وَقَرَطَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ حَاضِرًا ، وَعَلِمَ الْحَالَ ، لَمْ يَلْزَمِ الْعَامِلَ طَلْبَهُ ، وَلَا يَضْمَنُهُ إِذَا تَرَكَهُ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ وَكِيلِهِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى لِلْمُضَارَبَةِ عَبْدًا ، فَقَتَلَهُ عَبْدٌ لغيرِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رَيْحٌ ، فَلَا تُمْرُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، إِنْ شَاءَ ائْتَصَّ ، وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، وَتَبَطَّلَ الْمُضَارَبَةُ فِيهِ ؛ لِدَهَابِ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى مَالٍ ، فَإِنْ عَفَا عَلَى (٢٧) مِثْلِ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْ أَقَلَّ ،

(٢٣) فِي م : « فَعَلَ الْمُضَارِبَ » .
 (٢٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .
 (٢٥) فِي م : « يَطْلُبُ » .
 (٢٦) فِي م : « لَهُ » .
 (٢٧) فِي م نِيَادَةً : « مَالٌ » .

أو أَكْثَرَ ، فالْمُضَارِبَةُ بِحَالِهَا ، والرَّيْحُ بينهما على شَرْطِهُمَا ؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ بَدَلٌ عَنِ رَأْسِ الْمَالِ ، فهو كما لو وَجَدَ بَدَلَهُ بِالْبَيْعِ ، وإن كان في العَبْدِ رَيْحٌ ، فالقِصَاصُ إليهما ، والمُصَالِحَةُ كذلك ؛ لَكَوْنُهُمَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ . والحُكْمُ في انْفِصَاحِ الْمُضَارِبَةِ وَبِقَائِهَا على ما تَقَدَّمَ .

٨٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَلا يَسْتَوِي رَيْحٌ حَتَّى يَسْتَوِيَ رَأْسُ الْمَالِ)

يَعْنِي أَنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ أَخْذَ شَيْءٍ مِنَ الرَّيْحِ حَتَّى يُسَلَّمَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى رَبِّهِ ، ومتى كان في المَالِ حُسْرَانٌ وَرَيْحٌ ، جُيِرَتِ الوَضِيعَةُ مِنَ الرَّيْحِ ، سواءَ كان الحُسْرَانُ والرَّيْحُ في مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ ، أو الحُسْرَانُ في صَفْقَةٍ والرَّيْحُ في أُخْرَى ، أو أَحَدُهُما في سَفَرَةٍ والأُخْرَى في أُخْرَى ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الرَّيْحِ هو الفاضِلُ عَنِ رَأْسِ الْمَالِ ، وما لم يُفْضَلْ فليس بِرَيْحٍ . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا ، وأما مِلْكُ العامِلِ لِنَصِيبِهِ مِنَ الرَّيْحِ بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ قَبْلَ القِسْمَةِ ، فظاهرُ المذهبِ أَنَّهُ يَثْبُتُ . هذا الذي ذَكَرَهُ القاضِي مَذْهَبًا . وبه قال أبو حنيفة . وحكى أبو الحُطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ لا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ . وهو مذهبُ مالِكٍ . وللشَّافِعِيِّ قَوْلانِ ، كالمذْهَبَيْنِ . واحتجَّ مَنْ لم يَمْلِكُهُ بأنَّهُ لو مَلَكَهُ لا خِصَصَ بِرَيْحِهِ ، ولو جَبَّ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِرَبِّ الْمَالِ ، كَشَرِيكِي العِنَانِ . ولنا ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فَيَثْبُتُ مُفْتَضَاهُ ، وهو أَنَّ يَكُونَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّيْحِ ، فإذا وَجِدَ يَجِبُ أَنْ يَمْلِكُهُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، كما يَمْلِكُ المُسَاقِي حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ بِظُهُورِها^(١) ، وقياسًا على كلِّ شَرْطٍ صَحِيحٍ في عَقْدٍ ، ولأنَّ هذا الرَّيْحَ مَمْلُوكٌ ، فلا بُدُّ لَهُ مِنَ مالِكٍ ، وَرَبُّ الْمَالِ لا يَمْلِكُهُ اتِّفَاقًا ، ولا تَثْبُتُ / أَحكامُ المِلْكِ في حَقِّهِ ، فَلَزِمَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُضَارِبِ ، ولأنَّهُ يَمْلِكُ المُطالِبَةَ بِالْقِسْمَةِ ؛ فكان مالِكًا كأحدِ شَرِيكِي العِنَانِ . ولا يَمْتَنِعُ^(٢) أَنْ يَمْلِكَهُ ، ويَكُونَ وقايةً لِرَأْسِ^(٣) المَالِ ، كَنَصِيبِ رَبِّ^(٤) المَالِ مِنَ الرَّيْحِ ، وبهذا ائْتَمَعَ ائْتِصَاصُهُ بِرَيْحِهِ ، ولأنَّهُ

١٥٢/٤ ظ

(١) في ا ، ب ، م : « لظهورها » .

(٢) في الأصل ، ب ، م : « يمتنع » .

(٣) في الأصل : « رأس » .

(٤) في ا ، م : « رأس » .

لو اِخْتَصَّ بِرِنِّجٍ نَصِيْبِهِ^(٥) لاسْتَحَقَّ مِنَ الرَّبِيْحِ أَكْثَرَ مِمَّا شَرَطَ لَهُ ، وَلَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ مَا يُخَالِفُ مَقْتَضَاهُ . قَالَ^(٦) أَحْمَدُ : إِذَا وَطِئَ الْمُضَارِبُ جَارِيَةً مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِنِّجٌ ، لَمْ تَكُنْ أُمُّ وُلْدِهِ ، وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ رِنِّجٌ ، فَهِيَ أُمُّ وُلْدِهِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الرَّبِيْحَ بِالظُّهُورِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مِائَةَ مُضَارَبَةٍ ، فَخَسِرَ عَشْرَةٌ ، ثُمَّ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ مِنْهَا عَشْرَةٌ ، فَإِنَّ الْخُسْرَانَ لَا يَنْقُصُ بِهِ رَأْسُ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِيْحُ فَيَجِبُ الْخُسْرَانَ ، لَكِنَّهُ يَنْقُصُ بِمَا أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَهِيَ الْعَشْرَةُ ، وَقَسَطُهَا مِنَ الْخُسْرَانَ ، وَهُوَ دِرْهَمٌ وَتُسْعُ دِرْهَمٍ ، وَيَبْقَى رَأْسُ الْمَالِ ثَمَانِينَ وَثَمَانِيَةَ دَرَاهِمٍ وَثَمَانِيَةَ أُنْسَاعٍ دِرْهَمٍ . وَإِنْ كَانَ أَخَذَ نِصْفَ التَّسْعِينَ الْبَاقِيَّةِ ، بَقِيَ رَأْسُ الْمَالِ خَمْسِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ نِصْفَ الْمَالِ ، فَسَقَطَ نِصْفَ الْخُسْرَانَ . وَإِنْ كَانَ أَخَذَ خَمْسِينَ ، بَقِيَ أَرْبَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَأَرْبَعَةٌ أُنْسَاعٍ . وَكَذَلِكَ إِذَا رِيْحَ الْمَالُ ، ثُمَّ أَخَذَ رَبُّ الْمَالِ بَعْضَهُ ، كَانَ مَا أَخَذَهُ مِنَ الرَّبِيْحِ وَرَأْسُ الْمَالِ ، فَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مِائَةً ، فَرِيْحَ عِشْرِينَ ، فَأَخَذَهَا رَبُّ الْمَالِ ، لَبَقِيَ رَأْسُ الْمَالِ ثَلَاثَةَ وَثَمَانِينَ وَثُلُثًا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ سُدُسَ الْمَالِ ، فَتَقَصَّ رَأْسُ الْمَالِ سُدُسَهُ ، وَهُوَ سِتَّةٌ عَشَرَ وَثَلَاثِينَ ، وَحَظُّهَا مِنَ الرَّبِيْحِ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ . وَلَوْ كَانَ أَخَذَ سِتِّينَ ، بَقِيَ رَأْسُ الْمَالِ خَمْسِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ نِصْفَ الْمَالِ ، فَبَقِيَ نِصْفَ الْمَالِ . وَإِنْ أَخَذَ خَمْسِينَ ، بَقِيَ^(٧) ثَمَانِيَةَ وَخَمْسِينَ وَثُلُثًا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ رُبْعَ الْمَالِ وَسُدُسَهُ ، فَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَرُبُعُهُ ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ سِتِّينَ ، ثُمَّ خَسِرَ فِي الْبَاقِي فَصَارَ أَرْبَعِينَ ، فَرَدَّهَا ، كَانَ لَهُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ خَمْسَةٌ ؛ لِأَنَّ مَا أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ انْفَسَخَتْ فِيهِ الْمُضَارَبَةُ ، فَلَا يَجِبُ بِرِنِّجِهِ خُسْرَانَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ ، لِمُفَارَقَتِهِ إِيَّاهُ ، وَقَدْ أَخَذَ مِنَ الرَّبِيْحِ عَشْرَةٌ ، لِأَنَّ سُدُسَ مَا أَخَذَهُ رِنِّجٌ ، فَكَانَتِ الْعَشْرَةُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يُرَدْ الْأَرْبَعِينَ كُلِّهَا ، بَلْ رَدَّ مِنْهَا إِلَى رَبِّ الْمَالِ عِشْرِينَ ، بَقِيَ رَأْسُ الْمَالِ خَمْسَةٌ وَعِشْرِينَ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، لَمْ يَصِحَّ فِي إِحْدَى

(٥) فِي ب : « نَفْسِهِ » .

(٦) فِي م : « ثُمَّ قَالَ » .

(٧) أَيْ رَأْسُ الْمَالِ .

الرَّوَاتِبِينَ . وهو قول الشافعي . ويصح في الأخرى . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ؛ لأنه قد تعلق حق المضارب به ، فجاز له شراؤه ، وكألو اشتري من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين . ولنا ، أنه ملكه ، فلم يصح شراؤه له ، كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه . وفارق المكاتب ؛ فإن^(٨) السيد لا يملك ما في يده ، ولهذا لا يزكيه ، وله أخذ ما فيه شفعة بها . فأما المأذون له ، فلا يصح شراء سيده منه بحال . ويحتمل أن يصح إذا استقرفته الديون ؛ لأن الغرماء يأخذون ما في يده . والصحيح الأول ؛ لأن ملك السيد لم يزل عنه ، وإن استحق أخذه ، كمال المفلس .

١٥٣/٤ فصل : وإن اشتري المضارب لنفسه من مال المضاربة ، ولم يظهر في المال ربح ، صح . نص عليه أحمد . وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق . وحكي ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو ثور : البيع باطل ؛ لأنه شريك . ولنا ، أنه ملك لغيره ، فصح شراؤه له ، كما لو اشتري الوكيل من موكله ، وإنما يكون شريكاً إذا ظهر ربح ؛ لأنه إنما^(٩) يشارك رب المال في الربح ، لا في أصل المال ، ومتى ظهر في المال ربح^(١٠) كان شراؤه كشراء أحد الشريكين ، على ما سنذكره .

فصل : وإن اشتري أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً ، بطل في قدر حقه ؛ لأنه ملكه ، وهل يصح في حصّة شريكه ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وتخرج الصحة في الجميع ، بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه . وإن اشتري أحد الشريكين حصّة شريكه منه ، جاز ؛ لأنه يشتري ملك غيره . وقال أحمد . في الشريكين في الطعام ، يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه : إن لم يكونا يعلمان كَيْلَهُ فلا^(١١) بأس ، وإن علما كَيْلَهُ فلا^(١٢) بُدُّ من كَيْلِهِ ، يعني أن من علم مبلغ شيء^(١٣) لم يبيعه

(٨) في الأصل : « لأن » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٠) في الأصل : « الربح » .

(١١-١٢) سقط من : ب ، م .

(١٢) في ا ، ب ، م : « بشيء » .

صَبْرَةٌ^(١٣) ، وإن بَاعَهُ إِثَاهُ بِالْكَيْلِ وَالوَزْنِ ، جَارَ .

فصل : ولو اسْتَأْجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ صَاحِبِهِ دَارًا ، لِيَحْرَزَ فِيهَا مَالَ الشَّرِكَةِ أَوْ غَرَائِرَ ، جَارَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِنَقْلِ الطَّعَامِ ، أَوْ غَلَامِهِ أَوْ دَابَّتِهِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّ مَا جَازَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ لَهُ غَيْرَ الْحَيَوَانِ ، جَازَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ لَهُ الْحَيَوَانُ ، كَمَا لِلْأَجْنَبِيِّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ فِيهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِيفَاءُ الْعَمَلِ فِي الْمَشْتَرِكِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الْمُسْتَأْجِرِ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ مِنْ نَصِيبِ الْمُؤَجَّرِ ، فَإِذَا لَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ ، وَالِدَّارُ وَالغَرَائِرُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِمَا^(١٤) . إِيفَاعُ الْعَمَلِ ، إِنَّمَا تَجِبُ بِوَضْعِ الْعَيْنِ فِي الدَّارِ ، فَيُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ ، قَرِيبَ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَخَسِرَ فِي الْأُخْرَى ، جُبِرَتِ الْوَضِيعَةُ مِنَ الرَّيْحِ)

وَجُمَلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْمُضَارِبِ الْفَيْنِ ، فَاشْتَرَى بِكُلِّ الْفِ عَيْنًا ، قَرِيبَ فِي أَحْدِهِمَا ، وَخَسِرَ فِي الْآخَرِ ، أَوْ تَلَفَ ، وَجَبَ جِبْرُ الْخُسْرَانِ مِنَ الرَّيْحِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُضَارِبُ شَيْئًا إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ الْفَيْنِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنَّ أَصْحَابَهُ ذَكَرُوا فِيهِ وَجْهًا ثَانِيًا ، أَنَّ التَّالِفَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ أَحَدِ الْفَيْنِ ، وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْفَيْنِ ، كَانَ مِنْ^(١) رَأْسِ الْمَالِ ، فَكَذَلِكَ بَدَلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ بَعْدَ أَنْ دَارَ فِي الْقِرَاضِ ، وَتَصَرَّفَ فِي الْمَالِ بِالتَّجَارَةِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنَ^(٢) الرَّيْحِ ، كَمَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دِينَارًا وَاحِدًا ، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَتَيْنِ ، وَلِأَنَّهُمَا سِلْعَتَانِ تُجْبَرُ خَسَارَةُ إِحْدَاهُمَا بِرَيْحِ الْأُخْرَى ، فَجُبِرَ تَلَفُهَا بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دِينَارًا ، وَلِأَنَّهُ رَأْسُ مَالٍ وَاحِدٍ ، فَلَا

(١٣) في ب ، م زيادة : « يعمه » .

(١٤) في الأصل ، أ : « فيها » .

(١) سقط من : الأصل ، م .

(٢) في ب : « في » .

يَسْتَحِقُّ الْمُضَارِبُ فِيهِ رِبْحًا حَتَّى يَكْمُلَ رَأْسُ الْمَالِ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا . فَأَمَّا إِنْ تَلَفَ أَحَدُ
الْأَلْفَيْنِ قَبْلَ الشَّرَاءِ بِهِ وَالتَّصَرُّفِ^(٣) فِيهِ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ ، انْفَسَخَتِ الْمُضَارِبَةُ فِيمَا
تَلَفَ ، وَكَانَ رَأْسُ الْمَالِ الْبَاقِي خَاصَّةً . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَنَّ
التَّالِفَ مِنَ الرَّبْحِ وَرَأْسَ الْمَالِ / الْأَلْفَانِ مَعًا ؛ لِأَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَصِيرُ^(٤) قِرَاضًا بِالْقَبْضِ ، فَلَا
فَرْقَ بَيْنَ هَلَاكِهِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَبَعْدَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ هَلَكَ عَلَى جِهَتِهِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ،
فَكَانَ رَأْسُ الْمَالِ الْبَاقِي ، كَمَا لَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَفَارَقَ مَا بَعْدَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ دَارَى فِي
التَّجَارَةِ ، وَشَرَعَ فِيمَا قُصِدَ بِالْعَقْدِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْمُؤَدِّيَةِ إِلَى الرَّبْحِ .

١٥٣/٤ ظ

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْفَأُ مُضَارِبَةً ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ الْفَأُ آخَرَ مُضَارِبَةً ، وَأُذِنَ لَهُ فِي ضَمِّ
أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِي الْأَوَّلِ ، جَازَ ، وَصَارَ^(٥) مُضَارِبَةً وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ
دَفَعَهُمَا إِلَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّصَرُّفِ فِي الْأَوَّلِ فِي شِرَاءِ الْمَتَاعِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ
حُكْمَ الْأَوَّلِ اسْتَقَرَّ ، فَكَانَ رِبْحُهُ وَخُسْرَانُهُ مُخْتَصًّا بِهِ ، فَضَمُّ الثَّانِي إِلَيْهِ يُوجِبُ جُبْرَانَ
خُسْرَانِ أَحَدِهِمَا بِرِبْحِ الْآخَرِ ، فَإِذَا شَرَطَ ذَلِكَ فِي الثَّانِي فَسَدَ . فَإِنْ نَضَّ الْأَوَّلُ ، جَازَ
ضَمُّ الثَّانِي إِلَيْهِ لِتَرَوُّالِ هَذَا الْمَعْنَى . وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي ضَمِّ الثَّانِي إِلَى الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ
ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ بَعْقِدٍ ، فَكَانَا عَقْدَيْنِ لِكُلِّ عَقْدٍ حُكْمُ نَفْسِهِ ، وَلَا تُجْبَرُ وَضِيعَةٌ أَحَدُهُمَا
بِرِبْحِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ نَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ .

فصل : قَالَ الْأَنْزَمِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الْمُضَارِبِ بِرِبْحٍ ، وَيَضَعُ مِرَارًا .
فَقَالَ : يُرَدُّ الْوَضِيعَةُ عَلَى الرَّبْحِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَ الْمَالُ صَاحِبَهُ ، ثُمَّ يُرَدُّهُ إِلَيْهِ ، فَيَقُولُ :
اعْمَلْ بِهِ ثَانِيَةً . فَمَا رِبْحٌ بَعْدَ ذَلِكَ لَا تُجْبَرُ بِهِ وَضِيعَةُ الْأَوَّلِ ، فَهَذَا لَيْسَ فِي نَفْسِي مِنْهُ
شَيْءٌ ، وَأَمَّا مَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ ، فَحَتَّى يَحْتَسِبًا حِسَابًا كَالْقَبْضِ ، كَمَا قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، قِيلَ :

(٣) فِي م : « وَالصَّرْفِ » .

(٤) فِي أ ، ب ، م : « يَصِيرُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَصَارَ » .

وكيف يكون حسابًا كَالْقَبْضِ؟ قال^(٦): يَظْهَرُ الْمَالُ . يَعْنِي يَنْضُ وَيَجِيءُ ، فَيَحْتَسِبَانِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ^(٧) شَاءَ صَاحِبُ الْمَالِ قَبْضَهُ . قِيلَ لَهُ : فَيَحْتَسِبَانِ عَلَى^(٨) الْمَتَاعِ ؟ فَقَالَ : لَا يَحْتَسِبَانِ إِلَّا عَلَى النَّاضِ ؛ لِأَنَّ الْمَتَاعَ قَدْ يَنْحَطُّ سِعْرُهُ وَيَرْتَفِعُ . قَالَ أَبُو طَالِبٍ : قِيلَ لِأَحْمَدَ : رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً ، فَوَضِعَ^(٩) ، فَبَقِيََتْ أَلْفٌ ، فَحَاسَبَهُ صَاحِبُهَا ، ثُمَّ قَالَ لَهُ : أَذْهَبَ فَاغْمَلْ بِهَا . فَرَبِحَ ؟ قَالَ : يُقَاسِمُهُ مَا فَوْقَ الْأَلْفِ . يَعْنِي إِذَا كَانَتِ الْأَلْفُ نَاضَةً حَاضِرَةً ، إِنْ شَاءَ صَاحِبُهَا قَبْضَهَا . فَهَذَا الْحِسَابُ الَّذِي كَالْقَبْضِ ، فَيَكُونُ أَمْرُهُ بِالْمُضَارَبَةِ بِهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ائْتِدَاءَ مُضَارَبَةٍ ثَانِيَةً ، كَمَا لَوْ قَبْضَهَا مِنْهُ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ . فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ حَتَّى يُكْمَلَ عَشْرَةَ آلَافٍ ، وَلَوْ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبَ اقْتَسَمَا الرَّبِيحَ ، أَوْ أَحَدَهُمَا مِنْهُ شَيْئًا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَالْمُضَارِبَةُ بِحَالِهَا ، ثُمَّ سَافَرَ الْمُضَارِبُ بِهِ ، فَحَسِرَ ، كَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الرَّبِيحِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِرَبِيحٍ ، مَا لَمْ تُنَجِّبِرِ الْحَسَارَةَ .

فصل : وَإِذَا قَارَضَ فِي مَرَضِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَبْتَعِي بِهِ الْفَضْلَ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ . وَلِلْعَامِلِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ / الرَّبِيحِ ، وَإِنْ زَادَ عَلَى شَرَطِ مِثْلِهِ ، وَلَا^(١٠) يَحْتَسِبُ بِهِ مِنْ ثُلُثِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ مِنْ مَالِ رَبِّ الْمَالِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِعَمَلِ الْمُضَارِبِ فِي الْمَالِ ، فَمَا يُوجَدُ^(١١) مِنَ الرَّبِيحِ الْمَشْرُوطِ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْعَامِلِ ، بِخِلَافِ مَالِو حَاتِي الْأَجِيرِ فِي الْأَجْرِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ بِمَا حَابَاهُ مِنْ ثُلُثِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ يُؤَخَذُ مِنْ مَالِهِ . وَلَوْ شَرَطَ فِي الْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يَحْتَسِبَ بِهِ مِنْ ثُلُثِهِ ؛

١٥٤/٤

(٦) فِي م : « قَالُوا » .

(٧) فِي ب ، م : « فَإِنْ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ ب .

(٩) فِي أ : « فَوَضَعَتْ » . وَوَضِعَ : حَسَرَ .

(١٠) فِي م : « وَلَا » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَجَدَ » .

لأنَّ الثَّمَرَةَ تَخْرُجُ عَلَى مِلْكَيْهِمَا^(١٢) ، كَالرَّبْحِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ ثَلَاثِهِ ؛
لأنَّ الثَّمَرَةَ زِيَادَةٌ فِي مَلِكِهِ ، خَارِجَةٌ مِنْ^(١٣) عَيْنِهِ ، وَالرَّبْحُ لَا يَخْرُجُ مِنْ^(١٤) عَيْنِ الْمَالِ ،
إِنَّمَا يَخْصُلُ بِالتَّقْلِيْبِ .

فصل : وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ ، قَدَّمْنَا حِصَّةَ الْعَامِلِ عَلَى غُرْمَائِهِ ، وَلَمْ يَأْخُذُوا شَيْئًا مِنْ
نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الرَّبْحَ بِالظُّهُورِ ، فَكَانَ شَرِيكًا فِيهِ ، وَلَيْسَ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ مِنْ
نَصِيْبِهِ ، فَهُوَ كَالشَّرِيكِ بِمَالِهِ ، وَلأنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الْمَالِ دُونَ الذَّمَّةِ ، فَكَانَ مُقَدِّمًا ،
كَحَقِّ الْجِنَايَةِ ، وَلأنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، فَكَانَ أَسْبَقَ ، كَحَقِّ الرَّهْنِ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ الْمُضَارِبُ وَلَمْ يُعْرِفْ مَالُ الْمُضَارَبَةِ بِعَيْنِهِ ، صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ،
وَلِصَاحِبِهِ أَسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ عَلَى الْمُضَارِبِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ^(١٥)
فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ حَيٌّ شَيْءٌ ، وَلَمْ يُعْلَمْ حَدُوثُ ذَلِكَ بِالْمَوْتِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ قَدْ
هَلَكَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْمَالِ فِي يَدِهِ ، وَاحْتِلَاطُهُ بِجُمْلَةِ التَّرِكَةِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
مَعْرِفَةِ^(١٥) عَيْنِهِ ، فَكَانَ دَيْنًا كَالْوَدِيْعَةِ إِذَا لَمْ تُعْرِفْ عَيْنُهَا ، وَلأنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إِسْقَاطِ حَقِّ
رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يُعَارِضُ ذَلِكَ وَيُخَالِفُهُ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِعْطَائِهِ
عَيْنًا^(١٦) مِنْ هَذَا الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا تَعَلُّقُهُ
بِالذَّمَّةِ .

٨٣٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَ إِذَا تَبَيَّنَ لِلْمُضَارِبِ أَنَّ فِي يَدِهِ فَضْلًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ
شَيْءٍ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الرَّبْحَ إِذَا ظَهَرَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، لَمْ يَجُزْ لِلْمُضَارِبِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ

(١٢) في ١ : ملكهما .

(١٣) في م : عن .

(١٤) في م زيادة : له .

(١٥) في ب : معرفته .

(١٦) سقط من : الأصل .

رَبُّ الْمَالِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا . وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ لِأُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الرَّبْحَ وَقَايَةَ لِرَأْسِ (١) الْمَالِ ، فَلَا يَأْمَنُ الْخُسْرَانَ الَّذِي يَكُونُ هَذَا الرَّبْحُ جَابِرًا لَهُ ، فَيَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنْ أَنْ يَكُونَ رَبِيحًا . الثَّانِي ، أَنَّ رَبَّ الْمَالِ شَرِيكُهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَاسِمَةٌ نَفْسِهِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّ مِلْكَهُ عَلَيْهِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّهُ بَعَرَضٍ أَنْ يَخْرُجَ عَنْ يَدِهِ بِجُبْرَانِ خَسَارَةِ الْمَالِ . وَإِنْ أُذِنَ رَبُّ الْمَالِ فِي أَخْذِ شَيْءٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الرَّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ ، وَأَبَى الْآخَرُ ، قُدِّمَ قَوْلُ الْمُتَمَتِّعِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ ، فَلِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ الْخُسْرَانَ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَجْبِرُهُ بِالرَّبْحِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَامِلُ فَإِنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَلْزَمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ تَرَاضِيََا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، / وَسِوَاءِ اتَّفَاقٍ عَلَى قِسْمَةِ جَمِيعِهِ أَوْ بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا يَتَّفَقُ عَلَيْهِ . ثُمَّ مَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ خُسْرَانٌ ، أَوْ تَلَفٌ كُلُّهُ ، لَزِمَ الْعَامِلُ رَدُّ أَقْلِ الْأُمْرَيْنِ مِمَّا أَخَذَهُ ، أَوْ نَصِيفِ خُسْرَانِ الْمَالِ ، إِذَا اقْتَسَمَا الرَّبْحَ نِصْفَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا اقْتَسَمَا الرَّبْحَ ، وَلَمْ يَقْبِضْ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ، فَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ : يَرُدُّ الْعَامِلُ الرَّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ . وَلَنَا ، عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ ، أَنَّ الْمَالَ لهُمَا ، فَجَازَ لهُمَا أَنْ يَقْتَسِمَا بَعْضَهُ ، كَالشَّرِيكَيْنِ . أَوْ نَقُولُ : لِإِنَّهُمَا شَرِيكَانِ ، فَجَازَ لهُمَا قِسْمَةَ الرَّبْحِ قَبْلَ الْمُفَاصَلَةِ ، كَشَرِيكِي الْعِنَانِ .

فصل : وَالْمُضَارَبَةُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ، تَنْفَسِيخُ بِفَسْخِ أَحَدِهِمَا ، أَيُّهُمَا كَانَ ، وَبِمَوْتِهِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، فَهُوَ كَالْوَكِيلِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَبَعْدَهُ . فَإِذَا انْفَسَخَتْ وَالْمَالُ نَاضٍ لَا رِبْحَ فِيهِ ، أَخَذَهُ رَبُّهُ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ ، قَسَمَا الرَّبْحَ عَلَى مَا شَرَطَاهُ . وَإِنْ انْفَسَخَتْ وَالْمَالُ

(١) فِي الْأَصْلِ : «رَأْسٌ» .

عَرْضٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى بَيْعِهِ أَوْ قَسَمِهِ^(٢) ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَعْدُوهُمَا . وَإِنْ طَلَبَ الْعَامِلُ الْبَيْعَ ، وَأَبَى رَبُّ الْمَالِ ، وَقَدْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رَيْحٌ ، أُجِبَ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْبَيْعِ . وَهَذَا^(٣) قَوْلُ إِسْحَاقَ وَالثَّوْرِيِّ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْعَامِلِ فِي الرَّيْحِ ، وَلَا يَظْهَرُ إِلَّا بِالْبَيْعِ . وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ رَيْحٌ ، لَمْ يُجِبَّرْ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، وَقَدْ رَضِيَهِ مَالِكُهُ كَذَلِكَ ، فَلَمْ يُجِبَّرْ عَلَى بَيْعِهِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُجِبَّرُ عَلَى الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا زَادَ فِيهِ زَائِدٌ ، أَوْ رَغِبَ فِيهِ رَاغِبٌ ، فزَادَ عَلَى ثَمَنِ الْعَيْلِ ، فَيَكُونُ لِلْعَامِلِ فِي الْبَيْعِ حَظٌّ . وَلِنَا ، أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا اسْتَحَقَّ^(٤) الرَّيْحَ إِلَى حِينِ الْفَسْخِ ، وَذَلِكَ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إِذَا عَرَسَ أَوْ بَنَى ، أَوْ الْمُشْتَرِيَ ، كَانَ لِلْمُعِيرِ وَالشَّفِيعِ أَنْ يَذْفَعَا قِيمَةَ ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِلأَرْضِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اِحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ ، بِزِيَادَةِ مُزَايِدٍ أَوْ رَاغِبٍ عَلَى قِيمَتِهِ ، فَإِنَّمَا حَدَّثَ ذَلِكَ بَعْدَ فَسْخِ الْعَقْدِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهَا الْعَامِلُ . وَإِنْ طَلَبَ رَبُّ الْمَالِ الْبَيْعَ ، وَأَبَى الْعَامِلُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجِبَّرُ الْعَامِلُ عَلَى الْبَيْعِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ رَدُّ الْمَالِ نَاصِئًا كَمَا أَخَذَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُجِبَّرُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رَيْحٌ ، أَوْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الرَّيْحِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ زَالَ تَصَرُّفُهُ ، وَصَارَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْمَالِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ إِذَا اشْتَرَى مَا يُسْتَحَقُّ رَدُّهُ ، فَزَالَتْ وَكَالَتْهُ قَبْلَ رَدِّهِ . وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرَ ، فَصَارَ دَرَاهِمَ ،^(٥) أَوْ دَرَاهِمَ فَصَارَ دَنَانِيرَ^(٦) ، فَهُوَ كَالْوِ كَان عَرْضًا ، عَلَى مَا شَرِحَ . وَإِذَا نَضَّ رَأْسُ الْمَالِ جَمِيعَهُ ، لَمْ يَلْزَمْ الْعَامِلُ أَنْ يَنْضَ لَهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ شَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يَلْزَمُ الشَّرِيكَ أَنْ يَنْضَ مَالَ شَرِيكِهِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ أَنْ يَنْضَ رَأْسَ الْمَالِ ، لِيُرَدَّ إِلَيْهِ^(٧) رَأْسَ مَالِهِ عَلَى صِفَتِهِ ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا الْمَعْنَى فِي الرَّيْحِ .

(٢) فِي ١ : (قَسَمْتُهُ) .

(٣) فِي ٣ : (وَهُوَ) .

(٤) فِي ١ : (يَسْتَحَقُّ) .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل: وإن انفسخ القراض، والمال دين، لزيم العامل تقاضيه، سواء/ ظهر في المال ربح أو لم يظهر. وهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن ظهر ربح، لزيمه تقاضيه، وإن لم يظهر ربح، لم يلزمه تقاضيه؛ لأنه لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل. ولنا، أن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته، والدُّيون لا تجرى مجرى الناض، فلزيمه أن ينضه، كما لو ظهر في المال ربح، وكما لو كان رأس المال عرضاً. ويفارق الوكيل؛ فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض^(٧). ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال، فإن اقتضى منه قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح، أو دونه، لزيم العامل تقاضيه أيضاً؛ لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

فصل: وأى المتقارضين مات أو جن، انفسخ القراض؛ لأنه عقد جائز، فانفسخ بموت أحدهما وجنونه، كالتوكيل. فإن كان الموت أو الجنون بر رب المال، فأراد الوارث أو وليه إتمامه، والمال ناض، جاز، ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال، وحصة العامل من الربح شركة له مشاع^(٨). وهذه الإشاعة لا تمنع؛ لأن الشريك هو العامل، وذلك لا يمنع التصرف. وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه، فظاهر كلام أحمد جوازه؛ لأنه قال، في رواية على بن سعيد: إذا مات رب المال، لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري^(٩) إلا بإذن الورثة. فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه، وهو منصوب الشافعي؛ لأن هذا إتمام للقراض^(١٠) لا ابتداء له، ولأن القراض إنما منع منه^(١١) في العروض؛ لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها، ويختلف ذلك

(٧) في الأصل: «المعروض».

(٨) في م: «مشاعة».

(٩) في الأصل: «ويشترى».

(١٠) في ١، ب: «القراض».

(١١) سقط من: م.

باختلاف الأوقات ، وهذا غير موجود ههنا ؛ لأنَّ رأسَ المالِ غيرُ العُروضِ ، وحُكْمُه باقٍ ، ألا تَرَى أنَّ للعاملِ أن يبيعه لِيَسَلَّمَ رأسَ المالِ ويقسِمَ الباقيَ وذكرَ القاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ القِرَاضَ قد بَطَلَ بِالمَوْتِ ، وهذا ائْتِدَاءُ قِرَاضٍ عَلَى عُرُوضٍ . وهذا الِوَجْهُ أَقْبَسُ ؛ لأنَّ المَالَ لو كان نَاضِئًا كان ائْتِدَاءُ قِرَاضٍ ، وكانت حِصَّةُ العَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ شَرَكَةً لَهُ يَخْتَصُّ بِهَا دُونَ رَبِّ المَالِ . وَإِنْ كان المَالَ نَاقِصًا^(١٢) بِخَسَارَةٍ أَوْ تَلْفٍ ، كان رأسُ المَالِ المَوْجُودَ مِنْهُ حَالَ ائْتِدَاءِ القِرَاضِ ، فلو جَوَزْنَا ائْتِدَاءَ القِرَاضِ هَهُنَا وَبِنَاءِهَا عَلَى القِرَاضِ ، لَصَارَتْ حِصَّةُ العَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ غَيْرَ مُخْتَصَّةٍ بِهِ ، وَحِصَّتُهُمَا مِنَ الرِّبْحِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا ، وَحُسِبَتْ عَلَيْهِ العُرُوضُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهَا ، فِيمَا إِذَا كان المَالَ نَاقِصًا ، وهذا لا يَجُوزُ فِي القِرَاضِ بِلا خِلَافٍ . وَكلامُ أَحْمَدَ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي بِإِذْنِ الوَرِثَةِ ، كَبَيْعِهِ وَشِرَائِهِ بَعْدَ انْفِصَاحِ القِرَاضِ . فَأَمَّا إِنْ ماتَ العَامِلُ أَوْ جُنٌّ ، وَأَزَادَ ائْتِدَاءُ القِرَاضِ مَعَ وِارِثِهِ أَوْ وِليِّهِ ، فَإِنْ كان نَاضِئًا ، جازَ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا ماتَ رَبُّ المَالِ ، وَإِنْ كان عَرَضًا ، لم يَجْزِ ائْتِدَاءُ القِرَاضِ إِلَّا عَلَى الِوَجْهِ الذِي يُجَوِّزُ ائْتِدَاءَ القِرَاضِ عَلَى العُرُوضِ ، بِأَنَّ تُفَوِّمَ العُرُوضُ ، وَيُجْعَلُ رَأْسُ المَالِ قِيمَتُهَا يَوْمَ العَقْدِ ؛ لأنَّ الذِي كان مِنْهُ العَمَلُ قَدْ ماتَ ، أَوْ جُنٌّ ، وَذَهَبَ عَمَلُهُ ، ولم يَخْلُفْ / أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ وِارِثُهُ ، بِخِلَافِ ما إِذَا ماتَ رَبُّ المَالِ ، فَإِنَّ المَالَ المُقَارَضَ عَلَيْهِ مَوْجُودٌ ، وَمَنافِعُهُ مَوْجُودَةٌ ، فَأَمَكَنَ اسْتِدامَةُ العَقْدِ ، وَبِنَاءُ الوَارِثِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كان المَالَ نَاضِئًا ، جازَ ائْتِدَاءُ القِرَاضِ فِيهِ إِذَا ائْتِدَاءُ^(١٣) ذَلِكَ ، فَإِنْ لم يَتَدَثَّرْهُ ، لم يَكُنْ لِلِوَارِثِ شِرَاءٌ وَلا بَيْعٌ ؛ لأنَّ رَبَّ المَالِ إِثْمًا رَضِيَ بِاجْتِهَادِ مَوْرُوثِهِ^(١٤) ، فَإِذَا لم يَرْضَ بَيْعَهُ ، رَفَعَهُ إِلَى الحَاكِمِ لِيَبِيعَهُ . فَأَمَّا إِنْ كان المَيْتُ رَبَّ المَالِ ، فَلَيْسَ لِلْعَامِلِ الشِّرَاءُ ؛ لأنَّ القِرَاضَ انْفَسَخَ . فَأَمَّا البَيْعُ ، فَإِنَّ الحُكْمَ فِيهِ وَفِي التَّقْوِيمِ واقتِضاءِ الدَّيْنِ ، عَلَى ما ذَكَرْنَاهُ إِذَا فَسَخَتْ المُضَارَبَةُ وَرَبُّ المَالِ حَيٌّ .

١٥٥/٤ ظ

(١٢) في ب ، م : « ناضا » .

(١٣) في ، ب ، م : « اختار » .

(١٤) في ب ، م : « موروثه » .

فصل : إذا تَلَفَ المَالُ قَبْلَ الشَّرَاءِ انْفَسَحَتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ المَالِ الَّذِي تَعَلَّقَ العَقْدُ بِهِ ، وَمَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْمُضَارَبَةِ ، فَهُوَ لِزَمِّ لَهُ ، وَالثَّمَنُ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ عِلْمِ بَتْلَافِ المَالِ قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ أَوْ جَهْلِهِ ذَلِكَ . وَهَلْ يَفُفُّ عَلَى إِجَارَةِ رَبِّ المَالِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِنْ أَجَارَهُ ، فَالثَّمَنُ عَلَيْهِ ، وَالمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا . وَإِنْ لَمْ يُجْزِهِ ، لَزِمَ العَامِلُ . وَالثَّانِيَةَ ، هُوَ لِلعَامِلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . فَإِنْ اشْتَرَى لِلْمُضَارَبَةِ شَيْئًا ، فَتَلَفَ المَالُ قَبْلَ تَقْدِهِ ، فَالشَّرَاءُ لِلْمُضَارَبَةِ ، وَعَقْدُهَا بَاقٍ ، وَيَلْزَمُ رَبَّ المَالِ الثَّمَنُ ، وَيَصِيرُ رَأْسُ المَالِ الثَّمَنَ دُونَ التَّالِفِ ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ تَلَفٌ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : رَأْسُ المَالِ هَذَا وَالتَّالِفُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّالِفَ تَلَفٌ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ قَبْلَ الشَّرَاءِ . وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدُينِ بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ ، فَتَلَفَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ ، كَانَ تَلَفُهُ مِنَ الرِّبْحِ ، وَلَمْ يَنْقُصْ رَأْسُ المَالِ بِتَلَفِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ بَعْدَ التَّصَرُّفِ فِيهِ . وَإِنْ تَلَفَ العَبْدَانِ كِلَاهُمَا ، انْفَسَحَتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ مَالِهَا كُلِّهِ . فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ رَبُّ المَالِ بَعْدَ ذَلِكَ أَلْفًا ، كَانَ الأَلْفُ رَأْسَ المَالِ ، وَلَمْ يَضُمَّ إِلَى الْمُضَارَبَةِ الأُولَى ؛ لِأَنَّهَا انْفَسَحَتْ لَذَهَابِ مَالِهَا .

٨٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اتَّفَقَ رَبُّ المَالِ وَالمُضَارِبُ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا ، وَالوَضِيعَةَ عَلَيْهِمَا ، كَانَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا وَالوَضِيعَةُ عَلَى المَالِ)

وَجُمِلَتْهُ أَنَّهُ مَتَى شَرَطَ عَلَى الْمُضَارِبِ ضَمَانَ المَالِ ، أَوْ سَهْمًا مِنَ الوَضِيعَةِ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَالعَقْدُ صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ العَقْدَ يَفْسُدُ بِهِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فَاسِدًا ، فَأَفْسَدَ الْمُضَارَبَةَ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلَ دَرَاهِمٍ . وَالمَذْهَبُ الأَوَّلُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَطَ لَا يُؤْتَرُ فِي جَهَالَةِ الرِّبْحِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لُزُومَ الْمُضَارَبَةِ . وَيُفَارِقُ / شَرَطَ الدَّرَاهِمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فُسِدَ الشَّرْطُ ثَبَّتَتْ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ (١) الرِّبْحِ مَجْهُولَةً .

(١) فِي ب ، م : فِي () .

فصل : والشروط في المضاربة تنقسم قسمين ؛ صحيح ، وفاسد ، فالصحيح
 مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يسافر به ، أو لا يتجر إلا في بلد
 بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه . فهذا كله صحيح ، سواء كان (١)
 النوع مما يعم وجوده ، أو لا يعم ، أو الرجل (٢) ممن يكثر عنده المتاع أو يقل . وهذا
 قال أبو حنيفة . وقال مالك ، والشافعي : إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه ، أو
 سلعة بعينها ، أو مالا يعم وجوده ، كالياقوت الأحمر ، والخيل البلق (٣) ، لم يصح ؛
 لأنه يمنع مقصود المضاربة ، وهو الثقلب (٤) وطلب الربح ، فلم يصح ، كما لو اشترط
 أن لا يبيع ويشترى إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشتري به . ولنا ، أنها مضاربة
 خاصة ، لا تمنع الربح بالكلية ، فصحت ، كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم
 وجوده ، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع ، فصح تخصيصه في رجل بعينه ، وسلعة
 بعينها ، كالوكالة . وقولهم : إنه يمنع المقصود . ممنوع ، وإنما يقلله ، وتقليله لا
 يمنع الصحة ، كتخصيصه بالنوع . ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال ، فإنه
 يمنع الربح بالكلية . وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتري إلا من فلان . فإنه
 يمنع الربح أيضا ؛ لأنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به . ولهذا قال : لا
 تبع إلا ممن اشتريت منه . لم يصح ؛ لذلك (٥) .

فصل : ويصح تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضارثك على هذه الدراهم سنة ،
 فإذا انقضت فلا تبع ، ولا تشتري . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا
 مضاربة شهرا ، قال : إذا مضى شهر يكون قرضا . قال : لا بأس به . قلت : فإن جاء

(٢) في م زيادة : « هذا » .

(٣) في ا ، م : « والرجل » .

(٤) الأبلق من الخيل : ما فيه سواد وبياض .

(٥) في الأصل : « الثقلب » .

(٦) في ا : « كذلك » .

الشَّهْرُ وهى مَتَاعٌ ؟ قال : إذا بَاعَ المَتَاعَ يكون قَرْضًا . وقال أبو الحَطَّابِ : فى صِحَّةِ شَرْطِ التَّاقِيَةِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ صَحِيحٌ . وهُوَ قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ . والثَّانِيَةُ ، لا يَصِحُّ . وهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَمَالِكٍ . واختِيَارُ أبى حَفْصِ العُكْبَرِيِّ ، لِثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَقَعُ مُطْلَقًا ، فَإِذَا شَرْطَ قَطْعَهُ لم يَصِحَّ ، كالتَّكَاجِ . الثَّانِي ، أَنَّ هَذَا ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولالهِ فِيهِ مَصْلَحَةٌ ، فَأُشْبِهَ مالو شَرْطُ أن لا يَبِيعَ ، وَيَبانُ أَنَّهُ ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، أَنَّهُ يَقْتَضِي أن يكون رأسُ المالِ ناضئًا ، فَإِذَا مَنَعَهُ البِيعَ لم يَنْصُرْ . الثالث ، أَنَّ هَذَا يُؤَدَّى إلى ضَرَرٍ بِالعامِلِ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ قد يكون الرِّبْحُ والحِطُّ فى تَبْقِيَةِ المَتَاعِ ، وَيَبِيعُهُ بعد السَّنَةِ . فَيَمْتَنِعُ ^(٨) ذَلِكَ بِمُضِيِّهَا . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِتَوَقُّتِ بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، فَجازَ تَوَقُّتُهُ فى الزَّمانِ ، كالوَكالَةِ . والمَعْنى الأوَّلُ الذى ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بالوَكالَةِ / والوَدِيعَةِ ^(٩) ، والمَعْنى الثَّانِي ^(١٠) ، والثَّالِثُ ^(١١) يَبْطُلُ تَحْصِيصُهُ بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، ولأنَّ ^(١٢) لِرَبِّ المالِ مَنَعُهُ من البِيعِ والشُّراءِ فى كُلِّ وَقْتٍ إِذا رَضِيَ أن يَأْخُذَ بِمالِهِ عَرْضًا ، فَإِذا شَرْطَ ذَلِكَ ، فَقَدْ شَرْطَ ما هُوَ من مُقْتَضَى العَقْدِ ، فَصَحَّ ، كالمَوْقالِ : إِذا انْقَضَتِ السَّنَةُ فلا تَشْتَرِ شَيْئًا . وقد سَلَّمُوا صِحَّةَ ذَلِكَ .

فصل : وَإِذا اشْتَرَطَ المُضارِبُ نَفَقَةَ نَفْسِهِ ، صَحَّ ، سِوَأَ كان فى الحَضَرِ أو فى ^(١٣) السَّفَرِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ فى الحَضَرِ . ولنا ، أن التَّجارَةَ فى الحَضَرِ إِحْدَى حَالَتِي المُضارِبَةِ ، فَصَحَّ اشْتِراطُ ^(١٣) النَّفَقَةِ فِيها ، كالسَّفَرِ ، ولأنَّهُ شَرْطُ النَّفَقَةِ فى مُقابِلَةِ عَمَلِهِ ، فَصَحَّ ، كالمَوْ اشْتِراطِها فى الوَكالَةِ .

(٧) فى الأصل : « العامل » .

(٨) فى ب : « فيمنع » .

(٩-٩) فى الأصل : « والثانى » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، م : « لأن » .

(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) فى ب : « اشتراطه » .

فصل : والشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ تَنْقَسِمُ^(١٤) ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُتَأَفَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ لُرُومَ الْمُضَارَبَةِ ، أَوْ لَا يَعْزِلُهُ مُدَّةً بَعَيْنِهَا ، أَوْ لَا يَبِيعُ إِلَّا بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ أَقْلٍ ، أَوْ لَا يَبِيعُ إِلَّا مِمَّنْ اشْتَرَى مِنْهُ ، أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ ، أَوْ لَا يَبِيعُ ، أَوْ أَنْ يُؤَلِّقَهُ مَا يَخْتَارُهُ مِنَ السَّلْعِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَهَذِهِ شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُفَوِّتُ الْمَقْصُودَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَهُوَ الرَّيْحُ ، أَوْ تَمْنَعُ الْفَسَخَ الْجَائِزَ بِحُكْمِ الْأَصْلِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا يُعَوِّدُ بِجَهَالَةِ الرَّيْحِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ لِلْمُضَارِبِ جُزْءًا مِنَ الرَّيْحِ مَجْهُولًا ، أَوْ رَيْحَ أَحَدِ الْكَسْبَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، أَوْ رَيْحَ إِحْدَى السَّفَرَتَيْنِ ، أَوْ مَا يَرِيحُ فِي هَذَا الشَّهْرِ ، أَوْ أَنْ حَقَّ أَحَدُهُمَا فِي عَيْدٍ يَشْتَرِيهِ ، أَوْ يَشْتَرِطَ^(١٥) لِأَحَدِهِمَا ذَرَاهِمَ مَعْلُومَةً بِجَمِيعِ حَقِّهِ أَوْ بَعْضِهِ ، أَوْ يَشْتَرِطَ جُزْءًا مِنَ الرَّيْحِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَهَذِهِ شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُفْضِي إِلَى جَهْلِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرَّيْحِ ، أَوْ إِلَى فَوَاتِهِ بِالْكَلِّيَّةِ ، وَمِنْ شَرَطِ الْمُضَارَبَةِ كَوْنُ الرَّيْحِ مَعْلُومًا . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، اشْتِرَاطُ مَا لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، وَلَا مُقْتَضَاهُ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُضَارِبِ الْمُضَارَبَةَ لَهُ فِي مَالٍ آخَرَ ، أَوْ يَأْخُذَهُ بِضَاعَةً أَوْ قَرْضًا ، أَوْ أَنْ يَخْدُمَهُ فِي شَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، أَوْ يَرْتَفِقَ بِبَعْضِ السَّلْعِ ، مِثْلُ أَنْ يَلْبَسَ الثَّوبَ ، وَيَسْتَعْدِمَ الْعَبْدَ ، وَيَرْكَبَ الدَّابَّةَ ، أَوْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُضَارِبِ ضَمَانَ الْمَالِ أَوْ سَهْمًا مِنْ الْوَضِيعَةِ ، أَوْ أَنَّهُ مَتَى بَاعَ السَّلْعَةَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ ، أَوْ شَرَطَ الْمُضَارِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ . فَهَذِهِ كُلُّهَا شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا كَثِيرًا مِنْهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ مُعَلَّلًا . وَمَتَى اشْتَرِطَ شَرَطًا فَاسِدًا يُعَوِّدُ بِجَهَالَةِ الرَّيْحِ ، فَسَدَّتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِمَعْنَى فِي الْعَوَضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَافْسَدَ الْعَقْدَ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ رَأْسَ الْمَالِ حَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا ، وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ تَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ ، فَتُفْضِي إِلَى التَّنَازُعِ وَالْاِخْتِلَافِ ، وَلَا يَعْلَمُ مَا يَدْفَعُهُ إِلَى الْمُضَارِبِ . وَمَا عَدَا ذَلِكَ^(١٦) مِنَ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، فَالْمَنْصُوصُ / عَنْ أَحْمَدَ ،

١٥٧/٤

(١٤) فِي مِ زِيَادَةَ : « إِلَى » .

(١٥) فِي ب : « يَشْرَطُ » .

(١٦) فِي ب : « هَذَا » .

في أظهر الروايتين عنه ، أن العقد صحيح . ذكره عنه الأثر وغيره ؛ لأنه عقد يصح على مجهول ، فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح والعناق والطلاق . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، رواية أخرى ، أنها تفسد العقد ؛ لأنه شرط فاسد ، فأفسد العقد ، كشرط ذراهم معلومة ، أو شرط أن يأخذ له بضاعة ، والحكم في الشركة كالمضاربة^(١٧) سواء .

فصل : وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة ؛ أحدها ، أنه إذا تصرف نفذ تصرفه ؛ لأنه إذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف ، كالوكيل . فإن قيل : فلو اشتري الرجل شراً فاسداً ، ثم تصرف فيه ، لم ينفذ تصرفه^(١٨) ، مع أن البائع قد إذن له في التصرف . قلنا : لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالإذن ، فإن إذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له ، فإذا لم يملك ، لم يصح ، وههنا إذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه ، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الإذن ؛ لأنه إذن له في تصرف يقع له . الفصل الثاني ، أن الريح جميعه لرب المال ؛ لأنه نماء ماله ، وإنما يستحق العامل بالشرط ، فإذا فسدت المضاربة فسدت الشرط ، فلم يستحق منه شيئا ، ولكن^(١٩) له أجر مثله . نص عليه أحمد . وهو مذهب الشافعي . واختار الشريفي أبو جعفر أن الريح بينهما على ما شرطاه ، واحتج بما روي عن أحمد ، أنه قال : إذا اشتراكا في العروض ، قسم الريح على ما شرط^(٢٠) . قال : وهذه الشركة^(٢١) فاسدة . واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده ، كالنكاح . قال : ولا أجر له . وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة . وقد ذكرنا

(١٧) في م : « كالحكم في المضاربة » .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في م : « وكان » .

(٢٠) في م : « شرطاه » .

(٢١) في الأصل : « شركة » .

هذا . قال القاضي أبو يعلى : والمذهب ما حكينا ، وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض . وحكى عن مالك أنه يرجع إلى إقراض^(٢٢) المثل . وحكى عنه : إن لم يربح فلا أجر له . ومقتضى^(٢٣) هذا أنه إن ربح ، فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله . ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا ؛ لأنه إذا كان الأقل ما شرط له ، فقد رضى به ، فلا يستحق أكثر منه ، كما لو تبرع بالعمل الزائد . ولنا ، أن تسمية الربح من توابع المضاربة ، أو ركن من أركانها ، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها ، كالصلاة . ولا نسلم في التكاثر وجوب المسمى إذا كان العقد فاسداً ، وإذا لم يجب له المسمى ، وجب أجر المثل ؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى ، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه ، وذلك معتذر ، فتجب^(٢٤) قيمته ، وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا تباعاً فاسداً ، وتقابضاً ، وتلف أحد العوضين في يد القابض له ، وجب رد قيمته . فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر ، فأما إن رضى المضارب بالعمل بغير عوض ، مثل أن يقول : قارضتك والربح كله لى . فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا ؛ لأنه تبرع بعمله ، فأشبهه مالو أمانته في شيء ، أو توكل له بغير جعل ، أو أخذ له بضاعة . الفصل الثالث ، / في الضمان ، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفریطه ؛ لأن ما كان القبض في صحيجه مضموناً ، كان مضموناً في فاسيده ، وما لم يكن مضموناً في صحيجه ، لم يضمن في فاسيده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن . ولنا ، أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيجه ، فلم يضمنه في فاسيده ، كالوكالة ، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة ، والأجير لا يضمن سكتى ما تلف بغير تعديه ولا فعله ، فكذا ههنا . وأما الشركة إذا فسدت ، فقد ذكرناها قبل هذا .

(٢٢) في الأصل : « قراض » .

(٢٣) في الأصل : « ويقضى » .

(٢٤) في ب زيادة : « رد » .

٨٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ : ضَارِبٌ بِاللَّيْنِ
الَّذِي عَلَيْكَ)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . قَالَ ابْنُ
الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ دَيْنًا لَهُ
عَلَى رَجُلٍ مُضَارَبَةً ، وَمَنْ حَفِظْنَا ذَلِكَ عَنْهُ : عَطَاءٌ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَادٌ ، وَمَالِكٌ ،
وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا لِلْمُضَارَبَةِ ، فَقَدْ اشْتَرَاهُ
بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، وَدَفَعَ الدَّيْنَ إِلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، فَتَبَرَأَ ذِمَّتُهُ مِنْهُ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ
دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا ، وَقَالَ : بِعُهُ ، وَضَارِبٌ بِتَمَنِيهِ . وَجَعَلَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ مَكَانَ هَذَا
الِاحْتِمَالِ أَنَّ الشِّرَاءَ ^(١) لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَجْرٌ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ ، وَلَا
يَصِحُّ عَنْدهُمْ تَعْلِيْقُ الْقِرَاضِ بِشَرْطٍ . وَالْمَذْهَبُ هُوَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ الَّذِي فِي يَدَيْ مَنْ
عَلَيْهِ الدَّيْنُ لَهُ ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ لِقَرِيْبِهِ بِقَبْضِهِ ، وَلَمْ يُوْجَدْ الْقَبْضُ هَهُنَا . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اعْزِلْ
الْمَالَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ ، وَقَدْ قَارَضْتِكَ عَلَيْهِ . ففَعَلَ ، وَاشْتَرَى بِعَيْنِ ذَلِكَ ^(٢) الْمَالَ ^(٣) شَيْئًا
لِلْمُضَارَبَةِ ، وَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ^(٤) لغيرِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ ، فَحَصَلَ الشِّرَاءُ لَهُ
وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْقِرَاضَ عَلَى مَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَعَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ لَا
يَمْلِكُ بِهِ الْمَالَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ لِرَجُلٍ : اقْبِضِ الْمَالَ الَّذِي عَلَى فُلَانٍ ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً .
فَقَبْضُهُ ، وَعَمَلُ بِهِ ، جَازٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَيَكُونُ وَكَيْلًا فِي قَبْضِهِ ، مُؤْتَمَّنًا عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازٌ أَنْ يَجْعَلَهُ مُضَارَبَةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : اقْبِضِ الْمَالَ مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمُشْتَرَى » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي : أ : « اشْتَرَاهُ » ، وَفِي ب ، م : « يَشْتَرِي » .

غَلَامِي ، وَضَارِبٌ بِهِ . قَالَ مُهْتِنًا . سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : أَقْرَضَنِي أَلْفًا شَهْرًا ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ الشَّهْرِ مُضَارِبَةٌ ؟ قَالَ : لَا يَصْلُحُ^(٥) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا أَقْرَضَهُ^(٦) صَارَ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُضَارِبَ بِالَّذِينَ الذِي عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : ضَارِبٌ بِهِ شَهْرًا ، ثُمَّ خَذَهُ قَرْضًا . جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

١٥٨/٤

/ **فصل :** وَمِنْ شَرْطِ الْمُضَارِبَةِ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا وَلَا جُزْأًا ، وَلَوْ شَاهَدَاهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَصِحُّ إِذَا شَاهَدَاهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي قَدْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينُ رَبِّ الْمَالِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا فِي يَدَيْهِ^(٧) ، فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ الْمَعْرِفَةِ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْمُضَارِبَةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُشَاهِدَاهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي بِكُمْ يَرْجِعُ عِنْدَ الْمُفَاصَلَةِ ، وَلِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالِاخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي الْكَيْسِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يُبْطَلُ بِالسَّلَامِ ، وَمَا إِذَا لَمْ يُشَاهِدَاهُ .

فصل : وَلَوْ أَحْضَرَ كَيْسَيْنِ ، فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَعْلُومُ الْمِقْدَارِ ، وَقَالَ : قَارِضْتُكَ عَلَى أَحَدِهِمَا . لَمْ يَصِحَّ ، سِوَاءَ تَسَاوَى مَا فِيهِمَا أَوْ اِخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْنَعُ صِحَّتُهُ الْجَهَالَةَ ، فَلَمْ يَجُزْ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ .

٨٣٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ وَدِيعةً ، جَازَ لَهُ أَنْ يَقُولَ : ضَارِبٌ بِهَا)

وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا يَجُوزُ حَتَّى يَقْبِضَهَا مِنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الدَّيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَدِيعةَ مِلْكُ رَبِّ الْمَالِ ، فَجَازَ أَنْ يُضَارِبَهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ حَاضِرَةً . فَقَالَ : قَارِضْتُكَ عَلَى هَذَا الْأَلْفِ . وَأَشَارَ إِلَيْهِ^(٨) فِي زَاوِيَةِ

(٥) فِي م : « يَصِحُّ » .

(٦) فِي ١ : « اقْرَضَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « يَدِهِ » .

(٨) فِي ١ : « إِلَيْهَا » .

الْبَيْتِ . وفَارَقَ الدَّيْنَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ عَيْنُ الْمَالِ مِلْكًا لِلْعَرِيمِ إِلَّا بِقَبْضِهِ . ولو كانت
الْوَدِيعَةُ قَدْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، وصَارَتْ فِي الذِّمَّةِ ، لم يَجْزُ أَنْ يُضَارِبَهُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ
دَيْنًا .

فصل : ولو كان له^(٢) في يَدِ غَيْرِهِ مَالٌ مَعْصُوبٌ ، فضَارَبَ الغَاصِبَ بِهِ ، صَحَّ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لِرَبِّ الْمَالِ ، يُبَاحُ لَهُ بَيْعُهُ مِنْ غَاصِبِهِ ، وَمَنْ^(٣) يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْهُ ،
فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ . وَإِنْ تَلَفَ ، وَصَارَ فِي الذِّمَّةِ ، لم تَجْزِ الْمُضَارَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا . ومتى
ضَارَبَهُ بِالْمَالِ الْمَعْصُوبِ ، زَالَ ضَمَانُ الْعَصَبِ^(٤) بِمُجَرَّدِ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ . وبهذا قال أبو
حنيفة . وقال القاضي : لَا يَزُولُ ضَمَانُ الْعَصَبِ إِلَّا بِدَفْعِهِ ثَمَنًا . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّ الْقِرَاضَ لَا يُتَابَعِي الضَّمَانَ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَعَدَّى فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُمَسِّكٌ لِلْمَالِ بِإِذْنِ
مَالِكِهِ ، لَا يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، وَلَمْ يَتَّعَدَّ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَبَضَهُ وَقَبَضَهُ^(٥) إِيَّاهُ .

فصل : والعامل أمينٌ في مالِ الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، لَا
يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَكَانَ أَمِينًا ، كَالْوَكِيلِ . وفَارَقَ الْمُسْتَعِيرَ ؛ فَإِنَّهُ قَبْضُهُ لِمَنْفَعَتِهِ
خَاصَّةً ، وَهَهُنَا الْمَنْفَعَةُ بَيْنَهُمَا . فعلى هذا القولُ قوله في قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ . قال ابنُ
المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلٌّ مِنْ تَحْفَظَ عَنْهُمْ^(٦) مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى^(٧) أَنْ الْقَوْلُ قَوْلُ / الْعَامِلِ فِي
قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ . كَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَبِهِ نَقَوْلُ . ولأنَّه
يَدَّعِي عَلَيْهِ قَبْضَ شَيْءٍ ، وَهُوَ يُنْكِرُهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وكذلك القولُ قوله فيما
يَدَّعِيهِ^(٨) مِنْ تَلَفِ الْمَالِ أَوْ خَسَارَةٍ فِيهِ ، وَمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ وَتَفْرِيطٍ ، وَفِيمَا يَدَّعِي

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ب ، م : « ومن » .

(٤) في ١ : « الغاصب » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) في الأصل : « عنه » .

(٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٨) في ب ، م : « يدعى » .

أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة ؛ لأن الاختلاف ههنا في نيته ، وهو أعلم بما نواه ، لا يطلع على ذلك أحد سواه ، فكان القول قوله فيما نواه ، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكتابة الطلاق . ولأنه أمين في الشراء ، فكان القول قوله ، كالوكيل . ولو اشترى عبدا ، فقال رب المال : كنت نهيئتك عن شرائه . فأكثر العامل ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم النهي . وهذا كله لا نعلم فيه خلافا .

فصل : وإن قال : أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة . وقال : بل أذنت لك في البيع نقدا ، وفي الشراء بحمسة . فالقول قول العامل . نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة . ويحتمل أن القول قول رب المال . وهو قول الشافعي ؛ لأن الأصل عدم الإذن . ولأن القول قول رب المال في أصل الإذن ، فكذلك في صفته . ولنا ، أنهما اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته ، فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيئتك عن شراء عبدي . فأكثر النهي .

فصل : وإن قال : شرطت لي نصف الربح . فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه روايتان ؛ إحداهما : القول قول رب المال . نص عليه ، في رواية ابن المنصور وسنيدى . وبه قال الثوري ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، (١) وابن المبارك (٢) ، وابن المنذر ؛ لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له ، والقول قول المنكر . والثانية ، أن العامل إذا ادعى أجر المثل ، وزيادة يتعابن الناس بمثلها ، فالقول قوله ، وإن ادعى أكثر ، فالقول قوله فيما وافق أجر المثل . وقال الشافعي : يتحالفان ؛ لأنهما اختلفا في عوض عقيد ، فيتحالفان ، كالمبتاعين . ولنا ، قول النبي ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » (٣) . (١) ولأنه اختلاف (١) في المضاربة ، فلم

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٢٥ .

(١١-١١) في م : « ولأن الاختلاف » .

يَتَحَالَفَا ، كَسَائِرِ مَا قَدَّمْنَا اخْتِلَافَهُمَا فِيهِ ، وَالْمُتَبَايَعَانِ يَرْجِعَانِ إِلَى رُءُوسِ أَمْوَالِهِمَا ،
بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ .

فصل : وَإِنِ ادَّعَى الْعَامِلُ رَدَّ الْمَالِ ، فَأُنْكِرَ رَبُّ الْمَالِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ مَعَ
يَمِينِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا كَقَوْلِنَا . وَالْآخَرُ :
يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، وَلِأَنَّ مُعْظَمَ النِّفْعِ لِرَبِّ الْمَالِ ، فَالْعَامِلُ كَالْمُودِعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
قَبَضَ الْمَالَ لِتَنْفِيعِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ ، وَلِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُنْكَرٌ ،
وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَفَارَقَ الْمُودِعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا تَنْفَعُ لَهُ فِي الْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ مُعْظَمَ
النِّفْعِ لِرَبِّ الْمَالِ . يَمْنَعُهُ ، وَإِنِ سَلَّمَ إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لَمْ يَقْبِضْهُ إِلَّا لِتَنْفِيعِ نَفْسِهِ ، / ولم
يَأْخُذْهُ لِتَنْفِيعِ رَبِّ الْمَالِ . ١٥٩/٤

فصل : وَإِنِ قَالَ : رَمَحْتُ أَلْفًا . ثُمَّ قَالَ : خَسِرْتُ ذَلِكَ . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ
يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّلْفِ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ^(١٢) فِي الْخَسَارَةِ ، كَالْوَكِيلِ . وَإِنِ قَالَ : غَلِطْتُ أَوْ
نَسِيْتُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّبٌ بِحَقِّ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّجُوعِ ، كَالْوَأَقْرِ بِأَنَّ
رَأْسَ الْمَالِ أَلْفٌ ثُمَّ رَجَعَ . وَلَوْ أَنَّ الْعَامِلَ خَسِرَ ، فَقَالَ لِرَجُلٍ : اقْرَضْنِي مَا أَتَمُّمُ بِهِ رَأْسَ
الْمَالِ لِأَعْرِضَهُ عَلَى رَبِّهِ ، فَإِنِّي أَخَشَى أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي إِنْ عَلِمَ بِالْخَسَارَةِ . فَأَقْرَضَهُ ،
فَعَرَضَهُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَقَالَ : هَذَا رَأْسُ مَالِكَ . فَأَخَذَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُ
الْعَامِلِ عَنْ إِقْرَارِهِ إِنْ رَجَعَ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُقْرِضِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُؤُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا .
وَلَيْسَ لَهُ مُطَابَقَةُ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ مَلِكُهُ بِالْقَرْضِ ، ثُمَّ سَلَّمَهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَلَكِنْ
يَرْجِعُ الْمُقْرِضُ عَلَى الْعَامِلِ لِأَغْيَرِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ رَجُلٌ إِلَى رَجُلَيْنِ مَالًا قَرِاضًا عَلَى النَّصِيفِ ، فَنَصْرُ الْمَالِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ
أَلْفٍ ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَانِ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : بَلْ هُوَ
أَلْفٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِذَا حَلَفَ أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ أَلْفٌ وَالرُّبَيْعُ أَلْفَانِ ،

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

فَنَصِيْبُهُ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ، يَبْقَى الْفَانِ وَخَمْسُمِائَةٍ ، يَأْخُذُ رَبُّ الْمَالِ الْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يُصَدِّقُهُ ، وَيَبْقَى خَمْسُمِائَةٍ رِبْحًا بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ وَالْعَامِلِ الْآخَرَ ، يَقْتَسِمَانِهَا أَثْلَاثًا ، لِرَبِّ الْمَالِ ثُلَاثًا ، وَلِلْعَامِلِ ثُلُثًا مِائَةً وَسِتَّةً وَسِتُّونَ وَثُلَاثًا ، وَلِرَبِّ الْمَالِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثَلَاثٌ ؛ لِأَنَّ نَصِيْبَ رَبِّ الْمَالِ مِنَ الرَّبْحِ نِصْفُهُ ، وَنَصِيْبَ هَذَا الْعَامِلِ رُبْعُهُ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بَاقِي الرَّبْحِ عَلَى ثَلَاثَةِ ، وَمَا أَخَذَهُ الْحَالِفُ فِيمَا زَادَ عَلَى قَدْرِ نَصِيْبِهِ كَالْتَالِفِ مِنْهُمَا ، وَالتَّالِفُ يُحْسَبُ فِي الْمُضَارَبَةِ مِنَ الرَّبْحِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ الْفَاءَ يَتَّجِرُ فِيهِ ، فَرِبْحٌ ، فَقَالَ الْعَامِلُ : كَانَ قَرْضًا لِي رِبْحُهُ كُلُّهُ . وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ قِرَاضًا فَرِبْحُهُ بَيْنَنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي صِفَةِ خُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ . فَإِذَا حَلَفَ قَسَمْنَا الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَّحَالَفَا ، وَيَكُونَ لِلْعَامِلِ أَكْثَرُ الْأُمْرَيْنِ مِمَّا شَرَطَهُ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَكْثَرُ نَصِيْبَهُ مِنَ الرَّبْحِ ، فَرَبُّ الْمَالِ مُعْتَرِفٌ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ يَدْعِي الرَّبْحَ كُلَّهُ ، وَإِنْ كَانَ أَجْرٌ مِثْلُهُ أَكْثَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي عَمَلِهِ مَعَ يَمِينِهِ . كَأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ فِي رِبْحٍ ^(١٣) مَالِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ قَبْلَ قَوْلِهِ فِي أَنَّهُ مَا عَمِلَ بِهَذَا الشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا عَمِلَ لِعَرْضٍ وَلَمْ ^(١٤) يَسْلَمْ لَهُ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهَيِّئًا ، أَنَّهُمَا يَتَّعَارَضَانِ ، وَيُقَسَّمُ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ بِضَاعَةً . وَقَالَ الْعَامِلُ : بَلْ كَانَ قِرَاضًا . احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَهُ لَهُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَّحَالَفَا ، وَيَكُونَ لِلْعَامِلِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنَ نَصِيْبِهِ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ^(١٥) يَدْعِي أَكْثَرَ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ زِيَادَةً عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ أَجْرًا مِثْلَهُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ قِرَاضًا ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ بِضَاعَةً . وَقَالَ الْعَامِلُ : كَانَ قِرَاضًا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى

١٥٩/٤ ظ

(١٣) سقط من : الأصل ، ا .

(١٤) في ا ، ب ، م ، ن : لم .

(١٥) سقط من : الأصل .

إنكار ما ادَّعاه خصمُه ، وكان له أجرُ عمَلِه لا غيرُ . وإن حَسِرَ المَالُ أو تَلَفَ ، فقال رَبُّ المَالِ : كان قَرْضًا . وقال العَامِلُ : كان قِرَاضًا أو بِضَاعَةً . فالقولُ قولُ رَبِّ المَالِ .

فصل : وإذا اشترطَ المُضَارِبُ التَّفَقَّةَ ، ثم ادَّعى أَنَّهُ إِنَّمَا أَنْفَقَ من مَالِه ، وأزَادَ الرُّجُوعَ ، فله ذلك ، سواءً كان المَالُ باقِيًا في يَدَيْهِ^(١٦) ، أو قد رَجَعَ إلى مَالِكِه . وبه قال أبو حنيفةٌ إذا كان المَالُ باقِيًا في يَدَيْهِ ، وليس له ذلك إذا كان بعد رَدِّهِ . ولنا ، أَنَّهُ أَمِينٌ ، فكان القولُ قولَه في ذلك ، كما لو كان باقِيًا في يَدِه ، وكالوصِيِّ إذا ادَّعى التَّفَقَّةَ على التَّيَمِّمِ .

فصل : إذا كان عَبْدٌ بين رَجُلَيْنِ ، فباعَهُ أَحَدُهُما بأمرِ الآخرِ بالَّيْفِ ، وقال : لم أَقبِضْ ثَمَنَهُ . وادَّعى^(١٧) المُشْتَرِي أَنَّهُ قَبِضَهُ ، وصدَّقَه الذي لم يَبِعْ ، بَرِيءُ المُشْتَرِي من نِصْفِ ثَمَنِه ؛ لِاعْتِرَافِ شَرِيكِ البَائِعِ بِقَبْضِ وَكَيْلِه حَقَّهُ ، فَبَرِيءُ المُشْتَرِي مِنْهُ ، كما لو أَقرَّ أَنَّهُ قَبِضَهُ بِنَفْسِه ، وَبَقِيَ الحُصُومَةُ بين البَائِعِ وشَرِيكِه والمُشْتَرِي ، فإن حَاصِمَهُ شَرِيكُه ، وادَّعى عليه أَنَّ قَبِضَتَه نَصِيبِي من الثَّمَنِ . فَأَنْكَرَ^(١٨) ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه إن لم يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ قُضِيَ بها عليه ، ولا تُقبَلُ شَهَادَةُ المُشْتَرِي له ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا . وإن حَاصِمَ البَائِعِ المُشْتَرِي ، فادَّعى المُشْتَرِي أَنَّهُ دَفَعَ إليه الثَّمَنَ ، وَأَنْكَرَ البَائِعُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . فإذا حَلَفَ ، أَخَذَ من المُشْتَرِي نِصْفَ الثَّمَنِ ، ولا يُشَارِكُه فيه شَرِيكُه ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ أَنَّهُ يَأْخُذُه ظَلْمًا ، فلا يَسْتَحِقُّ مُشَارَكَتَه فيه . وإن كانت لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، ولا تُقبَلُ شَهَادَةُ شَرِيكِه عليه ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ومن شَهِدَ بِشَهَادَةٍ تَجْرُ إلى نَفْسِه نَفْعًا بَطَلَتْ شَهَادَتُه في الكُلِّ ، ولا فَرَقَ بين مُحَاصِمَةِ الشَّرِيكِ قَبْلَ مُحَاصِمَةِ المُشْتَرِي أو بَعْدَها . وإن ادَّعى المُشْتَرِي أَنَّ شَرِيكَ البَائِعِ قَبِضَ الثَّمَنَ مِنْهُ ، فَصدَّقَهُ البَائِعُ ، نَظَرَتْ ، فإن كان البَائِعُ أَذِنَ لِشَرِيكِه في القَبْضِ ، فَهِيَ كالتى قَبَلَهَا ، وإن لم يَأْذُنْ له في القَبْضِ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ

(١٦) في الأصل : يده .

(١٧) في الأصل : وقال .

(١٨) سقط من : الأصل .

المُشْتَرَى من شيء من الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يُؤَكِّدْهُ فِي الْقَبْضِ ، فَقَبْضُهُ لَهُ ^(١٩) لَا يَلْزِمُهُ ، وَلَا يَبْرَأُ الْمُشْتَرَى مِنْهُ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ . وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى عَلَى شَرِيكَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْكِرُهُ ، وَلِلْبَائِعِ الْمَطَالِبَةُ بِقَدْرِ نَصِيْبِهِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّنُ أَنْ شَرِيكَه قَبْضَ حَقِّهِ . وَيَلْزِمُ الْمُشْتَرَى دَفْعَ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ ^(٢٠) ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى مُقَرَّرٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ . وَإِنْ دَفَعَهُ إِلَى شَرِيكَه ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ ، فَإِذَا قَبْضَ حَقِّهِ ، فَلِشَرِيكَه مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لِمَا نَابَتْ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، فَمَا قَبْضَ مِنْهُ يَكُونُ / بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مِيرَاثًا . وَلَهُ أَنْ لَا يُشَارِكُهُ ، وَيُطَالِبُ الْمُشْتَرَى بِحَقِّهِ كُلِّهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الشَّرِيكَ مُشَارَكَتَهُ فِيمَا قَبْضَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ نَصِيْبِهِ الَّذِي يَنْفَرِدُ بِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِشَرِيكَه مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيْبَهُ فِي صَفْقَةٍ . وَيُخَالِفُ الْمِيرَاثَ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الْوَرْثَةِ لَا يَتَّبَعُ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْوَرْثَةِ تَبَعِيضُهُ ، وَهَهُنَا يَتَّبَعُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ اثْنَيْنِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ عَقْدَيْنِ ، وَلِأَنَّ الْوَارِثَ نَابَتْ عَنِ الْمَوْرُوثِ ، ^(٢١) فَكَانَ مَا يَقْبِضُهُ لِلْمَوْرُوثِ ^(٢٢) يَشْتَرِكُ فِيهِ جَمِيعُ الْوَرْثَةِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنْ مَا يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ . فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ حَقَّهُ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَيَأْخُذُ مِنَ الْقَابِضِ نِصْفَ مَا قَبْضَهُ ، وَيُطَالِبُ الْمُشْتَرَى بِبَقِيَّةِ حَقِّهِ ، إِذَا حَلَفَ لَهُ أَيْضًا أَنَّهُ مَا قَبْضَ مِنْهُ شَيْئًا . وَلَيْسَ لِلْمَقْبُوضِ مِنْهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِعَوْضٍ مَا أَخَذَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ أَنَّ الْمُشْتَرَى قَدْ بَرَّثَ ذِمَّتَهُ مِنْ حَقِّ شَرِيكَه ، وَإِنَّمَا أَخَذَ مِنْهُ ظُلْمًا ، فَلَا يَرْجِعُ بِمَا ظَلَمَهُ هَذَا عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ خَاصَمَ الْمُشْتَرَى شَرِيكَ الْبَائِعِ ، فَادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ قَبْضَ الثَّمَنِ مِنْهُ ، فَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ ^(٢٣) بِهَا . وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ لَهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرُؤُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ عَنْهَا ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبِتَ

(١٩) سقط من : أ .

(٢٠) في ب ، م : و أمين .

(٢١-٢٢) سقط من : ب .

(٢٢) في زيادة : و له .

أن شريكه قبض الثمن ، لم يملك مطالبتة بشيء ، لأنه ليس بوكيل له في القبض ، فلا يقع قبضه له . هكذا ذكره بعض أصحابنا ، وعندى لا تقبل شهادته له ؛ لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري . وإذا لم تكن له (٢٣) بيته ، فحلف ، أخذ من المشتري نصف الثمن ، وإن نكل ، أخذ المشتري منه نصفه .

فصل : وإذا كان العبد بين اثنين ، فعصب رجل نصيب أحدهما ، بأن يستولى على العبد ، ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ، ثم إن مالك نصفه والغاصب باع العبد صفقة واحدة ، صح في نصيب المالك ، وبطل في نصيب الغاصب . وإن وكل الشريك الغاصب ، أو وكل الغاصب الشريك في البيع ، فباع العبد كله صفقة واحدة ، بطل في نصيب الغاصب ، في الصحيح . وهل يصح في نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناء على تفریق الصفقة ؛ لأن الصفقة ههنا وقعت واحدة ، وقد بطل البيع في بعضها ، فبطل في سائرهما . بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب ، فإنهما عقدان ؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . ولو أن الغاصب ذكر للمشتري أنه وكيل (٢٤) في نصفه ، لصلح في نصيب الآذن ؛ لكونه كالعقد المنفرد .

فصل : وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد ؛ إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره ، قبض أحدهما منه شيئاً ، فلاخر مشاركته فيه . هذا ظاهر / المذهب . وقد روى عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه . وهو قول أبي العالوية ، وأبي قلابة ، وابن سيرين ، وأبي عبيد . قيل لأحمد : بعثت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه ، فأعطاني حقي ، وقال : هذا حقتك خاصة ، وأنا أعطيت شريكك بعد . قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه ؟ قال : يجوز . قيل : فقد قال أبو عبيد : له أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ، ويبرئه دون

(٢٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٤) في ا ، ب ، م : « وكل » .

صَاحِبِهِ ؟ فَفَكَرَّ فِيهَا ، ثُمَّ قَالَ : هَذَا يُشْبِهُ الْمِيرَاثَ إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بَعْضُ الْوَرَثَةِ دُونَ بَعْضٍ ،
 وَقَدْ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ وَأَبُو قَلَابَةَ وَأَبُو الْعَالِيَةِ : مِنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ مِنْ نَصِيْبِهِ . قَالَ : فَرَأَيْتَهُ قَدْ
 احْتَجَّ لَهُ وَأَجَازَهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْعَمَلُ عِنْدِي عَلَى مَا رَوَاهُ حَرْبٌ وَحَنْبَلٌ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ .
 وَهُوَ الصَّحِيْحُ . وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ أَحْمَدُ فِي أَوَّلِ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، وَلَمْ يَصْرُحْ بِالرُّجُوعِ عَمَّا قَالَه ؛
 وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُ الْقَابِضِ مَا أَخَذَهُ ، لَمَّا فِي ذَلِكَ مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ فِي
 الذَّمَّةِ مِنْ غَيْرِ رِضَى الشَّرِيْكَ ، فَيَكُونُ الْمَأْخُوذُ وَالْبَاقِي جَمِيْعًا مُشْتَرَكًا ، وَغَيْرِ الْقَابِضِ
 الرُّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِنَصِيْفِهِ^(٢٥) ، سِوَاءَ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ ، أَوْ أُخْرِجَهُ عَنْهَا بِرَهْنٍ أَوْ
 قَضَاءِ دَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْغَرِيْمِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ لِهَمَا عَلَى وَجْهِ
 سِوَاءٍ ، فَلَيْسَ لَهُ تَسْلِيْمٌ حَتَّى أَحْدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْغَرِيْمِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الشَّرِيْكَ
 بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَثْبُتُ فِي أَحَدِ الْمَحْلُوثِيْنَ ، فَإِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَطَطَ حَقَّهُ مِنَ الْآخَرِ ،
 وَلَيْسَ لِلْقَابِضِ مَنَعُهُ مِنَ الرُّجُوعِ عَلَى الْغَرِيْمِ ، بَأَنْ يَقُولَ : أَنَا أُعْطِيْكَ نِصْفَ مَا قَبِضْتُ .
 بَلِ الْخَيْرَةُ إِلَيْهِ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ قَبِضَ ، فَإِنْ قَبِضَ مِنْ شَرِيْكَهَ شَيْئًا ، رَجَعَ الشَّرِيْكَ عَلَى
 الْغَرِيْمِ بِمِثْلِهِ ، وَإِنْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ فِي يَدِ الْقَابِضِ ، تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ ، وَلَمْ يَضْمَنْهُ
 لِلشَّرِيْكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ حَقَّهُ فَمَا^(٢٦) تَعَدَّى بِالْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا كَانَ لِشَرِيْكَهَ مُشَارَكَتَهُ لِثُبُوتِهِ
 فِي الْأَصْلِ مُشْتَرَكًا . وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدَ الشَّرِيْكَيْنِ مِنْ حَقِّهِ ، بَرِيءٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ تَلْفِهِ ، وَلَا
 يَرْجِعُ عَلَيْهِ غَرِيْمُهُ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدَهُمَا مِنْ عَشْرِ الدَّيْنِ ، ثُمَّ قَبِضَا مِنَ الدَّيْنِ شَيْئًا ،
 اقْتَسَمَاهُ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِمَا فِي الْبَاقِي ؛ لِلْمُبْرِعِ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ ، وَلِشَرِيْكَهَ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ .
 وَإِنْ قَبِضَا نِصْفَ الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَبْرَأَ أَحَدَهُمَا مِنْ عَشْرِ الدَّيْنِ كُلِّهِ ، نَفَذَتْ بَرَاءَتُهُ فِي خُمْسِ
 الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَمَانِيَّةٍ ؛ لِلْمُبْرِعِ ثَلَاثَةَ أَتْمَانِهِ ، وَلِلْآخَرِ خَمْسَةَ أَتْمَانِهِ ، فَمَا
 قَبِضَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ اقْتَسَمَاهُ عَلَى هَذَا . وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيْبِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثَوْبًا ،
 فَلِالْآخَرِ إِنْطَالُ الشَّرَاءِ ، فَإِنْ بَدَّلَ لَهُ الْمُشْتَرِي^(٢٧) نِصْفَ الثَّوْبِ ، وَلَا يُبْطِلُ الْبَيْعَ ، لَمْ

و ١٦١/٤

(٢٥) فِي ب : « نَصِيْبِهِ » .

(٢٦) فِي ب ، م : « فِيمَا » .

(٢٧) فِي ب : « الشَّرِيْكَ » .

يَلْزَمُهُ ذَلِكَ . وَإِنْ أَجَازَ الْبَيْعَ لِيَمْلِكَ نِصْفَ الثَّوْبِ ، انْتَبَى عَلَى بَيْعِ الْفُضُولِيِّ ، هَلْ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ أَوْ لَا ؟ وَإِنْ أُخِّرَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ الدَّيْنِ ، جَازَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَسْقَطَ حَقَّهُ جَازَ ، فَتَأْخِيرُهُ أَوْلَى . فَإِنْ قَبَضَ الشَّرِيكَ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْئاً ، لَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالْأَوْلَى أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الْحَالَّ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّأْجِيلِ ؛ فَوْجُودُ التَّأْجِيلِ كَعَدَمِهِ . فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا بِالرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، وَأَنَّ مَا يَقْبِضُهُ^(٢٨) أَحَدُهُمَا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَوْجُوهَا أَنَّ مَا فِي الدِّمَّةِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْعَيْنِ إِلَّا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى غَرِيمِهِ^(٢٩) أَوْ وَكِيلِهِ ، وَمَا يَقْبِضُهُ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ فِيهِ قَبْضٌ ، وَلَا لَوْ كِيلَهُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ حَقٌّ ، وَكَانَ لِقَابِضِهِ ؛ لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ بِحَقِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ بِسَبَبَيْنِ . وَلَيْسَ هَذَا قِسْمَةً الدَّيْنِ فِي الدِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا تَعَيَّنَ حَقُّهُ بِقَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ تَعْيِينَهُ بِالْإِبْرَاءِ ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِغَيْرِ الْقَابِضِ حَقٌّ فِي الْمَقْبُوضِ ، لَمْ يَسْقُطْ بِتَلْفِهِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّ هَذَا الْقَبْضَ لَا يَخْلُو إِذَا مَا أَنْ يَكُونَ بِحَقِّ أَوْ بِغَيْرِ حَقِّ ، فَإِنْ كَانَ بِحَقِّ ، لَمْ يُشَارِكْهُ غَيْرُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ بِسَبَبَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ حَقِّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَتُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدِّمَّةِ لَا فِي الْعَيْنِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَ غَاصِبٌ مِنْهُ مَالاً ، فَعَلَى هَذَا مَا قَبِضَهُ الْقَابِضُ يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ شَرِيكِهِ ، وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِنِصْبِهِ ثَوْباً ، صَحَّ ، وَلَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ إِبْطَالُ الشُّرَاءِ . وَإِنْ قَبَضَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ مِمَّا زَادَ عَلَى حَقِّهِ .

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد ، في قسمة الدين في الذم ، فنقل حنبل منع ذلك . وهو الصحيح ؛ لأن الذم لا تنكافأ ولا تتعادل ، والقسمة تقتضي التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين . فعلى هذا لو تقاسما ، ثم توى^(٣٠) بعض المال ، رجع من توى ماله على من لم يتو . وبهذا قال ابن سيرين ، والنخعي . ونقل حرب جواز ذلك ؛ لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كما لو اختلفت

(٢٨) في م : قبضه .

(٢٩) في ا : غيره .

(٣٠) توى : هلك .

الأعيان . وبه قال الحسن ، وإسحاق . فعلى هذا لا يرّجع من توى ماله على من لم يتو ، إذا أبرأ كل واحد منهما^(٣١) صاحبه . وهذا إذا كان في ذمّم ، فأما في ذمّة واحدة ، فلا تمكن القسمة ؛ لأنّ معنى القسمة إفرأز الحق ، ولا يتصور ذلك في ذمّة واحدة .

فصول في العبد المأذون له : يجوز أن يأذن السيّد لعبيده في التجارة . بغير خلاف / ١٦١/٤ ظ
تعلّمه ؛ لأنّ الحجر عليه إنّما كان لحق سيّده ، فجاز له التصرف بإذنه . وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه ؛ لأنّ تصرفه إنّما جاز بإذن سيّده ، فزال الحجر في قدر ما أذن فيه ، كالتركيل^(٣٢) . فإن دفع إليه مالا يتجر فيه^(٣٣) كان له أن يبيع ويشترى ويتجر فيه . وإن أذن له أن يشتري في ذمّته ، جاز . وإن عيّن له نوعاً من المال يتجر فيه ، جاز ، ولم يكن له التجارة في غيره . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتجر في غيره ، وينفك عنه الحجر^(٣٤) مطلقاً ؛ لأنّ إذنه إطلاق من الحجر وفك له ، والإطلاق لا يتبعض ، كبلوغ الصبي . ولنا ، أنّه متصرف بالإذن من جهة الآدمي ، فوجب أن يختص ما أذن له فيه ، كالوكيل والمضارب . وما قاله ينتقض^(٣٥) بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه ، أو طعام ليأكله . ويخالف البلوغ ؛ فإنّه يزول به المعنى الموجب للحجر ، فإنّ البلوغ مظنة كمال العقل ، الذي يتمكّن به من التصرف على وجه المصلحة ، وههنا الرق سبب الحجر ، وهو موجود ، فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد ، وإنما يتصرف العبد بالإذن ، ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول الكاح ، بخلاف العبد !

فصل : وإذا أذن له في التجارة ، لم يجز له أن يوجر نفسه ، ولا يتوكّل لإنسان . وبه

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في م : (كالوكيل) .

(٣٣) في ا ، ب ، م : (به) .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) في ب ، م : (ينقض) .

قال الشافعي . وأباحهما أبو حنيفة ؛ لأنه يتصرف لنفسه ، فملك ذلك كالمكاتب .
ولنا ، أنه عقد على نفسه ، فلا يملكه بالإذن في التجارة ، كبيع^(٣٦) نفسه وتروجه .
وقولهم : إنه يتصرف لنفسه . ممنوع ، بل يتصرف لسيدّه ، وهذا فارق المكاتب^(٣٧)
فإن المكاتب^(٣٧) يتصرف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيده .

فصل : وإذا رأى السيد عبده يتجر ، فلم ينهه ، لم يصير مأذوناً له . وبه^(٣٨) قال
الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصير مأذوناً له ؛ لأنه سكت عن حقه ، فكان مستقطاً له ،
كالشبيع إذا سكت عن طلب الشفعة . ولنا ، أنه تصرف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقيم
السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت ، أو باعه المرتهن
والراهن ساكت ، وكتصرفات الأجانب . ويخالف الشفعة ؛ فإنها تسقط بمضي
الزمان إذا علم بها^(٣٩) ؛ لأنها على الفور .

فصل : ولا يبطل الإذن بالإباق . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يبطل ؛ لأنه
يزيل به^(٤٠) ولاية السيد عنه في التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه ، فأشبه ما
لو باعه . ولنا ، أن الإباق / لا يمنع ابتداء الإذن له^(٤١) في التجارة ، فلم يمنع استدامته ،
كما لو غصبه غاصب أو^(٤١) حبس بدين عليه أو على غيره . وما ذكروه غير صحيح ؛ فإن
سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ، ويبطل
بالمعصوب .

(٣٦) في م : « وبيع » .

(٣٧-٣٧) سقط من : م .

(٣٨) في م : « وهذا » .

(٣٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) في ب زيادة : « إن » .

فصل : ولا يجوز للمأذون التبرُّغ بهيئة الدراهم ، ولا كُسوة الثياب . وتجاوز هبته المأكول ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، ما لم يكن إسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده ؛ لأنه تبرُّغ بمال مؤلاه ، فلم يجز ، كهيئة دراهمه . ولنا ، أن النبي ﷺ كان يُجيب دعوة المملوك^(٤٢) . وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد ، أنه تزوج ، فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ منهم : عبد الله بن مسعود ، وحذيفة ، وأبو ذر ، فأثمهم وهو يومئذ عبد . رواه صالح في مسائله بإسناده^(٤٣) . ولأن العادة جارية بهذا بين التجار ، فجاز ، كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها .

(٤٢) أخرجه الترمذي ، في : باب آخر ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٤ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، في : باب ما للبعد أن يعطى ويتصدق ، من كتاب التجارات ، وفي : باب البراءة من الكبر والتواضع ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٠ ، ١٣٩٨ .
(٤٣) تقدم ترجمته في : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ (١) . فجوز العمل عليها ، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين ، وأيضا قوله تعالى : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ (٢) . وهذه وكالة . وأما السنة ، فروى أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجه (٣) ، عن الزبير بن الخريت ، عن أبي لبيد لِمَا زَهَرَ بْنِ زُبَيْرٍ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ قَالَ : عَرَضَ لِلنَّبِيِّ ﷺ جَلَبٌ ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا ، فَقَالَ : « يَا عُرْوَةُ ، اثْبِتِ الْجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . قَالَ : فَأْتَيْتُ الْجَلَبَ ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّفُهُمَا ، أَوْ أَقْوَدُهُمَا ، فَلَقَيْتَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَاوَمَنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بَدِينَارٍ ، فَأْتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِاللِّدِينَارِ وَبِالشَّاةِ (٤) . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قَالَ : « وَصَنَعْتُ كَيْفَ ؟ » . قَالَ : فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ . قَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » . هَذَا لَفْظُ رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ (٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى حَبِيرٍ ، فَأْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ لَهُ (٦) : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى حَبِيرٍ . فَقَالَ : « اثْبِتِ وَكَيْلِي ، فَخُذْ مِنْهُ حَمْسَةَ عَشْرَ وَسَقًا ، فَإِنْ ابْتَعَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعَّ يَدَكَ

(١) سورة التوبة ٦٠ .

(٢) سورة الكهف ١٩ .

(٣) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٤) في الأصل : « والشاة » .

(٥) في : باب في الوكالة ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٨٢ .

(٦) سقط من : الأصل .

عَلَى تَرْفُوتِهِ . وَرُوي عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرُو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ ، فِي / قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيْبَةَ ، وَأَبَا زَائِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ (٧) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْوَكَاةِ فِي الْجُمْلَةِ . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كُلَّ وَاحِدٍ فِعْلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهَا .

فصل : وَكُلُّ مَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ بِنَفْسِهِ ، وَكَانَ مِمَّا تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ رَجُلًا كَانَ (٨) أَوْ امْرَأَةً ، حُرًّا كَانَ (٩) أَوْ عَبْدًا ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا . وَأَمَّا مَنْ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، وَالْوَكِيلِ ، وَالْمُضَارِبِ ، فَلَا يَدْخُلُونَ (٩) فِي هَذَا . لَكِنْ يَصِحُّ مِنَ الْعَبْدِ التَّوَكُّيلُ فِيمَا يَمْلِكُهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالخُلْعِ . (١٠) وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ، لَا يُوَكَّلُ إِلَّا فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ ، مِنَ الطَّلَاقِ وَالخُلْعِ (١١) ، وَطَلْبِ الْقِصَاصِ ، وَنَحْوِهِ . وَكُلُّ مَا يَصِحُّ (١١) أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ بِنَفْسِهِ ، وَتَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ فِيهِ ، إِلَّا الْفَاسِقَ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَقْبَلَهُ لغيرِهِ . وَكَلَامُ أَبِي الْحَطَّابِ يَقْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ . وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا تَوَكُّيلُهُ فِي الْإِيجَابِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْوِلَايَةَ لَهُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا : يَجُوزُ تَوَكُّيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَلِيِّ . وَوَجْهُ الْوَجْهِ الْآخَرَ ، أَنَّهُ مُوجِبٌ لِلنِّكَاحِ ، أَشْبَهَ الْوَلِيِّ . وَلَأنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ . وَيَصِحُّ تَوَكُّيلُ الْمَرْأَةِ فِي طَّلَاقِ نَفْسِهَا ، وَطَّلَاقِ غَيْرِهَا . وَيَصِحُّ تَوَكُّيلُ الْعَبْدِ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ لِنَفْسِهِ ؛ وَإِنَّمَا يَقِفُ ذَلِكَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لِيَرْضَى

(٧) ذَكَرَهُمَا الْحَافِظُ ابْنُ حَجْرٍ فِي : كِتَابِ الْوَكَاةِ . تَلْخِيصُ الْحَبِيرِ ٣ / ٥٠ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « يَدْخُلُ » .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « صَحَّ » .

بِتَعَلُّقِ الْحُقُوقِ بِهِ . وَمَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي شَيْءٍ لِنَفْسِهِ ، لَا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَقَبُولِهِ ، وَالْكَافِرِ فِي تَرْوِيحِ مُسْلِمَةٍ ، وَالطُّفْلِ وَالْمَجْنُونِ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا .

فصل : وَلِلْمُكَاتِبِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِجُعْلِ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِ الْمَالِ . وَلَا يُمْنَعُ الْمُكَاتِبُ مِنَ الْاِكْتِسَابِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ بِغَيْرِ جُعْلِ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ كَأَعْيَانِ مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَذَلُ عَيْنِ مَالِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ . وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ التَّوَكُّيلُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَا ذُوقَهُ فِي التَّجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي التَّجَارَةِ لَا يَتَنَاوَلُ التَّوَكُّيلَ . وَتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ الْمُرَاهِقِ ، إِذَا أُذِنَ لَهُ الْوَالِي ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ .

٨٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ ، وَمُطَابَلَةِ^(١) الْحُقُوقِ ، وَالْعِنَقِ وَالطَّلَاقِ ، حَاضِرًا كَانَ الْمُوَكَّلُ أَوْ غَائِبًا)

لَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي جَوَازِ التَّوَكُّيلِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا الدَّلِيلَ عَلَيْهِ مِنَ الْآيَةِ وَالْحَبْرِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى التَّوَكُّيلِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يُحْسِنُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ، أَوْ لَا يُمَكِّنُهُ الْخُرُوجُ إِلَى السُّوقِ . وَقَدْ يَكُونُ لَهُ مَالٌ وَلَا يُحْسِنُ التَّجَارَةَ فِيهِ ، وَقَدْ يُحْسِنُ وَلَا يَتَفَرَّغُ ، وَقَدْ لَا تَلِيْقُ بِهِ التَّجَارَةُ لِكُونِهِ أَمْرًا ، أَوْ مِمَّنْ يَتَعَيَّرُ بِهَا ، وَيَحُطُّ ذَلِكَ مِنْ مَنَزَلَتِهِ ، فَأَبَاحَهَا الشَّرْعُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ ، / وَتَحْصِيلًا لِمَصْلَحَةِ الْآدَمِيِّ ١٦٣/٤
الْمَخْلُوقِ لِعِبَادَةِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْحَوَالَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالضَّمَانِ ، وَالْكَفَالَةِ ، وَالشَّرِكَةِ ، وَالْوَدِيْعَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالْمُسَاقَاةَ ، وَالْإِجَارَةَ ، وَالْقَرْضَ ، وَالصَّلْحَ ، وَالْوَصِيَّةَ ، وَالْهَبَةَ ، وَالْوَقْفَ ، وَالصَّدَقَةَ ، وَالْفَسْخَ ، وَالْإِبْرَاءَ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْبَيْعِ فِي الْحَاجَةِ إِلَى التَّوَكُّيلِ فِيهَا ، فَيَثْبُتُ فِيهَا حُكْمُهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي شَيْءٍ مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَمُطَابَلَةِ » .

ذلك اِخْتِلَافًا . ويجوزُ التَّوَكُّيلُ في عَقْدِ النِّكَاحِ في الإِجَابِ والقَبُولِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكُلَّ عَمْرُو بنِ أُمَيَّةَ ، وَأَبَا رَافِعَ ، في قَبُولِ النِّكَاحِ له^(١) . ولِأَنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إليه ، فَإِنَّهُ رِمَا احتَاجَ إلى التَّزْوِجِ من مَكَانٍ بَعِيدٍ ، لا يُمَكِّنُهُ السَّفَرُ إليه ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وهى يَوْمَئِذٍ بِأَرْضِ الحَبَشَةِ^(٢) . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ في الطَّلَاقِ ، والخُلُوعِ ، والرَّجْعَةِ ، والعَتَاقِ ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إليه ، كَدَعَائِهَا إلى التَّوَكُّيلِ في البَيْعِ والنِّكَاحِ . ويجوزُ التَّوَكُّيلُ في تَحْصِيلِ المُبَاحَاتِ ، كإِحْيَاءِ المَوَاتِ ، وإِسْقَاءِ^(٤) المَاءِ ، والاصْطِيَادِ ، والاحتِشَاشِ ؛ لِأَنَّهَا تَمَلِّكُ مالَ بِسَبَبٍ لا يَتَّعِينُ عليه ، فجازَ التَّوَكُّيلُ فيه ، كالإِتْيَاعِ والائْتِهَابِ . ويجوزُ التَّوَكُّيلُ في إثْبَاتِ القِصَاصِ ، وَحَدِّ القَذْفِ ، واسْتِيفَائِهِمَا ، في حَضْرَةِ المُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا من حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ ، وتَدْعُو الحَاجَةَ إلى التَّوَكُّيلِ فِيهِمَا ، لِأَنَّ مَنْ لَه حَقٌّ قَدْ لا يُحْسِنُ الاسْتِيفَاءَ ، أو لا يُجِبُّ أن يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ^(٥) .

فصل : ويجوزُ التَّوَكُّيلُ في مُطَالَبَةِ الحُقُوقِ ، وإثْبَاتِهَا ، والمُحَاكَمَةِ فِيهَا ، حَاضِرًا كان المُوَكَّلُ أو غَائِبًا ، صَحِيحًا أو مَرِيضًا . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أُمَيَّةَ لَيْلَى ، وأبو يوسفَ ، ومُحَمَّدٌ ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لِلْحَصْمِ أن يَمْنَعَ من مُحَاكَمَةِ الوَكِيلِ إذا كانَ المُوَكَّلُ حَاضِرًا ؛ لِأَنَّ حُضُورَهُ مَجْلِسِ الحُكْمِ ، ومُخَاصَمَتَهُ حَقٌّ لِحَصْمِهِ عليه ، فلم يَكُنْ لَه نَقْلُهُ إلى غَيْرِهِ بغيرِ رِضَا حَصْمِهِ ، كالدَّيْنِ عليه . ولنا ، أَنَّهُ حَقٌّ تَجُوزُ التَّيَابَةُ فِيهِ ، فكانَ لِصَاحِبِهِ الاسْتِثْنَاءُ بغيرِ رِضَا حَصْمِهِ ، كحالِ غَيْبَتِهِ ومَرَضِهِ ، وكدَفْعِ المَالِ الذي عليه ، ولِأَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَكُلَّ عَقِيلًا عندَ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وقال : ما قُضِيَ لَه فَلَى ، وما قُضِيَ عليه

(٢) تقدم تحريجه في صفحة ١٩٧ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند / ٦ / ٤٢٧ .

(٤) في الأصل : « . واستقاء » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فَعَلَى . وَوَكَّلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عِنْدَ عَثْمَانَ ، وَقَالَ : إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قَحْمًا ، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ لِيَحْضُرُهَا ، وَإِنِّي لَأَكْرَهُ أَنْ أَحْضُرَهَا . قَالَ أَبُو زَيْدٍ ^(٦) : الْقَحْمُ الْمَهَالِكُ . وَهَذِهِ قِصَصٌ انْتَشَرَتْ ، لِأَنَّهَا فِي مَطْنَةِ الشُّهْرَةِ ، فَلَمْ يُنْقَلْ إِنْكَارُهَا ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ حَقٌّ ، أَوْ يُدْعَى عَلَيْهِ ، وَلَا يُحْسِنُ الْخُصُومَةَ ، أَوْ لَا يُحِبُّ أَنْ يَتَوَلَّاهَا بِنَفْسِهِ . وَبِجُورِ التَّوَكِيلِ فِي الْإِقْرَارِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَكِيلُ فِيهِ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتٌ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ بِالْقَوْلِ ، فَجَازَ التَّوَكِيلُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا لَا تُثَبِّتُ الْحَقَّ ، وَإِنَّمَا هِيَ ^(٧) إِخْبَارٌ بِبُوتِهِ عَلَى غَيْرِهِ .

١٦٣/٤ ظ / فصل : وَلَا يَصِحُّ التَّوَكِيلُ فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الشَّاهِدِ ^(٨) لِكَوْنِهَا خَبْرًا عَمَّا رَأَاهُ أَوْ سَمِعَهُ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ هَذَا الْمَعْنَى فِي نَائِبِهِ . فَإِنْ اسْتَنَابَ فِيهَا ، كَانَ النَّائِبُ شَاهِدًا عَلَى شَهَادَتِهِ ، لِكَوْنِهِ يُؤَدِّي مَا سَمِعَهُ مِنْ شَاهِدِ الْأَصْلِ ، وَلَيْسَ وَكَيْلًا ^(٩) . وَلَا يَصِحُّ فِي الْإِيمَانِ وَالتَّنْذُورِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الْحَالِفِ وَالتَّنَادِرِ ، فَأَشْبَهَتِ الْعِبَادَاتِ الْبَدَنِيَّةَ وَالتَّحَدِيدَ . وَلَا يَصِحُّ فِي الْإِيلَاءِ وَالتَّقْسَامَةِ وَالتَّلْعَانِ ؛ لِأَنَّهَا أَيْمَانٌ . وَلَا فِي الْقَسْمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ الزَّوْجِ لِأَمْرٍ لَا يُوجَدُ مِنْ غَيْرِهِ . وَلَا فِي الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُرْضِعَةِ وَالتَّمْرِضِ ، لِأَمْرٍ يَخْتَصُّ بِإِثْبَاتِ لَحْمِ التَّمْرِضِ ، وَإِنْشَارِ عَظْمِهِ بِلَبَنِ الْمُرْضِعَةِ . وَلَا فِي الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، فَلَا يَجُوزُ فِعْلُهُ ، وَلَا الْاسْتِنَابَةُ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ فِي الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ . وَلَا فِي الْجَنَائِبِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا فِي كُلِّ مُحَرَّمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُهُ ، فَلَمْ يَجْزِ لِنَائِبِهِ .

فصل : فَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى فَمَا كَانَ مِنْهَا حَدًّا كَحَدِّ الزَّئْبِيِّ وَالتَّسْرِيقِ ، فَجَازَ التَّوَكِيلُ

(٦) فِي اللِّسَانِ (ق ح م) أَنَّهُ أَبُو زَيْدِ الْكَلَابِيِّ .

(٧) فِي أ ، ب ، م : هُوَ .

(٨) فِي أ ، ب ، م : الشَّهَادَةُ .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ : بُوَيْكِلٌ .

في استيفائه ؛ لأن النبي ﷺ قال : « أَعْدُ يَا أُتَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا » . فعَدَا عليها أُتَيْسٌ ، فاعْتَرَفَتْ ، فَأَمَرَ بِهَا فَرَجَمَتْ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١٠) . وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَجْمِ مَا عَزَرَ ، فَرَجَمُوهُ (١١) . وَوَكَّلَ عُثْمَانُ عَلِيًّا فِي إِقَامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ عَلَى الْوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ . وَوَكَّلَ عَلِيُّ الْحَسَنَ فِي ذَلِكَ ، فَأَبَى الْحَسَنُ ، فَوَكَّلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، فَأَقَامَهُ ، وَعَلِيُّ يُعَدُّ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ (١٢) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ لَا يُمَكِّنُهُ تَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي إِثْبَاتِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَجُوزُ فِي إِثْبَاتِهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَقَدْ أَمَرْنَا بِدَرْئِهَا بِهَا ، وَالتَّوَكُّيلُ يُوصِلُ إِلَى الْإِجْبَابِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ أُتَيْسٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَهُ فِي إِثْبَاتِهِ وَاسْتِيفَائِهِ جَمِيعًا ، فَإِنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا » . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ثَبَتًا ، وَقَدْ وَكَّلَهُ فِي إِثْبَاتِهِ (١٣) وَاسْتِيفَائِهِ جَمِيعًا (١٣) . وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا اسْتَنَابَ ، دَخَلَ فِي

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب الوكالة في الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب إذا اصطالحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفي : باب الشروط التي لا تحل في الحدود ، من كتاب الشروط ، وفي : باب هل يأمر الإمام رجلا فيضرب الحد غائباً عنه ، من كتاب الحدود ، وفي : باب كيف كان يمين النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا زنى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفي : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفي : باب ما جاء في إجازة خير الواحد ، من كتاب الأحاد . صحيح البخاري ٣ / ١٣٤ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٤٦ / ٤٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩ / ٩٤ ، ١١٠ . ومسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفي : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحمدي ٦ / ٢٠٣ ، ٢٠٥ . والنسائي ، في : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٢ . والدارمي ، في : باب الاعتراف في الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٧ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١١٥ ، ١١٦ .

(١١) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، في : باب رجم ما عزر من مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ - ٤٥٩ . والدارمي ، في : باب الاعتراف بالزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٦٢ . (١٢) في : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣١ ، ١٣٣٢ . (١٣-١٣) سقط من : الأصل .

ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخَلَتْ في التَّوَكُّيلِ بِطَرِيقِ العُمُومِ ، وَجَبَ أَنْ تَدْخُلَ بالتَّخْصِيسِ بها أَوْلَى ، وَالتَّوَكُّيلُ يَقُومُ مَقَامَ المُوَكَّلِ في دَرَجَتِهَا بِالشُّبُهَاتِ . وَأَمَّا العِبَادَاتُ ، فَمَا كَانَ مِنْهَا لَهُ تَعَلُّقٌ بِالمَالِ ، كَالزَّكَاةِ وَالصَّدَقَاتِ وَالمَنْدُورَاتِ وَالكَفَّارَاتِ ، جَازَ التَّوَكُّيلُ في قَبْضِهَا وَتَفْرِيقِهَا ، وَيَجُوزُ لِلْمُخْرِجِ التَّوَكُّيلُ في إِخْرَاجِهَا وَدَفْعِهَا إِلَى مُسْتَحِقِّهَا . وَيَجُوزُ أَنْ يَقُولَ لِغَيْرِهِ : أَخْرِجْ زَكَاةَ مَالِي مِنْ مَالِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ عَمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ وَتَفْرِيقِهَا ، وَقَالَ لِمَعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى اليَمَنِ : « أَعْلِمُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِمْ ، فَتَرُدُّ فِي (١٤) فُقَرَاءِهِمْ ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوكَ (١٥) بِذَلِكَ ، فَإِيَّاكَ وَكِرَائِمَ أُمُورِهِمْ ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهَا (١٦) وَبَيْنَ اللَّهِ حِجَابٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١٧) . وَيَجُوزُ / التَّوَكُّيلُ في الحَجِّ إِذَا أَيْسَ المَحْجُوجُ عَنْهُ مِنَ الحَجِّ بِنَفْسِهِ ، وَكَذَلِكَ العُمْرَةَ . وَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَنَابَ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ بَعْدَ المَوْتِ . وَأَمَّا العِبَادَاتُ البَدَنِيَّةُ المَحْضَةُ ، كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالتَّطَاهَرَةِ مِنَ الحَدَثِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ فِيهَا ، إِلَّا أَنَّ الصِّيَامَ المَنْدُورَ يُفْعَلُ عَنِ المَيِّتِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَّوَكُّيلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكَّلْ فِي ذَلِكَ ، وَلَا وَكَّلَ فِيهِ غَيْرُهُ . وَلَا يَجُوزُ في الصَّلَاةِ إِلَّا فِي رَكْعَتَيْ الطَّوَافِ تَبَعًا لِلحَجِّ . وَفِي فِعْلِ الصَّلَاةِ المَنْدُورَةِ ، (١٨) وَفِي الِاعْتِكَافِ (١٨)

و١٦٤/٤

(١٤) في الأصل ، م : « على » .

(١٥) في ١ : « أطاعوا لك » .

(١٦) في الأصل : « بينه » .

(١٧) أخرجه البخارى ، في : باب وجوب الزكاة ، وباب أخذ الصدقة من الأغنياء وترد في الفقراء حيث كانوا ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٢ / ١٣٠ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ٥ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ . ومسلم ، في : باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في زكاة السائمة ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ١ / ٣٦٦ . والترمذى ، في : باب ماجاء في كراهية أخذ خيار المال في الصدقة ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ١١٦ . والنسائى ، في : باب وجوب الزكاة ، وباب إخراج الزكاة من بلد إلى بلد ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٣ ، ٤١ . وابن ماجه ، في : باب فرض الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٦٨ . والدارمى ، في : باب في فضل الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٣٣ . (١٨-١٨) في الأصل : « والاعتكاف » .

الْمَنْذُورِ عَنِ الْمَيْتِ رَوَاتَانِ . وَلَا تَجُوزُ الِاسْتِنَابَةُ فِي الطَّهَارَةِ ، إِلَّا فِي صَبِّ الْمَاءِ ،
وَإِصَالِ الْمَاءِ ^(١٩) إِلَى الْأَعْضَاءِ ^(٢٠) ، وَفِي تَطْهِيرِ النَّجَاسَةِ عَنِ الْبَدَنِ وَالثُّوبِ وَغَيْرِهِمَا .

فصل : وكلُّ ما جازَ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، جازَ اسْتِيفَاؤُهُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ . نَصَّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ
وَحَدَّ الْقَذْفِ فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَبَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛
لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْفُوَ الْمُوَكَّلُ فِي حَالَةِ غَيْبَتِهِ ، فَيَسْقُطُ ؛ وَهَذَا الْاِحْتِمَالُ شَبْهَةٌ تَمْنَعُ
الِاسْتِيفَاءَ . وَلِأَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، فَإِذَا حَضَرَ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَرْحَمَهُ فَيَعْفُو . وَالْأَوَّلُ
ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ مَا جازَ اسْتِيفَاؤُهُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، جازَ فِي غَيْبَتِهِ ، كَالْحُدُودِ
وَسَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَاحْتِمَالِ الْعَفْوِ بَعِيدٌ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ عَفَا لَبَعَثَ وَأَعْلَمَ وَكَيْلَهُ بِعَفْوِهِ ،
وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، فَلَا يُؤْتَرُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ قِضَاةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يَحْكُمُونَ فِي الْبِلَادِ ،
وَيَقِيمُونَ الْحُدُودَ الَّتِي تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، مَعَ اِحْتِمَالِ النَّسْخِ ؟ وَكَذَلِكَ لَا يَحْتَاطُ فِي
اسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ بِاحْتِضَارِ الشُّهُودِ ، مَعَ اِحْتِمَالِ رُجُوعِهِمْ عَنِ الشَّهَادَةِ ، أَوْ تَغْيِيرِ
اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ إِلَّا بِالِإِجَابِ وَالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، كَالْبَيْعِ . وَبِجُوزِ الْإِجَابِ بِكُلِّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَى الْإِذْنِ ،
نَحْوُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِفِعْلٍ شَيْءٍ ، أَوْ يَقُولُ : أَذِنْتُ لَكَ فِي فِعْلِهِ . فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكُلَّ عُرْوَةَ بْنِ
الْجَعْدِ فِي شِرَاءِ شَاةٍ بِلَفْظِ الشِّرَاءِ ^(٢١) ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى ، مُخْبِرًا عَنْ أَهْلِ الْكَهْفِ أَنَّهُمْ
قَالُوا : ﴿ فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ
بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ ^(٢٢) . وَلِأَنَّهُ لَفْظٌ دَلَّ عَلَى الْإِذْنِ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ : وَكَلْتُكَ . وَبِجُوزِ
الْقَبُولِ بِقَوْلِهِ : قَبِلْتُ . وَكُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهِ . وَبِجُوزِ بَعْضِ لَفْظِ دَلَّ عَلَى الْقَبُولِ ، نَحْوُ أَنْ

(١٩-١٩) فِي م : « لِلْأَعْضَاءِ » .

(٢٠) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٢٩٥ .

(٢١) سُورَةُ الْكَهْفِ ١٩ .

يَفْعَلُ مَا أَمَرَهُ بِفِعْلِهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ وَكَّلَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ لَمْ يُثْقَلْ عَنْهُمْ سِوَى امْتِثَالِ أَمْرِهِ . وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازَ الْقَبُولُ فِيهِ بِالْفِعْلِ ، كَأَكْلِ الطَّعَامِ . وَبِجُوزِ الْقَبُولِ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاحِي ، نَحْوُ أَنْ يُبْلَغَهُ أَنْ رَجُلًا وَكَلَهُ / فِي بَيْعِ شَيْءٍ مِنْذُ سَنَةٍ ، فَيَبِيعُهُ . أَوْ يَقُولُ : قَبِلْتُ . أَوْ يَأْمُرُهُ بِفِعْلِ شَيْءٍ ، فَيَفْعَلُهُ بَعْدَ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ وَكَلَاءِ النَّبِيِّ ﷺ لَوْ كَالْتِهِ كَانَ بِفِعْلِهِمْ ، وَكَانَ مُتَرَاخِيًا عَنْ تَوْكِيلِهِ إِيَّاهُمْ . وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، وَالْإِذْنُ قَائِمٌ ، مَا لَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ الْإِبَاحَةَ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

ظ ١٦٤/٤

فصل : وَبِجُوزِ تَعْلِيْقِهَا عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ فَبِعَ هَذَا الطَّعَامِ . وَإِذَا جَاءَ الشُّتَاءُ فَاشْتَرِ لَنَا فَحْمًا . وَإِذَا جَاءَ الْأَضْحَى فَاشْتَرِ لَنَا أُضْحِيَّةً . وَإِذَا طَلَبَ مِنْكَ أَهْلِي شَيْئًا فَأَذْفَعُهُ إِلَيْهِمْ . وَإِذَا دَخَلَ رَمَضَانَ فَقَدْ وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا^(٢٢) ، أَوْ فَأَنْتَ وَكَيْلِي . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ، لَكِنْ إِنْ تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِوُجُودِ الْإِذْنِ ، وَإِنْ كَانَ وَكَيْلًا بِجُعِلَ فَسَدَ الْمُسَمَى ، وَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُ بِهِ التَّصَرُّفَ فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ »^(٢٣) . وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ اعْتَبِرَ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ^(٢٤) حُكْمُهُ ، وَهُوَ إِبَاحَةُ التَّصَرُّفِ وَصِحَّتُهُ ، فَكَانَ صَحِيحًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ وَكَيْلِي فِي بَيْعِ عَبْدِي إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ فِي شِرَاءِ كَذَا ، فِي وَقْتِ كَذَا . صَحَّ بِلَا خِلَافٍ ، وَمَعْلَى النَّزَاعِ فِي مَعْنَاهُ . وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ وَالتَّأْمِيرَ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَصِحُّ بِغَيْرِ جُعِلٍ ، وَلَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ بِكُونِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَصَحَّ بِالْجُعِلِ ، كَالتَّوَكِيلِ النَّاجِزِ .

فصل : وَبِجُوزِ التَّوَكِيلِ بِجُعِلٍ وَبِغَيْرِ^(٢٥) جُعِلٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ أُنَيْسًا فِي إِقَامَةِ

(٢٢) فِي م : هَذَا .

(٢٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ مَوْتَةَ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥ / ١٨٢ .

وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَأِ ١ / ٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٣٠٠ / ٥ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(٢٥) فِي أ ، ب ، م : وَغَيْرِ .

الْحَدِّ^(٢٦) ، وَعُرْوَةَ فِي شِرَاءِ شَاةٍ^(٢٧) ، وَعَمْرًا وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ النُّكَاحِ بِغَيْرِ جُعْلٍ^(٢٨) .
 وَكَانَ يَبْعُثُ عَمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ ، وَيَجْعَلُ لَهُمْ عَمَّالَةً . وَهَذَا قَالَهُ ابْنُ عَمَّةٍ : لَوْ بَعَثْنَا
 عَلَى هَذِهِ الصَّدَقَاتِ ، فَتَوَدَّى إِلَيْكَ مَا يُودَى النَّاسُ ، وَنُصِيبُ مَا يُصِيبُهُ النَّاسُ^(٢٩) ؟
 يَعْنِيانِ الْعَمَّالَةَ . فَإِنْ كَانَتْ بِجُعْلٍ ، اسْتَحَقَّ الْوَكِيلُ الْجُعْلَ بِتَسْلِيمِ مَا وَكَّلَ فِيهِ إِلَى
 الْمُوَكَّلِ ، إِنْ كَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ ، كَتَوْبٍ يَنْسِجُهُ أَوْ يَقْصِرُهُ أَوْ يَخِيْطُهُ ، فَهِيَ
 سَلَّمَةٌ إِلَى الْمُوَكَّلِ مَعْمُولًا فَلَهُ الْأَجْرُ . وَإِنْ كَانَ الْخِيَّاطُ فِي دَارِ الْمُوَكَّلِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ
 شَيْئًا وَقَعَ مَقْبُوضًا ، فَيَسْتَحِقُّ الْوَكِيلُ الْجُعْلَ إِذَا فَرَغَ الْخِيَّاطُ مِنَ الْخِيَّاطَةِ . وَإِنْ وَكَّلَ فِي
 بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ حَجٍّ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إِذَا عَمِلَهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ :
 إِذَا بَعَثَ التَّوْبَ ، وَقَبِضْتَ ثَمَنَهُ ، وَسَلَّمْتَهُ إِلَيَّ ، فَلَكَ الْأَجْرُ . لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْهَا شَيْئًا حَتَّى
 يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ فَاتَهُ التَّسْلِيمُ لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِقَوَاتِ الشَّرْطِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَكَاةُ إِلَّا فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . / فَإِنْ قَالَ : وَكَلْتُكَ فِي كُلِّ شَيْءٍ .
 أَوْ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ . أَوْ فِي كُلِّ تَصَرُّفٍ يَجُوزُ لِي . أَوْ فِي كُلِّ مَا لِيَ التَّصَرُّفُ فِيهِ .
 لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَصِحُّ ، وَيَمْلِكُ بِهِ كُلُّ
 مَا تَنَاقَلَهُ لَفْظُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ عَامٌّ ، فَصَحَّ فِيمَا يَتَنَاقَلُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَيْعُ مَا لِيَ كُلَّهُ . وَلَنَا ، أَنَّ
 فِي هَذَا غَرًّا عَظِيمًا ، وَحَاطَرًا كَبِيرًا ؛ لِأَنَّهُ تَدْخُلُ فِيهِ هِبَةٌ مَالِهِ ، وَطَلَّاقُ نِسَائِهِ^(٣٠) ،
 وَإِعْتَاقُ رَقِيقِهِ ، وَتَزْوُجُ نِسَاءِ كَثِيرٍ^(٣١) . وَيَلْزَمُهُ الْمُهْوَرُّ الْكَثِيرَةُ ، وَالْإِثْمَانُ الْعَظِيمَةُ ،
 فَيَعْظُمُ الضَّرْرُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُ مَا شِئْتُ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى
 ثَمَنِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ ؛ لِقَوْلِهِ فِي رَجُلَيْنِ ، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ

(٢٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٢ .

(٢٧) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٢٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٣ .

(٣٠) في ب : « زوجاته » .

(٣١) في ب ، م ، « كثيرة » .

منهما لصاحبه : ما اشترت من شيء فهو بيننا : إنه جائز . وأعجبه . ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء . فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثمن المثل فما دون ، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه ، ولا ما لا يرى المصلحة له في شراؤه . وإن قال : بيع مالي كله ، واقبض ديوبي كلها . صح ؛ لأنه قد يعرف ماله وديوئه . وإن قال : بيع ما شئت من مالي ، واقبض ما شئت من ديوبي . جاز ؛ لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ، ففي بعضه أولى . وإن قال : اقبض دنيي كله ، وما يتجدد في المستقبل . صح . وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : بيع ما شئت من مالي . لم يعجز . وإن قال : من عبيدي . جاز ؛ لأنه مخصص بالجنس . ولنا ، أن ما جاز التوكيل في جميعه ، جاز في بعضه ، كعبيده^(٣٢) . وإن قال : اشتر لي عبداً ثركياً ، أو ثوباً هروياً . صح . وإن قال : اشتر لي عبداً ، أو قال ثوباً . ولم يذكر جنسه ، صح أيضاً . وقال أبو الخطاب : لا يصح . وهو مذهب الشافعي ، لأنه مجهول . ولنا ، أنه توكيل في شراء عبيد ، فلم يشترط ذكر نوعه ، كالقراضي . ولا يشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر قدر الثمن . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد ، وإنما تتميز بالثمن . ولنا ، أنه إذا ذكر نوعاً ، فقد اذن في أعلاه ثمناً ، فيقل العرر ، ولأن تقدير الثمن يضر ، فإنه قد لا يجد يقدر الثمن . ومن اعتبر ذكر الثمن ، جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

فصل : وإذا وكل وكيلين في تصرف ، وجعل لكل واحد الاثني عشر بالتصرف ، فله ذلك ؛ لأنه مأذون له فيه^(٣٣) . فإن لم يجعل له ذلك ، فليس لأحدهما الاثني عشر ؛ لأنه لم يأذن له في ذلك ، وإنما يجوز له ما اذن فيه موكله . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وإن وكلهما في حفظ ماله ، حفظاه معاً في جزئهما ؛ لأن قوله : أفعلًا كذا .

(٣٢) في ب ، م : « كعبيده » .

(٣٣) في ا : « في التصرف » .

يَقْتَضِي اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى فِعْلِهِ ، وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ ، فَتَعَلَّقَ بِهِمَا . وَفَارَقَ هَذَا قَوْلَهُ :
بِعْتُكُمَا . حَيْثُ كَانَ مُتَقَسِّمًا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمَكِّنُ كَوْنُ الْمَلِكِ لَهَا عَلَى الْاجْتِمَاعِ ،
فَانْتَقَسَمَ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ غَابَ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ ، وَلَا لِلْحَاكِمِ
ضَمُّ أَمِينٍ إِلَيْهِ لِيَتَصَرَّفَا ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَشِيدًا جَائِزُ التَّصَرُّفِ ، وَلَا لِأَيَّةٍ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ ، فَلَا
يَضُمُّ الْحَاكِمُ وَكِيلاً لَهُ بغيرِ أَمْرِهِ . وَفَارَقَ مَا لَوْ مَاتَ أَحَدُ الْوَصِيِّينِ ، حَيْثُ يُضَيَّفُ
الْحَاكِمُ إِلَى الْوَصِيِّ أَمِينًا لِيَتَصَرَّفَا^(٣٤) ؛ لِكَوْنِ الْحَاكِمِ لَهُ النَّظَرُ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ وَالْيَتِيمِ ،
وَهَذَا لَوْ لَمْ يُوَصَّ إِلَى أَحَدٍ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا فِي النَّظَرِ لِلْيَتِيمِ . وَإِنْ حَضَرَ الْحَاكِمُ أَحَدُ
الْوَكِيلَيْنِ ، وَالْآخَرُ غَائِبٌ ، وَادَّعَى الْوَكَالَاتَهُمَا ، وَأَقَامَ بَيْنَهُ سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَحَكَمَ
بِثْبُوتِ الْوَكَالَاتِهِمَا ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْحَاضِرُ التَّصَرُّفَ وَحْدَهُ ، فَإِذَا حَضَرَ الْآخَرَ^(٣٥) تَصَرَّفَا
مَعًا ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ سَمِعَهَا لَهَا مَرَّةً . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا حُكْمٌ
لِلْغَائِبِ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَبَعًا لِحَقِّ الْحَاضِرِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْوَقْفِ الَّذِي يَثْبُتُ لِمَنْ لَمْ
يُخْلُوهُ لِأَجْلِ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ فِي الْحَالِ ، كَذَا هُنَا . وَإِنْ جَحَدَ الْغَائِبُ الْوَكَالَاتَهُ ، أَوْ عَزَلَ
نَفْسَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ . وَمِمَّا ذَكَرْنَاهُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ
خِلَافًا . وَجَمِيعُ التَّصَرُّفَاتِ فِي هَذَا سَوَاءٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَكَّلْتَهُمَا فِي حُصُومَةٍ ،
فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْانْفِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِتَصَرُّفِ أَحَدِهِمَا ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ
وَالشَّرَاءَ .

٨٤١ - مسألة ؛ قال : (.) وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ
ذَلِكَ إِلَيْهِ)

لَا يَخْلُو التَّوَكِيلُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْهَى الْمُوَكَّلَ وَكِيْلَهُ عَنِ التَّوَكِيلِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، لِأَنَّ

(٣٤) في ١ ، ب ، م : « ليتصرف » .

(٣٥) سقط من : ب .

ما نَهَاهُ عَنْهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي إِذْنِهِ . فَلَمْ يُجْزَلْهُ ^(١) ، كَالْوَلِيِّ لَمْ يُؤَكَّلْهُ .

الثاني ، اذْنُ لَهُ فِي التَّوَكُّيلِ ، فَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ اذْنَ لَهُ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَالْتَصَرُّفِ الْمَأْذُونِ لَهُ ^(٢) فِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَيْنِ خِلَافًا . وَإِنْ قَالَ لَهُ : وَكَلَّتْكَ فَاصْنَعِ مَا شِئْتَ . فَلَهُ أَنْ يُؤَكَّلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَفْتَضِي تَصَرُّفًا يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ ، وَقَوْلُهُ : اصْنَعِ مَا شِئْتَ . يَرْجِعُ إِلَى مَا يَفْتَضِيهِ التَّوَكُّيلُ مِنْ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِيمَا شَاءَ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِهِ التَّوَكُّيلُ .

الثالث ، أَطْلَقَ الْوَكَّالَةَ ، فَلَا يَحُلُو مِنْ أَقْسَامِ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مِمَّا يَرْتَفِعُ الْوَكِيلُ عَنْ مِثْلِهِ ، كَالْأَعْمَالِ الدِّينِيَّةِ ^(٣) فِي حَقِّ ^(٤) أَشْرَافِ النَّاسِ ^(٥) الْمُرْتَفِعِينَ عَنِ فِعْلِهَا فِي الْعَادَةِ ، أَوْ يَعْجُزُ عَنِ عَمَلِهِ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَعْمَلُهُ ^(٥) الْوَكِيلُ عَادَةً ، انْتَصَرَفَ الْإِذْنُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنَ الْاسْتِنَابَةِ فِيهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَعْمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَعْجُزُ عَنِ عَمَلِهِ كُلِّهِ ^(٦) ؛ لِكَثْرَتِهِ وَانْتِشَارِهِ ، فَيَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي عَمَلِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَكَّالَةَ اقْتَضَتْ جَوَازَ التَّوَكُّيلِ ، فَجَازَ التَّوَكُّيلُ فِي فِعْلِ جَمِيعِهِ ، كَالْوَأْدَانِ فِي التَّوَكُّيلِ بِلَفْظِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِيمَا زَادَ عَلَى مَا يَتِمَّكُنُّ مِنْ عَمَلِهِ / بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ إِذَا جَازَ لِلْحَاجَةِ ، فَاخْتَصَّ مَا دَعَتْ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ ، بِخِلَافِ وُجُودِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ مُطْلَقٌ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ : مَا عَدَا هَذَيْنِ

١٦٦/٤

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م ، م .

(٣) في ا : « البدنية » .

(٤-٤) في الأصل : « الأشراف من الناس » .

(٥) في م : « يعلمه » .

(٦) سقط من : ب .

القَسْمَيْنِ ، وهو ما يُمكنه عمله بنفسه ، ولا يترفع^(٧) عنه ، فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، لا يجوز . نقلها ابن منصور . وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، والشافعي ؛ لأنه لم يَأْذَنْ له في التوكيل ، ولا تَضَمَّنَهُ إِذْنُهُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهَاهُ ، ولأنه استِثْمَانٌ فيما يُمكنه التهوُّضُ فيه ، فلم يَكُنْ له أن يُوَلِّيه من^(٨) لم يَأْمَنه عليه ، كالوَدِيعة . والأخرى ، يجوز . نقلها حنبل . وبه قال ابن أبي ليلى ، إذا مرض أو غاب ؛ لأنَّ الوكيل له أن يتصرف بنفسه ، فملكه نيابةً كالمالك . والأول أولى . ولا يُشبهه الوكيل المالك ؛ فإنَّ المالك يتصرف بنفسه^(٩) في ملكه كيف شاء ، بخلاف الوكيل .

فصل : وكل وكيل جاز له التوكيل ، فليس له أن يوكل إلا أميناً ؛ لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين ، فيقتد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر ، كما أن الإذن في البيع يقتد بالبيع بمن المثل ، إلا أن يُعَيَّن له الموكل من يوكله ، فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أميناً ؛ لأنه قطع نظره بتعيينه . وإن وكل أميناً ، وصار خائناً ، فعليه عزله ؛ لأنَّ تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضي استِثْمَانِ أمين ، وهذا ليس بأمين ، فوجب عزله .

فصل : والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به إليه ، وفي الحاكم يوكل القضاء في ناحية يستتبع غيره ، حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد ، في رواية مهنتاً ، جواز ذلك . وهو قول الشافعي في الوصي ؛ لأنَّ الوصي يتصرف بولاية ، بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه ، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه . والجمع بينهما أولى ؛ لأنه مُتَصَرِّفٌ في مال غيره بالإذن ، فأشبهه الوكيل ، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية ، كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة .

(٧) في ١ : يرتفع .

(٨) في ب ، م : لمن .

(٩) سقط من : الأصل ، ١ .

فصل : فأما الولي في النكاح ، فله التوكيل في تزويج مؤلّيته بغير إذنها ، أبا كان أو غيره . وقال القاضي في من ولايته غير ولاية الإجمار : هو كالوكيل ، يُخرَج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل . ولأصحاب الشافعي فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يملك التوكيل إلا^(١٠) بإذنها ؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها ، أشبه الوكيل . ولنا ، أن ولايته من غير جهتها ، فلم يُعتبر إذنها في توكيله فيها ، كالأب ، بخلاف الوكيل ، ولأنه يتصرف^(١١) بحكم الولاية الشرعية ، أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود النكاح إلى غيره بغير إذن النساء ، فكذلك الولي . وما ذكره يُبطل بالحكم . والذي يُعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه ، بدليل أن الوكيل لا يستغنى عن إذنها له في التزويج أيضا ، فهو كالموكل في ذلك .

فصل : إذا أذن الموكل / في التوكيل ، فوكل ، كان^(١٢) الوكيل الثاني وكيلا للموكل^(١٣) ، لا يتعزل بموت الوكيل الأول ، ولا عزله ، ولا يملك الأول عزل الثاني ؛ لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له أن يوكل لنفسه ، جاز ، وكان وكيلا للموكل^(١٤) يتعزل بموته وعزله إياه ، وإن مات الموكل ، أو عزل الأول ، انعزلا جميعا ؛ لأنهما فرعان له ، لكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما . وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا ، بل وجد عرفا ، أو على الرواية التي أجزأه التوكيل من غير إذن ، فالثاني وكيل الوكيل الأول ، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه .

(١٠) في الأصل : « بغير » .

(١١) في الأصل : « متصرف » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م زيادة : « لأنه » .

(١٤) في الأصل : « للوكيل » .

فصل : إذا وُكِّلَ رَجُلًا فِي الْخُصُومَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِقَبْضِ الْحَقِّ (١٥) وَلَا غَيْرِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَبِحَمْدٍ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، فِيمَا عدا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ . وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ (١٦) الْإِقْرَارَ أَحَدَ جَوَابِي الدَّعْوَى ، فَصَحَّ مِنَ الْوَكِيلِ ، كَالْإِنْكَارِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِقْرَارَ مَعْنَى يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ (١٧) وَيُنَافِيهَا ، فَلَا يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ فِيهَا ، كَالْإِبْرَاءِ . وَفَارَقَ الْإِنْكَارَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ (١٨) ، وَيَمْلِكُهُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، وَفِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ . وَلِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ الْإِنْكَارَ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ الْمُوَكَّلَ مِنَ الْإِقْرَارِ ، فَلَوْ مَلَكَ الْإِقْرَارَ ، لَأَمْتَنَعَ عَلَى الْمُوَكَّلِ الْإِنْكَارَ ، فَأَقْتَرَفَا ، وَلَا يَمْلِكُ الْمُصَالِحَةَ عَنِ الْحَقِّ ، وَلَا الْإِبْرَاءَ مِنْهُ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْخُصُومَةِ لَا يَقْتَضِي شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي تَثْبِيْتِ حَقِّ ، لَمْ يَمْلِكْ قَبْضَهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُ قَبْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّثْبِيْتِ قَبْضُهُ وَتَحْصِيلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَبْضَ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْإِذْنُ نَاطِقًا وَلَا عُرْفًا ، إِذْ لَيْسَ كُلُّ مَنْ يَرْضَاهُ لِتَثْبِيْتِ الْحَقِّ يَرْضَاهُ لِقَبْضِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ حَقِّ ، فَجَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، كَانَ وَكِيْلًا فِي تَثْبِيْتِهِ عَلَيْهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . (١٩) وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَالْآخَرُ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ (٢٠) لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا مَعْنِيَانِ مُخْتَلِفَانِ ، فَالْوَكِيلُ فِي أَحَدِهِمَا لَا يَكُونُ وَكِيْلًا فِي الْآخَرِ ، كَمَا لَا يَكُونُ وَكِيْلًا فِي الْقَبْضِ بِالتَّوَكِيلِ فِي الْخُصُومَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى الْقَبْضِ إِلَّا بِالتَّثْبِيْتِ ؛ فَكَانَ إِذْنًا فِيهِ عُرْفًا ، وَلِأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ مَلَكَ وَزْنَ ثَمَنِهِ ، أَوْ فِي بَيْعِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ . وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ عَالِمًا بِجَحْدِ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ أَوْ مَطْلَبِهِ ، كَانَ تَوَكِيلًا فِي تَثْبِيْتِهِ

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ب ، م : « ولأن » .

(١٧-١٨) سقط من : ب .

والْحُصُومَةُ فِيهِ ، لِعَلِمِهِ بِوُقُوفِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ تَوَكُّيًّا فِيهِ ؛ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِتَوَقُّفِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْحَقِّ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ : إِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ عَيْنٍ لَمْ يَمْلِكْ تَثْبِيئَهَا ؛ لِأَنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي نَقْلِهَا ، أَشْبَهَ الْوَكَّيْلَ فِي نَقْلِ الزَّوْجَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي قَبْضِ حَقٍّ / ، فَأَشْبَهَ الْوَكَّيْلَ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالتَّوَكُّيلِ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ ؛ فَإِنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي قَبْضِهِ وَنَقْلِهِ إِلَيْهِ . ١٦٧/٤

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ التَّوَكُّيلِ فِي الْبَيْعِ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ ، لِكَوْنِهِ مِنْ تَمَامِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْإِبْرَاءَ مِنْ ثَمَنِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَيْسَ مِنَ الْبَيْعِ ، وَلَا مِنْ تَتَمُّتِهِ ، فَلَا يَكُونُ التَّوَكُّيلُ فِي الْبَيْعِ تَوَكُّيًّا فِيهِ ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ غَيْرِ ثَمَنِهِ . وَأَمَّا قَبْضُ الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَمْلِكُهُ^(١٨) . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُوَكَّلُ فِي الْبَيْعِ مَنْ لَا يَأْمَنُهُ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ . فَعَلَى هَذَا إِنْ تَعَدَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَلْزَمْ الْوَكَّيْلَ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِ الْبَيْعِ ، فَمَلَكَهُ الْوَكَّيْلُ فِيهِ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ . فَعَلَى هَذَا لَيْسَ لَهُ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِلَّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ حُضُورِهِ . وَإِنْ سَلَّمَهُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ضَمَنَهُ . وَالْأَوْلَى أَنْ يَنْظَرَ فِيهِ ، فَإِنْ دَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ ، مِثْلَ تَوَكُّيلِهِ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فِي سُوقِ غَائِبٍ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، أَوْ مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثَّمَنُ بِتَرْكِ قَبْضِ الْوَكَّيْلِ لَهُ ، كَانَ إِذْنًا فِي قَبْضِهِ . وَمَتَى تَرَكَ قَبْضَهُ كَانَ ضَامِنًا لَهُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُوَكَّلِ أَنَّهُ إِئْمَا أَمْرَهُ بِالْبَيْعِ لِتَحْصِيلِ ثَمَنِهِ ، فَلَا يَرْضَى بِتَضْيِيعِهِ ، وَهَذَا يُعَدُّ مِنْ فَعَلٍ ذَلِكَ مُضِيْعًا مُفْرَطًا . وَإِنْ لَمْ تُدَلَّ الْقَرِينَةُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، أَوْ طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، أَوْ قَسَمِ شَيْءٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ تَثْبِيئَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْقِسْمَةِ وَطَلَبِ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى مَا وَكَّلَهُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّثْبِيْتِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛

(١٨) فِي م : (يَمْلِكُ) .

لأنه يُمكنُ أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمَّن الإذنُ في أحدهما الإذنَ في الآخر .

فصل : وإن وُكِّلَ في شِراءِ شيءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَ ثَمَنِهِ ؛ لأنه من تَمَتُّهِ وَحُقُوقِهِ ، فهو كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ فِي الْبَيْعِ . وَالْحُكْمُ فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ كَالْحُكْمِ فِي قَبْضِ الثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ . فَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا ، وَتَقَدَّمَ ثَمَنُهُ ، فَحَرَجَ الْعَبْدُ مُسْتَحَقًّا ؛ فَهَلْ يَمْلِكُ أَنْ يُحَاصِمَ الْبَائِعَ فِي الثَّمَنِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا ، وَقَبِضَهُ ، وَأَخَّرَ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ لِغَيْرِ عُدْرٍ ، فَهَلَّكَ فِي يَدِهِ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عُدْرٌ ، مِثْلُ أَنْ ذَهَبَ لِيَتَّقَدَّهُ فَهَلَّكَ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ مُفْرَطٌ فِي إِمْسَاكِهِ^(١٩) فِي الصُّورَةِ الْأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُفْرَطْ .

فصل : وَإِذَا وُكِّلَ فِي قَبْضِ ذَيْنِ مِنْ رَجُلٍ ، فَمَاتَ ، نَظَرْتُ فِي لَفْظِهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي مِنْ فُلَانٍ . لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَاوِرْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي الَّذِي قَبِلَ فُلَانٍ . أَوْ عَلَى فُلَانٍ . فَهُوَ مُطَالَبَةٌ وَارِثُهُ وَالْقَبْضُ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ مِنَ الْوَارِثِ قَبْضٌ لِلْحَقِّ الَّذِي عَلَى مَوْرُوْتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي مِنْ / زَيْدٍ . فَوَكَّلَ زَيْدٌ إِنْسَانًا فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِ ، كَانَ لَهُ الْقَبْضُ مِنْهُ ، وَالْوَارِثُ نَائِبُ الْمَوْرُوْتِ ، فَهُوَ كَوَكِيلِهِ . قُلْنَا : إِنْ^(٢٠) الْوَكِيلُ إِذَا دَفَعَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هُنَا ، فَإِنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ فَاسْتَحَقَّتْ الْمُطَالَبَةُ عَلَيْهِمْ ، لَا بِطَرِيقِ الثَّبَاتِ عَنِ الْمَوْرُوْتِ ، وَلِهَذَا وَحَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْئًا ، حَيْثُ يَفْعَلُ وَكِيلَهُ لَهُ ، وَلَا يَخْنَثُ بِفِعْلِ وَارِثِهِ .

٨٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ ، ثُمَّ ادَّعَى ثَلْفَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَإِنْ اتَّهَمَ ، حَلَفَ)

إِذَا اخْتَلَفَ الْوَكِيلُ وَالْمُؤَكَّلُ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ سِتَّةِ أَحْوَالِ :

(١٩) في م نهادة : و كما .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

أحدها ، أن يَحْتَلِفَا في التَّلْفِ ، فيقول الوَكِيلُ : تَلَفَ مَالِكُ في يَدِي ، أو التَّمَنُّ الذي قَبَضْتُهُ تَمَنَ مَتَاعَكَ تَلَفَ في يَدِي . فَيُكَذِّبُهُ المُوَكَّلُ . فالقول قول الوَكِيلِ مع يَمِينِهِ ؛ لأنه أَمِينٌ ، وهذا ممَّا يَتَعَدَّرُ إِقَامَةَ البَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، فلا يُكَلِّفُ ذلك كالمُودِعِ . وكذلك كُلُّ مَنْ كَانَ في يَدِهِ شَيْءٌ لغيرِهِ على سَبِيلِ الأَمَانَةِ ، كالأَبِ ، والوَصِيِّ ، وأَمِينِ الحَاكِمِ ، والمُودِعِ ، والشَّرِيكِ ، والمُضَارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والأَجِيرِ المُشْتَرِكِ ، وإِنَّمَا كَانَ كذلك ، لأنه لو كُفِّفَ ذلك مع تَعَدُّرِهِ عَلَيْهِ ، لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ مِنَ الدُّخُولِ في الأَمَانَاتِ مع الحَاجَةِ إِلَيْهَا ، فَيَلْحَقَهُمُ الضَّرَرُ . قال القَاضِي : إِنْ أُنْ يَدْعَى التَّلْفَ بِأَمْرٍ ظَاهِرٍ ، كالحَرِيقِ وَالتَّهْبِ وَشِبْهِهِمَا ، فعَلِيهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ على وُجُودِ هَذَا الأَمْرِ في تِلْكَ النَاحِيَةِ ، ثم يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ في تَلْفِهَا بِذَلِكَ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الأَمْرِ الظَّاهِرِ مِمَّا^(١) لَا يَخْفَى ، فلا تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَيْهِ .

الحال الثانية ، أن يَحْتَلِفَا في تَعَدُّي الوَكِيلِ أو تَفْرِيطِهِ في الحِفْظِ ، وَمُخَالَفَتِهِ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ ، مثل أن يَدْعَى عَلَيْهِ أَنَّكَ حَمَلْتَ على الدَّائِيَةِ فَوْقَ طَاقَتِهَا ، أو حَمَلْتَ عَلَيْهَا شَيْئًا لِتَنْفِسِكَ ، أو فَرَطْتَ في حِفْظِهَا ، أو لَبِسْتَ الثَّوبَ ، أو أَمَرْتَكَ بِرَدِّ المَالِ فلم تَفْعَلْ . ونحو ذلك ، فالقول قول الوَكِيلِ أَيضًا مع يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا في الذِي قَبْلَهُ ، ولأنَّهُ مُنْكَرٌ لِمَا يَدْعَى عَلَيْهِ ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكَرِ . ومتى ثَبَتَ التَّلْفُ في يَدِهِ من غير تَعَدُّيهِ ، إِمَّا لِقَبُولِ قَوْلِهِ ، وإِمَّا بِإِقْرَارِ مُوَكَّلِهِ أو بَيِّنَةٍ^(٢) ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، سواء تَلَفَ المَتَاعُ الذِي أَمَرَ بِبَيْعِهِ ، أو بَاعَهُ وَقَبَضَ تَمَنَّهُ فَتَلَفَ التَّمَنُّ ، وسواء كَانَ بِجُعْلٍ أو بغيرِ جُعْلٍ ؛ لِأنَّهُ نَائِبُ المَالِكِ في اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَكَانَ الهَلَاكُ في يَدِهِ كَالهَلَاكِ في يَدِ المَالِكِ ، وَجَرَى مَجْرَى المُودِعِ وَالمُضَارِبِ وَشِبْهِهِمَا . وَإِنْ تَعَدَّى أو فَرَطَ ، ضَمِينَ . وكذلك سَائِرُ الأَمْنَاءِ . ولو بَاعَ الوَكِيلُ سِلْعَةً وَقَبَضَ تَمَنَّا ، فَتَلَفَ من غير تَعَدُّ ، وَاسْتَحَقَّ المَبِيعُ ، رَجَعَ المُشْتَرِي بِالتَّمَنِ على المُوَكَّلِ دون الوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لَهُ ، فَالرُّجُوعُ بِالمُعْهَدَةِ عَلَيْهِ ، كَالو بَاعَ بِنَفْسِهِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « بيينة » .

الحال الثالثة ، أن يَحْتَلِفَا في التَّصَرُّفِ ، فيقول الوَكِيلُ : بَعْتُ الثَّوْبَ وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ . / فيقول المُوَكَّلُ : لم تَبِعْ ولم تَقْبِضْ . أو يقول : بَعْتُ ولم تَقْبِضْ شيئاً . فالقول قول الوَكِيلِ . ذَكَرَهُ ابنُ حَامِدٍ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنه يَمْلِكُ البَيْعَ والقَبْضَ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِمَا ، كما يُقْبَلُ قَوْلُ وَلِيِّ الْمَرْأَةِ الْمُجْبَرَةِ عَلَى النِّكَاحِ فِي تَرْوِيجِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ . وهو أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنه يُفَرِّقُ بَحَقِّ لغيره على مَوْكَلِهِ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أَقْرَبَ يَدَيْنِ عَلَيْهِ . وإن (٣) وَكَلَّهُ (٤) فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ، فَاشْتَرَاهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُهُ بِالْفِ . وقال : بل اشْتَرَيْتُهُ بِخَمْسِمِائَةٍ . فالقول قول الوَكِيلِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ . وقال القاضي : القول قول المُوَكَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنَ لَهُ الشَّرَاءَ بِمَا ادَّعَاهُ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُ عَبْدًا بِالْفِ . فَادَّعَى الوَكِيلُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِذَلِكَ ، فالقول قول الوَكِيلِ إِذَا ، وَإِلَّا فالقول قول المُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي أَصْلِ شَيْءٍ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي صِفَتِهِ . ولِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وقال أبو حنيفة : إِنْ كَانَ الشَّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، فَالقول قول المُوَكَّلِ ؛ (٥) لِأَنَّهُ غَارِمٌ (٦) مُطَالِبٌ بِالثَّمَنِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَالقول قول الوَكِيلِ ؛ لِكَوْنِهِ الْغَارِمَ ؛ فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ (٥) بِرَدِّ مَا زَادَ عَلَى الْخَمْسِمِائَةِ (٧) . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي تَصَرُّفِ الوَكِيلِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي البَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الشَّرَاءِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي قَدْرِ ثَمَنِ الْمُشْتَرَى ، كَالْمُضَارِبِ ، وَكَأَنَّ لَوْ قَالَ لَهُ : اشْتَرِ بِالْفِ عِنْدَ الْقَاضِي .

الحال الرابعة ، أن يَحْتَلِفَا فِي الرَّدِّ ، فَيَدَّعِيهِ الوَكِيلُ ، فَيُنْكِرُهُ المُوَكَّلُ ، فَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَالقول قول الوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ الْمَالِ لِنَفْعِ مَالِكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَالْمُودِعِ ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ ،

(٣) فِي ب : « وَلَوْ » .

(٤) فِي م : « وَكَلَّ » .

(٥-٥) فِي ب : « لِكَوْنِهِ الْغَارِمَ فَإِنَّهُ مُطَالِبُهُ بِالثَّمَنِ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « لِأَنَّهُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « خَمْسِمِائَةٍ » .

فكان القول قوله ، كالأول . والثاني ، لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَسِوَاءَ اخْتَلَفَا فِي رَدِّ الْعَيْنِ ، أَوْ رَدِّ ثَمَنِهَا . وَجُمْلَةُ الْأَمْثَالِ عَلَى ضَرَّتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَنْ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْعِ مَالِكِهِ لَا غَيْرِ ، كَالْمُودِعِ وَالْوَكِيلِ بغير جعل ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُمْ فِي الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ لَأَمْتَعَ النَّاسُ مِنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَاتِ ، فَيَلْحَقُ النَّاسَ الضَّرْرُ . الثَّانِي ، مَنْ يَنْتَفِعُ بِقَبْضِ الْأَمَانَةِ ، كَالْوَكِيلِ بِجُعْلٍ ، وَالْمُضَارِبِ ، وَالْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْمُرْتَهِنِ ، فَفِيهِمْ وَجْهَانِ . ذَكَرَهُمَا أَبُو الْحَطَّابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُضَارِبِ فِي الرَّدِّ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمُضَارِبِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَلِأَنَّ مَنْ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ . وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الْمَالِ ، ثُمَّ ثَبَتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، أَوْ اعْتِرَافًا ^(٨) ، فَادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلْفَ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ حَيَاتَهُ قَدْ ثَبَتَتْ بِجَحْدِهِ . فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ مِنَ الرَّدِّ أَوْ التَّلْفِ ، / فَهَلْ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا بِجَحْدِهِ ، فَإِنْ قَوْلُهُ : مَا قَبَضْتُ . يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا . وَالثَّانِي : تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الرَّدَّ وَالتَّلْفَ قَبْلَ وُجُودِ حَيَاتِهِ . وَإِنْ كَانَ جُحُودُهُ أَنَّكَ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا ، أَوْ مَالَكْ عِنْدِي شَيْءٌ ، سَمِعَ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ جَوَابَهُ لَا يُكَذِّبُ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ قَدْ تَلَفَ أَوْ رُدَّ ، فَلَيْسَ لَهُ ^(٩) عِنْدَهُ شَيْءٌ . فَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ رَدَّهُ أَوْ تَلَفَ بَعْدَ قَوْلِهِ : مَالَكْ عِنْدِي شَيْءٌ . فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ أَيْضًا ؛ لِثُبُوتِ كَذِبِهِ وَحَيَاتِهِ .

الحال الخامسة ، إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْوَكَالَةِ ، فَقَالَ : وَكَلْتَنِي . فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالقول قول المُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَكَالَةِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ أَمِينُهُ لِيُقْبَلَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ . وَلَوْ

(٨) فِي ب ، م : « اعترف » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

قال : وَكَلْتِكَ ، وَدَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالًا . فَأُنْكَرَ الْوَكِيلُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، أَوْ اعْتَرَفَ بِالتَّوَكِيلِ ، وَأُنْكَرَ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لآخرَ : وَكَلْتَنِي أَنْ أُتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، بِصَدَاقِ كَذَا ، فَفَعَلْتُ . وَادَّعَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ ، فَأُنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمُ الْآخَرَ عَقْدُ النِّكَاحِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا يُسْتَحْلَفُ . قَالَ الْقَاضِي : لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَدْعِي حَقًّا لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّهَا تَدْعِي الصَّدَاقَ فِي ذِمَّتِهِ ، إِذَا حَلَفَ لَمْ يَلْزَمُهُ الصَّدَاقُ ، وَلَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَحُقُوقُ الْعَقْدِ لَا تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ . وَنَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْوَكِيلَ يَلْزَمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الشَّرَاءِ ضَامِنٌ لِلثَّمَنِ ، وَلِلْبَائِعِ مُطَابَلَتُهُ بِهِ ، كَذَا هَهُنَا . وَالأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَيفَارِقُ الشَّرَاءَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَقْصُودُ الْبَائِعِ ، وَالْعَادَةُ تُعَجِّلُهُ وَأَخْذُهُ مِنَ الْمُتَوَلَّى لِلشَّرَاءِ ، وَالنِّكَاحُ يُخَالِفُهُ فِي هَذَا كُلَّهُ ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ ضَمِينَ الْمَهْرَ ، فَلَهَا الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِينُهُ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، وَهُوَ مُقَرَّبٌ بِأَنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يَلْزَمُ الْوَكِيلَ جَمِيعُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ^(١٠) لَمْ تَقَعْ بِإِنْكَارِهِ ، فَيَكُونُ ثَابِتًا فِي الْبَاطِنِ ، فَيَجِبُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فَإِذَا أَنْكَرَ فَقَدْ أَقْرَبَ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ إِيقَاعِهِ لِمَا تَحْرُمُ بِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا تَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ حَتَّى يُطَلَّقَ ، لَعَلَّهُ يَكُونُ كاذِبًا فِي إِنْكَارِهِ . وَظَاهِرُ هَذَا تَحْرِيمُ نِكَاحِهَا قَبْلَ طَلَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَرَفَةٌ بِأَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ ، فَيُؤَخَذُ بِإِقْرَارِهَا ، وَإِنْكَارُهُ لَيْسَ بِطَّلَاقٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ طَلَاقُهَا ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْ فِي حَقِّهِ نِكَاحًا ، وَلَوْ ثَبِتَ لَمْ يُكَلِّفِ الطَّلَاقَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُكَلِّفَهُ ، لِإِزَالَةِ الْاِحْتِمَالِ ، وَإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْهَا بِمَا لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهِ . فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّمَهُ فِي تَزْوُجِ^(١١) امْرَأَةٍ ، فَتَزَوَّجَهَا لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْغَائِبُ ، لَمْ تَرْتَبْهُ

(١٠) فِي م : (التفرقة) .

(١١) فِي الْأَصْلِ : (تزويج) .

المَرْأَةُ ، إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْوَرِثَةُ ، أَوْ يَثْبُتَ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُوَكَّلُ بِالْوَكِيلِ فِي التَّرْوِيجِ ،
وَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ تَرْوِجَ لَهُ ، فَهُنَا الْاِخْتِلَافُ فِي تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْوَكِيلِ فِيهِ ، فَيَثْبُتُ التَّرْوِيجُ هُنَا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَثْبُتُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ
/ لا تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ لَا يَتَعَقَّدُ إِلَّا بِهَا . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ . وَأَشَارَ
إِلَى نَصِّهِ فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ الْوَكَالَاتَةَ مِنْ أَصْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي فِعْلِ الْوَكِيلِ مَا
أَمَرَ^(١٢) بِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فَأَدَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ ، أَوْ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ
بِالْفِئَةِ فَأَدَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِهِ . وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ
الْوَكَالَاتَةَ ، فَلَيْسَ بِنَصٍّ هُنَا ؛ لِاخْتِلَافِ أَحْكَامِ الصُّورَتَيْنِ وَتَبَايُنِهِمَا^(١٣) ، فَلَا يَكُونُ
النَّصُّ فِي إِحْدَاهُمَا نَصًّا فِي الْأُخْرَى . وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى لَا أَصْلَ لَهُ ، فَلَا يُعْوَلُ عَلَيْهِ .
وَلَوْ غَابَ رَجُلٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ^(١٤) إِلَى امْرَأَتِهِ ، فَذَكَرَ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا وَأَبَانَهَا ، وَوَكَّلَهُ فِي
تَجْدِيدِ نِكَاحِهَا بِالْفِئَةِ . فَأَذِنَتْ لَهُ^(١٥) فِي نِكَاحِهَا ، فَعَقَّدَ عَلَيْهَا ، وَضَمَّنَ الْوَكِيلُ
الْأَلْفَ ، ثُمَّ جَاءَ زَوْجُهَا فَأَنْكَرَ هَذَا كُلَّهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَالنِّكَاحُ الْأَوَّلُ بِحَالِهِ . وَقِيَاسُ
مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِنْ صَدَّقَتِ الْوَكِيلَ ، لَزِمَتْهُ الْأَلْفُ ، إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ زَوْجُهَا قَبْلَ
دُخُولِهِ^(١٦) بِهَا . وَحَكَى ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ ، وَزُفَرٍ . وَحَكَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ،
أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ الضَّامِنَ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ فَرَعَ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يَلْزِمِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ شَيْءٌ ،
فَكَذَلِكَ فَرَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَكِيلَ مُقَرَّرٌ بِأَنَّ الْحَقَّ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَأَنَّهُ ضَامِنٌ
عَنْهُ ، فَلَزِمَتْهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ أَلْفًا عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَأَقَرَّ الضَّامِنُ
بِالضَّمَانِ وَصَبَحَتْهُ وَتُبُوتِ الْحَقِّ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ،^(١٧) وَأَنْكَرَهُ الْمَضْمُونُ^(١٧) . وَكَأَنَّ

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « أَمْرُهُ » .

(١٣) فِي ١ : « وَتَبَايُنُهُمَا » .

(١٤) فِي م : « آخِرٌ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م .

(١٦) فِي م : « دُخُولِ الثَّانِي » .

(١٧-١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

لو ادَّعى شُفْعَةً على إنسانٍ في شِقْصِ اشْتِراءِهِ ، فأقَرَّ البائعُ بالبَّيْعِ ، وأتَكَرَّهُ المُشْتَرِي ، فإنَّ الشُّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ في أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ . وإن لم تَدَّعِ المَرْأَةُ صِحَّةَ ما ذَكَرَهُ الوَكِيلُ ، فلا شَيْءَ عليه . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ مَنْ أَسْقَطَ عنه الضَّمَانَ أَسْقَطَهُ^(١٨) في هذه الصُّورَةِ ، وَمَنْ أَوْجَبَهُ أَوْجَبَهُ في^(١٩) الصُّورَةِ الأُخْرَى^(٢٠) ، فلا يَكُونُ فيها اِخْتِلافٌ . والله أعلم .

الحال السادسة ، أن يَحْتَلِفَا في صِفَةِ الوَكَالَةِ ، فيقول : وَكَلْتُكَ في بَيْعِ هذا العَبِيدِ . قال : بل وَكَلْتَنِي في بَيْعِ هذه الجارية . أو قال : وَكَلْتُكَ في البَيْعِ بِالْفَيْنِ . قال : بل بِالْفِ . أو قال : وَكَلْتُكَ في بَيْعِهِ نَقْدًا . قال : بل نَسِيئَةً . أو قال : وَكَلْتُكَ في شِراءِ عَبِيدٍ . قال : بل في شِراءِ أُمَّةٍ . أو قال : وَكَلْتُكَ في الشِّراءِ بِخَمْسَةِ . قال : بل بِعَشْرَةِ . فقال القاضي : القول قول الموكِّلِ . وهو مذهبُ الشافِعِيِّ ، وأصحابِ الرُّأْيِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أبو الحَطَّابِ : إذا قال : أَذِنْتُ لَكَ في البَيْعِ نَقْدًا ، وفي الشِّراءِ بِخَمْسَةِ . قال : بل أَذِنْتُ لِي في البَيْعِ نَسِيئَةً ، وفي الشِّراءِ بِعَشْرَةِ . فالقول قول الوَكِيلِ . نصَّ عليه أحمدُ في المُضارَبَةِ ؛ لأنَّهُ أَمِينٌ في التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قولَهُ في صِفَتِهِ ، كالحَيَّاطِ إذا قال : أَذِنْتُ لِي في تَفْصِيلِهِ قَبَاءً . قال : بل قَمِيصًا . وحكى عن مالِكٍ ، إن أُذِرَكَ السَّلْعَةُ ، فالقول قول الموكِّلِ ، وإن فائتْ ، فالقول قول الوَكِيلِ ؛ لأنَّها إذا فائتْ لَزِمَ الوَكِيلُ^(٢١) الضَّمَانَ ، والأصلُ عَدَمُهُ ، بِخِلافِ ما إذا كانت مَوْجُودَةً . والقولُ الأوَّلُ أَصَحُّ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّهُما اِخْتَلَفَا^(٢٢) في التَّوَكِيلِ الذي يَدَّعِيهِ الوَكِيلُ ، والأصلُ عَدَمُهُ ، فكان القولُ قولَ مَنْ يَنْفِيهِ ، كما لو لم يُقَرِّ الموكِّلُ بِتَوَكِيلِهِ في غيرِهِ . والثاني ، أَنَّهُما اِخْتَلَفَا في صِفَةِ قول الموكِّلِ ، فكان القولُ قولَهُ في صِفَةِ كَلَامِهِ ، كما لو اِخْتَلَفَ الرُّوْجَانِ في صِفَةِ الطَّلَاقِ . فعلى هذا إذا قال : اشْتَرَيْتُ لَكَ هذه الجاريةَ بِأَذْنِكَ .

١٦٩/٤ ط

(١٨) في الأصل : « أسقط » .

(١٩-١٨) في الأصل : « هذه الصورة » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في : ب : « يختلفان » .

قال : ما أَذِنْتُ لَكَ^(٢٢) إِلَّا فِي شِرَاءٍ غَيْرِهَا . أو قال : اشْتَرَيْتُهَا لَكَ بِالْفَيْنِ . فقال : ما أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا إِلَّا بِالْفِ . فالقول قول الموكِّل ، وعليه اليمين . فإذا حَلَفَ بَرِيءٌ مِنَ الشَّرَاءِ ، ثم لا يَحْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، أو فِي الذَّمَّةِ ، فإن كان بِعَيْنِ الْمَالِ ، فالبيع باطلٌ ، وتُرَدُّ الْجَارِيَةُ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي أَنَّ الشَّرَاءَ لغيرِهِ أو بِمَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فالقول قول البائع ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا فِي يَدِ الْإِنْسَانِ لَهُ . فَإِنْ ادَّعَى الْوَكِيلُ عِلْمَهُ بِذَلِكَ ، حَلَفَ^(٢٣) أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالٍ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى نَفْسِهِ فِعْلٌ غَيْرُهُ ، فَكَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى نَفْسِ الْعَلِيمِ ، فَإِذَا حَلَفَ ، أَمْضَى الْبَيْعَ ، وَعَلَى الْوَكِيلِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ لِمُوكَّلِهِ ، وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ ، وَتَبَقِيَ الْجَارِيَةُ فِي يَدِهِ ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا ، فَتَكُونُ لِلْمُوكَّلِ ، أو كاذِبًا فَتَكُونُ لِلْبَائِعِ ، فَإِذَا أَرَادَ اسْتِحْلَالَهَا ، اشْتَرَاهَا مِمَّنْ هِيَ لَهُ فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهِ إِبَّأَهَا ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيَرْفُقَ بِهِ لِبَيْعِهِ إِبَّأَهَا ، لِيُثَبَّتَ الْمِلْكُ لَهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَيَصِيرَ مَا ثَبَّتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ثَمَنًا قِصَاصًا بِالَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الْآخِرُ ظُلْمًا ، فَإِنْ امْتَنَعَ الْآخِرُ مِنَ الْبَيْعِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مَرَضَاةٍ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ لِي فَقَدْ بَعْتُكَهَا . أو قَالَ الْمُوكَّلُ : إِنْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا بِالْفَيْنِ ، فَقَدْ بَعْتُكَهَا . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَبَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاقِعٌ يَعْلَمَانِ وَجُودَهُ ، فَلَا يَضُرُّ جَعْلُهُ شَرْطًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ كَانَتِ هَذِهِ الْجَارِيَةُ جَارِيَتِي ، فَقَدْ بَعْتُكَهَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ عَلِيمًا وَجُودَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ وَقُوفَ^(٢٤) الْبَيْعِ وَلَا شَكَا فِيهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ اشْتَرَى فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ تَقَدَّ الثَّمَنُ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَلَزِمَ الْوَكِيلُ فِي الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ كاذِبًا فِي دَعْوَاهُ ، فَالْجَارِيَةُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي ذِمَّتِهِ بِغَيْرِ أَمْرٍ غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، فَالْجَارِيَةُ لِمُوكَّلِهِ . فَإِذَا أَرَادَ إِخْلَالَهَا لَهُ ، تَوَصَّلَ إِلَى شِرَائِهَا مِنْهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَتْ لِلْمُوكَّلِ فِي الْبَاطِنِ

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣) في الأصل : « حلف » .

(٢٤) في ١ ، ب ، م : « وقوع » .

فَأَمْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهَا لِلْوَكِيلِ ، فَقَدْ حَصَلَتْ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، وَهِيَ لِلْمُوكَّلِ ، وَفِي ذِمَّتِهِ لِلْوَكِيلِ ثَمْنُهَا / . فَأَقْرَبُ الْوُجُوهِ أَنْ يَأْذَنَ لِلْحَاكِمِ فِي بَيْعِهَا ، وَتَوْفِيَةِ حَقِّهِ مِنْ ثَمْنِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْوَكِيلِ ، فَقَدْ أَذِنَ فِي بَيْعِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْمُوكَّلِ ، فَقَدْ بَاعَهَا الْحَاكِمُ فِي إِبْفَاءِ ذَيْنِ أَمْتَنَعَ الْمَدِينُ مِنْ وَفَائِهِ . وَقَدْ قِيلَ غَيْرُ مَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا أَقْرَبُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ اشْتَرَاهَا الْوَكِيلُ مِنَ الْحَاكِمِ بِمَالِهِ عَلَى الْمُوكَّلِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مُقَامَ الْمُوكَّلِ فِي هَذَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ .

فصل : ولو وُكِّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، فَبَاعَهُ نَسِيئَةً ، فَقَالَ الْمُوكَّلُ : مَا أَذِنْتُ فِي بَيْعِهِ إِلَّا تَقْدَا . وَصَدَّقَهُ الْوَكِيلُ وَالْمُشْتَرِي ، فَسَدَّ الْبَيْعُ ، وَلَهُ مُطَابَلَةٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِالْعَبْدِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ تَالِفًا . فَإِنْ أَخَذَ الْقِيَمَةَ مِنَ الْوَكِيلِ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِهَا ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ كَذَّبَاهُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ أَذِنَ فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً ، فَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : يَحْلِفُ الْمُوكَّلُ ، وَيَرْجِعُ فِي الْعَيْنِ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، رَجَعَ بِقِيَمَتِهَا عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ لِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَبِيعَ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْوَكِيلُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ وَتَأْجِيلِ الثَّمَنِ ، وَأَنَّ الْبَائِعَ ظَلَمَهُ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَابَلَةَ بِالثَّمَنِ بَعْدَ الْأَجْلِ ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجْلُ ، رَجَعَ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ الثَّمَنِ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنْ كَانَتْ أَقْلَ ، فَمَا غَرِمَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَلَا يَرْجِعُ بِأَكْثَرَ مِمَّا غَرِمَ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَقْلَ ، فَالْوَكِيلُ مُعْتَرَفٌ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَأَنَّ الْمُوكَّلَ ظَلَمَهُ بِأَخْذِ الزَّائِدِ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا ظَلَمَهُ بِهِ الْمُوكَّلُ . وَإِنْ كَذَّبَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَهوَ الرُّجُوعُ عَلَى الْمُصَدِّقِ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْمَكْذُوبِ ، وَيَرْجِعُ عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَا . هَذَا إِنْ اعْتَرَفَ الْمُشْتَرِي بِأَنَّ الْوَكِيلَ وَكَيْلٌ فِي الْبَيْعِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : إِنَّمَا بَعْتَنِي مِلْكَكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ وَكَيْلًا ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ .

فصل : وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيرِهِ ؛ لأنه رضى بكونه في يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه ، قتلَف ، ضمنهُ . وإن وعده برده ، ثم ادعى أنني كنت ردذته قبل طلبه ، أو أنه كان تليف ، لم يقبل قوله ؛ لأنه مكذب لنفسه بوعده برده . فإن صدقه الموكل ، برئ ، وإن كذبه ، فالقول قول الموكل . فإن أقام الوكيل بينة بذلك ، فهل يقبل ، على وجهين ؛ أحدهما ، يقبل ؛ لأنه لو صدقه الموكل برئ ، فكذلك إذا قامت له بينة ، ولأن البينة إحدى الحجتين ، فبرئ بها كالإقرار . والثاني : لا يقبل ؛ لأنه كذبها^(٢٥) بوعده بالدفع . أما إذا صدقه ، فقد / أقر براعته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يعده برده ، لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ، ثم ادعى التلف أو الرد ، لم يقبل قوله ؛ لأنه ضامن بالمنع ، خارج عن حال الأمانة . وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة ، سمعت ؛ لأنه لم يكذبها .

فصل : قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها ، فبعث إليه مع الرسول ديناراً ، فضاغ مع الرسول ، فهو من مال الباعث ؛ لأنه لم يأمره بمصارفته ، إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل ، فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته ، وهي الدراهم ، ولم يذفعها ، وإنما دفع ديناراً عوضاً عن^(٢٦) دراهم^(٢٧) ، وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ، ولم يأذن ، فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به ، فإذا تليف في يد وكيله . كان من ضمانه ، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم^(٢٨) . فيكون حينئذ من

(٢٥) في ب ، م : كذبه .

(٢٦) في م زيادة : عشرة .

(٢٧) في ا : درهم .

(٢٨) في ا : الدرهم .

ضَمَانَ الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَأَخَذَ الدِّينَارَ عَلَى أَنَّهُ وَكَيْلٌ لِلْمُرْسِلِ . وَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ الدَّرَاهِمَ
الَّتِي أَمَرَ بِقَبْضِهَا ، فَضَاعَتْ مِنَ الرَّسُولِ ، فَهِيَ مِنَ ^(٢٩) ضَمَانِ صَاحِبِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّهَا
تَلَفَتْ فِي ^(٣٠) يَدِ وَكَيْلِهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنْتًا ، فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ آخَرَ دَنَانِيرُ
وَتِيَابٌ ، فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولًا ، وَقَالَ : خُذْ دِينَارًا وَتَوْبًا . فَأَخَذَ دِينَارَيْنِ وَتَوْبَيْنِ ،
فَضَاعَتْ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَاعِثِ . يَعْنِي الَّذِي أَعْطَاهُ الدِّينَارَيْنِ وَالتَّوْبَيْنِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ
عَلَى الرَّسُولِ . يَعْنِي عَلَيْهِ ضَمَانُ الدِّينَارِ وَالتَّوْبِ الرَّائِدَيْنِ ؛ إِنَّمَا جُعِلَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ
دَفَعَهُمَا إِلَى مَنْ لَمْ يُؤْمَرْ بِدَفْعِهِمَا إِلَيْهِ ، وَرَجَعَ بِهِمَا عَلَى الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، وَحَصَلَ
التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَلِلْمُوكَّلِ تَضْمِينُ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِقَبْضِ
مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِقَبْضِهِ . فَإِذَا ضَمِنَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ
الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ وَكَّلَ وَكَيْلًا فِي اقْتِضَاءِ دَيْنِهِ ، وَغَابَ ، فَأَخَذَ
الْوَكِيلُ بِهِ رَهْنًا ، فَتَلَفَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، فَقَالَ : أَسَاءَ الْوَكِيلُ فِي أَخْذِ الرَّهْنِ ، وَلَا
ضَمَانَ عَلَيْهِ . إِنَّمَا لَمْ يَضْمَنْهُ لِأَنَّهُ رَهْنٌ فَاسِدٌ ، وَالتَّقْبِضُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، كَالْقَبْضِ فِي
الصَّحِيحِ ، فَمَا كَانَ الْقَبْضُ فِي صَحِيحِهِ مَضْمُونًا ، كَانَ مَضْمُونًا فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا كَانَ
غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي صَحِيحِهِ ، كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي فَاسِدِهِ . وَنَقَلَ الْبَغَوِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي
رَجُلٍ أُعْطِيَ آخَرَ دَرَاهِمَ يَشْتَرِي لَهَا شَاةً ، فَخَلَطَهَا مَعَ دَرَاهِمِهِ ، فَضَاعَا ، فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ . وَإِنْ ضَاعَ أَحَدُهُمَا ، أَثِمَهُمَا ضَاعَ غَرَمَهُ قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ
خَلَطَهَا بِمَا تَمَيَّزَ مِنْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ ^(٣١) أَذِنَ لَهُ فِي خَلَطِهَا . ^(٣٢) أَمَّا إِنْ خَلَطَهَا ^(٣٣) بِمَا لَا تَمَيَّزُ
مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ضَمِنَهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ إِذَا ضَاعَ أَحَدُهُمَا ، لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ
أَنَّ الضَّائِعَ دَرَاهِمُ الْمُوكَّلِ ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا . وَمَعْنَى الضَّمَانِ هُنَا ، أَنَّهُ يَحْسُبُ

(٢٩) في ب : د في ٤ .

(٣٠) في ١ ، م : د من ٤ .

(٣١) في م زيادة : د إن ٤ .

(٣٢-٣٣) سقط من : م .

الضائع من ذَرَاهِمِ نَفْسِهِ . فَأَمَّا عَلَى الْمَحْمَلِ الْآخِرِ / ، وهو إذا خَلَطَهَا بما تَتَمَيَّزُ منه ،
فإذا ضَاعَتْ ذَرَاهِمُ الْمُوَكَّلِ وَخَدَّهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا ضَاعَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ .

٨٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ
إِلَيْهِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْآمِرِ ^(١) إِلَّا بَيِّنَةٌ)

وجُمِلتَهُ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَكَّلَ وَكَيْلًا فِي قَضَاءِ ذَنْبِهِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا لِيُدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَادَّعَى
الْوَكِيلُ قَضَاءَ الذَّنْبِ وَدَفَعَ الْمَالَ إِلَى الْعَرِيمِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْعَرِيمِ إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِأَمِينِهِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى الْمُوَكَّلُ ذَلِكَ . فَإِذَا حَلَفَ
الْعَرِيمُ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ لَا تَبْرَأُ بِدَفْعِ الْمَالَ إِلَى وَكَيْلِهِ . فَإِذَا دَفَعَهُ فَهَلْ
لِلْمُوَكَّلِ الرَّجُوعُ عَلَى وَكَيْلِهِ ؟ يُنْتَظَرُ ، فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَى الذَّنْبَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، فَلِلْمُوَكَّلِ
^(٢) الرَّجُوعُ عَلَيْهِ إِذَا ^(٣) قَضَاهُ فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ ^(٤) . قَالَ الْقَاضِي : سِوَاءَ صَدَّقَهُ أَنَّهُ قَضَى
الْحَقَّ أَوْ كَذَبَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي قَضَائِهِ بِبَرِّهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ،
رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا يَرْجَعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَمَرَهُ بِالْإِشْهَادِ فَلَمْ يَفْعَلْ . فَعَلَى هَذِهِ
الرِّوَايَةِ ، إِنْ صَدَّقَهُ الْمُوَكَّلُ ^(٤) فِي الدَّفْعِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ كَذَبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَوَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى فَعَلَّ مَا
أَمَرَ بِهِ مُوَكَّلُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِبَيْعِ ثَوْبِهِ ، فَادَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ
أَنَّهُ مَفْرُطٌ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ ، فَضَمِنَ ، كَمَا لَوْ فَرَطَ فِي الْبَيْعِ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ
يَأْمُرْهُ بِالْإِشْهَادِ ؟ قُلْنَا : إِطْلَاقُ الْأَمْرِ بِالْقَضَاءِ يَقْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِهِ ،
فَيَصِيرُ كَأَمْرِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، يَقْتَضِي ذَلِكَ الْعُرْفَ لَا الْعُمُومَ . كَذَا هُنَا . وَقِيَاسُ
الْقَوْلِ الْآخِرِ يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِمُوجِبِهِ . وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي الْقَضَاءِ ، لَكِنْ

(١) في م زيادة : « الآخر » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ب : « فإذا » .

(٤) في ب ، م : « الوكيل » .

لَزِمَهُ الضَّمَانُ لِتَفْرِيطِهِ ، لَا يَرُدُّ قَوْلُهُ . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ الْقَضَاءُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، لَمْ يَضْمَنْ الْوَكِيلُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ الْإِشْهَادَ وَالِاخْتِيَاظَ رَضِيَ مِنْهُ بِمَا فَعَلَ وَكَيْلُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ بِغَيْرِ إِشْهَادٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ قَوْلِهِ يُقَدِّمُ عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ دَلَالَةُ الْحَالِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ عَلَى الْقَضَاءِ عُدُولًا فَمَا تَوَّأَوْا أَوْ غَابُوا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِعَدَمِ تَفْرِيطِهِ . وَإِنْ أَشْهَدَ مَنْ يُخْتَلَفُ فِي ثُبُوتِ الْحَقِّ بِشَهَادَتِهِ ، كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ ، أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ، فَهَلْ يَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ ؟ يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ فَقَالَ : قَضَيْتُ الدَّيْنَ بِحَضْرَتِكَ . قَالَ : بَلْ (٥) فِي عَيْتِي ، أَوْ قَالَ : أُذِنْتُ لِي فِي قَضَائِهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . فَأَنْكَرَ الْإِذْنَ . أَوْ قَالَ : أَشْهَدْتُ عَلَى الْقَضَاءِ شُهُودًا فَمَا تَوَّأَوْا . فَأَنْكَرَهُ (٦) الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي إِدْبَاحِ مَالِهِ ، فَأَوْدَعَهُ وَلَمْ يُشْهَدْ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَضْمَنْ إِذَا أَنْكَرَ الْمُودِعَ . وَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ بَعُمُومِهِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ عَلَى الْأَمْرِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُثَبَّتُ إِلَّا / بِالْبَيِّنَةِ ، فَهِيَ كَالدَّيْنِ . وَقَالَ ١٧١/٤ أَصْحَابُنَا : لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْمُودِعِ يُقْبَلُ فِي الرَّدِّ وَالْهَلَاكِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْأَسْتِثْنَاءِ ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ . فَإِنْ قَالَ الْوَكِيلُ : دَفَعْتُ الْمَالَ إِلَى الْمُودِعِ . فَقَالَ : لَمْ تَدْفَعْهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي تَصَرُّفِهِ ، فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ أَوْ عِنْدَهُ (٧) وَدِيعَةٌ ، فَجَاءَهُ إِنْسَانٌ فَادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلٌ صَاحِبِ الدَّيْنِ وَالْوَدِيعَةَ فِي قَبْضِهِمَا ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَجَبَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يُقَمَّ بَيِّنَةٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ فِي أَنَّهُ وَكِيلُهُ أَوْ كَذَّبَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ

(٥) سقط من : ب .

(٦) في م : « فَأَنْكَرَ » .

(٧) في ب ، م ، « وَعِنْدَهُ » .

أبو حنيفة: إن صدقته، لزمه وفاء الدين. وفي دفع العين إليه روايتان؛ أشهرهما، لا يجب تسليمها. واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء، فلزمه إيفاؤه، كما لو أقر له أنه وارثه. ولنا، أنه تسليم لا يبرئه، فلا يجب، كما لو كان الحق عيناً، وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير. وفارق الإقرار بكونه وارثه؛ لأنه يتضمن براءته، فإنه أقر بأنه لا حق لسواه. فأما إن أنكروا كالتة، لم يستحلف. وقال أبو حنيفة: يستحلف. ومبنى الخلاف^(٨) على الخلاف^(٩) في وجوب الدفع مع التصديق، فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق، الزمه اليمين عند التكذيب، كسائر الحقوق، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق، قال: لا يلزمه اليمين عند التكذيب؛ لعدم فائدتها. فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه، فحضر الموكل، وصدق الوكيل، برئ الدافع، وإن كذبه، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف، وكان الحق عيناً قائمة في يد الوكيل، فله أخذها، وله مطالبة من شاء بردها؛ لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها، والوكيل عين ماله في يده. فإن طالب الدافع، فللدافع مطالبة الوكيل بها، وأخذها من يده، ليسلمها إلى صاحبها. وإن تلفت العين، أو تعدر ردها، فلصاحبها الرجوع ببديها على من شاء منهما؛ لأن الدافع ضمنها بالدفع، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه. وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر؛ لأن كل واحد منهما يدعى أن ما أخذه^(٩) المالك ظلم، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعدد، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة. فإن ضمن رجع على الوكيل؛ لكونه لم يقر بوكالته، ولا ثبت بينه. وإن ضمن الوكيل، لم يرجع عليه. وإن صدقته لكن الوكيل تعدى فيها أو قرط، استقر الضمان عليه. فإن ضمن، لم يرجع على أحد، وإن ضمن الدافع، رجع عليه؛ لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً، لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه، فالدافع يقول: ظلمني المالك بالرجوع

(٨-٨) سقط من: الأصل.

(٩) في ١، ب، م: « يأخذه ».

عَلَى . وله على الوكيل حَقٌّ (١٠) يَعْتَرِفُ بِهِ الْوَكِيلُ ، فَيَأْخُذُهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِنْهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ دَيْتًا ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الدَّافِعِ لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ (١١) بِتَسْلِيمِهِ إِلَى غَيْرِ وَكِيلٍ صَاحِبِ الْحَقِّ ، وَالَّذِي أَخَذَهُ الْوَكِيلُ عَيْنُ مَالِ الدَّافِعِ فِي زَعْمِ صَاحِبِ الْحَقِّ ، وَالْوَكِيلُ وَالِدَّافِعُ يَزْعُمَانِ أَنَّهُ صَارَ مَلِكًا لِصَاحِبِ الْحَقِّ ، وَأَنَّهُ ظَالِمٌ لِلدَّافِعِ بِالْأَخْذِ مِنْهُ ، فَيَرْجِعُ الدَّافِعُ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ الْوَكِيلُ ، وَيَكُونُ قِصَاصًا مِمَّا أَخَذَ (١٢) مِنْهُ صَاحِبُ الْحَقِّ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِأَنَّهُ / أَمِينٌ لِضَمَانِ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ بِتَعَدُّيهِ وَتَفْرِيطِهِ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ .

١٧٢/٤ و

فصل : فَإِنْ جَاءَ رَجُلٌ ، فَقَالَ : أَنَا وَارِثُ صَاحِبِ الْحَقِّ . فَإِنْ أَنْكَرَهُ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ صِحَّةَ مَا قَال ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ هُنَا عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، فَكَانَتْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَدَّقَهُ لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَلَمَّا لَزِمَهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ فِي أَنَّهُ وَارِثُ صَاحِبِ الْحَقِّ ، لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهُ بِالْحَقِّ ، وَأَنَّهُ يَبْرَأُ بِهَذَا الدَّفْعِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ جَاءَ صَاحِبُ الْحَقِّ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ رَجُلٌ ، فَقَالَ : قَدْ أَحَالَ بِنِي عَلَيْكَ صَاحِبُ الْحَقِّ . فَصَدَّقَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : لَا يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِ غَيْرُ مُبْرِيءٍ ، لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَجِيءَ الْمُحِيلُ فَيُنْكِرَ الْحَوَالَةَ وَيُضْمِنَهُ (١٣) ، فَأَشْبَهَ الْمُدْعَى لِلْوَكَاةِ . وَالثَّانِي ، يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ لِالْغَيْرِ ، فَأَشْبَهَ الْوَارِثَ . فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَمْ تَلْزِمَهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِيهَا . وَمِثْلُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

(١٠) فِي إِهَادَةِ : « حَتَّى » .

(١١) فِي ١ : « ذِمَّتِهِ » .

(١٢) فِي م : « أَخَذَهُ » .

(١٣) فِي م : « أَوْ يَضْمِنُهُ » .

فصل : ومن طلب منه حق ، فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض ، نظرت ؛ فإن كان الحق عليه بغير بيّنة ، لم يلزم^(١٤) (القابض بالإشهاد^(١٥)) لأنه لا ضرر^(١٦) في ذلك ، فإنه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك ، قال : لا يستحق على شيء . والقول قوله مع يمينه . وإن كان الحق ثبت بيّنة ، وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فكذلك ؛ لأنه متى ادعى عليه حق ، أو قامت به^(١٧) بيّنة ، فالقول قوله في الرد . وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد ، أو يختلف في قبول قوله ، كالغاصب والمستعير والمرتهن ، لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالإشهاد ، لئلا يتكرر القابض القبض . ولا يقبل قول الدافع في الرد . وإن قال : لا يستحق على شيئا . قامت عليه البيّنة . وإذا^(١٨) أشهد على نفسه بالقبض ، لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحق ؛ لأن بيّنة القبض تسقط البيّنة الأولى ، والكتاب ملكه ، فلا يلزمه تسليمه إلى غيره .

٨٤٤ - مسألة ؛ قال : (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز . وكذلك الوصي)

وجملة ذلك أن من وكل في بيع شيء ، لم يجز له أن يشتريه من نفسه ، في إحدى الروايتين . نقلها مهنا . وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وكذلك الوصي ، لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئا لنفسه ، في إحدى الروايتين . وهو مذهب الشافعي . وحكى عن مالك ، والأوزاعي جواز ذلك فيهما . والرواية الثانية عن أحمد : يجوز لهما أن يشتريا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يزيدا على مبلغ نمّنه في النداء . والثاني ، أن يتولّى النداء غيره . قال القاضي : يحتمل أن يكون اشتراط تولّى غيره النداء^(١) واجبا ،

(١٤) في ا ، ب ، م : « يلزمه » .

(١٥) في ب ، م : « القاضي بالإشهاد » .

(١٦) في م زيادة : « عليه » .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا .

(١٨) في م : « أو إذا » .

(١) في الأصل ا : « للنداء » .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحَبًّا ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهَ بظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : الشَّرْطُ
الثَّانِي ، أَنْ يُؤَلَّى مَنْ يَبِيعُ ، وَيَكُونُ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُ دَفْعُهَا
إِلَى غَيْرِهِ لِيَبِيعَهَا ، وَهَذَا تَوَكِيلٌ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ التَّوَكِيلُ ؟ قُلْنَا : يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِيمَا لَا
يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، وَالنَّدَاءُ مِمَّا لَمْ تَجْرِبِ الْعَادَةُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ أَكْثَرُ النَّاسِ بِنَفْسِهِمْ . وَإِنْ وَكَّلَ
إِنْسَانًا يَشْتَرِي لَهُ ، وَبَاعَهُ هُوَ ، جَازَ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ / ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ فِي الْبَيْعِ ،
وَحَصَلَ عَرْضُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا أُجْنَبِيٌّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ
لِلْوَصِيِّ الشَّرَاءَ دُونَ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ
أَحْسَنُ ﴾ (١) . وَإِذَا اشْتَرَى مَالَ الْيَتِيمِ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهِ ، فَقَدْ قَرَّبَهُ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ .
وَلِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْأَبِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ لِلْأَبِ ، فَكَذَلِكَ لِثَائِبِهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ
الْعُرْفَ فِي الْبَيْعِ يَبِيعُ الرَّجُلُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَحَمِلَتِ الْوَكَالَهَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ صَرَخَ بِهِ ، فَقَالَ :
بِعَهُ غَيْرَكَ . وَلِأَنَّهُ تَلَحُّقُهُ التُّهْمَةُ ، وَيَتَنَافَى الْعَرْضَانِ فِي بَيْعِهِ نَفْسَهُ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ
نَهَاهُ . وَالْوَصِيُّ كَالْوَكِيلِ ، لِأَنَّهُ (٢) يَلِي بَيْعَ مَالِ غَيْرِهِ بِتَوَلَّيهِ (٤) ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ ، بَلِ
التُّهْمَةُ فِي الْوَصِيِّ آكَدُ (٥) مِنَ الْوَكِيلِ (٥) ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يُتَهَّمُ فِي تَرْكِ الْاسْتِقْصَاءِ فِي الثَّمَنِ لَا
غَيْرُ ، وَالْوَصِيُّ يُتَهَّمُ فِي ذَلِكَ ، وَفِي أَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ مَا لَا حِظَّ لِلْيَتِيمِ فِي بَيْعِهِ ،
فَكَانَ أَوْلَى بِالْمَنْعِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ أَخْذُهُ لِمَالِهِ قُرْبًا لَهُ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ . وَقَدْ رَوَى
عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بِتَرْكِتِهِ ، وَقَدْ تَرَكَ فَرَسًا ، فَقَالَ
الْوَصِيُّ : أَشْتَرِيهِ (٦) ؟ قَالَ : لَا .

**فصل : وَالْحُكْمُ فِي الْحَاكِمِ وَأَمِينِهِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْوَكِيلِ ، وَالْحُكْمُ فِي بَيْعِ أَحَدٍ
هُوَ لِأَوْلَادِهِ لَوْ كَيْلَهُ ، أَوْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، أَوْ طِفْلٍ (٧) يَلِي عَلَيْهِ ، أَوْ لَوْ كَيْلَهُ ، أَوْ عَبْدِهِ**

(٢) سورة الإسراء ٣٤ .

(٣) في م : « لا » .

(٤) في م زيادة : « فأشبهه الوكيل أو متهم » .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ب ، م : « اشتريه » .

(٧) في ب ، م : « الطفل » .

المأذون ، كالحكم في بيعه لنفسه ، كل ذلك يُخرَج على روايتين ، بناءً على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير ، أو والده ، أو مكاتبه ، فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يُخرَج على روايتين . ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان . وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه لولده الكبير ؛ لأنه امتثل أمر موكله ، ووافق العرف في بيع غيره ، فصَحَّ ، كما لو باعه لأخيه ، وفارق البيع لو كيله ؛ لأنَّ الشراء إنما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون ، وبيع طفيل يلي عليه ، يبيع لنفسه ؛ لأنه هو المشتري له ، ووجه الجمع بينهم ، أنه يتهم في حقهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن ، كتهمته في حق نفسه ، ولذلك^(٨) لا تقبل شهادته . والحكم فيما إذا^(٩) أراد أن يشتري لموكله ، كالحكم في بيعه لماله^(١٠) لأنهما سواء في المعنى .

فصل : وإن وكل رجلا يتزوج له امرأة ، فهل له أن يزوجه ابنته ؟ يُخرَج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع ، هل يبيع لولده ؟ وقال أبو يوسف^(١١) ومحمد : يجوز . ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها . وإن أدت له وليته في تزويجها ، خرَج في تزويجها لنفسه أو^(١٢) ولده أو والده^(١٣) وجهان ، بناءً على ما ذكر^(١٤) في البيع . وكذلك إن وكله رجل في تزويج ابنته ، خرَج فيه مثل ذلك .

فصل : وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبده ، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه ؛ لأنه أذن له في طرفي العقد ، فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه . ولو وكله المتداعيان في الدعوى ، فقياس جوازه ؛ لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما ، والجواب عن الآخر ،

(٨) في ١ ، ب ، م : « وكذلك » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ب : « لملكه » .

(١١) في ١ : « أبو حنيفة » .

(١٢-١٣) في م : « لولده » .

(١٣) في م : « ذكره » .

وإِقَامَةُ حُجَّةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ^(١٤) وَجْهَانِ .

فصل : وإذا أُذِنَ لِلْمُوكِلِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهُ فِي عَقْدِهِ غَرَضَانِ ، الْأَسْتِرْخَاصُ لِنَفْسِهِ ، وَالِاسْتِقْصَاءُ لِلْمُوكِّلِ ، وَهُمَا مُتَضَادَّانِ ، فَمَتَانَعَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكَلَهُ ^(١٥) فِي التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ وَكَلَتِ الْمَرْأَةُ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا ، وَلِأَنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ هِيَ مِنَ الشَّرَاءِ ^(١٦) لِنَفْسِهِ فِي مَحَلِّ لِاتِّفَاقِ التُّهْمَةِ ، لِذَلِكَ لَيْسَ عَلَيْهَا عَدَمُ رِضَى الْمُوكِّلِ بِهَذَا التَّصَرُّفِ ، وَإِخْرَاجُ هَذَا التَّصَرُّفِ عَنْ عُمُومِ لَفْظِهِ وَإِذْنِهِ ، وَقَدْ صَرَّحَ هُنَا بِالِإِذْنِ فِيهَا ^(١٧) ، فَلَا تَبْقَى دَلَالَةُ الْحَالِ مَعَ نَصِّهِ بِلَفْظِهِ عَلَى خِلَافِهَا ^(١٨) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَتَضَادُّ مَقْصُودُهُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . قُلْنَا : إِنْ عَيَّنَ الْمُوكِّلُ لَهُ الثَّمَنَ ، فَاشْتَرَى بِهِ ، فَقَدْ زَالَ مَقْصُودُ الْاسْتِقْصَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ أَكْثَرَ مِمَّا قَدْ حَصَلَ ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ الثَّمَنَ ، تَقَيَّدَ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ لِأَجْنَبِيٍّ ^(١٩) . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَكَلَّ عَبْدًا يَشْتَرِي لَهُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا وَكَلَّ عَبْدًا يَشْتَرِي نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ ، أَوْ يَشْتَرِي مِنْهُ عَبْدًا آخَرَ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كِيَدِ سَيِّدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَلَّهُ فِي الشَّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلِهَذَا يُحَكَّمُ لِلْإِنْسَانِ بِمَا فِي يَدِ عَبْدِهِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَجْهًا كَذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهُ ، فَجَازَ أَنْ

(١٤) فِي ب م : « الْمَسْأَلَةُ » .

(١٥) فِي م : « وَكَلَّ » .

(١٦) فِي م : « الْمَشْتَرَى » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١٨) فِي م : « خِلَافَهُ » .

(١٩) فِي م : « الْأَجْنَبِيُّ » .

يَشْتَرِيهِ مِنْ مَوْلَاهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ لَمَّا جَازَ تَوَكِيلُهَا فِي طَلَاقِ غَيْرِهَا ، جَازَ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا . وَالْوَجْهُ الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يُقَدَّرُ هَهُنَا جَعْلُ تَوَكِيلِ الْعَبْدِ كَتَوَكِيلِ سَيِّدِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا صِحَّةَ تَوَكِيلِ السَّيِّدِ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا قَالَ الْعَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِي لِزَيْدٍ . فَصَدَقَهُ سَيِّدُهُ وَزَيْدٌ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ زَيْدًا الثَّمَنُ . وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : مَا اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِكَ . عَتَقَ الْعَبْدُ بِقَوْلِهِ وَإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يَعْتَقُ بِهِ ، وَيَلْزِمُ الْعَبْدَ الثَّمَنَ فِي ذِمَّتِهِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا لَا يَلْزِمُهُ الثَّمَنُ ، لِعَدَمِ حُصُولِ الْعَبْدِ لَهُ ، وَكَوْنِ سَيِّدِهِ لَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ ، فَلَزِمَ الْعَبْدَ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ بَاشَرَ الْعَقْدَ أَنَّهُ لَهُ . وَإِنْ صَدَقَهُ السَّيِّدُ وَكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، نَظَرْتَ فِي تَكْذِيبِهِ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، حَلَفَ وَبَرَى ، وَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَاسْتِرْجَاعُ عَبْدِهِ ؛ لِتَعَدُّرِ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ صَدَقَهُ فِي الْوَكَالَةِ وَكَذَّبَهُ فِي أُنْكَ مَا اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ لِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدُهُ فِي إِعْتِاقِ نَفْسِهِ ، أَوْ امْرَأَتُهُ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْعَبْدُ فِي إِعْتِاقِ عَبِيدِهِ ، وَالْمَرْأَةُ فِي طَلَاقِ نِسَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَبْدُ إِعْتِاقَ نَفْسِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ طَلَاقَ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ بِاطْلَاقِهِ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لِهَذَا ذَلِكَ ، أَخْذًا مِنْ عُمُومِ لَفْظِهِ ، كَمَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ ، الْبَيْعَ مِنْ نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ وَكَّلَ غَرِيمًا لَهُ فِي إِبْرَاءِ نَفْسِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي إِسْقَاطِ حَقٍّ عَنْ نَفْسِهِ ، فَاشْتَبَهَ تَوَكِيلَ الْعَبْدِ فِي إِعْتِاقِ نَفْسِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ / فِي إِبْرَاءِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبْرِئَ نَفْسَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي حَبْسِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ حَبْسَ نَفْسِهِ . وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي حُصُومَتِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي حُصُومَةِ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ إِبْرَاءَ نَفْسِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ فِي إِبْرَاءِ الضَّامِنِ ، فَأَبْرَأَهُ ، صَحَّ . وَلَا يُبْرِئُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ . وَإِنْ وَكَّلَ الضَّامِنُ فِي إِبْرَاءِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، أَوْ الْكَفِيلُ فِي إِبْرَاءِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ ، فَأَبْرَأَهُ ، صَحَّ ، وَبَرَى الْوَكِيلُ بِبِرَائَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَرَّغَ عَلَيْهِ ، فَإِذَا بَرَى الْأَصْلَ بَرَى الْفَرْعَ بِبِرَائَتِهِ .

فصل : وإن وَكَلَهُ في إخراج صَدَقَةِ على الْمَسَاكِينِ وهو مِسْكِينٌ ، أو أَوْصَى إليه بِتَفْرِيقِ ثَلَاثَةِ على قَوْمٍ وهو منهم ، أو دَفَعَ إليه مَالًا وَأَمَرَهُ بِتَفْرِيقِهِ على من يُرِيدُ ، أو دَفَعَهُ إلى من شَاءَ ، فالْمَنْصُوصُ عن أحمدَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ له أن يأخُذَ منه شيئًا ، فإنَّ أحمدَ قال : إذا كان في يَدِهِ مالٌ لِلْمَسَاكِينِ وَأَبْوَابُ الْبِرِّ وهو مُحْتَاجٌ ، فلا يَأْكُلُ منه شيئًا ، وإنَّما أَمَرَهُ بِتَفْرِيقِهِ ؛ وذلك لِأَنَّ إِطْلَاقَ لَفْظِ الْمُوكَّلِ يَنْصَرِفُ إلى دَفْعِهِ إلى غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ له الأَخْذُ إذا تَنَازَلَهُ عُمُومُ اللَّفْظِ ، كَالْمَسَائِلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، ولِأَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي حَصَلَ به الاستِحْصَاقُ مُتَحَقِّقٌ فيه ، وَاللَّفْظُ مُتَنَازِلٌ له ، فَجَازَ له الأَخْذُ كغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ الرُّجُوعُ في ذلك إلى قَرَاتِنِ الأَحْوالِ ، فما غَلَبَ على الظَّنِّ فيه أَنَّهُ أَرَادَ العُمُومَ فيه وفي غَيْرِهِ ، فله الأَخْذُ منه ، وما غَلَبَ أَنَّهُ لم يُرِدْهُ ، فليس له الأَخْذُ ، وما تَسَاوَى فيه الأَمْرانِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وهل له أن يُعْطِيَهُ لِوَلَدِهِ أو وَالِدِهِ أو امْرَأَتِهِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أوْلَهُما ، جَوازُهُ ؛ لِذُخُولِهِم ، في عُمُومِ لَفْظِهِ ، وَوُجُودِ الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِجَوازِ الدَّفْعِ إِلَيْهِم . فَأَمَّا من تَلَزَمَهُ مُؤْتَهُ غَيْرَ هؤُلاءِ ، فيجوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِم ، كما يجوزُ دَفْعُ صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ إِلَيْهِم .

٨٤٥ - مسألة ؛ قال : (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه)

يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره . ويبيع ولده من مال نفسه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، والأوزاعي . وزادوا الجد ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوز ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ ، فلا يجوزُ أن يَتَعَلَّقَ به حُكْمانِ مُتَضَادَّانِ ، ولِأَنَّهُ لا يجوزُ أن يكونَ مُوجِبًا وَقَابِلًا في عَقْدٍ واحِدٍ ، كما لا يجوزُ أن يَتَزَوَّجَ^(١) بِنْتِ عَمِّهِ من نَفْسِهِ . ولنا ، أن هذا يَلِي بِنَفْسِهِ ، فَجَازَ أن يَتَوَلَّى طَرَفِي العَقْدِ ، كالأبِ يَزُوجُ ابْنَتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، والسَّيِّدُ يَزُوجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ . ولا تُسَلِّمُ ما ذَكَرَهُ من تَعَلُّقِ حُقُوقِ العَقْدِ بِالْعَاقِدِ لغيرِهِ . فَأَمَّا الجَدُّ فلا ولايةَ له على ابنِ ابْنِهِ ، على ما سَنَدَكُرُهُ في

(١) لعل الصواب : « يَزُوجُ » .

مَوْضِعِهِ ، فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْأَجْنَبِيِّ . وَلِأَنَّ التُّهْمَةَ بَيْنَ الْأَبِ وَوَلَدِهِ مُنْتَفِيَةٌ ، إِذْ مِنْ طَبْعِهِ الشَّفَقَةُ عَلَيْهِ ، وَالْمَيْلُ إِلَيْهِ ^(١) ، وَتَرَكُ حَظَّ نَفْسِهِ لِحَظِّهِ ، فَلِذَلِكَ جَازٌ . وَفَارَقَ الْجَدُّ وَالْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ وَأَمِينُهُ ؛ فَإِنَّ التُّهْمَةَ غَيْرُ مُنْتَفِيَةٍ فِي حَقِّهِمْ . وَأَمَّا تَوَلَّى طَرْفِي الْعَقْدِ ، فَيَجُوزُ ، بِدَلِيلِ الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا تُسَلِّمُ مَا ذَكَرَهُ فِيمَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ / ابْنَةُ عَمِّهِ ، بَلْ يَجُوزُ بِدَلِيلِ أَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ لِابْنَةِ قَارِظٍ : أَنْتَجْعَلِينَ أَمْرِي إِلَى ؟ قَالَتْ : نَعَمْ . قَالَ : قَدْ تَزَوَّجْتُكَ ^(٢) . ^(٣) وَلَيْنَ سَلَّمْنَا فَلَانَ ^(٤) التُّهْمَةَ غَيْرُ مُنْتَفِيَةٍ نَمَّ .

١٧٤/٤
٨٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَا فَعَلَ الْوَكِيلُ بَعْدَ فُسْخِ الْمُوَكَّلِ أَوْ مَوْتِهِ فَبَاطِلٌ)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فليموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ؛ لأنه إذن في التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن في أكل طعامه . وتبطل أيضا بموت أحدهما ، أيهما كان ، وجنونه المطلق . ولا خلاف في هذا كله فيما تعلم . 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 كلام الخرقي هذا أنه يتعزل ، علم أو لم يعلم . ومتى تصرف ، فبان أن تصرفه بعد عزله ، أو موت موكله ، فتصرفه باطل ؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضی صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه ، كالطلاق والعنق . والرواية الثانية عن أحمد ، لا يتعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . نص عليه في رواية جعفر بن محمد ، لأنه لو انعزل قبل علمه ، كان فيه ضرر ؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله ، وربما باع الجارية فيطوؤها المشتري ، أو الطعام فيأكله ، أو غير ذلك ، فيتصرف فيه المشتري ، ويجب ضمائه ، ويتضرر المشتري والوكيل . ولأنه يتصرف

(٢) في م : « له » .

(٣) أورده البخاري ، في : باب إذا كان الولي هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٢١ ، وابن

سعد ، في الطبقات الكبرى ٨ / ٤٧٢ .

(٤-٤) في ب : « وإن سلمنا فإن » .

بأمرِ الْمُوكِّلِ ، ولا يَثْبُتُ حُكْمُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الْمَأْمُورِ قَبْلَ عِلْمِهِ ، كَالْفَسْخِ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ ، متى تَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ . وعن أُمِّي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ عَزَلَهُ الْمُوكِّلُ ، فلا يَنْعَزِلُ قَبْلَ عِلْمِهِ ؛ لما ذَكَرْنَا . وَإِنْ عَزَلَ الْوَكِيلُ نَفْسَهُ ، لم يَنْعَزِلْ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوكِّلِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِأَمْرِ الْمُوكِّلِ ، فلا يَصِحُّ رَدُّ^(١) أَمْرِهِ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ ، كَالْمُودِعِ فِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ . ولنا ، ما تَقَدَّمَ . فَأَمَّا الْفَسْخُ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَالرِّوَايَتَيْنِ . ثمَّ هُمَا مُفْتَرِقَانِ ؛ فَإِنَّ أَمْرَ الشَّارِعِ يَتَضَمَّنُ الْمَعْصِيَةَ بِتَرْكِهِ ، ولا يَكُونُ عَاصِيًّا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الْعَزْلَ عَنْهُ إِبْطَالَ التَّصَرُّفِ ، فلا يَمْنَعُ مِنْهُ عَدَمُ الْعِلْمِ .

فصل : ومتى خَرَجَ أَحَدُهُمَا عَنْ كَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، مثل أن يُجَنَّ ، أو يُحْجَرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ، فلا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ مِنْ جِهَتِهِ . قال أحمدُ فِي الشَّرْكَةِ : إِذَا وَسَّوسَ أَحَدُهُمَا ، فهو مثل العزل . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْوَكِيلِ لِفَلْسٍ^(٢) ، فالوَكَالَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لم يَخْرُجْ عَنْ كَوْنِهِ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْمُوكِّلِ ، وكانت الوَكَالَةُ فِي أَعْيَانِ مَالِهِ ، بَطَلَتْ ؛ لِإِنْقِطَاعِ تَصَرُّفِهِ فِي أَعْيَانِ مَالِهِ . وَإِنْ كانت فِي الْخُصُومَةِ ، أو الشَّرَاءِ فِي الذِّمَّةِ ، أو الطَّلَاقِ ، أو الخُلْعِ ، أو القِصَاصِ ، فالوَكَالَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُوكِّلَ أَهْلٌ لذلِكَ ، وله أن يَسْتَنْبِيبَ فِيهِ ابْتِدَاءً ، فلا تَنْقَطِعُ الاستِئْذَانَةُ . وَإِنْ فَسَقَ الْوَكِيلُ لم يَنْعَزِلْ / ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ فِيما يَنْافِيهِ الْفَسْقُ ، كَالإِبْجَابِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِفَسْقِهِ أو فِسْقِ مُوكِّلِهِ بِخُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كانَ وَكَيْلًا فِي الْقَبُولِ لِلْمُوكِّلِ ، لم يَنْعَزِلْ بِفِسْقِ مُوكِّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لا يَنْافِي جَوَازَ قَبُولِهِ . وهل يَنْعَزِلُ بِفِسْقِ نَفْسِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ كانَ وَكَيْلًا فِيما^(٣) تُشْتَرَطُ فِيهِ^(٣) الْأَمَانَةُ ، كَوَكِيلِ وَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَوَلِيِّ الْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ونحو هذا ، انْعَزَلَ بِفِسْقِهِ وَفِسْقِ مُوكِّلِهِ بِخُرُوجِهِمَا بَدَلًا عَنْ أَهْلِيَّةِ

١٧٤/٤ ظ

(١) فِي ب ، م : (رده) .

(٢) فِي الْأَصْلِ : (لسفه) .

(٣-٣) فِي ب : (تسقط عنه) .

التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كَانَ (٤) وَكَيْلًا لَوْ كَيْلٍ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي مَالٍ نَفْسِهِ ، انْتَعَزَلَ بِفِسْقِهِ ؛ لِأَنَّ
 التَّصَرُّفَ لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلٌ فَاسْتَيْقَ ، وَلَا يَنْتَعَزَلُ بِفِسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّ مُوَكَّلَهُ وَكَيْلَ رَبِّ الْمَالِ ،
 وَلَا يُتَافَاهِ الْفِسْقُ ، وَلَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالتَّوَمِّ وَالسُّكْرِ وَالْإِغْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ
 أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ وَلايَةٌ ، إِلَّا أَنْ يَخْصُلَ الْفِسْقُ بِالسُّكْرِ ، فَيَكُونُ فِيهِ مِنَ
 التَّفْصِيلِ مَا أَسْلَفْنَاهُ .

فصل : وَلَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالتَّعَدَّى فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، مِثْلَ أَنْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ ، وَيَرْكَبَ
 الدَّابَّةَ . وَهَذَا أَحَدُ الرَّجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالرَّوْجُ الْثَانِي ، تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ ؛
 لِأَنَّهَا عَقْدٌ أَمَانِيٌّ ، فَبَطَلَتْ (٥) بِالتَّعَدَّى كَالْوَدِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا تَصَرَّفَ فَقَدْ تَصَرَّفَ
 بِإِذْنِ مُوَكَّلِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَّعَدَّ . وَيُفَارِقُ الْوَدِيعَةَ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا أَمَانَةٌ مُجَرَّدَةٌ ،
 فَتَأْفَاهَا التَّعَدَّى وَالْحِيَانَةُ ، وَالْوَكَالَةُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتْ الْأَمَانَةَ ، فَإِذَا انْتَقَبَتْ
 الْأَمَانَةُ بِالتَّعَدَّى ، بَقِيَ الْإِذْنُ بِحَالِهِ . فَعَلَى هَذَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فَلَبِسَهُ ، صَارَ
 ضَامِنًا . فَإِذَا بَاعَهُ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَبَرِيَّ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِذُخُولِهِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي
 وَضَمَانِهِ . فَإِذَا قَبِضَ الثَّمَنَ ، كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَهُ بِإِذْنِ
 الْمُوَكَّلِ ، وَلَمْ يَتَّعَدَّ فِيهِ . وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا ، وَوَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ ، فَتَعَدَّى فِي الثَّمَنِ ،
 صَارَ ضَامِنًا لَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَى بِهِ وَسَلَّمَهُ ، زَالَ الضَّمَانُ ، وَقَبِضُهُ لِلْمَبِيعِ قَبْضُ أَمَانَةٍ . وَإِنْ
 وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ ، أَوْ وَجَدَ هُوَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا ، فَرَدَّهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ ، كَانَ
 مَضْمُونًا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُزِيلَ لِلضَّمَانِ زَالَ ، فَعَادَ مَا زَالَ بِهِ (٦) .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ امْرَأَتُهُ فِي بَيْعِ أَوْ شِرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ
 زَوَالَ النِّكَاحِ لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْوَكَالَةِ ، فَلَا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهَا . وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ
 أَعْتَقَهُ ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَنْتَعَزَلْ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْتَعَزَلَ ؛ لِأَنَّ تَوْكِيلَ عَبْدِهِ لَيْسَ بِتَوْكِيلِ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَكَلَّ » .

(٥) فِي ب ، م : « فَتَبْطُلُ » .

(٦) فِي م : « عَنْهُ » .

في الحَقِيقَةِ ، إِنَّمَا هُوَ اسْتِحْدَامٌ بِحَقِّ الْمَلِكِ ، فَيَبْطُلُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ . وَإِذَا بَاعَهُ فَقَدْ صَارَ إِلَى مَلِكٍ مَنْ لَمْ يَأْذَنْ فِي تَوَكِيلِهِ ، وَثُبُوتُ مَلِكٍ غَيْرِهِ فِيهِ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ تَوَكِيلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَيَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهُ . وَهَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا وَكَّلَ عَبْدٌ غَيْرَهُ ثُمَّ بَاعَهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْوَكَالََةَ لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَ الْعَبْدِ إِذْ نَهَى فِي بَيْعِ مَالِهِ ، وَالْعِتْقُ لَا يَبْطُلُ إِذْ نَهَى . وَهَكَذَا إِنْ بَاعَهُ ، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِنْ رَضِيَ بِبِقَائِهِ عَلَى الْوَكَالََةِ ، بَقِيَ ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ ، بَطَلَتْ الْوَكَالََةُ . وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدٌ غَيْرَهُ ، فَأَعْتَقَهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالََةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ هَذَا تَوَكِيلٌ حَقِيقَةٌ ، وَالْعِتْقُ غَيْرُ مُنَافٍ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ الْمُوَكَّلُ^(٧) مِنْهُ لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالََةُ^(٨) ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ لَهُ لَا يَتَنَافَى إِذْ نَهَى لَهُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ^(٩) .

و١٧٥/٤

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ مُسْلِمٌ كَافِرًا فِيمَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، صَحَّ تَوَكِيلُهُ ، سِوَاءَ كَانَ ذِمِّيًّا ، أَوْ مُسْتَأْمِنًا ، أَوْ حَرَبِيًّا ، أَوْ مُرْتَدًّا ؛ لِأَنَّ الْعَدَالََةَ غَيْرُ مُشْتَرِطَةٍ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الدِّينُ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَكَّلَ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ ، لَمْ تَبْطُلِ وَكَالَتُهُ^(١٠) ، سِوَاءَ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، أَوْ أَقَامَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ ، فَلَمْ تَبْطُلِ وَكَالَتُهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ ، وَلِأَنَّ الرَّدَّةَ لَا تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ وَكَالَتِهِ فَلَمْ^(١١) تَمْنَعِ اسْتِدَامَتَهَا ، كَسَائِرِ الْكُفْرِ . وَإِنْ ارْتَدَّ الْمُوَكَّلُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالََةُ فِيمَا لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَأَمَّا التَّوَكِيلُ فِي مَالِهِ ، فَيَنْبَغِي عَلَى تَصَرُّفِهِ نَفْسِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ . لَمْ يَبْطُلِ تَوَكِيلُهُ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَوْقُوفٌ . فَوَكَالَتُهُ مَوْقُوفَةٌ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَبْطُلُ تَصَرُّفُهُ . بَطَلَّ تَوَكِيلُهُ . وَإِنْ وَكَّلَ فِي حَالِ رِدَّتِهِ ، فَفِيهِ الْوُجُوهُ الثَّلَاثَةُ أَيْضًا .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩) في م : « أو الشراء » .

(١٠) في م : « الوكالة » .

(١١) في م : « فلا » .

فصل: ولو وَكَّلَ رَجُلًا فِي تَقْلِيلِ امْرَأَتِهِ ، أَوْ بَيْعِ عَبْدِهِ ، أَوْ قَبْضِ دَارِهِ مِنْ فُلَانٍ ، فَقَامَتِ الْبَيْتَةُ بِطَلَاقِ الزَّوْجَةِ ، وَعِنْتِ الْعَبْدِ ، وَانْتِقَالِ الدَّارِ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، بَطَلَّتِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ ، فَزَالَتْ وَكَالَتُهُ .

فصل: وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ الَّتِي وَكَّلَ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا ، بَطَلَّتِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّهَا ذَهَبَ ، فَذَهَبَتِ الْوَكَالَةُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ فَمَاتَ . وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارًا ، وَوَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بِهِ ، فَهَلَكَ الدِّينَارُ ، أَوْ ضَاعَ ، أَوْ اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ وَتَصَرَّفَ فِيهِ ، بَطَلَّتِ الْوَكَالَةُ ، ^(١٢) سِوَاءَ وَكَّلَهُ ^(١٢) فِي الشِّرَاءِ بَعَيْنِهِ أَوْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بَعَيْنِهِ ، فَقَدْ اسْتَحَالَ الشِّرَاءُ بَعَيْنِهِ بَعْدَ تَلْفِهِ ، فَبَطَلَّتِ الْوَكَالَةُ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ مُطْلَقًا ، وَتَقَدَّرَ الدِّينَارُ ، بَطَلَّتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ^(١٣) إِنَّمَا وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بِهِ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَنْقُدَهُ ثَمَنَ ذَلِكَ الْبَيْعِ ، إِمَّا قَبْلَ الشِّرَاءِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَقَدْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ بِتَلْفِهِ ، وَلِأَنَّهُ ^(١٤) لَوْ صَحَّ شِرَاؤُهُ ، لَلَزِمَ الْمُوَكَّلُ ثَمَنَ ^(١٥) لَمْ يَلْتَزِمَهُ ^(١٥) ، وَلَا رَضِيَ بِالزُّومِ . وَإِذَا اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ ، ثُمَّ عَزَلَ دِينَارًا عَوَضَهُ ، وَاشْتَرَى بِهِ ، فَهُوَ كَالشِّرَاءِ لَهُ مِنْ غَيْرِ إِذِنْ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ بَطَلَّتْ ، وَالدِّينَارُ الَّذِي ^(١٦) عَزَلَهُ عَوَضًا لَا يَصِيرُ لِلْمُوَكَّلِ حَتَّى يَقْبِضَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَى لِلْمُوَكَّلِ بِهِ ^(١٧) شَيْئًا وَقَفَّ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ صَحَّ وَلَزِمَهُ ^(١٨) الثَّمَنُ ، وَإِلَّا لَزِمَ الْوَكِيلَ . وَعَنْهُ يَلْزِمُ الْوَكِيلَ بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَتَى اشْتَرَى بَعَيْنَ مَالِهِ لِغَيْرِهِ شَيْئًا ، فَالشِّرَاءُ بِاطِّلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعَيْنَ مَالِهِ مَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : مَتَى اشْتَرَى لِغَيْرِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ شَيْئًا ^(١٩) ، صَحَّ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، سِوَاءَ اشْتِرَائِهِ

(١٢-١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م زيادة : « إن » .

(١٤) في الأصل : « وإنه » .

(١٥-١٥) في ١ : « من لم يلتزمه » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) سقط من : ا ، ب .

(١٨) في م : « ولزم » .

(١٩) سقط من : الأصل .

بِعَيْنِ الْمَالِ أَوْ فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي شِرَائِهِ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ .

فصل : نَقَلَ الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمٌ ، فَقَالَ لَهُ : إِذَا أَمَكَّنَكَ قَضَاؤُهَا فَادْفَعْهَا إِلَى فُلَانٍ . وَعَابَ صَاحِبُ الْحَقِّ ، وَلَمْ يُوصِ إِلَى هَذَا الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، لَكِنْ جَعَلَهُ وَكَيْلًا ، وَتَمَكَّنَ مِنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنَ الْقَضَاءِ ، فَخَافَ إِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَد مَاتَ ، وَيَخَافُ التَّبِعَةَ مِنَ الْوَرِثَةِ . فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ لَعَلَّهُ قَد مَاتَ ، / لَكِنْ يَجْمَعُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْوَرِثَةِ ، وَيَبْرَأُ إِلَيْهِمَا مِنْ ذَلِكَ . هَذَا ذِكْرُهُ أَحْمَدُ عَلَى طَرِيقِ النَّظَرِ لِلْغَرِيمِ ، خَوْفًا مِنَ التَّبِعَةِ مِنَ الْوَرِثَةِ إِنْ كَانَ مُؤَرِّوهُمْ قَد مَاتَ ، فَانْعَزَلَ وَكَيْلَهُ وَصَارَ الْحَقُّ لَهُمْ ، فَيَرْجِعُونَ عَلَى الدَّافِعِ إِلَى الْوَكِيلِ . فَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، فَلِلْوَكِيلِ الْمُطَالَبَةُ ، وَاللَّاحِزِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قَدْ نَصَّ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا وَكَّلَهُ فِي الْحَدِّ وَعَابَ ، اسْتَوْفَاهُ الْوَكِيلُ . وَهُوَ أَبْلَغُ مِنْ هَذَا ؛ لَكُونِهِ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، لَكِنْ هَذَا احْتِيَاطٌ حَسَنٌ ، وَثَبْرَةٌ لِلْغَرِيمِ ^(٢٠) ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَإِزَالَةٌ لِلتَّبِعَةِ عَنْهُ . وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ انْعَزَلَ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَنْ لَا يَدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَد مَاتَ ، فَانْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اخْتَارَ هَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَكُونُ الْقَاضِيَّ مِمَّنْ يَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بِالْمَوْتِ ، فَيَحْكُمُ عَلَيْهِ بِانْعِزَالِهِ ^(٢١) . وَفِيهَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ تَرَاجُحِ الْقَبُولِ عَنِ الْإِجَابِ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ ^(٢٢) الْحَقِّ وَلَمْ يَعْلَمْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ حَاضِرًا فَيَقْبَلُ . وَفِيهَا دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ التَّوَكِيلِ بِغَيْرِ لَفْظِ التَّوَكِيلِ . وَقَدْ نَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ : بَعْ ثَوْبِي . لَيْسَ ^(٢٣) بِشَيْءٍ ^(٢٤) حَتَّى يَقُولَ : قَدْ وَكَّلْتُكَ . وَهَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ

(٢٠) فِي ب : « الْغَرِيمِ » .

(٢١) فِي أ ، ب ، م : « بِالْعَزْلِ بِهِ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « بَعْضُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « لَيْسَ » .

(٢٤) فِي أ ، ب ، م : « شَيْءٌ » .

ذَكَرَ الدَّلِيلَ عَلَى جَوَازِ التَّوَكِيلِ بِغَيْرِ لَفْظِ التَّوَكِيلِ ، وَهُوَ الَّذِي نَقَلَهُ^(٢٥) الْجَمَاعَةُ .

٨٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِ زَوْجَتِهِ ، فَهُوَ فِي يَدِهِ حَتَّى يَفْسَخَ أَوْ يَطَّأ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَكَالَهَ إِذَا وَقَعَتْ مُطْلَقَةً غَيْرَ مُوقَّتَةٍ ، مَلَكَ التَّصَرُّفَ أَبَدًا ، مَا لَمْ تَنْفَسِخِ الْوَكَالَهَ ، وَفَسَخَ الْوَكَالَهَ أَنْ يَقُولَ : فَسَخْتُ الْوَكَالَهَ ، أَوْ أَبْطَلْتُهَا ، أَوْ نَقَضْتُهَا ، أَوْ عَزَلْتُكَ ، أَوْ صَرَفْتُكَ عَنْهَا ، وَأَزَلْتُكَ عَنْهَا . أَوْ يَنْهَاهُ عَنْ فِعْلٍ مَا أَمَرَهُ بِهِ أَوْ وَكَّلَهُ فِيهِ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمُقْتَضِيَةِ عَزْلَهُ أَوْ^(١) الْمُؤَدِّيَةِ^(٢) مَعْنَاهُ ، أَوْ يَعزَلُ الْوَكِيلُ نَفْسَهُ ، أَوْ يُوجِدَ مَا يَقْتَضِي فَسَخَهَا حُكْمًا ، عَلَى مَا قَدْ ذَكَرْنَا ، أَوْ يَزُولُ مِلْكُهُ عَمَّا قَدْ وَكَّلَهُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ يُوجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ عَنِ^(٣) الْوَكَالَهَ . فَإِذَا وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ ، ثُمَّ وَطَّعَهَا ، انْفَسَخَتِ الْوَكَالَهَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى رُغْبَتِهِ فِيهَا ، وَاجْتِبَاهِهَا إِمْسَاكَهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ^(٤) وَطَّعَهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، كَانَ ارْتِجَاعًا لَهَا ، فَإِذَا اقْتَضَى رَجْعَتَهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا ، فَلَأَنَّ يَقْتَضِي اسْتِبْقَاءَهَا عَلَى نِكَاحِهِ^(٥) وَمَنْعَ طَلَاقِهَا أَوْلَى . وَإِنْ بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ قَبَّلَهَا ، أَوْ فَعَلَ بِهَا مَا يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِ الزَّوْجِ ، فَهَلْ تَنْفَسِخُ الْوَكَالَهَ فِي الطَّلَاقِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ فِي حُصُولِ الرَّجْعَةِ بِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا صَاحِحًا ، أَوْ كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، انْفَسَخَتِ الْوَكَالَهَ ؛ لِأَنَّهُ بَرَزَ إِلَى مِلْكِهِ لَا يَبْقَى لَهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَفِي الْكِتَابَةِ وَالتَّضْيِيرِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، تَصَرُّفُهُ

(٢٥) في ١ ، م : نقل .

(١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢) في ب زيادة : « إلى » .

(٣) في ب : « في » .

(٤) في م : « إن » .

(٥) في الأصل ، م : « نكاحها » .

فيه بذلك يَدُلُّ على أَنَّهُ قَصَدَ الرُّجُوعَ عن بَيْعِهِ . وإن بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِيدًا لم تَبْطُلِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ في العَبْدِ لم يُزَلْ . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ .

٨٤٨ - مسألة ؛ قال : (ومن وُكِّلَ في شِرَاءِ شَيْءٍ فَاشْتَرَى غَيْرَهُ ، كَانَ الأَمْرُ مُعْخِرًا فِي قَبُولِ الشِّرَاءِ ، فَإِن لَمْ يَقْبَلْ ، لَزِمَ الوَكِيلُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاءُ بَعِيْنِ المَالِ ، فَيَبْطُلُ الشِّرَاءُ)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله ، فاشترى غير ما وُكِّلَ في شراؤه ، مثل أن يوكله في شراء عبد فيشترى جارية ، لم يحل من أن يكون اشتراؤه في ذمته أو بعين المال ، فإن كان اشتراؤه في ذمته ، ثم / نَقَدَ ثَمَنَهُ ، فالشراء صحيح ؛ لأنه إنما اشترى بتمن في ذمته ، وليس ذلك ملكاً لغيره . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ، في أحد الوجهين ؛ لأنه عقده على أنه للموكل ، ولم يأذن فيه ، فلم يصح ، كالموكل لو اشترى بعين ماله . ولنا ، أنه لم يتصرف في ملك غيره ، فصح ، كالموكل لو يئوه لغيره . إذا ثبت هذا ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، الشراء لازم للمشتري . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ؛ لأنه اشترى في ذمته بغير إذن غيره ، فكان الشراء له ، كالموكل لو يئوه لغيره . والرواية الثانية ، يقف على إجازة الموكل ، فإن أجازته لزمه ؛ لأنه اشترى له وقد أجازته ، فلزمه ، كالموكل لو اشترى بإذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل ؛ لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل ، لأنه لم يأذن في شراؤه ، ولزم الوكيل ؛ لأن الشراء صدر منه ، ولم يثبت لغيره ، فثبت في حقه ، كالموكل لو اشتراه لنفسه . وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه ، سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له ، أو لم يكن وكيلاً له . فأما إن اشترى بعين المال ، مثل أن يقول : بعني الجارية بهذه الدنانير . أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيح في المذهب أن البيع باطل . وهو مذهب الشافعي . وفيه رواية أخرى أنه صحيح ، ويقف على إجازة المالك ، فإن لم يجزه بطل ، وإن أجازته صح ؛ لحديث

عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ، أَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، فَأَقْرَهُ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَدَعَا لَهُ (١) ،
 وَلَا أَنَّهُ تَصَرَّفَ لَهُ بِخَيْرٍ ، فَصَحَّ ، وَوَقَفَ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَلَى الثَّلْثِ .
 وَوَجْهَ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَالٍ مَنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ
 مَالَ الصَّبِيِّ الْمُرَاهِقِ ، ثُمَّ بَلَغَ ، فَأَجَازَهُ ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ : « لَا
 تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » (١) . يَعْنِي مَا لَا (٢) تَمْلِكُ . وَأَمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ
 وَكَيْلًا مُطْلَقًا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ بَاعَ وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ ثَمَنَهُ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ جَائِزًا لِمَنْ لَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ
 فِيهِ اتِّفَاقًا . وَمتى حَكَمْنَا بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، فَاعْتَرَفَ لَهُ الْعَاقِدُ مَعَهُ بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، أَوْ ثَبَتَ
 ذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِذَلِكَ ، وَلَا قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ الْعَاقِدُ ،
 وَلَمْ يَلْزَمُهُ رَدُّ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ (٣) تَصَرَّفَ الْإِنْسَانُ لِنَفْسِهِ ، فَلَا يَصْدُقُ عَلَى غَيْرِهِ
 فِيمَا يُبْطِلُ عَقْدَهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛
 لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي : إِنَّكَ بَعْتَ مَالَ غَيْرِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ .
 وَقَالَ : بَلِ بَعْتُ مَلِكِي . أَوْ (٤) قَالَ : بَعْتُ (٤) مَالَ مُوَكَّلِي بِإِذْنِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا . وَإِنْ
 اتَّفَقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي عَلَى مَا يُبْطِلُ الْبَيْعَ ، وَقَالَ الْمُوَكَّلُ : بَلِ الْبَيْعُ صَحِيحٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ
 مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ رَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْعَوْضِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي أَنْ يَتَزَوَّجَ لَهُ امْرَأَةً ، فَتَزَوَّجَ لَهُ غَيْرَهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
 ١٧٦/٤ ظ فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ بِكُلِّ حَالٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ / الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ
 صِحَّةِ النِّكَاحِ ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فَإِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَقَعْ لَهُ وَلَا لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
 أَعْيَانُ الزَّوْجَيْنِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْمُشْتَرِي لَهُ ،
 فَافْتَرَقَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَيَقْفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُتَزَوِّجِ لَهُ ، فَإِنْ أَجَازَهُ

(١) تقدم تحريجه في ٦ / ٢٩٥ .

(٢) في م : « لم » .

(٣-٣) في ب : « تصرفه » .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

صَحَّ ، وإلَّا بَطَلَ . وهذا مذهبُ أبي حنيفة . والقولُ فيه كالقولِ في البَيْعِ ، على ما تقدَّم .

فصل : قال القاضي : إذا قال لِرَجُلٍ : اشترِ لي ^(٥) بَدِينِي عليك طعامًا . لم يصحَّ . ولو قال : استتلف ^(٦) لي ألفًا من مالِكَ في كُرٍّ ^(٧) ^(٨) طعامٍ . ففعل ، لم يصحَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يشتري الإنسانُ بماله ما يملكه غيره . وإن قال : اشترِ لي في ذمتِكَ . أو قال : استتلف ^(٦) لي ألفًا في كُرٍّ طعامٍ ^(٨) ، واقتضى الثمنَ عني من مالِكَ ، أو من الدَّينِ الذي لي عليك . صحَّ ؛ لأنَّه إذا اشترى في الذمَّةِ حصلَ الشراءُ للموكلِ والثمنُ عليه ، فإذا قضاهُ من الدَّينِ الذي عليه ، فقد دفعَ الدَّينَ إلى مَنْ أمره صاحبُ الدَّينِ بدفعه إليه ، وإن قضاهُ من ماله عن دَينِ السلفِ الذي عليه ، صارَ قرضًا عليه .

فصل : ولا يملكُ الوكيلُ من التصرفِ إلا ما يقتضيه إذنُ موكله ، من جهةِ التُّطيقِ ، أو من جهةِ العُرفِ ؛ لأنَّ تصرفه بالإذنِ ، فاختصَّ بما أُذنَ فيه ، والإذنُ يُعرفُ بالتُّطيقِ تارةً وبالعُرفِ أُخرى . ولو وكلَّ رجلًا في التصرفِ في زمنٍ مُقيَّدٍ ، لم يملكِ التصرفُ قبْلَه ولا بعده ؛ لأنَّه لم يتناولهُ إذنُهُ نطقًا ^(٩) ولا عُرفًا ؛ لأنَّه قد يؤثرُ التصرفُ في زمنٍ الحاجةِ إليه دونَ غيره ، ولهذا الماعينَ اللهُ تعالى لعبادتهِ وقتًا ، لم يجزُ تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه . فلو قال له : بيعْ ثوبي غداً . لم يجزُ بيعه اليومَ ولا بعدَ غدٍ . وإن عيَّنَ له المكانَ ، وكان يتعلَّقُ به عُرضٌ ، مثل أن يأمره ببيعِ ثوبه في سوقٍ ، وكان ذلك السوقُ معروفًا بجودَةِ التُّقيدِ ، أو كثرةِ الثمنِ ، أو جلِّه ، أو بصلاحِ أهله ، أو بمودَّةِ بينِ الموكلِ وبينهم ، تقيَّدَ الإذنُ به ؛ لأنَّه قد نصَّ على أمرٍ له فيه عُرضٌ ، فلم يجزُ تفويتُه . وإن كان هو وغيره سواءً في العُرضِ ، لم يتقيَّدَ الإذنُ به ، وجازَ له البَيْعُ في غيره ؛ لمساواته

(٥) سقط من : م .

(٦) في م : « تسلف » .

(٧) الكر : أريحون إرديا .

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) في م : « مطلقا » .

الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ فِي الْعَرَضِ ، فَكَانَ تَنْصِيصُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا إِذْنًا فِي الْآخَرِ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ
 أَوْ اسْتِعَارِ أَرْضًا لِزِرَاعَةِ شَيْءٍ ، كَانَ إِذْنًا فِي زِرَاعَةِ مِثْلِهِ وَمَا^(١١) دُونَهُ ، وَلَوْ اكْتَرَى^(١٢)
 عَقَارًا كَانَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مِثْلَهُ ، وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً أَوْ اعْتِكَافًا فِي مَسْجِدٍ ، جَازَ الْاعْتِكَافُ
 وَالصَّلَاةُ فِي غَيْرِهِ . وَسَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ التَّمَنُّ أَوْ لَمْ يُقَدِّرْهُ .^(١٣) وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمُشْتَرِي ، فَقَالَ :
 بَعُهُ فَلَانًا . لَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُ لِغَيْرِهِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، سَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ التَّمَنُّ أَوْ لَمْ
 يُقَدِّرْهُ^(١٤) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي تَمْلِيكِهَ إِيَّاهُ دُونَ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ الْوَكِيلُ بِقَرِينَةٍ أَوْ
 صَرِيحٍ أَنَّهُ لَا غَرَضَ لَهُ فِي عَيْنِ الْمُشْتَرِي .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَأْذُنْ فِيهِ ، وَلِأَنَّ
 الْمُوَكَّلَ لَا يَمْلِكُ ، فَالْوَكِيلُ أَوْلَى . وَلَا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمْ يَأْذُنْ فِيهِ .
 وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُذِنَ / فِي الْفَاسِدِ ،
 فَالصَّحِيحُ أَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذْنٌ لَهُ فِي مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْحَلَالَ بِهَذَا الْإِذْنِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ
 فِي شِرَاءِ حَمْرٍ وَخِنْزِيرٍ ، لَمْ يَمْلِكْ شِرَاءَ الْخَيْلِ وَالْعَنَمِ . ١٧٧/٤

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ عَقَارٍ وَنَحْوِهِ ، أَوْ شِرَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَقْدَ
 عَلَى بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ تَنَاقُلٌ جَمِيعُهُ ، وَفِي التَّبَعِيضِ إِضْرَارٌ بِالْمُوَكَّلِ وَتَشْقِيقٌ
 لِمَلِكِهِ ، وَلَمْ يَأْذُنْ لَهُ^(١٥) فِيهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ أَوْ شِرَائِهِمْ ، مَلَكَ الْعَقْدَ عَلَيْهِمْ
^(١٤) جُمْلَةً ، وَوَاحِدًا^(١٦) وَوَاحِدًا ، لِأَنَّ الْإِذْنَ يَتَنَاوَلُ الْعَقْدَ عَلَيْهِمْ جُمْلَةً ، وَالْعُرْفُ فِي بَيْعِهِمْ
 وَشِرَائِهِمْ الْعَقْدَ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ ، وَلَا ضَرَرَ فِي جَمْعِهِمْ وَلَا إِفْرَادِهِمْ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ
 عَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَاحِدًا وَاحِدًا ، أَوْ بَعْضَهُمْ . لَمْ تَجُزْ مُخَالَفَتُهُ ؛ لِأَنَّ تَنْصِيصَهُ عَلَى

(١٠) فِي م : « فَمَا » .

(١١) فِي م : « اشْتَرَى » .

(١٢) (١٢-١٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(١٤) (١٤-١٤) فِي أ ، ب ، م : « جَمْلَةٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدًا وَوَاحِدًا » .

ذلك يَدُلُّ على غَرَضِهِ فِيهِ ، فلم يَتَنَاوَلْ إِذْنَهُ سِوَاهُ . وإن قال : اشْتَرَى لِي عَبْدَيْنِ صَفَقَةً . فاشْتَرَى عَبْدَيْنِ لِأَثْنَيْنِ مُشْتَرَكَيْنِ بَيْنَهُمَا ، من وَكَيْلَهُمَا ، أو من أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ ، جاز . وإن كان لكل واحدٍ منهما عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَاهُمَا من المَالِكَيْنِ ، بأن أَوْجَبَ له البَيْعَ فِيهِمَا ، وَقَبِلَ ذلكَ مِنْهُمَا بِلَفْظِ واحدٍ ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُ المُوكَّلُ . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مع الأَثْنَيْنِ عَقْدَانِ . وَيَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ ؛ لأنَّ القَبُولَ هو الشَّرَاءُ ، وهو مُتَّحِدٌ ، والغَرَضُ لا يَخْتَلِفُ . وإن اشْتَرَاهُمَا من وَكَيْلَهُمَا ، وَعَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا ، مثل أن يَقولَ : بِعْتِكَ ^(١٥) هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ ، هذا بمائةٍ وهذا بمائتين . فقال : قَبِلْتُ . اِحْتَمَلَ أيضًا وَجْهَيْنِ . وإن لم يُعَيِّنْ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا ، لم يَصِحَّ البَيْعُ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ وَيُقَسِّطَ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا .

فصل : فإن دَفَعَ إليه دَرَاهِمَ ، وقال : اشْتَرَى لِي بِهذه عَبْدًا . كان له أن يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنِهَا ، وفي الذَّمَّةِ ؛ لأنَّ الشَّرَاءَ يَقَعُ على هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ ، فإذا أَطْلَقَ الوَكَّالَةَ ، كان له فِعْلٌ ما شاءَ مِنْهُمَا . وإن قال : اشْتَرَى بِعَيْنِهَا . فاشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثم تَقَدَّها ، لم يَلْزَمِ المُوكَّلُ ؛ لأنَّه إذا تَعَيَّنَ الثَّمَنُ ، انْفَسَخَ العَقْدُ بِتَلْفِهِ ، أو كَوْنِهِ مَعْصُوبًا ، ولم يَلْزَمَهُ ثَمَنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وهذا غَرَضٌ لِلْمُوكَّلِ ، فلم تَجُزْ مَخَالَفَتُهُ ، وَيَقَعُ الشَّرَاءُ لِلوَكِيلِ . وهل يَقِفُ على إِجَارَةِ المُوكَّلِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن قال : اشْتَرَى لِي فِي ذِمَّتِكَ ، وانْقَدَ هذه الدَّرَاهِمُ ثَمَنًا . فاشْتَرَاهُ بِعَيْنِهَا ، فقال أصحابنا : يَلْزَمُ المُوكَّلُ ؛ لأنَّه إِذْنٌ له فِي عَقْدِ يَلْزَمُهُ به الثَّمَنُ مع بَقَاءِ الدَّرَاهِمِ وَتَلْفِهَا ، فكان إِذْنًا فِي عَقْدِ ^(١٦) لا يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ إلا مع بَقَائِهَا . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فِي الشَّرَاءِ بِغَيْرِ عَيْنِهَا ، لكَوْنِهَا فِيهَا شَبْهَةٌ لا يَجِبُ أن يَشْتَرِيَ بِهَا ، أو يَجِبُ وَقُوعُ العَقْدِ على وَجْهِه لا يَنْفَسِخُ بِتَلْفِهَا ، ولا يَبْطُلُ بِتَحْرِيمِهَا ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ ، فلا يجوزُ تَفْوِيْتهُ عليه ، كما لم يَجُزْ تَفْوِيْتهُ غَرَضِهِ فِي الصُّورَةِ

(١٥) فِي الأَصْلِ زيادة : « ثَمَنٌ » .

(١٦) فِي م : « عَبْدٌ » .

الأولى . ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه .

١٧٧/٤ ظ **فصل** : وإن عيّن له الشراء بنقدي أو حالاً ، لم تجز مخالفته . وإن أذن له / في النسيئة والبيع بأيّ نقد شاء ، جاز . وإن أطلق ، لم يبيع إلا حالاً بنقدي البلد ؛ لأن الأصل في البيع الحول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق ، حمل على الحول بنقدي البلد . وإن كان في البلد نقدان ، باع بأغلبهما ، فإن تساوى ، باع بما شاء منهما . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وصاحبه : له البيع نساء ؛ لأنه معتاد فأشبهه الحال . ويتخرج لنا ^(١٧) مثل ذلك ^(١٧) بناءً على الرواية في المضارب ، وقد ذكرناها . والأول أولى ؛ لأنه لو أطلق البيع حمل على الحول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولا نسلم تساوي العادة فيهما ، فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين ؛ أحدهما ، أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن في الحال ، وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن . والثاني ، أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه ، وههنا بخلافه ، فلا يرضى به الموكل ، ولأن الضرر في توى الثمن ^(١٨) على المضارب ، لأنه يحسب من الربح ، لكون الربح وقاية لرأس المال ، وههنا يعود على الموكل ، فانقطع الإلحاق .

فصل : إذا وكله في بيع سلعة نسيئة ، فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة ، أو بدون ما عيّن له ، لم ينفذ بيعه ؛ لأنه مخالف لموكله ، لأنه رضى بتمن النسيئة دون النقد . وإن باعها نقداً بما تساوى نسيئة ، أو عيّن له ثمنها فباعها به نقداً ، فقال القاضي : يصح ؛ لأنه زاده خيراً ، فكان مأذوناً فيه عرفاً ، فأشبهه ما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها . ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح ، وإن كان فيها

(١٧-١٧) في ١ ، ب : « مثله » .

(١٨) توى الثمن : هلاكه .

عَرَضٌ ، نحو أن يكون الثمن مما يُسْتَضَرُّ بحفظه في الحال ، أو يُخَافُ عليه من التَّلَفِ أو الْمُتَعَلِّبِينَ ، أو يَتَغَيَّرُ عن حاله إلى وَقَبِ الحُلُولِ ، فهو كَمَنْ لم يُؤدِّنْ له ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الحُلُولِ^(١٩) لا يَتَنَاوَلُ المَسْكُوتَ عنه إِلَّا إذا عَلِمَ أنه في المَصْلَحَةِ ، كالمَنْطُوقِ أو أَكْثَرَ ، فيكون الحُكْمُ فيه ثَابِتًا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ أو المُمَاثَلَةِ ، ومتى كان في المَنْطُوقِ به عَرَضٌ مُخْتَصٌّ به لم يَجْزُ تَفْوِيتُهُ ، ولا ثُبُوتُ الحُكْمِ في غيرِهِ . وقد ذَكَرَ القاضِي نحوَ هَذَا في مَوْضِعٍ آخَرَ .

فصل : وإن وَكَلَهُ في الشَّرَاءِ بِثَمَنِ نَقْدًا ، فاشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بِأَكْثَرَ من ثَمَنِ النَّقْدِ ، لم يَقَعِ لِلْمُوكِّلِ . وإن اشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بِثَمَنِه نَقْدًا ، أو بما عَيَّنَهُ له ، فهي كالتى قَبَلَهَا . وَيَصِحُّ لِلْمُوكِّلِ في قول القاضِي . وعلى ما ذَكَرْنَا يُنظَرُ في ذلك ؛ فإن كان فيه ضَرَرٌ ، نحو أن يَسْتَضِيرَّ بِبَقَاءِ الثَمَنِ معه ونحو ذلك ، لم يَجْزُ ، كَقَوْلِنَا في التى قَبَلَهَا . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ في صِحَّةِ الشَّرَاءِ وَجْهَانِ .

فصل : وليس له أن يَبِيعَ بَدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو دون ما قَدَّرَهُ له ، ولا يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ ، أو أَكْثَرَ مما قَدَّرَ له . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا أَطْلَقَ الوَكَّالَةَ في البَيْعِ ، فله البَيْعُ بِأَيِّ ثَمَنِ كان ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ في الإِذْنِ مُطْلَقٌ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ على إِطْلَاقِهِ . ولنا ، أَنَّهُ تَوَكَّيْلٌ مُطْلَقٌ في عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فاقْتَضَى ثَمَنَ المِثْلِ ، كَالشَّرَاءِ ، فَإِنَّهُ وَافَقَ عَلَيْهِ ، وما ذَكَرَهُ^(٢٠) يَنْتَقِضُ / بالشَّرَاءِ . فإن باعَ بِأَقَلِّ من ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى بِأَكْثَرَ منه مِمَّا لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، أو باعَ بَدُونِ ما قَدَّرَ^(٢١) له ، أو اشْتَرَى بِأَكْثَرَ منه ، فحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لم يُؤدِّنْ له في البَيْعِ والشَّرَاءِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . وعن أحمد أن البَيْعَ جَائِزٌ دون الشَّرَاءِ ، وَيَضْمَنُ الوَكِيلُ النِّقْصَ ؛ لِأَنَّ مَنْ صَحَّ بَيْعُهُ بِثَمَنِ المِثْلِ ، صَحَّ بَدُونَهُ ، كالمَرِيضِ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ يكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ،

(١٩) في ا ، ب : « الإذن » .

(٢٠) في ب : « ذكره » خطأ .

(٢١) في ا ، ب ، م : « قدره » .

وعلى الوكيل ضمان التقصير ، وفي قدره وجهان ؛ أحدهما ، ما بين ثمن المثل وما باعه^(٢٢) به . والثاني ، ما بين ما يتعابن الناس به ، وما لا يتعابن الناس به ؛ لأن ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه . والأول أقيس ؛ لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع ، فأشبهه ببيع الأجنبي . ولو أذن له في البيع ، لم يكن عليه ضمان ، فأشبهه الشراء . وكل تصرف كان الوكيل مخالفا فيه لموكله ، فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي ، على ما نذكر^(٢٣) في موضعه إن شاء الله . وأما ما يتعابن الناس به عادة ، فمغفوه عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن ؛ لأن ما يتعابن الناس به يعد ثمن^(٢٤) المثل ، ولا يمكن التحرز عنه . ولو حصر من يزيد على ثمن المثل ، لم يجز أن يبيع بثمن المثل ؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله . وإن باع بثمن المثل ، فحصر من يزيد في مدة الخيار ، لم يلزمه فسخ العقد ، في الصحيح ؛ لأن الزيادة ممنوع منها ، منهي عنها ، فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة ، فلا يلزم الفسخ بالشك . ويحتمل أن يلزمه ذلك ؛ لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها ، فأشبهه ما لو جاء^(٢٥) به قبل البيع ، والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل ، فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد^(٢٦) الاتفاق عليه .

فصل : ومن وكل في بيع عبء بمائة ، فباعه بأكثر منها ، صح ، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ؛ لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به ، أو من غير جنسه ، مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم ، فبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب . وقال أصحاب^(٢٧) الشافعي : لا يصح بيعه بمائة وثوب ، في

(٢٢) في ب : « باع » .

(٢٣) في الأصل ، ا ، م : « ذكر » .

(٢٤) في ب : « بثمن » .

(٢٥) في م : « أجاز » .

(٢٦) في ا ، ب : « بعد » بدون الواو .

(٢٧) في م زيادة : « غير » خطأ .

أَحَدِ الرَّجُلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ ^(٢٨) جِنْسِ الْأَثْمَانِ ^(٢٩) . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ تَنْفَعُهُ وَلَا تَضُرُّهُ ، أَشْبَهَ مَالُو بَاعَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ ، لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي بَيْعِهِ بِمِائَةِ ، إِذْنٌ فِي بَيْعِهِ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهَا عُرْفًا ، لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِمِائَةٍ لَا يَكْرَهُ أَنْ يَزَادَ عَلَيْهَا ثَوْبٌ يَنْفَعُهُ وَلَا يَضُرُّهُ . وَإِنْ بَاعَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ ، أَوْ يَتَسَعِينَ دِرْهَمًا وَعَشْرَةَ دَنَانِيرٍ ، وَأَشْبَاهَ ^(٣٠) ذَلِكَ ، أَوْ بِمِائَةِ ثَوْبٍ ، أَوْ بِثَمَانِينَ دِرْهَمًا وَعِشْرِينَ ثَوْبًا ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ مُوَكَّلَهُ فِي الْجِنْسِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو بَاعَهُ بِثَوْبٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ فِيمَا إِذَا جَعَلَ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ ، أَوْ مَكَانَ بَعْضِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنَ فِيهِ عُرْفًا ، فَإِنْ مَنْ رَضِيَ بِدِرْهَمٍ رَضِيَ مَكَانَهُ بِدِينَارٍ ، فَجَرَى مَجْرَى بَيْعِهِ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ . وَأَمَّا الثِّيَابُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَثْمَانِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ بِمِائَةِ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِهَا ، أَوْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِثَمَنِ الْكُلِّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنَ فِيهِ مِنْ جِهَةِ الْعُرْفِ ، فَإِنْ مَنْ رَضِيَ مِائَةً ^(٣١) ثَمَّنَا لِلْكُلِّ ، رَضِيَ بِهَا ثَمَّنًا لِلنِّصْفِ ، وَلِأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ الْمِائَةُ وَأَقْبَى لَهُ زِيَادَةٌ تَنْفَعُهُ وَلَا تَضُرُّهُ . وَلَوْ بَيْعَ النِّصْفِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنَ فِي بَيْعِهِ ، فَأَشْبَهَ / مَالُو بَاعَ الْعَبْدَ كُلَّهُ بِمِثْلِي ^(٣٢) ثَمَّنِهِ . وَلَوْ بَيْعَ الْكُلِّ الْأَبْرَجَ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَصَلَ لِلْمُوكَّلِ غَرَضُهُ مِنَ الثَّمَنِ بِبَيْعِ نِصْفِهِ ، فَرُبَّمَا لَا يُؤَثِّرُ بَيْعُ بَاقِيهِ ، لِلْغِنَى عَنْ بَيْعِهِ بِمَا حَصَلَ لَهُ مِنْ ثَمَنِ نِصْفِهِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي تَوَكُّلِهِ فِي بَيْعِ عَبْدَيْنِ بِمِائَةٍ ، إِذَا بَاعَ أَحَدَهُمَا بِهَا ، صَحَّ . وَهَلْ يَكُونُ لَهُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْآخَرَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ بِمِائَةٍ ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِأَقْلٍ مِنْهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَجُزْ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ،

١٧٨/٤ ط

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الرد التالي كله حتى نهاية الفصل لم يرد في الأصل .

(٣٠) في ١ : « أو أشباهه » .

(٣١) في ١ : « بمائة » .

(٣٢) في ١ : « بمثل » .

ومحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أُطلق الوكالة . بناءً على أصله في أن لو كيل المطلق البیع بما شاء . ولنا ، أن على المؤكل ضرراً في تبعضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً ، فلم يجوز ، كالمو وكله في شراء عبده ، فاشترى نصفه .

فصل : وإن وكله في شراء عبده بعينه بمائة ، فاشتراه بخمسين ، أو بما دون المائة ، صح ، ولزم المؤكل ؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف . وإن قال : لا تشتريه بأقل من مائة ، فخالفه ، لم يجوز ؛ لأنه خالف نصه^(٣٣) ، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف . فإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتريه بخمسين . جاز له شراؤه بما فوق الخمسين ؛ لأن إذنه في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بما دونها ، خرج منه الخمسون بصريح النهي ، بقى فيما^(٣٤) فوقها على مقتضى الإذن . وإن اشتراه بأقل من الخمسين ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه ، أشبه ما زاد على الخمسين . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه نهاه عن الخمسين استقلاً لها . فكان تنبيهها على النهي عما هو أقل منها ، كما أن الإذن في الشراء بمائة إذن فيما دونها ، فجرى ذلك مجرى صريح نهيه ، فإن تنبيه الكلام كنصه . وإن قال : اشتره بمائة دينار . فاشتراه بمائة درهم . فالحكم فيه كالمو قال : بعه بمائة درهم ، فباعه بمائة دينار ، على ما مضى من القول فيه . وإن قال : اشترى نصفه بمائة . فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة ، جاز ؛ لأنه مأذون فيه عرفاً . وإن قال : اشترى نصفه بمائة ، ولا تشتريه جميعه ، فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة ، صح ، في قياس المسألة التي قبلها ، لكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف ، خرج الجميع بصريح نهيه ، ففيما عداه بقي على مقتضى الإذن .

فصل : وإن وكله في شراء عبده موصوف بمائة ، فاشتراه على الصفة بدونها ،

(٣٣) في م : « نصفه » . خطأ .

(٣٤) في ب : « ما » .

جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَادُونٌ فِيهِ عُرْفًا . وَإِنْ خَالَفَهُ^(٣٥) فِي الصَّفَةِ ، أَوْ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلَ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَى لِي عَبْدًا بِمِائَةِ فَاشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةَ بَدُونِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ بِمِائَةِ جَازَ ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ بِدُونِهَا فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، فَيَجُوزُ . وَإِنْ كَانَ لَا يُسَاوِي مِائَةَ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَهُ ، وَلَمْ يُحْصَلْ غَرَضُهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَاةٍ بِدَيْنَارٍ ، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تُسَاوِي كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَقْلَ مِنْ دَيْنَارٍ . لَمْ يَقَعِ الْبَيْعُ^(٣٦) لِلْمُوَكَّلِ . وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُسَاوِي دَيْنَارًا . أَوْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي / دَيْنَارًا وَالْأُخْرَى أَقْلَ مِنْ دَيْنَارٍ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ الْمُوَكَّلَ . وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقَعُ لِلْمُوَكَّلِ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بِنَصْفِ دَيْنَارٍ ، وَالْأُخْرَى لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِالزَّامَةِ عُهْدَةَ شَاةٍ وَاحِدَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عُرْوَةَ بِنَ الْجَعْدِ دَيْنَارًا ، فَقَالَ : « اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً » . قَالَ : فَأَتَيْتُ الْجَلْبَ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدَيْنَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّفُهُمَا ، أَوْ أَقْوَدُهُمَا ، فَلَقَيْتَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَأَوْنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدَيْنَارٍ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِالْذَّيْنَارِ وَالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا دَيْنَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتِيكُمْ . قَالَ : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ ، قَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفَقَةِ يَمِينِهِ »^(٣٧) . وَلِأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ الْمَادُونُ فِيهِ وَزِيَادَةٌ مِنْ جِنْسِهِ تَنْفَعُ وَلَا تَضُرُّ ، فَوَقَعَ ذَلِكَ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ^(٣٨) : بَعُهُ بِدَيْنَارٍ . فَبَاعَهُ بِدَيْنَارَيْنِ ، وَمَا ذَكَرَهُ يَبْطُلُ بِالْبَيْعِ . فَإِنْ بَاعَ الْوَكِيلُ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بغيرِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَالَ مُوَكَّلِهِ بِغيرِ أَمْرِهِ^(٣٩) ، فَلَمْ يَجُزْ ،

(٣٥) في ١ : « خالف » .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٣٨) في ١ ، م زيادة : « له » .

(٣٩) في ب : « إذنه » .

كَبَيْعِ الشَّائِنِ . والثاني ، إن كانت الباقية تُساوي دينارًا جاز ، لِحَدِيثِ عُرْوَةَ (٤٠) بن
 الجَعْدِ (٤١) البَارِقِي ، ولأنه حَصَلَ له المَقْصُودُ ، والزِّيَادَةُ لو كانت غير الشاة جاز ، فجاز له
 إِبْدَالُهَا بِغَيْرِهَا . وظاهرُ كلامِ أحمدَ صِحَّةُ البَيْعِ ؛ لأنه أَخَذَ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ وَذَهَبَ إِلَيْهِ .
 وإذا قلنا : لا يجوز له بَيْعُ الشاة . فباعها ، فهل يَقَعُ البَيْعُ باطلًا أو صَحِيحًا مَوْقُوفًا على
 إِجَازَةِ المَوْكَلِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا أصلٌ لكلِّ مَنْ تَصَرَّفَ في مِلْكٍ غيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
 ووَكِيلٍ خَالَفَ (٤١) مُوَكَّلَهُ ، هل يَقَعُ باطلًا أو يَصِحُّ وَيَقُفُّ على إِجَازَةِ المَالِكِ ؟ فيه
 رِوَايَاتَانِ . وللشَافِعِيِّ في صِحَّةِ البَيْعِ هَهُنَا وَجِهَانِ .

فصل : وإذا وَكَّلَهُ في شِرَاءِ سِلْعَةٍ مَوْصُوفَةٍ ، لم يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا إِلَّا سَلِيمَةً ؛ لأنَّ
 إِطْلَاقَ البَيْعِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، ولذلك جاز الرَّدُّ بالعَيْبِ . فإن اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ،
 لم يَلْزَمِ المَوْكَلُ ؛ لأنه اشْتَرَى غيرَ ما أُذِنَ له فيه ، وإن لم يَعْلَمْ عَيْبَهُ ، صحَّ البَيْعُ ؛ لأنه إنَّما
 يَلْزَمُهُ شِرَاءُ الصَّحِيحِ في الظَّاهِرِ ، لِعَجْزِهِ عن التَّحَرُّزِ عن شِرَاءِ مَعِيْبٍ لا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، فإذا
 عَلِمَ عَيْبَهُ مَلَكَ رَدُّهُ ؛ لأنه قائمٌ في الشِّرَاءِ مَقَامَ المَوْكَلِ ، وللمَوْكَلِ رَدُّهُ أيضًا ؛ لأنَّ
 المِلْكَ له ، فإن حَضَرَ قَبْلَ رَدِّ الوَكِيلِ ، وَرَضِيَ بالعَيْبِ ، لم يَكُنْ للوَكِيلِ رَدُّهُ ؛ لأنَّ
 الحَقَّ له ، بِخِلَافِ المُضَارِبِ ، فإنَّ له الرَّدَّ وإن رَضِيَ رَبُّ المَالِ ؛ لأنَّ له حَقًّا فلا يَسْقُطُ
 بِرِضَى غَيْرِهِ ، وإن لم يَحْضُرْ ، فأرَادَ الوَكِيلُ الرَّدَّ ، فقال له البَائِعُ : تَوَقَّفْ حَتَّى يَحْضُرَ
 المَوْكَلُ ، فربَّما رَضِيَ بالعَيْبِ . لم يَلْزَمُهُ ذلك ؛ لأنه لا يَأْمَنُ فَوَاتَ الرَّدِّ لِهَرَبِ البَائِعِ ،
 وفَوَاتِ الثَّمَنِ بِتَلْفِهِ ، وإن أُخِّرَهُ بِنَاءً على هذا القول ، فلم يَرْضَ به المَوْكَلُ ، لم يَسْقُطْ
 رَدُّهُ . وإن قلنا : الرَّدُّ على الفورِ ؛ لأنه أُخِّرَهُ بِإِذْنِ البَائِعِ فيه . وإن قال البَائِعُ : مُوَكَّلَكَ
 قد عَلِمَ العَيْبَ فَرَضِيهِ . لم يَقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ لم يَسْتَحْلِفِ الوَكِيلُ ،
 إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ عِلْمَهُ ، فيَحْلِفُ على نَفْيِ العِلْمِ . وهذا/ قال الشَّافِعِيُّ . وعن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا
 يَسْتَحْلِفُ ؛ لأنه لو حَلَفَ كان نَائِبًا في اليمينِ ، وليس بِصَّحِيحٍ ، فإنه لا نِيَابَةَ هَهُنَا ،

١٧٩/٤ ظ

(٤٠-٤١) سقط من : الأصل .

(٤١) في ١ ، ب ، م : « بخالف » .

وإنما يَحْلِفُ على نَفْيِ عِلْمِهِ ، وهذا لا يُثْبِتُ فِيهِ عن أَحَدٍ . فإن رَدَّ الوَكِيلُ ، وَحَضَرَ المُوَكَّلُ ، وقال : بَلَّغْنِي العَيْبُ ، وَرَضِيْتُ بِهِ . فَصَدَّقَهُ^(٤٢) البَائِعُ ، أو قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، لم يَقَعِ الرَّدُّ مَوْقِعَهُ ، وكان لِلْمُوَكَّلِ اسْتِرْجَاعُهُ ، ولِلْبَائِعِ رُدُّهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ رِضَاهُ بِهِ عَزَلَ الوَكِيلَ عن الرَّدِّ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو عَلِمَهُ لم يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ ، إِلَّا أنْ نَقُولَ : إنَّ الوَكِيلَ لا يَنْعَزِلُ حَتَّى يَعْلَمَ العَزَلَ . وإن رَضِيَ الوَكِيلُ العَيْبَ^(٤٣) ، أو أَمْسَكَه إِمْسَاكًا يَنْقَطِعُ بِهِ الرَّدُّ ، فَحَضَرَ المُوَكَّلُ ، فَأَرَادَ الرَّدَّ ، فَله ذَلِكَ إنْ صَدَّقَهُ البَائِعُ أَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ ، أو قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وإن كَذَبَهُ ولم تَكُنْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ^(٤٤) البَائِعُ أَنَّهُ لا يَعْلَمُ أَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ ، فليس لَهُ رُدُّهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَهُوَ لَهُ ، وَيَلْزَمُ الوَكِيلَ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ . وهذا كَلَهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْوَكِيلِ شِرَاءَ المَعِيبِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ فِي البَيْعِ مُطْلَقًا^(٤٥) يَدْخُلُ المَعِيبُ^(٤٥) فِي إِطْلَاقِهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمِينُهُ فِي الشِّرَاءِ ، فَجَازَ لَهُ شِرَاءُ المَعِيبِ ، كَالْمُضَارِبِ . وَلِنَا ، أَنَّ البَيْعَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الصَّحِيحَ دُونَ المَعِيبِ ، فَكَذَلِكَ الوَكَالَةُ فِيهِ ، وَيُفَارِقُ المُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الرِّبْحُ ، وَالرِّبْحُ يَحْصُلُ مِنَ المَعِيبِ كَحُصُولِهِ مِنَ الصَّحِيحِ ، وَالمَقْصُودُ مِنَ الوَكَالَةِ شِرَاءً مَا يَقْتَنِي أَوْ يَدْفَعُ بِهِ حَاجَتَهُ ، وَقَدْ يَكُونُ العَيْبُ مَانِعًا مِنْ قِضَاءِ الحَاجَةِ بِهِ وَمِنْ قُنَيْتِهِ ، فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ . وَقَدْ نَاقَضَ أَبُو حَنِيفَةَ أَصْلَهُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾^(٤٦) : لا تَجُوزُ العَمِيَاءُ وَلا مَعِيْبَةٌ عَيْنًا يَضُرُّ بِالعَمَلِ . وَقَالَ هُنَا : يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ شِرَاءُ الأَعْمَى وَالمُقْعَدِ وَمَقْطُوعِ اليَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ .

فصل : وإن أمره بشراء سلعة بعينها ، فاشتراها ، فوجدها معيبةً ، احتَمَلَ أَنَّ لَهُ

(٤٢) في ب ، م : « صدقه » .

(٤٣) في م : « الميب » .

(٤٤) في ب ، م : « فحلفه » .

(٤٥-٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) سورة المجادلة ٣ .

الرَّدِّ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ مَوْصُوفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ قَطَعَ نَظْرَهُ بِالتَّعْيِينِ ، فَرَبَّمَا رَضِيَهُ عَلَى جَمِيعِ صِفَاتِهِ . وَإِنْ عَلِمَ عَيْبَهُ قَبْلَ شِرَائِهِ ، فَهَلْ لَهُ شِرَاؤُهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ أَيْضًا ، مَبْنِيَيْنِ عَلَى رَدِّهِ إِذَا عَلِمَ عَيْبَهُ بَعْدَ شِرَائِهِ . إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ رَدَّهُ . فَلَيْسَ لَهُ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ إِذَا جَازَ بِهِ الرَّدُّ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَمْنَعُ مِنَ الشِّرَاءِ أَوْلَى . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ تَمَّ . فَهَلْ الشِّرَاءُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْمُوَكَّلِ قَطَعَ نَظْرَهُ وَاجْتِهَادَهُ فِي جَوَازِ الرَّدِّ ، فَكَذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ لِمُوكِّلِهِ شَيْئًا بِإِذْنِهِ ، انْتَقَلَ الْمِلْكُ مِنَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْوَكِيلِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْوَكِيلِ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ دَخَلَ فِي مَلِكِهِ ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْمُوَكَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَبْلَ عَقْدِ الْغَيْرِ صَحَّ لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يَنْتَقِلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ ، كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ ، / وَكَأَنَّ (٤٧) لَوْ تَزَوَّجَ لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِهِ . غَيْرُ مُسَلِّمٍ . وَيَتَفَرَّغُ عَنْ هَذَا أَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ وَكَّلَ ذِمِّيًّا فِي شِرَاءِ حَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ، فَاشْتَرَاهُ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ ، وَيَقَعُ لِلذَّمِّيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَمْرَ مَالٌ لَهُمْ ، لِأَنَّهُمْ يَتَمَوَّلُونَهَا وَيَتْبَاعُونَهَا ، فَصَحَّ (٤٨) تَوَكِيلُهُمْ فِيهَا كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ مَا لَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ ، كَتَزْوُجِ (٤٩) الْمَجُوسِيَّةِ . وَبِهَذَا خَالَفَ سَائِرُ أَمْوَالِهِمْ . وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ بِثَمَنِ مُعَيَّنٍ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُوكَّلِ فِي الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ فِي الذَّمَّةِ ، فَلِئِذَا وَكَّلَ الْمُوَكَّلَ الْمُطَابِقَةَ بِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لِلْمُوكَّلِ الْمُطَابِقَةُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَهُ ، وَلِهَذَا يَتَعَلَّقُ مَجْلِسُ الصَّرْفِ وَالْخِيَارِ بِهِ دُونَ مُوَكِّلِهِ ، فَكَذَلِكَ الْقَبْضُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا دَيْنٌ لِلْمُوكَّلِ يَصِحُّ قَبْضُهُ لَهُ ، فَامْلِكْ

١٨٠/٤

(٤٧) سقطت الواو من : الأصل .

(٤٨) في ب : « فيصح » .

(٤٩) في ا ، ب ، م : « كتزوج » .

المُطَالَبَةَ به ، كسائرِ ذُيُونِهِ التي وَكَّلَ فيها ، ويُفَارِقُ مَجْلِسَ العَقْدِ ؛ لِأَنَّ ذلكَ من شُرُوطِ العَقْدِ ، فَتَتَعَلَّقُ بالعاقِدِ ، كَالِإِجَابِ وَالقَبُولِ . وَأما التَّمَنُّ فهو حَقٌّ لِلْمُوَكَّلِ وَمالٌ من أَمْوَالِهِ^(٥٠) ، فَكانتَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ ، وَهِيَ تُسَلِّمُ التَّمَنُّ ، وَقَبْضُ المَبِيعِ ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ ، وَضَمَانُ الدَّرَكِ . فَأَمَّا ثَمَنُ ما اشْتَرَاهُ إِذا كانَ في الذَّمَّةِ فَإِنَّه يَثْبُتُ في ذِمَّةِ الْمُوكَّلِ أَصْلاً ، وَفي ذِمَّةِ الوَكِيلِ تَبَعاً ، كَالضَّامِنِ ، وَلِلْبائِعِ مُطَالَبَةٌ مَن شاءَ مِنْهُما ، فَإِن أْبْرَأَ الوَكِيلُ لَمْ يَبْرَأَ الْمُوكَّلُ ، وَإِن أْبْرَأَ الْمُوكَّلُ بَرِئَ الوَكِيلُ أَيضاً ، كَالضَّامِنِ وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ سِوَاءِ . وَإِن دَفَعَ الثَّمَنَ إلى البائِعِ ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْباً ، فَرَدَّهُ على الوَكِيلِ ، كانَ أَمَانَةٌ في يَدِهِ . إِن تَلَفَ^(٥١) فهو من ضَمَانِ الْمُوكَّلِ . وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا يَتَسَلَّفُ لَهُ الألفا في كُرِّ حِنْطَةٍ ، ففَعَلَ ، مَلَكَ الْمُوكَّلُ ثَمَنَها ، وَالوَكِيلُ ضامِنٌ عَنِ مُوكَّلِهِ ، كما تَقَدَّمَ .

فصل : قال أحمدُ ، في رِوَايَةٍ مُهَنَّا : إِذا دَفَعَ إلى رَجُلٍ ثوبًا لِيَبِيعَهُ ، ففَعَلَ ، فَوَهَبَ لَهُ المُشْتَرِي مَنديلاً ، فالْمِنْدِيلُ لِصاحبِ الثَّوبِ . إِنَّمَا قالَ ذلكَ لِأَنَّ هِبَةَ المِنْدِيلِ سَبَبُها البَيْعُ ، فَكانَ المِنْدِيلُ زِيادةً في الثَّمَنِ ، وَالزِّيادةُ في مَجْلِسِ العَقْدِ تَلْحَقُ بِهِ .

فصل : في الشَّهادَةِ على الوَكالَةِ ، إِذا ادَّعى الوَكالَةَ ، وَأقامَ شَهِدًا وَأَمْرأَتَيْنِ ، أو حَلَفَ مع شَهِدِهِ ، فقالَ أَصْحابُنا فيها^(٥٢) رِوَايَتانِ ؛ إِحداهما ، تُثْبِتُ^(٥٣) بِذلكَ إِذا كانتِ الوَكالَةُ بِمالٍ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ قالَ في الرَّجُلِ يُوكَّلُ ، وَيُشْهَدُ على نَفْسِهِ رَجُلًا وَأَمْرأَتَيْنِ ، إِذا كانتِ المُطالَبَةُ بِدَيْنٍ ، فَأَمَّا غيرُ ذلكَ فلا . والثَّانيةُ ، لا تُثْبِتُ إِلاَّ بِشَهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . نَقَلْها الحِرَقِيُّ بِقولِهِ : وَلَا تُقْبَلُ فيما سِوَى / الأَمْوالِ مِمَّا^(٥٤) يَطَّلَعُ

١٨٠/٤ ظ

(٥٠) في الأصل : « ماله » .

(٥١) في الأصل : « تلفت » .

(٥٢) في ب : « فيه » .

(٥٣) في ب زيادة : « الوكالة » .

(٥٤) في ب : « وما » .

عليه الرِّجَالُ لَأَقْلَ^(٥٥) من رَجُلَيْنِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَكَالََةَ إِثْبَاتٌ لِلتَّصَرُّفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ الخِرْقِيِّ كَالرُّوَايَةِ الْأُولَى ؛ لأنَّ الوَكَالََةَ فِي المَالِ يُقْصَدُ بِهَا المَالُ ، فَتُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرَّجُلِ^(٥٦) ، كَالْبَيْعِ وَالقَّرْضِ . فَإِنْ شَهِدَا بِوَكَالَتِهِ ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا : قَدْ عَزَلَهُ . لَمْ تُثْبِتْ وَكَأَلَّتْهُ بِذَلِكَ^(٥٧) ؛ لأنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ تُثْبِتْ وَكَأَلَّتْهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الشَّاهِدُ بِالْعَزْلِ رَجُلًا غَيْرَهُمَا ، لَمْ يُثْبِتِ الْعَزْلُ بِشَهَادَتِهِ وَحْدَهُ ؛ لأنَّ الْعَزْلَ لَا يُثْبِتُ إِلَّا بِمَا يُثْبِتُ بِهِ التَّوَكُّيلُ . وَمَتَى عَادَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِالتَّوَكُّيلِ ، فَقَالَ : قَدْ عَزَلَهُ . لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا . فَلَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الحُكْمَ بِمَارَجَعٍ عَنْهُ الشَّاهِدُ . وَإِنْ حَكَّمَ الحَاكِمُ بِشَهَادَتَيْهِمَا ، ثُمَّ عَادَ أَحَدُهُمَا ، فَقَالَ : قَدْ عَزَلَهُ بَعْدَ مَا وَكَّلَهُ . لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ قَدْ نَفَذَ بِالشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يُثْبِتِ الْعَزْلُ . فَإِنْ قَالَا جَمِيعًا : قَدْ كَانَ عَزَلَهُ . ثَبَّتَ الْعَزْلُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَمَّتْ فِي الْعَزْلِ ، كَمَا مِهَا فِي التَّوَكُّيلِ .

فصل : فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ الجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ السَّبْتِ ، لَمْ تَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَوْمَ الجُمُعَةِ غَيْرُ التَّوَكُّيلِ يَوْمَ السَّبْتِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبَتْوَ كَيْلَهُ يَوْمَ الجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبَ بِهِ يَوْمَ السَّبْتِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَيْنِ إِخْبَارٌ عَنْ عَقْدٍ وَاحِدٍ ، وَيَشْتَقُّ جَمْعُ الشُّهُودِ لِيقْرَّ عِنْدَهُمْ حَالَةً وَاحِدَةً ، فَيَجُوزُ^(٥٨) لَهُ^(٥٩) الإِقْرَارُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ وَحْدَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبَتْوَ عِنْدَهُ بِالوَكَالََةِ بِالعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبَتْوَ بِالعَجَمِيَّةِ ، ثَبَّتَتْ . وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ

(٥٥) في ا ، ب : « أقل » .

(٥٦) في ا ، ب ، م : « الرجال » .

(٥٧) سقط من : ب .

(٥٨) في ا ، م : « فجوز » .

(٥٩) سقط من : الأصل .

بالعَجْمِيَّة ، لم تُكْمَلِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْعَرَبِيَّةِ غَيْرُ التَّوَكِيلِ بِالْعَجْمِيَّةِ ، فلم تُكْمَلِ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وكذلك لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ : وَكَلْتُكَ . وشَهِدَ الْآخَرُ ، أَنَّهُ قَالَ : أَذِنْتُ لَكَ فِي التَّصَرُّفِ . أو أَنَّهُ قَالَ : جَعَلْتُكَ وَكِيلًا . أو شَهِدَ^(٦٠) أَنَّهُ قَالَ : جَعَلْتُكَ جَرِيًّا . لم تَبَيَّنِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . وَالْجَرِيُّ : الْوَكِيلُ . ولو قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ وَكَلَهُ . وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ . نَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَحْكِيَا لَفْظَ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنَّمَا عَبَّرَا عَنْهُ بِلَفْظِهِمَا ، وَاجْتِلَافٌ لَفْظِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ إِذَا اتَّفَقَ مَعْنَاهُ . ولو قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَ عِنْدِي أَنَّهُ وَكَيْلُهُ^(٦١) . وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَ أَنَّهُ جَرِيُّهُ . أو أَنَّهُ أَوْصَى إِلَيْهِ بِالتَّصَرُّفِ فِي حَيَاتِهِ . ثَبَّتِ الْوَكَالَهَ بِذَلِكَ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ وَزَيْدًا ، أو شَهِدَ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ ، وَقَالَ : لَا تَبِعْهُ حَتَّى تَسْتَأْمِرَ نِي ، أو تَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . لم تَبَيَّنِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اثْبَتَ اسْتِقْلَالَهُ بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَالثَّانِي يَنْفِي ذَلِكَ ، فَكَانَا مُخْتَلِفَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ وَجَارِيَّتِهِ ، حَكَمَ بِالْوَكَالَهَ فِي الْعَبْدِ ؛ لِإِتْفَاقِهِمَا عَلَيْهِ ، وَزِيَادَةُ الثَّانِي لَا تَقْدَحُ فِي تَصَرُّفِهِ فِي الْأَوَّلِ ، فَلَا تَضُرُّهُ . وَهَكَذَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ لَزَيْدٍ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ لَزَيْدٍ وَإِنْ شَاءَ لِعَمْرٍو .

فصل : / ولا تُثَبِّتُ الْوَكَالَهَ وَالْعَزْلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُثَبِّتُ الْوَكَالَهَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً . وَيجوزُ التَّصَرُّفُ لِلْمُخْبِرِ بِذَلِكَ ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُ الْمُخْبِرِ ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ إِنْ أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . وَيُثَبِّتُ الْعَزْلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ رَسُولًا ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ فِي هَذَا يَشْتَقُّ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَلِأَنَّهُ أَذِنَ فِي التَّصَرُّفِ وَمَنَعَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِي هَذَا شَرْطُ الشَّهَادَةِ ، كَاسْتِحْدَامِ غُلَامِهِ . وَلِنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مَالِيٌّ ، فَلَا يُثَبِّتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ ، كَالْبَيْعِ ، وَفَارَقَ الِاسْتِحْدَامَ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ . وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّ فُلَانًا الْحَاضِرَ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : مَا

(٦٠) سقط من : م .

(٦١) في ا ، ب ، م : هـ وكله .

عَلِمْتُ هذا ، وأنا أَتَصَرَّفُ عنه . ثَبَّتِ الْوَكَّالَةَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ ^(٦٢) أَنِّي لَمْ أَعْلَمْ إِلَى الْآنَ ، وَقَبُولُ الْوَكَّالَةِ بِجَوْزٍ مُتَرَاخِيًا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ التَّوَكُّيلِ حُضُورُ الْوَكِيلِ وَلَا عِلْمُهُ ، فَلَا يَضُرُّ جَهْلُهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا أَعْلَمُ صِدْقَ الشَّاهِدَيْنِ . لَمْ تَثْبُتْ وَكَّالَتُهُ ؛ لِقَدْحِهِ فِي شَهَادَتِهِمَا . وَإِنْ قَالَ : مَا عَلِمْتُ . وَسَكَتَ ، قِيلَ لَهُ : فَسَّرَ . فَإِنْ فَسَّرَ بِالْأَوَّلِ ثَبَّتَتْ وَكَّالَتُهُ ، وَإِنْ فَسَّرَهُ بِالثَّانِي لَمْ تَثْبُتْ .

فصل : وَيَصِحُّ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ بِالْوَكَّالَةِ عَلَى الْغَائِبِ ، وَهُوَ أَنْ يَدَّعَى أَنْ فَلَانَا الْغَائِبَ وَكَلَّنِي فِي كَذَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ . بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ حُضُورُهُ كغَيْرِهِ . وَإِذَا قَالَ لَهُ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ : اٰحْلِفْ أَنَّكَ تَسْتَحِقُّ مُطَابَّتِي . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ طَعْنٌ فِي الشَّهَادَةِ . وَإِنْ قَالَ : قَدْ عَزَلْتُكَ الْمُوَكَّلُ ، فَاحْلِفْ أَنَّهُ مَا عَزَلَكَ . لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَالْيَمِينُ لَا تَدْخُلُهَا النِّيَابَةُ . وَإِنْ قَالَ : أَتَيْتَ تَعْلَمُ أَنَّ مُوَكَّلَكَ قَدْ عَزَلَكَ . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ طَلَبَ الْيَمِينَ مِنَ الْوَكِيلِ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ مُوَكَّلَهُ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَامَ الْخَصْمُ بَيِّنَةً بِالْعَزْلِ ، سُمِعَتْ ، وَانْعَزَلَ الْوَكِيلُ .

فصل : وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ ؛ لِإِعْدَمِ التُّهْمَةِ ، فَإِنَّهُ ^(٦٣) لَا يُجْرُ بِهَا نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرًّا . وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا لَمْ يُوَكَّلْهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْرُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ حَقٍّ ، فَشَهِدَ بِهِ لَهُ ، ثَبَّتَ اسْتِحْقَاقَ قَبْضِهِ ، وَلِأَنَّهُ خَصَّمَهُ فِيهِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُخَاصَمَةَ فِيهِ . فَإِنْ شَهِدَ بِمَا كَانَ وَكِيلًا فِيهِ بَعْدَ عَزْلِهِ ، لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا ، سِوَاءَ كَانَ خَاصِمًا فِيهِ بِالْوَكَّالَةِ أَوْ لَمْ يُخَاصِمِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَمْ يُخَاصِمِ فِيهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، وَلَمْ يُخَاصِمِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ^(٦٤) لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِيهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَعْقِدِ الْوَكَّالَةِ صَارَ

(٦٢) فِي ب : « الْكَلَامِ » .

(٦٣) فِي ب : « فَيُنْفَعُ » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

حَصْمًا فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالوَخَاصِمِ فِيهِ ، وَفَارَقَ مَا لَمْ يَكُنْ وَكَيْلًا فِيهِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ حَصْمًا فِيهِ .

فصل : إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها ، لم تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا ، وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما . وإن / شهدا بعزل الوكيل في الطلاق ، لم تقبل ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا ، وهو إبقاء النفقة على الزوج . ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ، ولا أبويه ؛ لأنهما يثبتان له حق التصرف ، ولا يثبت للإنسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه . ولا تقبل شهادة ابني الموكل ، ولا أبويه بالوكالة . وقال بعض الشافعية : تقبل ؛ لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة ، فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل ، كالأقرار . ولنا ، أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه ، فلم تقبل ، كشهادة ابني الوكيل وأبويه ، وذلك لأنهما يثبتان لأبيهما نائبا متصرفا له ، وفارق الشهادة عليه بالإقرار ، فإنها شهادة عليه متمحضة^(٦٥) . ولو ادعى الوكيل الوكالة ، فأنكرها الموكل ، فشهد عليه ابنه أو أبوه ، ثبتت الوكالة وأمضى^(٦٦) تصرفه ؛ لأن ذلك شهادة عليه . وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته ، وأنكر الوكيل ، فشهد عليه أبوه أو ابنه ، قبل أيضا ؛ لذلك . وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقا ، وطالب به ، فادعى الحصم^(٦٧) أن الموكل عزله ، وشهد له بذلك ابنا الموكل ، قبلت شهادتهما ، وثبت العزل بها ؛ لأنهما يشهدان على أبيهما . وإن لم يدع الحصم عزله ، لم تسمع شهادتهما ؛ لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها . فإن قبض الوكيل ، فحضر الموكل ، وادعى أنه كان قد عزل الوكيل ، وأن حقه باق في ذمة الغريم ، وشهد له ابنه ، لم تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يثبتان حقا لأبيهما . ولو ادعى مكاتب الوكالة ،

(٦٥) في م : « متمحضة » خطأ .

(٦٦) في الأصل : « أو أمضى » .

(٦٧-٦٧) في الأصل : « أنه » .

فَشَهِدَ لَهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ ابْنَا سَيِّدِهِ ، أَوْ أَبَوَاهُ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُ^(٦٨) لِعَبِيدِهِ ، وَابْنَاهُ يَشْهَدَانِ لِعَبِيدِ أَبِيهِمَا ، وَالْأَبَوَانِ يَشْهَدَانِ لِعَبِيدِ ابْنَيْهِمَا . فَإِنْ عُنِقَتْ ، فَأَعَادَ الشَّهَادَةَ ، فَهَلْ تُقْبَلُ ؟ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

فصل : إِذَا حَضَرَ رَجُلَانِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَأَقْرَأَ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْآخَرَ وَكَلَّهُ ، ثُمَّ غَابَ الْمُوَكَّلُ ، وَحَضَرَ الْوَكِيلُ ، فَقَدَّمَ حُصْمًا لِمُوَكَّلِهِ ، وَقَالَ : أَنَا وَكِيلُ فَلَانٍ . فَأَنْكَرَ الْحُصْمُ كَوْنَهُ وَكَيْلَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِوَكَايَتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ . وَكَانَ الْحَاكِمُ يَعْرِفُ الْمُوَكَّلَ بِعَيْنِهِ وَاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، صَدَقَهُ ، وَمَكَّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهُ كَالْبَيِّنَةِ . وَإِنْ عَرَفَهُ بِعَيْنِهِ دُونَ اسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَهُ ، حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عِنْدَهُ بِالْوَكَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ تَثْبِيتَ نَسَبِهِ عِنْدَهُ بِقَوْلِهِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ .

فصل : وَلَوْ حَضَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ رَجُلٌ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ فَلَانٍ الْغَائِبِ ، فِي شَيْءٍ عَيْنُهُ ، وَأَخْضَرَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْوَكَايَةِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ . وَلَوْ ادَّعَى حَقًّا لِمُوَكَّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَايَتِهِ ، لَمْ يُسْمَعْ الْحَاكِمُ دَعْوَاهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْمَعُهَا إِلَّا أَنْ يُقَدَّمَ حُصْمًا مِنْ حُصَمَاءِ الْمُوَكَّلِ ، فَيَدَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا ، فَإِذَا أَجَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَئِذٍ يُسْمَعُ الْحَاكِمُ / الْبَيِّنَةَ ، فَحَصَلَ الْخِلَافُ بَيْنَنَا فِي حُكْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاكِمَ عِنْدَنَا يُسْمَعُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكَايَةِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ حُصْمٍ^(٦٩) ، وَعِنْدَهُ لَا يُسْمَعُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِمُوَكَّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَايَتِهِ ، وَعِنْدَهُ تُسْمَعُ . وَبَنَى أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ ، وَسَمَّاعُ الْبَيِّنَةَ بِالْوَكَايَةِ^(٧٠) مِنْ غَيْرِ حُصْمٍ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ ، وَأَنَّ الْوَكَايَةَ لَا تُلْزِمُ الْحُصْمَ ، مَا لَمْ يُجِبِ الْوَكِيلُ عَنْ

(٦٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « شَهِدَ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « حُصْمَيْنِ » .

(٧٠) فِي ١ : « بِالْوَكِيلِ » .

دَعَوَى الْحَصْمِ أَنْكَ لَسْتِ بَوَكِيلٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنْبَاتٌ لِلْوَكَالَةِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُضُورِ الْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ عَلَيْهِ جَمَاعَةً فَأَحْضِرَ وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الْبَاقِينَ لَا يَفْتَقِرُونَ إِلَى حُضُورِهِمْ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْوَكَالَةِ ، أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ إِلَّا مِنْ حَصْمٍ يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ عَنْ مُوَكَّلِهِ ، وَهَذَا لَا يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ وَكِيلٌ لِمَنْ يَدْعَى لَهُ ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى لِمَنْ لَمْ يَدْعُ وَكَالَتْهُ ، وَفِي هَذَا الْأَصْلِ جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرَهُ .

فصل : ولو حضر رجل ، وادَّعى على غائب مالا في وجهه وكييله ، فأنكره ، فأقام بينة بما ادَّعاه ، حلفه الحاكم ، وحكم له بالمال . فإذا حضر الموكل ، وجحد الوكالة ، أو ادَّعى أنه كان قد عزله ، لم يؤثر ذلك في الحكم ؛ لأنَّ القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكييله .

فصل : إذا قال : بئع هذا الثوب بعشرة ، فما زاد عليها فهو لك . صح ، واستحق^(٧١) الزيادة . وقال الشافعي : لا يصح . ولنا ، أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسا ، ولأنه يتصرف في ماله بإذنه ، فصح شرط الربح له في الثاني ، كالمضارب والعامل في المساقاة .

(٧١) في ١ : ويستحق .

كِتَابُ الْإِقْرَارِ بِالْحُقُوقِ

الإقرار : هو الاعتراف . والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ ﴾^(٢) . وقال تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ ﴾^(٣) . في آي كثيرة مثل هذا . وأما السنة فما روى أن ماعزاً أقر بالزنى ، فرجمه رسول الله ﷺ ، وكذلك الغامدية ، وقال : « وَأَعْدِيَا أُنَيْسُ عَلَىٰ أَمْرٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَاهَا »^(٤) . وأما الإجماع ، فإن الأمة^(٥) أجمعت على صحة الإقرار . ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة ، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضرب بها ، ولهذا كان أكد من الشهادة ، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة ، وإنما تسمع إذا أنكرك ، ولو كذب المدعى بيينة لم تسمع ، وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

فصل : ولا يصح الإقرار إلا لمن عاقل مختار . فأما الطفل ، والمجنون ، والمبرس^(٦) ، والنائم ، والمعمى عليه ، فلا يصح إقرارهم . لا تعلم في هذا خلافاً .

(١) سورة آل عمران ٨١ .

(٢) سورة التوبة ١٠٢ .

(٣) سورة الأعراف ١٧٢ .

(٤) تقدم حديث ماعز ، والحديث الذي يذكر فيه أنيس ، في صفحة ٢٠١ .

وحديث الغامدية أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنا ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم

٣ / ١٣٢٢ ، ١٣٢٣ .

(٥) في ١ : « الأمة » .

(٦) المبرس : من به علة يهدى .

وقد قال عليه (٧) الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ » (٨) . فنصَّ على / الثلاثة ، والمُبْرَسَمُ والمُعْمَى عليه في معنَى المَجْنُونِ والنَّائِمِ . ولأنَّه قَوْلٌ من غَائِبِ الْعَقْلِ ، فلم يَثْبُتْ له حُكْمٌ ، كَالْبَيْعِ وَالطَّلَاقِ . وأما الصَّبِيُّ الْمُمَيِّزُ ، فإنَّ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، لم يَصِحَّ إِقْرَاؤُهُ ، وإنَّ كَانَ مَادُونًا لَهُ ، صَحَّ إِقْرَاؤُهُ فِي قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . قال أحمدُ ، في روايةٍ مُهَنَّأً ، في الْيَتِيمِ : إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَهُوَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ، فَبَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ . وإنَّ أَقْرَأَهُ أَنَّهُ اقْتَضَى شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، جَازَ بِقَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ وَرِثِيهِ فِيهِ . وهذا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أَبِي مُوسَى : إِنَّمَا يَصِحُّ إِقْرَاؤُهُ فِيمَا أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِيهِ ، فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ إِقْرَاؤُهُ بِحَالٍ ؛ لِغُومِ الْخَبْرِ ، ولأنَّه غَيْرُ بِالْبَيْعِ ، فَاشْتَبَهَ الطِّفْلَ ، ولأنَّه لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا رِوَايَتُهُ ، فَاشْتَبَهَ الطِّفْلَ . ولنا ، أَنَّهُ عَاقِلٌ مُخْتَارٌ ، يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ، فَصَحَّ إِقْرَاؤُهُ ، كَالْبَالِغِ ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ فِيمَا مَضَى ، وَالْخَبْرُ مَحْمُولٌ عَلَى رَفْعِ التَّكْلِيفِ وَالْإِثْمِ . فإنَّ أَقْرَأَهُ (٩) مُرَاهِقٌ غَيْرُ مَادُونٍ لَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُقْرَأُ لَهُ فِي بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ بَيْنَهُ بُلُوغُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الصَّغَرُ . وَلَا يَحِلُّفُ الْمُقْرَأُ ؛ لِأَنَّنا حَكَمْنَا بَعْدَ بُلُوغِهِ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَلِفَا بَعْدَ ثُبُوتِ بُلُوغِهِ ، فَعَلِيهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ جِئِنَّ أَقْرَأَ لَمْ يَكُنْ بِالْعَا . وَمَنْ زَالَ عَقْلُهُ بِسَبَبِ (١٠) مُبَاحٍ ، أَوْ مَعْذُورٍ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْمَجْنُونِ ، لَا يُسْمَعُ إِقْرَاؤُهُ . بِلَا خِلَافٍ . وَإِنْ كَانَ بِمَعْصِيَةٍ ، كَالسَّكَرَانِ ، وَمَنْ شَرِبَ مَا يُزِيلُ عَقْلَهُ عَامِدًا الْغَيْرِ حَاجَةً ، لَمْ يَصِحَّ إِقْرَاؤُهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ بِنَاءً عَلَى وَقُوعِ طَلَاقِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ أفعالَهُ تَجْرِي مَجْرَى الصَّاحِي . وَلنا ، أَنَّهُ غَيْرُ

(٧-٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) تقدم تحريجه في : ٢ / ٥٠ .

(٩) في م زيادة : « من هو » .

(١٠) في ا : « لسبب » .

عاقِل ، فلم يَصِحَّ إقراره ، كالمجنون الذي سبب جنونه فعلٌ مُحَرَّم ، ولأنَّ السَّكران لا يُوثقُ بِصِحَّةِ ما يقول ، ولا تنتفي عنه التُّهْمَةُ فيما يُخبرُ به ، فلم يُوجدَ معنى الإقرارِ المُوجبِ لِقَبولِ قَوْلِهِ . وأمَّا المُكْرَهُ فلا يَصِحُّ إقراره بما أُكْرِهَ على الإقرارِ به . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « رُفِعَ عَن أُمَّتِي الخَطَأُ والنَّسيانُ وَمَا اسْتُكْرَهُوا عَلَيْهِ » (١١) . ولأنَّه قَوْلٌ أُكْرِهَ عليه بِغَيْرِ حَقِّ ، فلم يَصِحَّ ، كالبيع . وإن أقرَّ بِغَيْرِ ما أُكْرِهَ عليه ، مثل أن يُكْرَهَ على الإقرارِ لِرَجُلٍ ، فأقرَّ لِغَيْرِهِ ، أو بِتَوْجَعٍ مِنَ المَالِ ، فَيُفَرِّغُ بِغَيْرِهِ ، أو على الإقرارِ بِطَلاقِ امْرَأَةٍ ، فأقرَّ بِطَلاقِ أُخْرَى ، أو أقرَّ بِعِتْقِ عَبْدٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه أقرَّ بما لم يُكْرَهَ عليه ، فصَحَّ ، كما لو أقرَّ به ابتداءً . ولو أُكْرِهَ على أداءِ مالٍ ، فباعَ شيئاً من ماله لِيُودِيَ ذلك ، صَحَّ بَيْعُهُ . نصَّ عليه ؛ لأنَّه لم يُكْرَهَ على البَيْعِ . ومن أقرَّ بِحَقِّ ، ثم ادَّعى أَنَّهُ كان مُكْرَهُاً ، لم يُقبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، سواء أقرَّ عند السُّلْطَانِ أو عند غيره ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإكْرَاهِ ، إِلَّا أن يكونَ هناك دَلالةٌ على الإكْرَاهِ ، كالقَيْدِ والحَبْسِ والتَّوَكِيلِ (١٢) به ، فيكونُ القَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ ؛ لأنَّ هذه الحَالُ تُدَلُّ على الإكْرَاهِ . ولو ادَّعى أَنَّهُ كان زائِلَ العَقْلِ حالَ إقراره ، لم يُقبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الأَصْلَ السَّلَامَةُ حَتَّى يُعْلَمَ غَيْرُهَا . ولو شَهِدَ الشُّهُودُ بِإقراره ، لم تفتقرَ صِحَّةُ الشَّهادَةِ إلى أن يَقُولُوا طَوْعاً في صِحَّةِ عَقْلِهِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ سَلَامَةُ الحَالِ وصِحَّةُ الشَّهادَةِ . وقد ذَكَرنا حُكْمَ / إقرارِ

١٨٣/٤

السَّقِيهِ والمُفْلِسِ والمَرِيضِ في أبوابِهِ . وأمَّا العَبْدُ فَيَصِحُّ إقراره بِالْحَدِّ والقِصاصِ فيما دونِ النَّفْسِ ؛ لأنَّ الحَقَّ لَهُ دُونَ مَوْلَاهُ . ولا يَصِحُّ إقرارُ المَوْلَى عليه ؛ لأنَّ المَوْلَى لا يَمْلِكُ مِنَ العَبْدِ إِلَّا المَالُ . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إقرارُ المَوْلَى عليه بما يُوجِبُ القِصاصَ ، وَيَجِبُ المَالُ دُونَ القِصاصِ ؛ لأنَّ المَالُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، وهى مالُ السَّيِّدِ ، فصَحَّ إقراره به ، كجِنَايَةِ الخَطَا . وأمَّا إقراره بما يُوجِبُ القِصاصَ في النَّفْسِ ، فالْمَنْصُوصُ عَن أَحْمَدَ أَنَّهُ لا يُقبَلُ ، وَيَتَّبَعُ به بَعْدَ العِتْقِ . وبه قال زُفَرٌ ، والمَرْزُبِيُّ ، ودَاوُدُ ، وابنُ جَرِيرٍ الطَّبْرِيُّ ؛ لأنَّه يُسْفِطُ حَقَّ سَيِّدِهِ بِإقراره ، فَأُشْبِهَ الإقرارُ بِقَتْلِ الخَطَا ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ في أَنَّهُ

(١١) تقدم تخريجه في : ١ / ١٤٦ .

(١٢) في م : « والتوكيل » . ووكل به ، أى ألزمه من يؤذيه .

يُقَرُّ لِرَجُلٍ لِيَعْفُوَ عَنْهُ ، وَيَسْتَحِقَّ أَخْذَهُ ، فَيَتَخَلَّصُ بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو
الْحَطَّابِ أَنَّهُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي
الْقِصَاصِ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، كَمَا دُونَ النَّفْسِ . وَهَذَا الْأَصْلُ يَنْتَقِضُ دَلِيلُ الْأَوَّلِ . وَيَنْبَغِي
عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَنْ لَا يَصِحُّ عَفْوُ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ عَلَى مَا إِلَّا بِاخْتِيَارِ سَيِّدِهِ ، لِغَلَا يُفَضِّلُ إِلَى
إِجَابِ الْمَالِ عَلَى سَيِّدِهِ بِإِقْرَارِ غَيْرِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ بِجِنَايَةِ الْخَطَا ، وَلَا شِبْهِهِ
الْعَمْدِ ، وَلَا بِجِنَايَةِ عَمْدٍ مُوجِبِهَا الْمَالُ ، كَالْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ ^(١٣) ، لِأَنَّهُ إِجَابٌ حَقٌّ فِي
رَقَبَتِهِ ، وَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِحَقِّ الْمَوْلَى . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ؛ ^(١٤) لِأَنَّهُ إِجَابٌ حَقٌّ فِي
مَالِهِ . وَإِنْ أَقْرَبَ بِسَرِقَةٍ مُوجِبِهَا الْمَالُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ^(١٥) ؛ لَمَّا
ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مُوجِبِهَا الْقَطْعَ وَالْمَالُ ، فَأَقْرَبَ بِهَا الْعَبْدُ ، وَجَبَ قَطْعُهُ ، وَلَمْ يَجِبْ
الْمَالُ ، سِوَاءَ كَانَ مَا أَقْرَبَ بِسَرِقَتِهِ بَاقِيًا ، أَوْ تَالِفًا فِي يَدِ السَّيِّدِ أَوْ يَدِ الْعَبْدِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي عَبْدٍ
أَقْرَبَ بِسَرِقَةٍ دَرَاهِمَ فِي يَدِهِ أَنَّهُ سَرَقَهَا مِنْ رَجُلٍ ، وَالرَّجُلُ يَدْعِي ذَلِكَ ، وَسَيِّدُهُ يُكَذِّبُهُ :
فَالدَّرَاهِمُ لِسَيِّدِهِ ، وَيُقَطَّعُ الْعَبْدُ ، وَيَتَّبَعُ بِذَلِكَ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي وُجُوبِ الْمَالِ فِي
هَذِهِ الصُّورَةِ وَجْهَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ الْقَطْعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شُبْهَةٌ ، فَيُذَرُّ بِهَا
الْقَطْعُ ، لِكَوْنِهِ حَدًّا يُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي يُقَرُّ
بِسَرِقَتِهَا لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ السَّرِقَةِ فِيهَا ، فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْقَطْعِ بِهَا . وَإِنْ أَقْرَبَ الْعَبْدُ بِرِقَبِهِ لغير
مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ ^(١٥) ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ ^(١٦) بِالرِّقِّ إِقْرَارٌ بِالْمَلِكِ ، وَالْعَبْدُ لَا
يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِحَالٍ ، وَلَئِنَّا لَوْ قَبَلْنَا إِقْرَارَهُ ، أَضَرَرْنَا بِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ إِذَا شَاءَ أَقْرَبَ لغير سَيِّدِهِ ،
فَأَبْطَلَ مَلَكَهُ . وَإِنْ أَقْرَبَ بِهِ السَّيِّدُ لِرَجُلٍ ، وَأَقْرَبَ هُوَ لآخرَ ، فَهُوَ لِذَلِكَ أَقْرَبَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ
فِي يَدِ السَّيِّدِ ، لَا فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَقْرَبَ بِهِ مُنْفَرِدًا قَبِلَ . وَلَوْ أَقْرَبَ الْعَبْدُ مُنْفَرِدًا لَمْ

(١٣) الجائفة : طعنة تبلغ الجوف . والمأمومة : الشجة بلغت أم الرأس .

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) سقط من : ١ ، ب .

(١٦) في ١ ، ب : « إقراره » .

يُقْبَلُ ، فإذا لم يُقْبَلْ إقرارُ العَبْدِ مُنْفَرِدًا فكيف يُقْبَلُ مع^(١٧) ^(١٨) مُعَارَضَتِهِ لإقرارِ^(١٨) السَّيِّدِ .
ولو قُبِلَ إقرارُ العَبْدِ ، لَمَا قُبِلَ إقرارُ السَّيِّدِ ، كَالْحَدِّ وَجِنَايَةِ الْعَمِدِ . وَأَمَّا الْمُكَاتَّبُ فَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْحُرِّ فِي صِحَّةِ إِقْرَارِهِ . ولو أَقْرَبَ بِجِنَايَةِ خَطَأً صَحَّ إِقْرَارُهُ ، فَإِنْ عَجَزَ بَيْعَ فِيهَا إِنْ لَمْ
يَقْدِرْ سَيِّدُهُ . وقال أبو حنيفة : يُسْتَسْعَى فِي الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ عَجَزَ بَطَلَ إِقْرَارُهَا ، سَوَاءً
قُضِيَ بِهَا أَوْ لَمْ يُقْضَ . وعن الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِنَا . وعنه أَنَّهُ مُرَاعَى إِنْ أَدَّى لِرَمَاهُ ، وَإِنْ عَجَزَ
بَطَلَ . ولَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارُ لِرَمَاهُ^(١٩) فِي كِتَابَتِهِ ، فَلَا يَبْطُلُ بِعَجْزِهِ ، كَالِإِقْرَارِ بِاللَّذِينَ . وعلى
الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ الْمُكَاتَّبُ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْجِنَايَةِ ، كَالْحُرِّ .

١٨٣ ظ **فصل : وَيَصِحُّ الإِقْرَارُ لِكُلِّ مَنْ / يَثْبُتُ لَهُ الْحَقُّ .** فإذا أَقْرَبَ لِعَبْدٍ^(٢٠) يَبْكَاحُ أَوْ قِصَاصِ
أَوْ تَغْزِيرِ الْقَذْفِ ، صَحَّ الإِقْرَارُ لَهُ ، صَدَقَهُ الْمَوْلَى أَوْ كَذَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ .
وله الْمُطَابَلَةُ بِذَلِكَ ، وَالْعَفْوُ عَنْهُ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ مُطَابَلَةٌ^(٢١) بِهِ وَلَا عَفْوٌ . وَإِنْ كَذَبَهُ
العَبْدُ ، لَمْ يَقْبَلْ . وَإِنْ أَقْرَبَهُ بِمَالٍ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كِيَدِ سَيِّدِهِ . وقال
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الْمَالُ . صَحَّ الإِقْرَارُ لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ .
كَانَ الإِقْرَارُ لِمَوْلَاهُ ، يَلْزَمُ بِتَصَدِيقِهِ وَيَبْطُلُ بِرَدِّهِ . وَإِنْ أَقْرَبَ لِبَهِيمَةٍ أَوْ دَارٍ ، لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ
لَهَا ، وَكَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْمَالُ مُطْلَقًا ، وَلَا يَدَهَا . وَإِنْ قَالَ : عَلَيَّ بِسَبَبِ هَذِهِ
الْبَهِيمَةِ . لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا لِأَحَدٍ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَذْكَرْ لِمَنْ هِيَ ، وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الإِقْرَارِ ذِكْرُ
المَقْرَّرِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : لِمَالِكِهَا أَوْ لِزَيْدٍ عَلَيَّ بِسَبَبِهَا أَلْفٌ . صَحَّ الإِقْرَارُ . وَإِنْ قَالَ :
بِسَبَبِ حَمَلٍ هَذِهِ الْبَهِيمَةِ . لَمْ يَصِحَّ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِجَابُ شَيْءٍ بِسَبَبِ الْحَمَلِ .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ لِحَمَلِ امْرَأَةٍ بِمَالٍ ، وَعَزَاهُ إِلَى إِزْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، صَحَّ ، وَكَانَ

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(١٨-١٨) فِي ١ ، ب : « مُعَارَضَةُ إِقْرَارٍ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٠) فِي ١ : « لِلْعَبْدِ » .

(٢١) فِي ١ ، ب ، م : « مُطَابَلَتُهُ » .

لِلْحَمْلِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ . وَهُوَ أَصَحُّ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ بَوَاجِهٍ صَحِيحٍ ، فَصَحَّ لَهُ الْإِقْرَارُ الْمُطْلَقُ ، كَالطِّفْلِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ وُلِدَتْ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ عَزَاهُ إِلَى إِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمَا لِذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ : لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ إِلَّا أَنْ يَعْزِيَهُ^(٢٢) إِلَى إِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بغيرِهِمَا . فَإِنْ وَضَعْتَ^(٢٣) الْوَلَدَ مَيِّتًا ، وَكَانَ قَدْ عَزَا الْإِقْرَارَ إِلَى إِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، عَادَتْ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي وَمُورُوثِ الطِّفْلِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِقْرَارَ ، كُفِّ ذِكْرُ السَّبَبِ ، فَيُعْمَلُ بِقَوْلِهِ ، فَإِنْ تَعَدَّرَ التَّفْسِيرُ بِمَوْتِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ ، كَمَنْ أَقْرَأَ لِرَجُلٍ لَا يَعْرِفُ مَنْ أَرَادَ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ عَزَا الْإِقْرَارَ إِلَى جِهَةٍ غَيْرِ صَحِيحَةٍ ، فَقَالَ : لِهَذَا الْحَمْلِ عَلَى الْآلِ أَقْرَضْتَنِيهَا ، أَوْ وَدِيعةً أَخَذْتَنِيهَا مِنْهُ . فَعَلَى قَوْلِ التَّمِيمِيِّ ، الْإِقْرَارُ بَاطِلٌ ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يَصَحَّ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَيَسْقُطُ مَا وَصَلَهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِ لَا تَلْزُمُنِي . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِ جَعَلْتَنِيهَا لَهُ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَهِيَ عِدَّةٌ لَا يُؤَخِّدُهَا . وَلَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِحَمْلٍ إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حَالِ الْإِقْرَارِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ^(٢٤) فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ أَقْرَأَ لِمَسْجِدٍ أَوْ مَصْنَعٍ أَوْ طَرِيقٍ ، وَعَزَاهُ إِلَى سَبَبٍ صَحِيحٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مِنْ غَلَّةٍ وَقَفَّه . صَحَّ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، خُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ .

٨٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقْرَأَ بِشَيْءٍ ، وَاسْتَشْنَى مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ اسْتِثْنَاءَهُ بَاطِلًا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنَى عَيْنًا مِنْ وَرِقٍ ، أَوْ وَرِقًا مِنْ عَيْنٍ)

في هذه المسألة فصلان :

أولهما : أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس ، وبهذا قال زُفَرٌ ، ومحمدُ

(٢٢) كذا . وصوابه : « يعزوه » .

(٢٣) في م : « ولدت » .

(٢٤) في ب ، م : « بين » .

ابن الحسن . وقال أبو حنيفة : إن استثنى مكيبلاً أو مؤزونا ، جاز ، وإن استثنى عبداً أو ثوباً من مكيبيل أو مؤزون ، لم يجز . وقال مالك ، والشافعي : يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً ؛ لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ ﴾^(١) . وقال الله تعالى : ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْيِيمًا ، إِلَّا قِيلًا سَلَامًا ﴾^(٢) . وقال الشاعر^(٣) :

وَبَلَدَةٍ لَيْسَ بِهَا أُنَيْسُ
إِلَّا الْيَعْفِيرُ ، وَإِلَّا الْعَيْسُ

/ وقال آخر^(٤) :

عَيْتُ جَوَابًا وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدٍ
إِلَّا أَوَارِيُّ لَأَيَامَا أُبَيْتُهَا

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه . وقيل : هو^(٥) إخراج بعض ما تناوله المُستثنى منه ، مُشتقٌّ من نَيْتٍ فلاناً عن رأيه . إذا صرفته عن رأيي كان عازماً عليه . ونَيْتٌ عِنانٌ دَائِي . إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها . وغير الجنس المذكور ليس بدخيل في الكلام ، فإذا ذكره ، فما صرف الكلام عن صوبه ، ولا ثناه عن وجه استرساله ، فلا يكون استثناءً ، وإنما سُمي^(٦)

(١) سورة الكهف . ٥٠ .

(٢) سورة الواقعة ، ٢٥ ، ٢٦ .

(٣) الرجز لجران العود ، وهو من الشواهد النحوية . انظر معجم شواهد العربية ٤٨١ .

واليعافير : جمع يعفور ، وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية أيضا . والعيس : إبل بيض يخالط بياضها شقرة .

(٤) هو النابغة الذبياني . ديوانه ٢ ، ٣ .

• وقفتُ فيها أصيلاً لأسائلها •

• وصدر الأول :

• والثوى كالحوض بالمظلومة الجلد •

• وعجز الثاني :

(٥) سقط من : ا ، ب .

(٦) في الأصل : يسمى • .

اسْتِثْنَاءٌ تَجَوُّزًا ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اسْتِذْرَاكٌ . « وَأَلَّا » هُنَا بِمَعْنَى « لَكِنْ » .
هَكَذَا قَالَ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، وَحَكَاهُ عَنْ سَبِيْبِيَه . وَالاسْتِذْرَاكُ لَا يَأْتِي إِلَّا بَعْدَ
الْجَحْدِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَأْتِ الْاسْتِثْنَاءُ فِي الْكِتَابِ الْعَزِيْزِ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ إِلَّا بَعْدَ النَّفْيِ ، وَلَا
يَأْتِي بَعْدَهُ الْإِثْبَاتُ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ بَعْدَهُ جُمْلَةٌ . وَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَلَا مَدْخَلَ لِلْاسْتِذْرَاكِ
فِي الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتٌ لِلْمَقْرَّبِ ، فَإِذَا ذَكَرَ الْاسْتِذْرَاكَ بَعْدَهُ كَانَ بَاطِلًا ، وَإِنْ ذَكَرَهُ بَعْدَ
جُمْلَةٍ ، كَانَ قَالَ : لَهُ عِنْدِي مَائَةٌ دِرْهَمٍ إِلَّا تَوْبًا لِي عَلَيْهِ . فَيَكُونُ مُقْرَأً بِشَيْءٍ مُدْعِيًّا
لِشَيْءٍ ^(٧) سِوَاهُ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَاؤُهُ ، وَتَبْطُلُ دَعْوَاهُ ، كَمَا لَوْ صَرَخَ بِذَلِكَ بِغَيْرِ لَفْظِ الْاسْتِثْنَاءِ .
وَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ . فَإِنَّ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْمَلَائِكَةِ ، بِدَلِيلِ أَنْ
اللَّهُ تَعَالَى لَمْ يَأْمُرْ بِالسُّجُودِ غَيْرِهِمْ ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ لَمَا كَانَ مَأْمُورًا بِالسُّجُودِ ، وَلَا
عَاصِيًّا بِتَرْكِهِ ، وَلَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي حَقِّهِ : ﴿ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ ﴾ ^(٨) . وَلَا قَالَ : ﴿ مَا
مَنَعَكَ إِلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ ﴾ ^(٩) . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْمُورًا فَلِمَ أَنْكَسَهُ اللَّهُ وَأَهْبَطَهُ وَدَحَرَهُ ؟
وَلَمْ يَأْمُرِ اللَّهُ تَعَالَى بِالسُّجُودِ إِلَّا الْمَلَائِكَةَ . فَإِنْ قَالُوا : بَلْ قَدْ تَنَاوَلَ الْأَمْرُ الْمَلَائِكَةَ وَمَنْ
كَانَ مَعَهُمْ ، فَدَخَلَ إِبْلِيسُ فِي الْأَمْرِ لِكَوْنِهِ مَعَهُمْ . قُلْنَا : قَدْ سَقَطَ اسْتِدْلَالُكُمْ ، فَإِنَّهُ
مَتَى كَانَ إِبْلِيسُ ^(١٠) دَاخِلًا فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ، مَأْمُورًا بِالسُّجُودِ ، فَاسْتِثْنَاهُ مِنَ
الْجِنْسِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ لِمَنْ أَنْصَفَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى قَالَ : لَهُ عَلَيَّ
أَلْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا تَوْبًا . لَزِمَهُ الْأَلْفُ ، وَسَقَطَ الْاسْتِثْنَاءُ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ
دِرْهَمٍ ، لَكُنْ لِي عَلَيْهِ تَوْبٌ .

الفصل الثاني : إِذَا اسْتَثْنَى عَيْنًا مِنْ وَرِقٍ ، أَوْ وَرِقًا مِنْ عَيْنٍ ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي
صِحَّتِهِ ؛ فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيْزِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ

(٧) فِي ١ : « بِشَيْءٍ » .

(٨) سُورَةُ الْكَهْفِ ٥٠ .

(٩) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ١٢ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

الحَسَنِ . وقال ابنُ أبي موسى : فيه روايتان . واختارَ الخِرَقِيُّ صحَّته ؛ لأنَّ قَدْرَ أَحَدِهِمَا مَعْلُومٌ مِنَ الْآخِرِ ، وَيُعْبَرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ ، فَإِنَّ قَوْمًا يُسْمُونَ تِسْعَةَ دَرَاهِمَ دِينَارًا ، وَآخَرُونَ يُسْمُونَ ثَمَانِيَةَ دَرَاهِمَ^(١١) دِينَارًا ، فَإِذَا اسْتَشْنَى أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخِرِ ، عَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ التَّعْبِيرَ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِينَارٌ إِلَّا ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، فِي مَوْضِعٍ يُعْبَرُ فِيهِ بِالذِّينَارِ عَنِ تِسْعَةٍ ، كَانَ مَعْنَاهُ : لَهُ عَلَيَّ تِسْعَةُ دَرَاهِمَ إِلَّا ثَلَاثَةً . وَمَتَى^(١٢) أَمَكَّنَ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى وَجْهِ صَحِيحٍ ، لَمْ يُجْزِ الْعَاوُهُ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ بِهَذَا الطَّرِيقِ ، فَوَجَبَ تَصْحِيحُهُ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْوَرِقِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا ، فَيَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ اسْتِثْنَاءِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخِرِ صِحَّةُ اسْتِثْنَاءِ الثَّيَابِ وَغَيْرِهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ . وَيَمَكُنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ بِحَمْلِ رِوَايَةِ الصَّحَّةِ عَلَى مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْآخِرِ ، أَوْ يُعْلَمُ قَدْرُهُ مِنْهُ ، وَرِوَايَةِ الْبُطْلَانِ عَلَى مَا إِذَا اتَّفَقَى ذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولو ذَكَرَ نَوْعًا مِنْ جِنْسٍ ، وَاسْتَشْنَى / نَوْعًا آخَرَ مِنْ ذَلِكَ^(١٣) الْجِنْسِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : لَهُ عَلَيَّ عَشْرَةٌ أَصْحَ تَمْرًا بَرْنِيًّا ، إِلَّا ثَلَاثَةً تَمْرًا مَعْقِلِيًّا . لَمْ يُجْزِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي^(١٤) الْفَصْلِ الْأَوَّلِ . وَيُخَالَفُ الْعَيْنُ وَالْوَرِقُ ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ أَحَدِ النَّوعَيْنِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ مِنَ الْآخِرِ ، وَلَا يُعْبَرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ . وَيَحْتَمِلُ عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ جَوَازَهُ ؛ لِتَقَارُبِ الْمَقَاصِدِ مِنَ النَّوعَيْنِ ، فَهَمَا كَالْعَيْنِ وَالْوَرِقِ . وَالْأَوَّلُ أَصْحٌ ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ^(١٥) الصَّحِيحَةَ فِي الْعَيْنِ وَالْوَرِقِ غَيْرُ ذَلِكَ .

فصل : فأما اسْتِثْنَاءُ بَعْضِ مَا دَخَلَ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ ، فَجَائِزٌ بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَتَاهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ فِي^(١٦) كَلَامِ الْعَرَبِ ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَلْيَثَّ

(١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٢) في ا ، ب ، م : « ومهما » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في الأصل ، م : « من » .

(١٥) في ب زيادة : « في » .

(١٦) سقط من : ا ، ب .

فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴿١٧﴾ . وقال : ﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ ﴿١٨﴾ . وقال النبي ﷺ في الشهيد : « يُكْفَرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إِلَّا الَّذِينَ » ﴿١٩﴾ . وهذا في الكتابِ والسنةِ كثيرٌ ، وفي سائرِ كلامِ العربِ . فإذا أقرَّ بشيءٍ ، واستثنى منه ، كان مُقرًّا بالباقي بعد الاستثناءِ ، فإذا قال : له على مائةِ إلا عشرةً . كان مُقرًّا بتسعينَ ؛ لأنَّ الاستثناءَ يَمْنَعُ أنْ يَدْخَلَ في اللَّفْظِ ما لَوْلَاهُ لَدَخَلَ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ لَمَا ﴿٢٠﴾ أَمَكَنَ إِخْرَاجَهُ ، ولو أقرَّ بالعشرةِ المُستثناةِ لَمَا قُبِلَ مِنْهُ إِتْكَارُهَا . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَلَيْتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ . إِخْبَارٌ بِتَسْعِمَاتِهِ وَخَمْسِينَ ، فَالاسْتِثْنَاءُ بَيْنَ أَنْ الْخَمْسِينَ الْمُسْتَثْنَاءُ غَيْرُ مُرَادَةٍ ، كَمَا أَنَّ التَّخْصِصَ بَيْنَ أَنْ الْمَخْصُوصَ غَيْرُ مُرَادٍ بِاللَّفْظِ الْعَامِّ ، وَإِنْ قَالَ : ﴿ هَذِهِ الدَّارُ لِرَزِيدٍ ﴾ ﴿٢١﴾ إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ . كَانَ مُقرًّا بِمَا سِوَى الْبَيْتِ مِنْهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ ﴿٢٢﴾ : إِلَّا ثَلَاثُهَا ، أَوْ رُبْعُهَا . صَحَّ ، وَكَانَ مُقرًّا بِالْبَاقِي بَعْدَ الْمُسْتَثْنَى . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لِي ، وَهَذَا الْبَيْتُ لِي . صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ ، لِكَوْنِهِ أُخْرَجَ بَعْضُ مَا دَخَلَ فِي اللَّفْظِ الْأَوَّلِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ إِلَّا هَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ مُقرًّا بِمَنْ سِوَاهِ مِنْهُمْ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا وَاحِدًا . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَصِحُّ مَجْهُولًا ، فَكَذَلِكَ الْاسْتِثْنَاءُ مِنْهُ ، وَيَرْجَعُ فِي

(١٧) سورة العنكبوت ١٤ .

(١٨) سورة الحجر ٣٠ ، وسورة ص ٧٣ .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياها إلا الدين ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٠١ ، ١٥٠٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ثواب الشهداء ، وباب ما جاء في من يستشهد وعليه دين ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧ / ١٣٨ ، ٢٠٤ . والنسائي ، في : باب من قاتل في سبيل الله تعالى وعليه دين ، من كتاب الجهاد . المجتبى ٦ / ٢٨ - ٣٠ . والإمام مالك ، في : باب الشهداء في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢ / ٤٦١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٠٨ ، ٣٣٠ ، ٣٣٣ ، ٣٧٣ ، ٢٩٧ / ٥ ، ٣٣٠ ، ٣٠٨ ، ٣٠٤ .

(٢٠) في ب : « ما » .

(٢١-٢٢) جاء في م متأخرًا بعد قوله : « المستثنى » الآتي .

(٢٢) في ا ، ب : « لى » .

تَعْيِينِ الْمُسْتَنْتَى إِلَيْهِ ، لِأَنَّ الْحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِمُرَادِهِ بِهِ . وَإِنْ عَيَّنَ مَنْ عَدَا الْمُسْتَنْتَى ، صَحَّ ، وَكَانَ الْبَاقِي لَهُ . فَإِنْ هَلَكَ الْعَبِيدُ إِلَّا وَاحِدًا ، فَذَكَرَ أَنَّهُ الْمُسْتَنْتَى ، قَبْلَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يُقْبَلُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُرْفَعُ بِهِ الْإِقْرَارُ كُلُّهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ (٢٣) فِي حَيَاتِهِمْ لِمَعْنَى هُوَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مَوْتِهِمْ ، فَقَبِلَ كَحَالَةِ حَيَاتِهِمْ ، وَلَيْسَ هَذَا رَفْعًا لِلْإِقْرَارِ ، وَإِنَّمَا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُ الْمُقَرَّبِ بِهِ لِتَلْفِهِ ، لِأَلَمَعْنَى يَرْجَعُ إِلَى التَّفْسِيرِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو عَيْنَهُ فِي حَيَاتِهِمْ ، فَتَلَفَ بَعْدَ تَعْيِينِهِ . وَإِنْ قُبِلَ الْجَمِيعُ إِلَّا وَاحِدًا ، قَبِلَ تَفْسِيرُهُ بِالْبَاقِي ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ قُبِلَ الْجَمِيعُ ، فَلَهُ قِيمَةٌ أَحَدِهِمْ ، وَيَرْجَعُ فِي التَّفْسِيرِ إِلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُكَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدَ إِلَّا وَاحِدًا . فَهَلَكُوا إِلَّا وَاحِدًا ، قَبِلَ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّبَ لَهُ يَسْتَحِقُّ قِيمَةَ الْهَالِكِينَ ، فَلَا يُفْضَى التَّفْسِيرُ بِالْبَاقِي إِلَى سُقُوطِ الْإِقْرَارِ ، بِخِلَافِ النَّيِّ قَبْلَهَا .

فصل : وَحُكْمُ الاسْتِثْنَاءِ بِسَائِرِ أَدْوَاتِهِ حُكْمُ الاسْتِثْنَاءِ بِأَلَا ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَيَّ عَشْرَةٌ سِوَى دِرْهَمٍ ، أَوْ لَيْسَ دِرْهَمًا ، أَوْ خَلَا دِرْهَمًا ، أَوْ عَدَا دِرْهَمًا ، أَوْ مَا خَلَا / أَوْ مَا عَدَا دِرْهَمًا ، أَوْ لَا يَكُونُ دِرْهَمًا (٢٤) أَوْ غَيْرِ دِرْهَمٍ . يَفْتَحُ الرَّأْيَ ، كَانَ مُقَرَّبًا يَتَسَعَّى . وَإِنْ قَالَ : غَيْرِ دِرْهَمٍ ، بَضْمٌ رَائِثًا ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، كَانَ مُقَرَّبًا بَعَشْرَةَ ، لِأَنَّهَا تَكُونُ صِفَةً لِلْعَشْرَةِ الْمُقَرَّبِ بِهَا ، وَلَا يَكُونُ اسْتِثْنَاءً ، فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ اسْتِثْنَاءً كَانَتْ مَنْصُوبَةً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، لَزِمَهُ تَسَعَّى ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إِذَا يُرِيدُ الاسْتِثْنَاءَ ، لَكِنَّهُ رَفَعَهَا جَهْلًا مِنْهُ بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَا قَصْدًا لِلصِّفَةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِالْكَلَامِ ، فَإِنْ سَكَتَ سُكُوتًا يُمَكِّنُهُ

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) في الأصل ، م : « درهم » .

الكَلَامُ فِيهِ ، أَوْ فَصَلَ بَيْنَ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ وَالْمُسْتَشْنَى بِكَلَامٍ أُجْنِبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَكَتَ أَوْ عَدَلَ عَنْ إِقْرَارِهِ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ ، اسْتَفْرَّ حُكْمُ مَا أَقْرَبَهُ ، فَلَمْ يَرْتَفِعْ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي كَلَامِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ ، وَيَنْتَظَرُ مَا يَتِمُّ بِهِ كَلَامُهُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمُ الْاسْتِثْنَاءِ وَالشَّرْطِ وَالْعَطْفِ وَالْبَدَلِ وَنَحْوِهِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ رَفَعُ بَعْضٍ مَا تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، وَاسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ رَفَعُ الْكُلِّ ، فَلَوْ صَحَّ صَارَ الْكَلَامُ (٢٥) كَلَهُ لَعَوًّا (٢٥) غَيْرَ مُفِيدٍ ، فَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ إِلَّا دِرْهَمًا . أَوْ ثَلَاثَةُ دِرَاهِمٍ (٢٦) وَدِرْهَمَانِ إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . أَوْ ثَلَاثَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفًا ، أَوْ إِلَّا دِرْهَمًا . أَوْ خَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ إِلَّا خَمْسَةَ . لَمْ يَصِحَّ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَلَزِمَهُ جَمِيعُ مَا أَقْرَبَهُ قَبْلَ الْاسْتِثْنَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ الْعَاطِفَةَ تَجْمَعُ بَيْنَ الْعَدَدَيْنِ ، وَتَجْعَلُ الْجُمْلَتَيْنِ كَالْجُمْلَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَمَنْ أَصْلُنَا أَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ إِذَا تَعَقَّبَ جُمْلًا مَعْطُوفًا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ بِالْوَاوِ ، عَادَ إِلَى جَمِيعِهَا ، كَقَوْلِنَا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (٢٧) : إِنَّ الْاسْتِثْنَاءَ عَادَ إِلَى الْجُمْلَتَيْنِ ، فَإِذَا تَابَ الْقَاضِفُ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَوْمَنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ، وَلَا يُجْلِسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا يَأْذَنُهُ » (٢٨) . وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ لَمْ تُخْرِجِ الْكَلَامَ مِنْ أَنْ يَكُونَ جُمْلَتَيْنِ ، وَالْاسْتِثْنَاءُ يَرْفَعُ إِحْدَاهُمَا جَمِيعًا ، وَلَا نَظِيرَ لِهَذَا فِي كَلَامِهِمْ ، وَلِأَنَّ صِحَّةَ الْاسْتِثْنَاءِ تَجْعَلُ إِحْدَى الْجُمْلَتَيْنِ مَعَ الْاسْتِثْنَاءِ لَعَوًّا ، لِأَنَّهُ أُثْبِتَ شَيْئًا بِلَفْظٍ مُفْرَدٍ ، ثُمَّ رَفَعَهُ كُلَّهُ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اسْتَشْنَى مِنْهَا وَهِيَ غَيْرُ مَعْطُوفَةٍ عَلَى بَعْضِهَا (٢٩) ، فَأَمَّا الْآيَةُ وَالْحَبْرُ ، فَإِنَّ الْاسْتِثْنَاءَ لَمْ يَرْفَعْ إِحْدَى

(٢٥) - (٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٧) سورة النور ، ٤ ، ٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه في : ٣ / ٤٢ .

(٢٩) في ا ، ب : « غيرها » .

الجُمَّلَتَيْنِ ، إِنَّمَا أُخْرِجَ مِنَ الْجُمَّلَتَيْنِ مَعَا مَن اتَّصَفَ بِصِفَةٍ ، فَتَنْظِيرُهُ مَالُو قَالَ لِلْبَوَّابِ :
 مَن جَاءَ يَسْتَأْذِنُ فَأَذِنَ لَهُ ، وَأَعْطَاهُ دِرْهَمًا ، إِلَّا فَلَانًا . وَنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا مَالُو قَالَ : أَكْرِمَ
 زَيْدًا وَعَمْرًا إِلَّا عَمْرًا . وَإِن قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمَانِ وَثَلَاثَةٌ إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ أَيضًا ؛
 لِأَنَّهُ يَرْفَعُ الْجُمَّلَةَ الْأُولَى كُلَّهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَالَ : أَكْرِمَ زَيْدًا وَعَمْرًا إِلَّا زَيْدًا . وَإِن قَالَ :
 لَهُ عَلَى ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثَةٌ إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، خُرِّجَ فِيهِ ^(٣٠) وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنْتَى أَكْثَرَ الْجُمَّلَةِ الَّتِي
 تَلِيهِ ، وَاسْتِثْنَاءَ الْأَكْثَرِ فَاسِدٌ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ .

فصل : وَإِن اسْتَنْتَى اسْتِثْنَاءً بَعْدَ اسْتِثْنَاءٍ ، وَعَطَفَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، كَانَ مُضَافًا
 إِلَيْهِ . فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى عَشْرَةٍ إِلَّا ثَلَاثَةٌ ، وَإِلَّا دِرْهَمَيْنِ . كَانَ مُسْتِثْنِيًّا لِخَمْسَةِ مُبْقِيًا
 لِخَمْسَةِ . وَإِن كَانَ الثَّانِي غَيْرَ مَعْطُوفٍ عَلَى الْأَوَّلِ ، كَانَ اسْتِثْنَاءً مِنَ الاسْتِثْنَاءِ ، وَهُوَ
 جَائِزٌ فِي اللَّغَةِ ، قَدْ جَاءَ فِي كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى فِي قَوْلِهِ : ﴿ قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ *
 ١٨٥/٤ إِلَّا / أَل لُّوِطِ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا أَمْرًا تَهُ قَدَرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْعَاطِيَةِ ﴾ ^(٣١) . فَإِذَا كَانَ
 صَدْرُ الْكَلَامِ إِثْبَاتًا ، كَانَ الْاسْتِثْنَاءُ الْأَوَّلُ نَفِيًّا وَالثَّانِي إِثْبَاتًا ، فَإِن اسْتَنْتَى اسْتِثْنَاءً ثَالِثًا ،
 كَانَ نَفِيًّا ^(٣٢) يُعَوِّدُ كُلَّ اسْتِثْنَاءٍ إِلَى مَا يَلِيهِ مِنَ الْكَلَامِ ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى ^(٣٣) عَشْرَةٍ إِلَّا
 ثَلَاثَةٌ إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مُقْرَأً بِثَمَانِيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أُثْبِتَ عَشْرَةٌ ، ثُمَّ ^(٣٤) نَفَى مِنْهَا ثَلَاثَةٌ ^(٣٤) وَأُثْبِتَ
 دِرْهَمًا ، وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْمَنْفِيَّةِ ^(٣٥) دِرْهَمَانِ مُسْتِثْنِيَّانِ مِنَ الْعَشْرَةِ ، فَبَقِيَ مِنْهَا
 ثَمَانِيَةٌ ، وَسَنَزِيدُ لِهَذَا الْفَصْلِ فُرُوعًا ^(٣٦) فِي مَسْأَلَةِ اسْتِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ .

(٣٠) فِي م : « فِيهَا » .

(٣١) سُورَةُ الْحَجْرِ ٥٨ - ٦٠ .

(٣٢) فِي ب نِهَادَةٌ : « بَعِيرٌ » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

(٣٤ - ٣٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « الْمَثْبُوتَةُ » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

فصل : إذا قال : له هذه الدَّارُ هَبَّةً ، أو سُكْنَى ، أو عَارِيَّةً . كان إقْرَارًا بما أُبْدِلَ به كَلَامَهُ ، ولم يَكُنْ إقْرَارًا بالدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ بِآخِرِ كَلَامِهِ بَعْضَ مَا دَخَلَ فِي أَوَّلِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِجُمْلَةٍ وَاسْتَتْنَى بَعْضَهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي هَذَا وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، وَلَيْسَ هَذَا اسْتِثْنَاءً ، إِنَّمَا هَذَا (٣٧) بَدَلٌ ، وَهُوَ سَائِعٌ فِي اللَّغَةِ . وَيُسَمَّى هَذَا التَّوَعُّعُ مِنَ الْبَدَلِ بَدَلُ الْاسْتِمَالِ ، وَهُوَ أَنْ يُبَدَلَ مِنَ الشَّيْءِ بَعْضَ مَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ﴾ (٣٨) . فَأُبْدِلَ الْقِتَالَ مِنَ الشَّهْرِ الْمُشْتَمِلِ عَلَيْهِ . وَقَالَ تَعَالَى إِجْبَارًا عَنْ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ وَمَا أَنْسَيْنِيهِ إِلَّا الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ ﴾ (٣٩) . أَيْ أُنْسَانِي ذِكْرَهُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ (٤٠) هَذِهِ الدَّارُ ثُلُثُهَا . أَوْ قَالَ : رُبُعُهَا . صَحَّ ، وَيَكُونُ مُقَرَّرًا بِالْجُزْءِ الَّذِي أُبْدِلَهُ ، وَهَذَا بَدَلُ الْبَعْضِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِاسْتِثْنَاءٍ . وَمِثْلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ قُمْ أَلَيْلًا إِلَّا قَلِيلًا * نِصْفَهُ ﴾ (٤١) . وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (٤٢) . وَلِكُنْهَ فِي مَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ ، فِي كَوْنِهِ يُخْرِجُ مِنَ الْكَلَامِ بَعْضَ مَا يَدْخُلُ فِيهِ لَوْلَاهُ ، وَيُفَارِقُهُ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ (٤٣) ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ إِبْدَالُ الشَّيْءِ مِنْ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَيْهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أُبْدِلَ الْمُسْتَطِيعَ لِلْحِجِّ مِنَ النَّاسِ ، وَهُوَ أَقَلُّ مِنْ نِصْفِهِمْ ، وَأُبْدِلَ الْقِتَالَ مِنَ الشَّهْرِ الْحَرَامِ ، وَهُوَ غَيْرُهُ ؟ وَمَتَى قَالَ : لَهُ هَذِهِ الدَّارُ سُكْنَى أَوْ عَارِيَّةً . ثَبَّتَ فِيهَا حُكْمُ ذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ لَا يُسْكِنَهُ إِثَابًا ، وَأَنْ يَعُودَ فِيمَا أَعَارَهُ .

(٣٧) في ا ، ب : « هو » .

(٣٨) سورة البقرة ٢١٧ .

(٣٩) سورة الكهف ٦٣ .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سورة المزمل ٢ ، ٣ .

(٤٢) سورة آل عمران ٩٧ .

(٤٣) في الأصل : « الثلث » .

٨٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْءٌ ، فَقَالَ : قَدْ كَانَ لَهُ عَلَيَّ وَقَضَيْتُهُ . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِقْرَارًا)

حكى ابن أبي موسى ^(١) في هذه المسألة روايتين ؛ إحداهما ، أن هذا ليس بإقرار . اختاره القاضي ، وقال : لم أجذ عن أحمد روايةً بغير هذا . والثانية ، أنه مقرٌ بالحق ، مدّعٍ لقضائه ، فعليه البيّنة بالقضاء ؛ وإلا حلف غريمه وأخذ . واختاره أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه أقر بالدين ، وادّعى القضاء ، فلم تقبل دعواه ، كما لو ادّعى القضاء بكلامٍ منفصل ، ولأنه رفع جميع ما أثبتّه ، فلم يقبل ، كاستيلاء الكل . وللشافعي قولان كالمذهبيين . ووجه قول الخرقي ، أنه قول متصل ، يمكن صحته ، ولا تناقض فيه ، فوجب أن يقبل كاستيلاء البعض ، وفارق المنفصل ؛ لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه ، فلا يمكن رفعه بعد استقراره ، ولذلك لا يرتفع ^(٢) بعضه باستيلاء ولا غيره ، فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة ، لا تقبل إلا بيّنة ، وأما استيلاء الكل فمتناقض ؛ لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء .

١٨٦/٤ / فصل : وإن قال : له عليّ مائة ، وقضيتّه منها خمسين . فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال : وقضيتّها . وإن قال له إنسان : لي عليك مائة . فقال : قضيتك منها خمسين . فقال القاضي : لا يكون مقرّاً بشيء ؛ لأنّ الخمسين التي ذكر أنّه قضّاها في كلامه ما ^(٣) تمنع ^(٤) بقاها ، وهو دعوى القضاء ، وباقي المائة لم يذكرها ، وقوله : منها . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا مِمَّا يَدَّعِيهِ ، وَيَحْتَمِلُ مِمَّا عَلَيَّ ، فَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ شَيْءٌ بِكَلَامٍ مُحْتَمِلٍ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ بِالرَّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنْ ^(٥) يَلْزَمُهُ الْخَمْسُونَ التّي ادّعى قضّاها ؛ لأنّ في

(١-١) في ب ، م : « أن في » .

(٢) في ا ، ب ، م : « يرفع » .

(٣) في ا ، ب : « مما » .

(٤) في ب زيادة : « ها هنا » .

(٥) في ا : « أنه » .

ضَمِنَ دَعْوَى الْقَضَاءِ إِقْرَارًا بِأَنَّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَى الْقَضَاءِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ .

فصل : وإن قال : كان له على ألف . وسكت ، لزِمَهُ الألف ، في ظاهرِ كلامِ أصحابنا . وهو قولُ أبي حنيفة ، وأحدُ قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يلزمه شيء ، وليس هذا بإقرارٍ ؛ لأنه لم يذكرْ عليه شيئاً في الحال ، إنما أُخْبِرَ بذلك ^(٦) في زمنٍ ماضٍ ، فلا يثبتُ في الحال ، ولذلك لو شهدت البيئَةُ به لم يثبت . ولنا ، أنه أقرَّ بالوجوب ، ولم يذكرْ ما يرفعه ، فبقي على ما كان عليه ، ولهذا لو تنازعا داراً ، فأقرَّ أحدهما للآخر أنها كانت ملكه ، حُكِمَ بهاله ، إلا أنه ههنا إن عادَ فادعى القضاء أو الإبراء ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لأنه لا تنافي بين إقراره وبين ما يدعيه .

فصل : وإن قال : له على ألف ، قضيته إياها . لزِمَهُ الألف ، ولم تُقْبَلْ دَعْوَى القضاء . وقال القاضي : تُقْبَلُ ؛ لأنه رَفَعَ ما أثبتَهُ بِدَعْوَى الْقَضَاءِ مُتَّصِلًا ، فأشبهه مالو قال : كان له ^(٧) على ، وقضيته . وقال ابنُ أبي موسى : إن قال : قضيتُ جميعه . لم يُقْبَلْ إلا ببَيِّنَةٍ ، ولزِمَهُ ما أقرَّ به ، وله اليمينُ على المُقرِّ له . ولو قال : قضيتُ بعضه . قُبِلَ منه ، في إحدى الروايتين ؛ لأنه رَفَعَ بعضَ ما أقرَّ به بِكلامٍ مُتَّصِلٍ ، فأشبهه مالو استثناه ، بخلاف ما إذا قال : قضيتُ جميعه . لِكَوْنِهِ رَفَعَ جَمِيعَ ما هو ثابتٌ ، فأشبهه استثناء الكُلِّ . ولنا ، أن هذا قولٌ مُتَنَاقِضٌ ، إذ لا يُمكنُ أن يكونَ عليه ألفٌ قد قضاها ، فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته ، واستحقاقَ مطالَبته به ، وقضاؤه يقتضي براءة ذمته منه ، وتحرِيمَ مطالَبته به ، والإقرارُ به يقتضي ثبوته ، والقضاءُ يقتضي رفعه ، وهذان ضدان لا يتصورُ اجتماعُهُما في زمنٍ واحدٍ ، بخلاف ما إذا قال : كان له على ، وقضيته . فإنه أُخْبِرَ بهما في زمانين ، ويُمكنُ أن يرفعَ ما كان ثابتاً ، ويقضى ما كان ديناً ، وإذا لم يصحَّ هذا في الجميع ، لم يصحَّ في البعض ؛ لِإِسْتِحَالَةِ بَقَاءِ الألفِ عليه وقد ^(٨) قضى بعضه ،

(٦-٦) في م : « فجاز في » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقطت الواو من : ا .

وَيُفَارِقُ الْاسْتِثْنَاءَ ؛ فَإِنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي مِنَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ،
 ١٨٦/٤ ط فقولُ الله تعالى : ﴿ فَلَيْتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ ^(٩) . / عِبَارَةٌ عَنِ تِسْعِمَائَةِ
 وَخَمْسِينَ . أَمَّا الْقَضَاءُ فَإِنَّمَا يَرْفَعُ جُزْءًا كَانَ ثَابِتًا ، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالْقَضَاءِ لَا يَجُوزُ التَّعْيِيرُ
 عَنْهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْبَقَاءِ .

فصل ^(١٠) : وَإِنْ وَصَلَ إِقْرَارُهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَقَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ
 خِنْزِيرٍ ، أَوْ مِنْ ثَمَنِ طَعَامٍ اشْتَرَيْتَهُ فَهَلْكَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ ثَمَنِ مَبِيعٍ فَاسِيدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ ، أَوْ
 تَكَلَّفْتُ بِهِ عَلَى أُنْتَى بِالْخِيَارِ . لَزِمَهُ الْأَلْفُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي اسْقَاطِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو
 الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ ^(١١) قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا قَالَ :
 لَهُ عَلَى أَلْفٍ زُبُوفٍ . فَفَسَّرَهُ ^(١٢) بِرِصَاصٍ أَوْ نُحَاسٍ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ كُلَّ مَا اعْتَرَفَ
 بِهِ . وَقَالَ فِي سَائِرِ الصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَزَا إِقْرَارُهُ إِلَى سَبَبِهِ ، فَقُبِلَ ،
 كَالْوَعَاةِ إِلَى سَبَبِ صَحِيحٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَتَنَاقَضُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالصُّورَةِ الَّتِي
 سَلَّمَهَا ، وَكَالْوَقَالِ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ لَا يَلْزُمُنِي . أَوْ يَقُولُ : دَفَعَ جَمِيعَ مَا أَقَرَّ بِهِ . فَلَمْ
 يُقْبَلْ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ . وَغَيْرُ خَافٍ تَتَنَاقَضُ كَلَامِهِ ؛ فَإِنَّ ثُبُوتَ أَلْفٍ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ
 الْمَوَاضِعِ لَا يَتَصَوَّرُ ، وَإِقْرَارُهُ إِجْبَارًا بِثُبُوتِهِ ، فَيَتَنَافِيانِ ، وَإِنْ سَلَّمَ ثُبُوتَ الْأَلْفِ عَلَيْهِ فَهُوَ
 مَا قُلْنَاهُ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُ الْمُقَرَّرِ عَنِ إِقْرَارِهِ ، إِلَّا فِيمَا كَانَ حَدًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، يُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ، وَيُحْتَاطُ لِاسْقَاطِهِ . فَأَمَّا حُقُوقُ الْأَدْمِيَّةِ ، وَحُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَا تُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ^(١٣) ، كَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهَا . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(٩) سورة العنكبوت ١٤ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في الأصل ، ا : « وهو أحد » .

(١٢) في ا ، ب : « وفسره » .

(١٣) سقط من : ب .

فإذا قال : هذه الدار لزيد ، لابل لعمرو . أو ادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته ، فصدقه ابنه ، ثم ادعاه عمرو ، فصدقه ، حكيم به لزيد ، ووجبت عليه غرامته لعمرو . وهذا ظاهر أحد قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا يعرّم لعمرو شيئا . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه أقر له بما عليه الإقرار به ، وإنما منعه الحكم من قبوله ، وذلك لا يوجب الضمان . ولنا ، أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به بإقراره لغيره ، فلزمه غرمه ، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ، ثم رجعا عن الشهادة ، أو كما لو رمى به إلى البحر^(١٤) ، ثم أقر به . وإن قال : غصبت هذه الدار من زيد ، لابل من عمرو . أو غصبتها من زيد ، وغصبتها زيد من عمرو . حكيم بها لزيد ، ولزمه تسليمها إليه ، ويعرّمها لعمرو . وهذا قال أبو حنيفة . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال في الآخر : لا يضمن ؛ لما تقدم . ولنا ، أنه أقر بالعصب الموجب للضمان والرد إلى المعصوب منه ، ثم لم يرد ما أقر بعصبيه ، فلزمه ضمانه^(١٥) ، كما لو تلف بفعل الله تعالى . قال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في رجل قال لرجل : استودعتك هذا الثوب . قال : صدقت ، ثم قال : استودعني رجلاً آخر . فالثوب للأول ، ويعرّم قيمته للآخر . ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متصل أو منفصل .

فصل : فإن قال : غصبت هذه الدار من زيد ، وملكها لعمرو . لزمه دفعها إلى زيد ؛ لإقراره له بأنها كانت في يده ، وهذا يقتضي كونها في يده بحق / ، وملكها لعمرو لا يتأفي ذلك ؛ لأنها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ، ولا يعرّم لعمرو شيئاً ؛ لأنه لم يكن منه تفریط . وفارق هذا ما إذا قال : هذه الدار^(١٦) لزيد ، بل لعمرو ؛ لأنه أقر للثاني بما أقر به للأول ، فكان الثاني رجوعاً عن الأول ؛ لتعارضيهما ، وههنا لا تعارض بين إقراريه . وإن قال : ملكها لعمرو ، وغصبتها^(١٧) من زيد .

(١٤) في ا ، ب ، م : « في » .

(١٥) في ب ، م : « ضمان » .

(١٦) سقط من ا ، ب .

(١٧) في ا ، ب ، م : « وغصبا » .

فكذلك لا فرق بين التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ والمُتَّصِلِ والمُنْفَصِلِ . ذَكَرَهُ القَاضِي . وقيل : يَلْزِمُهُ دَفْعُهَا إِلَى عَمْرٍو ، وَيَعْرَمُهَا لِرَازِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَهَا لِعَمْرٍو أَوَّلًا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالْيَدِ لِرَازِدٍ . وَهَذَا وَجْهٌ حَسَنٌ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَلَوْ قَالَ : هَذَا الْأَلْفُ دَفَعَهُ إِلَى رَازِدٍ ، وَهُوَ لِعَمْرٍو . أَوْ قَالَ : هُوَ لِعَمْرٍو وَدَفَعَهُ^(١٨) إِلَى رَازِدٍ . فَكَذَلِكَ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ .

فصل : وإن قال : غَصِبْتُهَا مِنْ أَحَدِهِمَا . أَوْ هِيَ لِأَحَدِهِمَا . صَحَّ الْإِقْرَارُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، فَيَصِحُّ لِلْمَجْهُولِ ، ثُمَّ يُطَالَبُ^(١٩) بِالْبَيَانِ ، فَإِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمَا دُفِعَتْ إِلَيْهِ ، وَيُحْلَفُ لِلآخِرِ إِنْ ادَّعَاهَا ، وَلَا يَعْزَمُ لَهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَرَّرْ لَهُ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا . فَصَدَّقَاهُ ، تُرِعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَكَانَا خَصْمَيْنِ فِيهَا ، وَإِنْ كَذَّبَاهُ فَعَلِيهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، وَتُنزَعُ مِنْ يَدِهِ . فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهَا بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ ، وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ . وَإِنْ بَيَّنَّ الْغَاصِبُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالِكَهَا ، قُبِلَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ بَيَّنَّهُ ابْتِدَاءً . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ ، تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَمْ يَعْصِبْهُ ، فَإِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا ، لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْآخِرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى تَعْيِينِهِ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ^(٢٠) لهُمَا جَمِيعًا ، فَسُلِّمَتْ إِلَى أَحَدِهِمَا بِقُرْعَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، لَزِمَهُ غُرْمُهَا لِلآخِرِ ؛ لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ^(٢٠) تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ ، فَفُضِيَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَاهَا وَحْدَهُ .

فصل : فإن كان في يده عبدان ، فقال : أحد هذين^(٢١) لِرَازِدٍ . طُولِبَ بِالْبَيَانِ ، فَإِذَا^(٢٢) عَيَّنَ أَحَدَهُمَا فَصَدَّقَهُ رَازِدٌ أَخَذَهُ . وَإِنْ قَالَ : هَذَا لِي ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِرَازِدٍ فَعَلِيهِ

(١٨) في الأصل : « ووديعة » .

(١٩) في م : « ويطالب » .

(٢٠-٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في ب زيادة : « العبدان » .

(٢٢) في ب ، م : « فإن » .

الْيَمِينِ فِي الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُهُ . وَإِنْ قَالَ زَيْدٌ : إِنَّمَا لِيَ الْعَبْدُ الْآخَرُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْرَّعِ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُهُ ، وَلَا يَدْفَعُ إِلَى زَيْدِ الْعَبْدِ الْمُقْرَّعِ بِهِ وَلَكِنْ (٢٣) يُقَرُّ فِي يَدِ الْمُقْرَّعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يُنَزَعُ مِنْ يَدِهِ ، لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَيَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالِكَ لَهُ مَعْرُوفٌ ، فَأَشْبَهَ مِيرَاثَ مَنْ لَا يُعْرَفُ وَارِثُهُ . فَإِنْ أَبِي التَّعْيِينِ ، فَعَيْنُهُ الْمُقْرَّعُ لَهُ ، وَقَالَ : هَذَا عَبْدِي . طُولِبَ بِالْجَوَابِ ، فَإِنْ أَتَكَرَّرَ حَلْفٌ ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ تَعْيِينِهِ لِلْآخَرِ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ قَضِي (٢٤) عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَقْرَّعَ لَهُ ، فَهُوَ كَتَعْيِينِهِ .

فصل : ولو أقرَّ لرجل بعبد ، ثم جاءه به ، فقال : هذا الذي أقررتُ به . فقال : ليس هو هذا ، إنما هو آخر . فعلى المقرَّع أن يقرَّ له عند سواه ، ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقرَّع له ؛ لأنه لا يدعيه . وإن قال : هذا لي ، ولي عندك آخر . سلم إليه هذا ، وحلف له على نفي الآخر . وكلُّ من أقرَّ لرجل بمال (٢٥) ، فكذبته ، بطل إقراره ؛ لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به . وفي المال وجهان ؛ أحدهما ، يترك في يد المقرَّع (٢٦) ؛ لأنه كان محكوماً له به ، فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه . والثاني ، يؤخذ إلى بيت المال ؛ لأنه لم يثبت له مال (٢٧) . وقيل : يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه ؛ لأنه لا يدعيه أحد . ومذهب الشافعي مثل هذا . فإن عادَ أحدهما فكذب نفسه ، دُفع إليه ؛ لأنه يدعيه ، ولا منازع له فيه ، وإن كذب كل واحد منهما نفسه ، فرجع المقرَّع عن إقراره ، وأدعاه المقرَّع له ، فإن كان باقياً في يد المقرَّع ، فالقول قوله مع يمينه ، كما لو لم يُقرَّ به لغيره ، وإن كان معدوماً بتلف أو إباق ونحوه ، بغير تعدد من أحدهما ، فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها ، وإن كان بتعد من أحدهما ، فالقول فيه قول

١٨٧/٤ ظ

(٢٣) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٤) في ب ، م ، : يقضى .

(٢٥) في م : بملك .

(٢٦) في ب زيادة : له .

(٢٧) في م : ملك .

المُقَرَّبُ مع يَمِينِهِ ، كما لو كان بَاقِيًا . فإذا حَلَفَ ، سَقَطَ عنه الضَّمَانُ ، إن كان تَلَفَهُ بَعْدِيهِ ، وَوَجِبَ لَهُ (٢٨) الضَّمَانُ على الآخرِ ، إن كان تَلَفَهُ بَعْدَهُ مِنْهُ ، واللهُ أَعْلَمُ .

٨٥١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقَرَّ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، ثُمَّ سَكَتَ سُكُوتًا يُمَكِّنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، ثُمَّ قَالَ زُبُوفًا أَوْ صِغَارًا أَوْ إِلَى شَهْرٍ . كَانَتْ عَشْرَةٌ جَيَادًا وَاقِيَةً حَالَةً)

وَجُمَلْتَهُ أَنْ مَنْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمٍ ، وَأَطْلَقَ ، اقْتَضَى إِقْرَارَهُ الدَّرَاهِمِ الْوَاقِيَةِ ، وَهِيَ دَرَاهِمُ الْإِسْلَامِ ، كُلُّ عَشْرَةٍ مِنْهَا وَزْنٌ سَبْعَةَ مِثْقَالٍ ، وَكُلُّ دِرْهَمٍ سِتَّةُ دَوَانِقٍ ، وَاقْتَضَى أَنْ تَكُونَ جَيَادًا ، حَالَةً ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، وَأَطْلَقَ ، فَإِنَّهَا تَلْزَمُهُ كَذَلِكَ . فَإِذَا سَكَتَ سُكُوتًا يُمَكِّنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، أَوْ أَحَدَ فِي كَلَامٍ غَيْرِ مَا كَانَ فِيهِ ، اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ كَذَلِكَ . فَإِنْ عَادَ ، فَقَالَ : زُبُوفًا . يَعْنِي رَدِيْعَةً . أَوْ صِغَارًا . وَهِيَ الدَّرَاهِمُ النَّاqِصَةُ ، مِثْلَ دَرَاهِمِ طَبْرِيقَةٍ ، كَانَ كُلُّ دِرْهَمٍ مِنْهَا أَرْبَعَةَ دَوَانِقٍ ، وَذَلِكَ ثَلَاثًا دِرْهَمٍ . أَوْ إِلَى شَهْرٍ . يَعْنِي مُوَجَّلَةً ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَنْ بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَيَرْفَعُهُ بِكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالِاسْتِثْنَاءِ الْمُتَّفَصِّلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِقْرَارِ بِهَا دَيْتًا ، أَوْ وَدِيْعَةً ، أَوْ غَضَبًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْعَصَبِ وَالْوَدِيْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ (١) بِفِعْلٍ فِي عَيْنٍ ، وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِي سَلَامَتَهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِعَصَبِ عَبْدٍ ، ثُمَّ جَاءَ بِهِ مَعِيًّا . وَلَنَا ، أَنَّ إِطْلَاقَ الْأَسْمِ يَقْتَضِي الْوَازِنَةَ الْجَيَادَ ، فَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ بِمَا يُخَالِفُ ذَلِكَ ، كَالدَّيْنِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدَ ؛ فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ إِطْلَاقَ اسْمِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا بِذَلِكَ بِكَلَامٍ مُتَّفَصِّلٍ ، أَوْ سَكَتَ لِلتَّنْفِيسِ ، أَوْ اعْتَرَضَتْهُ سَعْلَةٌ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، ثُمَّ وَصَفَهَا بِذَلِكَ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، قُبِلَ مِنْهُ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ مِنْهُ التَّاجِيلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ التَّاجِيلَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ قَضِيَّتِهِ إِيَّاهَا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِالنَّاqِصَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ

(٢٨) سقط من : ا ، ب .

(١) في م : « أقر » .

ناقصة . قِيلَ قَوْلُهُ . وَإِنْ قَالَ : صِعَارًا .^(١) وللناس دراهم صِعَارٌ ، قِيلَ قَوْلُهُ أَيْضًا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ دِرَاهِمٌ صِعَارًا^(٢) لَزِمَهُ وَازِنَةٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : دُرَيْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَازِنٌ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاصِ^(٣) مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَسَّرَ كَلَامَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَقِيلَ مِنْهُ ، كَأَسْتِثْنَاءِ الْبَعْضِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنِ الْوَازِنَةِ وَالنَّاقِصَةِ ، وَالزُّيُوفِ وَالْجَيِّدَةِ ، وَكَوْنُهَا عَلَيْهِ يَحْتَمِلُ الْحُلُولَ وَالتَّاجِيلَ ، فَإِذَا وَصَفَهَا بِذَلِكَ ، / ١٨٨/٤
تَقَيَّدَتْ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الثَّمَنَ بِهِ ، فَقَالَ : بِعْتِكَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ^(٤) ، مُوَجَّهَةً نَاقِصَةً . وَثُبُوتُهَا عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصِّفَةِ حَالَةٌ الْإِطْلَاقِ ، لَا يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ تَقْيِيدِهَا بِهِ ، كَالثَّمَنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ التَّاجِيلُ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَهَا . لَيْسَ بِصَحِيحٍ ، وَإِنَّمَا يُؤَخَّرُ ، فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ الْمَوْجَلَّ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَاتِ ، فَإِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً بِهَذِهِ الصِّفَةِ ، لَمْ تَقْتَضِ الشَّرِيعَةُ الْمُطَهَّرَةَ سَدَّ بَابِ الْإِقْرَارِ بِهَا عَلَى صِفَتِهَا . وَعَلَى مَا ذَكَرُوهُ ، لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِهَا إِلَّا عَلَى وَجْهِ يُؤَاخَذُ بِغَيْرِ مَا هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَيَفْسُدُ بَابُ الْإِقْرَارِ . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنْ قَوْلُهُ : « صِعَارًا » يَنْصَرِفُ إِلَى الْمِقْدَارِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِسَاحَةَ الدَّرَاهِمِ^(٥) لَا تُعْتَبَرُ فِي الشَّرْعِ وَلَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ بِمِسَاحَةِ مُقَدَّرَةٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ^(٦) الصَّغَرُ وَالْكِبَرُ^(٦) فِي الْوَزْنِ ، فَيُرْجَعُ إِلَى تَفْسِيرِ الْمُقَرَّرِ ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ : زُيُوفًا . وَفَسَّرَهَا بِمَعْشُوشِيَّةٍ ، أَوْ مَعِيَّةٍ عَيْنًا يَنْقُصُهَا ، قِيلَ تَفْسِيرُهُ ، وَإِنْ فَسَّرَهَا بِنَحَاسٍ أَوْ رِصَاصٍ ، أَوْ مَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ لَيْسَتْ دَرَاهِمَ عَلَى الْحَقِيقَةِ ، فَيَكُونُ تَفْسِيرُهُ بِهِ رُجُوعًا عَمَّا أَقَرَّ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَأَسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمٍ وَأَطْلَقَ ، فِي بَلَدٍ أَوْزَانُهُمْ نَاقِصَةٌ ، كَطَبْرِيَّةَ ، كَانَ دِرْهَمُهُمْ

(٢-٢) سقط من : ب ، م ،

(٣) أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري ، ابن القاص ، إمام الشافعية في عصره . توفي سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة ، بطوس . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٥٩ - ٦٣ .

(٤) في ب : « الدرهم » .

(٥) في ا : « الدرهم » .

(٦-٦) في ا : « الصغير والكبير » .

أَرْبَعَةَ دَوَانِيْقٍ ، وَخَوَارِزْمُ كَانَ دِرْهَمُهُمْ أَرْبَعَةَ دَوَانِيْقٍ وَنِصْفًا ، وَمَكَّةُ دِرْهَمُهُمْ نَاقِصٌ ، وَكَذَلِكَ الْمَغْرِبُ ، أَوْ فِي بَلَدِ دَرَاهِمُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ، كِمِصْرَ وَالْمَوْصِلِ ، ^(٧) أَوْ بَدَنانِيرَ فِي بَلَدِ دَنانِيرُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ^(٧) . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَوَّلُهُمَا ، يَلْزَمُهُ مِنْ دَرَاهِمِ الْبَلَدِ وَدَنانِيرِهِ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ كَلَامِهِمْ يُحْمَلُ عَلَى عُرْفِ بَلَدِهِمْ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْإِثْمَانِ . وَالثَّانِي ، تَلْزَمُهُ الْوَازِنَةُ الْخَالِصَةُ مِنَ الْغِشِّ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الدَّرَاهِمِ فِي الشَّرْعِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّ بَها تَقْدِيرَ ^(٨) نُصْبِ الزَّكَاةِ وَمَقَادِيرِ الدِّيَّاتِ ، فَكَذَلِكَ إِطْلَاقُ الشَّخْصِ . وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ إِجَابٌ فِي الْحَالِ ، فَاحْتَصَّ بِدَرَاهِمِ الْمَوْضِعِ الَّذِي هُمَا فِيهِ ، وَالْإِفْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ حَقِّ سَابِقٍ ، فَانصَرَفَ إِلَى دَرَاهِمِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ دَرَاهِمَهُمْ ، وَأَطْلَقَ ، ثُمَّ فَسَّرَهَا بِسَكَّةِ الْبَلَدِ الَّذِي أَقْرَبَ بِهَا فِيهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ فَسَّرَهَا بِسَكَّةِ غَيْرِ سَكَّةِ الْبَلَدِ أَحْوَدَ مِنْهَا ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مِثْلَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّهَمُ فِي ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَدْنَى مِنْ سَكَّةِ الْبَلَدِ ، لَكِنَّهَا مُساوِيَةٌ فِي الْوِزْنِ ، احْتَمَلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَقْتَضِي دَرَاهِمَ الْبَلَدِ وَتَقْدَهُ ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ دُونُهَا ، كَمَا لَا يُقْبَلُ فِي الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهَا نَاقِصَةُ الْقِيَمَةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ بِهَا ، كَالنَّاقِصَةِ وَزْنًا . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ مَا فَسَّرَهُ بِهِ . وَفَارَقَ النَّاقِصَةَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْعِ الدَّرَاهِمَ ، لَا يَتَنَاوَلُهَا ، بِخِلَافِ هَذِهِ ، وَلِهَذَا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ مِقْدَارُ النَّصَابِ فِي الزَّكَاةِ وَغَيْرِهِ ، وَفَارَقَ الثَّمَنَ ؛ فَإِنَّهُ إِجَابٌ فِي الْحَالِ ، وَهَذَا إِخْبَارٌ عَنْ حَقِّ سَابِقٍ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ كَبِيرٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ مِنْ دَرَاهِمِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّهُ كَبِيرٌ فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دُرِّيهِمْ . فَهُوَ كَأَلَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ ؛ لِأَنَّ التَّصْغِيرَ قَدْ يَكُونُ

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في الأصل ، ا : « يقدر » .

لِصَغَرِهِ فِي ذَاتِهِ ، أَوْ لِقِلَّةِ قَدْرِهِ عِنْدَهُ وَتَحْقِيرِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ لِمَحَبَّتِهِ كَمَا قَالَ الشَّاعِرُ (٩) :

ظ ١٨٨/٤

/ بِذِيَالِكَ الْوَادِي أَيْمٌ وَلَمْ أَقْلُ بِذِيَالِكَ الْوَادِي وَذِيَاكَ مِنْ زُهْدٍ
وَلَكِنْ إِذَا مَا حُبٌّ شَيْءٌ تَوَلَّعْتُ بِهِ أَحْرَفُ التَّصْغِيرِ مِنْ شِدَّةِ الْوَجْدِ

وإن قال : له عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ عَدْدًا . لَزِمَتْهُ عَشْرَةٌ مَعْدُودَةٌ وَارِثَةٌ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الدَّرَاهِمِ يَقْتَضِي وَارِثَةً ، وَذِكْرُ الْعَدَدِ لَا يَتَأَيَّفُ فِيهَا ، فَوَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ يَتَعَامَلُونَ بِهَا عَدْدًا مِنْ غَيْرِ وَزْنٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أَقْرَبَهَا فِي بَلَدٍ أَوْزَانُهُمْ نَاقِصَةٌ ، أَوْ دَرَاهِمُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ، عَلَى مَا فَصَّلَ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا أَقْرَبَ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بِدِرْهِمٍ ، لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِقْرَارُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي أَوْقَاتٍ ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ مَجَالِسَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُ الْخَبَرِ عَنِ الْأَوَّلِ ، كَمَا كَرَّرَ (١٠) اللَّهُ تَعَالَى الْخَبَرَ عَنْ إِسْرَائِيلَ نُوحًا وَهُودًا وَصَالِحًا وَلُوطًا وَشُعَيْبًا وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى ، وَلَمْ يَكُنِ الْمَذْكُورُ فِي قِصَّةٍ غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي أُخْرَى ، كَذَا هُنَا . فَإِنْ وَصَفَ أَحَدَهُمَا وَأَطْلَقَ الْآخَرَ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ (١١) أَنْ يَكُونَ الْمُطْلَقُ هُوَ الْمَوْصُوفُ ، أَطْلَقَهُ فِي حَالٍ وَوَصَفَهُ فِي حَالٍ . وَإِنْ وَصَفَهُ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الْمَرْتَيْنِ ، كَانَ تَأْكِيدًا لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ وَصَفَهُ فِي إِحْدَى الْمَرْتَيْنِ بِغَيْرِ مَا وَصَفَهُ فِي الْأُخْرَى ، فَقَالَ : دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ . ثُمَّ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ مِنْ قَرْضٍ ، أَوْ دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ نَوْبٍ . ثُمَّ قَالَ : دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ . أَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ أَيْبُضُ ، ثُمَّ قَالَ : دِرْهَمٌ أَسْوَدُ . فَهَمَا دِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَايِرَانِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ . أَوْ دِرْهَمٌ فِدِرْهَمٍ . أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ .

(٩) لم يهتد إلى نسبة البيتين .

(١٠) في الأصل : « ذكر » .

(١١) في ١ ، ب ، م : « لا يجوز » .

لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه . وذكر القاضي وجهها ، فيما إذا قال :
دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ . وقال : أرذتُ : دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ لَزِمَ لِي . أَنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ ، وَهُوَ قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الصِّفَةَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْفَاءَ أَحَدُ حُرُوفِ الْعَطْفِ الثَّلَاثَةِ ، فَاشْتَبَهَتْ
الْوَاوُ وَتَمَّ ، وَلِأَنَّهُ عَطَفَ شَيْئًا عَلَى شَيْءٍ بِالْفَاءِ ، فَاقْتَضَى ثُبُوتَهُمَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
فَطَالِقٌ . وَقَدْ سَلَّمَهُ الشَّافِعِيُّ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اخْتِمَالِ الصِّفَةِ بَعِيدٌ ، لِأَنَّهُمْ حَالَةَ
الإِطْلَاقِ ، فَلَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ فَسَّرَ الدَّرَاهِمَ الْمُطْلَقَةَ بِأَنَّهَا زَيْفٌ أَوْ صِعَاظٌ أَوْ
مُوجَلَّةٌ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمَانِ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ
وَدِينَارٌ ، أَوْ فَدِينَارٌ ، أَوْ قَفِيزٌ حِنْطِيَّةٌ . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ
دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ،
أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَرَذْتُ بِالثَّلَاثِ تَأْكِيدَ الثَّانِي وَبَيَانَهُ . أَنَّهُ يُقْبَلُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ فِي لَفْظِ الثَّانِي ، وَظَاهِرُ^(١٢) مَذْهَبِهِ أَنَّهُ تَلْزَمُهُ الثَّلَاثَةُ ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ
لِلْعَطْفِ ، وَالْعَطْفُ يَقْتَضِي الْمُعَايَرَةَ ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ الثَّلَاثُ غَيْرَ الثَّانِي ، كَمَا كَانَ
الثَّانِي غَيْرَ الْأَوَّلِ ، وَالْإِفْرَاقُ لَا يَقْتَضِي تَأْكِيدًا ، فَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى الْعَدَدِ . وَكَذَلِكَ
الْحُكْمُ إِذَا قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ فِدْرَهَمٌ ، أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ . وَإِنْ قَالَ :
لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ ، أَوْ دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ ، أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ .
لَزِمَتْهُ الثَّلَاثَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ / لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُعَايِرٌ لِلثَّانِي ، لِاخْتِلَافِ حَرْفِي الْعَطْفِ
الدَّاخِلَيْنِ عَلَيْهِمَا ، فَلَمْ يَحْتَمِلِ التَّأْكِيدَ .

١٨٩/٤

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ بِلِ دِرْهَمَانِ ، أَوْ دِرْهَمٌ لَكِنْ دِرْهَمَانِ . لَزِمَهُ
دِرْهَمَانِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ زُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : تَلْزَمُهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّ « بِلِ »
لِلْإِضْرَابِ ، فَلَمَّا^(١٣) أَقْرَبَ دِرْهَمٌ وَأَضْرَبَ عَنْهُ ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَمَّا أَقْرَبَهُ ،

(١٢) فِي أ ، ب ، م : « فَظَاهِرٌ » .

(١٣) فِي ب ، م : « لِأَنَّهُ لَمَّا » .

وَلَزِمَهُ الدَّرْهَمَانِ اللَّذَانِ أَقْرَبَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا تَفَى الْاِقْتِصَارَ عَلَى وَاحِدٍ ، وَأَثَبَتِ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بِلِ أَكْثَرَ . فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بِلِ دِرْهَمٌ ، أَوْ لَكِنْ دِرْهَمٌ . فَنَفِيهِ وَجَهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا قَالَ فِي مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، لَا بِلِ أَنْتِ طَالِقٌ : إِنَّمَا لَا تُطَلِّقُ إِلَّا وَاحِدَةً . وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ دِرْهَمٍ مَرَّتَيْنِ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ دِرْهَمٍ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبُ دِرْهَمٍ ثُمَّ أَتَكَرَّهُ ، ثُمَّ قَالَ : بِلِ عَلَيَّ دِرْهَمٌ . وَ « لَكِنْ » لِلْاِسْتِدْرَاكِ ، فَهِيَ ^(١٤) فِي مَعْنَى « بَلِ » « إِلَّا أَنْ الصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تُسْتَعْمَلُ إِلَّا بَعْدَ الْجَحْدِ ، إِلَّا أَنْ يُذَكَّرَ بَعْدَهَا جُمْلَةً . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو بَكْرِ عَبْدُ الْعَزِيزِ . وَيَقْتَضِيهِ ^(١٥) قَوْلُ زُفَرٍ وَدَاوُدَ ؛ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْإِضْرَابِ يُغَايِرُ مَا قَبْلَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الدَّرْهَمُ الَّذِي أُضْرِبَ عَنْهُ غَيْرَ الدَّرْهَمِ ^(١٦) الَّذِي أَقْرَبَهُ بَعْدَهُ ، فَيَجِبُ الْاِثْنَانِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بِلِ دِينَارٍ . وَلِأَنَّ « بَلِ » مِنْ حُرُوفِ الْعَطْفِ ، وَالْمَعْطُوفُ ^(١٧) غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَا جَمِيعًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ ^(١٨) . وَلِأَنَّ لَوْ لَمْ تُوجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا دِرْهَمًا ، جَعَلْنَا كَلَامَهُ لَعْوًا ، وَإِضْرَابُهُ عَنْهُ ^(١٩) غَيْرُ مُفِيدٍ ، وَالْأَصْلُ فِي كَلَامِ الْعَاقِلِ أَنْ يَكُونَ مُفِيدًا . وَلَوْ كَانَ الَّذِي أُضْرِبَ عَنْهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورَ بَعْدَهُ ، وَلَا بَعْضَهُ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بِلِ دِينَارٍ أَوْ دِينَارَانِ . أَوْ : لَهُ عَلَيَّ قَفِيزٌ حِنْطِيَّةٌ ، بِلِ قَفِيزٍ شَعِيرٍ . أَوْ : هَذَا الدَّرْهَمُ ، بِلِ هَذَا . لَزِمَهُ الْجَمِيعُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَانًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الثَّانِي وَلَا بَعْضَهُ ، فَكَانَ مُقْرَأًا بِنِهَايَةِ ، وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُمَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ جُمْلَتَيْنِ أَقْرَبُ بِأَحَدِهِمَا ثُمَّ

(١٤-١٤) فِي ١ ، ب : « بِمَعْنَى » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَنَقِيضُهُ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧-١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٨) فِي ١ : « وَدِرْهَمٍ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب .

رَجَعَ إِلَى الْأُخْرَى ، لَزِمَاهُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمَانِ ، بِلِ دِرْهَمٍ . أَوْ عَشْرَةَ ، بِلِ تِسْعَةٍ . لَزِمَهُ الْأَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ أَضْرَبَ عَنْ وَاحِدٍ ، وَنَفَاهُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ نَفْيُهُ لَهُ بِخِلَافِ الْإِسْتِثْنَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفِي شَيْئًا أَقْرَبَهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي بَعْدَ الْإِسْتِثْنَاءِ ، فَإِذَا قَالَ : عَشْرَةَ إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مَعْنَاهُ تِسْعَةً .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ ، أَوْ بَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وَإِنْ قَالَ : قَبْلَهُ دِرْهَمٌ وَبَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّ « قَبْلَ » وَ « بَعْدَ » تُسْتَعْمَلُ لِلتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ فِي الْوُجُوبِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَوْقَ دِرْهَمٍ ، أَوْ تَحْتَ (٢٠) دِرْهَمٍ ، أَوْ مَعَهُ (٢١) دِرْهَمٌ ، أَوْ مَعَ دِرْهَمٍ . فَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ . وَهُوَ أَحَدُ (٢٢) قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ فَوْقَ دِرْهَمٍ فِي (٢٣) الْجَوْدَةِ ، أَوْ فَوْقَ دِرْهَمٍ لِي ، وَكَذَلِكَ تَحْتَ دِرْهَمٍ . وَقَوْلُهُ : مَعَهُ دِرْهَمٌ . يَحْتَمِلُ مَعَهُ دِرْهَمٌ لِي كَذَلِكَ مَعَ دِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَجِبِ الزَّائِدُ بِالْإِحْتِمَالِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ . وَهُوَ / الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَجْرِي مَجْرَى الْعَطْفِ ، لِكَوْنِهِ يَقْتَضِي ضَمَّ دِرْهَمٍ آخَرَ إِلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ الْإِقْرَارِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ : « عَلَيَّ » يَقْتَضِي فِي ذِمَّتِي ، وَليْسَ لِلْمُقَرَّرِ فِي ذِمَّةِ نَفْسِهِ دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمِ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، وَلَا فَوْقَهُ ، وَلَا تَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِلْإِنْسَانِ فِي ذِمَّةِ نَفْسِهِ شَيْءٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ : إِنْ قَالَ : فَوْقَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّ « فَوْقَ » تَقْتَضِي فِي الظَّاهِرِ الزِّيَادَةَ . وَإِنْ قَالَ : تَحْتَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ « تَحْتَ » تَقْتَضِي النِّقْصَ . وَلِنَا ، إِنْ حُمِلَ كَلَامُهُ عَلَى مَعْنَى الْعَطْفِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ حُمِلَ عَلَى الصِّفَةِ لِلدَّرْهَمِ (٢٤) الْمُقَرَّرِ بِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّرُ بِهِ دِرْهَمًا وَاحِدًا ، سِوَاءَ ذَكَرَهُ بِمَا يَقْتَضِي زِيَادَةَ الْجَوْدَةِ أَوْ نِقْصَهَا . وَإِنْ قَالَ :

(٢٠) - (٢٠) سقط من : م .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) في ب : « بالدرهم » .

له عَلَىٰ ذَرَاهِمَ قَبْلَهُ دِينَارٌ ، أو بَعْدَهُ ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ ، أو مَعَهُ ، أو فَوْقَهُ ، أو تَحْتَهُ ، أو مَعَ ذلك . فالقول في ذلك كالقول في الذَّرَاهِمِ سواءً .

فصل : وإن قال : له عَلَىٰ مَا بَيْنَ ذَرَاهِمِ وَعَشْرَةٍ . لَزِمَتْهُ ثَمَانِيَةٌ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ مَا بَيْنَهُمَا . وإن قال : مِنْ ذَرَاهِمِ ^(٢٤) إِلَى عَشْرَةٍ ^(٢٥) ، ففيه ثلاثة أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَلْزِمُهُ تِسْعَةٌ . وهذا يُحْكِي عن أبي حنيفة ؛ لَأَنَّ « مِنْ » لِإِبْتِدَاءِ الْعَايَةِ ، وَأَوَّلُ الْعَايَةِ مِنْهَا ، و « إِلَى » لِإِنْتِهَائِهَا ، فلا يَدْخُلُ فِيهَا ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٥) . والثاني ، تَلْزِمُهُ ثَمَانِيَةٌ ؛ لَأَنَّ الْأَوَّلَ وَالْعَاشِرَ حَدَّانِ ، فلا يَدْخُلَانِ فِي الْإِقْرَارِ ، وَلَزِمَهُ مَا بَيْنَهُمَا ، كالتى قَبْلَهَا . والثالث ، تَلْزِمُهُ عَشْرَةٌ ؛ لَأَنَّ الْعَاشِرَ أَحَدَ الطَّرْفَيْنِ ، فَيَدْخُلُ فِيهَا كَالأَوَّلِ ، وكما لو قال : قَرَأْتُ الْقُرْآنَ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ . فإن قال : أَرَدْتُ بِقَوْلِي مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ . مَجْمُوعِ الْأَعْدَادِ كُلِّهَا ، أَى الْوَاحِدِ وَالْأَثْنَانِ وَكَذَلِكَ إِلَى الْعَشْرَةِ ، لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَخَمْسُونَ ذَرَاهِمًا . واختصارُ حِسَابِهِ أَنْ تَزِيدَ أَوَّلَ الْعَدَدِ وَهُوَ الْوَاحِدُ عَلَى الْعَشْرَةِ ، فَيَصِيرُ أَحَدَ عَشْرَةٍ ، ثم تُضْرِبُهَا فِي نِصْفِ الْعَشْرَةِ ، فما بَلَغَ فَهُوَ الْجَوَابُ .

فصل : وإن قال : له عَلَىٰ ذَرَاهِمُ . لَزِمَهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّهَا أَقَلُّ الْجَمْعِ . وإن قال : له عَلَىٰ ذَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ ، أو وَافِرَةٌ ، أو عَظِيمَةٌ . لَزِمَهُ ثَلَاثَةٌ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بَدُونَ الْعَشْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقَلُّ جَمْعِ الْكَثْرَةِ . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يُقْبَلُ أَقَلُّ مِنْ مَائَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ^(٢٦) بِهَا يَحْصُلُ الْغِنَى ، وَتَجِبُ الزَّكَاةُ . ولنا ، أَنَّ الْكَثْرَةَ وَالْعَظَمَةَ لَا حَدَّ لَهَا شَرْعًا وَلَا لَعَةً وَلَا عُرْفًا ، وَتُخْتَلَفُ بِالْإِضَافَاتِ وَأَحْوَالِ النَّاسِ ، فَالْثَلَاثَةُ أَكْثَرُ مِمَّا دُونَهَا وَأَقَلُّ مِمَّا فَوْقَهَا ، وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْيَسِيرَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَسْتَعْظِمُ الْكَثِيرَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُقَرَّرَ أَرَادَ كَثِيرَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا دُونَهَا ، أو كَثِيرَةً فِي نَفْسِهِ ، فلا تَجِبُ الزِّيَادَةُ بِالْإِحْتِمَالِ .

(٢٤-٢٤) في م : عشرة .

(٢٥) سورة البقرة ١٨٧ .

(٢٦) في ا ، ب ، م ، نهادة : ما .

فصل : وإن قال : له عَلِيٌّ دِرْهَمَانِ فِي عَشْرَةٍ . وقال : أَرَدْتُ الْحِسَابَ . لِرِمَّةِ عَشْرُونَ . وإن قال : أَرَدْتُ دِرْهَمَيْنِ مَعَ عَشْرَةٍ . ولم يَكُنْ يَعْرِفُ الْحِسَابَ ، قَبْلَ مِنْهُ ، وَلِرِمَّةِ اثْنَا عَشَرَ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنْ الْعَامَّةِ يُرِيدُونَ بِهَذَا اللَّفْظِ هَذَا الْمَعْنَى . وإن كان من أَهْلِ الْحِسَابِ ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْحِسَابِ اسْتِعْمَالُ الْفَازِهِ لِمَعَانِيهَا فِي اصْطِلَاحِهِمْ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٧) لَا يُمْنَعُ ^(٢٨) أَنْ يَسْتَعْمِلَ اصْطِلَاحَ الْعَامَّةِ .

وإن قال : أَرَدْتُ دِرْهَمَيْنِ فِي عَشْرَةٍ لِي . لِرِمَّةِ دِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا يَقُولُ . وإن قال : دِرْهَمَانِ فِي دِينَارٍ . لم يَحْتَمِلِ الْحِسَابَ ، وَسُئِلَ عَنْ مُرَادِهِ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الْعَطْفَ أَوْ مَعْنَى مَع . لِرِمَّةِ الدَّرْهَمَانِ وَالدِّينَارِ . وإن قال : أَسَلَمْتُهُمَا فِي دِينَارٍ . فَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، بِطَلِّ إِقْرَارِهِ ؛ لِأَنَّ سَلَمَ أَحَدِ التَّقْدِينِ فِي الْآخِرِ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَلَزِمَهُ مَا أَقْرَبَهُ ، وَبَطَلَ قَوْلُهُ فِي دِينَارٍ . وكذلك إن قال : له عَلِيٌّ دِرْهَمَانِ فِي ثَوْبٍ . وَفَسَّرَهُ بِالسَّلْمِ ، أَوْ قَالَ : فِي ثَوْبٍ اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِلَى سَنَةٍ . فَصَدَّقَهُ . بِطَلِّ إِقْرَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، بَطَلَ السَّلْمُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ التَّفَرُّقِ فَالْمُقَرَّرُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْمَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الدَّرْهَمَانِ .

فصل : وإن قال : له عِنْدِي دِرْهَمٌ فِي ثَوْبٍ ، أَوْ فِي كَيْسٍ ، أَوْ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ ، أَوْ تِبْنٍ فِي غِرَارَةٍ ، أَوْ تَمْرٍ فِي جِرَابٍ ، أَوْ سِكِّينٍ فِي قِرَابٍ ، أَوْ فَصٍّ فِي خَاتَمٍ ، أَوْ كَيْسٍ فِي صَنْدُوقٍ . أَوْ قَالَ : غَضِبْتُ مِنْهُ ثَوْبًا فِي مَنْدِيلٍ ، أَوْ زَيْتًا فِي زِقِّ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ مُقَرَّرًا بِالْمَطْرُوفِ دُونَ الظَّرْفِ . هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَمْ يَتَنَاوَلَ الظَّرْفَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي ظَرْفٍ لِلْمُقَرَّرِ ، فَلَمْ يَلْزِمَهُ . وَالثَّانِي ، يَلْزِمُهُ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ الْإِقْرَارِ ، وَيَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُقَرَّرًا بِهِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : له عِنْدِي عَبْدٌ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَصْبِ :

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنَّهُ » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « يَمْتَنَعُ » .

يَلْزُمُهُ ، وَلَا يَلْزُمُهُ فِي بَقِيَّةِ الصُّورِ ؛ لِأَنَّ الْمِنْدِيلَ يَكُونُ ظَرْفًا لِلتَّوْبِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ ظَرْفٌ لَهُ فِي حَالِ الْعَصَبِ ، وَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : غَضِبْتُ تَوْبًا وَمِنْدِيلًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمِنْدِيلُ لِلْعَاصِبِ ، وَهُوَ ظَرْفٌ لِلتَّوْبِ ، فَيَقُولُ : غَضِبْتُ تَوْبًا فِي مِّنْدِيلٍ لِي . وَلَوْ قَالَ هَذَا لَمْ يَكُنْ مُقْرَأً بَعْضِهِ ، فَإِذَا أُطْلِقَ ، كَانَ مُحْتَمَلًا لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ مُقْرَأً بَعْضِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : غَضِبْتُ ذَابَّةً فِي إِصْطَبْلِهَا . أَوْ : لَهُ عَلَيَّ تَوْبٌ فِي مِّنْدِيلٍ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي جِرَّةٌ فِيهَا زَيْتٌ ، أَوْ جِرَابٌ فِيهِ تَمْرٌ ، أَوْ قِرَابٌ فِيهِ سِكِّينٌ . فَعَلَى وَجْهَيْهِ^(٢٩) . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ خَاتَمٌ فِيهِ فَصٌّ . فَكَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُقْرَأً بِهِ^(٣٠) بِفِصَّةٍ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْفِصَّ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْخَاتَمِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ تَوْبٌ فِيهِ عَلَمٌ . وَلَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي خَاتَمٌ . وَأُطْلِقَ ، لَزِمَهُ الْخَاتَمُ بِفِصَّةٍ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْخَاتَمِ يَجْمَعُهُمَا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ تَوْبٌ مُطَرَّرٌ . لَزِمَهُ التَّوْبُ بِطَرَارِهِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي دَارٌ مَفْرُوشَةٌ ، أَوْ ذَابَّةٌ مُسْرَجَةٌ ، أَوْ عَبْدٌ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ . فِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَلْزَمُهُ عِمَامَةُ الْعَبْدِ دُونَ الْفَرَشِ أَوْ السَّرَجِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَدُهُ عَلَى عِمَامَتِهِ ، وَيَدُهُ كَيْدَ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَدُ لِلذَّابَّةِ وَالذَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ سَرَجَ الذَّابَّةِ لِصَاحِبِهَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَنَازَعَ رَجُلَانِ سَرَجًا عَلَى ذَابَّةٍ أَحَدِهِمَا ، كَانَ لِصَاحِبِهَا ، فَصَارَ كِعِمَامَةِ الْعَبْدِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي ذَابَّةٌ بِسَرَجِهَا ، أَوْ دَارٌ بِفَرَشِهَا ، أَوْ سَفِينَةٌ بِطَعَامِهَا . كَانَ مُقْرَأً بِهِمَا بغيرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْبَاءَ تُعَلِّقُ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، أَوْ دِينَارٌ . أَوْ : إِمَّا دِرْهَمٌ وَإِمَّا دِينَارٌ . كَانَ مُقْرَأً بِأَحَدِهِمَا ، يُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ « أَوْ » وَ « إِمَّا » فِي الْحَبْرِ لِلشَّكِّ ، وَتَقْتَضِي أَحَدَ الْمَذْكُورَيْنِ لَا جَمِيعَهُمَا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ إِمَّا دِرْهَمٌ وَإِمَّا دِرْهَمَانِ . كَانَ مُقْرَأً بِدِرْهَمٍ ، وَالثَّانِي مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِالشَّكِّ .

(٢٩) فِي ١ ، ب : « الْوَجْهَيْنِ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

٨٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقْرَبِيَّ ، وَاسْتَنْتَى مِنْهُ الْكَثِيرَ ، وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ التَّصْنِيفِ ، أُخِذَ بِالْكُلِّ ، وَكَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ بَاطِلًا)

لا يَحْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ مَا زَادَ عَلَى التَّصْنِيفِ . وَيُحْكَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ دَرَسْتَوَيْهِ النَّحْوِيِّ^(١) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهُمْ : يَصِحُّ مَا لَمْ يَسْتَنْتِ الْكُلَّ ، فَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى مِائَةِ مِائَةٍ إِلَّا تِسْعَةً وَتِسْعِينَ . لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا وَاحِدٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغَوِّيَهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ ﴾^(٢) . وَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنْ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَنٌ إِلَّا مَنْ آتَيْتَكَ مِنَ الْعَاوِينَ ﴾^(٣) . فَاسْتَنْتَى فِي مَوْضِعِ الْعَاوِينَ مِنَ الْعِبَادِ ، وَفِي مَوْضِعِ الْعِبَادِ مِنَ الْعَاوِينَ ، وَأَيُّهُمَا كَانَ الْأَكْثَرُ فَقَدْ ذَلَّ عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ . وَأَنْشَدُوا :

أَدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنْ مِائَةٍ ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوْمًا^(٤)

فَاسْتَنْتَى تِسْعِينَ مِنْ مِائَةٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ ، وَمُشَبَّهٌ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَنْتَى الْبَعْضَ ، فَجَازَ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْأَقْلِ ، وَلِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ مَا تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، فَجَازَ فِي الْأَكْثَرِ ، كَالْتَّخْصِيسِ وَالْبَدْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ الْاسْتِثْنَاءُ إِلَّا فِي الْأَقْلِ ، وَقَدْ أَنْكَرُوا اسْتِثْنَاءَ الْأَكْثَرِ ، فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الرَّجَّاحُ^(٥) : لَمْ يَأْتِ الْاسْتِثْنَاءُ إِلَّا فِي الْقَلِيلِ مِنَ الْكَثِيرِ ، وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ : مِائَةٌ إِلَّا تِسْعَةً وَتِسْعِينَ . لَمْ يَكُنْ مُتَكَلِّمًا بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَكَانَ عِيًّا مِنَ الْكَلَامِ وَلُكْنَةً . وَقَالَ الْقَتَيْبِيُّ^(٦) : يُقَالُ : صُمْتُ الشَّهْرَ إِلَّا يَوْمًا . وَلَا يُقَالُ : صُمْتُ

(١) أبو محمد عبد الله بن جعفر بن المرزبان الفارسي الفسوي ، تلميذ المبرد ، توفى سنة سبع وأربعين وثلاثمائة . تاريخ العلماء النحويين ٤٦ ، ٤٧ .

(٢) سورة ص ٨٢ ، ٨٣ .

(٣) سورة الحجر ٤٢ .

(٤) سيأتي قول ابن فضال : إنه بيت مصنوع .

(٥) في ب : « الرجاجي » خطأ . وهو إبراهيم بن السري ، صاحب كتاب « معاني القرآن وشرح إعرابه » ، المتوفى سنة ست عشرة وثلاثمائة . تاريخ العلماء النحويين ٣٨ ، ٣٩ .

(٦) أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري ، المتوفى سنة ست وسبعين ومائتين . تاريخ العلماء النحويين ٢٠٩ ، ٢١٠ .

الشَّهْرَ إِلَّا تِسْعَةً وَعَشْرِينَ يَوْمًا . ويقال : لَقِيْتُ الْقَوْمَ جَمِيعَهُمْ إِلَّا وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ . ولا يجوزُ أن يقولَ : لَقِيْتُ الْقَوْمَ إِلَّا أَكْثَرَهُمْ . وإذا لم يَكُنْ صَحِيحًا فِي الْكَلَامِ ، لم يَرْفَعْ بِهِ مَا أَقْرَبَهُ ، كاستِثْنَاءِ الْكُلِّ . وكالو قال : له عَلَى عَشْرَةٍ ، بل خَمْسَةٌ . فأما ما احتجَّوا به من التَّنْزِيلِ ، فَإِنَّهُ فِي الْآيَةِ الْأُولَى اسْتَثْنَى الْمُخْلِصِينَ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَهُمْ الْأَقْلُ ، كما قال تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾ ^(٧) . وفي الأخرى اسْتَثْنَى الْعَاوِينَ مِنَ الْعِبَادِ وَهُمْ الْأَقْلُ ، فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ مِنَ الْعِبَادِ ، وَهُمْ غَيْرُ عَاوِينَ ، قال الله تعالى : ﴿ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ ﴾ ^(٨) . وقيل : الاستثناء في هذه الآية مُنْقَطِعٌ بِمعنى الاستدراكِ ، فيكونُ قوله : ﴿ إِنْ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ ﴾ مُبْتَقَى عَلَى عُمومِهِ ، لم يُسْتثنَ مِنْهُ شَيْءٌ ، ثم اسْتَأْنَفَ : ﴿ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْعَاوِينَ ﴾ . أى لکن من اتَّبَعَكَ مِنَ الْعَاوِينَ فَإِنَّهُمْ عَوُوا بِاتِّبَاعِكَ . وقد دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُهُ فِي الْآيَةِ الأُخْرَى لِاتِّبَاعِهِ : ﴿ وَمَا كَانَ لِي عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَنِ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي ﴾ ^(٩) . وعلى هذا لا يكونُ لهم فيها حُجَّةٌ . وأما البَيْتُ فَقَالَ ابْنُ فَضَالٍ النَّحْوِيُّ ^(١٠) : / هو بَيْتٌ مَصْنُوعٌ ، لم يَثْبُتْ عَنِ الْعَرَبِ . على أن هذا ليس باستثناء ، فإنَّ الاستثناءَ له كَلِمَاتٌ مَخْصُوصَةٌ لَيْسَ هُنَا ^(١١) شَيْءٌ مِنْهَا ، وَالْقِيَاسُ لَا يَجُوزُ فِي اللَّغَةِ . ثم نُعَارِضُهُ بِأَنَّهُ اسْتَثْنَى أَكْثَرَ مِنَ النَّصِيفِ ، فلم يَجْزُ ، كاستِثْنَاءِ الْكُلِّ . والفرقُ بين استِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ وَالْأَقْلُ ، أَنَّ الْعَرَبَ اسْتَعْمَلَتْهُ فِي الْأَقْلِ وَحَسَنَتْهُ ، وَنَفَتْهُ فِي الْأَكْثَرِ وَقَبَّحَتْهُ ، فلم يَجْزُ قِيَاسُ مَا قَبَّحُوهُ عَلَى مَا جَوَّزُوهُ وَحَسَّنُوهُ .

فصل : وفي استِثْنَاءِ النَّصِيفِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يجوزُ . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛

(٧) سورة ص ٢٤ .

(٨) سورة الأنبياء ٢٦ .

(٩) سورة إبراهيم ٢٢ .

(١٠) أبو الحسن على بن فضال بن علي المجاشعي ، إمام النحو ، صاحب المؤلفات ، توفي سنة تسع وسبعين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٨ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ .

(١١) في الأصل ، م : « هنا » .

لِتَحْصِيصِهِ الْإِبْطَالَ بِمَا زَادَ عَلَى النَّصْفِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَكْثَرَ ، فَجَازَ كَالْأَقْلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ، ذِكْرُهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي كَلَامِهِمْ إِلَّا^(١٢) الْقَلِيلُ مِنَ الْكَثِيرِ ، وَالنَّصْفُ لَيْسَ بِقَلِيلٍ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى عَشْرَةٍ ، إِلَّا سَبْعَةً ، إِلَّا خَمْسَةً ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . صَحَّ ، وَكَانَ مُقَرَّبًا بِسِتَّةٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتثنَى الْكُلَّ أَوْ الْأَكْثَرَ ، سَقَطَ إِنْ وَقَفَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَصَلَهُ بِاسْتِثْنَاءٍ آخَرَ اسْتَعْمَلْنَاهُ ، لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْمُسْتثنَى مِنْهُ عِبَارَةٌ عَمَّا بَقِيَ ، فَإِنَّ خَمْسَةً إِلَّا دِرْهَمَيْنِ عِبَارَةٌ عَنْ ثَلَاثَةٍ ، اسْتِثْنَاهَا مِنْ سَبْعَةٍ ، بَقِيَ أَرْبَعَةٌ مُسْتِثْنَاءً^(١٣) مِنْ عَشْرَةٍ ، بَقِيَ مِنْهَا سِتَّةٌ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ ، إِلَّا أَرْبَعَةً ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتثنَى النَّصْفَ . وَصَحَّ عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرَ ، فَلِزِمَهُ خَمْسَةٌ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى عَشْرَةٍ ، إِلَّا خَمْسَةً ، إِلَّا ثَلَاثَةً ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ كُلَّهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَصَحَّ فِي الْآخَرِ ، فَيَكُونُ مُقَرَّبًا بِسَبْعَةٍ . وَلَوْ قَالَ : عَشْرَةٌ ، إِلَّا سِتَّةٌ ، إِلَّا أَرْبَعَةً ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . فَهُوَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَصِحُّ فِيهِ الْاسْتِثْنَاءُ مُقَرَّبًا بِسِتَّةٍ . وَلَوْ قَالَ : ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مُقَرَّبًا بِدِرْهَمَيْنِ^(١٤) . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، إِلَّا ثَلَاثَةً ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ دِرْهَمَيْنِ مِنْ ثَلَاثَةِ اسْتِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ ، وَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ ، فَبَطَلَ ، فَإِذَا بَطَلَ الثَّانِي بَطَلَ الْأَوَّلُ ؛ ^(١٥) لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ^(١٦) الْكُلِّ^(١٥) . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ؛ أَحَدُهَا ، يَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَطَلَ ، لِكَوْنِهِ اسْتِثْنَاءً^(١٦) الْكُلِّ ، فَبَطَلَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَيَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ لَمَّا بَطَلَ ، جَعَلْنَا الْاسْتِثْنَاءَ الثَّانِيَّ مِنَ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيَهُ لِبُطْلَانِ مَا بَيْنَهُمَا . وَالثَّلَاثُ ،

(١٢) فِي الزِّيَادَةِ : « فِي » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « اسْتِثْنَاهُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « بِنِثْلَاةٍ » .

(١٥-١٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٦) فِي : « اسْتِثْنَى » .

يَصِحُّ ، ويكون مُقَرَّأً بِدِرْهَمَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى دِرْهَمَيْنِ ^(١٧) مِنْ ثَلَاثَةِ ^(١٧) ، فَبَقِيَ مِنْهَا دِرْهَمٌ مُسْتَشْنَى مِنَ الْإِقْرَارِ ، وَاسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ عِنْدَهُمْ صَحِيحٌ ^(١٨) . وَوَأَفْقَهُمُ الْقَاضِي فِي هَذَا الْوَجْهِ . وَإِنْ قَالَ : ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا ثَلَاثَةً ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ اسْتِثْنَاءُ كُلِّهِ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِيهِ مِثْلُ مَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، إِلَّا خَمْسِينَ . فَالْمُسْتَشْنَى دِرَاهِمٌ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا تَسْتَشْنَى فِي الْإِبْتِاطِ إِلَّا مِنَ الْجِنْسِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ، إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا . فَالْجَمِيعُ دِرَاهِمٌ كَذَلِكَ . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يَكُونُ الْأَلْفُ مُبْهَمًا ، يُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، وَلِأَنَّ لَفْظَهُ فِي ^(١٩) الْأَلْفِ مُبْهَمٌ وَالدَّرْهَمُ ^(٢٠) لَمْ يُذَكَّرْ تَفْسِيرًا لَهُ ، فَبَقِيَ عَلَى إِبْهَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ عَنِ الْعَرَبِ اسْتِثْنَاءُ فِي الْإِبْتِاطِ إِلَّا مِنَ الْجِنْسِ ، فَمَتَى عَلِمَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ عَلِيمٌ أَنَّ الْآخَرَ مِنْ جِنْسِهِ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ ، وَقَدْ سَلَّمُوهُ ، وَعَلَيْتَهُ تَلَاؤُمُ الْمُسْتَشْنَى / وَالْمُسْتَشْنَى مِنْهُ فِي الْجِنْسِ ، فَمَا ثَبَّتَ فِي أَحَدِهِمَا ثَبَّتَ فِي الْآخَرِ ، فَعَلَى قَوْلِ ^(٢١) وَأَبِي الْخَطَّابِ ^(٢١) يُسْأَلُ عَنِ ^(٢٢) الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ ^(١٩) ، فَإِنْ فَسَّرَهُ بِغَيْرِ التَّمِيمِيِّ ، بَطَلَ اسْتِثْنَاءُ ، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِمَا يُنْظَرُ فِي الْمُسْتَشْنَى ، إِنْ كَانَ مِثْلَ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ ، بَطَلَ ، وَإِلَّا صَحَّ ^(٢٣) . وَعِنْدَ الْقَاضِي يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ ، وَيَصِحُّ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِأَيِّ شَيْءٍ كَانَ ، إِذَا كَانَ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، بَعْدَ اسْتِثْنَاءِ الدَّرَاهِمِ مِنْهُ ^(٢٣) .

١٩١/٤ ظ

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، م : « لا يصح » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « والدرهم » .

(٢١-٢١) سقط من : الأصل ، م ، ا .

(٢٢) في الأصل ، م ، ا : « على » .

(٢٣-٢٣) سقط من : الأصل ، م ، وفي ا : « الشافعي » مكان : « القاضي » .

فصل : وإن قال : له عَلَى تِسْعَةٍ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا . فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمٌ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِن قَالَ : مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا . فَكَذَلِكَ . وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَجْهًا أَنَّهُ لَا يَكُونُ تَفْسِيرًا إِلَّا لِمَا يَلِيهِ ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : أَلْفٌ وَثَلَاثَةٌ دَرَاهِمٌ ، أَوْ خَمْسُونَ دِرْهَمًا^(٢٤) ، أَلْفٌ دِرْهِمٌ ، أَوْ أَلْفٌ وَمِائَةٌ دِرْهِمٌ ، أَوْ مِائَةٌ وَأَلْفٌ دِرْهِمٌ . وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا ؛ فَإِنَّ الدَّرْهَمَ الْمُفَسَّرَ يَكُونُ تَفْسِيرًا^(٢٥) لِجَمِيعِ مَا قَبْلَهُ مِنَ الْجَمَلِ^(٢٦) الْمُبْهَمَةِ وَجِنْسِ الْعَدَدِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى مُخْبِرًا عَنِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَنَّهُ قَالَ : ﴿ إِنَّ هَذَا أُخِي لَهٗ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً ﴾^(٢٧) . وَفِي الْحَدِيثِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تُوْفِيَ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتُوْفِيَ أَبُو بَكْرٍ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتُوْفِيَ عُمَرُ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً^(٢٨) . وَقَالَ عَنَّتْرَةُ^(٢٩) :

فِيهَا اثْنَتَانِ وَأَرْبَعُونَ حَلُوبَةً سُوْدًا كَخَافِيَةِ الْغُرَابِ الْأَسْحَمِ

وَلِأَنَّ الدَّرْهَمَ ذُكِرَ تَفْسِيرًا ، وَهَذَا لَا تَجِبُ بِهِ زِيَادَةٌ عَلَى الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ ، فَكَانَ تَفْسِيرًا لِجَمِيعِ مَا قَبْلَهُ ، لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى تَفْسِيرٍ ، وَهُوَ صَالِحٌ لِتَفْسِيرِهَا ، فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي قَوْلِهِ : أَلْفٌ وَثَلَاثَةٌ دَرَاهِمٌ . وَسَائِرُ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ ، فَعَلَى قَوْلٍ مَنْ لَا يَجْعَلُ الْمُجْمَلُ مِنْ جِنْسِ الْمُفَسَّرِ لَوْ^(٣٠) قَالَ : يَعْثُكَ هَذَا

(٢٤) سقط من : ١ .

(٢٥) في ب : « مفسرا » .

(٢٦) في ١ : « الجملة » .

(٢٧) سورة ص ٢٣ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٩٦ .

وسن رسول الله ﷺ أخرجه البخاري في : باب خاتم النبيين من كتاب المناقب ، وباب وفاة النبي ﷺ ، من كتاب المغازي ٤ / ٢٢٦ ، ٦ / ١٩ . والترمذي ، في : باب مبعث النبي ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحمدي ١٣ / ١٠٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٧٠ ، ٣٧١ .

(٢٩) ديوانه ٩٩ .

(٣٠) في ب ، م ، « أو » .

بمائةٍ وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا ، أو بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا . لا يَصِحُّ . وهو قولُ شاذٌّ ضَعِيفٌ لا يُعَوَّلُ عليه .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ الْفُ وَدِرْهَمٌ ، أو الْفُ وَثَوْبٌ ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ فَاَلْمُجْمَلُ من جِنْسِ الْمُفَسَّرِ أَيْضًا . وكذلك إن قال : أَلْفُ دِرْهَمٍ وَعَشْرَةٌ ، أو الْفُ ثَوْبٌ وَعِشْرُونَ . وهذا قولُ القاضِي ، وابنِ حَامِدٍ ، وأبِي ثَوْرٍ . وقال التَّمِيمِيُّ ، وأبو الخَطَّابِ : يُرْجَعُ في تَفْسِيرِ الْمُجْمَلِ إليه ، لِأَنَّ الشَّيْءَ يُعْطَفُ على جِنْسِيهِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (٣١) . ولأنَّ الألفَ مُبْهَمٌ فَرَجَعَ في تَفْسِيرِهِ إلى الْمُقَرَّرِ ، كما لو لم يُعْطَفْ عليها . وقال أبو حنيفة : إن عَطَفَ على المُبْهَمِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، كان تَفْسِيرًا له ، وإن عَطَفَ مَذْرُوعًا أو مَعْدُودًا ، لم يَكُنْ تَفْسِيرًا ؛ لِأَنَّ عَلَيَّ لِلإِيجَابِ في الذِّمَّةِ ، فإن عَطَفَ عليه ما يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ بِنَفْسِهِ ، كان تَفْسِيرًا له (٣٢) كَقَوْلِهِ : مائةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا . ولنا ، أَنَّ العَرَبَ تَكْتَفِي بِتَفْسِيرِ إِحْدَى الجُمْلَتَيْنِ عن الجُمْلَةِ (٣٣) الأُخْرَى ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثِ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا ﴾ (٣٤) . وقال اللهُ تعالى : ﴿ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ ﴾ (٣٥) . ولأنَّهُ ذَكَرَ مُبْهَمًا مع مُفَسَّرٍ لم يَقَمِ الدَّلِيلُ على أَنَّهُ من غيرِ جِنْسِيهِ ، فكان المُبْهَمُ / من جِنْسِ المُفَسَّرِ ، كما لو قال : مائةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا ، أو ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةَ عَشَرَ رَجُلًا . يُحَقِّقُهُ أَنَّ المُبْهَمَ يَحْتَاجُ إلى التَّفْسِيرِ ، وَذَكَرَ التَّفْسِيرِ في الجُمْلَةِ المُقَارِنَةِ له يَصْلُحُ أَنْ يُفَسَّرَ ، فَوَجَبَ حَمْلُ الأَمْرِ على ذلك ، أَمَا قَوْلُهُ : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . فَإِنَّهُ امْتَنَعَ أَنْ يَكُونَ العَشْرُ أَشْهُرًا لِوَجْهِينِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّ العَشْرَ بغيرِ هاءٍ عَدَدٌ لِلْمَوْنِثِ ، والأَشْهُرُ

١٩٢/٤ و

(٣١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣٢) سقط من : ب ، م ،

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) سورة الكهف ٢٥ .

(٣٥) سورة ق ١٧ .

مُدَكَّرَةٌ ، فلا يجوز أن تُعَدَّ بِعَيرِها . الثاني ، أنَّها لو كانت أَشْهَرًا لقال : أَرْبَعَةٌ عَشَرَ شَهْرًا . بالتركيب ، لا بالعطف ، كما قال : ﴿ عَلِيَّهَا تِسْعَةٌ عَشَرَ ﴾ (٣٦) . وقولهم : إِنَّ الألف مُبْهَمٌ . قلنا : قد قرن به ما يدلُّ على تفسيره ، فأشبهه ما لو قال : مائة وخمسون درهما ، أو مائة ودرهم . عند أبي حنيفة . فإن قيل : إذا قال : مائة وخمسون درهما . فالدرهم ذكِرٌ للتفسير ، ولهذا لا يزدادُ به العددُ ، فصلح تفسير الجميع ما قبله ، بخلاف قوله : مائة درهم . فإنه ذكر الدرهم للإيجاب ، لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد . قلنا : هو صالح للإيجاب والتفسير معاً ، والحاجة داعية إلى التفسير ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، صيانةً لكلام المقر عن الإلتباس (٣٧) والإبهام ، وصرفاً له إلى البيان والإفهام . وقول أصحاب أبي حنيفة : إن « على » للإيجاب . قلنا : فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب ، وكان أحدهما مُبْهَمًا والآخر مُفسَّرًا ، وأمکن تفسيره به ، ووجب أن يكون المُبْهَمُ من جنس المُفسَّر ، فأما إن لم يُمكن (٣٨) ، مثل أن يعطف عددُ المُدَكَّرِ على المؤنث ، أو بالعكس ، ونحو ذلك ، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ، ويتقى المُبْهَمُ على إبهامه ، كما لو قال : له على أربعة دراهم وعشرون .

٨٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : لَهُ عِنْدِي دَرَاهِمٌ . فَمَسَّرَ إِقْرَارَهُ بِأَنَّهَا وَدِيعَةٌ ، قِيلَ وَدِيعَةٌ . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ)

وجُمَلتْهُ أَنْ مَنْ أَقْرَبَ هَذَا اللَّفْظِ ، فَقَالَ : لَهُ عِنْدِي دَرَاهِمٌ . فَسَّرَ إِقْرَارَهُ بِأَنَّهَا وَدِيعَةٌ ، قِيلَ تَفْسِيرُهُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ اخْتِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، سِوَاءَ فَسَّرَهُ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ أَوْ مُنْفَصِلٍ ؛ لِأَنَّهُ فَسَّرَ لَفْظَهُ بِمَا يَقْتَضِيهِ ، فَقِيلَ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دَرَاهِمٌ . وَفَسَّرَهَا بِدَيْنٍ عَلَيْهِ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ تَثَبُّتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْوَدِيعَةِ ، بَحَيْثُ لَوْ ادَّعَى تَلَفَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ

(٣٦) سورة المدثر ٣٠ .

(٣٧) في ب : « الالتياس » .

(٣٨) في ب ، م : « يكن » .

رَدَّهَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . وَإِنْ فَسَّرَهَا بِدَيْنٍ عَلَيْهِ ، قُبِلَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يُقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ
 أَغْلَظُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي وَدِيعَةٌ رَدَدْتُهَا إِلَيْهِ . أَوْ تَلَفْتُ . لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، وَلَمْ يُقْبَلْ
 قَوْلُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُنَاقِضَةِ الْإِقْرَارِ ، وَالرُّجُوعِ عَمَّا أَقْرَبَهُ ، فَإِنَّ الْأَلْفَ
 الْمَرْدُودَ وَالَّتَالِفَ لَيْسَتْ عِنْدَهُ أَصْلًا ، وَلَا هِيَ وَدِيعَةٌ ، وَكُلُّ كَلَامٍ يَنَاقِضُ الْإِقْرَارَ وَيُحِيلُهُ ،
 يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَرْدُودًا . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ
 مَنْصُورٍ : إِذَا قَالَ : لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ . صَدَّقَ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى تَلَفَ الْوَدِيعَةِ ،
 أَوْ رَدَّهَا ، فَقُبِلَ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ بِكَلَامٍ مُتَفَصِّلٍ . وَإِنْ قَالَ : كَانَتْ عِنْدِي ، وَظَنَنْتُ
 أَنَّهَا بَاقِيَةٌ ، ثُمَّ عَرَفْتُ أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا .

٨٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِفِ . ثُمَّ قَالَ : وَدِيعَةٌ . لَمْ يُقْبَلْ
 قَوْلُهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَقْرَأَ بِدِرَاهِمَ بِقَوْلِهِ : عَلَى كَذَا . ثُمَّ فَسَّرَهُ بِالْوَدِيعَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ
 قَوْلُهُ ، / فَلَو ادَّعَى بَعْدَ هَذَا تَلَفَهَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ .
 وَقِيلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ أَنَّهَا وَدِيعَةٌ ، وَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ تَلَفَهَا ، قُبِلَ مِنْهُ . وَقَالَ
 الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَرَدُّهَا ، فَإِذَا قَالَ : عَلَى .
 وَفَسَّرَهَا بِذَلِكَ ، احْتَمَلَ صِدْقَهُ ، فَقُبِلَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ وَصَلَهُ بِكَلَامِهِ ، فَقَالَ : لَهُ ^(١) عَلَى الْآلِفِ
 وَدِيعَةٌ . وَلِأَنَّ حُرُوفَ الصَّلَاتِ ^(٢) يَحْلُفُ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ « عَلَى »
 بِمَعْنَى « عِنْدِي » كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى إِخْبَارًا عَنْ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ وَلَهُمْ
 عَلَى ذَنْبٍ ﴾ ^(٣) . أَيْ عِنْدِي . وَلِنَا ، أَنَّ « عَلَى » لِلْإِيجَابِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَهَا فِي
 ذِمَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : مَا عَلَى فُلَانٍ عَلَى . كَانَ ضَامِنًا لَهُ ، وَالْوَدِيعَةُ لَيْسَتْ فِي ذِمَّتِهِ ،

(١) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢) في ١ : « الصفات » .

(٣) سورة الشعراء ١٤ .

ولا هي عليه ، إنما هي عنده . وما ذكروه مجازاً ، طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أو إقامة حرف مقام حرف ، والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ ، بدليل أنه لو قال : له على دراهم . لزمته ثلاثة دراهم ، وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين ، وعن واحد ، كقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (٤) . ومواضع كثيرة في القرآن . ولو قال : له على درهم . وقال : أردت نصف درهم ، فحذفت المضاف وأقمت المضاف إليه مقامه . لم يقبل منه . ولو قال : لك من مالي ألف . قال : صدقت ، ثم قال : أردت أن عليك من مالي ألفاً ، وأقمت اللام مقام « على » كقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ (٥) . لم يقبل منه . ولو قيل في الإقرار مطلق الاحتمال ، لسقط ، ولقبيل في (٦) تفسير الدراهم بالتاقصة والزائفة والموجلة . وأما إذا قال : لك على ألف . ثم قال : كان وديعة فتلف . لم يقبل قوله ؛ لأنه متناقض . وقد سبق نحو من هذا .

فصل : وإن قال : لك على مائة درهم . ثم أحضرها ، وقال : هذه التي أقررت بها ، وهي وديعة كانت لك عندي . فقال المقر له : هذه وديعة ، والتي أقررت بها غيرها ، وهي ذمى عليك . فقول الخرقى يقتضى أن القول قول المقر له . وهو قول أبي حنيفة . وقال القاضي : القول قول المقر مع يمينه . وللشافعي قولان ، كالوجهين ، وتعليقهما ما تقدم . وإن كان قال في إقراره : لك على مائة في ذمى . فإن القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر ؛ لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة . قال : وقد (٧) يقبل ؛ لأنه يحتمل : في ذمى أداؤها . ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها ، فكان ضمناً عليها في ذمته . ولأصحاب الشافعي في هذه وجهان . فأما إن وصل ذلك بكلامه ، فقال : لك على مائة وديعة . قبل ؛ لأنه وصل كلامه بما يحتمله ، فصح .

(٤) سورة النساء ١١ .

(٥) سورة الإسراء ٧ .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧) في ا ، ب ، م زيادة : « قبل » .

كما لو قال : لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ نَاقِصَةٌ . / وإن قال : لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِيعَةٌ دَيْنًا ، أَوْ مُضَارَبَةٌ دَيْنًا . صَحَّ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ يَتَعَدَّى فِيهَا ، فَتَكُونُ دَيْنًا ، وَإِنْ قَالَ : أُرَدْتُ أَنَّهُ شَرَطَ عَلَيَّ ضَمَانَهَا . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهَا لَا^(٨) تَصِيرُ بِذَلِكَ دَيْنًا . وَإِنْ قَالَ : عِنْدَهُ مِائَةٌ وَدِيعَةٌ ، شَرَطَ عَلَيَّ ضَمَانَهَا . لَمْ يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تَصِيرُ بِالشَّرْطِ مَضْمُونَةً . وَإِنْ قَالَ : عَلَيَّ أَوْ عِنْدِي^(٩) مِائَةٌ دِرْهَمٍ عَارِيَّةً . لَزِمَتْهُ ، وَكَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، سِوَاءَ حَاكَمْنَا بِصِحَّةِ الْعَارِيَّةِ فِي الدَّرَاهِمِ أَوْ بِفَسَادِهَا ؛ لِأَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ضَمِنَ فِي الْفَاسِدِ . وَإِنْ قَالَ : أُوَدِّعُنِي مِائَةً ، فَلَمْ أَقْبِضْهَا . أَوْ أَقْرَضْنِي مِائَةً ، فَلَمْ آخُذْهَا . قُبِلَ قَوْلُهُ مُتَّصِلًا ، وَلَمْ يُقْبَلْ إِذَا كَانَ مُتَّفَصِلًا . وَهَكَذَا إِذَا قَالَ : تَقَدَّنِي مِائَةً ، فَلَمْ أَقْبِضْهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : لَهُ فِي هَذَا الْعَبْدِ أَلْفٌ . أَوْ : لَهُ مِنْ هَذَا الْعَبْدِ أَلْفٌ . طُولِبَ بِالْيَبَانَ ، فَإِنْ قَالَ : تَقَدَّ عَنِّي أَلْفًا فِي ثَمَنِهِ . كَانَ قَرْضًا ، وَإِنْ قَالَ : تَقَدَّ^(١٠) فِي ثَمَنِهِ أَلْفًا . قُلْنَا : بَيْنَ كَمْ ثَمَنَ الْعَبْدِ ، وَكَيْفَ كَانَ الشُّرَاءُ ؟ فَإِنْ قَالَ : بِإِجَابٍ وَاحِدٍ ، وَزَنَ أَلْفًا وَوَزَنَتْ أَلْفًا . كَانَ مُقَرَّرًا بِنِصْفِ الْعَبْدِ ، وَإِنْ قَالَ : وَزَنْتُ أَنَا^(٨) أَلْفَيْنِ . كَانَ مُقَرَّرًا بِثَلَاثَةٍ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، سِوَاءَ كَانَتْ الْقِيَمَةُ قَدْرَ مَا ذَكَرَهُ ، أَوْ أَقَلَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُعِينُ وَقَدْ يُعْبَرُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتَاهُ^(١١) بِإِجَابَيْنِ . قِيلَ : فَكَمْ اشْتَرَى مِنْهُ ؟ فَإِنْ قَالَ : نِصْفًا ، أَوْ ثُلُثًا ، أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ أَكْثَرَ . قُبِلَ مِنْهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَافَقَ الْقِيَمَةَ أَوْ خَالَفَهَا . وَإِنْ قَالَ : وَصَّى لَهُ بِأَلْفٍ مِنْ ثَمَنِهِ . وَصُرِفَ إِلَيْهِ مِنْ ثَمَنِهِ أَلْفٌ . وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفًا مِنْ مَالِهِ ، مِنْ غَيْرِ ثَمَنِ الْعَبْدِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَتَّعِنُ حَقُّهُ فِي ثَمَنِهِ . وَإِنْ فَسَّرَ

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) في الأصل ، م : « وعندي » .

(١٠) في الزيادة : « عنى » .

(١١) في الأصل : « اشتريته » .

ذلك بالْف من جنائية جناها العبد ، فتعلقت برقبته ، قبل ذلك ، وله بيع العبد ، ودفع الألف من ثمنه . وإن قال : أردت أنه رهن عنده بالْف . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يُقبل ؛ لأنَّ حقَّ المرتهن في الدَّمة . والثاني ، يُقبل ؛ لأنَّ الدَّين يتعلَّق بالرَّهن ، فصَحَّ تفسيره به ، كالجنائية . ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه .

فصل : وإن قال : له في مالي هذا الف ، أو من مالي الف . وفسره بدين أو ودية أو وصية فيه ، قبل . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يُقبل إقراره ؛ لأنَّ ماله ليس هو لغيره . ولنا ، أنه أقرَّ بالْف ، فقبل ، كما لو قال : في مالي . ويجوز أن يُضيف إليه مالا بعضه لغيره . ويجوز أن يُضيف مال غيره إليه ، لاخصاصي له به ، أو يد له عليه ، أو ولاية ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَآرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (١٢) وقال سبحانه في النساء : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ (١٣) . وقال لأزواج رسول الله ﷺ : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ (١٤) . فلا يطل إقراره مع احتمال صحته . وإن قال : أردت هبة . قبل منه ؛ لأنه مُحتمِل . وإن امتنع من تقبيلها ، لم يُجبر عليه ؛ لأنَّ الهبة فيها لا تلزم قبل القبض . وكذلك يُخرج فيما إذا قال : لفلان في داري هذه نصفها ، أو من داري بعضها ، وقد نُقل عن أحمد ما يدل على روايتين ، قال في رواية مهنا في من قال : نصف عيدي هذا لفلان . لم يجز إلا أن يقول (١٥) وهبته . وإن قال : نصف مالي هذا لفلان . لا عرف هذا . ونقل ابن منصور : إذا قال : فرسى هذه لفلان . فأقراره جائز . فظاهر هذا صحة الإقرار .

(١٢) سورة النساء ٥ .

(١٣) سورة الطلاق ١ .

(١٤) سورة الأحزاب ٣٣ .

(١٥) في م زيادة : « قد » .

فإن قال : له في هذا المال نصفه ، أو له نصف هذه الدار . فهو إقرار صحيح . وإن قال : له في هذا المال ألف . صح . وإن قال : له في ميراث أبي ألف . فهو إقرار بدين على التركة . وإن قال : في ميراثي من أبي . وقال : أردت هبة . قيل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه ، فمقتضاه ما خلفه ، فيقتضى وجوب المقر به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه ، فمعناه ما ورثته وانتقل إلى ، فلا يحمل على الوجوب ، وإذا أضاف إليه منه جزءاً ، فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله .

فصل : وإن قال : له في هذا العبد شركة . صح إقراره ، وله تفسيره بأى قدر كان منه . وقال أبو يوسف : يكون مقرراً ينصفه ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(١٦) . فافتضى ذلك التسوية بينهم ، كذا ههنا . ولنا ، أن أى جزء كان له منه ، فله فيه شركة ، فكان له تفسيره بما شاء ، كالنصف ، وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ، ولا مخالفاً للظاهر ، والآية تثبت التسوية فيها بدليل ، وكذلك الحكم إذا قال : هذا العبد شركة بيننا .

فصل في الإقرار بالمجهول : وإذا قال : لفلان على شيء . أو كذا . صح إقراره ، ولزمه تفسيره . وهذا لا خلاف فيه ، ويفارق الدعوى ، حيث لا تصح مجهولة ؛ لكون الدعوى له والإقرار عليه ، فلزمه ^(١٧) ما عليه مع الجهالة دون ماله ، ولأن المدعى إذا لم يصحح دعواه ، فله دافع إلى تحريرها ، والمقر لا داعى له إلا التحرير ، ولا يؤمن رجوعه عن إقراره ، فيضيع حق المقر له ، فالزمناء إياه مع الجهالة ، فإن امتنع من تفسيره ، حبس حتى يفسر . وقال القاضى : يجعل ناكلاً ، ويؤمر المقر له بالبيان ، فإن بين شيئاً ، فصدقه المقر ، ثبت ، وإن كذبه ، وامتنع من البيان ، قيل

(١٦) سورة النساء ١٢ .

(١٧) في ١ : « فزم » .

له : إن بَيَّنْتَ ، وإلَّا جَعَلْنَاكَ نَاكِيلًا ، وَقَضَيْنَا عَلَيْكَ . وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا : إن بَيَّنْتَ وإلَّا حَلَفْنَا^(١٨) المُقَرَّرَ له على ما يَدَّعِيه ، وأَوْجَبْنَاهُ عَلَيْكَ . فإن فَعَلَ ، وإلَّا أَحَلَفْنَا المُقَرَّرَ له ، وأَوْجَبْنَاهُ على المُقَرَّرِ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّهُ مُمْتَنِعٌ من حَقِّ عليه ، فَيُحْبَسُ به ، كما لو عَيَّنَهُ وَاُمْتَنَعَ من أَدَائِهِ . ومع ذلك متى عَيَّنَهُ المُدَّعِي وَاَدَّعَاهُ ، فَتَكَلَّ المُقَرَّرُ ، فهو على ما ذَكَرُوهُ . وإن مات مَنْ عليه الحَقُّ ، أُخِذَ وَرَثَتُهُ بِمِثْلِ ذلك ؛ لِأَنَّ الحَقَّ ثَبِتَ على مَوْرُوئِهِمْ ، فَيَتَعَلَّقُ بِتَرَكَّتِهِ وقد صَارَتْ إلى الوَرِثَةِ ، فَيَلْزِمُهُمْ ما لَزِمَ مَوْرُوئِهِمْ ، كما لو كان الحَقُّ مُعَيَّنًا . وإن لم يَخْلُفِ المَيِّتُ تَرَكَهٗ ، فلا شَيْءَ على الوَرِثَةِ . ومتى فَسَّرَ إِقْرَارَهُ بما يَتِمُّوْلُ في العَادَةِ ، قَبْلَ تَفْسِيرِهِ وَثَبِتَ ، إِلاَّ أَن يَكْذِبَهُ المُقَرَّرُ له ، وَيَدَّعِي جِنْسًا آخَرَ ، أو لا يَدَّعِي شَيْئًا ، فَيَبْطُلُ إِقْرَارُهُ . وإن فَسَّرَهُ بما لا يَتِمُّوْلُ عَادَةً ، كَقِشْرَةِ جَوْزَةٍ ، أو قِشْرَةِ بَاذِنَجَانَةٍ ، لم يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ / لِأَنَّ إِقْرَارَهُ اعْتِرَافٌ بِحَقِّ عَلَيْهِ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وهذا لا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ . وكذلك إن فَسَّرَهُ بما ليس بِمَالٍ في الشَّرْعِ ، كَالْحَخْمِ وَالْحَنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ ، لم يُقْبَلْ . وإن فَسَّرَهُ بِكَلْبٍ لا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، فَكَذَلِكَ . وإن فَسَّرَهُ بِكَلْبٍ يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، أو جِلْدِ مَيْتَةٍ غَيْرِ مَذْبُوعٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ شَيْءٌ يَجِبُ رَدُّهُ عَلَيْهِ^(١٩) ، وَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، فَالإِجَابُ يَتَنَاوَلُهُ . والثاني ، لا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارًا عَمَّا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، وهذا لا يَجِبُ ضَمَانُهُ . وإن فَسَّرَهُ بِحَيَّةٍ حَنْطِيَّةٍ أو شَعِيرٍ وَنَحْوِهَا ، لم يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ هذا لا يَتِمُّوْلُ عَادَةً على انْفِرَادِهِ . وإن فَسَّرَهُ بِحَدِّ قَذْفٍ ، قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لا يُوْوَلُ إلى مَالٍ . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ ما ثَبِتَ في الذِّمَّةِ صَحَّ أَنْ يُقَالَ : هو عَلَيَّ . وإن فَسَّرَهُ بِحَقِّ شُفْعَةٍ ، قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، وَيُوْوَلُ إلى المَالِ . وإن فَسَّرَهُ بِرَدِّ السَّلَامِ ، أو تَشْمِيَةِ العَاطِسِ وَنَحْوِهِ ، لم يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِفَوَاتِهِ ، فلا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ . وهذا الإِقْرَارُ يَدُلُّ على ثُبُوتِ الحَقِّ في الذِّمَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ به ، إِذَا أَرَادَ أَنْ حَقًّا عَلَيَّ رُدُّ سَلَامِهِ إِذَا سَلَّمَ ، وَتَشْمِيَتُهُ إِذَا

(١٨) في ١ : « أحلفنا » .

(١٩) في ب زيادة : « ويجب » .

عَطَسَ ؛ لما رَوَى فِي الْحَبَرِ : « لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ ثَلَاثُونَ حَقًّا : يُرَدُّ سَلَامُهُ ، وَيُسْمِتُ عَطَسَتَهُ ، وَيُجِيبُ دَعْوَتَهُ » . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ (٢٠) . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُهُ شَيْئًا . وَفَسَّرَهُ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْعَصَبِ يَقَعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُهُ نَفْسَهُ . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ لَا يُثْبِتُ عَلَيْهِ . وَهَذَا الْفَصْلُ أَكْثَرُهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُ إِقْرَارِهِ بِغَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُمَا لَا يُثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ بِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ ، فَجَازَ أَنْ يُفَسَّرَ بِهِ الشَّيْءُ فِي الْإِقْرَارِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ فِي الْجُمْلَةِ ، فَصَحَّ التَّفْسِيرُ كَالْمَكِيلِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِسَبَبِ ثُبُوتِهِ فِي الْإِقْرَارِ بِهِ ، وَالْإِنْجَابِ عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ بِمَالٍ ، قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِقَلِيلِ الْمَالِ وَكَثِيرِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِغَيْرِ الْمَالِ الرَّكَوِيِّ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ ﴾ (٢١) . وَقَوْلُهُ : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ (٢٢) . وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ عَنْهُ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ؛ لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَوَّلُ نِصَابٍ مِنْ نِصَابِ الرَّكَاةِ ، مِنْ نَوْعِ أَمْوَالِهِمْ . وَالثَّلَاثُ ، مَا يُقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَيَصِحُّ مَهْرًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (٢٣) . وَلَنَا ، أَنَّ غَيْرَ مَا ذَكَرُوهُ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْمَالِ حَقِيقَةً وَعُرْفًا ، وَيُتَمَوَّلُ عَادَةً ، فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، كَالَّذِي وَافَقُوا عَلَيْهِ . وَأَمَّا آيَةُ (٢٤) الرَّكَاةِ فَهِيَ عَامَّةٌ دَخَلَهَا التَّخْصِيسُ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ . لَمْ يُرَدِّ بِهِ الرَّكَاةُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا نَزَلَتْ بِمَكَّةَ قَبْلَ فَرَضِ الرَّكَاةِ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهَا ، ثُمَّ يُرَدُّ قَوْلُهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ . وَالتَّرْوِيجُ جَائِزٌ بِأَيِّ نَوْعٍ كَانَ مِنَ الْمَالِ ، وَبِمَادُونِ النَّصَابِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ مَالٌ عَظِيمٌ ، أَوْ كَثِيرٌ ، أَوْ جَلِيلٌ ، أَوْ حَاطِرٌ . جَازَ تَفْسِيرُهُ

(٢٠) لم نجد هذا اللفظ ، وذكره السيوطي بالفاظ أخرى بروايات عدة ، في : الجامع الكبير ١ / ٦٥٤ .

(٢١) سورة التوبة ١٠٣ .

(٢٢) سورة الذاريات ١٩ .

(٢٣) سورة النساء ٢٤ .

(٢٤) في م : آيات ٤ .

بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ ، كما لو قال : مَالٌ . لم يَزِدْ عَلَيْهِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يُقَطَّعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَيَكُونُ صَدَاقًا عِنْدَهُ . وَعنه : لا يُقْبَلُ بِأَقْلٍ مِنْ مِائَتِي دِرْهَمٍ . وبه قال صَاحِبَاهُ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ . وقال بعضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ / كَقَوْلِهِمْ فِي الْمَالِ . ومنهم من قال : يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ أَقْلٌ زِيَادَةً . ومنهم مَنْ قال : قَدَّرَ الدِّيَةَ . وقال اللَّيْثُ بن سَعْدٍ : اثْنَانِ وَسَبْعُونَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ (٢٥) . وكانت غَزَوَاتُهُ وَسَرَايَاهُ اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ . قالوا : وَلِأَنَّ الْحَبَّةَ لا تُسَمَّى مَالًا عَظِيمًا وَلَا كَثِيرًا . ولنا ، أَنَّ ما فُسِّرَ بِهِ الْمَالُ فُسِّرَ بِهِ الْعَظِيمُ ، كَالَّذِي سَلَّمُوهُ ، وَلِأَنَّ الْعَظِيمَ وَالكَثِيرَ لا حَدَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ ، وَلَا فِي اللَّغَةِ ، وَلَا فِي الْعُرْفِ ، وَيَحْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْقَلِيلَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْكَثِيرَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْتَقِرُ الْكَثِيرَ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي ذَلِكَ حَدٌّ يُرْجَعُ إِلَى تَفْسِيرِهِ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ ما مِنْ مَالٍ إِلَّا وَهُوَ عَظِيمٌ كَثِيرٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ما دُونَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ عَظِيمًا عِنْدَهُ ؛ لِفَقْرِ نَفْسِهِ وَدَنَاءَتِهَا ، وما ذَكَرُوهُ فَلَيْسَ فِيهِ تَحْدِيدٌ لِلْكَثِيرِ ، وَكُونُ ما ذَكَرُوهُ كَثِيرًا لا يَمْنَعُ الْكثْرَةَ فِيمَا دُونَهُ ، وَقَدْ قالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا ﴾ (٢٦) . فَلَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى ذَلِكَ ، وَقَالَ : ﴿ كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً ﴾ (٢٧) . فَلَمْ يُحْمَلْ عَلَى ذَلِكَ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا قالَ : عَظِيمٌ جِدًّا ، أَوْ عَظِيمٌ عَظِيمٌ . كما لو لم يَقْلَهُ ؛ لما قَرَّرْتَاهُ .

فصل : وإن قال : له عَلَى أَكْثَرٍ مِنْ مَالِ فُلانٍ . فَفَسَّرَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ عَدَدًا أَوْ قَدْرًا ، لَزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، وَتُفَسِّرُ الزِّيَادَةَ بِأَيِّ شَيْءٍ أَرَادَ ، وَلَوْ حَبَّةً أَوْ أَقْلًا . وإن قال : ما عَلِمْتُ لِفُلانٍ أَكْثَرَ مِنْ كذا وكذا (٢٨) . وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَكْثَرُ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَبْلَغَ الْمَالِ حَقِيقَةً لا يُعْرَفُ فِي الْأَكْثَرِ ، وَقَدْ يَكُونُ ظَاهِرًا وَباطِنًا ، فِيمَلِكُ ما لا يَعْرِفُهُ

(٢٥) سورة التوبة ٢٥ .

(٢٦) سورة الأحزاب ٤١ .

(٢٧) سورة البقرة ٢٤٩ .

(٢٨) في م : « أو كذا » .

المُقَرَّرُ ، فكان المَرَجِعُ إلى ما اعتَقَدَهُ المُقَرَّرُ مع يَمِينِهِ ، إذا ادَّعَى عليه أَكْثَرُ منه . وإن فَسَّرَهُ بِأَقْلٍ من مَالِهِ ، مع عِلْمِهِ بِمَالِهِ ، لم يَقْبَلْ . وقال أصحابنا : يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، سواءَ عَلِمَ مَالُ فُلَانٍ أو جَهْلَهُ ، أو ذَكَرَ قَدْرَهُ أو لم يَذْكُرْهُ ، أو قاله عَقِيبَ الشَّهَادَةِ بِقَدْرِهِ أَوْلا^(٢٩) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْهُ بَقَاءً أو مَنْفَعَةً أو بَرَكَةً ، لِكَوْنِهِ مِنَ الْحَلَالِ ، أو لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ . قال القاضي : ولو قال : لِي عَلَيكَ أَلْفٌ دِينَارٍ . فقال : لَكَ عَلَيَّ أَكْثَرُ من ذلك . لم يَلْزَمَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ أَكْثَرُ مُبْهَمَةٌ ، لِاحْتِمَالِهَا ما ذَكَرْنَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَكْثَرُ مِنْهُ فُلُوسًا ، أو حَبَّ حِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ أو دُخْنٍ ، فَرَجَعَ فِي تَفْسِيرِهَا إِلَيْهِ . وهذا بَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ لَفْظَةَ أَكْثَرُ إِنَّمَا تُسْتَعْمَلُ حَقِيقَةً فِي الْعَدَدِ ، أو فِي الْقَدْرِ ، وَتَنْصَرِفُ إِلَى جِنْسٍ ما أُضِيفَ أَكْثَرُ إِلَيْهِ ، لا يُفْهَمُ فِي الإِطْلَاقِ غَيْرُ ذَلِكَ ، قال اللهُ تَعَالَى : ﴿ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ ﴾^(٣٠) . وَأَخْبَرَ عَنِ الَّذِي قَالَ : ﴿ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا ﴾^(٣١) . ﴿ وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالًا وَأَوْلَدًا ﴾^(٣٢) . وَالإِقْرَارُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالظَّاهِرِ دُونَ مُطْلَقِ الْإِحْتِمَالِ ، وَهَذَا لَوْ أَقْرَبَ بَدْرَاهِمَ ، لَزِمَهُ أَقْلُ الْجَمْعِ جَيَادًا صِحَاحًا وَارْتِنَةً حَالَةً . ولو قال : له عَلَيَّ دَرَاهِمٌ . لم يَقْبَلْ تَفْسِيرُهَا بِالْوَدِيعَةِ . ولو رَجَعَ إِلَى مُطْلَقِ الْإِحْتِمَالِ لَسَقَطَ الإِقْرَارُ . وَاحْتِمَالُ ما ذَكَرُوهُ أْبْعَدُ مِنْ هَذِهِ الْإِحْتِمَالَاتِ الَّتِي لَمْ يَقْبَلُوا تَفْسِيرَها ، فلا يُعْوَلُ عَلَى هَذَا .

فصل : ولو قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ ، إِلَّا شَيْئًا . قَبِلَ تَفْسِيرُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَحْتَمِلُ الْقَلِيلَ وَالكَثِيرَ ، لَكِنْ لا يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ . فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى ما دُونَ النَّصْفِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : إِلَّا قَلِيلًا ؛ لِأَنَّهُ / مُبْهَمٌ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : إِلَّا شَيْئًا . وَإِنْ قَالَ : له عَلَيَّ مُعْظَمُ أَلْفٍ ، أو جُلُّ أَلْفٍ ، أو قَرِيبٌ مِنْ أَلْفٍ . لَزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ ، وَيَحْتَلِفُ عَلَى الزِّيَادَةِ إِنْ ادَّعِيَتْ عَلَيْهِ .

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) سورة غافر ٨٢ .

(٣١) سورة الكهف ٣٤ .

(٣٢) سورة سبأ ٣٥ .

فصل : وإن قال : له عَلَى كذا . ففيه ثلاثُ مسائلٍ ؛ أحدها ، أن يقول : كذا . بغير تَكْرِيرٍ ولا عَطْفٍ . الثانية ، أن يُكْرَرَ بغيرِ عَطْفٍ . الثالثة ، أن يَعْطَفَ ، فيقول : كذا وكذا . فأما الأولى ، فإذا قال : له عَلَى^(٣٣) كذا دِرْهَمٍ . لم يَحُلْ من أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ أحدها ، أن يقول : له عَلَى كذا دِرْهَمٍ . بالرَّفْعِ ، فَيَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ . وتقديرُهُ شيءٌ هو دِرْهَمٌ ، فَجَعَلَ الدَّرْهَمَ بَدَلًا من كذا . الثاني ، أن يقول : دِرْهَمٍ . بالجرِّ ، فَيَلْزَمُهُ جُزْءٌ دِرْهَمٍ ، يُرْجَعُ في تَفْسِيرِهِ إليه ، والتَّقْدِيرُ جُزْءٌ دِرْهَمٍ ، أو بعضُ دِرْهَمٍ . ويكون كذا كِنَايَةً عنه . الثالث ، أن يقول : دِرْهَمًا . بالنَّصْبِ ، فَيَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ ، ويكون مَنْصُوبًا على التَّفْسِيرِ ، وهو التَّمْيِيزُ . وقال بعضُ النُّحَوِيِّينَ : هو مَنْصُوبٌ على القَطْعِ ، كأنَّهُ قَطَعَ ما ابتَدَأَ به ، وأقرَّ بِدِرْهَمٍ . وهذا على قولِ نَحَاةِ الكُوفَةِ . الرابع ، أن يَذْكَرَهُ بالوَقْفِ ، فَيَقْبَلُ تَفْسِيرَهُ بِجُزْءِ دِرْهَمٍ أيضًا ؛ لأنَّهُ^(٣٤) يجوزُ أن يكونَ اسْقَطَ حَرَكَةَ الجَرِّ لِلوَقْفِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضي : يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ في الحالاتِ كُلِّهَا . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . ولنا ، أن « كذا » اسمٌ مُبْهَمٌ ، فَصَحَّ^(٣٥) تَفْسِيرُهُ بِجُزْءِ دِرْهَمٍ في حالِ الجَرِّ والوَقْفِ .

المسألة الثانية ، إذا قال : كذا كذا . بغيرِ عَطْفٍ ، فالْحُكْمُ فيها^(٣٥) كالحُكْمِ في « كذا » بغيرِ تَكْرَارٍ سواءً ، لا يَتَغَيَّرُ الحُكْمُ . ولا يَفْتَضِي تَكْرِيرُهُ الزِّيَادَةَ ، كأنَّهُ قال : شيءٌ شيءٌ^(٣٦) . ولأنَّهُ إذا قاله بالجرِّ ، احْتَمَلَ أن يكونَ قد أَضَافَ جُزْءًا إلى جُزْءٍ ، ثم أَضَافَ الجُزْءَ الآخَرَ إلى الدَّرْهَمِ ، فقال : نِصْفَ نِصْفِ دِرْهَمٍ . وهكذا لو قال : كذا كذا كذا . لأنَّهُ يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ ثَلَاثَ خُمْسِ دِرْهَمٍ ، ونحوه .

المسألة الثالثة ، إذا عَطَفَ ، فقال : كذا وكذا دِرْهَمٍ . بالرَّفْعِ ، لَزِمَهُ دِرْهَمٌ واحِدٌ ؛

(٣٣) سقط من : الأصل ، م .

(٣٤) في الأصل ، م زيادة : « لا » .

(٣٥-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) سقط من : ا ، ب ، م .

لأنه ذَكَرَ شَيْئَيْنِ ، ثم أَبَدَلَ مِنْهُمَا دِرْهَمًا ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : هُمَا دِرْهَمٌ . وَإِنْ قَالَ : دِرْهَمًا . بِالنَّصْبِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي ؛ لِأَنَّ « كَذَا » يَحْتَمِلُ أَقْلَ مِنْ دِرْهَمٍ ، فَإِذَا عَطَفَ عَلَيْهِ مِثْلَهُ ، ثُمَّ فَسَّرَهُمَا بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ ، جَازٌ ، وَكَانَ كَلَامًا صَحِيحًا . وَهَذَا يُحْكِي قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ جُمْلَتَيْنِ ، فَإِذَا فَسَّرَ ذَلِكَ بِدِرْهَمٍ عَادَ التَّفْسِيرُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، كَقَوْلِهِ : عِشْرُونَ دِرْهَمًا . يُعْوَدُ التَّفْسِيرُ إِلَى الْعِشْرِينَ ، وَكَذَا هُنَا . وَهَذَا يُحْكِي قَوْلًا ثَانِيًا لِلشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ دِرْهَمٍ . وَلَعَلَّهُ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الدَّرْهَمَ تَفْسِيرٌ لِلْجُمْلَةِ الَّتِي تَلِيهِ ، فَيَلْزِمُهُ بِهَا دِرْهَمٌ ، وَالْأُولَى بَاقِيَةٌ عَلَى إِنْهَامِهَا ، فَيُرْجَعُ^(٣٧) فِي تَفْسِيرِهَا إِلَيْهِ . وَهَذَا يُشْبِهُ مَذْهَبَ التَّمِيمِيِّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا قَالَ : كَذَا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ عِشْرُونَ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ عَدَدٍ يُفَسَّرُ بِالوَاحِدِ الْمَنْصُوبِ . وَإِنْ قَالَ : كَذَا كَذَا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ أَحَدٌ عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ عَدَدٍ^(٣٨) مُرَكَّبٌ يُفَسَّرُ بِالوَاحِدِ الْمَنْصُوبِ . وَإِنْ قَالَ : كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا^(٣٩) ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ عَدَدٍ^(٣٨) عَطَفَ^(٤٠) بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ يُفَسَّرُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ قَالَ : كَذَا دِرْهَمٍ . بِالْجَرِّ ، لَزِمَهُ مِائَةٌ دِرْهَمٍ^(٤١) ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ عَدَدٍ يُضَافُ إِلَى الْوَاحِدِ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي يَوْسَفَ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ / : كَذَا كَذَا ، أَوْ كَذَا وَكَذَا . يَلْزِمُهُ بِنِهَا أَحَدٌ عَشَرَ دِرْهَمًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا قُلْنَا ، وَيَحْتَمِلُ مَا قَالُوهُ ، فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، وَمَا زَادَ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَجِبُ بِالشَّكِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَيَّ دَرَاهِمٌ . لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْجَمْعِ ، وَلَا يَلْزِمُ كَثْرَةَ الِاسْتِعْمَالِ ، فَإِنَّ اللَّفْظَ إِذَا كَانَ حَقِيقَةً فِي الْأَمْرَيْنِ ، جَازَ التَّفْسِيرُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ يَكُونُ

(٣٧) ف ب : « فرجع » .

(٣٨-٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٠) ف ب : « يعطف » .

(٤١) سقط من : ا ، ب .

اللفظ المفرد موجبا لأكثر من المكرر ، فإنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمكرر (٤٢) أحد عشر ، ولا تعرف لفظا مفردا متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره .

فصل : ولو قال : غصبتك ، أو غبتك . لم يلزمه شيء ؛ لأنه قد يعصبه نفسه ، ويعينه في غير المال . وإن قال : غصبتك شيئا . وفسره بعصب نفسه ، لم يقبل ؛ لأنه جعل له مفعولين ، فجعله المفعول الأول وشيئا المفعول الثاني ، ويجب أن يكون الثاني غير الأول . وإن فسره بمال ، قبل وإن قل ، وإن فسره بكلب ، أو جلد ميتة ، أو سرجين (٤٣) يتنفع به ، قبل ؛ لأنه قد يقهره فيأخذه منه . وإن فسره بما لا تنفع فيه ، أو بما لا يباح الاتياع به ، لم يقبل ؛ لأن أخذ ذلك ليس بعصب .

فصل : وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول ؛ لأن الإقرار به صحيح ، وما كان صحيحا في نفسه ، صححت الشهادة به ، كالمعلوم .

٨٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : لَهْ عِنْدِي زَهْنٌ . فَقَالَ الْمَالِكُ : وَدِيعةٌ : كَانِ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ) .

إنما قدم قول مالك ؛ لأن العين ثبتت له بالإقرار ، وأدعى المير دينا لا يعترف له به ، والقول قول المنكر . ولأنه أقر بمال غيره ، وأدعى أن له به (١) تعليقا (٢) ، فلم يقبل ، كما لو ادعاه بكلام منقصل . وكذلك لو أقر له بدار ، وقال : استأجرتها . أو بثوب وأدعى أنه قصره ، أو خاطه بأجر يلزم المير له ، لم يقبل ؛ لأنه مدع على غيره حقا ، فلا يقبل قوله إلا بيينة . وكذلك لو قال : هذه الدار له ، ولي سكنها سنة .

فصل : وإن قال : لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه . فقال المدعى عليه : بل لي عليك ألف ، ولا شيء لك عندي . فقال أبو الخطاب : فيه وجهان ؛ أحدهما ،

(٤٢) في الأصل ، ١ ، م : « وبالركب » .

(٤٣) السرجين : الزبل .

(١) في ب : « عليه » .

(٢) في م : « تعليقا » .

القول قول المُقرَّر له ؛ لأنه اعترف له بالآلف ، وادَّعى عليه مبيعًا ، فأشبهه ما إذا قال : هذا رهنٌ . فقال المالك : ودِيعَةٌ . أو له على الآلف ولي عنده مبيع لم أقبضه . والثاني ، القول قول المُقرَّر . قال القاضي : هو قياسُ المذهب . وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ؛ لأنه أقرَّ بحق في مقابلة حق له ، ولا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يُسلم له ماله ، لم يُسلم للمُقرَّر له ما عليه ، كما لو قال لرجل : بعثك هذا العبد بالآلف . قال : بل ملكته بغير شيء . وفارق ما لو قال له : عندي رهنٌ . فقال المالك : بل ودِيعَةٌ ؛ لأنَّ الدين ينفك عن الرهن . ولو قال السيد لعبيده : بعثك نفسك بالآلف . فأفكر العبد . عتق ، ولا شيء للمُقرَّر ؛ لأنَّ العتق ينفك عن الثمن . ولا فرق بين أن يقول : لم أقبضه . منفصلاً أو مُتصلاً . فلو قال : له على الآلف من ثمن مبيع . ثم سكت ، ثم قال : لم أقبضه . فيقبل قوله ، كما لو كان مُتصلاً ؛ لأنَّ إقراره تعلق بالمبيع ، والأصل عدم القبض ، فقبل قوله فيه . فأما إن قال : على الآلف . ثم سكت ، ثم قال : من ثمن مبيع . لم يُقبل ؛ لأنه فسَّر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل ، فلم يُقبل ، كما لم^(٣) يُقبل لو قال : له على الآلف . ثم سكت ، ثم قال : مؤجل .

فصل : وإذا قال : بعثك / جاريتي هذه . قال : بل زوجتنيها . فلا يخلو ؛ إما أن يكون اختلافاً قبل نفي الثمن أو بعده ، وقبل الاستيلاء أو بعده ، فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن ، فهو مُقرَّر بها لمُدعى الزوجية ؛ لأنه يدعى عليه شيئاً ، والزوج يُنكر أنها ملكه ، ويدعى حلها له^(٤) بالزوجية ، فيثبت الحل ؛ لإتفاقيهما عليه ، ولا تُردُّ إلى البائع لإتفاقيهما على أنه لا يستحق أخذها . وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء ، فالبائع يُقرُّ أنها صارت أم ولد ، وولدها حرٌّ ، وأنه لا مهر له ، ويدعى الثمن ، والمشتري يُنكر ذلك كله ، فيحكم بحرية الولد ؛ لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته ، ولا ولاء عليه ؛ لإعترافه بأنه حرُّ الأصل ، ولا تُردُّ الأمة إلى البائع ؛ لإقراره

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) سقط من : ١ .

بأنها أم ولد ، ولا يجوز نقل الملك فيها ، ويخلف المشتري أنه ما اشتراها ، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر ؛ فإنه يجب لإتفاقيهما على وجوبه ، وإن اختلفا في سببه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يتحالفان ، ولا يجب مهر ولا ثمن . وهو قول القاضي ، إلا أنه لا يجعل على البائع يمينا ؛ لأنه لا يرى اليمين في إنكار التكاثر ، ونفقة الولد على أبيه ؛ لأنه حر ، ونفقة الأمة على زوجها ؛ لأنه إما زوج وإما سيد ، وكلاهما سبب لوجوب النفقة . وقال القاضي : نفقتها في كسبها ، فإن كان فيه فضل فهي موقوفة ؛ لأننا أزلنا عنها ملك السيد ، وأثبتنا لها حكم الاستيلاء . فإن ماتت وتركت مالا ، فللبائع قدر ثمنها ؛ لأنه إما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها ، وتركتها للمشتري ، والمشتري مقر للبائع بها ، فيأخذ منها قدر ما يدعيه . وإن كان كاذبا ، فهي ملكه ، وتركتها كلها له ، فيأخذ منها قدر ما يدعيه ، وبقيته موقوفة^(٥) . وإن مات بعد الوطء ، فقد مات حرة ، فميراثها لولدها وورثتها ، فإن لم يكن لها وارث ، فميراثها موقوف ؛ لأن أحدا لا يدعيه ، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن ؛ لأنه يدعي الثمن على الواطئ ، وليس ميراثها له ؛ لأنه قد مات قبلها . وإن كان اختلفا فهما قبل الاستيلاء ، فعندى أنها تقرر في يد الزوج ؛ لإتفاقيهما على حلها له ، واستحقاقه إمسакها ، وإنما اختلفا في السبب . ولا ترد إلى السيد ؛ لإتفاقيهما على تحريمها عليه . وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر ؛ لإتفاقيهما على استحقاقه لذلك . والأمر في الباطن على ذلك ؛ فإن السيد إن كان صادقا ، فالأمة حلال لزوجها بالبيع . وإن كان كاذبا ، فهي حلال له بالزوجية . والقدر الذي اتفقا عليه ، إن كان^(٦) السيد صادقا ، فهو يستحقه ثمنا ، وإن كان كاذبا ، فهو يستحقه مهرا . وقال القاضي : يخلف الزوج أنه ما اشتراها ؛ لأنه منكر ، ويسقط عنه الثمن ، ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية ؛ لأنه لا يستحلف فيه . وعند الشافعي : يتحالفان

(٥) في ١ : « موقوف » .

(٦) سقط من : الأصل .

معا ، وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ^(٧) عَنِ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ مَا ثَبَتَ ، وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَدْعِيهِ ، وَتُرَدُّ الْجَارِيَةُ إِلَى سَيِّدِهَا ، وَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَيَمْلِكُهَا ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، كَمَا يَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي السَّلْعَةِ عِنْدَ فَلْسِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ هُنَا قَدْ تَعَدَّرَ ، فَيَحْتَاجُ السَّيِّدُ أَنْ يَقُولَ : فَسَحْتُ الْبَيْعَ . وَتُعَوَّدُ إِلَيْهِ مِلْكًا . وَالثَّانِي ، تَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّ / الْمُشْتَرِيَّ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الثَّمَنِ مَعَ إِمْكَانِهِ . فَعَلَى هَذَا يَبِيعُهَا الْحَاكِمُ وَيُوقِّعُ نَمْنَهَا ، فَإِنْ كَانَ وَفَّقَ حَقَّهُ ، فَحَسَنٌ . وَإِنْ كَانَ دُونَهُ ، أَخَذَهُ ، وَإِنْ زَادَ ، فَالزِّيَادَةُ لَا يَدْعِيهَا أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يُقْرَبُ بِهَا لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ لَا يَدْعِي أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، فَهَلْ تُقْرَفُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ تَرْجِعُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . فَإِنْ رَجَعَ الْبَائِعُ ، وَقَالَ : صَدَقَ خَصْمِي ، مَا بَعْتُهُ إِلَّا بِهَا ، بَلْ زَوَّجْتُهُ . لَمْ يَقْبَلْ فِي إِسْقَاطِ حُرِّيَةِ الْوَلَدِ ، وَلَا فِي اسْتِرْجَاعِهَا إِنْ صَارَتْ أُمَّ وَوَلَدٍ ، وَقَبْلِ فِي إِسْقَاطِ الثَّمَنِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الْمَهْرِ ، وَأَخِذَ زِيَادَةَ الثَّمَنِ ، وَاسْتِحْقَاقِ مِيرَاثِهَا وَمِيرَاثِ وَلَدِهَا . وَإِنْ رَجَعَ الزَّوْجُ ، ثَبَّتَتِ الْحُرِّيَّةُ ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ .

١٩٦/٤ ظ

فصل : ولو أقر رجلٌ بـحُرِّيَّةِ عبيدٍ ثم اشتراه ، أو شهد رجلانٌ بـحُرِّيَّةِ عبيدٍ لغيرهما فرُدَّتْ شهادتُهُما ، ثم اشتراه أحدُهُما من سيِّده ، عتقَ في الحال ؛ لِإِعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الَّذِي اشْتَرَاهُ حُرٌّ ، وَيَكُونُ الْبَيْعُ صَاحِبًا بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ لَهُ^(٨) بِرِقَّةٍ ، وَفِي حَقِّ الْمُشْتَرِي اسْتِنْقَازًا وَاسْتِخْلَاصًا ، فَإِذَا صَارَ فِي يَدِهِ^(٩) ، حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ؛ لِإِقْرَارِهِ السَّابِقِ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ، فَرَدَّ الْحَاكِمُ شَهَادَتَهُمَا ، فَدَفَعَا إِلَى الزَّوْجِ عَوَضًا لِيُخْلَعَهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ فِي حَقِّهِ خُلْعًا صَاحِبًا ، وَفِي حَقِّهِمَا اسْتِخْلَاصًا ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ مَوْفُوفًا ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدْعِيهِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ . وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ . وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ إِلَّا الْبَائِعُ وَأَنَا اسْتِخْلَصْتُهُ . فَإِنْ مَاتَ وَخَلَّفَ مَالًا ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنِ قَوْلِهِ ، فَالْمَالُ لَهُ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْن » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) فِي : أ : « يَدَيْهِ » .

يَدَّعِيهِ سِوَاهُ ، لِأَنَّ الرَّاجِعَ إِنْ كَانَ الْبَائِعَ ، فَقَالَ : صَدَقَ الْمُشْتَرِي ، كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ .
فَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَيَلْزَمُهُ رَدُّ الثَّمَنِ إِلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِإِقْرَارِهِ بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ الرَّاجِعُ
الْمُشْتَرِي ، قَبِلَ فِي الْمَالِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ سِوَاهُ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ الْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا
حَقٌّ لغيره . وَإِنْ رَجَعَا مَعًا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُوقَفَ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا ،
وَلَا يَعْرِفُ عَيْنَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ
وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَرُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ
أَحَدِهِمَا ، فَهُوَ لِيَبَيِّنَ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِيَبَيِّنَ الْمَالِ عَلَى كُلِّ
حَالٍ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : ولو أقرَّ لرجل بعبد أو غيره ، ثم جاء به ، وقال : هذا الذي أقررت^(١) لك
به . قال : بل هو غيره . لم يلزمه تسليمه إلى المقر له ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَيَحْلِفُ الْمُقْرَأُ أَنَّهُ
لَيْسَ لَهُ عِنْدَهُ عَبْدٌ سِوَاهُ . فَإِنْ رَجَعَ الْمُقْرَأُ ، فَادَّعَاهُ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنَازِعَ لَهُ
فِيهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقْرَأُ لَهُ : صَدَقْتُ^(١) ، هَذَا إِلَيَّ وَالَّذِي أَقْرَرْتُ بِهِ آخِرُ لِي عِنْدَكَ . لَزِمَهُ
تَسْلِيمُهُ هَذَا ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْآخِرِ .

٨٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ مَاتَ ، فَخَلَّفَ وَلَدَيْنِ ، فَأَقْرَأَ أَحَدَهُمَا بِأَخٍ أَوْ
أُخْتٍ ، لَزِمَهُ أَنْ يُعْطِيَ الْفَضْلَ الَّذِي فِي يَدِهِ لِمَنْ أَقْرَأَهُ بِهِ^(١))

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث ، مُشَارِكٍ لهما في الميراث ، لم يثبت
النسب بالإجماع ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَتَّبَعُ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِبْتِائَهُ فِي حَقِّ الْمُقْرَأِ دُونَ
الْمُنْكَرِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِبْتِائَهُ فِي حَقِّهِمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُنْكَرٌ ، وَلَمْ تَوْجَدْ شَهَادَةٌ يُثْبِتُ بِهَا
النَّسَبَ ، وَلَكِنَّهُ يُشَارِكُ الْمُقْرَأَ فِي الْمِيرَاثِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا
يُشَارِكُهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : لَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى يُقْرَأَ جَمِيعًا ؛

(١٠-١٠) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب .

لأنه لم يثبت نسبه / ، فلا يرث ، كالمو أقر ينسب معروف النسب . ولنا ، أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه ، فلزمه المال ، كالمو أقر ببيع أو أقر بدين ، فأنكر^(٢) الآخر . وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب ؛ فإنه محكوم ببطلانه . ولأنه يُقر له بمال يدعيه المقر له ، ويجوز أن يكون له ، فوجب الحكم له به ، كالمو أقر بدين على أبيه ، أو أقر له وصية ، فأنكر سائر الورثة . إذا ثبت هذا ، فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه . وبهذا قال ابن أبي ليلى ، ومالك ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إذا كان اثنان ، فأقر أحدهما بأخ ، لزمه دفع نصف ما في يده ، وإن أقر بأخت ، لزمه ثلث ما في يده ؛ لأن^(٣) المنكر^(٤) أخذ ما لا يستحقه من التركة ، فصار كالغاصب ، فيكون الباقي بينهما ، كالمو غصب بعض التركة أجنبي . ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة ، كما يتعلق بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غصب ، تعلق الحق بباقيها ، والذي في يد المنكر كالمغصوب ، فيقتسمان الباقي بالسوية ، كالمو غصبه أجنبي . ولنا ، أن التركة بينهم أثلاثا ، فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ، كالمو ثبت نسبه ببينة . ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه ، فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالإقرار بالوصية^(٥) ، وكالإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين . ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته ؛ لكونه يجزأ بها نفعا ، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ، ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصية . وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان ، لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وههنا يستحق الثلث

(٢) في ١ : « فأنكره » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ب : « والوصية » .

(٦) من كل جزءٍ من التَّرَكَةِ^(٦). ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ فيما إذا كان المُقَرَّرُ صَادِقًا فيما بَيَّنَّه وبين الله تَعَالَى ، هل يَلْزَمُهُ أن يَدْفَعَ إلى المُقَرَّرِ له نَصِيْبَهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَلْزَمُهُ . وهو الأَصَحُّ ، وهل يَلْزَمُهُ أن يَدْفَعَ إليه نِصْفَ ما في يَدِهِ أو ثُلُثَهُ ؟^(٧) فيه وَجْهَانِ^(٧) .

فصل : وإن أقر جميعُ الوَرَثَةِ بِنَسَبٍ مَنْ يُشَارِكُهُمْ في المِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، سواءً كان الوَرَثَةُ وَاحِدًا أو جَمَاعَةً ، ذَكَرًا أو أُنْثَى . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، وحكاهُ عن أبي حنيفة ؛ لأنَّ الوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ المَيِّتِ في مِيرَاثِهِ ، وَدِيُونِهِ ، وَالدُّيُونِ التي عليه ، وَبَيْنَاتِهِ ، وَدَعَاوِيهِ ، وَالأَيْمَانِ التي له وعليه^(٨) ، وكذلك في النَّسَبِ . وقد رَوَتْ عائِشَةُ ، أن سَعْدَ بنِ أبِي وَقَّاصِرٍ اخْتَصَمَ هو وَعَبْدُ بنِ زَمْعَةَ في ابنِ أُمِّةِ زَمْعَةَ ، فقال سَعْدُ : أَوْصَانِي أُخِي عُتْبَةُ إِذَا قَدِمْتُ مَكَّةَ أَنْ تُنْظِرَ لِي ابنِ أُمِّةِ زَمْعَةَ ، وَأَقْبِضَهُ ، فَإِنَّهُ ابْنُهُ . فقال عَبْدُ بنِ زَمْعَةَ : هو^(٩) أُخِي ، وَابْنُ وِلِيدَةَ أَبِي ، وَوُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشِيَهُ . فقال رسولُ الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بنِ زَمْعَةَ ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجْرُ » . فَقَضَى بِهِ لِعَبْدِ بنِ زَمْعَةَ . وقال : « احْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ »^(١٠) . وَالمَشْهُورُ عن أبي حنيفة أَنَّهُ لا يَثْبُتُ إِلا بِإِقْرَارِ / ١٩٧/٤ ظ

(٦-٦) في ١ ، ب : « فافترقا » .

(٧-٧) في م : « على وجهين » .

(٨) سقطت الواو من : م .

(٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحرى وهبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفي : باب دعوى الوصى للميت ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الموصى تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفي : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب الولد للفراس ، وباب من ادعى أخا أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفي : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ ، ٤ / ٥ ، ١٩٢ / ٨ ، ١٩١ / ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩٠ / ٩٠ . ومسلم ، في : باب الولد للفراس وتوقى الشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، في : باب الولد للفراس ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الولد للفراس ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ ، ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائي ، في : باب إلحاق الولد بالفراس ... ، وباب فراس الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٨ ، =

رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِإِقْرَارِ اثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ النَّسَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالدَّيْنِ . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ لَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ الْعَدَدُ فِيهِ ، كِإِقْرَارِ الْمَوْرُوثِ ، وَاعْتِبَارُهُ بِالشَّهَادَةِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ وَلَا الْعَدَالَةُ ، وَيَبْطُلُ بِالْإِقْرَارِ بِالِدَّيْنِ ^(١١) .

فصل في شروط الإقرار بالنسب : لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ خَاصَّةً ، أَوْ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُقَرَّ بِوَلَدٍ ، اعْتَبِرَ فِي ثُبُوتِ نَسَبِهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّبُ بِهِ مَجْهُولَ النَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ نَسَبَهُ الثَّابِتَ مِنْ غَيْرِهِ ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ^(١٢) . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَنْزَعَهُ فِيهِ مُنَازَعٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا نَازَعَهُ فِيهِ غَيْرُهُ تَعَارَضَا ، فَلَمْ يَكُنْ إِلْحَاقَهُ بِأَحَدِهِمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ صِدْقَهُ ، بِأَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّبُ بِهِ

= ١٤٩ . وابن ماجه ، في : باب الولد للفراس وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب الولد للفراس ، من كتاب النكاح . وفي : باب في ميراث ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

(١١) في ب : « وبالدين » .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب حرم المدينة ، من كتاب فضائل المدينة ، وفي : باب ذمة المسلمين وجوارهم ... ، من كتاب الجزية . صحيح البخاري ٣ / ٢٦ ، ٤ ، ١٢٢ . ومسلم ، في : باب تحريم تولي العتيق غير مواليه ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٧ . وأبو داود في : باب في الرجل يتنمى إلى غير مواليه ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٦٢٣ ، ٦٢٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا ، وفي : باب ما جاء في من تولي غير مواليه ... ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٨٧ . وابن ماجه ، في : باب من ادعى إلى غير أبيه ... ، من كتاب الحدود ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢ / ٨٧٠ ، ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب في الذي يتنمى إلى غير مواليه ، من كتاب السير ، وفي : باب من ادعى إلى غير أبيه ، من كتاب الفرائض ، سنن الدارمي ٢ / ٢٤٤ ، ٣٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٢٨ ، ٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٩ .

يَحْتَمِلُ أَنْ يُوَلَّدَ لِمِثْلِهِ . الرابع ، أن يكون مِمَّنْ لَا قَوْلَ لَهُ ، كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ ، أَوْ يُصَدِّقَ الْمُقَرَّرَ إِنْ كَانَ ذَا قَوْلٍ ، وَهُوَ الْمُكَلَّفُ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُكَلَّفٍ ، لَمْ يُعْتَبَرُ تَصَدِيقُهُ . فَإِنْ كَبِرَ وَعَقَلَ ، فَأُنْكَرَ ، لَمْ يُسْمَعْ إِنْكَارُهُ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ ، وَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى مَنْ ادَّعَى مِلْكَ عَيْدِ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ ، وَثَبَّتْ بِذَلِكَ مِلْكُهُ ، فَلَمَّا كَبِرَ جَحَدَ ذَلِكَ . وَلَوْ طَلَبَ إِخْلَافَهُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَوْ عَادَ فَجَحَدَ النَّسَبَ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ إِنْسَانٌ بِأَنْ هَذَا أَبُوهُ ، فَهُوَ كَاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ ابْنُهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ إِقْرَارًا عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، كإِقْرَارِ بَأَخٍ ، اعْتَبِرَ فِيهِ الشُّرُوطُ الْأَرْبَعَةُ ، وَشَرَطُ خَامِسٌ ، وَهُوَ كَوْنُ الْمُقَرَّرِ جَمِيعَ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً لَا وَارِثَ مَعَهُمَا ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ الْإِمَامُ مَعَهُ ، ثَبَّتَ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُسْلِمِينَ ، فِي مُشَارَكَةِ الْوَارِثِ وَأَخْذِ الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ بِنْتًا أَوْ أُخْتًا أَوْ أُمًّا أَوْ ذَا فَرْضٍ يَرِثُ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْفَرْضِ وَالرَّدِّ ، ثَبَّتَ النَّسَبُ بِقَوْلِهِ ، كَالابْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِهِ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الرَّدَّ ، وَيَجْعَلُ الْبَاقِيَ لِبَيْتِ الْمَالِ . وَلَهُمْ فِيمَا إِذَا وافَقَهُ الْإِمَامُ فِي الْإِقْرَارِ وَجْهَانِ . وَهَذَا مِنْ فُرُوعِ الرَّدِّ ، وَيُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ وَأُخْتٌ ، أَوْ أُخْتُ وَزَوْجٌ ، ثَبَّتَ النَّسَبُ بِقَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَأْخُذَانِ الْمَالَ كُلَّهُ . وَإِذَا أَقْرَبَ بَابَيْنِ ابْنَهُ ، وَابْنَهُ مَيِّتٌ ، اعْتَبِرَ (١٣) فِيهِ الشُّرُوطُ الَّتِي تُعْتَبَرُ فِي الْإِقْرَارِ بِالْأَخِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَبَ بَعْمٌ وَهُوَ ابْنُ جَدِّهِ ، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ غَيْرَ وَارِثٍ ، لِكَوْنِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالَفًا لِذَيْنِ مَوْرُوثِهِ ، أَوْ قَاتِلًا ، فَلَا عِبْرَةَ بِهِ ، وَثَبَّتَ النَّسَبُ بِقَوْلِ الْآخَرِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحُوزُ جَمِيعَ الْمِيرَاثِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ بِهِ يَرِثُ ، شَارَكَ الْمُقَرَّرَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ وَارِثٍ ، لَوْجُودِ أَحَدِ الْمَوَارِثِ فِيهِ ، ثَبَّتَ نَسَبُهُ وَلَمْ يَرِثْ ؛ وَسِوَاءَ كَانَ الْمُقَرَّرُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا .

(١٣) فِي ١ : « اعْتَبِرْتَ » .

فصل: وإن كان أحدُ / الوارثين غير مُكَلِّفٍ ، كالصبيِّ والمجنون ، فأقرَّ المُكَلِّفُ بأخٍ ثالثٍ ، لم يثبت النسبُ بإقراره ؛ لأنه لا يحوزُ الميراثَ كله . فإن بَلَغَ الصبيُّ ، أو أفاقَ المَجْنُونُ ، فأقرَّ به أيضا ، ثبتَ نسبهُ ؛ لِاتِّفَاقِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ عليه . وإن أنكرَ ، لم يثبتَ النسبُ . وإن ماتا قبل أن يصيرا مُكَلِّفَين ، ثبتَ نسبُ المُقرِّ به ؛ لأنه وجدَ الإقرارُ من جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، فإن المُقرِّ به ^(١٤) صارَ جَمِيعِ الوَرَثَةِ . ولو كان الوارثانِ بِالغَيْنِ عاقِلَينِ ، فأقرَّ به أحدهما وأنكرَ الآخرُ ، ثم ماتَ المُنكِرُ وورثَهُ المُقرُّ ، ثبتَ نسبُ المُقرِّ به ؛ لأنَّ المُقرِّ ^(١٥) صارَ جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، فأشبهه مالو أقرَّ به ابتداءً بعد موتِ أخيه ، وكألو كان شريكه في الميراثِ غير مُكَلِّفٍ . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنه لا يثبتُ النسبُ ؛ لأنه أنكرَهُ بعضُ الوَرَثَةِ ، فلم يثبتَ نسبهُ ، كما لو لم يمتُ ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير مُكَلِّفٍ ، فإنه ^(١٦) لم ينكرَهُ وارثٌ . وهذا فيما إذا كان المُقرُّ يحوزُ جَمِيعَ الميراثِ بعد الميِّتِ ، فإن كان للميِّتِ وارثٌ سواه ، أو من يُشاركه في الميراثِ ، لم يثبتَ النسبُ بقول الباقي منهما ، وجهاً واحداً ؛ لأنه ليس كلُّ الوَرَثَةِ ، ويقومُ وارثُ الميِّتِ الثاني مقامه ، فإذا وافقَ المُقرِّ في إقراره ثبتَ النسبُ ، وإن خالفه لم يثبتَ كالموروثِ . وإن خلفَ ولَدَينِ ، فأقرَّ أحدهما بأخٍ ، وأنكرَهُ الآخرُ ، ثم ماتَ المُنكِرُ ، وخلفَ ابنا ، فأقرَّ بالذي أنكرَهُ أبوه ، ثبتَ نسبهُ ؛ لِإقرارِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يثبتَ ؛ لِإنكارِ الميِّتِ له .

فصل: وإذا أقرَّ الوارثُ بمن يَحجُّبه ، كأخٍ أقرَّ بابنِ للميِّتِ ، وأخٍ من أبٍ أقرَّ بأخٍ من أبوينِ ، وابنِ ابنِ أقرَّ بابنِ للميِّتِ ، ثبتَ نسبُ المُقرِّ به ، وورثَ وسقطَ المُقرُّ . وهذا اختيارُ ابنِ حامِدٍ والقاضي ، وقولُ أبي العباسِ بنِ سُرَيْجٍ . وقال أكثرُ أصحابِ الشافعيِّ : يثبتُ نسبُ المُقرِّ به ، ولا يرثُ ؛ لأنَّ تورثَهُ يُفْضِي ^(١٧) إلى إسقاطِ تورثِهِ ،

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م زيادة : (به) .

(١٦) في الأصل : (لأنه) .

(١٧) في ب : (يؤدي) .

فَسَقَطَ ، بَيَّانُهُ أَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَحَرَاجَ الْمُقَرَّبِ بِهِ عَنْ كَوْنِهِ وَارِثًا ، فَيَبْطُلُ إِقْرَاهُ ، وَيَسْقَطُ^(١٨) نَسَبُ الْمُقَرَّبِ بِهِ وَتَوْرِيثُهُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِسْقَاطِ نَسَبِهِ وَتَوْرِيثِهِ ، فَأَثْبَتْنَا النَّسَبَ دُونَ الْمِيرَاثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ابْنُ نَائِبِ النَّسَبِ ، لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ أَحَدٌ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾^(١٩) . أَيْ^(٢٠) فَيَرِثُ ، كَمَا لَوْ ثَبَّتَ نَسَبُهُ بَيِّنَةً ، وَلَأنْ ثُبُوتُ النَّسَبِ سَبَبٌ لِلْمِيرَاثِ ، فَلَا يَجُوزُ قَطْعُ حُكْمِهِ عَنْهُ ، وَلَا يُورِثُ مَحْجُوبٌ بِهِ مَعَ وُجُودِهِ وَسَلَامَتِهِ مِنَ الْمَوَانِعِ . وَمَا اخْتَجَّحُوا بِهِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ كَوْنَ الْمُقَرَّبِ وَارِثًا عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْمُقَرَّبِ بِهِ ، وَخُرُوجِهِ بِالْإِقْرَارِ عَنِ الْإِرْثِ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْابْنَ إِذَا أَقْرَبَ بِأَخٍ فَإِنَّهُ يَرِثُ ، مَعَ كَوْنِهِ يَخْرُجُ بِإِقْرَارِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ جَمِيعَ الْوَرِثَةِ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا يُقْبَلُ إِقْرَاهُ إِذَا صَدَقَهُ الْمُقَرَّبُ بِهِ ، فَصَارَ إِقْرَارًا مِنْ جَمِيعِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّبُ بِهِ طِفْلًا أَوْ مَحْنُونًا ، لَمْ يُعْتَبَرِ قَوْلُهُ ،^(٢١) فَقَدْ أَقْرَبَ كُلُّ مَنْ يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ^(٢٢) . (قُلْنَا : وَمِثْلُهُ هَهُنَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّبُ بِهِ كَبِيرًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَدِيقِهِ ، فَقَدْ أَقْرَبَ بِهِ كُلُّ مَنْ يُعْتَبَرُ إِقْرَاهُ^(٢٣) ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا غَيْرَ مُعْتَبَرِ الْقَوْلِ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِقَوْلِ الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ كَانَا اثْنَيْنِ^(٢٤) أَحَدُهُمَا صَغِيرًا فَأَقْرَبَ الْبَالِغُ بِأَخٍ آخَرَ^(٢٥) ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَلَمْ يَقُولُوا : إِنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ مُوَافَقَتُهُ ، كَذَا هَهُنَا . وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ عَبْدٌ مَحْكُومٌ لَهُ بِمِلْكِهِ ، فَأَقْرَبَهُ لِغَيْرِهِ ، ثَبَّتَ لِلْمُقَرَّبِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ^(٢٥) الْمُقَرَّبُ يَخْرُجُ بِالْإِقْرَارِ عَنْ كَوْنِهِ مَالِكًا ، كَذَا هَهُنَا .

فصل : / فَإِنْ خَلَفَ ابْنًا ، فَأَقْرَبَ بِأَخٍ ، ثَبَّتَ نَسَبُهُ ، ثُمَّ إِنْ أَقْرَبَ بِثَالِثٍ ، ثَبَّتَ نَسَبُهُ ١٩٨/٤ ظ

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَيَبْطُلُ » .

(١٩) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : « أَوْ » .

(٢١) ٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٢) ٢٢-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي ١ ، ب ، م : « ابْنَيْنِ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أيضا ؛ لأنه إقرارٌ من جميع الورثة . فإن قال الثالث : الثاني^(٢٦) ليس بأخ لنا . فقال القاضي : يسقط نسب الثاني ؛ لأن الثالث وارثٌ منكّرٌ لنسب الثاني ، فأشبهه ما لو كان نسبه ثابتا قبل الثاني . وفيه وجهٌ آخر : لا يسقط نسبه ولا ميراثه ؛ لأن نسبه ثبت بقول الأول ،^(٢٧) وثبت ميراثه ، فلا يسقط بعد ثبوته^(٢٧) ، ولأنه أقر به^(٢٨) من هو كل الورثة حين الإقرار ،^(٢٩) وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته^(٢٩) ، ولأن الثاني لو أنكر الثالث ، لم يثبت نسبه ، وإنما ثبت نسبه بإقراره ، فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله ، كالأول ، ولأن ذلك يؤدي إلى إسقاط الأصل بالفرع الذي يثبت به .

فصل : وإن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة ، فصدق كل واحد منهما صاحبه ، ثبت نسبهما . وإن تكادبا ، ففيهما وجهان ؛ أحدهما ، لا يثبت نسبهما . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن كل واحد منهما لم يُقر به كل الورثة . والثاني ، يثبت نسبهما ؛ لأن كل واحد منهما وجد الإقرار به من ثابت النسب ، هو كل الورثة حين الإقرار ، فلم تُعتبر موافقة غيره ، كما لو كانا صغيرين . فإن كان أحدهما يصدق صاحبه^(٣٠) دون الآخر ، ثبت نسب المتفق عليه منهما ، وفي الآخر وجهان . وإن كانا توأمين ، ثبت نسبهما ، ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما ، سواء تجاحدا معا ، أو جحد أحدهما صاحبه ؛ لأننا نعلم كذبهما ، فإنهما لا يفترقان . ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ، ثبت نسب الآخر ؛ لأنهما لا يفترقان في النسب . وإن أقر بنسب صغيرين ، دفعة واحدة ، ثبت نسبهما ، على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين . وهل يثبت على

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧-٢٧) سقط من : ا ، ب .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩-٢٩) سقط من : الأصل . وفي ب : « موته » مكان « ثبوته » .

(٣٠) في الأصل : « بصاحبه » .

الْوَجْهِ الْآخِرِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِهِ كُلَّ الْوَرْتَةِ حِينَ الْإِقْرَارِ ، وَلَمْ يَجْحَدْهُ أَحَدٌ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ انْفَرَدَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا وَاثِرٌ ، وَلَمْ يُقَرَّرْ بِصَاحِبِهِ ، فَلَمْ يَجْتَمِعْ كُلُّ الْوَرْتَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ بِهِ ، وَيَدْفَعُ الْمُقَرَّرُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثَ الْمِيرَاثِ ، سِوَاءَ قُلْنَا بِثُبُوتِ النَّسَبِ أَوْ لَمْ نُقَلِّ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهُ (٣١) بِهِ .

فصل : إِذَا خَلَّفَ امْرَأَةٌ وَأَخًا ، فَأَقْرَبَتِ الْمَرْأَةُ بَابِنِ لِلْمَيِّتِ ، وَأَنْكَرَ الْأَخُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَدَفَعَتْ إِلَيْهِ ثَمَنَ الْمِيرَاثِ ، وَهُوَ الْفَضْلَةُ الَّتِي فِي يَدِ الزَّوْجَةِ عَنْ مِيرَاثِهَا . وَإِنْ أَقْرَبَهُ الْأَخُ وَحْدَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ . فَإِنْ خَلَّفَ اثْنَيْنِ ، فَأَقْرَبَهُمَا بِامْرَأَةٍ لِأَبِيهِ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرَ ، لَمْ تَثْبُتِ الزَّوْجِيَّةُ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهَا ثَمَنَ نِصْفِ الْمِيرَاثِ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَقَوْلِنَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ زَالَتْ بِالْمَوْتِ ، وَإِنَّمَا الْمُقَرَّرُ بِهِ حَقُّهَا مِنَ الْمِيرَاثِ . وَهِيَ وَجْهٌ آخَرٌ : لِأَنَّ شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ الَّذِي تَسْتَحِقُّهُ فِي يَدِ غَيْرِ الْمُقَرَّرِ . وَكَذَلِكَ مَا كَانَ مِثْلَ هَذَا ، مِثْلَ أَنْ يَخْلُفَ أَخًا مِنْ أَبِي وَأَخًا مِنْ أُمِّ ، فَيَقَرُّ الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ بِأَخٍ لِلْمَيِّتِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ بِهِ ، سِوَاءَ أَقْرَبَ بِأَخٍ مِنْ أَبِيئَيْنِ ، أَوْ مِنْ أَبِي / ، أَوْ مِنْ أُمِّ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ فِي يَدِ غَيْرِ الْمُقَرَّرِ . وَإِنْ أَقْرَبَ بِأَخَوَيْنِ مِنْ أُمِّ ، دَفَعَ إِلَيْهِمَا ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ أَنَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تُسْعُ ، وَفِي يَدِهِ سُدُسٌ ، وَهُوَ تُسْعٌ وَنِصْفُ تُسْعٍ ، فَيَفْضَلُ فِي يَدِهِ نِصْفُ تُسْعٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ .

١٩٩/٤

فصل : وَإِذَا شَهِدَ مِنَ الْوَرْتَةِ رَجُلَانِ عَدْلَانِ بِنَسَبِ مُشَارِكٍ لَهُمْ فِي الْمِيرَاثِ ، ثَبَّتْ نَسَبُهُ إِذَا لَمْ يَكُنَا مُتَّهَمَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَا عَلَى إِقْرَارِ الْمَيِّتِ بِهِ . وَإِنْ كَانَا مُتَّهَمَيْنِ ، كَأَخَوَيْنِ مِنْ أُمِّ يَشْهَدَانِ بِأَخٍ مِنْ أَبِيئَيْنِ ، فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ وَأُخْتَانِ مِنْ أَبِيئَيْنِ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ نَسَبِهِ يُسْقَطُ الْعَوْلَ ، فَيَتَوَقَّرُ عَلَيْهِمَا الثُّلُثُ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَا

(٣١) سقط من : م .

بأخ من أب ، في مسألةٍ معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب ، لم تُقبَلْ شهادتهما ؛ لأنَّ ثبوتَ نَسَبِهِ يُسْقِطُ أُخْتَهُ ، فيذهبُ العَوْلُ من المسألة . فإن لم يكونا وارثين ، أو لم يكن للميمتِ تركةٌ ، قُبِلَتْ شهادتهما ، وثبتَّ النسبُ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ .

فصل : وإن أقرَّ رجلان عدلانِ بنسبٍ مُشَارِكٍ لهما في الميراثِ ، وثُمَّ وارثٌ غيرُهُما ، لم يثبتَّ النسبُ ، إلا أن يشهدا به ، وهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يثبتُّ ؛ لأنَّهما بينةٌ . ولنا ، أنَّه إقرارٌ من بعضِ الورثةِ ، فلم يثبتَّ به النسبُ ، كالواحدِ . وفارقَ الشهادةَ ؛ لأنَّه تُعتَبَرُ فيها العَدَالَةُ والذُّكُورِيَّةُ ، والإقرارُ بِخِلافِهِ .

فصل : إذا أقرَّ بنسبٍ ميمتٍ^(٣٢) ، صغيرٍ أو مجنونٍ ، ثبتَّ نَسَبُهُ ، وورثَهُ . وهذا قال الشافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن يثبتَّ نَسَبُهُ دونَ ميراثِهِ ؛ لأنَّه مُتَهَمٌ في قَصْدِ أَخْذِ ميراثِهِ . وقال أبو حنيفة : لا يثبتُّ نَسَبُهُ ولا إرثُهُ ؛ لذلك . ولنا ، أنَّ عِلَّةَ ثبوتِ نَسَبِهِ في حَيَاتِهِ الإقرارُ به ، وهو موجودٌ بعدَ الموتِ ، فيثبتُّ به ، كحَالَةِ الحَيَاةِ . وما ذَكَرُوهُ يُنْطَلُ بِمَا^(٣٣) إذا كان المُقرُّ به حَيًّا مُوسِرًا ، أو المُقرُّ فقيرًا ، فإنَّه يثبتُّ نَسَبُهُ ، ويملِكُ المُقرُّ التَّصَرُّفَ في مالِهِ ، وإيقافَهُ منه على نَفْسِهِ . وإن كان المُقرُّ به كَبِيرًا عَاقِلًا ، فكذلك في قولِ القاضِي ، وظاهرِ مَذْهَبِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا قولَ له ، أشَبَهَ الصَّغِيرَ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يثبتُّ نَسَبُهُ ؛ لأنَّ نَسَبَ المُكَلِّفِ لا يثبتُّ إلا بتَّصَدِيقِهِ ، ولم يُوجَدْ . ويُجَابُ عن هذا بأنَّه غيرُ مُكَلِّفٍ ، فإن ادَّعى نَسَبَ المُكَلِّفِ في حَيَاتِهِ ، فلم يُصَدِّقْهُ حتى ماتَ المُقرُّ ، ثم صَدَّقَهُ ، ثبتَّ نَسَبُهُ ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقرارُ والتَّصَدِيقُ من المُقرِّ به^(٣٤) ، فأشَبَهَ ما لو صَدَّقَهُ في حَيَاتِهِ . وقال أبو الحَطَّابِ : وإذا أقرَّ رجلٌ بِزَوْجِيَّةِ امْرَأَةٍ ، أو أقرَّتْ أن فلانًا زَوْجُهَا ، فلم يُصَدِّقْهُ المُقرُّ به^(٣٥) إلا بعدَ موْتِهِ ، ورثَهُ ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقرارُ والتَّصَدِيقُ معا .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) في الأصل ، م ، ه ، ما .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل: وإذا خَلَفَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَاتَّانَا مِنْ غَيْرِهَا ، فَأَقْرَّ الابنُ بِأَخٍ لَهُ ، لَمْ يُثْبِتْ نَسَبَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَرَّ بِهِ كُلُّ الْوَرْتَةِ . وَهَلْ يَتَوَارَثَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَوَارَثَانِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ أَنَّهُ لَا وَاثِرَ لَهُ سِوَى صَاحِبِهِ ، وَلَا مُنَازِعَ لَهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَتَوَارَثَانِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ بَيْنَهُمَا لَمْ يُثْبِتْ ، فَإِنَّ (٣٦) كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاثِرٌ غَيْرَ صَاحِبِهِ ، لَمْ يَرِثْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنَازِعٌ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يُثْبِتْ نَسَبَهُ .

فصل: وإذا ثَبِتَ النَّسَبُ بِالْإِقْرَارِ ، ثُمَّ أَنْكَرَ الْمُقَرَّرُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِثْكَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَسَبٌ ظ ١٩٩/٤ ثَبِتَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ ؛ فَلَمْ يَزُلْ بِإِنْكَارِهِ ، كَالْوَالِدِ / ثَبِتَ بِيَبْتِهْ أَوْ بِالْفِرَاشِ ، وَسِوَاءَ كَانَ الْمُقَرَّرُ بِهِ غَيْرَ مُكَلِّفٍ ، أَوْ مُكَلِّفًا ، فَصَدَّقَ الْمُقَرَّرُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْقُطَ نَسَبُ الْمُكَلِّفِ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الرَّجُوعِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبِتَ بِاتِّفَاقِهِمَا ، فَزَالَ بِرُجُوعِهِمَا ، كَالْمَالِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ نَسَبٌ ثَبِتَ بِالْإِقْرَارِ ، فَأَشْبَهَ نَسَبَ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ . وَفَارَقَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لِثَبَاتِهِ .

فصل: وَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ بِوَلَدٍ ، وَلَمْ تَكُنْ ذَاتَ زَوْجٍ (٣٧) وَلَا نَسَبٍ (٣٧) ، قُبِلَ إِقْرَارُهَا . وَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، فَهَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمَلًا لِنَسَبِ الْوَلَدِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَلَمْ يُقَرَّ بِهِ ، أَوْ إِحْقَاقًا لِلْعَارِ بِهِ بِوِلَادَةِ امْرَأَتِهِ مِنْ غَيْرِهِ . وَالثَّانِيَّةُ : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا شَخْصٌ أَقَرَّ بِوَلَدٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَقُبِلَ كَالرَّجُلِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : فَإِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُثْبِتَ أَنَّهُ ابْنُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ فَمَنْ (٣٨) يَحُولُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ، وَهَذَا لِأَنَّهَا مَتَى كَانَتْ ذَاتَ أَهْلِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا تَحْفَى عَلَيْهِمْ وَلَا ذَنْبُهَا ، فَمَتَى ادَّعَتْ وَلَدًا لَا يَعْرِفُونَهُ ، فَالظَّاهِرُ كَذِبُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ دَعْوَاهَا (٣٩) مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لَهُ ، فَأَشْبَهَتْ الرَّجُلَ .

(٣٦) فِي م : « لَمَّا » .

(٣٧) - (٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « بِن » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَتَا » .

فصل : ولو قَدِمَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَلَدِ الرُّومِ ، وَمَعَهَا ^(٤٠) طِفْلٌ ، فَأَقْرَبُهُ رَجُلٌ ، لَحِقَّه ؛ لِيُجُودَ الْإِمْكَانُ ، وَعَدِمَ الْمُنَازَعُ ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ أَرْضَهُمْ ، أَوْ دَخَلَتْ هِيَ دَارَ الْإِسْلَامِ وَوَطَنَهَا ^(٤١) ، وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ لِإِثْبَاتِهِ ، وَهَذَا لَوْ وُلِدَتْ امْرَأَةٌ رَجُلٍ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا ، بَعْدَ عَشْرِينَ سَنَةً مِنْ غَيْبَتِهِ ، لَحِقَّه ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ قُدُومَ إِلَيْهَا ، وَلَا عَرَفَ لَهَا خُرُوجَ مِنْ بَلَدِهَا .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ نَسَبٍ صَغِيرٌ ، لَمْ يَكُنْ مُقَرَّبًا بِزَوْجِيَّةِ أُمِّهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَانَتْ مَشْهُورَةً بِالْحُرِّيَّةِ ، كَانَ مُقَرَّبًا بِزَوْجِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّ أَنْسَابَ الْمُسْلِمِينَ وَأَحْوَالَهُمْ يَجِبُ حَمْلُهَا عَلَى الصَّحَّةِ ، وَذَلِكَ أَنْ تَكُونَ وَلَدَتْهُ مِنْهُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ لَيْسَتْ مُقْتَضَى لَفْظِهِ وَلَا مَضْمُونِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُقَرَّبًا بِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعْرُوفَةً بِالْحُرِّيَّةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّسَبَ مَحْمُولٌ عَلَى الصَّحَّةِ ، وَقَدْ يُلْحَقُ بِالْوَطَنِ فِي النَّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالشُّبْهَةِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِحُكْمِ إِقْرَارِهِ ، مَا لَمْ يَتَضَمَّنْهُ لَفْظُهُ ^(٤٢) ، وَلَمْ يُوجِبْهُ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ أُمَّةٌ لَهَا ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ ، لَا زَوْجَ لَهَا ، وَلَا أَقْرَبَ بَوَاطِنِهَا ، فَقَالَ : أَحَدُ هَؤُلَاءِ وَلَدِي . فَأَقْرَبُهُ صَحِيحٌ ، وَيُطَالَبُ بِالْبَيَانِ ، فَإِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمْ نَبَتْ نَسَبُهُ وَحُرِّيَّتُهُ ، ثُمَّ يُسْأَلُ عَنْ كَيْفِيَّةِ الْاِسْتِيْلَادِ ، فَإِنْ قَالَ : كَانَ ^(٤٣) نِكَاحٌ . فَعَلَى الْوَالِدِ ^(٤٤) الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَسَّهُ رِقٌّ ، وَالْأُمُّ وَوَلَدُهَا الْآخِرَانِ رَقِيقٌ قَبْلُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْلَدْتُهَا فِي مِلْكِي . فَالْمَقْرَبُ بِهِ حُرٌّ الْأَصْلِ ، لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، وَالْأُمَّةُ أُمٌّ وَوَلَدٌ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّبُ بِهِ / ٢٠٠/٤

(٤٠) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٤١) في ا ، ب : « فوطئها » ..

(٤٢) في الأصل : « إقراره » .

(٤٣) سقطت من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٤) في م : « الوالد » .

الأوسط ، فالأكبر قرن ، والأصغر له حكم أمه ، وإن عيّن الأصغر ، فأخواه رقيق قرن ؛ لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال : هو من وطء شبيهة . فالولد حر الأصل ، وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين ، أخذ ورثته بالبيان ، ويقوم ببيانهم مقام بيانه ، فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ، ثبت النسب وحرية الولد ، ولم يثبت للإم ولا لولديها حكم الاستيلاء ؛ لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبيهة ، وإن لم يبينوا النسب ، وقالوا : لا نعرف ذلك ، ولا الاستيلاء ، فإننا نريه القافة^(٤٥) ، فإن الحقوا به واحدًا منهم الحقناه ، ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره ، فإن لم تكن قافة أقرع بينهم ، فمن وقعت له القرعة عتق وورث . وهذا قال الشافعي ، إلا أنه لا يورثه بالقرعة . ولنا ، أنه حر استندت حرثته إلى إقرار أبيه به^(٤٦) ، فورث ، كما لو عيّن في إقراره .

فصل : وإذا كان له أمتان ، لكل واحدة منهما ولد ، فقال : أحد هذين ولدي من أمي . نظرت ؛ فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به ، لم يصح إقراره ، ولحق^(٤٧) الولدان بالزوجين . وإن كان لإحدهما زوج دون الأخرى ، انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى ؛ لأنه الذي يمكن إلحاقه به ، وإن لم يكن لواحدة منهما زوج ، ولكن أقر السيد بوطئهما ، صارتا فراشا ، ولحق ولداهما به ، إذا أمكن أن يولدا^(٤٨) بعد وطئه ، وإن أمكن في إحدهما دون الأخرى ، انصرف الإقرار إلى من أمكن ؛ لأنه ولده حكما . وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما ، صح إقراره وثبتت^(٤٩) حرية المقر به ؛ لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه ، فلحقه نسبه ، ثم يكلف البيان ، كما لو طلق إحدى نسائه ، فإذا بين قبل بيانه ؛ لأن المرجع في ذلك إليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة ، فإن قال : استولذتها في ملكي .

(٤٥) القائف : من يتبع الأثر ، ويلحق الولد بوالده .

(٤٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٧) في ا ، ب ، م : « ولحق » .

(٤٨) في م : « يولد » .

(٤٩) في ا ، ب ، م : « وثبتت » .

فالوَلَدُ حُرُّ الْأَصْلِ ، لا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، وَأُمُّهُ أُمُّ وُلْدٍ . وإن قال : في نِكَاحٍ . فَعَلَى الْوَالِدِ الْوِلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ مَسَّهُ رِقٌّ ، وَالْأُمَّةُ قِنْ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ . وإن قال : بِوَطْءِ شَبْهَةٍ . فالوَلَدُ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَالْأُمَّةُ قِنْ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ ^(٥٠) في غير مِلْكٍ . وإن ادَّعَيْتِ الْأُخْرَى أَنَّهَا الَّتِي اسْتَوْلَدَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِسْتِيلَادِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ ادَّعَتْ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارِهِ بِشَيْءٍ ، فَإِذَا حَلَفَ رَقَّتْ وَرَقَّتْ وَلَدَهَا ، وَإِذَا مَاتَ وَرَيْتُهُ وَلَدَهُ الْمُقْرَبُ بِهِ . وإن كانت أُمَّةً قد صَارَتْ أُمُّ وُلْدٍ عَتَقَتْ أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ أُمُّ وُلْدٍ عَتَقَتْ عَلَى وُلْدِهَا إِنْ كَانَ هُوَ الْوَارِثَ وَحْدَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ عَتَقَتْ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ . فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيَّنَّ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْبَيَانِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِحْقَاقِ النَّسَبِ وَغَيْرِهِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ كَانَ كَالْوَبِيِّنِ الْمَوْرُوثِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَارِثَ كَيْفِيَّةَ الْإِسْتِيلَادِ ، فَفِي الْأُمَّةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رَقِيْقًا ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ الْأَصْلُ ، فَلَا يَزُولُ / بِالْإِحْتِمَالِ . وَالثَّانِي يُعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِوَلَدِهَا وَهِيَ فِي مِلْكِهِ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ ، أَوْ كَانَ وَارِثٌ فَلَمْ يُعَيَّنْ ، عُرِضَ ^(٥١) عَلَى الْقَافَةِ ^(٥١) ، فَإِنَّ الْحَقَّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَكَانَ حُكْمُهُ كَالْوَعِيِّنِ الْوَارِثِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَافَةً ، أَوْ كَانَتْ فَلَمْ تَعْرِفْ ، أَقْرَعَ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ ، فَيُعْتَقُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّ لِلْقُرْعَةِ مَدْخَلَ فِي إِبْطَاتِ الْحُرِّيَّةِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ثُبُوتُ نَسَبِهِ وَمِيرَاثِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبَلَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَا مِيرَاثٌ . وَاحْتَلَفُوا فِي الْمِيرَاثِ ، فَقَالَ الْمُزْنِيُّ : يُوقَفُ نَصِيبُ ابْنِ ^(٥٢) ؛ لِأَنَّاتَيْقِنًا ابْنًا وَارِثًا . وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرٌ : لَا يُوقَفُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُرْجَى انْكِشَافُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نَصْفُهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثَانِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى مِثْلَ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيُدْفَعَانِهِ فِي سِعَايَتِهِمَا . وَالْكَلامُ عَلَى قِسْمَةِ الْحُرِّيَّةِ وَالسَّعَايَةِ يَأْتِي فِي ^(٥٣) الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١-٥١) في م : « للقافة » .

(٥٢) في الأصل : « ابنه » .

(٥٣) في الأصل زيادة : « باب » .

٨٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَبَ بَدْنَيْنِ عَلَى أَبِيهِ ، لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ)

وجُمْلَةُ ذلك أن الوارثَ إذا أقْرَبَ بَدْنَيْنِ على مَوْرُوْثِهِ ، قَبْلَ إقْرَارِهِ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَيَتَعَلَّقُ ذلك بِتَرْكَةِ المَيِّتِ ، كما لو أقْرَبَ به المَيِّتُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فإن لم يَخْلُفْ تَرْكَةً ، لم يَلْزَمْ الوارثُ بشيءٍ ؛ لِأَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ أَداءُ دَيْنِهِ إذا كان حَيًّا مُفْلِسًا ، فكذلك إذا كان مَيِّتًا . وإن خَلَفَ تَرْكَةً ، تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِهَا ، فإن أَحَبَّ الوارثُ تَسْلِيمَها في الدَّيْنِ ، لم يَلْزَمُهُ إِلَّا ذلك ، وإن أَحَبَّ اسْتِخْلَاصَها وإيْفاءَ الدَّيْنِ من مالِهِ ، فله ذلك ، وَيَلْزَمُهُ أَقلُّ الأَمْرَيْنِ من قِيَمَتِها أو قَدْرَ الدَّيْنِ بِمَنْزِلَةِ الجانِبِ . وإن كان الوارثُ واحِدًا ، فحُكْمُهُ ما ذَكَرْنَا . وإن كانا اثْنَيْنِ أو أَكْثَرَ ، وَثَبَتَ الدَّيْنُ بإقْرَارِ المَيِّتِ ، أو بَيِّنَةٍ ، أو إقْرَارِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، فكذلك . وإذا اخْتارَ الوَرَثَةُ أَخذَ التَّرَكَةَ وقَضَاءَ الدَّيْنِ من أموالِهِم ، فعلى كُلِّ واحدٍ منهم من الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ . وإن أقْرَبَ أَحَدَهُم ، لَزِمَهُ من الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ، والخِيَرَةُ إليه في تَسْلِيمِ نَصِيْبِهِ في الدَّيْنِ أو اسْتِخْلَاصِهِ . وإذا قَدَّرَهُ من الدَّيْنِ ، فإن كانا اثْنَيْنِ ، لَزِمَهُ النُّصْفُ ، وإن كانوا ثَلَاثَةً ، فعليه الثُّلُثُ . وبهذا قال النُّعْمِيُّ ، والحَسَنُ ، والحَكَمُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو نُورٍ ، والشَّافِعِيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الدَّيْنِ ، أو جَمِيعُ مِيرَاثِهِ . وهذا آخِرُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَجَعَ إليه بعد قَوْلِهِ كَقَوْلِنَا ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بِتَرْكَتِهِ ، فلا يَسْتَحِقُّ الوارثُ منها إِلَّا ما فَضَّلَ من الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(١) . ولِأَنَّهُ يَقُولُ : ما أَخَذَهُ المُنْكَرُ أَخَذَهُ ^(٢) بغيرِ اسْتِحْقَاقٍ . فكان غاصِبًا ، فتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بما بَقِيَ من التَّرَكَةِ ، كما لو غَصَبَهُ أَجْنَبِيٌّ . ولِئِنَّهُ ، أَنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من نِصْفِ المِيرَاثِ ، فلا يَلْزَمُهُ أَكْثَرَ من نِصْفِ الدَّيْنِ ، كما لو أقْرَبَ أُخُوهُ ، ولِأَنَّهُ إقْرَارٌ يَتَعَلَّقُ بِحِصَّتِهِ وَحِصَّةِ أُخِيهِ ، فلا يَجِبُ عليه / إِلَّا ما يَحْصُهُ ،

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

كإقرار بالوصية ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، ولأنه حتى لو ثبت بيئته ، أو قول الميت ، أو إقرار الوارثين ، لم يلزمه إلا نصفه ، فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه ، كالوصية ، ولأن شهادته بالدين مع غيره تُقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته (٣) لم تُقبل شهادته (٤) ؛ لأنه يجرُّ بها إلى نفسه نفعا .

فصل : إذا ادعى رجلان داراً بينهما ، ملكاها بسبب موجب الاشتراك (٥) ، مثل أن يقولاً : ورثناها أو ابتعناها معا . فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعاً ؛ لأنهما اعترفاً أن الدار لهما مشاعاً ، فإذا غصب غاصب نصفها ، كان منهما ، والباقي بينهما ، وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك ، بل ادعى كل واحد منهما نصفها ، فأقر لأحدهما بما ادعاه ، لم يُشاركه الآخر ، وكان على خصومته ؛ لأنهما لم يعترفاً بالاشتراك ، فإن أقر لأحدهما بالكل ، وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف ، سلمه إليه ، وكذلك إن كان قد تقدّم إقراره بذلك ، وجب تسليم النصف إليه ؛ لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها ، فصار بمنزلة ، فيثبت لمن يُقر له ، وإن لم يكن اعترف للآخر ، وادعى جميعها ، أو ادعى أكثر من النصف ، فهو له . فإن قيل : فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها ؟ قلنا : ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى ، بل متى أقر الإنسان بشيء صدقه المقر له ، ثبت ، وقد وجد التصديق ههنا في (٥) النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف ؛ لأن له حجة به ، أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به ، فادعى النصف الذي لم يعترف به . فإن لم يصدق في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ، ولم يعترف به للآخر ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : يبطل الإقرار به ؛ لأنه أقر به لمن لا (٦) يدعيه . الثاني ، ينزعه الحاكم (٧) من يده (٧)

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « الشركة » .

(٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧-٧) سقط من : ا ، ب .

حتى يثبت لمُدَّعِيهِ ، ويُوَجِّرُهُ ، ويَحْفَظُ أُجْرَتَهُ لِمَالِكِهِ . والثالث ، يُدْفَعُ إِلَى مُدَّعِيهِ لِعَدَمِ الْمُتَبَارِعِ فِيهِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلَّهُ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

٨٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَكُلُّ مَنْ قُلْتُ : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . فَلِحَصْنِهِ عَلَيْهِ الْيَمِينُ)

يَعْنِي فِي هَذَا الْبَابِ وَفِيمَا أَشْبَهَهُ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عِنْدِي الْف . ثم قال : وَدِيعةٌ . أو قال : عَلَيَّ . ثم قال : وَدِيعةٌ . أو قال : لَهُ عِنْدِي رَهْنٌ . فقال المَالِكُ : وَدِيعةٌ . ومثل الشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ وَالْمُنْكَرِ لِلدَّعْوَى ، وَإِذَا ائْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ قَدَّرِ الدَّيْنِ الَّذِي الرَّهْنُ بِهِ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا ، فَكُلُّ مَنْ قُلْنَا ^(١) : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . فعليه لِحَصْنِهِ الْيَمِينُ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَائِهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢) . ولأنَّ الْيَمِينَ يُشْرَعُ فِي حَقِّ مَنْ ظَهَرَ صِدْقُهُ ، وَقَوَى جَانِبَهُ ، تَقْوِيَةً لِقَوْلِهِ وَاسْتِظْهَارًا ، وَالَّذِي جُعِلَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ كَذَلِكَ ، فَيَجِبُ أَنْ تُشْرَعَ الْيَمِينُ فِي حَقِّهِ .

٢٠١/٤ ظ / فصل : إِذَا أَقْرَأَهُ وَهَبَ وَأَقْبَضَ الْهَبَةَ ، أَوْ رَهَنَ وَأَقْبَضَ ، أَوْ أَقْرَأَ ^(٣) أَنَّهُ قَبِضَ ثَمَنٌ ^(٤) الْمَبِيعِ ، أَوْ أَجَرَ الْمُسْتَأْجِرَ ، ثُمَّ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَسَأَلَ إِخْلَافَ حَصْنِهِ ، ففیه رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُسْتَحْلَفُ . وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَكْذِيبٌ لِإِقْرَارِهِ ، فَلَا تُسْمَعُ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ الْمُضَارِبُ أَنَّهُ رَبِحَ الْفَا ، ثُمَّ قَالَ : غَلَطْتُ . ولأنَّ الإِقْرَارَ أَقْوَى مِنَ الْبَيِّنَةِ ، وَلَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ ^(٥) فَقَالَ : أَحْلِفُوهُ لِي مَعَ بَيِّنَتِهِ . لم يُسْتَحْلَفْ ، كَذَا هَهُنَا . والثانية ، يُسْتَحْلَفُ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِالِإِقْرَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَيَحْتَمِلُ صِحَّةَ مَا قَالَهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَحْلَفَ حَصْنُهُ لِتَنْفِيِ الْإِحْتِمَالِ .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) تقدم تخريجه في : ٥٢٥ / ٦ .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ا .

وَيُفَارِقُ الْإِقْرَارُ الْبَيِّنَةَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِالْإِقْرَارِ ^(٦) بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ ^(٧) ،
 وَلَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْقَبْضِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ شَهَادَةً زُورٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّ إِنْكَارَهُ
 مَعَ الشَّهَادَةِ طَعَنٌ فِي الْبَيِّنَةِ ، وَتَكْذِيبٌ لَهَا ، وَفِي الْإِقْرَارِ بِخِلَافِهِ . وَلَمْ يَذْكَرِ الْقَاضِي فِي
 « الْمُجَرَّدِ » غَيْرَ هَذَا الْوَجْهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَأَ أَنَّهُ اقْتَرَضَ مِنْهُ الْفَأَوْقَبَضَهَا ، أَوْ قَالَ : لَهُ
 عَلَيَّ الْف . ثُمَّ قَالَ : مَا كُنْتُ قَبَضْتُهَا ، وَإِنَّمَا أَقْرَرْتُ لِأَقْبِضَهَا . فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ .
 وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقْرَبَ قَبْضِ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ وَكَيْلِهِ وَطَنَّهُ ، وَالشَّهَادَةُ لَا تَجُوزُ إِلَّا
 عَلَى الْيَقِينِ . فَأَمَّا إِنْ أَقْرَأَ أَنَّهُ وَهَبَهُ طَعَامًا ، ثُمَّ قَالَ : مَا أَقْبَضْتُكَ . وَقَالَ الْمُتَّهَبُ : بَلِ
 أَقْبَضْتَنِيهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ،
 فَقَالَ : أَقْبَضْتَنِيهَا . فَقَالَ : بَلِ أَخَذْتَهَا مِنِّي بِغَيْرِ إِذْنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ
 الْأَصْلَ عَدَمَ الْإِذْنِ . وَإِنْ كَانَتْ حِينَ الْهَبَةِ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، لَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُ الْوَاهِبِ ، وَإِنَّمَا
 يُعْتَبَرُ مُضِيُّ مُدَّةٍ يَتَأْتَى الْقَبْضُ فِيهَا . وَعَلَى مَنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . مِنْهُمَا ^(٨) الْيَمِينُ ؛ لِمَا
 ذَكَرْنَا .

٨٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَالْإِقْرَارُ بِدَيْنٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، كَالْإِقْرَارِ فِي
 الصَّحَّةِ ، إِذَا كَانَ لِعَيْرٍ وَارِثٍ)

هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ
 نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ فِي مَرَضِهِ لِعَيْرٍ الْوَارِثِ جَائِزٌ . وَحَكَى
 أَصْحَابُنَا رِوَايَةَ أُخْرَى ؛ أَنَّهُ ^(١) لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَشْبَهَ الْإِقْرَارَ
 لِوَارِثٍ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ ^(١) لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ؛

(٦) سقط من : ب .

(٧) سقط من : م .

(١-١) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي، كما هو ممنوع من عطية الوارث، فلا (١) يصح إقراره بما لا يملك عطيته، بخلاف الثلث فما دون. ولنا، أنه إقرار غير متهم فيه، فقبل، كالإقرار في الصحة، يحققه أن حالة المريض أقرب إلى الاحتياط لنفسه، وإبراء ذمته، وتحرى الصدق، فكان أولى بالقبول. وفارق الإقرار للوارث؛ لأنه متهم فيه، على ما سنذكره.

فصل: فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه، وعليه دين ثبت بيينة أو إقرار في صحته، وفي المال سعة لهما، فهما سواء، وإن ضاق عن قضائهما، فظاهر كلام الخرقى أنهما سواء. وهو اختيار التميمي. وبه قال مالك، والشافعي، وأبو ثور. وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر (٢) أهل المدينة؛ لأنهما حقان يجب قضاءهما من رأس المال، / لم يختص أحدهما برهن، فاستويا، كما لو ثبتا بيينة. وقال أبو الخطاب: لا يحاص غرماء الصحة. قال (٣) القاضي: هو قياس المذهب؛ لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين بيينة، يبدأ بالدين الذي بالبيينة. وهذا قال النحعي، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته، فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيينة، كعريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله، منعه من التبرع ومن الإقرار لوارث؛ ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته، فلم يشارك من أقر له قبل الحجر، ومن ثبت دينه بيينة، كالذي أقر له المفلس. وإن أقر لهما جميعا في المرض، تساويا، ولم يقدم السابق منهما؛ لأنهما استويا في الحال، فأشبهها غريمي الصحة.

٢٠٢/٤

٨٦٠ - مسألة؛ قال: (وإن أقر لوارث، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بيينة)
وهذا قال شريح، وأبو هاشم، وابن أذينة (١)، والنحعي، ويحيى الأنصاري، وأبو

(٢) في الأصل: « فلم ».

(٣) سقط من: الأصل، ا، ب.

(٤) في ب، م: « وقال ».

(١) عروة بن أذينة، وأذينة لقب، واسمه يحيى بن مالك اللبي التابعي، مدني، فقيه، محدث، شاعر، ثقة، =

حَنِيفَةً وَأَصْحَابُهُ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الْقَاسِمِ ، وَسَالِمِ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ،
وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ مَنْ صَحَّ الْإِقْرَارُ لَهُ فِي الصَّحَّةِ ، صَحَّ فِي الْمَرَضِ ،
كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَتَّهَمْ ، وَيَبْطُلُ إِنْ
اتَّهَمَ ، كَمَنْ لَهُ بِنْتُ وَابْنُ عَمٍّ ، فَأَقْرَرَّ لِابْنَتِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقْرَرَّ لِابْنِ عَمِّهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَتَّهَمُ فِي أَنَّهُ يَزْوِي ابْنَتَهُ وَيُوَصِّلُ الْمَالَ إِلَى ابْنِ عَمِّهِ ، وَعِلَّةُ مَنْعِ الْإِقْرَارِ التُّهْمَةُ ، فَاخْتَصَرَ
الْمَنْعُ بِمَوْضِعِهَا^(٢) . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصْنَالٌ لِلْمَالِ إِلَى وَارِثِهِ بِقَوْلِهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ
بِغَيْرِ رِضَى بَقِيَّةِ وَرَثَتِهِ ، كَهَيْئَتِهِ ، وَلِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهُ ،
كَالصَّبِيِّ فِي حَقِّ جَمِيعِ^(٣) النَّاسِ . وَفَارَقَ الْأَجْنَبِيُّ ؛ فَإِنَّ هَيْئَتَهُ لَمْ تَصِحَّ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ
لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ التُّهْمَةَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُهَا بِنَفْسِهَا ، فَوَجِبَ اعْتِبَارُهَا بِمَطْلَبَتِهَا وَهُوَ
الْإِرْثُ ، وَكَذَلِكَ اعْتَبِرَ فِي الْوَصِيَّةِ وَالتَّبَرُّعِ وَغَيْرِهِمَا .

فصل : وَإِنْ أَقْرَرَّ لِامْرَأَتِهِ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ دُونَهُ ، صَحَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . لَا نَعْلَمُ فِيهِ
مُخَالَفًا إِلَّا الشَّعْبِيَّ ، قَالَ : لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لِوَارِثٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا
تَحَقَّقَ سَبَبُهُ ، وَعُلِمَ وَجُودُهُ ، وَلَمْ نَعْلَمْ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَيِّنَةٌ ، فَأَقْرَرَّ
بِأَنَّهُ لَمْ يُؤْفَقْ . وَكَذَلِكَ إِنْ اشْتَرَى مِنْ وَارِثِهِ شَيْئًا ، فَأَقْرَرَّ لَهُ بِتَمَنِّ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْمُقَرَّرِّ
لَهُ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ ثَمَنَهُ . وَإِنْ أَقْرَرَّ لِامْرَأَتِهِ بِدَيْنٍ سِوَى الصَّدَاقِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ أَقْرَرَّ
لَهَا ، ثُمَّ أَبَانَهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، وَمَاتَ فِي^(٥) مَرَضِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ لَهَا . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ
الْحَسَنِ : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ إِلَى حَالٍ لَا يَتَّهَمُ فِيهَا ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ أَقْرَرَّ الْمَرِيضُ ثُمَّ بَرَأَ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِوَارِثٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَشْبَهَهُ مَا لَوْ لَمْ يُبْنِهَا ، وَفَارَقَ مَا إِذَا صَحَّ مِنْ
مَرَضِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ مَرَضُ الْمَوْتِ .

= ثبت . انظر : سمط اللآلى ١ / ١٣٦ ، والشعر والشعراء ٢ / ٥٧٩ ، ٥٨٠ وحاشيتهما .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بَوَضِعِهَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٤) فِي مِ زِيَادَةَ : « رَجَعَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

فصل : وإن أقرَّ لوارِثٍ ، فصارَ غيرَ وارِثٍ كرجلٍ أقرَّ لأُخِيهِ ولا وُلْدَ له ، ثم وُلِدَ له ابنٌ ، لم يَصِحَّ إقرارُهُ له . وإن أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، ثم صارَ وارِثًا ، صحَّ إقرارُهُ له^(٦) . نصَّ عليه أحمدُ ، في رِوَايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا أقرَّ لِامْرَأَةٍ بِدَيْنٍ فِي الْمَرَضِ ، / ثم تَزَوَّجَهَا ، جازَ إقرارُهُ ؛ لأنَّهُ غيرُ مَتَّهِمٍ . وحكى له قولُ سُفْيَانَ فِي رَجُلٍ لَهُ ابْنَانِ ، فَأقرَّ لِأَحَدِهِمَا بِدَيْنٍ فِي مَرَضِهِ ، ثم ماتَ الابنُ ، وَتَرَكَ ابْنًا ، وَالأبُ حَيٌّ ، ثم ماتَ بعدَ ذلك ، جازَ إقرارُهُ . فقال أحمدُ : لا يجوزُ . وبهذا قالَ عثمانُ البُتِّيُّ . وذكرَ أبو الحُطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى فِي الصُّورَتَيْنِ مُخَالَفَةً لِمَا قُلْنَا . وهو قولُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ مَعْنَى يُعْتَبَرُ فِيهِ عَدَمُ الْمِيرَاثِ ، فكانَ الاعتِبارُ فِيهِ بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، كَالْوَصِيَّةِ . ولنا ، أَنَّهُ قولٌ تُعْتَبَرُ فِيهِ التُّهْمَةُ ، فاعتُبرَتْ حالُ وُجُودِهِ دونَ غيرِهِ ، كَالشَّهَادَةِ ، ولأنَّهُ إذا أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، ثَبَتَ الإقرارُ ، وَصَحَّ ؛ لِوُجُودِهِ مِنْ أَهْلِهِ خَالِيًا عَنِ تُّهْمَةِ ، فَيُثَبِّتُ الْحَقُّ بِهِ ، وَلَمْ يُوْجَدْ مُسْقِطٌ لَهُ ، فلا يَسْقُطُ . وإذا أقرَّ لِوارِثٍ ، وَقَعَ باطلًا ؛ لِاقْتِرَانِ التُّهْمَةِ بِهِ ، فلا يَصِحُّ بعدَ ذلك ، ولأنَّهُ إقرارٌ لِوارِثٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اسْتَمَرَ^(٧) الميراثُ . وإن أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، صحَّ ، واسْتَمَرَ ، كما لو اسْتَمَرَ عَدَمُ الإِراثِ . أمَّا الوَصِيَّةُ ، فَإِنَّهَا عَطِيَّةٌ بعدَ الْمَوْتِ ، فاعتُبرَتْ فِيها حالَةُ الْمَوْتِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإن أقرَّ لِوارِثٍ وَأجْنَبِيٍّ ، بَطَلَ فِي حَقِّ الوارِثِ ، وَصَحَّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ ، كما لو شَهِدَ بِشَهَادَةٍ يَجْرُ إِلَى نَفْسِهِ بَعْضُهَا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الكُلِّ ، وكما لو شَهِدَ لِابْنِهِ وَأجْنَبِيٍّ . وقال أبو حنيفة : إن أقرَّ لهما بِدَيْنٍ مِنَ الشَّرِكَةِ ، فاعْتَرَفَ الأَجْنَبِيُّ بِالشَّرِكَةِ ، صحَّ الإقرارُ لهما ، وإن جَحَدَها ، صحَّ له دُونَ الوارِثِ . ولنا ، أَنَّهُ إقرارٌ لِوارِثٍ وَأجْنَبِيٍّ ، فيصحُّ لِالأَجْنَبِيِّ دونَ الوارِثِ ، كما لو أقرَّ بِلَفْظَيْنِ ، أو كما لو جَحَدَ الأَجْنَبِيُّ الشَّرِكَةَ . ويُفارقُ^(٨) الإقرارُ الشَّهَادَةَ ؛ لِقُوَّةِ الإقرارِ ،

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : « يستمر » .

(٨) في ب : « وفارق » .

ولذلك لا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ . وَلَوْ أَقْرَبْشَىءَ لَهُ فِيهِ نَفْعٌ ، كَالْإِقْرَارِ بِنَسَبِ مُوسَى ، قُبِلَ .
 وَلَوْ أَقْرَبْشَىءَ يَتَضَمَّنُ دَعْوَى عَلَى غَيْرِهِ ، قُبِلَ فِيمَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ . كَمَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ :
 خَلَعْتُكَ عَلَى الْإِلْفِ . بَأْتَتْ بِإِقْرَارِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعِوَضِ . وَإِنْ قَالَ لِعَبِيدِهِ :
 اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ مِنِّي بِالْإِلْفِ . فَكَذَلِكَ .

فصل : وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ بِوَارِثٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَوَارِثٍ ، فَاشْتَبَهَ الْإِقْرَارَ لَهُ بِمَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِقْرَارِ غَيْرُ
 وَاوْرِثٍ ، فَصَحَّ^(٩) . كَمَا لَوْ لَمْ يَصِرْ وَاوْرِثًا ، وَيُمْكِنُ بِنَاءُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَا إِذَا أَقْرَبْ لَغَيْرِ
 وَاوْرِثٍ ثُمَّ صَارَ وَاوْرِثًا ، فَمَنْ صَحَّحَ الْإِقْرَارَ ثُمَّ صَحَّحَهُ هَهُنَا ، وَمَنْ أَبْطَلَهُ ، أَبْطَلَهُ . وَإِنْ
 مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَبَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، وَهُوَ أَقْرَبُ عَصَبَتِهِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ
 يَرِثْهُ ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهُ يُوجِبُ إِبْطَالَ الْإِقْرَارِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْحُرِّيَّةُ سَقَطَ الْإِثْرُ ،
 فَصَارَ تَوْرِيثُهُ سَبَبًا^(١٠) إِلَى إِسْقَاطِ تَوْرِيثِهِ ، فَاسْقَطْنَا^(١١) التَّوْرِيثَ وَحَدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 يَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِقْرَارِ غَيْرُ وَاوْرِثٍ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ لَهُ^(١٢) ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ مِنَ الْمَرِيضِ بِإِحْبَالِ الْأُمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ذَلِكَ ، فَمَلَكَ الْإِقْرَارَ
 بِهِ . وَكَذَلِكَ / كُلُّ مَا مَلَكَهُ مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . فَإِذَا أَقْرَبَ بِذَلِكَ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ بَيَّنَّ أَنَّهُ
 اسْتَوْلَدَهَا فِي مِلْكِهِ ، فَوَلَدَهُ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَأُمُّهُ أُمَّ وُلْدٍ ، تَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ قَالَ :
 مِنْ نِكَاحِهِ ، أَوْ وَطْءِ شَبْهَةٍ . لَمْ تَصِرِ الْأُمَّةُ أُمَّ وُلْدٍ وَعَتَقَ الْوَلَدُ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ نِكَاحٍ فَعَلِيهِ
 الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ مَسَّهُ رُقٌّ ، وَإِنْ قَالَ : مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ . لَمْ تَصِرِ الْأُمَّةُ أُمَّ وُلْدٍ . وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنَّ
 السَّبَبُ ، فَالْأُمَّةُ مَمْلُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرُّقُّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 تَصِيرَ أُمَّ وُلْدٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ اسْتِبْلَادُهَا فِي مِلْكِهِ ، مِنْ قَبْلِ أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَالْوِلَادَةُ

(٩) فِي ب ، م : « وَيَصِحُّ » .

(١٠) فِي أ ، ب : « مَفْضِيًا » .

(١١) فِي ب : « فَاسْقَطْ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

مَوْجُودَةٌ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَى الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا يُثْبِتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ .

فصل : في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار ، إذا قال : له عَلَى الْفِّ . أو قال له : لِي ^(١٣) عَلَيْكَ الْفِّ ؟ فقال : نعم ، أو أجل ، أو صدقت ، أو لعمرى ، أو أنا مقرُّ به ، أو بما ادَّعيت ، أو بدِّعواك . كان مُقْرَأً فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاطَ وَضِعَتْ لِلتَّصْدِيقِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ ^(١٤) . وَإِنْ قَالَ : أَلَيْسَ لِي عِنْدَكَ الْفِّ ؟ قَالَ : بَلَى . كَانَ إِقْرَارًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ بَلَى جَوَابٌ لِلسُّؤَالِ بِحَرْفِ النَّفْيِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى ﴾ ^(١٥) . وَإِنْ قَالَ : لَكَ عَلَى ^(١٦) الْفِّ فِي عِلْمِي ، أَوْ فِيمَا أَعْلَمُ . كَانَ مُقْرَأً بِهِ ، ^(١٧) لِأَنَّ مَا فِي عِلْمِهِ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْوُجُوبَ . وَإِنْ قَالَ : أَقْضَيْنِي الْآلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ . قَالَ : نَعَمْ . كَانَ مُقْرَأً بِهِ ^(١٧) ؛ لِأَنَّهُ تَصْدِيقٌ لِمَا ادَّعَاهُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ عِبْدِي هَذَا . أَوْ أُعْطِنِي عِبْدِي هَذَا . فَقَالَ : نَعَمْ . كَانَ إِقْرَارًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ : ^(١٨) لَكَ عَلَى ^(١٨) الْفِّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . كَانَ مُقْرَأً بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ بِإِقْرَارٍ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ إِقْرَارَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ عَلَى مَشِيئَةِ زَيْدٍ ، وَلِأَنَّ مَا عُلِّقَ عَلَى مَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يَرْفَعُهُ كُلَّهُ ، وَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِ الْإِقْرَارِ ، فَلِزِمَهُ مَا أَقْرَأَ بِهِ ، وَبَطَلَ مَا وَصَلَهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ ^(١٣) عَلَى الْفِّ إِلَّا الْفَأَ . وَلِأَنَّهُ عَقَّبَ الْإِقْرَارَ بِمَا لَا يُفِيدُ حُكْمًا آخَرَ ، وَلَا يَقْتَضِي رَفْعَ الْحُكْمِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْفِّ فِي مَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْفِّ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ . صَحَّ الْإِقْرَارُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ ، ثُمَّ عَلَّقَ رَفْعَ

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سورة الأعراف ٤٤ .

(١٥) سورة الأعراف ١٧٢ .

(١٦) في أ : « عندى » .

(١٧-١٧) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٨-١٨) في الأصل : « لي عليك » خطأ .

الإقرارِ على أمرٍ لا يُعلمُ ، فلم يَرْتَفِعْ . وإن قال : لَكَ عَلَى الْفِّ ، إن شِئْتَ ، أو إن شاءَ زَيْدٌ . لم يَصِحَّ الإقرارُ . وقال القاضي : يَصِحُّ ؛ لأنه عَقَبُهُ بما يَرْتَفِعُهُ ، فَصَحَّ الإقرارُ دُونَ ما يَرْتَفِعُهُ ، كاستِثْناءِ الكُلِّ ، وكألو قال : إن شاءَ اللهُ . ولنا ، أَنَّهُ عَلَقَهُ على شَرْطِ يُمَكِّنُ عِلْمُهُ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : له عَلَى الْفِّ ، إن شَهِدَ بها فُلانٌ . وذلك لأنَّ الإقرارَ إخبارًا بِحَقِّ سابقٍ ، فلا يَتَعَلَّقُ على شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ . وَيُفَارِقُ التَّعْلِيْقَ على مَشِيئَةِ اللهِ تعالى ، فَإِنَّ مَشِيئَةَ اللهِ تعالى تُذَكِّرُ في الكلامِ تَبَرُّكًا وَصِلَةً وَتَقْوِيصًا إلى اللهِ تعالى ، لا لِلإشْتِراطِ ، كَقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ ﴾ (١٩) . وقد عَلِمَ اللهُ أَنَّهُمْ سَيَدْخُلُونَ بِغَيْرِ شَكٍّ . ويقولُ (٢٠) الناسُ : صَلَّيْنَا إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى . مع تَيَقُّنِهِمْ صَلَاتِهِمْ ، بِخِلَافِ مَشِيئَةِ الْآدَمِيِّ . الثاني ، أَنَّ مَشِيئَةَ اللهِ تعالى لا تُعَلَّمُ إِلَّا بِوُقُوعِ الأَمْرِ ، فلا يُمَكِّنُ وَقْفُ الأَمْرِ على وُجُودِها ، وَمَشِيئَةُ الْآدَمِيِّ يُمَكِّنُ العِلْمَ بها ، فَيُمَكِّنُ جَعْلَها شَرْطًا . يَتَوَقَّفُ الأَمْرُ على وُجُودِها ، / الماضي لا يُمَكِّنُ وَقْفَهُ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأَمْرِ هُنَا على المُسْتَقْبَلِ ، فيكونُ وَعْدًا لا إِقْرَارًا . وإن قال : بِعِتْكَ إِنْ شاءَ اللهُ تعالى ، أو زَوَّجْتُكَ إِنْ شاءَ اللهُ تعالى . فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أَعْلَمُ خِلَافًا عنه في أَنَّهُ إِذا قِيلَ له : قَبِلْتَ هذا النِّكَاحَ ؟ فقال : نعم إِنْ شاءَ اللهُ تعالى . أنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ به . قال أبو حنيفةَ : ولو قال : بِعِتْكَ بِالْفِّ إِنْ شِئْتَ . فقال : قد شِئْتُ وَقَبِلْتُ . صَحَّ ؛ لأنَّ هذا الشَّرْطَ من مُوجِبِ العَقْدِ ومُقْتَضَاهُ ، فَإِنَّ الإيجابَ إِذا وُجِدَ من البائعِ كان القَبُولُ إلى مَشِيئَةِ المُشْتَرِي واختيارِهِ . وإن قال : له عَلَى الْفِّ (٢١) إِنْ قَدِمَ فُلانٌ . لم يَلْزِمُهُ ؛ لأنه لم يَقَرَّ بها في الحالِ ، وما لا يَلْزِمُهُ في الحالِ ، لا يَصِيرُ واجبًا عند

(١٩) سورة الفتح ٢٧ .

(٢٠) في ب : « وقول » .

(٢١) في الأصل : « ألف » . وسقط من : ا .

وَجُودِ الشَّرْطِ . وإن قال : إن شَهِدَ فُلَانٌ عَلَيَّ لِكَ بِالْفِ صَدَّقْتَهُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصَدَّقَ الْكَاذِبُ . وإن قال : إن شَهِدَ بِهَا فُلَانٌ فَهُوَ صَادِقٌ . اِحْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَاشْتَبَهَتِ الَّتِي قَبْلَهَا . واحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ إِقْرَارًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٢) يَتَصَوَّرُ صِدْقَهُ إِذَا شَهِدَ بِهَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ ثَابِتَةً فِي الْحَالِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ بِصِدْقِهِ . وإن قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَهِدَ بِهَا فُلَانٌ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ .

فصل : وإن قال : لِي عَلَيْكَ^(٢٣) أَلْفٌ . فقال : أَنَا أَقْرَأُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ وَعَدَ بِالْإِقْرَارِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ . وإن قال : لَا أَنْكِرُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ الْإِنْكَارِ الْإِقْرَارُ ، فَإِنْ بَيْنَهُمَا قِسْمًا آخَرَ ، وَهُوَ السُّكُوتُ عَنْهُمَا . وإن قال : لَا أَنْكِرُ أَنْ تَكُونَ مُحِقًّا^(٢٤) . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِذَلِكَ . وإن قال : أَنَا مُقَرَّرٌ . ولم يَزِدْ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مُقَرَّرًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَقِيبُ الدَّعْوَى ، فَيَنْصَرِفُ^(٢٥) إِلَيْهَا . وكذلك إِنْ قَالَ : أَقْرَرْتُ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَ أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾^(٢٦) . ولم يَقُولُوا : أَقْرَرْنَا بِذَلِكَ . وَلَا زَادُوا عَلَيْهِ ، فَكَانَ مِنْهُمْ إِقْرَارًا . واحْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ مُقَرَّرًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ غَيْرَ ذَلِكَ ، مِثْلَ أَنْ يُرِيدَ : أَنَا مُقَرَّرٌ بِالشَّهَادَةِ ، أَوْ يُبْطِلَانِ دَعْوَاكَ . وإن قَالَ : لَعَلَّ أَوْ عَسَى . لم يَكُنْ مُقَرَّرًا ؛ لِأَنَّهُمَا لِلتَّرَجُّحِ . وإن قَالَ : أَظُنُّ أَوْ أَحْسَبُ^(٢٧) أَوْ أَقْدِرُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ تُسْتَعْمَلُ لِلشَّكِّ . وإن قَالَ : خُذْ ، أَوْ اتَّزِنْ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ : خُذِ الْجَوَابَ ، أَوْ اتَّزِنْ شَيْئًا آخَرَ . وإن قَالَ : خُذْهَا ،

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) سقط من : أ .

(٢٤) في الأصل : « حقا » .

(٢٥) في ب ، م : « فيصرف » .

(٢٦) سورة آل عمران ٨١ .

(٢٧) في الأصل ، ب ، م : « أحب » .

(٢٨) في م : « مقرا » .

أو اثرتُها ، أو هي صِحاحٌ . ففيه وجهان ؛ أحدهما ليس بإقرارٍ ؛ لأنَّ الصِّفَّةَ تَرْجِعُ إلى المدَّعي ، ولم يُقرَّ بوجوبه ، ولأنَّه يجوزُ أن يُعطيَهُ ما يدَّعيه من غير أن يكونَ واجبًا عليه ، فأمرهُ بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوبُ . والثاني ، يكونُ إقرارًا ؛ لأنَّ الضميرَ يعودُ إلى ما تقدَّم . وإن قال : له علىَّ ألفٌ إذا جاء رأسُ الشهرِ . أو إذا جاء رأسُ الشهرِ فلهُ علىَّ ألفٌ . فقال أصحابنا : الأوَّلُ إقرارٌ ، والثاني ليس بإقرارٍ . وهذا منصوصٌ الشافعيُّ ؛ لأنَّه في الأوَّلِ بدأ بالإقرارِ^(٢٩) ، ثم عَقَّبَهُ بما لا يقتضِي رفعَهُ ، لأنَّ قوله : إذا جاء رأسُ الشهرِ . يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ المحلَّ ، فلا يَبْطُلُ الإقرارُ بأمرٍ مُحْتَمِلٍ ، وفي الثاني بدأ بالشرطِ^(٣٠) فَعَلَّقَ عليه لفظًا^(٣١) يصلحُ للإقرارِ ويصلحُ للوعدِ ، فلا يكونُ إقرارًا مع الاحتمالِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يفرقُ بينهما ؛ لأنَّ تقديمَ الشرطِ وتأخيرَهُ سَوَاءٌ ، فيكونُ فيهما جميعًا وجهان .

(٢٩) في م زيادة : « والثاني ليس بإقرار » .

(٣٠-٣١) في ب : « فعلق عليه لفظ » .

(كِتَابُ الْعَارِيَةِ^(١))

٢٠٤/٤ ر ٨٦١ - / مسألة ؛ قال : (وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ فِيهَا الْمُسْتَعِيرُ)

الْعَارِيَةُ : إِبَاحَةُ الْإِئْتِفَاعِ بِعَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ الْمَالِ . مُشْتَقَّةٌ^(٢) مِنْ عَارَ الشَّيْءُ : إِذَا ذَهَبَ وَجَاءَ . وَمِنْهُ قِيلَ لِلْبَطَّالِ : عَيَّارٌ ؛ لِتَرَدُّدِهِ فِي بَطَالَتِهِ ، وَالْعَرَبُ تَقُولُ : أَعَارَهُ ، وَعَارَهُ . مِثْلُ أَطَاعَهُ ، وَطَاعَهُ . وَالْأَصْلُ فِيهَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾^(٣) . رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُمَا قَالَا : الْعَوَارِيُّ . وَفَسَّرَهَا ابْنُ مَسْعُودٍ ، فَقَالَ : الْقَدْرُ وَالْمِيزَانُ وَالذَّلُّ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ فِي حُطْبَةِ عَامِ حَجَّةِ الْوَدَاعِ : « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّةٌ ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالزَّرْعِيمُ غَارِمٌ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَرَوَى صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ أَدْرُعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فَقَالَ : أَغْصَبَا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٥) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الْعَارِيَةِ وَاسْتِحْبَابِهَا ، وَلَئِنَّهُ لَمَّا جَارَتْ هِبَةُ الْأَعْيَانِ ، جَارَتْ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلِذَلِكَ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْأَعْيَانِ وَالْمَنَافِعِ جَمِيعًا . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَارِيَةَ مُنْدُوبٌ إِلَيْهَا ، وَليست واجبةً ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقِيلَ : هِيَ وَاجِبَةٌ ؛ لِلآيَةِ ، وَلِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ لَا يُؤَدِّي حَقَّهَا » . الْحَدِيثُ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في ١ : « مشتق » .

(٣) سورة الماعون ٧ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٧١ .

(٥) في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٥ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٠١ ، ٦ / ٤٦٥ .

(٦) في ٢ : « عن » .

قيل : يارسوول الله : وما حَقَّقَهَا ؟ قال : « إِعَارَةٌ دَلُوبَهَا ، وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةٌ لَبِينَهَا يَوْمَ وِرْدِهَا » (٧) . فذَمَّ اللهُ تَعَالَى مَانِعَ الْعَارِيَةِ ، وَتَوَعَّدَهُ رَسُوْلُ اللهِ ﷺ بِمَا ذَكَرَ فِي حَبْرِهِ . وَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أُدِيَتْ زَكَاةُ مَالِكَ ، فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » . رَوَاهُ ابْنُ الْمُنْدِرِ (٨) . وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » (٩) . وَفِي حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ الَّذِي سَأَلَ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ : مَاذَا فَرَضَ اللهُ عَلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ قَالَ : « الزَّكَاةُ » . فَقَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : « لَا ، إِلَّا أَنْ تَطْوَعَ شَيْئًا » (١٠) . أَوْ كَمَا قَالَ . وَالآيَةُ فَسَّرَهَا ابْنُ عَمْرٍو وَالحَسَنُ البَصْرِيُّ بِالزَّكَاةِ ، وَكَذَلِكَ زَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ . وَقَالَ عِكْرِمَةُ : إِذَا جَمَعَ ثَلَاثَتَهَا فَلَهُ الْوَيْلُ ، إِذَا سَهَا عَنِ الصَّلَاةِ ، وَرَأَى ، وَمَنَعَ الْمَاعُونَ . وَيَجِبُ رَدُّ الْعَارِيَةِ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً . بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَيَجِبُ ضَمَانُهَا إِذَا كَانَتْ تَالِفَةً ، تَعَدَّى فِيهَا الْمُسْتَعِيرُ أَوْ لَمْ يَتَعَدَّ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ (١١) ابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ : هِيَ أَمَانَةٌ لَا يَجِبُ ضَمَانُهَا إِلَّا بِالتَّعَدِّي ؛ لِمَارْوِيِّ عَمْرُو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنِ أَبِيهِ ، عَنِ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَيَّ الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغْلُ (١٢) ، ضَمَانٌ » (١٣) . وَلَا أَنَّهُ قَبَضَهَا بِإِذْنِ

(٧) أخرجه مسلم ، في : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٨٤ ، ٦٨٥ . والنسائي ، في : باب مانع زكاة البقر . من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ١٨ . والدارمي ، في : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمي ١ / ٣٧٩ ، ٣٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٢١ . ولم يروه أحد من أصحاب هذه المصادر عن أبي هريرة بهذا اللفظ إنما روه عن جابر بن عبد الله . وانظر مصنف عبد الرزاق ٤ / ٢٦ - ٣٠ . والفتح الرباني ٨ / ١٩٨ ، ١٥ ، ١٢٨ ، ١٢٩ . وإرواء الغليل ٥ / ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٨) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء إذا أدبت الزكاة فقد قضيت ما عليك ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ٩٧ . وابن ماجه ، في : باب ما أدى زكاته ليس بكنز ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٧٠ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ٧ .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٢ / ٧ .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) المغل : الخائن .

(١٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال لا يغرم ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وعبد الرزاق ، في : =

مَالِكِهَا، فَكَانَتْ أَمَانَةً، كَالْوَدِيعَةِ. قَالُوا: وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَاةٌ». يَدُلُّ ٢٠٤/٤ ط على أَنَّهَا أَمَانَةٌ، لقول الله تعالى / ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ (١٤). ولنا، قولُ النَّبِيِّ ﷺ، في حَدِيثِ صَفْوَانَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ». وَرَوَى الْحَسَنُ، عَنْ سَمُرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٥). وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ. وَلِأَنَّهُ أَخَذَ مِلْكًا غَيْرَهُ لِنَفْسِهِ، مُنْفَرِدًا بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ (١٦) اسْتِحْقَاقٍ، وَلَا إِذْنٍ فِي الْإِثْلَافِ، فَكَانَ مَضْمُونًا كَالْعَصَبِ (١٧)، وَالْمَأْخُودِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ. وَحَدِيثُهُمْ يَرَوِيهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ، عَنْ عَبْدِ بْنِ حَسَّانٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَعُمَرُ وَعُبَيْدُ ضَعِيفَانِ. قَالَه الدَّارِقُطْنِيُّ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ ضَمَانَ الْمَنَافِعِ وَالْأَجْزَاءِ، وَقِيَّاسَهُمْ مَنْقُوضٌ بِالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ.

فصل: وَإِنْ شَرَطَ نَفَى الضَّمَانِ، لَمْ يَسْقُطْ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ: يَسْقُطُ. قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ: أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ. وَهُوَ قَوْلُ قَتَادَةَ وَالْعَنْبَرِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أِذِنَ فِي إِثْلَافِهَا لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا، فَكَذَلِكَ إِذَا اسْقَطَ عَنْهُ ضَمَانُهَا. وَقِيلَ: بَلْ مَذْهَبُ قَتَادَةَ وَالْعَنْبَرِيِّ، أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ضَمَانُهَا فَيَجِبُ؛ لقول النبي ﷺ لِصَفْوَانَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ». ولنا، أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمَانَ، لَمْ يُعْيَرُهُ الشَّرْطُ، كَالْمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ، وَمَا اقْتَضَى الْأَمَانَةَ، فَكَذَلِكَ، كَالْوَدِيعَةِ

= باب العارية، من كتاب البيوع. المصنف ٨ / ١٧٨. والدارقطني، في: كتاب البيوع. سنن الدارقطني ٤١ / ٣.

(١٤) سورة النساء ٥٨.

(١٥) أخرجه أبو داود، في: باب في تضمين العارية، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢ / ٢٦٥. والترمذي، في: باب ما جاء في أن العارية مؤداة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩.

كما أخرجه ابن ماجه، في: باب العارية، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٢. والدارمي، في: باب في العارية مؤداة، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢ / ٢٦٤. والإمام أحمد، في: المسند ٥ / ٨، ١٢.

(١٦) سقط من: ب.

(١٧) في ١، ب، م: «كالغاصب».

والشَّرِكَةَ وَالْمُضَارَبَةَ ، والذي كان من النبي ﷺ إخباراً بِصِفَةِ الْعَارِيَةِ وَحُكْمِهَا . وفارَقَ ما إذا أذِنَ في الإِثْلَافِ ، فإنَّ الإِثْلَافَ فِعْلٌ يَصِحُّ الإِذْنُ فِيهِ ، وَيَسْقُطُ حُكْمُهُ ، إِذْ لَا يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ مع الإِذْنِ فِيهِ ، وإسقاطُ الضَّمَانِ ههنا نَفْيٌ لِلحُكْمِ مع وجودِ سببِهِ ، وليس ذلك لِلْمَالِكِ ، ولا يَمْلِكُ الإِذْنُ فِيهِ .

فصل : وإذا انْتَفَعَ بها ، ورَدَّهَا على صِفَتِهَا ، فلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ الْمَنَافِعَ ما ذُوْنَ فِي إِثْلَافِهَا ، فلا يَجِبُ عِوَضُهَا . وإن تَلَفَ شَيْءٌ من أَجْزَائِهَا التي لا تَذْهَبُ بِالاسْتِعْمَالِ ، فعليه ضَمَانُهَا ؛ لأنَّ ما ضَمِنَ جُمْلَتَهُ ضَمِنْتَ أَجْزَاؤَهُ ، كَالْمَعْصُوبِ . وأما أَجْزَاؤُهَا التي تَذْهَبُ بِالاسْتِعْمَالِ ، كَحَمْلِ^(١٨) الْمِنْشَفَةِ وَالْقَطِيفَةِ ، وَخُفِّ الثَّوْبِ يَلْبَسُهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَجْزَاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٌ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً ، كما لو كانت مَعْصُومَةً ، ولأنَّهَا أَجْزَاءُ يَجِبُ ضَمَانُهَا لو تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ، فَتَضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ وَحَدَّهَا ، كَسَائِرِ الْأَجْزَاءِ . والثَّانِي ، لا يَضْمَنُهَا . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الإِذْنَ فِي الاسْتِعْمَالِ تَضَمَّنَهُ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، كَالْمَنَافِعِ ، وكما لو أذِنَ فِي إِثْلَافِهَا صَرِيحًا . وفارَقَ ما إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهَا مِنَ الْعَيْنِ ، ولأنَّهُ إِنَّمَا أذِنَ فِي إِثْلَافِهَا على وَجْهِ الْإِنْتِفَاعِ ، فَإِذَا تَلَفَتْ^(١٩) قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ تَلَفَتْ^(٢٠) على غَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي أذِنَ فِيهِ ، فَضَمِنَهَا ، كما لو أَجَرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَعَارَةَ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَنَافِعَهَا . فَإِذَا قُلْنَا : لا يَضْمَنُ الْأَجْزَاءَ . فَتَلَفَتِ الْعَيْنُ بَعْدَ ذَهَابِهَا بِالاسْتِعْمَالِ ، فَإِنَّهَا تُقَوِّمُ حَالَ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ التَّالِفَةَ تَلَفَتْ غَيْرَ مَضْمُونَةٍ ، لِكُونِهَا ما ذُوًّا فِي إِثْلَافِهَا ، فلا يَجُوزُ تَقْوِيمُهَا عَلَيْهِ . وإن قُلْنَا : يَجِبُ ضَمَانُ الْأَجْزَاءِ . قَوِّمَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ تَلَفِ أَجْزَائِهَا . / وإن تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ ذَهَابِ أَجْزَائِهَا . ضَمِنَهَا كُلَّهَا بِأَجْزَائِهَا . وكذلك لو تَلَفَتِ الْأَجْزَاءُ بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِ ما ذُوِّنَ فِيهِ ، مثل أن يُعِيرَهُ ثَوْبًا

٢٠٥/٤

(١٨) حمل المنشفة : هديها .

(١٩) في م زيادة : « العين » .

(٢٠) في الأصل ، ا ، م ، « فانت » .

لِلْبَيْسَةِ ، فَحَمَلَ فِيهِ تُرَابًا ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ نَقْصَهُ وَمَنَافِعَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِتَعَدِّيهِ . وَإِنْ تَلَفَ
 بِغَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ^(٢١) وَلَا اسْتِعْمَالَ ، كَتَلَفَهَا لِطَوْلِ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَوُقُوعِ نَارٍ عَلَيْهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
 يَضْمَنَ مَا تَلَفَ مِنْهَا بِالنَّارِ وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ لَمْ يَتَضَمَّنْهُ^(٢٢) الاسْتِعْمَالَ الْمَأْذُونُ فِيهِ ،
 فَأَشْبَهَ تَلَفَهَا بِفِعْلِ غَيْرِ مَأْذُونٍ فِيهِ . وَمَا تَلَفَ بِمُرُورِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ ، يَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ مَا
 تَلَفَ بِالاسْتِعْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِالْإِمْسَاكِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَهُ بِالْفِعْلِ الْمَأْذُونِ
 فِيهِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْعَارِيَةِ ، فَلَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي
 الْإِعَارَةِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الضَّمَانِ ، وَلَا فَائِدَةَ لِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ ، وَيَضْمَنُهُ فِي
 الْآخِرِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فَيَضْمَنُ ، كَوَلَدِ الْمَعْصُوبَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ
 وَلَدَ الْمَعْصُوبَةِ لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْصُوبًا . وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْعَارِيَةِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَعَ أُمِّهِ .
 وَإِنَّمَا يَضْمَنُ وَلَدُ الْمَعْصُوبَةِ إِذَا كَانَ مَعْصُوبًا ، فَلَا أَثَرَ لِكَوْنِهِ وَلَدًا لَهَا .

فصل : وَيَجِبُ ضَمَانُ الْعَيْنِ بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ
 مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجِبُ فِيهِ ضَمَانُ الْأَجْزَاءِ التَّالِفَةِ
 بِالِانْتِفَاعِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا بِقِيمَتِهَا^(٢٣) قَبْلَ تَلَفِ أَجْزَائِهَا ، إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا
 حَيْثُئِذْ أَكْثَرَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا ، عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ بَاقِيَةً ، فَعَلَى الْمُسْتَعِيرِ رَدُّهَا إِلَى الْمُعِيرِ أَوْ وَكَيْلِهِ فِي
 قَبْضِهَا ، وَيَبْرَأُ ذَلِكَ مِنْ ضَمَانِهَا . وَإِنْ رَدَّهَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ ، أَوْ إِلَى مَلِكِ
 صَاحِبِهَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْ ضَمَانِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهَا
 صَارَتْ كَالْمَقْبُوضَةِ ، فَإِنَّ رَدَّ الْعَوَارِي فِي الْعَادَةِ يَكُونُ إِلَى أَمْلاكِ أَرْبَابِهَا ، فَيَكُونُ مَأْذُونًا

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « تَعَدِّيهِ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « يَتَضَمَّنُ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

فيه من طريق العادة . ولنا ، أنه لم يردّها إلى مالِكها ، ولا نائِبها فيها ، فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي . وما ذكره يُبطل بالسارق إذا ردّ المسروق إلى الحرز ، ولا تُعرف العادة التي ذكرها . وإن ردّها إلى مَنْ جرت عادته بحرّبان ذلك على يديه ، كزوجته المتصرّفة في ماله ، وردّ الدّابة إلى سائسها ، فقياس المذهب أنّه يبرأ . قاله القاضي ؛ لأنّ أحمد قال في الوديعه : إذا سلّمها المودع إلى امرأته ، لم يضمّنها . ولأنّه ما ذوّن في ذلك عرفاً ، أشبه ما لو أذن فيه نطقاً . ومؤنة الرّد على المُستعير ؛ لقول النبي ﷺ : « العارية مُودّاة » . وقوله : « على اليد ما أخذت حتى تُؤدّيهُ » (٢٤) . وعليه ردّها إلى الموضّيع الذي أخذها منه ؛ إلا أن يتّفقاً على ردّها إلى غيره ؛ لأنّ ما وجب رده ، لزِم رده إلى موضّيعه ، كالمعصوب .

٢٠٥/٤ ط / فصل : ولا تصحّ العارية إلا من جائز التصرّف ؛ لأنّه تصرّف في المال ، فأشبهه التصرّف بالبيع . وتعمّد بكلّ فعل أو لفظ يدلّ عليها ، مثل قوله : أعزّتك هذا . أو يدفَع إليه شيئا ، ويقول : أبحتك الانّفاع به . أو أخذها فانتفع به . أو يقول : أعزّني هذا . أو أعطنيهِ أركبه أو أحمل عليه . ويسلّمه إليه . وأشباه هذا ؛ لأنّه إباحة للتصرّف ، فصحّ بالقول والفعل الدالّ عليه ، كإباحة الطّعام بقوله وتقدّمه إلى الضيّف .

فصل : وتجوّز إعاره كلّ عين يتنفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام ، كالدور ، والعقار ، والعبيد ، والجواري ، والدوابّ ، والخياب ، والحليّ للأنس ، والفحل للضراب ، والكلب للصيّد ، وغير ذلك ؛ لأنّ النبي ﷺ استعار أدرعاً (٢٥) ، وذكر إعاره دلوها وفحلها . وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان ، فيثبت الحكم في هذه الأشياء ، وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها . ولأنّ ما جاز للمالك استيفاءه

(٢٤) في الأصل : « ترده » . وتقدم في أول الباب .

(٢٥) في الأصل : « أدرعا » .

من المَنَافِعِ ، مَلَكَ إِبَاحَتَهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَانِعٌ كَالثِّيَابِ . وَلَئِنَّهَا أَعْيَانٌ تَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، فَجَارَتْ إِعَارَتُهَا ، كَالثِّيَابِ . وَتَجُوزُ اسْتِعَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِيَزِنَ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِيُنْفِقَهَا ، فَهَذَا قَرْضٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَيْسَ هَذَا جَائِزًا ، وَلَا تَكُونُ الْعَارِيَّةُ فِي الدَّنَانِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مَعْنَى الْقَرْضِ ، فَانْعَقَدَ الْقَرْضُ بِهِ ، كَمَا لَوْ صَرَخَ بِهِ .

فصل : وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَمَكِينُهُ مِنْ اسْتِخْدَامِهِ ، فَلَمْ تَجُزْ إِعَارَتُهُ لِذَلِكَ ، وَلَا إِعَارَةُ الصَّيِّدِ لِمُحْرَمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ ^(٢٦) إِسْكَاهُ ، وَلَا إِعَارَةُ الْمَرْأَةِ الْجَمِيلَةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحْرَمِهَا ، إِنْ كَانَ يَخْلُو بِهَا ، أَوْ يَنْظُرُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . وَتَجُوزُ إِعَارَتُهَا لِامْرَأَةٍ وَلِذِي مُحْرَمِهَا . وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَيْنِ لِتَنْفَعِ مُحْرَمًا ، كإِعَارَةِ الدَّارِ لِمَنْ يَشْرَبُ فِيهَا الْحَمْرَ ، أَوْ يَبِيعُهُ فِيهَا ، أَوْ يَعْبُدُ اللَّهَ تَعَالَى فِيهَا ، وَلَا إِعَارَةَ عَبْدِهِ لِلزَّمْرِ ، أَوْ لِيَسْقِيَهُ الْحَمْرَ ، أَوْ يَحْمِلُهَا لَهُ ، أَوْ يَعَصِرَهَا ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ . وَيُكْرَهُ أَنْ يَسْتَعِيرَ وَالِدِيهِ لِخِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ اسْتِخْدَامُهُمَا ، فَكُرِهَ اسْتِعَارَتُهُمَا لِذَلِكَ .

فصل : وَتَجُوزُ الإِعَارَةُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ، فَجَازَ فِيهَا ذَلِكَ ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ . وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا تُؤَثِّرُ فِي الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ ، فَإِذَا أَعَارَهُ شَيْئًا مُطْلَقًا ، أُبِيحَ لَهُ الْإِئْتِفَاعُ بِهِ فِي كُلِّ مَا هُوَ مُسْتَعَدُّ لَهُ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ^(٢٧) . فَإِذَا أَعَارَهُ أَرْضًا مُطْلَقًا ، فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا ، وَيَعْرِسَ ، وَيَبْنِيَ ، وَيَفْعَلَ فِيهَا كُلَّ مَا هِيَ مُعَدَّةٌ لَهُ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ مُطْلَقٌ . وَإِنْ أَعَارَهُ لِلغُرَاسِ أَوْ لِلبِنَاءِ ، فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهُ دُونَ ضَرَرِّهَا ، فَكَأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَعْزَسْ ، وَلَمْ يَبْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهُمَا أَكْثَرُ ، فَلَمْ يَكُنْ الإِذْنُ فِي الْقَلِيلِ إِذْنًا فِي الْكَثِيرِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلغُرَاسِ ، أَوْ لِلبِنَاءِ ، مَلَكَ الْمَادُونُ فِيهِ مِنْهُمَا دُونَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهُمَا مُخْتَلِفٌ . فَإِنَّ

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) في م زيادة : « به » .

ضَرَرَ الْغِرَاسِ فِي بَاطِنِ الْأَرْضِ لِانْتِشَارِ الْعُرُوقِ فِيهَا ، وَضَرَرَ الْبِنَاءِ فِي ظَاهِرِهَا ، فَلَمْ يَكُنِ
 الْإِذْنَ فِي أَحَدِهِمَا إِذْنًا فِي الْآخَرِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِزَّرْعِ الْحِنْطَةِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا وَزَرْعُ مَا هُوَ
 أَقْلُ ضَرَرًا مِنْهَا ، كَالشَّعِيرِ وَالْبَاقِلَا / وَالْعَدَسِ ، وَلَهُ زَرْعُ مَا ضَرَرَهُ كَضَرَرَ الْحِنْطَةَ ؛ لِأَنَّ
 الرَّضَى بِزِرَاعَةِ شَيْءٍ رِضَى بِضَرَرِهِ ، وَمَا هُوَ دُونَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ زَرْعُ مَا هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا مِنْهُ ،
 كَالذُّرَّةِ وَالذُّخْنِ وَالْقَطْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ . وَحُكْمُ إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ فِي الْعَارِيَّةِ ، كَحُكْمِ
 الْإِنْتِفَاعِ فِي الْإِجَارَةِ فِيمَا لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ ، وَمَا يُمْنَعُ مِنْهُ . وَسَنَذْكُرُ فِي الْإِجَارَةِ تَفْصِيلًا
 ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ إِذْنٌ لَهُ فِي زَرْعِ مَرَّةٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ أَكْثَرَ مِنْهَا . وَإِنْ
 إِذْنٌ لَهُ فِي غَرْسِ شَجَرَةٍ فَانْقَلَعَتْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرْسُ أُخْرَى ، وَكَذَلِكَ إِنْ إِذْنٌ لَهُ فِي وَضْعِ
 خَشَبَةٍ (٢٨) عَلَى حَائِطٍ فَانْكَسَرَتْ ، لَمْ يَمْلِكْ وَضْعَ أُخْرَى ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ إِذَا اخْتَصَّ بِشَيْءٍ
 لَمْ يَتَجَاوَزْهُ .

فصل : وَإِنْ (٢٩) اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَلَهُ اسْتِيفَاءُ مَنَفَعَتِهِ بِنَفْسِهِ وَبِوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّ وَكِيلَهُ
 نَائِبٌ عَنْهُ ، وَيَدُهُ كَيْدُهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوجِرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ
 يُمْلِكَهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْعَيْنَ .
 وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالَ الْمَعَارِ فِيمَا إِذْنٌ لَهُ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ غَيْرَهُ . وَهَذَا
 أَحَدُ الرَّجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالُوا فِي الْآخَرِ : لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
 لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَلَى حَسَبِ مَا مَلَكَهُ ، فَجَازَ كَمَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُوجِرَ . قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ :
 إِذَا اسْتَعَارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ هُوَ ، فَأَعْطَاهُ غَيْرَهُ ، فَلَبَسَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ . وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ مِنْ
 يَلْبَسُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهَا إِلَّا الَّذِي كَانَ يَعْمَلُ بِهَا الَّذِي
 أُعِيرَهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَارِيَّةَ إِبَاحَةُ الْمَنَفَعَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُبَيِّحَهَا غَيْرَهُ
 كِإِبَاحَةِ (٣٠) الطَّعَامِ . وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْإِنْتِفَاعَ عَلَى كُلِّ وَجْهِ ، فَمَلَكَ أَنْ

(٢٨) فِي أ ، ب ، م : « خَشَبَتِهِ » .

(٢٩) فِي أ ، ب : « وَمِنْ » .

(٣٠) فِي ب : « وَكِإِبَاحَةِ » .

يُمْلِكُهَا ، وفي العَارِيَّةِ لم يَمْلِكْهَا ، إِنَّمَا مَلَكَ اسْتِيفَاءَهَا على وَجْهِ مَا أُذِنَ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مِنْ أُبِيحَ لَهُ أَكْلُ الطَّعَامِ . فعلى هذا ، إن أَعَارَ فَلِلْمَالِكِ الرَّجُوعُ بِأَجْرِ المِثْلِ ، وله أن يُطَالِبَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ سَلَطَ^(٣١) غَيْرَهُ على أَخْذِ مَا لَيْسَ بِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَالثَّانِي اسْتَوْفَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنْ ضَمِنَ الأَوَّلُ رَجَعَ على الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الاسْتِيفَاءَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي لم يَرْجِعْ على الأَوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الثَّانِي لم يَعْلَمْ بِحَقِيقَةِ الحَالِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْتَقِرَّ الضَّمَانُ على الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ عَرَّ الثَّانِي ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ العَيْنَ على أَنَّهُ يَسْتَوْفِي مَنَافِعَهَا بِغَيْرِ عَوْضٍ . وَإِنْ تَلَفَّتِ العَيْنُ في يَدِ الثَّانِي ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَهَا على أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، فَإِنْ رَجَعَ على الأَوَّلِ ، رَجَعَ الأَوَّلُ على الثَّانِي ، وَإِنْ رَجَعَ على الثَّانِي ، لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ .

فصل : وإن أَعَارَهُ شَيْئًا ، وَأَذِنَ لَهُ في إِجَارَتِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أو في إِعَارَتِهِ مُطْلَقًا ، أو مُدَّةً ، جَازَ ، لِأَنَّ الحَقَّ لِمَالِكِهِ ، فَجَازَ مَا أُذِنَ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ عَقْدِ الإِجَارَةِ حَتَّى يَنْقَضِيَ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لَازِمٌ ، وَتَكُونُ العَيْنُ مَضْمُونَةً على المُسْتَعِيرِ ، غَيْرَ مَضْمُونَةٍ على المُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لَا يُوجِبُ ضَمَانًا . وَإِنْ أَجَرَهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ ، لم تَصِحَّ الإِجَارَةُ ، وَيَكُونُ على المُسْتَأْجِرِ الضَّمَانُ ، وَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، على مَا ذَكَرْنَاهُ في العَارِيَّةِ .

فصل : ويجوز أن يَسْتَعِيرَ عَبْدًا لِيَرْهَنَهُ . / قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعُوا على أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا اسْتَعَارَ مِنَ الرَّجُلِ شَيْئًا يَرْهَنُهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، على شَيْءٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فَرهَنَ ذَلِكَ على مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ اسْتَعَارَهُ لِيَقْضِي بِهِ حَاجَتَهُ ، فَصَحَّ ، كَسَائِرِ العَوَارِي . وَلَا يُعْتَبَرُ العِلْمُ بِقَدْرِ الدِّينِ وَجِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ العَارِيَّةَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا العِلْمُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَحْتَمِلُ بِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَارِيَّةٌ لِجِنْسِهَا مِنَ النُّفْعِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ قَدْرِهَا ، كَعَارِيَّةِ

(٣١) في الأصل ، م : « سلطه » .

الأرض للزَّرع . ولا يصيرُ المُعيرُ ضامناً للدين . وقال الشافعيُّ ، في أحدِ قوليه : يصيرُ ضامناً له^(٣٢) في رِقَبَةِ عَبْدِهِ ؛ لِأَنَّ العَارِيَّةَ ما يُسْتَحَقُّ به مَنفَعَةُ العَيْنِ ، والمَنفَعَةُ هُنا لِلْمَالِكِ ، فَذَلَّ على أَنَّهُ ضَمَانٌ . ولنا ، أَنَّهُ أَعَارَهُ لِيَقْضِيَ مِنْه حاجَتَهُ ، فلم يَكُنْ ضامناً ، كسائِرِ العَواري ، وإِنما يُسْتَحَقُّ بِالْعَارِيَّةِ النَّفْعُ المَأْذُونُ فيه ، وما عَداهُ مِنَ النَّفْعِ فهو لِمَالِكِ العَيْنِ . وَإِن عَيَّنَ المُعيرُ قَدْرَ الدَّيْنِ الذي يَرَهْنُهُ به وَجِنْسَهُ ، أو مَحَلًّا ، تَعَيَّنَ ؛ لِأَنَّ العَارِيَّةَ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ، فَإِن خَالَفَهُ في الجِنْسِ ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ لم يَأْذَنُ له فيه ، أَشْبَهَ ما لو لم يَأْذَنُ في رَهْنِهِ . وكذلك إِذا أذِنَ له في مَحَلٍّ ، فخالَفَهُ فيه ؛ لِأَنَّهُ إِذا أذِنَ له في رَهْنِهِ بِدَيْنٍ مُوجَّلٍ ، فَرهْنَهُ بِحالٍ ، فقد لا يَجِدُ ما يَفْكُهُ به في الحالِ ، وَإِن أذِنَ في رَهْنِهِ بِحالٍ ، فَرهْنَهُ بِمُوجَّلٍ ، فلم يَرْضَ أَن يُحالَ بينه وبين عَبدِهِ إلى أَجَلٍ ، لم يَصِحَّ . وَإِن رَهْنَهُ بِأَكْثَرِ مَما قَدَرَهُ له ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِقَدْرِ مِنَ الدَّيْنِ لم^(٣٣) يَلْزَمُ أَن يَرْضَى بِأَكْثَرِ مِنْه . وَإِن رَهْنَهُ بِأَنْقَصَ مِنْه ، جازَ ؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِعَشْرَةٍ ، رَضِيَ بِما دُونَها عُرْفاً ، فَأَشْبَهَ مِنْ أَمْرٍ بِشِرايَ شَيْءٍ بِشَمَنِ ، فاشْتَرَاهُ بِدُونِهِ . ولِلْمُعِيرِ مُطالَبَةُ الرَّاهِنِ بِفِكاكِ الرَّهْنِ في الحالِ ، سواءً كانَ بِدَيْنٍ حالٍّ أو مُوجَّلٍ ؛ لِأَنَّ لِلْمُعِيرِ الرَّجوعَ في العَارِيَّةِ متى شاءَ . وَإِن حَلَّ الدَّيْنُ ، فلم يَفْكُهُ الرَّاهِنُ ، جازَ بِيَعَهُ في الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ ذلكَ مُقتَضَى الرَّهْنِ ، إِذا بايَعَ في الدَّيْنِ ، أو تَلَفَ ، رَجَعَ السَّيِّدُ على الرَّاهِنِ بِقيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ العَارِيَّةَ تُضَمَّنُ بِقيَمَتِها . وَإِن تَلَفَ بِغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا شَيْءَ على المُرتَهِنِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لا يُضَمَّنُ مِنْ غيرِ تَعَدُّ . وَإِن اسْتَعَارَ عَبْدًا مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَرهْنَهُ بِمائةٍ ، ثم قَضَى حَمْسِينَ ، على أَن تَخْرُجَ حِصَّةُ أَحَدِهِما ، لم تَخْرُجْ ؛ لِأَنَّهُ رَهْنَهُ بِجَميعِ الدَّيْنِ في صَفْقَةٍ ، فلا يَنفَكُ بَعْضُهُ بِقِضائِ بَعْضِ الدَّيْنِ ، كما لو كانَ العَبْدُ لِوَاحِدٍ .

فصل : وتَجوزُ العَارِيَّةُ مُطلَقَةً ومُوقَّتَةً ؛ لِأَنَّها إِباحَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ إِباحَةَ الطَّعامِ .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) في الأصل : « لا » .

وَالْمُعِيرِ الرَّجُوعُ فِي الْعَارِيَةِ أَى وَقْتِ شَاءَ ، سِوَاءَ كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُوقَّتَةً ، مَا لَمْ يَأْذَنْ فِي شَعْلِهِ بِشَىءٍ يَتَضَرَّرُ بِالرُّجُوعِ فِيهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَتْ مُوقَّتَةً ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْوَقْتِ ، وَإِنْ لَمْ تُوقَّتْ لَهُ مُدَّةٌ ، لَزِمَهُ تَرْكُهُ مُدَّةً يُنْتَفَعُ بِهَا فِي مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ قَدْ مَلَكَهُ الْمَنْفَعَةُ فِي (٣٤) مُدَّةٍ ، وَصَارَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ بِعَقْدِ مُبَاحٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعَ فِيهَا بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمَالِكِ ، كَالْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ وَالْمُسْتَأْجِرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنَافِعَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَحْصُلْ فِي يَدِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْإِعَارَةِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَحْصُلِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ ، فَلِلْمُوصَى الرَّجُوعُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْوَرِثَةُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ التُّرْعَ مِنْ غَيْرِهِمْ . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ ، فَإِنَّهُ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَلْزَمُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ مَتَى شَاءَ . بِغَيْرِ خِلَافٍ / ٢٠٧/٤ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ ، فَكَانَ لِمَنْ أُبِيحَ لَهُ تَرْكُهُ ، كِبَابِحَةِ الطَّعَامِ .

فصل : وَإِذَا أُطْلِقَ الْمُدَّةُ فِي الْعَارِيَةِ ، فَلَهُ أَنْ يُنْتَفِعَ بِهَا مَا لَمْ يَرْجِعْ . وَإِنْ وَقَّتَهَا ، فَلَهُ أَنْ يُنْتَفِعَ مَا لَمْ يَرْجِعْ ، أَوْ يَنْقُضِيَ الْوَقْتُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبَاحَ ذَلِكَ بِالِإِذْنِ ، فَفِيمَا عَدَا مَحَلَّ الْإِذْنِ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ . فَإِنْ كَانَ الْمُعَارُ أَرْضًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَغْرِسَ ، وَلَا يَبْنِي ، وَلَا يَزْرَعَ بَعْدَ الْوَقْتِ أَوْ الرَّجُوعِ ، فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، لَزِمَهُ قَلْعُ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغَاصِبِ فِي ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعَرِيقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » (٣٥) . وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ نَفْعِ الْأَرْضِ عَلَى وَجْهِ الْعُدْوَانِ ، وَيَلْزَمُهُ الْقَلْعُ ، وَتَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَنَقْضُ الْأَرْضِ ، وَسَائِرُ أَحْكَامِ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ عُدْوَانٌ .

فصل : فَإِنْ أَعَارَهُ شَيْئًا يُنْتَفَعُ (٣٦) بِهِ ائْتِنَاعًا يَلْزَمُ مِنَ الرَّجُوعِ فِي الْعَارِيَةِ فِي اثْنَائِهِ ضَرَرٌ بِالْمُسْتَعِيرِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ يَضُرُّ بِالْمُسْتَعِيرِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ الْإِضْرَارُ

(٣٤) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣٥) تقدم تحريجه في : ٦ / ٥٥٨ .

(٣٦) في ١ ، ب ، م : « لينتفع » .

به ، مثل أن يُعِيرَهُ لَوْحًا يَرْقَعُ بِهِ سَفِينَتَهُ ، فَرَقَعَهَا بِهِ ، وَلَجَّجَ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، لَمْ يَجْزِرِ الرَّجُوعُ مَا دَامَتْ فِي الْبَحْرِ ، وَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ دُخُولِهَا فِي الْبَحْرِ ، وَبَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْهُ ؛ لِعَدَمِ الضَّرْرِ فِيهِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِيَدْفِنَ فِيهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ مَا لَمْ يَدْفِنَ فِيهَا . فَإِذَا دَفَنَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ ، مَا لَمْ يَبْلُ الْمَيْتُ . وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشْبِهِ ، جَازَ ، كَمَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْأَرْضِ لِلْبِنَاءِ وَالغِرَاسِ ، وَلَهُ الرَّجُوعُ مَا لَمْ يَضَعَهُ ، وَبَعْدَ وَضْعِهِ مَا لَمْ يَبْنِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنْ بَنَى عَلَيْهِ ، لَمْ يَجْزِرِ الرَّجُوعُ ؛ لَمَا فِي ذَلِكَ مِنْ هَدْمِ الْبِنَاءِ . وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَذْفَعُ إِلَيْكَ أَرْضَ مَا نَقَصَ بِالْقَلْعِ . لَمْ يَلْزِمِ الْمُسْتَعِيرَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَلَعَهُ انْقَلَعَ مَا فِي مِلْكِ الْمُسْتَعِيرِ مِنْهُ ^(٣٧) . وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ قَلْعُ شَيْءٍ مِنْ مِلْكِهِ بِضَمَانِ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ انْهَدَمَ الْحَائِطُ وَزَالَ الْخَشْبُ عَنْهُ ، أَوْ أزالَهُ الْمُسْتَعِيرُ بِاخْتِيَارِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِعَادَتَهُ ، سِوَاءَ بَنَى الْحَائِطَ بِأَلَيْهِ أَوْ بغيرِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَلْزِمُ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الرَّجُوعُ قَبْلَ انْهَدَامِهِ ؛ لَمَا فِيهِ مِنَ الضَّرْرِ بِالْمُسْتَعِيرِ ، بِإِزَالَةِ الْمَأْدُونِ فِي وَضْعِهِ ، وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ الْخَشْبُ وَالْحَائِطُ بِحَالِهِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ شَيْءٍ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ مَا لَمْ يَزْرَعْ ، فَإِذَا زَرَعَ لَمْ يَمْلِكْ ^(٣٨) الرَّجُوعَ فِيهَا إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ الزَّرْعُ . فَإِنْ بَدَّلَ لَهُ قِيَمَةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَقْتًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلاً ^(٣٩) ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي وَقْتِ إِمْكَانِ حَصَادِهِ ؛ لِعَدَمِ الضَّرْرِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ حَتَّى يَنْتَهِيَ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْبِنَاءِ وَالغِرَاسِ فِيهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ قَلْعِهِ . فَإِذَا غَرَسَ وَبَنَى ، فَلِلْمَالِكِ الرَّجُوعُ فِيمَا بَيْنَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ مِلْكُ الْمُسْتَعِيرِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الرَّجُوعِ فِيهِ ^(٤٠) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَبْنِ فِي الْأَرْضِ شَيْئًا ، وَلَمْ يَغْرِسْ فِيهَا . ثُمَّ إِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ أَخَذَ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ ، فَلَهُ

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ ذَلِكَ » .

(٣٨) فِي ب : « يَكُنْ لَهُ » .

(٣٩) أَيْ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى .

(٤٠) سَقَطَ مِنْ ب : وَفِي الْأَصْلِ ، م : « مِنْهُ » .

ذلك ؛ لأنه ملكه فملك نقله . (٤١) ولا يلزمه (٤١) تسوية الحفر . ذكره القاضي ؛ لأن المعير (٤٢) رضى بذلك حيث أعاره ، مع علمه بأن له قلع غرسه . ويحتمل أن عليه تسوية الحفر ؛ لأن القلع باختياره ، فإنه (٤٣) لو امتنع منه لم يجبر عليه ، فلزمه تسوية الأرض (٤٤) ، كما لو حرب أرضه التي لم يستعرها . وإن أبا القلع ، فبدل له المعير ما ينقص بالقلع ، أو قيمة غراسه وبنائه قائما ، ليأخذ المعير ، أجبر المستعير عليه ؛ لأنه رجوع في العارية من غير اضطرار . وإن قال المستعير : أنا أذفع قيمة الأرض لتصير لي . لم يكن له ؛ لأن الغراس تابع ، والأرض أصل ، ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ، ولا تتبعهما ، وهذا كله قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان ، إلا أن يكون أعاره مدة معلومة ، فرجع (٤٥) فيها قبل انقضائها ؛ لأن المعير لم يعره ، فكان عليه القلع ، كما لو شرط عليه . ولنا ، أنه بنى وغرس بإذن المعير ، من غير شرط القلع ، فلم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت . وقولهم : لم يعره . ممنوع ؛ فإن الغراس والبناء يراد للتبعية ، وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه ، كأنه قال له (٤٦) : لا تغرس بعد هذه المدة . فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرض النقص ، وامتنع المستعير (٤٧) من القلع ودفع الأجر (٤٨) ، لم يقلع ؛ لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام ونصير إزالته رضى بالإبقاء ، وقول النبي ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق » . يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق ، فعند ذلك ، إن اتفقا على البيع ،

(٤١-٤١) في م : « ويلزمه » .

(٤٢) في الأصل ، م : « المستعير » .

(٤٣) في أ : « لأنه » .

(٤٤) في م : « الحفر » .

(٤٥) في الأصل ، أ ، ب : « فرجع » .

(٤٦) سقط من أ .

(٤٧) في الأصل : « المفلس » . وسقطت الكلمة من م .

(٤٨) في م : « الأجرة » .

بِيعَتِ الْأَرْضُ بِغَرَّاسِهَا ، وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حَقِّهِ ، فَيُقَالُ : كَمْ قِيمَةُ الْأَرْضِ
 غَيْرَ مَعْرُوسَةٍ وَلَا مَبْنِيَّةٍ ؟ فَإِذَا قِيلَ عَشْرَةٌ . قُلْنَا : وَكَمْ تُسَاوِي مَعْرُوسَةً وَمَبْنِيَّةً ؟ فَإِنْ قَالُوا :
 خَمْسَةَ عَشَرَ . قُلْنَا : فَلِلْمُعِيرِ ثُلُثَا الثَّمَنِ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ ائْتِنَا مِنْ (٤٩) الْبَيْعِ ،
 بَقِيَا عَلَى حَالِهِمَا ، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُ أَرْضِهِ كَيْفَ شَاءَ ، وَالْإِثْتِفَاعُ بِهَا بِمَا لَا يَضُرُّ الْغَرَّاسَ
 وَالْبِنَاءَ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِمَا ، وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْغَرَّاسِ وَالْبِنَاءِ الدُّخُولُ إِلَّا لِحَاجَةٍ ، مِثْلَ السَّقْيِ
 وَإِصْلَاحِ الثَّمَرَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْغَرَّاسِ إِذْنٌ فِيمَا يَعُودُ بِصَلَاحِهِ ، وَأَخْذُ ثِمَارِهِ ، وَسَقْيِهِ .
 وَلَيْسَ لَهُ دُخُولُهَا لِلتَّفَرُّجِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَجَعَ فِي الْإِذْنِ لَهُ . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْعٌ مَا يَخْتَصُّ بِهِ
 مِنَ الْمَلِكِ مُنْفَرِدًا ، فَيَكُونُ لِلْمُسْتَعِيرِ مِثْلُ مَا كَانَ لِبَائِعِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُ الشَّجَرِ ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ فِيهِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِلْمُعِيرِ
 أَخْذَهُ مَتَى شَاءَ بِقِيمَتِهِ . قُلْنَا : عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ لَا يَمْنَعُ بَيْعَهُ ، بِدَلِيلِ الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ
 وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَفِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، مَتَى كَانَ الْمُعِيرُ شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ
 الْقَلْعَ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، وَرَدَّ الْعَارِيَّةَ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ عَلَى
 شُرُوطِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ غَيْرُ مُطْلَقَةٍ ، فَلَمْ تَتَنَاوَلْ مَا عَدَا الْمُقَيَّدَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ
 دَخَلَ فِي الْعَارِيَّةِ رَاضِيًا بِالِتَزَامِ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَيْهِ بِالْقَلْعِ ، وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ
 ضَمَانُ تَقْصِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَأَمَّا تَسْوِيَةُ الْحُفْرِ الْحَاصِلَةِ بِالْقَلْعِ (٥٠) فَإِذَا كَانَتْ
 مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِضَرَرِ الْقَلْعِ (٥٠) مِنَ الْحُفْرِ
 وَنَحْوِهِ ، حَيْثُ اشْتَرَطَ الْقَلْعَ . وَلَمْ يَذْكَرْ أَصْحَابُنَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ أَجْرًا فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ
 الْمَسَائِلِ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ الْمُعِيرُ فِيهَا قَبْلَ كَمَالِ
 الزَّرْعِ ، فَإِنَّ عَلَيْهِ أَجْرَ مِثْلِهِ ، مِنْ / حِينَ رَجَعَ الْمُعِيرُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ جَوَازُ الرُّجُوعِ ،
 وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنَ الْقَلْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَفِي دَفْعِ الْأَجْرِ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، فَيُخْرَجُ فِي
 سَائِرِ الْمَسَائِلِ مِثْلُ هَذَا ، لَوْجُودِ هَذَا الْمَعْنَى فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ الْأَجْرُ فِي شَيْءٍ

(٤٩) فِي ب ، م : ١٠ ع ٤

(٥٠-٥٠) سَقَطَ مِنْ : م .

من المَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْعَارِيَّةِ بَاقٍ فِيهِ ، لِكَوْنِهَا صَارَتْ لَازِمَةً لِلضَّرْرِ اللَّاحِقِ بِمَسْخِهَا ، وَالْإِعَارَةُ تَقْتَضِي الْإِنْفَاعَ بِغَيْرِ عَوْضٍ .

فصل : وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ إِجَارَتَهَا لِذَلِكَ جَائِزَةٌ ، وَالْإِعَارَةُ أَوْسَعُ ، لِجَوَازِهَا فِيمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، مِثْلَ إِعَارَةِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ . فَإِنْ اسْتَعَارَهَا إِلَى مَوْضِعٍ ، فَجَاوَزَهُ^(٥١) ، فَقَدْ تَعَدَّى ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ لِلزِّيَادَةِ خَاصَّةً . فَإِذَا اسْتَعَارَهَا إِلَى طَبْرِيَّةٍ ، فَتَجَاوَزَ إِلَى الْقُدْسِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ مَا بَيْنَ طَبْرِيَّةٍ وَالْقُدْسِ خَاصَّةً . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمَالِكُ : أَعْرَثُكَهَا إِلَى طَبْرِيَّةٍ . وَقَالَ الْمُسْتَعِيرُ : أَعْرَثَيْتَهَا إِلَى الْقُدْسِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يُشْبِهُهُ مَا قَالَ الْمُسْتَعِيرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَالِكَ مُدَّعِي عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٥٢) .

فصل : وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَانْتَفَعَ بِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَلِمَالِكِهِ أَجْرٌ مِثْلَهُ ، يُطَالَبُ بِهِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُعِيرِ بِمَا غَرِمَ ؛ لِأَنَّهُ غَرَهُ بِذَلِكَ وَغَرَّمَهُ ،^(٥٣) لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا أَجْرَ عَلَيْهِ^(٥٤) . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُعِيرِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَصَارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى غَيْرِ صَاحِبِهِ ، فَلَبَسَهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَصَارِ دُونَ اللَّابِسِ . وَإِنْ تَلَفَ فَالْقِيَمَةُ تَسْتَقِرُّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى الْعَيْنِ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَمِنَ الْمُعِيرُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ بِالِاسْتِعْمَالِ ، اثْبَنَى عَلَى ضَمَانِ النَّقْصِ ، فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ

(٥١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَتَجَاوَزَهُ » .

(٥٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٥٢٥ .

(٥٣-٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . وَفِي ب ، م : « لَا أَجْرَ لَهُ » .

الْقِيمَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى الْمُعِيرِ . فَهُوَ كَالْأَجْرِ . عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

فصل : وَإِذَا حَمَلَ السَّيْلُ بَذَرَ رَجُلٍ مِنْ أَرْضِهِ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ ، فَتَبَّتْ فِيهَا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَلْعِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا طَالَ بَهْ رَبُّ الْأَرْضِ بِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ انْتَشَرَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ جَارِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَلْعَهُ اِتِّلَافٌ لِلْمَالِ عَلَى مَالِكِهِ^(٥٤) ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ، وَلَا يَدُومُ ضَرُّهُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ حَصَلَتْ دَابَّتُهُ فِي دَارِ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ خُرُوجَهَا إِلَّا بِقَلْعِ الْبَابِ أَوْ قَتْلِهَا ، فَإِنَّا لَا نُجْبِرُهُ عَلَى قَتْلِهَا . وَيُفَارِقُ أَغْصَانَ الشَّجَرَةِ ، فَإِنَّهُ يَدُومُ ضَرُّهُ ، وَلَا يُعْرَفُ قَدْرُ مَا يَشْتَعَلُ مِنَ الْهَوَاءِ فَيُودَى أَجْرُهُ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُقَرُّ فِي الْأَرْضِ إِلَى حَيْثُ حَصَادِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ عَلَيْهِ أَجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاتَتْ دَابَّتُهُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ . وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الزَّامَةَ تَبْقِيَةَ زَرْعٍ مَا أَذِنَ فِيهِ ،^(٥٥) فِي أَرْضِهِ^(٥٥) ، بِغَيْرِ أَجْرِ وَلَا ائْتِفَاعٍ ، إِضْرَارٌ بِهِ ، وَشَتْلٌ لِمَلِكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ ائْتِفَاعَ بَهِيمَتِهِ فِي دَارِ غَيْرِهِ عَامًّا . وَيُفَارِقُ مَبِيَّتَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ إِخْرَاجِهَا ، إِذَا تَرَكَهَا اخْتِيَارًا مِنْهُ ، كَانَ رَاضِيًا بِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَيَكُونُ الزَّرْعُ لِمَالِكِ الْبَذَرِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَيْنِ مَالِهِ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ هَذَا الزَّرْعِ / حُكْمُ زَرْعِ الْغَاصِبِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي أَرْضِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ زَرَعَهُ مَالِكُهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ هَذَا بِغَيْرِ عُدْوَانٍ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ جَبْرَ حَقِّ مَالِكِ الْأَرْضِ ، بِدَفْعِ الْأَجْرِ إِلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ مَالِكُهُ قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَمَا تَقَصَّتِ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ النِّقْصَ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، لِاسْتِصْلَاحِ مَلِكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَعِيرَ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ السَّيْلُ حَمَلَ تَوَى ، فَتَبَّتْ شَجَرًا فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، كَالزَّيْتُونِ وَالنَّخِيلِ وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ لِمَالِكِ التَّوَى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَاءِ مَلِكِهِ ، فَهُوَ كَالزَّرْعِ ، وَيُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ هُنَا ؛ لِأَنَّ

(٥٤) فِي م : (مَلِكُهُ) .

(٥٥-٥٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

ضَرَرَهُ يَدُومُ ، فَأُجِبِرَ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ الْمُنْتَشِرَةِ فِي هَوَاءِ مَلِكٍ غَيْرِ مَالِكِهَا . وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فَتَبَتَتْ فِي أَرْضٍ آخَرَ كَمَا كَانَتْ ، فَهِيَ لِمَالِكِهَا ، يُجِبِرُ عَلَى إِزَالَتِهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَفِي كُلِّ ذَلِكَ ، إِذَا تَرَكَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْمُنْتَقِلَةَ^(٥٦) أَوْ الشَّجَرَ^(٥٦) أَوْ الزَّرْعَ ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الَّتِي انْتَقَلَ إِلَيْهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ نَقْلُهُ وَلَا أَجْرٌ ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ وَلَا عُدْوَانِهِ ، وَكَانَتِ الْخَيْرَةُ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ الْمَشْغُولَةِ بِهِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَلَعَهُ .

فصل : وَإِذَا اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّابَّةِ وَرَاكِبُهَا ، فَقَالَ الرَّاكِبُ : هِيَ عَارِيَّةٌ . وَقَالَ الْمَالِكُ : بَلِ اكْتَرَيْتُهَا^(٥٧) . فَإِنْ كَانَتِ الدَّابَّةُ بَاقِيَةً^(٥٨) لَمْ تَنْقُصْ^(٥٨) ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، أَوْ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَإِنْ كَانَ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ مِنْهَا ، فَيَحِلُّفُ ، وَيُرَدُّ الدَّابَّةُ إِلَى مَالِكِهَا ؛ لِأَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعَى الْمَالِكُ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَقَالَ الرَّاكِبُ : بَلِ اكْتَرَيْتُهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَادَّعَى الْمَالِكُ الْإِجَارَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ مَالِكٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ . وَهُوَ مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى تَلْفِ الْمَنَافِعِ عَلَى مَلِكِ الرَّاكِبِ ، وَادَّعَى الْمَالِكُ عِوَضًا لَهَا ، وَالْأَصْلَ عَدَمُ وُجُوبِهِ . وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ مِنْهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّةِ انْتِقَالِ الْمَنَافِعِ إِلَى مَلِكِ الرَّاكِبِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي عَيْنٍ ، فَقَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُكَهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : وَهَبْتِنِيهَا . وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الْأَعْيَانِ ، فِي الْمَلِكِ وَالْعَقْدِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْأَعْيَانِ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَذَا هُنَا . وَمَا

(٥٦-٥٦) سقط من : ١ .

(٥٧) في الأصل : « أكرتها » .

(٥٨-٥٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

ذَكَرُوهُ يَنْطَلُ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَلَأْتَهُمَا اتَّفَقًا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الرَّكَّابِ إِلَّا بِتَقْلِ الْمَالِكِ لَهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّةِ الْإِتِّقَالِ ، كَالْأَعْيَانِ ، فَيَحْلِفُ الْمَالِكُ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ . وَفِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِهِ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ ، وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، فَمَعَ الْإِخْتِلَافُ فِي أَصْلِهِ أَوْلَى .

وَالثَّانِي : الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِقَوْلِ الْمَالِكِ وَيَمِينِهِ ، فَوَجَبَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، كَالْأَصْلِ . وَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّكَّابِ فِيمَا مَضَى مِنْهَا^(٥٩) ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ فِيمَا بَقِيَ ؛ ^(٦٠) «لَأَنَّ مَا بَقِيَ^(٦٠) بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اخْتَلَفَا عَقِيبَ الْعَقْدِ . وَإِنْ ادَّعَى الْمَالِكُ فِي^(٦١) هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَادَّعَى الرَّكَّابُ أَنَّهَا بِأَجْرٍ ، فَالرَّكَّابُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْمَنَافِعِ ، وَيَعْتَرِفُ بِالْأَجْرِ لِلْمَالِكِ ، وَالْمَالِكُ يَنْكُرُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، فَالْقَوْلُ/ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَأْخُذُ بِبَهِيمَتِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ تَلَفِ الْبَهِيمَةِ قَبْلَ مَضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أُجْرٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ، سِوَاءِ ادَّعَى الْإِجَارَةَ أَوْ الْإِعَارَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ ادَّعَى الْإِجَارَةَ ، فَهُوَ مُعْتَرِفٌ لِلرَّكَّابِ بِبِرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنْ ضَمَانِهَا ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ ادَّعَى الْإِعَارَةَ ، فَهُوَ يَدَّعِي قِيمَتَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْقَبْضِ ، وَالْأَصْلُ فِيمَا يَقْبِضُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ الضَّمَانُ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . فَإِذَا حَلَفَ الْمَالِكُ ، اسْتَحَقَّ الْقِيمَةَ ، وَالْقَوْلُ فِي قَدْرِهَا قَوْلُ الرَّكَّابِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْكُرُ الرِّبَاةَ الْمُخْتَلَفَ فِيهَا ، وَالْأَصْلُ عَدْمُهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أُجْرٌ ، وَتَلَفِ الْبَهِيمَةِ ، وَكَانَ الْأَجْرُ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا ، أَوْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ مِنْهَا أَقْلَ مِمَّا يَعْتَرِفُ بِهِ الرَّكَّابُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ بغيرِ يَمِينٍ ، سِوَاءِ ادَّعَى الْإِجَارَةَ أَوْ الْإِعَارَةَ ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي الْيَمِينِ عَلَى شَيْءٍ يَعْتَرِفُ لَهُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَأْخُذَهُ إِلَّا بِيَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي شَيْئًا لَا يُصَدَّقُ فِيهِ ، وَيَعْتَرِفُ

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠-٦٠) سقط من : الأصل ، ب . نقلة نظر .

(٦١) سقط من : م .

له الرَّابِعُ بما يَدَّعِيهِ ، فيَحْلِفُ على ما يَدَّعِيهِ . وإن كان ما يَدَّعِيهِ المَالِكُ أَكْثَرَ ، مثل إن كانت قِيَمَةُ البَهِيمَةِ أَكْثَرَ من أَجْرِهَا ، فَادَّعَى المَالِكُ أَنَّهَا عَارِيَةٌ ، لِتَجِبَ لَهُ القِيَمَةُ ، وَأَنْكَرَ اسْتِحْقَاقَ الأَجْرَةِ ، وَادَّعَى الرَّابِعُ أَنَّهَا مُكْتَرَاةٌ ، أَوْ كان الكِرَاءُ أَكْثَرَ من قِيَمَتِهَا فَادَّعَى المَالِكُ أَنَّهُ أَجْرُهَا ، لِيَجِبَ لَهُ الكِرَاءُ ، وَادَّعَى الرَّابِعُ أَنَّهَا عَارِيَةٌ ، فَالقولُ قولُ المَالِكِ في الصُّورَتَيْنِ ؛ لما قَدَّمنا ، فإذا حَلَفَ ، اسْتَحَقَّ ما حَلَفَ عليه . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ في هذا كُلُّهُ نَحْوُ ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإن قال المَالِكُ : غَضِبْتُهَا . وقال الرَّابِعُ : بل أَعْرَضْتُهَا . فإن كان الاختِلَافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، وَالدَّابَّةُ قَائِمَةٌ لم يَتَلَفَ منها شيءٌ ، فلا مَعْنَى للاختِلَافِ ، ويأخُذُ المَالِكُ بِبَهِيمَتِهِ ، وكذلك إن كانت الدَّابَّةُ تَالِفَةً ؛ لِأَنَّ القِيَمَةَ تَجِبُ على المُسْتَعِيرِ ، كَوُجُوبِهَا على الغاصِبِ . وإن كان الاختِلَافُ بعدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فالاختِلَافُ في وُجُوبِهِ ، والقولُ قولُ المَالِكِ . وهذا ظاهرُ قولِ الشَّافِعِيِّ . ونَقَلَ المَرْزُوقِيُّ عنه أَنَّ القولُ قولُ الرَّابِعِ ؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَدَّعِي عليه عَرَضًا ، الأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ منه ، ولأنَّ الظَّاهِرَ من اليَدِّ أَنَّهَا بِحَقِّ ، فكان القولُ قولَ صَاحِبِهَا . ولنا ، ما قَدَّمنا في الفِصْلِ الَّذِي قَبْلَ هذا ، بل هذا أَوْلَى ، لِأَنَّهما نَمَّ اتَّفَقَا على أَنَّ المَنَافِعَ مِلْكٌ لِلرَّابِعِ ، وهُنَا لم يَتَّفَقَا على ذلك ، فإنَّ المَالِكَ يَنْكِرُ انْتِقَالَ المِلْكِ فِيهَا إلى الرَّابِعِ ، والرَّابِعُ يَدَّعِيهِ ، والقولُ قولُ المُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الاِنتِقَالِ ، فيَحْلِفُ ، وَيَسْتَحِقُّ الأَجْرَ . وإن قال المَالِكُ : غَضِبْتُهَا^(٦٢) . وقال الرَّابِعُ : أَعْرَضْتُهَا . فالاختِلَافُ هُنَا في^(٦٣) وَجُوبِ القِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ يَجِبُ في المَوْضِعَيْنِ ، إلَّا أن يَخْتَلِفَ المُسَمَّى وَأَجْرُ المِثْلِ ، والقولُ قولُ المَالِكِ مع يَمِينِهِ ، فإن كانت الدَّابَّةُ تَالِفَةً عَقِيبَ أَخْذِهَا ، حَلَفَ وَأَخَذَ قِيَمَتَهَا ، وإن

(٦٢) في الأَصْلِ : « غَضِبْتُهَا » .

(٦٣) في الأَصْلِ : « إلى » . وليس في : ب ، م . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كانت قد بقيت مدةً لمثلها أجرٌ ، والمُسَمَّى بِقَدْرِ أَجْرِ المِثْلِ ، أَخَذَهُ المَالِكُ ؛
لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى اسْتِحْقَاقِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَجْرُ المِثْلِ دُونَ المُسَمَّى . وَفِي اليَمِينِ
وَجْهَانِ . وَإِنْ كَانَ زَائِدًا عَلَى المُسَمَّى ، لَمْ يَسْتَحِقَّهُ إِلَّا يَمِينِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

/ كِتَابُ الْعَصْبِ

العَصْبُ : هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق . وهو مُحَرَّم بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ . أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٢) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾ (٣) . وَالسَّرِقَةُ نَوْعٌ مِنَ الْعَصْبِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ يَوْمَ النَّحْرِ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَغَيْرُهُ (٤) . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا ، طُوْفَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) . وَرَوَى أَبُو حُرَّةَ الرَّقَاشِيُّ ، عَنْ عَمِّهِ وَعَمْرٍو بْنِ يَثْرِبِيٍّ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ ، إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ (٦) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى تَحْرِيمِ الْعَصْبِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنَّمَا

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سورة المائدة ٣٨ .

(٤) تقدم تخريجه في : ١٥٦ / ٥ .

(٥) أخرجه البخارى ، في : باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض ، من كتاب المظالم . وفي : باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخارى ٣ / ١٧٠ ، ٤ / ١٣٠ . ومسلم ، في : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أخذ شيئاً من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦٧ . وإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨٧ - ١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٦٠٦ / ٦ .

اختلفوا في فروع منه . إذا ثبت هذا ، فمن غصب شيئا لزمه رده ، ما كان باقيا ، بغير خلاف نعلمه . لقول النبي ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ^(٧) . ولأنَّ حَقَّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ مُتَعَلِّقٌ ^(٨) بِعَيْنِ مَالِهِ وَمَالِيَّتِهِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِرَدِّهِ . فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ بَدْلُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ آغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٩) . ولأنَّه لَمَّا تَعَدَّرَ رَدُّ الْعَيْنِ ، وَجَبَ رَدُّ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا فِي الْمَالِيَّةِ . ثُمَّ يُنظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا تَمَثَّلَ أَجْزَاؤُهُ ، وَتَفَاوُثَ صِفَاتِهِ ، كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، وَجَبَ مِثْلُهُ ، لِأَنَّ الْمِثْلَ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَهُوَ ^(١٠) مِمَّا تَلَّ لَهُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْمُشَاهَدَةِ وَالْمَعْنَى ، وَالْقِيَمَةُ ^(١١) مِمَّا تَلَّ مِنْ طَرِيقِ الظَّنِّ وَالْاجْتِهَادِ ، فَكَانَ مَا طَرِيقُهُ الْمُشَاهَدَةُ مُقَدِّمًا ، كَمَا يُقَدِّمُ النَّصُّ عَلَى الْقِيَاسِ ، لِكَوْنِ النَّصِّ طَرِيقَهُ الْإِدْرَاكُ بِالسَّمَاعِ ، وَالْقِيَاسُ طَرِيقَهُ الظَّنُّ وَالْاجْتِهَادُ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَقَارِبِ الصِّفَاتِ ، وَهُوَ مَا عَدَا الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، فِي قَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَحُكِيَ عَنِ الْعَنْبَرِيِّ : يَجِبُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ ؛ لِمَا رَوَتْ جَسْرَةَ / بِنْتُ دَجَاجَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّهَا قَالَتْ : مَا رَأَيْتُ صَانِعًا مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَامًا ، فَبَعَثَتْ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخَذَنِي الْأَفْكَلُ ^(١٢) فَكَسَّرْتُ الْإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا كَفَّارَةٌ مَا صَنَعْتُ ؟ فَقَالَ : « إِنَاءٌ مِثْلُ الْإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٣) . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النَّبِيِّ ﷺ كَسَّرَتْ قَصْعَةَ الْأُخْرَى ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ قَصْعَةَ الْكَاسِرَةِ إِلَى رَسُولِ صَاحِبَةِ الْمَكْسُورَةِ ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ

٢/٥ و

(٧) تقدم ترجمته في صفحة ٣٤٢ .

(٨) في ب ، م ، : معلق .

(٩) سورة البقرة ١٩٤ .

(١٠-١١) سقط من الأصل .

(١١) الأفكل : الرعدة من برد أو خوف ، والمراد هنا من الغيرة .

(١٢) في : باب في من أفسد شيئا بغير مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، في : المسند

٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

الترمذى نحوه^(١٣)، وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَسَلَفَ بَعِيرًا ، وَرَدَّ مِثْلَهُ^(١٤) . ولنا ؛ ما رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهٗ فِي عَبْدٍ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . فَأَمَرَ بِالتَّقْوِيمِ فِي حِصَّةِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهَا مُتَلَفَةٌ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِالمِثْلِ . ولأنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَسَاوَى أَجْزَاؤُهَا ، وَتَبَيَّنُ صِفَاتُهَا ، فَالْقِيَمَةُ فِيهَا أَعْدَلُ وَأَقْرَبُ إِلَيْهَا ، فَكَانَتْ أَوْلَى . وَأما الْخَبْرُ فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَوَزَ ذَلِكَ بِالتَّرَاضِي ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهَا تَرْضَى بِذَلِكَ .

فصل : وما تَتَمَثَّلُ أَجْزَاؤُهُ ، وَتَتَقَارَبُ صِفَاتُهُ ، كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالحُيُوبِ وَالأَذْهَانِ ، ضَمِنَ بِمِثْلِهِ . بِغَيْرِ خِلَافٍ . قال ابنُ عَبْدِ الْبَرِّ : كُلُّ مَطْعُومٍ ، مِنْ مَأْكُولٍ أَوْ مَشْرُوبٍ ، فَمُجْمَعٌ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مُسْتَهْلِكِهِ مِثْلُهُ لَا قِيَمَتَهُ . وَأما سَائِرُ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِمِثْلِهِ أَيْضًا ؛ فَإِنَّهُ قال : فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ،

(١٣) أخرجه أبو داود، في: باب في من أفسد شيئا يفرم مثله، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢/٢٦٧. والترمذى، في: باب في من يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، من أبواب الأحكام. عارضة الأحمدي ٦/١١٣ . كما أخرجه البخارى، في: باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره، من كتاب المظالم. صحيح البخارى ٣/١٧٩ . (١٤) أخرجه مسلم، في: باب من استسلف شيئا ففقد خيرا منه ...، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/١٢٢٤، ١٢٢٥، وأبو داود، في: باب في حسن القضاء، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢/٢٢٢ . والترمذى، في: باب ما جاء في استقراض البعير ...، من أبواب البيوع. عارضة الأحمدي ٦/٥٦-٥٨ . والنسائي، في: باب استسلاف الحيوان واستقراضه، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٥٦. وابن ماجه، في: باب السلم في الحيوان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٦٧. والدارمي، في: باب في الرخصة في استقراض الحيوان، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٥٤. والإمام مالك، في: باب ما يجوز من السلف، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/٦٨٠. والإمام أحمد، في: المسند ٦/٣٩٠ . (١٥) أخرجه البخارى، في: باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل، وباب الشركة في الرقيق، من كتاب الشركة، وفي: باب إذا أعتق عبدا بين اثنين، وباب إذا أعتق نصيبا في عبد ...، من كتاب العتق. صحيح البخارى ٣/١٨٢، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٩، ١٩٠. ومسلم، في: أول كتاب العتق، وفي: باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان. صحيح مسلم ٢/١١٣٩، ١١٤٠، ٣/١٢٨٦، ١٢٨٧ . كما أخرجه أبو داود، في: باب في من أعتق نصيبا له من مملوك، وباب من ذكر السعاية في هذا الحديث، وباب في من روى أنه لا يستسعى، من كتاب العتاق. سنن أبي داود ٢/٣٤٨-٣٥٠. والترمذى، في: باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه، من أبواب الأحكام. عارضة الأحمدي ٦/٩٢-٩٤. والنسائي، في: باب الشركة بغير مال، وباب الشركة في الرقيق، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٨٠، ٢٨١. وابن ماجه، في: باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب العتق. سنن ابن ماجه ٢/٨٤٤. والإمام أحمد، في: المسند ٢/١٥، ٤/٣٧ .

وإبراهيم بن هانيء^(١٦) : ما كان من الدرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ ، وما يُكَالُ ويُوَزَنُ ، فعليه مثله دُونَ الْقِيَمَةِ . فظَاهِرٌ هَذَا وَجُوبُ الْمِثْلِ فِي كُلِّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا فِيهِ صِنَاعَةٌ ، كَمَعْمُولِ الْحَدِيدِ وَالنُّحَاسِ وَالرِّصَاصِ مِنَ الْأَوَانِي وَالْآلَاتِ وَنَحْوِهَا . وَالْحَلِيِّ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَشِبْهِهِ ، وَالْمَنْسُوجِ مِنَ الْحَرِيرِ وَالْكَتَّانِ وَالْقُطْنِ وَالصُّوفِ وَالشَّعْرِ ، وَالْمَعْرُورِ مِنْ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ تُؤَثِّرُ فِي قِيَمَتِهِ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَالْقِيَمَةُ فِيهِ أُخْصِرُ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ التَّقْرَةَ^(١٧) وَالسَّبِيكَةَ مِنَ الْأَثْمَانِ ، وَالْعِنَبَ وَالرُّطَبَ وَالْكَثْمَثَى إِنَّمَا^(١٨) يُضْمَنُهُ^(١٩) بِقِيَمَتِهِ . وَظَاهِرٌ / كَلَامِ أَحْمَدَ يُدَلُّ عَلَى مَا قُلْنَا . وَإِنَّمَا خَرَجَ مِنْهُ مَا فِيهِ الصَّنَاعَةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضْمَنَ التَّقْرَةُ بِقِيَمَتِهَا ، لِتَعَدُّرِ وُجُودِ مِثْلِهَا إِلَّا بِتَكْسِيرِ الدَّرَاهِمِ الْمَضْرُوبَةِ وَسَبْكِهَا ، وَفِيهِ إِثْلَافٌ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ الْمَضْمُونُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ مِنْ غَالِبِ تَقْدِ الْبَلَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، وَجَبَتْ بِكُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِهِ ، فَكَانَتْ مَوْزُونَةً وَجَبَتْ^(٢٠) . وَإِنْ كَانَتْ أَقْلَ أَوْ أَكْثَرَ ، قَوْمٌ بغيرِ جِنْسِهِ ، لثَلَا يُؤَدَّى إِلَى الرِّبَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَتْ فِيهِ صِنَاعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فَزَادَتْ قِيَمَتُهُ مِنْ أَجْلِهَا ، جَازَ تَقْوِيمُهُ بِجِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قِيَمَتُهُ ، وَالصَّنَاعَةُ هَا قِيَمَةٌ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كُسِرَ الْحَلِيُّ ، وَجَبَ أَرْضُ كَسْرِهِ ، وَيُخَالَفُ الْبَيْعَ ، لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ لَا يُقَابِلُهَا الْعَوْضُ فِي الْعُقُودِ ، وَيُقَابِلُهَا فِي الْإِثْلَافِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَنْفَرِدُ بِالْعَقْدِ ، وَتَنْفَرِدُ بِضَمَانِهَا بِالْإِثْلَافِ . قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ مِثْلَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ مَأْخُودَةٌ عَلَى سَبِيلِ الْعَوْضِ ، فَالزِّيَادَةُ فِيهِ رَبِيًا ،

ظ ٢/٥

(١٦) أبو إسحاق إبراهيم بن هانيء النيسابوري ، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة ، وكان ورعاً صالحاً ، صبوراً على الفقر ، توفي سنة خمس وستين ومائتين . طبقات الخنابلة ١ / ٩٧ ، ٩٨ .
(١٧) التقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .
(١٨) سقط من : ١ ، م .
(١٩) في ب ، م : « يضمَّن » .
(٢٠) في م زيادة : « قيمته » .

كالبَيْعِ وَكَالنَّقْصِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَسَرَ الْحَلْيَ ، يُصْلِحُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، لَا أَنَّهُ عَلَى طَرِيقِ الْوُجُوبِ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا كَانَتِ الصَّنَاعَةُ مُبَاحَةً ، فَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً كَالْأَوَانِي وَحَلْيِ الرِّجَالِ ، لَمْ يَجْزِ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ لَا قِيَمَةَ لَهَا شَرْعًا ، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ .

٨٦٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَعَرَسَهَا ، أَخَذَ بِقَلْعِ غَرْبِهِ وَأَجْرَتِهَا إِلَى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا ، وَمِقْدَارِ نَقْصَانِهَا ، إِنْ كَانَ نَقَصَهَا الْغَرَسُ) .

الكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فُصُولٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ غَصَبُ الْعَقَارِ مِنَ الْأَرْضِي وَالذُّورِ ، وَيَجِبُ ضَمَانُهَا عَلَى غَاصِبِهَا . هَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَهُوَ الْمَنْصُورُ عَنْ أَصْحَابِهِ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَرَزَعَهَا ، ثُمَّ أَصَابَهَا عَرَقٌ مِنَ الْغَاصِبِ ، غَرِمَ قِيَمَةَ الْأَرْضِ ، وَإِنْ كَانَ شَيْئًا مِنَ السَّمَاءِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ . وَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْعَصَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُونُسَ : لَا يُتَصَوَّرُ غَصَبُهَا ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْعَصَبِ ، / وَإِنْ أَثْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا بِالْإِثْلَافِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِيهَا التَّقْبُلُ وَالتَّحْوِيلُ ^(١) ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْوَحَالِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، فَتَلَفَ الْمَتَاعُ ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى الْمَالِ عُدْوَانًا عَلَى وَجْهِ تَزْوُلٍ بِهِ يَدُ الْمَالِكِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْعَقَارِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شِبْرٍ مِنَ الْأَرْضِ ، طَوَّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » . ^(٢) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٣) عَنْ عَائِشَةَ ^(٤) . وَفِي لَفِظٍ : « مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ » . فَأُخْبِرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ يُعْصَبُ وَيُظَلَّمُ فِيهِ . وَلِأَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْبَيْعِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ فِي الْعَصَبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَلِأَنَّهُ

٣٢٥

(١) فِي م : « وَالتَّحْوِيلُ » .

(٢) (٢-٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٣) تَقَدَّمَ تَخْرِيجهُ فِي صَفْحَةِ ٣٦٠ .

يُمْكِنُ الاسْتِيْلَاءُ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ يَحْوُلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَسْكُنَ الدَّارَ وَيَمْنَعُ مَالِكَهَا مِنْ دُخُولِهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو أَلْحَذَ الدَّابَّةَ وَالْمَتَاعَ . وَأَمَّا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، فَمَا اسْتَوْلَى عَلَى مَالِهِ ، فَظَيَّرَهُ هَهُنَا أَنْ يَحْسِبَ الْمَالِكُ ، وَلَا يَسْتَوْلَى عَلَى دَارِهِ . وَأَمَّا مَا تَلَفَ مِنَ الْأَرْضِ بِفِعْلِهِ ، أَوْ سَبَبِ فِعْلِهِ ، كَهَدْمِ حِيطَانِهَا ، وَتَغْرِيقِهَا ، وَكَشْطِ تَرَابِهَا ، وَالْقَاءِ الْحِجَارَةِ فِيهَا ، أَوْ تَقْصُرُ يَحْصُلُ بَعْرِسِهِ أَوْ بِنَائِهِ ، فَيَضْمَنُهُ بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ ، وَلَا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِتْلَافٌ ، وَالْعَقَارُ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ اخْتِلَافٍ . وَلَا يَحْصُلُ الْعَصْبُ مِنْ غَيْرِ اسْتِيْلَاءٍ ، فَلَوْ دَخَلَ أَرْضُ إِنْسَانٍ أَوْ دَارَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهَا بِدُخُولِهِ ، سِوَاءَ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَسِوَاءَ كَانَ صَاحِبُهَا فِيهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ دَخَلَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا فِيهَا ، ضَمِنَهَا ، سِوَاءَ فَصَدَّ ذَلِكَ ، أَوْ ظَنَّ أَنَّهَا دَارُهُ ، أَوْ دَارَ أَيْدُنَ لَهُ فِي دُخُولِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الدَّاحِلِ ثَبَّتَتْ عَلَيْهَا بِذَلِكَ ، فَيَصِيرُ غَاصِبًا ، فَإِنَّ الْعَصْبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْعَادِيَةِ ، وَهَذَا قَدْ ثَبَّتَ يَدَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُمَا لَوْ تَنَازَعَا فِي الدَّارِ وَلَا بَيِّنَةَ لِمَا ، حُكِمَ بِهَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا ، دُونَ الْخَارِجِ مِنْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَوْلٍ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ ، أَوْ دَخَلَ صَحْرَاءَهُ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا يَضْمَنُ بِالْعَصْبِ مَا يَضْمَنُهُ فِي الْعَارِيَةِ ، وَهَذَا لَا تُثَبِّتُ بِهِ الْعَارِيَةُ ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ فِيهَا ، فَكَذَلِكَ لَا يُثَبِّتُ بِهِ الْعَصْبُ ، إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَلْعَ غَرَسِهِ أَوْ بِنَائِهِ ، لَزِمَ الْغَاصِبَ ذَلِكَ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نُفَيْلٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ لِعَرِيقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى / أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَالَ : فَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الْحَدِيثَ ، أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ ، مِنْ بَنِي بِيَّاضَةَ ، فَأَخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَضَى لِلرَّجُلِ بِأَرْضِهِ ، وَقَضَى

ظ ٣/٥

(٤) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٥٨ .

لِلْآخِرِ أَنْ يَنْزِعَ نَحْلَهُ . قال : فلقد رأيتها تُضْرَبُ في أُصُولِهَا بِالْفُؤُوسِ ، وإِنَّهَا لَتَنْحَلُّ عُمٌّ^(٥) . ولأنَّه شَغَلَ مِلْكَ غَيْرِهِ ، بِمِلْكِهِ الَّذِي لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ تَفْرِيعُهُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ فِيهِ قَمَاشًا . وَإِذْ قَلَعَهَا لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَرَدُّ الْأَرْضِ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَرَّرَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ فِي مِلْكَ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِزَالَتُهُ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَخْذَ الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْغَاصِبِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ وَضَعَ فِيهَا أَثَاثًا أَوْ حَيَوَانًا . وَإِنْ طَلَبَ أَخْذَهُ بِقِيَمَتِهِ ، وَأَبَى مَالِكُهُ إِلَّا الْقَلْعَ ، فَلَهُ الْقَلْعُ ؛ لِأَنَّهُ^(٦) مِلْكُهُ ، فَمَلَّكَ نَفْلَهُ . وَلَا يُجْبَرُ عَلَى أَخْذِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا . وَإِنْ اتَّفَقَ عَلَى تَعْوِيضِهِ عَنْهُ بِالْقِيَمَةِ أَوْ غَيْرِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، فَجَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ الْغَاصِبُ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، لِيَتَخَلَّصَ مِنْ قَلْعِهِ ، وَقَبْلَهُ الْمَالِكُ ، جَازَ . وَإِنْ أَبَى قَبُولَهُ ، وَكَانَ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ^(٧) لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ^(٨) اِحْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ رَفْعَ الْخُصُومَةِ مِنْ غَيْرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِجْبَارًا عَلَى عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرُّضَى فِيهِ . وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا وَغِرَاسًا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، فَعَرَسَهُ فِيهَا^(٩) فَالْكُلُّ لِمَالِكِ الْأَرْضِ . فَإِنْ طَالَبَهُ الْمَالِكُ بِقَلْعِهِ ، وَفِي قَلْعِهِ غَرَضٌ ، أُجِبَ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ فُوتَ عَلَيْهِ غَرَضًا مَقْصُودًا بِالْأَرْضِ ، فَأُخِذَ بِإِعَادَتِهَا إِلَى مَا كَانَتْ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَنَقْصُهَا ، وَنَقْصُ الْغِرَاسِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى السَّفْهِ . وَقِيلَ : يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مُحَكَّمًا فِي مِلْكِهِ ، وَالْغَاصِبُ غَيْرُ مُحَكَّمٍ ، فَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ^(٩) لَمْ يَمْلِكْ

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء المواث ، من كتاب الإمارة ، سنن أبي داود ٢ / ١٥٨ . وأبو عبيد في غريب الحديث ١ / ٢٩٦ .

وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

(٦) في الأصل : « فإنه » .

(٧-٧) سقط من : م .

(٨) في م : « فيه » .

(٩) في م : « الحاكم » .

قَلْعَهُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ غَيْرُهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِيهَا إِذَا بَنَى فِي الْأَرْضِ ، كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا عَرَسَ فِيهَا فِي هَذَا التَّفْصِيلِ جَمِيعِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَرَّجُ أَنَّهُ إِذَا بَدَّلَ مَالِكُ الْأَرْضِ الْقِيَمَةَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ أُجِبَ عَلَى قَبُولِهَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّقْضِي غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ التَّقْضِي سَفَةٌ . / وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنِ الرَّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فِي رِيَاغٍ قَوْمٌ بِأَذْنِهِمْ فَلَهُ الْقِيَمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ التَّقْضِي » (١٠) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . وَإِذَا كَانَتِ الْآلَةُ مِنْ تُرَابِ الْأَرْضِ وَأَحْجَارِهَا ، فَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ التَّقْضِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَرْسِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ دَارًا ، فَجَصَّصَهَا وَزَوَّقَهَا وَطَالَبَهُ رِثُهَا بِإِزَالَتِهِ ، وَفِي إِزَالَتِهِ غَرَضٌ ، لَزِمَهُ إِزَالَتُهُ ، وَأَرْضُ نَقْصِهَا إِنْ نَقَصَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ ، فَوَهَبَهُ الْغَاصِبُ لِمَالِكِهَا ، أُجِبَ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صِفَةٌ فِي الدَّارِ ، فَأَشْبَهَ قُصَارَةَ الثَّوْبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فَصَارَتْ بِمَنْزِلَةِ الْقُمَاشِ . وَإِنْ طَلَبَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ، وَكَانَ لَهُ قِيَمَةٌ بَعْدَ الْكَشْطِ ، فَلِلْغَاصِبِ قَلْعُهُ ، كَمَا يَمْلِكُ قَلْعَ غَرَّاسِيهِ ، سِوَاءَ بَدَلٍ لَهُ الْمَالِكُ قِيَمَتَهُ ، أَوْ لَمْ يَبْدُلْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ قَلْعَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَالِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَةٌ يَضُرُّ وَلَا يَنْفَعُ ، فَلَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ (١١) .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَكَشَطَ تُرَابَهَا ، لَزِمَهُ رُدُّهُ وَفَرَشُهُ عَلَى مَا كَانَ ، إِنْ طَلَبَهُ الْمَالِكُ ، وَكَانَ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى فَرَشِهِ ؟

(١٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَنَى أَوْ عَرَسَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِصْبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٩١ .
وَابْنُ عَدَى ، فِي الْكَامِلِ ٥ / ١٦٦٩ .

(١١) فِي مِ زِيَادَةَ : « وَإِنْ بَدَّلَ الْمَالِكُ لَهُ قِيَمَتَهُ لِيَتْرَكَهُ » .

يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَإِنْ مَنَعَهُ الْمَالِكُ فَرَشَهُ ، أَوْ رَدَّهُ وَطَلَبَ الْغَاصِبُ ذَلِكَ ، وَكَانَ فِي رَدِّهِ غَرَضٌ مِنْ إِزَالَةِ ضَرَرٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، فَلَهُ فَرَشُهُ وَرَدُّهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهَا مُدَّةَ شَعْلِهَا وَأَجْرٌ نَقْصِهَا . وَإِنْ أَخَذَ تُرَابَ أَرْضٍ ، فَضَرَبَهُ ^(١٢) لِبِنَائِهِ ، رَدٌّ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ جَعَلَ فِيهِ تَبْنًا لَهُ ، فَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَحْلُهُ وَيَأْخُذَ تَبْنَهُ . وَإِنْ كَانَ لَا يَحْصُلُ مِنْهُ شَيْءٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى كَسْطِ التَّرْوِيقِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ^(١٣) لَهُ قِيَمَةٌ . وَإِنْ طَالَبَهُ الْمَالِكُ بِحَلِّهِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ^(١٤) فِيهِ غَرَضٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ جَعَلَهُ آجْرًا أَوْ فَحَارًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لِعَمَلِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ كَسْرُهُ ، وَلَا لِلْمَالِكِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ سَفَهٌ لَا يُفِيدُ ، وَإِثْلَافٌ لِلْمَالِ ، وَإِضَاعَةٌ لَهُ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ ^(١٤) .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بِقَرًا فَطَالَبَهُ الْمَالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ التُّرَابَ مِلْكُهُ ، نَقَلَهُ مِنْ مَوْضِعِهِ ، فَلَزِمَهُ رَدُّهُ ، كَتُرَابِ الْأَرْضِ . وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَ فِيهَا نَهْرًا ، أَوْ حَفَرَ / بِقَرًا فِي مِلْكِ رَجُلٍ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ طَمِّهَا ، فَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي طَمِّهَا ، بَأَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ ضَمَانٌ مَا يَقَعُ فِيهَا ، أَوْ يَكُونُ قَدْ نَقَلَ تُرَابَهَا إِلَى مِلْكِ نَفْسِهِ ، أَوْ مِلْكِ غَيْرِهِ ، أَوْ طَرِيقٍ يَحْتَاجُ إِلَى تَفْرِيفِهِ ، فَلَهُ الرُّدُّ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغَرَضِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ فِي طَمِّ الْبَيْرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ قَدْ وَضَعَ التُّرَابَ فِي مِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَأَبْرَأَهُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ مِمَّا حَفَرَ ، وَأَذِنَ فِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ طَمُّهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لَا نَفْعَ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِعْلُهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ نُفْرَةً ، فَطَبَعَهَا دَرَاهِمَ ، ثُمَّ أَرَادَ جَعْلَهَا نُفْرَةً . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمَزْنِيُّ ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَهُ طَمُّهَا . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لَنَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبِيرُ مِنَ الضَّمَانِ بِإِبْرَاءِ الْمَالِكِ ، لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مِمَّا لَمْ يَجِبْ بَعْدُ ، وَهُوَ أَيْضًا إِبْرَاءٌ مِنْ

٤/٥ ظ

(١٢) فِي ب ، م : « فَضْرَبَ بِهِ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(١٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٥١٦ .

حَقٌّ غَيْرِهِ وَهُوَ الْوَاقِعُ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا لَزِمَهُ لِوُجُودِ التَّعَدَى ، فَإِذَا رَضِيَ صَاحِبُ الْأَرْضِ ، زَالَ التَّعَدَى ، فَزَالَ الضَّمَانُ ، وَلَيْسَ هَذَا إِثْرًا مِمَّا لَمْ يَجِبْ ، وَإِنَّمَا هُوَ اسْتِقْطُ التَّعَدَى بِرِضَائِهِ بِهِ . وَهَكَذَا يَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ إِذَا لَمْ يَتْلَفْ بِالْإِبْرَاءِ ، وَلَكِنْ مَنَعَهُ مِنْ طَمَّهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ رِضَاءَهُ بِذَلِكَ .

الفصل الثالث : أَنَّ عَلَى الْغَاصِبِ أَجْرَ الْأَرْضِ مِنْذُ غَضَبِهَا إِلَى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا . وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَهُ أَجْرٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلَهُ ، سِوَاءِ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَرَكَهَا حَتَّى ذَهَبَتْ ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِهِ الْعَادِيَةِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ عِوَضُهَا ، كَالْأَعْيَانِ . وَإِنْ غَضَبَ أَرْضًا ، فَبَنَاهَا دَارًا ، فَإِنْ كَانَتْ آلَاتُ بِنَائِهَا مِنْ مَالِ الْغَاصِبِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْأَرْضِ دُونَ بِنَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا غَضَبَ الْأَرْضَ وَالْبِنَاءَ لَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ أَجْرُ مَالِهِ . وَإِنْ بَنَاهَا بِتُرَابٍ مِنْهَا ، وَآلَاتُ اللَّمْعُصُوبِ مِنْهُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُهَا مَبْنِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا لِلْغَاصِبِ فِيهَا أَثَرُ الْفِعْلِ ، فَلَا يَكُونُ فِي مُقَابَلَتِهِ أَجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ عُدْوَانًا . وَإِنْ غَضَبَ دَارًا ، فَتَقَضَّهَا ، وَلَمْ يَبْنِهَا ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ دَارٍ إِلَى حِينِ تَقْضِيهَا ، وَأَجْرُهَا مَهْدُومَةٌ مِنْ حِينِ تَقْضِيهَا إِلَى حِينِ رَدِّهَا ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ انْتَهَدَمَ وَتَلَفَ ، فَلَمْ يَجِبْ أَجْرُهُ مَعَ تَلْفِهَا^(١٥) . وَإِنْ تَقَضَّهَا ، ثُمَّ بَنَاهَا بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَذَلِكَ . وَإِنْ بَنَاهَا بِآلَتِهَا ، أَوْ آلَةٍ مِنْ تُرَابِهَا ، أَوْ مِلْكٍ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ^(١٦) ، فَعَلَيْهِ أَجْرُهَا عَرَصَةٌ ، مِنْذُ تَقْضِيهَا إِلَى أَنْ بَنَاهَا ، وَأَجْرُهَا / دَارًا فِيمَا قَبْلَ ذَلِكَ وَبَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ لِلْمَالِكِ . وَحُكْمُهَا فِي تَقْضِي بِنَائِهَا الَّذِي بَنَاهُ الْغَاصِبُ ، حُكْمٌ مَا لَوْ غَضَبَهَا عَرَصَةٌ فَبَنَاهَا . وَإِنْ كَانَ الْغَاصِبُ بَاعَهَا ، فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي ، أَوْ تَقَضَّهَا ثُمَّ بَنَاهَا ، فَالْحُكْمُ لَا يَخْتَلِفُ ، لَكِنْ^(١٧) لِلْمَالِكِ مُطَابَقَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَالرُّجُوعُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، رَجَعَ الْغَاصِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيمَةِ مَا تَلَفَ مِنَ الْأَعْيَانِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْعِوَضِ ،^(١٨) فَاسْتَقْرَرَّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ^(١٩) . وَإِنْ رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِتَقْصِ

٥/٥

(١٥) فِي ب : « تَلَفَهُ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧) فِي ب : « لِأَنَّ » .

(١٨-١٩) فِي الْأَصْلِ : « لَمْ يَسْتَقِرَّ ضَمَانُهُ » .

التَّالِفِ ، ولم يَرْجِعْ بِقِيَمَةِ مَا تَلَفَ . وهل يَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْأَجْرِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وليس له مُطَالَبَةٌ الْمُشْتَرَى^(١٩) مِنَ الْأَجْرِ إِلَّا بِالْأَجْرِ مُدَّةً مُقَامَهَا فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ إِنَّمَا تَبَتَّتْ عَلَيْهَا حِينَئِذٍ .

الفصل الرابع : أن على الغاصبِ ضَمَانَ نَقْصِ الْأَرْضِ ، إِنْ كَانَ نَقَصَهَا الْغَرَسُ ، أَوْ نَقَصَتْ بغيره . وهكذا كُلُّ عَيْنٍ مَعْصُوبَةٍ ، عَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِهَا إِذَا كَانَ نَقْصًا مُسْتَقْرًا ، كَثُوبٍ تَحْرَقُ ، وَإِنَاءٍ تَكْسَرُ ، وَطَعَامٍ سَوَسَ ، وَبِنَاءٍ خُرِبَ ، وَنَحْوِهِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهَا وَأَرْضَ النَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كَالْقَفِيزِ مِنَ الطَّعَامِ ، وَالذَّرَاعِ مِنَ الثُّوبِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : إِذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ نَوْبًا شَقًّا قَلِيلًا ، أَخَذَ أَرْضَهُ . وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَأَخِذَ قِيَمَتِهِ ، وَبَيْنَ إِمْسَاكِهِ وَأَخِذَ أَرْضِهِ . وقد روى عن أحمدَ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ هَذَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ مُوسَى بْنِ سَعِيدٍ^(٢٠) ، فِي الثُّوبِ : إِنْ شَاءَ شَقَّ الثُّوبَ ، وَإِنْ شَاءَ مَثَلَهُ . يَعْنِي - وَاللَّهِ أَعْلَمُ - إِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَ الشَّقِّ^(٢١) . وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذِهِ جِنَايَةٌ أَتْلَفَتْ مُعْظَمَ مَنْفَعَتِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ ، كَالْوَقْتِ شَاءَ لَهُ . وَحَكَى أَصْحَابُ مَالِكٍ عَنْهُ ، أَنَّهُ إِذَا جَنَى عَلَى عَيْنٍ ، فَأَتْلَفَ غَرَضَ صَاحِبِهَا فِيهَا ، كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِمَا نَقَصَتْ ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَأَخَذَ قِيَمَتَهَا . وَلَعَلَّ مَا يُحْكَى عَنْهُ مِنْ قَطْعِ ذَنْبِ حِمَارِ الْقَاضِي ، يَنْبَغِي^(٢٢) عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ غَرَضَهُ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْكَبُهُ فِي الْعَادَةِ . وَحُجَّتُهُمْ أَنَّهُ أَتْلَفَ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ مِنَ السَّلْعَةِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ جَمِيعَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِنَايَةٌ عَلَى مَالِ أَرْضِهَا دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُطَالَبَةَ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّقُّ يَسِيرًا ، لِأَنَّهَا جِنَايَةٌ تَنْقُصُ بِهَا الْقِيَمَةَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَتْلَفْ

(١٩) في م نهادة : (بشيء) .

(٢٠) موسى بن سعيد الدندانى ، ثقة ، رفيع القدر ، كانت عنده مسائل حسان ، ذكره أبو بكر الخلال ، في كتابه .

طبقات الحنابلة ١ / ٣٣٢ .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : مبنى .

عَرَضُ صَاحِبِهَا ، / وفي الشَّاةِ تَلَفَ جَمِيعُهَا ؛ لِأَنَّ الاِغْتِبَارَ فِي الاِثْلَافِ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ،
لَا يَبْعَرُضُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ لِهَذَا صَلَحَ لِغَيْرِهِ .

فصل : وَقَدَرُ الْأَرْضِ قَدْرٌ^(٢٣) تَقْصِ الْقِيَمَةَ فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ .
وعن أحمد رواية أُخْرَى ، أَنَّ عَيْنَ الدَّابَّةِ تُضْمَنُ بَرُوعَ قِيَمَتِهَا . فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي
الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ دَابَّةٍ لِرَجُلٍ : عَلَيْهِ رُبْعُ قِيَمَتِهَا . قِيلَ لَهُ : فَقَأَ الْعَيْنَيْنِ ؟
فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً ، فَقَالَ عُمَرُ رُبْعُ الْقِيَمَةِ ، وَأَمَّا الْعَيْنَانِ فَمَا سَمِعْتُ فِيهِمَا شَيْئًا .
قِيلَ لَهُ : فَإِنْ كَانَ بَعِيرًا أَوْ بَقْرَةً أَوْ شَاةً ؟ فَقَالَ : هَذَا غَيْرُ الدَّابَّةِ ، هَذَا يُنْتَفَعُ بِلَحْمِهِ ،
يُنْظَرُ مَا تَقْصَهَا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَوْجَبَ مِقْدَارًا^(٢٤) فِي الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مِنْ
الدَّابَّةِ ، وَهِيَ الْفَرَسُ وَالْبَعْلُ وَالْحِمَارُ خَاصَّةً لِلْأَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَا عَدَا هَذَا يُرْجَعُ إِلَى
الْقِيَاسِ . وَاحْتَجَّ أَصْحَابُنَا هَذِهِ الرِّوَايَةَ ، بِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي
عَيْنِ الدَّابَّةِ بَرُوعَ قِيَمَتِهَا^(٢٥) . وَرَوَى^(٢٦) عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ
لَمَّا كَتَبَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ عَيْنِ الدَّابَّةِ : إِنَّا كُنَّا نُنزِلُهَا مَنْزِلَةَ الْآدَمِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ أَجْمَعَ رَأْيَانَا أَنَّ
قِيَمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ يُقَدَّمُ عَلَى الْقِيَاسِ . ذَكَرَ هَذَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي
« رُوُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَلَعَ عَيْنٌ بِهَيْمَةٍ يُنْتَفَعُ بِهَا مِنْ وَجْهَتَيْنِ ،
كَالدَّابَّةِ وَالْبَعِيرِ وَالْبَقْرَةِ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ، وَفِي إِحْدَاهُمَا رُبْعُ قِيَمَتِهَا ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَجْمَعَ رَأْيَانَا عَلَى أَنَّ قِيَمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْعَبْدِ ، أَنَّهُ
يُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي الْجِنَايَةِ ؛ فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَفِي مُوضِحَتِهِ
نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَتِهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ^(٢٧) أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّانٌ لِأَبْعَاضِ

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) في الأصل ، ب : « مقدرا » .

(٢٥) ذكره الهيثمي ، في : باب الديات في الأعضاء وغيرها ، من كتاب الديات . مجمع الزوائد ٦ / ٢٩٨ .
والزليعي ، في : باب جنابة الهيمية والجنابة عليها ، من كتاب الديات . نصب الرأية ٤ / ٣٨٨ .

(٢٦) في م : « وقد روى » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

العَبْدُ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَأَرْشِ الْجِنَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمَانٌ مَالٍ مِنْ غَيْرِ جِنَايَةٍ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ ، كَالثُّوبِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِالضَّمَانِ جَبْرٌ حَقُّ الْمَالِكِ بِإِجَابِ قَدْرِ الْمُتَوَاتِرِ عَلَيْهِ ، وَقَدْرُ النِّقْصِ هُوَ الْجَائِرُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ فَاتَ الْجَمِيعُ لَوَجِبَتْ قِيَمَتُهُ ، فَإِذَا فَاتَ مِنْهُ شَيْءٌ وَجَبَ قَدْرُهُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، كَغَيْرِ الْحَيَوَانِ . وَأَمَّا حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، فَلَا أَصْلَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ صَحِيحًا لَمَا احْتَجَّ أَحْمَدُ وَغَيْرُهُ بِحَدِيثِ عُمَرَ وَتَرْكُوهُ ، فَإِنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ أَحَقُّ أَنْ يُحْتَجَّ بِهِ . وَأَمَّا قَوْلُ عُمَرَ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ كَانَ قَدْرَ نَقْصِهَا ، كَمَا رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ بِخَمْسِينَ دِينَارًا ، وَلَوْ كَانَ تَقْدِيرًا ، لَوَجِبَ فِي الْعَيْنِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ ، كَعَيْنِ الْآدَمِيِّ . وَأَمَّا ضَمَانُ الْجِنَايَةِ عَلَى أَطْرَافِ الْعَبْدِ ، فَمَعْدُولٌ بِهِ عَنِ الْقِيَاسِ ، لِلِإِلْحَاقِ بِالْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ ، وَالْوَاجِبُ هَهُنَا ضَمَانُ الْيَدِ ، وَلَا تُثَبِّتُ الْيَدُ عَلَى الْحُرِّ ، فَوَجِبَ الْبَقَاءُ فِيهِ عَلَى مَوْجِبِ الْأَصْلِ ، وَالْحَاقِقُ بِسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَعْصُومَةِ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ : إِنَّ هَذَا فِي بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ وَالذَّائِبَةِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَوْلَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ ، وَقَوْلُ عُمَرَ إِنَّمَا هُوَ فِي الذَّائِبَةِ ، وَالذَّائِبَةُ فِي الْعُرْفِ مَا يُعَدُّ لِلرُّكُوبِ دُونَ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ .

٦٥٠

فصل : وَإِنْ غَضَبَ عَبْدًا ، فَجَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةً مُقَدَّرَةً الذَّيَّةَ ، فَعَلَى قَوْلِنَا : ضَمَانُ الْعَصَبِ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . الْوَاجِبُ أَرْشُ الْجِنَايَةِ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ ، فَتَنَقَّصَتْهُ الْجِنَايَةُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْعَصَبِ غَيْرُ ضَمَانِ الْجِنَايَةِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنْ أَرْشِ النِّقْصِ أَوْ دِيَّةِ ذَلِكَ الْعَضْوِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ^(٢٨) ضَمَانِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجِدَ^(٢٩) ، فَوَجِبَ أَكْثَرُهُمَا ، وَدَخَلَ الْآخَرُ فِيهِ ، فَإِنَّ الْجِنَايَةَ وَالْيَدَ وَجِدَا جَمِيعًا . فَإِنْ غَضَبَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا ؛ فَزَادَتْ قِيَمَتُهُ ، فَصَارَ يُسَاوِي أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ قَطَعَ يَدَهُ ، فَتَقَصَّ أَلْفًا ، لَزِمَهُ أَلْفٌ ، وَرَدَّ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ^(٣٠) زِيَادَةَ

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في م : واجب .

(٣٠) سقط من : الأصل .

السُّوقِ مَعَ تَلْفِ الْعَيْنِ مَضْمُونَةٌ ، وَيُدُّ الْعَبْدَ كِنِصْفِهِ ، فَكَأَنَّهُ بَقَطَعَ يَدَهُ فَوَتَّ نِصْفَهُ .
وإن نَقَصَ الْفَاءَ وَخَمْسُمِائَةَ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ . فَعَلِيهِ الْفُؤُوحُ وَخَمْسُمِائَةَ ، وَيُرَدُّ
الْعَبْدُ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . فَعَلِيهِ الْفُؤُوحُ ، وَرَدُّ الْعَبْدِ فَحَسْبُ . وَإِنْ نَقَصَ
خَمْسُمِائَةَ ، فَعَلِيهِ رَدُّ الْعَبْدِ ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ الْفُؤُوحُ أَوْ خَمْسُمِائَةَ ؟ عَلَى وَجْهِينِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا ، فَقَطَعَ آخَرَ يَدَهُ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ
الْجَانِيَّ قَطَعَ يَدَهُ ، وَالْغَاصِبُ حَصَلَ النِّقْصُ فِي يَدِهِ ، إِنْ ضَمَّنَ الْجَانِيَّ ، فَلَهُ تَضْمِينُهُ
نِصْفَ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضْمَنْهُ أَكْثَرَ مِمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ . وَيَضْمَنُ
الْغَاصِبُ مَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ إِنْ نَقَصَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ
قُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ ضَمَانَ الْجِنَايَةِ ، أَوْ لَمْ يَنْقُصْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ . لَمْ يَضْمَنْ
الْغَاصِبُ هُنَا شَيْئًا . وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ ، وَقُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ
كضَمَانِ الْجِنَايَةِ . ضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، وَرَجَعَ بِهَا الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِيِّ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ
حَصَلَ بِفِعْلِهِ فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ بِمَا نَقَصَ . فَلَرَبَّ
الْعَبْدِ / تَضْمِينُهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَا وَجَدَ فِي يَدِهِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْمَوْجُودِ مِنْهُ ، ثُمَّ
يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِيِّ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهَا أُرْشُ جِنَايَتِهِ^(٣١) ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ
مِنْهَا .

٦/٥ ظ

فصل : وَإِنْ غَصَبَ^(٣٢) عَبْدًا ، فَقَطَعَ أُذُنَيْهِ ، أَوْ يَدَيْهِ ، أَوْ ذَكَرَهُ ، أَوْ أَنْفَهُ ، أَوْ
لِسَانَهُ أَوْ خُصْيَتَيْهِ ، لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ^(٣٣) كُلُّهَا ، وَرَدُّ الْعَبْدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهَذَا قَالَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ : يُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَصِيرَ وَلَا شَيْءَ لَهُ ،
وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ قِيمَتَهُ وَيَمْلِكَهُ الْجَانِيَّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانَ مَالٍ ، فَلَا يَبْقَى مِلْكُ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ مَعَ
ضَمَانِهِ لَهُ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُتَلَفَ الْبَعْضُ ، فَلَا يَقِفُ ضَمَانُهُ عَلَى زَوَالِ

(٣١) فِي ب ، م : « جناية » .

(٣٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « قِيَمَةٌ » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

المَلِكِ عن جُمْلَتِهِ ، كَقَطْعِ ذَكَرِ المُدَبِّرِ ، وَكَقَطْعِ إِحْدَى يَدَيْهِ أَوْ أُذُنَيْهِ ، وَلأنَّ المَضْمُونِ هو المَقْوُوتُ ، فلا يُزُولُ المَلِكُ عن غَيْرِهِ بِضَمَانِهِ ، كما لو قَطَعَ تِسْعَ أَصَابِعَ . وبهذا يُفَصِّلُ عما ذَكَرَهُ ، فإنَّ الضَّمَانَ في مُقَابَلَةِ المُتَلَفِ ، لا في مُقَابَلَةِ الجُمْلَةِ . فأما إن ذَهَبَتْ هذه الأَعْضَاءُ بِغَيْرِ جِنَايَةٍ ، فَهَلْ يَضْمَنُهَا ضَمَانَ الإِتْلَافِ ، أَوْ بما نَقَصَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُما .

فصل : وإن جَنَى العَبْدُ المَعْصُوبُ ، فَجِنَايَتُهُ مَضْمُونَةٌ على العاصِبِ ؛ لأنَّهُ نَقَصَ في العَبْدِ الجانِبِ ، لكَوْنِ أَرْضِ الجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، فَكان مَضْمُونًا على العاصِبِ ، كسائِرِ نَقْصِهِ . وسواءً في ذلك ما يُوجِبُ القِصَاصَ أَوْ المَالَ . ولا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ من النِّقْصِ الذي لَحِقَ العَبْدِ . وإن جَنَى على سَيِّدِهِ ، فَجِنَايَتُهُ مَضْمُونَةٌ على العاصِبِ أيضًا ؛ لأنَّها^(٣٤) من جُمْلَةِ جِنَايَاتِهِ ، فَكان مَضْمُونًا على العاصِبِ ، كالجِنَايَةِ على الأَجْنَبِيِّ .

فصل : إذا نَقَصَتْ عَيْنُ المَعْصُوبِ دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَذلك على ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يَكُونَ الذَّاهِبُ جُزْءًا مُقَدَّرَ البَدَلِ ، كعَبْدٍ حَصَاهُ ، وَرَيْتٍ أَغْلَاهُ ، وَنُقْرَةَ ضَرْبِهَا دَرَاهِمَ فَتَقَصَّتْ عَيْنُهَا دُونَ قِيَمَتِهَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُ النِّقْصِ ، فَيَضْمَنُ نَقْصَ العَبْدِ بِقِيَمَتِهِ ، وَنَقْصَ الرَّيْتِ وَالنُقْرَةَ بِمِثْلِهِمَا مَعَ رَدِّ الباقِي مِنْهُمَا ؛ لأنَّ الناقِصَ مِنَ العَيْنِ له بَدَلٌ مُقَدَّرٌ ، فَلزِمَهُ ما تَقَدَّرَ به ، كما لو أَذْهَبَ الجَمِيعَ . الثاني ، أن لا يَكُونَ مُقَدَّرًا ، مثلُ إن غَصَبَ عَبْدًا ذا سِمَنِ مُفْرِطٍ ، فَحَفَّ جِسْمُهُ ، ولم تَنْقُصْ قِيَمَتُهُ ، فلا شَيْءَ فِيهِ سِوَى رَدِّهِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا أَوْجَبَ في هذا ما نَقَصَ مِنَ القِيَمَةِ ، ولم يُقَدِّرْ بَدَلَهُ ، ولم تَنْقُصِ القِيَمَةَ ، فلم يَجِبْ شَيْءٌ ، بِخِلَافِ الصُّورَةِ الأُولَى ؛ فإنَّ الذَّاهِبَ مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فلم يَسْقُطْ بَدَلُهُ . الثالث ، أن يَكُونَ النِّقْصُ / في مُقَدَّرِ البَدَلِ ، لَكِنَّ الذَّاهِبَ مِنْهُ أَجْزَاءً غَيْرَ مَقْصُودَةٍ ، كعَصِيرِ أَغْلَاهُ فَذَهَبَتْ مَائِيَّتُهُ ، وَانْعَقَدَتْ أَجْزَاؤُهُ ، فَتَقَصَّتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَفيهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا شَيْءَ فِيهِ^(٣٥) سِوَى رَدِّهِ ؛ لأنَّ النَّارَ إِنَّمَا أَذْهَبَتْ

و٧/٥

(٣٤) في الأصل : « لأنه » .

(٣٥) في م : « عليه » .

مَائِيَّتُهُ الَّتِي يَقْصِدُ ذَهَابَهَا ، وَهَذَا تَزْدَادُ حَلَاوَتُهُ ، وَكَثُرَ قِيَمَتُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَسِمَنِ الْعَبْدِ الَّذِي يَنْقُصُ قِيَمَتُهُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَدَّرُ الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ الرِّبِّيَّ إِذَا أَغْلَاهُ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ وَالْقِيَمَةُ جَمِيعًا ، وَجَبَ فِي الرِّبِّيِّ وَشِبْهِهِ ضَمَانُ النَّقْصَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ رَطْلٌ زَيْتٍ قِيَمَتُهُ دِرْهَمٌ ، فَأَغْلَاهُ ، فَتَقْصَرَ ثُلُثُهُ ، فَصَارَ قِيَمَةُ الْبَاقِي نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ رَطْلٍ وَسُدُسُ دِرْهَمٍ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْبَاقِي ثُلْثِي دِرْهَمٍ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ^(٣٦) مِنْ ثُلْثِ رَطْلٍ ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْبَاقِي لَمْ تَنْقُصْ . وَإِنْ خَصِيَ الْعَبْدُ ، فَتَقْصَتْ قِيَمَتُهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ^(٣٦) مِنْ ضَمَانِ خُصْيَتَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ فَقَأَ عَيْنَيْهِ . وَهَلْ يَجِبُ فِي الْعَصِيرِ مَا نَقَصَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، أَوْ يَكُونُ كَالرِّبِّيِّ ؟ عَلَى وَجْهِينِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَسِمَنَ سِمْنًا نَقَصَتْ بِهِ قِيَمَتُهُ ، أَوْ كَانَ شَابًّا فَصَارَ شَيْخًا ، أَوْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ نَاهِدًا فَسَقَطَ ثَدْيَاهَا . وَجَبَ أَرْشُ النَّقْصِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَمْرَدًا ، فَتَبَتَّ لِحْيَتُهُ فَتَقْصَتْ قِيَمَتُهُ ، وَجَبَ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّ الْفَائِتَ لَا يُقْصَدُ قَصْدًا صَحِيحًا ، فَأَشْبَهَ الصَّنَاعَةَ الْمُحَرَّمَةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقَصَ فِي الْقِيَمَةِ بِتَغْيِيرِ^(٣٧) صِفَتِهِ ، فَيَضْمَنُهُ ، كَبَقِيَّةِ الصُّورِ .

فصل : وَإِنْ نَقَصَ الْمُغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، كَطَعَامٍ ابْتَلَّ . وَخِيفَ فَسَادُهُ ، أَوْ عَفِنَ وَخُشِيَ تَلْفَهُ . فَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَهَذَا مِنْ صُورِ الشَّافِعِيِّ . وَهَلْ قَوْلُ آخَرَ ؛ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي^(٣٨) : يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ ، لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ قَدْرُ نَقْصِهِ ، وَكَلَّمَا نَقَصَ شَيْئًا ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَبْدُ إِلَى السَّبَبِ الْمَوْجُودِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَكَانَ كَالْمَوْجُودِ فِي يَدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَخَيَّرُ صَاحِبُهُ بَيْنَ أَخْذِ بَدَلِهِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادُهُ ،

(٣٦-٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) في ب ، م : « بتغيير » .

(٣٨) في م زيادة : « لا » .

ويأخذ أرشَ نَقْصِهِ . وقال أبو حنيفة : يتخَيَّرُ بين إمساكِه ولا شىء له ، أو تَسْلِيمِهِ إلى الغاصِبِ ويأخذُ منه قِيمَتَهُ ؛ لأنَّهُ لو ضَمِنَ النَّقْصَ لَحَصَلَ لَهُ مِثْلُ كَيْلِهِ وَزِيَادَةٌ / ، وهذا لا يجوزُ ، كما لو باعَ قَفِيْزًا جَيِّدًا بِقَفِيْزٍ رَدِيٍّ وَدِرْهَمٍ . ولنا ، أن عَيْنَ مَالِهِ باقيةٌ ، وإنَّما حَدَثَ فِيهِ نَقْصٌ ، فوجِبَ فِيهِ ما نَقَصَ ، كما لو كان^(٣٩) عبدًا فَمَرِضٌ . وقد وافقَ بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ على هذا في العَفَنِ . وقال^(٤٠) : يَضْمَنُ ما نَقَصَ ، قولًا واحدًا ، ولا يَضْمَنُ ما تولَّدَ منه ؛ لأنَّهُ ليسَ من فِعْلِهِ . وهذا الفَرْقُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ البَلَلَ^(٤١) قد يكونُ من غيرِ فِعْلِهِ أيضًا ، وقد يكونُ العَفَنُ بسببِ منه . ثم إنَّ ما وُجِدَ في يَدِ الغاصِبِ ، فهو مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، لَوْجُودِهِ في يَدِهِ ، فلا فَرْقَ . وقولُ أبي حنيفةَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا الطَّعامَ عَيْنُ مَالِهِ ، وليسَ يَبْدَلُ عَنْهُ . وقولُ أبي الحَطَّابِ لا بَأْسَ بِهِ .

٨٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ زَرْعُهَا ، فَأَذْرَكَهَا رَبُّهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، كَانَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ ، وَعَلَيْهِ التَّفَقُّةُ ، وَإِنْ اسْتَحِقَّتْ بَعْدَ أَخْذِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الأَرْضِ)

قوله : « فَأَذْرَكَهَا رَبُّهَا » يَعْنِي اسْتَرْجَعَهَا مِنَ الغاصِبِ ، أَوْ قَدَرَ عَلَى أَخْذِهَا مِنْهُ . وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ : « اسْتَحِقَّتْ » . يَعْنِي أَخْذَهَا مُسْتَحِقَّتُهَا . فَمَتَى كَانَ هَذَا بَعْدَ حَصَادِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فَإِنَّهُ لِلغاصِبِ . لا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، وَعَلَيْهِ الأَجْرَةُ إِلَى وَقْتِ التَّسْلِيمِ وَضَمَانِ النَّقْصِ . وَلَوْ لَمْ يَزْرَعْهَا ، فَتَقَصَّتْ لِتَرْكِ الزَّرَاعَةِ ، كَأَرْضِي البَصْرَةِ ، أَوْ تَقَصَّتْ لِغَيْرِ^(١) ذَلِكَ ، ضَمِنَ نَقْصَهَا أَيْضًا ؛ لِمَا قَدَّمْنَا فِي المَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَهَا صَاحِبُهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ فِيهَا ، لَمْ يَمْلِكْ إِنْجَبَارَ الغاصِبِ عَلَى قَلْعِهِ ، وَخَيْرُ المَالِكِ بَيْنَ أَنْ يُقَرَّ الزَّرْعُ فِي الأَرْضِ إِلَى الحَصَادِ ، وَيَأْخُذَ مِنَ الغاصِبِ أَجْرَ

(٣٩) في م : « باع » .

(٤٠) في م زيادة : « لا » .

(٤١) في الأصل : « المال » .

(١) في الأصل : « بغير » .

الأرض وأرض نَقَصِهَا ، وبين أن يَدْفَعُ إليه نَفَقَتَهُ ويكونَ الزَّرْعُ له . وبهذا قال أبو عُبَيْدٍ .
وقال أكثرُ الفقهاءِ : يَمْلِكُ إجْبَارَ العاصِبِ على قَلْعِهِ ، والحُكْمُ فيه كالعَرَسِ سواء ،
لقوله عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(١) . ولأنَّهُ زَرَعَ في أرضٍ غيرِهِ ظُلْمًا ،
أشَبَّهَ العِرَاسَ . ولنا ، ما رَوَى رافعُ بن خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ
في أرضٍ قومٍ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ،
والتِّرْمِذِيُّ ^(٢) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فيه دَلِيلٌ على أَنَّ العاصِبَ لَا يُجْبِرُ على قَلْعِهِ ؛
لأنَّهُ مَلِكٌ لِلْمَعْصُوبِ منه . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى زَرْعًا في أرضٍ ظَهِيرٍ ^(٣) ،
فأعْجَبَهُ ، فقال : « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظَهِيرٍ » . فقال : إِنَّهُ لَيْسَ لِظَهِيرٍ ، وَلَكِنَّهُ لِفُلانٍ . قال :
« فَخُذُوا زَرْعَكُمْ ، وَرُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » . / قال رافعُ : فَأَخَذْنَا زَرْعَنَا ، وَرَدَدْنَا عَلَيْهِ
نَفَقَتَهُ ^(٤) . ولأنَّهُ أَمَكَنَ رَدَّ المَعْصُوبِ إلى مالِكِهِ من غيرِ إِثْلَافٍ مالِ العاصِبِ ، على قُرْبِ
من الزَّمانِ ، فلم يَجْزِ إِثْلَافُهُ ، كَالوَ غَصَبَ سَفِينَةً ، فَحَمَلَ فِيهَا مَالَهُ . وَأَدْخَلَهَا البَحْرَ ،
أَوْ غَصَبَ لَوْحًا . فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، فَإِنَّهُ لَا يُجْبِرُ على رَدِّ المَعْصُوبِ في اللَّجَّةِ ، وَيُنْتَظَرُ حتَّى
تُرْسَى ، صِيانَةً للمالِ عن التَّلَافِ . كذا هُنَا . ولأنَّهُ زَرَعَ حَصَلَ في مَلِكٍ غيرِهِ ، فلم
يُجْبِرُ على قَلْعِهِ على وَجْهِ يَضُرُّ بِهِ . كما لو كانتِ الأَرْضُ مُسْتَعَارَةً أو مَشْفُوعَةً . وفارَقَ
الشَّجَرَ والنَّخْلَ ؛ لِأَنَّ مَدَّتَهُ تَنْطَاوُلُ ، ولا يُعْلَمُ متى يَنْقَطِعُ مِنَ الأَرْضِ ، فانتظارُهُ يُوَدِّى
إلى تَرْكِ رَدِّ الأَصْلِ بالكُلِّيَّةِ . وَحَدِيثُهُمْ وَرَدَّ في العَرَسِ ، وَحَدِيثُنَا في الزَّرْعِ ، فيُجْمَعُ بين
الحَدِيثَيْنِ ، وَيُعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مَوْضِعِهِ . وذلك أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِ أَحَدِهِمَا . إذا

٥/٨ و

(٢) تقدم تحريجه في : ٦ / ٥٥٨ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٤ .
والترمذى ، في : باب ماجاء في من زرع في أرض قوم بغير إذنتهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأوحدي ٦ / ١٢٥ .
كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من زرع في أرض قوم بغير إذنتهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٦٥ .

(٤) في م هنا وفيما يأتي : « طهير » .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في التشديد في ذلك [المزارعة] ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٣ ،
. ٢٣٤

ثبت هذا ، فمتى رَضِيَ المَالِكُ بِتَرْكِ الزَّرْعِ للغاصِبِ . وبأخذ منه أجر الأرض . فله ذلك ؛ لأنه شغل المَعصُوبِ بماله ، فمَلَكَ صَاحِبُهُ أَخْذَ أَجْرِهِ ، كما لو تَرَكَ في الدَّارِ طَعَامًا أو أَحْجَارًا يَحْتَاجُ في نَقْلِهِ إلى مُدَّةٍ . وإن أَحَبَّ أَخْذَ الزَّرْعِ ، فله ذلك ، كما يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ أَخْذَ شَجَرِ المُشْتَرَى بِقِيَمَتِهِ . وفيما يُرَدُّ على الغاصِبِ روايتان ؛ إحداهما ، قِيَمَةُ^(٦) الزَّرْعِ ؛ لأنه بَدَلٌ عن الزَّرْعِ . فيُقَدَّرُ بِقِيَمَتِهِ ، كما لو أَتْلَفَهُ . ولأنَّ الزَّرْعَ للغاصِبِ إلى حينِ انْتِزاعِ المَالِكِ له منه ، بدليل أَنَّهُ لو أَخَذَهُ قَبْلَ انْتِزاعِ المَالِكِ له ، كان مِلْكَالَهُ . ولو لم يَكُنْ مِلْكَالَهُ لَمَا مَلَكَهُ بِأَخْذِهِ . فيكونُ أَخْذُ المَالِكِ له تَمْلُكًا له ، إلا أن يُعْوِضَهُ ، فيجِبُ أن يَكُونَ بِقِيَمَتِهِ ، كما لو أَخَذَ الشَّفِيعُ^(٧) المَشْفُوعَ . وَيَجِبُ على الغاصِبِ أَجْرُ الأرضِ إلى حينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كان مَحْكُومًا له به ، وقد شغَلَ به أرضَ غَيْرِهِ . والرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُرَدُّ على الغاصِبِ ما أَتَّفَقَ مِنَ البَدْرِ^(٨) ، ومُوتَةِ الزَّرْعِ في الحَرْثِ والسَّقْيِ ، وغيرِهِ . وهذا الذي ذَكَرَهُ القَاضِي . وهو^(٩) ظَاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ ، وظَاهِرُ الحَدِيثِ ، لقولِهِ عليه السَّلَامُ : « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . وقِيَمَةُ الشَّيْءِ لا تُسَمَّى نَفَقَةً له . والحَدِيثُ مَبْنِيٌّ على هَذِهِ المَسْأَلَةِ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا ذَهَبَ إلى هَذَا الحُكْمِ^(١٠) اسْتِحْسانًا ، على خِلافِ القِيَّاسِ ، فَإِنَّ القِيَّاسَ أَنَّ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ البَدْرِ^(٨) ؛ لأنه نَمَاءٌ عَيْنِ مالِهِ ، فَأَشْبَهَهُ ما لو غَصَبَ دَجَاجَةً فَحَصَنَتْ بَيْضًا له . أو طَعَامًا فَعَلَفَهُ دَوَابًّا له ، كان / النَّمَاءُ له . وقد صرَّحَ به أَحْمَدُ ، فقال : هَذَا شَيْءٌ لا يُؤَافِقُ القِيَّاسَ ، اسْتَحْسِنُ أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَتُهُ ؛ لِلاَثَرِ . وَلِذَلِكَ جَعَلْنَاهُ لِلْغَاصِبِ إِذَا اسْتَحَقَّتِ الأَرْضُ بَعْدَ أَخْذِ الغَاصِبِ له ، وَإِذَا كانَ العَمَلُ بِالحَدِيثِ ، فيجِبُ أن يُتَّبَعَ مَذْلُوبُهُ .

٨/٥ ظ

(٦) في م : فيه .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ب ، م : البذرة .

(٩) في الأصل ، م : وهذا .

فصل : فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ، ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والتعناع ، احتمل أن يكون حكمه ^(١٠) ما ذكرنا ؛ لدخوله في عموم الزرع ، لأنه ليس له فرع قوي ، فأشبهه الحنطة والشعير . واحتمل أن يكون حكمه ^(١١) حكم الغرس ؛ لبقاء أصله ^(١٢) وتكرار أخذه ، ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس ، وإنما ترك فيما نقل مدته للآثر ، ففيما عداه يبقى على قضية القياس .

فصل : وإن غصب أرضاً فغرسها فثمرت ، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها ، فهي له . وإن أدركها والثمرة فيها ، فكذلك ؛ لأنها ثمرة شجره ، فكانت له ، كما لو كانت في أرضه ، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب ، فكان له ، كأغصانها وورقها . ولبن الشاة وولدها . وقال القاضي : هي لمالك الأرض إن أدركها في الغرس ؛ لأن أحمد قال ، في رواية علي بن سعيد : إذا غصب أرضاً فغرسها ، فالنماء لمالك الأرض . قال القاضي : وعليه من التفقة ما أنفق الغارس من مؤنة الثمرة ؛ لأن الثمرة في معنى الزرع فكانت ^(١٣) لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها ، كالزرع . والأول أصح ؛ لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس ، وإنما صار إليه للآثر ، فيختص الحكم به ، ولا يعدى إلى غيره ، ولأن الثمرة تُفارق الزرع من وجهين ؛ أحدهما ، أن الزرع نماء الأرض ، فكان لصاحبها ، والثمرة نماء الشجر . فكان لصاحبه . الثاني ، أنه يرد عوض الزرع الذي ^(١٣) أخذه ، مثل البذر الذي ثبت منه الزرع ، مع ما أنفق عليه ، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر .

فصل : وإن غصب شجراً فثمر ، فالثمر لصاحب الشجر . بغير خلاف تعلمه ؛ لأنه نماء ملكه ، ولأن الشجر عين ملكه تماماً ، فأشبهه ما لو طالت أغصانه . وعليه

(١٠-١٠) سقط من : ب . نقله نظر .

(١١) في م : « أصوله » .

(١٢) في ب ، م : « فكان » .

(١٣) في الأصل : « إذا » .

رَدُّ الثَّمَرِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا فَعَلِيهِ بَدَلُهُ . وَإِنْ كَانَ رُطْبًا فَصَارَ ثَمَرًا ، أَوْ عِنَبًا فَصَارَ زَيْبِيًا ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ وَأَرْضُهُ نَقْصَبُهُ إِنْ نَقَصَ ، وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ بِعَمَلِهِ فِيهِ ، وَلَيْسَ / لِلشَّجَرِ أُجْرَةٌ ؛ لِأَنَّ أُجْرَتَهَا لَا تَجُوزُ فِي الْعُقُودِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْعَصَبِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَّةُ الثَّمَرِ وَإِخْرَاجُهُ ، وَقَدْ عَادَتْ هَذِهِ الْمَنَافِعُ إِلَى الْمَالِكِ . وَلَوْ كَانَتْ مَاشِيَّةً ، فَعَلِيهِ ضَمَانُ وَكَلِّهَا إِنْ وَلَدَتْ عِنْدَهُ ، وَيَضْمَنُ لَبْنَهَا بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَيَضْمَنُ أَوْبَارَهَا وَأَشْعَارَهَا بِمِثْلِهِ ، كَالْقَطْنِ .

فصل : وَإِذَا غَصَبَ أَرْضًا ، فَحُكْمُهَا فِي جَوَازِ دُخُولِ غَيْرِهِ إِلَيْهَا حُكْمُهَا^(١٤) قَبْلَ الْعَصَبِ . فَإِنْ كَانَتْ مُحَوَّطَةً ، كَالدَّارِ وَالْبُسْتَانِ الْمُحَوَّطِ ، لَمْ يَجُزْ لِغَيْرِ مَالِكِهَا دُخُولُهَا ؛ لِأَنَّ مَلِكَ مَالِكِهَا لَمْ يَزُلْ عَنْهَا ، فَلَمْ يَجُزْ دُخُولُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الضَّيْعَةِ تَصْيِيرُ غَيْضَةٍ فِيهَا سَمَكٌ : لَا يَصِيدُ فِيهَا أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ صَحْرَاءَ ، جَازَ الدُّخُولُ فِيهَا وَرَعَى حَشِيئَتِهَا . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ بِرَعْيِ الْكَلَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلَاءَ لَا يُمْلِكُ بِمِلْكِ الْأَرْضِ . وَيَتَخَرَّجُ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّورَتَيْنِ مِثْلَ حُكْمِ الْأُخْرَى . قِيَاسًا لَهَا عَلَيْهَا . وَنَقَلَ عَنْهُ الْمَرْوُذِيُّ ، فِي رَجُلٍ وَالِدَاهُ فِي دَارٍ طَوَائِبِقِهَا غَصَبٌ . لَا يَدْخُلُ عَلَى وَالِدَيْهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ دُخُولَهُ عَلَيْهِمَا تَصَرَّفٌ فِي الطَّوَائِبِقِ الْمَعْصُوبَةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ^(١٥) ، فِي رَجُلٍ لَهُ إِخْوَةٌ فِي أَرْضِ غَصَبٍ : يَزُورُهُمْ وَيُرَاوِدُهُمْ عَلَى الْخُرُوجِ ، فَإِنْ أَجَابُوهُ ، وَإِلَّا لَمْ يُقَمْ مَعَهُمْ ، وَلَا يَدْعُ زِيَارَتَهُمْ . يَعْنِي يَزُورُهُمْ بِحَيْثُ يَأْتِي بَابَ دَارِهِمْ ، وَيَتَعَرَّفُ أَخْبَارَهُمْ ، وَيُسَلِّمُ عَلَيْهِمْ ، وَيُكَلِّمُهُمْ ، وَلَا يَدْخُلُ إِلَيْهِمْ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ عَنْهُ : أَكْرَهُ الْمَشْيَ عَلَى الْعَبَّارَةِ الَّتِي يَجْرِي فِيهَا الْمَاءُ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبَّارَةَ وَضِعَتْ لِعُبُورِ الْمَاءِ ، لِأَنَّ الْمَشْيَ عَلَيْهَا ، وَرَبَّمَا كَانَ الْمَشْيُ عَلَيْهَا يَضُرُّ بِهَا . وَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَدْخُلُ فِي الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ ؛ لِمَا فِي

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « حُكْمُ مَا » .

(١٥) أَبُو بَحِيٍّ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ الْأَصْفَهَانِي ، رَجُلٌ جَلِيلٌ ، عِنْدَهُ جِزَاءٌ مِنْ مَسَائِلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، لَزِمَ طَرْسُوسَ ، وَمَاتَ فِي الْأَمْرِ بَعْدَ سَنَةِ إِحْدَى وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١ / ٢٥٤ .

ذلك من التَّصَرُّفِ فِي أَرْضِهِمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا مِنْ مَوْضِعٍ غَضِبَ ، ثُمَّ عَلِمَ : رَجَعَ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ، فَرَدَّهُ . وَرُوِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يَطْرُقُهُ . يَعْنِي عَلَى مَنْ ابْتِئَاعَهُ مِنْهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قُعُودَهُ فِيهِ حَرَامٌ ، مَنْهِيٌّ عَنْهُ ، فَكَانَ الْبَيْعُ فِيهِ مُحَرَّمًا ، وَلِأَنَّ الشَّرَاءَ مَنْ يَفْعُدُ فِي الْمَوْضِعِ الْمُحَرَّمِ يَحْمِلُهُمْ عَلَى الْقُعُودِ وَالْبَيْعِ فِيهِ ، وَتَرْكُ الشَّرَاءِ مِنْهُمْ ^(١٦) يَمْنَعُهُمْ مِنْ ^(١٧) الْقُعُودِ . وَقَالَ : لَا يَبْتَاعُ مِنَ الْخَانَاتِ الَّتِي فِي الطَّرِيقِ ، إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ غَيْرَهُ . كَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ / الْمُضْطَرَّرِ . وَقَالَ فِي السُّلْطَانِ إِذَا بَنَى دَارًا ، وَجَمَعَ النَّاسَ إِلَيْهَا : أَكْرَهُ الشَّرَاءَ مِنْهَا . وَهَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعَانَةِ عَلَى الْفِعْلِ الْمُحَرَّمِ ، وَالظَّاهِرُ صِحَّةُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّتِ الصَّلَاةُ فِي الدَّارِ الْمَعْصُومَةِ ، فِي رِوَايَةٍ ، وَهِيَ عِبَادَةٌ ، فَمَا لَيْسَ بِعِبَادَةٍ أَوْلَى . وَقَالَ فِي مَنْ غَضِبَ ضَيْعَةً ، وَغَضِبَتْ مِنَ الْغَاصِبِ ، فَأَرَادَ الثَّانِي رَدَّهَا : جَمَعَ بَيْنَهُمَا . يَعْنِي بَيْنَ مَالِكَيْهَا وَالْغَاصِبِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ ، جَمَعَ وَرَثَتَهُ . إِنَّمَا قَالَ هَذَا اخْتِيَاطًا ، خَوْفَ التَّبَعَةِ مِنَ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا طَالَ بِهَا ، وَادَّعَاها مِلْكًا بِالْيَدِ ، وَإِلَّا فَالْوَاجِبُ رَدُّهَا عَلَى مَالِكَيْهَا . وَقَدْ صَرَّحَ بِهَذَا فِي رِوَايَةِ عَيْدِ اللَّهِ ، فِي رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفًا ، فَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى الْمُسْتَوْدِعِ ، فَقَالَ : إِنْ فُلَانًا غَضِبَنِي الْأَلْفَ الَّذِي اسْتَوْدَعَكَهُ . وَصَحَّ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُسْتَوْدِعِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْفِ التَّبِعَةَ ، وَهُوَ أَنْ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَيْهِ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ .

٨٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَضِبَ عَبْدًا ، أَوْ أُمَّةً ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَرَادَ فِي بَدَنِهِ ، أَوْ بَتَلَّمْ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ مِائَتَيْنِ ، ثُمَّ نَقَصَ بِنُقْصَانِ بَدَنِهِ ، أَوْ نِسْيَانِ مَا عَلِمَ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ مِائَةً ، أَخَذَهُ السَّيِّدُ ، وَأَخَذَ مِنَ الْغَاصِبِ مِائَةً)

وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَجِبُ عَلَيْهِ عِوَضُ الزِّيَادَةِ ، إِلَّا أَنْ

(١٦-١٧) ف ب ، م ، (ي منع) .

يُطَالِبَ بِرَدِّهَا زَائِدَةً ، فَلَا يُرَدُّهَا ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنَ كَمَا أَخَذَهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْ نَقْصَ قِيمَتِهَا ، كَنَقْصِ سِعْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي نَفْسِ الْمَعْصُوبِ ، فَلَزِمَ الْعَاصِبَ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ طَالَبَهُ بِرَدِّهَا فَلَمْ يَفْعَلْ . وَفَارَقَ زِيَادَةَ السَّعْرِ ، فَإِنَّهَا^(١) لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً حَالَ الْعَصَبِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَالصَّنَاعَةُ إِنْ لَمْ تُكُنْ مِنْ عَيْنِ الْمَعْصُوبِ ، فَهِيَ صِفَةٌ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ يَضْمَنْهَا إِذَا طُولِبَ بِرَدِّ الْعَيْنِ^(٢) وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فَلَمْ يُرَدِّهَا^(٣) ، وَأَجْرَيْنَاهَا هِيَ وَالتَّعَلُّمُ مُجْرَى السَّمَنِ الَّذِي هُوَ عَيْنٌ ؛ لِأَنَّهَا صِفَةٌ تَتَّبِعُ الْعَيْنَ ، وَأَجْرَيْنَا الزِّيَادَةَ الْحَادِثَةَ فِي يَدِ الْعَاصِبِ مُجْرَى الزِّيَادَةِ الْمَوْجُودَةِ حَالَ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَتَكُونُ مَمْلُوكَةً لَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْعَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ غَصَبَ الْعَيْنَ سَمِينَةً ، أَوْ ذَاتَ صِنَاعَةٍ ، أَوْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ وَنَحْوَهُ ، فَهَزَلَتْ وَنَسِيَتْ فَتَقْصَتْ قِيمَتُهَا ، فَعَلِيهِ ضَمَانٌ نَقْصِهَا . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهَا تَقْصَتْ عَنْ حَالِ غَضَبِهَا نَقْصًا أَثَرًا فِي قِيمَتِهَا ، فَوَجِبَ ضَمَانُهُ^(٤) ، كَمَا لَوْ أَذْهَبَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهَا .

١٠/٥ و

فصل : إِذَا غَصَبَهَا وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ / فَسَمِنَتْ ، فَبَلَعَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ صِنَاعَةً ،^(١) فَبَلَعَتْ أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ هَزَلَتْ وَنَسِيَتْ ، فَعَادَتْ قِيمَتُهَا إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا وَرَدَّ أَلْفًا وَتَسَعَمَائَةَ . وَإِنْ بَلَعَتْ بِالسَّمَنِ أَلْفًا^(٢) ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَبَلَعَتْ مِائَةً ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَبَلَعَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ نَسِيَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا وَرَدَّ أَلْفًا وَتِسْعَمَائَةَ ؛ لِأَنَّهَا تَقْصَتْ بِالْهَزَالِ تَسَعَمَائَةَ ، وَبِالنَّسْيَانِ تَسَعَمَائَةَ . وَإِنْ سَمِنَتْ فَبَلَعَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَعَادَتْ إِلَى أَلْفٍ ، رَدَّهَا وَتَسَعَمَائَةَ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى أَوْجَبَ الضَّمَانَ ، ثُمَّ حَدَثَتْ زِيَادَةٌ أُخْرَى مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَلَى مِلْكِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَا يَنْجَبِرُ مِلْكُ الْإِنْسَانِ بِمِلْكِهِ . وَأَمَّا إِذَا بَلَعَتْ بِالسَّمَنِ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهَا » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي ب ، م : « ضَمَانُهَا » .

(٤-٤) مَكَانَ هَذَا فِي الْأَصْلِ : « فَتَلَفَتِ الْعَيْنَ » .

سَمِنَتْ فَعَادَتْ إِلَى الْإِيفِ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّهَا زَائِدَةٌ ، وَيَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، كَمَا لَوْ كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، فَإِنَّ مَلِكَ الْإِنْسَانِ لَا يَنْجَبِرُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الثَّانِيَةَ غَيْرُ الْأُولَى . فَعَلَى هَذَا إِنْ هَزَلْتَ مَرَّةً ثَانِيَةً ، فَعَادَتْ إِلَى مَائَةٍ ، ضَمِنَ النَّقْصَيْنِ بِالْأَيْفِ ، وَثَمَانِمِائَةٍ . وَالرَّوْجُ الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا رَدَّهَا سَمِينَةً ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ مَا ذَهَبَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ مَرَضَتْ فَتَقَصَّتْ ، ثُمَّ عُوِفِيَتْ ، أَوْ نَسِيَتْ صِنَاعَةً ثُمَّ تَعَلَّمْتَهَا ، أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَادَ . وَفَارِقَ مَا إِذَا زَادَتْ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُعَدَّ مَا ذَهَبَ . وَهَذَا الرَّوْجُ ، أَقْبَسُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ شَوَاهِدِهِ . فَعَلَى هَذَا لَوْ سَمِنَتْ بَعْدَ الْهَزَالِ ، ^(٥) «لَمْ تَبْلُغْ» قِيمَتَهَا إِلَى مَا بَلَغَتْ فِي السَّمَنِ الْأَوَّلِ ، أَوْ زَادَتْ عَلَيْهِ ، ضَمِنَ أَكْثَرَ الزِّيَادَتَيْنِ ، وَتَدَخَّلَ الْأُخْرَى فِيهَا . وَعَلَى الرَّوْجِ الْأَوَّلِ يَضْمَنُهُمَا جَمِيعًا . فَأَمَّا إِنْ زَادَتْ بِالتَّعْلِيمِ أَوْ الصَّنَاعَةِ ، ثُمَّ نَسِيَتْ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ مَا نَسِيَتْهُ ، فَعَادَتْ الْقِيَمَةُ الْأُولَى ، لَمْ يَضْمَنِ النَّقْصَ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ الثَّانِيَ هُوَ الْأَوَّلُ ، فَقَدْ عَادَ مَا ذَهَبَ . وَإِنْ تَعَلَّمْتَ ^(٦) عِلْمًا آخَرَ ، أَوْ صِنَاعَةً أُخْرَى ، فَهُوَ كَعُودِ السَّمَنِ ، فِيهِ وَجْهَانِ . ذَكَرَ هَذَا الْقَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَتَى زَادَتْ ، ثُمَّ نَقَصَتْ ، ثُمَّ زَادَتْ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، فَفِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ، سِوَاءً كَانَا مِنْ جِنْسٍ كَالسَّمَنِ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ مِنْ جِنْسَيْنِ كَالسَّمَنِ وَالتَّعْلِيمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ مَرِضَ الْمَعْصُوبُ ثُمَّ بَرَأَ ، أَوْ أَيْضَتْ عَيْنُهُ ثُمَّ ذَهَبَ بَيَاضُهَا ، أَوْ غَصَبَ جَارِيَةً حَسَنَاءَ فَسَمِنَتْ سِمْنًا نَقَصَهَا ، ثُمَّ خَفَّ سِمْنُهَا فَعَادَ / حُسْنُهَا وَقِيمَتُهَا رَدَّهَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ مَالُهُ قِيَمَةً ، وَالْعَيْبُ الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ زَالَ فِي يَدَيْهِ . كَذَلِكَ لَوْ حَمَلَتْ فَتَقَصَّتْ ، ثُمَّ وَضَعَتْ فَزَالَ نَقْصُهَا ، لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا . فَإِنْ رَدَّ الْمَعْصُوبَ نَاقِصًا بِمَرَضٍ ، أَوْ عَيْبٍ ، أَوْ سِمْنٍ مُفْرِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ ، فَعَلِيهِ أَرَشُ نَقْصِهِ ، فَإِنْ زَالَ عَيْبُهُ فِي يَدَيْ مَالِكِهِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ رَدُّ مَا أَخَذَ مِنْ أَرْشِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ بِرَدِّ ^(٧)

(٥-٥) فِي : « وَبَلَغَتْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « تَعَلَّمَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بَرَدَهُ » .

المَعْصُوبِ . وكذلك إن أخذَ المَعْصُوبَ دُونَ أَرْضِيهِ ، ثم زالَ العَيْبُ قَبْلَ أَخْذِ أَرْضِيهِ ، لم يَسْقُطْ ضَمَانُهُ ؛ لذلك .

فصل : زَوَائِدُ الْعَصَبِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مَضْمُونَةٌ ضَمَانَ الْعَصَبِ ، مثل السَّمَنِ ، وَتَعْلَمُ الصَّنَاعَةَ^(٨) ، وغيرها ، وَثَمَرَةَ الشَّجَرَةِ^(٩) ، وَوَلَدَ الْحَيَوَانَ ، متى تَلَفَ شَيْءٌ مِنْهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ضَمِنَهُ ، سِوَاءَ تَلَفٍ مُنْفَرِدًا ، أَوْ تَلَفٍ مَعَ أُصْلِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، وَمَالِكٌ : لا يَجِبُ ضَمَانُ زَوَائِدِ الْعَصَبِ ، إِلَّا أَنْ يُطَالَ بِهَا فَيَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْصُوبَةٍ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، وَدَلِيلٌ عَدَمِ الْعَصَبِ أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، وَثُبُوتُ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اثْبَاتٌ عَلَى وُجُودِ الزَّوَائِدِ فِي يَدِهِ ، وَوُجُودُهَا لَيْسَ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ . ولنا ، أَنَّهُ مَالُ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، حَصَلَ فِي^(١٠) يَدِ الْغَاصِبِ^(١١) بِالْعَصَبِ ، فَيَضْمَنُهُ بِالتَّلَفِ ، كَالأَصْلِ . وقولهم : إن إِبْتِاثَ يَدِهِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ . لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ بِإِمْسَاكِ الأُمِّ تَسَبَّبَ إِلَى إِبْتِاثِ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ ، وَإِبْتِاثُ يَدِهِ عَلَى الأُمِّ مَحْظُورٌ .

فصل : وليس على الغاصبِ ضَمَانُ نَقْصِ الْقِيَمَةِ الْحَاصِلِ بِتَغْيِيرِ الأَسْعَارِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وهو قولُ جُمْهُورِ العُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، فَيَلْزَمُهُ إِذَا رَدَّهَا ، كَالسَّمَنِ . ولنا ، أَنَّهُ رَدُّ الْعَيْنِ بِحَالِهَا ، لم يَنْقُصْ مِنْهَا عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ، فلم يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، كَالوَلْمِ تَنْقُصُ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مَعَ تَلَفِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَلأَنَّهُ وَجِبَتْ قِيَمَةُ الْعَيْنِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهَا ، فَدَخَلَتْ فِي التَّقْوِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهَا ؛ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ لا تَجِبُ ، وَيُخَالِفُ السَّمَنَ ، فَإِنَّهُ مِنْ عَيْنِ الْمَعْصُوبِ ، وَالْعِلْمُ بِالصَّنَاعَةِ صِفَةٌ فِيهَا ، وَهِيَ لَمْ تَذْهَبْ عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ فِي الْقِيَمَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ كُلُّهَا كَمَا

(٨) فِي الأَصْلِ : « الصنعة » .

(٩) فِي الأَصْلِ : « الشجر » .

(١٠-١١) فِي ب ، م ، يده .

كانت ، ولأنَّ الغاصِبَ يَضمُنُ ما غَصَبَ ، والقيَمَةُ لا تُدخَلُ في العَصَبِ ، بِخِلافِ زيادَةِ العَيْنِ ، فَإِنَّها مَعْصُوبَةٌ وقد ذَهَبَتْ .

و ١١/٥

فصل : ولو غَصَبَ شيئاً فَشَقَّه نِصْفَيْنِ ، وكان ثوباً يَنْقُصُهُ القَطْعُ ، رَدَّهُ وَأرْشَ نَقْصِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ أَحَدُ النِّصْفَيْنِ ، رَدَّ الباقِي وَقيَمَةَ التَّالِفِ ، ^(١١) وَأرْشَ النِّقْصِ ، وإن لم يَنْقُصُهُ القَطْعُ ، رَدَّ الباقِي وَقيَمَةَ التَّالِفِ ^(١٢) لا غير . وإن كانا باقِيَيْنِ ^(١٣) ، رَدَّهُما ولا شيءَ عليه سِوَى ذلك . وإن غَصَبَ شَيْئَيْنِ يَنْقُصُهُما التَّقْرِيقُ ، كَرُوجِي خُفٍّ ، ومِصْرَاعِي بابٍ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُما ، رَدَّ الباقِي ، وَقيَمَةَ التَّالِفِ وَأرْشَ نَقْصِهِما . فإذا كانت قِيمَتُهُما سِتَّةَ دَرَاهِمَ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُما ، فَصارت قِيمَةُ الباقِي دِرْهَمَيْنِ ، رَدَّ الباقِي وَأرْبَعَةَ دَرَاهِمَ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ ^(١٤) لا يَلْزِمُهُ إِلا قِيمَةُ التَّالِفِ مع رَدِّ الباقِي . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ لم يَتَلَفْ غيرُهُ ، ولأنَّ نَقْصَ الباقِي نَقْصُ قِيمَةٍ ، فلا يَضمُنُهُ ، كالنَّقْصِ بِتَغْيِيرِ الأَسْعارِ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّهُ نَقْصٌ حَصَلَ بِجِنائَتِهِ ، فَلِزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَشَقِّ الثُّوبِ الذي يَنْقُصُهُ الشَّقُّ إِذا أَتَلَفَ أَحَدٌ شِقِّيهِ ، بِخِلافِ نَقْصِ السُّعْرِ ، فَإِنَّهُ لم يَذْهَبْ مِنَ المَعْصُوبِ عَيْنٌ ولا مَعْنَى ، وههنا فَوَتْ مَعْنَى ، وهو إِمكانُ الاِئْتِفاعِ بِهِ ، وهذا هو المَوْجِبُ لِنَقْصِ قِيمَتِهِ ، وهو حاصِلٌ من جَهَةِ الغاصِبِ ، فيَنْبَغِي أَنْ يَضمُنَهُ ، كما لو فَوَتْ بَصَرُهُ أو سَمَعَهُ أو عَقْلَهُ ، أو فَكَّ تَرَكيبَ بابٍ ونحوه .

فصل : وإن غَصَبَ ثوباً ، فَلَيْسَه فَأَبْلَاهُ ، فَنَقْصَ نِصْفِ قِيمَتِهِ ، ثم عَلَتِ الثِّيَابُ ، فعادَتْ لذلك قِيمَتُهُ ، كما كانت ، لِزِمَهُ رَدُّهُ وَأرْشُ نَقْصِهِ ، فلو غَصَبَ ثوباً قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَنَقْصَهُ لُبْسُهُ حتى صارت قِيمَتُهُ حَمْسَةً ، ثم زادت قِيمَتُهُ فصارت عَشْرَةً ، رَدَّهُ وَرَدَّ حَمْسَةً ؛ لأنَّ ما تَلَفَ قَبْلَ غِلاَةِ الثُّوبِ ثَبَّتَتْ قِيمَتُهُ في الدِّمَّةِ حَمْسَةً ، فلا يُعْتَبَرُ ^(١٥) ذلك

(١١-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) في الأصل : « ناقصين » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « يتعين » .

بِعَلَاءِ الثَّوْبِ وَلَا رُحْصِهِ ، وكذلك لو رُحِصَتِ الثِّيَابُ ، فَصَارَتْ قِيمَتُهَا^(١٥) ثَلَاثَةً ، لم يَلْزَمِ الغَاصِبَ إِلَّا خَمْسَةً ، مع رَدِّ الثَّوْبِ . ولو تَلَفَ الثَّوْبُ كُلَّهُ ، وَقِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، ثم غَلَتِ الثِّيَابُ فَصَارَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ عِشْرِينَ ، لم يَضْمَنْ إِلَّا عَشْرَةً ؛ لِأَنَّهَا ثَبَّتَتْ فِي الذِّمَّةِ عَشْرَةً ، فلا تَزْدَادُ بِعَلَاءِ الثِّيَابِ ، ولا تُنْقُصُ بِرُحْصِهَا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا أو زولياً^(١٦) ، فَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ، كَحَمْلِ الْمِنْشَفَةِ ، وَرِثْبَةِ الثَّوْبِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِهِ . وإن أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أُجْرَةً ، لِرَمِّهِ أُجْرَهُ ، سواءً اسْتَعْمَلَهُ أو تَرَكَهُ . وإن اجْتَمَعَا ، مثل أن أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً ، فَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ، فعليه ضَمَانُهُمَا معاً ، الأجر وأرش النقص ، سواءً كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بغيره . وقال بعض أصحاب الشافعي : /إن نقص بغير الاستعمال ، كَثُوبٍ يَنْقُصُهُ الشَّرُّ ، فَتَنْقُصُ بِشَرِّهِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مُدَّةً ، ضَمِنَ الأَجْرَ وَالتَّنْقِصَ ، وإن كان النقص من جهة الاستعمال ، كَثُوبٍ لَيْسَهُ وَأَبْلَاهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُهَا معاً . والثاني ، يَجِبُ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ مِنَ الأَجْرِ وَأَرْشِ التَّنْقِصِ ؛ لِأَنَّ مَا نَقَصَ مِنَ الأَجْزَاءِ فِي مُقَابَلَةِ الأَجْرِ ، ولذلك لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ تِلْكَ الأَجْزَاءَ ، وَيَخْرُجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ . ولنا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْفَرِدُ بِالِإِجَابِ عَنِ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَجِبَا ، كَالوَاقِمِ فِي يَدِهِ مُدَّةً ثُمَّ تَلَفَ ، والأجرة تُجِبُ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَفُوتُ مِنَ المَنَافِعِ ، لا فِي مُقَابَلَةِ الأَجْزَاءِ ، ولذلك يَجِبُ الأَجْرُ وَإِن لم تُفَتِّ الأَجْزَاءُ ، وَإِن لم يَكُنْ لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، كَثُوبٍ غَيْرِ مَحْطِيطٍ ، فلا أَجْرَ عَلَى الغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِهِ لا غَيْرُ .

ظ ١١/٥

فصل : وإذا نَقَصَ المَغْصُوبُ عِنْدَ الغَاصِبِ ، ثم بَاعَهُ فَتَلَفَ عِنْدَ المُشْتَرِي ، فله أن يَضْمَنَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِن ضَمَّنَ الغَاصِبَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ العَصَبِ إِلَى حِينِ التَّلَافِ ؛ لِأَنَّهُ فِي ضَمَانِهِ مِنْ حِينِ غَصْبِهِ إِلَى يَوْمِ^(١٧) تَلَفَ ، وَإِن ضَمَّنَ المُشْتَرِي

(١٥) فِي الأَصْلِ : « قِيمَتُهُ » .

(١٦) الزُولِيُّ : لم نَجِدْهُ . وَلَعَلَّهُ نَوْعٌ مِنَ الثِّيَابِ أَوْ الفَرَشِ .

(١٧) فِي ب : « حِينِ » .

ضَمَنَتْهُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينَ قَبِضِهِ إِلَى حِينَ تَلَفِهِ ؛ لِأَنَّ مَا قَبَلَ الْقَبْضُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ أُجْرَةٌ ، فَهِيَ الرُّجُوعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِأَجْرِ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ^(١٨) ، وَالْبَاقِي عَلَى الْغَاصِبِ . وَالْكَلَامُ فِي رُجُوعِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ نَذْرُهُ فِيمَا بَعْدُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ، أَوْ حَدِيدًا فَعَمَلَهُ سَكَكَيْنِ أَوْ أَوَانِي^(١٩) ، أَوْ حَشْبَةً فَتَجَرَّهَا بَابًا أَوْ تَابُوتًا ، أَوْ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ وَخَاطَهُ ، لَمْ يَزُلْ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ ، وَيَأْخُذُهُ وَأُزْرَشُ نَقْصِهِ إِنْ نَقَصَ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِي زِيَادَتِهِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا : يَنْقَطِعُ حَقُّ صَاحِبِهَا عَنْهَا ، إِلَّا أَنَّ الْغَاصِبَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا إِلَّا بِالصَّدَقَةِ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ قِيمَتَهَا فَيَمْلِكُهَا وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا كَيْفَ شَاءَ . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْغَاصِبَ يَمْلِكُهَا بِالْقِيمَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بِنَحْوِ مِنْ عِشْرِينَ سَنَةً . وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، زَارَ قَوْمًا مِنَ الْأَنْصَارِ فِي دَارِهِمْ ، فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَشْوِيَّةً / فَتَنَّاوَلُ مِنْهَا لُقْمَةً ، فَجَعَلَ يَلُوكُهَا وَلَا يَسِينُهَا ، فَقَالَ : « إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِي أَنَّهَا أُخِذَتْ بِغَيْرِ وَجْهِ^(٢٠) حَقٌّ » . فَقَالُوا : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، طَلَبْنَا فِي السُّوقِ فَلَمْ نَجِدْ ، فَأَخَذْنَا شَاةً لِبَعْضِ^(٢١) جِيرَانِنَا ، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِهَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَطْعَمُوهَا الْأَسْرَى » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٢) مِنْ بَنِي نَحْوِ مِنْ هَذَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى^(٢٣) أَنَّ حَقَّ أَصْحَابِهَا انْقَطَعَ عَنْهَا ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَأَمَرَ بِرَدِّهَا

١٢/٥ و

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَدِيهِ » .

(١٩) فِي م : « وَأَوَانِي » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢١) فِي م زِيَادَةٌ : « الْأَنْصَارِ » .

(٢٢) فِي : بَابُ فِي اجْتِنَابِ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢١٩ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ٢٩٣ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

عليهم . ولنا ، أن عَيْنَ مَالِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ قَائِمَةٌ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَلَمْ يَشَوْهَا ، وَلَئِنَّهُ لَوْ فَعَلَهُ بِمِلْكِهِ لَمْ يُزَلْ عَنْهُ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِمِلْكِ غَيْرِهِ لَمْ يُزَلْ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ ، أَوْ ضَرَبَ الثُّقْرَةَ دَرَاهِمَ ، وَلَئِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ فِعْلِ أَدْمِيٍّ ، فَلَمْ يُزَلْهُ إِذَا فَعَلَهُ أَدْمِيٌّ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَأَمَّا الْحَيْرُ فَلَيْسَ بِمَعْرُوفٍ كَمَا رَوَوْهُ ، وَلَيْسَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : « وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ ^(٢٤) مِنْ ثَمَنِهَا ^(٢٥) » . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِعَمَلِهِ ، سِوَاءَ زَادَتِ الْعَيْنُ أَوْ لَمْ تَزِدْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ أَبُو الْحَطَّابِ ، أَنَّ الْغَاصِبَ يُشَارِكُ الْمَالِكَ بِالزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ ^(٢٥) بِمَنَاقِبِهِ ، وَمَنَاقِبُهُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَعْيَانِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ عَمِلَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ لِذَلِكَ عَوْضًا ، كَمَا لَوْ أَغْلَى زَيْتًا فَزَادَتْ قِيَمَتُهُ ، أَوْ بَنَى حَائِطًا لْغَيْرِهِ ، أَوْ زَرَعَ حِنْطَةً فِي أَرْضِهِ ، وَسَائِرَ عَمَلِ الْغَاصِبِ . فَأَمَّا صَنْعُ الثَّوْبِ ، فَإِنَّ الصَّبْغَ عَيْنُ مَالٍ ، لَا يُزُولُ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ بِجَعَلِهِ مَعَ مِلْكِ غَيْرِهِ ^(٢٦) ، وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْ صَبْغِهِ بِجَعَلِهِ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ^(٢٦) ، وَجَعَلَهُ كَالصَّفَةِ ، فَلَا نَ لَا يُزُولُ مِلْكُ غَيْرِهِ بِعَمَلِهِ فِيهِ أَوْلَى ، فَإِنْ اِحْتَجَّ بَأَنَّ مِنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ يُرَدُّ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، قُلْنَا : الزَّرْعُ مِلْكٌ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ تَزْدَادُ بِهِ قِيَمَتُهُ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَالِكُ الْأَرْضِ ، اِحْتَسَبَ لَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى مِلْكِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا عَمَلُهُ فِي مِلْكِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لِأَعْيَانِهِ ، عَلَى أَنَّ نَقُولُ : إِنَّمَا تَجِبُ قِيَمَةُ ^(٢٦) الزَّرْعِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ دُونَ الْقِيَمَةِ ، رَدَّ الْمَوْجُودَ وَقِيَمَةَ ^(٢٦) النِّقْصِ ، وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ وَالْقِيَمَةُ ، ضَمِنَهُمَا مَعًا ، كَالزَّيْتِ إِذَا غَلَاهُ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي كُلِّ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ ، مِثْلَ ثُقْرَةٍ ضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ حَلِيًّا ، أَوْ طِينًا

(٢٤-٢٤) في م : « عنها » . وتقدم .

(٢٥) في الأصل : « عدلت » .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

جَعَلَهُ لَيْتًا ، أَوْ غَزَلًا نَسَجَهُ ، أَوْ ثَوْبًا قَصْرَهُ . وَإِنْ جَعَلَ فِيهِ شَيْئًا مِنْ عَيْنِ مَالِهِ ، مِثْلَ أَنْ سَمَرَ الرَّفُوفَ^(٢٧) بِمَسَامِيرٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ قَلْعُهَا وَيَضْمَنُ مَا نَقَصَتِ الرَّفُوفُ^(٢٧) ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَسَامِيرُ مِنَ الْحَشْبِ الْمَعْصُوبَةِ ، أَوْ مَالِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ / فَلَاشِيءَ لِلْغَاصِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ قَلْعُهَا ، إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْمَالِكُ بِذَلِكَ ، فَيَلْزِمُهُ . وَإِنْ كَانَتِ الْمَسَامِيرُ لِلْغَاصِبِ ، فَوَهَبَهَا لِلْمَالِكِ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْهَبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَ الْغَاصِبُ عَلَى عَمَلِ شَيْءٍ مِنْ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَالْأَجْرُ عَلَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي زِيَادَتِهِ وَنَقْصِهِ ، كَمَا لَوْ وَلِيَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ لِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنَ النَّقْصَ^(٢٩) مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ،^(٣٠) فَلَوْ اسْتَأْجَرَ قَصَابًا فَذَبَحَ شاةً ، فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهَا وَأَرْشُ نَقْصِهَا ، وَيُعْرَمُ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا^(٣١) ، فَإِنْ غَرَّمَ الْغَاصِبُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْقَصَابُ الْحَالَ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْقَصَابُ رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، وَإِنْ عَلِمَ الْقَصَابُ أَنَّهَا مَعْصُوبَةٌ فَعَرَّمَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَالِمًا بِالْحَالِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْقَصَابِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ حَصَلَ^(٣١) مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَعَانَ بِمَنْ^(٣٢) ذَبَحَ لَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَرَزَعَهُ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ نَوَى فَصَارَ شَجَرًا ، أَوْ بَيْضًا فَحَضَنَهُ فَصَارَ فَرَاخًا ، فَهُوَ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ نَمًا ، فَأَشْبَهَ مَا تَقَدَّمَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَمْلِكَهُ الْغَاصِبُ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ . وَإِنْ غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ عِنْدَهُ ، ثُمَّ حَضَنْتْ بَيْضَهَا فَصَارَ فَرَاخًا ، فَهِيَ^(٣٣) لِلْمَالِكِهَا ، وَلَا

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « الدفوف » .

(٢٨) فِي مِ زِيَادَةَ : « كَانَ » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « دَخَلَ » .

(٣٢-٣٣) فِي ب ، م : « اسْتَعَانَ مِنْ » .

(٣٣) فِي م : « فَهَم » .

شيء للغاصب في علفها . قال أحمد ، في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرحت عندهم :
يُرْدُ قُرُوحَهَا إِلَى أَصْحَابِ الطَّيْرَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهَا عَمِلَ . وَإِنْ غَصَبَ شَاةً ،
فَأَتْرَى^(٣٤) عَلَيْهَا فَحَلًّا ، فَالْوَلْدُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا . وَإِنْ غَصَبَ فَحَلًّا ،
فَأَتْرَاهُ عَلَى شَاتِهِ ، فَالْوَلْدُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ ، وَلَا أُجْرَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ
نَهَى عَنْ عَسَبِ الْفَحْلِ^(٣٥) . وَإِنْ نَقَصَهُ الضَّرْبُ ضَمِنَ^(٣٦) نَقْصَهُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ دَنَائِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ مِنْ رَجُلٍ ، وَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا لِآخَرَ ، فَلَمْ
يَتَمَيَّرَا ، صَارَا شَرِيكَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِهَا
لَهُمَا ، وَإِنْ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا مِنْ مَالِهِ ، مَلَكَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهَا بِعَيْنِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ
تَلَفَّتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ فِي الْمَعْصُوبِ عَلَى وَجْهِ التَّعَدَّى ، لَمْ يَذْهَبْ بِمَالِيَّتِهِ ، فَلَمْ يُزَلْ
مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ ، كَذَّبِحِ الشَّاةِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا ، فَصَادَ صَيْدًا ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ
غَصَبَ جَارِحًا كَالْفَهْدِ وَالْبَازِي ، فَصَادَ بِهِ ، فَالصَّيْدُ لِلْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَسَبِ مَالِهِ ،
فَأَشْبَهَ صَيْدَ الْعَبْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ الصَّائِدُ ، وَالْجَارِحَةُ / آتَةٌ لَهُ ، وَلِهَذَا
يَكْتَفِي بِتَسْمِيَّتِهِ عِنْدَ إِزْسَالِهِ الْجَارِحِ . وَإِنْ غَصَبَ قَوْسًا أَوْ سَهْمًا أَوْ شَبَكَةً ، فَصَادَ بِهِ ،
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ الْقَوْسِ وَالسَّهْمِ وَالشَّبَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَاصِلٌ بِهِ ،
فَأَشْبَهَ نَمَاءَ مِلْكِهِ وَكَسَبَ عَبْدِهِ . وَالثَّانِي ، لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، وَهَذِهِ
آلَاتٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ذَبَحَ بِسِكِّينٍ غَيْرِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ^(٣٧) لِلْغَاصِبِ . فَعَلَيْهِ أُجْرُ ذَلِكَ
كُلُّهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ أُجْرٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ لِلْمَالِكِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرٌ فِي مُدَّةِ

١٣/٥ ظ

(٣٤) فِي النسخ : « فَأَتْرَى » . وَقَعَتْ نَقْطَةُ الزَّايِ مَعَ النُّونِ

(٣٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٣٠٣ .

(٣٦) فِي ب ، م : « ضَر » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : م .

اصْطِيادِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِهِ ، وَمَنَافِعُهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ عَائِدَةٌ إِلَى مَالِكِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَوَضَهَا عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ زَرَعَ أَرْضَ إِنْسَانٍ ، فَأَخَذَ الْمَالِكُ الزَّرْعَ بِنَفَقَتِهِ ، وَالثَّانِي عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَصِدْ شَيْئًا .

٨٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً ، فَرَطَهَا ، وَأَوْلَدَهَا ، لَزِمَهُ الْحَدُّ ، وَأَخَذَهَا سَيِّدُهَا وَأَوْلَادَهَا وَمَهْرٌ مِثْلُهَا)

وجملة ذلك ، أن الغاصب إذا وطئ الجارية المعصومة ، فهو زان ؛ لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين ، فإن كان عالمًا بالتحرير ، فعليه حد الزنى ؛ لأنه لا ملك له ، ولا شبهة ملك ، وعليه مهر مثلها ، سواء كانت مكرهة أو مطاوعة . وقال الشافعي : لا مهر للمطاوعة ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن مهر البغي^(١) . ولنا ، أن هذا حق للسيد ، فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع يدها ، ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها ، فيجب مع مطاوعتها ، كأجر منافعها ، والخبر محمول على الحررة ، ويجب أرض بكارتها ؛ لأنه بدل جزء منها . ويحتمل أن لا يجب ؛ لأن مهر البكر يدخل فيه^(٢) أرض البكارة ، ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة ، لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة . وإن حملت ، فالولد مملوك لسيدها ؛ لأنه من نوائها وأجزائها ، ولا يلحق نسبه بالواطيء ؛ لأنه من زنى . فإن وضعته حيًا ، وجب رده معها ، وإن أسقطته ميتًا ، لم يضمن ؛ لأننا لا نعلم حياته قبل هذا . هذا قول القاضي ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه . وقال^(٣) القاضي أبو الحسين : يجب ضمانه بقيمته لو كان حيًا . نص عليه الشافعي ؛ لأنه يضمنه لو سقط بضرته ، وما ضمن بالإنثلاف ضمنه

(١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٥٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) كذا ورد في النسخ ، ولعل صوابه : « القاضي الحسين » وهو الحسين بن محمد بن أحمد المرورودي القاضي أبو علي ، أحد رفقاء الشافعية ، وهو صاحب « التعليق » توفي سنة اثنتين وستين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى

٤ / ٣٥٦ - ٣٦٥ .

الغاصبُ بالتَّلفِ في يَدِهِ ، كأَجْرِ العَيْنِ . والأوْلَى ، إن شاء اللهُ تعالى ، أن يَضْمَنَهُ بِعُشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَضْمَنُهُ بِهِ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَضْمَنُهُ بِهِ فِي التَّلفِ ، كالأجزاءِ . وإن / وَضَعْتَهُ حَيًّا ، حَصَلَ مَضْمُونًا فِي يَدِ الغاصِبِ ، كالأُمِّ . فإن ماتَ بعد ذلك ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ . وإن نَقَصَتِ الأُمُّ بِالوِلادَةِ ، ضَمِنَ نَقْصَهَا ، ولم يَنْجِبِرْ بِالوَلَدِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَنْجِبِرُ نَقْصُهَا بِوَلَدِهَا . ولنا ، أن وَلَدَهَا مِلْكُ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجِبِرُ بِهِ نَقْصُ حَصَلِ^(٤) بِجِنَايَةِ الغاصِبِ ، كالتَّقْصِ الحاصِلِ بِغَيْرِ الوِلادَةِ . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَهَا فَالْقَتِ الجَيْنِ مَيْتًا ، فعليه عُشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ . وإن ضَرَبَ بَطْنَهَا أُجْنَبِيًّا ، ففيه مثلُ ذلك ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شاءَ ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الضَّارِبِ ، وإن ضَمَّنَ الضَّارِبَ ، لم يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الإِثْلَافَ وَجَدَ منه ، فاستَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وإن مَاتَتِ الجارِيَةُ ، فعليه قِيَمَتُهَا أَكْثَرُ ما كانَتْ . وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ أَرْشُ بَكَارَتِهَا ، ونَقْصُ وِلادَتِهَا ، ولا يَدْخُلُ فِيهِ^(٥) ضَمَانُ وِلَدِهَا ، ولا مَهْرٌ مِثْلِهَا ، وسواءٌ فِي هذِهِ الأَحْكامِ كُلِّهَا حَالَةُ الإِكْرَاهِ أَوْ المُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّها حُقُوقٌ لِسَيِّدِهَا ، فلا تَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا . وأما حُقُوقُ اللهِ تعالى ، كالأَحَدِ عَلَيْهَا ، والإِثْمِ^(٦) ، والتَّعْزِيرِ فِي مَوْضِعٍ يَجِبُ ، فإن كانت مُطَاوَعَةً عَلَى الوَطْءِ ، عالِمَةً بِالتَّحْرِيمِ ، فعليها الحَدُّ إِذا كانَتْ مِنْ أَهْلِها ، والإِثْمُ ، وإلَّا فلا .

فصل : وإن كان الغاصبُ جاهلاً بِتَحْرِيمِ^(٧) ذلك ؛ لِقُرْبِ عَهْدِهِ بِالإِسلامِ ، أَوْ ناشئًا بِبادِيَةِ بَعِيدَةٍ يَخْفَى عَلَيْهِ مِثْلُ هَذَا ، فاعْتَقَدَ حِلًّا وَطَئَهَا ، أَوْ اعْتَقَدَ أَنَّها جاريَتُهُ فَأَحَدَها ، ثم تَبَيَّنَ أَنَّها غَيْرُها ، فلا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَعَلَيْهِ المَهْرُ ، وَأَرْشُ البَكَارَةِ . وإن حَمَلَتْ فالوَلَدُ حُرٌّ ، لِإِعْتِقَادِهِ أَنَّها مِلْكُها ، وَيَلْحَقُهُ النِّسْبُ

(٤) فِي الأَصْلِ : « حَل » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

لِمَوْضِعِ الشُّبْهَةِ . وَإِنْ وَضَعْتَهُ مَيْتًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ حَيَاتِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا وَجِبَ تَقْوِيمُهُ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ . وَإِنْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ، فَعَلِيهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ انفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ عَلَيْهِ رِقَّةُ بَاعْتِقَادِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ حَمَلًا ، فَقَوِّمَ عَلَيْهِ أَوَّلَ حَالِ انفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلَ حَالِ إِمْكَانِ تَقْوِيمِهِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ . وَإِنْ ضَرَبَ الْغَاصِبُ بَطْنَهَا ، فَالْقَتَّ جَنِينًا مَيْتًا ، فَعَلِيهِ غُرَّةُ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ ، قِيمَتُهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، مَوْرُوثَةٌ عَنْهُ ، لَا يَرِثُ الضَّارِبُ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وَعَلِيهِ لِلْسَيِّدِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ لَمَّا اعْتَقَبَ الضَّرْبَ ، فَالظَّاهِرُ حُصُولُهُ بِهِ ، وَضَمَانُهُ لِلْسَيِّدِ ضَمَانُ الْمَمَالِيكِ ، وَهَذَا لَوْ وَضَعْتَهُ حَيًّا قَوْمَانَهُ مَمْلُوكًا . / وَإِنْ كَانَ الضَّارِبُ أُجْنَبِيًّا ، فَعَلِيهِ غُرَّةُ دِيَةِ الْجَنِينِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَتَكُونُ مَوْرُوثَةٌ عَنْهُ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ لِلْسَيِّدِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ ضَمَانَ الْمَمَالِيكِ ، وَقَدْ قَوَّتْ رِقَّةُ عَلَى السَيِّدِ ، وَحَصَلَ التَّلْفُ فِي يَدَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي الْمَهْرِ ، وَالْأَرْشِ ، وَالْأَجْرِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ ، وَقِيمَتِهَا ^(٨) إِنْ تَلَفَتْ ^(٨) ، مَا مَضَى إِذَا كَانَا عَالِمَيْنِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ ، فَلَا تَسْقُطُ بِالْجَهْلِ وَالْحَطَأِ ، كَالدِّيَّةِ .

١٤/٥

٨٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْغَاصِبُ بَاعَهَا ، فَوَطَّئَهَا الْمُشْتَرِي ، وَأَوْلَدَهَا ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، رُدَّتِ الْجَارِيَةُ إِلَى سَيِّدِهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا ، وَقَدَى أَوْلَادِهِ بِمِثْلِهِمْ ، وَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَرَجَعَ بِذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى الْغَاصِبِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْغَاصِبَ إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ ، فَبَيْعُهُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَقْفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَفِيهِ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ ، وَيَنْفَعُ ، لِأَنَّ الْعَصَبَ فِي الظَّاهِرِ تَنْطَاطُؤُ مَدَّتِهِ ، فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُ الْغَاصِبِ ، أَفْضَى إِلَى الضَّرْرِ بِالْمَالِكِ وَالْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يَمْلِكُ تَمَنُّهَا ، وَالْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُهَا . وَالتَّفْرِيعُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، وَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ الْمُشْتَرِي كَالْحُكْمِ فِي وَطْءِ الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا ادَّعَى الْجَهَالََةَ ، قُبِلَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ

(٨-٨) سقط من : م .

الغاصب ، فإنه لا يُقبل منه إلا بشرط ذكرناه . ويَجِبُ رَدُّ الجاريةِ إلى سيِّدها ، وللمالكِ مُطالبَةُ أيهما شاءَ برَدِّها ؛ لأنَّ الغاصبَ أخذها بغيرِ حقٍّ ، وقد قال النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تُردَّه » (١) . والمُشتري أخذ مال غيره بغيرِ حقٍّ أيضا ، فيَدْخُلُ في عُمومِ الحَبْرِ ، ولأنَّ مالَ غيره في يده . وهذا لا خِلافَ فيه بحمْدِ الله تعالى . ويلزِمُ المُشتري المَهْرُ ؛ لأنَّه وطئ جاريةَ غيره بغيرِ نِكَاحٍ ، وعليه أَرشُ البَكَارَةِ ، ونَقْصُ الوِلادَةِ . وإن وُلِدَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِإِعْتِقادِهِ أَنَّهُ يَطأُ مَمْلوكَتَهُ ، فَمَنَعَ ذلكَ انخِلاقَ الوَلَدِ رَقيقًا ، ويلحِقُهُ نَسَبُهُ ، وعليه فِدائُهُمْ ؛ لأنَّه قَوَّتْ رِقَّتَهُمْ على سيِّدِهِم بِإِعْتِقادِهِ حِلَّ الوَطءِ . وهذا الصَّحِيحُ في المذهبِ ، وعليه الأصْحَابُ . وقد نَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ ، أنَّ المُشتري لا (٢) يَلزِمُهُ فِداءُ أولادِهِ ، وليسَ لسيِّدِهِم بَدَلُهُمْ ؛ لأنَّهُم كانوا في حالِ العُلوقِ أحرارًا ، ولم يَكُنْ لهم قِيمَةٌ حينئذٍ . قال الحَلالُ : أَحسبُهُ قولًا لأبي عبيد الله أوَّلَ ، / والَّذي أَذْهَبَ (٣) إليه أَنَّهُ يَفدِيهِم . وقد نَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ أيضًا ، وجَعَفَرُ بنُ مُحَمَّدٍ ، وهو قولُ أبي حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ . وَيَفدِيهِم بِبَدَلِهِم يَوْمَ الوَضْعِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ (٤) يَوْمَ المُطالِبَةِ ؛ لأنَّ وَلَدَ المَعْصُوبَةِ لا يَضْمَنُهُ عِنْدَهُ إلاَّ بالمَنْعِ ، وقَبْلَ المُطالِبَةِ لم يَحْصُلْ مَنعٌ فلم يَجِبْ ، وقد ذَكَرنا فيما مَضَى ، أَنَّهُ يَحْدُثُ مَضْمُونًا ، فَيُقَرَّمُ يَوْمَ وَضْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ أوَّلُ حالٍ أَمكَنَ (٥) تَقْوِيمُهُ . واخْتَلَفَ أَصْحابُنَا فيما يَفدِيهِم بِهِ ، فَنَقَلَ الخِرَقِيُّ ههنا أَنَّهُ يَفدِيهِم بِمِثْلِهِم . والظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرادَ بِمِثْلِهِم في السَّنِّ ، والصفاتِ ، والجِنسِ ، والذُّكُورِيَّةِ والأُنثويَّةِ ، وقد نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أبو بكر عبد العزيز : يَفدِيهِم بِمِثْلِهِم في القِيمَةِ . وعن أحمدَ روايةٌ ثالثةٌ ، أَنَّهُ (٥) يَفدِيهِم بِقِيمَتِهِم :

١٤/٥ ظ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٦١ .

وفي م : « تؤديه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « ذهب » .

(٤) في الأصل : « يمكن » .

(٥) سقط من : ب .

وهو قول أبي حنيفة، والشافعي. وهو أصح إن شاء الله تعالى؛ لأن الحيوان ليس بمثلي، فيضمن بقيمته كسائر المتقومات، ولأنه لو أُلِّفَ ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ. وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضوع. وقول الخرقبي: « رَجَعَ بِذَلِكَ كُلَّهُ عَلَى الْغَاصِبِ ». يعنى بالمهر، وما فدى به الأولاد؛ لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد، وأن يتمكن من الوطاء بغير عوض، فإذا لم يسلم له ذلك، فقد غره البائع، فرجع به عليه. فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببذلها؛ لأنها ملك المعصوب منه رجعت إليه، لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذ منه. وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة، فعليه أجرها. وإن اغتصبها بكراً، فعليه أرض بكارتها. وإن نقصتها الولادة أو غيرها، فعليه أرض نقصها. وإن تلفت في يده، فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري، فللمعصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما؛ لأن يد الغاصب سبب يد المشتري. وما وجب على الغاصب، من أجر المدة التي كانت في يده، أو نقص حدث عنده، فإنه يرجع به على الغاصب وحده؛ لأن ذلك كان قبل يد المشتري. فإذا طالب المالك^(٦) المشتري بما وجب في يده، وأخذ منه، فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب، نظرت؛ فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها^(٧) معصوبة، لم يرجع بشيء؛ لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تقرير، وإن لم يعلم، فذلك على ثلاثة أضرب؛ ضرب لا يرجع به، وهو قيمتها إن تلفت في يده، وأرض بكارتها، وبذل جزئ من أجزائها؛ لأنه دخل مع البائع على أنه يكون / ضامناً لذلك بالثمن، فإذا ضمنه لم يرجع به. وضرب يرجع به، وهو بدل الولد إذا ولدت منه؛ لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه، ولم يحصل من جهته إثلاف، وإنما الشرع أُلِّفَ بِحُكْمِ بَيْعِ الْغَاصِبِ مِنْهُ، وكذلك نقص الولادة. وضرب اختلَفَ فِيهِ، وهو مهر مثلها وأجر نفعها، فهل يرجع به على الغاصب؟ فيه روايتان؛

(٦) سقط من: الأصل.

(٧) في م زيادة: « غير ».

إحداهما ، يَرْجِعُ به . وهو قولُ الخِرْقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يُتْلَفَهُ (٨) بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فَإِذَا غَرِمَ عَوْضَهُ رَجَعَ بِهِ ، كَبَدَلِ الْوَلَدِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ غَرِمَ مَا اسْتَوْفَى بَدَلَهُ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ ، كَقِيمَةِ الْجَارِيَةِ ، وَبَدَلِ أَجْزَائِهَا . وَهَذَا الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَإِنْ رَجَعَ بِذَلِكَ كُلَّهُ عَلَى الْغَاصِبِ فَكُلُّ مَا لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا (٩) يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِذَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ رَجَعَ بِهِ الْغَاصِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَكُلُّ مَا لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ الْمُشْتَرِي عَلَى (١٠) الْغَاصِبِ إِذَا غَرِمَهُ الْغَاصِبُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَمَتَى رَدَّهَا حَامِلًا فَمَاتَتْ مِنَ الْوَضْعِ ، فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ (١١) بِسَبَبِ مِنْ جِهَتِهِ .

فصل : ومن استكره امرأة على الزنى ، فعليه الحدُّ دونها ؛ لأنها معذورة ، وعليه مهرها حرَّةٌ كانت أو أمةً ، فإن كانت حرَّةً كان المهر (١٢) لها ، وإن كانت أمةً كان لسيدها . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يجبُ المهرُ ؛ لأنه وطءٌ يتعلَّقُ به وجوبُ الحدِّ ، فلم يجبْ به المهرُ ، كما لو طأوعته . ولنا ، أنه وطءٌ في غير ملكٍ ، سقط فيه الحدُّ من الموطوءة . فإذا كان الواطئُ من أهل الضمان في حقها ، وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة ، وأما المطاوعة ، فإن كانت أمةً وجب عليه (١٣) مهرها ؛ لأنه حقٌّ لسيدها ، فلا يسقط برضاها ، وإن كانت حرَّةً ، لم يجب لها المهرُ ؛ لأنَّ رضاها اقترن بالسبب الموجب ، فلم يوجب ، كما لو أذنته في قطع يدها ، أو إيثلاف جزءٍ منها . وروى عن أحمد ، روايةً أخرى ، أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت . نقلها

(٨) في الأصل : « متلفه » .

(٩) في الأصل : « لم » .

(١٠) في ب : « إلى » .

(١١) في ب : « التالف » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : م .

ابن منصورٍ ، وهو اختيارُ أبي بكرٍ . والصَّخِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّها مُكْرَهَةٌ على الوَطءِ الحَرَامِ ، فَوَجَبَ لها المَهْرُ ، كَالْبِكْرِ ، وَيَجِبُ أَرْضُ البَكَارَةِ مع المَهْرِ ، كما قَدَّمْنَا .

فصل : إذا أجز الغاصبُ المعصوبُ ، فالإجارةُ باطلةٌ ، على إحدى الرواياتِ ،

ظ ١٥/٥

كالبيعِ / ، ولَمَّا لِكِهِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ أَجْرٌ مِثْلُهَا ، فَإِنْ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِذَلِكَ ، لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي العَقْدِ على أَنَّهُ يَضْمَنُ المَنْفَعَةَ ، ^(١٤) إِلَّا أَنْ يَزِيدَ أَجْرُ المِثْلِ على المُسَمَّى فِي العَقْدِ ، فَيَرْجِعُ بِالرِّيَازَةِ ^(١٥) وَيَسْقُطُ عَنْهُ المُسَمَّى فِي العَقْدِ . وَإِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَى الغَاصِبِ ، رَجَعَ بِهِ . وَإِنْ تَلَفَتِ العَيْنُ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فَلَمَّا لِكِهَا تَغْرِيمٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا قِيمَتَهَا ، فَإِنْ غَرَّمَ المُسْتَأْجِرُ فَلَهُ الرُّجُوعُ بِذَلِكَ على الغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَهُ على أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ العَيْنَ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ بَدَلٌ فِي مُقَابَلَةِ مَا غَرَّمَ ، هَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالغَاصِبِ ، وَإِنْ عِلِمٌ لَمْ يَرْجِعْ على أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، وَحَصَلَ التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ غَرَّمَ الغَاصِبُ الأَجْرَ وَالقِيمَةَ ، رَجَعَ بِالأَجْرِ على المُسْتَأْجِرِ على كُلِّ حَالٍ ، وَيَرْجِعُ بِالقِيمَةِ إِنْ ^(١٥) كَانَ المُسْتَأْجِرُ عَالِمًا بِالغَاصِبِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ ، فِي الفَصْلِ كُلِّهِ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الأَجْرَ لِلغَاصِبِ دُونَ صَاحِبِ الدَّارِ . ^(١٦) وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ عِوَضُ المَنَافِعِ المَمْلُوكَةِ لِربِّ الدَّارِ ^(١٦) ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا الغَاصِبُ ، كَعِوَضِ الأَجْزَاءِ .

فصل : وَإِنْ أودَعَ المَعصُوبُ ، أَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي بَيْعِهِ ، وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَتَلَفَ فِي

يَدِهِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ أَمَّا الغَاصِبُ فَلِأَنَّهُ حَالَ بَيْنَ المَالِكِ وَبَيْنَ مِلْكِهِ ، وَاتَّبَتِ اليَدَ العَادِيَةَ عَلَيْهِ ، وَالمُسْتَوْدَعُ وَالمُوكَّلُ لِإِنْبَاتِهِمَا أَيْدِيَهُمَا على مِلْكِ مَعصُومٍ بغيرِ حَقٍّ . فَإِنْ غَرَّمَ الغَاصِبُ ، وَكَانَا غَيْرَ عَالِمِينَ بِالغَاصِبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ على أَحَدٍ ، وَإِنْ غَرَّمَهُمَا رَجَعَا على الغَاصِبِ بِمَا غَرَّمَا مِنَ القِيمَةِ وَالأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا

(١٤-١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) في ب : « وإن » .

(١٦-١٦) سقط من : الأصل .

على أن لا يضمننا شيئا من ذلك ، ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا . وإن علمنا أنها معصوبة استقر الضمان عليهما^(١٧) ؛ لأن التلّف حصل تحت^(١٨) أيديهما من غير تعيير بهما ، فاستقر الضمان عليهما ، فإن غرما شيئا ، لم يرجع به . وإن غرم الغاصب ، رجع عليهما ؛ لأن التلّف حصل في أيديهما . وإن جرحها الغاصب ، ثم أودعها ، أو ردّها إلى مالكيها ، فتلفت بالجرح ، استقر الضمان على الغاصب بكل حال ؛ لأنه هو المتلف ، فكان الضمان عليه ، كما لو باشرها بالإثلاف في يده^(١٩) .

فصل : وإن أعار العين المعصوبة ، فتلفت عند المستعير ،^(٢٠) فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها ، فإن غرم المستعير^(٢١) مع علمه بالعصب ، لم يرجع على أحد ، وإن غرم الغاصب رجع على^(٢٢) المستعير . وإن لم يكن علم بالعصب ، فغرّمه ، لم يرجع بقيمة العين ؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه . وهل يرجع بما غرم من الأجر ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يرجع ؛ لأنه دخل على أن المتافع له غير مضمونة عليه . والثاني ، لا يرجع ؛ لأنه انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال . وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلّف ، فضمن الأكثر ، فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين ؛ لأنه دخل على أنه لا يضمنه ، ولم يستوف بدلّه . فإن ردّها المستعير على الغاصب ، فللمالك أن يضمنه أيضا ؛ لأنه قوت الملك على مالكيه بتسليمه إلى غير مستحقّه . ويستقر الضمان على الغاصب إن حصل التلّف في يديه ، وكذلك الحكم في المودع وغيره .

و١٦/٥

فصل : وإن وهب المعصوب لعالم بالغصب ، استقر الضمان على المتهيب ،

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في ب : « في » .

(١٩) في الأصل : « بدنه » .

(٢٠-٢١) سقط من : الأصل .

فمهما غريم من قيمة العين أو أجزائها ، لم يرجع به على أحد ؛ لأن التلّف حصل في يديه ، ولم يغرّه أحد ، وكذلك أجر^(٢١) مدّة مقامه في يديه ، وأرّش نقيصه إن حصل . وإن لم يعلم ، فلصاحبها تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن المتهب ، رجّع على الواهب بقيمة العين والأجزاء ؛ لأنه غرّه . وقال أبو حنيفة : أيهما ضمن لم يرجع على الآخر . ولنا ، أن المتهب دخل على أن تسلم له العين ، فيجب أن يرجع بما غريم من قيمتها ، كقيمة الأولاد ، فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه . فأما الأجرة والمهر وأرّش البكارة ، فهل يرجع به المتهب على الواهب ؟ فيه وجهان . وإن ضمنه الواهب ، فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان .

فصل : وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي ، على ما ذكرنا من الروايتين ؛ إحداهما ، بطلانها . والثانية ، صححتها ووقوفها على إجازة المالك . وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية ، أنها تقع صحيحة ، وسواء في ذلك العبادات ، كالطهارة والصلاة والزكاة والحج ، أو العقود كالبيع^(٢٢) والإجازة والتكاج^(٢٣) . وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك ، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه ، فلم نعلم فيه خلافا ، وأما ما لم يدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته ، وتكثر تصرفاته ، ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير ، وربما عاد الضرر على المالك ، فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك ، والعيوض بنمائه وزيادته له ، والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

فصل : وإذا غصب أثماتا فاتجر بها ، أو عروضا فباعها واتجر بئمنها ، فقال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : إن كان الشراء بعين المال فالربح / للمالك . قال الشريف : وعن أحمد أنه يتصدق به . وإن

ظ ١٦/٥

(٢١) في ب زيادة : « مثلها » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في ب زيادة : « ونحوها » .

اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ تَقَدَّ الْأَثْمَانُ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ لِلْغَاصِبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لِنَفْسِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، فَكَانَ الشَّرَاءُ لَهُ ، وَالرَّبْحُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ بَدَلُ الْمَعْصُوبِ . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مَلَكَهُ ، فَكَانَ لَهُ (٢٤) . كَمَا لَوْ اشْتَرَى لَهُ بِعَيْنِ الْمَالِ . وَهَذَا (٢٥) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَإِنْ حَصَلَ خُسْرَانٌ ، فَهُوَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ تَقَصَّرَ حَصَلَ فِي الْمَعْصُوبِ (٢٦) . وَإِنْ دَفَعَ الْمَالُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ بِهِ ، فَالْحُكْمُ فِي الرَّبْحِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَليْسَ عَلَى الْمَالِكِ مِنْ أَجْرِ الْعَامِلِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْعَمَلِ فِي مَالِهِ ، وَأَمَّا الْغَاصِبُ ، فَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ عَالِمًا بِالْغَصَبِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِالْعَمَلِ ، وَلَمْ يَعْرِهُ أَحَدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْغَصَبِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَمَلًا بِعَوَضٍ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، فَلَزِمَهُ أَجْرُهُ ، كَالْعَقْدِ الْفَاسِدِ .

٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ ، لَزِمَتْ الْغَاصِبَ الْقِيَمَةُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ ، رَدَّهُ وَأَحَدَ الْقِيَمَةَ)

وجملته أن من غصب شيئاً فعجز^(١) عن رده ، كعبد أبق ، أو دابة شردت ، فليلمعصوب منه المطالبة ببذله ، فإذا أخذه ملكه ، ولم يملك الغاصب العين المعصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردها ، ويسترد قيمتها التي أداها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى إِمْكَانِ رَدِّهَا فَيَسْتَرُدُّهَا ، وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهَا فَيَزُولُ مَلْكُهُ عَنْهَا ، وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ ، لَا يَلْزِمُهُ رَدُّهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَفَعَ دُونَ قِيَمَتِهَا بِقَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مَلَكَ الْبَدَلِ ، فَلَا يَبْقَى

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : « هو » .

(٢٦) في ب : « يد الغاصب » .

(١) في ب ، م : « يعجز » .

ملكه على المُبدل ، كالبيع ، ولأنه تضمين فيما يتنقل^(٢) الملك فيه^(٣) ، فنقله^(٤) ، كما لو خلط زيتُه بزيتِه . ولنا ، أن المعصوب لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يصح بالتضمين كالتأليف^(٥) ، ولأنه غريم ما تعذر عليه^(٦) رده بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك ، كما لو كان المعصوب مُدبرًا ، وليس هذا جمعًا بين البدل والمُبدل ؛ لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة ، لا على سبيل العوض ، ولهذا إذا ردَّ المعصوب إليه ، ردَّ القيمة عليه ، ولا يشبهه الزيت ؛ لأنه يجوز بيعه ، ولأن حق صاحبه انقطع عنه ، لتعذر رده أبدًا . إذا ثبت هذا ، فإنه متى قدر على المعصوب رده ، ونمائه المنفصل والمتصل ، وأجر مثله / إلى حين دفع بدله . وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى^(٧) رده ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما لا يلزمه ؛ لأنه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه ، فلم يستحق الانتفاع به ، وبما قام مقامه ، كسائر ما عداه . والثاني ، له الأجر^(٨) ؛ لأن العين باقية على ملكه ، والمنفعة له ، ويجب على المالك ردُّ ما أخذَه بدلًا عنه إلى الغاصب ؛ لأنه أخذَه بالحيلولة ، وقد زالت ، فيجب ردُّ ما أخذ من أجلها إن كان باقيا بعينه ، وردُّ زيادته المتصلة ، كالسمن ونحوه ؛ لأنها تتبع في الفسوخ ، وهذا فسوخ ، ولا يلزم ردُّ زيادته المنفصلة ؛ لأنها وجدت في ملكه ، ولا تتبع في الفسوخ ، فأشبهت زيادة المبيع المرذود بعيب ، وإن كان البدل تالفاً ، ردُّ مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال .

فصل : وإن غصب عصيرا فصار خمرا ، فعليه مثل العصير ؛ لأنه تلف في يديه ، فإن صار خلا ، وجب رده ، وما نقص من قيمة العصير ، ويسترجع ما أذاه من بدله .

(٢) في م : ينقل .

(٣) في الأصل : عنه .

(٤) في ب ، م : فنقله .

(٥) في م : كالتلف .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في م : أجر .

وقال بعض أصحاب الشافعي: يردُّ الحَلَّ ، ولا يسترَجِعُ القِيمَةَ ؛ لأنَّ العَصِيرَ تَلَفَ بِتَحْمُرِهِ ، فَوَجِبَ ضَمَانُهُ وَإِنْ عَادَ خَلًّا ، كَمَا لَوْ هَزَلَتْ الْجَارِيَةُ السَّمِينَةَ ثُمَّ عَادَ سِمْنُهَا ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهَا وَأُرْشَ نَقْصِهَا . ولنا ، أَنَّ الحَلَّ عَيْنُ العَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ ، وَقَدْ رَدَّهُ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِرْجَاعُ مَا أَدَاهُ بَدَلًا^(٨) عَنْهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَهُ فَغَصَبَهُ مِنْهُ غَاصِبٌ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، وَكَأَنَّ لَوْ غَصَبَ حَمَلًا فَصَارَ كَبْشًا . أَمَا السَّمْنُ الْأَوَّلُ فَلَنَا فِيهِ مَنَعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ فَالثَّانِي غَيْرُ الْأَوَّلِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا غَصَبَ شيئًا ببلدٍ ، فَلِقِيَهُ ببلدٍ آخَرَ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ أَثْمَانًا ، لَزِمَهُ دَفْعُهُمَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَثْمَانَ قِيمُ الْأَشْيَاءِ ، فَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافَ قِيمَتِهَا ، وَإِنْ كَانَ^(٩) غَيْرَهَا وَكَانَ^(٩) مِنَ الْمُثَلِّيَّاتِ وَقِيمَتُهُ فِي الْبَلَدَيْنِ وَاحِدَةً ، أَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ أَكْثَرَ ، لَزِمَهُ أَدَاءُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مُخْتَلِفَةً إِلَّا أَنَّهُ لَا مُؤَنَةَ لِحْمَلِهِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكْنَهُ رَدُّ الْمِثْلِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ . وَإِنْ كَانَ لِحْمَلِهِ مُؤَنَةً ، وَقِيمَتُهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ أَقَلُّ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ رَدُّهُ وَلَا رَدُّ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نُكَلِّفُهُ مُؤَنَةَ النَّقْلِ إِلَى بَلَدٍ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهُ فِيهِ ، وَلِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ الْخِيَرَةُ بَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ فِي بَلَدِهِ ، وَبَيْنَ الْمُطَالَبَةِ فِي الْحَالِ بِقِيمَتِهِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ رَدُّهُ وَرَدُّ مِثْلِهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيمَتِهِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ ، وَمَتَى قَدَرَ عَلَى رَدِّ الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ، رَدَّهَا ، وَاسْتِرْجَعَ / بَدَلَهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَ هَذَا .

١٧/٥ ظ

٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ غَصَبَهَا حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ فِي يَدِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَخَذَهَا سَيِّدُهَا وَقِيمَةَ وِلْدَانِهَا ، أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيمَتُهُ)

الكلامُ في هذه المسألة في أمرين ؛ أحدهما ، أَنَّهُ إِذَا غَصَبَ حَامِلًا مِنَ الْحَيَوَانِ ،

(٨) سقط من : ب .

(٩) في م : « كَانَتْ » .

أُمَّة^(١) أو غيرها ، فالوَلَدُ مَضْمُونٌ ، كذلك لو غَصَبَهَا^(٢) حَائِلًا^(٣) ، فَحَمَلَتْ عنده ، وولَدَتْ ، ضَمِنَ وَلَدَهَا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يَجِبُ ضَمَانُ الوَلَدِ فِي الصُّورَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَغْضُوبٍ ، إِذِ العَصْبُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، فَإِنَّ المَوْجُودَ ثُبُوتُ اليَدِ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اثْبَتَى عَلَى وُجُودِ الوَلَدِ ، وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا ضَمِنَ خَارِجَ الوَعَاءِ ضَمِنَ مَا^(٤) فِيهِ ، كَالدَّرَّةِ فِي الصَّدْفَةِ ، وَالجَوْرِ ، وَاللُّوزِ ؛ لِأَنَّهُ مَغْضُوبٌ فَيُضْمَنُ ، كَالأَمِّ ، فَإِنَّ الوَلَدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْدُوعًا فِي الأُمَّ ، كَالدَّرَّةِ فِي الحِقَّةِ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ كَأَجْزَائِهَا ، وَفِي كِلَا المَوْضِعَيْنِ ، الِاسْتِيْلَاءُ عَلَى الظَّرْفِ ، وَالِاسْتِيْلَاءُ عَلَى الجُمْلَةِ اسْتِيْلَاءٌ عَلَى الجُزْءِ المَطْرُوقِ ، فَإِنَّ اسْتِقْطَئَهُ مَيْتًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ ، وَلَكِنْ يَجِبُ مَا نَقَصَتْ الأُمَّ عَنْ كَوْنِهَا حَامِلًا ، وَأَمَّا إِذَا حَدَثَ الحَمْلُ ، فَقَدْ سَبَقَ الكَلَامُ فِيهِ . الأَمْرُ الثَّانِي ، أَنَّهُ^(٥) يَلْزَمُهُ رَدُّ المَوْجُودِ مِنَ المَغْضُوبِ وَقيْمَةِ التَّالِفِ ، فَإِنَّ كَانَتْ قِيْمَةُ التَّالِفِ لَا تُخْتَلِفُ مِنْ حِينِ العَصْبِ إِلَى حِينِ الرَّدِّ ، رَدَّهَا ، وَإِنْ كَانَتْ تُخْتَلِفُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا لِمَعْنَى فِيهِ ، مِنْ كَبِيرٍ وَصِغَرٍ ، وَسِمَنِ وَهَزَلٍ ، وَتَعَلُّمٍ وَنِسْيَانٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ المَعَانِي الَّتِي تَزِيدُ بِهَا القِيْمَةُ وَتَنْقُصُ ، فَالوَاجِبُ القِيْمَةُ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ ، لِأَنَّهَا مَغْضُوبَةٌ فِي الحَالِ^(٦) الَّتِي زَادَتْ فِيهَا^(٧) ، وَالزِّيَادَةُ لِمَالِكِهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الغَاصِبِ ، عَلَى مَا قَرَّرْنَا فِيهَا مَضَى ، فَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً حِينَ تَلْفِئِهَا ، لَرِمْتُهُ قِيْمَتَهَا حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَلْزَمُهُ رَدُّهَا زَائِدَةً ، فَلَرِمْتُهُ قِيْمَتَهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً قَبْلَ تَلْفِئِهَا ، ثُمَّ نَقَصَتْ عِنْدَ تَلْفِئِهَا ، لَرِمْتُهُ

(١) فِي ب زِيَادَةٌ : « كَانَتْ » .

(٢) فِي ب ، م : « غَصَبَ » .

(٣) الحَائِلُ : الَّتِي لَمْ تَحْمَلْ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ ، ب .

(٥) فِي الأَصْلُ : « أَنْ » .

(٦-٧) فِي ب : « الَّذِي زَادَتْ فِيهِ » .

قِيمَتُهَا حِينَ كَانَتْ زَائِدَةً ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَدَّهَا نَاقِصَةً لَلَزِمَهُ أُرْشُ نَقْصِهَا ، وَهُوَ بَدَلُ الزِّيَادَةِ ،
فَإِذَا ضَمِنَ الزِّيَادَةَ مَعَ رَدِّهَا ، ضَمِنَهَا عِنْدَ تَلْفِئِهَا ، فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهَا لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ
يُضْمَنْ الزِّيَادَةَ ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ (٧) الْقِيَمَةِ لِذَلِكَ لَا يُضْمَنُ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ ، فَلَا يُضْمَنُ عِنْدَ
تَلْفِئِهَا . وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَ الْحِرَقِيِّ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَهُوَ
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّ أَكْثَرَ الْقِيَمَتَيْنِ فِيهِ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ رَدُّهَا ضَمِنَهَا ،
كَقِيَمَتِهِ يَوْمَ / التَّلْفِ ، وَإِنَّمَا سَقَطَتِ الْقِيَمَةُ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،
وَتَفَارُقِ هَذِهِ الزِّيَادَةَ زِيَادَةَ الْمَعَانِي ؛ لِأَنَّ تِلْكَ تُضْمَنُ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ مَعَ تَلْفِئِهَا ،
وَهَذِهِ لَا تُضْمَنُ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ مَعَ تَلْفِئِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا سَقَطَتْ بِرَدِّ الْعَيْنِ (٨) .
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ وَجِبَتْ لَمَا سَقَطَتْ بِالرَّدِّ ، كَزِيَادَةِ السَّمَنِ وَالتَّعْلِيمِ (٩) . قَالَ الْقَاضِي :
وَلَمْ أَجِدْ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً بِأَنَّهَا تُضْمَنُ بِأَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . فَعَلِيَ هَذَا تُضْمَنُ
بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلْفِ . رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَعَنهُ أَنَّهَا تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ الْعَصَبِ .
وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِأَنَّهُ الْوَقْتُ الَّذِي أُرْزِلَ يَدُهُ عَنْهُ فِيهِ (١٠) فَيَلْزِمُهُ الْقِيَمَةُ
حِينَئِذٍ ، كَمَا لَوْ أُلْتَفَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقِيَمَةَ إِثْمًا تَثْبُتُ فِي الذَّمَّةِ حِينَ التَّلْفِ ؛ لِأَنَّ قَبْلَ ذَلِكَ كَانَ
الْوَاجِبُ رَدَّ الْعَيْنِ دُونَ قِيَمَتِهَا ، فَاعْتَبِرَتْ تِلْكَ الْحَالَةَ (١١) ، كَمَا لَوْ لَمْ تَخْتَلِفْ قِيَمَتُهُ . وَمَا
ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ إِسْنَاكَ الْمَعْصُوبِ غَضَبٌ ، فَإِنَّهُ فِعْلٌ يَحْرُمُ (١٢) عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي كُلِّ
حَالٍ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مِنْ اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ يَوْمَ الْعَصَبِ ، فَقَالَ الْحَلَّالُ : جَبُنَ أَحْمَدُ عَنْهُ .
كَأَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلِ .

(٧) فِي ب : « نَقْص » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَلْنَا » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَالتَّعْلِيمِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١١) فِي ب : « الْحَالِ » .

(١٢) فِي م : « يَجِبُ » .

فصل : وإن كان المَعْصُوبُ من المِثْلِيَّاتِ فَتَلَفَ ، وَجَبَ رُدُّ مِثْلِهِ فَإِنْ فَقِدَ المِثْلَ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْقِطَاعِ المِثْلِ . وقال القاضي : تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لِأَنَّ الواجِبَ المِثْلَ إلى حين قَبْضِ البَدَلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو وُجِدَ المِثْلُ بَعْدَ فَقْدِهِ (١٣) ، لَكَانَ الواجِبُ هو دُونَ القِيمَةِ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأكثرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ المُحَاكَمَةِ ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ لم تَنْتَقِلْ إلى ذِمَّتِهِ إِلَّا حين حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ . ولنا ، أَنَّ القِيمَةَ وَجَبَتْ في الذِّمَّةِ حين انْقِطَاعِ المِثْلِ ، فَاعتَبِرْتَ القِيمَةَ حينئِذٍ ، كَتَلَفِ المُنْقَرِمِ ، وَدَلِيلٌ وَجُوبُهَا حينئِذٍ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ طَلَبَهَا وَاسْتِيفَاءَهَا ، وَيَجِبُ على الغاصِبِ أَدَاؤها ، وَلَا يَنْفِي وَجُوبَ المِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْهُ ، وَالتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعِي الوُسْعَ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ المِثْلِ وَلَا اسْتِيفَاءَهُ ، وَلَا يَجِبُ على الآخرِ أَدَاؤُهُ ، فَلَمْ يَكُنْ وَاجِبًا كَحَالَةِ المُحَاكَمَةِ . وَأَمَّا إِذَا قَدَرَ على المِثْلِ بَعْدَ فَقْدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعُودُ وَجُوبُهُ ؛ لِأَنَّهُ الأَصْلُ قَدَرَ عَلَيْهِ قَبْلَ آدَاءِ البَدَلِ ، فَأَشَبَّهُ القُدْرَةَ على المَاءِ بَعْدَ التَّيْمِيمِ ، وَهَذَا لو قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ المُحَاكَمَةِ وَقَبْلَ الاسْتِيفَاءِ ، لاسْتَحَقَّ (١٤) المَالِكُ طَلَبَهُ وَأَخَذَهُ . وَقَد رُوِيَ / عن أحمد في رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ أَرْطالًا مِنْ كَذَا وَكَذَا : أَعْطَاهُ على السَّعْرِ يَوْمَ أَخَذَهُ ، لَا يَوْمَ يُحَاسِبُهُ . وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنْهُ في حَوَائِجِ البَقَالِ : عَلَيْهِ القِيمَةُ يَوْمَ الأَخْذِ . وَهَذَا يُدَلُّ على أَنَّ القِيمَةَ تُعْتَبَرُ يَوْمَ العَصَبِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ في الفَصْلِ قَبْلَ هَذَا . وَيُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ العَصَبِ مِنْ قَبْلِ أَنْ ما أَخَذَهُ هَهُنَا بِأَذِنِ مالِكِهِ ، مَلَكَهُ وَحَلَّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَتَثْبُتُ قِيمَتُهُ يَوْمَ مَلَكَهُ ، وَلَمْ يَتَغَيَّرْ ما ثَبَتَ في ذِمَّتِهِ بِتَغْيِيرِ قِيمَةِ ما أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَالمَعْصُوبُ مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، وَالواجِبُ رُدُّهُ لَا قِيمَتَهُ ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ قِيمَتُهُ في الذِّمَّةِ يَوْمَ تَلَفِهِ ، أَوْ انْقِطَاعِ مِثْلِهِ ، فَاعتَبِرْتَ القِيمَةَ حينئِذٍ ، وَتَغَيَّرَتْ بِتَغْيِيرِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ كانَ المَعْصُوبُ باقِيًا ، وَتَعَدَّرَ رُدُّهُ ، فَأَوْجَبْنَا رُدَّ قِيمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُطالِبُهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهَا ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ لم تَثْبُتْ في الذِّمَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَهَذَا يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهَا وَالمُطالَبَةِ بِهَا ، وَبَيْنَ الصَّبْرِ إلى

(١٣) في ب : « هذه » .

(١٤) في الأصل ، ب : « لا يستحق » .

وَقَتِ إِمْكَانِ الرَّدِّ وَمُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِالسَّعْيِ فِي رَدِّهِ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ
بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَيُعْتَبَرُ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلِأَنَّ مَلِكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

٨٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ لِلْمَعْصُوبِ أَجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّهُ ،
وَأَجْرٌ مِثْلُهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ)

هذه المسألة تشتمل على حُكْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، وَجُوبُ رَدِّ الْمَعْصُوبِ . والثاني ، رَدُّ
أَجْرَتِهِ . أَمَّا الْأَوَّلُ فَإِنَّ الْمَعْصُوبَ مَتَى كَانَ بَاقِيًا ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لقول رسول الله
ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُرُدَّهُ » . رواه أبو داود ، وابن ماجه ،
والترمذي^(١) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ السَّائِبِ بْنُ يَزِيدَ ، عَنْ أَبِيهِ ،
عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لِأَعْبَابٍ^(٢) جَادًا ، وَمَنْ
أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُرُدِّهَا »^(٣) . رواه أبو داود^(٤) . يَعْنِي أَنَّهُ يَقْضِي الْمَرْحَ مَعَ صَاحِبِهِ
بِأَخْذِ مَتَاعِهِ ، وَهُوَ جَادٌّ فِي إِذْخَالِ الْعَمِّ وَالْغَيْظِ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّهُ أَرَاكَ يَدَ الْمَالِكِ عَنْ مَلِكِهِ بِغَيْرِ
حَقٍّ ، فَلِزِمَهُ^(٥) إِعَادَتُهَا . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى وَجُوبِ رَدِّ الْمَعْصُوبِ إِذَا كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ
لَمْ يَتَغَيَّرْ ، وَلَمْ يَشْتِغَلْ بِغَيْرِهِ . فَإِنْ غَضَبَ شَيْئًا ، فَبَعْدَهُ ، لَزِمَهُ^(٦) رَدُّهُ ، وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ
أَضْعَافَ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَنَى بِتَبْعِيْدِهِ ، فَكَانَ ضَرَرٌ ذَلِكَ عَلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ الْغَاصِبُ : خُذْ
مِنِّي أَجْرَ رَدِّهِ ، وَتَسَلَّمَهُ مِنِّي هَهُنَا . أَوْ بَدَّلَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَلَا يَسْتَرِدُّهُ ، لَمْ يَلْزَمْ /

١٩/٥

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٣٤٢ .

(٢) في ب زيادة : « ولا » .

(٣) في الأصل : « فله ردها » .

(٤) في : باب من يأخذ الشيء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٥٩٧ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروى مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحمدي
٥ / ٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٢٢١ .

(٥) في الأصل : « فلزمته » .

(٦) في ب ، م : « فلزم » .

(٧) في الأصل : « ولم » .

المالِكُ قَبُولُ ذَلِكَ ^(٨) ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : دَعَا لِي فِي مَكَانِهِ الَّذِي نَقَلْتَهُ إِلَيْهِ . لَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ رَدَّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ عَنْهُ حَقًّا فَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : رُدُّهُ لِي إِلَى بَعْضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ جَمِيعُ الْمَسَافَةِ ، فَلَزِمَهُ بَعْضُهَا الْمَطْلُوبُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا أَسْقَطَهُ . وَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ حَمَلَهُ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ فِي غَيْرِ طَرِيقِ الرَّدِّ ، لَمْ يَلْزِمِ الْغَاصِبَ ذَلِكَ ، سِوَاهُ مَا كَانَ أَقْرَبَ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي يَلْزِمُهُ رَدُّهُ إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . وَإِنْ قَالَ : دَعَا فِي مَكَانِهِ ، وَأَعْطِنِي أُجْرَ رَدِّهِ . لَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِجَابَتِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَمَهْمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ شَيْئًا ، فَشَعَلَهُ بِمِلْكِهِ ، كَحَيْطٍ حَاطَ بِهِ نَوْبًا ، أَوْ نَحْوَهُ ، أَوْ حَجْرًا بَنَى عَلَيْهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ بَلَى الْحَيْطُ ، أَوْ انْكَسَرَ الْحَجْرُ ، أَوْ كَانَ مَكَانَهُ خَشْبَةً فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَأْخُذْ بِرَدِّهِ ، وَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ هَالِكًا ، فَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ . وَإِنْ كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ ، لَزِمَهُ ^(٩) رَدُّهُ ، وَإِنْ انْتَقَصَ الْبِنَاءُ ، وَتَفَصَّلَ الثُّوبُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ رَدُّ الْحَشْبَةِ وَالْحَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ تَابِعًا لِمِلْكِهِ يَسْتَضِيرُّ بِقَلْعِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ رَدُّهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ حَيْطًا فَحَاطَ بِهِ جُرْحَ عَيْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعْصُوبٌ أَمْكَنَ رَدُّهُ ، وَيَجُوزُ لَهُ فَوَجِبَ ، كَمَا لَوْ بَعَدَ الْعَيْنَ ، وَلَا يُشْبِهُ الْحَيْطَ الَّذِي يُخَافُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ ، لَمَا فِي ضِمْنِهِ مِنْ تَلْفِ الْآدَمِيِّ . وَلِأَنَّ حَاجَتَهُ إِلَى ذَلِكَ تُبِيحُ أَخْذَهُ ائْتِدَاءً ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ ، وَإِنْ حَاطَ بِالْحَيْطِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، فَذَلِكَ عَلَى أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ لَا حُرْمَةَ لَهُ ، كَالْمُرْتَدِّ وَالْخَنْزِيرِ وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ ، فَيَجِبُ نَزْعُهُ وَرَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ ^(١٠) تَفْوِيتَ ذِي حُرْمَةٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ حَاطَ بِهِ نَوْبًا . وَالثَّانِي ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ ، لَا يَجِلُّ أَكْلُهُ ،

(٨) سقط من : ب .

(٩) في الأصل : « لزم » .

(١٠) في م : « يضمن » . . .

كَالْأَدِيمِيِّ ، فَإِنْ خِيفَ مِنْ نَزْعِهِ الْهَلَاكَ أَوْ إِبْطَاءِ بَرِّهِ ، فَلَا يَجِبُ نَزْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ
 آكُدُ حُرْمَةً مِنْ عَيْنِ الْمَالِ ، وَهَذَا يَجُوزُ لَهُ اخْتِذُ^(١١) مَا لَيْسَ عَلَيْهِ لِيَحْفَظَ حَيَاتَهُ ، وَإِثْلَافُ الْمَالِ
 لِتَبْقِيَّتِهِ ، وَهُوَ مَا يَأْكُلُهُ . وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ الَّتِي لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا ، كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ
 الْأَهْلِيِّ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مَا كُوِلَ ، فَإِنْ كَانَ مَلَكًا لِغَيْرِ الْغَاصِبِ ،
 وَخِيفَ تَلْفَهُ / يَقْلَعُهُ ، لَمْ يُقْلَعْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرْرُ بِالضَّرْرِ ، وَلَا
 يَجِبُ إِثْلَافُ مَالٍ مَنْ لَمْ يَجْنِ صَيَانَةَ لِمَالٍ آخَرَ ، وَإِنْ كَانَ الْحَيَوَانُ لِلْغَاصِبِ ، فَقَالَ
 الْقَاضِي :^(١٢) يَجِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ذَبْحَ الْحَيَوَانِ وَالِاتِّفَاعَ بِلَحْمِهِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ ،
 وَإِنْ حَصَلَ فِيهِ نَقْصٌ عَلَى الْغَاصِبِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَانِعٍ مِنْ وُجُوبِ رَدِّ الْمَعْصُوبِ ،
 كِنَقْصِ الْبِنَاءِ لِرَدِّ الْحَجَرِ الْمَعْصُوبِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 هَذَا . وَالثَّانِي ، لَا يَجِبُ قَلْعُهُ ؛ لِأَنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ
 ذَبْحِ الْحَيَوَانِ لِغَيْرِ مَا كَلَهُ^(١٣) . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجْهَانِ كَهَذَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ
 بَيْنَ مَا يُعَدُّ لِلْأَكْلِ مِنَ الْحَيَوَانِ ، كِبَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ وَالِدَّجَاجِ وَأَكْثَرِ الطَّيْرِ ، وَبَيْنَ مَا يُعَدُّ
 لَهُ ، كَالْخَيْلِ وَالطَّيْرِ الْمَقْصُودِ صَوْتُهُ ؛ فَالْأَوَّلُ يَجِبُ ذَبْحُهُ إِذَا تَوَقَّفَ رَدُّ الْمَعْصُوبِ
 عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ ذَبْحَهُ إِثْلَافٌ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ .
 وَمَتَى أُمِّكِنَ رَدُّ الْخَيْطِ مِنْ غَيْرِ تَلْفِ الْحَيَوَانِ ، أَوْ تَلْفِ بَعْضِ أَعْضَائِهِ ، أَوْ ضَرِّ كَثِيرٍ ،
 وَجَبَ رَدُّهُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ فَصِيلاً ، فَأَدْخَلَهُ دَارَهُ ، فَكَبَّرَ وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْبَابِ ، أَوْ حَشَبَةً
 وَأَدْخَلَهَا دَارَهُ ، ثُمَّ بَنَى الْبَابَ ضَيْقًا ، لَا يَخْرُجُ مِنْهُ إِلَّا بِنَقْضِهِ ، وَجَبَ نَقْضُهُ ، وَرَدُّ
 الْفَصِيلِ وَالْحَشَبَةِ ، كَمَا يُنْقَضُ الْبِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ^(١٤) ، فَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ بِغَيْرِ

(١١) سقط من : م .

(١٢) في م زيادة : لا .

(١٣) في ب ، م : « أكله » .

وأخرجه النسائي ، في : باب إباحة صيد العصفير ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧ / ١٨٣ . وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ، وعزاه إلى أبي داود في المراسيل . تلخيص الحبير ٣ / ٥٥ .

(١٤) الساج : نوع من الحشب .

تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ ، ^(١٥) تَقْضَى البَابَ ، وَضَمَّائِهِ عَلَى صَاحِبِ الفَصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَخْلِيصِ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ ^(١٥) . وَأَمَّا الحَشْبَةُ فَإِنْ كَانَ كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَّرًا مِنْ نَقْضِ البَابِ ، فَهِيَ كالفَصِيلِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلًا ، كُسِرَتْ . وَيَحْتَمِلُ فِي الفَصِيلِ مِثْلَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى كَانَ ذَبْحُهُ أَقْلَ ضَرَّرًا ، ذُبِحَ وَأُخْرِجَ لَحْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الحَشْبَةِ ، وَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ بَعْدَ وَانٍ مِنْ صَاحِبِهِ ، كَرَجُلٍ غَضِبَ دَارًا فَأَدْخَلَهَا فَصِيلًا ، أَوْ حَشْبَةً ، أَوْ تَعَدَّى عَلَى إِنْسَانٍ ، فَأَدْخَلَ دَارَهُ فَرَسًا وَنَحْوَهَا ، كُسِرَتْ الحَشْبَةُ ، وَذُبِحَ الحَيَوَانُ ، وَإِنْ زَادَ ضَرْرُهُ عَلَى نَقْضِ البِنَاءِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذَا الضَّرْرِ عُدْوَانُهُ ، فَيُجْعَلُ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ . وَلَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا حَوَابِي ^(١٦) لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِنَقْضِ البَابِ ، أَوْ حَزَائِنٍ أَوْ حَيَوَانٍ ، وَكَانَ نَقْضُ البَابِ أَقْلَ ضَرَّرًا مِنْ بَقَاءِ ذَلِكَ فِي الدَّارِ ، أَوْ تَفْصِيلِهِ ، أَوْ ذَبْحِ الحَيَوَانِ ، نَقْضٌ ، وَكَانَ إِصْلَاحُهُ عَلَى البَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَخْلِيصِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ضَرَّرًا ، لَمْ يَنْقُضْ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ ، وَيَصْطَلِحَانِ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ مُشْتَرِي الدَّارِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَضِبَ جَوْهَرَةً ، / فَابْتَلَعَتْهَا بِهَيْمَةً ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : حُكْمُهَا حُكْمُ الحَيْطِ الذِّي خَاطَ بِهِ جُرْحَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الجَوْهَرَةَ مَتَى كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الحَيَوَانِ ، ذُبِحَ الحَيَوَانُ ، وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا ، وَضَمَّانُ الحَيَوَانِ عَلَى الغَاصِبِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَيَوَانُ أَدْمِيًّا . وَفَارِقَ ^(١٧) الحَيْطُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الغَالِبِ أَقْلُ قِيَمَةً مِنَ الحَيَوَانِ ، وَالجَوْهَرَةُ أَكْثَرُ قِيَمَةً ، فَفِي ذَبْحِ الحَيَوَانِ رِعَايَةٌ حَقُّ المَالِكِ بِرَدِّ عَيْنِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَرِعَايَةٌ حَقُّ الغَاصِبِ بِتَقْلِيلِ الضَّمَّانِ عَلَيْهِ . وَإِنْ ابْتَلَعَتْ شَاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةً آخَرَ غَيْرَ مَعْصُوبَةٍ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِخْرَاجَهَا إِلَّا بِذَبْحِ الشَّاةِ ، ذُبِحَتْ إِذَا كَانَ ضَرْرُ ذَبْحِهَا أَقْلًا ، وَكَانَ ضَمَّانُ نَقْصِهَا عَلَى صَاحِبِ الجَوْهَرَةِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَخْلِيصِ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّفْرِيطُ مِنْ صَاحِبِ

(١٥-١٥) سقط من: الأصل .

(١٦) الحايية : وعاء الماء الذي يحفظ فيه .

(١٧) في الأصل : « ويفارق » .

الشاة ، بكون يده عليها ، فلا شيء^(١٨) على صاحب^(١٨) الجوهرة ؛ لأن التفريط من صاحب الشاة ، فالضرر عليه . وإن أذخلت رأسها في قمقم ، فلم يمكن إخراجها^(١٩) إلا بذبحها ، وكان الضرر في ذبحها أقل ، ذبحت . وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل ، كسر القمقم ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة ، فالضمان عليه ، وإن كان التفريط من صاحب القمقم ، بأن وضعه في الطريق ، فالضمان عليه ، وإن لم يكن منهما^(٢٠) تفريط ، فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمقم ؛ لأنه كسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة ، فالضمان على صاحب القمقم ؛ لأنه لتخليص قمقمه ، فإن قال من عليه الضمان منهما : أنا أثلف مالي ، ولا أعزم شيئاً للآخر . فله ذلك ؛ لأن إثلاف مال الآخر إنما كان لحقه ، وسلامة ماله وتخليصه ، فإذا رضى بتلفه ، لم يجز إثلاف غيره . وإن قال : لا أثلف مالي ، ولا أعزم شيئاً ، لم تمكنه من إثلاف مال صاحبه ، لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء ؛ لأن القمقم لا حرمة له ، فلا يجبر صاحبه على تخليصه ، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها ؛ لما فيه من تعذيب الحيوان ، فيقال له : إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب ، وإما أن تعرم القمقم لصاحبه ، إذا كان كسره أقل ضرراً ، ويخلصها ؛ لأن ذلك من ضرورة إنقاذها أو تخليصها من العذاب ، فلزمه ، كعلفها . وإن كان الحيوان غير مأكول ، احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا . واحتمل أن يكسر القمقم . وهو قول أصحابنا ؛ لأنه لا نفع في ذبحه ، ولا هو مشروع ، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة^(٢١) . ويحتمل أن يجزى مجزى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً ، وكانت الجنابة من صاحبه ، قتل ؛ / لأن حرمة معارضة لحرمة الأدمى الذي يتلف

ظ ٢٠/٥

(١٨-١٨) في ب ، م : « لصاحب » .

(١٩) في ب ، م : « إخراجها » .

(٢٠) في الأصل : « منه » .

(٢١) في م : « أكله » .

مَالَهُ ، وَالنَّهْيُ عَنْ ذَبْحِهِ مُعَارِضٌ بِالنَّهْيِ عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَفِي كَسْرِ الْقُمْصِمِ مَعَ كَثْرَةِ قِيَمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ دِينَارًا ، فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَتِهِ ، أَوْ أَخَذَ دِينَارًا غَيْرَهُ ، فَسَهَا فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَتِهِ ، كُسِرَتْ ، وَرَدَّ الدِّينَارَ ، كَمَا يُنْقَضُ الْبِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ذَرْهَمًا أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، كُسِرَتْ لِرَدِّ الدِّينَارِ إِنْ أَحَبَّ صَاحِبُهُ ، وَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَتَخْلِيصِ مَالِهِ . وَإِنْ غَصَبَ دِينَارًا ، فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَةِ آخَرَ يَفْعَلُ الْغَاصِبُ أَوْ بغير^(٢٢) فِعْلِهِ ، كُسِرَتْ لِرَدِّهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ الْمِحْبَرَةِ ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ فِي كَسْرِهَا . وَإِنْ كَانَ كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا مِنْ تَبْقِيَةِ الْوَاقِعِ فِيهَا ، ضَمِنَهُ الْغَاصِبُ ، وَلَمْ تُكْسَرْ . وَإِنْ رَمَى إِنْسَانٌ دِينَارَهُ فِي مِحْبَرَةِ غَيْرِهِ^(٢٣) عُدْوَانًا^(٢٤) ، فَأَبَى صَاحِبُ الْمِحْبَرَةِ كَسْرُهَا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ تَعَدَّى بِرَمِيهِ فِيهَا ، فَلَمْ يُجْبَرْ صَاحِبُهَا عَلَى إِتْلَافِ مَالِهِ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ عُدْوَانِهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ نَقْصُ الْمِحْبَرَةِ بِوُقُوعِ الدِّينَارِ فِيهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى كَسْرِهَا لِرَدِّ عَيْنِ مَالِ الْغَاصِبِ ، وَيَضْمَنُ الْغَاصِبُ قِيَمَتَهَا ، كَمَا لَوْ غَرَسَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، مَلَكٌ حَفَرَ الْأَرْضَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ لِأَخِذَ غَرْسِهِ ، وَيَضْمَنُ نَقْصَهَا بِالْحَفْرِ . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، لَوْ كَسَرَهَا الْغَاصِبُ قَهْرًا ، لَمْ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا ، فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى السَّاحِلِ ، لَزِمَ قَلْعُهُ وَرُدُّهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ ، وَاللُّوْحُ فِي أَعْلَاهَا ، بَحِثْ لَا تُغْرَقُ بِقَلْعِهِ ، لَزِمَ قَلْعُهُ ، وَإِنْ خِيفَ غَرَقُهَا بِقَلْعِهِ ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَخْرُجَ إِلَى السَّاحِلِ ، وَلِصَاحِبِ اللُّوْحِ طَلْبُ قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا امْكَنَ رَدُّ اللُّوْحِ ، اسْتَرْجَعَهُ وَرَدَّ الْقِيَمَةَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَى . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ فِيهَا حَيَوَانٌ لَهُ حُرْمَةٌ ، أَوْ مَالٌ لِغَيْرِ الْغَاصِبِ ، لَمْ يُقْلَعْ ، كَالْخَيْطِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَالٌ لِلْغَاصِبِ ، أَوْ لَا مَالٌ فِيهَا ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْلَعْ .

(٢٢) فِي ب ، م ، « غَيْرِ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ م .

(٢٤) فِي ب زِيَادَةٌ : « وَظَلْمًا » .

والثاني : يُقْلَعُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ أُمْكَنُ رَدُّ الْمَغْضُوبِ ، فَلَزِمَ وَإِنْ أَدَّى إِلَى تَلْفِ الْمَالِ ، كَرَدِّ السَّاجَةِ الْمَيْبِيَّ عَلَيْهَا . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجَهَانُ كَهْذَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُمْكَنُ رَدُّ الْمَغْضُوبِ مِنْ غَيْرِ إِثْلَافٍ ، فَلَمْ يَجْزِ الْإِثْلَافُ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِيهَا مَالٌ غَيْرِهِ . وَفَارَقَ السَّاجَةَ فِي الْبِنَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رَدُّهَا مِنْ غَيْرِ إِثْلَافٍ .

و٢١٠/٥

فصل : وَإِذَا غَصَبَ شَيْئًا ، فَخَلَطَهُ بِمَا يُمَكِّنُ تَمْيِيزُهُ / مِنْهُ ، كَحِنْطَةِ بِشَعِيرٍ أَوْ سِمْسِيمٍ ، أَوْ صِقَارِ الْحَبِّ بِكِبَارِهِ ، أَوْ زَبِيبِ أَسْوَدَ بِأَحْمَرَ ، لَزِمَهُ تَمْيِيزُهُ ، وَرَدُّهُ ، وَأَجْرُ التَّمْيِيزِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَمْيِيزُ جَمِيعِهِ ، وَجَبَ تَمْيِيزُهُ مَا أُمْكَنَ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَمْيِيزُهُ ، فَهُوَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخْلُطَهُ بِمِثْلِهِ مِنْ جِنْسِهِ ، كَزَيْتِ بَزَيْتٍ ، أَوْ حِنْطَةِ بِمِثْلِهَا ، أَوْ دَقِيقٍ بِمِثْلِهِ ، أَوْ دَنَانِيرٍ أَوْ دَرَاهِمَ بِمِثْلِهَا ، فَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَلْزَمُهُ مِثْلُ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكَابَهُ إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِ الْجِنْسِ ، فَيَكُونُ تَنْبِيْهُهَا عَلَى مَا إِذَا خَلَطَهُ بِجِنْسِهِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا فِي الدَّقِيقِ ، فَإِنَّهُ تَجِبُ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُمْ لَيْسَ بِمِثْلِيٍّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ ، إِنْ شَاءَ مِنْهُ ، وَإِنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ ^(٢٥) رَدُّ عَيْنِ مَالِهِ بِالْحَلِطِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدَرَ عَلَى دَفْعِ بَعْضِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، مَعَ رَدِّ الْمِثْلِ فِي الْبَاقِي ، فَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْمِثْلِ فِي الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ صَانِعًا ، فَتَلَفَ نِصْفَهُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَقَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ بَعْضَ مَالِهِ وَبَدَّلَ الْبَاقِي ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ دَفْعِهِ مِنْ غَيْرِهِ . الضَّرْبُ الثَّانِي والثَّالِثُ والرَّابِعُ ، أَنْ يَخْلُطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ ذَوْتِهِ ، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ ، يُبَاغُ الْجَمِيعُ ، وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ لَهُ رَطْلٌ زَيْتٍ ، وَآخَرَ لَهُ رَطْلٌ شِيرِيحٍ ائْتَلَطَا : يُبَاغُ الذَّهْنُ كُلُّهُ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حِصَّتِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّنا إِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، أَوْصَلْنَا إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٢٦) عَيْنَ مَالِهِ ، وَإِذَا

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ب .

أَمَكْنَ الرَّجُوعُ إِلَى عَيْنِ الْمَالِ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَى الْبَدَلِ . وَإِنْ نَقَصَ الْمَعْصُوبُ عَنْ قِيَمَتِهِ مُنْفَرِدًا ، فَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ النَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَلْزَمُ الْغَاصِبَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالْخَلْطِ مُسْتَهْلَكًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِزَيْتِهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، صَارَ الْبَائِعُ كَبَعْضِ^(٢٧) الْغُرْمَاءِ ، وَلِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ بَدَلُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ تَالِفًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَطَ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ ، فَأَمَّا الْمَعْصُوبُ ، فَقَدْ وَجَدَ مِنَ الْغَاصِبِ مَا مَنَعَ الْمَالِكَ مِنْ أَخْذِ حَقِّهِ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ مُمَيِّزًا ، فَلِزِمَهُ مِثْلُهُ ، كَمَا لَوْ أَثْلَفَهُ ، إِلَّا بَأَنْ / خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، وَبَدَلَ لِصَاحِبِهِ مِثْلَ حَقِّهِ مِنْهُ ، لِزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ بَعْضَ حَقِّهِ بِعَيْنِهِ ، وَتَبَرَّعَ بِالزِّيَادَةِ فِي مِثْلِ الْبَاقِي . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَدْوَنَ مِنْهُ ، فَفَرْضِي الْمَالِكُ بِأَخْذِ قَدْرِ حَقِّهِ مِنْهُ ، لِزِمَ الْغَاصِبُ بَدْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ رَدُّ بَعْضِ الْمَعْصُوبِ وَرَدُّ مِثْلِ الْبَاقِي مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ انْتَقَلَ إِلَى الذَّمَّةِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى غَيْرِ^(٢٨) مَالٍ ، وَإِنْ بَدَّلَهُ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ فَأَبَاهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ تَرَاضِيََا بِذَلِكَ ، جَازَ ، وَكَانَ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بِتَرْكِ بَعْضِ حَقِّهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا^(٢٩) عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ دُونَ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ رَبًّا ؛ لِأَنَّهُ^(٣٠) يَأْخُذُ الزَّائِدَ فِي الْقَدْرِ عَوَضًا عَنِ الْجَوْدَةِ . وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ ، فَفَرْضِي بِأَخْذِ^(٣١) دُونَ حَقِّهِ مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ سَمَحَ الْغَاصِبُ فَدَفَعَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، جَازَ^(٣٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا مُقَابِلَ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنَّمَا هِيَ تَبَرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَتَرَاضِيََا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ حَقِّهِ أَوْ أَقَلَّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَلَا تَحْرُمُ الزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا . الضَّرْبُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَخْلُطَهُ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، كَزَيْتٍ خَلَطَهُ بِمَاءٍ ، أَوْ لَبَنٍ شَابَهُ بِمَاءٍ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ تَخْلِيصَهُ

٢١١/٥ ظ

(٢٧) فِي م : « كَأَسْوَةٍ » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « عَيْنٍ » .

(٢٩) فِي م : « اتَّفَقَا » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٢) فِي م : « جَامٍ » .

خَلَصَهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَخْلِيصَهُ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ يُفْسِدُهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ كَالهَالِكِ ، وَإِنْ لَمْ يُفْسِدْهُ . رَدُّهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ . وَإِنْ اِحْتِيجَ فِي تَخْلِيصِهِ إِلَى غَرَامَةٍ ، لَزِمَ الغَاصِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِسَبَبِهِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الفَصْلِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَصْبُغَهُ بِصَبْغٍ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَصْبُغَهُ بِصَبْغٍ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَصْبُغَهُ بِغَيْرِهِمَا .

وَالأَوَّلُ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الثَّوْبُ وَالصَّبْغُ بِحَالِهِمَا ، لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُمَا وَلَمْ تَنْقُصْ ، مِثْلُ إِنْ كَانَتْ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةً ، فَصَارَتْ قِيمَتُهُمَا بَعْدَ الصَّبْغِ عَشْرَةً ، فَهِيَ شَرِيكَانِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ مَالٍ لَهُ قِيمَةٌ ، فَإِنْ تَرَاضِيَا بِتَرْكِهِ لِهَـمَا ، جَازَ ، وَإِنْ بَاعَاهُ ، فَحَمْنَهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهُمَا ، فَصَارَا يُسَاوِيَانِ عِشْرِينَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِزِيَادَةِ الثِّيَابِ فِي السُّوقِ ، كَانَتْ الزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِزِيَادَةِ الصَّبْغِ فِي السُّوقِ ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِزِيَادَتِهِمَا / مَعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ زِيَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الزِّيَادَةِ فِي السُّوقِ ، تَسَاوَى صَاحِبَاهُمَا فِيهِمَا ، وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا ثَمَانِيَةً وَالآخَرُ اثْنَيْنِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ زَادَ بِالْعَمَلِ ، فَالزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الغَاصِبِ زَادَ بِهِ فِي الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ ، وَمَا عَمِلَهُ فِي الْمَعْصُوبِ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ إِذَا كَانَ أَثَرًا ، وَزِيَادَةُ مَالِ الغَاصِبِ لَهُ . وَإِنْ نَقَصَتْ القِيمَةُ لِتَغْيِيرِ الأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ الغَاصِبُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ نَقَصَ لِأَجْلِ الْعَمَلِ ، فَهُوَ عَلَى الغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ بَتَعَدُّيهِ ، فَإِذَا صَارَ قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا خَمْسَةً ، فَهُوَ كُلُّهُ لِمَالِكِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ النَّقْصَ حَصَلَ بِعُدْوَانِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ صَارَتْ قِيمَتُهُ سَبْعَةً ، صَارَ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِهِ خَمْسَةً أَسْبَاعِهِ ، وَلِصَاحِبِ الصَّبْغِ ^(٣٣) سَبْعَاهُ . وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ فِي السُّوقِ ، فَصَارَ يُسَاوَى

٢٢٢/٥ و

(٣٣) فِي الأَصْلِ : « الثَّوْبُ » خَطَأً .

سَبْعَةٌ ، وَنَقَصَ الصَّبِغُ ، فَصَارَ يُسَاوِي ثَلَاثَةً ، وَكَانَتْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوعًا عَشْرَةً ، فَهُوَ
بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ الصَّبِغِ ثَلَاثَةٌ . وَإِنْ سَاوَى اثْنَيْ عَشَرَ ،
فُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ نِصْفُهَا وَخُمُسُهَا ، وَلِلْغَاصِبِ خُمُسُهَا وَعَشْرُهَا ،
وَإِنْ ائْتَعَسَكَ الْحَالُ ، فَصَارَ الثَّوْبُ يُسَاوِي فِي السُّوقِ ثَلَاثَةً ، وَالصَّبِغُ سَبْعَةً ، ائْتَعَسَكَتِ
الْقِسْمَةُ^(٣٤) ، فَصَارَ^(٣٥) لِصَاحِبِ الصَّبِغِ هَهُنَا مَا كَانَ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا
وَلِصَاحِبِ الثَّوْبِ مِثْلُ^(٣٦) مَا كَانَ لِصَاحِبِ الصَّبِغِ ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ السَّعْرِ لَا تُضْمَنُ ، فَإِنْ
أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَ الصَّبِغِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءِ أَضَرَ بِالثَّوْبِ أَوْ لَمْ يَضُرَّ
بِهِ^(٣٦) ، وَيَضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إِنْ نَقَصَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَ مَالَهُ ، فَمَلَكَ
أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ عَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ . وَلَمْ يُفَرِّقْ أَصْحَابُنَا بَيْنَ مَا يَهْلِكُ صَبِغُهُ بِالْقَلْعِ ، وَبَيْنَ
مَا لَا يَهْلِكُ . وَيَتَبَيَّنُ أَنْ يُقَالَ : مَا يَهْلِكُ بِالْقَلْعِ لَا يَمْلِكُ قَلْعَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ
الْحَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مَنْ قَلَعَهُ إِذَا تَضَرَّرَ الثَّوْبُ بِقَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْمُسْتَشْرَى إِذَا بَنَى أَوْ
عَرَسَ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ : فَلَهُ أَخْذُهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَخْذِهِ ضَرَرٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِالثَّوْبِ الْمَعْصُوبِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْهُ ، كَقَطْعِ خِرْقَةٍ مِنْهُ ،
وَفَارَقَ قَلْعَ الْعَرْسِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ يَحْصُلُ بِهِ نَفْعُ قَلْعِ الْعُرُوقِ مِنَ الْأَرْضِ . وَإِنْ اخْتَارَ
الْمَعْصُوبُ مِنْهُ قَلْعَ الصَّبِغِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ إِجْبَارًا / الْغَاصِبِ
عَلَيْهِ ، كَمَا يَمْلِكُ إِجْبَارًا عَلَى قَلْعِ شَجَرَةٍ مِنْ أَرْضِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَعَلَ مَلَكَهُ بِمَلَكَهِ عَلَى
وَجْهِ أَمَكْنِ تَخْلِيصِهِ ، فَلَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ ، وَإِنْ اسْتَضَرَّ الْغَاصِبُ ، كَقَلْعِ الشَّجَرِ ، وَعَلَى
الْغَاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ الثَّوْبِ ، وَأَجْرُ الْقَلْعِ ، كَمَا يَضْمَنُ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ . وَالثَّانِي ، لَا
يَمْلِكُ إِجْبَارًا عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ مَنْ قَلَعَهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِغَ يَهْلِكُ بِالِاسْتِخْرَاجِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ

٥/٢٢٢ ظ

(٣٤) في ب ، م : « القيمة » .

(٣٥) في الأصل : « فصارت » .

(٣٦) سقط من : م .

وَصُولُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ بِدُونِهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَمْ يُجْبَرِ عَلَى قَلْعِهِ ، كَقَلْعِ الزَّرْعِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَفَارَقَ الشَّجَرَ ، فَإِنَّهُ لَا يَتْلَفُ بِالْقَلْعِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَلَعَلَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الزَّرْعِ ، وَهَذَا^(٣٧) مُخَالَفٌ لِلزَّرْعِ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَايَةَ يَنْتَهِي إِلَيْهَا ، وَلصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخَذَهُ بِنَفَقَتِهِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُ أَرْضِهِ فِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ الصَّبْغِ ، فَإِنَّهُ لَا نِهَايَةَ لَهُ إِلَّا تَلَفُ الثُّوبِ ، فَهُوَ أَشْبَهُهُ بِالشَّجَرِ فِي الْأَرْضِ . وَلَا يَخْتَصُّ وَجُوبُ الْقَلْعِ فِي الشَّجَرِ بِمَا لَا يَتْلَفُ ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِ مَا يَتْلَفُ وَمَا لَا يَتْلَفُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهْدَنِينَ . وَإِنْ بَدَلَ رَبُّ الثُّوبِ قِيمَةَ الصَّبْغِ لِلْغَاصِبِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يُجْبَرِ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِجْبَارٌ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَدَلَ لَهُ قِيمَةَ الْغِرَاسِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَقْلَعُهُ ، قِيَاسًا عَلَى الشَّجَرِ ، وَالْبِنَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ ، وَالْعَارِيَةِ ، وَفِي الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ إِذَا لَمْ يَقْلَعُهُ الْغَاصِبُ ، وَلِأَنَّهُ أَمْرٌ يَرْتَفِعُ بِهِ التَّرَاغُ ، وَيَتَخَلَّصُ بِهِ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ بَدَلَ الْغَاصِبُ قِيمَةَ الثُّوبِ لِصَاحِبِهِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يُجْبَرِ عَلَى ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ بَدَلَ صَاحِبُ الْغِرَاسِ قِيمَةَ الْأَرْضِ لِمَالِكِهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْغَاصِبُ الصَّبْغَ لِمَالِكِ الثُّوبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ صَارَ مِنْ صِفَاتِ الْعَيْنِ ، فَهُوَ كَرِيَاذَةِ الصَّفَةِ^(٣٨) فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ . الثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ يُمَكِّنُ إِفْرَادُهَا ، فَلَمْ يُجْبَرِ عَلَى قَبُولِهَا . وَظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الصَّدَاقِ : إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ^(٣٩) ، فَبَدَّلْتَ لَهُ نِصْفَهُ مَصْبُوعًا ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ بَيْعَ الثُّوبِ ، وَأَبَى الْغَاصِبُ ، فَلَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَلَا يَمْلِكُ الْغَاصِبُ مَنَعَهُ مِنْ بَيْعِ مِلْكِهِ بَعْدُوَانِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ بَيْعَهُ ، لَمْ يُجْبَرِ الْمَالِكُ عَلَى بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ

(٣٧) فِي ب : « وَهُوَ » .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « الصَّبْغَةُ » .

(٣٩) فِي ١ ، ب : « فغصبه » .

مُتَعَدٌّ ، فلم يَسْتَحِقَّ إِزَالََةَ مَلِكِ صَاحِبِ التَّوْبِ عَنْهُ بِعُدْوَانِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجَبَّرَ لِصِلِ
الغاصِبِ إِلَى ثَمَنِ صَبِغِهِ .

القسم الثاني ، أن يَعْصِبَ تَوْبًا وَصَبِغًا مِنْ وَاحِدٍ ، فَيَصْبِغُهُ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُمَا وَلَمْ
تَنْقُصْ ، رَدَّهُمَا / وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ فَهِيَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ ؛
لأنَّهُ (٤٠) إِنَّمَا لَهُ فِي الصَّبِغِ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ . وَإِنْ نَقَصَتْ بِالصَّبِغِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانٌ
النَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ بَتَعَدِّيهِ . وَإِنْ نَقَصَ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ لَمْ يَضْمَنْهُ .

القسم الثالث ، أن يَعْصِبَ تَوْبَ رَجُلٍ وَصَبِغَ آخَرَ ، فَيَصْبِغُهُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ
الْقِيمَتَانِ بِحَالِهِمَا ، فَهَمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِهِمَا ، وَإِنْ زَادَتْ ، فَالزِّيَادَةُ لَهَا ، وَإِنْ
نَقَصَتْ بِالصَّبِغِ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَيَكُونُ النَّقْصُ مِنْ صَاحِبِ الصَّبِغِ ؛ لِأَنَّهُ
تَبَدَّدَ فِي التَّوْبِ ، وَيَرِجُّعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَإِنْ نَقَصَ لِتَقْصِيرِ سِعْرِ الثِّيَابِ ، أَوْ سِعْرِ
الصَّبِغِ ، أَوْ لِتَقْصِيرِ مِعْرِهِمَا ، لَمْ يَضْمَنْهُ الْغَاصِبُ ، وَكَانَ نَقْصُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ
صَاحِبِهِ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الصَّبِغِ قَلْعَهُ ، أَوْ أَرَادَ ذَلِكَ صَاحِبُ التَّوْبِ ، فَحُكْمُهُمَا
حُكْمُ مَالٍ صَبِغَهُ الْغَاصِبُ بِصَبِغٍ مِنْ عِنْدِهِ ، عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ . وَإِنْ غَصَبَ عَسَلًا
وَنَشَاءً ، وَعَقَدَهُ حُلُوءًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالٍ غَصَبَ تَوْبًا فَصَبِغَهُ ، عَلَى مَا ذُكِرَ فِيهِ .
الحكم الثاني ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمَعْصُوبِ أَجْرٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلَهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي
يَدَيْهِ ، سِوَا مَا اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَرَكَهَا تَذَهَبُ . هَذَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ . نَصَّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَضْمَنُ الْمَنَافِعَ . وَهُوَ
الَّذِي نَصَرَهُ أَصْحَابُ مَالِكٍ . وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ غَصَبَ
دَارًا فَسَكَنَهَا عِشْرِينَ سَنَةً : لَا أُجْتَرِي أَنْ أَقُولَ عَلَيْهِ سَكَنِي مَا سَكَنَ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى
تَوْقُفِهِ عَنْ إِيْجَابِ الْأَجْرِ ، إِلَّا أَنْ أَبَا بَكْرٍ قَالَ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ
مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بِعِشْرِينَ سَنَةً . وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يُوجِبِ الْأَجْرَ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

(٤٠) في ب ، م : (ولأنه) .

« الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ »^(٤١) . وضمانها على الغاصب ، ولأنه استوفى منفعةً بغير عقدٍ ولا شبهة ملك ، فلم يضمنها ، كما لو زنى بامرأةٍ مطاوعةٍ . ولنا ، أن كل ما ضمنه بالإتلاف^(٤٢) في العقد الفاسد ، جاز أن يضمنه بمجرّد الإتلاف ، كالأعيان ، ولأنه أتلف متقومًا ، فوجب ضمانه ، كالأعيان . أو نقول : مال متقوم معصوب ، فوجب ضمانه ، كالعين . فأما الخبر ، فوارد في البيع^(٤٣) ولا يدخل فيه الغاصب ؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمعصوب بالإجماع ، ولا يشبه الزنى ؛ لأنها رخصت بالإتلاف منافعها بغير عوض ، ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره . ولو أكرهها عليه ، لزمه مهرها . والخلاف في ماله منافع تستباح بعقد / الإجارة ، كالعقار والثياب والدواب ونحوها ، فأما العنم والشجر والطير ونحوها ، فلا شيء فيها ؛ لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض . ولو غصب جارية ولم يطأها ، ومضت عليها مدة يمكن الوطء فيها ، لم يضمن مهرها ؛ لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء ، بخلاف غيرها ، ولأنها لا تُقدر بزمن ، فيكون مضى الزمان بتلفها ، بخلاف المنفعة .

ظ ٢٣/٥

فصل : إذا غصب طعامًا ، فأطعمه غيره ، فللمالك تضمينُ أيهما شاء ؛ لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكل أتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد صاحبه^(٤٤) بغير إذن مالكيه ، فإن كان الآكل عالمًا بالعصّب ، استقر الضمان عليه ؛ لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالم من غير تعريض ، فإذا ضمن الغاصب ، رجح عليه ، وإن ضمن الآكل ، لم يرجع على أحد . وإن لم يعلم الآكل بالعصّب نظرًا ؛ فإن كان الغاصب قال له : كُلْهُ ، فإنه طعامي . استقر الضمان عليه ؛ لإعترافه بأن الضمان باق عليه ، وأنه لا يلزم الآكل شيء . وإن لم يقل ذلك ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يستقر الضمان على الآكل . وبه قال أبو حنيفة ، والثانية في

(٤١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٢ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في ب : « الأعيان » .

(٤٤) في م : « ضامنه » .

الجديد ؛ لأنه ضمن ما أثلف ، فلم يرجع به على أحد . والثانية ، يستقر الضمان على الغاصب ؛ لأنه غر الآكل ، وأطعمه على أنه لا يضمنه . وهذا ظاهر كلام الخرقى ؛ لقوله في المشتري للامة : يرجع بالمهر وكل ما غرم على الغاصب . وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه ، لم يرجع على أحد ، فإن غرمه صاحبه ، رجح عليه . وإن أطعم المعصوب لمالِكِه ، فأكله عالماً أنه طعمه ، برئ الغاصب . وإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كلهُ ، فإنه طعمي . استقر الضمان على الغاصب ؛ لما ذكرنا ، وإن كانت له بيته بأنه طعم المعصوب منه . وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه ، وقال : كلهُ ، أو قال : قد وهبتك إياه . أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ ؛ لأنه قال في رواية الأثرم ، في رجل ، له قبل رجل تبعه ، فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية ، فلم يعلم ، فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه ^(٤٥) هدية . يقول له : هذا لك عندي . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بكل المالك طعمه بطريق الأولى ؛ لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه ، وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان ، فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد ، من أخذه ويبيعه والصدقة به ، فلم يبرأ الغاصب ، كما لو علفه / لدوابه ^(٤٦) ، ويخرج أن يبرأ بناءً على ما مضى ^(٤٧) إذا أطعمه لغير مالِكِه ، فإنه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين ، فبرأ ههنا بطريق الأولى . وهذا مذهب أبي حنيفة . وإن وهب المعصوب لمالِكِه ، أو أهدها إليه ، فالصحيح أنه يبرأ ؛ لأنه قد سلمه إليه تسليمًا صحيحًا تامًا ، وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد ، في رواية الأثرم ، وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية ، فأخذه المالك على هذا الوجه ، لا على سبيل العوض ، فلم تثبت المعارضة ، ومسألتنا فيما إذا رد إليه عين ماله ، وأعاد يده التي أزالها . وإن باعه إياه ، وسلمه إليه ، برئ من الضمان ؛ لأنه قبضه بالاتباع ، والاتباع يوجب الضمان .

(٤٥) في ب زيادة : « له » .

(٤٦) في ب : « لدابة مالِكِه » .

(٤٧) سقط من : الأصل ، ب .

وإن أقرضه إياه ، برئ أيضا ؛ لذلك . وإن أعاره إياه ، برئ أيضا ؛ لأن العارية تُوجب الضمان . وإن أودعه إياه ، أو أجره إياه ، أو رهنه ، أو أسلمه عنده ليقتصره أو يعلمه ، لم يبرأ من الضمان ، إلا أن يكون عالما بالحال ؛ لأنه لم يعد إليه سلطانَه . وإنما قبضه على أنه أمانة . وقال بعض أصحابنا : يبرأ ؛ لأنه عاد إلى يده وسلطانَه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والأول أولى ؛ فإنه لو أباحه إياه فأكله ، لم يبرأ ، فههنا أولى .

فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المعصوب ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٤٨) ، فلا يلزمه ، ما لم يقيم عليه به حجة ، كما لو ادعى عليه دينًا ، فأقر ببعضه . وكذلك إن قال المالك : كان كاتبًا أو له صناعة . فأنكر الغاصب ، فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البينة بالصفة ، ثبتت . وإن قال الغاصب : كانت فيه سلعة^(٤٩) ، أو أصبغ زائدة ، أو عيب . فأنكر المالك ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال . وإن اختلفا بعد زيادة قيمة^(٥٠) المعصوب في وقت زيادته ، فقال المالك : زادت قبل تلفه . وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه . فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته . وإن شاهدنا العبد معيبًا ، فقال الغاصب : كان معيبًا قبل غصبه . وقال المالك : تعيب عندك . فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غريم ، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير . وإن غصبه حمرا ، ثم قال صاحبه : تحلل عندك . وأنكر الغاصب ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاؤه على ما كان ، وبرائة الذمة . وإن اختلفا في رد المعصوب ، أو رد مثله أو قيمته ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، واشتغال الذمة به . وإن اختلفا في تلفه ، فادعاه الغاصب ، وأنكره المالك ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه أعلم بذلك ، وتعدر إقامة البينة عليه ، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببذله ؛ لأنه تعدر رد العين ، فلزم

ظ ٢٤/٥

(٤٨) في ب : « الذمة » .

(٤٩) السلعة : الشجة في الرأس ، كائنة ما كانت .

(٥٠) سقط من : ب .

بَدَلُهَا ، كَالوَ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاقَى . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْبَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُ مِنِّي حَدِيثًا . فَقَالَ : بَلْ عَتَيْتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ وَجُوبِ الْحَدِيثِ ، وَلِلْمَالِكِ الْمُطَالَبَةُ بِالْعَتِيْقِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا ، فَادَّعَى إِنْسَانٌ عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ غَصَبَهُ الْعَبْدَ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، انْتَقَضَ الْبَيْعُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِثَمَنِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَأَقَرَّ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي بِذَلِكَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ وَحْدَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَلَزِمَتْ الْبَائِعِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مِلْكِهِ ، وَيُقَرُّ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلِلْبَائِعِ إِخْلَافُهُ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمُشْتَرِي بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْمُطَالِبَتَهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي الْقِيَمَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَالْمُشْتَرِي يُقَرُّ لَهُ بِالثَّمَنِ ، فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى اسْتِحْقَاقِ أَقْلِ الْأَمْرَيْنِ ^(٥١) ، فَوَجِبَ ، وَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا فِي السَّبَبِ بَعْدَ اتَّفَاقِهِمَا عَلَى حُكْمِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَيكَ الْفُ مِنْ ثَمَنِ الْبَيْعِ . فَقَالَ : بَلِ الْفُ مِنْ قَرْضٍ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبِضَ الثَّمَنَ ، فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي اسْتِرْجَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَمَتَى عَادَ الْعَبْدُ إِلَى الْبَائِعِ بِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، وَجِبَ عَلَيْهِ رَدُّهُ عَلَى ^(٥٢) مُدْعِيهِ ، وَلَهُ اسْتِرْجَاعُ مَا أَخَذَ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ إِقْرَارُ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَهُ ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَسْخَاحَهُ ، فَقَبِلَ إِقْرَارُهُ بِمَا يَنْفَسِخُهُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ ، لَزِمَهُ رَدُّ الْعَبْدِ وَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلَا يَمْلِكُ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ ، إِنْ كَانَ قَبِضَهُ ، وَيَلْزِمُهُ ^(٥٣) دَفْعُهُ إِلَيْهِ ^(٥٤) . إِنْ كَانَ لَمْ يَقْبِضْهُ . وَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً بِمَا أَقَرَّ بِهِ ، قُبِلَتْ ، وَلَهُ

(٥١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ الثَّمَنِ » .

(٥٢) فِي ب : « إِلَى » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلَزِمَهُ » .

(٥٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ . وَإِنْ أَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً ، إِذَا كَانَ هُوَ الْمُقِرُّ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ فِي حَالِ الْبَيْعِ قَالَ : بَعْتُكَ عَبْدِي هَذَا أَوْ مَلَكَي هَذَا^(٥٥) . لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُكَذِّبُهَا وَتُكَذِّبُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَالَ ذَلِكَ ، قُبِلَتْ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَلَكَهَ وَغَيْرَ مَلَكَهَ . وَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ ، سُمِعَتْ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُبُهَا إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا . وَإِنْ أَنْكَرَاهُ جَمِيعًا ، فَلَهُ إِخْلَافُهُمَا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ يَجِدُ سَرْقَتَهُ بَعِينَهَا عِنْدَ إِنْسَانٍ ، قَالَ : هُوَ مَلَكَهَ ، يَأْخُذُهُ ، أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ سُمْرَةَ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَيَتَّبِعُ / الْمُتَبَاعُ مَنْ بَاعَهُ »^(٥٦) . رَوَاهُ هَشِيمٌ^(٥٧) ، عَنْ مُوسَى بْنِ السَّائِبِ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنِ الْحَسَنِ ، عَنْ سُمْرَةَ ، وَمُوسَى بْنِ السَّائِبِ ثِقَةً .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَ الْعَبْدَ ، فَاقْرَأَ جَمِيعًا ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ ، وَكَانَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْعَبْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُقْبَلُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْعِتْقِ ، مَعَ اتِّفَاقِ السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ عَلَى الرَّقِّ ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : أَنَا حُرٌّ . ثُمَّ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ إِذَا اتَّفَقُوا كُلُّهُمْ ، وَيَعُودُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أَقْرَبَ بِالرَّقِّ لِمَنْ يَدَّعِيهِ ، فَصَحَّ ، كَالْوَلِيِّ لَمْ يَعْتِقْهُ الْمُشْتَرِي . وَمَتَى حَكَمْنَا بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضَمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ عِتْقِهِ ، ثُمَّ إِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ أَثْلَفَهُ ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْبَائِعِ إِلَّا بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَخَلَفَ مَالًا ، فَهُوَ لِلْمُدَّعِي ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَهُ . وَإِنَّمَا مَنَعْنَا رَدَّ الْعَبْدِ إِلَيْهِ ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ^(٥٨) الْحُرِّيَّةِ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يَخْلَفَ وَارِثًا فَيَأْخُذَهُ ، وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا

(٥٥) سقط من : الأصل ، م .

(٥٦) تقدم تخريجه في ٦ / ٥٧٩ . ويضاف إليه : كما أخرجه النسائي ، في : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها

مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

(٥٧) في ب : « هاشم » . خطأ ، وانظر مواضع التخرج .

(٥٨) سقط من : ب .

يَدْعِيهِ أَحَدٌ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ وَحَدَّهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَمْ يَرْجِعِ
الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ . وَبِقِيَّةِ الْأَقْسَامِ عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَهَبَهُ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنِّي فَعَلْتُ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ أُمْلِكَهُ ، وَقَدْ مَلَكَتُهُ
الآن بِمِيرَاثٍ أَوْ هِبَةٍ مِنْ مَالِكِهِ ، فَيَلْزِمُكَ رَدُّهُ عَلَيَّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ وَالْهِبَةَ بِاطِّلَانِ .
وَإِنْ (٥٩) أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً نَظَرْتِ ؛ فَإِنْ كَانَ قَالَ حِينَ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ : هَذَا مِلْكِي . أَوْ بَعْتُكَ
مِلْكِي هَذَا . أَوْ كَانَ (٦٠) فِي ضِمْنِهِ إِقْرَارًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : قَبَضْتُ ثَمَنَ مِلْكِي أَوْ
قَبَضْتُهُ . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ تُقْبَلِ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لَهَا ، وَهِيَ تُكَذِّبُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ ، قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَبِيعُ وَيَهَبُ مِلْكَهُ وَغَيْرَ مِلْكِهِ .

فصل : إِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَعْصُوبُ جِنَايَةً أُوجِبَتِ الْقِصَاصَ ، فَأَقْتَصَّ مِنْهُ ، فَضَمَّانَهُ
عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ (٥٩) تَلَفَ فِي يَدَيْهِ ، فَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ ذَلِكَ بِرَقَبَتِهِ ،
وَضَمَّانَ ذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَدَثَ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَّانُهُ ؛ لِأَنَّ ضَمَّانَ
الْعَبْدِ وَنَقْصَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَيَضْمُنُهُ بِأَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، كَمَا يَقْدِرُهُ
سَيِّدُهُ . وَإِنْ جَنَى / عَلَى (٦١) مَا دُونَ النَّفْسِ ، مِثْلَ أَنْ قَطَعَ يَدًا فَقَطَعَتْ يَدَهُ قِصَاصًا ، فَعَلَى
الْغَاصِبِ مَا نَقَصَ الْعَبْدُ بِذَلِكَ دُونَ أَرْضِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ ذَهَبَتْ بِسَبَبِ غَيْرِ مَضْمُونٍ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ سَقَطَتْ . وَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُ الْيَدِ بِرَقَبَتِهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ
أَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْيَدِ ، فَإِنْ زَادَتْ جِنَايَةُ الْعَبْدِ عَلَى قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ إِنَّهُ مَاتَ ،
فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيَمَتَهُ ، يَدْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا تَعَلَّقَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا
كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالْعَبْدِ ، فَتَعَلَّقَتْ بِبَدَلِهِ ، كَمَا أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا أَثْلَفَهُ مُتَلَفٌ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ،
وَتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِهَا ، فَإِذَا أَخَذَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْقِيَمَةَ مِنَ الْمَالِكِ ، رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠) في ب ، م : « وكان » .

(٦١) في ب : « عليه » .

بِقِيَمَةِ أُخْرَى ، لَأَنَّ الْقِيَمَةَ الَّتِي أَخَذَهَا اسْتَحِقَّتْ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَكَانَتْ مِنْ ضَمَانِهِ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ وَدِيْعَةً ، فَجَنَى جِنَايَةً اسْتَعْرَقَتْ قِيَمَتَهُ ، ثُمَّ إِنْ الْمُوْدِعَ قَتَلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَتَعَلَّقَ بِهَا أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا وَلِيُّ الْجِنَايَةِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُوْدِعِ ؛ لِأَنَّهُ جَنَى ، وَهُوَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ جَنَى فِي يَدِ سَيِّدِهِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، ثُمَّ غَصَبَهُ غَاصِبٌ ، فَجَنَى فِي يَدِهِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، يَبِيعُ فِي الْجِنَايَتَيْنِ ، وَقُسِمَ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمَا ، وَرَجَعَ صَاحِبُ الْعَبْدِ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا أَخَذَهُ الثَّانِي مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، وَكَانَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْلَا أَنْ يَأْخُذَهُ دُونَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ مِنَ الْغَاصِبِ هُوَ عَرَضٌ مَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ثَانِيًا ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ قِيَمَةِ الْجَانِي لَا يُزَاحِمُ فِيهِ ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ ، وَيَكُونُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْلَا أَنْ يَأْخُذَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

٨٧٠ - مسألة ؛ قال : (مَنْ أَثْلَفَ لِذِمِّيَّ حُمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا ، فَلَا غَرَمَ عَلَيْهِ ، وَيُنْهَى عَنِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ فِيمَا لَا يَظْهَرُونَهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ ضَمَانُ الْحُمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ، سِوَاءَ كَانِ مُتْلِفُهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا لِْمُسْلِمِ أَوْ ذِمِّيٍّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، فِي الرَّجْلِ يُهْرِيقُ مُسْكِرًا لِْمُسْلِمِ ، أَوْ لِذِمِّيٍّ حُمْرًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يَجِبُ ضَمَانُهُمَا إِذَا أَثْلَفَهُمَا عَلَى ذِمِّيٍّ . قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ مُسْلِمًا بِالْقِيَمَةِ ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا بِالْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ إِذَا عَصَمَ عَيْنًا قَوْمَهَا ، كَنَفَسِ الْأَدَمِيِّ ، وَقَدْ عَصَمَ حُمْرَ الذِّمِّيِّ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُسْلِمَ يُمْنَعُ مِنْ إِثْلَافِهَا ، فَجِبُّ أَنْ يَقُومَهَا ، وَلَا تَهَا / مَالٌ لَهُمْ يَتَمَوَّلُونَهَا ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ عَامِلَهُ كَتَبَ إِلَيْهِ : إِنْ أَهْلَ الذِّمَّةِ يَمُرُّونَ بِالْعَاشِرِ^(١) ، وَمَعَهُمُ الْحُمُورُ . فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ : وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا ،

٢٦٥ و

(١) العاشر : عامل الزكاة الذي يقدر العشر .

وَحُدُوا مِنْهُمْ عَشْرَ ثَمَنِيهَا . وَإِذَا كَانَتْ مَالًا لَهُمْ ^(٢) وَجَبَ ضَمَانُهَا ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ .
وَلَنَا ، أَنَّ جَابِرًا ، رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَمًا يَبِيعُ الْحَمْرَ وَالْمَيْتَةَ
وَالْخَنْزِيرَ وَالْأَصْنَامَ » . مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ ^(٣) . وَمَا حَرَّمَ بَيْعُهُ لِاحْتِرَامِهِ ، لَمْ تَجِبْ قِيَمَتُهُ ،
كَالْمَيْتَةِ ، لِأَنَّ مَا لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي حَقِّ ^(٤) الْمُسْلِمِ ، لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي حَقِّ الذَّمِيِّ ،
كَالْمُرْتَدِّ ، وَلِأَنَّهَا غَيْرُ مَتَّقَوْمَةٍ ، فَلَا تُضْمَنُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَدَلِيلُ أَنَّهَا غَيْرُ مَتَّقَوْمَةٍ فِي حَقِّ
الْمُسْلِمِ ، فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الذَّمِيِّ ، فَإِنَّ تَحْرِيمَهَا ثَبِتَ فِي حَقِّهِمَا ، وَحِطَابُ التَّوَاهِي
يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِمَا ، فَمَا ثَبِتَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، ثَبِتَ فِي حَقِّ الْآخَرِ . وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ ،
بَلْ مَتَى أَظْهَرْتَ حَلَّتْ إِزَاقَتُهَا ، ثُمَّ لَوْ عَصَمَهَا مَا لَزِمَ تَقْوِيمُهَا ؛ فَإِنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الْحَرْبِ
وَصَبِيَّائِهِمْ مَعْصُومُونَ غَيْرُ مَتَّقَوْمِينَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا مَالٌ عِنْدَهُمْ . يَنْتَقِضُ بِالْعَبْدِ
الْمُرْتَدِّ ، فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَهُمْ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَمْرٍ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ تَرْكَ التَّعْرُضِ
لَهُمْ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ بِأَخْذِ عَشْرِ أَثْمَانِهَا ، لِأَنَّهُمْ إِذَا ^(٥) تَبَايَعُوا وَتَقَابَضُوا ^(٦) حَكَمْنَا لَهُمْ ^(٧)
بِالْمَلِكِ وَلَمْ تَنْقُضْهُ ، وَتَسْمِيَّتُهَا أَثْمَانًا مَجَازٌ ، كَمَا سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى ثَمَنَ يَوْسُفَ ثَمَنًا ،
فَقَالَ : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ ^(٧) . وَأَمَّا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ : وَيُنْهَى عَنِ التَّعْرُضِ لَهُمْ فِيمَا

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣ / ١١٠ . ومسلم ،

فى : باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٠ . والترمذى ،

فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥ / ٣٠١ . والنسائى ، فى :

باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، من كتاب الفرع ، وفى : باب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى

٧ / ١٥٦ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يجل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ .

والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢٤ ، ٣٢٦ ، ٣٤٠ .

(٤-٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

(٥) سقط من : م .

(٦-٦) فى ب : ٥ حكسناهم .

(٧) سورة يوسف ٢٠ .

لا يُظهِرُونَهُ ، فَلَأَنَّ كُلَّ مَا اعْتَقَدُوا حِلَّهُ فِي دِينِهِمْ ، مِمَّا لَا أَدَى لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ ، مِنَ الْكُفْرِ ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَاتِّخَاذِهِ ^(٨) ، وَنِكَاحِ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ ، لَا يَجُوزُ لَنَا التَّعَرُّضُ لَهُمْ ^(٩) فِيهِ ، إِذَا لَمْ يُظْهِرُوهُ ، لِأَنَّ التَّرْمَنَّا إِقْرَارَهُمْ عَلَيْهِ فِي دَارِنَا ، فَلَا نَعْرِضُ لَهُمْ فِيهَا التَّرْمَنَّا تَرْكَهُ ، وَمَا أَظْهَرُوهُ مِنْ ذَلِكَ ، تَعَيَّنَ إِنْكَارُهُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ كَانَ خَمْرًا جَارَتْ إِرَاقَتُهُ ، وَإِنْ أَظْهَرُوا صَلِيبًا أَوْ طُنْبُورًا جَارَ كَسْرُهُ ، وَإِنْ أَظْهَرُوا كُفْرَهُمْ أَدْبُوعًا عَلَى ذَلِكَ ، وَيُمنَعُونَ مِنْ إِظْهَارِ مَا يُحَرِّمُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، لَزِمَهُ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى شُرْبِهَا . وَإِنْ غَصَبَهَا مِنْ مُسْلِمٍ ، لَمْ يَلْزَمْ رَدُّهَا ، وَوَجِبَتْ إِرَاقَتُهَا ؛ لِأَنَّ أَبَا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَيَّتَامٍ وَرِثُوا خَمْرًا ، فَأَمَرَهُ بِإِرَاقَتِهَا ^(١٠) . وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَوْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ » ^(١١) . وَلِأَنَّ مَا حُرِّمَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ ، لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالذِّمِّ . فَإِنْ / أَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ حَتَّى صَارَتْ خَلًّا ، لَزِمَ رَدُّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ خَلًّا ، عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ تَلَفَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، وَإِنْ أَرَاقَهَا فَجَمَعَهَا إِنْسَانٌ ، فَتَخَلَّلَتْ عِنْدَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّ الْخَلِّ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا بَعْدَ إِتْلَافِهَا ، وَزَوَالَ الْيَدِ عَنْهَا .

ظ ٢٦/٥

(٨) في ب : « وابتجاره » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢ / ٢٩٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(١١) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٦ . والنسائي ، في : باب بيع الخمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧١ . والدارمي ، في : باب النهي عن الخمر وشراؤها ، من كتاب الأشربة ، وفي : باب في النهي عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ١١٤ ، ٢٥٦ . والإمام مالك ، في : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٣٢٤ ، ٣٥٨ .

فصل : وإن غَصَبَ كَلْبًا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الِاتِّفَاعُ بِهِ وَاقْتِنَاؤُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَالَ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَغْرَمُهُ . وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، لَمْ يَلْزَمُهُ أُجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ . وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ ^(١٢) رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي طَهَارَتِهِ بِالذَّبْحِ ، فَمَنْ قَالَ بِطَهَارَتِهِ ، أُوجِبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ^(١٣) إِصْلَاحَهُ ، فَهُوَ كَالثُّوبِ النَّجِسِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يُوجِبْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إِصْلَاحِهِ . فَإِنْ أَتْلَفَهُ ، أَوْ أَتْلَفَ مَيْتَةً بِجِلْدِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ . وَإِنْ دَبَعَهُ ^(١٤) الْغَاصِبُ ، لَزِمَ رَدُّهُ إِنْ ^(١٥) قُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْحَمْرِ إِذَا تَحَلَّلَتْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ رَدُّهُ ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ صَارَ مَا لَا يَفْعَلُهُ ، بِخِلَافِ الْحَمْرِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ رَدُّهُ ^(١٦) ، إِذَا قُلْنَا : يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ . لِأَنَّهُ نَجِسٌ يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ ، أَشْبَهَ الْكَلْبَ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ الذَّبْحِ .

فصل : وإن كَسَرَ صَلِيبًا ، أَوْ مِزْمَارًا ، أَوْ طَنْبُورًا ، أَوْ صَنَمًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ ذَلِكَ إِذَا فَصِلَ يَصْلُحُ ^(١٧) لِنَفْعِ مَبَاحٍ وَإِذَا كُسِرَ لَمْ يَصْلُحْ لَهُ ^(١٨) ، لَزِمَهُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مُفْصَلًا ^(١٩) وَمَكْسُورًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بِالْكَسْرِ مَالَهُ قِيمَةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ^(٢٠) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ ^(٢١) يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ

(١٢) في م : « يجب » .

(١٣) في الأصل : « يوجب » .

(١٤) في الأصل : « دفعه » .

(١٥) في الأصل : « وإن » .

(١٦-١٦) سقط من : ب .

(١٧) في الأصل : « صلح » .

(١٨) في م : « لنفع مباح » .

(١٩) كذا في النسخ ، وصحته : « مفصلا » .

(٢٠) سقط من : ب . وفي الأصل : « ضمان » .

(٢١) في ب : « فلا » .

الله حَرَمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِزِيرِ وَالْأَصْنَامِ « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « بُعِثْتُ بِمَحَقِّ الْقَيْنَاتِ وَالْمَعَارِفِ » (٢٢) .

فصل : وإن كَسَرَ آئِيَةَ (٢٣) ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ اتِّخَاذَهَا مُحَرَّمٌ . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ ، فَإِنْ مُهِنَّا نَقَلَ عَنْهُ فِي مَنْ هَشَمَ عَلَى غَيْرِهِ إِبْرِيْقًا فِضَّةً : عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، يَصُوغُهُ كَمَا كَانَ . قِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ قَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ اتِّخَاذِهَا (٢٤) ؟ فَسَكَتَ (٢٥) . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . نَصَّ عَلَيْهِ (٢٦) فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ (٢٧) فِي مَنْ كَسَرَ إِبْرِيْقَ فِضَّةٍ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ (٢٨) أُتْلِفَ مَا لَيْسَ بِمُبَاحٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ . وَرِوَايَةُ مُهِنًا / تُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ذَلِكَ ؛ لِكَوْنِهِ سَكَتَ حِينَ ذَكَرَ السَّائِلُ تَحْرِيْمَهُ ، وَلِأَنَّ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ قَالَ : يَصُوغُهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ صِيَاغَتُهُ (٢٩) . فَكَيْفَ يَجِبُ ذَلِكَ !

و٢٧/٥

فصل : وإن كَسَرَ آئِيَةَ الْخَمْرِ ، فَفِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهَا (٣٠) مَالٌ يُمَكِّنُ الْاِتِّفَاعَ بِهِ ، وَيَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَيَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَمْرٌ ، وَلِأَنَّ جَعَلَ

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند / ٥ / ٢٥٧ ، ٢٦٨ .

(٢٣) في م زيادة : « من » .

(٢٤) أخرجه البخاري ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب حق إجابة الويلمة والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري / ٢ / ٩٠ ، ٧ / ٣١ ، ٢٠٠ . ومسلم ، في : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم / ٣ / ١٦٣٥ - ١٦٣٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية لبس المعصر للرجل والقسي ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى / ١٠ / ٢٥٢ . والنسائي ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى / ٤ / ٤٤ . وإمام أحمد ، في : المسند / ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .

(٢٥) في الأصل : « فكسرت » .

(٢٦) في م زيادة : « أحمد » .

(٢٧) في النسخ : « المروزي » . تحريف .

(٢٨) في الأصل : « ولأنه » .

(٢٩) في ب ، م : « صناعته » .

(٣٠) في م : « لأنه » .

الْحَمْرِ فِيهَا لَا يَقْتَضِي سُقُوطَ ضَمَانِهَا ، كَالْبَيْتِ الَّذِي جُعِلَ مَخْزَنًا لِلْحَمْرِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا تُضْمَنُ ؛ لِمَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « مُسْنَدِهِ » (٣١) : حَدَّثَنَا (٣٢) أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ ، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ حَبِيبٍ ، قَالَ : قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ آتِيَهُ بِمُدِّيَةِ ، وَهِيَ الشَّفْرَةُ ، فَأَتَيْتُهُ بِهَا ، فَأَرْسَلَ بِهَا فَأَرْهَفَتْ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا ، وَقَالَ : « اغْدُ عَلَيَّ بِهَا » . فَفَعَلْتُ ، فَحَرَجَ بِأَصْحَابِهِ إِلَى أُسْوَاقِ (٣٣) الْمَدِينَةِ ، وَفِيهَا زِقَاقُ الْحَمْرِ قَدْ جُلِبَتْ مِنَ الشَّامِ ، فَأَتَخَذَ الْمُدِّيَةَ مِنِّي ، فَشَقَّ مَا كَانَ مِنْ تِلْكَ الزِّقَاقِ بِحَضْرَتِهِ كُلِّهَا ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ أَنْ يَمْضُوا مَعِيَ ، وَيُعَاوِنُونِي ، وَأَمَرَنِي أَنْ آتِيَ الْأُسْوَاقَ كُلِّهَا ، فَلَا أُجِدُ فِيهَا زِقَاقَ حَمْرٍ إِلَّا شَقَقْتُهُ ، فَفَعَلْتُ ، فَلَمْ أَتْرُكْ فِي أُسْوَاقِهَا زِقًا إِلَّا شَقَقْتُهُ . وَرَوَى عَنْ (٣٤) أَنَسٍ ، قَالَ : كُنْتُ أُسْقِي أَبَا طَلْحَةَ ، وَأَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، وَأَبَا عُبَيْدَةَ ، شَرَابًا مِنْ فَضِيخِ (٣٥) ، فَأَتَانَا آتٍ ، فَقَالَ : إِنَّ الْحَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ . فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ : قُمْ يَا أَنَسُ إِلَى هَذِهِ الدَّنَانِ فَاسْكِرْهَا (٣٦) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى سُقُوطِ حُرْمَتِهَا ، وَإِبَاحَةِ إِثْلَافِهَا ، فَلَا يَضْمَنُهَا ، كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ الْعَصْبُ فِي مَا لَيْسَ بِمَالٍ ، كَالْحُرِّ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُضْمَنُ بِالْعَصْبِ ، إِنَّمَا يُضْمَنُ بِالِإِثْلَافِ . وَإِنْ أَخَذَ حُرًّا ، فَحَبَسَهُ فَمَاتَ عِنْدَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ . وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ مُكْرَهًا ، لَزِمَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَنَافِعِ الْعَبْدِ . وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أُجْرٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٣١) في : ٢ / ١٣٣ .

(٣٢) سقط من : الأصل :

(٣٣) في الأصل : « سوق » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) الفضِيخ : عصير العنب .

(٣٦) أخرجه البخاري ، في : باب نزل تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة ، وفي : باب ما جاء في إجازة خير الواحد ، من كتاب الأحاد . صحيح البخاري ٧ / ١٣٦ ، ٩ / ١٠٨ ، ١٠٩ . ومسلم ، في : باب تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٧٢ . والإمام مالك ، في : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ . ٨٤٦ / ٢ .

يَلْزُمُهُ أَجْرُ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ مَنْفَعَتَهُ ، وَهِيَ مَالٌ يَجُوزُ أَخْذَ الْعَوَضِ عَنْهَا ، فَضُمِنَتْ بِالْعَصَبِ ، كَمَنَافِعِ الْعَبْدِ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزُمُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا لَا يَصِحُّ غَضْبُهُ ، فَأَشْبَهَتْ ثِيَابَهُ إِذَا بَلِيَتْ عَلَيْهِ وَأَطْرَافَهُ ، وَلِأَنَّهَا تَلَفَتْ تَحْتَ يَدَيْهِ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ مَنَعَهُ الْعَمَلُ مِنْ غَيْرِ حَبْسٍ ، لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِالْعَبْدِ لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، فَالْحُرُّ أَوْلَى . وَلَوْ حَبَسَ الْحُرُّ وَعَلَيْهِ ثِيَابٌ ، لَمْ يَلْزُمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا لَمْ تَثْبُتِ الْيَدُ عَلَيْهِ فِي الْعَصَبِ ، وَسِوَاءِ كَانَ كَبِيرًا أَوْ صَغِيرًا . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ^(٣٧) .

٢٧/٥ ظ

فصل : وَأُمُّ الْوَالِدِ مَضْمُونَةٌ بِالْعَصَبِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تُضْمَنُ ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَالِدِ لَا تَجْرِي مَجْرَى الْمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْعُرْمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ الْحُرَّ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا يُضْمَنُ بِالْقِيمَةِ ، يُضْمَنُ بِالْعَصَبِ ، كَالْقِنِّ ، وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُدَبَّرَةَ ، وَفَارَقَتْ ^(٣٨) الْحُرَّةَ ؛ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةٌ ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْقِيمَةِ .

فصل : وَإِذَا فَتَحَ قَفْصًا عَنْ ^(٣٩) طَائِرٍ فَطَارَ ، أَوْ حَلَّ دَابَّةً ^(٤٠) فَذَهَبَتْ ، ضَمِنَهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهَاجَهُمَا حَتَّى ذَهَبَا ^(٤١) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ وَقَفَا بَعْدَ الْفَتْحِ وَالْحَلِّ ، ثُمَّ ذَهَبَا ، لَمْ يَضْمَنْهُمَا ، وَإِنْ ذَهَبَا عَقِيبَ ذَلِكَ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ . وَاحْتِجَا ^(٤٢) بِأَنَّ لَهُمَا اخْتِيَارًا ، وَقَدْ وَجِدَتْ مِنْهُمَا الْمُبَاشَرَةُ ، وَمِنْ الْفَاتِحِ سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِئٍ . فَإِذَا اجْتَمَعَا ، لَمْ يَتَعَلَّقْ

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) في ب : « وفارق » .

(٣٩) في ب ، م : « على » .

(٤٠) في ب ، م : « دابته » .

(٤١) في م زيادة : « عقيب » .

(٤٢) أي أبو حنيفة والشافعي .

الضَّمَانُ بِالسَّبَبِ ، كما لو حَفَرَ بئراً فجاءَ عَبْدٌ لِإِنْسَانٍ ، فَرَمَى نَفْسَهُ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذَهَبَ بِسَبَبِ فِعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو تَفَرَّه ، أو ذَهَبَ عَقِيبَ فَتْحِهِ وَحَلَّهُ ، وَالْمُبَاشَرَةُ إِنَّمَا حَصَلَتْ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ إِحَالَةَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْقُطُ ، كما لو تَفَرَّ الطَّائِرُ ، وَأَهَاجَ الدَّابَّةَ ، أو أَشَلَى^(٤٣) كَلْبًا عَلَى صَبِيٍّ فَقَتَلَهُ ، أو أَطْلَقَ نَارًا فِي مَتَاعِ إِنْسَانٍ ، فَإِنَّ لِلنَّارِ فِعْلًا ، لَكِنْ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْ إِحَالَةَ الْحُكْمِ عَلَيْهَا ، كَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، وَلِأَنَّ الطَّائِرَ وَسَائِرَ الصَّيِّدِ مِنْ طَبْعِهِ التُّفُورُ ، وَإِنَّمَا يَتَقَى بِالْمَانِعِ ، فَإِذَا أُزِيلَ الْمَانِعُ ذَهَبَ بِطَبْعِهِ ، فَكَانَ ضَمَانَهُ عَلَى مَنْ أزالَ الْمَانِعَ ، كَمَنْ قَطَعَ عِلَاقَةَ قِنْدِيلٍ ، فَوَقَعَ فَانكَسَرَ . وَهَكَذَا لو حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فَذَهَبَ ، أو أُسِيرَ فَأَقْلَتَ . وَإِنْ فَتَحَ الْقَفْصَ ، وَحَلَّ الْفَرَسَ ، فَبَقِيَا واقِفَيْنِ ، فَجاءَ إِنْسَانٌ فَتَفَرَّهُمَا فَذَهَبَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى مُتَفَرِّهِمَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ أَخْصَصُ ، فَاحْتَصَصَ الضَّمَانُ بِهِ ، كَالدَّفَاعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَإِنْ وَقَعَ طَائِرٌ إِنْسَانٍ عَلَى جِدَارٍ ، فَتَفَرَّه إِنْسَانٌ ، فَطَارَ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ تَنْفِيرَهُ لَمْ يَكُنْ سَبَبَ فَوَاتِهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ رَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ . وَإِنْ كَانَ فِي دَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ تَنْفِيرَهُ بغيرِ قَتْلِهِ . وَكَذَلِكَ لو مَرَّ الطَّائِرُ فِي هَوَاءِ دَارِهِ ، فَرَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَنَعَ الطَّائِرِ مِنْ هَوَاءِ دَارِهِ^(٤٤) ، فَهُوَ كما لو رَمَاهُ فِي هَوَاءِ دَارٍ غَيْرِهِ .

فصل : ولو حَلَّ زِقَافِيهِ مَائِعٍ ، فَأَنْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ ، سواءً حَرَجَ فِي الْحَالِ ، أو حَرَجَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، أو حَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ بَلَّ أَسْفَلَهُ فَسَقَطَ ، أو ثَقَلَ أَحَدَ جَانِبَيْهِ فَلَمْ يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى سَقَطَ ، أو سَقَطَ بِرِيحٍ ، أو بِزَلْزَلَةِ الْأَرْضِ ، أو كَانَ جَامِدًا فَذَابَ بِشَمْسٍ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِسَبَبِ فِعْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ إِذَا سَقَطَ بِرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، وَيَضْمَنُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُمْ فِيمَا إِذَا ذَابَ بِالشَّمْسِ وَجِهَانٍ ، وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ فِعْلَهُ غَيْرُ مُلْجِيٍّ ، وَالْمَعْنَى الْحَادِثُ مُبَاشَرَةٌ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الضَّمَانُ^(٤٥)

و ٢٨/٥

(٤٣) أشلاه : أغراه .

(٤٤) فِي الْأَصْلِ : « الدار » .

(٤٥) فِي ب زِيَادَةَ : « به » .

يَفْعَلُهُ . كَالْوِ دَفَعَهُ إِسْنَانٌ . وَلَنَا ، أَنَّ فِعْلَهُ سَبَبٌ تَلَفَهُ ، وَلَمْ يَتَحَلَّلْ بَيْنَهُمَا مَا يُمَكِّنُ إِحَالََةَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَالْوِ خَرَجَ عَقِيبَ فِعْلِهِ ، أَوْ مَالٌ قَلِيلًا قَلِيلًا ، وَكَأَنَّ لَوْ جَرَحَ إِسْنَانًا ، فَأَصَابَهُ الْحَرُّ أَوْ الْبَرْدُ ، فَسَرَّتِ الْجِنَايَةُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ . وَأَمَّا إِنْ دَفَعَهُ إِسْنَانٌ ، فَإِنَّ الْمُتَحَلَّلَ بَيْنَهُمَا مُبَاشَرَةً يُمَكِّنُ إِحَالََةَ عَلَيْهِمَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَوْ كَانَ جَامِدًا ، فَأَدْنَى مِنْهُ آخِرُ نَارًا ، فَأَذَابَهُ فَسَالَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَذَابَهُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ أَحْصَى ، لِكَوْنِ التَّلَفِ يَعْقِبُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمُنْفَرَّعَ مَعَ فَاتِحِ الْقَفْصِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : لَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، كَسَارِقَيْنِ نَقَبَ أَحَدُهُمَا ، وَأَخْرَجَ الْآخَرَ^(٤٦) الْمَتَاعَ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ مُدْنِي النَّارِ أَلْجَأَهُ إِلَى الْخُرُوجِ ، فَضَمِنَهُ ، كَالْوِ كَانَ وَاقِفًا فَدَفَعَهُ . وَالْمَسْأَلَةُ حُجَّةٌ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى مُخْرِجِ الْمَتَاعِ مِنَ الْحِرْزِ ، وَالْقَطْعُ حَدٌّ^(٤٧) لَا يَجِبُ إِلَّا بِهَتْكِ الْحِرْزِ^(٤٨) وَأَخْذِ الْمَالِ^(٤٨) جَمِيعًا ، ثُمَّ إِنْ الْحَدُّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ . وَلَوْ أَذَابَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ، ثُمَّ فَتَحَ الثَّانِي رَأْسَهُ ، فَاذْدَفَقَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ تَعَقَّبَهُ . وَإِنْ فَتَحَ زَقَامُ سْتَعْلَى الرَّأْسِ ، فَخَرَجَ بَعْضُ مَا فِيهِ ، وَاسْتَمَرَ خُرُوجُهُ قَلِيلًا قَلِيلًا ، فَجَاءَ آخِرُ فَنَكَّسَهُ ، فَاذْدَفَقَ ، فَضَمَانَ مَا خَرَجَ بَعْدَ التَّنْكِيسِ عَلَى الْمُنْكَسِ ، وَمَا قَبْلَهُ عَلَى الْفَاتِحِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَحْصَى ، كَالْجَارِحِ وَالذَّابِحِ .

فصل : وَإِنْ حَلَّ رِبَاطٌ سَقِيَّةً فَذَهَبَتْ أَوْ غَرِقَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، سِوَاءَ تَعَقُّبِ فِعْلِهِ أَوْ تَرَاحِي . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالْخِلَافِ فِي الطَّائِرِ فِي الْقَفْصِ .

فصل : وَإِذَا أُوقِدَ فِي مَلِكِهِ نَارًا ، أَوْ فِي مَوَاتٍ ، فَطَارَتْ شَرَارَةٌ إِلَى دَارِ جَارِهِ فَأَحْرَقَتْهَا ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَنَزَلَ الْمَاءُ إِلَى أَرْضِ جَارِهِ فَغَرَقَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ إِذَا كَانَ فَعَلٌ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنْ غَيْرِ تَقْرِيطٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ ، وَلِأَنَّهَا سِرِّيَّةٌ فِعْلٌ مُبَاحٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ،

(٤٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « آخِر » .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤٨-٤٨) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَالْأَخْذُ » .

كسِرَايَةِ الْفَوْدِ ، وَفَارَقَ مَنْ حَلَّ رِقًا فَاُنْدَفَقَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِحَلِّهِ ، وَلِأَنَّ الْغَالِبَ خُرُوجُ الْمَائِعِ
 مِنَ الرَّقِّ الْمَفْتُوحِ ، وَلَيْسَ الْغَالِبُ سِرَايَةَ هَذَا الْفِعْلِ الْمُعْتَادِ إِلَى تَلْفِ مَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ
 ذَلِكَ ^(٤٩) ، يَتَفَرِّطُ مِنْهُ ، بِأَنْ أُجِّجَ نَارًا تَسْرَى فِي الْعَادَةِ لِكَثْرَتِهَا ، أَوْ فِي رِيحٍ شَدِيدَةٍ
 تَحْمِلُهَا ، أَوْ فَتَحَ مَاءً كَثِيرًا يَتَعَدَّى ، أَوْ فَتَحَ الْمَاءَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ أَوْقَدَ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ،
 ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ . وَإِنْ سَرَى إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الَّتِي أَوْقَدَ فِيهَا ، وَالْأَرْضِ الَّتِي فَتَحَ ^(٥٠) الْمَاءَ
 فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا سِرَايَةُ عُدْوَانٍ ، أَشْبَهَتْ سِرَايَةَ الْجُرْحِ / الَّتِي تَعَدَّى بِهِ . وَإِنْ أَوْقَدَ نَارًا
 فَأَيَّسَتْ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ نَارٍ كَثِيرَةٍ ، إِلَّا أَنْ
 تَكُونَ الْأَغْصَانُ فِي هَوَاتِهِ ، فَلَا يَضْمَنُهَا ؛ لِأَنَّ دُخُولَهَا عَلَيْهِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَا يُنْعَمُ مِنْ
 التَّصَرُّفِ فِي دَارِهِ ؛ لِحُرْمَتِهَا . وَهَذَا الْفَصْلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ ^(٥١) كَمَا ذَكَرْنَا سِوَاءً .

٢٨/٥ ظ

فصل : وَإِنْ أَلْقَى الرَّيْحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ تَحْتَ
 يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهُ ، كَاللَّقِطَةِ . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فَهُوَ لِقِطَةٌ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهَا .
 وَإِنْ عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ إِعْلَامُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ
 مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَصَارَ كَالْغَاصِبِ . وَإِنْ سَقَطَ طَائِرٌ فِي دَارِهِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ حِفْظُهُ ، وَلَا
 إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ . وَإِنْ دَخَلَ بُرْجُهُ ، فَأَعْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ نَاقِبًا
 أَمْسَاكَهُ لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ ، وَإِلَّا فَلَا
 ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي بُرْجِهِ كَيْفَ شَاءَ ، فَلَا يَضْمَنُ مَالَ غَيْرِهِ بِتَلْفِهِ ضَمِنًا ،
 لِيَتَصَرَّفَهُ الَّذِي لَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ .

فصل : إِذَا أَكَلَتْ بَهِيمَةٌ حَشِيشَ قَوْمٍ ، وَيَدُّ صَاحِبِهَا عَلَيْهَا ، لِيَكُونَ مَعَهَا ،
 ضَمِنَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ مَا أَكَلَتْهُ . وَإِذَا اسْتَعَارَ مِنْ رَجُلٍ بَهِيمَتَهُ ، فَأَتَلَفَتْ

(٤٩) سقط من : ب .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

شيئا وهي في يد المُستعيرِ ، فضمَّانهُ على المُستعيرِ ، سواءً أتلفتَ شيئا لِمَالِكِها أو لغيره ؛ لأنَّ ضمَّانهُ يَجِبُ باليدِ ، واليدُ لِلْمُستعيرِ . وإن كانت البهيمةُ في يدِ الرَّاعِي ، فأتلفتَ زرعًا ، فالضمَّانُ على الرَّاعِي دونَ صاحبِها ؛ لأنَّ إثلافها للزرعِ في النَّهارِ لا يُضمَّنُ إلا بِبُوتِ اليدِ عليها ، واليدُ لِلرَّاعِي دون المالكِ ، فكان الضمَّانُ عليه ، كالمُستعيرِ . وإن كان الزرعُ لِلْمالكِ ، فإن كان لِيلاً ضمَّنَ أيضا ؛ لأنَّ ضمَّانَ اليدِ أقوى ، بدليلِ أنَّه يُضمَّنُ به في اللَّيْلِ والنَّهارِ جميعا .

فصل : إذا شَهِدَ بِالْعَصَبِ شاهِدانِ ، فشَهِدَ أَحَدُهُما أَنَّهُ غَصَبَهُ يَوْمَ الحَمِيسِ ، وشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ غَصَبَهُ يَوْمَ الجُمُعَةِ ، لم تَبَيَّنِ البَيِّنَةُ ، وله أن يَحْلِفَ مع أَحَدِهِما . وإن شَهِدَ أَحَدُهُما أَنَّهُ أَقرَّ بِالْعَصَبِ يَوْمَ الحَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أَنَّهُ أَقرَّ بِغَصَبِهِ^(٥١) يَوْمَ الجُمُعَةِ ،^(٥٢) تَبَيَّنَتِ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ وإن اختلفَ رَجَعَ إلى أمرٍ واحدٍ . وإن شَهِدَ أَنَّهُ أَقرَّ أَنَّهُ غَصَبَهُ يَوْمَ الحَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أَنَّهُ^(٥٣) أَقرَّ أَنَّهُ^(٥٣) غَصَبَهُ يَوْمَ الجُمُعَةِ^(٥٤) ، لم تَبَيَّنِ البَيِّنَةُ أيضا . وإن شَهِدَ له واحدٌ ، وحلَفَ معه ، تَبَيَّنَتِ العَصْبُ ، فلو كان الغاصِبُ حَلَفَ أَنَّهُ لم يَعْصِبُهُ بِالطَّلَاقِ^(٥٤) لم تُوقِعْ طَلَّاقُهُ ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ بَيِّنَةٌ في المَالِ ، لا في الطَّلَاقِ . واللهُ أَعْلَمُ .

(٥١) في ب ، م : « ببعضه » .

(٥٢-٥٣) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٥٣-٥٤) سقط من : م .

(٥٤-٥٤) في م : « بالطلاق أنه لم يفضيه » .

كتاب الشُّفْعَة

و ٢٩/٥

وهي استحقاق الشريك / انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه .
وهي ثابتة بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فما روى ^(١) جابر رضي الله عنه ، قال : قضى رسول الله ﷺ بالشُّفْعَة فيما لم يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شُفْعَة . مُتَّفَقٌ عليه ^(٢) . ولمسلم قال : قضى رسول الله ﷺ بالشُّفْعَة في كل شريك لم يُقسَم ؛ ربعة ^(٣) ، أو حائط ، لا يحلُّ له أن يبيع حتى يستأذن شريكه . فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحقُّ به . وللبخاري : إنما جعل رسول الله ﷺ الشُّفْعَة فيما لم يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شُفْعَة . وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشُّفْعَة للشريك الذي لم يُقسَم ، فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ، وتمكّن من بيعه لشريكه ، وتخليصه مما كان بصدده ^(٤) من توقع

(١) في م زيادة : « عن » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفي : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفي : باب الشركة في الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخاري ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، في : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء إذا أحدث الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣١ . والنسائي ، في : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٣) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

(٤) في م : « بصدده » .

الْخَلَاصِ وَالِاسْتِخْلَاصِ ، فَالذِي يُقْتَضِيهِ حُسْنُ الْعِشْرَةِ ، أَنْ يَبِيَعَهُ مِنْهُ ، لِيَصِلَ إِلَى غَرَضِهِ مِنْ بَيْعِ نَصِيْبِهِ ، وَتَخْلِيصِ شَرِيكِهِ مِنَ الضَّرْرِ ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ، وَبَاعَهُ لِأَجَنَبِيٍّ ، سَلَطَ الشَّرْعُ الشَّرِيكَ عَلَى صَرْفِ ذَلِكَ إِلَى نَفْسِهِ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَذَا إِلَّا الْأَصَمَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِضْرَارًا بَارِبَابِ الْأَمْلَاقِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ إِذَا ابْتَاعَهُ ، لَمْ يَتَّعَهُ ، وَيَتَّقَعِدُ الشَّرِيكَ عَنِ الشَّرَاءِ ، فَيَسْتَضِرُّ الْمَالِكَ . وَهَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِمُخَالَفَتِهِ الْآثَارَ الثَّابِتَةَ وَالْإِجْمَاعَ الْمُنْعَقِدَ قَبْلَهُ . وَالْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّا نَشَاهِدُ الشَّرَكَاءَ يَبِيْعُونَ ، وَلَا يُعَدُّ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ غَيْرَ شَرِكَائِهِمْ ، وَلَمْ يَمْنَعُهُمْ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ مِنَ الشَّرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ إِذَا لِحَقَّتْهُ بِذَلِكَ مَشَقَّةٌ أَنْ يُقَاسِمَ ، فَيَسْقُطُ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ ، وَاسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ مِنَ الشُّفْعِ (٥) ، وَهُوَ الزُّوْجُ ، فَإِنَّ الشُّفْعَانَ كَانَ نَصِيْبُهُ مُنْفَرِدًا فِي مَلِكِهِ ، فَبِالشُّفْعَةِ يَضُمُّ الْمَبِيْعَ إِلَى مَلِكِهِ فَيَشْفَعُهُ بِهِ . وَقِيلَ : اسْتِحْقَاقُهَا مِنَ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَانَ يَزِيدُ الْمَبِيْعَ فِي مَلِكِهِ .

٨٧١ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ إِلَّا لِلشَّرِيكَ الْمَقَاسِمِ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ)

وَجُمْلَةٌ ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ عَلَى (١) خِلَافِ الْأَصْلِ ، إِذْ هِيَ انْتِزَاعُ مَلِكِ الْمُشْتَرِي / بِغَيْرِ رِضَا مِنْهُ ، وَإِجْبَارٌ لَهُ عَلَى الْمَعَاوِضَةِ ، مَعَ مَا ذَكَرَهُ الْأَصَمُّ ، لَكِنْ أُبْتَهِنَ الشَّرْعُ لِمَصْلَحَةِ رَاجِحَةٍ ، فَلَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشُرُوطِ أَرْبَعَةٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ مُشَاعًا غَيْرَ مَقْسُومٍ ، فَأَمَّا الْجَارُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ . وَبِهِ قَالَ عَمْرٌ ، وَعِثْمَانُ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَعِيدُ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ يَسَّارٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَبِحَيْبِ الْأَنْصَارِيِّ ، وَأَبُو الزُّنَادِ ، وَرَبِيعَةُ ، وَالْمُعِيزَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو

ظ ٢٩/٥

(٥) فِي ب : « الْمَشْفَعِ » .

(١) فِي ب : « فِي » .

نُورٍ ، وابنُ المُنذِرِ ، وقال ابنُ شُبْرَمَةَ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ أُمِّ لَيْلَى ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ :
 الشُّفْعَةُ بِالشَّرْكَةِ ، ثمَّ بِالشَّرْكَةِ فِي الطَّرِيقِ ، ثمَّ بِالْجَوَارِ . وقال أبو حنيفةَ : يُقَدَّمُ
 الشَّرِيكُ ، فإن لم يكنْ ، وكان الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا ، كدَرْبٍ لا يَنْفُذُ ، ثَبَّتْ الشُّفْعَةُ لِجَمِيعِ
 أَهْلِ الدَّرْبِ ، الأَقْرَبِ فالأَقْرَبِ ، فإن لم يأخُذُوا ، ثَبَّتْ لِلْمَلْأَصِيقِ مِنْ دَرْبٍ آخَرَ
 خَاصَّةً . وقال العَبْرِيُّ ، وَسَوَّارٌ : ثَبَّتْ بِالشَّرْكَةِ فِي المَلِكِ ^(١) ، وبالشَّرْكَةِ فِي الطَّرِيقِ .
 وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو رَافِعٍ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ ^(٢) » .
 رَوَاهُ البُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَرَوَى الحَسَنُ ، عن سَمْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « جَارُ
 الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٤) . قال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى ^(٥)
 التِّرْمِذِيُّ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ^(٦) : « الْجَارُ أَحَقُّ بِدَارِهِ بِشُفْعَتِهِ ^(٨) يَنْتَظِرُ بِهِ إِذَا كَانَ غَائِبًا ، إِذَا

(٢) في م : المال .

(٣) الصقب : القرب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، من كتاب الشفعة ، وفي : باب في الهبة
 والشفعة ، من كتاب المحيل . صحيح البخاري ٣ / ١١٥ ، ٩ / ٣٥ . وأبو داود ، في : باب في الشفعة ، من
 كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨١ ، ٢٨٢ . وابن
 ماجه ، في : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ ، ٨٣٤ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٤ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٦ / ١٠ ، ٣٩٠ .

(٥) في : باب ما جاء في الشفعة ، من أبواب الأحكام .. عارضة الأحمدي ٦ / ١٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٤ / ٣٨٨ ، ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ١٨ .

(٦) في ب ، م : رواه .

(٧) تقدم تخريجه عنه في أول الباب ، عن أبي داود ، كما أخرجه في : باب ما جاء في الشفعة للغائب ، من أبواب
 الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . وابن ماجه ، في : باب
 الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ . والدارمي ، في : باب في الشفعة ، من كتاب
 البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٣ .

(٨) سقط من : م .

كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا . وقال حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولأنَّهُ اتَّصَلَ مِلْكُ يَدُومٍ وَتَبَأُ بَدُ ، فَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ بِهِ^(٩) ، كَالشَّرِكَةِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصَرَفَتِ الطَّرِيقُ ، فَلَا شُّفْعَةَ »^(١٠) . وَرَوَى ابنُ جُرَيْجٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، أو عن أَبِي سَلَمَةَ ، أو عنهما ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا قُسِمَتِ الْأَرْضُ ، وَحُدَّتْ ، فَلَا شُّفْعَةَ فِيهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١١) . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَّتَتْ فِي مَوْضِعِ الوِفَاقِ على خِلَافِ الْأَصْلِ ، لِمَعْنَى مَعْدُومٍ فِي مَحَلِّ التَّرَاغِ ، فَلَا تَثْبُتُ فِيهِ ، وَبَيَانُ انْتِفَاءِ المَعْنَى ، هو أَنَّ الشَّرِيكَ رَبَّمَا دَخَلَ عَلَيْهِ شَرِيكَ ، فَيَتَأَذَى بِهِ ، فَتَدْعُوهُ الحَاجَةُ إلى مُقَاسَمَتِهِ أو يَطْلُبُ^(١٢) الدَّخْلَ المُقَاسَمَةَ ، فَيَدْخُلُ الضَّرْرُ على الشَّرِيكَ بِنَقْصِ قِيَمَةِ مَلِكِهِ ، وما يَحْتَاجُ إلى إِحْدَائِهِ من المَرَافِقِ ، وهذا لا يُوجَدُ فِي المَقْسُومِ . فأَمَّا حَدِيثُ أَبِي رَافِعٍ ، فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ الصَّقَبَ القُرْبُ . يقالُ بالسَّيْنِ وَالصَّادِ . قالُ الشَّاعِرُ^(١٣) :

كُوفِيَّةٌ نازِحٌ مَجَلَّتْهَا لا أَمَمٌ دارُها ولا صَقَبُ
فِيحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِإِحْسَانِ جَارِهِ وَصِلَتِهِ وَعِيَادَتِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَخَبَرْنَا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، فَيَقْدَمُ ، وَبِقِيَّةِ الْأَحَادِيثِ فِي أَسَانِيدِهَا مَقَالَ ، فَحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرُويهِ عَنْهُ الحَسَنُ ، وَلَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ إِلَّا حَدِيثَ العَقِيْقَةِ . قالَهُ أَصْحَابُ الحَدِيثِ . قالَ ابنُ المُنْذِرِ : الثَّابِتُ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ حَدِيثُ جَابِرٍ ، الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وما عَدَاهُ مِنَ الْأَحَادِيثِ فِيهَا مَقَالَ . على أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالجارِ الشَّرِيكَ ؛ فَإِنَّهُ جَارٌ أَيْضًا ،^(١٤) وَيُسَمَّى كُلُّ واحِدٍ مِنَ الرُّوَجِينِ جَارًا ، قالُ الشَّاعِرُ :

أَجَارَتْنَا بَيْنِي فَأِنَّكَ طَالِقَةٌ كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطَارِقَةٌ

(٩) سقط من : ب .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٥ .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٥ .

(١٢) في الأصل ، م : « يطلب » .

(١٣) هو ابن قيس الرقيات ، والبيت في ديوانه ٢ .

(١٤) من هنا إلى قوله : « الأعشى » سقط من : الأصل ، ب .

قاله^(١٥) الأعشى . وتسمى الضرتان جارتين ؛ لاشتراكهما في الزوج . قال حمل ابن مالك : كنت بين جارتين لي ، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح^(١٦) ، فقتلتها وجنينها . وهذا يُمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضا . إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة . قال أحمد ، في رواية ابن القاسم ، في رجل له أرض تُشرب هي وأرض غيره من نهرٍ واحد : ولا شفعة له من أجل الشرب ، إذا وقعت الحدود فلا شفعة . وقال ، في رواية أبي طالب ، وعبد الله ، ومثنى ، في من لا يرى الشفعة بالجوار ، وقدم إلى الحاكم فأنكر : لم يحلف ، إنما هو اختيار ، وقد اختلف الناس فيه . قال القاضي : إنما هذا لأن يمين المنكر ههنا على القطع والبت ، ومسائل الاجتهاد مظنونة ، فلا يقطع بطلان مذهب المخالف . ويُمكن أن يُحمل كلام أحمد ههنا على الورع ، لا على التحريم ؛ لأنه يحكم بطلان مذهب المخالف . ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع ، فيما بينه وبين الله تعالى .

فصل : الشرط الثاني ، أن يكون المبيع أرضا ؛ لأنها التي تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين ؛ أحدهما ، تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والغراس يُباع مع الأرض ، فإنه يُؤخذ بالشفعة تبعا للأرض ، بغير خلاف في المذهب ، ولا تعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا . وقد دل عليه^(١٧) قول النبي ﷺ ، وقضاؤه بالشفعة في كل شريك لم يقسم ، ربة أو حائط^(١٨) . وهذا يدخل فيه البناء والأشجار^(١٩) . القسم الثاني ، ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع

(١٥) في م : قال .

والبيت للأعشى في ديوانه ٢٦٣ .

(١٦) المسطح : عمود الخباء ، وانظر الحديث عند أبي داود ٤٩٨/٢ ، والنسائي ٥٢٤٥١/٨ .

(١٧) في ب : « على ذلك » .

(١٨) تقدم ترجمته في صفحة ٤٣٥ .

(١٩) في ب : « والغراس » .

وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ تُبَاعُ مَعَ الْأَرْضِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَعَ الْأَصْلِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُؤْخَذُ ذَلِكَ / بِالشُّفْعَةِ مَعَ أُصُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَيُثْبِتُ فِيهِ الشُّفْعَةَ تَبَعًا^(٢٠) ، كَالْبِنَاءِ وَالغِرَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، كَمَا شَاشَ الدَّارِ ، وَعَكْسُهُ الْبِنَاءُ وَالغِرَاسُ ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ لَهُ سُلْطَانَ الْأَخِذِ بِغَيْرِ رِضَى الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ بَاعَ الشَّجَرُ فِيهِ ثَمَرَةً غَيْرَ ظَاهِرَةٍ ، كَالطَّلَعِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ ، دَخَلَ فِي الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبَعُ فِي الْبَيْعِ ، فَأُشْبِهَتْ الْغِرَاسَ فِي الْأَرْضِ . وَأَمَّا مَا بَاعَ مُفْرَدًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، كَالْحَيَوَانَ وَالثِّيَابِ وَالسُّقْنِ وَالْحِجَارَةِ وَالزَّرْعِ وَالثَّمَارِ ، أَوْ لَا يُنْقَلُ ، كَالْبِنَاءِ وَالغِرَاسِ إِذَا بَاعَ مُفْرَدًا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَإِسْحَاقَ : لَا شُفْعَةَ فِي الْمَنْقُولَاتِ . وَاخْتَلَفَ^(٢١) عَنْ مَالِكٍ وَعَطَاءٍ ، فَقَالَا مَرَّةً كَذَلِكَ ، وَمَرَّةً قَالَا : الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، حَتَّى فِي الثَّوْبِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ وَاجِبَةٌ فِيمَا لَا يُنْقَسِمُ كَالْحِجَارَةِ وَالسِّيفِ وَالْحَيَوَانَ ، وَمَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ . قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الْبِنَاءِ وَالغِرَاسِ ، وَإِنْ بَاعَ مُفْرَدًا^(٢٢) . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُنْقَسِمْ » . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَضِعَتْ لِذَفْعِ^(٢٣) الضَّرْرِ ، وَحُصُولِ الضَّرْرِ بِالشَّرِكَةِ فِيمَا لَا يُنْقَسِمُ أُنْبَلِغُ مِنْهُ فِيمَا يُنْقَسِمُ ، وَلِأَنَّ ابْنَ أَبِي مُلَيْكَةَ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ »^(٢٤) . وَلَنَا ، أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُنْقَسِمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطَّرُوقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا لَا

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) أى النقل .

(٢٢) فى الأصل : « مفردا » .

(٢٣) فى ب : « لرفع » .

(٢٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الشريك شفع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١٣٤ .

يَنْقَسِمُ مِنَ الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « فَاِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ » . وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَتَّبِقُ عَلَى الدَّوَامِ ، فَلَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَصَبْرَةِ الطَّعَامِ ، وَحَدِيثِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، لَمْ يَرِدْ^(٢٥) فِي الْكُتُبِ الْمَوْثُوقِ بِهَا ، وَالْحُكْمُ فِي الْغِرَافِ^(٢٦) وَالذُّوْلَابِ وَالتَّاعُورَةِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْبِنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ بَيَّعَتِ الشَّجَرَةَ مَعَ قَرَارِهَا مِنَ الْأَرْضِ ، مُفْرَدَةً عَمَّا يَتَخَلَّلُهَا مِنَ الْأَرْضِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنَ الْعَقَارِ ، وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ ، عَلَى مَا سَنَدِّكُرُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْقَرَارَ تَابِعَ لَهَا ، فَإِذَا لَمْ تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا مُفْرَدَةً ، / لَمْ تَجِبْ فِي^(٢٧) تَبِعِهَا . وَإِنْ بَيَّعَتْ حِصَّةً مِنْ عُلُوِّ دَارٍ مُشْتَرِكٍ نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ السَّقْفُ الَّذِي تَحْتَهُ لِصَاحِبِ السَّقْفِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ، وَإِنْ كَانَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُفْرَدٌ لِكَوْنِهِ لَا أَرْضَ لَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ السَّقْفُ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَرَارًا ، فَهُوَ كَالسَّقْفِ .

و ٣١/٥

✓ **فصل : الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، فَأَمَّا مَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ مِنَ الْعَقَارِ ، كَالْحَمَامِ الصَّغِيرِ ، وَالرَّحَى الصَّغِيرَةَ ، وَالْعِضَادَةَ^(٢٨) ، وَالطَّرِيقَ الضَّيْقَةَ ، وَالْعِرَاصَ^(٢٩) الضَّيْقَةَ ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَبِهِ قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، وَرَبِيعَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَالثَّانِيَةَ ، فِيهَا الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ . وَعَنْ مَالِكٍ كَالرِّوَايَتَيْنِ . وَوَجْهُ هَذَا عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ » . وَسَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَّتَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْمُشَارَكَةِ ، وَالضَّرَرُ فِي هَذَا النَّوْعِ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ ضَرَرُهُ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ،**

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « يَرُودُ » .

(٢٦) فِي ب ، م ، « الْغِرَاقِ » . وَالْغِرَافُ : مَا يَغْرِفُ بِهِ .

(٢٧) فِي م : « فِيمَا » .

(٢٨) عِضَادَاتُ النَّبْرِ : خَشْبَتَانِ تَكُونَانِ عَلَى جَانِبَيْهِ ، وَعِضَادَاتُ الْبَابِ : خَشْبَتَانِ مَنْصُوبَتَانِ مُثَبَّتَانِ فِي الْحَائِطِ عَلَى جَانِبَيْهِ .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمِرَاصُ » .

لما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا شُفْعَةَ فِي فَنَاءِ ، وَلَا طَرِيقِ ، وَلَا مَنَقَبَةٍ » (٣٠) .
والمَنَقَبَةُ : الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَوَاهُ أَبُو الحَطَّابِ فِي « رُعُوسِ المَسَائِلِ » . وروى عن
عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لا شُفْعَةَ فِي بَيْتٍ وَلَا فَحْلٍ (٣١) . ولأنَّ إِبْتَاتِ الشُّفْعَةِ فِي
هَذَا يَضُرُّ البَائِعَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنْ إِبْتَاتِ الشُّفْعَةِ فِي نَصِيبِهِ بِالقِسْمَةِ ، وَقَدْ
يَمْتَنِعُ المُشْتَرِي لِأَجْلِ الشَّفِيعِ ، فَيَتَضَرَّرُ البَائِعُ ، وَقَدْ يَمْتَنِعُ البَيْعُ ، فَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ،
فِيؤَدَّى إِبْتَاتُهَا إِلَى نَفْيِهَا . وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تُثَبِّتُ لِذَمِّ الضَّرَرِ الَّذِي
يَلْحَقُهُ بِالمُقَاسَمَةِ ، لِما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ إِحْدَاثِ المَرَافِقِ الحَاصَّةِ ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِيما لَا
يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الضَّرَرَ هَهُنَا أَكْثَرُ لِتَأْيِيدِهِ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّ الضَّرَرَ فِي مَحَلِّ الوِفاقِ مِنْ
غَيْرِ جِنْسِ هَذَا الضَّرَرِ ، وَهُوَ ضَرَرُ الحَاجَةِ إِلَى إِحْدَاثِ المَرَافِقِ الحَاصَّةِ ، فَلَا يُمَكِّنُ
التَّعْدِيَةَ ، وَفِي الشُّفْعَةِ هَهُنَا ضَرَرٌ غَيْرٌ مُوجُودٍ فِي مَحَلِّ الوِفاقِ (٣٢) ، وَهُوَ ما ذَكَرْنَاهُ ،
فَتَعَدَّرَ الإِلْحَاقُ ، فَأَمَّا ما أَمْكَنَ قِسْمَتُهُ مِمَّا ذَكَرْنَا ، كَالْحَمَامِ الكَبِيرِ الواسِعِ البُيُوتِ ،
بِحَيْثُ إِذَا قَسِمَ لَمْ يُسْتَضَرَّ بِالقِسْمَةِ ، وَأَمْكَنَ الاِئْتِفاعُ بِهِ حَمَامًا ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ
فِيهِ ، وَكَذَلِكَ البَيْرُ وَالدُّورُ وَالعَضَائِدُ ، مَتَى أَمْكَنَ أَنْ يَحْصُلَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئَانِ ، كَالبَيْرِ
يَنْقَسِمُ بِبَئْرَيْنِ يَرْتَقِي المَاءُ مِنْهُمَا ، وَجَبَّتْ (٣٣) الشُّفْعَةُ . / وَكَذَلِكَ إِنْ كانَ مَعَ البَيْرِ بَيَاضُ
أَرْضٍ ، بَحَيْثُ يَحْصُلُ البَيْرُ فِي أَحَدِ النِّصَبَيْنِ ، وَجَبَّتِ الشُّفْعَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ تُمْكِنُ
القِسْمَةُ . وَهَكَذَا الرَّحَى إِنْ كانَ لَهَا حِصْنٌ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، بَحَيْثُ يَحْصُلُ الحَجَرانِ (٣٤)
فِي أَحَدِ القِسْمَيْنِ ، أَوْ كانَ فِيها أَرْبَعَةُ أَحْجارٍ دائِرَةً ، يُمَكِّنُ أَنْ يَنْفَرِدَ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُما
بِحَجَرَيْنِ ، وَجَبَّتِ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا أَنْ يَحْصُلَ لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُما ما لا (٣٥)

ظ ٣١/٥

(٣٠) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، في : باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ، من كتاب البيوع .

المصنف ٧٨ / ٨ .

(٣١) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٢) في ب : « النزاع » .

(٣٣) في الأصل : « أوجبت » .

(٣٤) في م : « الحجر » .

(٣٥) في م : « لم » .

يَتِمَّكَّنُ بِهِ^(٣٦) مِنْ إِبْقَائِهَا رَحَى ، لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ . فَأَمَّا الطَّرِيقُ ، فَإِنَّ الدَّارَ إِذَا بَاعَتْ وَهِيَ طَرِيقٌ فِي شَارِعٍ أَوْ دَرْبٍ نَافِذٍ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي تِلْكَ^(٣٧) الدَّارِ وَلَا فِي الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ لِأَحَدٍ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، وَلَا طَرِيقٌ لِلدَّارِ سِوَى تِلْكَ الطَّرِيقِ ، فَلَا شُفْعَةَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَ ذَلِكَ يَصْرُّ بِالْمُشْتَرَى ، لِأَنَّ الدَّارَ تَبْقَى لَا طَرِيقَ لَهَا . وَإِنْ كَانَ لِلدَّارِ بَابٌ آخَرُ ، يُسْتَطَرَّقُ مِنْهُ ، أَوْ كَانَ لَهَا مَوْضِعٌ يَفْتَحُ مِنْهُ بَابٌ لَهَا إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ^(٣٨) ، نَظَرْنَا فِي طَرِيقِ^(٣٩) الْمَبِيعِ مِنَ الدَّارِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا^(٤٠) لَا تُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كغَيْرِ الطَّرِيقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ الْمُشْتَرَى بِتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، مَعَ مَا فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ مِنْ تَفْرِيقِ^(٤١) صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، وَأَخْذِ بَعْضِ الْمَبِيعِ مِنَ الْعَقَارِ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمْ يَجْزُ . كَالْوِجْهِ كَانَ الشَّرِيكَ فِي الطَّرِيقِ شَرِيكًا فِي الدَّارِ ، فَأَرَادَ أَخْذَ الطَّرِيقِ وَحْدَهَا . وَالْقَوْلُ فِي دِهْلِيَزِ الْجَارِ وَصَحْنِهِ ، كَالْقَوْلِ فِي الطَّرِيقِ الْمَمْلُوكِ . وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ الْمُشْتَرَى مِنَ الطَّرِيقِ أَكْثَرَ مِنْ حَاجَتِهِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الزَّائِدِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِوُجُودِ الْمُقْتَضِي ، وَعَدَمِ الْمَانِعِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ فِي ثُبُوتِهَا تَبْعِيضَ صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، وَلَا يَحُلُو مِنَ الضَّرْرِ^(٤٢) .

فصل : الشرط الرابع ، أن يكون الشقص^(٤٣) منتقلًا بعوض ، وأما المنتقل بغير

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في الأصل ، ب : « النافذ » .

(٣٩) في الأصل ، ب : « الطريق » .

(٤٠) في ب ، م : « مما » .

(٤١) في ب : « تعويق » . وفي م : « تقويت » .

(٤٢) في الأصل : « الضر » .

(٤٣) في م : « شقصا » .

عَوْضٍ ، كَالْهَبَةِ بِغَيْرِ ثَوَابٍ ، وَالصَّدَقَةَ ، وَالْوَصِيَّةَ ، وَالْإِزْثَ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فِي قَوْلِ
عَائِمَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحِكْمِي عَنْ مَالِكٍ رَوَايَةٌ
أُخْرَى فِي الْمُنتَقِلِ بِهَبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ ، أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ ، وَيَأْخُذُهُ الشُّفْعُ بِقِيَمَتِهِ . وَحِكْمِي
ذَلِكَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَبَيَّنَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي / الشَّرِكَةِ
كَيْفَمَا كَانَ ، وَالضَّرْرُ اللَّاحِقُ بِالْمُتَّهَبِ دُونَ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي عَلَى
شِرَاءِ الشُّقْصِ ، وَيَذَلُّهُ مَالُهُ فِيهِ ، ذَلِيلٌ حَاجَتُهُ إِلَيْهِ ، فَانْتِزَاعُهُ مِنْهُ أَعْظَمُ ضَرَرًا مِنْ أَخْذِهِ
مَنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ ذَلِيلٌ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، أَشْبَهَ الْمِيرَاثَ ، وَلِأَنَّ
مَحَلَّ الْوِفَاقِ هُوَ الْبَيْعُ ، وَالخَبْرُ وَرَدَّ فِيهِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُ فِي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَ يَأْخُذُهُ مِنْ
الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ السَّبَبِ الَّذِي انْتَقَلَ بِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ هَذَا فِي غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَ يَأْخُذُ
الشُّقْصَ بِمَنْعِهِ ، لَا بِقِيَمَتِهِ ، وَفِي غَيْرِهِ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ ، فَافْتَرَقَا . فَأَمَّا الْمُنتَقِلُ بِعَوْضٍ
فَيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا عَوْضُهُ الْمَالُ ، كَالْبَيْعِ ، فَهَذَا فِيهِ الشُّفْعَةُ بِغَيْرِ خِلَافٍ ،
وَهُوَ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَرَى مَجْرَى
الْبَيْعِ ، كَالصَّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، وَالصَّلْحِ عَنِ الْجَنَائِيَاتِ الْمَوْجِبَةِ لِلْمَالِ ، وَالْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ
فِيهَا ^(٤٤) ثَوَابٌ مَعْلُومٌ ^(٤٤) ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيْعٌ تَبَيَّنَتْ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ ، وَهَذَا مِنْهَا ، وَبِهِ يَقُولُ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ قَالُوا : لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ
فِي الْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ فِيهَا ثَوَابٌ حَتَّى يَتَّقَابِضَا ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَأَشْبَهَتْ
الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِعَوْضٍ هُوَ مَالٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبْضِ فِي
اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا يَصِحُّ مَا قَالُوهُ مِنْ اِعْتِبَارِ لَفْظِ الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَوْضَ
صَرَفَ اللَّفْظَ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَجَعَلَهُ عِبَارَةً عَنِ الْبَيْعِ ، خَاصَّةً عِنْدَهُمْ ، فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهَا
النِّكَاحُ الَّذِي لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ فِيهِ بِالْإِتْفَاقِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا انْتَقَلَ بِعَوْضٍ غَيْرِ الْمَالِ ، نَحْوِ
أَنْ يَجْعَلَ الشُّقْصَ مَهْرًا ، أَوْ عَوْضًا فِي الْخُلْعِ ، أَوْ فِي الصَّلْحِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ ، فَظَاهِرٌ كَلَامُ

(٤٤-٤٤) م : « الثواب المعلوم » .

الْخَرَقِيُّ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ^(٤٥) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِي جَمِيعِ مَسَائِلِهِ لِغَيْرِ الْبَيْعِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، حَكَاهُ عَنْهُمْ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَاخْتَارَهُ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ . ثُمَّ اخْتَلَفُوا^(٤٦) بِمِ يَأْخُذُهُ ؟ فَقَالَ ابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَمَالِكٌ^(٤٧) ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَأْخُذُ الشَّقْصُ بِقِيَمَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّا لَوْ أُوجِبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ ، لَقَوَّمْنَا الْبُضْعَ عَلَى الْأَجَانِبِ ، وَأَضْرَرْنَا بِالشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَتَّفَاوَتْ مَعَ الْمُسَمَّى ، لِتَسَامُحِ النَّاسِ فِيهِ فِي الْعَادَةِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ الشَّقْصُ صَدَاقًا ، أَوْ عَوْضًا فِي خُلْعٍ / أَوْ مُتَعَةً فِي طَلَاقٍ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَهْرِ الْمَرَأَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْعُكْلِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الشَّقْصَ^(٤٨) يَبْدَلُ لَيْسَ لَهُ مِثْلٌ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الْبَدَلِ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ^(٤٨) ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِعَوْضٍ ، وَاسْتَحْجُوا عَلَى أَخْذِهِ بِالشُّفْعَةِ بِأَنَّهُ عَقَارٌ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِغَيْرِ مَالٍ ، أَشْبَهَ الْمَوْهُوبَ وَالْمُورُوثَ ، وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ^(٤٩) أَخْذَهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ ، وَبِالْقِيَمَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَوْضَ الشَّقْصِ ، فَلَا يَجُوزُ الْأَخْذُ بِهَا ، كَالْمُورُوثِ ، فَيَتَعَدَّرُ أَخْذَهُ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ عَوْضٌ يُمَكِّنُ الْأَخْذَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمَوْهُوبَ وَالْمُورُوثَ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ أَمَكَنَ الْأَخْذَ بِعَوْضِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ . فَطَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، بَعْدَ عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ مَا أَصْدَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ فِي يَدِهَا بِصِفَتِهِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا زَالَ عَنْهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَتْهُ^(٤٥) ، وَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ، ثُمَّ

ظ ٣٢/٥

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في م : « اختلف » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨-٤٨) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : « يجمع » .

عَلِمَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، حَقُّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ
 بِالنِّكَاحِ^(٥٠) ، وَحَقُّ الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ . وَالثَّانِي ، حَقُّ الزَّوْجِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنِّصْرِ
 وَالْإِجْمَاعِ ، وَالشُّفْعَةُ هَهُنَا لَا نَصَّ فِيهَا وَلَا إِجْمَاعَ . فَأَمَّا إِنْ عَفَا الشَّفِيعُ ، ثُمَّ طَلَّقَ
 الزَّوْجَ ، فَرَجَعَ فِي نِصْفِ الشُّقْصِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَاءَ
 الْفَسْخُ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ ، فَرَجَعَ الشُّقْصُ كُلُّهُ إِلَى الزَّوْجِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ ؛ لِأَنَّهُ
 عَادَ إِلَى الْمَالِكِ لِزَوَالِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ الشَّفِيعُ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ
 فَسْخٍ يَرْجِعُ بِهِ الشُّقْصُ إِلَى الْعَاقِدِ ، كَرَدِّهِ بِغَيْبٍ ، أَوْ مُقَايَلَةٍ ، أَوْ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايَعِينَ ،
 أَوْ رَدِّهِ لِغَبْنٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْإِقَالَةِ رَوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهَا بَيِّنٌ ، فَتَثْبُتُ فِيهَا الشُّفْعَةُ . وَهُوَ
 قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . فَعَلِيَ هَذَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ حَتَّى تَقَايَلَا ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ .
 وَإِنْ عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ فِي الْبَيْعِ ، ثُمَّ تَقَايَلَا ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا .

فصل : وَإِذَا جَنَى جِنَايَتَيْنِ ، عَمَدًا وَحَطًّا ، فَصَالِحُهُ مِنْهُمَا عَلَى شِقْصٍ ، فَالشُّفْعَةُ
 فِي نِصْفِ^(٥١) الشُّقْصِ دُونَ بَاقِيهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي
 نَقُولُ فِيهَا : إِنْ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقِصَاصُ عَيْنًا . وَإِنْ قُلْنَا : مُوجِبُهُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ .
 وَجَبَتْ^(٥٢) الشُّفْعَةُ فِي الْجَمِيعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا شُّفْعَةَ فِي الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَخْذِ بِهَا
 تَبْعِيضَ الصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنْ مَا قَابَلَ الْحَطَّ عَوْضٌ عَنْ مَالٍ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ
 الشُّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ، وَلِأَنَّ الصَّفَقَةَ جَمَعَتْ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ ،
 فَوَجَبَتْ فِيهَا تَجِبُ فِيهِ دُونَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا^(٥٣) . وَهَذَا الْأَصْلُ
 يَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَقْيَسُ ؛ لِأَنَّ فِي / الشُّفْعَةِ تَبْعِيضَ الشُّقْصِ عَلَى

٣٣/٥ و

(٥٠) فِي م : « بِالْبَيْعِ » .

(٥١) فِي ب : « بَعْضُ » .

(٥٢) فِي الْأَصْلِ : « وَجْهَتُ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ سَيْفًا » .

المُشْتَرِي ، وربما لا يَبْقَى منه إلا ما لا نَفْعَ فيه ، فَأَشْبَهَ ما لو أَرَادَ أَحَدُ الشُّفِيعَيْنِ أَخْذَ بعضِهِ مع عَفْوِ صَاحِبِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الشُّقْصِ والسَّيْفِ . وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : إن (٥٤) الواجِبَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . فِبِاخْتِيَارِهِ الصُّلْحَ سَقَطَ القِصَاصُ ، وَتَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، فَكانَ الجَمِيعُ عَوْضًا عَنِ المَالِ .

فصل : ولا تُثَبِّتُ الشُّفْعَةُ في بَيْعِ الخِيَارِ قَبْلَ انْقِضائِهِ ، سِوَاءَ كانَ الخِيَارُ لهما أو لأَحَدِهِما وحده ، أَيُّهما كانَ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَتَخَرَّجُ أن تُثَبِّتَ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المِلكَ انْتَقَلَ ، فَتَثَبُّتُ (٥٥) الشُّفْعَةُ في مُدَّةٍ (٥٥) الخِيَارِ ، كما بعد انْقِضائِهِ . وقال أبو حنيفة : إن كان الخِيَارُ للبائِعِ ، أو لهما ، لم تُثَبِّتِ الشُّفْعَةُ حتى يَنْقَضِيَ ؛ لأنَّ في الأخْذِ بها إسقاطُ حَقِّ البائِعِ من الفسخِ ، وإلزامُ البَيْعِ في حَقِّه بغيرِ رضاهُ ، ولأنَّ الشُّفِيعَ إنَّما يأخُذُ من المُشْتَرِي ، ولم يَنْتَقِلِ المِلكُ إليه . وإن كان الخِيَارُ للمُشْتَرِي ، فقد انْتَقَلَ المِلكُ إليه ، ولا حَقَّ لغيرِهِ فيه ، والشُّفِيعُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ بعدَ لزومِ البَيْعِ واستقرارِ المِلكِ ، فلا نَ يَمْلِكُ ذلكَ قَبْلَ لزومه أُولَى ، وعامةُ ما يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الخِيَارِ له ، وذلك لا يَمْنَعُ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ ، كما لو وَجَدَ به عَيْبًا . وللشافِعِيِّ قولانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولنا ، أَنَّهُ مَبِيعٌ فيه الخِيَارُ ، فلم تُثَبِّتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان للبائِعِ ؛ وذلك لأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ يُلْزِمُ المُشْتَرِي بالعقدِ بغيرِ رضاهُ ، ويوجبُ العُهْدَةَ (٥٦) عليه ، ويُفَوِّتُ حَقَّهُ من الرُّجُوعِ في عَيْنِ الثَّمَنِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو كان الخِيَارُ للبائِعِ ، فَإِنَّا إنَّما مَنَعْنَا من الشُّفْعَةِ لِمَا فيه من إِبْطالِ خِيَارِ البائِعِ ، وَتَفْوِيتِ حَقِّ الرُّجُوعِ عليه (٥٧) في عَيْنِ مالِهِ (٥٨) ، وهما في نَظَرِ الشَّرْعِ على السَّوَاءِ . وفارقَ الرُّدُّ بالعَيْبِ ؛ فَإِنَّهُ إنَّما ثَبَّتَ لِاسْتِدْرَاكِ الظُّلَمَةِ ، وذلك يُزَوِّلُ بأخْذِ

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥-٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٦) في الأصل : « العهد » .

(٥٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٨) في م : « مالهما » .

الشَّفِيع ، فَإِن بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، عَالِمًا بِبَيْعِ الْأَوَّلِ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ ، وَبَيَّتِ الشَّفَعَةُ فِيمَا بَاعَهُ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِي وَجْهِ آخَرَ ، أَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ ، بِنَاءً عَلَى الْمَلِكِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لِمَنْ هُوَ مِنْهُمَا . وَإِن بَاعَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، فَكَذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ زَالَ قَبْلَ ثُبُوتِ الشَّفَعَةِ . وَيَتَوَجَّهُ عَلَى تَخْرِيجِ أَبِي الْخَطَّابِ أَنْ لَا تَسْقُطَ شَفَعَتُهُ ، فَيَكُونُ لَهُ عَلَى هَذَا أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ الَّذِي بَاعَهُ الشَّفِيعُ مِنْ مُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ شَرِيكًا لِلشَّفِيعِ حِينَ يَبِيعُهُ .

٥/٣٣٣ ط

فصل : وَيَبِيعُ الْمَرِيضُ كَبَيْعِ الصَّحِيحِ / ، فِي الصَّحَّةِ ، وَثُبُوتِ الشَّفَعَةِ ، وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ ، إِذَا بَاعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، سِوَاءَ كَانَ لِوَارِثٍ أَوْ غَيْرِ وَاوْرِثَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِوَارِثِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ، كَالصَّبِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِي التَّبْرُحِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ الصَّحَّةَ فِيمَا سِوَاهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى التَّبْرُحِ بِالثَّلْثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَجَرَ فِي شَيْءٍ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ غَيْرِهِ ، كَمَا أَنَّ الْحَجَرَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فِي الرَّهْنِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي غَيْرِهِ ، وَالْحَجَرَ عَلَى الْمُفْلِسِ فِي مَالِهِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي ذِمَّتِهِ . فَأَمَّا بَيْعُهُ بِالْمُحَابَاةِ ، فَلَا يَحِلُّو ؛ إِذَا كَانَ يَكُونُ لِوَارِثٍ أَوْ لغيرِهِ ، فَإِن كَانَ لِوَارِثٍ ، بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّهَا فِي الْمَرَضِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، وَالْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ لَا تَجُوزُ ، وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ مِنَ الْمَبِيعِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ بَدَلَ الثَّمَنِ فِي كُلِّ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي بَعْضِهِ ^(٥٩) ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِعَشْرَةٍ . فَقَالَ : قَبِلْتُ الْبَيْعَ فِي نِصْفِهِ . أَوْ قَالَ : قَبِلْتُهُ بِخُمْسَةٍ . أَوْ قَالَ : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِخُمْسَةٍ . وَلِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ تَصْحِيحُ الْبَيْعِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَوَاجَبَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . الشَّانِي ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَيَصِحُّ

(٥٩) فِي م : (يَبِيعُهُ) .

فيما يُقَابِلُ الثَّمَنَ المُسَمَّى ، وَلِلْمُشْتَرِيِ الخِيَارُ بين الأَخْذِ وَالْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ الصُّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ عَلَيْهِ ، وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ مَا صَحَّ البَيْعُ فِيهِ . وَإِنَّمَا قُلْنَا بِالصُّحَّةِ ؛ لِأَنَّ البُطْلَانَ إِنَّمَا جَاءَ مِنَ المُحَابَاةِ ، فَأَخْتَصَّ بِمَا قَابَلَهَا^(٦٠) . الثالث ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الجَمِيعِ ، وَيَقْفُ عَلَى إِجَارَةِ الوَرَثَةِ ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلوَارِثِ صَحِيحَةٌ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ ، وَيَقْفُ عَلَى إِجَارَةِ الوَرَثَةِ ، فَكَذَلِكَ المُحَابَاةُ لَهُ^(٦١) ، فَإِنِ أَجَازُوا المُحَابَاةَ^(٦٢) ، صَحَّ البَيْعُ فِي الجَمِيعِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِيِ ، وَيَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخْذَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ ، وَإِن رَدُّوا ، يَطَّلُ البَيْعُ فِي قَدْرِ المُحَابَاةِ ، وَصَحَّ فِيمَا بَقِيَ . وَلَا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخْذَ قَبْلَ إِجَارَةِ الوَرَثَةِ أَوْ رَدِّهِمْ^(٦٣) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ^(٦٤) بِالمَبِيعِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالَهُ ، وَلَهُ أَخْذُ مَا صَحَّ البَيْعُ فِيهِ . وَإِنِ اخْتَارَ المُشْتَرِيِ الرَّدَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَفِي التِّي قَبْلَهَا ، وَاخْتَارَ الشَّفِيعُ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ، قُدِّمَ الشَّفِيعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى المُشْتَرِيِ ، وَيَجْرِي^(٦٥) مَجْرَى المَعِيبِ إِذَا رَضِيَ الشَّفِيعُ بِعَيْبِهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ المُشْتَرِيِ أَجْنَبِيًّا ، وَالشَّفِيعُ أَجْنَبِيًّا ، فَإِنِ لَمْ تَرِدِ المُحَابَاةُ عَلَى التُّلْثِ ، صَحَّ البَيْعُ ، وَلِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بِهَا^(٦٦) بِذَلِكَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ البَيْعَ حَصَلَ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْهَا كَوْنُ المَبِيعِ مُسْتَرْتَحِصًا ، وَإِن زَادَتْ / عَلَى التُّلْثِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ أَصْلِ المُحَابَاةِ فِي حَقِّ الوَارِثِ . وَإِن كَانَ الشَّفِيعُ وَارِثًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ وَقَعَتْ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعُ مِنْهَا تَمَكُّنُ الوَارِثِ مِنْ أَخْذِهَا ، كَمَا لَوْ وَهَبَ غَيْرُهُ وَارِثُهُ مَالًا ، فَأَخَذَهُ الوَارِثُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ البَيْعُ ، وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّنَا لَوْ أَثْبَتْنَاهَا جَعَلْنَا لِلْمُورِثِ سَبِيلًا

٣٤٤/٥

(٦٠) فِي م : « بِقَابَلَهَا » .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٢) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ .

(٦٣) فِي الأَصْلِ ، م : « وَرَدَّهُمْ » .

(٦٤) فِي الأَصْلِ : « يَتَعَلَّقُ » .

(٦٥) فِي ب ، م : « وَجَرَى » .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ ، ب .

إلى إثبات حَقِّ لَوَارِثِهِ فِي الْمُحَابَاةِ ، وَيُفَارِقُ هِبَةَ لِعَرِيمِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْوَارِثِ الْأَخْذَ بَدْنِهِ لَا مِنْ جِهَةِ هِبَةِ ، وَهَذَا اسْتِحْقَاقُهُ بِالْبَيْعِ الْحَاصِلِ مِنْ مَوْرُوثِهِ ، فَافْتَرَقَا . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا خَمْسَةُ أَوْجِهٍ ، وَجِهَانِ كَهَذَيْنِ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلًا مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِصْصَالِ الْمُحَابَاةِ إِلَى الْوَارِثِ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ فَرَعٌ لِلْبَيْعِ . وَلَا يَبْطُلُ الْأَصْلُ بِبُطْلَانِ فَرَعٍ لَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، مَا حَصَلَتْ لِلْوَارِثِ بِالْمُحَابَاةِ^(٦٧) ، إِنَّمَا حَصَلَتْ لغيره ، وَوَصَلَتْ إِلَيْهِ بِجِهَةِ الْأَخْذِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَأَشْبَهَ هِبَةَ غَرِيمِ الْوَارِثِ . الْوَجْهُ الرَّابِعُ ، أَنَّ لِلشُّفْعِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ مَا عَدَا الْمُحَابَاةَ بِجَمِيعِ^(٦٨) الثَّمَنِ ، بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ^(٦٩) الْمُقَابِلِ لِلْمُحَابَاةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ بِالنِّصْفِ مَثَلًا هِبَةٌ لِلنِّصْفِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ^(٦٩) النَّصْفِ ، مَا كَانَ لِلشُّفْعِيعِ الْأَجْنَبِيِّ أَخْذَ الْكُلِّ ، لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ . الْخَامِسُ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ لِأَجْنَبِيِّ بِمَا دُونَ الثُّلُثِ ، فَلَا تَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ الشُّفْعُ مَشْفُوعًا .

فصل : وَيَمْلِكُ الشُّفْعِيعُ الشُّفْعُ بِأَخْذِهِ بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى أَخْذِهِ ، بَأَن يَقُولَ : قَدْ أَخَذْتُهُ بِالثَّمَنِ . أَوْ تَمَلَّكْتُهُ بِالثَّمَنِ . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ وَالشُّفْعُ مَعْلُومَيْنِ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُكْمِ^(٧٠) حَاكِمٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْحَطَّابِ : يَمْلِكُهُ بِالْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ السَّابِقَ سَبَبٌ ، فَإِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ ، كَانَ كَالِإِجَابِ فِي الْبَيْعِ انْضَمَّ إِلَيْهِ الْقَبُولُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَحْصُلُ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ عَنْ مَالِكِهِ إِلَى غَيْرِهِ قَهْرًا فَافْتَقَرَ إِلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ، كَأَخْذِ دَيْنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِالنِّصْفِ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حَاكِمٍ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ

(٦٧) فِي ب ، م : « الْحَابَاة » .

(٦٨) فِي م : « بِقَدْرِهِ مِنْ » .

(٦٩-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقْلَةٌ نَظَرٌ .

(٧٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

بهذا الأصل ، وبأخذ الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، ولأنَّه مَالٌ يَتَمَلَّكُهُ قَهْرًا ، فَمَلِكُهُ^(٧١) بِالْأَخْذِ ، كَالْعَنَائِمِ وَالْمُبَاحَاتِ ، ^(٧٢) وَمَلِكُهُ بِاللَّفْظِ^(٧٢) الدَّالُّ عَلَى الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشُّفِيعَ يَسْتَقِيلُ بِهِ ، فَاتَّقَلَ^(٧٣) بِاللَّفْظِ الدَّالُّ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : يَمْلِكُ بِالْمُطَالَبَةِ بِمُجَرَّدِهَا . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ مَلَكَ بِهَا لَمَّا سَقَطَتْ الشُّفْعَةُ بِالْعَفْوِ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، وَلَوْجَبَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ شَفِيعَانِ . فَطَلَبْنَا الشُّفْعَةَ ، ثُمَّ تَرَكَ أَحَدَهُمَا ، أَنْ يَكُونَ لِلْآخَرِ أَخْذُ^(٧٤) قَدَرِ نَصِيبِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَخْذَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : قَدْ أَخَذْتُ الشُّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي تَمَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ . وَهُوَ عَالِمٌ بِقَدْرِهِ ، وَبِالْمَبِيعِ ، صَحَّ الْأَخْذُ ، وَمَلَكَ الشُّقْصَ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ ، ^(٧٥) وَلَا لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الشُّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، وَالْمَقْهُورُ لَا خِيَارَ لَهُ^(٧٥) ، وَالْأَخْذُ قَهْرًا لَا خِيَارَ لَهُ أَيْضًا ، كَمُسْتَرْجِعِ الْمَبِيعِ لَعَيْبٍ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ الثَّمَنِ لَعَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا أَوْ الشُّقْصُ^(٧٦) ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْعَوْضَيْنِ^(٧٧) ، كَسَائِرِ الْبُيُوعِ . وَلِهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ يَتَعَرَّفُ مِقْدَارَ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، وَالْمَبِيعِ ، فَيَأْخُذُهُ بِثَمَنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الْأَخْذَ مَعَ جَهَالَةِ^(٧٤) الشُّقْصِ ، بِنَاءً عَلَى بَيْعِ الْغَائِبِ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الشُّفِيعُ أَخْذَ الشُّقْصِ ، وَكَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، أَخْذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَخْذَهُ مِنْهُ وَكَانَ كَأَخْذِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي . هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ

(٧١) فِي الْأَصْلِ : « فِيمَلِكُهُ » .

(٧٢-٧٢) فِي م : « وَبِالْفِظِ » .

(٧٣) فِي الْأَصْلِ : « فَاسْتَقَلَ » .

(٧٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٧٥-٧٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧٦) فِي الْأَصْلِ : « وَالشُّقْصِ » .

(٧٧) فِي ب : « بِالْعَوْضِ » .

قول أبي حنيفة ؛ لأنَّ العَقْدَ يَلْزَمُ فِي بَيْعِ الْعَقَارِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَيَدْخُلُ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَضْمَانِهِ ، وَيَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي . وقال القاضي : ليس له أخذه من البائع ، ويُجْبَرُ الْحَاكِمُ الْمُشْتَرِي عَلَى قَبْضِهِ ، ثُمَّ يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ مِنْهُ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَشْتَرِي الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَأْخُذُهُ مِنْ غَيْرِهِ . وَبَنَوْا ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَإِذَا فَاتَ الْقَبْضُ بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَسَقَطَتِ الشَّفَعَةُ .

فصل : وإذا أقرَّ البائعُ بالبيع ، وأنكرَ المشتري ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، للشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشَّفَعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْمُزَنِّيِّ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ بِهَا . وَنَصَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ فِي « مَسَائِلِهِ » . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَابْنِ شُرَيْحٍ ؛ لِأَنَّ الشَّفَعَةَ فَرَعٌ لِلْبَيْعِ (٧٨) ، وَلَمْ يَثْبُتْ فَلَا يَثْبُتُ فَرَعُهُ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَإِذَا أَنْكَرَ الْبَيْعَ لَمْ يُمَكِّنِ الْأَخْذَ مِنْهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْبَائِعَ أَقْرَبُ بِحَقِّينِ ؛ حَقٌّ لِلشَّفِيعِ ، وَحَقٌّ لِلْمُشْتَرِي ، فَإِذَا سَقَطَ حَقُّ الْمُشْتَرِي بِإِنْكَارِهِ ، ثَبَتَ حَقُّ الشَّفِيعِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بَدَارٍ لِرَجُلَيْنِ ، فَأَنْكَرَ أَحَدُهُمَا ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ لِلشَّفِيعِ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِأَخْذِ هَذِهِ الدَّارِ ، وَالشَّفِيعُ يَدْعِي ذَلِكَ ، فَوَجِبَ (٧٩) قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَتْهَا مِلْكُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَقْبِضُ الشَّفِيعُ مِنَ الْبَائِعِ ، وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِ الثَّمَنَ ، وَيَكُونُ دَرْكُ الشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ، لِأَنَّ / الْقَبْضَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الشَّرَاءُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي . وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ وَلَا لِلْبَائِعِ مُحَاكِمَةُ الْمُشْتَرِي ؛ لِثَبُوتِ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ ، وَتَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْبَائِعِ الثَّمَنَ ، وَقَدْ حَصَلَ مِنَ الشَّفِيعِ ، وَمَقْصُودَ الشَّفِيعِ أَخْذُ الشَّقْصِ وَضْمَانُ الْعَهْدَةِ ، وَقَدْ حَصَلَ مِنَ الْبَائِعِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْمُحَاكِمَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوَادَعَى عَلَى رَجُلٍ دَيْتًا ، فَقَالَ آخَرُ : أَنَا أَدْفَعُ إِلَيْكَ الدَّيْنَ الَّذِي تَدْعِيهِ ، وَلَا تُخَاصِمُهُ . لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ، فَهَلْ لَا قَلْتُمْ هُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : فِي

٣٥٥

(٧٨) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْعُ » .

(٧٩) فِي م : « فَيُوجِبُ » .

الَّذِينَ عَلَيْهِ مَنَّةٌ فِي قَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ غَرِيمِهِ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ يَدْعِي أَنَّ التَّمَنَ الَّذِي يَدْفَعُهُ الشَّفِيعُ حَقٌّ لِلْمُشْتَرِي عَوَضًا عَنْ هَذَا الْمَبِيعِ ، فَصَارَ كَالنَّائِبِ عَنِ الْمُشْتَرِي فِي دَفْعِ التَّمَنِ ، وَالْبَائِعُ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فِي دَفْعِ الشَّقْصِ ، بِخِلَافِ الَّذِينَ ، فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُقْرَأً بِقَبْضِ التَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، يَتَّقَى التَّمَنُ الَّذِي عَلَى الشَّفِيعِ لَا يَدْعِيهِ أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ ^(٨٠) يَقُولُ : هُوَ لِلْمُشْتَرِي . ^(٨١) وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . فِيهِ ثَلَاثَةٌ أُوجِبُ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يَقَالَ لِلْمُشْتَرِي ^(٨١) : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ^(٨٢) ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيئَ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يَأْخُذُ الْحَاكِمُ عِنْدَهُ . وَالثَّلَاثُ ، يَتَّقَى فِي ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ مَتَى ادَّعَاهُ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي ، دَفَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا . وَإِنْ تَدَاعَيْتَاهُ جَمِيعًا ، فَأَقْرَ الْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ ^(٨٣) قَبْضَ التَّمَنِ ^(٨٣) ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أَقْرَ لَهُ بِهِ ^(٨٤) ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ إِذَا أَنْكَرَ الْقَبْضَ ، لَمْ يَكُنْ مُدْعِيًا لِهَذَا ^(٨٥) التَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الشَّفِيعِ تَمَنًا ، إِذَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَقَدْ أَقْرَ بِالْقَبْضِ مِنْهُ ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يَدْعِيهِ ، وَقَدْ أَقْرَ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، فَوَجَبَ دَفْعُهُ إِلَيْهِ .

٨٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ بِالشُّفْعَةِ فِي وَفْتِ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَا شُّفْعَةَ لَهُ)

الصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ عَلَى الْفَوْرِ ، إِنْ طَالَ بِهَا سَاعَةٌ يَعْلَمُ بِالْبَيْعِ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فَقَالَ : الشُّفْعَةُ بِالْمُوَاتَبَةِ سَاعَةً يَعْلَمُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ شُبْرَمَةَ ، وَابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « الدَّفْعُ » .

(٨١-٨١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨٢) فِي ب : « تَقْبِضَ التَّمَنِ » .

(٨٣-٨٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا » .

(٨٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨٥) فِي ب ، م : « هَذَا » .

في (١) جَدِيدِ قَوْلِهِ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى التَّرَاخِي لَا تُسْقَطُ ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى ، مِنْ عَفْوٍ ، أَوْ مُطَابَلَةِ بِقِسْمَةٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنْ مَالِكًا قَالَ : تَنْقَطِعُ بِمُضَى سَنَةٍ . وَعَنْهُ : بِمُضَى مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ تَارِكٌ لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْخِيَارَ لَا ضَرَرَ فِي تَرَاحِيهِ ، فَلَمْ يَسْقَطْ بِالتَّأْخِيرِ ، كَحَقِّ الْقِصْبِاصِ . وَبَيَّنَّ (٢) عَدَمَ الضَّرَرِ أَنَّ النَّفْعَ لِلْمُشْتَرِي بِاسْتِعْلَالِ الْمَبِيعِ . وَإِنْ أُحْدِثَ فِيهِ عِمَارَةٌ ، مِنْ / غِرَاسٍ أَوْ بِنَاءٍ ، فَلَهُ قِيمَتُهُ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالتَّوْرِيِّ ، أَنَّ الْخِيَارَ مُقَدَّرٌ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ (٣) ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ حُدَّ بِهَا خِيَارُ الشَّرْطِ ، فَصَلَحَتْ (٤) حُدًّا لِهَذَا الْخِيَارِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ الْبَيْلَمَانِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ » . وَفِي لَفْظٍ أَنَّهُ قَالَ : « الشُّفْعَةُ كَنْشِطَةِ الْعِقَالِ ، إِنْ قِيدَتْ ثَبَتَتْ ، وَإِنْ تُرِكَتْ فَاللُّومُ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا » (٥) . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاتَّبَهَا » . رَوَاهُ الْفُقَهَاءُ فِي كُتُبِهِمْ (٦) ، وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ يَدْفَعُ الضَّرَرَ عَنِ الْمَالِ (٧) ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَلِأَنَّ إِثْبَاتَهُ عَلَى التَّرَاخِي يَضُرُّ الْمُشْتَرِي . لِكُونِهِ لَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ عَلَى الْمَبِيعِ ، وَيَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ لِعِمَارِهِ (٨) حَشِيَّةً أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَلَا يَنْدَفِعُ عَنْهُ الضَّرَرُ بِدَفْعِ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّ خَسَارَتَهَا فِي الْغَالِبِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، مَعَ تَعَبِ قَلْبِهِ وَيَدْنِهِ فِيهَا . وَالتَّحْدِيدُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ تَحْكَمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ،

ظ ٣٥/٥

(١-١) في م : « أحد قوليهِ » .

(٢) في ب : « وبأن » .

(٣) في ب ، م : « الشافعي » .

(٤) في ب : « فصحت » .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب طلب الشفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٥ . والبيهقي ، في :

باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة ، من كتاب الشفعة . السنن الكبرى ٦ / ١٠٨ .

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر ، في : كتاب الشفعة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٦ ، ٥٧ . وأخرجه عبد الرزاق من قول

شرح ، في : باب الشفيع يأذن قبل البيع ... ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٨٣ .

(٧) في ب : « المالك » .

(٨) في م : « بعمارة » .

والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب . وإذا تقرر هذا ، فقال ابن حامد : يتقدر الخيار بالمجلس . وهو قول أبي حنيفة . فمتى طالب في مجلس العلم ، ثبتت الشفعة وإن طال ؛ لأن المجلس كله في حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض ، كالقبض^(٩) حالة العقد . وظاهر كلام الخرقى أنه لا يتقدر بالمجلس ، بل متى بادر فطالب عقيب علمه ، وإلا بطلت شفعته . وهذا ظاهر كلام أحمد ، وقول الشافعي ؛ لما ذكرنا من الخبر والمعنى . وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب . فعلى هذا متى أحر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر ، بطلت شفعته ، وإن أحرها لعذر ، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها ، أو ليشهدا في جماعة يخاف فوتها ، لم تبطل شفعته ؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة ؛ لأن هذا لا يشغله عنها ، ولا تشغله المطالبة عنه . فأما مع غيبته فلا ؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ، أو يحرك دابته ، فلم يفعل ، ومضى على حسب عادته ، لم تسقط شفعته ؛ لأنه طلب بحكم العادة . وإذا فرغ / من حوائجه ، مضى على حسب عادته إلى المشتري ، فإذا لقيه^(١٠) بدأه بالسلام^(١١) ؛ لأن ذلك السنة ، وقد جاء في الحديث^(١٢) : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلامِ قَبْلَ السَّلَامِ ، فَلَا تُجِيبُوهُ »^(١٣) . ثم يطالب . وإن قال

٣٦/٥ و

(٩) في ب زيادة : « في » .

(١٠-١١) في م : « بدأ السلام » .

(١١) في الأصل ، م : « حديث » .

(١٢) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوزي

١٧٤ / ١٠ .

بعَدَ السَّلَامِ : بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ . أَوْ دَعَا لَهُ بِالْمَغْفِرَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعْتَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّصِلُ بِالسَّلَامِ ، فَيَكُونُ مِنْ جُمْلَتِهِ ، وَالِدُعَاءُ لَهُ بِالْبِرِّكََةِ فِي الصَّفَقَةِ دُعَاءٌ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ رِضَى . وَإِنْ اشْتغَلَ بِكَلَامٍ آخَرَ ، أَوْ سَكَتَ لِغَيْرِ حَاجَةٍ ، بَطَلَتْ شَفَعْتُهُ ؛ لِمَا قَدَّمْنَا .

فصل : فَإِنْ أَخْبَرَهُ بِالْبَيْعِ مُخْبِرٌ ، فَصَدَّقَهُ ، وَلَمْ يُطَالِبْ بِالشَّفَعَةِ ، بَطَلَتْ شَفَعْتُهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُخْبِرُ مِمَّنْ يُقْبَلُ خَبْرُهُ أَوْ لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ قَدْ يَحْصُلُ بِخَبْرٍ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبْرُهُ ، لِإِقْرَائِنِ دَالَّةٍ عَلَى صِدْقِهِ . وَإِنْ قَالَ : لَمْ أُصَدِّقْهُ . وَكَانَ الْمُخْبِرُ مِمَّنْ يُحْكَمُ بِشَهَادَتِهِ ، كَرَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ ، بَطَلَتْ شَفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا حُجَّةٌ تَثْبُتُ بِهَا الْحُقُوقُ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُعْمَلُ بِقَوْلِهِ ، كَالْفَاسِقِ وَالصَّيِّئِ ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعْتُهُ . وَحَكِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ خَبْرٌ يُعْمَلُ بِهِ فِي الشَّرْعِ ، فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ الدَّارِ وَشِبْهِهِ ، فَسَقَطَتْ بِهِ الشَّفَعَةُ ، كَخَبْرِ الْعَدْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَبْرٌ لَا يُقْبَلُ فِي الشَّرْعِ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَ الطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ . وَإِنْ أَخْبَرَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ، أَوْ مَسْتُورٌ الْحَالِ ، سَقَطَتْ شَفَعْتُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَبْرٌ لَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الشَّهَادَةُ ، فَقَبِلَ مِنَ الْعَدْلِ ، كَالرَّوَايَةِ وَالْفُتْيَا وَسَائِرِ الْأَخْبَارِ الدِّيْنِيَّةِ . وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهُ يُحْتَاطُ لَهَا بِاللَّفْظِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَحُضُورِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْكَارِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ يُعَارِضُهَا انْكَارُ الْمُنْكَرِ ، وَتُوجِبُ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ هَذَا الْخَبْرِ . وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ كَالرَّجُلِ ، وَالْعَبْدُ كَالْحُرِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُمَا كَالْفَاسِقِ وَالصَّيِّئِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا لَا يَثْبُتُ بِهِ حَقٌّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا خَبْرٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ ، وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ ، كَالرَّوَايَةِ وَالْأَخْبَارِ الدِّيْنِيَّةِ . وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِيمَا عدا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ ، وَهَذَا مِمَّا عَدَاهَا ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ .

فصل : إِذَا أَظْهَرَ الْمُشْتَرِي أَنَّ الثَّمَنَ أَكْثَرَ مِمَّا وَقَعَ الْعَقْدُ بِهِ ، فَتَرَكَ الشَّقِيعُ الشَّفَعَةَ ، لَمْ تَسْقُطِ الشَّفَعَةُ بِذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَالِكٌ ،

إِلَّا أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ أَنْ (١٣) يَحْلِفُ : مَا سَلَّمْتُ الشُّفْعَةَ إِلَّا لِمَكَانِ الثَّمَنِ الْكَثِيرِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي
 لَيْلَى : لَا شُّفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ وَرَضِيَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَرَكَهَا لِلْعُدْرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْضَاهُ بِالثَّمَنِ
 الْكَثِيرِ ، وَيَرْضَاهُ بِالْقَلِيلِ ، وَقَدْ لَا يَكُونُ مَعَهُ الْكَثِيرُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا
 لِعَدَمِ الْعِلْمِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَظْهَرَ أَنَّ الْمَبِيعَ سِهَامٌ قَلِيلَةٌ ، فَبِائَتْ كَثِيرَةٌ (١٤) ، أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُمَا
 تَبَايَعَا بِدَنَائِيرٍ ، فَبَانَ أَنَّهُمَا دَرَاهِمٌ ، أَوْ بِدَرَاهِمٍ فَبِائَتْ (١٥) دَنَائِيرٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ،
 وَزُفَّرَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ : إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُمَا سَوَاءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛
 لِأَنَّهُمَا كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، فَأَشْبَهَا الثِّيَابَ وَالْحَيَوَانَ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ
 يَمْلِكُ بِالْتَّقْدِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ (١٦) ، فَيَتْرُكُهُ لِعَدَمِ مِلْكِهِ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ
 أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِتَقْدِ ، فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ (١٧) ، أَوْ بِعَرَضٍ فَبَانَ أَنَّهُ بِتَقْدِ ، أَوْ بِنَوْعٍ مِنْ
 الْعَرَضِ فَبَانَ أَنَّهُ بغيرِهِ ، أَوْ اشْتَرَاهُ مُشْتَرٍ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ ، أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ
 فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لَهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِإِنْسَانٍ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى (١٨)
 شَرِكَةَ (١٩) إِنْسَانٍ دُونَ غَيْرِهِ ، وَقَدْ يُحَابِي إِنْسَانًا أَوْ يَحَافَهُ ، فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ
 أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِنِصْفِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِثَمَنِ
 فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهُ بِضِعْفِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الشَّقِصَ وَحْدَهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ هُوَ أَوْ
 غَيْرُهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ هُوَ وَغَيْرُهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَحْدَهُ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ؛
 لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ عَرَضٌ فِيمَا أُبْطِنَهُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ ، فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ ، فَلَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ ، كَمَا
 لَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَقْلٌ مِنْهُ . فَأَمَّا إِنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ
 بِأَكْثَرِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى بِهِ (٢٠) بَعْضُهُ ، سَقَطَتْ

(١٣) ف ب : ما .

(١٤) في الأصل : غيره .

(١٥) ف ب زيادة : أنها .

(١٦) في الأصل : أظهر له . وفي ب : أظهرها .

(١٧) ف ب ، م : بعوض .

(١٨) ف ب : رضى .

(١٩) في الأصل : بشركة .

(٢٠) سقط من : الأصل .

شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ بِمَا أَبْطَنَهُ أَكْثَرُ ، فَإِذَا لَمْ يَرْضَ بِهِ بِالثَمَنِ الْقَلِيلِ مَعَ قَلَّةِ ضَرَرِهِ ، فَبِالكَثِيرِ^(٢١) أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ لَقِيَهِ الشَّفِيعُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ فَلَمْ يُطَالِبْهُ ، وَقَالَ : إِنَّمَا تَرَكْتُ الْمُطَالِبَةَ لِأَطَالِبِهِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْبَيْعُ ، أَوْ الْمَبِيعُ ، أَوْ لَأَخَذَ الشَّقْصَ فِي مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي تَرْكِ الْمُطَالِبَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَقْفُ عَلَى تَسْلِيمِ الشَّقْصِ ، وَلَا عَلَى حُضُورِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : نَسِيتُ ، فَلَمْ أَذْكَرِ الْمُطَالِبَةَ . أَوْ نَسِيتُ الْبَيْعَ . سَقَطَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٢) خِيَارٌ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِذَا أَخَّرَهُ نِسْيَانًا بَطَلَ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَكَأَلَوْ أَمَكَّنْتَ الْمُعْتَقَةَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا نِسْيَانًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ الْمُطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَّهَا لِعُذْرٍ ، فَأَشْبَهَ مَالُو تَرَكَّهَا لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِهَا . وَإِنْ تَرَكَّهَا جَهْلًا بِاسْتِحْقَاقِهَا ، بَطَلَتْ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ .

و٣٧/٥

فصل : وَإِذَا قَالَ الشَّفِيعُ لِلْمُشْتَرِي : بِعْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ قَاسِمْنِي . بَطَلَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِشِرَائِهِ وَتَرْكِهِ لِلشُّفْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : صَالِحْنِي عَلَى مَا لِي . سَقَطَتْ أَيْضًا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِإِسْقَاطِهَا ، وَإِنَّمَا رَضِيَ بِالْمُعَاوَضَةِ عَنْهَا ، وَلَمْ تُثَبِّتِ الْمُعَاوَضَةُ ، فَبَقِيََتِ الشُّفْعَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهَا ، وَطَلَبَ عَوَضَهَا ، فَثَبَّتَ^(٢٣) التَّرْكَ الْمَرْضِيَّ بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الْعَوَضُ . كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْنِي . فَلَمْ يَبِعْهُ . وَلِأَنَّ تَرْكَ الْمُطَالِبَةِ بِهَا كَافٍ فِي سَقُوطِهَا ، فَمَعَ طَلَبَ عَوَضِهَا أَوْلَى . وَالصَّحَابِ الشَّافِعِيُّ وَجِهَانِ كَهْدَيْنِ . فَإِنْ صَالَحَ عَنْهَا بِعَوَضٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ إِزَالَةِ مِلْكٍ ، فَجَازَ كَأَخْذِ^(٢٤) الْعَوَضِ^(٢٥) عَنْ تَمْلِيكِ^(٢٥) امْرَأَةِ امْرَأَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى مَا لِي ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذُ

(٢١) في م : « فالكثير » .

(٢٢) في م : « لأنها » .

(٢٣) في م : « فثبت » .

(٢٤) في م : « أخذ » .

(٢٥) في م : « عنه كملك » .

العوض عنه ، كخيار الشرط . وينتقل ما قاله بخيار الشرط . وأما الخلع فهو معاوضة عما^(٢٦) ملكه بعوض ، وههنا بخلافه .

فصل : وإن قال : أخذ نصف الشقص . سقطت شفعته . وبهذا قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف : لا تسقط ؛ لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها ، لكونها لا تتبعض ، ولا يجوز أخذ بعضها . ولنا ، أنه تارك لطلب بعضها ، فيسقط ، ويسقط باقيا ؛ لأنها لا تتبعض . ولا يصح ما ذكره ؛ فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها ، وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه ، كالنكاح . ويخالف السقوط ؛ فإن الجميع يسقط^(٢٧) بوجود السبب في بعضه ، كالطلاق والعناق .

فصل : وإن أخذ الشقص بتمن معصوب ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تسقط شفعته ؛ لأنه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة ، فإذا عينه فيما لا يملكه^(٢٨) ، سقط الثمين ، وبقي الاستحقاق في الذمة ، فأشبهه مالو آخر الثمن ، أو كمالو اشترى شيئا آخر ، ونقد فيه تمنا معصوبا . والثاني ، تسقط شفعته ؛ لأن أخذه للشقص بما لا يصح^(٢٩) أخذ به^(٣٠) ترك له ، وإعراض عنه ، فتسقط الشفعة ، كمالو ترك الطلب بها .

فصل : ومن وجبت له الشفعة ، فباع نصيبه عالما بذلك ، سقطت شفعته ؛ لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة ثبتت له^(٣١) لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه ،

(٢٦) في ب : ١ عن .

(٢٧) في الأصل : سقط .

(٢٨) في ب : ١ يمكنه .

(٢٩) في ب : ١ يصلح .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : الأصل .

وقد زال ذلك ببيغته . وإن باع بعضه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تسقط أيضا ؛ لأنها استحققت بجميعة ، فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة ، فيسقط باقيا ، لأنها لا تتبع ، فيسقط^(٣٢) جميعها بسقوط بعضها ، كالنكاح والرق ، وكما لو عفا عن بعضها . والثاني ، لا تسقط ؛ لأنه قد بقي من^(٣٣) نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي . وللمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسألة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط^(٣٤) شفعة البائع الأول ؛ لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة البائع . فله أخذ الشقص من المشتري الأول . وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له الشفعة ؛ لأنه شريك ، فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ، ويستحق نماءه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده . والثاني ، لا شفعة له ؛ لأن ملكه يوجد بها ، فلا تؤخذ الشفعة به ، ولأن ملكه متزلزل ضعيف ، فلا يستحق الشفعة به لضعفه . والأول أقيس ؛ فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة ، كالصداق قبل الدخول ، والشقص الموهوب للولد . فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني ، سواء أخذ منه^(٣٥) المبيع بالشفعة أو لم^(٣٦) يأخذ ، وللبائع^(٣٦) الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول ، في أحد الوجهين . فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول ، فقال القاضي : تسقط شفعته أيضا ؛ لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه ، فصار كمن اشترى مغيبا ، فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه . فعلى هذا ، حكمه حكم ما لو باع مع علمه ، سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه . وقال أبو

(٣٢) في ب : فسقط .

(٣٣) في ب : في .

(٣٤) في م : تسقط .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦) في الأصل : يأخذه البائع . وفي ب : يؤخذ للبايع .

الْحَطَابِ : لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ^(٣٧) لِأَنَّهَا تَبَتَّتْ ^(٣٧) لَهُ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ رِضَى بَتْرِكِهَا ، وَلَا مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهَا ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا فَتَبَقَى . وَفَارَقَ مَا إِذَا عَلِمَ ، فَإِنَّ بَيْعَهُ دَلِيلٌ عَلَى رِضَاهُ بِتْرِكِهَا ، فَعَلَى هَذَا ، لِلْبَائِعِ الثَّانِي أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ ^(٣٨) ، فَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ ، فَهَلْ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الْأَخْذُ مِنَ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ غَائِبًا ، وَعَلِمَ بِالْبَيْعِ فِي وَقْتِ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ ، ^(١) وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ)

/ وجملة ذلك أن الغائب له شفعة ^(١) . في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن شريح ، والحسن ، وعطاء . وبه قال مالك ، والليث ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، والعبدي ، وأصحاب الرأي . وروى عن النخعي : ليس للغائب شفعة . وبه قال الحارث العكلي ، والبيهي ، إلا للغائب القريب ؛ لأن إثبات الشفعة له ^(٢) يضرُّ بالمشتري ، ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره ، خوفًا من أخذه ، فلم يثبت ذلك ككُتُوبته للحاضر على التراخي . ولنا ، عموم قوله عليه السلام : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَم » ^(٣) . وسائر الأحاديث ، ولأن الشفعة حق ماليٍّ وُجِدَ سَبَبُهُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْغَائِبِ ، فَيُثْبِتُ لَهُ ، كَالِارْتِ ، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع ، فثبت له الشفعة عند علمه ، كالحاضر إذا كُتِمَ عنه البيع ، والغائب غيبة قريبة ، وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له ، كما في الصور ^(٤) المذكورة . إذا

(٣٧-٣٧) في ب : « لأنه أتبتت » .

(٣٨) في الأصل : « عنها » .

(١-١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم ترجمته في صفحة ٤٣٥ .

(٤) في م : « الصورة » .

ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّه إِذَا لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ إِلَّا وَقْتَ قُدُومِهِ ، فَله المَطَالِبَةُ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ ؛ لِأَنَّ هذا الخِيَارَ يَثْبُتُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ المَالِ ، فَتَرَاحَى الرِّمَانِ قَبْلَ العِلْمِ بِهِ لَا يُسْقِطُهُ (٥) ، كَالرَّدِّ بِالغَيْبِ ، وَمتى عِلِمَ فحُكْمُهُ فِي المَطَالِبَةِ حُكْمُ الحَاضِرِ ، فِي أَنَّهُ إِنْ طَالَبَ عَلَى الفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ، وَحُكْمُ المَرِيضِ وَالمَحْبُوسِ وَسَائِرٍ مِنْ لم يَعْلَمْ البَيْعِ لِعُدْرِ ، حُكْمُ الغَائِبِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

٨٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ عِلِمَ وَهُوَ فِي السَّفَرِ ، فَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى مُطَالِبَتِهِ ، فَلَا شَفْعَةَ لَهُ)

ظَاهِرٌ هذا أَنَّهُ متى عِلِمَ الغَائِبُ بالبَيْعِ ، وَقَدَرَ عَلَى الإِشْهَادِ عَلَى (١) المَطَالِبَةِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَنَّ شَفْعَتَهُ تَسْقُطُ ، سِوَاءَ قَدَرَ عَلَى التَّوَكُّيلِ أَوْ عَجَزَ عَنْهُ ، أَوْ سَارَ عَقِيبَ العِلْمِ أَوْ أَقَامَ . وَهو ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فِي الغَائِبِ : له الشَّفْعَةُ إِذَا بَلَغَهُ أَشْهَدَ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ . وَهو وَجْهٌ للشَّافِعِيِّ ، وَالرَّوْجُ الأَخْرُ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَى الإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّهُ (٢) ثَبَّتَ عُدْرَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَ الشَّفْعَةَ لِذَلِكَ . فُقِبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَتْرُكُ الطَّلِبَ لِلْعُدْرِ ، وَقَدْ يَتْرُكُهُ (٣) لِغَيْرِهِ ، وَقَدْ يَسِيرُ لِطَلِبِ الشَّفْعَةِ ، وَقَدْ يَسِيرُ لِغَيْرِهِ ، وَقَدْ قَدَّرَ أَنْ يُبَيِّنَ ذَلِكَ بِالِإِشْهَادِ ، فَإِذَا لم يَفْعَلْ سَقَطَتْ شَفْعَتُهُ ، كَسَارِكِ الطَّلِبِ مَعَ حُضُورِهِ . وَقَالَ القَاضِي : إِنْ سَارَ عَقِيبَ عِلْمِهِ إِلَى البَلَدِ الَّذِي فِيهِ المُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا تَبْطُلَ شَفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ سَيْرِهِ أَنَّهُ لِلطَّلِبِ . وَهو قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالعَنْبَرِيِّ ، وَقَوْلُ للشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : له مِنَ الأَجْلِ بَعْدَ العِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ / ، فَإِنْ مَضَى الأَجْلُ قَبْلَ أَنْ يَبْعَثَ أَوْ يَطْلُبَ ، بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ . وَقَالَ العَنْبَرِيُّ : له

ظ ٣٨/٥

(٥) فِي الأَصْلِ : « يَسْقُطُ » .

(١) فِي م : « وَعَلَى » .

(٢) فِي الأَصْلِ زِيَادَةٌ : « إِذَا » .

(٣) فِي م : « يَتْرُكُ » .

مَسَافَةُ الطَّرِيقِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا ؛ لِأَنَّ عُدْرَهُ فِي تَرْكِ الطَّلَبِ ^(٤) ظَاهِرٌ ، فَلَمْ يَحْتَجْ مَعَهُ إِلَى الشَّهَادَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ فِي سَفَرِهِ ، أَنَّ شُفْعَتَهُ لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي تَرْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَرَكَ ^(٥) الطَّلَبَ لِعُدْرٍ أَوْ لِعَدَمِ الْعِلْمِ ، وَمَتَى قَدَّرَ عَلَى الْإِشْهَادِ فَأَخْرَجَهُ ، كَانَ كَتَاخِيرِ الطَّلَبِ لِلشُّفْعَةِ ، إِنْ كَانَ لِعُدْرٍ لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ كَانَ لغيرِ عُدْرٍ سَقَطَتْ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ قَائِمًا مَقَامَ الطَّلَبِ ، وَنَائِبًا عَنْهُ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ مَا يُعْتَبَرُ لِلطَّلَبِ . وَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادٍ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَاسِقِ ، فَتَرَكَ الْإِشْهَادَ ، لَمْ تَسْقُطِ شُفْعَتُهُ بِتَرْكِهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمْ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْ إِشْهَادُهُمْ كَالْأَطْفَالِ وَالْمَجَانِينِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ إِلَّا مَنْ لَا يَقْدَمُ مَعَهُ إِلَى مَوْضِعِ الْمُطَالَبَةِ ، فَلَمْ يُشْهَدْ ، فَالْأَوْلَى أَنَّ شُفْعَتَهُ لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ إِشْهَادَهُ لَا يُفِيدُ ، فَأَشْبَهَ إِشْهَادَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مَسْتُورِي الْحَالِ ، فَلَمْ يُشْهَدْهُمَا ، اِحْتِمَالٌ أَنْ تَبْطُلَ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهَا بِالتَّرَكِيَةِ ، فَأَشْبَهَا الْعَدْلَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِ شَهَادَتَيْهِمَا إِلَى كُلْفَةٍ كَثِيرَةٍ ، وَقَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ أَشْهَدَهُمَا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ ، سِوَاءَ قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا أَوْ لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْهُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ الْعَاجِزَ عَنِ الْإِشْهَادِ . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادٍ وَاحِدٍ ، فَأَشْهَدَهُ ، أَوْ تَرَكَ إِشْهَادَهُ .

فصل: إِذَا أَشْهَدَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ أَخَّرَ الْقُدُومَ مَعَ امْتِنَانِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ الشُّفْعَةَ بِحَالِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْمَسِيرِ ^(٦) ، وَقَدَّرَ عَلَى التَّوَكُّلِ فِي طَلَبِهَا ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلطَّلَبِ بِهَا مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَسَقَطَتْ ، كَالْحَاضِرِ ، أَوْ كَالْوَلِيِّ لَمْ يُشْهَدْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ لَهُمْ فِيهَا إِذَا قَدَّرَ عَلَى التَّوَكُّلِ فَلَمْ يَفْعَلْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا بِأَنَّ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) م : « لعنوه » .

(٦) في الأصل : « السير » .

يُطَالِبَ لِنَفْسِهِ ، لِكَوْنِهِ أَقْوَمٌ بِذَلِكَ أَوْ يَخَافُ ^(٧) الضَّرَرَ مِنْ جِهَةِ وَكَيْلِهِ ، بَأَن يُقَرَّرَ عَلَيْهِ بِرِشْوَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَلْزِمُهُ إِقْرَارُهُ ، فَكَانَ مَعْدُورًا . وَلَنَا ، أَنَّ عَلَيْهِ فِي السَّفَرِ ضَرَرًا ، لِإِلْتِزَامِهِ كُلْفَتَهُ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ حَوَائِجُ وَتِجَارَةٌ يَنْقَطِعُ عَنْهَا ، وَتَضْيَعُ بَعِيَّتَهُ ، وَالتَّوَكُّيلُ إِنْ كَانَ يَجْعَلُ لِرِمِّهِ غُرْمًا ، وَإِنْ كَانَ بَغَيْرِ جُعْلٍ لِرِمِّهِ مِثَّةً . وَيَخَافُ الضَّرَرَ مِنْ جِهَتِهِ ، فَانْكُفَى بِالْإِشْهَادِ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ السَّفَرَ ، لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، أَوْ لِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ فِيهِ ، لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ / مَعْدُورٌ ، فَأُشْبِهَ مَنْ لَمْ يَعْلَمْ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْإِشْهَادِ ، وَأَمَكَّنَهُ السَّفَرُ أَوْ التَّوَكُّيلُ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلطَّلَبِ بِهَا مَعَ إِمْكَانِهِ ، مِنْ غَيْرِ وُجُودِ مَا يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبِ ، فَسَقَطَتْ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا .

٣٩٠/٥

فصل : وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا لَا يَمْنَعُ الْمُطَالِبَةَ ، كَالصُّدَاعِ الْيَسِيرِ ، وَالْأَلِيمِ الْقَلِيلِ ، فَهُوَ كَالصَّحِيحِ . وَإِنْ كَانَ مَرَضًا يَمْنَعُ الْمُطَالِبَةَ ، كَالْحُمَّى وَأَشْبَاهِهَا ، فَهُوَ كَالْغَائِبِ فِي الْإِشْهَادِ وَالتَّوَكُّيلِ . وَأَمَّا الْمَخْبُوسُ ، فَإِنْ كَانَ مَخْبُوسًا ظَلْمًا ، أَوْ بِدِينٍ لَا يُمْكِنُهُ أَدَاؤُهُ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ ، وَإِنْ كَانَ مَخْبُوسًا بِحَقٍّ يَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْمُطَلَقِ ، إِنْ ^(٨) لَمْ يُبَادِرْ إِلَى الْمُطَالِبَةِ ، وَلَمْ يُوَكَّلْ فِيهَا ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا .

٨٧٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَبَايَعَ ذَلِكَ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ ، كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ بِالشُّفْعَةِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ ، فَإِنْ طَالَبَ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ ، وَالثَّلَاثُ عَلَى الثَّانِي)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ اخْتِذِ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَبْلَ عِلْمِهِ ، فَتَصَرَّفَهُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ الشَّفِيعَ مَلَكَ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ عَلَيْهِ ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ مِنْ تَصَرُّفِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَوَظِيِّينَ فِي الْبَيْعِ مَعِييًا ، لَمْ يَمْنَعُ

(٧) في م : (بخالف) .

(٨) في ب : (وإن) .

التَّصَرُّفُ^(١) (في الآخر ، والمَوْهُوبُ له يجوزُ له التَّصَرُّفُ^(١) في الهِبَةِ ، وإن كان الواهبُ ممن له الرجوعُ فيه ، فمتى تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا صَحِيحًا^(٢) تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، مثل أن باعَهُ ، فالشُّفِيعُ بالخيارِ ، إن شاء فَسَخَ البَيْعَ الثاني وأخذه بالبَيْعِ الأوَّلِ بِتَمَنِيهِ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ وَجَبَتْ له قبل تَصَرُّفِ المُشْتَرِي ، وإن شاء أَمْضَى تَصَرُّفَهُ وأخَذَ بالشُّفْعَةِ من المُشْتَرِي الثاني ؛ لأنَّه شَفِيعٌ في العَقْدَيْنِ ، فكان له الأُخْذُ بما شاءَ منهما . وإن تَبَايَعَ ذلك ثلاثةً ، فله أن يأخُذَ المَبِيعَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، وينفِسخُ العَقْدانِ الأُخْرَيْنِ ، وله أن يأخُذَهُ بالثاني ، وينفِسخُ الثالثَ وحده ، وله أن يأخُذَهُ بالثالثِ ، ولا يَنْفِسخُ شَيْءًا من العُقُودِ ، فإذا أَخَذَهُ من الثالثِ ، دَفَعَ إليه الثَمَنَ الذي اشْتَرَى به ، ولم يَرْجِعْ على أَحَدٍ ؛ لأنَّه وَصَلَ إليه الثَمَنُ الذي اشْتَرَى به ،^(٣) وإن أَخَذَ من الثاني الثَمَنَ دَفَعَ إليه الذي اشْتَرَى به^(٤) ، وَرَجَعَ الثالثُ عليه بما أَعْطَاهُ ؛ لأنَّه قد انْفَسَخَ عَقْدُهُ ، وأخَذَ الشُّقْصُ منه ، فَيَرْجِعُ^(٥) بِتَمَنِيهِ على الثاني ؛ لأنَّه أَخَذَهُ منه ، وإن أَخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَعَ إلى المُشْتَرِي الأوَّلِ الثَمَنَ الذي اشْتَرَى به ، وانْفَسَخَ عَقْدُ الآخَرَيْنِ ، وَرَجَعَ^(٥) الثالثُ على الثاني بما أَعْطَاهُ ، وَرَجَعَ الثاني على الأوَّلِ بما أَعْطَاهُ ، فإذا كان الأوَّلُ اشْتَرَاهُ بَعَشْرَةَ ، ثم اشْتَرَاهُ الثاني بِعِشْرِينَ ، ثم اشْتَرَاهُ الثالثُ بِثَلَاثِينَ ، فَأَخَذَهُ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَعَ إلى الأوَّلِ عِشْرَةَ ، وَأَخَذَ الثاني من الأوَّلِ عِشْرِينَ ، وَأَخَذَ الثالثُ من الثاني ثَلَاثِينَ ؛ لأنَّ الشُّقْصَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ من الثالثِ ، لِكُونِهِ في يَدِهِ وقد انْفَسَخَ عَقْدُهُ ، فَيَرْجِعُ بِتَمَنِيهِ الذي وَرِثَهُ . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلَافًا . وبه يقول مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْيِ . وما كان في معنى البَيْعِ مِمَّا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، فهو كالبَيْعِ ، فيما ذَكَرْنَا ، وما^(٦) كان مِمَّا لا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ،

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣-٣) سقط من : الأصل . وفي ب : « وإن أخذ من الثاني دفع إليه الثمن الذي اشترى به » .

(٤) في الأصل ، ب : « فرجع » .

(٥) في الأصل : « ويرجع » .

(٦) في م : « وإن » .

فهو كالهبة والوقف ، على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف والهبة والرهن ، وجعله مسجداً ، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأن^(٧) الشفيع ملك فسخ البيع^(٨) الثاني والثالث ، مع إمكان الأخذ بهما ، فلأن^(٩) يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حق الشفيع أسبق ، وجنبت أقوى ، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فإنه إذا مات ، رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه ، بل لهم إبطال العتق ، فالوقف أولى . وقال القاضي : المنصوص عن أحمد ، في رواية علي بن سعيد ، وبكر بن محمد ، إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسي^(١٠) في الوقف ؛ لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . وقال ابن أبي موسى : من اشترى داراً ، فجعلها مسجداً ، فقد استهلكها ، ولا شفعة فيها . ولأن في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له ، والموقوف عليه ؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع ، فإنه إذا فسخ البيع الثاني ، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه ، فلا يلحقه ضرر ، ولأن ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض إلى غير المالك ، وسلبه عن المالك ، فإذا قلنا بسقوط الشفعة ، فلا كلام ، وإن قلنا بثبوتها ، فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ، ويفسخ عقده ، ويدفع الثمن إلى المشتري . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له ؛ لأنه يأخذ ملكه . ولنا ، أن

(٧) في الأصل : « إلا أن » .

(٨) في الأصل : « المبيع » .

(٩) في الأصل ، م : « فبان » .

(١٠) أبو علي الحسن بن عيسى بن ماسرجس الماسرجسي النيسابوري ، أسلم على يداين المبارك ، وكان ورعاً ديناً ثقة ، ولما مريبغداد وحدث بها ، عدوا في مجلسه اثنتي عشرة ألف محبة ، توفي سنة أربعين ومائتين . الأنساب ٥٠١ و ، العبر

الشَّفِيعَ يُبْطِلُ الْهَيْبَةَ ، وَيَأْخُذُ الشُّقْصَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَهَبَ ، كَانَ الثَّمَنُ لَهُ ، كَذَلِكَ بَعْدَ الْهَيْبَةِ الْمَفْسُوحَةِ .

و٤٠/٥

فصل : فَإِنْ جَعَلَهُ صَدَقًا ، أَوْ عِوَضًا فِي خُلْعٍ / أَوْ صُلْحٍ عَنْ دَمٍ ^(١١) عَمْدٍ ، اثْبَتَى ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ .

فصل ^(١٢) : فَإِنْ قَابَلَ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِيَّ ، أَوْ رَدَّهُ ^(١٣) عَلَيْهِ بِعَيْبٍ ، فَلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الْإِقَالَةِ وَالرُّدِّ ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ سَابِقٌ عَلَيْهِمَا ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا . وَإِنْ تَحَالَفَا عَلَى الثَّمَنِ ، وَفَسَخَا الْبَيْعُ ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الشُّقْصَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مُقَرَّرٌ بِالْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَمُقَرَّرٌ لِلشَّفِيعِ بِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِذَلِكَ ، فَإِذَا بَطَلَ حَقُّ الْمُشْتَرِيِّ بِإِنْكَارِهِ ، لَمْ يُبْطَلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بِذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ يُبْطِلَ فَسْخُهَا وَيَأْخُذَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى شِقْصًا بِعَبْدٍ ، ثُمَّ وَجَدَ بَائِعَ الشُّقْصِ بِالْعَبْدِ عَيْبًا ، فَلَهُ رَدُّ الْعَبْدِ وَاسْتِرْجَاعُ الشُّقْصِ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِ حَقِّ الشَّفِيعِ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ ، بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي ^(١٤) الْمَسْخِ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ ، وَالشُّفْعَةُ ^(١٥) تُثْبِتُ لِإِزَالَةِ الضَّرْرِ ، فَلَا تُثْبِتُ عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ بِهَا الضَّرْرُ ، فَإِنْ الضَّرْرُ لَا يُزَالُ بِالضَّرْرِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِيَّ بِالشُّقْصِ عَيْبًا فَرَدَّهُ . وَلَنَا ، أَنَّ فِي الشُّفْعَةِ إِبْطَالَ حَقِّ الْبَائِعِ ، وَحَقَّهُ أَسْبَقُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنَّدَ إِلَى وُجُودِ الْعَيْبِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ حَالَ الْبَيْعِ ، وَالشُّفْعَةُ ثَبَّتَتْ بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ حَقُّ الْبَائِعِ سَابِقًا ، وَفِي الشُّفْعَةِ إِبْطَالُهُ ، فَلَمْ تُثْبِتْ ، وَيُفَارِقُ ^(١٦) مَا

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل ، ب : « رد » .

(١٤) في الأصل ، م : « من » .

(١٥) في م زيادة : « لا » .

(١٦) في ب : « وفارق » .

إذا كان الشَّقْصُ مَعِيًّا ، فَإِنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا هُوَ فِي اسْتِرْجَاعِ الثَّمَنِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الرَّدِّ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا حَقَّ الْبَائِعِ فِي اسْتِرْجَاعِ الشَّقْصِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، فَافْتَرَقَا . فَإِنَّ لِمُيَرِّدِ الْبَائِعِ ^(١٧) الْعَبْدَ الْمَعِيْبَ ^(١٧) حَتَّى أَخَذَ الشَّفِيعُ ، كَانَ لَهُ رَدُّ الْعَبْدِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ مَلَكُهُ بِالْأَخْذِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ إِبْطَالَ مَلِكِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّالِيفِ ، وَالْمُشْتَرِي قَدْ أَخَذَ مِنَ الشَّفِيعِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، فَهَلْ يَتَرَجَعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ؛ لَا يَتَرَجَعَانِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ أَخَذَ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ صَحِيحًا لَا عَيْبَ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا عَلِمَ بِالْعَيْبِ مَلَكَ رَدَّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ مَعِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُعْطِيَ عَبْدًا مَعِيًّا ، فَلَا يَأْخُذُ قِيَمَةَ غَيْرِ مَا أُعْطِيَ . وَالثَّانِي ، يَتَرَجَعَانِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَالَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ / قِيَمَةُ الشَّقْصِ ، فَإِذَا قُلْنَا : يَتَرَجَعَانِ . فَأَيُّهُمَا كَانَ مَا دَفَعَهُ أَكْثَرَ ، رَجَعَ بِالْفَضْلِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُرِدَّ الْبَائِعُ الْعَبْدَ ، وَلَكِنْ أَخَذَ أَرْضَهُ ، لَمْ يَرْجِعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الشَّفِيعِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ غَيْرِ مَعِيْبٍ . وَإِنْ أَدَّى قِيَمَتَهُ مَعِيًّا رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ ، بِمَا أَدَّى مِنْ أَرْضِهِ . وَإِنْ عَفَا عَنْهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ أَرْضًا ، لَمْ يَرْجِعِ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا زِمَّ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي ، لَا يَمْلِكُ فَسْخَاحَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَطَّ عَنْهُ بَعْضَ الثَّمَنِ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ . وَإِنْ عَادَ الشَّقْصُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ ^(١٨) أَخْذُهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ مَلِكَ الْمُشْتَرِي زَالَ عَنْهُ ، وَانْقَطَعَ حَقُّهُ مِنْهُ ، وَانْتَقَلَ حَقُّهُ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ غَصَبَ شَيْئًا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ ، فَأَدَّى قِيَمَتَهُ ^(١٩) ، ثُمَّ

٤٠/٥ ظ

(١٧-١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْبِ » .

(١٨) فِي م : « لِلْبَائِعِ » .

(١٩) فِي ب : « الْقِيَمَةِ » .

قَدَرَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَعْصُوبِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ .

فصل : ولو كان ثَمَنُ الشُّفْعِصِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعُ ، وَبَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ التَّسْلِيمَ ، فَتَعَدَّرَ إِمضَاءَ الْعَقْدِ ، فَلَمْ تُثْبِتِ الشُّفْعَةُ ، كَالْوِجْهِ . فَسَخَّ الْبَيْعُ فِي مُدَّةِ الْحَيَاةِ ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ وَالرُّدِّ بِالْعَيْبِ . وَإِنْ كَانَ الشُّفْعِيُّ قَدْ أَخَذَ الشُّفْعَ ، فَهُوَ كَالْوِجْهِ إِذَا أَخَذَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّ لِمُشْتَرِي الشُّفْعِصِ التَّصَرُّفَ فِيهِ قَبْلَ تَقْيِيزِ ثَمَنِهِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ أَجَنَبِيٌّ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى شِقْصًا بِعَبْدٍ أَوْ ثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تُثْبِتُ فِي عَقْدٍ يَنْقَلُ الْمِلْكُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَهُوَ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ ، فَأَمَّا الْبَاطِلُ فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ . فَإِنْ كَانَ الشُّفْعِيُّ قَدْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لَزِمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلَا يُثْبِتُ ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ مِنَ الشُّفْعِيِّ وَالْمُتَبَايِعِينَ . فَإِنْ أَقْرَأَ الْمُتَبَايِعِينَ ، وَأَنْكَرَ الشُّفْعِيُّ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيَرْجَعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيَمَةِ الشُّفْعِصِ . وَإِنْ أَقْرَأَ الشُّفْعِيُّ وَالْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ ، لَمْ تُثْبِتِ الشُّفْعَةُ ، وَوَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ قِيَمَةِ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيَقْبَى الشُّفْعُصُ مَعَهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ يَنْكِرُهُ ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ وَجُوبَ رَدِّ الْعَبْدِ ، وَالْبَائِعُ يَنْكِرُهُ ، فَيَشْتَرِي الشُّفْعُصَ مِنْهُ ، وَيَتَبَارَعَانِ . وَإِنْ أَقْرَأَ الشُّفْعِيُّ وَالْبَائِعُ وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي ، وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَمْ تُثْبِتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ ، وَقَدْ أَدَّى ثَمَنَهُ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ . / وَإِنْ أَقْرَأَ الشُّفْعِيُّ وَحْدَهُ ، لَمْ تُثْبِتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَا يُثْبِتُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْبُطْلَانِ فِي حَقِّ الْمُتَبَايِعِينَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى الشُّفْعُصَ بِثَمَنٍ فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ مُسْتَحَقًّا ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ وَاجِبَةً ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحًا ، فَإِنْ تَعَدَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي لِإِعْسَارِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَيُقَدَّمُ حَقُّ الشُّفْعِصِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ^(٢٠) بِهَا يَحْصُلُ لِلْمُشْتَرِي مَا يُؤَدِّيهِ^(٢١) ثَمَنًا ، فَتَرْوُلُ

(٢٠) فِي ب ، م : : الْأَخْذُ .

(٢١) فِي م : : يُوَدِّيهِ .

عُسْرَتُهُ ، وَيَحْصُلُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى .

فصل : وَإِذَا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ ، وَقَصَى الْقَاضِي بِهَا ، وَالشَّقْصُ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَقَالَ الْبَائِعُ لِلشَّفِيعِ : أَقْلَنِي . فَأَقَالَه ، لَمْ تَصِحَّ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ ، وَلَيْسَ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُشْتَرٍ مِنَ الْمُشْتَرِي . فَإِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، صَحَّ الْبَيْعُ^(٢٢) ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

٨٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَلِلصَّغِيرِ إِذَا كَبِرَ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ)

وجملة ذلك ، أَنَّهُ إِذَا بَاعَ فِي شَرِكَةِ الصَّغِيرِ شِقْصًا ، ثَبَّتَ^(١) لَهُ الشُّفْعَةَ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، مِنْهُمْ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ^(٢) ، وَسَوَّارٌ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا شُّفْعَةَ لَهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ ، وَلَا يُمَكِّنُ انْتِظَارُهُ حَتَّى يَبْلُغَ . لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمُشْتَرِي ، وَلَيْسَ لِلْوَالِيِّ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْعَفْوَ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ جُعِلَ لِإِزَالَةِ الضَّرْرِ عَنِ الْمَالِ ، فَيُثَبَّتُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَالِيَّ يَأْخُذُ بِهَا ، كَمَا يُرَدُّ الْمَعِيْبَ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ . يَنْطَلُجُ بِالْوَكِيلِ فِيهِ ، وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّ وَالِيَّ الصَّبِيِّ^(٣) لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ ، وَيُمَكِّنُهُ الرَّدُّ . وَلِأَنَّ فِي الْأَخْذِ تَحْصِيلًا لِلْمِلْكِ لِلصَّبِيِّ ، وَنَظَرًا لَهُ ، وَفِي الْعَفْوِ تَضْيِيعٌ وَتَفْرِيطٌ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكِ مَا فِيهِ الْحَظُّ مِلْكَ مَا فِيهِ تَضْيِيعٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِسْقَاطَ لِحَقِّهِ ، وَالْأَخْذَ اسْتِيفَاءً لَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكِ الْوَالِيِّ اسْتِيفَاءَ حَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، مِلْكَ إِسْقَاطِهِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ حُقُوقِهِ وَدُيُونِهِ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١) في ب : « ثبت » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « الصبر » خطأ .

وإن لم يأخذ الوليُّ، انتظر بلوغ الصبيِّ، كما ينتظر قدوم الغائب. وما ذكره من الضرر في الانتظار، يطلُّ بالغائب. إذا ثبت هذا، فإن ظاهر قول الخرقي، أن للصغير إذا كبر الأخذ بها، سواء عفا عنها الوليُّ أو لم يعف، سواء كان الحظ^(٤) في الأخذ بها، أو في تركها. وهو ظاهر كلام أحمد، في رواية ابن منصور: له الشفعة إذا بلغ فاختار. ولم يفرق. وهذا قول الأوزاعي، وزفر، ومحمد بن الحسن، وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له الحظ فيها^(٥) أو لم يكن، فلم يسقط بترك غيره، كالعائب إذا ترك وكيله الأخذ بها. وقال أبو عبد الله ابن حامد: إن تركها الوليُّ لحظ الصبيِّ، أو لأنه ليس للصبيِّ ما يأخذها به، سقطت. وهذا ظاهر^(٥) مذهب الشافعي؛ لأن الوليُّ فعل ماله فعله، فلم يجز للصبيِّ نقضه، كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبيِّ، فصح، كالأخذ مع الحظ. وإن تركها الغير ذلك، لم تسقط. وقال أبو حنيفة: تسقط بعفو الوليِّ عنها في الحائنين؛ لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها، كالمالك. وحالفه صاحباه في هذا؛ لأنه أسقط حقاً للمولى عليه، ولا^(٦) حظ له في إسقاطه، فلم يصح، كالإبراء، وإسقاط خيار الرد بالعيب. ولا يصح قياس الوليِّ على المالك؛ لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه، بخلاف الوليِّ.

فصل: فأما الوليُّ، فإن كان للصبيِّ حظ في الأخذ بها، مثل أن يكون الشراء رخيصاً، أو بيمين المثل وللصبيِّ مال لشراء العقار، لزم وليه الأخذ بالشفعة؛ لأن عليه الاحتياط له، والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها، ثبت المالك للصبيِّ، ولم يملك نقضه بعد البلوغ، في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الأوزاعي: ليس للوليِّ الأخذ بها؛ لأنه لا يملك العفو عنها، فلا يملك

(٤) سقط من: م.

(٥) سقط من: ب.

(٦) في م: (لا).

الأخذ بها ، كالأجنبي ، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر . ولا يصح هذا^(٧) ؛ لأنه خيارٌ جعل لإزالة الضرر عن المال ، فملكه الولي في حق الصبي ، كالرد بالعيب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى . فإن تركها الولي مع الحظ للصبي الأخذ بها إذا كبر ، ولا يلزم الولي لذلك عزم ؛ لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه ، فأشبهه ماله ترك شراء العقار له^(٨) مع الحظ في شرائه ، وإن كان الحظ في تركها ، مثل أن يكون المشتري قد غبن ، أو كان في الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويهرن مال الصبي ، فليس له الأخذ ؛ لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه . فإن أخذ ، فهل يصح ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، لا يصح ، ويكون باقياً على ملك المشتري ؛ لأنه اشترى له مالا يملك شراؤه ، فلم يصح ، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل ، أو اشترى مبيعاً يعلم عيبه ، ولا يملك الولي المبيع ؛ لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ، ولا شركة للولي ، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه ، لم يصح ، فأشبهه ماله تزوج لغيره بغير إذنه ، فإنه يقع باطلاً ، ولا يصح لواحد منهما ، كذا ههنا . وهذا مذهب الشافعي .

والرواية الثانية ، / يصح الأخذ للصبي ؛ لأنه اشترى^(٩) له ما يتدفع عنه الضرر به ، فصح ، كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيبه ، والحظ يختلف ويخفى ، فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل^(١٠) ، لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة ، أو لأن الضرر الذي^(١١) يتدفع بأخذه كبير ، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ، ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه ، فسقط اعتباره ، وصح البيع .

و ٤٢/٥

فصل : وإذا باع وصي الأيتام ، فباع لأحدِهِم نصيباً في شركة الآخر^(١١) ، كان له

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « يشترى » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في ب ، م : « آخر » .

الأخذ للآخر بالشفعة ؛ لأنه كالشراء له . وإن كان الوصي شريكاً من باع عليه ، لم يكن له الأخذ ؛ لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة . ولو باع الوصي نصيبه ، كان له الأخذ لليتيم بالشفعة ، إذا كان له الحظ فيها ؛ لأن التهمة متنتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ، لكون المشتري لا يوافق ، ولأن الثمن حاصل له من المشتري ، كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم ، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشفص به ، فإذا رفع الأمر إلى الحاكم ، باع عليه ، فللوصي الأخذ حيثذ ؛ لعدم التهمة ، وإن كان مكان الوصي أب ، باع شقص الصبي ، فله أن يأخذه بالشفعة ؛ لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده ، لعدم التهمة . وإن بيع شقص في شركة حمل ، لم يكن لوليّه أن يأخذ له بالشفعة ؛ لأنه لا يمكن تمليك غيره الوصية . وإذا ولد الحمل ثم كبر ، فله الأخذ بالشفعة ، كالصبي إذا كبر .

فصل : وإذا عفا ولي الصبي عن شفعتة التي له فيها حظ ، ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك ، في قياس المذهب ؛ لأنها لم تسقط بإسقاطه ، ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ، ^(١٢) ولو سقطت ^(١٣) لم يملك الأخذ بها . ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها ؛ لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي ، وذلك على خلاف الخبر والمعنى . ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر ؛ لأن الحق يتجدد له عند كبره ، فلا يملك تأخيرها حيثذ ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم . فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ، ثم أراد الأخذ بها ، والأمر على ما كان ، لم يملك ذلك ، كما لم يملكه ابتداءً . وإن صار فيها حظ ، أو كان مفسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك ، اثبتى ذلك على سقوطها بذلك ؛ فإن قلنا : لا تسقط ، وللصبي الأخذ بها إذا كبر . فحكمها حكم ما فيه الحظ ، وإن قلنا : تسقط . فليس له الأخذ بها بحال ؛ لأنها قد سقطت على الإطلاق ، فأشبهه ما لو عفا الكبير عن شفعتة .

(١٢-١٣) في الأصل : وإذا سقط .

فصل : / والحُكْمُ فِي الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ كَالْحُكْمِ فِي الصَّبِيِّ سِوَاءَ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَظِّهِ ، وَكَذَلِكَ السَّفِيهُ لِذَلِكَ ، وَأَمَّا الْمُعْمَى عَلَيْهِ فَلَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغَائِبِ وَالْمَجْنُونِ^(١٣) يَنْتَظَرُ إِفَاقَتَهُ . وَأَمَّا الْمُفْلِسُ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَالْعَفْوُ عَنْهَا ، وَلَيْسَ لِعُرْمَانِهِ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُمْ فِي أَمْلَاكِهِ^(١٤) قَبْلَ قَسْمَتِهَا ، وَلَا إِجْبَارُهُ عَلَى الْأَخْذِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَيْسَ لَهُمْ إِجْبَارُهُ عَلَى الْعَفْوِ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَسِوَاءَ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الْأَخْذِ بِهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَيْسَ بِمَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ، لَكِنْ لَهُمْ مَنْعُهُ مِنْ دَفْعِ مَالِهِ فِي ثَمَنِهَا ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِمْ بِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ شَيْئًا غَيْرَ هَذَا . وَتَمَى مَلِكُ الشَّقْصِ الْمَأْخُودَ بِالشُّفْعَةِ ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الْعُرْمَاءِ بِهِ ، سِوَاءَ أَخَذَهُ بِرِضَاهُمْ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اكْتَسَبَهُ . وَأَمَّا الْمُكَاتِبُ ، فَلَهُ الْأَخْذُ وَالتَّرْكَ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَفْعُ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ . فَأَمَّا الْمَادُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ مِنَ الْعَبِيدِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَادُونٌ لَهُ فِي الشِّرَاءِ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهَا^(١٥) لَمْ يَنْفِذْ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِسَيِّدِهِ^(١٦) ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي إِبْطَالِ حُقُوقِهِ . وَإِنْ أَسْقَطَهَا السَيِّدُ ، سَقَطَتْ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْعَبِيدِ أَنْ يَأْخُذَ ؛ لِأَنَّ لِلسَيِّدِ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ أَسْقَطَهُ مُسْتَحِقُّهُ ، فَيَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَيْئًا فِي شَرِكَةِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، فَلِلْعَامِلِ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَانَ الْحَظُّ فِيهَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا فَلِرَبِّ الْمَالِ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارَبَةِ مِلْكُهُ . وَلَا يَنْفِذُ عَفْوُ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَنْفِذْ عَفْوُهُ ، كَالْمَادُونِ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ شَيْئًا فِي شَرِكَةِ رَبِّ الْمَالِ ، فَهَلْ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ شُفْعَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، مَبْنِيَيْنِ عَلَى شِرَاءِ

(١٣) فِي ب : « وَالْمَجْنُونِ » .

(١٤) فِي ب : « أَمْلَاكِهِمْ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « عَنْهُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « لِلسَيِّدِ » .

رَبِّ الْمَالِ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا . وَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ شَفِيعَهُ ، وَلَا رَيْحَ فِي الْمَالِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لغيرِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ رَيْحٌ ، وَقُلْنَا : لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . ففِيهِ وَجْهَانِ كَرَبِّ الْمَالِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كَلَّهُ عَلَى مَا (١٧) ذَكَرْنَا . فَإِنْ بَاعَ الْمُضَارِبُ شِقْصًا فِي شَرِكْتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَهَمٌ ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَهُ مِنْ نَفْسِهِ .

٤٣/٥

فصل : ولا شفعةً بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِيَانِ ؛ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو يَعْلَى ، /
وهو ظاهرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا تَجِبُ فِيهِ (١٨) ، كَالْمُجَاوِرِ وَغَيْرِ الْمُتَقَسِّمِ ، وَلَأَنَّا إِنْ قُلْنَا : هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . فَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ غَيْرُ مَالِكٍ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . فَمِلْكُهُ غَيْرُ تَأَمٍّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِباحَةَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ ، فَلَا يَمْلِكُ بِهِ مِلْكًا تَأَمًّا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . وَجَبَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ ؛ (١٩) لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَبِيعُ فِي شَرِكْتِهِ شِقْصًا (٢٠) ، فَوَجَبَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ كَالطَّلُقِ (٢١) ، وَلِأَنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عَنْهُ بِالشُّفْعَةِ كَالطَّلُقِ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ ، كَوُجُوبِهَا فِي الطَّلُقِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَسْتَحِقَّ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِهَا يَبِيعُ ، وَهُوَ مِمَّا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

٨٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بِنَائِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ بِبِنَائِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَحَدِهِ ضَرَرٌ)

وجملته أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ بِنَاءُ الْمُشْتَرِي وَغَرَسُهُ فِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ عَلَى وَجْهِ مَبَاحٍ فِي مَسَائِلٍ ؛ مِنْهَا ، أَنْ يُظْهِرَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الشَّفِيعَ مِنَ الْأَخْذِ بِهَا ، فَيَتْرُكُهَا وَيُقَاسِمُهُ ، ثُمَّ يَبْنِي الْمُشْتَرِي وَيَغْرِسُ

(١٧) سقط من : م .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩-٢٠) سقط من : الأصل .

(٢٠) لعله أراد به غير الوقف .

فيه . ومنها ، أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله ، أو صغيراً فيقاسمه وليه ، ونحو ذلك ، ثم
يَقْدَمُ الغائبُ ، أو يَبْلُغُ الصَّغِيرُ ، فَيَأْخُذُ بالشُّفْعَةِ . وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً ،
فَطالِبُ المُشْتَرِي الحَاكِمُ بالْقِسْمَةِ ، فقاَسَمَ ، ثم قَدِمَ الغائبُ ، وبلَغَ الصَّغِيرُ ، فأخَذَه
بالشُّفْعَةِ بعدَ غَرَسِ المُشْتَرِي وبنائِهِ ، فَإِنَّ للمُشْتَرِي قَلْعَ غَرَسِهِ وبنائِهِ ، إن اِخْتَارَ ذلك ؛
لأنَّهُ مِلْكُهُ ، فإذا قَلَعَهُ فليس عليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا نَقْصُ الأَرْضِ . ذَكَرَهُ القاضِي . وهو
مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ غَرَسَ وبنَى في مِلْكِهِ ، وما حَدَثَ من النَّقْصِ إنَّما حَدَثَ في
مِلْكِهِ ، وذلك مما لا يُقَابِلُهُ ثَمَنٌ . وظاهرُ كَلامِ^(١) الخِرَقِيِّ أنَّ عليه ضَمَانُ النَّقْصِ الحاصِلِ
بالقَلْعِ ؛ لأنَّهُ اشْتَرَطَ في قَلْعِ العَرَسِ والبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وذلك لأنَّهُ نَقَصَ دَخَلَ على مِلْكِ
غَيْرِهِ لأجلِ تَحْلِيصِ مِلْكِهِ ، فَلزِمَهُ^(٢) ضَمَانُهُ ، كما لو كَسَرَ مِخْرَبَةً غَيْرَهُ لإخْرَاجِ دِينَارِهِ
مِنْهَا . وقولُهُم : إنَّ النَّقْصَ حَصَلَ في مِلْكِهِ . ليس كذلك ؛ فَإِنَّ النَّقْصَ الحاصِلَ بالقَلْعِ
إنَّما هو في مِلْكِ الشَّفِيعِ . فأما نَقْصُ الأَرْضِ الحاصِلُ بالعَرَسِ والبِنَاءِ فلا يَضْمَنُهُ ؛
لما ذَكَرُوهُ . فَإِنَّ لِمِ يَحْتَرِ المُشْتَرِي القَلْعَ ، فالشَّفِيعُ بالخِيَارِ^(٣) بين ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛
تَرْكِ الشُّفْعَةِ ، وبين دَفْعِ قِيمَةِ العَرَسِ والبِنَاءِ فَيَمْلِكُهُ مع الأَرْضِ ، وبين قَلْعِ العَرَسِ
والبِنَاءِ ، وَيَضْمَنُ له ما نَقَصَ بالقَلْعِ . وبهذا قال الشَّعْبِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وابنُ أُمَيَّةِ
أَبِي سَلِيمَانَ ، والثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُكَلِّفُ المُشْتَرِي القَلْعَ ، ولا شَيْءَ له ؛ لأنَّهُ
بَنَى فيما اسْتَحَقَّ غَيْرَهُ أَخَذَهُ ، فأشْبَهَ العاصِبَ ، ولأنَّهُ بَنَى في حَقِّ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فأشْبَهَ
ما لو بَانَتْ مُسْتَحَقَّةٌ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »^(٤) . ولا يَزُولُ
الضَّرَرُ عَنْهُمَا إلاً بِذلك ، ولأنَّهُ بَنَى في مِلْكِهِ الذي تَمَلَّكَ بِنِعْمِهِ ، فلم يُكَلِّفْ قَلْعَهُ مع
الإِضْرَارِ ، كما لو لم يَكُنْ مَشْفُوعاً . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنه بَنَى في مِلْكِ غَيْرِهِ ، ولأنَّهُ

ط ٤٣/٥

(١) في ب : « قول » .

(٢) في الأصل : « فعلية » .

(٣) في الأصل : « مخير » .

(٤) تقدم تخريجه في : ١٤٠ / ٤ .

عَرَقُ ظَالِمٍ ، وليس لِعَرَقِ ظَالِمٍ حَقٌّ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّهُ غَيْرُ ظَالِمٍ ، فَيَكُونُ لَهُ حَقٌّ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِجْبَابَ قِيَمَتِهِ مُسْتَحَقًّا لِلْبَقَاءِ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ ، وَلَا قِيَمَتَهُ مَقْلُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَتْ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا لَمَلِكَ قَلْعَهُ ، وَلَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا ، وَلَئِنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ إِذَا قَلَعَهُ^(٥) . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا كَيْفِيَّةَ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ ، فَالظَاهِرُ أَنَّ الْأَرْضَ تُقَوَّمُ فِيهَا الْعَرَسُ^(٦) وَالْبِنَاءُ ، ثُمَّ تُقَوَّمُ خَالِيَةً مِنْهُمَا ، فَيَكُونُ مَا بَيْنَهُمَا قِيَمَةَ الْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيُدْفَعُ الشَّفِيعُ إِلَى الْمُشْتَرِي إِنْ أَحَبَّ ، أَوْ مَا تَقَصَّ مِنْهُ إِنْ اخْتَارَ الْقَلْعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الَّذِي زَادَ بِالْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوَّمُ الْعَرَسُ وَالْبِنَاءُ مُسْتَحَقًّا لِلتَّرِكِ بِالْأَجْرَةِ ، أَوْ لِأَخِذِهِ بِالْقِيَمَةِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَلْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْعَرَسِ وَقْتُ يُقْلَعُ فِيهِ فَيَكُونُ لَهُ قِيَمَةٌ ، وَإِنْ قُلِعَ قَبْلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ ، أَوْ تَكُونُ قِيَمَتُهُ قَلِيلَةً ، فَاخْتَارَ الشَّفِيعُ قَلْعَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، فَهُوَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنْ النِّقْصَ فَيَجْبُرُ بِهِ ضَرَرَ الْمُشْتَرِي ، سِوَاءَ كَثُرَ النِّقْصُ أَوْ قَلَّ ، وَيُعَوِّدُ ضَرَرَ كَثْرَةِ النِّقْصِ عَلَى الشَّفِيعِ ، وَقَدْ رَضِيَ بِاخْتِمَالِهِ . وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى مَعَ الشَّفِيعِ أَوْ وَكَيْلِهِ فِي الْمَشَاعِ ، ثُمَّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، فَالْحُكْمُ فِي أَخِذِ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ كَالْحُكْمِ فِي أَخِذِ جَمِيعِهِ بَعْدَ الْمُقَاسَمَةِ .

فصل : وَإِنْ زَرَعَ فِي الْأَرْضِ ، فَلِلشَّفِيعِ الْأَخِذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيَبْقَى زَرْعُ الْمُشْتَرِي إِلَى أَوْانِ الْحَصَادِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ لَا يَتَبَاقَى ، وَلَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ زَرَعَهُ فِي مِلْكِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى الْأَرْضَ فِيهَا زَرْعًا لِلْبَائِعِ ، فَكَانَ لَهُ مُبَقَّى إِلَى الْحَصَادِ بِلَا أُجْرَةٍ ، كَغَيْرِ الْمَشْفُوعِ . وَإِنْ كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ ظَاهِرٌ ، ائْتَمَرَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَهُوَ لَهُ مُبَقَّى إِلَى الْجِذَائِذِ ، كَالزَّرْعِ .

فصل : وَإِذَا تَمَّ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ تَمَاءً مُتَّصِلًا ، كَالشَّجَرِ إِذَا كَثُرَ ، أَوْ ثَمَرَةٌ غَيْرَ ظَاهِرَةٍ ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ بِأَخِذِهِ بِزِيَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ

(٥) فِي ب : قَلْعٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : الْعَرَسُ .

هذه زيادة غير متميزة . فتبعت الأصل^(٧) ، كما لو ردَّ بغير أو خيار أو إقالة . فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج في نصفه / زائداً^(٨) إذا طلق^(٩) قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة ، إذا فاته الرجوع بالعين^(١٠) ، وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص ، سقط حقه من الشفعة ، فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نأوه المتصل ، كما ذكرنا في الفسوخ كلها . الحال الثاني ، أن تكون الزيادة منفصلة ، كالقلة ، والأجرة ، والطلع المؤبر ، والثمرة الظاهرة ، فهي للمشتري ، لا حق للشفيع فيها ؛ لأنها حدثت في ملكه ، وتكون للمشتري مبقاة في رؤس التحل إلى الجذاذ ؛ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراً ثان ، فيكون حكمه حكم ما لو اشتري برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر ، فأبره ، ثم أخذه الشفيع ، أخذ الأصل دون الثمرة ، وبأخذ الأرض والنخيل بحصتها من الثمن ، كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً .

فصل : وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري ، فهو من ضمانه ؛ لأنه ملكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري ، كتنقيضه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن انهدم . ثم إن كانت الأفض^(١١) موجودة أخذها مع العرصة بالحصّة . وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء . وهذا ظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن القاسم . وهذا قول الثوري ، والعنبري ، وأبي يوسف ، وقول للشافعي^(١٢) . وقال أبو عبد الله ابن حامد : إن كان التلف بفعل آدمي ، كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى ، كأنهدام البناء بنفسه ، أو حريق ، أو غرق ، فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن ، أو يترك . وهذا قول أبي حنيفة ، وقول للشافعي^(١٣) ؛ لأنه متى كان النقص بفعل آدمي ، رجع بدله إلى المشتري ، فلا

(٧) في ب : « الأرض » .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في الأصل ، ب : « في العين » .

(١٠) في الأصل : « الأبعاض » .

(١١) في ب ، م : « الشافعي » .

يَتَضَرَّرُ ، ومتى كان بغير ذلك ، لم يَرْجِعْ إليه شيءٌ ، فيكون الأخذ منه إضراراً به ،
والضرر لا يُزَالُ بالضرر . ولنا ، أنه تَعَدَّرَ على الشَّفِيعِ أخذ الجميع ، وقَدَرَ على أخذ
البيض ، فكان له بالحِصَّةِ من الثَّمَنِ ، كما لو تَلَفَ بفعل آدَمِيٍّ سِوَاهُ ، أو كما لو كان له
شَفِيعٌ آخَرُ ، أو نقولُ : أخذ بعض ما دَخَلَ معه في العَقْدِ ، فأخذه بالحِصَّةِ ، كما لو كان
معه سَيْفٌ . وأما الضررُ فإنَّما حَصَلَ بالتَلَفِ ، ولا صُنِعَ للشَّفِيعِ فيه ، والذي يأخذه
الشَّفِيعُ يُوَدِّي ثَمَنَهُ ، فلا يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِي بأخذه . وإِنَّمَا قلنا : يَأْخُذُ الأَنْقَاضَ^(١٢) وإن
كانت مُنْفَصِلَةً ؛ لأنَّ اسْتِحْقَاقَهُ للشُّفْعَةِ كان حالَ عَقْدِ البَيْعِ ، وفي تلك الحال كان
مُتَّصِلًا أَتَّصَالًا ليس مآله إلى الانفصالِ ، وانفصاله بعد ذلك لا يُسْقِطُ حَقَّ الشُّفْعَةِ . /
وبفارقِ الثَّمَرَةِ غيرِ المُؤَبَّرَةِ إِذَا تَأَبَّرَتْ ، فإنَّ مآلَهَا إلى الانفصالِ والظُّهُورِ ، فإذا ظَهَرَتْ
فقد انفصلتْ ، فلم تَدْخُلْ في الشُّفْعَةِ . وإن نَقَصَتِ القِيَمَةُ مع بَقَاءِ صُورَةِ المَبِيعِ ، مثل
أن انشَقَّ الحَائِطُ ، واستَهْدَمَ البِنَاءُ ، وشَعَثَ الشَّجَرُ ، وبارتِ الأَرْضُ ، فليس له إلا
الأخذُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أو التَّرْكِ ؛ لأنَّ هذه المعاني لا يُقَابَلُهَا الثَّمَنُ ، بخلافِ الأَعْيَانِ ،
ولهذا قلنا : لو بَنَى المُشْتَرِي ، أعطاهُ الشَّفِيعُ قِيَمَةَ بِنَائِهِ ، ولو زاد المَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ،
دَخَلَتْ في الشُّفْعَةِ .

٤٤/٥ ظ

٨٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الشَّرَاءُ وَقَعَ بَعَيْنٍ ، أَوْ وَرِقٍ ، أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ
مِثْلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ^(١٣) قِيَمَتَهُ)

وجملته أن الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشُّفْعَ من المُشْتَرِي^(١٤) بالثَّمَنِ الذي اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ؛ لما
رَوَى فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ »^(١٥) . رَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ

(١٢) في الأصل : « الأبعاض » .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل ، ب : « به » . وانظر ما تقدم من التخریج في صفحة ٤٣٥ .

الجُورَ جَانِيٌّ فِي « كِتَابِهِ ». وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشُّفْعَ بِالبَيْعِ ، فَكَانَ مُسْتَحِقًّا لَهُ بِالثَّمَنِ ، كَالْمُسْتَرَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِغَيْرِ رِضَى مَالِكِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ ، كَالْمُضْطَرِّ يَأْخُذُ طَعَامَ غَيْرِهِ . قُلْنَا : الْمُضْطَرُّ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِسَبَبِ حَاجَةٍ خَاصَّةٍ ، فَكَانَ الْمَرْجِعُ فِي بَدَلِهِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، وَالشَّفِيعُ اسْتَحَقَّهُ لِأَجْلِ البَيْعِ ، وَهَذَا لَوْ انْتَقَلَ بِهِيَّةَ أَوْ مِيرَاثٍ لَمْ يَسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ ، وَإِذَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ بِالبَيْعِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ بِالْعَوَضِ الثَّابِتِ بِالبَيْعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا تَنْظُرُ فِي الثَّمَنِ ، فَإِنْ كَانَ ذَنَائِرًا أَوْ دَرَاهِمَ ، أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ كَالثِّيَابِ^(٣) وَالْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحَقُّ الشُّفْعَ بِقِيَمَةِ الثَّمَنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَسَوَّارٍ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، وَهَذَا لَا مِثْلَ لَهُ ، فَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَمَا لَوْ جُهِلَ الثَّمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الثَّمَنِ ، فَجَازَ أَنْ تُثَبَّتَ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي الْمَبِيعِ ، كَالْمِثْلِيِّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ يَكُونُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ ، وَمِنْ طَرِيقِ الْقِيَمَةِ . كَبَدْلِ الْمُتْلَفِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، فَهُوَ كَالْأَثْمَانِ . وَبِهِ يَقُولُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَلِأَنَّ هَذَا مِثْلٌ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْقِيَمَةِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ الْمَمَائِلِ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدْلُ الثَّمَنِ ، فَكَانَ مِثْلَهُ ، كَبَدْلِ الْقَرْضِ^(٤) وَالْمُتْلَفِ .

فصل : وَيَسْتَحَقُّ الشَّفِيعُ الشُّفْعَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَلَوْ تَبَايَعَا بِقَدْرِ ،

ثمَّ غَيَّرَاهُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ ، ثَبَّتَ ذَلِكَ التَّغْيِيرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ / الشَّفِيعِ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا تَمَّ الْعَقْدُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالثَّمَنِ الَّذِي هُوَ ثَابِتٌ حَالَ اسْتِحْقَاقِهِ ،

(٣) فِي ب : : كَالنَّبَاتِ .

(٤) فِي ب : : الْعَوَضِ .

ولأنَّ زَمَنَ^(٥) الخِيَارِ بِمَنْزِلَةِ حَالَةِ العَقْدِ ، والتَّغْيِيرُ يَلْحَقُ بِالْعَقْدِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى اخْتِيَارِهِمَا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي حَالِ العَقْدِ . فَأَمَّا إِذَا انْقَضَى الخِيَارُ ، وَابْتَرَمَ العَقْدُ ، فَزَادَا أَوْ نَقَصَا ، لَمْ يَلْحَقْ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بَعْدَهُ^(٦) هِبَةٌ يُعْتَبَرُ لَهَا^(٧) شُرُوطُ الهِبَةِ ، وَالتَّنْقِصُ لِإِبْرَاءٍ مُبْتَدَأٍ ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَثْبُتُ التَّنْقِصُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ دُونَ الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَا عِنْدَهُ مُلْحَقَانِ^(٨) بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَضُرُّ الشَّفِيعَ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا^(٩) ، بِخِلَافِ التَّنْقِصِ ، وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ بَقِيَ مَا يَكُونُ ثَمَنًا أَخَذَ بِهِ ، وَإِنْ حَطَّ الْأَكْثَرُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ العَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ، كَالزِّيَادَةِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الْأَخْذَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ قَبْلَ التَّغْيِيرِ ، فَلَمْ يُؤْثِرِ التَّغْيِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالزِّيَادَةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ العُدْرِ^(١٠) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَوْ لَحِقَ العَقْدَ لَزِمَ الشَّفِيعَ ، وَإِنْ أَضُرَّ بِهِ ، كَالزِّيَادَةِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ، وَلِأَنَّهُ حَطَّ بَعْدَ لُزُومِ العَقْدِ ، فَأَشْبَهَ حَطَّ الْجَمِيعِ أَوْ الْأَكْثَرِ عِنْدَ مَالِكٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مِمَّا تَجِبُ قِيَمَتُهُ ، فَإِنَّهَا تُعْتَبَرُ وَقْتُ البَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ ، وَلَا اعْتِبَارَ بَعْدَ ذَلِكَ بِالزِّيَادَةِ وَالتَّنْقِصِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ ، اعْتَبِرَتْ القِيَمَةُ^(١١) حِينَ انْقِضَاءِ الخِيَارِ وَاسْتِقْرَارِ العَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ المُحَاكَمَةِ . وَليْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ وَقْتُ العَقْدِ ، وَمَا زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ حَصَلَ فِي مِلْكِ البَائِعِ ، فَلَا يَقُومُ لِلْمُشْتَرِي ، وَمَا نَقَصَ فَمِنْ مَالِ البَائِعِ ، فَلَا يَنْقُصُ بِهِ حَقُّ المُشْتَرِي .

(٥) فِي ب : « نَص » .

(٦) فِي ب : « بَعْدَ ذَلِكَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : « لَهَا » .

(٨) فِي ب ، م : « يَلْحَقَانِ » .

(٩) فِي ب : « يَمْلِكُهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « العَقْد » .

(١١) فِي ب نِيَادَةٌ : « فِيهِ » .

فصل: وإذا كان الثمن مُوجِبًا ، أخذَه الشَّفِيعُ بذلك الأجل ، إن كان مَلِيعًا ، وإلا أقامَ ضَمِينًا مَلِيعًا وأخذَ . وبه قال مالكٌ ، وعبدُ الملِكِ ، وإسحاقُ . وقال الثَّورِيُّ : لا يأخذُها إلا^(١٢) بالتَّقْدِ حَالًا^(١٣) . وقال أبو حنيفةَ : لا يأخذُها إلا بِثَمَنٍ حَالٍ ، أو يَنْتَظِرُ مُضَيَّ الأجلِ ثم يأخذُ . وعن الشَّافِعِيِّ كَمَدَّهَيْنَا^(١٤) لَأَنَّهُ^(١٥) يُمَكِّنُهُ الأخذُ^(١٥) بالمُوجِبِ ؛ لَأَنَّهُ يُفْضِي إلى أن يُلْزَمَ المُشْتَرِي قَبُولَ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، والذَّمُّ لا تَمَاتُلُ ، وإِنَّمَا يأخذُ بِمِثْلِهِ ، ولا يُلْزَمُهُ أن يأخذَ بِمِثْلِهِ حَالًا ، لِغَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا يُلْزَمُ المُشْتَرِي ،^(١٦) ولا بِمِثْلِ الثَّمَنِ^(١٦) إلى^(١٧) الأجلِ ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يأخذُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ أو القِيَمَةِ ، والسَّلْعَةُ لَيْسَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا ، فلم يَبْقَ إلا التَّخْيِيرُ . ولنا ، أن الشَّفِيعَ تابعٌ للمُشْتَرِي في قَدْرِ الثَّمَنِ وِصْفَتِهِ ، والتَّأَجُّلُ من صِفَاتِهِ ، ولأنَّ في الحُلُولِ / زيادةً على التَّأَجُّلِ ، فلم يُلْزَمَ الشَّفِيعَ ، كزيادةِ القَدْرِ . وما ذَكَرُوهُ من اِخْتِلَافِ الذَّمِّ ، فإننا^(١٧) لا نُوجِبُها حتى تُوجَدَ المَلَاءَةُ في الشَّفِيعِ ، أو في ضَمِينِهِ ، بحيثُ يَنْحَفِظُ المَالُ ، فلا يَضُرُّ اِخْتِلَافُهُمَا فيما وراءَ ذلك ، كما لو اشْتَرَى الشَّقِصَ بِسَلْعَةٍ وَجَبَتْ قِيَمَتُهَا ، ولا يَضُرُّ اِخْتِلَافُهُمَا . ومتى أخذَه الشَّفِيعُ بالأجلِ ، فماتَ الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِي ، وَقَلْنَا : يَجِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ مِنْهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لأنَّ سَبَبَ حُلُولِهِ المَوْتُ ، فاختَصَّ بِمَنْ وُجِدَ في حَقِّهِ .

ظ ٤٥

فصل: وإذا باعَ شَقِصًا مَشْفُوعًا ، ومعه ما لا شُفْعَةَ فيه ، كالسَّيْفِ والثَّوبِ في عَقْدٍ واحدٍ ، ثَبَّتَ الشُّفْعَةَ في الشَّقِصِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ دُونَ ما معه ، فَيُقَوِّمُ كُلَّ واحدٍ مِنْهُمَا ، وَيُقَسِّمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا ، فما يَخْصُ الشَّقِصُ يأخذُه الشَّفِيعُ . وبهذا قال

(١٢-١٣) في ب : « باليد وحالا » .

(١٣) في م : « كمدهد أبي حنيفة » .

(١٤) في ب زيادة : « لا » .

(١٥) في ب : « أخذه » .

(١٦-١٧) في ب : « فلا يلزمه » . وفي م : « ولا بسلعة الثمن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

أبو حنيفة ، والشافعي . ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ ، لِأَنَّ تَبَعُ صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، فِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ بَعْضِ الشَّقْصِ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ السَّيْفَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَلَا هُوَ تَابِعٌ لِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَلَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ أُرْزِدَهُ ، وَمَا يَلْحَقُ الْمُشْتَرَى مِنَ الضَّرَرِ فَهُوَ الْحَقُّ بِنَفْسِهِ ، بِجَمْعِهِ فِي الْعَقْدِ بَيْنَ مَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَثْبُتُ ، لِأَنَّ فِي أَخْذِ الْكُلِّ ضَرَرًا بِالْمُشْتَرَى أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ رَمَّا كَانَ غَرَضُهُ فِي إِبْقَاءِ السَّيْفِ لَهُ ، فَفِي أَخْذِهِ مِنْهُ إِضْرَارٌ بِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ يَقْتَضِيهِ .

فصل : وإذا باع شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ ، صَفْقَةً وَاحِدَةً ، لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَالشَّرِيكَ فِي أَحَدِهِمَا غَيْرَ الشَّرِيكَ فِي الْآخَرِ ، فَلَهُمَا أَنْ يَأْخُذَا وَيَقْتَسِمَا الثَّمَنَ عَلَى قَدْرِ الْقِيَمَتَيْنِ . وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ ، وَيَأْخُذُ الشَّقْصَ ^(١٨) الَّذِي فِي شَرِكْتِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَتَحَرَّجُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لَهُ ، كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي ^(١٨) قَبْلَهَا . وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُمَا مَعًا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا شَرِكَةَ لَهُ ^(١٨) فِيهِ ، وَلَا هُوَ تَابِعٌ لِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّقْصِ وَالسَّيْفِ . وَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَ فِيهِمَا وَاحِدًا ، فَلَهُ أَخْذُهُمَا وَتَرَكُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِيهِمَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَخْذَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ، وَمَتَى اخْتَارَهُ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ أَخْذَ ^(١٩) الْمَبِيعِ كُلَّهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ أَخْذَ ^(١٩) بَعْضِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ شِقْصًا وَاحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبَبِ غَيْرِ الْآخَرِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ ، لِأَنَّهُ لَوْ جَرَى مَجْرَى الشَّقْصِ الْوَاحِدِ لَوَجِبَ — إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ / فَتَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ — أَنْ يَكُونَ لِلْآخَرِ أَخْذُ الْكُلِّ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ .

فصل : وَلَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِهِ بَدُونِ دَفْعِ الثَّمَنِ

(١٨) سقط من : ب .

(١٩-١٩) سقط من الأصل . نقلة نظر .

إضرارًا بالمُشْتَرِي ، ولا يُزَالُ الضَّرْرُ بِالضَّرْرِ . فإن أَحْضَرَ رَهْنًا أو ضَمِينًا ، لم يَلْزِمِ المُشْتَرِي قَبُولَهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَأْخِيرِ الثَّمَنِ ضَرْرًا ، فلم يَلْزِمِ المُشْتَرِي ذلك ، كما لو أَرَادَ تَأْخِيرَ ثَمَنِ حَالٍ . فإن بَدَلَ عَوْضًا عَنِ الثَّمَنِ لم يَلْزِمَهُ قَبُولَهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ؛ ولم يُجْبَرْ عليها^(٢٠) . وإذا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لم يَلْزِمِ المُشْتَرِي تَسْلِيمَ الشُّفْصِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فإن كان مَوْجُودًا سَلَمَهُ ، وإن تَعَدَّرَ فِي الحَالِ ، فقال^(٢١) أحمدُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : يُنْظَرُ الشُّفِيعُ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ، بِقَدْرِ مَا يَرَى الحَاكِمُ ، وإذا كان أَكْثَرَ فلا . وهذا قَوْلُ مالِكٍ . وقال ابن شُبْرَمَةَ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُنْظَرُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهَا آخِرُ حَدِّ القَلْبَةِ ، فإن أَحْضَرَ الثَّمَنَ ، وَإِلَّا فَسَخَ عَلَيْهِ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : لا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ ، ولا يَقْضِي القاضِي بها حَتَّى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ الشُّفِيعَ يَأْخُذُ الشُّفْصَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ المُشْتَرِي ، فلا يَسْتَحِقُّ ذلك إِلَّا بِإِحْضَارِ^(٢٢) عَوْضِهِ ، كَتَسْلِيمِ المَبِيعِ . ولنا ، أَنَّهُ تَمَلَّكَ لِلْمَبِيعِ^(٢٣) بِعَوْضٍ ، فلا يَقِفُ عَلَى إِحْضَارِ العَوْضِ ، كَالْبَيْعِ ، وَأَمَّا التَّسْلِيمُ فِي البَيْعِ ، فَالتَّسْلِيمُ فِي الشُّفْعَةِ مِثْلُهُ ، وَكُونُ^(٢٤) الأَخْذِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ المُشْتَرِي يَدُلُّ عَلَى قُوَّتِهِ ، فلا يَمْنَعُ مِنْ اعْتِبَارِهِ فِي الصَّحَّةِ ، فإذا أَجْلَنَاهُ مُدَّةً ، فَأَحْضَرَ الثَّمَنَ فِيهَا ، وَإِلَّا فَسَخَ الحَاكِمُ الأَخْذَ وَرَدَّهُ إِلَى المُشْتَرِي . وهكذا لو هَرَبَ الشُّفِيعُ بَعْدَ الأَخْذِ . والأوَّلَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الفَسْخَ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ شَرْطَ الأَخْذِ ، ولأنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَى البَائِعِ الوُصُولَ إِلَى الثَّمَنِ ، فَمَلَّكَ الفَسْخَ ، كغَيْرِ مَنْ أُخِذَتِ الشُّفْعَةُ مِنْهُ ، وكما لو أَفْلَسَ الشُّفِيعُ ، ولأنَّ الأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لا يَقِفُ عَلَى حُكْمِ الحَاكِمِ ، فلا يَقِفُ فَسْخُ الأَخْذِ بِهَا عَلَى الحَاكِمِ ، كَفَسْخِ غَيْرِهَا مِنَ البُيُوعِ ، وكالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، ولأنَّ وَقْفَ ذلكَ عَلَى الحَاكِمِ يُفْضِي إِلَى الضَّرْرِ بِالمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ قد يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِثْبَاتُ ما يَدْعِيهِ ، وقد يَصْعُبُ عَلَيْهِ حُضُورُ مَجْلِسِ الحَاكِمِ لِبُعْدِهِ ، أو

(٢٠) فِي ب : « عَلَى قَبُولِهَا » .

(٢١) فِي ب ، م : « قَالَ » .

(٢٢) فِي الأَصْلِ ، م : « لِإِحْضَارِ » .

(٢٣) فِي الأَصْلِ : « المَبِيعِ » .

(٢٤) فِي الأَصْلِ : « وَيَكُونُ » .

غير ذلك ، فلا يُشترَعُ فيها^(٢٥) ما يُفضى إلى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم ، لم يملك الأخذ إلا بعد إحصار الثمن ، لئلا يُفضى إلى هذا الضرر . وإن أفلس الشفيع ، خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع إذا أفلس المشتري .

فصل : (٢٦) لا يجبل^(٢٦) الاحتياال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط . قال أحمد ، في رواية إسماعيل بن سعيد ، وقد سأله^(٢٧) عن الحيلة في إبطال الشفعة ، فقال : لا / يجوز شيء من الحيل في ذلك ، ولا في إبطال حق مسلم . وهذا قال أبو أيوب ، وأبو خزيمة ، وابن أبي شيبة ، وأبو إسحاق الجوزجاني . وقال عبد الله بن عمر : من يخذع الله يخذعه . وقال أيوب السخيتي : إنهم ليخادعون الله كما يخادعون صبيًا ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه ، كان أسهل على . ومعنى الحيلة أن يظهرُوا في البيع شيئًا لا يؤخذ بالشفعة معه ، ويتواطئون في الباطن على خلافه ، مثل أن يشتري شقصًا يساوي عشرة دنانير بالالف درهم ، ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ، ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بالالف في ذمته ، ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصًا بالالف ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءًا من الشقص بمائة ، ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ، ويهب المشتري له الثمن ، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار ، كحفنة قراضة ، أو جوهرة معينة ، أو سلعة معينة^(٢٨) غير موصوفة ، أو بمائة درهم ولوثة^(٢٩) ، وأشباه هذا . فهذا

(٢٥) في الأصل : « فيها » .

(٢٦) - (٢٦) في الأصل : « ولا يصح » .

(٢٧) في ب ، م : « سأله » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في الأصل : « ولوثة » .

كله إذا وقع من غير تحييل^(٣٠) سقطت الشفعة. وإن تحيلاً به^(٣١) على إسقاط الشفعة، لم تسقط، ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة^(٣٢) الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم. وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً^(٣٣). وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع. وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء، وهو المائة المقبوضة. وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن؛ لأنه إنما وهبه ببيعة^(٣٤) الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص. وفي السادسة يأخذ بالثمن^(٣٥) الموهوب. وفي سائر الصور المجهول^(٣٥) ثمنها يأخذه بمثل الثمن، أو بقيمته إن لم يكن مثلياً^(٣٦)، إذا كان الثمن موجوداً، وإن لم يوجد عينه، دفع إليه قيمة الشقص؛ لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها. وقال أصحاب الرأي، والشافعي، يجوز ذلك كله، وتسقط به الشفعة؛ لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به، فلم يجز، كما لو لم يكن حيلة. ولنا، قول النبي ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين، ولا^(٣٧) يأمن أن يسبق، فليس يقمار، وإن^(٣٨) آمن أن يسبق، فهو قمار». رواه أبو داود وغيره^(٣٩)، فجعل إدخال الفرس المحلل قماراً، في الموضع الذي

(٣٠) في الأصل: «تحيل».

(٣١) سقط من: ب.

(٣٢) في الأصل: «الشفعة».

(٣٣) في ب: «من الذهب».

(٣٤) في الأصل: «الثمن».

(٣٥) في الأصل: «بالمجهول».

(٣٦) في ب، م: «مثلها».

(٣٧) في ب، م: «ولم» وفي سنن أبي داود: «وهو لا يؤمن».

(٣٨) في: «ومن».

(٣٩) أخرجه أبو داود، في: باب في المحلل، من كتاب الجهاد. سنن أبي داود ٢ / ٢٨، ٢٩. وابن ماجه، في: باب السبق والرهان، من كتاب الجهاد. سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠. والإمام أحمد، في: المسند ٢ / ٥٠٥. وهذا اللفظ ابن ماجه.

يُقَصِّدُ بِهِ إِبَاحَةَ إِخْرَاجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ جَعْلًا / ، مع عَدَمِ مَعْنَى الْمُحَلِّ فِيهِ ، ٤٧/٥ و^١
وهو كونه مجالًا يَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ سَبْقِيهِمَا ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِبْطَالِ كُلِّ حِيلَةٍ لَمْ يُقَصِّدْ بِهَا إِلَّا
إِبَاحَةَ الْمُحَرَّمِ . مع عَدَمِ الْمَعْنَى فِيهَا . وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُنَا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَرْكَبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ
بِأَدْنَى الْحِيلِ » (٤٠) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ
شُحُومَهَا (٤١) جَمَلُوهُ ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٤٢) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَمَّ
الْمُخَادِعِينَ لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُخَدِّعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ
وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾ (٤٣) . وَالحِيلُ مُخَادَعَةٌ ، وَقَدْ مَسَخَ اللَّهُ تَعَالَى الَّذِينَ اعْتَدَوْا فِي السَّبْتِ
قِرْدَةً بِحِيلَتِهِمْ ، فَإِنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَنْصِبُونَ شَيْبًا كُفَّهُمْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْفَرُ
جِبَابًا ، وَيُرْسِلُ الْمَاءَ إِلَيْهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، فَإِذَا جَاءَتِ (٤٤) الْحَيْتَانُ يَوْمَ السَّبْتِ ، وَقَعَتْ فِي
الشَّبَاكِ وَالْجِبَابِ ، فَيَدْعُونَهَا إِلَى لَيْلَةِ الْأَحَدِ ، فَيَأْخُذُونَهَا ، وَيَقُولُونَ : مَا اصْطَدْنَا يَوْمَ
السَّبْتِ شَيْئًا ، فَمَسَخَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى بِحِيلِهِمْ (٤٥) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا

(٤٠) ذكره الحافظ ابن كثير في تفسير سورة الأعراف آية ١٦٣ . تفسير ابن كثير ٣ / ٤٩٢ . وانظر إرواء الغليل
. ٣٧٥ / ٥ .

(٤١) في الأصل : « الشحوم » .

(٤٢) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٢١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه ،
من كتاب البيوع ، وفي : باب قوله وعلى الذين هادوا حرمانا ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير .
صحيح البخاري ٣ / ١٠٧ ، ٦ / ٧٢ . والنسائي ، في : باب النهي عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب النهي عن
الانتفاع بما حرم الله عز وجل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب
التجارة في الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ ، ١١٢٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن الخمر
وشرائها ، من كتاب الأشربة . سنن الدارمي ٢ / ١١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٥٠ ، ٢٤٧ ، ٢٩٣ ،
. ٣٢٢ ، ٢ / ١١٧ ، ٣ / ٣٦٢ ، ٤ / ٢٢٧ .

(٤٣) سورة البقرة ٩ .

(٤٤) في الأصل : « كان » .

(٤٥) في ب ، م ، « بحيلتهم » .

بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلَفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ﴿٤٦﴾ . قيل : يَعْنِي بِهِ أُمَّةٌ مُحَمَّدٌ ﷺ . أَيْ لِتَتَعَبَّ بِذَلِكَ أُمَّةٌ مُحَمَّدٍ ﷺ ، فَيَجْتَنِبُوا مِثْلَ مَا فَعَلَ الْمُعْتَدُونَ . وَلِأَنَّ الْحِيلَةَ خَدِيعَةٌ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الْحَدِيدَةُ لِمُسْلِمٍ » (٤٧) . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لِذَفْعِ الضَّرْرِ ، فَلَوْ سَقَطَتْ بِالتَّحْيِيلِ ، لِلْحَقِّ الضَّرْرُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَهَا الْمُشْتَرِي (٤٨) بِالْبَيْعِ وَالْوَقْفِ . وَفَارَقَ مَا لَمْ يُقْصَدَ بِهِ التَّحْيِيلُ ، لِأَنَّهُ لَا خِدَاعَ فِيهِ ، وَلَا قُصْدَ بِهِ إِنْطَالِ حَقِّ ، وَالْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ . فَإِنْ اِخْتَلَفَا هَلْ وَقَعَ شَيْءٌ مِنْ هَذَا حِيلَةً ، أَوْ لَا ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنِيَّتِهِ وَحَالِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَرَّزِيَّ الصُّورَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِشِرَائِهِ مَا يُسَاوِي عَشْرَةَ مِائَةٍ ، وَمَا يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ بِمِائَةِ دِينَارٍ ، وَأَشْهَدُ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّ عَلَيْهِ أَلْفًا ، فَرَبَّمَا طَالَ بِهِ بِذَلِكَ ، فَلَزِمَهُ (٤٩) ، فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ . وَفِي الثَّلَاثَةِ الْعَرَّزِيَّ (٥٠) عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةً بِالْأَلْفِ . وَفِي الرَّابِعَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ بِالْأَلْفِ . وَكَذَلِكَ فِي الْخَامِسَةِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بَعْضَ الشُّفْعِ بِشَمَنْ جَمِيعِهِ . وَفِي السَّادِسَةِ عَلَى الْبَادِي مِنْهُمَا بِالْهَبَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَهَبُ لَهُ الْآخَرُ شَيْئًا ، فَإِنْ خَالَفَ أَحَدُهُمَا مَا (٥١) تَوَاطَا عَلَيْهِ ، فَطَالَبَ صَاحِبَهُ بِمَا أَظْهَرَاهُ (٥٢) ، لَزِمَهُ ، فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْبَيْعَ مَعَ صَاحِبِهِ بِذَلِكَ مُخْتَارًا ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يَجِلُّ لِمَنْ غَرَّ صَاحِبَهُ الْأَخْذُ بِخِلَافِ مَا تَوَاطَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ إِثْمًا رَضِيَ بِالْعَقْدِ لِلتَّوَاطُؤِ ، فَمَعَ قَوَاتِهِ لَا يَتَحَقَّقُ الرُّضَى بِهِ .

ظ ٤٧/٥

(٤٦) سورة البقرة ٦٦ .

(٤٧) انظر ما تقدم في ٦ / ٢١٦ .

(٤٨) في ب زيادة : « عنه » .

(٤٩) في م : « فلزمته » .

(٥٠) في الأصل ، ب : « الضرر » .

(٥١) في م زيادة : « لو » .

(٥٢) في الأصل : « أظهر له » .

٨٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ^(١) مَعَ يَمِينِهِ ^(٢) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ)

وَجُمَلَتْهُ أَنْ الشَّفِيعَ وَالْمُشْتَرِيَ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتَهُ بِمَائَةٍ .
 فَقَالَ الشَّفِيعُ : بِلِ بَحْمَسَيْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ ، فَهُوَ أَعْرَفُ
 بِالثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ مَلِكُهُ ، فَلَا يُنْزَعُ ^(٣) مِنْ يَدِهِ ^(٢) بِاللَّدْعَوَى بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . وَهَذَا قَالَ
 الشَّافِعِيُّ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ ^(٣) : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ وَمُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فَهُوَ
 كَالغَاصِبِ وَالْمُتَلِفِ وَالضَّامِنِ لِتَصِيبِ شَرِيكِهِ إِذَا أُعْتِقَ ؟ قُلْنَا : الشَّفِيعُ لَيْسَ بِغَارِمٍ ؛
 لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ يَمْلِكَ الشَّفِيعُ بِثَمَنِهِ ، بِخِلَافِ الْغَاصِبِ وَالْمُتَلِفِ
 وَالْمُعْتَبِقِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ
 بِهَا ، وَاسْتُعْتَبِيَ عَنْ يَمِينِهِ ، وَثَبُتَ ذَلِكَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وَشَهَادَةِ رَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ ، وَلَا
 تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَهِدَ لِلشَّفِيعِ كَانَ مُتَمَهَمًا ، لِأَنَّهُ يَطْلُبُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ خَوْفًا مِنْ
 الدَّرَكِ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، اِحْتَمَلَ تَعَارُضُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِيمَا
 وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ .
 وَيَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ عِنْدَهُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى بَيِّنَةِ الدَّاحِلِ ، وَالشَّفِيعُ هُوَ
 الْخَارِجُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا تَرْتَجِحُ
 بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِ الشَّفِيعِ ، وَيُخَالِفُ الْخَارِجَ وَالدَّاحِلَ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ
 الدَّاحِلِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدَةً إِلَى يَدِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْبَيِّنَةُ تُشْهَدُ عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ،
 كَشَهَادَةِ بَيِّنَةِ الشَّفِيعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا يَبْتَنَانِ تَعَارُضًا ، فَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ مَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عِنْدَ
 عَدَمِهَا ، كَالدَّاحِلِ وَالْخَارِجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِي الْعَقْدِ ، وَلَا
 يَدُ لَهُمَا عَلَيْهِ ، فَصَارَا كَالْمُتَنَازِعِينَ عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا .

(١-١) سقط من : الأصل ، م .

(٢-٢) في الأصل ، ب : منه .

(٣) في الأصل زيادة : إن .

فصل : وإن قال المُشْتَرِي : لا أَعْلَمُ مَبْلَغَ الثَّمَنِ . فالقولُ قولُهُ ؛ لأنَّ ما يَدَّعِيهِ مُمَكِّنٌ ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاؤُهُ جُزْأً (٤) ، أَوْ بِثَمَنِ نَسِيَ مَبْلَغَهُ ، وَيَحْلِفُ ، فَإِذَا حَلَفَ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسْتَحَقُّ بِغَيْرِ بَدَلٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَا لَا يَدَّعِيهِ . فَإِنْ ادَّعَى / أَنْكَ فَعَلَّتْ ذَلِكَ تَحْيِيلًا عَلَى إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ ، فَعَلِيهِ الْيَمِينُ عَلَى نَفْيِ ذَلِكَ . ٤٨/٩ و

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئًا بِعَرَضٍ ، وَاخْتَلَفَا فِي قِيَمَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجُودًا عَرَضًا عَلَى الْمُقَوِّمِينَ ، وَإِنْ تَعَدَّرَ إِحْضَارُهُ (٥) ، فَالقولُ قولُ المُشْتَرِي ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ . وَإِنْ ادَّعَى جَهْلَ قِيَمَتِهِ ، فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا ادَّعَى جَهْلَ ثَمَنِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ فِي الشُّفْصِ ، فَقَالَ المُشْتَرِي (٦) : أَنَا أَحَدَثُهُ (٧) . وَأَنْكَرَ الشُّفِيعُ ، فَالقولُ قولُ المُشْتَرِي ، لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَالشُّفِيعُ يُرِيدُ تَمَلُّكَهُ عَلَيْهِ ، (٨) فَكَانَ الْقَوْلُ (٨) قَوْلَ الْمَالِكِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى الشُّفِيعُ عَلَى بَعْضِ الشُّرَكَاءِ أَنْكَ اشْتَرَيْتَ نَصِيْبَكَ (٩) ، فَلْيَأْخُذْهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَحْرِيرِ دَعْوَاهُ ، فَيُحَدِّدُ الْمَكَانَ الَّذِي فِيهِ الشُّفْصُ ، وَيَذْكُرُ قَدْرَ الشُّفْصِ وَالثَّمَنِ ، وَيَدَّعِي الشُّفْعَةَ فِيهِ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ ، سُئِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَقْرَ ، لَزِمَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، وَقَالَ : إِنَّمَا أَتَهَبْتُهُ أَوْ وَرِثْتُهُ ، فَلَا شُّفْعَةَ لَكَ فِيهِ . فَالقولُ قولُ مَنْ يَنْفِيهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ مِنْ غَيْرِ شُّفْعَةٍ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءًا ، وَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : لَا تُسْتَحَقُّ عَلَيَّ شُّفْعَةٌ . فَالقولُ قولُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكُونُ يَمِينُهُ عَلَى حَسَبِ قَوْلِهِ فِي الْإِنْكَارِ . وَإِذَا نَكَلَ ، وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالشُّفْعَةِ ، عَرَضَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ . فَإِنْ

(٤) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « لَه » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « اخْتِيَارُهُ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٧) فِي ب ، م : « حَدِثْتُهُ » .

(٨-٨) فِي م : « فَالقولُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « نَصِيْبِهِ » .

أَحَذَهُ دَفَعَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . ففِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ؛ أَحَدُهَا ، يُقَرُّ فِي يَدِ الشَّفِيعِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَلَهُ بِدَارٍ فَأَتَكَرَّهَا . وَالثَّانِي : أَنْ ^(١٠) يَأْخُذَهُ الْحَاكِمُ ، فَيَحْفَظُهُ لِصَاحِبِهِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، وَمَتَى أَدَّعَاهُ دُفِعَ إِلَيْهِ . وَالثَّلَاثُ ، يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيَءَ مِنْهُ ، كَسَيِّدِ الْمُكَاتِبِ إِذَا جَاءَهُ الْمُكَاتِبُ بِمَالِ الْمُكَاتِبَةِ ^(١١) ، فَادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ . اخْتَارَ هَذَا الْقَاضِي . وَهَذَا ^(١٢) مُفَارِقٌ لِلْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يُطَالِبُهُ بِالْوَفَاءِ مِنْ غَيْرِ هَذَا الَّذِي أَتَاهُ بِهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِهِ تَحْرِيمَ مَا أَتَاهُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يُطَالِبُ ^(١٣) الشَّفِيعَ بِشَيْءٍ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُكَلَّفَ الْإِبْرَاءَ ^(١٤) مِمَّا لَا يَدَّعِيهِ . وَالرَّوْجُ الْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ . وَكَانَ حَاضِرًا ، اسْتَدْعَاهُ الْحَاكِمُ ، وَسَأَلَهُ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ، كَانَ الشَّرَاءُ لَهُ ، وَالشُّفْعَةُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ : هَذَا مِلْكِي ، وَلَمْ أُشْتَرِهِ . انْتَقَلَتْ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، حَكَمَ بِالشَّرَاءِ لِمَنْ اشْتَرَاهُ ، وَأَخَذَ مِنْهُ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّلُ غَائِبًا ، أَخَذَهُ الْحَاكِمُ ، وَدَفَعَهُ إِلَى الشَّفِيعِ ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ ؛ لِأَنَّا لَوْ وَقَفْنَا الْأَمْرَ فِي الشُّفْعَةِ إِلَى حُضُورِ الْمُقَرَّلِ ، لَكَانَ / فِي ذَلِكَ إِسْقَاطُ الشُّفْعَةِ ، لِأَنَّ كُلَّ مُشْتَرٍ يَدَّعِي أَنَّهُ لِعَائِبٍ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهُ لِابْنِي الطِّفْلِ . أَوْ لِهَذَا الطِّفْلِ . وَلَهُ عَلَيْهِ وَلايَةٌ ، ففِيهِ وَجْهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ تَثَبَّتْ لِلطِّفْلِ ، وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِ الْوَلِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ حَقٌّ ^(١٥) فِي مَالِ صَغِيرٍ ، بِإِقْرَارِ وَليِّهِ . الثَّانِي ، تَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الشَّرَاءَ لَهُ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ فِيهِ ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِعَيْبٍ فِي مَبِيعِهِ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شُّفْعَةٌ فِي شِقْصٍ ، فَقَالَ : هَذَا لِفُلَانٍ الْغَائِبِ . أَوْ لِفُلَانِ الطِّفْلِ . ثُمَّ أَقْرَرِ

ظ ٤٨/٥

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل ، ب : « الكتابة » .

(١٢) في ب : « وهو » .

(١٣) في م : « يطلب » .

(١٤) في م : « لإبراء » .

(١٥) سقط من : الأصل .

بشراؤه له^(١٦) ، لم تثبت فيه الشفعة ، إلا أن تثبت بينة ، أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل ، فيطالب بهما ؛ لأن الملك يثبت لهما بإقراره به ، فأقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره ، فلا يقبل ، بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداءً : لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة ، فثبتا جميعاً . وإن لم يذكر سبب الملك ، لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب^(١٧) ببينه ؛ لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة ، فلا فائدة في الكشف عنه . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله^(١٨) كمدھبنا .

فصل : وإذا كانت دار بين حاضر وغائب ، فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فصدقه ، فللشافعي أخذه بالشفعة ؛ لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يديه . وهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه . ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان ؛ أحدهما ، ليس له أخذه ؛ لأن هذا إقرار على غيره . ولنا ، أنه أقر بما في يده ، فقبل إقراره ، كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعث نصيب الغائب بإذنه ، وأقر له الوكيل ، كان كإقرار البائع بالبيع . فإذا قدم الغائب فأنكر البيع . أو الإذن في البيع ، فالقول قوله مع يمينه ، ويتزعم الشقص ، ويطلب بأجره من شاء منهما ، ويستقر الضمان على الشفيع ؛ لأن المنافع تلتفت تحت يده ، فإن طالب الوكيل ، رجع على الشفيع ، وإن طالب الشفيع ، لم يرجع على أحد . وإن ادعى على الوكيل ، أنك اشتريت الشقص الذي في يدك . فأنكر ، وقال : إنما أنا وكيل فيه ، أو مستودع له . فالقول قوله مع يمينه ، فإن كان للمدعى بينة ، حكيم بها . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب ؛ لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه ، واستحقاق انتزاع

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب : . يطالبه .

(١٨) سقط من : الأصل .

و٤٩/٥ الشَّقْصُ مِنْ يَدِهِ ، وَحَصَلَ الْقَضَاءُ / عَلَى الْغَائِبِ ضِمْنَا . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ ، وَطَالَبَ ^(١٩) الشَّفِيعُ بِيَمِينِهِ ، فَتَكَلَّ عَنْهَا ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَقْضَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَلَ قَضَى عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَكَلَّ . وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَقْضَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ بِغَيْرِ بَيْنَةٍ ، وَلَا إِقْرَارٍ مِنْ ^(٢٠) الشَّقْصُ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ شُفْعَةً فِي شِقْصِ اشْتِرَائِهِ ، فَقَالَ : لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ فِي شَرِكِي . فَعَلِيَ الشَّفِيعُ إِقَامَةَ الْبَيْنَةِ أَنَّهُ شَرِيكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ ، اسْتَحَقَّ بِهِ الشُّفْعَةَ لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْيَدِ الْمِلْكُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْيَدِ ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ الَّذِي يَسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ ، لَمْ يَثْبُتْ ، وَمُجَرَّدُ الظَّاهِرِ لَا يَكْفِي ، كَمَا لَوْ ادَّعَى وَلَدًا أُمِّهِ فِي يَدِهِ . فَإِنْ ادَّعَى أَنْ الْمُشْتَرِيَ ^(٢١) يَعْلَمُ أَنَّهُ شَرِيكَ ، فَعَلِيَ الْمُشْتَرِيَ الْبَيْعِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْسِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، فَكَانَتْ ^(٢٢) عَلَى الْعَلِيمِ ، كَالْيَمِينِ عَلَى نَفْسِ دَيْنِ الْمَيْتِ . فَإِذَا حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ تَكَلَّ ، قُضِيَ عَلَيْهِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى عَلَى شَرِيكِهِ ، أَنْكَ اشْتَرَيْتَ نَصِيْبَكَ مِنْ عَمْرٍو ، فَلِي شُفْعَتُهُ . فَصَدَّقَهُ عَمْرٍو ، فَأَنْكَرَ الشَّرِيكَ ، وَقَالَ : بَلْ وَرِثْتُهُ مِنْ أَبِي . فَأَقَامَ الْمُدْعَى بَيْنَهُ أَنَّهُ كَانَ مِلْكُ عَمْرٍو ، لَمْ يَثْبُتِ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : تَثْبُتُ ، وَيُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُدْفِعَهُ وَتَأْخُذَ الثَّمَنَ ، وَإِمَّا أَنْ تُرُدَّهُ إِلَى ^(٢٣) الْبَائِعِ ، فَيَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ مِنْهُ ^(٢٤) ؛ لِأَنَّهُمَا شَهَدَا بِالْمِلْكِ لِعَمْرٍو ، فَكَانَتْهُمَا شَهَدَا بِالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا بِالْبَيْعِ ، وَإِقْرَارُ عَمْرٍو عَلَى

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « وَطَلَبَ » .

(٢٠) فِي ب : « مِنْ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْمُدْعَى » .

(٢٢) فِي م : « فَكَانَ » .

(٢٣) فِي ب : « عَلَى » .

(٢٤) فِي م : « مِنْهُمَا » .

المُنْكَرِ بِالْبَيْعِ لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ ،
 وَليست الشُّفْعَةُ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ ، فَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْبَائِعِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ حَلَفَ أَنِّي
 مَا اشْتَرَيْتُ الدَّارَ ، فَقَالَ مَنْ كَانَتِ الدَّارُ مِلْكًا لَهُ : أَنَا بَعْتُهُ إِيَّاهَا . لَمْ يُقْبَلْ عَلَيْهِ فِي
 الْحِنْثِ ، وَلَا يُلْزَمُ إِذَا أَقْرَأَ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَالشَّقْصُ فِي يَدِهِ فَأَتَكَرَّ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ ؛ لِأَنَّ
 الذِي فِي يَدِهِ الدَّارُ مُقَرَّبٌ بِهَا لِلشَّفِيعِ ، وَلَا مُنَازَعٌ لَهُ فِيهَا سِوَاهُ ، وَهَهُنَا مِنَ الدَّارِ فِي يَدِهِ
 يَدَّعِيهَا لِنَفْسِهِ ، وَالْمِقْرُ بِالْبَيْعِ لَا شَيْءَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ الشَّقْصِ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ
 مَا فِي يَدَيْهِ بِالشُّفْعَةِ ، سَأَلْنَاهُمَا : مَتَى مَلَكَتُمَاهَا ؟ فإِنْ قَالَا : مَلَكَنَاهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَلَا
 شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِمِلْكٍ سَابِقٍ فِي مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بَعْدَهُ ،
 / وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : مِلْكِي سَابِقٌ . وَلِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، قُضِيَ لَهُ ، وَإِنْ
 كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قَدَّمْنَا أَسْبَقَهُمَا تَارِيحًا ، وَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ^(٢٥) كُلُّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا بِسَبْقِ مِلْكِهِ ، وَتَجَدَّدَ مِلْكُ صَاحِبِهِ ، تَعَارَضْنَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ^(٢٦) لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٢٦)
 مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ نَظَرْنَا إِلَى السَّابِقِ بِالذَّعْوَى ، فَقَدَّمْنَا دَعْوَاهُ ، وَسَأَلْنَا حَصْمَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ ،
 فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، فَإِنْ حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ تُسْمَعُ
 دَعْوَى الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَحَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَاهُمَا جَمِيعًا . وَإِنْ ادَّعَى
 الْأَوَّلُ ، فَتَكَلَّ الثَّانِي عَنِ الْيَمِينِ ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ ، وَلَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ حَصْمَهُ قَدْ
 اسْتَحَقَّ مِلْكَهُ . وَإِنْ حَلَفَ الثَّانِي ، وَتَكَلَّ الْأَوَّلُ ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ .

٤٩/٥ ظ

فصل : إِذَا اُخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الثَّمَنِ ، فَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّ الثَّمْنَ الْفَانِ ، وَقَالَ
 الْمُشْتَرِي : هُوَ الْفُ . فَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّ الثَّمْنَ الْفَانِ ، أَخَذَهُمَا مِنَ الْمُشْتَرِي .
 وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالْأَلْفِ^(٢٧) ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مُقَرَّبٌ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ بِالْفِ ، وَيَدَّعَى أَنَّ الْبَائِعَ

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦-٢٦) في ب ، م : « لواحد » .

(٢٧) في ب : « بألف » .

ظَلَمَهُ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَكَمَ الحَاكِمُ عليه بِالْفَيْنِ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بهما ؛ لِأَنَّ الحَاكِمَ إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ بَطَلَ قَوْلُهُ ، وَثَبَّتْ مَا حَكَمَ بِهِ الحَاكِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ المُشْتَرِيَّ مُقَرَّبًا بِأَنَّ هَذِهِ البَيِّنَةُ كاذِبَةٌ ، وَأَنَّهُ ظَلَمَهُ بِالْفِ ، فَلَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا حُكِمَ بِهَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُكذِّبُهَا . فَإِن قَالَ المُشْتَرِي : صَدَقَتِ البَيِّنَةُ ، وَكُنْتُ أَنَا كاذِبًا أَوْ نَاسِيًا . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ إِقْرَارٍ تَعَلَّقَ^(٢٨) بِهِ حَقُّ آدَمِيٍّ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ أَقْرَأَهُ بِدَيْنٍ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وَقَالَ القَاضِي : هُوَ قِيَاسُ المَذْهَبِ عِنْدِي ، كَمَا لَوْ أُخْبِرَ فِي المُرَابَحةِ بِثَمَنِ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْتُ . وَالثَّمَنُ أَكْثَرُ ، قَبْلَ قَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، بَلْ هَهُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ^(٢٩) قَامَتِ البَيِّنَةُ بِكَذِبِهِ^(٣٠) ، وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِخِلَافِ قَوْلِهِ ، فَقَبِلَ رُجُوعَهُ عَنِ الكَذِبِ . وَإِن لَمْ تَكُنْ لِلْبَائِعِ بَيِّنَةٌ ، فَتَحَالَفًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخَذَهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ البَائِعُ ، وَإِن أَرَادَ أَخَذَهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ المُشْتَرِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لِلْبَائِعِ فَسْخَ البَيْعِ ، وَأَخَذَهُ بِمَا قَالَ المُشْتَرِي يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى إلْزَامِ العَقْدِ بِمَا حَلَفَ^(٣١) عَلَيْهِ المُشْتَرِي ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . فَإِن رَضِيَ المُشْتَرِي بِأَخْذِهِ بِمَا قَالَ البَائِعُ ، جَازَ ، وَمَلَكَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ المُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ حَقَّ البَائِعِ مِنَ الفَسْخِ قَدْ زَالَ . فَإِن عَادَ المُشْتَرِي فَصَدَّقَ البَائِعَ ، وَقَالَ : الثَّمَنُ أَفْانٍ ، وَكُنْتُ غَالِطًا^(٣٢) . فَهَلْ لِلشَّفِيعِ / أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

٥٠/٥

فصل : ولو اشْتَرَى شَيْئًا لَهُ شَفِيعَانِ ، فَأَدَّعَى عَلَى أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ أَنَّهُ عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ ، وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ الشَّفِيعُ الأَخْرَ ، قَبْلَ عَفْوِهِ عَنِ شُفْعَتِهِ^(٣٣) ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛

(٢٨) فِي م : « تَعِين » .

(٢٩) فِي الأَصْل : « مَا » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْل .

(٣١) فِي الأَصْل : « عَالِمًا » .

(٣٢) فِي الأَصْل : « شَفِيعَةً » .

لأنه يَجْرُ إلى نفسه نَفْعًا ، وهو تَوَفَّر الشُّفْعَة عليه . فإذا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثم عَفَا عن الشُّفْعَة ، ثم أعاد تلك الشَّهَادَة ، لم تُقْبَل ؛ لأنَّهَا رُدَّتْ لِلتُّهْمَة ، فلم تُقْبَلْ بعد زَوَالِهَا ، كشَهَادَةِ الْفَاسِقِ إِذَا رُدَّتْ ثُمَّ تَابَ وَأَعَادَهَا ، لم تُقْبَلْ . ولو^(٣٣) لم يَشْهَدْ حَتَّى عَفَا ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَة ، وَيَحْلِفُ الْمُشْتَرَى مَعَ شَهَادَتِهِ . ولو لم تُكُنْ بَيْنَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكْرِرِ مَعَ يَمِينِهِ . وإن كانت الدَّعْوَى عَلَى الشُّفْعَيْنِ مَعًا ، فَحَلْفًا ، ثَبَّتَتِ الشُّفْعَة ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَتَكَلَّلَ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا فِي الْحَالِفِ ؛ فَإِنْ صَدَّقَ شَرِيكَهُ فِي الشُّفْعَةِ فِي أَنَّهُ لَمْ يَعْفُ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى يَمِينِهِ ، وَكَانَتِ الشُّفْعَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ إِذَا سَقَطَتْ شُفْعَةُ شَرِيكَهِ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَفَا ، فَتَكَلَّلَ ، قُضِيَ لَهُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا . وَسَوَاءٌ وَرِثَا الشُّفْعَةَ أَوْ كَانَا شَرِيكَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ أَجْنَبِيٌّ بِعَفْوِ أَحَدِ الشُّفْعَيْنِ ، وَاحْتِجَّ^(٣٤) إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ قَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، حَلَفَ ، وَأَخَذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرَى ، وَسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةَ شُفْعَاءَ ، فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الثَّلَاثِ بِالْعَفْوِ بَعْدَ عَفْوِهِمَا ، قُبِلَتْ ، وَإِنْ شَهِدَ^(٣٥) ، قَبْلَهُ ، رُدَّتْ . وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِهِمَا وَقَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، رُدَّتْ شَهَادَةُ غَيْرِ الْعَافِي ، وَقُبِلَتْ شَهَادَةُ الْعَافِي . وَإِنْ شَهِدَ الْبَائِعُ بِعَفْوِ الشُّفْعِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا سَوَاءٌ عِنْدَهُ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ^(٣٦) يَكُونَ قَصْدُ ذَلِكَ^(٣٧) لَيْسَهُلَّ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى يَأْخُذُهُ مِنَ الشُّفْعِ ، فَيَسْهَلُ عَلَيْهِ وَقَاؤُهُ ، أَوْ يَتَعَدَّرُ عَلَى الْمُشْتَرَى الْوَفَاءُ لِفَلْسِفِهِ^(٣٧) ، فَيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ . وَإِنْ شَهِدَ لِمُكَاتِبِهِ بِعَفْوِ شُفْعِيهِ^(٣٨) ، أَوْ شَهِدَ بِشِرَائِ شَيْءٍ لِمُكَاتِبِهِ فِيهِ شُفْعَةٌ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب ، م ، : « واحتج » .

(٣٥) في الأصل زيادة : « أنه » .

(٣٦) في ب : « أنه » .

(٣٧-٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) في ب ، م ، : « شفعة » .

المُكَاتَبَ عَبْدَهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمُدْبِرِهِ ، وَلَآنَ مَا يَحْصُلُ لِلْمُكَاتَبِ يَنْتَفِعُ بِهِ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ صَارَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْجِزْ سَهَّلَ عَلَيْهِ الْوَفَاءَ لَهُ . وَإِنْ شَهِدَ عَلَى مُكَاتَبِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَمِّمٍ ، فَاشْتَبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى وَلَدِهِ .

٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ لِأَحَدِهِمْ نَصْفُهَا ، وَالْآخِرِ ثُلُثُهَا ، وَالْآخِرِ سُدُسُهَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ / ، كَانَتْ الشُّفْعَةُ بَيْنَ النَّفْسَيْنِ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِمَا)

٥٠/٥

الصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الشُّفْعَةَ الْمَشْفُوعَ إِذَا أَخَذَهُ الشُّفْعَاءُ ، قُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَمْلاكِهِمْ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَعَطَاءٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَسَوَّارٌ ، وَالْعَبَّاسِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، أَنَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ التَّحَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْ انْفَرَدَ لَأَسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَسَاوَوْا ، كَالْبَنِينَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَكَالْمُعْتَقِينَ فِي سِرَابَةِ الْعَتَقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يُسْتَفَادُ (بِسَبَبِ الْمَلِكِ) ، فَكَانَ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ ، كَالْعَلَّةِ ، وَدَلِيلُهُمْ يَنْتَقِضُ بِالْإِبْنِ وَالْأَبِ أَوْ الْجَدِّ ، وَبِالْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ ، وَبِالْفُرْسَانِ (مَعَ الرَّجَالَةِ) فِي الْعَنِيمَةِ ، وَأَصْحَابِ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا ، إِذَا نَقَصَ مَالُهُ عَنْ دَيْنٍ أَحَدِهِمْ (٣) ، أَوْ التُّلْثَ عَنْ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ . وَفَارَقَ الْأَعْيَانَ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ ، وَالْإِثْلَافُ يَسْتَوِي فِيهِ الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ ، كَالنَّجَاسَةِ تُلْقَى فِي مَائِعٍ . وَأَمَّا الْبَنُونَ ، فَإِنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي التَّسْبِيبِ (٤) ، وَهُوَ الْبُنُوَّةُ ، فَتَسَاوَوْا فِي الْإِرْثِ بِهَا ،

(١-١) في ب : « بالملك » .

(٢-٢) في الأصل ، ب : « والرجالة » .

(٣) في ب ، م : « أحدهما » .

(٤) في الأصل : « السبب » .

فَنظِيرُهُ فِي مَسْأَلَتِنَا تَسَاوَى الشُّفْعَاءِ فِي سِهَامِهِمْ ، فعلى هذا نَنْظُرُ مَخْرَجَ سِهَامِ الشُّرَكَاءِ كُلِّهِمْ ، فَنَأْخُذُ مِنْهَا سِهَامَ الشُّفْعَاءِ ، فَإِذَا عَلِمْتَ عِدَّتَهَا ، قَسَمْتَ السَّهْمَ الْمَشْفُوعَ عَلَيْهَا ، وَيَصِيرُ الْعَقَارُ بَيْنَ الشُّفْعَاءِ عَلَى تِلْكَ الْعِدَّةِ ، كَمَا يُفْعَلُ فِي مَسَائِلِ الرَّدِّ سِوَاءً ، ففِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، مَخْرَجُ سِهَامِ الشُّرَكَاءِ (٥) سِتَّةٌ ، فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، فِسِهَامُ الشُّفْعَاءِ ثَلَاثَةٌ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ الْعَقَارُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَلَاثًا ، وَلِلْآخِرِ ثُلُثَهُ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الثُّلُثِ ، كَانَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ أَرْبَاعًا ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَأَرْبَاعُهُ ، وَلِلْآخِرِ رُبْعُهُ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ السُّدُسِ ، كَانَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ أَوْحَمَاسًا ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَأَوْحَمَاسِهِ ، وَلِلْآخِرِ حُمْسَاهُ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، يُقَسَّمُ الشَّقْصُ الْمَشْفُوعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، قُسِمَ النِّصْفُ بَيْنَ شَرِيكَيْهِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ الرَّبْعُ ، فَيَصِيرُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثٌ وَرُبْعٌ ، وَلِلْآخِرِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الثُّلُثِ ، صَارَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثَانِ ، وَلِلْآخِرِ الثُّلُثُ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ السُّدُسِ ، فَلِصَاحِبِ (٦) النِّصْفِ ثُلُثٌ^٦ وَرُبْعٌ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : / ولو ورث أخوان دارًا ، أو اشترياها بينهما نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنتين (٧) ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَعَمِّهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ، والشافعي في الجديد . وقال في القديم : إن أخاه أحق بالشُّفْعَةِ . وبه قال مالك ؛ لأن أخاه أخص (٥) بشركته من العم ، لا شترأكيهما في سبب الملك . ولنا ، أنهما شريكان حال ثبوت الشُّفْعَةِ ، فكانت بينهما ، كالمو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ عَلَى شُرَكَائِهِ بِسَبَبِ شَرِكْتِهِ ، وَهَذَا يُوجَدُ

٥١/٥

(٥) سقط من : ب .

(٦-٦) في م : « الثلث نصف » .

(٧) في الأصل : « اثنين » .

في حَقِّ الكُلِّ . وما ذَكَرُوهُ لا أَصَلَ لَهُ ، ولم يَثْبُتَ اِغْتِبَارُ الشَّرْعِ لَهُ فِي مَوْضِعٍ ، وَالاِغْتِبَارُ بِالشَّرِكَةِ لا بِسَبَبِهَا . وَهَلْ تُقَسَّمُ بَيْنَ العَمِّ وَابْنِ أُخِيهِ نِصْفَيْنِ ، أَوْ عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ^(٨) . وَهَكَذَا لَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ دَارٍ ، ثُمَّ اشْتَرَى ابْنَاهُ نِصْفَهَا الآخَرَ ، أَوْ وِثَاةً ، أَوْ ائْتِهَابَهُ ، أَوْ وَصَلَ إِلَيْهَا بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ المَلِكِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نِصْبِيهِ . أَوْ لَوْ وَرِثَ ثَلَاثَةَ دَارًا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ نِصْبِيهِ مِنْ اثْنَيْنِ ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدَ المُشْتَرَيْنِ نِصْبِيهِ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ ابْنَتَيْنِ وَأُخْتَيْنِ ، فَبَاعَتْ إِحْدَى الأُخْتَيْنِ نِصْبِيهَا ، أَوْ إِحْدَى الابْنَتَيْنِ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ وَأَرْضًا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنِ ابْنَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُ العَمِّينِ نِصْبِيهِ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ أُخِيهِ وَابْنِي أُخِيهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِثُلَاثَةِ لِابْنَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدَ الوَصِيِّينَ ، أَوْ أَحَدَ الابْنَيْنِ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ شُرَكَائِهِ كُلِّهِمْ . وَلِمَخَالَفَتِنَا فِي هَذِهِ المَسَائِلِ اِخْتِلَافٌ ^(٩) يَطُولُ ذِكْرُهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ المُشْتَرَى شَرِيكًا ، فَلِلشُّفْعِيعِ الآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدَرِ نِصْبِيهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنِ الحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ : لَا شُّفْعَةَ لِلآخَرِ ؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، وَهَذَا شَرِكُهُ مُتَقَدِّمَةٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي شِرَاؤِهِ . وَحَكَى ابْنُ الصَّبَّاحِ عَنْ هُوَلَاءِ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا لِغَيْرِ المُشْتَرَى . وَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرَى فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهَا عَلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَسَاوَا فِي الشَّرِكَةِ ، فَتَسَاوَا فِي الشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ ، بَلِ المُشْتَرَى أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الشَّقْصَ المَشْفُوعَ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلقَوْلِ الأَوَّلِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَحْصُلُ بِشِرَاءِ هَذَا السَّهْمِ المَشْفُوعِ ، مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى المُشْتَرَى ، وَقَدْ حَصَلَ شِرَاؤُهُ . وَالثَّانِي لَا يَصِحُّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّنَا ^(١٠) نَقُولُ إِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ نَفْسِهِ بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ الشَّرِيكَ أَنْ يَأْخُذَ قَدَرَ

(٨) فِي الأَصْلِ : (الرَوَايَتَيْنِ) .

(٩) فِي ب : (خِلَافٌ) .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقُّهُ / بِالشُّفْعَةِ ، فَيُنْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، ثُمَّ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ ، لِأَجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ^(١١) الْغَيْرِ بِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ ، إِذَا جَنَى عَلَى عَبْدٍ آخَرَ لِسَيِّدِهِ ، ثَبَّتَ لِلْسَيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ رَهْنًا مَا تَعَلَّقَ بِهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلشَّرِيكَ^(١٢) الْمُشْتَرِي أَخَذَ قَدْرَ نَصِيْبِهِ لَا غَيْرَ أَوْ الْعَفْوُ . وَإِنْ قَالَ لَهُ الْمُشْتَرِي : قَدْ اسْقَطْتُ شُفْعَتِي ، فَخَذَ الْكُلَّ ، أَوْ اتْرَكَ . لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَصِحَّ إِسْقَاطُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ اسْتَقَرَّ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشُّفْعَيْنِ إِذَا أَخَذَا بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ أَحَدُ الشُّفْعَيْنِ ، فَأَخَذَ جَمِيعَ الشُّقْصِ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ ، فَلَهُ أَخَذُ النِّصْفِ مِنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ قَالَ الْأَوَّلُ : خُذِ الْكُلَّ أَوْ دَعْ^(١٣) ، فَإِنِّي قَدْ اسْقَطْتُ شُفْعَتِي . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا تَبْعِيضٌ لِلصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي . قُلْنَا : هَذَا التَّبْعِيضُ اقْتِضَاءُ دُخُولِهِ فِي الْعَقْدِ ، فَصَارَ^(١٤) كَالرُّضَى مِنْهُ بِهِ^(١٥) ، كَمَا قُلْنَا فِي الشُّفْعِ^(١٥) الْحَاضِرِ إِذَا أَخَذَ جَمِيعَ الشُّقْصِ ، وَكَأَلَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا .

٨٨١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ أَوْ يَتْرَكَ)

وَجُمَلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشُّقْصُ بَيْنَ شُفْعَاءَ ، فَتَرَكَ بَعْضُهُمْ ، فَلَيْسَ لِلْبَاقِيْنَ إِلَّا أَخَذَ الْجَمِيعَ أَوْ تَرَكَ الْجَمِيعَ ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَخَذُ الْبَعْضِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدَرِجِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلِأَنَّ فِي أَخْذِ الْبَعْضِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي ، بِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ ، وَالضَّرْرُ لَا يُزَالُ بِالضَّرْرِ ، لِأَنَّ

(١١) سقط من : م .

(١٢) في ب ، م : « الشريك » .

(١٣) في ب زيادة : « الكل » .

(١٤-١٥) في ب : « كما لو قضى به » .

(١٥) سقط من : الأصل .

الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ دَفْعًا لِضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّائِلِ ، خَوْفًا مِنْ سُوءِ الْمَشَارَكَةِ وَمُؤْنَةِ الْقِسْمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ بَعْضُ الشُّفْعِ ، لَمْ يَنْدَفِعْ عَنْهُ الضَّرْرُ ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِمُخَالَفَةِ الْأَصْلِ ، فَلَا تَثْبُتُ . وَلَوْ كَانَ الشُّفْعُ وَاحِدًا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُ بَعْضِ الْمَبِيعِ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَّبَعُ ، فَإِذَا سَقَطَ بَعْضُهَا ، سَقَطَ جَمِيعُهَا ، كَالْقِصَاصِ . وَإِنْ وَهَبَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ نَصِيبَهُ مِنَ الشُّفْعَةِ بَعْضَ شُرَكَائِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَفْوٌ ، وَلَيْسَ بِبَهِيَّةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ لِغَيْرِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الشُّفْعَاءُ غَائِبِينَ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ؛ لِمَوْضِعِ الْعُدْرِ . فَإِذَا قَدِمَ أَحَدُهُمْ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرَكَ ؛ لِأَنَّ لَا نَعْلَمُ الْيَوْمَ مُطَابَلًا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ فِي أَخْذِهِ الْبَعْضَ ^(١) تَبْعِيضًا لِصَفَقَةِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ ^(٢) «لَمْ يَكُنْ» مَعَهُ غَيْرُهُ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَأْخِيرَ / حَقَّهُ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ شُرَكَاءُوهُ ؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي . فَإِذَا أَخَذَ الْجَمِيعَ ، ثُمَّ حَضَرَ آخَرَ ، قَاسَمَهُ إِنْ شَاءَ أَوْ عَفَا ، فَيَبْقَى لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَابَلَةَ إِنَّمَا وُجِدَتْ مِنْهُمَا . فَإِنْ قَاسَمَهُ ، ثُمَّ حَضَرَ الثَّالِثُ ، قَاسَمَهُمَا إِنْ أَحَبَّ أَوْ عَفَا فَيَبْقَى لِلأَوَّلَيْنِ ، فَإِنْ نَمَّا الشُّفْعُ فِي يَدِ الأَوَّلِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا ، لَمْ يُشَارِكْ فِيهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ انْفَصَلَ فِي ^(٣) «مِلْكِهِ» ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ انْفَصَلَ فِي ^(٤) يَدِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الأخْذِ بِالشُّفْعَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ الثَّانِي ، فَمَا فِي يَدِهِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا ، لَمْ يُشَارِكْهُ الثَّالِثُ فِيهِ . وَإِنْ خَرَجَ الشُّفْعُ مُسْتَحَقًّا ، فَالعَهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، يَرْجِعُ الثَّلَاثَةُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمْ عَلَى الْآخَرِ ؛ فَإِنَّ الأخْذَ وَإِنْ كَانَ مِنَ الأَوَّلِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النَّائِبِ عَنِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِمَا ، وَالنَّائِبِ عَنْهُمَا فِي دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَيْهِ لِهَمِّهِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْبَعْضِ » .

(٢-٢) فِي ب : « كَانَ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : م .

الشَّافِعِيُّ . وإن ائْتَعَ الأَوَّلُ مِنَ الْمُطَالِبَةِ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبَاهُ ، أَوْ قَالَ : آخِذُ قَدَرٍ حَقِّي . فِيهِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ حَقُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى أَخْذِ الكُلِّ وَتَرَكَهُ ، فَأَشْبَهَهُ المُنْفَرِدَ . وَالثَّانِي ، لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ لِعُدْرٍ ، يَهُوَ خَوْفُ قُدُومِ الغَائِبِ ، فَيَتَنَزَّعُهُ مِنْهُ ، وَالتَّرْكَ لِعُدْرٍ لَا يَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَظْهَرَ المُشْتَرِي ثَمَنًا كَثِيرًا ، فَتَرَكَ لِذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ خِلَافُهُ^(٤) . فَإِنْ تَرَكَ الأَوَّلُ شُفْعَتَهُ^(٥) تَوَفَّرَتِ الشُّفْعَةُ^(٦) عَلَى صَاحِبِيهِ ، فَإِذَا قَدِمَ الأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فَلَهُ أَخْذُ الجَمِيعِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الأَوَّلِ . فَإِنْ أَخَذَ الأَوَّلُ بِهَا ، ثُمَّ رَدَّ مَا أَخَذَهُ بِعَيْبٍ ، فَكَذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ أَنَّهَا لَا تَتَوَفَّرُ عَلَيْهِمَا ، وَلَيْسَ لِمَا أَخَذَ نَصِيبَ الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْفُ ، وَإِنَّمَا رَدَّ نَصِيبَهُ لِأَجْلِ العَيْبِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ رَجَعَ إِلَى المُشْتَرِي بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الشُّفْعَةَ فَسَخَ مِلْكُهُ ، وَرَجَعَ إِلَى المُشْتَرِي بِالسَّبَبِ الأَوَّلِ ، فَكَانَ لِشَرِيكِهِ أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ عَفَا . وَيُفَارِقُ عَوْدَهُ بِسَبَبٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ غَيْرَ المِلْكِ الأَوَّلِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ .

فصل : وَإِذَا حَضَرَ الثَّانِي بَعْدَ أَخْذِ الأَوَّلِ ، فَأَخَذَ نِصْفَ الشُّقْصِ مِنْهُ ، وَاقْتَسَمَا ، ثُمَّ قَدِمَ الثَّالِثُ ، فَطَالَ بِالشُّفْعَةِ ، وَأَخَذَ بِهَا ، بَطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الثَّالِثَ إِذَا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، كَانَ كَأَنَّهُ مُشَارِكٌ فِي حَالِ القِسْمَةِ ، لِثُبُوتِ حَقِّهِ ، وَهَذَا لَوْ بَاعَ المُشْتَرِي ، ثُمَّ قَدِمَ الشُّفْعِيُّ ، كَانَ لَهُ إِبْطَالُ البَيْعِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَصِحُّ القِسْمَةُ ، وَشَرِيكُهُمَا الثَّالِثُ غَائِبٌ ؟ قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَكَلَّ فِي القِسْمَةِ قَبْلَ البَيْعِ ، أَوْ قَبْلَ عِلْمِهِ بِهِ^(٧) ، أَوْ يَكُونَ الشَّرِيكَيْنِ رَفَعَا ذَلِكَ إِلَى الحَاكِمِ ، وَطَالَبَاهُ بِالقِسْمَةِ عَنِ الغَائِبِ ، / فَقَاسَمَهُمَا ، وَبَقِيَ الغَائِبُ عَلَى شُفْعَتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُمَا لِلشُّقْصِ ، وَحَقُّ الثَّالِثِ ثَابِتٌ فِيهِ ؟ قُلْنَا : ثُبُوتُ حَقِّ^(٧) الشُّفْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ

٥٢/٥ ط

(٤) فِي م : « بِخِلَافِهِ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ م : م .

(٦) سَقَطَ مِنْ م : م .

(٧) سَقَطَ مِنْ ب : ب .

وغيرهما ، ويملك الشفيع إبطاله ، كذا ههنا . إذا ثبت هذا ، فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكه غائبا ، أخذ من الحاضر ثلث ما في يده ؛ لأنه قدر ما يستحقه ، ثم إن قضى له القاضي على الغائب ، أخذ ثلث ما في يده أيضا ، وإن لم يقض له ، انتظر الغائب حتى يقدم ؛ لأنه موضع عذر .

فصل : إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا آخذ منك نصفه ، بل أقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث . فله ذلك ؛ لأنه اقتصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعض الصفقة^(٨) على المشتري ، فجاز ، كترك الكل . فإذا قدم الثالث ، فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فيضيفه إلى ما في يد الأول ، ويقتسمانه نصفين ، فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما ؛ لأن الثالث أخذ حقه^(٩) من الثاني ثلث الثلث ، ومخرجه تسعة ، فضمه^(١٠) إلى الثلثين وهى ستة ، صارت تسعة^(١١) ثم قسما التسعة^(١٢) نصفين ، لا تنقسم ، فاضرب اثنين في تسعة ، تكن ثمانية عشر ، للثاني أربعة أسهم ، ولكل واحد من شريكه سبعة . وإنما كان كذلك ؛ لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه ، وحقه منه ثلثاه ، وهو السبع^(١٣) ، فتوفر ذلك على شريكه^(١٤) في الشفعة ، فللأول والثالث أن يقولوا : نحن سواء في الاستحقاق ، ولم يترك واحد منا شيئا من حقه ، فنجمع ما معنا فنقسمه ، فيكون على ما ذكرنا . وإن قال الثاني : أنا آخذ الربع . فله ذلك ؛ لما ذكرنا في التي قبلها ، فإذا قدم الثالث ، أخذ منه نصف سدس ، وهو ثلث ما في يده ، فضمه إلى ثلاثة الأرباع ، وهى تسعة ، يصير الجميع عشرة

(٨) في الأصل : « للشفعة » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في الأصل : « فضمه » .

(١١) في ب ، م : « سبعة » خطأ .

(١٢) في ب ، م : « السبعة » .

(١٣) في ب ، م : « التسع » .

(١٤) في ب ، م : « شريكه » .

فَيَقْتَسِمَانِهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةٌ ، وَلِلثَانِي سَهْمَانِ ، وَتَصِيحٌ مِنْ اثْنِي عَشَرَ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ شَيْئًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِأَنَّ تَتَبُعُ صَفَقَةَ الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْاِثْنَيْنِ مَعَ وَاحِدٍ عَقْدَانِ ؛ لِأَنَّهُ مُشْتَرٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٥) مِلْكُهُ بِمَنْ مَفْرَدٍ ، فَكَانَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَهُ بَعْدَهُ ، وَهَذَا يَنْفَصِلُ عَمَّا ذَكَرُوهُ . وَإِنْ اشْتَرَى اِثْنَانِ نَصِيبَ وَاحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِ الْمُشْتَرَيْنِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ . وَقَالَ فِي الْآخَرَى : يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ تَتَبُعُ صَفَقَةَ الْبَائِعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُشْتَرِيَانِ / ، فَجَازَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، كَمَا بَعْدَ الْقَبْضِ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا تُسَلِّمُهُ ، عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ أَخَذَ ^(١٦) نَصِيبَهُ ، فَلَا يَكُونُ تَبِيعًا . فَإِنْ بَاعَ اِثْنَانِ مِنْ اِثْنَيْنِ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ عُقُودٍ ، وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْكُلِّ ، أَوْ مَا شَاءَ مِنْهُمَا .

٥٣/٥

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَيْئًا لِثَلَاثَةٍ ، دَفَعَهُ وَاحِدَةً ، فَلِشَرِيكِهِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الثَّلَاثَةِ . وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَحَدِهِمْ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ اِثْنَيْنِ دُونَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ ^(١٧) كُلَّ عَقْدٍ ^(١٧) مِنْهُمَا مُنْفَرِدٌ ، فَلَا يَتَوَقَّفُ الْأَخْذُ بِهِ عَلَى الْأَخْذِ بِمَا فِي الْعَقْدِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مُتَّفَرِّقَةً . فَإِذَا أَخَذَ نَصِيبَ وَاحِدٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلآخَرَيْنِ مُشَارَكَتُهُ فِي الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُمَا لَمْ يَسْبِقْ مِلْكَ مَنْ أَخَذَ نَصِيبَهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ إِلَّا بِمِلْكِهِ سَابِقٍ . فَأَمَّا إِنْ بَاعَ نَصِيبَهُ لِثَلَاثَةٍ ، فِي ثَلَاثَةِ عُقُودٍ مُتَّفَرِّقَةٍ ، ثُمَّ عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فَلَهُ أَيْضًا أَنْ يَأْخُذَ الثَّلَاثَةَ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ فَإِنْ أَخَذَ نَصِيبَ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَكُنْ لِلآخَرَيْنِ مُشَارَكَتُهُ ^(١٨) فِي شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَكُنْ لِهَذَا مِلْكٌ حِينَ بَيْعِهِ ، وَإِنْ أَخَذَ نَصِيبَ الثَّانِي وَحْدَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الثَّلَاثُ مُشَارَكَتَهُ ^(١٨)

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ب ، م : « يأخذ » .

(١٧-١٧) في م : « عقد كل » .

(١٨-١٨) سقط من : ب .

لذلك ، ويُشَارِكُهُ الأَوَّلُ فِي شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ سَابِقٌ لِشِرَاءِ الثَّانِي ، فَهُوَ شَرِيكٌ حَالِ شِرَائِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشَارِكَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ حَالِ شِرَاءِ الثَّانِي يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا فِي اسْتِحْقَاقِهَا . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّالِثِ ، وَعَفَا عَنِ الأَوَّلَيْنِ ، فَفِي مُشَارَكَتِهِمَا لَهُ وَجْهَانِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّلَاثَةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ أَمْلَاكَهُمْ قَدْ اسْتَحَقَّهَا بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِهَا شُفْعَةٌ . وَالثَّانِي ، يُشَارِكُهُ الثَّانِي فِي شُفْعَةِ الثَّالِثِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حَالِ شِرَاءِ الثَّالِثِ ، وَلِذَلِكَ اسْتَحَقَّ مُشَارَكَتَهُ إِذَا عَفَا عَنِ شُفْعَتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَعْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ بِالْمِلْكِ الَّذِي صَارَ بِهِ شَرِيكًا ، لَا بِالْعَفْوِ عَنْهُ ، وَلِذَلِكَ قُلْنَا فِي الشُّفْعِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى بَاعَ نَصِيْبَهُ : فَلَهُ أَخْذُ نَصِيْبِ المُشْتَرِي الأَوَّلِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَخْذُ نَصِيْبِ المُشْتَرِي الثَّانِي . وَعَلَى هَذَا يُشَارِكُهُ الأَوَّلُ فِي شُفْعَةِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ جَمِيعًا . فَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ نَصْفَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ لِثَلَاثَةٍ ، فِي (١٩) ثَلَاثَةِ عُقُودٍ ، فِي كُلِّ عُقْدٍ سُدُسًا ، فَلِلشُّفْعِ السُّدُسُ الأَوَّلُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الثَّانِي وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثَّانِي وَخُمْسُ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الثَّانِي خُمْسُ الثَّالِثِ فَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلشُّفْعِ الأَوَّلِ مِائَةٌ وَسَبْعَةٌ أَسْهُمًا ، وَلِلثَّانِي تِسْعَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ / قُلْنَا : إِنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ . فَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثَّانِي وَثُلُثُ الثَّالِثِ ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُ الثَّالِثِ وَهُوَ نِصْفُ التُّسْعِ ، فَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةِ وَثَلَاثِينَ ، لِلشُّفْعِ تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلثَّانِي خَمْسَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ سَهْمَانِ .

٥٣/٥ ظ

فصل : دَارٌ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ أَرْبَاعًا ، بَاعَ ثَلَاثَةٌ مِنْهُمْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَلَمْ يَعْلَمْ شَرِيكُهُمْ ،

(١٩) فِي ب : ١٠ مِنْ ١ .

ولا بعضهم ببعض ، فللَّذِي لم يَبِعِ الشُّفْعَةَ فِي الْجَمِيعِ . وهل يَسْتَحِقُّ الْبَائِعُ^(٢٠) الثَّانِي والثَّالِثُ الشُّفْعَةَ فِيمَا بَاعَهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ والثَّانِي^(٢١) ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .^(٢١) وكذلك هل يَسْتَحِقُّ الثَّالِثُ الشُّفْعَةَ فِيمَا بَاعَهُ الْأَوَّلُ والثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ^(٢١) . وهل يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي الرَّابِعَ الْأَوَّلَ الشُّفْعَةَ فِيمَا بَاعَهُ الثَّانِي والثَّالِثُ ؟ وهل^(٢٢) يَسْتَحِقُّ الثَّانِي شُفْعَةَ الثَّالِثِ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَسْتَحِقُّانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مَالِكَا حَالَ الْبَيْعِ . والثَّانِي ، لَا حَقَّ لهُمَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُمَا مُتْرَلِرٌ يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا تُثَبِّتُ بِهِ . والثَّالِثُ ، إِنْ عَفَا عَنْهُمَا أَحَدًا ، وَإِلَّا فَلَا . فَإِذَا قُلْنَا : يَشْتَرِكُ الْجَمِيعُ . فَلِلَّذِي لم يَبِعْ ثُلُثَ كُلِّ رُبْعٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ شَرِيكَيْنِ ، فَصَارَ لَهُ الرَّبْعُ مَضْمُونًا إِلَى مَلِكِهِ ، فَكَمُلَ لَهُ النُّصْفُ ، وَلِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي^(٢٣) الْأَوَّلِ الثُّلُثُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ فِي شُفْعَةٍ .^(٢٤) وَلِلْبَائِعِ الثَّانِي ، وَالْمُشْتَرِي الثَّانِي السُّدُسُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ فِي شُفْعَةٍ^(٢٤) يَبِيعُ وَاحِدٌ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ الشَّرِيكُ نِصْفَ الشُّفْعِ لِرَجُلٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ بَقِيَّتَهُ^(٢٥) فِي صَفْقَةٍ أُخْرَى ، ثُمَّ عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فَلَهُ أَخْذُ الْمَبِيعِ الْأَوَّلِ والثَّانِي ، وَلَهُ أَخْذُ أَحَدِهِمَا دُونَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ ، فَإِنْ أَخْذَ الْأَوَّلُ ، لم يُشَارِكْهُ فِي شُفْعَتِهِ أَحَدٌ ، وَإِنْ أَخْذَ الثَّانِي ، فَهَلْ يُشَارِكُهُ الْمُشْتَرِي فِي شُفْعَتِهِ بِنِصْبِهِ الْأَوَّلِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُشَارِكُهُ فِيهَا^(٢٦) . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ وَقَدْ

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) (٢١-٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م : « أو هل » .

(٢٣) في الأصل : « وللمشتري » .

(٢٤) (٢٤-٢٤) سقط من : م . نقلة نظر .

(٢٥) في الأصل : « بعينه » .

(٢٦) سقط من : ب . وفي الأصل : « فيهما » .

الْبَيْعِ الثَّانِي ، يَمْلِكُهُ الَّذِي اشْتَرَاهُ أَوْلًا . وَالثَّانِي ، لَا يُشَارِكُهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ عَلَى الْأَوَّلِ لَمْ يَسْتَقَرَّ ، لِكَوْنِ الشَّفِيعِ يَمْلِكُ أَخْذَهُ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ عَفَا الشَّفِيعُ عَنِ الْأَوَّلِ شَارَكَهُ فِي الثَّانِي ، وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا جَمِيعًا لَمْ يُشَارِكُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَفَا عَنْهُ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ ، فَشَارَكَ بِهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَذَ . فَإِنْ قُلْنَا : يُشَارِكُ فِي الشَّفْعَةِ . فَفِي قَدْرِ مَا يَسْتَحِقُّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ثَلَاثَةٌ . وَالثَّانِي ، نِصْفَهُ . بِنَاءً عَلَى الرَّوَابِئِيِّ فِي قِسْمَةِ الشَّفْعَةِ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ أَوْ عَدَدِ الرُّعُوسِ . فَإِذَا قُلْنَا : / يُشَارِكُهُ . فَعَفَا لَهُ عَنِ الْأَوَّلِ ، صَارَ لَهُ ثَلَاثُ الْعَقَارِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِ ، وَبِاقِيهِ لِشَرِيكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْفُ عَنِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ نِصْفُ سُدُسِيهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ثَمْنُهُ ، وَبِالْبَاقِي لِشَرِيكِهِ . وَإِنْ بَاعَهُ الشَّرِيكَ الشَّفْصَ فِي ثَلَاثِ صَفَقَاتٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِو بَاعَهُ لِثَلَاثَةِ أَنْفُسٍ ، عَلَى مَا شَرَّحْنَاهُ . وَيَسْتَحِقُّ مَا يَسْتَحِقُّونَ . وَلِلشَّفِيعِ هُنَا مِثْلُ مَالِهِ مَعَ (٢٧) الثَّلَاثَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، فَوَكَّلَ أَحَدُهُمْ شَرِيكَهُ فِي بَيْعِ نَصِيبِهِ مَعَ نَصِيبِهِ ، فَبَاعَهُمَا (٢٨) لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، فَلِشَرِيكَيْهِمَا الشَّفْعَةُ فِيهِمَا . وَهَلْ لَهُ أَخْذُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ دُونَ الْآخَرَ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ اثْنَانِ ، فَهَمَا يَبِيعَانِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، كَمَا لَوْ تَوَلَّى الْعَقْدَ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ وَاحِدَةٌ ، وَفِي أَخْذِ أَحَدِهِمَا تَبْعِيضُ الصَّفْقَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا فِي شِرَاءِ نِصْفِ (٢٩) نَصِيبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ ، فَاشْتَرَى الشَّفْصَ كُلَّهُ لِتَنْفِسِهِ وَلِمْوَكَّلِهِ ، فَلِشَرِيكِهِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا مُشْتَرِيَانِ ، فَاشْتَبَهَ مَالُو وَلِيَا الْعَقْدَ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الصُّورَةِ وَالَّتِي قَبْلَهَا ، أَنَّ أَخْذَ أَحَدِ (٢٩) النَّصِيبَيْنِ لَا يُفْضِي إِلَى

(٢٧) فِي ب : عَلَى .

(٢٨) فِي ب ، م : بَاعَهَا .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

تَبْعِيضِ صَفْقَةِ الْمُشْتَرِي ، ولأنه قد (٣٠-٣٠) يَرْضَى شَرِكَةَ (٣٠) أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ دُونَ الْآخَرِ .
بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا ؛ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ وَاحِدٌ .

٨٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَعَهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى
الْبَائِعِ)

يعنى أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخَذَ الشُّفْعَ ، فَظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَرُجُوعُهُ بِالثَّمَنِ عَلَى
الْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ (١) الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ . وَإِنْ وَجَدَهُ مَعْيَبًا فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، أَوْ
أَخَذَ أَرْضَهُ مِنْهُ ، وَالْمُشْتَرِي يُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ ، أَوْ يَأْخُذُ الْأَرْضَ مِنْهُ ، سِوَاءَ قَبْضِ الشُّفْعِ
مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ مِنَ الْبَائِعِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَعُثْمَانُ الْبَيْتِيُّ :
عَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ نَبَتَ لَهُ بِإِجَابِ الْبَائِعِ ، فَكَانَ رُجُوعُهُ عَلَيْهِ ،
كَالْمُشْتَرِي . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَخَذَهُ مِنَ
الْبَائِعِ فَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ تَعَدَّرَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي ، فَيَنْفَسَخُ
الْبَيْعُ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ، فَكَانَ الشَّفِيعُ آخِذًا مِنَ الْبَائِعِ ، مَا لِكَأَنَّ مِنْ جِهَتِهِ ، فَكَانَتْ
عَهْدَتُهُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بَعْدَ الشَّرَاءِ وَحُصُولِ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي ، ثُمَّ يَزُولُ
الْمِلْكُ مِنَ الْمُشْتَرِي / إِلَى الشَّفِيعِ بِالثَّمَنِ . فَكَانَتْ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْهُ بِبَيْعٍ ،
وَلأنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ، فَامْلِكْ رَدُّهُ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ ، كَالْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ
الْأَوَّلِ . وَقِيَاسُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فِي جَعْلِ عَهْدَتِهِ عَلَى الْبَائِعِ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ
مَلَكَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، بِخِلَافِ الشَّفِيعِ . وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، فَالْبَائِعُ نَائِبٌ عَنِ الْمُشْتَرِي
فِي التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ . وَلَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛
لأنَّهَا اسْتَحَقَّتْ بِهِ .

٥٤٤/٥ ظ

(٣٠-٣٠) فِي الْأَصْلِ : (رَضِيَ) .

(١) فِي ب : (وَرُجُوعٌ) .

فصل : وحكم الشفيع في الرد بالعيب ، حكم المشتري من المشتري ، وإن علم المشتري بالعيب ، ولم يعلم الشفيع ، فليلشفيع رده على المشتري . أو أخذ أرضه منه ، وليس للمشتري شيء . ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض ؛ لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فإذا أخذ الأرض ، فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري . وإن علم الشفيع دون المشتري ، فليس لواحد منهما رد ولا أرض ؛ لأن الشفيع أخذه عالماً بعيبه ، فلم يثبت له رد ولا أرض ، كالمشتري إذا علم العيب ، والمشتري قد استغنى عن الرد ، ليزوال ملكه عن المبيع ، وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الأرض ؛ لأنه استدرك ظلأمته ، ورجع إليه جميع ثمنه ، فأشبه ما لو رده على البائع . ويحتمل أن يملك أخذ الأرض ؛ لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قفيزين ، فتلف أحدهما ، وأخذ الآخر . فعلى هذا ، ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ؛ لأن الشفيع يجب عليه بالثمن الذي استقر^(٢) عليه العقد ، فأشبه ما لو أخذ الأرض قبل أخذ الشفيع منه . وإن علماً جميعاً ، فليس لواحد منهما رد ولا أرض ؛ لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ، ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة . وإن لم يعلم ، فليلشفيع رده على المشتري ، وللمشتري رده على البائع ، فإن لم يرده الشفيع ، فلا^(٣) رد للمشتري^(٤) ؛ لما ذكرنا أولاً . وإن أخذ الشفيع أرضه من المشتري ، فليلمشتري أخذه من البائع . وإن لم يأخذ منه شيئاً ، فلا شيء للمشتري . ويحتمل أن يملك أخذه ، على الوجه الذي ذكرناه . فإذا أخذه ، فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري ، سقط عنه من الثمن بقدره ؛ لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع ، وسكوته لا يسقط حقه ، وإن أسقطه عن المشتري ، توفّر عليه ، كما لو زاده على الثمن باختياره . فأمّا إن اشتراه بالبراعة من كل عيب ، فالصحيح من المذهب أنه^(٥) لا يبرأ ، فيكون كأنه لم يبرأ إليه من

٥٥٥/٥

(٢) في الأصل : يستقر .

(٣-٣) في م : يرد المشتري .

(٤) في م : أن .

شيء . وفي روايةٍ أُخرى ، أَنَّهُ يَبْرَأُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ عَليمَ بِالْعَيْبِ ، فَدَلَّسَهُ ، وَاشْتَرَطَ الْبَرَاءَةَ . فعلى هذه الرواية ، إن عَليمَ الشَّفِيعِ بِاشْتِرَاطِ الْبَرَاءَةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى شِرَائِهِ ، فَصَارَ كَمُشْتَرِي ثَانٍ اشْتَرَطَ (٥) الْبَرَاءَةَ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، (٦) فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ عَليمَهُ (٦) الْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ .

٨٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَالشُّفْعَةُ لَا تُورَثُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَيْتُ طَالِبًا بِهَا)

وجملة ذلك ، أَن الشَّفِيعَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهَا ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الطَّلَبِ بِهَا ، فَتَسْقُطُ ، وَلَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : الْمَوْتُ يَنْطَلِقُ بِهِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ الشُّفْعَةُ ، وَالْحَدُّ إِذَا مَاتَ الْمَقْدُوفُ ، وَالخِيَارُ إِذَا مَاتَ الَّذِي اشْتَرَطَ الخِيَارَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرِثَةِ . هَذِهِ الثَّلَاثَةُ الْأَشْيَاءُ إِنَّمَا هِيَ بِالطَّلَبِ ، فَإِذَا لَمْ يَطْلُبْ ، فَلَيْسَ تَجِبُ ، إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ أَنِّي عَلَى حَقِّي مِنْ كَذَا وَكَذَا ، وَأَنِّي قَدْ طَلَبْتَهُ ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ ، كَانَ لِوَارِثِهِ الطَّلَبُ بِهِ . وَرُوي سُقُوطُهُ بِالْمَوْتِ عَنِ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحَعِيِّ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ : يُورَثُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ ثَابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَيُورَثُ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ فَسَخِيبَتْ (١) لِالْفَوَاتِ جُزْءٌ ، فَلَمْ يُورَثْ ، كَالرُّجُوعِ فِي الْهَيْبَةِ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ خِيَارٍ جُعِلَ لِلتَّمْلِيكِ ، أَشْبَهَ خِيَارَ الْقَبُولِ . فَأَمَّا خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّهُ لِاسْتِدْرَاكِ جُزْءٍ فَاتٍ مِنَ الْمَبِيعِ . الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا طَالَبَ بِالشُّفْعَةِ ثَمَّ مَاتَ . فَإِنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا نَصَّ أَحْمَدَ عَلَيْهِ . لِأَنَّ الْحَقَّ يَتَقَرَّرُ بِالطَّلَبِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِ الْأَخْذِ بَعْدَهُ ، وَقَبْلَهُ يَسْقُطُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِيرُ الشُّقْصُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ بِنَفْسِ الْمُطَالِبِ . وَقَدْ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « لَشَرَطِ » .

(٦-٦) فِي الْأَصْلِ ، ب : « فَحُكْمُهُ مَا لَوْ عَلِمَ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْبَتِ » .

ذَكَرْنَا أَنَّ الصَّحِيحَ غَيْرُ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَوْ صَارَ مِلْكًا لِلسَّفِيحِ ، لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنِ الشُّفْعَةِ بَعْدَ طَلِبِهَا ، كَمَا لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهَا بَعْدَ الْأَخْذِ بِهَا . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ ، لِأَنَّهُ حَقٌّ مَالِيٌّ مَوْرُوثٌ ، فَيَنْتَقِلُ إِلَى جَمِيعِهِمْ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ ، وَسِوَاءِ قَلْنَا : الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلَاكِ ، أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مِنْ مَوْرُوثِهِمْ . فَإِنْ تَرَكَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ حَقَّهُ ، تَوَفَّرَ ^(٢) الْحَقُّ عَلَى سَائِرِ الْوَرَثَةِ ، وَلَمْ / يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرَكُوا ، كَالشُّفْعَاءِ إِذَا عَفَا بَعْضُهُمْ عَنْ شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّا لَوْ جَوَّزْنَا أَخْذَ ^(٣) بَعْضِ الشُّفْعِ الْمَبِيعِ ، تَبَعَّضَتِ الصَّفْقَةُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِ .

فصل : وَإِنْ أَشْهَدَ الشَّفِيحُ عَلَى مُطَالِبَتِهِ بِهَا لِلْعُدْرِ ، ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تَبْطُلْ ، وَكَانَ لِلْوَرَثَةِ الْمُطَالِبَةُ بِهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الطَّلَبِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْهُ ، يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بِالْمَوْتِ بَعْدَهُ ^(٤) ، كَنَفْسِ الطَّلَبِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شِقْصٌ لَهُ شَفِيحَانِ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا عَنْهَا ^(٥) ، وَطَالَبَ الْآخَرَ بِهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْمُطَالِبُ ^(٦) ، فَوَرَثَهُ الْعَافِي ، فَلَهُ أَخْذُ الشَّقْصِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ لِشَفِيحِ الْمُطَالِبِ بِالشُّفْعَةِ ، فَمَلَكَ الْأَخْذَ بِهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَفَ رَجُلٌ أُمَّهُمَا وَهِيَ مَيِّتَةٌ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا ، فَطَالَبَ ^(٧) الْآخَرَ ، ثُمَّ مَاتَ الطَّلِبُ ، فَوَرَثَهُ الْعَافِي ، ثَبَتَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالنِّيَابَةِ عَنْ أُخِيهِ الْمَيِّتِ ، إِذَا قَلْنَا بِوَجُوبِ الْحَدِّ بِقَدْفِهَا .

فصل : وَإِنْ مَاتَ مُفْلِسٌ ، وَلَهُ شِقْصٌ ، فَبَاعَ شَرِيكُهُ ، كَانَ لَوَرَثَتِهِ الشُّفْعَةُ . وَهَذَا

(٢) فِي م : « تَوَافَر » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَوَاحِد » .

(٤) فِي م : « بَعْد » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الطَّلَاب » .

(٧) فِي ب : « أَوْ طَلَب » .

مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم ؛ لأن الحق انتقل إلى الغرماء . ولنا ، أنه يبيع في شركة ما خلفه موروثهم من شقص ، فكان لهم المطالبة بشفعتهم ، كغير المفلس . ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء ، بل هي للورثة ، بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها ، لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به ، فلم يمنع ذلك من الشفعة ، كما لو كان (٨) لرجل شقص مرهون ، فباع شريكه ، فإنه يستحق الشفعة به . ولو كان للميت دار ، فبيع بعضها في (٩) قضاء دينه ، لم يكن للورثة شفعة ؛ لأن البيع يقع لهم ، فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم . ولو كان الوارث شريكاً للموروث ، فبيع نصيب الموروث في دينه ، فلا شفعة أيضاً ؛ لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث ، فإذا بيع فقد بيع ملكه ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .

فصل : ولو اشتري شقصاً مشفوعاً ، ووصى به ، ثم مات ، فللشفيع أخذه بالشفعة ؛ لأن حقه أسبق من حق الموصى له ، فإذا أخذه ، دفع الثمن إلى الورثة ، وبطلت الوصية ؛ لأن الموصى به (١٠) ذهب ، فبطلت الوصية ، كما لو تلبف ، ولا يستحق الموصى له بدله ؛ لأنه لم يوص له إلا بالشقص ، وقد فات (١١) بأخذه . ولو وصى رجل (١٢) لإنسان بشقص ، ثم مات ، فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له ، فالشفعة / للورثة في الصحيح ؛ لأن الموصى به لا يصير للوصى إلا بعد القبول ، ولم يوجد ، فيكون باقياً على ملك الورثة . ويحتمل أن يكون للموصى (١٣) إذا قلنا : إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت . فإذا قبل الوصية ، استحق المطالبة ؛ لأننا تبينا أن الملك كان له ، فكان المبيع (١٣) في شركته . ولا يستحق المطالبة قبل القبول ؛ لأننا لا

٥٦٥

(٨) في م زيادة : « للميت » .

(٩) في الأصل : « ثم » .

(١٠-١١) سقط م : ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل ، م : « للوصى » .

(١٣) في الأصل : « البيع » .

نَعْلَمُ أَنَّ الْمَلِكَ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ ذَلِكَ بِقَبُولِهِ ، فَإِنْ قَبِلَ تَبَيَّنَا ^(١٤) أَنَّهُ كَانَ ^(١٥) لَهُ . وَإِنْ رَدَّ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ لِلْوَرَثَةِ . وَلَا تَسْتَحِقُّ الْوَرَثَةَ الْمُطَالِبَةُ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هُمُ الْمُطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ ، وَبِقَاءِ الْحَقِّ لَهُمْ . وَفَارِقُ الْمُوصَى لَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْبَلَ ثُمَّ يُطَالِبَ ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ ؛ فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى فِعْلِ مَا يُعْلَمُ بِهِ ^(١٥) ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ أَوْ لغيرِهِ . فَإِذَا طَالَبُوا ، ثُمَّ قَبِلَ الْوَصِي ^(١٦) الْوَصِيَّةَ ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ لَهُ ، وَيَفْتَقِرُ إِلَى الطَّلَبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ الْأَوَّلَ تَبَيَّنَ ^(١٧) أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ . وَإِنْ قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الْأُولَى ، فَطَالَبَ الْوَرَثَةُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَهُمْ الْأَخْذُ بِهَا . وَإِنْ قَبِلَ الْوَصِي أَخَذَ الشُّفْعَ الْمُوصَى بِهِ ، دُونَ الشُّفْعِ الْمَشْفُوعِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَ الْمُوصَى بِهِ إِنَّمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْأَخْذِ بِشُّفْعَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو أَخْذَ ^(١٨) بِهَا الْمُوصَى فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالَبُوا بِالشُّفْعَةِ حَتَّى قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ ^(١٩) ، فَلَا شُّفْعَةَ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ ^(٢٠) ، وَحُصُولِ شَرِكْتِهِ . وَفِي ثُبُوتِهَا لِلْوَرَثَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ بَاعَ الشُّفِيعُ نَصِيْبَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِبَيْعِ شَرِيكِهِ .

فصل : ولو اشتري رجل شقصًا ، ثم ارتد فقتل أو مات ، فللشفيع أخذه بالشفعة ؛ لأنها وجبت بالشراء ، وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام ، فورثته ^(٢٠) ورثته ، أو صار ماله لبيت المال ، لعدم ورثته ، والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال .

(١٤-١٤) في ب : « أن ذلك » .

(١٥) سقط من : الأصل ، ب .

(١٦) سقط من : الأصل . وفي ب : « الموصى » .

(١٧) في الأصل ، م : « يتبين » .

(١٨) في الأصل : « أخذه » .

(١٩) في م : « به » .

(٢٠) في ب ، م : « فورثته » .

فصل : وإذا اشترى المرتد شقصاً ، فتصرفه موقوف ، فإن قُتل على رِدِّته أو مات عليها ، تبيهاً أن شِراءً باطلً ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم ، تبيهاً صحته ، وثبوت الشفعة فيه . وقال أبو بكر : تصرفه غير صحيح في الحالين ؛ لأن ملكه يزول برِدِّته ، فإذا أسلم عادَ إليه تملكاً مستأنفاً . وقال الشافعي ، وأبو يوسف : تصرفه صحيح في الحالين ، وتجبُ الشفعة فيه . ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ، ويُذكر في غير هذا الموضوع^(٢١) . وإن بيع شقص في شركة المرتد ، وكان المشتري كافراً ، فأخذ^(٢٢) بالشفعة ، انبنى على ذلك / أيضا ؛ لأن أخذَه بالشفعة^(٢٣) شِراءً للشقص من المشتري ، فأشبهه شِراءه لغيره . وإن ارتد الشفيع المسلم ، وقُتل بالردة أو مات عليها ، انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة ، انتقلت أيضا إلى المسلمين ، ينظر فيها الإمام أو نائبه . وإن قُتل أو مات قبل طلبها ، بطلت شفَعته ، كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيع المسلم ، ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال ، انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب ، وإلا فلا .

ظ ٥٦/٥

٨٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أُذِنَ الشَّرِيكُ فِي الْبَيْعِ ، ثُمَّ طَالَ بِ^(١) بِالْشَّفْعَةِ بَعْدَ وَقُوعِ الْبَيْعِ ، فَلَهُ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع ، فقال : قد أذنت في البيع ، أو قد أسقطت شفعتي . أو ما أشبه ذلك ، لم تسقط ، وله المطالبة بها متى وجد البيع . هذا^(٢) ظاهر المذهب . وهو مذهب مالك ، والشافعي ، والنبتي ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ما يدل على أن^(٣) الشفعة تسقط بذلك ؛ فإن إسماعيل بن سعيد ، قال : قلت

(٢١) في م : « الموضوع » .

(٢٢) في الأصل : « فأخذه » .

(٢٣) في ب : « للشفعة » .

(١) في م : « طلب » .

(٢) سقط من : م . وفي ب : « قال قد » .

(٣) سقط من : ب .

لأحمد : ما معنى قول النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ رُبْعَةٌ ، فَأَرَادَ بَيْعَهَا ، فَلْيَعْرِضْهَا عَلَيْهِ » . وقد جاء في بعض الحديث : « وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْضَهَا عَلَيْهِ » . إذا كانت الشُّفْعَةُ ثَابِتَةً لَهُ ؟ فقال : ما هو ببيع من أن يكون على ذلك ، وأن لا تكون له الشُّفْعَةُ . وهذا قول الحكم ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأبي خيثمة ، وطائفة من أهل الحديث . قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه^(٤) عن أحمد ، فقال مرة : تبطل شُفْعَتُهُ . وقال مرة : لا تبطل . واحتجوا بقول النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِي أَرْضٍ ؛ رُبْعَةٌ ، أَوْ حَائِطٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَحَدُ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »^(٥) . ومحال أن يقول النبي ﷺ : « ومن شاء ترك » . فلا يكون لتركه معنى . ومفهوم قوله : « فَإِنْ بَاعَ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » أنه إذا باعه بإذنه لا حق له . ولأن الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ فِي مَوْضِعِ الْإِتْفَاقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لكَوْنِهِ يَأْخُذُ مَلِكَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ رِضَائِهِ ، وَيُجْبِرُهُ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ بِهِ ، لِذُخُولِهِ مَعَ الْبَائِعِ فِي الْعَقْدِ ، الَّذِي أَسَاءَ فِيهِ بِإِدْخَالِهِ الضَّرَرَ عَلَى شَرِيكَهِ ، وَتَرْكِه الْإِحْسَانَ إِلَيْهِ فِي عَرْضِهِ عَلَيْهِ . وهذا المعنى معدوم ههنا ، فإنه قد عرضه عليه ، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه ، وإن كان فيه ضرر / فهو أذخله على نفسه ، فلا يستحق الشُّفْعَةَ ، كالمواضع المطالبة بعد البيع . ووجه الأول ، أنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يصح ، كما لو أبرأه مما يجب له ، أو^(٦) أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج . وأما الخبر ، فيحتمل أنه أراد العرض عليه ، ليبتاع ذلك إن أراد ، فتخف عليه المونة ، ويكتفى بأخذ المشتري الشقص ، لا إسقاط حقه من شُفْعَتِهِ .

٥٧/٥

فصل : إذا تَوَكَّلَ الشَّفِيعُ فِي الْبَيْعِ ، لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ بِذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ وَكَيْلَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ

(٤) أي النقل .

(٥) تقدم ترجمته في صفحة ٤٣٥ . عند أبي داود .

(٦) في ب زيادة : « لو » .

القاضي ، وبعضُ الشافعية : إن كان وكييلُ البائع ، فلا شفعة له ؛ لأنه تلحقه التهمة في البيع ، لكونه يقصدُ تقييلُ الثمن ، ليأخذَ به^(٧) ، بخلاف وكييلِ المشتري . وقال أصحابُ الرأي : لا شفعة لو كييلِ المشتري ، بناءً على أصلهم أن المِلكَ ينتقلُ إلى الوكييلِ ، فلا يستحقُّ على نفسه . ولنا ، أنه وكييلُ ، فلا تسقطُ شفعته ، كالأخر ، ولا نُسلمُ أن المِلكَ ينتقلُ إلى الوكييلِ . إنما ينتقلُ إلى الموكَّلِ ، ثم لو انتقلَ إلى الوكييلِ لما ثبتت^(٨) في ملكه ، إنما ينتقلُ في الحالِ إلى الموكَّلِ ، فلا يكونُ الأخذُ من نفسه ، ولا الاستحقاقُ عليها . وأما التهمةُ فلا تؤثرُ ؛ لأنَّ الموكَّلَ وكله مع علمه بثبوتِ شفعته^(٩) ، راضياً بتصرفه مع ذلك ، فلا يؤثرُ ، كما لو^(١٠) أذنَ لوكيله^(١١) في الشراءِ من نفسه . فعلى هذا ، لو قال لِشريكه : بع نصفَ نصيبي مع نصفِ نصيبك . ففعلَ ، ثبتتِ الشفعةُ لكلِّ واحدٍ منهما في المبيعِ من نصيبِ صاحبه . وعند القاضي ثبتتُ في نصيبِ الوكييلِ ، دون نصيبِ الموكَّلِ .

فصل : وإن ضمنَ الشفيعُ العهدةَ للمشتري ، أو شرطَ له الخيارَ فاختارَ إمْضاءَ العقدِ ، لم تسقطُ شفعته . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أصحابُ الرأي : تسقطُ ؛ لأنَّ العقدَ تمَّ به ، فأشبهه البائعُ إذا باعَ بعضَ نصيبِ نفسه . ولنا ، أن هذا سببُ سبقِ وجوبِ الشفعةِ ، فلم تسقطُ به^(١٢) الشفعةُ ، كالإذنِ في البيعِ ، والعفوُ عن الشفعةِ قبلَ تمامِ البيعِ . وما ذكره لا يصحُّ ؛ فإنَّ البيعَ لا يقفُ على الضمانِ ، وينتقلُ بما إذا كان المشتري شريكاً ، فإنَّ البيعَ قد^(١٣) تمَّ به ، وتثبتتُ له الشفعةُ بقدرِ نصيبه .

(٧) في ب : منه .

(٨) في الأصل زيادة : له .

(٩) في ب : الشفعة له .

(١٠) في ب زيادة : وكله .

(١١) في م : لوكيل .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ب .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين ثلاثة ، فقارضَ واحدٌ منهم أحدَ شريكيه باليف ، فاشتري به نصف^(١٤) نصيب الثالث ، لم تثبت فيه شفعة ، في أحد الوجهين ؛ / لأنَّ أحدَ الشريكين ربُّ المال ، والآخرَ العامل ، فهما كالشريكين في المتاع ، فلا يستحقُّ أحدُهُما على الآخرِ شفعةً . وإن باعَ الثالثُ باقى نصيبه لأجنبي ، كانت الشفعةُ مستحقةً بينهم أنحاساً ، لربِّ المالِ حُمساًها ، وللعاملِ حُمساًها ، وللمالِ المضاربة حُمساًها بالسُدسِ الذى له ، فيجعلُ مالَ المضاربة كشریکِ آخرٍ ؛ لأنَّ حُكمه مُتميزٌ عن مالِ كلِّ واحدٍ منهما .

فصل : فإن كانت الدارُ بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشتري أجنبيُّ نصيبَ أحدِهِم ، فطالبه أحدَ الشريكين بالشفعة ،^(١٥) فقال : إنما اشتريته لشريكك . لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحقُّ من الشفعة^(١٥) ، فإنَّ الشفعةَ بين الشريكين نصفين ، سواء اشتراها الأجنبيُّ لنفسه ، أو للشريكِ الآخرِ . وإن تركَ المطالبُ بالشفعة حقه منها ، بناءً على هذا القول ، ثم تبين كذبه ، لم تسقط شفعته . وإن أخذَ نصفَ المبيعِ لذلك ، ثم تبين كذبَ المشتري ، وعفا الشريكُ عن شفعته ، فله أخذُ نصيبه من الشفعة ؛ لأنَّ اقتصاره على أخذِ النصفِ بُني^(١٦) على خبيرِ المشتري ، فلم يؤثر في^(١٤) إسقاطِ الشفعة ، واستحقَّ أخذَ الباقي لعفو^(١٧) شريكه عنه . وإن امتنع من أخذِ الباقي ، سقطت شفعته كلها ؛ لأنه لا يملك تبعضَ صفقة المشتري . ويحتجُّ أن لا يسقط حقه من النصف الذى أخذه ، ولا يبطل أخذه له ؛ لأنَّ المشتري أقرَّ بما تضمنَ استحقاقه لذلك ، فلا يبطل برُجوعه عن إقراره . وإن أنكَّرَ الشريكُ كونَ الشراء له ، وعفا عن شفعته ، وأصرَّ المشتري على الإقرارِ للشريكِ به^(١٤) ، فللشفيع أخذُ الكلِّ ؛ لأنه لا منازع له في

(١٤) سقط من : ب .

(١٥-١٥) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٦) في ب : « انبنى » .

(١٧) في الأصل : « بفو » .

استحقاقه ، وله الاقتصار على النصف ؛ لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك .

فصل : وإن قال أحد الشفيعين للمشتري : شراؤك باطل . وقال الآخر : هو صحيح . فالشفعة كلها للمعترف بالصحة . وكذلك إن قال : ما اشتريته ، إنما أتتهته . وصدقه الآخر أنه اشتراه ، فالشفعة للمصدق بالشراء ؛ لأن شريكه مسقط لحقه باعتباره أنه لا يبيع^(١٨) أو لا يبيع^(١٨) صحيح . ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تستقطها ، فقال أحد الشفيعين : قد أسقطت^(١٩) الشفعة . توفرت على الآخر ، لإعتراف صاحبه بسقوطها . ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء^(٢٠) ، أو ضمن عهدته المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لي . كذلك^(٢١) توفرت على الآخر .^(٢٢) وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها ، فارتفع^(٢٣) إلى حاكم ، فحكم بأنه لا شفعة له ، توفرت على الآخر^(٢٤) ؛ / لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبهه ما لو سقطت بإسقاط المستحق .

٥٨/٥ و

فصل : إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره ، فأنكره^(٢٤) ، ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى ، صح ، ووجبت الشفعة في الثلث^(٢٥) المصالح به ؛ لأن المدعى يزعم أنه محق في دعواه ، وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه ، فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه ؛ لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل ، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاءً لشره ، ودفعاً لضرر الخصومة واليمين على نفسه ، فلم تلزمه فيه شفعة . وإن قال المنكر للمدعى : أخذ الثلث الذي

(١٨-١٨) سقط من : م .

(١٩) في ب ، م : « سقطت » .

(٢٠) في ب : « والشراء » .

(٢١) في النسخ : « لذلك » .

(٢٢-٢٢) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٣) في الأصل ، م : « فارتفع » .

(٢٤) في م : « فأنكر » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

تَدْعِيهِ بِثُلُثِ دَارِكَ . فَفَعَلَ ، فَلَا شُفْعَةَ عَلَى الْمُدْعَى فِيمَا أَخَذَهُ ، وَعَلَى الْمُنْكَرِ الشُّفْعَةَ فِي الثُّلُثِ الَّذِي أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ أَخَذَهُ عَوَضًا عَنْ مِلْكِهِ الثَّابِتِ لَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ ^(٢٦) فِي الثُّلُثِ الَّذِي أَخَذَهُ الْمُدْعَى أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا مُعَاوَضَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِشِقْصَيْنِ ، فَوَجِبَتِ الشُّفْعَةُ ^(٢٦) فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ مُقَرَّبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُدْعَى يَزْعُمُ أَنَّ مَا أَخَذَهُ كَانَ مِلْكًا لَهُ قَبْلَ الصُّلْحِ ، وَلَمْ يَتَّجِدْ ^(٢٧) لَهُ عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَإِنَّمَا اسْتَنْقَذَهُ بِصُلْحِهِ ^(٢٨) ، فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ شُفْعَةٌ كَمَا لَوْ أَقْرَبَهُ ^(٢٩) .

فصل : إذا كانت دارٌّ بين ثلاثة أثلاثًا ، فاشتري أحدَهُم نصيبَ أحدِ شريكَيْهِ ، ثم باعه لأجنبيٍّ ، ثم علمَ شريكَهُ ، فله أن يأخذَ بالعقدَيْنِ ، وله الأخذُ ^(٣٠) بأحدهما ؛ لِأَنَّهُ شريكٌ فِيهِمَا . فَإِن أَخَذَ بِالْعَقْدِ الثَّانِي ، أَخَذَ جَمِيعَ مَا فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِيكَ لَهُ فِي شُفْعَتِهِ . وَإِن أَخَذَ بِالْعَقْدِ ^(٣٠) الْأَوَّلِ ^(٣١) ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِالثَّانِي ، أَخَذَ نِصْفَ الْمَبِيعِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ شَرِيكَهُ فِي شُفْعَتِهِ ، وَيَأْخُذُ نِصْفَهُ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ الْأَوَّلِ ، وَنِصْفَهُ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ شَرِيكَهُ لَمَّا اشْتَرَى الثُّلُثَ ، كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَإِذَا بَاعَ الثُّلُثَ مِنْ جَمِيعِ مَا فِي يَدِهِ ، وَفِي يَدِهِ ثَلَاثَانِ ، فَقَدْ بَاعَ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ ، وَالشُّفْعُ يُسْتَحَقُّ رُبْعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَصَارَ مُنْقَسِمًا فِي يَدَيْهِمَا نِصْفَيْنِ ، فَيَأْخُذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ ، وَهُوَ نِصْفُ السُّدُسِ ، وَيُدْفَعُ ثَمَنُهُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِيُّ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِرُبْعِ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ تَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ ، لِلشُّفْعِ نِصْفُ الدَّارِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ الرَّبْعُ . وَإِن أَخَذَ بِالْعَقْدَيْنِ ، أَخَذَ جَمِيعَ مَا فِي يَدِ الثَّانِي ، وَرُبْعَ مَا فِي يَدِ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ لَهُ

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٧) في ب : (يجدد) .

(٢٨) في م : (يعلمه) .

(٢٩) في ب : (له) .

(٣٠-٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في الأصل : (بالأول) .

ثلاثة أرباع الدار ، ولشريكه الربع ، ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ، ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع / أرباع^(٣٢) الثاني ، ويرجع الثاني على الأول برُبْع الثمن الثاني^(٣٣) ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول ، وهو السدس ، فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني ، وهو ربع ما في يده ، فيأخذه منه ، ويرجع الثاني على الأول بيمينه ، ويبقى المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه ، فأخذهما منه ، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن . وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول ، فالحكم على ما ذكرنا ، لا يختلف . وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً ، لأحدهم نصفها ، وللآخرين نصفها بينهما ، فاشتري صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ، ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ، ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني ، أخذ جميعه ، ودفع إلى المشتري ثمنه . وإن أخذ بالبيع الأول وحده ، أخذ ثلث المبيع ، وهو نصف سدس ؛ لأن المبيع كله ربع ، فثلثه نصف سدس ، يأخذ ثلثه^(٣٤) من المشتري الأول ، وثلثه من الثاني ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين ، النصف ثمانية عشر ، ولكل واحد منهما تسعة ، فلما اشتري صاحب النصف تسعة ، كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً ، لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده ، حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها ، وهو سهم يبقى في يد البائع منها سهمان ، فترد الثلاثة إلى الشريك ، ويصير في يده اثنا عشر ، وهي الثلث ، ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية ، وهي تسعان^(٣٥) ، وفي يد صاحب النصف ستة عشر ، وهي أربعة أسباع^(٣٦) ، ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول^(٣٧) ، ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي

(٣٢) في ب زيادة : • الثمن •
(٣٣) في الأصل : • الأول ثاني مرة •
(٣٤) في الأصل : • ثلثيه •
(٣٥) في الأصل : • سبعان •
(٣٦) في الأصل : • أسباع •
(٣٧) في ب : • الثاني •

اشترى به ؛ لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه . وإن أخذ بالعقدنين ، أخذ من الثاني جميع ما في يده ، وأخذ من الأول نصف التسع ، وهو سهمان ، من ستة وثلاثين ، فيصير في يده عشرون سهمًا ، وهي خمسة أسباع^(٣٨) ، ويبقى في يد الأول ستة عشر سهمًا ، وهي أربعة أسباع^(٣٨) ، ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ، ويدفع إلى الثاني ثمانية أسباع^(٣٨) الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني .

فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر سدسها ، فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ، ثم باع عمرا سدسها / ، ولم يعلم عمرو^(٣٩) بشراؤه للثلث^(٣٩) ، ثم علم ، فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث ، وهو ثلثاه ، وذلك تسعا الدار ، فيأخذ من بكر ثلثي ذلك ، وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشراؤه للسدس ، فيفسخ بيعه فيه ، ويأخذه بشفعة البيع الأول ، ويبقى من مبيعه خمسة^(٤٠) أسباعه ، لزيد ثلث شفته ، فيقسم بينهما أثلاثا . وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهمًا ، الثلث المبيع أربعة وخمسون سهمًا^(٤١) ، لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهمًا ، يأخذ ثلثيها من بكر ، وهي أربعة وعشرون سهمًا ، وثلثها في يده اثنا عشر سهمًا ، والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهمًا^(٤٢) ، قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة ، بقي منها خمسة عشر ، له ثلثاها عشرة ، ويأخذ منها زيد خمسة ، فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهمًا ، ولبكر ثلاثون سهمًا ، ولعمرو مائة سهم ، وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع^(٤٢) تسعها ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع^(٤٢)

(٣٨) في الأصل : « أسباع » .

(٣٩) في ب ، م ، « بشراء الثلث » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٢) سقط من : الأصل .

الأوّل ، وعليه وعلى زَيْدٍ خَمْسَةَ أَتْسَاعِ الثَمَنِ الباقي بينهما أَثْلَاثًا . وإن عَفَا عَمْرُو عَنْ شُفْعَةِ الثُّلُثِ ، فَشُفْعَةُ السُّدُسِ الِذِي اشْتَرَاهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَيْدٍ أَثْلَاثًا ، وَيَحْصُلُ لِعَمْرُو أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ ، وَلِزَيْدٍ^(٤٣) تِسْعَاهَا ، وَلِبَكْرِ ثُلُثُهَا ، وَتَصِيحُّ مِنْ تِسْعَةٍ^(٤٤) ، وَإِنْ بَاعَ بَكْرٌ السُّدُسَ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَهُوَ كَيْبَعُهُ إِبَاهُ لِعَمْرُو ، إِلَّا أَنْ لِعَمْرُو الْعَفْوُ عَنْ شُفْعَتِهِ فِي السُّدُسِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ لَا يَصِيحُّ عَفْوَهُ عَنْ نَصِيبِهِ مِنْهَا . وَإِنْ بَاعَ بَكْرٌ الثُّلُثَ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَلِعَمْرُو ثُلَاثَا شُفْعَةِ الْمَبِيعِ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ التُّسْعَانِ^(٤٥) ، يَأْخُذُ ثُلُثَهُمَا مِنْ بَكْرٍ ، وَثُلُثَهُمَا^(٤٦) مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَذَلِكَ تُسْعٌ وَثُلُثُ تُسْعٍ ، يَبْقَى فِي يَدِ الثَّانِي سُدُسٌ وَسُدُسٌ تُسْعٌ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ بَيْنَ عَمْرُو وَزَيْدٍ أَثْلَاثًا . وَتَصِيحُّ أَيْضًا مِنْ مِائَةٍ وَاثْنَيْ وَسِتِّينَ ، وَيُدْفَعُ عَمْرُو إِلَى بَكْرٍ ثُلُثِي ثَمَنِ مَبِيعِهِ ، وَيُدْفَعُ هُوَ وَزَيْدٌ إِلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ثَمَنَ خَمْسَةِ أَتْسَاعِ^(٤٧) مَبِيعِهِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى بَكْرٍ بِثَمَنِ أَرْبَعَةِ أَتْسَاعِ مَبِيعِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ عَمْرُو حَتَّى بَاعَ مِمَّا فِي يَدِهِ^(٤٨) سُدُسًا ، لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ ، فِي أَحَدِ الْوُجُوهِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا كَالْوَلِيِّ لِمَبِيعِ شَيْئًا . الثَّانِي ، تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ كُلُّهَا . وَالثَّلَاثُ ، تَبْطُلُ فِي قَدْرِ مَا بَاعَ ، وَتَبْقَى فِيمَا لَمْ يَبِيعَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا تَوْجِيهَ هَذِهِ الْوُجُوهِ . فَأَمَّا / شُفْعَةُ مَا بَاعَهُ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجِيهِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا بَيْنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَزَيْدٍ وَبَكْرٍ أَرْبَاعًا ، لِلْمُشْتَرِي نَصْفُهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُهَا ، عَلَى قَدْرِ^(٤٩) أَمْلَاكِهِمْ حِينَ يَبِيعُهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا بَيْنَ زَيْدٍ وَبَكْرٍ ، عَلَى أَرْبَعَةِ عَشَرَ سَهْمًا ، لِزَيْدٍ تِسْعَةٌ ، وَلِبَكْرٍ خَمْسَةٌ ؛ لِأَنَّ لِزَيْدٍ السُّدُسَ ، وَلِبَكْرٍ سُدُسٌ يَسْتَحِقُّ مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ^(٥٠) بِالشُّفْعَةِ ، فَيَبْقَى مَعَهُ خَمْسَةَ أَتْسَاعِ^(٥١) السُّدُسِ ، مَلَكَهُ مُسْتَقَرًّا عَلَيْهَا ، فَأَضْفَنَاهُ إِلَى سُدُسِ زَيْدٍ ،

٥٩/٥ ظ

(٤٣) في ب ، م : « لزيد » دون الواو .

(٤٤) في الأصل : « سبعة » خطأ .

(٤٥) في الأصل : « السبعان » .

(٤٦) في الأصل : « وثلثها » .

(٤٧) في م : « أسباع » .

(٤٨) في الأصل : « يديه » .

(٤٩) سقط من م .

(٥٠) في الأصل : « أسباع » .

(٥١) في الأصل : « أسباع » .

وَقَسَمْنَا الشُّفْعَةَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ نُعْطِ الْمُشْتَرِيَ الثَّانِي وَلَا بَكْرًا بِالسَّهَامِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالشُّفْعَةِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ عَلَيْهَا غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ عَفَا لَهُمْ عَنِ الشُّفْعَةِ ، اسْتَحَقُّوْهَا . وَإِنْ أُحْدِثَ بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَسْتَحِقُّوْهَا شَيْئًا . وَإِنْ عَفَا عَنْ بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ ، اسْتَحَقَّ الْمَعْفُوُّ عَنْهُ بِسَهَامِهِ دُونَ غَيْرِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ . وَمَا بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِ بِبَيْعِ عَمْرٍو ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ ، فَيُخْرَجُ فِي قَدْرِهِ وَجْهَانٍ . وَلَوْ اسْتَقْصَيْنَا فُرُوعَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (٥٢) عَلَى سَبِيلِ الْبَسْطِ ، لَطَالَ ، وَخَرَجَ (٥٣) إِلَى الْإِمْلَالِ .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين أربعة أرباعًا ، فاشترى اثنانٍ منهم نصيبَ أحدهم ، استحقَّ الرَّابِعُ الشُّفْعَةَ عليهما (٥٤) ، واستحقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ الشُّفْعَةَ عَلَى صَاحِبِهِ . فَإِنْ طَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ بِشُفْعَتِهِ ، قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَصَارَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ وَحْدَهُ ، قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَفَا الْجَمِيعُ عَنْ شُفْعَتِهِمْ ، فَيَصِيرُ لهُمَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ ، وَلِلرَّابِعِ الرَّبْعُ بِجَالِهِ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ ، أَخَذَ مِنْهُمَا نِصْفَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْمَلِكِ مِثْلُ مَا لِلْمُطَالِبِ ، فَشُفْعَةُ مَبِيعِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَفِيعِهِ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلرَّابِعِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الدَّارِ ، وَبَاقِيَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةِ عَشَرَ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، قَاسَمَهُ الثَّمَنَ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلْمَعْفُوِّ عَنْهُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ ، وَبَاقِي بَيْنَ الرَّابِعِ وَالْآخَرِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةِ عَشَرَ . وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ ، وَلَمْ يَعْفُ الْآخَرُ وَلَا الرَّابِعُ ، قُسِمَ مَبِيعُ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّابِعِ نِصْفَيْنِ ، وَمَبِيعُ الْآخَرِ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، فَيَحْصُلُ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ عَنْهُ رُبْعٌ وَثُلُثُ ثَمَنِ ، وَذَلِكَ سُدُسٌ وَثَمَنٌ ، وَبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ عَنْ / أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَعْفُ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ ، أَخَذَ مَنْ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ ثُلُثَ الثَّمَنِ ، وَبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيَكُونُ الرَّابِعُ كَالْعَافِي فِي التِّي قَبْلَهَا . وَتَصِحُّ أَيْضًا مِنْ ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ ،

٥٦٠/٥ و

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) في ب : « وأفضى » .

(٥٤) في الأصل : « عليها » .

أَوْ أَحَدَهُمَا^(٥٥) عَنِ الْآخِرِ ، وَلَمْ يَعْفُ الْآخِرُ ، فَلغَيْرِ الْعَافِي رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْعَافِيَيْنِ نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسٌ وَثَمَنٌ^(٥٦) ، وَنَصِحٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ . وَمَا يُفْرَعُ مِنَ الْمَسَائِلِ فَهُوَ عَلَى مَسَاقٍ مَا ذَكَرْنَا .

٨٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ)

وجملة ذلك أن الدُّمَى إذا باعَ شريكه شِقْصًا مُسْلِمًا ، فلا شُفْعَةَ له عليه . روى ذلك عن الحسن^(١) ، والشَّعْبِيِّ . وروى عن شُرَيْحٍ ، وعمر بن عبد العزيز ، أن له الشُّفْعَةَ . وبه قال النَّحَّيْئِيُّ ، وإيَّاسُ بنُ مُعَاوِيَةَ ، وَحَمَّادُ بنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَبَّاسِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وَإِنْ بَاعَهُ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٢) . ولأنه خيارٌ ثابتٌ لِدَفْعِ الضَّرْرِ بِالشَّرَاءِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . ولنا ، ما روى الدَّارَقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ « الْعِلَلِ »^(٣) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا شُفْعَةَ لِتَصْرَانِي »^(٤) . وهذا يخصُّ عُمُومَ مَا احْتَجَّوْا بِهِ . ولأنه معنى يملك به ، يترتب^(٥) على وجود ملكٍ مخصوصٍ ، فلم يجب للدُّمَى على المسلم ، كالتزكاة . ولأنه معنى يختصُّ^(٦) العقارَ ، فأشبهه الاستِعْلَاءَ فِي الْبُنْيَانِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَبَيَّنَتْ لِلْمُسْلِمِ دَفْعًا لِلضَّرْرِ عَنْ مَلِكِهِ ، فَقَدَّمَ^(٧) دَفْعَ ضَرَرِهِ عَلَى دَفْعِ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَلْزَمُ

(٥٥) في ب ، م : « وأحدهما » .

(٥٦) في م : « ثمن » .

(١) في الأصل : « الحسين » .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٤٣٥ .

(٣) في الأصل : « اللعان » .

(٤) وذكره الهيثمي ، في : باب الشُّفْعَةِ ، من كتاب البيوع . جمع الزوائد ٤ / ١٥٩ .

(٥) في ب : « مترتب » .

(٦) في ب نفاذة : « به » .

(٧) في الأصل : « وقام » .

من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي ، فإن حق المسلم أرجح ، ورعايته أولى . ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع ، على خلاف الأصل ، رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل . وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي ؛ لعموم الأدلة الموجبة ، ولأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظيم حرمة^(٨) ، ورعاية حقه ، فلأن ثبتت على الذمي مع دناءته ، أولى وأخرى .

فصل : وثبتت للذمي على الذمي ؛ لعموم الأخبار ، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة ، فثبت لأحدهما على الآخر ، كالمسلم على المسلم . / ولا تعلم في هذا خلافا . وإن تبايعوا بخرم أو خنزير ، وأخذ الشفيع^(٩) بذلك ، لم يفتض ما فعلوه . وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا ، لم نحكم له بالشفعة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخرم ، وقلنا : هي مال لهم . حكمنا لهم بالشفعة . وقال أبو حنيفة : ثبتت الشفعة إذا كان الثمن حراما ؛ لأنها مال لهم ، فأشبهه ما لو تبايعوا بدرهم ، لكن إن كان الشفيع ذميا أخذ به مثله ، وإن كان مسلما أخذ به بقيمة الخمر . ولنا ، أنه بيع عقد بخرم ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بتمن محرّم ، أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرّمه ، كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وإنما لم يفتض عقدهم إذا تقابضوا ، لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ، ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه .

فصل : فأما أهل البدع ، فمن حكم بإسلامه فله الشفعة ؛ لأنه مسلم ، فثبت له الشفعة ، كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك ، فيدخل

(٨) في ب : حقه .

(٩) في ب : الجميع .

فيها . وقد رَوَى حَرْبٌ أَنَّ أَحْمَدَ سُئِلَ عَنْ أَصْحَابِ (١٠) الْبِدْعِ ، هَلْ لَهُمْ شُفْعَةٌ ، وَيُرْوَى عَنْ ابْنِ إِدْرِيسَ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ لِلرَّافِضَةِ شُفْعَةٌ ؟ فَضَحِكَ ، وَقَالَ : أَرَادَ أَنْ يُخْرِجَهُمْ مِنَ الْإِسْلَامِ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ أَثْبَتَ لَهُمُ الشُّفْعَةَ . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْغَلَاةِ مِنْهُمْ ، وَأَمَّا مَنْ غَلَا (١١) ، كَالْمُعْتَقِدِ أَنَّ جَبْرِيلَ غَلِطَ فِي الرِّسَالَةِ فَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، وَإِنَّمَا أُرْسِلَ إِلَى عَلِيٍّ ، وَنَحْوِهِ ، وَمَنْ حُكِمَ بِكُفْرِهِ مِنَ الدُّعَاةِ إِلَى الْقَوْلِ بِخَلْقِ الْقُرْآنِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلدَّمِيِّ الَّذِي يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى .

فصل : وَتَثَبَّتْ الشُّفْعَةُ لِلْبَدَوِيِّ عَلَى الْقَرَوِيِّ ، وَلِلْقَرَوِيِّ عَلَى الْبَدَوِيِّ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ وَالتَّبَيْتِيُّ : لَا شُفْعَةَ لِمَنْ لَمْ يَسْكُنِ الْمِصْرَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَدِلَّةِ ، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِي الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِرُجُوبِ الشُّفْعَةِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ : لَا تَرَى فِي أَرْضِ السَّوَادِ شُفْعَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ أَرْضَ السَّوَادِ مَوْقُوفَةٌ ، وَقَفَّهَا عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهَا ، وَالشُّفْعَةُ إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَرْضِ الَّتِي وَقَفَّهَا عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَهِيَ الَّتِي / فُتِحَتْ عَنْوَةٌ فِي زَمَانِهِ ، وَلَمْ يُقَسَّمْهَا ، كَأَرْضِ الشَّامِ ، وَأَرْضِ مِصْرَ . وَكَذَلِكَ كُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةٌ ، وَلَمْ تُقَسَّمْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ ، إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُ ذَلِكَ حَاكِمٌ ، أَوْ يَفْعَلَهُ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ، ثَبَّتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَضَّلَ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ ، وَمَتَى حَكَمَ الْحَاكِمُ فِي الْمُخْتَلَفِ فِيهِ بِشَيْءٍ ، نَفَذَ حُكْمَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١/٥

(١٠) فِي ب : « أَهْلٌ » .

(١١) فِي ب : « غَالٍ مِنْهُمْ » .

كتاب المساقاة

المُسَاقَاةُ : أَنْ يَدْفَعَ الرَّجُلُ شَجَرَهُ إِلَى آخَرَ ، لِيَقُومَ بِسَقْيِهِ ، وَعَمَلٌ سَائِرٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ لَهُ (١) مِنْ ثَمَرِهِ . وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ مُسَاقَاةً لِأَنَّهَا مُفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقْيِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْحِجَازِ أَكْثَرَ حَاجَةِ شَجَرِهِمْ إِلَى السَّقْيِ ، لِأَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ (٢) مِنَ الْآبَارِ ، فَسُمِّيَتْ بِذَلِكَ . وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهَا (٣) السَّنَةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَا السَّنَةُ ، فَمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو . رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : عَامَلُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ حَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٤) . وَأَمَا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَعَنْ آبَائِهِ : عَامَلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ حَيْبَرَ بِالشَّطْرِ (٥) ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرُو وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، ثُمَّ أَهْلُهُمْ إِلَى الْيَوْمِ يُعْطُونَ الثَّلْثَ وَالرَّبْعَ . وَهَذَا عَمِلَ بِهِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ فِي مُدَّةِ خِلَافَتِهِمْ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . فَإِنْ قِيلَ : لَا نَسْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَإِنَّ

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « يسقون » .

(٣) في ب : « وجوبها » خطأ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب المزارعة بالشرط ونحوه ، وباب إذا لم يشترط السنين في المزارعة ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ . ومسلم ، في : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزروع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما ذكر في المزارعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١٥٣ . وابن ماجه ، في : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والدارمي ، في : باب أن النبي ﷺ عامل خيبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٠ . والإمام أحمد ، في المسند ٢ / ١٧ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٥٧ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب المزارعة بالشرط ونحوه ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ .

عبد الله بن عمر راوى حديث مُعاملة أهل خيبر ، قد رجَّع عنه ، وقال : كُنَّا نُخَابِرُهُ
أَرْبَعِينَ سَنَةً ، حَتَّى حَدَّثَنَا رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ (٦) .
وهذا يَمْنَعُ انْتِقَادَ الإجماع ، وَيُدُلُّ عَلَى نَسْخِ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ ، لِرُجُوعِهِ عَنِ الْعَمَلِ بِهِ
إِلَى حَدِيثِ رَافِعٍ (٧) بْنِ خَدِيجٍ (٧) . قُلْنَا : لَا يَجُوزُ حَمْلُ حَدِيثِ رَافِعٍ عَلَى مَا يُخَالِفُ الإجماعَ ،
وَلَا حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَزَلْ يُعَامِلُ أَهْلَ خَيْبَرَ حَتَّى مَاتَ ، ثُمَّ عَمِلَ بِهِ
الْخُلَفَاءُ بَعْدَهُ ، ثُمَّ مَن بَعْدَهُمْ ، فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ شَيْءٍ يُخَالِفُهُ ؟ أَمْ
كَيْفَ يُعْمَلُ بِذَلِكَ فِي عَصْرِ الخُلَفَاءِ وَلَمْ يُخْبِرْهُمْ مَن سَمِعَ النَّهْيَ (٨) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهُوَ
حَاضِرٌ مَعَهُمْ ، وَعَالِمٌ بِفِعْلِهِمْ ، فَلَمْ يُخْبِرْهُمْ ، فَلَوْ صَحَّ خَبَرُ رَافِعٍ لَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى مَا
يُؤَافِقُ السُّنَّةَ وَالإجماعَ . عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ فِي تَفْسِيرِ خَبَرِ رَافِعٍ عَنْهُ ، مَا يُدُلُّ عَلَى صِحَّةِ
قَوْلِنَا ، فَرَوَى البُخَارِيُّ (٩) ، بِإِسْنَادِهِ قَالَ : كُنَّا نُكْرِي الأَرْضَ / بِالنَّاحِيَةِ مِنْهَا تُسَمَّى
لِسَيِّدِ الأَرْضِ ، فَمِمَّا (١٠) يُصَابُ ذَلِكَ وَتَسَلَّمَ الأَرْضُ ، وَمِمَّا (١١) تُصَابُ الأَرْضُ
وَيَسَلَّمُ ذَلِكَ ، فَهَيْبِنَا ، فَأَمَّا الذَّهَبُ وَالوَرِقُ فَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ . وَرُوِيَ تَفْسِيرُهُ أَيْضًا

٦١/٥ ظ

- (٦) أخرجه مسلم ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ . وأبو داود ، في : باب
في التشديد في ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٢ ، ٢٣٣ . والنسائي ، في أول كتاب المزارعة ، من
كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٤١ - ٤٥ . وابن ماجه ، في : باب المزارعة بالثلث والربع ، من كتاب الرهون . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨١٩ . والإمام أحمد في : المسند ١ / ٢٣٤ ، ٤ / ١٤٢ .
(٧-٧) سقط من : الأصل ، م .
(٨-٨) سقط من : الأصل ، ب .
(٩) في : باب حدثنا محمد ... ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفي : باب الشروط في المزارعة ، من كتاب الشروط .
صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ ، ٢٤٩ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٣ .
وأبو داود ، في : باب في المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ . والنسائي ، في : باب ذكر
الأحاديث المختلفة في النهي عن الكراء ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ ، ٤٠ . وابن ماجه ، في : باب الرخصة
في كراء الأرض البيضاء بالذهب والفضة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ . والإمام مالك ، في : باب
ما جاء في كراء الأرض ، من كتاب كراء الأرض . الموطأ ٢ / ٧١١ .
(١٠) في م : « فرمما » ، « وربما » . والمثبت في : الأصل ، ب ، وصحيح البخارى .

«بشيء غير^(١١) هذا من أنواع الفساد، وهو مُضْطَرَبٌ جدًا. قال الأثرم: سَمِعْتُ أبا عبد الله يُسأل عن حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمَزَارَعَةِ. فَقَالَ: رَافِعٌ رَوَى عَنْهُ فِي هَذَا ضَرْوَبٌ. كَأَنَّهُ يُرِيدُ^(١٢) أَنْ اِخْتِلَافَ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ يُوهِنُ حَدِيثَهُ. وَقَالَ طَاوُسٌ: إِنَّ أَعْلَمَهُمْ - يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ - أَخْبَرَنِي، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْهُ، وَلَكِنْ قَالَ: «لَأَنَّ يَمْنَحَ أَحَدَكُمْ أَحَاهُ أَرْضَهُ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا حَرَاَجًا مَعْلُومًا». رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ^(١٣). وَأَنْكَرَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ حَدِيثَ رَافِعٍ عَلَيْهِ^(١٤). فَكَيْفَ يَجُوزُ نَسْخُ أَمْرِ فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى مَاتَ وَهُوَ يَفْعَلُهُ، ثُمَّ أَجْمَعَ عَلَيْهِ خُلَفَاؤُهُ وَأَصْحَابُهُ بَعْدَهُ، بِخَبْرٍ لَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِهِ، وَلَوْ لَمْ يُخَالَفْهُ غَيْرُهُ! وَرُجُوعُ ابْنِ عَمْرٍ إِلَى يَحْتَمِلُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ شَيْءٍ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ الْفَاسِدَةِ الَّتِي فَسَّرَهَا رَافِعٌ فِي حَدِيثِهِ. وَأَمَّا غَيْرُ ابْنِ عَمْرٍ فَقَدْ أَنْكَرَ عَلَى رَافِعٍ، وَلَمْ يَقْبَلْ حَدِيثَهُ، وَحَمَلَهُ عَلَى أَنَّهُ غَلَطَ فِي رِوَايَتِهِ. وَالْمَعْنَى يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ؛ فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ أَهْلِ النَّخِيلِ وَالشَّجَرِ يَعْجِزُونَ عَنْ عِمَارَتِهِ وَسَقِيهِ، وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْاسْتِجَارُ عَلَيْهِ، وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ لَا شَجَرَ لَهُمْ، وَيَحْتَاجُونَ إِلَى الثَّمَرِ، فَفِي تَجْوِيزِ الْمُسَاقَاةِ دَفْعٌ لِلْحَاجَتَيْنِ، وَتَحْصِيلٌ لِمَصْلَحَةِ الْفِئْتَيْنِ، فَجَازَ ذَلِكَ، كَالْمُضَارَبَةِ بِالْأَثْمَانِ.

(١١-١١) في ب: «بغير».

(١٢) في م: «يراد».

(١٣) أخرجه البخاري، في: باب حدثنا علي بن عبد الله...، من كتاب الحرث والمزارعة، وفي: باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواصي بعضهم بعضا في المزارعة والشمرة، من كتاب الهبة. صحيح البخاري ٣ / ١٣٨، ١٤١. ومسلم، في: باب الأرض تمنع، من كتاب البيوع ٣ / ١١٨٤، ١١٨٥.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في المزارعة، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢ / ٢٣١. والنسائي، في: باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض...، من كتاب المزارعة. المجتبى ٧ / ٣٣. وابن ماجه، في: باب الرخصة في المزارعة...، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣. والإمام أحمد، في: المسند ١ / ٢٣٤، ٢٨١، ٣٤٩.

(١٤) أخرجه أبو داود، في: باب في المزارعة، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢ / ٢٣١. والنسائي، في: كتاب المزارعة. المجتبى ٧ / ٤٧. وابن ماجه، في: باب ما يكره من المزارعة، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٢. والإمام أحمد، في: المسند ٥ / ١٨٢، ١٨٧.

٨٨٦ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَتَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالكَرْمِ
بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمْرِ)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر . هذا قول الخلفاء
الراشدين ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وسالم^(١) ، ومالك ،
والثوري ، والأوزاعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال داود : لا
يجوز إلا في النخيل ؛ لأن الخبر إنما ورد بها فيه . وقال الشافعي : لا يجوز إلا في النخيل
والكرم ؛ لأن الزكاة تجب في ثمرتهما^(٢) ، وفي سائر الشجر قولان ؛ أحدهما ، لا يجوز
فيه ؛ لأن الزكاة لا تجب في ثمائه ، فأشبهه مالا ثمره له . وقال أبو حنيفة ، وزفر : لا تجوز
بحال ؛ لأنها إجارة بثمره لم تخلق ، أو إجارة بثمره مجهولة ، أشبه إجارة نفسه بثمره
غير الشجر الذي يسقيه . ولنا ، السنة ، والإجماع ، ولا يجوز التعويل على ما
خالفهما . وقولهم : إنها / إجارة . غير صحيح ، إنما هو عقد على العمل في المال
ببعض ثمائه ، فهي^(٣) كالمضاربة . وينكسر ما ذكره بالمضاربة ؛ فإنه يعمل في المال
بثمائه ، وهو معدوم مجهول ، وقد جاز بالإجماع ، وهذا في معناه . ثم قد جوز الشارح
العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة
للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو
المجتمع عليه ، فأما في إبطال نص ، وخرق إجماع بقياس نص آخر ، فلا سبيل إليه .
وأما تخصيص ذلك بالنخيل ، أو به والكرم ، فيخالف عموم قوله : عامل رسول الله

٦٢/٥ و

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل ، م : « ثمرتها » .

(٣) في ب ، م : « فهو » .

عَلَيْهِ أَهْلٌ خَيْرٌ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ^(٤) مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ^(٥). وهذا عامٌّ في كلِّ ثَمَرٍ ، ولا تَكَادُ بَلَدَةٌ ذَاتُ أَشْجَارٍ تَحُلُو مِنْ^(٦) شَجَرٍ غَيْرِ النَّخِيلِ ، وقد جاء في لَفْظِ بَعْضِ الْأَخْبَارِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْرٍ بِشَطْرِ مَا^(٧) يَخْرُجُ^(٨) مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ ، وَلِأَنَّهُ شَجَرٌ يَثْمُرُ كُلُّ حَوْلٍ ، فَاشْتَبَهَ النَّخِيلَ وَالكَرْمَ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى الْمُسَاقَاةِ عَلَيْهِ ، كَالنَّخْلِ وَأَكْثَرَ ؛ لِكَثْرَتِهِ ، فَجَازَتْ الْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ كَالنَّخْلِ ، وَوُجُوبُ الرِّكَاتِ لَيْسَ مِنَ الْعِلَّةِ الْمَجْزُورَةِ لِلْمُسَاقَاةِ ، وَلَا أَثَرُ لَهُ فِيهَا ، وَإِنَّمَا الْعِلَّةُ فِي^(٩) مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَأَمَّا مَا لَا تَمَرُّ لَهُ مِنَ الشَّجَرِ ، كَالصَّفصَافِ وَالْجَوْزِ وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ لَهُ ثَمَرٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، كَالصَّبْوَبِ وَالْأَرْزِ ، فَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، وَلِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَهَذَا لَا تَمَرَّةَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُقْصَدُ وَرَقَهُ^(١٠) أَوْ زَهْرَهُ^(١١) كَالثُّوبِ وَالْوَرْدِ ، فَالْقِيَاسُ يَمْتَضِي جَوَازَ الْمُسَاقَاةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الثَّمَرِ ، لِكَرْنِهِ^(١٢) نَمَاءً يَتَكَرَّرُ كُلُّ غَايِمٍ ، وَيُمْكِنُ أَخْذَهُ وَالْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ بِجُزْءٍ مِنْهُ ، فَيَثْبُتُ لَهُ مِثْلُ حُكْمِهِ .

فصل : وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ ، فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَجُوزُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ^(١٣) مَالِكٍ ، وَأَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدِ ، وَأَبِي

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) اللفظ الأول تقدم ترجمته في صفحة ٥٢٧ .

واللفظ الثاني أخرجه أبو داود ، في : باب في المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . وابن

ماجه ، في : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ .

(٦-٦) في الأصل : « عن » .

(٧) في الأصل : « ما » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩-٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « لأنه » .

(١١) في م : « وهو قول » .

ثَوْرٍ ، وأحد قولَي الشافعيِّ ؛ لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة العَرَرِ فيها ، فمع وجودها وقلة العَرَرِ فيها أولى . وإنما تصحُّ إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة ، كالتأبير ، والسقي ، وإصلاح الثمرة ، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة ، كالجداد ونحوه ، لم يَجْزُ ، بغير خلافٍ . والثانية ، لا تجوزُ . وهو القول الثاني للشافعيِّ ؛ لأنه ليس / ٦٢/٥ ظ
بمنصوصٍ عليه ، ولا في معنى المنصوص ، فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمرٍ أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحقَّ بالعقد عوضاً موجوداً يتقبل المالك فيه عن ربِّ المال إلى المساقى . فلم يصحَّ ، كما لو بدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقدٌ على العمل في المال ببعض نمائه ، فلم يَجْزُ بعد ظهور النماء ، كالمضاربة ، ولأن هذا يجعلُ ^(١٢) العقد إجارةً بمعلومٍ ^(١٣) ومجهولٍ ، فلم يصحَّ ، كما لو استأجره على العمل بذلك . وقولهم : إنه أقلُّ عَرَرًا . قلنا : قلة العَرَرِ ليست من مقتضى الجواز ، ولا كثرة الموجود في محلِّ النصِّ ^(١٤) مانعة ، فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرعُ وردَّ به على وجه لا يستحقُّ العامل فيه عوضاً موجوداً . ولا يتقبلُ إليه من ملك ربِّ المال شيءٌ ، وإنما يحدثُ النماء الموجود على ملكهما . على ما شرطاه ، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به ، كما لو بدا صلاح ^(١٥) الثمرة ، وكالمضاربة ^(١٦) بعد ظهور الربح .

فصل : فأما قول الحرقبيِّ : « بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر » . فيدلُّ على شيئين ؛ أحدهما ، أن المساقاة لا تصحُّ إلا على جزء معلوم من الثمرة مُشاع ، كالنصف والثُلث ، لإحدى ابن عمر : عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها . وسواء

(١٢) في م : « جعل » .

(١٣) في الأصل : « معلوم » .

(١٤) في ب : « النزاع » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقطت الواو من : م .

قَلَّ الْجُزْءُ أَوْ كَثُرَ ، فَلَوْ شَرَطَ لِلْعَامِلِ جُزْءًا مِنْ مِائَةِ جُزْءٍ ، وَجَعَلَ جُزْءًا مِنْهَا لِنَفْسِهِ
وَالْبَاقِي ، لِلْعَامِلِ ، جَازٍ ، مَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ حِيلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَقَدَهُ عَلَى أَجْزَاءٍ مَعْلُومَةٍ ،
كَالْخَمْسِينَ . وَثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، أَوْ سُدُسٍ وَنَصِيفِ سَبْعٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازٍ . وَإِنْ عَقَدَ
عَلَى جُزْءٍ مِنْهُمْ ، كَالسَّهْمِ وَالْجُزْءِ وَالنَّصِيبِ وَالْحِظِّ وَنَحْوِهِ ، لَمْ تَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ
مَعْلُومًا لَمْ تُثَمِّكَنَّ الْقِسْمَةَ بَيْنَهُمَا . وَلَوْ سَأَقَاهُ عَلَى آصُحِّ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ جَعَلَ مَعَ الْجُزْءِ الْمَعْلُومِ
آصُحًا ، لَمْ تَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا لَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يَحْصُلْ غَيْرُهُ ، فَيَسْتَضِرُّ رَبُّ الشَّجَرِ
وَرِمَا^(١٧) كَثُرَ الْحَاصِلُ فَيَسْتَضِرُّ الْعَامِلُ . وَإِنْ شَرَطَ لَهُ ثَمَرَ تَحْلَابٍ بَعَيْنِهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛
لَأَنَّهَا قَدْ لَا تَحْمِلُ ، فَتَكُونُ الثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِرَبِّ الْمَالِ ، وَقَدْ لَا تَحْمِلُ غَيْرُهَا ، فَتَكُونُ الثَّمَرَةُ
كُلُّهَا لِلْعَامِلِ ، وَهَذِهِ الْعِلَّةُ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْمُزَارَعَةِ الَّتِي يَجْعَلُ فِيهَا لِرَبِّ الْأَرْضِ^(١٨)
مَكَانًا مُعَيَّنًا ، وَلِلْعَامِلِ مَكَانًا مُعَيَّنًا . قَالَ رَافِعٌ : كُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ ، عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ ،
وَلَهُمْ هَذِهِ . فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ ، فَتَهَانَا عَنْ ذَلِكَ ، فَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ
فَلَمْ يَنْهَنَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . فَمَتَى شَرَطَ شَيْئًا^(٢٠) مِنْ هَذِهِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، فَسَدَّتِ
الْمُسَاقَاةُ ، وَالثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهَا تَمَاءُ مَلِكِهِ . وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ
/ الْفَاسِدَةِ . الثَّانِي ، أَنَّ الشَّرْطَ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا يَأْخُذُ بِالشَّرْطِ ، فَالشَّرْطُ يُرَادُ
لَأَجْلِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ يَأْخُذُ بِمَالِهِ لَا بِالشَّرْطِ ، فَإِذَا قَالَ : سَأَقِيْتِكَ ، عَلَى أَنْ لَكَ ثُلُثُ
الثَّمَرَةِ . صَحَّ ، وَكَانَ الْبَاقِي لِرَبِّ الْمَالِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَيَّ أَنْ لِي ثُلُثُ الثَّمَرَةِ . فَقَالَ ابْنُ
حَامِدٍ : يَصِحُّ ، وَالْبَاقِي لِلْعَامِلِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا تَعْلِيلَ ذَلِكَ فِي
الْمُضَارَبَةِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِمَنْ هُوَ مِنْهُمَا ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ ، لِأَنَّ الشَّرْطَ
يُرَادُ لِأَجْلِهِ^(٢١) ، كَمَا ذَكَرْنَا .

و٦٣/٥

(١٧) فِي م : « أَوْ رِمَا » .

(١٨) فِي ب : « الْمَالِ » .

(١٩) تَقَدَّمَ تَخْرِيجه فِي صَفْحَةِ ٥٢٨ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْعَامِلِ » .

فصل : وإذا كان في البُستانِ شَجَرٌ من أجناس ، كالتين ، والزيتون ، والكرم ، والرُّمان ، فشرطٌ للعامل^(٢٢) من كلِّ جنسٍ قَدْرًا ، كَنَصِيفِ ثَمَرِ التين ، وتُثْلِثُ الزيتون ، ورُبْعِ الكرم ، وثمانِ الرُّمان ، أو كان فيه أنواعٌ من جنس ، فشرطٌ^(٢٣) من كلِّ نوعٍ قَدْرًا ، وهما يعرفان^(٢٤) قَدْرَ كلِّ نوع ، صَحَّ ؛ لأنَّ ذلك كأربعةِ بساتين ، ساقاهُ على كلِّ بستانٍ بقَدْرِ مُخَالَفِ اللَّقْدِرِ المَشْرُوطِ من الآخر . وإن لم يَعْلَمَا قَدْرَهُ ، أو لم يَعْلَمَ أَحَدُهُما ، لم يَجْزِ ؛ لأنه قد يكونُ أَكْثَرُ ما في البُستانِ من النَّوعِ الذي شَرِطَ فيه القليل . أو أَكْثَرُهُ مِمَّا شَرِطَ فيه الكثير . ولو قال : ساقيتك على هذين البُستانين ، بالنصيف من هذا ، والتُّلْثِ من هذا . صَحَّ ؛ لأنها صَفَقَةٌ واحدة ، جَمَعْتَ عَوْضين ، فصارَ كأنَّهُ قال : بِعْتِكَ دارَيَّ هاتين ، هذه بالِّف ، وهذه بمائة . وإن قال : بالنصيف من أَحَدِهِما ، والتُّلْثِ من الآخر . لم يَصِحَّ ؛ لأنه مَجْهُولٌ ، لا يُدْرَى أَيُّهُما الذي يَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ ، ولا الذي يَسْتَحِقُّ ثُلْثَهُ^(٢٥) . ولو ساقاهُ على بُستانٍ واحدٍ ، نِصْفَهُ هذا بالنصيف ، ونِصْفَهُ هذا بالتُّلْثِ . وهما مُتَمَيِّزان ، صَحَّ ؛ لأنَّهُما كِبُستانين .

فصل : وإن كان البُستانُ لِاثْنَيْنِ ، فساقيا عامِلًا واحدًا ، على أن له نِصْفَ نِصِيبِ أَحَدِهِما ، وتُثْلِثُ نِصِيبِ الآخرِ ، والعامِلُ عالِمٌ بِنِصِيبِ كلِّ واحدٍ منهما ، جازَ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مع الاثنَيْنِ عَقْدانِ . ولو أفرَدَ كلَّ واحدٍ منهما بعقيدٍ ، كان له أن يشرطَ^(٢٦) ما اتَّفَقا عليه . وإن جهَلَ نِصِيبَ كلِّ واحدٍ منهما ، لم يَجْزِ ؛ لأنه غَرَرٌ ، فإنه قد يَقِلُّ نِصِيبُ مَنْ شَرِطَ النِّصْفَ ، فيَقِلُّ حَظُّهُ ، وقد يَكْثُرُ ، فيَتَوَفَّرُ حَظُّهُ . فأما إن شَرِطًا قَدْرًا واحدًا من مالِهِما جازَ ، وإن لم يَعْلَمَ قَدْرَ مالِ كلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنها جِهالَةٌ لا غَرَرَ فيها ولا

(٢٢) في ب : « العامل » .

(٢٣) في ب زيادة : « للعامل » .

(٢٤) في م : « يعلمان » .

(٢٥) من هنا إلى قوله : « كِبُستانين » . سقط من : ب .

(٢٦) في م : « شرط » .

ضَرَرَ ، فصارَ^(٢٧) كما لو قالوا : بِعِنَاكَ دَارَنَا هَذِهِ بِالْأَيْفِ . وَلَمْ يَعْلَمْ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ أَيْ نَصِيبٍ / كَانَ ، فَقَدْ عَلِمَ عَرَضَهُ ، وَعَلِمَ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ ، فَصَحَّ .
كذلك ههنا . ولو ساقى واحدَ اثنين ، جاز ، ويجوزُ أن يشترطَ لهما التساوي في النصيب ، ويجوزُ أن يشترطَ لأحدهما أكثرَ من الآخر .

٦٣/٥ ط

فصل : ولو ساقاه ثلاثَ سنيين ، على أن له في الأولى النصف ، وفي الثانية الثلث ، وفي الثالثة الربع ، جاز ؛ لأنَّ قدرَ ماله في كلِّ سنةٍ معلومٌ ، فصَحَّ ، كما لو شرطَ له من كلِّ نوعٍ قدرًا .

فصل : ولو دفعَ إلى رجلٍ بُسْتَانًا ، فقال : ما زَرَعْتَ فِيهِ^(٢٨) من حِنْطَةٍ فلي رُبْعُهُ ، وما زَرَعْتَ من شَعِيرٍ فلي ثُلُثُهُ ، وما زَرَعْتَ من بَاقِلًا فلي نِصْفُهُ . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ما يَزْرَعُهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ مَجْهُولُ الْقَدْرِ ، فَجَرَى مَجْرَى ما لو^(٢٩) سَرَطَ لَهُ^(٢٩) فِي الْمُسَاقَاةِ ثُلُثَ هَذَا النَّوْعِ ، وَنِصْفَ هَذَا^(٢٨) النَّوْعِ الْآخَرَ ، وَهُوَ جَاهِلٌ بِمَا فِيهِ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ زَرَعْتَهَا حِنْطَةً فلي رُبْعُهَا ، وَإِنْ زَرَعْتَهَا شَعِيرًا فلي ثُلُثُهُ ، وَإِنْ زَرَعْتَهَا بَاقِلًا فلي نِصْفُهُ . لم يَصِحَّ أَيضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي ما يَزْرَعُهُ ، فَأَشْبَهَ ما لو قال : بِعِتْكَ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، أَوْ أَحَدَ عَشْرَةَ مُكْسَرَةً . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْإِجَارَةِ : إِنْ خِطَّتَهُ رُومِيًّا فَلِكِ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خِطَّتَهُ فَارِسِيًّا فَلِكِ نِصْفِ دِرْهَمٍ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْهُ ، فَيُخْرَجُ هَهُنَا مِثْلُهُ . وَإِنْ قَالَ : ما زَرَعْتَهَا مِنْ شَيْءٍ فلي نِصْفُهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَى أَهْلَ حَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يُخْرَجُ مِنْهَا ، مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ^(٣٠) . وَلَوْ جَعَلَ لَهُ فِي الْمَزَارَعَةِ ثُلُثَ الْحِنْطَةِ ، وَنِصْفَ الشَّعِيرِ ، وَثُلْثِي الْبَاقِلِ ، وَبَيْنَا قَدْرَ ما يَزْرَعُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ ، إِمَّا بِتَقْدِيرِ الْبَدْرِ ،^(٣١) وَإِمَّا بِتَقْدِيرِ^(٣١)

(٢٧) في م : فكان .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩-٢٩) في ب : شرطاه .

(٣٠) تقدم تحريجه في صفحة ٥٢٧ .

(٣١-٣١) في الأصل : أو تقدير .

المَكَانِ وَتَعْيِينِهِ ، أَوْ بِمَسَاحَتِهِ ، مِثْلَ أَنْ قَالَ : تَزْرَعُ هَذَا الْمَكَانَ حِنْطَةً ، وَهَذَا شَعِيرًا ، أَوْ تَزْرَعُ مَدِينِ حِنْطَةً ، وَمَدِينِ شَعِيرًا ، أَوْ تَزْرَعُ قَفِيرًا حِنْطَةً وَقَفِيرِينَ شَعِيرًا . جَازٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ طَرِيقٌ إِلَى الْعِلْمِ ، فَاكْتَفَى بِهِ .

فصل : وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقَى سَيَحَا فَلَهُ التُّلْثُ ، وَإِنْ سَقَى بِكُلْفَةٍ فَلَهُ النَّصْفُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُولٌ ، وَالنَّصِيبَ مَجْهُولٌ ، وَهُوَ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَخْرُجُ أَنْ يَصِحَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْإِجَارَةِ . وَلَوْ قَالَ : لَكَ الخُمْسَانِ ، إِنْ كَانَتْ عَلَيْكَ خَسَارَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ خَسَارَةٌ فَلَكَ الرَّبْعُ . لَمْ يَصِحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذَا شَرْطَانِ فِي شَرْطٍ . وَكَرِهَهُ . وَهَذَا فِي مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَيُخْرَجُ فِيهَا مِثْلُ مَا خُرِّجَ فِيهَا . وَلَوْ سَاقَاهُ فِي هَذَا الْحَائِطِ بِالتُّلْثِ ، عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي الْحَائِطِ الْآخَرَ / بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطَ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ ، فَصَارَ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، كَقَوْلِهِ : بَيْعْتُكَ ثَوْبِي ، عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي ثَوْبَكَ . وَإِنَّمَا فَسَدَ لِمَعْنَيْنِ ؛ أَحَدِهِمَا ، أَنَّهُ شَرْطٌ فِي الْعَقْدِ عَقْدًا آخَرَ ، وَالتَّفْعُ الْحَاصِلُ بِذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَكَأَنَّهُ شَرْطُ الْعِوَضِ فِي مُقَابَلَةِ مَعْلُومٍ وَمَجْهُولٍ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعَقْدَ الْآخَرَ لَا يَلْزِمُهُ بِالشَّرْطِ ، فَيَسْقُطُ الشَّرْطُ ، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ رَدُّ الْجُزْءِ الَّذِي تَرَكَهُ مِنَ الْعِوَضِ لِأَجَلِهِ ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَيَصِيرُ الْكُلُّ مَجْهُولًا .

و٦٤/٥

فصل : وَإِنْ سَاقَى أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ ، وَجَعَلَ لَهُ مِنَ الثَّمَرِ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَجَعَلَ لَهُ التُّلْثَيْنِ مِنَ الثَّمَرَةِ ، صَحَّ ، وَكَانَ السُّدُسُ حِصَّتَهُ مِنَ الْمُسَاقَاةِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : سَاقَيْتُكَ عَلَى نَصِيبِي بِالتُّلْثِ . وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِلْعَامِلِ التُّلْثُ ، فَهِيَ مُسَاقَاةٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ يَسْتَحِقُّ نِصْفَهَا بِمِلْكِهِ ، فَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ شَيْئًا . وَإِذَا شَرْطَ لَهُ التُّلْثَ ، فَقَدْ شَرْطَ أَنْ غَيْرَ الْعَامِلِ يَأْخُذَ مِنْ نَصِيبِ الْعَامِلِ ثُلُثَهُ ، وَيَسْتَعْمِلُهُ بِلا عِوَضٍ . فَلَا يَصِحُّ . فَإِذَا عَمِلَ فِي الشَّجَرِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، كَانَتِ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْعَامِلُ بِعَمَلِهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِهِ لِرِضَاهُ بِالْعَمَلِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، فَأَشْبَهَ

ما لو قال له : أنا أعملُ فيه بغير شيء . وذَكَرَ أصحابنا وجهًا آخرَ ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَجْرَ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ تَفْتَضِي عَوْضًا ، فَلَا تَسْقُطُ بِرِضَاهُ بِإِسْقَاطِهِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْعَوْضُ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مِثْلِهِ . وَلِنَا ، أَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ مُتَبَرِّعًا ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَوْضًا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْعِدِ الْمُسَاقَاةَ . وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ صَاحِحٌ . فَوَجِبَ بِهِ الْعَوْضُ لِصِحَّتِهِ ، وَهَذَا فَاسِدٌ ، لَا يُوجِبُ شَيْئًا . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْأَضَاعَ لَا تُسْتَبَاحُ بِالْبَذْلِ وَالْإِبَاحَةِ ، وَالْعَمَلُ هَهُنَا يُسْتَبَاحُ بِذَلِكَ ، وَلِأَنَّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ لَا يَخْلُو مَنْ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ ، أَوْ بِالْإِصَابَةِ ، أَوْ بِهِمَا ، فَإِنْ وَجِبَ بِالْعَقْدِ ، لَمْ يَصِحَّ قِيَاسُ هَذَا عَلَيْهِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ النِّكَاحَ صَاحِحٌ ، وَهَذَا فَاسِدٌ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْعَقْدَ هَهُنَا^(٣٢) لَا يُوجِبُ ، وَلَوْ أُوجِبَ^(٣٢) لِأَوْجَبَ قَبْلَ الْعَمَلِ . وَلَا خِلَافَ أَنَّ^(٣٣) هَذَا لَا يُوجِبُ^(٣٤) قَبْلَ الْعَمَلِ شَيْئًا ، وَإِنْ أُوجِبَ^(٣٥) بِالْإِصَابَةِ ، لَمْ يَصِحَّ الْقِيَاسُ عَلَيْهَا لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْإِصَابَةَ لَا تُسْتَبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ وَالْبَذْلِ ، بِخِلَافِ الْعَمَلِ . وَالثَّانِي ، / أَنَّ الْإِصَابَةَ لَوْ خَلَّتْ عَنِ الْعَقْدِ لِأَوْجَبَتْ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ . وَإِنْ وَجِبَ^(٣٦) بِهِمَا ائْتَنَعَ الْقِيَاسُ لِهَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا . فَأَمَّا إِنْ سَأَى أَحَدُهُمَا شَرِيكَه عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعًا ، فَالْمُسَاقَاةُ فَاسِدَةٌ ، وَالثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مِلْكِيَّتِهِمَا ، وَيَتَقَاصَانِ الْعَمَلَ إِنْ تَسَاوَيَا فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلٌ نَظَرَتْ ؛ فَإِنَّ كَانَ قَدْ شَرَطَ لَهُ^(٣٤) فَضْلٌ مَّا فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، اسْتَحَقَّ مَا فَضَّلَ لَهُ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ ، وَإِنْ لَمْ يُشْرَطْ^(٣٧) ، لَهُ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا ، وَتَكَلَّمْنَا عَلَيْهِ .

٦٤/٥ ط

(٣٢-٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٣) في ب : (في) .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) في ب ، م : (وجب) .

(٣٦) في الأصل : (وجبت) .

(٣٧-٣٧) في ب : (يكن شرط) . وفي م : (لم يشترط) .

فصل : وَصِحَّ الْمُسَاقَاةُ عَلَى الْبَعْلِ مِنَ الشَّجَرِ ، كَمَا تَجَوَّزُ فِيمَا يَخْتَاخُ إِلَى سَقْيِ .
 وبهذا قال مالك . ولا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ الْمُسَاقَاةَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ (٣٨) تَدْعُو إِلَى
 الْمُعَامَلَةِ فِي (٣٨) ذَلِكَ ، كَدَعَائِهَا إِلَى الْمُعَامَلَةِ فِي غَيْرِهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي
 الْمَرْاعَةِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ (٣٩) إِلَّا عَلَى شَجَرٍ مَعْلُومٍ بِالرُّوْيَةِ ، أَوْ بِالصِّفَةِ الَّتِي لَا
 يُخْتَلَفُ مَعَهَا ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ سَاقَاهُ (٤٠) عَلَى بُسْتَانٍ بِغَيْرِ رُوْيَةٍ وَلَا صِفَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
 عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ . فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ سَاقَاهُ (٤١) عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ الْحَائِطَيْنِ ، لَمْ
 يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ يَخْتَلِفُ الْعَرَضُ فِيهَا بِاخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ ، فَلَمْ يَجْزِ عَلَى غَيْرِ
 مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَتَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ بِلَفْظِ الْمُسَاقَاةِ ، وَمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهَا مِنَ الْأَلْفَاظِ ، نَحْوُ :
 عَامَلْتُكَ ، وَفَالْحَتِكَ ، وَاعْمَلْ فِي بُسْتَانِي هَذَا حَتَّى تَكْمُلَ ثَمَرَتَهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ
 الْقَصْدَ الْمَعْنَى ، فَإِنْ أُنِيَ بِهِ بِأَيِّ (٤١) لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ :
 اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ لِي فِي هَذَا الْحَائِطِ ، حَتَّى تَكْمُلَ ثَمَرَتَهُ ، يَنْصِفُ ثَمَرَتَهُ . فَفِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ يُشْتَرَطُ لَهَا كَوْنُ
 الْعِوَضِ مَعْلُومًا ، وَالْعَمَلُ مَعْلُومًا ، وَتَكُونُ لِازِمَةً ، وَالْمُسَاقَاةُ بِخِلَافِهِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ .
 وَهُوَ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَدِّ لِلْمَعْنَى ، فَصَحَّ بِهِ الْعَقْدُ ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْمُتَّفِقِ عَلَيْهَا . وَقَدْ
 ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِ أَحْمَدَ : تَجَوَّزُ إِجَارَةَ الْأَرْضِ بِيَعْضِ الْخَارِجِ مِنْهَا .
 الْمَرْاعَةَ ، عَلَى أَنَّ الْبَذْرَ وَالْعَمَلَ مِنَ الْعَامِلِ . وَمَا ذُكِرَ مِنْ شُرُوطِ الْإِجَارَةِ ، إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي

(٣٨-٣٨) فِي الْأَصْلِ : « تَدْعُوهُ إِلَى الْعَامِلَةِ فِي » . وَفِي ب : « تَدْعُو فِي الْعَامِلَةِ إِلَى » .

(٣٩) فِي م زِيَادَةٌ : « إِلَى » .

(٤٠-٤٠) سَقَطَ مِنْ ب : « نَقْلَةٌ نَظَرٌ » .

(٤١) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

الإِجَارَةُ الْحَقِيقِيَّةُ ، أَمَا إِذَا أُرِيدَ بِالِإِجَارَةِ الْمُرَاعَةَ ، فَلَا يُشْتَرَطُ لَهَا غَيْرُ شَرْطِ الْمُرَاعَةِ .

٦٥/٥ و

فصل : وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ بِإِطْلَاقِ عَقْدِ^(٤٢) الْمُسَاقَاةِ مَا فِيهِ صِلَاحُ الثَّمَرَةِ وَزِيَادَتُهَا ، مِثْلَ حَرْثِ الْأَرْضِ تَحْتَ الشَّجَرِ^(٤٣) ، وَالْبَقْرِ الَّتِي تُحْرَثُ ، وَآلَةَ الْحَرْثِ ، / وَسَقْيِ ، الشَّجَرِ ، وَاسْتِقَاءِ الْمَاءِ ، وَإِصْلَاحِ طُرُقِ الْمَاءِ وَتَنْقِيَتِهَا ، وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِرِّ وَالشُّوكِ ، وَقَطْعِ الشَّجَرِ الْيَابِسِ ، وَزِيَارِ الْكَرْمِ^(٤٤) ، وَقَطْعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى قَطْعِهِ ، وَتَسْوِيَةِ الثَّمَرَةِ ، وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ ، وَهِيَ الْحُفْرُ الَّتِي يَجْتَمِعُ فِيهَا الْمَاءُ عَلَى أَصُولِ النَّخْلِ ، وَإِدَارَةِ الدُّوَلَابِ ، وَالْحِفْظِ لِلثَّمَرِ^(٤٥) فِي الشَّجَرِ وَبَعْدَهُ حَتَّى يُقَسَّمْ ، وَإِنْ كَانَ مَا يُشْمَسُ فَعَلَيْهِ تَشْمِيسُهُ ، وَعَلَى رَبِّ الْمَالِ مَا فِيهِ حِفْظُ الْأَصْلِ ، كَسَدِّ الْجِحْطَانِ ، وَإِنْشَاءِ الْأَنْهَارِ ، وَعَمَلِ الدُّوَلَابِ ، وَحَفْرِ بَقْرِهِ ، وَشِرَاءِ مَا يُلْقَحُ بِهِ . وَعَبَّرَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَنْ هَذَا بِعِبَارَةٍ أُخْرَى ، فَقَالَ : كُلُّ مَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ عَامٍ فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فَهُوَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ . وَهَذَا صَحِيحٌ فِي الْعَمَلِ . فَأَمَّا شِرَاءُ مَا يُلْقَحُ بِهِ ، فَهُوَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَإِنْ تَكَرَّرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنَ الْعَمَلِ . فَأَمَّا الْبَقْرَةُ الَّتِي تُدِيرُ الدُّوَلَابَ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : هِيَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَتْ مَا يُلْقَحُ بِهِ . وَالْأَوْلَى أَنَّهَا عَلَى الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهَا تُرَادُ لِلْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَتْ بَقْرَ الْحَرْثِ ، وَلِأَنَّ اسْتِقَاءَ الْمَاءِ عَلَى الْعَامِلِ إِذَا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى بَهِيمَةٍ فَكَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اِحْتَجَّ إِلَى بَهِيمَةٍ كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَعْمَالِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : مَا يَتَعَلَّقُ بِصِلَاحِ الْأَصُولِ وَالثَّمَرَةِ مَعًا ،^(٤٦) كَالْكَسْحِ لِلنَّهْرِ^(٤٦) ، وَالثَّوْرِ ، فَهُوَ عَلَى مَنْ شَرَطَ عَلَيْهِ^(٤٧) مِنْهُمَا ، وَإِنْ أَهْمَلَ شَرْطُ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِهِمَا ، لَمْ تَصِحَّ الْمُسَاقَاةُ .

(٤٢) فِي ب : « لَفْظٌ » .

(٤٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤٤) الزِّيَارُ : تَخْفِيفُ الْكَرْمِ مِنَ الْأَعْصَانِ الرَّدِيئَةِ وَبَعْضُ الْجَيِّدَةِ بِقَطْعِهَا بِمَنْجَلٍ وَنَحْوِهِ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « لِلثَّمَرَةِ » .

(٤٦-٤٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « كَكَسْحِ النَّهْرِ » .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

وقد ذكّرنا ما يدلُّ على أنّه على العاِمِلِ . فأما تَسْمِيَةُ الأَرْضِ بِالزَّيْلِ إِنْ اِخْتَاَجَتْ إِلَيْهِ ، فَشِرَاءُ ذَلِكَ عَلَى رَبِّ المَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ العَمَلِ ، فَجَرَى مَجْرَى مَا يُلْقَحُ بِهِ ، وَتَفْرِيقُ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ عَلَى العاِمِلِ ، كالتَّلْقِيحِ . وَإِنْ أَطْلَقَا العَقْدَ ، وَلَمْ يُبَيِّنَا مَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا ذَكَّرْنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ . وَإِنْ شَرَطَا ذَلِكَ ، كَانَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ شَرَطَا عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئًا مِمَّا يَلْزَمُ الآخَرَ ، فَقَالَ القَاضِي ، وَأَبُو الحَطَّابِ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا تَفْسُدُ المُسَاقَاةُ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ يُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ ، فَافْسَدَهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ إِذَا شَرَطَ العَمَلُ فِيهَا عَلَى رَبِّ المَالِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الجِدَادَ عَلَيْهِمَا ، فَإِنْ شَرَطَهُ عَلَى العاِمِلِ ، جَازَ . وَهَذَا مُقْتَضَى كَلَامِ الخِرَقِيِّ فِي المُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ لَا يُجَلُّ بِمَصْلَحَةِ العَقْدِ ، وَلَا مَفْسَدَةٍ فِيهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا جَبَلَ التَّمَنُّ فِي المَبِيعِ ، وَشَرَطَ الرِّهْنِ / وَالضَّمِيمِ وَالخِيَارِ فِيهِ ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ العَمَلِ مَعْلُومًا ، لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى التَّنَازُعِ وَالتَّوَاكُلِ ، فَيَحْتَلَّ العَمَلُ ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَا عَلَى رَبِّ المَالِ أَكْثَرَ العَمَلِ ؛ لِأَنَّ العاِمِلِ يَسْتَحِقُّ بِعَمَلِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَعْمَلْ أَكْثَرَ العَمَلِ ، كَانَ وَجُودُ عَمَلِهِ كَعَدَمِهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا .

٦٥/٥ ط

فصل : فأما الجِدَادُ والحَصَادُ واللِّقَاطُ ، فَهُوَ عَلَى العاِمِلِ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي الحَصَادِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ العَمَلِ ، فَكَانَ عَلَى العاِمِلِ ، كالتَّشْمِيسِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِي الجِدَادِ ، أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ عَلَى العاِمِلِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهُ ، فَعَلَى رَبِّ المَالِ بِحِصَّتِهِ مَا يَصِيرُ إِلَيْهِ ^(٤٨) وَعَلَى العاِمِلِ بِحِصَّتِهِ مَا يَصِيرُ إِلَيْهِ ^(٤٩) . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ جَعَلَ الجِدَادَ عَلَيْهِمَا ، وَاخْتَارَ ^(٤٩) اشْتِرَاطَهُ عَلَى العاِمِلِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ : تَفْسُدُ المُسَاقَاةُ بِشَرَطِهِ عَلَى العاِمِلِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ

(٤٨-٤٩) سمط من : م .

(٤٩) ف م : ه وأجاز .

يَتَأْفِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَاحْتَجَّ مَنْ جَعَلَهُ عَلَيْهِمَا بِأَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ تَكَامُلِ الثَّمَرَةِ ، وَانْقِضَاءِ
 الْمُعَامَلَةِ ، فَأَشْبَهَ نَقْلَهُ إِلَى مَنْزِلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَفَعَ خَبِيرًا إِلَى يَهُودَ ، عَلَى أَنْ
 يَعْمَلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ^(٥٠) . وَلَئِنْ هَذَا مِنَ الْعَمَلِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ ، كَالْتَّشْمِيسِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ
 يَبْتَطُلُ بِالتَّشْمِيسِ ، وَيُفَارِقُ النَّقْلَ إِلَى الْمَنْزِلِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، وَزَوَالِ الْعَقْدِ ،
 فَأَشْبَهَ الْمَخْزَنَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غِلْمَانُ رَبِّ الْمَالِ ، فَهُوَ كَشَرْطِ عَمَلِ رَبِّ الْمَالِ ؛
 لِأَنَّ عَمَلَهُمْ كَعَمَلِهِ ، فَإِنَّ يَدَ الْغُلَامِ كَيَدِ مَوْلَاهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ غِلْمَانَهُ مَالُهُ ، فَجَازَ أَنْ يُجْعَلَ^(٥١) تَبَعًا لِمَالِهِ ،
 كَثُورِ الدُّوَلَابِ ، وَكَأَنَّ^(٥٢) يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْعَامِلِ بِهَيْمَةً يَحْمِلُ عَلَيْهَا . وَأَمَّا
 رَبُّ الْمَالِ لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ تَبَعًا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . فَإِذَا
 شَرَطَ غِلْمَانًا يَعْمَلُونَ مَعَهُ ، فَتَفَقَّهْتُمْ عَلَيْهِ مَا يَشْتَرِطَانِ عَلَيْهِ . فَإِنْ أُطْلِقَا ، وَلَمْ يَذْكُرَا
 تَفَقَّهْتُمْ ، فَهِيَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَفَقَّهْتُمْ عَلَى
 الْمُسَاقِي ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِطَهَا^(٥٣) عَلَى رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَى الْمُسَاقِي ، فَمُؤَنَةٌ
 مَنْ يَعْمَلُهُ عَلَيْهِ ، كَمُؤَنَةِ غِلْمَانِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ رَبِّ الْمَالِ ، فَكَانَتْ تَفَقُّهُ عَلَيْهِ عِنْدَ
 الْإِطْلَاقِ ، كَمَا لَوْ أَجَرَهُ . فَإِنْ شَرَطَهَا عَلَى الْعَامِلِ ، جَازَ ، وَلَا يَشْتَرِطُ تَقْدِيرُهَا . وَبِهِ قَالَ
 الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يُشْتَرِطُ تَقْدِيرُهَا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ مَا لَا يَلْزَمُهُ ،
 فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَسَائِرِ الشُّرُوطِ . / وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ وَجَبَ تَقْدِيرُهَا لَوَجَبَ ذِكْرُ
 صِفَاتِهَا ، وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ صِفَاتِهَا . فَلَمْ يَجِبْ تَقْدِيرُهَا . وَلَا بَدُّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْغِلْمَانِ
 الْمُشْتَرَطِ عَمَلَهُمْ^(٥٤) ، بِرُبُوبِيَّةٍ ، أَوْ صِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُمْ . كَمَا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ .

٥٦٦/٥

(٥٠) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اشترط في المزارعة إذا اشتت أخرجتك ، من كتاب الشروط . صحيح البخاري

. ٢٥٢ / ٣

(٥١) في م : : تعمل .

(٥٢) في م : : وكان .

(٥٣) في الأصل : : يشترطها .

(٥٤) في الأصل : : عليهم .

فصل : وإن شَرَطَ العَامِلُ أنْ أُجْرَ الأَجْرَاءِ الذِّينَ يَحْتَاجُ إِلَى الاسْتِعَانَةِ بِهِمْ مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَقَدَّرَ الأَجْرَةَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهِ ، فَإِذَا شَرَطَ أَجْرَهُ مِنَ المَالِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لِتَفْسِيهِ أَجْرَ عَمَلِهِ . وَإِنْ لَمْ يُقَدِّرْهُ ، فَسَدَّ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَيُقَارَقُ هَذَا مَا إِذَا شَرَطَ^(٥٥) المُضَارِبُ أَجْرَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِمْ مِنَ الحَمَالِينَ وَنَحْوِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزِمُ العَامِلَ ، فَكَانَ عَلَى المَالِ ، وَلَوْ شَرَطَ أَجْرَ مَا يَلْزِمُهُ عَمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا سَأَلْنَا .

فصل : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أَنَّ المُساقَاةَ وَالمُزَارَعَةَ مِنَ العُقُودِ الجَائِزَةِ ، أَوْماً إِلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الأَثَرِمْ ، وَسُئِلَ عَنِ الأَكَارِ يُخْرِجُ نَفْسَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُخْرِجَهُ صَاحِبُ الضَّيْعَةِ ، فَلَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ ذَلِكَ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنَ حَامِدٍ ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الحَدِيثِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : هُوَ عَقْدٌ لِإِزْمٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَكَانَ لِإِزْمًا ، كَالِإِجَارَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ جَائِزًا ، جَازَ لِرَبِّ المَالِ فَسْخُوحُهُ إِذَا أَذْرَكَتِ الثَّمَرَةَ ، فَيَسْقُطُ حَقُّ العَامِلِ ، فَيَسْتَضْرِبُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى مُسْلِمٌ^(٥٦) بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ اليَهُودَ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُفَرِّمَهُمْ بِخَيْبَرَ ، عَلَى أَنْ يَعْمَلُوهَا ، وَيَكُونَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرُ مَا يُخْرِجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تُفَرِّمُكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا » . وَلَوْ كَانَ لِإِزْمًا لَمْ يَجْزُ بِغَيْرِ تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، وَلَا أَنْ يَجْعَلَ الخَيْرَةَ إِلَيْهِ فِي مُدَّةٍ إِقْرَارِهِمْ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْقَلْ عَنْهُ أَنَّهُ قَدَّرَ لَهُمْ ذَلِكَ بِمُدَّةٍ ، وَلَوْ قَدَّرَ لَمْ يَتْرَكَ نَقْلَهُ ، لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَجُوزُ الإِخْلَالُ بِنَقْلِهِ ، وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

(٥٥) فِي ب ، م : « اشترط » .

(٥٦) فِي : بَابِ المُساقَاةِ وَالمُعَامَلَةِ بِجِزَاءِ مِنَ الثَّمَرِ وَالمُزَارَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ المُساقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١١٨٧ ، ١١٨٨ .

كَأَخْرَجَهُ البِخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا قَالَ رَبُّ الأَرْضِ أَفْرَكَ مَا أَفْرَكَ اللَّهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الحَرْثِ ، وَفِي : بَابِ مَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَعْطَى المَوْلُفَةَ قُلُوبَهُمْ ... ، مِنْ كِتَابِ الخُمْسِ . صَحِيحُ البِخَارِيِّ ٣ / ١٤٠ ، ٤ / ١١٦ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي حُكْمِ أَرْضِ خَيْبَرَ ، مِنْ كِتَابِ الإِمَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ١٤١ . وَإِلِمامِ أَحْمَدَ ، فِي : المَسْنَدِ ٢ / ١٤٩ .

أَجْلَاهُمْ^(٥٧) من الأرض وأُخْرَجُهُمْ من خَيْرٍ ، ولو كانت لهم مُدَّةٌ مُقَدَّرَةٌ ، لم يَجْزُ إخراجُهُمْ منها . ولأنَّهُ عَقْدٌ على جُزْءٍ من نَمَاءِ المَالِ ، فَكان جَائِزًا ، كالمُضَارَبَةِ ، أو عَقْدٌ على المَالِ بِجُزْءٍ من نَمَائِهِ ، أَشْبَهَ المُضَارَبَةَ ، وفَارَقَ الإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّها بَيْعٌ ، فَكانت لَازِمَةً ، كَبَيْعِ الأَعْيَانِ ، ولأنَّ عَوْضَها مُقَدَّرٌ مَعْلُومٌ ، فَأَشْبَهَتِ البَيْعَ . وَقياسُهُم يَنْتَقِضُ بِالمُضَارَبَةِ ، وَهي أَشْبَهُ^(٥٨) بِالمُساقَاةِ مِنَ الإِجَارَةِ ، فقياسُها عليها أَوْلَى . وَقولُهُم : إِنَّه يُفْضِي إلى أَنَّ رَبَّ المَالِ / يَفْسُخُ بعد إِدْرَاكِ الثَّمَرَةِ . قُلْنَا : إِذا ظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ ، فَهي تَظْهَرُ على مِلْكَيْهِما ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ العَامِلِ منها بِفَسْخِ ولا غَيْرِهِ ، كما لو فَسَخَ المُضَارَبَةُ بعد ظُهورِ الرِّيحِ . فعلى هذا لا يَنْتَقِرُ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، وَلذلك لم يَضْرِبِ النَّبِيُّ ﷺ ، ولا خُلَفاؤُهُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم ، لأهلِ خَيْرِ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ حينَ عَامَلوهُم . ولأنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فلم يَنْتَقِرُ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، كالمُضَارَبَةِ ، وَسائِرِ العُقُودِ الجائِزَةِ . ومَتى فَسَخَ أَحَدُهُما بعدَ ظُهورِ الثَّمَرَةِ ، فَهي بَيْنَهُما على ما شَرَطاهُ ، وعلى العَامِلِ تَمَامَ العَمَلِ ، كما يَلْزِمُ المُضَارِبَ بَيْعُ العُرُوضِ إِذا فُسِّخَتِ المُضَارَبَةُ بعدَ ظُهورِ الرِّيحِ ، وَإِنْ فَسَخَ العَامِلُ قَبْلَ ذلك ، فلا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَصارَ كعَامِلِ المُضَارَبَةِ إِذا فَسَخَ قَبْلَ ظُهورِ الرِّيحِ ، وَعَامِلِ الجُعَالَةِ إِذا فَسَخَ قَبْلَ إِتِمَامِ عَمَلِهِ . وَإِنْ فَسَخَ رَبُّ المَالِ قَبْلَ ظُهورِ الثَّمَرَةِ ، فعليه أَجْرُ المِثْلِ للعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَهُ إِتِمَامَ عَمَلِهِ الذي يَسْتَحِقُّ به العِوضَ ، فَأَشْبَهَ مالو فَسَخَ الجاعِلُ قَبْلَ إِتِمَامِ عَمَلِ الجُعَالَةِ . وفَارَقَ رَبَّ المَالِ في المُضَارَبَةِ إِذا فَسَخَها قَبْلَ ظُهورِ الرِّيحِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ هذا مُفَضَّلٌ إلى ظُهورِ الثَّمَرَةِ غالِبًا ، فَلَوْلَا الفَسْخُ لَظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ ، فَمَلَكَ نَصيبَهُ منها ، وقد قَطَعَ ذلك بِفَسْخِهِ ، فَأَشْبَهَ فَسْخَ الجُعَالَةِ ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ ، فَإِنَّه لا يُعْلَمُ إِفْضَاؤُها إلى الرِّيحِ ، ولأنَّ الثَّمَرَةَ إِذا ظَهَرَتِ في الشَّجَرِ ، كان العَمَلُ عليها في الابتداءِ من أسبابِ ظُهورِها ، والرِّيحُ إِذا ظَهَرَ في المُضَارَبَةِ^(٥٩) قد لا^(٥٩) يكونُ للعَمَلِ الأوَّلِ فيه أَثرٌ أصْلًا . فَأَمَّا إِذا قُلْنَا : إِنَّه عَقْدٌ لَازِمٌ . فلا يَصِحُّ إِلا على مُدَّةٍ

٥٦٦/٥ ظ

(٥٧) في الأصل : « أخلاهم » .

(٥٨) في الأصل : « تشبه » .

(٥٩-٥٩) في الأصل : « فلا » .

مَعْلُومَةٌ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو ثور : تصحُّح من غيرِ ذِكْرِ مُدَّةٍ ، وَيَفْعُ عَلَى سَنَةِ
وَاحِدَةٍ . وَأَجَارُهُ بَعْضُ أَهْلِ الْكُوفَةِ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرَةِ ، كَانَ
ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مُدَّةَ تَحْصُلِ الثَّمَرَةِ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَوَجِبَ تَقْدِيرُهُ بِمُدَّةٍ ،
كَالِإِجَارَةِ ، وَلِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ أَشْبَهَ بِالِإِجَارَةِ ، لِأَنَّهَا تَقْتَضِي الْعَمَلَ عَلَى الْعَيْنِ مَعَ بَقَائِهَا ،
وَلِأَنَّهَا إِذَا وَقَعَتْ مُطْلَقَةً ، لَمْ يُمَكِّنْ حَمْلُهَا عَلَى إِطْلَاقِهَا مَعَ لُزُومِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنَّ
الْعَامِلَ يَسْتَبِيدُ بِالشَّجَرِ كُلِّ مُدَّتِهِ ، فَيَصِيرُ كَالْمَالِكِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُهُ بِالسَّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ
تَحَكُّمٌ ، وَقَدْ تَكْمَلُ الثَّمَرَةُ فِي أَقَلِّ مِنَ السَّنَةِ ، فَعَلَى هَذَا لَا تَقْتَدِرُ أَكْثَرُ الْمُدَّةِ ، بَلْ يَجُوزُ مَا
يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ مِنَ الْمُدَّةِ الَّتِي يَبْقَى الشَّجَرُ فِيهَا وَإِنْ طَالَتْ . وَقَدْ قِيلَ : لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ
ثَلَاثِينَ سَنَةً . وَهَذَا تَحَكُّمٌ ، وَتَوْقِيفٌ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ . / فَأَمَّا أَقَلُّ
الْمُدَّةِ ، فَيَقْتَدِرُ بِمُدَّةِ تَكْمُلِ الثَّمَرَةِ فِيهَا ، فَلَا يَجُوزُ عَلَى أَقَلِّ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ أَنْ يَشْتَرِكَا
فِي الثَّمَرَةِ ، وَلَا يُوجَدُ فِي أَقَلِّ مِنْ هَذِهِ الْمُدَّةِ . فَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى مُدَّةٍ لَا تَكْمُلُ فِيهَا الثَّمَرَةُ ،
فَالْمُسَاقَاةُ فَاسِدَةٌ . فَإِذَا عَمِلَ فِيهَا ، فَظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ وَلَمْ تَكْمُلْ ، فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَمَلِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَهُوَ كَالْمُتَبَرِّعِ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِعَوَضٍ ، وَهُوَ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَذَلِكَ الْجُزْءُ
مَوْجُودٌ ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهِ ، فَلَمَّا تَعَدَّرَ دَفْعَ الْعَوَضِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ إِلَيْهِ ،
كَانَ لَهُ ^(٦٠) أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . وَفَارَقَ الْمُتَبَرِّعُ ؛ فَإِنَّهُ رَضِيَ بِغَيْرِ شَيْءٍ .
وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ الثَّمَرَةُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَمَلِ بِغَيْرِ عَوَضٍ .
وَإِنْ سَاقَاهُ إِلَى مُدَّةٍ تَكْمُلُ فِيهَا الثَّمَرَةُ غَالِبًا ، فَلَمْ يَحْمِلْ تِلْكَ السَّنَةَ ، فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ؛
لِأَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، لَمْ يَظْهَرْ فِيهِ النَّمَاءُ الَّذِي اشْتَرَطَ جُزْؤُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمُضَارَبَةَ إِذَا لَمْ يَرْبِخْ
فِيهَا . وَإِنْ ظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ ، وَلَمْ تَكْمُلْ ، فَلَهُ نَصِيبُهُ مِنْهَا ، وَعَلَيْهِ إِثْمَامُ الْعَمَلِ فِيهَا ، كَمَا لَوْ
انْفَسَخَتْ قَبْلَ كَمَالِهَا . وَإِنْ سَاقَاهُ إِلَى مُدَّةٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلشَّجَرِ ثَمَرَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ

٦٧/٥

(٦٠) سقط من : م .

لا يكون ، ففي صححة المساقاة وجهان ؛ أحدهما ، تصيح ؛ لأن الشجر يحتمل أن يحتمل ، ويحتمل أن لا يحتمل ، والمساقاة جائزة فيه . والثاني ، لا يصيح ؛ لأنه عقد على معدوم ، ليس الغالب وجوده ، فلم تصيح ، كالتسليم في مثل ذلك ، ولأن ذلك غرر أمكن التحرز عنه ، فلم يجز العقد معه ، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها . وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة ، فإن الغالب أن الشجر يحتمل ، واحتمال أن لا يحتمل نادر ، لم يمكن التحرز عنه . فإن قلنا^(٦١) : العقد صحيح . فله حصته من الثمر . فإن لم يحتمل ، فلا شيء له . وإن قلنا : هو فاسد . استحق أجر المثل ، سواء حمل أو لم يحتمل ؛ لأنه لم يرض بغير عوض ، ولم يسلم له العوض ، فكان له العوض^(٦٢) ، وجهها واحدا ، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحتمل في^(٦٣) مثلها غالبا . ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل ، فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد ، وإن خرجت بعده ، فلا حق له فيها . ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا .

فصل : ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط ؛ لأنها إن كانت جائزة . فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وإن كانت لازمة ، فإذا فسح لم يمكن رد المعقود عليه ، وهو العمل فيها . وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة ؛ لما تقدم . وإن كانت لازمة ، فعلى وجهين ؛ أحدهما ، لا يثبت ؛ لأنها^(٦٤) عقد لا يشترط فيه قبض العوض ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالتكاج . والثاني ، يثبت ؛ لأنه عقد لازم يقصد به المال ، أشبه البيع .

فصل : ومتى قلنا بجوازها ، لم يفتقر إلى ضرب مدة ؛ لأن إبقاءها إليهما ، وفسخها جائزة لكل واحد منهما متى شاء ، فلم نحتاج إلى مدة ، كالمضاربة . وإن قدرها بمدة ،

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢) سقط من : ب .

جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي التَّقْدِيرِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا^(٦٣) جَوَازَ ذَلِكَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَالْمُسَاقَاةِ
مِثْلَهَا . وَتَنْفَسِيخُ بَمَوْتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَجُنُونِهِ . وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ لِسَفَهِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي
الْمُضَارَبَةِ . فَإِذَا مَاتَ الْعَامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ ، انْفَسَخَتِ الْمُسَاقَاةُ فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ
فَسَخَّهَا أَحَدُهُمَا ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا . وَإِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهَا ، لَمْ يَنْفَسِيخِ الْعَقْدُ ، وَيَقُومُ
الْوَارِثُ^(٦٤) مَقَامَ الْمَيِّتِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَأَشْبَهَ الْإِجَارَةَ . وَلَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَيِّتُ
الْعَامِلَ ، فَأَبَى وَارِثُهُ الْقِيَامَ مَقَامَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ لَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْحُقُوقِ الَّتِي عَلَى
مَوْرُوثِهِ^(٦٥) إِلَّا مَا أَمَكَنَ دَفْعَهُ مِنْ تَرْكِهِ ، وَالْعَمَلُ لَيْسَ مِمَّا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا
يَسْتَأْجِرُ الْحَاكِمُ مِنَ التَّرِكَةِ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ تَرْكَةٌ ، أَوْ تَعَدَّرَ الْاسْتِئْجَارُ
مِنْهَا ، فَلَرَبَّ الْمَالِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَيَثْبُتُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ
تَعَدَّرَ ثَمَنُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الثَّمَرَةُ قَدْ ظَهَرَتْ ، يَبِيعُ مِنْ نَصِيبِ الْعَامِلِ مَا
يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَجْرِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَمَلِ ، وَاسْتَوْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ ذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَبِعَ إِلَى بَيْعِ
الْجَمِيعِ ، يَبِيعُ . ثُمَّ لَا يَخْلُو إِذَا مَا أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ قَدْ بَدَأَ صَلَاحُهَا أَوْ لَمْ يَبْدَأْ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ
بَدَأَ صَلَاحُهَا ، خَيْرَ الْمَالِكِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَإِنْ اشْتَرَى نَصِيبَ الْعَامِلِ ، جَازَ ، وَإِنْ
اخْتَارَ بَيْعَ نَصِيبِهِ أَيْضًا ، بِاعَهُ ، وَبَاعَ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، وَإِنْ أَبَى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ،
بَاعَ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَامِلِ وَحْدَهُ ، وَمَا بَقِيَ عَلَى الْعَامِلِ مِنَ الْعَمَلِ يُكْتَرَى عَلَيْهِ مَنْ
يَعْمَلُهُ ، وَمَا فَضَلَ لَوْرَثَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْدَأْ صَلَاحُهَا ، خَيْرَ الْمَالِكِ أَيْضًا ، فَإِنْ بَيْعَ
لِلْأَجْنَبِيِّ ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ نَصِيبِ الْعَامِلِ وَحْدَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ^(٦٦)
قَطْعَهُ إِلَّا بِقَطْعِ نَصِيبِ الْمَالِكِ ، فَيَقِفُ إِمْكَانُ قَطْعِهِ عَلَى قَطْعِ مَلِكٍ غَيْرِهِ . وَهَلْ يَجُوزُ

(٦٣) فِي ب ، م : « تَبَيَّنَّا » .

(٦٤) فِي ب : « وَارِثَ الْمَيِّتِ » .

(٦٥) فِي م : « مَوْرُوثِهِ » .

(٦٦) فِي ب ، م : « يُمْكِنُهُ » .

شراء المالك لها ؟ على / وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة^(٦٧) بموت العامل ، لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل . وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة ، لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ، ويستأذن الحاكم في الإنفاق على الثمرة ، ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم ، فأنفق محتسباً بالرجوع ، وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع ، رجع بما أنفق . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنه مضطر . وإن أمكنه استئذان الحاكم ، فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه ، فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين ، بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه . وإن تبرع بالإنفاق ، لم يرجع بشيء ، كما لو تبرع بالصدقة . والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعدر بيعها ، كالحكم ههنا سواء .

فصل : وإن هرب العامل ، فلرب المال الفسخ ؛ لأنه عقد جائز . وإن قلنا بلزومه ، فحكمه حكم مالومات وأبى وارثه أن يقوم مقامه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالاً ، وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره ، ففعل ، وإن لم يمكنه ، ووجد من يعمل بأجرة موجلة إلى وقت إدراك الثمرة ، ففعل ، فإن لم يجد ، فلرب المال الفسخ . أما الميث فلا يقترض عليه ؛ لأنه لا ذمة له .

فصل : والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ، وما يدعى عليه من حيانية ؛ لأن رب المال ائتمنه بدفع^(٦٨) ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فإن أتهم ، حلف ، فإن ثبتت حيانته بإقرار أو بيينة أو تكوله ، ضم إليه من يشرف عليه ، فإن لم يمكن حفظه ، استوجر من ماله من يعمل عمله . وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب مالك : لا يُقام غيره مقامه ، بل يُحفظ منه ؛ لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الحيانية . ولنا ، أنه تعدر استيفاء المنافع

(٦٧) في ب : « في المساقاة » .

(٦٨) في ب : « بدفعه » .

المَقْصُودَةِ مِنْهُ ، فَاسْتَوْفِيَتْ بِغَيْرِهِ ، كَالْوَهْرَبِ . وَلَا تُسَلَّمُ إِمْكَانَ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ ^(٦٩) تَرْكُهَا ، وَلَا يُوثَقُ مِنْهُ بِفِعْلِهَا ، وَلَا نَقُولُ إِنَّ لَهُ فَسْخَ الْمَسَاقَاةِ ، وَإِنَّمَا ^(٧٠) نَقُولُ : لَمَّا ^(٧١) لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُهَا مِنْ خِيَانَتِكَ ، أَقَمَ غَيْرَكَ يَعْمَلُ ذَلِكَ ، وَارْفَعَ يَدَكَ ^(٧٢) عَنْهَا ؛ لِأَنَّ الْأَمَانَةَ قَدْ تَعَدَّرْتَ فِي حَقِّكَ ، فَلَا يَلْزَمُ رَبَّ الْمَالِ اتِّمَائُكَ . وَفَارَقَ فَسَخَهُ بِغَيْرِ الْخِيَانَةِ ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَهَهُنَا يَقُوتُ مَالُهُ .

ظ ٦٨/٥

فصل : فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْعَمَلِ ، لِضَعْفِهِ مَعَ أَمَانَتِهِ ، ضُمَّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ ، وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي بَقَاءِ يَدِهِ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَجَزَ بِالْكُلِّيَّةِ ، أَقَامَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ تَوْفِيَةَ الْعَمَلِ ، وَهَذَا مِنْ تَوْفِيَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ ، إِذَا ادَّعَى مَا يُشْبِهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى سَبَبًا ، لِتَسَلُّمِهِ لِلْحَائِطِ وَالْعَمَلِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَحَالَفَانِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اِخْتَلَفَا فِيمَا تَنَاوَلْتَهُ الْمَسَاقَاةُ مِنَ الشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ الَّتِي ادَّعَاهَا الْعَامِلُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٧٣) . فَإِنْ كَانَ مَعَ أَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَفِي آيِهِمَا تَقَدَّمَ بَيِّنَتُهُ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى بَيِّنَةِ الدَّاجِلِ وَالخَارِجِ . فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِاثْنَيْنِ ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا الْعَامِلَ ، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ ، أَخَذَ نَصِيْبَهُ مِنْ مَالِ الْمُصَدَّقِ . فَإِنْ شَهِدَ عَلَى الْمُنْكَرِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرُؤُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ ضَرَرًا ،

(٦٩) في م : « من » .

(٧٠-٧١) سقط من : م . وفي ب : « نقول ما » .

(٧١) في ب ، م : « بدلا » .

(٧٢) تقدم ترجمته في : ٦ / ٥٢٥ .

وَيَخْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا ، كَانَتْ شَهَادَتُهُ كَعَدَمِهَا . وَلَوْ كَانَ الْعَامِلُ اثْنَيْنِ ، وَرَبُّ الْمَالِ وَاحِدًا ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ أَيْضًا ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيَمْلِكُ الْعَامِلُ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ بِظُهُورِهَا ، فَلَوْ تَلَفَتْ ^(٧٣) كُلُّهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، كَانَتْ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِي يَمْلِكُهُ بِالْمُقَاسَمَةِ ، كَالْقِرَاضِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فَيُثْبِتُ مُفْتَضَاهُ ، كَسَائِرِ الشَّرُوطِ الصَّحِيحَةِ ، وَمُفْتَضَاهُ كَوْنُ الثَّمَرَةِ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَمْلِكْهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، لَمَا وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَلَا مَلَكَهَا ، كَالْأَصُولِ . وَأَمَّا الْقِرَاضُ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الرَّبْحَ فِيهِ ^(٧٤) بِالظُّهُورِ كَمَسَائِلِنَا ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الرَّبْحَ وَقَايَةَ لِرَأْسِ الْمَالِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ حَتَّى يُسَلِّمَ رَأْسَ الْمَالِ لِرَبِّهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِوَقَايَةٍ ^(٧٥) لَشَيْءٍ ، وَلِذَلِكَ لَوْ تَلَفَتْ الْأَصُولُ كُلُّهَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَكَاةُ نَصِيْبِهِ ، إِذَا بَلَغَتْ حِصَّتُهُ نَصَابًا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمَزَارَعَةِ . وَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ النَّصَابَ إِلَّا بِجَمْعِهِمَا ، لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ الْخُلْطَةَ لَا تُؤَثِّرُ فِي غَيْرِ الْمَوَاشِي فِي الصَّحِيحِ . وَعَنْهُ أَنَّهَا تُؤَثِّرُ ، فَتُؤَثِّرُ هُنَا ، فَيَبْدَأُ بِإِخْرَاجِ الزَّكَاةِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ ^(٧٦) مَا / بَقِيَ . وَإِنْ كَانَتْ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا تَبْلُغُ نَصَابًا دُونَ الْآخَرِ ، فَعَلَى مَنْ بَلَغَتْ حِصَّتُهُ نَصَابًا الزَّكَاةَ دُونَ الْآخَرِ ، يُخْرِجُهَا بَعْدَ الْمُقَاسَمَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِمَنْ لَمْ تَبْلُغْ حِصَّتُهُ نَصَابًا مَا يَتِمُّ بِهِ النَّصَابُ مِنْ مَوَاضِعَ ^(٧٧) أُخَرَ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا الزَّكَاةُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا ثَمَرٌ مِنْ جِنْسِ حِصَّتِهِ ، يَتَلَعَّانِ بِمَجْمُوعِهِمَا نَصَابًا ، فَعَلَيْهِ الزَّكَاةُ فِي حِصَّتِهِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مَعْنَى لَا زَكَاةَ عَلَيْهِ ، كَالْمُكَاتِبِ ، وَالذَّمِّيِّ .

٥٦٩/٥

(٧٣) فِي ب ، م : « أَتَلَفَتْ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « وَقَايَةَ » .

(٧٦) فِي ب ، م : « يَقْتَسِمَانِ » .

(٧٧) فِي الْأَصْلِ : « مَكَانَ » . وَفِي ب : « مَوْضِعَ » .

فعلی الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً . وبهذا كله قال مالك ، والشافعي . وقال
 الليث : إن كان شريكه نصرانياً ، أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ، ثم يقاسمه بعد
 الزكاة ما بقي . ولنا ، أن النصراني لا زكاة عليه ، فلا يخرج من حصته شيء ، كما لو
 انفرد بها ، وقد روى أبو داود ، في « السنن » (٧٨) ، عن عائشة ، رضي الله عنها ،
 قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة ، فيحرض النخل حين يطيب ،
 قبل أن يوكل منه ، ثم يخير يهود خيبر ، أيأخذونه بذلك الخرص ، أم يدفعونه إليهم
 بذلك الخرص ، لكي تحصى الزكاة قبل أن توكل الثمار وتفرق (٧٩) . قال جابر :
 حرصها ابن رواحة أربعين ألف وسقي ، وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا
 التمرة (٨٠) وعليهم عشرون ألف وسقي .

فصل : وإن ساقاه على أرض خراجية ، فالخراج (٨١) على رب المال ؛ لأنه يجب
 على الرقبة ، بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجر (٨٢) أو لم تثمر . ولأن الخراج يجب
 أجرة للأرض ، فكان على رب الأرض ، كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها . وبهذا
 قال الشافعي . وقد نقل عن أحمد ، في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها ، وهي
 من أرض السواد يتقبلها من السلطان ، فعلى من يقبلها أن يؤدى وظيفة عمر رضي الله
 عنه ، ويؤدى العشر بعد وظيفة عمر . وهذا معناه - والله أعلم - إذا دفع السلطان
 أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدى خراجها ، فإنه يبدأ فيؤدى خراجها ، ثم يزكى
 ما بقي . كما ذكره الخرقى في باب الزكاة . ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا هنا ، إن
 شاء الله تعالى .

(٧٨) في : باب في الخرص ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٦ .

(٧٩) في الأصل : « وتفرق » .

(٨٠) في ب ، م : « التمر » .

(٨١) في م : « فالخراج » . خطأ .

(٨٢) في ب ، م : « الشجرة » .

٨٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ فَضْلَ دَرَاهِمٍ)

يعنى إذا شَرَطَ جُزْءًا مَعْلُومًا مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَدَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، كَعَشْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، لَمْ يَجُزْ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ / لِأَنَّهُ رِمَا لَمْ يَخْدُثْ مِنَ الثَّمَاءِ مَا يُسَاوِي تِلْكَ الدَّرَاهِمَ ، فَيَتَضَرَّرُ رَبُّ الْمَالِ ، وَلِذَلِكَ مَنَعْنَا مِنْ اشْتِرَاطِ أَقْفَرَةٍ مَعْلُومَةٍ . وَلَوْ شَرَطَ لَهُ دَرَاهِمَ مُنْفَرِدَةً عَنِ الْجُزْءِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ جَعَلَ لَهُ ثَمْرَةَ سَنَةٍ غَيْرِ السَّنَةِ الَّتِي سَاقَاهُ فِيهَا ، أَوْ ثَمَرَ شَجَرٍ غَيْرِ الشَّجَرِ الَّذِي سَاقَاهُ عَلَيْهِ ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ عَمَلًا فِي غَيْرِ الشَّجَرِ الَّذِي سَاقَاهُ عَلَيْهِ ، أَوْ عَمَلًا فِي غَيْرِ السَّنَةِ ، فَسَدَّ الْعَقْدُ ، سِوَاءَ جَعَلَ ذَلِكَ كُلَّ حَقِّهِ أَوْ بَعْضَهُ ^(١) أَوْ جَمِيعَ الْعَمَلِ ، أَوْ بَعْضَهُ ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ مَوْضُوعَ الْمُسَاقَاةِ ، إِذْ مَوْضُوعُهَا أَنْ يَعْمَلَ فِي شَجَرٍ مُعَيَّنٍ ، بِجُزْءٍ مُشْتَاعٍ مِنْ ثَمَرَتِهِ ، فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ فِيهِ الْعَمَلُ .

فصل : وَإِذَا سَاقَى رَجُلًا ، أَوْ زَارَعَهُ ، فَعَامَلَ الْعَامِلَ غَيْرَهُ عَلَى الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ ^(٣) ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَأَجَازَهُ مَالِكٌ ، إِذَا جَاءَ بِرَجُلٍ أَمِينٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَامِلٌ فِي الْمَالِ بِجُزْءٍ مِنْ ثَمَائِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُعَامَلَ غَيْرَهُ فِيهِ ، كَالْمُضَارِبِ ، وَلِأَنَّهُ إِثْمًا أُذِنَ لَهُ فِي الْعَمَلِ فِيهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْذَنَ لِغَيْرِهِ ، كَالْوَكِيلِ . فَأَمَّا إِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، فَلَهُ أَنْ يُزَارِعَ غَيْرَهُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَنَافِعُهَا مُسْتَحَقَّةً لَهُ ، فَملَكَ الْمُزَارَعَةَ فِيهَا ، كَالْمَالِكِ ، وَالْأَجْرَةَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ دُونَ الْمُزَارِعِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَرَاجِ . وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لِمَنْ فِي يَدِهِ أَرْضٌ حَرَاجِيَّةٌ أَنْ يُزَارِعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لَهَا . وَلِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يُزَارِعَ فِي الْوَقْفِ ، وَيَسَاقَى عَلَى شَجَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَالِكٌ لِرَقَبَةِ ذَلِكَ ، أَوْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِكِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا عِنْدَ مَنْ أَجَازَ ^(٣) الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في ب ، م ، : والشجر .

(٣) في الأصل : اختار .

فصل : وإذا ساقاه على ودي النخل^(٤) ، أو صغار الشجر ، إلى مدة يحمل فيها غالبًا ، ويكون له فيها^(٥) جزء من الثمرة معلوم ، صحح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ، ونصيبه يقل ، وهذا لا يمنع صحتها ، كما لو جعل له سهمًا من ألف سهم . وفي الأقسام التي ذكرنا^(٦) في كبار النخل والشجر ، وهي أننا قلنا : المساقاة عقد جائز . لم نحتج إلى ذكر مدة . وإن قلنا : هو لازم . ففيه ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يجعل المدة زمنًا يحمل فيه غالبًا ، فيصح ، فإن حمل فيها فله ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها فلا شيء له . والثاني ، أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالبًا ، فلا يصح ، وإن عمل فيها^(٧) فهل يستحق الأجر ؟ على وجهين . وإن حمل في المدة ، لم يستحق ما جعل له ؛ لأن العقد وقع فاسدًا . فلم يستحق ما شرط فيه . والثالث / ، أن يجعل المدة زمنًا يحتمل أن يحمل فيها ، ويحتمل أن لا يحمل ، فهل يصح ؟ على وجهين . فإن قلنا : لا يصح . استحق الأجر . وإن قلنا : يصح . فحمل في المدة ، استحق ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها ، لم يستحق شيئًا . وإن شرط له^(٨) نصف الثمرة ونصف الأصل ، لم يصح ؛ لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في الثماء والفائدة ، فإذا شرط اشتراكهما في الأصل ،^(٩) لم يجز ، كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال . فعلى هذا يكون له أجر مثله . وكذلك لو جعل له جزءًا من ثمرتها ، مدة بقائها ، لم يجز . وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة ، لم يجز ؛ لأنه يخالف موضوع المساقاة .

٧٠/٥

فصل : وإن ساقاه على شجر يفرسه ، ويعمل فيه حتى يحمل ، ويكون له جزء من

(٤) ودي النخل : صغاره .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في الأصل : ذكرناها ، .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

(٩) سقط من : الأصل .

الثَّمَرَةَ مَعْلُومٌ ، صَحَّ أَيْضًا . وَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ سَاقَاهُ عَلَى صِغَارِ الشَّجَرِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .
 وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ المَرُودِيِّ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ : اغْرِسْ فِي أَرْضِي هَذِهِ شَجْرًا أَوْ
 نَخْلًا ، فَمَا كَانَ مِنْ غَلَّةٍ فَلَكَ بِعَمَلِكَ ^(١٠) كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، مِنْ كَذَا وَكَذَا . فَأَجَازَهُ ،
 وَاجْتَجَّ بِحَدِيثِ خَيْرٍ فِي الزَّرْعِ وَالتَّخْيِيلِ ^(١١) ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ العَرَسُ مِنْ رَبِّ
 الأَرْضِ ، كَمَا يُشْتَرَطُ فِي المَزَارَعَةِ كَوْنُ البَذْرِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَ مِنَ العَامِلِ ،
 خُرِّجَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فِيمَا إِذَا اشْتَرَطَ البَذْرَ ^(١٢) فِي المَزَارَعَةِ مِنَ العَامِلِ . وَقَالَ القَاضِي :
 المَعَامَلَةُ بَاطِلَةٌ ، وَصَاحِبُ الأَرْضِ بِالخِيَارِ بَيْنَ تَكْلِيفِهِ قَلْعَهَا ، وَيَضْمَنُ لَهُ أَرْضَ
 نَقْصِهَا ، وَبَيْنَ إِقْرَارِهَا فِي أَرْضِهِ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ قِيمَتَهَا ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا غَرَسَ فِي الأَرْضِ
 الَّتِي اشْتَرَاهَا ، ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ فَأَخَذَهَا . وَإِنْ اخْتَارَ العَامِلُ قَلَعَ شَجَرَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ
 بَدَلٍ لَهُ القِيمَةِ أَوْ لَمْ يَبْدُلْهَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَلَمْ يُنَمَّعْ تَحْوِيلُهُ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى إِثْبَاءِ
 العِرَاسِ ^(١٣) ، وَدَفَعَ أَجْرَ الأَرْضِ ، جَازَ . وَلَوْ دَفَعَ أَرْضَهُ إِلَى رَجُلٍ يَغْرِسُهَا ، عَلَى أَنَّ
 الشَّجَرَ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَجُزْ ، عَلَى مَا سَبَقَ . وَيَحْتَمِلُ الجَوَازُ ، بِنَاءً عَلَى المَزَارَعَةِ ، فَإِنَّ
 المَزَارِعَ يَبْدُرُ فِي الأَرْضِ ، فَيَكُونُ الزَّرْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِ الأَرْضِ ، وَهَذَا نَظِيرُهُ . وَإِنْ
 دَفَعَهَا عَلَى أَنَّ الأَرْضَ وَالشَّجَرَ بَيْنَهُمَا ، فَالمَعَامَلَةُ فَاسِدَةٌ ، وَجَهًا وَاحِدًا . وَهَذَا قَالَ
 مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ اشْتِرَاكَهُمَا فِي
 الأَصْلِ ، فَفَسَدَ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ الشَّجَرَ وَالتَّخْيِيلَ لِيَكُونَ الأَصْلُ وَالثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا ، أَوْ شَرَطَ
 فِي المَزَارَعَةِ كَوْنَ الأَرْضِ وَالتَّخْيِيلِ بَيْنَهُمَا .

٧٠/٥ ظ / فصل : وَإِذَا سَاقَاهُ عَلَى شَجَرٍ ، فَبَانَ مُسْتَحَقًّا بَعْدَ العَمَلِ ، أَحَدَهُ رَبُّهُ وَثَمَرَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ
 عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَا حَقَّ لِلعَامِلِ فِي ثَمَرَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِيهَا بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهَا ، وَلَا أَجْرَ لَهُ عَلَيْهِ ؛

(١٠) فِي م : « بَعْمَلِ » .

(١١) فِي الأَصْلِ : « وَالتَّخْيِيلِ » . وَتَقْدِمُ تَخْرِيجَ حَدِيثِ خَيْرٍ فِي صَفْحَاتِ ٥٢٧ ، ٥٣١ ، ٥٤٢ .

(١٢) فِي الأَصْلِ : « القَلْعِ » .

(١٣) فِي الأَصْلِ : « العِرْسِ » .

لذلك ، وله أَجْرٌ مِثْلُهُ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَاسْتَعْمَلَهُ ، فَلَزِمَهُ الْأَجْرُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ نَقْرَةً فَاسْتَأْجَرَ مِنْ ضَرْبِهَا دَرَاهِمَ . وَإِنْ شَمَسَ الثَّمَرَةَ فَلَمْ تَنْقُصْ ، أَخَذَهَا رَبُّهَا ، وَإِنْ نَقَصَتْ ، فَلِرَبِّهَا أَرْضٌ نَقْصِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَيَسْتَقِرُّ ذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ . وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ أَنْ اقْتَسَمَاها ، وَأَكَلَاها ، فَلِرَبِّهَا تَضْمِينٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، فَلَهُ ^(١٤) تَضْمِينُهُ الْكُلَّ ، وَلَهُ تَضْمِينُهُ قَدْرَ نَصِيْبِهِ ، وَيُضْمَنُ ^(١٥) الْعَامِلُ قَدْرَ نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ سَبَبُ يَدِ الْعَامِلِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُ الْجَمِيعِ . فَإِنْ ضَمَّنَهُ الْكُلَّ ، رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِقَدْرِ نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ وَجَدَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ الْغَاصِبُ عَلَى الْعَامِلِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَطْعَمَ إِنْسَانًا شَيْئًا ، وَقَالَ لَهُ ^(١٦) : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَعْصُوبٌ . وَإِنْ ضَمَّنَ الْعَامِلُ ، احْتَمَلَ أَنَّهُ ^(١٧) لَا يُضْمَنُهُ إِلَّا نَصِيْبَهُ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَا قَبِضَ الثَّمَرَةَ كُلَّهَا ، وَإِنَّمَا كَانَ مُرَاعِيًا لَهَا وَحَافِظًا ، فَلَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا مَا لَمْ يَقْبِضْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضْمَنَهُ الْكُلَّ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ تَبَيَّنَتْ عَلَى الْكُلِّ مُشَاهِدَةً بغيرِ حَقٍّ . فَإِنْ ضَمَّنَهُ الْكُلَّ ، رَجَعَ الْعَامِلُ ^(١٨) عَلَى الْغَاصِبِ بِبَدَلِ نَصِيْبِهِ ^(١٩) مِنْهَا ، وَأَجْرٍ مِثْلِهِ . وَإِنْ ضَمَّنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا صَارَ إِلَيْهِ ، رَجَعَ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ لَا غَيْرُ . وَإِنْ تَلَفَتِ الثَّمَرَةُ فِي شَجَرِهَا ، أَوْ بَعَدَ الْجَدَاذِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَمَنْ جَعَلَ الْعَامِلُ قَابِضًا لَهَا بِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى حَائِطِهَا ، قَالَ : يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا . وَمَنْ قَالَ ^(٢٠) : لَا يَكُونُ قَابِضًا إِلَّا بِأَخْذِ نَصِيْبِهِ مِنْهَا . قَالَ : لَا يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ ، وَيَكُونُ عَلَى الْغَاصِبِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « قَدْر » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَتَضْمِينِ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧) فِي ب : « أَنْ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « تَضْمِينِهِ » .

(٢٠) فِي م : « جَعَلَهُ » .

بَابُ الْمَزَارَعَةِ*

٨٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَتُجَوِّزُ الْمَزَارَعَةُ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ)^(١)

مَعْنَى الْمَزَارَعَةِ : دَفْعُ الْأَرْضِ إِلَى مَنْ يَزْرَعُهَا وَيَعْمَلُ عَلَيْهَا ، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا . وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، قَالَ الْبُخَارِيُّ^(٢) : قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ : مَا بِالْمَدِينَةِ أَهْلُ بَيْتٍ إِلَّا وَيَزْرَعُونَ عَلَى الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ ، وَزَارَعَ عَلِيُّ وَسَعْدٌ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَعُرْوَةُ ، وَآلُ / أَبِي بَكْرٍ ، وَآلُ عَلِيٍّ ، وَابْنُ سَيْرِينَ . وَمَنْ رَأَى ذَلِكَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٌ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ ، وَمُوسَى بْنُ طَلْحَةَ^(٣) ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُهُ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مُعَاذِ ، وَالْحَسَنِ ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَزِيدَ . قَالَ الْبُخَارِيُّ^(٤) : وَعَامَلُ عُمَرُ النَّاسَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ عُمَرُ بِالْبَذْرِ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ الشُّطْرُ ، وَإِنْ جَاءَ بِالْبَذْرِ ، فَلَهُمْ كَذَا . وَكَرِهَهَا عِكْرِمَةُ ، وَمَجَاهِدٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ الْأَمْرَانِ جَمِيعًا . وَأَجَازَهَا الشَّافِعِيُّ فِي الْأَرْضِ بَيْنَ النَّخِيلِ ، إِذَا كَانَ بَيَاضُ الْأَرْضِ أَقْلَ ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَمَنْعَهَا فِي الْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ ؛ لِمَا رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ قَالَ : كُنَّا نَحَابِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ .^(٥) فَذَكَرَ أَنَّ بَعْضَ عُمُومَتِهِ أَتَاهُ ، فَقَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرِ كَانَ لَنَا نَافِعًا ، وَطَوَاعِيَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْفَعُ . قَالَ ، قُلْنَا : مَا ذَاكَ ؟ قَالَ : قَالَ :

(*) هذا العنوان لم يرد في الأصل .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في باب المزارعة بالشطر ، من كتاب الحرث . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ .

(٣) موسى بن طلحة بن عبيد الله التيمي ، كان يسمى في زمانه المهدي ، توفي سنة ثلاث ومائة . العبر ١ / ١٢٦ .

(٤-٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

رسول الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، وَلَا يُكْرِهْهَا بِثَلْثٍ وَلَا بِرُبْعٍ ، وَلَا يَطْعَامٍ مُسْمًى » (٥) . وعن ابن عمر ، قال : ما كُنَّا نَرَى بِالْمُزَارَعَةِ بَأْسًا حَتَّى سَمِعْتُ (٦) رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ يَقُولُ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهَا (٧) . وقال جَابِرٌ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ (٨) . وهذه كلها أَحَادِيثُ صِيحَاحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا . وَالْمُخَابَرَةُ : الْمُزَارَعَةُ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنَ الْحَبَّارِ ، وَهِيَ الْأَرْضُ اللَّيْنَةُ ، وَالْحَبِيرُ : الْأَكَّارُ . وَقِيلَ : الْمُخَابَرَةُ مُعَامَلَةٌ أَهْلِ خَيْبَرَ . وَقَدْ جَاءَ حَدِيثُ جَابِرٍ مُفَسَّرًا ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ (٩) ، بِإِسْنَادِهِ (١٠) عَنْ

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسى بعضهم بعضا في الزراعة والشمرة ، من كتاب الحرت والمزارعة ، صحيح البخاري ٣ / ١٤١ . ومسلم ، في : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التشديد في ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٣ . والنسائي ، في : باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ . وابن ماجه ، في : باب استكراء الأرض بالطعام ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣ ، ٨٢٤ . وأخرج البخاري نحوه في : باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسى بعضهم بعضا في الزراعة والشمرة ، من كتاب الحرت والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٤١ .

(٦) في م : « سمعا » .

(٧) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود في المواضع السابقة ، كما أخرجه النسائي ، في : باب كراء الأرض بالثلث والرابع ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٦ ، ٣٧ . وابن ماجه ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٠ .

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ٣ / ١٥١ . ومسلم ، في : باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة ، وباب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٤ ، ١١٧٥ ، ١١٧٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن الثنيا ، وباب ما جاء في المخابرة والمعاومة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥ / ٢٩٠ ، ٥٢ / ٦ . والنسائي ، في : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، وباب الزرع بالطعام ، وباب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، ٢٦٠ . وإمام أحمد ، في المسند ٣ / ٣١٣ ، ٣٩١ ، ٣٥٦ .

(٩) في : باب فضل المنيحة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٣ / ٢١٧ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٧ . وابن ماجه ، في : باب المزارعة بالثلث والرابع ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٩ .

(١٠) سقط من : م .

جابر ، قال : كانوا يزرعونها بالثلث والرُبْع والنصف ، فقال النبي ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، أَوْ لِيَمْنَحْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » . وَرَوَى تَفْسِيرُهَا عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ . قُلْتُ : وَمَا الْمُخَابَرَةُ ؟ قَالَ : أَنْ يَأْخُذَ^(١٢) الْأَرْضَ بِنِصْفٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ رُبْعٍ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٣) . وَقَدْ رَوَى ذَلِكَ عَنْ^(١٤) ابْنِ عَبَّاسٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ . وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ : عَامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ ، ثُمَّ عُمَرُ ، وَعِثَانُ ، وَعَلِيٌّ ، ثُمَّ / أَهْلُهُمْ إِلَى الْيَوْمِ يُعْطُونَ الثُّلُثَ وَالرُّبْعَ^(١٥) . وَهَذَا أَمْرٌ صَحِيحٌ مَشْهُورٌ عَمِلَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى مَاتَ ، ثُمَّ خُلَفَاؤُهُ الرَّاشِدُونَ حَتَّى مَاتُوا ، ثُمَّ أَهْلُهُمْ مِنْ بَعْدِهِمْ ، وَلَمْ يَبْقَ بِالْمَدِينَةِ أَهْلٌ بَيْتٍ إِلَّا عَمِلَ بِهِ ، وَعَمِلَ بِهِ أَزْوَاجُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ بَعْدِهِ ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(١٦) ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ ، فَكَانَ يُعْطَى أَزْوَاجَهُ مِائَةَ وَسِقٍ ، ثَمَانُونَ وَسَقًا ثَمَرًا ، وَعِشْرُونَ وَسَقًا شَعِيرًا ، فَقَسَمَ عُمَرُ خَيْبَرَ ، فَخَيْرَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَقْطَعَ لَهُنَّ مِنَ الْأَرْضِ وَالْمَاءِ ، أَوْ يُمَضِيَ لَهُنَّ الْأَوْسُقُ ، فَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَرْضَ ، وَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَوْسُقَ ، فَكَانَتْ عَائِشَةُ اخْتَارَتِ الْأَرْضَ . وَمِثْلُ هَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْسَخَ ؛ لِأَنَّ النَّسْخَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَّا شَيْءٌ عَمِلَ بِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ ، ثُمَّ عَمِلَ بِهِ خُلَفَاؤُهُ بَعْدَهُ ، وَأَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ عَلَيْهِ ، وَعَمِلُوا

٧١/٥ ظ

(١١) في : باب في المخابرة ، من كتب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ١٨٧ ، ١٨٨ .

(١٢) في الأصل : « تأخذ » .

(١٣) تقدم تخریج حدیث ابن عمر صفحہ ٥٢٧ ، وحدیث ابن عباس صفحہ ٥٢٩ وحدیث جابر صفحہ ٥٥٠ .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) تقدم في صفحة ٥٢٧ .

(١٦) في : باب المزارعة بالشطرنج ونحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب المساقاة والمعاملة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

به ، ولم يُخَالَفِ فِيهِ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، فكيف يجوزُ نَسْخُهُ ، ^(١٧) ومتى كان نَسْخُهُ ^(١٧) ؟ فإن كان نُسِخَ في حياة رسول الله ﷺ ، فكيف عَمِلَ به بعد نَسْخِهِ ، وكيف خَفِيَ نَسْخُهُ ، فلم يَبْلُغْ خُلَفَاءَهُ ، مع اشتِهَارِ قِصَّةِ خَيْبَرَ ، وَعَمَلِهِمْ فِيهَا ؟ فأين كان راوِي النسخ ، حتى لم يَدْرُكْهُ ، ولم يُخْبِرْهُمُ بِهِ ؟ فأما ما احتجُّوا به ، فالجوابُ عن حَدِيثِ رَافِعٍ ، من أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ قَدْ فَسَّرَ الْمَنْهَى عَنْهُ فِي حَدِيثِهِ بِمَا يُخْتَلَفُ فِي فَسَادِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : كُنَّا مِنْ أَكْثَرِ الْأَنْصَارِ حَقْلًا ، فَكُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ ، وَلَهُمْ هَذِهِ ، فَرَبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ ، فَتَهَانَا عَنْ ذَلِكَ ، فَأَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، فَلَمْ يَنْهَنَا ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٨) . وَفِي لَفْظٍ : فَأَمَّا بِشَيْءٍ ^(١٩) مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ ، فَلَا بَأْسَ . وَهَذَا خَارِجٌ عَنِ مَحَلِّ الْخِلَافِ ، فَلَا دَلِيلَ فِيهِ عَلَيْهِ ، وَلَا تَعَارُضَ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ . الثَّانِي ، أَنَّ خَبْرَهُ وَرَدَ فِي الْكِرَاءِ بِثَلَاثٍ أَوْ رُبْعٍ ، وَالتَّرَاغُ فِي الْمُرَارَعَةِ ، وَلَمْ يَدُلَّ حَدِيثُهُ عَلَيْهَا أَصْلًا ، وَحَدِيثُهُ الَّذِي فِيهِ الْمُرَارَعَةُ يُحْمَلُ عَلَى الْكِرَاءِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْقِصَّةَ وَاحِدَةً ، رُوِيََتْ بِالْفَإِظِ مُخْتَلَفَةً ، فَيَجِبُ تَفْسِيرُ أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ بِمَا يُوَافِقُ الْآخَرَ . الثَّالِثُ ، أَنَّ أَحَادِيثَ رَافِعٍ مُضْطَرِبَةٌ جَدًّا ، مُخْتَلَفَةٌ اخْتِلَافًا كَثِيرًا . يُوجِبُ تَرْكَ الْعَمَلِ بِهَا لَوْ انْفَرَدَتْ ، / فَكَيْفَ يُقَدَّمُ عَلَى مِثْلِ حَدِيثِنَا ؟ قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : حَدِيثُ رَافِعٍ الْوَأَن . وَقَالَ أَيْضًا : حَدِيثُ رَافِعٍ ضَرْوَبٌ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَدْ جَاءَتْ الْأَخْبَارُ عَنْ رَافِعٍ بِعِلَلٍ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ كَانَ لِذَلِكَ ، مِنْهَا ، الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، وَمِنْهَا حَمْسٌ أُخْرَى . وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَقِيهَانِ مِنْ فُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ ؛ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ . قَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ : أَنَا أَعْلَمُ بِذَلِكَ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ رَجُلَيْنِ قَدْ اقْتَتَلَا ، فَقَالَ : « إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنَكُمْ ، فَلَا تُكْرُوا الْمَرَارِعَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالْأَثَرُمُ ^(٢٠) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٢١) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ،

٧٢/٥ و

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٨ .

(١٩) في ب ، م : « شيء » .

(٢٠) تقدم التخریج في صفحة ٥٢٩ .

قال : قلت لبطاوس : لو تَرَكَتِ الْمُحَابِرَةَ ، فَإِنَّهُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهَا . قال : إِنَّ أَعْلَمَهُمْ - يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ - أَخْبَرَنِي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا ، وَلَكِنْ قَالَ : « أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَحَاهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَا جَا مَعْلُومًا » . ثُمَّ إِنَّ أَحَادِيثَ رَافِعٍ مِنْهَا مَا يُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ ، وَهُوَ النَّهْيُ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، وَمِنْهَا مَا لَا يُخْتَلَفُ فِي فَسَادِهِ ، كَمَا قَدْ بَيَّنَّا ، وَتَارَةً يُحَدِّثُ عَنْ بَعْضِ عُمُومِيَّتِهِ ، وَتَارَةً عَنْ سَمَاعِهِ ، وَتَارَةً عَنْ ظَهِيرِ بْنِ رَافِعٍ ، وَإِذَا كَانَتْ أَخْبَارُ رَافِعٍ هَكَذَا ، وَجَبَ اطْرَاحُهَا^(٢١) وَاسْتِعْمَالُ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي شَأْنِ خَيْبَرَ ، الْجَارِيَةِ مَجْرَى التَّوَاتُرِ ، الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا ، وَمَهَا عَمِلَ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَغَيْرُهُمْ ، فَلَا مَعْنَى لِتَرْكِهَا بِمِثْلِ هَذِهِ الْأَحَادِيثِ الْوَاهِيَةِ . الْجَوَابُ الرَّابِعُ ، أَنَّهُ لَوْ قَدَّرَ صِحَّةَ خَيْرِ رَافِعٍ ، وَامْتَنَعَ تَأْوِيلُهُ ، وَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ ، لَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى أَنَّهُ مَنْسُوخٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَسْخِ أَحَدِ الْخَبْرَيْنِ ، وَيَسْتَحِيلُ الْقَوْلُ بِنَسْخِ حَدِيثِ خَيْبَرَ ؛ لِكَوْنِهِ مَعْمُولًا بِهِ مِنْ جِهَةِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى حِينِ مَوْتِهِ ، ثُمَّ^(٢٢) مِنْ بَعْدِهِ إِلَى عَصْرِ التَّابِعِينَ ، فَهَلْ كَانَ نَسْخُهُ ؟ وَأَمَّا حَدِيثُ جَابِرٍ فِي النَّهْيِ عَنِ الْمُحَابِرَةِ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ الَّتِي حُمِلَ عَلَيْهَا خَيْرُ رَافِعٍ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ رَوَى حَدِيثَ خَيْبَرَ أَيْضًا ، فَيَجِبُ الْجَمْعُ بَيْنَ حَدِيثَيْهِ ، مَهْمَا أَمَكَّنَ ، ثُمَّ لَوْ حُمِلَ عَلَى الْمُزَارَعَةِ ، لَكَانَ مَنْسُوحًا بِقِصَّةِ خَيْبَرَ ؛ لِاسْتِحَالَةِ نَسْخِهَا كَمَا ذَكَرْنَا ، وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . فَإِنْ قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تُحْمَلُ أَحَادِيثُكُمْ عَلَى الْأَرْضِ الَّتِي بَيْنَ النَّخِيلِ ، وَأَحَادِيثُ النَّهْيِ عَنِ الْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ جَمْعًا بَيْنَهُمَا . قُلْنَا : هَذَا بَعِيدٌ لُجُوهٌ خَمْسَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَبْعُدُ أَنْ تَكُونَ / بَلَدَةٌ كَبِيرَةٌ يَأْتِي مِنْهَا أَرْبَعُونَ أَلْفَ وَسَقٍ ، لَيْسَ فِيهَا أَرْضٌ بَيْضَاءٌ ، وَيَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ قَدْرًا^(٢٣) عَامِلُهُمْ عَلَى بَعْضِ الْأَرْضِ دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْقُلُ الرُّوَاةُ كُلَّهُمُ الْقِصَّةَ عَلَى الْعُمُومِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، مَعَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّ مَا يَذْكَرُونَهُ مِنَ التَّأْوِيلِ لَا دَلِيلَ

ظ ٧٢/٥

(٢١) في ب ، م ، : إخراجها .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) سقط من : ب .

عليه ، وما ذَكَرْنَاهُ دَلَّتْ^(٢٤) عليه بعضُ الرِّوَايَاتِ ، وَفَسَّرَهُ الرَّاويُّ له بما ذَكَرْنَاهُ ، وليس مَعَهُمْ سِوَى الْجَمْعِ بينِ الْأَحَادِيثِ ، وَالْجَمْعُ بينهما بِحَمَلٍ بَعْضُهَا^(٢٥) على ما فَسَّرَهُ رَاوِيهَ بِهِ ، أَوَّلَى مِنَ التَّحَكُّمِ بما لا دَلِيلَ عَلَيْهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ قَوْلَهُمْ يُفْضَى إِلَى تَقْيِيدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَدِيثَيْنِ ، وما ذَكَرْنَاهُ حَمَلٌ لِأَحَدِهِمَا وَحَدَهُ . الرَّابِعُ ، أَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مُوَافَقَةً عَمَلِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَأَهْلِيهِمْ ، وَفُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ ، وَهُمْ أَعْلَمُ بِحَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَسُنَّتِهِ وَمَعَانِيهَا ، وَهُوَ أَوَّلَى مِنْ قَوْلٍ مِنْ خَالَفَهُمْ . الْخَامِسُ ، أَنَّ مَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ أَبَا جَعْفَرٍ رَوَى ذَلِكَ^(٢٦) عَنْ كُلِّ أَهْلِ بَيْتِ الْمَدِينَةِ ، وَعَنِ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ وَأَهْلِيهِمْ ، وَفُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ وَاسْتِمْرَارِ ذَلِكَ^(٢٧) ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَجُوزُ حَفَاؤُهُ ، وَلَمْ يُتَكْرَهْ مِنَ الصَّحَابَةِ مُتَكَبِّرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَمَا رَوَى فِي مُخَالَفَتِهِ ، فَقَدْ بَيَّنَّا فَسَادَهُ ، فَيَكُونُ هَذَا إِجْمَاعًا مِنَ^(٢٨) الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، لَا يَسُوعُ لِأَحَدٍ خِلَافَهُ . وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِيهِ ، فَإِنَّ الْأَرْضَ عَمِينَ تَنْمَى بِالْعَمَلِ فِيهَا ، فَجَازَتْ الْمُعَامَلَةُ عَلَيْهَا بِيَعُضِ نَمَائِهَا ، كَالْأَثْمَانِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَالنَّخْلِ فِي الْمُسَاقَاةِ ، أَوْ نَقُولُ : أَرْضٌ ، فَجَازَتْ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهَا ، كَالْأَرْضِ بَيْنَ النَّخِيلِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى الْمُزَارَعَةِ ؛ لِأَنَّ أَصْحَابَ الْأَرْضِ قَدْ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى زَرْعِهَا ، وَالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، وَالْأَكْرَةَ يَحْتَاجُونَ إِلَى الزَّرْعِ . وَلَا أَرْضَ لَهُمْ ، فَاقْتَضَتْ حِكْمَةَ الشَّرْعِ جَوَازَ الْمُزَارَعَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمُضَارَبَةِ وَالْمُسَاقَاةِ ، بَلِ الْحَاجَةُ هُنَا أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الزَّرْعِ أَكْثَرُ^(٢٩) مِنْهَا إِلَى غَيْرِهِ ، لِكَوْنِهِ مُقْتَنًا ، وَلِكَوْنِ الْأَرْضِ لَا يُتَنَفَعُ بِهَا إِلَّا بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ الْمَالِ ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ رَاوِي حَدِيثِهِمْ : نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرٍ كَانَ لَنَا نَافِعًا^(٣٠) . وَالشَّارِعُ لَا يَنْهَى عَنْ

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « دَل » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٢٧) تَقْدِيمٌ فِي صَفْحَةِ ٥٢٧ .

(٢٨) فِي ب : « مِنَ النَّبِيِّ ﷺ وَمِنْ » .

(٢٩) فِي ب : « أَكْثَرُ » .

(٣٠) تَقْدِيمٌ تَحْرِيجِيهِ فِي صَفْحَةِ ٥٥٦ .

الْمَنَافِعِ ، وَإِنَّمَا يَنْهَى عَنِ الْمَضَارِّ وَالْمَفَاسِدِ ، فَيُدَلُّ ذَلِكَ عَلَى غَلَطِ الرَّأْيِ فِي النَّهْيِ عَنْهُ ، وَحُصُولِ الْمُنْفَعَةِ فِيمَا ظَنَّهُ مِنْهَا عَنْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ حُكْمَ الْمَزَارَعَةِ حُكْمُ الْمُسَاقَاةِ ، فِي أَنَّهَا إِنَّمَا تَجُوزُ بِجُزْءٍ لِلْعَامِلِ مِنَ الزَّرْعِ ، وَفِي جَوَازِهَا ، وَلُزُومِهَا ، وَمَا يَلْزَمُ الْعَامِلَ وَرَبَّ الْأَرْضِ ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهَا .

٧٣/٥ و

فصل : وإذا كان في الأرض / شَجَرٌ ، وبينه بياضُ أرضٍ ، فساقاهُ على الشَّجَرِ ، وَزَارَعَهُ الْأَرْضَ الَّتِي بَيْنَ الشَّجَرِ ، جَازَ ، سِوَاءَ قَلِّ بَيَاضِ الْأَرْضِ أَوْ كَثَرِ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : قَدْ دَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْرَ عَلَى هَذَا . وَبِهَذَا قَالَ كُلُّ مَنْ أَجَازَ الْمَزَارَعَةَ فِي الْأَرْضِ الْمُفْرَدَةِ . فَإِذَا قَالَ : سَاقَيْتُكَ عَلَى الشَّجَرِ ، وَزَارَعْتُكَ عَلَى الْأَرْضِ بِالنِّصْفِ . جَازَ . وَإِنْ قَالَ : عَامَلْتُكَ عَلَى الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ عَلَى النِّصْفِ . جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمُعَامَلَةَ تَشْمَلُهُمَا . وَإِنْ قَالَ : زَارَعْتُكَ عَلَى (٣١) الْأَرْضِ بِالنِّصْفِ ، وَسَاقَيْتُكَ عَلَى الشَّجَرِ بِالرُّبْعِ . جَازَ . كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُسَاقِيَهُ عَلَى أَنْوَاعٍ مِنَ الشَّجَرِ ، وَيَجْعَلَ لَهُ فِي (٣٢) كُلِّ نَوْعٍ قَدْرًا . وَإِنْ قَالَ : سَاقَيْتُكَ عَلَى الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ بِالنِّصْفِ . جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَزَارَعَةَ مُسَاقَاةٌ (٣٣) مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى السَّقْيِ فِيهَا ، لِحَاجَةِ الشَّجَرِ إِلَيْهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ (٣٤) لَا تَتَنَاوَلُ الْأَرْضَ ، وَتَصِحُّ فِي النَّخْلِ وَحَدَهُ . وَقِيلَ : يَنْبَغِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبَّرَ عَنِ عَقْدِ بَلْفِظِ عَقْدٍ يُشَارِكُهُ فِي الْمَعْنَى الْمَشْهُورِ بِهِ فِي الْأَشْتِقَاقِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَبَّرَ بَلْفِظِ الْبَيْعِ فِي السَّلْمِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَعْنَى ، وَقَدْ عَلِمَ بِقَرَأَتِنِ أَحْوَالِهِ . وَهَكَذَا إِنْ قَالَ فِي الْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ : سَاقَيْتُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَرْضِ يَنْصِفُ مَا يُزْرَعُ فِيهَا . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : سَاقَيْتُكَ عَلَى الشَّجَرِ بِالنِّصْفِ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَرْضَ ، لَمْ تَدْخُلْ فِي الْعَقْدِ ، وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُزْرَعَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو يُونُسَ : لِلدَّاخِلِ زَرْعُ الْبَيَاضِ ، فَإِنْ تَشَارَطَا أَنَّ ذَلِكَ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ جَائِزٌ ، وَإِنْ اشْتَرَطَ صَاحِبُ

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في ب : من .

(٣٣-٣٢) سقط من : الأصل .

الأرض أنه يزرع البياض ، لم يصح ؛ لأن الداخِل يسقى لرب الأرض ، فتلك زيادة
ازدادها عليه . ولنا ، أن هذا لم يتناولهُ العقد ، فلم يدخل فيه ، كما لو كانت أرضاً
مُفردة^(٣٤) .

فصل : وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة ، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها ،
وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر ، وأجازهُ مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل ؛
لأنه يسير ، فيدخل تبعاً . ولنا ، أنه اشترط الثمرة كلها ، فلم يجز ، كما لو كان الشجر
أكثر من الثلث .

فصل : وإن أجزه بياض الأرض^(٣٥) ، وساقاه على الشجر الذي فيها ، جاز ؛ لأنهما
عقدان يجوز أفراد كل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع ، والإجارة . ويحتمل
أن لا يجوز ، بناءً على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل . والأول أولى ، إلا أن
يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها ، أو قبل / بدو صلاحها ، فلا يجوز ،
سواء جمعاً بين العقدَيْن ، أو عقداً أحدهما بعد الآخر ؛ لما ذكرنا^(٣٦) في إبطال الحيل .

٧٣/٥ ط

٨٨٩ - مسألة ؛ قال : (إذا كان البذر من رب الأرض)

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض ، والعمل من
العامل . نص عليه أحمد ، في رواية جماعة . واختاره عامة الأصحاب . وهو مذهب
ابن سيرين ، والشافعي ، وإسحاق ؛ لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه ،
فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما ، كالمساقاة والمضاربة . وقد روى عن
أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل ؛ فإنه قال ، في رواية مهتأ ، في الرجل

(٣٤) في الأصل : مفردة .

(٣٥) في م : أرض .

(٣٦) في م : ذكر .

يكون له الأرضُ فيها نَحْلٌ وشَجَرٌ ، يَدْفَعُهَا إِلَى قَوْمٍ يَزْرَعُونَ الْأَرْضَ وَيَقُومُونَ عَلَى الشَّجَرِ ، عَلَى أَنَّ لَهُ النِّصْفَ ، وَهُمْ النِّصْفَ : فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ ، وَقَدْ دَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ (١) خَيْبَرَ عَلَى هَذَا (٢) . فَأَجَازَ دَفْعَ الْأَرْضِ لَزَرْعِهَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْبَذْرِ . فَعَلَى هَذَا أَيُّهُمَا أُخْرِجَ الْبَذْرُ ، جَازَ . وَرُوِيَ (٣) ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٤) . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَرُوِيَ عَنْ سَعْدِ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ الْبَذْرَ مِنَ الْعَامِلِ . وَلِعَلَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْعَامِلِ ، فَيَكُونُ كَقَوْلِ عَمَرَ ، وَلَا يَكُونُ قَوْلًا ثَالِثًا . وَالذَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَكَرْنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ : دَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَحْلَ خَيْبَرَ وَأَرْضَهَا ، عَلَى أَنْ يَعْمَلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَلِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرُ ثَمَرِهَا . وَفِي لَفْظٍ : عَلَى أَنْ يَعْمَلُوهَا ، وَيَزْرَعُوهَا ، وَهُمْ شَطْرُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا . أُخْرِجَهُمَا الْبُخَارِيُّ (٥) . فَجَعَلَ عَمَلَهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَزَرْعَهَا عَلَيْهِمْ ، وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا آخَرَ ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْبَذْرَ مِنْ أَهْلِ خَيْبَرَ ، وَالْأَصْلُ الْمُعْوَلُ عَلَيْهِ فِي الْمَزَارَعَةِ قِصَّةُ (٦) خَيْبَرَ ، وَلَمْ يَذْكُرِ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الْبَذْرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا أُخْلَ بِذِكْرِهِ ، وَلَوْ فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ لَنَقَلَ ، وَلَمْ يَجْزِ الْإِخْلَالَ بِنَقْلِهِ . وَلِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَعَلَ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا ، فَإِنَّ الْبُخَارِيَّ رَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ عَامَلَ النَّاسَ عَلَى أَنَّهُ (٧) إِنْ جَاءَ عُمَرُ بِالْبَذْرِ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ الشَّطْرُ ، وَإِنْ جَاءُوا بِالْبَذْرِ فَلَهُمْ كَذَا (٨) ، فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ ذَلِكَ اشْتَهَرَ فَلَمْ يُنْكَرْ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا بِمَنْزِلَةِ

(١) سقط من : ب .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧ .

(٣) في م زيادة : « نحو » .

(٤) أخرجه البخاري في : باب المزارعة بالشطرن ونحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ .

(٥) اللفظ الأول تقدم تخريجه في صفحة ٥٤١ والثاني في صفحة ٥٢٧ .

(٦) في الأصل : « قضية » .

(٧) هو الذي تقدم في أول المسألة .

بِيعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، فَكَيْفَ يَفْعَلُهُ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؟ قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ ^(٨) لِيُخَيِّرَهُمْ فِي أَىِّ الْعَقْدَيْنِ شَاءُوا ، فَمَنْ اخْتَارَ عَقْدًا / عَقَدَهُ مَعَهُ مَعِينًا ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْبَيْعِ : إِنْ شِئْتَ بِعْتَكِهِ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بِأَحَدِ عَشَرَ مُكْسَرَةً ^(٩) . فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا فَعَقَدَ الْبَيْعَ مَعَهُ عَلَيْهِ مُعَبَّنًا . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ^(١٠) مَجِيئُهُ بِالْبَدْرِ ، أَوْ شُرُوعُهُ فِي الْعَمَلِ بِغَيْرِ بَدْرِ ، مَعَ إِقْرَارِ عَمْرَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَعَلِمِهِ بِهِ ، جَرَى مَجْرَى الْعَقْدِ ، وَلِهَذَا رَوَى عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ فِيمَا إِذَا قَالَ : إِنْ خِطَبْتَهُ ^(١١) رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خِطَبْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . وَمَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا مِنَ الْقِيَاسِ يُخَالِفُ ظَاهِرَ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا ، فَكَيْفَ يُعْمَلُ بِهِ ؟ ثُمَّ هُوَ مُتَّفِقٌ بِمَا إِذَا اشْتَرَكَ ^(١٢) مَا لَانَ وَيَدُنْ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْبَدْرُ مِنْهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَشَرَطَا أَنْ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، سِوَاءَ قُلْنَا بِصِحَّةِ الْمُرَاعَةِ أَوْ فَسَادِهَا ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ بَدْرِهِ ، لَكِنْ إِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهَا ، لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قُلْنَا : مَنْ شَرَطَ صِحَّتِهَا إِخْرَاجَ رَبِّ الْمَالِ الْبَدْرُ . فَهِيَ فَاسِدَةٌ ، فَعَلَى الْعَامِلِ نِصْفُ أَجْرِ الْأَرْضِ ، وَلَهُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ ^(١٣) نِصْفُ أَجْرِ عَمَلِهِ ، فَيَتَقَاصَّانِ بِقَدْرِ الْأَقْلِ مِنْهُمَا ، وَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْفَضْلِ . وَإِنْ شَرَطَا التَّفَاضُلَ فِي الزَّرْعِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّتِهَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَلَا تَرَجَعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا بِفَسَادِهَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ بَدْرِهِمَا ، وَيَتَرَجَعَانِ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

(٨) سقط من : ب .

(٩) في م : « مكسورة » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « جعلته » .

(١٢) في الأصل : « أشرك » .

(١٣) في ب : « المال » .

وكذلك إن تَفَاضَلَا في البَدْرِ ، وَشَرَطَا التَّسَاوِي فِي الزَّرْعِ ، أَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ بَدْرِهِ أَوْ أَقَلِّ .

فصل : فإن قال صاحبُ الأرضِ : أَجْرْتُكَ نِصْفَ أَرْضِي هَذِهِ ، يَنْصِفُ بَدْرَكَ ، وَيَنْصِفُ مَنفَعَتِكَ وَمَنفَعَةَ بَقْرِكَ ، وَآلَتِكَ . وَأَخْرَجَ الْمُزَارِعُ الْبَدْرَ كُلَّهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمَنفَعَةَ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ جَعَلَهَا أَجْرَةً لِأَرْضٍ أُخْرَى ، أَوْ دَارٍ ، لَمْ يَجُزْ ، وَيَكُونُ الزَّرْعُ كُلُّهُ لِلْمُزَارِعِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْأَرْضِ . وَإِنْ أَمَكَّنَ عِلْمُ الْمَنفَعَةِ وَضَبَطَهَا بِمَا لَا تَخْتَلِفُ مَعَهُ ، وَمَعْرِفَةُ الْبَدْرِ ، جَازَ ، وَكَانَ الزَّرْعُ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْبَدْرَ عَوَضٌ ، فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَبِيعًا ، وَمَا حَصَلَ فِيهِ قَبْضٌ . وَإِنْ قَالَ : أَجْرْتُكَ نِصْفَ أَرْضِي ، يَنْصِفُ مَنفَعَتِكَ ، وَمَنفَعَةَ بَقْرِكَ ، وَآلَتِكَ ، وَأَخْرَجَا الْبَدْرَ ، فَهِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا ، إِلَّا أَنَّ الزَّرْعَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ .

٨٩٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ / بَدْرِهِ ، وَيَقْتَسِمَا مَا بَقِيَ ، لَمْ يَجُزْ)

وَكَانَتْ لِلْمُزَارِعِ أَجْرَةٌ مِثْلَهُ . وَكَذَلِكَ يَبْطُلُ إِنْ أَخْرَجَ الْمُزَارِعُ الْبَدْرَ ، وَيَصِيرُ الزَّرْعُ لِلْمُزَارِعِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْأَرْضِ . أَمَّا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ بَدْرِهِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ قَفْرَانًا مَعْلُومَةً ، وَذَلِكَ شَرَطٌ فَاسِدٌ ، تَفْسُدُ بِهِ الْمُزَارَعَةُ ، لِأَنَّ الْأَرْضَ رَبُّمَا لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا تِلْكَ الْقُفْرَانِ ، فَيَحْتَصِرُ رَبُّ الْمَالِ بَهَا ، وَرَبُّمَا لَا تَخْرُجُهَا الْأَرْضُ . وَأَمَّا إِذَا أَخْرَجَ الْمُزَارِعُ الْبَدْرَ ، فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الرُّوَابِئِينَ فِي صِحَّةِ هَذَا الشَّرْطِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، أَنَّهُ فَاسِدٌ . فَإِذَا أَخْرَجَ الْمُزَارِعُ الْبَدْرَ ، فَسَدَّتْ ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ الْعَامِلُ فِي الْمُضَارَبَةِ رَأْسَ الْمَالِ مِنْ عِنْدِهِ . وَمَتَى فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ ، فَالزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْبَدْرِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، يَنْقَلِبُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ ، وَيَنْمُو ، فَصَارَ كَصِغَارِ الشَّجَرِ إِذَا غَرَسَ فَطَالَ ، وَالْبَيْضَةَ إِذَا حُضِنَتْ فَصَارَتْ فَرَّخًا ، وَالْبَدْرَ هَهُنَا مِنَ الْمُزَارِعِ ، فَكَانَ الزَّرْعُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ رَبَّهَا إِنَّمَا بَدَّلَهَا

له^(١) بِعَوْضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَرَجَعَ إِلَى عَوْضٍ مَنَافِعِهَا الْفَائِئِمَةُ^(٢) بَزَّرِعِهَا عَلَى صَاحِبِ الزَّرْعِ . وَلَوْ فَسَدَتْ ، وَالبَذْرُ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ ، كَانَ الزَّرْعُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الْعَامِلِ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْهُمَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا ، وَتَرَاجَعَانِ بِمَا يُفْضَلُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، مِنْ أَجْرِ مِثْلِ الأَرْضِ الَّتِي فِيهَا نَصِيبُ الْعَامِلِ ، وَأَجْرُ الْعَامِلِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِ الأَرْضِ .

فصل : وَإِنْ زَارَعَهُ عَلَى أَنْ لِرَبِّ الأَرْضِ^(٣) زَرْعًا بَعَيْنِهِ ، وَلِلْعَامِلِ زَرْعًا بَعَيْنِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعٌ نَاحِيَةٌ ، وَلِلْآخَرِ زَرْعٌ أُخْرَى ، أَوْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا مَا عَلَى السَّوَابِ وَالْجَدَاوِلِ ، إِمَّا مُتَّفِرِدًا ، أَوْ مَعَ نَصِيبِهِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ بِإِجْمَاعِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّ الخَبَرَ صَحِيحٌ فِي النِّهْيِ عَنْهُ ، غَيْرُ مُعَارَضٍ وَلَا مَنْسُوخٍ ، وَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَلْفِ مَا عَيْنَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَيَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْعَلَّةِ دُونَ صَاحِبِهِ .

فصل : والشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ وَالْمَزَارَعَةِ تَنْقَسِمُ قَسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يُعُودُ بِجَهَالَةِ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا هُنَا ، أَوْ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا نَصِيبًا مَجْهُولًا ، أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ أَقْفَزَةً مُعَيَّنَةً^(٤) ، أَوْ أَنَّهُ إِنْ سَقَى سَيِّحًا فَلَهُ كَذَا ، وَإِنْ سَقَى بِكُلْفَةٍ فَلَهُ كَذَا . فَهَذَا يُفْسِدُهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعُودُ إِلَى جَهَالَةِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ بِتَمَنِ مَجْهُولٍ ، وَالْمُضَارَبَةَ مَعَ جَهَالَةِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ شَرَطَ البَذْرَ مِنَ الْعَامِلِ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فَسَادُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إِذَا فَسَدَ ، لَرِمَ كَوْنُ الزَّرْعِ لِرَبِّ البَذْرِ ، لِكَوْنِهِ نَمَاءً مَالِهِ ، فَلَا يَحْصُلُ لِرَبِّ الأَرْضِ شَيْءٌ مِنْهُ ، وَيَسْتَحِقُّ الأَجْرَ ، وَهَذَا مَعْنَى الْفَسَادِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ مَا لَا يُفْضِي إِلَى جَهَالَةِ الرُّبْحِ ، كَعَمَلِ رَبِّ المَالِ مَعَهُ ، أَوْ عَمَلِ

و٧٥/٥

(١) سقط من : ب .

(٢) في ب ، م : « الثابتة » .

(٣) في ب : « المال » .

(٤) في الأصل : « بعينها » .

العامل في شيء آخر ، فهل تُفسد المساقاة والمزارعة ؟ يُخرَجُ على روايتين ، بناءً على (٥) الشرط الفاسد^٥ في البيع والمضاربة .

فصل : وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ، ليزرعهُ في أرضه ، ويكون ما يخرُجُ بينهما ، فهو فاسدٌ أيضاً ؛ لأنَّ البذر ليس من ربِّ الأرض ، ولا من العامل ، ويكون الزرع لصاحب البذر ، وعليه أجرُ الأرض والعمل . وإن قال صاحبُ الأرض لرجل : أنا أزرعُ الأرض ببذري وعواملي ، ويكون سقيها من مائتك ، والزرعُ بيننا . ففيها روايتان ؛ إحداهما ، لا يصحُّ . اختارها القاضي ؛ لأنَّ موضوعَ المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل ، وليس من صاحبِ الماءِ أرضٌ ولا عملٌ ولا بذرٌ ، لأنَّ الماء لا يُباع ولا يُستأجر ، فكيف تصحُّ المزارعة به ؟ والثانية ، يصحُّ . اختارها أبو بكرٍ ، ونقلها عن أحمد يعقوبُ ابن بختان^(٦) ، وحرَّب ؛ لأنَّ الماء أحد ما يُحتاج إليه في الزرع ، فجاز أن يكون من أحدهما ، كالأرض والعمل . والأول أصحُّ ؛ لأنَّ هذا ليس بمنصوصٍ عليه ، ولا في معنى المنصوص ؛ لما ذكرناه .

فصل : وإن اشترك ثلاثة ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر والعمل ، على أن ما رزق الله بينهم ، فعملوا ، فهذا عقدٌ فاسدٌ ، نصَّ عليه ، في رواية أبي داود ، ومُهَنَّأ ، وأحمد بن القاسم ، وذكر حديثٌ مُجاهدٍ ، في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ ، فقال أحدهم : علىَّ الفدان^(٧) . وقال الآخر : قبلي^(٨) الأرض . وقال الآخر : قبلي^(٨) البذر . وقال الآخر : قبلي^(٨) العمل . فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر ، وألغى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كلَّ يومٍ درهماً ، ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً^(٩) . فقال أحمد : لا يصحُّ ، والعمل

(٥-٥) في م : « الشرط الفاسد » .

(٦) هو يعقوب بن إسحاق بن بختان . تقدم في : ١ / ٤٤٥ .

(٧) الفدان : المخرات .

(٨) في ب : « على » .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب القوم يشتركون في الزرع ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٧ / ١٢٣ .

علي^(١٠) غيره . وذَكَرَ هذا الحَدِيثَ سَعِيدُ بنِ مَنْصُورٍ ، عن الوَلِيدِ بنِ مُسْلِمٍ ، عن الأورَاقِيِّ ، وعن واصلِ بنِ أَبِي جَمِيلٍ ، عن مُجاهِدٍ ، وقال في آخِرِهِ : فَحَدَّثْتُ بِهِ^(١١) مَكْحُولًا ، فقال : ما يَسُرُّنِي بهذا الحَدِيثِ وَصِيفٌ^(١٢) . وَحُكِّمَ هذه المَسْأَلَةُ حُكْمُ المَسْأَلَةِ التي ذَكَرْناها في صَدْرِ الفَصْلِ ، / وهما فاسِدان ؛ لأنَّ مَوْضُوعَ المَزَارَعَةِ على أَنَّ البَذْرَ من رَبِّ الأَرْضِ ، أو من العائِلِ ، وليس هو هَهُنا من واحدٍ منهما . وليست شَرِكَةً ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تكونُ بالأثْمَانِ ، وإن كانت بالعرُوضِ ، اعتَبِرَ كونُها معلُومَةً ، ولم يُوجَدَ شيءٌ من ذلك هَهُنا . وليست إيجارَةً ؛ لأنَّ الإيجارَةَ تَفْتَقِرُ إلى مُدَّةٍ معلُومَةٍ ، وَعَوْضٍ معلُومٍ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ^(١٣) / ، وأصحابُ الرَّأْيِ . فعلى هذا يكونُ الزَّرْعُ لِصاحِبِ البَذْرِ ؛ لأنَّهُ نَمَاءُ مالِهِ ، وَلِصاحِبِيهِ عليه أجرٌ مِثْلُهُما ؛ لأنَّهُما دَخَلَا على أن يُسَلِّمَ لهما المُسَمَّى ، فإذا لم يُسَلِّمَ ، عادَ إلى بَدَلِهِ . وبهذا قال الشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يَتَصَدَّقُ بالفَضْلِ . والصَّحِيحُ أَنَّ التَّمَاءَ لِصاحِبِ البَذْرِ ، ولا تَلْزَمُهُ الصَّدَقَةُ به ، كسائرِ مالِهِ . ولو كانت الأَرْضُ لثلاثَةٍ ، فاشْتَرَكُوا على أن يَزْرَعُوها يَبْدُرُهُم ودَوَابَّهُم وأَعوانِهِم ، على أن ما أخرجَ اللهُ بينهم على قَدْرِ مالِهِم ، فهو جائِزٌ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ أَحَدَهُم لا يَفْضُلُ صاحِبِيهِ بشيءٍ .

ظ ٧٥/٥

و ٧٦/٥

فصل : وإذا زارَعَ رَجُلًا ، أو آجرَهُ أرضَهُ فزَرَعاها ، وسَقَطَ من الحَبِّ شيءٌ ، فَنَبَتَ في تلكِ الأَرْضِ عامًا آخَرَ ، فهو لِصاحِبِ الأَرْضِ .^(١٤) نَصٌّ عليه أحمدٌ ، في رِوايةِ أبي داوُدَ ، ومحمدِ بنِ الحارِثِ . وقال الشافِعِيُّ : هو لِصاحِبِ الحَبِّ^(١٥) ؛ لأنَّهُ عَيْنُ مالِهِ ، فهو كما لو بَدَرَهُ قَصْدًا . ولنا ، أَنَّ صاحِبَ الحَبِّ أسَقَطَ حَقَّهُ منه بِحُكْمِ العُرْفِ ،

(١٠) في ب : « في » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل ، ب : « وصيفا » .

والوصيف : الخادم ، غلاما كان أو جارية .

(١٣) جاءت علامة بداية الصفحة مبكرة ، لأن بقية السابقة مضروب عليها .

(١٤-١٥) سقط من : ب .

وزوال^(١٥) ملكه عنه ؛ لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهذا أبيض التقاطه ورعيه . ولا نعلم خلافاً في إباحة التقاط ما خلفه الحصا دون من سنبل وحب وغيرهما ، فجرى ذلك مجرى نبيذ على سبيل الترك له ، وصار كالشيء التافه يسقط منه ، كالتمررة واللقمة ونحوهما . والنوى^(١٦) لو التقطه إنسان ، فعرسه ، كان له دون من سقط منه ، كذا ههنا .

فصل : في إجارة الأرض / ، تجوز إيجارها بالورق ، والذهب ، وسائر العروض ، سوى المطعوم ، في قول أكثر العليم . قال أحمد : ما^(١٧) اختلفوا في الذهب والورق . وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم ، على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً ، جائز بالذهب والفضة .^(١٨) روينا هذا^(١٨) القول عن سعد^(١٩) ، ورافع بن خديج ، وابن عمر ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، والقاسم ،^(٢٠) وسالم ، وعبد الله بن الحارث^(٢١) ، ومالك ، والليث ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وروى عن طاوس ، والحسن كراهة ذلك ؛ لما روى رافع ، أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع . متفق عليه^(٢٢) . ولنا ، أن رافعا قال : أما بالذهب والورق ، فلم ينهنا . يعنى النبي ﷺ . متفق عليه^(٢٢) . ولمسلم^(٢٣) : أما بشيء معلوم مضمون ، فلا بأس . وعن حنظلة بن قيس ، أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض ، فقال :

(١٥) في ب ، م : « زال » .

(١٦) في ب : « والذي » .

(١٧) في الأصل ، م : « قلما » .

(١٨-١٨) في ب : « وشاهدا » .

(١٩) في ب ، م : « سعيد » . ويأتى .

(٢٠-٢٠) في الأصل : « وسالم بن عبد الموت » . وفي ب : « وسالم بن عبد الله بن الحارث » .

(٢١) تقدم ترجمته في صفحة ٥٥٦ .

(٢٢) تقدم ترجمته في صفحة ٥٢٨ .

(٢٣) في : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المزارعة . من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ . قَالَ ، فَقُلْتُ : بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ؟ قَالَ : إِنَّمَا نَهَى عَنْهَا بَعْضُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَلَا بَأْسَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٤) ، وَعَنْ سَعْدِ قَالَ : كُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ بِمَا عَلَى السَّوَاقِي وَمَا سَعِدُ (٢٥) بِالْمَاءِ مِنْهَا ، فَتَهَانًا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، وَأَمَرْنَا أَنْ نُكْرِيهَا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٦) ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ الْمُبَاحَةِ مِنْهَا ، مَعَ بَقَائِهَا ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهَا بِالْأَثْمَانِ وَنَحْوِهَا ، كَالدَّوْرِ . وَالْحُكْمُ فِي الْعُرُوضِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْأَثْمَانِ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَدْ فَسَّرَهُ الرَّاوي بِمَا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ (٢٧) ، فَلَا يَجُوزُ الْاِحْتِجَاجُ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ . وَحَدِيثُنَا مُفَسَّرٌ لِحَدِيثِهِمْ ، فَإِنْ رَاوِيهِمَا وَاحِدٌ ، وَقَدْ رَوَاهُ عَامًّا وَخَاصًّا ، فَيُحْمَلُ الْعَامُّ عَلَى الْخَاصِّ ، مَعَ مُوَافَقَةِ الْخَاصِّ لِسَائِرِ الْأَحَادِيثِ وَالْقِيَاسِ (٢٨) وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . فَأَمَّا إِجَارَتُهَا بِطَعَامٍ ، فَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُوجِرَهَا بِمَطْعُومٍ غَيْرِ الْخَارِجِ مِنْهَا مَعْلُومٍ ، فَيَجُوزُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرِمَةُ (٢٩) ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَنْعَ مِنْهُ مَالِكٌ ، حَتَّى مَنَعَ إِجَارَتَهَا بِاللَّبَنِ وَالْعَسَلِ . وَقَدَرُوهُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : رِمَا تَهَيَّبْتُهُ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مِنْ أَحْمَدَ عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، وَمَذْهَبُهُ الْجَوَازُ . وَالْحُجَّةُ لِمَالِكٍ مَا رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، عَنْ بَعْضِ عُمُومِيَّتِهِ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلَا يُكْرِيهَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَهَ (٣٠) . وَرَوَى ظَهِيرُ بْنُ

٧٧/٥ و

(٢٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٨ .

(٢٥) سعد الماء : جرى سيحا .

(٢٦) في : باب في المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الأحاديث المختلفة ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٨ . والدارمي ، في : باب في الرخصة في كراء الأرض بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧١ . وإمام أحمد ،

في : المسند ١ / ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٢ .

(٢٧) انظر ما تقدم في صفحة ٥٢٨ .

(٢٨) في م : « وللقياس » .

(٢٩) سقط من : م .

رافع ، قال : دَعَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فقال : « مَا تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ ؟ » قلتُ : نُؤَاجِرُهَا عَلَى الرَّبْعِ ، أَوْ عَلَى الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ . قال : « لَا تَفْعَلُوا ، ازْرَعُوهَا ، أَوْ أَمْسِكُوهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣٠) . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ (٣١) . وَالْمُحَاقَلَةُ : اسْتِكْرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ رَافِعٍ : فَأَمَّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَلِأَنَّهُ عَوِضٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ ، لَا يَتَّخِذُ وَسِيلَةً إِلَى الرَّبَا ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهَا بِهِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَحَدِيثُ ظَهِيرِ (٣٢) بْنِ رَافِعٍ (٣٢) قَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ فِي الْمُرَاعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ النَّهْيَ عَنِ إِجَارَتِهَا بِذَلِكَ ، إِذَا كَانَ خَارِجًا مِنْهَا ، وَيَحْتَمِلُ النَّهْيَ عَنْهُ إِذَا آجَرَهَا بِالرَّبْعِ وَالْأَوْسُقِ . وَحَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ يَحْتَمِلُ الْمَنْعَ مِنْ كِرَائَتِهَا بِالْحِنْطَةِ ، إِذَا اكْتَرَاهَا لِزَرْعِ الْحِنْطَةِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، إِجَارَتُهَا بِطَعَامٍ مَعْلُومٍ ، / من جنس ما يزرع (٣٣) فيها ، كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها ، فقال أبو الخطاب : فيها روايتان ؛ إحداهما ، المنع . وهي التي ذكرها القاضي مذهباً ، وهي قول مالك ؛ لما تقدم من الأحاديث ، ولأنها ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها ، لأنه يجعل مكان قوله زارعتك ، آجرتك ، فتصير مزارعةً بلفظ الإجارة ، والذرائع معتبرة . والثانية ، جواز ذلك . اختارها أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة ،

٥٧٧/ظ

(٣٠) أخرجه البخاري ، في : باب ما كان من أصحاب رسول الله ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والشمرة ، من كتاب الحرث . صحيح البخاري ٣ / ١٤١ . ومسلم ، في : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما يكره من المزارعة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ ، ٨٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٤٣ .

(٣١) تقدم في ٦ / ٢٩٩ تحريجه عند البخاري ، وأخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٦٨ . وابن ماجه ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٠ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٢٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٨ .

(٣٢-٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في ب : زرع .

والشافعي ؛ لما ذكرنا في القسم الأول ، ولأن ما جازت إجازته بغير المطعوم ، جازت به ، كالدور . القسم الثالث ، إجازتها بجزءٍ مشاعٍ مما يخرج منها ، كتنصيف ، وثلث ، ورُبْع ، فالمنصوصُ عن أحمد جوازُه . وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وهو الصحيح إن شاء الله ؛ لما تقدّم من الأحاديث في النهي ، من غير معارض لها ، ولأنها إجازةٌ^(٣٤) بعبوضٍ مجهول ، فلم تصح ، كما جازتها بثلث ما يخرج من أرضٍ أخرى ، ولأنها إجازةٌ^(٣٥) لعينٍ ببعض نَمَائِهَا ، فلم تجز ، كسائر الأعيان ، ولأنه لا نصَّ في جوازها ، ولا يُمكن قياسها على المنصوص ، فإنَّ النصَّ^(٣٥) إنما وردت بالنهي عن إجازتها بذلك ، ولا نعلم في تجويزها نصًّا ، والمنصوصُ على جوازها ، إجازتها بذهب ، أو فضة ، أو بشيءٍ مضمونٍ معلومٍ^(٣٦) ، وليس هذا^(٣٦) كذلك . فأما نصُّ أحمد في الجواز ، فيتعين حملُه على المزارعة بلفظ الإجازة ، فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ، ولزومها ، وفيما يلزم العامِل رَبَّ الأرض ، وسائر أحكامها . والله أعلم .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٣٥) في الأصل : « المنصوص » .

(٣٦-٣٦) في م : « وليست هذه » .

فهرس
الجزء السابع
كتاب الصلح

- ٨١٧ - مسألة : (والصلح الذي يجوز ، هو أن يكون
للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه ، ...) ٦ - ١٢
فصل : لو ادعى على رجل ودیعة ، ...
٨ فأنكره ، واصطلحا ، صح ...
٨ - ١٠ فصل : إن صالح عن المنكر أجنبي ، صح .
فصل : إن صالح الأجنبي المدعى لنفسه
... فلا يخلو من أن يعترف للمدعى
١٠ ، ١١ بصحة دعواه ...
فصل : فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل
المدعى عليه في مصالحتك عن هذه
١١ العين ، الصلح لا يصح .
٨١٨ - مسألة : (ومن اعترف بحق ، فصالح على بعضه ، لم
يكن ذلك صلحا ؛ لأنه هضم للحق) ١٢ - ٤٠
فصل : إن ادعى على رجل بيتا ، فصالحه على
١٦ بعضه ، ... لم يصح .
فصل : إذا صالحه بخدمة عبده سنة ، صح ،
١٦ ، ١٧ وكانت إجارة .
فصل : إذا ادعى زرعاً في يد رجل ، فأقر له
به ، ثم صالحه منه على دراهم ،
١٧ ، ١٨ جاز ...
فصل : إذا حصلت أغصان شجرته في هواء
ملك غيره ، لزم مالك الشجرة إزالة

١٩، ١٨

تلك الأغصان .

فصل : إن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها ، أو بثمرها كله ، ... فيحتمل

٢٠، ١٩

أن يصح .

فصل : كذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة إنسان إلى أرض

٢١، ٢٠

جاره .

فصل : إذا صالحه على المؤجل ببعضه حالا ،

٢٢، ٢١

لم يجوز .

فصل : ويصح الصلح عن المجهول ، ... إذا

٢٣، ٢٢

كان مما لا سبيل إلى معرفته .

فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، ... فلا

٢٤، ٢٣

يصح الصلح عليه مع الجهل .

فصل : يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ

٢٥، ٢٤

العرض عنه .

فصل : لو صالح عن المائة الثابتة في الذمة

٢٥

بالإتلاف ، بمائة مؤجلة ، لم يجوز .

فصل : لو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج

٢٥

مستحقا ، رجع بقيمته .

فصل : لو صالح عن دار أو عبد بعوض ،

فوجد العوض مستحقا أو حرا ،

٢٥

رجع في الدار ...

فصل : لو صالحه عن القصاص بحر ... رجع

٢٦

بالدية .

فصل : إذا صالح رجلا على موضع قناة من

٢٦

أرضه ... وبيئنا موضعها ... جاز .

- فصل: إن صالح رجلا على إجراء مساء
 ٢٧ سطحه ، ... جاز
- فصل: إذا أراد أن يجرى ماء في أرض غيره
 ٢٨ لغير ضرورة ، لم يجز إلا بإذنه .
- فصل: إن صالح رجلا على أن يسقى أرضه
 من نهر الرجل يوما أو يومين ، أو من
 عينه ، وقدره بشيء يعلم به ، فقال
 ٢٩، ٢٨ القاضى : لا يجوز .
- فصل: لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ
 ٣٠، ٢٩ العوض عنه .
- فصل: إن ادعى على رجل أنه عبده ،
 فأنكره ، فصالحه على مال ليقر له
 ٣٠ بالعبودية ، لم يجز .
- فصل: لو صالح شاهدا على أن لا يشهد
 ٣١، ٣٠ عليه ، لم يصح .
- فصل: لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ
 ٣٢، ٣١ جناحا .
- فصل: لا يجوز أن يبنى في الطريق دكانا .
 ٣٢
- فصل: لا يجوز أن يبنى دكانا ولا يخرج
 روشنا ، ولا ساباطا على درب غير
 ٣٣، ٣٢ نافذ ، إلا بإذن أهله .
- فصل: لا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا
 ٣٤، ٣٣ لنفسه .
- فصل: لا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق
 الأعظم . ولا يجوز إخراجها إلى درب
 ٣٤ نافذ إلا بإذن أهله .

- فصل : لا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك
 طاقا ولا بابا ، إلا بإذن شريكه . ٣٥ ، ٣٤
- فصل : فأما وضع خشبة عليه ، فإن كان
 يضر بالحائط لضعفه عن حمله ، لم
 يجوز . ٣٦ ، ٣٥
- فصل : فأما وضعه في جدار المسجد ، إذا
 وجد الشرطان ، فعن أحمد فيه
 روايتان : إحداهما ، الجواز ... ٣٧ ، ٣٦
- فصل : من ملك وضع خشبة على حائط ،
 فزال ، ... ثم أعيد ، فله إعادة
 خشبه . ٣٧
- فصل : لو كان له وضع خشبه على جدار
 غيره ، لم يملك إعارته ولا إيجارته . ٣٨ ، ٣٧
- فصل : إذا أذن صاحب الحائط لجاره في
 البناء على حائطه ، ... ، ... ،
 جاز . ٣٨
- فصل : إن أذن له في وضع خشبه ، ...
 بعوض ، جاز . ٣٩ ، ٣٨
- فصل : إذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط
 مشترك ، ... ، ولم يعلم سببه ،
 فمتى زال فله إعادته . ٣٩
- فصل : إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين ،
 فأنكره أحدهما ، وأقر له الآخر ، ثم
 صالحه عما أقر له بعوض ، صح
 الصلح . ٤٠ ، ٣٩

٨١٩ - مسألة : (وإذا تداعى نفسان جدارا معقودا بيناء كل

واحد منهما ، تحالفا ، وكان بينهما ...) ٤٠ - ٥٥

فصل : فإن كان لأحدهما عليه بناء ، ... فهو

له . ٤٢

فصل : فإن كان لأحدهما خشب موضوع ،

... لا ترجح دعواه بذلك . ٤٣ ، ٤٢

فصل : لا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى

أحدهما والخوارج ووجوه الآجر

والحجارة ، ... ٤٤ ، ٤٣

فصل : لا ترجح الدعوى بالتزويق

والتحسين ، ... ٤٤

فصل : إن تنازع صاحب العلو والسفل ، في

حوائط البيت السفلائي ، فهي

لصاحب السفل . ٤٤

فصل : إن تنازع صاحب العلو والسفل في

الدرجة التي يصعد منها ، فإن لم يكن

من تحتها مرفق لصاحب السفل ...

٤٥ فهي لصاحب العلو

فصل : لو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما

وأرض الآخر ، تحالفا ، وكانت

بينهما . ٤٥

فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك ،

فانهدم ، فطلب أحدهما إعادته ، فأبى

الآخر ، فهل يجبر الممتنع على

إعادته ؟ ... ٤٥ - ٤٧

فصل : فإن لم يكن بين ملكيهما حائط
قديم ، فطلب أحدهما من الآخر
مبائاته حائطا يحجز بين ملكيهما ،
فامتنع ، لم يجبر عليه .

٤٧

فصل : فإن كان السفلى لرجل ، والعلو
لآخر ، فانهدم السقف الذى بينهما ،
فطلب أحدهما المباناة من الآخر ،
فامتنع ، فهل يجبر الممتنع على
ذلك ؟ ...

٤٨

فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ،
فانهدم ، فطلب أحدهما من الآخر
بناءه ، أو المساعدة فى بنائه ،
فامتنع ، لم يجبر .

٤٩ ، ٤٨

فصل : ومتى هدم أحد الشريكين الحائط
المشترك ، ... نظرت ، فإن خيف
سقوطه ، ووجب هدمه ، فلا شيء
على هادمه .

٤٩

فصل : فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك
بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث
والثلثان ، لم يصح .

٤٩

فصل : فإن كان بينهما نهر ، ... فاحتاج إلى
عمارة ، ففى إجبار الممتنع منها
روايتان ...

٥٠ ، ٤٩

فصل : إذا كان لرجلين بابان فى زقاق غير
نافذ ، ... فللقريب من الباب نقل بابه

- ٥١، ٥٠ . إلى ما يلي باب الزقاق .
 فصل : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ...
 وباب كل واحدة منهما في زقاق غير
 نافذ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما
 دارا واحدة ، جاز . ٥١
 فصل : إذا تنازع صاحب البابين في الدرب ،
 وتداعياه ، ولم يكن فيه باب
 لغيرهما ، ففيه ثلاثة أوجه ... ٥٢، ٥١
 فصل : ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا
 يضر بجاره . ٥٣، ٥٢
 فصل : إن كان سطح أحدهما أعلى من سطح
 الآخر ، فليس لصاحب الأعلى
 الصعود على سطحه ... ٥٣
 فصل : إذا كانت بينهما عرصة حائط ، فاتفقا
 على قسمها طولاً ، جاز ذلك . ٥٥ - ٥٣
 فصل : إن كان بينهما حائط ، فاتفقا على
 قسمته طولاً ، جاز . ٥٥

كتاب الحوالة والضمان

- ٨٢٠ - مسألة : (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك
 الحق ، فرضى ، فقد برئ المحيل أبداً)
 فصل : إن أحوال من لا دين له عليه رجلا على
 آخر له عليه دين ، فليس ذلك
 بحوالة . ٥٩، ٥٨
 فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم
 فصل : الشرط الرابع ، أن يحيل برضائه . ٦٠، ٥٩
 ٦١، ٦٠

- فصل : فإن شرط ملاءة المحال عليه ، فإن
 معسرا ، رجع على المحيل . ٦٢
- فصل : لو لم يرض المحال بالحوالة ، ثم بان
 المحال عليه مفلسا ، أو ميتا ، رجع
 على المحيل . ٦٢
- ٨٢١ - مسألة : (ومن أحيل بحقه على مليء ، فواجب عليه
 أن يحال)
 ٦٢ - ٧٠
- فصل : إذا أحال رجلا على زيد بألف ،
 فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة
 صحيحة . ٦٣
- فصل : إذا اشترى عبدا ، فأحال المشتري
 البائع بالثمن ، ثم ظهر العبد حرا أو
 مستحقا ، فالبيع باطل . ٦٣ ، ٦٤
- فصل : إذا اشترى عبدا ، فأحال المشتري
 البائع بالثمن على آخر ، ... برئ
 المحال عليه . ٦٤ ، ٦٥
- فصل : إذا كان لرجل على آخر دين ، فأذن
 لآخر في قبضه ، ثم اختلف هو
 والمأذون له ، ... فالقول قول مدعى
 الوكالة منهما مع يمينه . ٦٥ - ٦٧
- فصل : إن كانت المسألة بالعكس ، فقال :
 أحلتك بدينك . فقال : بل وكتنتي .
 ففيها الوجهان أيضا . ٦٧
- فصل : إن اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك
 بدينك فالقول قول مدعى
 الحوالة . ٦٧ ، ٦٨

- فصل : إن كان لرجل دين على آخر ، فطالبه به ، فقال : قد أحلت به على فلانا الغائب . وأنكر صاحب الدين ، فالقول قوله مع يمينه . ٦٨ ، ٦٩
- فصل : فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ، فأحال الضامن صاحب الدين به ، برئت ذمته وذمة المضمون عنه . ٦٩ ، ٧٠

باب الضمان

- ٨٢٢ - مسألة : (ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته فهو على . فقد لزمه ما صح أنه أعطاه)
- ٧١ - ٨٤ فصل : لا يعتبر أن يعرفهما الضامن . ٧٢
- فصل : قد دلت مسألة الخرق على أحكام ؛ منها ، صحة ضمان المجهول . ٧٢ - ٧٤
- فصل : فيما يصح ضمانه : ويصح ضمان الجعل في الجمالة ، وفي المسابقة والمناضلة . ٧٤ - ٧٩
- فصل : في من يصح ضمانه ، ومن لا يصح : ... ٧٩ - ٨١
- فصل : إذا ضمن الدين الحال مؤجلا ، صح . ٨٢ ، ٨٣
- فصل : إذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان ، فمات أحدهما ، ... فهل يجبل الدين على الميت منهما ؟ ... ٨٣ ، ٨٤
- ٨٢٣ - مسألة : (ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن)
- فصل : لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما . ٨٦ ، ٨٩

- فصل : إن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه ،
 برئت ذمة الضامن . ٨٧
- فصل : إن ضمن الضامن ضامن آخر صح . ٨٨ ، ٨٧
- فصل : إن ضمن المضمون عنه الضامن ، أو
 تكفل المكفول عنه الكفيل ، لم
 يصح . ٨٨
- فصل : يجوز أن يضمن الحق عن الرجل
 الواحد اثنان وأكثر . ٨٩ ، ٨٨
- ٨٢٤ - مسألة : (فمتى أدى رجوع عليه ، سواء قال له :
 اضمن عني ، أو لم يقل) ٨٩ - ٩٦
- فصل : يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل
 الأمرين مما قضى أو قدر الدين . ٩١
- فصل : لو كان على رجلين مائة ، ... فضمن
 آخر عن أحدهما المائة بأمره
 وقضاها ، سقط الحق عن الجميع . ٩١
- فصل : إذا ضمن عن رجل بأمره ، فطولب
 الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه
 بتخليصه . ٩٢ ، ٩١
- فصل : فإن ضمن الضامن ضامن آخر ،
 فقضى أحدهم الدين ، برئوا جميعا . ٩٢
- فصل : إذا كان له ألف على رجلين ، على كل
 واحد منهما نصفه ، وكل واحد
 منهما ضامن عن صاحبه ، فأبرأ الغريم
 أحدهما من الألف ، برئ منه ،
 وبرئ صاحبه من ضمانه ، وبقي
 عليه خمسمائة . ٩٣ ، ٩٢

- فصل : لو ادعى ألفا على حاضر وغائب ،
وأن كل واحد منهما ضامن عن
صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ،
فله أخذ الألف منه . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين ،
فأنكر المضمون له ، ولا بينة له ،
فالقول قول المضمون له . ٩٤ ، ٩٥
- فصل : لا يدخل الضمان والكفالة خيار . ٩٥ ، ٩٦
- فصل : إذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ،
ضمان اشتراك ... فكل واحد منهما
ضامن لنصفه ... ٩٦
- ٨٢٥ - مسألة : (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم
يسلمها) ٩٦ - ١٠٥
- فصل : إذا قال : أنا كفيل بفلان ، ... كان
كفيلا به ... ٩٧
- فصل : تصح الكفالة بيدن كل من يلزم
حضوره في مجلس الحكم بدين لازم . ٩٨
- فصل : لا تصح الكفالة بيدن من عليه حد . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : لا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل
دين الكتابة . ٩٩
- فصل : تصح الكفالة حالة ومؤجلة ، كما
يصح الضمان حالا ومؤجلا . ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : إذا عين في الكفالة تسليمه في مكان ،
فأحضره في غيره ، لم يبرأ من
الكفالة . ١٠٠ ، ١٠١

- فصل : إن كفل إلى أجل مجهول ، لم تصح الكفالة .
 ١٠٢،١٠١
- فصل : إذا تكفل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما عليه ، صح .
 ١٠٣،١٠٢
- فصل : فإن قال : كفلت بيدن فلان ، على أن ييراً فلان الكفيل ، أو على أن تبرئه من الكفالة . لم يصح .
 ١٠٣
- فصل : لو تكفل اثنان بواحد ، صح . وأبهم قضى الدين برئ الآخران .
 ١٠٤،١٠٣
- فصل : لو تكفل واحد لاثنين ، فأبرأه أحدهما ، ... لم ييراً من الآخر .
 ١٠٤
- فصل : تفتقر صحة الكفالة إلى رضی الكفيل .
 ١٠٥،١٠٤
- فصل : إذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان . أو اكفل بفلان . ففعل ، كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الأمر .
 ١٠٥
- ٨٢٦ - مسألة : (فإن مات ، برئ المتكفل)
 ١١١ - ١٠٥
- فصل : إذا قال الكفيل : قد برئ المكفول به من الدين ، ... أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته . فأنكر المكفول له ، فالقول قوله .
 ١٠٦
- فصل : إذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة ، برئ .
 ١٠٦
- فصل : إذا كان لذمي على ذمي خمر ، فكفل به ذمي آخر ، ثم أسلم المكفول له أو

- المكفول عنه ، برئ الكفيل
 ١٠٧ والمكفول عنه .
 فصل : فإذا قال : أعط فلانا ألفا . ففعل ، لم
 ١٠٧ يرجع على الأمر ...
 فصل : إذا كانت السفينة في البحر ، ...
 فخييف غرقها ، فألقى بعض من فيها
 متاعه في البحر لتخف ، لم يرجع به
 ١٠٨، ١٠٧ على أحد .
 فصل : قال مهنا : سألت أحمد ، عن رجل
 له على رجل ألف درهم ، فأقام بها
 كفيلين ، كل واحد منهما كفيل
 ضامن ، ... فأحال رب المال عليه
 ١٠٨ رجلا بحقه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان .

كتاب الشركة

- فصل : قال أحمد : يشارك اليهودي
 ١١١ - ١٠٩ والنصراني ، ...
 ١٢٠ - ١١١ ٨٢٧ - مسألة : (وشركة الأبدان جائزة)
 فصل : تصح شركة الأبدان مع اتفاق
 الصنائع . فأما مع اختلافها ... لا
 ١١٣، ١١٢ تصح .
 فصل : إذا قال أحدهما : أنا أتقبل ، وأنت
 تعمل ، والأجرة بينى وبينك .
 ١١٣ صححت الشركة .
 فصل : الربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا
 ١١٤، ١١٣ عليه ، من مساواة أو تفاضل

- فصل: إن عمل أحدهما دون صاحبه ،
فالكسب بينهما . ١١٤ ، ١١٥
- فصل: فإن اشترك رجلان ، لكل واحد
منهما دابة ، على أن يؤجراهما ، فما
رزقهما الله من شيء فهو بينهما ،
صح . ١١٥
- فصل: فإن كان لقصار أداة ، ولآخر بيت ،
فاشتركا على أن يعملأ بأداة هذا في
بيت هذا ، والكسب بينهما . جاز . ١١٥ ، ١١٦
- فصل: إن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل
عليها ، وما يرزق الله بينهما ... ،
صح . ١١٦ - ١١٨
- فصل: قال ابن عقيل : نهى رسول الله ﷺ
عن قفيز الطحان . ١١٨
- فصل: فإن كان لرجل دابة ، ولآخر إكاف
وجوالقات ، فاشتركا على أن
يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان ،
فهو فاسد . ١١٨ ، ١١٩
- فصل: فإن اشترك ثلاثة ؛ من أحدهم دابة ،
ومن آخر راوية ، ومن آخر العمل ،
على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم ،
صح . ١١٩ ، ١٢٠
- ٨٢٨ - مسألة : (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدنان
بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن
صاحب أحدهما ، أو بدنان بمالهما ، تساوى
المال أو اختلف ، فكل ذلك جائز) ١٢٠ - ١٣٨

- فصل : القسم الثاني ، أن يشترك بدنان
بمالهما . ١٢٢ ، ١٢٣
- فصل : لا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال
الدراهم والدنانير . ١٢٣ ، ١٢٤
- فصل : الحكم في النقرة كالحكم في
العروض . ١٢٥
- فصل : لا تصح الشركة بالفلوس . ١٢٥
- فصل : لا يجوز أن يكون رأس مال الشركة
مجهولا ، ولا جزافا . ١٢٥
- فصل : لا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في
الجنس . ١٢٥ ، ١٢٦
- فصل : لا يشترط تساوى المالكين في القدر . ١٢٦
- فصل : لا يشترط اختلاط المالكين ، إذا عيناهما
وأحضرهما . ١٢٦ ، ١٢٧
- فصل : متى وقعت الشركة فاسدة ، فإنهما
يقتسمان الربح على قدر رعوس
أموالهما ، ... ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : شركة العنان مبنية على الوكالة
والأمانة . ١٢٨
- فصل : ليس له أن يكاتب الرقيق ، ولا يعتق
على مال ولا غيره ، ولا يزوج
الرقيق . ١٢٨ ، ١٢٩
- فصل : هل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ ... ١٢٩ - ١٣١
- فصل : إن أخذ أحدهما مالا مضاربة ، فربحه
له ، ووضعته عليه ، دون صاحبه . ١٣١

- فصل : الشركة من العقود الجائزة ، تبطل بموجب أحد الشريكين ، ... ١٣٢، ١٣١
- فصل : فإن مات أحد الشريكين ، وله وارث رشيد ، فله أن يقيم على الشركة . ١٣٢
- فصل : القسم الثالث ، أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة . ١٣٢ - ١٣٤
- فصل : حكمها حكم شركة العنان . ١٣٤
- فصل : القسم الرابع ، أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما . ١٣٤، ١٣٥
- فصل : إذا دفع إليه ألفا مضاربة ، وقال : أضف إليه ألفا من عندك ، ... جاز . ١٣٦، ١٣٥
- فصل : القسم الخامس ، أن يشترك بدنان بمال أحدهما ... جائز . ١٣٦
- فصل : إن شرط أن يعمل معه غلام رب المال ، صح . ١٣٦، ١٣٧
- فصل : أما شركة المفاوضة فنوعان ؛ ... ١٣٧، ١٣٨
- ٨٢٩ - مسألة : (والربح على ما اصطلاحا عليه) ١٣٨ - ١٤٥
- فصل : من شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل . ١٤٠ - ١٤٢
- فصل : إن قال : خذه مضاربة ، ولك جزء من الربح ، ... لم يصح . ١٤٢
- فصل : إن قال : خذ هذا المال فاتجر به ، وربحه كله لك . كان قرضا لا قراضا . ١٤٢، ١٤٣

- فصل : يجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة
 ١٤٣ في عقد واحد ، ...
- فصل : إن قارض اثنان واحدا بألف لهما ،
 ١٤٣ ، ١٤٤ . جاز .
- فصل : إذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل
 نظرت ؛ فإن شرطاه لعبد أحدهما أو
 ١٤٤ لعبيهما ، صح .
- فصل : الحكم في الشركة كالخكم في
 ١٤٤ ، ١٤٥ المضاربة ، ...
- ٨٣٠ - مسألة : (والوضيعة على قدر المال)
 ١٤٥
- ٨٣١ - مسألة : (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل
 ١٤٥ - ١٤٧ دراهم)
- فصل : إن دفع إليه ألفين مضاربة ، على أن
 لكل واحد منهما ربح ألف ، ...
 ١٤٦ ، ١٤٧ فسد الشرط والمضاربة
- ٨٣٢ - مسألة : (والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ،
 ضمن ، في إحدى الروايتين ، والأخرى لا
 ١٤٧ - ١٥٩ يضمن)
- فصل : ليس له السفر بالمال ، في أحد
 الوجهين ، ... والوجه الثاني ، له
 السفر به إذا لم يكن مخفا .
 ١٤٨ - ١٥٠
- فصل : وحكم المضارب حكم الوكيل .
 ١٥٠ ، ١٥١
- فصل : هل له أن يبيع ويشترى بغير نقد
 البلد ؟ ... على روايتين ...
 ١٥١
- فصل : له أن يشتري المعيب ، إذا رأى
 ١٥١ ، ١٥٢ المصلحة فيه .

- فصل : ليس له أن يشتري من يعتق على رب
المال بغير إذنه ، ... ١٥٣ ، ١٥٢
- فصل : إن اشترى امرأة رب المال ، صح
الشراء ، وانفسخ النكاح . ١٥٣
- فصل : إن اشترى المأذون له من يعتق على
رب المال بإذنه ، صح وعتق ... ١٥٤ ، ١٥٣
- فصل : إن اشترى المضارب من يعتق عليه ،
صح الشراء ... ١٥٥ ، ١٥٤
- فصل : ليس له أن يشتري بأكثر من رأس
المال . ١٥٥
- فصل : ليس للمضارب وطء أمة من
المضاربة . ١٥٥
- فصل : ليس لرب المال وطء الأمة أيضا . ١٥٥
- فصل : إذا أذن رب المال للمضارب في
الشراء من مال المضاربة ، فاشترى
جارية ليتسرى بها ، خرج ثمنها من
المضاربة ، وصار قرضا في ذمته . ١٥٦ ، ١٥٥
- فصل : ليس لواحد منهما تزويج الأمة ...
فإن اتفقا على ذلك ، جاز . ١٥٦
- فصل : ليس للمضارب دفع المال إلى آخر
مضاربة . ١٥٦ - ١٥٨
- فصل : إذا أذن رب المال في دفع المال
مضاربة ، جاز ذلك . ١٥٨
- فصل : ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ،
فإن فعل ولم يتميز ، ضمنه . ١٥٨

- فصل: وليس له أن يشتري خمرا ولا
خنزيرا، ... فإن فعل، فعليه
الضمان .
١٥٨، ١٥٩
- ٨٣٣ - مسألة: (وإذا ضارب لرجل، لم يجز أن يضارب
لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن
فعل، وربح، رده في شركة الأول)
١٥٩ - ١٦٥
- فصل: إن دفع إليه مضاربة، واشتراط
النفقة، ... صار أجيرا له، فلا يأخذ
من أحد بضاعة .
١٦١
- فصل: إن أخذ من رجل مضاربة، ثم أخذ
من آخر بضاعة، أو عمل في مال
نفسه، فربحه في مال البضاعة
لصاحبها، وفي مال نفسه لنفسه .
١٦١
- فصل: إذا أخذ من رجل مائة قراضا، ثم
أخذ من آخر مثلها، واشتري بكل
مائة عبدا، فاختلط العبدان، ولم
يتميزا، فإنهما يصطلحان عليهما .
١٦١
- فصل: إذا تعدى المضارب، وفعل ما ليس له
فعله، ... فهو ضامن للمال .
١٦٢، ١٦٣
- فصل: على العامل أن يتولى بنفسه كل ما
جرت العادة أن يتولاه المضارب
بنفسه
١٦٣، ١٦٤
- فصل: إذا سُرِق مال المضاربة ... ،
فللمضارب طلبه .
١٦٤
- فصل: إذا اشترى للمضاربة عبدا، فقتله عبد
لغيره، ... فالأمر إلى رب المال .
١٦٤، ١٦٥

٨٣٤ - مسألة : (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس

١٦٥ - ١٦٨

(المال

فصل : إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة ،

فخسر عشرة ، ثم أخذ رب المال منها

عشرة ، فإن الخسران لا ينقص به

١٦٦

رأس المال .

فصل : إذا اشترى رب المال من مال المضاربة

شيئا لنفسه ، لم يصح في إحدى

١٦٦ ، ١٦٧

الروايتين ... ويصح في الأخرى .

فصل : إن اشترى المضارب لنفسه من مال

المضاربة ، ولم يظهر في المال ربح ،

١٦٧

صح .

فصل : إن اشترى أحد الشريكين من مال

١٦٧ ، ١٦٨

الشركة شيئا ، بطل في قدر حقه .

فصل : لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه

دارا ، ليحرز فيها مال الشركة أو

١٦٨

غرائر ، جاز .

٨٣٥ - مسألة : (وإذا اشترى سلعتين ، فربح في إحداهما ،

وخسر في الأخرى ، جبرت الوضعية من

١٦٨ - ١٧١

(الربح

فصل : إذا دفع إليه ألفا مضاربة ، ثم دفع إليه

ألفا آخر مضاربة ، ... جاز ، وصار

١٦٩

مضاربة واحدة .

فصل : قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل

عن المضارب بربح ، ويضع مرارا .

١٦٩ ، ١٧٠

فقال : يرد الوضعية على الربح ، ...

- فصل: إذا قارض في مرضه ، صح . ١٧٠ ، ١٧١
- فصل: إذا مات رب المال ، قدّمنا حصة
العامل على غرمائه . ١٧١
- فصل: إن مات المضارب ولم يعرف مال
المضاربة بعينه ، صار ديننا في
ذمته ، ... ١٧١
- ٨٣٦ - مسألة: (وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلا ، لم
يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال) ١٧١ - ١٧٦
- فصل: إن طلب أحدهما قسمة الربح دون
رأس المال ، وأبى الآخر ، قدّم قول
المتنع . ١٧٢
- فصل: المضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ
بفسخ أحدهما . ١٧٢ ، ١٧٣
- فصل: إن انفسخ القراض ، والمال دين ، لزم
العامل تقاضيه . ١٧٤
- فصل: أى المتقارضين مات أو جن ، انفسخ
القراض ، ... ١٧٤ ، ١٧٥
- فصل: إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت
المضاربة . ١٧٦
- ٨٣٧ - مسألة: (وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن
الربح بينهما ، والوضيعة عليهما ، كان الربح
بينهما والوضيعة على المال) ١٧٦ - ١٨١
- فصل: الشروط في المضاربة تنقسم قسمين ؛
صحيح ، وفاسد . ١٧٧
- فصل: يصح تأقيت المضاربة . ١٧٧ ، ١٧٨

- فصل : إذا اشترط المضارب نفقة نفسه ،
 ١٧٨ صح .
- فصل : الشروط الفاسدة تنقسم ثلاثة
 أقسام ؛ ...
 ١٨٠ ، ١٧٩
- فصل : في المضاربة الفاسدة ، فصول
 ثلاثة ؛ ...
 ١٨١ ، ١٨٠
- ٨٣٨ - مسألة : (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب
 بالدين الذي عليك)
 ١٨٣ ، ١٨٢
- فصل : إن قال لرجل : اقبض المال الذي على
 فلان ، واعمل به مضاربة . فقبضه ،
 وعمل به ، جاز .
 ١٨٣ ، ١٨٢
- فصل : من شرط المضاربة أن يكون رأس
 المال معلوم المقدار .
 ١٨٣
- فصل : لو أحضر كيسين ، في كل واحد
 منهما مال معلوم المقدار ، وقال :
 قارضتك على أحدهما . لم يصح .
 ١٨٣
- ٨٣٩ - مسألة : (وإن كان في يده وديعة ، جاز له أن يقول :
 ضارب، بها)
 ١٩٨ - ١٨٣
- فصل : لو كان له في يد غيره مال مغبوب ،
 فضارب الغاصب به ، صح .
 ١٨٤
- فصل : العامل أمين في مال المضاربة ، ...
 ١٨٥ ، ١٨٤
- فصل : إن قال : أذنت لي في البيع نسيئة وفي
 الشراء بعشرة . وقال : بل أذنت لك
 في البيع نقدا ، وفي الشراء بخمسة .
 فالقول قول العامل .
 ١٨٥
- فصل : إن قال : شرطت لي نصف الربح .

- فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه
روايتان ؛ ...
١٨٦ ، ١٨٥
- فصل : إن ادعى العامل رد المال ، فأنكر رب
المال ، فالقول قول رب المال مع
يمينه .
١٨٦
- فصل : إن قال : ربحت ألفا . ثم قال :
خسرت ذلك . قُبل قوله .
١٨٦
- فصل : إذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا
على النصف ، فنض المال ، وهو ثلاثة
آلاف ، فقال رب المال : رأس المال
ألفان . فصدقه أحدهما ، وقال
الآخر : بل هو ألف . فالقول قول
المنكر مع يمينه .
١٨٧ ، ١٨٦
- فصل : إن دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه ،
فربح ، فقال العامل : كان قرضا لي
ربحه كله . وقال رب المال : كان
قراضا فربحه بيننا . فالقول قول رب
المال .
١٨٨ ، ١٨٧
- فصل : وإذا اشترط المضارب النفقة ، وأراد
الرجوع ، فله ذلك .
١٨٨
- فصل : إذا كان عبد بين رجلين ، فباعه
أحدهما بأمر الآخر ، ... برئ
المشتري من نصف ثمنه .
١٨٨ - ١٩٠
- فصل : إذا كان العبد بين اثنين ، فغصب
رجل نصيب أحدهما ، ... ثم إن
مالك نصفه والغاصب باعا العبد ...

- صح في نصيب المالك ، وبطل في
 نصيب الغاصب . ١٩٠
 فصل : إذا كان لرجلين دين ... فقبض
 أحدهما منه شيئا فلاآخر مشاركته
 فيه . ١٩٠ - ١٩٢
 فصل : اختلفت الرواية عن أحمد ، في قسمة
 الدين في الذم ، ... ١٩٢ ، ١٩٣
 فصول في العبد المأذون له : يجوز أن يأذن
 السيد لعبده في التجارة . ١٩٣
 فصل : إذا أذن له في التجارة ، لم يجز له أن
 يؤجر نفسه ، ولا يتوكل لإنسان . ١٩٣ ، ١٩٤
 فصل : إذا رأى السيد عبده يتجر ، فلم
 ينهه ، لم يصير مأذونا له . ١٩٤
 فصل : لا يبطل الإذن بالإباق . ١٩٤
 فصل : لا يجوز للمأذون التبرع بهبة ... ١٩٥

كتاب الوكالة

- فصل : كل من صح تصرفه في شيء بنفسه ،
 وكان مما تدخله النيابة ، صح أن
 يوكل فيه ... ١٩٧ ، ١٩٨
 فصل : للمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه
 بنفسه . ١٩٨
 ٨٤٠ - مسألة : (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة
 الحقوق ، والعق والطلاق ، حاضرا كان
 الموكل أو غائبا)
 فصل : يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق ، ... ١٩٩ ، ٢٠٠

- فصل : لا يصح التوكيل في الشهادة . ٢٠٠
- فصل : فأما حقوق الله تعالى فما كان منها
حدًا ... ، جاز التوكيل في استيفائه . ٢٠٠ - ٢٠٣
- فصل : كل ما جاز التوكيل فيه ، جاز
استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته . ٢٠٣
- فصل : لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب
والقبول . ٢٠٤ ، ٢٠٣
- فصل : يجوز تعليقها على شرط . ٢٠٤
- فصل : يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل . ٢٠٤ ، ٢٠٥
- فصل : لا تصح الوكالة إلا في تصرف
معلوم . ٢٠٥ ، ٢٠٦
- فصل : إذا وكل وكيلين في تصرف ، وجعل
لكل واحد الانفراد بالتصرف ، فله
ذلك . ٢٠٦ ، ٢٠٧
- ٨٤١ - مسألة : (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه ، إلا
أن يجعل ذلك إليه)
٢٠٧ - ٢١٣
- فصل : كل وكيل جاز له التوكيل ، فليس له
أن يوكل إلا أمينًا . ٢٠٩
- فصل : الحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به
إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية
يستتيب غيره ، حكم الوكيل ... ٢٠٩
- فصل : فأما الولى في النكاح ، فله التوكيل في
تزويج موليته بغير إذنها . ٢١٠
- فصل : إذا أذن الموكل في التوكيل ، فوكل ،
كان الوكيل الثاني وكيلًا للموكل ، ... ٢١٠
- فصل : إذا وكل رجلا في الخصومة ، لم يقبل

- إقراره على موكله بقبض الحق ولا
غيره .
٢١٢، ٢١١
- فصل: إن وكله في بيع شيء، ملك
تسليمه .
٢١٢
- فصل: إن وكله في بيع شيء، ...، فقيه
وجهان؛ ...
٢١٣، ٢١٢
- فصل: وإن وكله في شراء شيء، ملك تسليم
ثمنه .
٢١٣
- فصل: وإذا وكله في قبض دين من رجل،
فمات، نظرت في لفظه؛ ...
٢١٣
- ٨٤٢ - مسألة: (وإذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من
غير تعد، فلا ضمان عليه. فإن اتهم،
حلف)
٢١٣ - ٢٢٤
- فصل: لو وكله في بيع عبد، فباعه... فسد
البيع .
٢٢١
- فصل: إذا قبض الوكيل ثمن المبيع، فهو أمانة
في يده، ...
٢٢٢
- فصل: قال أحمد في رواية أبي الحارث، في
رجل له على آخر دراهم، فبعث إليه
رسولا يقبضها، فبعث إليه مع
الرسول ديناراً، فضاع مع الرسول
فهو من مال الباعث .
٢٢٢ - ٢٢٤
- ٨٤٣ - مسألة: (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا، فادعى
أنه دفعه إليه، لم يقبل قوله على الأمر إلا
بينة)
٢٢٤ - ٢٢٨
- فصل: إن وكله في إيداع ماله، فأودعه ولم

- ٢٢٥ ... لا يضمن إذا أنكر المودع . يُشهد ،
 فصل : وإذا كان على رجل دين أو عنده ،
 فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل
 صاحب الدين والوديعة في قبضهما ،
 وأقام بذلك بينة ، وجب الدفع
 إليه ...
 ٢٢٧ - ٢٢٥
- فصل : فإن جاء رجل ، فقال : أنا وارث
 صاحب الحق ، فإن أنكره ، لزمته
 اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال . ٢٢٧
 فصل : ومن طلب منه حق ، فامتنع من دفعه
 حتى يشهد القابض على نفسه
 بالقبض ، نظرت ...
 ٢٢٨
- ٨٤٤ - مسألة : (وشرأء الوكيل من نفسه غير جائز .
 وكذلك الوصى
 فصل : الحكم في الحاكم وأمينه . كالحكم في
 الوكيل :
 ٢٢٩ ، ٢٣٠
- فصل : إن وكل رجلا يتزوج له امرأة ، فهل
 له أن يزوجه ابنته ؟ ...
 ٢٣٠
- فصل : إن وكله رجل في بيع عبده ووكله
 آخر في شراء عبد ... يجوز له أن
 يشتريه له من نفسه ...
 ٢٣١ ، ٢٣٠
- فصل : إذا أذن للوكيل أن يشتري من
 نفسه ، جاز .
 ٢٣١
- فصل : إذا وكل عبدا يشتري نفسه من
 سيده ، صح .
 ٢٣١ ، ٢٣٢
- فصل : إن وكل عبده في إعتاق نفسه ، أو

- ٢٣٢ امرأته في طلاق نفسها ، صح ...
- فصل : إن وكله في إخراج صدقة على
المساكين وهو مسكين ، ... لا يجوز
له أن يأخذ منه شيئاً .
- ٢٣٣
- ٨٤٥ - مسألة : (وشرأء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
جائز . وكذلك شرأؤه له من نفسه)
- ٢٣٤ ، ٢٣٣
- ٨٤٦ - مسألة : (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته
فباطل)
- ٢٤٠ - ٢٣٤
- فصل : متى خرج أحدهما عن كونه من أهل
التصرف ، ... فحكمه حكم الموت .
- ٢٣٦ ، ٢٣٥
- فصل : لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكّل
فيه .
- ٢٣٦
- فصل : إن وكل امرأته في بيع أو شراء غيره ،
ثم طلقها ، لم تنفسخ الوكالة .
- ٢٣٧ ، ٢٣٦
- فصل : إن وكل مسلم كافراً فيما يصح
تصرفه فيه ، صح توكيله ...
- ٢٣٧
- فصل : لو وكل رجلاً في نقل امرأته ، ...
فقامت البينة بطلاق الزوجة ، ...
بطلت الوكالة .
- ٢٣٨
- فصل : إن تلفت العين التي وكل في التصرف
فيها ، بطلت الوكالة .
- ٢٣٩ ، ٢٣٨
- فصل : نقل الأثرم عن أحمد ، في رجل كان
له على آخر دراهم ، فقال له : إذا
أمكنتك قضاؤها فادفعها إلى فلان ...
فخاف ... أن يكون الموكل قد
مات ، ... ، يجمع بين الوكيل
والورثة .
- ٢٤٠ ، ٢٣٩

- ٢٤٠، ٢٤١ - ٨٤٧ - مسألة : (وإذا وكله في طلاق زوجته ، فهو في يده حتى يفسخ أو يطأ)
- ٢٤٢، ٢٤٣ - ٨٤٨ - مسألة : (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره ، كان الأمر مخيراً في قبول الشراء ، فإن لم يقبل ، لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال ، فيبطل الشراء)
- ٢٤١ - ٢٦٧ فصل : إن وكله في أن يتزوج له امرأة ، فتزوج له غيرها ، ... فالعقد فاسد . ٢٤٢، ٢٤٣
- ٢٤٣ فصل : قال القاضي : إذا قال لرجل : اشتر لي بديني عليك طعاما . لم يصح . ٢٤٣
- ٢٤٣، ٢٤٤ فصل : لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله . ٢٤٣، ٢٤٤
- ٢٤٤ فصل : إن وكله في عقد فاسد ، لم يملكه . ٢٤٤
- ٢٤٤، ٢٤٥ فصل : إن وكله في بيع عبد ... ، أو شرائه ، لم يملك العقد على بعضه ؛ ... ٢٤٤، ٢٤٥
- ٢٤٥، ٢٤٦ فصل : فإن دفع إليه دراهم ، وقال : اشتر لي بهذه عبدا . كان له أن يشتريه بعينها ، وفي الذمة ؛ ... ٢٤٥، ٢٤٦
- ٢٤٦ فصل : إن عين له الشراء بنقد أو حالا ، لم تجز مخالفته ... ٢٤٦
- ٢٤٦، ٢٤٧ فصل : إذا وكله في بيع سلعة نسيئة ، فباعها نقدا بدون ثمنها نسيئة ، ... ، لم ينفذ بيعه . ٢٤٦، ٢٤٧
- فصل : إن وكله في الشراء بثمن نقدا ، فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد ،

- لم يقع للموكل ... ٢٤٧
- فصل: ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، ... ٢٤٧، ٢٤٨
- فصل: من وكل في بيع عبد بمائة، فباعه بأكثر منها، صح. ٢٤٨، ٢٤٩
- فصل: إن وكله في بيع عبد بمائة، فباع نصفه بها، ... جاز. ٢٤٩، ٢٥٠
- فصل: إن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتراه بخمسين، ... صح. ٢٥٠
- فصل: إن وكله في شراء عبد موصوف بمائة، فاشتراه على الصفة بدونها، جاز. ٢٥٠، ٢٥١
- فصل: إن وكله في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار. لم يقع البيع للموكل ... ٢٥١، ٢٥٢
- فصل: إذا وكله في شراء سلعة موصوفة، لم يجوز أن يشتريها إلا سليمة. ٢٥٢، ٢٥٣
- فصل: إن أمره بشراء سلعة بعينها، فاشترها، فوجدها معيبة، احتمل أن له الرد. ٢٥٣، ٢٥٤
- فصل: إذا اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه، انتقل الملك من البائع إلى الموكل. ٢٥٤، ٢٥٥
- فصل: قال أحمد، في رواية مهنا: إذا دفع إلى رجلين ثوبا لبيعه، ففعل، فوهب له المشتري منديلا، فالمنديل

فصل : في الشهادة على الوكالة ، إذا ادعى
الوكالة ، وأقام شاهدا وامرأتين ، أو
حلف مع شاهده ، ... فيها
روايتان ؛ ...

٢٥٦، ٢٥٥

فصل : فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم
الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم
السبت ، لم تتم الشهادة ؛ ...

٢٥٧، ٢٥٦

فصل : لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد .
فصل : يصح سماع البينة بالوكالة على
الغائب .

٢٥٨

فصل : تقبل شهادة الوكيل على موكله .
فصل : إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا
أن زوجها وكل في طلاقها ، لم تقبل
شهادتهما .

٢٦٠، ٢٥٩

فصل : إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر
، ثم غاب الموكل ، وحضر
الوكيل ، ... لا يحكم الحاكم بعلمه .

٢٦٠

فصل : لو حضر عند الحاكم رجل ، فادعى
أنه وكيل فلان الغائب ، في شيء
عينه ، وأحضر بيينة تشهد له
بالوكالة ، سمعها الحاكم ...

٢٦١، ٢٦٠

فصل : لو حضر رجل ، وادعى على غائب
مالا في وجه وكيله ، فأنكره ، فأقام
بيينة بما ادعاه ، حلفه الحاكم ، وحكم
له بالمال ...

٢٦١

فصل : إذا قال : بعث هذا الثوب بعشرة ،

فما زاد عليها فهو لك . صح . ٢٦١

كتاب الإقرار بالحقوق

فصل : لا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار . ٢٦٢ - ٢٦٦

فصل : يصح الإقرار لكل من يثبت له الحق . ٢٦٦

فصل : إن أقر لحمل امرأة بمال ، وعزاه إلى

إرث أو وصية ، صح . ٢٦٦ ، ٢٦٧

٨٤٩ - مسألة : (ومن أقر بشيء ، واستثنى من غير جنسه ،

كان استثنائه باطلا ، إلا أن يستثنى عينا من

ورق ، أو ورقا من عين) ٢٦٧ - ٢٧٥

في هذه المسألة فصلان :

أولهما : أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار

من غير الجنس . ٢٦٧ - ٢٦٩

الفصل الثاني : إذا استثنى عينا من ورق ،

أو ورقا من عين ، فاختلف

أصحابنا في صحته ؛ ... ٢٦٩ ، ٢٧٠

فصل : لو ذكر نوعا من جنس ، واستثنى

نوعا آخر من ذلك الجنس ، ... لم

يجز . ٢٧٠

فصل : فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى

منه ، فجائز . ٢٧٠ - ٢٧٢

فصل : حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم

الاستثناء بإلا . ٢٧٢

- فصل : لا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلا
 بالكلام . ٢٧٣ ، ٢٧٢
- فصل : لا يصح استثناء الكل بغير خلاف . ٢٧٤ ، ٢٧٣
- فصل : إن استثنى استثناء بعد استثناء ،
 وعطف الثاني على الأول ، كان
 مضافا إليه ٢٧٤
- فصل : إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو ...
 كان إقرارا بما أبدل به كلامه ، ولم
 يكن إقرارا بالدار . ٢٧٥
- ٨٥٠ - مسألة : (ومن ادعى عليه شيء ، فقال : قد كان له
 عليّ وقضيته . لم يكن ذلك إقرارا) ٢٧٦ - ٢٨٢
- فصل : إن قال : له على مائة ، وقضيته منها
 خمسين . فالكلام فيها كالكلام فيما
 إذا قال : وقضيته . وإن قال له
 إنسان : لى عليك مائة . فقال
 قضيتك منها خمسين . فقال
 القاضى : لا يكون مقرا بشيء . ٢٧٧ ، ٢٧٦
- فصل : إن قال : كان له على ألف .
 وسكت ، لزمه الألف . ٢٧٧
- فصل : إن قال : له على ألف ، قضيته إياها .
 لزمه الألف . ٢٧٧ ، ٢٧٨
- فصل : إن وصل إقراره بما يسقطه ، ... لزمه
 الألف . ٢٧٨
- فصل : لا يقبل رجوع المقر عن إقراره ، إلا
 فيما كان حدا لله تعالى ... ٢٧٨ ، ٢٧٩

- فصل : فإن قال : غضبت هذه الدار من
زيد ، وملكها لعمرى . لزمه دفعها
٢٨٠ ، ٢٧٩ إلى زيد .
- فصل : إن قال : غضبتها من أحدهما . أو هى
٢٨٠ لأحدهما . صح الإقرار .
- فصل : فإن كان فى يده عبدان ، فقال : أحد
٢٨١ ، ٢٨٠ هذين لزيد . طولب بالبيان .
- فصل : لو أقر لرجل بعبد ، ثم جاء به ...
فقال ليس هو هذا ... فعلى المقر
٢٨٢ ، ٢٨١ البين .
- ٨٥١ - مسألة : (ومن أقر بعشرة دراهم ، ثم سكت سكوتا
يمكنه الكلام فيه ، ثم قال : زيوفا أو صغارا أو
إلى شهر . كانت عشرة جيادا وافية حالة) ٢٨٢ - ٢٩١
- فصل : إن أقر بدراهم ، وأطلق ، فى بلد
أوزانهم ناقصة ... ففيه وجهان ؛ ... ٢٨٣ ، ٢٨٤
- فصل : إن أقر بدراهم ، وأطلق ، ثم
فسرها ... قبل . ٢٨٤
- فصل : إن قال : له على درهم كبير . لزمه
درهم من دراهم الإسلام . ٢٨٤ ، ٢٨٥
- فصل : إذا أقر بدرهم ، ثم أقر بدرهم ، لزمه
درهم واحد . ٢٨٥
- فصل : إن قال : له على درهم ودرهم . لزمه
درهمان . ٢٨٥ ، ٢٨٦
- فصل : إن قال : له على درهم بل
درهمان ، ... لزمه درهمان . ٢٨٦ - ٢٨٨

- فصل : إن قال : له على درهم قبله درهم ،
أو بعده درهم . لزمه درهمان ...
٢٨٩ ، ٢٨٨ لزمه ثلاثة .
- فصل : إن قال : له على ما بين درهم
وعشرة . لزمته ثمانية .
٢٨٩
- فصل : إن قال : له على دراهم . لزمه ثلاثة
فصل : إن قال : له على درهمان في عشيرة .
وقال : أردت الحساب . لزمه
٢٩٠ عشرون ...
- فصل : إن قال : له عندى درهم في ثوب ،
أو ... ففيه وجهان ؛ ...
٢٩١ ، ٢٩٠
- فصل : إن قال : له عندى دار مفروشة ، ...
ففيه وجهان ؛ ...
٢٩١
- فصل : إن قال : له على درهم ، أو دينار . أو
إما درهم وإما دينار . كان مقرا
بأحدهما ...
٢٩١
- ٨٥٢ - مسألة : (ومن أقر بشيء ، واستثنى منه الكثير ،
وهو أكثر من النصف ، أخذ بالكل ، وكان
استثناؤه باطلا)
٢٩٢ - ٢٩٨
- فصل : في استثناء النصف وجهان ؛
أحدهما ، يجوز ...
٢٩٣ ، ٢٩٤
- فصل : إذا قال : له على عشرة ، إلا سبعة ،
إلا خمسة ، إلا درهمين . صح ،
وكان مقرا بستة .
٢٩٤ ، ٢٩٥
- فصل : إن قال : له على ألف درهم ، إلا

- ٢٩٥ خمسين . فالمستثنى دراهم .
فصل : إن قال : له على تسعة وتسعون
٢٩٧، ٢٩٦ درهما . فالجميع دراهم .
فصل : إن قال : له على ألف ودرهم ، أو
ألف وثوب ... فالجمل من جنس
٢٩٨، ٢٩٧ المفسر ...
- ٨٥٣ - مسألة : (وإذا قال : له عندي عشرة دراهم . ثم
قال : وديعة . كان القول قوله)
٢٩٩، ٢٩٨
٨٥٤ - مسألة : (ولو قال : له على ألف . ثم قال : وديعة .
لم يقبل قوله)
٢٩٩ - ٣١٠
فصل : إن قال : لك على مائة درهم ...
وقال : هذه التي أقررت بها ... فقال
المقر له ... التي أقررت بها غيرها ...
٣٠١، ٣٠٠ القول قول المقر له .
- فصل : فإن قال : له في هذا العبد ألف .
أو : له من هذا العبد ألف . طولب
٣٠٢، ٣٠١ بالبيان .
- فصل : إن قال : له في مالي هذا ألف ، أو من
مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو
٣٠٣، ٣٠٢ وصية فيه ، قبل .
- فصل : إن قال : له في هذا العبد شركة .
صح إقراره .
٣٠٣
فصل في الإقرار بالمجهول : إذا قال : لفلان
على شيء . أو كذا . صح
٣٠٥ - ٣٠٣ إقراره ، ولزمه تفسيره .
- فصل : إن أقر بمال ، قبل تفسيره بقليل المال
٣٠٦، ٣٠٥ وكثيره .

- فصل : إن قال : له على أكثر من مال فلان .
 ففسره بأكثر منه عددا أو قدرا ، لزمه
 ٣٠٧ ، ٣٠٦ . أكثر منه .
- فصل : لو قال : له على ألف . إلا شيئا . قبل
 ٣٠٧ . تفسيره بأكثر من خمسمائة .
- فصل : إن قال : له على كذا ، ففيه ثلاث
 ٣٠٨ - ٣١٠ . مسائل ؛ ...
- فصل : لو قال : غصبتك ، أو غبنتك . لم
 ٣١٠ . يلزمه شيء .
- فصل : تقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول .
 ٣١٠ . مسألة - ٨٥٥ : (لو قال : له عندى رهن . فقال المالك :
 ٣١٠ - ٣١٤) وديعة . كان القول قول المالك)
- فصل : إن قال : لك على ألف من ثمن مبيع لم
 ٣١٠ ، ٣١١ . أقبضه ... فيه وجهان ؛ ...
- فصل : إذا قال : بعثك جاريتى هذه . قال :
 بل زوجتنيها . فلا يخلو . إما أن
 يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو
 بعده ... فإن كان بعد ... فهو مقر
 بها لمدعى الزوجية ... وإن كان
 ٣١١ - ٣١٣ . قبل ... يقر أنها صارت أم ولد .
- فصل : لو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه ، ...
 ٣١٣ . عتق في الحال .
- فصل : لو أقر لرجل بعبد أو غيره ، ثم جاء
 به ... قال : بل هو غيره ، لم يلزمه
 ٣١٤ . تسليمه إلى المقر له .

٨٥٦ - مسألة : (ولو مات ، فخلف ولدين ، فأقر أحدهما

بأخ أو أخت ، لزمه أن يعطى الفضل الذى

في يده لمن أقر له به) ٣١٤ - ٣٢٧

فصل : وإن أقر جميع الورثة بنسب من

يشاركهم فى الميراث ، ثبت نسبه . ٣١٦ ، ٣١٧

فصل فى شروط الإقرار بالنسب : لا يخلو

إما أن يقر على نفسه خاصة ، ...

اعتبر فى ثبوت نسبه أربعة شروط ... ٣١٧ ، ٣١٨

فصل : إن كان أحد الولدين غير وارث ،

لكونه رقيقا ... فلا عبرة به ، وثبت

النسب بقول الآخر وحده . ٣١٨

فصل : إن كان أحد الوارثين غير مكلف ...

فأقر المكلف بأخ ثالث ، لم يثبت

النسب بإقراره . ٣١٩

فصل : إذا أقر الوارث بمن يحجبه ... ثبت

نسب المقر به . ٣١٩ ، ٣٢٠

فصل : فإن خلف ابنا ، فأقر بأخ ، ثبت

نسبه ، ثم إن أقر بثالث ، ثبت نسبه

أيضا . ٣٢٠ ، ٣٢١

فصل : إن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة ،

فصدق كل واحد منهما صاحبه ،

ثبت نسبهما . وإن تكاذبا ففيهما

وجهان ؛ ... ٣٢١ ، ٣٢٢

فصل : إذا خلف امرأة وأخا ، فأقرت المرأة

بابن للميت ، وأنكر الأخ ، لم يثبت

- ٣٢٢ ، ودفعت إليه ثمن الميراث .
- فصل : إذا شهد من الورثة رجلان عدلان
بنسب مشترك لهم في الميراث ، ثبت
٣٢٣ ، ٣٢٢ . نسبه إذا لم يكونا متهمين .
- فصل : إن أقر رجلان عدلان بنسب مشترك
لهما في الميراث ، وثم وارث غيرهما ،
٣٢٣ لم يثبت النسب ...
- فصل : إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ،
٣٢٣ ثبت نسبه وورثه .
- فصل : إذا خلف رجل امرأة وابنا من
غيرها ، فأقر الابن بأخ له ، لم يثبت
٣٢٤ نسبه .
- فصل : إذا ثبت النسب بالإقرار ، ثم أنكر
٣٢٤ المقر ، لم يقبل إنكاره
- فصل : إن أقرت المرأة بولد ، ولم تكن ذات
زوج ولا نسب ، قبل إقرارها . وإن
٣٢٤ كانت ذات زوج ... على روايتين ، ...
- فصل : لو قدمت امرأة من بلد الروم ،
ومعها طفل ، فأقر به رجل ،
٣٢٥ لحقه .
- فصل : إن أقر بنسب صغير ، لم يكن مقرا
٣٢٥ بزوجة أمه .
- فصل : إذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا
زوج لها ، ولا أقر بوطئها ، فقال :
٣٢٦ ، ٣٢٥ أحد هؤلاء ولدى . فأقراره صحيح

- فصل : إذا كان له أمتان ، لكل واحدة منهما ولد ، فقال : أحد هذين ولدى من أمتى . نظرت ...
 ٣٢٧ ، ٣٢٦
- ٨٥٧ - مسألة : (وكذلك إن أقر بدين على أبيه ، لزمه من الدين بقدر ميراثه)
 ٣٢٨ - ٣٣٠
- فصل : إذا ادعى رجلان دارا بينهما ، ملكاها بسبب يوجب الاشتراك ... فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعا .
 ٣٢٩ ، ٣٣٠
- ٨٥٨ - مسألة : (وكل من قلت : القول قوله . فلخصمه عليه اليمين)
 ٣٣٠ ، ٣٣١
- فصل : إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة ، أو رهن وأقبض ، ... ثم أنكر ذلك ، وسأل إحلاف خصمه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يستحلف ... والثانية ، يستحلف .
 ٣٣١ ، ٣٣٠
- ٨٥٩ - مسألة : (والإقرار بدين في مرض موته ، كالإقرار في الصحة ، إذا كان لغير وارث)
 ٣٣١ ، ٣٣٢
- فصل : فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه ، وعليه دين ... وفي المال سعة لهما ، فهما سواء .
 ٣٣٢
- ٨٦٠ - مسألة : (وإن أقر لوارث ، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة)
 ٣٣٢ - ٣٣٩
- فصل : إن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه ، صح .
 ٣٣٣

فصل : إن أقر لوارث ، فصار غير وارث ...

لم يصح إقراره له ، وإن أقر لغير

وارث ، ثم صار وارثا ، صح إقراره

٣٣٤

له .

فصل : إن أقر لوارث وأجنبي ، بطل في حق

الوارث ، وصح في حق الأجنبي ٣٣٥ ، ٣٣٤

فصل : ويصح إقرار المريض بوارث ، في

إحدى الروايتين . والأخرى ، لا

٣٣٥

يصح .

فصل : ويصح الإقرار من المريض بإحبال

الأمة . ٣٣٦ ، ٣٣٥

فصل : في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار :

إذا قال : له على ألف ، أو قال له :

لي عليك ألف ؟ فقال : نعم ، ...

٣٣٦ - ٣٣٨

كان مقرا .

فصل : إن قال : لي عليك ألف . فقال : أنا

أقر . لم يكن إقرارا ، وإن قال : لا

٣٣٨ ، ٣٣٩

أنكر . لم يكن إقرارا ...

كتاب العارية

٨٦١ - مسألة : (والعارية مضمونة ، وإن لم يعد فيها

٣٤٠ - ٣٦٤

المستعير)

فصل : إن شرط نفى الضمان ، لم يسقط . ٣٤٢ ، ٣٤٣

فصل : إذا انتفع بها ، ورد لها على صفتها ، فلا

٣٤٢ ، ٣٤٤

شيء عليه .

فصل : فأما ولد العارية ، فلا يجب ضمانه ،

- في أحد الوجهين ، ... ويضمنه في
الآخر .
٣٤٤
- فصل : يجب ضمان العين بمثلها إن كانت من
ذوات الأمثال .
٣٤٤
- فصل : إن كانت العين باقية ، فعلى المستعير
ردها إلى المعير ...
٣٤٥ ، ٣٤٤
- فصل : لا تصح العارية إلا من جائز
التصرف .
٣٤٥
- فصل : وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة
مباحة مع بقائها على الدوام .
٣٤٦ ، ٣٤٥
- فصل : لا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر .
٣٤٦
- فصل : تجوز الإعارة مطلقا ومقيدا .
٣٤٧ ، ٣٤٦
- فصل : إن استعار شيئا فله استيفاء منفعته
بنفسه وبوكيله .
٣٤٨ ، ٣٤٧
- فصل : إن أعاره شيئا ، وأذن له في
إيجارته ... جاز .
٣٤٨
- فصل : يجوز أن يستعير عبدا ليرهنه .
٣٤٩ ، ٣٤٨
- فصل : تجوز العارية مطلقة ومؤقتة .
٣٥٠ ، ٣٤٩
- فصل : إذا أطلق المدة في العارية ، فله أن
ينتفع بها ما لم يرجع ...
٣٥٠
- فصل : فإن أعاره شيئا ينتفع به انتفاعا يلزم
من الرجوع في العارية في أثناءه ،
ضرر بالمستعير ، لم يجوز له الرجوع .
٣٥٤ - ٣٥٠
- فصل : إذا استعار دابة ليركبها ، جاز .
٣٥٤
- فصل : من استعار شيئا ، فانتفع به ، ثم ظهر

- مستحقا، فلمالكه أجر مثله... ٣٥٥، ٣٥٤
 فصل: إذا حمل السيل بذر رجل من أرضه
 إلى أرض غيره، فنبت فيها، لم يجبر
 على قلعه. ٣٥٦، ٣٥٥
- فصل: إذا اختلف رب الدابة وراكبها...
 فإن كان عقيب العقد، فالقول قول
 الراكب... وإن كان الاختلاف بعد
 مضي مدة لمثلها أجر، فادعى المالك
 الإجارة، فالقول قوله مع يمينه. ٣٥٨ - ٣٥٦
- فصل: إن قال المالك: غصبتها. وقال
 الراكب: بل أعرتها. فإن كان
 الاختلاف عقيب العقد، فلا معنى
 للاختلاف،... ٣٥٩، ٣٥٨

كتاب الغصب

- فصل: وما تتائل أجزاءه، وتتقارب
 صفاته، كالدرهم،... ضمن
 بمثله. ٣٦٢ - ٣٦٤
- ٨٦٢ - مسألة: (ومن غصب أرضا، فغرسها، أخذ بقلع
 غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها، ومقدار
 نقصانها، إن كان نقصها الغرس)
 ٣٧٦ - ٣٦٤
- الكلام في هذه المسألة في فصول:
 أحدها: أنه يتصور غصب العقار من
 الأراضى والدور، ويجب ضمانها
 على غاصبها. ٣٦٥، ٣٦٤
- الفصل الثاني: أنه إذا غرس في أرض غيره بغير

- إذنه ... فطلب صاحب الأرض قلع
 ٣٦٥ - ٣٦٧ غراسه ... لزم الغاصب ذلك .
- فصل : الحكم فيما إذا بنى في الأرض ،
 ٣٦٧ كالحكم فيما إذا غرس فيها ...
- فصل : إن غصب دارا ، فخصصها وزوقها
 وطالبه ربحها بإزالته ، وفي إزالته
 ٣٦٧ غرض ، لزمه إزالته ...
- فصل : إن غصب أرضا ، فكشط ترابها ،
 لزمه رده وفرشه على ما كان ، إن طلبه
 ٣٦٧ ، ٣٦٨ المالك ...
- فصل : إن غصب أرضا ، فحفر فيها بئرا ،
 ٣٦٩ ، ٣٦٨ فطالبه المالك بطمها ، لزمه ذلك .
- الفصل الثالث : أن على الغاصب أجر الأرض
 منذ غصبها إلى وقت تسليمها . ٣٦٩ ، ٣٧٠
- الفصل الرابع : أن على الغاصب ضمان
 نقص الأرض . ٣٧٠ ، ٣٧١
- فصل : قدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع
 الأعيان . ٣٧١ ، ٣٧٢
- فصل : إن غصب عبدا ، فجنى عليه جنائية
 مقدرة الدية ، فعلى قولنا : ضمان
 المغصب ضمان الجنائية . ٣٧٢ ، ٣٧٣
- فصل : إن غصب عبدا فقطع آخر يده ،
 فللمالك تضمين أيهما شاء . ٣٧٣
- فصل : إن غصب عبدا فقطع أذنيه ، أو ...
 لزمته قيمته كلها ، ورد العبد . ٣٧٣ ، ٣٧٤

- فصل : إن جنى العبد المغصوب ، فجنائته
مضمونة على الغاصب . ٣٧٤
- فصل : إذا نقصت عين المغصوب دون
قيمته ، فذلك على ثلاثة أقسام ؛ ... ٣٧٥ ، ٣٧٤
- فصل : إن غصب عبدا فسمن سمننا نقصت به
قيمته ... وجب أرش النقص . ٣٧٥
- فصل : إن نقص المغصوب نقصا غير
مستقر ... فعليه ضمان نقصه . ٣٧٦ ، ٣٧٥
- ٨٦٣ - مسألة : (وإن كان زرعها ، فأدركها ربها والزرع
قائم ، كان الزرع لصاحب الأرض ، وعليه
النفقة ، وإن استحققت بعد أخذ الغاصب
الزرع ، فعليه أجره الأرض)
فصل : إن كان الزرع مما يبقى أصوله في
الأرض ، ويُجزأ ... احتمال أن يكون
حكمه ما ذكرنا . ٣٧٩
- فصل : إن غصب أرضا فغرسها فأثمرت ،
فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب
ثمرتها ، فهي له . ٣٧٩
- فصل : إن غصب شجرا فأثمر ، فالثمر
لصاحب الشجر . ٣٨٠ ، ٣٧٩
- فصل : إن غصب أرضا فحكمها في جواز
دخول غيره إليها حكمها قبل
الغصب . ٣٨١ ، ٣٨٠
- ٨٦٤ - مسألة : (ومن غصب عبدا ، أو أمة ، وقيمه مائة ،
فزاد في بدنه ، أو بتعلم ، حتى صارت قيمته

- ماتين ، ثم نقص بنقصان بدنه ، أو نسيان ما
علم ، حتى صارت قيمته مائة ، أخذه
السيد ، وأخذ من الغاصب مائة)
٣٨١ - ٣٩١
- فصل : إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت ،
فبلغت قيمتها ألفا ، ثم تعلمت صناعة
فبلغت ألفين ، ثم هزلت ونسيت
فعدت قيمتها إلى مائة ، ردها ورد
ألفا وتسعمائة .
٣٨٢ ، ٣٨٣
- فصل : إن مرض المصوب ثم برأ... أو
غصب جارية حسناء فسمنت ... ثم
خف سمها ... ردها ولا ضمان
عليه .
٣٨٣ ، ٣٨٤
- فصل : زوائد الغصب في يد الغاصب
مضمونة ضمان الغصب .
٣٨٤
- فصل : ليس على الغاصب ضمان نقص
القيمة الحاصل بتغير الأسعار .
٣٨٤ ، ٣٨٥
- فصل : لو غصب شيئا فشقه نصفين ، وكان
ثوبا ينقصه القطع ، رده وأرش
نقصه ...
٣٨٥
- فصل : إن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه ، ... ،
لزمه رده وأرش نقصه .
٣٨٥ ، ٣٨٦
- فصل : إن غصب ثوبا أو زوليا فذهب بعض
أجزائه ... فعليه أرش نقصه .
٣٨٦
- فصل : إذا نقص المصوب عند الغاصب ، ثم
باعه فتلف عند المشتري فله أن

- ٣٨٧، ٣٨٦ . يضمن من شاء منهما .
 فصل : إذا غصب حنطة فطحنها ، أو ... ، لم
 ٣٨٩ - ٣٨٧ . يزل ملك صاحبه عنه .
 فصل : إن غصب حبا فزرعه فصار زرعاً ...
 ٣٩٠ ، ٣٨٩ . فهو للمغصوب منه .
 فصل : إن غصب دنانير أو دراهم من
 رجل ، وخلطها بمثلها لآخر ، فلم
 ٣٩٠ . يتميزا ، صارا شريكين .
 فصل : إن غصب عبداً ، فصاد صيداً ، ...
 ٣٩١ ، ٣٩٠ . فهو لسيدته .
 ٨٦٥ - مسألة : (ومن غصب جارية ، فوطئها ، وأولدها ،
 لزمه الحد ، وأخذها سيدها وأولادها ومهر
 ٣٩٣ - ٣٩١) مثلها)
 فصل : إن كان الغاصب جاهلاً بتحريم
 ٣٩٣ ، ٣٩٢ ذلك ... فلا حد عليه .
 ٨٦٦ - مسألة : (وإن كان الغاصب باعها ، فوطئها
 المشتري ، وأولدها ، وهو لا يعلم ، ردت
 الجارية إلى سيدها ، ومهر مثلها ، وفدى
 أولاده بمثلهم ، وهم أحرار ، ورجع بذلك
 ٤٠٠ - ٣٩٣ كله على الغاصب)
 فصل : من استكره امرأة على الزنى ، فعليه
 ٣٩٧ ، ٣٩٦ الحد دونها ... وعليه مهرها ...
 فصل : إذا أجز الغاصب المغصوب ،
 ٣٩٧ فالإجارة باطلة ...
 فصل : إن أودع المغصوب ، أو وكل رجلاً

- في بيعه ، ودفعه إليه ، فتلف في يده ،
 ٣٩٨ ، ٣٩٧ فللمالك تضمين أيهما شاء ...
- فصل : إن أعار العين المغصوبة ، فتلفت عند
 المستعير ، فللمالك تضمين أيهما شاء
 ٣٩٨ أجرها وقيمتها ...
- فصل : إن وهب المغصوب لعالم بالغصب ،
 ٣٩٩ ، ٣٩٨ استقر الضمان على المتهب .
- فصل : تصرفات الغاصب كتصرفات
 ٣٩٩ الفضولى .
- فصل : إذا غصب أمانا فاتجر بها ... الربح
 ٤٠٠ ، ٣٩٩ للمالك .
- ٨٦٧ - مسألة : (ومن غصب شيئا ، ولم يقدر على رده ،
 لزمته الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ،
 ٤٠٢ - ٤٠٠ رده وأخذ القيمة)
- فصل : إن غصب عصيرا فصار خمرا ، فعليه
 ٤٠٢ ، ٤٠١ مثل العصير .
- فصل : إذا غصب شيئا ببلد ، فلقية ببلد
 ٤٠٢ آخر ، فطالبه به ، نظرت ؛ ...
- ٨٦٨ - مسألة : (ولو غصبها حاملا ، فولدت في يده ، ثم
 مات الولد ، أخذها سيدها وقيمة ولدها ،
 ٤٠٦ - ٤٠٢ أكثر ما كانت قيمته)
- فصل : إن كان المغصوب من المثليات
 ٤٠٦ ، ٤٠٥ فتلف ، وجب رد مثله .
- ٨٦٩ - مسألة : (وإذا كانت للمغصوب أجره ، فعلى

- الغاصب رده ، وأجر مثله مدة مقامه في يده) ٤٠٦ - ٤٢٤
- فصل : إن غصب شيئا ، فشغله بملكه ... نظرنا ؛ ... ٤٠٧ ، ٤٠٨
- فصل : إن غصب فصيلا ، فأدخله داره ، فكبير ولم يخرج من الباب ... إلا بنقضه وجب نقضه ، ورد الفصيل ... ٤٠٨ ، ٤٠٩
- فصل : إن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة ، ... حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها . ٤٠٩ - ٤١١
- فصل : إن غصب دينارا ، فوقع في محبرته ... كسرت ورد الدينار ... ٤١١
- فصل : إن غصب لوحا ، فرقع به سفينة ، فإن كانت على الساحل ، لزم قلعه ورده ... ٤١١ ، ٤١٢
- فصل : إذا غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه ... لزمه تمييزه ، ورده ... ٤١٢ - ٤١٤
- فصل : إن غصب ثوبا فصبغه ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٤١٤ - ٤١٨
- فصل : إذا غصب طعاما ، فأطعمه غيره ، فللمالك تضمين أيهما شاء . ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب . ٤٢٠ ، ٤٢١
- فصل : إذا باع عبدا ، فادعى إنسان على

- البائع أنه غصبه العبد ، وأقام بذلك
 ٤٢٢، ٤٢١ بيعة ، انتقض البيع ...
- فصل : إن كان المشتري أعتق العبد ، فأقرا
 ٤٢٣، ٤٢٢ جميعا ، لم يقبل ذلك ...
- فصل : إذا باع عبدا أو وهبه ، ثم ادعى أني
 فعلت ذلك قبل أن أملكه ، وقد
 ملكته الآن ... فيلزمك رده ...
 ٤٢٣ نظرت ؛ ...
- فصل : إذا جنى العبد المصوب جنابة
 أوجبت القصاص ، فاقص منه ،
 ٤٢٤، ٤٢٣ فضمانه على الغاصب .
- ٨٧٠ - مسألة : (من أئلف لذمي خمرًا أو خنزيرا ، فلا غرم
 عليه ، وينهى عن التعرض لهم فيما لا
 يظهره)
 ٤٣٦ - ٤٢٤
- فصل : إن غصب من ذمي خمرًا ، لزمه
 ٤٢٦ ردها .
- فصل : إن غصب كلبا يجوز اقتناؤه ، وجب
 ٤٢٧ رده .
- فصل : إن كسر صليبا ، أو مزمارا ، أو ...
 ٤٢٨، ٤٢٧ لم يضمه .
- فصل : إن كسر آنية ذهب أو فضة ، لم
 ٤٢٨ يضمها .
- فصل : إن كسر آنية الخمر ، ففيها
 ٤٢٩، ٤٢٨ روايتان ؛ ...
- فصل : لا يثبت الغصب فيما ليس بمال ،
 ٤٣٠، ٤٢٩ كالحر .

- ٤٣٠ فصل : أم الولد مضمونة بالغصب .
- فصل : إذا فتح قفصا عن طائر فطار ، أو حل دابة فذهبت ، ضمنها . ٤٣١ ، ٤٣٠
- فصل : لو حل زقا فيه مائع ، فاندفق ، ضمنه . ٤٣٢ ، ٤٣١
- فصل : إن حل رباط سفينة فذهب أو غرقت ، فعليه قيمتها ... ٤٣٢
- فصل : إذا أوقد في ملكه نارا ... فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها ... لم يضمن ... إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط . ٤٣٣ ، ٤٣٢
- فصل : إن ألقى الريح إلى داره ثوب غيره ، لزمه حفظه . ٤٣٣
- فصل : إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ، ويد صاحبها عليها ... ضمن . ٤٣٤ ، ٤٣٣
- فصل : إذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس ، وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة ، لم تتم البينة ... ٤٣٤

كتاب الشفعة

- ٨٧١ - مسألة : (ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة)
- ٤٥٣ - ٤٣٦
- وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ... فلا تثبت إلا بشروط أربعة :

- أحدها: أن يكون الملك مشاعا بغير مقسوم ٤٣٦ - ٤٣٩
فصل: الشرط الثاني ، أن يكون المبيع
٤٣٩ - ٤٤١ أرضا .
- فصل: الشرط الثالث ، أن يكون المبيع مما
٤٤١ - ٤٤٣ يمكن قسمته .
- فصل: الشرط الرابع ، أن يكون الشقص
٤٤٣ - ٤٤٦ منتقلا بعوض .
- فصل: إذا جنى جنايتين ، عمدا وخطأ ،
فصالحه منهما على شقص ، فالشفعة
٤٤٦ ، ٤٤٧ في نصف الشقص دون باقيه .
- فصل: لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل
٤٤٧ ، ٤٤٨ انقضائه .
- فصل: بيع المريض كبيع الصحيح ، في
٤٤٨ - ٤٥٠ الصحة ، ...
- فصل: ويملك الشفيح الشقص بأخذه بكل
٤٥٠ ، ٤٥١ لفظ يدل على أخذه .
- فصل: إذا أراد الشفيح أخذ الشقص ، ... ،
٤٥١ ، ٤٥٢ أخذه ...
- فصل: إذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر
٤٥٢ ، ٤٥٣ المشتري ، ففيه وجهان ؛ ...
- ٨٧٢ - مسألة: (ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه
بالبيع ، فلا شفعة له)
٤٥٣ - ٤٦١
- فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر ، فصدقه ، ولم
٤٥٦ يطالب بالشفعة ، بطلت شفيعته .
- فصل: إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما

- وقع العقد به ، فترك الشفيح الشفعة ،
 ٤٥٨ - ٤٥٦ لم تسقط الشفعة .
- فصل : إن لقيه الشفيح في غير بلده فلم
 ٤٥٨ يطالبه ... سقطت شفעתه .
- فصل : إذا قال الشفيح للمشتري : بعنى ما
 اشتريت . أو قاسمنى . بطلت
 ٤٥٩ ، ٤٥٨ شفעתه .
- فصل : إن قال : آخذ نصف الشقص .
 ٤٥٩ سقطت شفעתه .
- فصل : إن أخذ الشقص بثمن مغصوب ،
 ٤٥٩ ففيه وجهان ؛ ...
- فصل : من وجبت له الشفعة ، فباع نصيبه
 ٤٦١ - ٤٥٩ علما بذلك ، سقطت شفעתه .
- ٨٧٣ - مسألة : (ومن كان غائبا ، وعلم بالبيع في وقت
 ٤٦٢ ، ٤٦١ قدومه ، فله الشفعة ، وإن طالت غيبته)
- ٨٧٤ - مسألة : (وإن علم وهو في السفر ، فلم يشهد على
 ٤٦٤ - ٤٦٢ مطالبته ، فلا شفعة له)
- فصل : إذا أشهد على المطالبة ، ثم أخرج القدم
 ٤٦٤ ، ٤٦٣ مع إمكانه ... الشفعة بحالها .
- فصل : من كان مريضا مرضا لا يمنع
 ٤٦٤ المطالبة ... فهو كالصحيح ...
- ٨٧٥ - مسألة : (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر ،
 كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ،
 فإن طالب الأول ، رجع الثاني بالثمن الذى
 ٤٦٤ - ٤٧٠ أخذ منه ، والثالث على الثاني)

- فصل : إن تصرف المشتري في الشقص بما لا
تجب به الشفعة ... للشفيع فسخ
ذلك التصرف ...
٤٦٧، ٤٦٦
- فصل : فإن جعله صداقا أو ... انبنى ذلك
على الوجهين في الأخذ بالشفعة .
٤٦٧
- فصل : فإن قایل البائع المشتري ، أو ...
للشفيع فسخ الإقالة والرد ...
٤٦٧
- فصل : إن اشترى شقصا بعبد ، ثم وجد ...
بالعبد عيبا ، فله رد العبد ...
٤٦٧ - ٤٦٩
- فصل : لو كان ثمن الشقص مكيلا أو
موزونا ، فتلغ قبل قبضه ، بطل
البيع ...
٤٦٩
- فصل : إن اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين ،
فخرج مستحقا ، فالبيع باطل ...
٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : إذا وجبت الشفعة ... فقال البائع
للشفيع : أقلنى . فأقاله ، لم
تصح ...
٤٧٠
- ٨٧٦ - مسألة : (وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة)
٤٧٠ - ٤٧٥
- فصل : فأما الولي ، فإن كان للصبي حظ في
الأخذ بها ... لزم وليه الأخذ
بالشفعة .
٤٧١ ، ٤٧٢
- فصل : إذا باع وصى الأيتام ... كان له
الأخذ للآخر بالشفعة ...
٤٧٢ ، ٤٧٣
- فصل : إذا عفا ولي الصبي عن شفيعته ...

- ٤٧٣ ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك .
- فصل : والحكم في المجنون المطبق كالحكم في
٤٧٤ الصبي سواء .
- فصل : إذا بيع شقص . في شركة مال
المضاربة ، فللعامل الأخذ بها ... ٤٧٤ ، ٤٧٥
- فصل : لا شفعة بشركة الوقف . ٤٧٥
- ٨٧٧ - مسألة : (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة
بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه ،
فله ذلك ، إذا لم يكن في أخذه ضرر) ٤٧٥ - ٤٧٩
- فصل : إن زرع في الأرض ، فللشفيع الأخذ
بالشفعة ... ٤٧٧
- فصل : إذا نما المبيع في يد المشتري ، لم يخل
من حالين ؛ ... ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : إن تلف الشقص أو بعضه في يد
المشتري ، فهو من ضمانه . ٤٧٨ ، ٤٧٩
- ٨٧٨ - مسألة : (إن كان الشراء وقع بعين ، أو ورق ،
أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضا ،
أعطاه قيمته)
- ٤٧٩ - ٤٨٨
- فصل : يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي
استقر عليه العقد . ٤٨٠ ، ٤٨١
- فصل : إن كان الثمن مما تجب قيمته ، فإنها
تعتبر وقت البيع ... ٤٨١
- فصل : إذا كان الثمن مؤجلا ، أخذه الشفيع
بذلك الأجل ... ٤٨٢
- فصل : إذا باع شقصا مشفوعا ، ومعه ما لا

٤٨٣، ٤٨٢

شفعة فيه ... ثبتت الشفعة ...

فصل: إذا باع شقصين من أرضين ، صفقة واحدة ... والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر ، فلهما أن يأخذا

٤٨٣

ويقتسما الثمن ...

فصل: لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن .

٤٨٥ - ٤٨٣

فصل: لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ...

٤٨٨ - ٤٨٥ ٨٧٩ - مسألة: (وإن اختلفا في الثمن ، فالقول قول المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بينة)

٤٩٧ - ٤٨٩

فصل: إن قال المشتري: لا أعلم مبلغ الثمن . فالقول قوله .

٤٩٠

فصل: إن اشترى شقصا بعرض ، واختلفا

في قيمته ... فالقول قول المشتري

٤٩٠

فصل: إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء ... فإنه يحتاج إلى تحرير

٤٩١، ٤٩٠

دعواه ...

فصل: إن قال: اشتريته لفلان ... فإن

٤٩٢، ٤٩١

صدقه ... كان الشراء له ...

فصل: إذا كانت دار بين حاضر وغائب ،

فادعى الحاضر ... أنه اشتراه ...

٤٩٣، ٤٩٢

فصدقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة .

فصل: إذا ادعى رجل على رجل شفعة في

شقص اشتراه ... فعلى الشفيع إقامة

٤٩٣

البينة .

- فصل : إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك من عمرو ... إقرار عمرو
 ٤٩٤ ، ٤٩٣ على المنكر بالبيع لا يقبل .
- فصل : إذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحد منهما ... سألناهما : متى ملكتاها ؟ ...
 ٤٩٤
- فصل : إذا اختلف المتبايعان في الثمن ... فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان ، أخذهما ...
 ٤٩٥ ، ٤٩٤
- فصل : لو اشترى شقصا له شفيعان ، فادعى على أحد الشفيعين ... وشهد له بذلك الشفيع الآخر ... لم تقبل شهادته .
 ٤٩٧ - ٤٩٥
- ٨٨٠ - مسألة : (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم ، كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)
 ٥٠٠ - ٤٩٧
- فصل : لو ورث أخوان دارا ... فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه وعمه .
 ٤٩٩ ، ٤٩٨
- فصل : إن كان المشتري شريكا ، فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه .
 ٥٠٠ ، ٤٩٩
- ٨٨١ - مسألة : (فإن ترك أحدهما شفحته ، لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك)
 ٥٠٨ - ٥٠٠
- فصل : فإن كان الشفعاء غائبين ، لم تسقط الشفعة .
 ٥٠٢ ، ٥٠١

- فصل : إذا حضر الثاني بعد أخذ الأول ...
 ٥٠٣، ٥٠٢ بطلت القسمة .
- فصل : إذا أخذ الأول الشقص كله
 بالشفعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا
 ٥٠٤، ٥٠٣ آخذ منك نصفه ... فله ذلك .
- فصل : إذا اشترى رجل من رجلين شقصا ،
 ٥٠٤ فللشفيع أخذ نصيب أحدهما .
- فصل : إذا باع شقصا لثلاثة ، دفعة واحدة ،
 ٥٠٥، ٥٠٤ فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ...
- فصل : دار بين أربعة أرباعا ، باع ثلاثة
 منهم ... فللذى لم يبع الشفعة في
 ٥٠٦، ٥٠٥ الجميع .
- فصل : إن باع الشريك نصف الشقص
 لرجل ، ثم باعه بقيته ... ثم علم
 الشفيع فله أخذ المبيع الأول
 ٥٠٧، ٥٠٦ والثاني ...
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكل
 أحدهم شريكه ... فلشريكهما
 ٥٠٨، ٥٠٧ الشفعة فيهما ...
- ٨٨٢ - مسألة : (وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة
 ٥١٠ - ٥٠٨ المشتري على البائع)
- فصل : حكم الشفيع في الرد بالعيب ، حكم
 ٥١٠، ٥٠٩ المشتري من المشتري ...

٨٨٣ - مسألة : (والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت

٥١٠ - ٥١٤

طالب بها)

فصل : إن أشهد الشفيع على مطالبته بها

٥١١ للعذر ، ثم مات ، لم تبطل ...

فصل : إذا بيع شقص له شفيعان ... ثم مات

المطالب ، فورثه العاق ، فله أخذ

٥١١ الشقص بها .

فصل : إن مات مفلس ، وله شقص ، فباع

٥١١ ، ٥١٢ شريكه ، كان لورثته الشفعة .

فصل : لو اشترى شقصا مشفوعا ، ووصى

به ، ثم مات ، فللشفيع أخذه

٥١٢ ، ٥١٣ بالشفعة .

فصل : لو اشترى رجل شقصا ، ثم ارتد

فقتل أو مات ، فللشفيع أخذه

٥١٣ بالشفعة .

فصل : إذا اشترى المرتد شقصا ، فتصرفه

٥١٤ موقوف .

٨٨٤ - مسألة : (وإن أذن الشريك في البيع ، ثم طالب

٥١٤ - ٥٢٤

بالشفعة بعد وقوع البيع ، فله ذلك)

فصل : إذا توكل الشفيع في البيع ، لم تسقط

٥١٥ ، ٥١٦ شفيعته بذلك ...

فصل : إن ضمن الشفيع العهدة

٥١٦ للمشتري ... لم تسقط شفيعته .

فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، فقارض

واحد منهم أحد شريكه بألف ،

- فاشترى به نصف نصيب الثالث ، لم
 ٥١٧ تثبت فيه شفعة .
- فصل : إن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا ،
 فاشترى أجنبي نصيب أحدهم ...
 فقال : إنما اشتريته لشريكك . لم
 تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق
 ٥١٨، ٥١٧ من الشفعة .
- فصل : إن قال أحد الشفيعين للمشتري :
 شراؤك باطل ... فالشفعة كلها
 ٥١٨ للمعترف بالصحة .
- فصل : إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره ،
 ٥١٩، ٥١٨ فأنكره ، ثم صالحه ... صح .
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا ،
 فاشترى أحدهم نصيب أحد
 شريكه ، ثم باعه لأجنبي ، ثم علم
 ٥٢١ - ٥١٩ شريكه ، فله أن يأخذ بالعقدين ...
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد
 نصفها ، ولعمرو ثلثها ، وليكر
 سدسها ... تصح المسألة من مائة
 ٥٢٣ - ٥٢١ واثنتين وستين سهما ...
- فصل : إذا كانت دار بين أربعة أرباعا ،
 فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم ،
 ٥٢٤، ٥٢٣ استحق الرابع الشفعة عليها ...
- ٥٢٩ - ٥٢٤ ٨٨٥ - مسألة : (ولا شفعة لكافر على مسلم)

- فصل : تثبت [الشفعة] للذمي على الذمي . ٥٢٥
 فصل : أما أهل البدع ، فمن حكم بإسلامه
 ٥٢٦ ، ٥٢٥ . فله الشفعة .
 فصل : تثبت الشفعة للبدوي على القروي ،
 ٥٢٦ وللقروي على البدوي .
 فصل : قال أحمد ، في رواية حنبل : لا نرى
 ٥٢٦ في أرض السواد شفعة .

كتاب المساقاة

- ٨٨٦ - مسألة : (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
 بجزء معلوم ، يجعل للعامل من الثمر)
 ٥٣٠ - ٥٥٠ فصل : أما ما لا ثمر له من الشجر ... فلا
 ٥٣١ تجوز المساقاة عليه .
 فصل : إن ساقاه على ثمرة موجودة ... فيها
 ٥٣٢ ، ٥٣١ روايتين .
 فصل : أما قول الخرقى : « بجزء معلوم يجعل
 للعامل من الثمر » . فيدل على
 ٥٣٣ ، ٥٣٢ شيئين ؛ ...
 فصل : إذا كان في البستان شجر من
 أجناس ... فشرط للعامل من كل
 ٥٣٤ جنس قدرا ، ... ، أو ... صح .
 فصل : إن كان البستان لائنين ، فساقيا عاملا
 ٥٣٥ ، ٥٣٤ واحدا ... جاز .
 فصل : لو ساقاه ثلاث سنين ... جاز . ٥٣٥
 فصل : لو دفع إلى رجل بستانا ، فقال :

- ما زرعت فيه من حنطة فلي ربهه ...
 ٥٣٦، ٥٣٥ لم يصح .
 فصل : إن ساقاه على أنه إن سقى سيحا ، فله
 ٥٣٦ الثلث ... لم يصح .
 فصل : إن ساقى أحد الشريكين شريكه ،
 وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ...
 ٥٣٧، ٥٣٦ صح .
 فصل : تصح المساقاة على البعل من الشجر . ٥٣٨
 فصل : لا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم
 ٥٣٨ بالرؤية ...
 فصل : تصح المساقاة بلفظ المساقاة ... ٥٣٩، ٥٣٨
 فصل : يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما
 ٥٤٠، ٥٣٩ فيه صلاح الثمرة وزيادتها .
 فصل : فأما الجذاذ والحصاد واللقاط ، فهو
 ٥٤١، ٥٤٠ على العامل .
 فصل : إن شرط أن يعمل معه غلمان رب
 ٥٤١ المال ، فهو كشرط عمل رب المال .
 فصل : إن شرط العامل أن أجر الأجراء ...
 ٥٤٢ من الثمرة ... لم يصح .
 فصل : ظاهر كلام أحمد ، أن المساقاة
 ٥٤٥ - ٥٤٢ والمزارعة من العقود الجائزة .
 فصل : لا يثبت في المساقاة خيار الشرط . ٥٤٥
 فصل : متى قلنا بجوازها ، لم يفتقر إلى ضرب
 ٥٤٧ - ٥٤٥ مدة .
 فصل : إن هرب العامل ، فلهرب المال
 ٥٤٧ الفسخ .

- فصل : العامل أمين ، والقول قوله فيما يدعيه
 ٥٤٨ ، ٥٤٧ . من هلاك .
- فصل : فإن عجز عن العمل ... ضم إليه
 ٥٤٨ . غيره ...
- فصل : إن اختلفا في الجزء المشروط للعامل ،
 ٥٤٩ ، ٥٤٨ فالقول قول رب المال .
- فصل : يملك العامل حصته من الثمرة
 ٥٥٠ ، ٥٤٩ بظهورها .
- فصل : إن ساقاه على أرض خراجية ،
 ٥٥٠ فالخراج على رب المال .
- ٨٨٧ - مسألة : (ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم) ٥٥١ - ٥٥٤
 فصل : إذا ساق رجل ... فعامل العامل غيره
 ٥٥١ على الأرض ... لم يجز .
- فصل : إذا ساقاه على ودى النخل ... إلى مدة
 ٥٥٢ يحمل فيها غالبا ... صح .
- فصل : إن ساقاه على شجر يفرسه ...
 ويكون له جزء من الثمر معلوم ...
 ٥٥٣ ، ٥٥٢ صح أيضا .
- فصل : إذا ساقاه على شجر ، فبان مستحقا
 ٥٥٤ ، ٥٥٣ بعد العمل ، أخذه ربه وثمرته .

باب المزارعة

- ٨٨٨ - مسألة : (وتجز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض) ٥٥٥ - ٥٦٢
 فصل : إذا كان في الأرض شجر ، وبينه
 ٥٦٢ ، ٥٦١ بياض أرض ، فساقاه ... جاز .

- فصل : إن زارعه أرضا ... لم يجز أن يشترط
العامل ثمرتها . ٥٦٢
- فصل : إن أجره بياض الأرض ، وساقاه على
الشجر الذى فيها ، جاز . ٥٦٢
- ٨٨٩ - مسألة : (إذا كان البذر من رب الأرض)
فصل : فإن كان البذر منهما نصفين ، وشرطا
أن الزرع بينهما نصفان ، فهو
بينهما . ٥٦٥ ، ٥٦٤
- فصل : فإن قال صاحب الأرض : أجرتك
نصف أرضى هذه ، بنصف بذرک ،
و ... لم يصح . ٥٦٥
- ٨٩٠ - مسألة : (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل
بذره ، ويقتسما ما بقى ، لم يجز)
فصل : إن زارعه على أن لرب الأرض زرعا
بعينه ، وللعامل زرعا بعينه ... فهو
فاسد ... ٥٦٦
- فصل : الشروط الفاسدة فى المساقاة والمزارعة
تنقسم قسمين ؛ ... ٥٦٧ ، ٥٦٦
- فصل : إن دفع رجل بذره إلى صاحب
الأرض ، ليزرعه ... ويكون ما يخرج
بينهما ... فهو فاسد . ٥٦٧
- فصل : إن اشترك ثلاثة ... على أن ما رزق
الله بينهم ... فهذا عقد فاسد . ٥٦٨ ، ٥٦٧
- فصل : إذا زارع رجلا ... وسقط من الحب
شئ ... فنبت ... فهو لصاحب
الأرض . ٥٦٩ ، ٥٦٨

فصل : فى إجاره الأرض : تجوز إجارها
بالورق ، والذهب ، وسائر
العروض ، سوى المطعوم . ٥٦٩ - ٥٧٢

آخر الجزء السابع
ويليه الجزء الثامن ، وأوله :
كتاب الإجازات
والحمد لله حقَّ حمده