



كِتَاب

المبسوط

لتفسير الدين الشري

المجلد السادس



دار المعرفة

بيروت - لبنان

کتاب
المطبول شفاء من الوباء
النجوى

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م
بيروت - لبنان



للطباعة والنشر والتوزيع
Publishing & Distributing

دار المعرفة
DAR EL-MAREFAH

مستودع المطابع - نخود سلك مسكو - شارع العرجاوي ص.ب ٧٨٧٦ تلفون: ٠١-٨٢٤٣٣٢-٨٢٤٣٣٢ - رقباً معرفكار بيروت - لبنان

﴿ الجزء الحادى عشر من ﴾

كِتَابُ الْمَبْسُوطِ لِشَيْخِنا الْبَيْهَقِيِّ السَّيِّدِ الْخَشِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أت * ستاوبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيبانى * حرر فيها المذهب النعمانى
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافى * للحاكم الشهيد فهو الكافى
أقوى شروحه الذى كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسى

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

❦ كتاب اللقيطة ❦

❦ قال ❦ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونخرا لاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطه فالتفلسفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لا يحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لا يحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطعم فيها بعد ما يرفعها فكان في رفعها معرضاً نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالِكها فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالِكها ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويمرفها والتزام أداء الأمانة يفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الأمانة فانه يمثل فيه الأمر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان (أحدهما) ما يعلم ان مالِكه لا يطلبه كمشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالِكه يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده في يده بعد ما جمعه كان له أن يأخذه منه لان الفاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تملكاً من غيره فان التملك من المجهول لا يصح وملك المبيع لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيع فاذا وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمماً لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما ألقاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن أبي يوسف ورحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالتقاء والصوف مال متقوم من غير اتصال شيء آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لا يصير مالا متقوماً إلا بالدباغ فاذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه فأما (النوع الثاني) وهو ما يعلم ان صاحبه يطلبه فن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال في اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتي به يعتمد قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط يذنب له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقة ويملك به ماله خطر والتعريف لا يلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر
وفيا دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفي دون
الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر يمناً ويسرة ثم يضعه في كف فقير وشيء من هذا
ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكننا نعلم ان التعريف بناء على طلب
صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فينبى علي غالب رأيه ويعرف
القليل الى أن يغلب علي رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فاذا لم يجىء صاحبها بعد التعريف
تصدق بها لانه التزم حفظها علي الكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجدته والاتصال ثوابها
اليه وطريق ذلك التصديق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله
بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته
في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فان قيل كيف يضمنها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصديق بها وما أزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط
لحق محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتميد بشرط
السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله
أن يضمه ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته نخصة في تناول ملك الغير وذلك غير
مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضی الله عنه انه اشترى
جارية بسبعمائة درهم أو ثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضی
الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبي فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال
هكذا يصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن
يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبي فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود
رضی الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون
ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فملوكة
لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال له كان اشتراها
بمال معين لانه صحح من مذهبه ان النقود لاتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على
المشترى فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه
بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها الى صاحبها ان رضی بصنيعه وإلا فالثمن
دين عليه كما كان وعن أبي سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرّة وأنا مكاتب
فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضی الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أدبت
مكاتبتي ثم أتيتها فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام
ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضی الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن
يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين
نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض
للهلك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديناً في ذمة المستقرض يؤمن
فيه التزى بالهلاك وكذلك بالجود لانه متأكد بهام القاضى ولهذا كان للقاضى ولاية الاقراض
في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى
القاضى لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدي مكاتبته من ربحها فأذن له عمر
رضي الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام ان يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة
في ذلك لانه امره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه انما أمره بذلك لانه كان سيديها التصديق
بها بمد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة
وذكري في الأصل عن سويد بن عملة قال حجبت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان واناس
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا
ان يأخذوه وكنت أحوهم اليه فأخذته فسألت عن ذلك أبي بن كعب فحدثني بالمائة دينار
التي وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى
الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى
فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته ثم قال
بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاهها واخطبها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع
بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من
السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه وتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذوه سويد لينتفع به
فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء
ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو ما من متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي
قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكننا نقول هذا كان في ذلك
الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصالح فاذا تركه واحد يتركه الاخر أيضاً أو يأخذه
ليؤدي الأمانة فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الامين يأخذ الخائن فيكم من
صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات
في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضي الله عنه ثم منعهن من ذلك في زمن
عمر رضي الله عنه وكان صواباً وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله عنه دليل لما
قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بالازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى
ان المائة دينار لما كانت مالا عظيماً كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث
سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي رضي الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بمد
التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز ذلك لأبي رضي الله عنه

وهو كان غنيا وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكننا نقول يحتمل
انه لفقره وحاجته لديون عليه فأذن له في الانتفاع واخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذب المال
لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه
وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاها احتياطاً
حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن
صباح قال وجد رجل لقطه أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها
في الموسم فان جا صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر وبين الثمن يعني
القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفي هذا دليل على انه ينبغي
للملتقط أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف
في الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف في مجمع الناس في الموضع
الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبي اسحاق
عن رجل قال وجدت لقطه حين أنفر علي بن أبي طالب رضي الله عنه الناس الى صفين
فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتى قدمت على علي رضي الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على
صدره وفي رواية قال لي انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدت فان وجدت
صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الأجر وان شاء
ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أي عرفتها سرّاً وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس
فكانه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضي الله عنه حين ضرب يده على صدره
وقال ما قال انك سليم القلب تطمع في مال الغير وهذا من دعاية علي رضي الله عنه وقد كان
به دعاية كما قال عمر رضي الله عنه حين ذكر علي رضي الله عنه للخلافة أما انه ان ولي هذا
الأمر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعاية به وفيه دليل ان التعريف سرّاً لا يكفي بل ينبغي
للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر علي رضي الله عنه الرجل به وانه ينبغي أن يعرفها في الموضع
الذي وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكي ان بعض العلماء وجد لقطه وكان
محتاجاً اليها فقال في نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من
المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعته
ينشد ذلك فدلوه على وتجنب البئر رجل يرفع شملة وكان صاحب اللقطه فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها إليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يجزى فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يجزى صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخيص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتملك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التملك وأيهما ضمنه لم يرجع على الاخر بشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصديق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه كما روينا ولما روى عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضي الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصديق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحمل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما ثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان في الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعته ببدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا في ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملاً لنفسه ولا يحمل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتعزز عن هذه النية في الابتداء فكذلك

في الانتفاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فاما حديث علي رضي الله عنه فقد قيل ما وجدته لم يكن لقطعة وانما ألقاها ملك ليأخذها علي رضي الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فلماذا تناولوا منه علي ان الصدقة الواجبة كانت لا تحمل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز علي رضي الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهي دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاها فأصاب ذلك كاه فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبي حتى يقيم البيعة عندنا وقل مالك يجبر علي دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق الي وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذي اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر علي صاحبها إقامة البيعة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البيعة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال واكنا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الي غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البيعة فيثبت استحقاقه بحجة حكيمية وله أن يتوسع في دفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منه بها كفيلاً نظراً منه انفسه فلهذا يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الأخذ منه لانه يخفي شخصه فيحتاج فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البيعة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يؤمر بالدفع اليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بيعة الآخر لان البيعة حجة متعدية الي الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذي أقام البيعة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الي غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه بأصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشترى اذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع اذا جاء الي المودع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لأن المديون إنما يقضي الدين بملك نفسه وقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير وقراره في ملك الغير ليس ملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وإن صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون اقرار الملتقط ملزماً بإياه الدفع اليه ثم في الوديعة إذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشيء وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بمد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه أن هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به إلى البينة وإنما يقضي القاضي على المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا إنما يقضي بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكماً فإن كانت اللقطة مما لا يبقى إذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها لأن المقصود من التعريف إيصالها إلى صاحبها فتقيد مدة التعريف بالوقت الذي لا يفسد فيه لأن بمد الفساد لا فائدة لصاحبها في إيصالها اليه وقد بينا أن التصديق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير إلى ذلك إذا خاف أن تفسد العين وإذا وجد شاة أو بعيراً أو بقرة أو حماراً فخبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البينة أنه له لم يرجع عليه بما أنفق لأنه متبرع في الاتفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضي فأما أمر القاضي بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند مجزئه عن النظر بنفسه والأمر بالاتفاق من النظر لأنه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فإن رفعها إلى القاضي وأقام البينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البينة والأمر بالاتفاق بعدها في اللقيط ثم إنما يأمر بالاتفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لأنه لو أمر بالاتفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

فبئسها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فإن لم يجزى صاحبها باع الشاة ونحوها لأن في البيع حفظ المالة عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تمذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فتؤاجرهم ونفق عليه من أجره لأن بهذا الطريق يتوصل الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقي له بعد مضي المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض نظر له فاذا باعها اعطاء القاضى من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضى فيقضى دينه بماله لأن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضى بعينه على ذلك فان لم يعمها حتى جاء صاحبها وأقام البينة أنها له قضى له بها القاضى وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطبنى النفقة كان له ذلك لأن ملكه في الدابة حتى وبقي تملك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيجبها كما يجبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط اذا لم يقيم البينة هل يأمر القاضى بالانفاق أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضى أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرتك بالانفاق عليه لأن في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط الرجل لقطعة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبداً أو صبياً حراً لافرده على أهله لم يكن في شيء من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الا بق حكم ثبت نصاً بخلاف القياس بقول الصحابة رضى الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والضال ليس في معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعده من المولى حتى يفوته والضال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده فلماذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن لانه يحسن اليه في احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولانه منم عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزال اليه نعمة فليشكرها وذلك بالتدويض وأدنى درجات الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيراً ضالاً أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة النعم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حداؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء، فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لانتصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فلما في زماننا لا يأمن واجدها ووصول يد خائنة اليها بعده فني اخذها احيائها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضديعها كما قررنا في سائر اللزومات واذا باع اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها فا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضى بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير أمر القاضى فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له على المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري بخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين بآءه غيره بغير أمره فان كان قد هلك اللقطة في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشتري بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خيىث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء الضمان قلنا لا كذلك بل كما رفعه لبيعه بغير أمر القاضى صار ضماناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضماناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشتري قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وايس له أن يجيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد أبى فقد وجب لى الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال اوقال أنا أرسلته فى حاجة لى فالفول قول المولى لان الراد يدعى لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تغيى بالآبق والمولى منكر لذلك فالفول قوله مع يمينه واذا هلك اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين أخذها قال أخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون في أخذها للرد علي المالك مندوب الي ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير الأخذ باذن المالك فلا يكون سبباً للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعمداً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم علي اليد ما أخذت حتى ترد أي ضمان ما أخذ والأخذ مطلقاً من يكون عاملاً لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً قال صلى الله عليه وسلم لا تظن بكلمة خرجت من في أخيك سوا وأنت تجدها في الخير محملاً والذي يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الأشهاد منه (والثاني) ان صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو من ذكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملاً لغيره الأشهاد هنا فاذا تركه كان أخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن من الأشهاد فان لم يكن متمكناً من الأشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثاني أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الأشهاد عليه والأظهار فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً للضمان عليه شرعاً فلا يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطعة أو ضالة أو قال عندي شيء فمن سمعتموه ينشد لقطعة فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق على ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها في التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه الي قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان في هذا اختلافاً ظاهراً وما يرجع الي تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطعة فدلوه على وان لم يقل عندي لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندي لقطة برى من الضمان وان كانت عنده مشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة الى مالكها ورد المقصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزماً للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأماتها وعلم انها ليست له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه عجزاً أو طمعا في ذلك ردها الى مكانها فهذا لا يضمن شيئاً وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالتصائب وإعادتها الى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مستقلاً للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومه برأ بالاتفاق فزفر رحمه الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذي أخذه وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده في حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مستقلاً للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوبا فلبسه ثم نزع وأعاده الى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قيصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد العجى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد العجى للترين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذو كرهشام عن محمد رحمه الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للترين فقال يكون أحدهما للختم للترين ثم قال حتى أتامل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان مبروقاً بانه يلبس خاتمين للترين فهذا يكون استعمالاً منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفاً فتقلد به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان البارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فينشد تقلده بهذه اللفظة يكون حفظاً ولا يكون استعمالاً فلا يصير ضامناً لها قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الغاصب ضامن لها فحاجته الى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذي حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلي هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل فقوت الدابة وجه قول محمد ان الذي حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجود شرط الذهاب إلا أن ما هو علة لتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعاً وفي مثله مجال الاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضامناً كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشى في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالماً به كان مضافاً الى الحافر حتى يكون ضامناً وكذلك من شق زق انسان فسأل منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المائع فقط فأما علة السيلان كونه مالماً ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافاً الى الشرط وعلي هذا لو قطع جبل فنديل فسقط فعمل القاطع في ازالة المائع فكان ضامناً لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيستط اعتبار ذلك الشرط وبمجال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابت في سير ارساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئرا في الطريق فجاء حربي لا أمان له والتي فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسألة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامدا ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزبلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد آبق فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنونا حينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيدا في يد منطلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاعح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب وانما ذلك بالفاعل للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضي الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن ازال هذا المانع فهو متمدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها فابى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا بيينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لاني لا أدري لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بقطعة لرجل وأقام آخر البيعة انها له قضيت بها للذي أقام البيعة لما قلنا ان البيعة حجة في حق الكل والافرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولاً ودفعها إليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البيعة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملاً لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأما مسألة الوديعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أو دعيه فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره ساط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً على سرقة الوديعة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الوديعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط. أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئاً لمن يقيم البيعة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

﴿ كتاب الاباق ﴾

﴿ قل ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداعة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمائر افراده الى مولاه واعادته الى مشواه إحسان ولتقتان وانما جزاء الاحسان الا الاحسان قال الكتاب لبيان الجزاء المستحق لفراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باغاة اللهفات ومنع الممتدى

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث - ميد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالسا
عند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من القوم فقال
القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين
درهما . وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لم ينكر
عليهم اطلاق القول بأنه أصاب أجرا وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو
استحصان أخذ به علماءنا رحمهم الله . وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافى رضى الله عنه
لانه تبرع بمنافه في رده على مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه
عوضاً بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافه ولان رد الآبق نهى عن المنكر لان الآبق منكر
والنهى عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جملا ولكننا تركنا هذا
القياس لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضى
الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد
عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه
فن هذا الوجه يثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في
مقداره فقال عمر رضى الله عنه دينار أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله عنه دينار أو
عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه اذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار
وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهما فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم
حجة والأصل أن الصحابة رضى الله عنهم متى اختلفوا في شئ فالحق لا يمدوم وليس
لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجع قول البعض على البعض فنحن أخذنا
بقولهم في إيجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضى الله عنه في مقداره ﴿فان قيل﴾
كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل في المقدار لانه متيقن به ﴿قلنا﴾ انما لم يؤخذ بالأقل لان التوفيق
بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر
وقول من أفتى بالأكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسر عمار بن ياسر رضى الله عنه
فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن
مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير اليه ثم لاخذ بالأقل انما
يكون فيما يقولونه بارائهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأى لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحي فاذا اتقى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والأخذ بأقوال الصحابة رضى الله عنهم قد قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل ساجح ولا يصيبه كل طالب . وليس في هذا الباب شيء من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كي يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى معالجة ومؤونة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية في ايجاب الجمل للراد ترغيب له في رده واظهار الشكر في المردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ماروى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجي بالآبق . ولم نأخذ بقوله في هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار اذا أخذه خارجاً من مصر وقال شريح رحمه الله له أربعمون درهماً فناًخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله في هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قدوه القضاء وسوغوا له المزاومة معهم في الفتوى الا ترى أنه خالف علياً رضى الله عنه في رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقاً رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهم ما في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس رضى الله عنهما الى قوله فمرفنا أن من كان بهذه الصفة فقواه كقول الصحابي ثم الشافعي استحسن برأيه في هذه المسئلة من وجه ففان لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم عبدي فله كذا فردهم استوجب ذلك المسمى وهذا شيء يأباه القياس لان المقدم مع المجهول لا ينقصد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعي رضى الله عنه ولا حجة له في قواه تعالى ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً بغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً بايمانهم فردهم لا يستحق شيئاً ثم هذا تطبيق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والتمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراماً في شريعة من قبلنا وان قال اعتبر قول الملك لا يات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة التغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك **﴿فلنا﴾** لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمراى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت افصاحاً. ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقاً فأبق منه نحو حى فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختصموا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى علي رضي الله عنه فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وإنما تأخذ بحديث علي رضي الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه اذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه في هذا دليل على ان المراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمنين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فهذا ضمنه وكان من مذهب علي رضي الله عنه انه لا يضمن الأجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله) يحلف العبد الأحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الآبق وسمى الآبق أسود الخبث فعله وهو من دعاة علي رضي الله عنه قال واذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البيعة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولاً. نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللفظة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إياقه فيرفعه الى السلطان ليعززه ويأخذه السلطان منه ليجبسه وذلك نوع تعزير ثم من بدعيه لا يستحقه بدون البيعة فاذا أقام البيعة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك **﴿فان قيل﴾** كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك **﴿فلنا﴾** يستحلفه صيانة لقضاء القاضى والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتراً أو موهوب له فاذا

حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلاً وان أخذ منه كفيلاً لم يكن مسيئاً وليكن ان لم يأخذ أحب الى هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الى أن يأخذ منه كفيلاً وان لم يأخذ منه كفيلاً وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي سليمان رحمه الله قولها لانها يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البيعة على الولادة في ملكه فيكون مقدماً على من أقام البيعة على الملك المطلق أو يقيم البيعة على الملك المطلق فيكون مزاحماً له أو يقيم البيعة على انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلاً لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلاً . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه ثابت بما أقام من البيعة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل الا بحجة معلومة لأمر موهوم أرايت لو لم يعطه كفيلاً أو لم يجد كفيلاً كان يتمتع القاضي من القضاء به له وقد أقام البيعة ولكنه لو أخذ منه كفيلاً فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئاً وان لم يكن للمدعي بيعة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلاً . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولاً فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لها فيما قالوا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلاً لان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكة غير مقبول الا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلاً بحق نفسه حتى اذا حضر مالكة وأراد أن يضمه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البيعة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع اليه بحجة البيعة فهذا لا يحتاط بأخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا

طالب ذلك بآء الامام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البيئة انه عبده فيدفع اليه الثمن
لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي
ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع
لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن يتقض بع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه
الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان
محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبق ثانياً فكان النظر في الاتفاق عليه من بيت
المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده
عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضى فكذلك في نفقة الامام
من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا
نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة
النصارى وان أقام بيئته من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية
فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضى بولاية شرعية
فكان المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا ان
يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها فينثذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ
البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل الملقوق به في ملكه
بمنزلة البيئته فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده
ومعها ولد يدعى نسبه كان مصدقاً في ابطال حق الفرءاء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن
معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية آبقاً بالغا أو غير بالغ فرده الى مولاه
فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجمل أربعون درهما ولا يزداد على ذلك
وان بعدت المسافة لان تقدير الجمل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن
مسعود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأى لا تجوز ولان أدنى مدة السفر
معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعاً كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان
أخذه في المصر أو خارجاً منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لاشيء له لان التقدير
الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجمل انما يستحقه راد الآبق
وتمام الآبق بمسيرة السفر ففما دونه هو كالأضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفي الاستحسان له الجمل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجمل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجمل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجمل بغير أمر القاضى فليس له سوى الجمل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد يناهذا في اللقطة فكذلك في الآبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الأخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعى ما يسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فانكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه آبق من مولاه أو ان مولاه أقر باباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت ممانعة فيجب له الجمل واذا أعتقه المولى في إياقه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الآبق لان الآبق لا يزال ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقدة وقدوته على التسليم تنعدم بالآبق ولان في بيعة معنى الفرر لانه لا يعلم بقاؤه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر فالفرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلماذا صح منه اذا ظهر انه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لا تتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمة الذي بقي له وحق القبض فيما يوجب للصغير اليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمة كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالاباق لا يوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أنه
 يكون متردداً في دار الاسلام أو في دار الحرب . ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكيمى
 باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق مادام في دار الاسلام بقوة الامام
 والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه
 قاضى الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكيمى ليس بثابت له في دار الحرب واذا
 أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجوز وقد صار مجبوراً عليه استحساناً وفي القياس لا يصير
 مجبوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته
 لا ينعدم بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي البقاء بطريق الاولى . وجه
 الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه مادام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإبائه فإما
 أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الاباق لدلالة العرف أو يصير مجبوراً بعد الاباق لدلالة
 الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة
 الاذن كالتصريح بالاذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند
 التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي انسان يكون إذناً له في تناول دلالة
 فان قال لا ياكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحجسه
 وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار
 الحرب يموتة الامام حكماً فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله
 الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جنابة الآبق والجنابة عليه وفي حدوده كالحكم فيها
 في المصر لان الرق فيه باق بعد الاباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء
 عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقه لم يقطعه الامام حتى يحضر . ولاء فاذا حضر
 قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ولا ينتظر حضور
 مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للمقوبة من حد أو قصاص فهو
 على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان المبدى الاسباب الموجبة للمقوبة كالحجر
 بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة
 الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام المقوبة باعتبار
 معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فيبقى هو في النفسية على أصل الحرية

لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما ثبت باقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما ثبت بالبينة بل أولى لان البينة حجة متعمدة الى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بحضور منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن في الشهود حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعاً في اقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاً مسموماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه في ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى في ذلك فلا ينتصب خصماً عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن في اقراره فلا يكون في اقامة العقوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء اتلاف مالية المولى والبينة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تمة القضاء ألا ترى ان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فاذا كان تمام قضائه متناولاً لحق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضي وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولى واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الى قاضي بلده وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به الى قاضي البلد الذي هو فيه لم يجبه الى ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم يقض القاضي المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبي يوسف يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى والحاصل ان كتاب القاضي الى القاضي في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوى والشهادة تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفي المروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضي الى القاضي بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك لعدم في كتاب القاضي الى القاضي فأما في العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضاً وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين لتثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضى الى القاضى كما في سائر العروض ولكن استحسن
أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأتى من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد
فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده ويدينه في مجلس القاضى فلم يقبل
فيه كتاب القاضى الى القاضى أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البيعة بهذه الصفة
أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في
الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضى الى القاضى ثم رجوع فقال لا يقبل في الجارية لان باب
الفروج مبنى على الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فالمولى لا يرسلها من بلد الى
بلد عادة والأباق في الجوارى يندر أيضاً ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضى
شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الى قاضى البلد الذى هو فيه
محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضى بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية
العبد وصفته ما في الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص
للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلاً ثم يأتى به المدعى الى البلد الذى فيه شهوده ويكتب معه
كتاباً الى ذلك القاضى فاذا أتى به الى هذا القاضى أعاد شهوده ليشهدوا بالإشارة الى
العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت
عنده ليبرى كفيلاً. وفي الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضى المكتوب اليه أولاً
ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطئها وان كان أميناً في
نفسه لانه يزعم انها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه
بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فيما كل من غلته قبل أن يثبت
ملكه فيه بقضاء القاضى وربما يظهر العبد غيره اذا جاء به الى القاضى الكاتب فالحلية والصفة
تشبهه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة أرايت لو كانت جارية حسناء
أكان يبعث بهامع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبح فلماذا أخذنا بالقياس فان كان القاضى
باع العبد الأبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل
وأقام البيعة ان عبداً اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذى باعه القاضى لم يقبل
ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق ما في يد القاضى من الثمن إنما
شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضى من هذا الرجل هو عبد هـ. إذا فحينئذ يقضى له القاضى بالثمن لانه أثبت الملك فى ذلك العبد بعينه والبديل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعى البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثلث كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البديل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبداً آبقاً فباعه بغير اذن القاضى ثم أقام المولى بيينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له فى ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضى بعد ما تثبت الولاية له فإذا باعه بدون اذن القاضى كان البيع باطلاً وان كان العبد هلك عند المشتري فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء، لان البائع متعدد فى حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فإذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل لاعلى ملكه بكسب خبيث * رجل أقام البينة عند قاض من النضاة بان العبد الذى باعه قاضى بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه الى ذلك القاضى الذى باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضى اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضى عنده بالبينة لان المدعى بهذه البينة لا يريد أخذ عين العبد فان بيع القاضى قد نفذ فيه ألا ترى انه لو أقام البينة عنده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التى يقيمها على الدين سواء فلماذا يكتب القاضى له بذلك ويقضى المكتوب اليه بخلاف ما سبق * (فان قيل) * الثمن عين فى يد ذلك القاضى كالعبد * (فلنا) * نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلا تتم الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد . واذا وجد الرجل عبداً أو أمة آبقاً وهو يقدر على أخذه فانه يسعه تركه وأحب الى أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسهه تركه لان النهى عن المنكر فرض على كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنساناً يفرق لم يسهه الا أن يخاصه اذا قدر عليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى . ولكننا نقول هو يحتاج فى رده الى معالجة ومؤنة فكان فى سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمه ولانه فى الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤذى الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

ويظهر الحديث يقول جهال أهل التمشف وحمقى أهل التصوف لا يسمعه أن يأخذه فلا أقل من أن يسمعه الترك لظاهر الحديث (وإذا) أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضى فهلك عنده ثم استحقه آخر بيئته أقامها فله أن يضمن أيهما شاء لكون كل واحد منهما خائناً في حتمه فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصباً لا مالكا وللفاصب الاول حق الرجوع على الثانى بما يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فمقط اعتبار اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى . وان كان لم يدفع الى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه اليه بغير حكم ثم أقام آخر البيئته عند القاضى فانه يقضى به لهذا لان البيئته الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبيئته التى قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص بيئته تنوم في مجلس القضاء وان أعاد الأول بيئته لم ينفعه أيضاً لان اليد في العبد له وبيئته ذى اليد فى الملك المطلق لا تعارض بيئته الخارج وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء و لاجارة وغير ذلك لمولاد لانه مالك لرقبته بعد ابائه واذا لم يكن المكتسب أهلاً للملك فمولاه يخفه فى ملك الكسب لما كره رقبته وان أجره الذى أخذه وأخذ أجرته فهو للذى أجره قال لانه فى ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانه بمقدمه صير ما ليس بمالاً فان المنافع لا تأخذ حكم المالية الا بال عقد عندنا كما بينه فى الفصص ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير ما لا يفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه واكن يذبحى له أن يتصدق به لانه حصل بكسب خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وكان هذا مال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعى رضى الله عنه هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمينه من تملك مال نفسه منه طوعاً ثم يحل للمولى أكله استحساناً وفى القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصديق به فلا يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولا كنهه استحسن وقال وجوب التصديق به كان خبث دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك فى حق الآخذ لاني حق المولى بل بالتسليم الى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحساناً لانه كسب عبده وفى القياس لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والاجر مع الضمان لا يجتمعان ولا كنهه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع الا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل فمخض ذلك العقد منقمة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شيء فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بمقدمه بأخذها فيدفعها الى المولى. وابق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف ابق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقية المعنى ان الاباق لا يتحقق من المكاتب فأن له أن يخرج في الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بابق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فان حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يعسر مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون في الرد احيائه بخلاف العبد لان مائة رقبة حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محيياً له * ويجوز عتق الآبن عن الظهار اذا كان جياً لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عنقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده ﴿فان قيل﴾ الآبن في حكم المستهلك واعناق المستهلك حكماً عن الظهار لا يجوز كالأعمى ﴿قلنا﴾ المستهلك منه حكماً ماليته لا ذاته والكفارة انما تتأدى بتجريم مبتدأ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتجرب رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفاً وليس في النص تعريض لصفة المائة ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكماً لفوات منقمة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتجريم مبتدأ بل هذا من وجه تمجيل لما استحقاه مؤجلاً ويجوز بيع الآبن ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره امجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلماً الى المشتري اقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه واذا أبت عبد الرهن فرده رجل في حياة الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالابق ثم قد حي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

وهنا على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماه الراهن بمد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان موجب عتد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يردده حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فمرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجنابة بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لاحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الاتفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فمرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لاحياء المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق وللذي جاء به أن يمسه حتى يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماله فمكان لما يستوجب تعلقاً بمالته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بمد ما قضى القاضى بامسا كهفلاضمان عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماله ولم يتم ذلك حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد) آبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فاقول قوله ولا شئ عليه لان وصول يده الى العبد لا يكون دليل وصول المال اليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه مالو أقرب به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبت من مولاها فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء على ان الآبق الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فن اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المفرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المفرور حر

بالقيمة وللمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعلى رضي الله
 تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الا بق اليهم بالأخذ فاذا ملكوها ملكها المشتري أيضاً وقد
 استولدها فكانت أم وادله ولا حق للمولى في استردادها والجعل واجب في رد المدبر
 وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن ﴿ فان قيل ﴾ فان ذهب قولكم
 انه يستوجب الجعل باحياء المالية في أم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ﴿ قلنا ﴾ نعم ليس له
 فيها مالية باعتبار الرقبة ولكن له مالية باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا
 يكون راده محياً للمولى مالية باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن
 يوصلها الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان
 كان على المدبر سـاية بان لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة ام يستوجب الجعل
 لان السنسعي بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد
 المكاتب أو الحر فأما اذا وصلها الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى
 وعتقها بعد ذلك * وان كان الآبق بين رجلين أثلاثاً فالجمل بينهما على قدر أنصباهما وجوبه
 باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان
 آبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما
 وان جاء به بما دون ذلك يرضخ له على قدر عنائه وعناؤه في رد الكبير أكثر منه في رد
 الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الآبق الى مولاه فلما نظر اليه
 أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضاً له باعاقه ألا ترى ان المشتري اذا أعتق المبيع
 قبل القبض يصير به قابضاً وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضاً له لما
 نفذ تصرفه فيه بالتملك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة
 سلامة العين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثة
 أيام فعلي المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى
 قد تقرر من كل واحد منهما بكامله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن
 ينتهي به الى مولاه فالجعل للاخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون
 ذلك ولا شيء للأول لان تمام السبب بإيصاله الى المولى والأول ما أوصله الى المولى فانتقص
 السبب في حقه باباق العبد منه قبل تمامه بإيصاله الى المولى فلا جعل له وأما الثاني فقد

أتم السبب بإيصاله الى المولى فيستوجب الجمل بحسب عمه وان أخذه الأول مع الثاني
 ورداه من مسيرة يوم فلا أول نصف الجمل تاماً ويرضخ للثاني على قدر عنائه لانهما تما
 السبب بإيصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثاني الى الفعل الأول وباعتبار هذا
 الضم يكون راداً له من مسيرة سفره فله نصف الجمل تاماً والثاني انما رده من مسيرة يوم
 فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فلماذا استحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه
 من مسيرة ثلاث فالجمل بينهما سواء لانهما استويا في سبب الاستحقاق للجمل وهو
 الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان في استحقاق الجمل . وان كان أحد
 الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجمل لان هذا اكتساب للمال
 والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة في حق المولى وان كان
 العبد الأبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجمل للراد لان حقهما في كسبهما بمنزلة حق
 الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحياناً مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجمل عليهما
 وكذلك ان كان الأبق لصبي فالجمل في ماله يؤدي عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالمية
 حصلت له (عبد) جنى جنابة ثم أبق فجاء به رجل فالمولى مخير بين الدفع والفداء اذا كان قبل
 اباقه فان اختار الفداء فالجمل على مولاه لانه طهره عن الجنابة باختياره وتبين ان الراد
 عمل له في احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجنابة فالجمل على أصحاب الجنابة لانه
 تبين ان الراد أحياء حقه فان نفس العبد ستحق لهم بالجنابة إلا أن يختار المولى الفداء
 ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقه فبين باختيار الدفع ان الراد أحياء
 حقه فيستوجب الجمل عليهم وله أن يجبسه عنهم حتى يستوفي الجمل كما كان له أن يجبسه
 عن المولى (عبد) أبق الى بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه
 انما رده لنفسه فان المشتري قد يكون قاصداً الى تملك المشتري فيكون هو غاصباً في حق المولى
 لا عاملاً له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتره
 ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجمل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه
 يعمل للمولى في الرد ولكنه الطريق الذي يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى
 من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع في ذلك كما كان متبرعاً فيما ينفق عليه بغير أمر القاضي
 وكذلك ان كان أبق الى دار الحرب ففي حق الراد هو والمأخوذ في دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل في تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك ديناً في تركته كما اثر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بأمسك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لان حق الغرماء في ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجعل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضاً فان كان الذي جاء به وارث الميت وقد أخذه وساربه ثلاثة أيام في حياته وأوصله الى المصرفات المولى قبل أن يرد عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالايصال الى المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جعل له والايصال هنا لم يرد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سبباً لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل في شيء هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك في العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله في الرد وقد تم ذلك في حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان ايساله الى المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة في المحل وانما الذي لا يتحقق تسليم العمل الى غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلماً الى المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل . يوضحه أنه باحياء المايه يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو وصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة ما لورده عليه في حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات واذا جاء بالأبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوى أربعين درهماً ففي قول أبي يوسف الأول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر رحمه الله له الجعل تاماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المايه للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المايه التي حييت له ثم الراد ما ذون من جهة المولى في ايسال المنفعة اليه لا في إلحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان في ايجاب الأربعين على المولى ضرر بين فينبى أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولى وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم

من الكسور لا يجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في إيجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر إلى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه أن مالية رقبته وإن كانت دون الأربعين فإلية كسبه الذي يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا أن ذلك يعتبر لا يوجب الجعل ابتداء فلأن يعتبر لتكميل الجعل كان أولى وإذا كان على العبد دين فجعله على مولاه إذا أراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وإن أبي بيع العبد واستوفى صاحب الجعل جملة وكان ما بقي من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم مما إذا كان على العبد دين جنابة سواء لأن المستحق هناك الدفع بالجنابة وهنا البيع في الدين وإذا أخذ الرجل عبداً أخيه أو أخته أو عبداً أبيه أو ابنه أو عبداً امرأته أو امرأة أخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل إذا لم يكن في عياله لأن ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه أحياء المالمية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر الأجناب ولكنه استحسن فقال إذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جعل له لأن رداً آبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن ديناً وإن لم تكن مستحقاً عليه ديناً ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجعل رداً آبقه وكذلك المرأة مع الزوج لأن كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه ويمد خيره خير نفسه ولأن خدمة الزوج مستحق على المرأة ديناً حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذي يطلب آبق امرأته عادة . فأما إذا وجد عبد ابنه فإن كان في عياله فلا جعل له لأن آبق الرجل إنما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر وإن لم يكن الأب في عياله الابن فإله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحق على الأب ديناً ولا هو سائق له شرعا ولهذا لو استأجر أباه ليخدمه فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الأخ إله الجعل إذا لم يكن في عياله أخيه وإن كان في عياله فلا جعل له لأنه إنما يعواه وينفق عليه لهذا ونحوه وإذا آبق عبد اليتيم فجاء به الوصي فلا جعل له لأنه هو الذي يطلب آبق اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك إن كان اليتيم في حجر رجل

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذي جاء بالآبق مولاه من الجمل على عشرين درهما لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجمل أربعون درهما جاز منه أربعون وي طرح الفضل لان حقه مقدر بالأربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتقد شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه. واذا أبت الأمة ولطاصي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لان الأبق من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وه الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جملان ثمانون درهما لان الأبق تحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جملا كاملا باعتبار كل واحد منهما. واذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من ابائه وسماه الى الموهوب له فله الجمل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد في الجمل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

❦ كتاب المفقود ❦

❦ قال ❦ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إمام المفقود اسم لموجود هوى باعتبار أول حاله وليكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون وخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التاديب والاسم في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشيء أى أضلته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه ❦ وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب المال فانه علم حياته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان غير معتبر في اثبات مالم يكن ثابتا وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وايس بحجة

الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لئلا يهدى الظاهر ولهذا لا تزوج امرأته عندنا وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قواه في امرأة المفقود أنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ ابراهيم كما قال ﷺ قد سمعنا ان امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشيء هي امرأة ابتليت فلتصبر ﷺ وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضي الله تعالى عنه في الابتداء ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضي الله عنه فيقول الظاهر انه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع الضرر عنها لكيلا تبقى معيقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدنان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين فلماذا تربص. ولا نأخذ بهذا لان نكاحه حقه وهي حى في ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا زوجته من ان تزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة اذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع ما لم يقم على موته دليل موجب له. والتقدير بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التمليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لا يتلاها بأشد من هذا. فاذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب انه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فانه يحكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات وميراث النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض من كان قبانا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول. وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكى انه لما سئل عن معنى هذا قال أيئنه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشر ا فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم اعاؤه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى الآخرة كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطابقة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال هو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز في الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة الالعين . وكان محمد ابن سلمة يفتي في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه . فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه . ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظاره ﴿وذكري﴾ عن عبدالرحمن بن أبي ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم نخلوا عني فجت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخبرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر . وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكرك له قصته * وفي هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله في ان الجن قد يتسلطون على نبي آدم وأهل الزيف ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمي لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمي
 من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسمها كشيء
 من موضع الى موضع ولكننا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان
 الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل في رأس
 الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضاً فنتبع
 الآثار ولا نشغل بكيفية ذلك . وكان عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله في امرأة المفقود
 لما تبين من حال هذا الرجل . وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على
 مذهب عمر رضى الله عنه في المرأة اذا نوى إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج
 الأول حياً انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول علي رضى
 الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل
 من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنقض عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه
 الله فيقول قول علي رضى الله عنه أحب الى من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضاً
 لانه تبين انها تزوجت وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحلات بل هي من
 المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها
 مع الثاني . واذا اختار الأول المهر ولكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع
 المهر الى الأول وهو بدل بضمها فيكون مملوكاً لها دون زوجها كالمكحولة اذا وطئت بشبهة
 فمرقنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة غيره كالمكحولة اذا
 وطئت بالشبهة . وذكر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن
 ثلاث فضيات الى قول علي رضى الله عنه عن امرأة أبي كنف والمفقود زوجها والمرأة التي
 تزوجت في عدتها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا . وأما حديث أبي كنف فهو ما رواه
 ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد
 تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأنت
 أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها
 فقال لهم ان لي إليها حاجة فخلوا بيدي وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير
 بكتاب عمر رضى الله عنه فمرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة في حقها ما لم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوحة سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم تعلم به فكذلك رجمتها لقوله تعالى وبمولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا كان يستبد به . والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك . لكه من غير أن يحتاج الى علم غيره قال ﴿ واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضي وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته ﴾ لما بينا انه حتى في حق نفسه وما الى الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضي لا يشتغل بقسمة ماله ﴿ فان قيل ﴾ كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب ﴿ قلنا ﴾ بأن يجعل من في يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيا في هذه الولاية واذا قامت البينة علي من ينصبه القاضي فيما قضى بموته ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يجعله ميتا حكما لانقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمرتد اللاحق بدار الحرب ﴿ قلنا ﴾ هناك ظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكما ولان هناك لو ظهر به الامام موته حقيقة بان يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكما فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا قال ﴿ وتفسر المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا يأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله ﴾ فهذا مفقود لا يقضى القاضي في شيء من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنياً فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحى سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالمقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق فان كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضي في غلاته من يجمعها ويحفظها عليه . وكان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

مالته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضرًا قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم في ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه وللقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب . ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظاً لنسله . وللقاضى ولاية في ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيل فهو مستقيم أيضاً إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقاً قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر في الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعاً لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك وليس هنا خصم طالب فلماذا يسعه أن لا يأخذ كفيلاً ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه اهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد في حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئاً مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظره فلا يبيع شيئاً من ذلك وهو في الاتفاق على من سمينا هم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضاً ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئاً من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبيع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه الفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلماذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساده * وهذا بخلاف الوصى في حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلماذا لا يبيع شيئاً من العروض وقل أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلا بد أن يبيع شيئاً من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع العروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن * وجه القياس أنه لا ولاية للأب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه اذا كان حاضراً والحاضر والغائب في حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاء لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاء جارية الابن لحاجته الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاء لبقاء نسله ولهذا يملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق لو ارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ايسر من الحفظ فان الابن حافظ ماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموت وبقي أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنانير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبرأ أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومثاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فيبيع ما باطل لان البيع من الحفظ وايسر من استيفاء النفقة في شيء واليه ما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقرراً بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضي عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكننا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه واقرار الانسان فيما في يده
معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار يده فيتعدى القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون
للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديعه سواء والكلام في الدين أظهر لان اقرار
المدين يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بائها لا باعيانها. والجواب في الفصلين جميعاً
استحسان اذا كان مقرراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البيئته عليه من
طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما
يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكراً
للزوجة فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمدين ليس بخصم عنه في اثبات النكاح
عليه. وان كانت الزوجية والمالية معلومين للقاضي فلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع
والمدين وان أعطاهما المدين بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما
المودع من الوديعه فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع
بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن
الاتفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر
المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلاً يتقاضي دينه ويجمع غلاته
ويؤجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظراً منه للحاضر والغائب جميعاً للغائب بحفظ ماله وجمعه
والحاضر بوصوله الى حقه وهي النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويتقبض ويخاصم من
يجحد حقاً من عقد يجري بينه وبين الوكيل لان ماوجب بعقده فهو أحق بتقبضه ألا
ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل
دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدي رجل أو حق من الحقوق
فان الوكيل لا يخاصم فيه من جده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لملكه فقط
وحمظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البيئته فيما لم يكن في يده قط ليس
من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه وانفذ
الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعني بهذا القضاء على الغائب
بالبيئته فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم
من غرمانه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدي وكيله

لان ذلك من الحفظ . وان لم يكن اوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا ان يراه القاضي فيقضي به فينشد تنفيذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه ﴿ فان قيل ﴾ المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو ودیة أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعب أو مطالبه باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما الوكيل فلا نه نصب للحفظ فقط وأما الورثة لأنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا انه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده * واذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وغيته ودينه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما انفقوا هم على أنفسهم من دنائير أو دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمون شيئا من ذلك وكذلك ان كان في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ما سوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له الا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للاتفاق بينهم فكذلك لا يملكون يبعه وانما لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر علي من لزمه حق فذلك عند ظهور تفتته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امراته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ ماله بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الى قول شريح وقال لا يجيبها الى ذلك . فالحجة لقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه
 بقضائه شيئا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان أرادت اثبات النكاح
 بالبينة لم يسمع القاضي بينها عندنا لان البينة لا تكون حجة الاعلى خصم جاحد فإلم يحضر
 هو أو خصم عنه لا يسمع القاضي بينها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن
 تستدين وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها إعادة البينة عليه فان أعادت قضي على الزوج
 بما انفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع
 احتياط في حق الحاضر والغائب جميعا (واذا) أجر المفقود شيئا قبل أن ينفق لم تنتقض الاجارة
 بعدما يصير مفقودا لانه حي في ابقاء ما كان علي ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة الى
 زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (واذا) فقد الرجل بصفين أو
 بالجل ثم اختصم وورثته في ماله اليوم فان هذا قدماء ألا ترى انه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان
 فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجل) حرب كان بين علي
 وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين علي ومعاوية
 رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب كان
 أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذي فقد في ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة
 أو أكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لا يبقى في مثل هذه المدة الطويلة ظاهرا فان
 كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخا لاه ولا لمفقود عصبية فإني أنظر الى
 سن المفقود يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم أورد الابن منه شيئا
 لبقائه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورد من أبيه أيضا لان بقاء الوارث بعد
 موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت
 وما كان شرطا فلم يثبت بدليل موجب له لا يثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا
 موجب فلماذا لا يرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود له مصبته الحى بعد ما يمضي من
 المدة ما لا يعيش مثله اليه وان كان مثله لا يعيش الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت
 الميراث لابنه لان حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعي فاذا صار مال المفقود
 ميراثا له كان ذلك موروثا عن ابنه بعد موته كسائر أهواله لأخيه لانه منه السدس والباقي
 لمصبته وان كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الى أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشبه الحال بمنزلة الجنين في البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون ميراثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات * واذا فسد المكاتب وله مال وولد ولدوا في المكاتبه وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسما أولاده في بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعدموته ولم يظهر لانه لا يستسما الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسما ولده بعدما يصير مفقودا وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا في المكاتبه وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة في كسبه ان لو كان حاضرا فكذلك ينفق عليهم من ماله بعدما يصير مفقودا كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا في المكاتبه هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغم فان مات ابن له ولد في مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتا فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أدت كتابة أبيه من ماله مستندا الى حياة أبيه فلجمالة المستحق بقى موقوفا وان كان ماله في يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أعرض له لانه لا يدري لمن هذا المال وما لم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذي اليد بازالة يده * ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبه وهم كبار ان أباهم قد مات وماله في أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا ووجد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذي يجحد بعد ذلك مناقض الكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل الكتابة كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من الكتابة حتى اذا عجز نفسه سقطت الكتابة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق في المال يبدأ بالأقوى فالأقوى عرف ذلك بقضية العقول

وشواهد الأصول. وكذلك الحر إذا أقر ورثته أنه قد مات فإنه يقضي دينه ويقسم الميراث
يديهم إذا كان في أيديهم لأن اقرار الانسان فيما في يده معتبر ما لم يظهر له خصم ينازعه
فيه وكذلك إذا كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك. وإن جحد موته لم انزع من يده
الا بيينة تقوم على موته لأنهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذى اليد وقولهم ليس
بحجة عليه في استحقاق يده فالتم تقم البيينة على موته لا يخرج القاضي المال من يد ذى اليد.
ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض
لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق
المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم أب هو وارث وبان ظاهر
لا يثبت هذا الشرط فهذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله. وكذلك ان كان
مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق على
ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدري لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق
فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لا يرث من غيره ما لم يعلم حياته حقيقة وقت موت
مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر
(قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البيينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعد ها أولى ومراده
بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد
خصم في البيينة التي أقامها المملوك على العتق. وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو ادعت
امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو أوصى رجل للمفقود بوصية
لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أتفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق
الموصى له نقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث
حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين
وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد ابنتين فارتعموا الى القاضي
وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه
للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من أيديهما لان القاضي لا يتعرض لاجراج
المال من يد ذى اليد الا بمحض من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لا يدعون لانفسهم
شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدري ان المفقود حى فيرث أم ميت فلا يرث

فلهذا لا يخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له لان حق أولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة في ملكه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قدمتا اخونا وقال ولد الابن هو مفقود لان من في يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لانا تقنا باستحقاق النصف لهما فان المفقود ان كاحيا فاليراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقي لولد الابن في دفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقي في يد ولد الابن من غير ان يقضي به لهما ولا لابيها لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي. ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات اخونا قبل ائتنا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده المال بالمال للميت وبأن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقي موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذي في يده المال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد في يده معتبر وقد أقر بان ثنى ما في يده الابنتين فيجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول أولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا تقسم بهذا القول لا يدعون شيئا ثم يوقف الثلث الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولو جحد الذي في يده المال أن يكون المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيها في المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقي يخرج من يد ذي اليد فيوضع في يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذا اليد قد جحدته وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان كان مهورا فالمدالة لان المدالة لا تتجزز زمن تناول ما يزعم انه ملك بخلاف ما سبق فذو اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقي في يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم يدفع

اليهم شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد
 ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل
 موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثاً من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون
 النصف ميراثاً من ابهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلا بد ان
 يقيموا البينة على موته قبل ابيه أو بعده ولا ينفق عليهم من ذلك المال شيء وان كانوا
 محتاجين لانه لا يدري لمن هذا المال وثقتهم عند الحاجة في مال ابهم والمالك لا يهتم في هذا
 المال لا يثبت ما لم تعلم حياته بعد موت الجد . فان كان المال ارضاً في ايدي الابنتين وولد
 الابن فاقروا جميعاً ان الابن قد مات قبل ابيه واقسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا
 انه مفقود فان القاضي يفتي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيتهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول
 فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لا يلتفت
 الى قول المناقض . وكذلك لو كان في واد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في
 يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدي مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك
 لانه لا يدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقرر أنه ليس بوكيل له ولا
 وارث لانه حتى ونقض القسمة بقول من لا يدعى لنفسه شيئاً لا يجوز بخلاف ما لو كان
 بعض الارض في يده لانه مدعى لنفسه حقاً وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل
 حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير
 فأدرك . وان ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة
 مستقبلية باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيتهم
 على القسمة بعد موت الجد لا يعمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى
 فلماذا ينقض القسمة بخلاف ما لو كان القاضي هو الذي قسمه بين الحضور وعزل نصيب
 الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمة في حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال
 شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق
 الغائب والصغير ولو ماتت ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض
 له ولم أقف منه شيئاً للمفقود لانه لا يدري أحى هو فيكون وارثاً أو ميت فلا يكون
 وارثاً وقد بينا انه لا يتعرض ليد ذي اليد الا بمحض من الخصم . وان كان ميراثها في يد

أجنبي لم أَدفع إلى أخيها منه شيئاً لأن شرط توريث الأَخ ان يكون الأب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوماً بالحجة لا يدفع إلى الأَخ من الميراث شيءٌ وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقررون بأن الأب منقود لم أقسم بينهم لأن القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك ما لم تقم البينة على موت الأب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم أقسم للمفقود من ذلك نصيباً لأن حياته بعد موتها غير معلوم ولم انف له شيئاً لأن الترض ليد ذى اليد لا يجوز إلا بحضور من الخضم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في أيديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم أنه مات قبلها أو بعدها ويقسم ما بقي بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضي لا يشتغل بالقسمة لأن فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من الخضم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله وقوفاً حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لانا تيةنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذى اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ما سبق فان المال هناك في أيديهم ففي القسمة تميز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهذا المال ليس في أيديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لا يحس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم . واذا فقد المرتد ولم يعلم أخق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان للحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيءٌ لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لا يرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لو كان عبداً لم يحبس له شيءٌ من ميراث ولده لان الرق الذي يحرمه معلوم والعق بعد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي وكذلك المرأة المرتدة فانها لا ترث أحداً وكذلك الذي يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيءٌ لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث المسلم . وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئاً لأن المسلم لا يرث الكافر فسيب حرمانه متيقن والله أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

﴿ قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء ﴾

(اعلم) بان الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال . يقال غصبت زوجة فلان وولده . ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمة في الشرع بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ألا ان دماءكم وعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا (ثبت) أن الفعل عدوان محرم في المال كره في النفس ولهذا يتلحق به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوفة الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين إلا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به . فإما اذا كان مخطئاً بان ظن المأخوذ ماله أو كان جاهلاً بان اشترى عيناً ثم ظهر استحقاته لم يكن آثماً لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه في الدنيا فنائب سواء كان آثماً فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعاً لجهله وعدم قصده والحكم الأصلي الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به . ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه نفوت عليه يده بالآخذ واليد لصاحب المال في ماله مقصود به يتوصل الى النصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فعلى النفوت بدريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وآثم

وجوهه رد العين اليه ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الاصل لا يصار الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبراً لما فوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر . فالكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل بمعنى أى في صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * وبيان هذا ان المقصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المقصوب منه في العين والمالية وقد تعذر ائصال العين اليه فيجب ائصال المال اليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكننا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى مجيء أوانه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المقصوب أو المستملك مما لا مثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخالف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفاً عن رد العين وصار ذلك ديناً في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فيعتبر قيمته بأخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان المقصوب

من العدديات المتقاربة كالجواز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عددًا ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدي به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيها الربالانها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لا يصار الى القيمة لتعذر أداء المثل كما في العدديات المتقاربة ولكننا نقول المماثلة في آحاد هذه الاشياء ثابتة بالمعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المنصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لان آحاد هذه الاشياء لا تتفاوت في المالية انما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وان كان المنصوب من العدديات المتفاوتة كالنائب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر رد العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله تعالى عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأثى بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضي الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام، الجارية بالجارية ولكننا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في عبد بين شريكين يمتقه أحدهما فان كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسراً سمى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له * وتأويل حديث أنس رضي الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم * ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام يعني بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور انه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمه الله قال من كسر عصى فبى له وعليه مثله وذكروا بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فبى له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على العصى الصغيرة فانها من العدديات المتقاربة لا تنفارت آحادها في المالية كالهمام وما ذكر في الحديث الثاني محمول على العصى الكبيرة فانها كالعدديات المتفاوتة لان آحادها تنفوت في المالية . ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لا يمكن التقضي به بعد ذلك فأما اذا كان الكسر يسيراً فليس على الكاسر الاضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن تقصاناً في ماله فلعنة ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه نفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية فان التعميب هناك فاحشاً كان أو يسيراً يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان ممتذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعي رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على ان من مذهبه أن لا تجود في هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال الأتري أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تقويت الغاصب الجودة وما لا يتقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالحمر والصنعة من الملاهي والمعازف . ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدي الى الربا فان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصاً على أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون ولكننا نقول لاقية للجودة في هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء يعني في المالية التي ينبنى عليها المقدر لانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس . وثبوت الخيار عندنا ليس لنفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله في العين واذا ثبت انه لاقية للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الاصل وهي متقومة مع الاصل تبعا فلماذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المنصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبي البحتري ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال ان بني عمك عدوا علي ابلي فقطموا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضي الله تعالى عنه اذا أعطيتك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل

فصلانك قال اذا تقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض النوم بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال بيني وبينك عبد الله فقال عثمان رضي الله عنه نعم فقال عبد الله رضي الله عنه أرى أن يأتي هذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان رضي الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة في أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضي الله عنهما إلا أنا نقول لم يكن هذا على طريق القضاء بالضمان وإنما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضي لأن المتلف لم يكن عثمان رضي الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والإنسان غير مؤاخذ بجناية بني عمه إلا أن عثمان رضي الله عنه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بني عمه ويقول إن قوتهم ونصرتهم بي وهذا لأنه كان به فرط الميل إلى أقاربه وإلى أشار عمر رضي الله عنه حين ذكر عثمان رضي الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك ظاهراً منه ولهذا جاء الأعرابي يطالبه وإنما غمزه بعض النوم بعبد الله رضي الله عنه لما كان بين عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وإن الإمام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه وفيه دليل على أن رد مثل المنصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لأن ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك واتقاده عثمان رضي الله عنه وهذا لأن المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه في ذلك الموضع وأداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا إن مؤنة الرد تكون على الغاصب * وذكر عن شرح رحمه الله أن مسلماً كسر دنانير من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه تأخذ فإن الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتماز أحرازها منهم بحماية الإمام فانهم يمتدنون فيها المالية وإنما يكون المال متقوماً بالأحراز والإمام مأثور بأن يكف عنهم الأيدي المتعرضة لهم في ذلك لمكان عقد الذمة فيتم أحرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك في موضعه (ثم) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمي عند الاتلاف دون المثل لأن المسلم عاجز عن تملك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدين لأن ذلك غير مشكل وإنما ذكر الراوي ما هو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر (وإذا) غصب الرجل جارية تساوي ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وأنجلاء البياض عن العين * وفي الكتاب بدأ ببيان
الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث
أمانة في يده عندنا حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعي
رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لأنها لما تولدت من أصل مضمون بيد متمدية فتحدث
مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الأصل يكون بصفة
الأصل والأصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغضوب
منه كالأصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغضوبة بمباشرة من
الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير بأثبات اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في
الجاهلية يتماكون بهذه اليد ويسمونه غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم
وأثبت الضمان وبقي حكم الملك بها في كل مباح كالصيد . ثم انما يملك الصيد بأثبات اليد
عليه فكذلك يجب الضمان بأثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه
إنسان كان القول قوله (والثاني) هو انه غاصب للولد تسبباً فان غصب الام وامساكها
الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون
الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبب هو فيه متعدد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن
بالاتلاف تارة وبانغصب أخرى وفي الاتلاف المسبب اذا كان متمدياً يجعل كالمباشر في حكم
الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب
ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم
ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبباً ولا مباشرة لان حد الغصب
الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير بأثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتاً
ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شيء عليه وليس في
الغصب تفويت العين فمرفناً أن وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير
موجود في الولد لان التفويت بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ ما لم
يكن في يده وما كان الولد في يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار
الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضموناً عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه
بالرد فاذا منعه يتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضموناً عليه كالثوب اذا هبت

به الریح وأثنته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه بأثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتقويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تفييره واستيحاشه وبعده عن الايدي فأثبات اليد عليه يكون اتلافاً لمعنى الصيدية فيه حكماً وقد تحقق ذلك في الولد بأثبات اليد عليه . فأما الاموال فمحافظة بالايدي فلا يكون اثبات اليد على المال اتلافاً لشئ على المالك . يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان . وعلى هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولا وجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان منسوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوكه حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمه لوجود اتتمدى منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس في البيع والتسليم تقويت يد المالك في الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تقويت يده لانه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بيده وتسليمه فلوجود التقويت من هذا الوجه يكون ضامناً فأما الزيادة المتصلة فهي أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير منسوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً وانكنا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان يد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لاعلى حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منها بعد الطلب ففي احدي الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لاتصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لاتتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع في حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فاهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطاب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه فهذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك. وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بائداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فان باعها وسلمها بعدما صارت قيمتها الفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم قبض البين وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعد بقبضها لنفسه على طريق التملك وفي هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بيننا انه كان متمكنا من استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بتبضع المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة مالو غصبها غاصب من الاول بمد الزيادة فان للمالك ان يضمن الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه. وفيه طريقان. أحدهما ما بيننا. والثاني أن المولى باختياره تضمين الغاصب الثاني يكون مبرئا للغاصب الاول ولهذا لا يكون له أن يضمه بعد ذلك وبهذا الإبراء تصير يده يد المالك والغاصب الثاني مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفي درهم ولم يذكر فيه خلافا في الكتاب (وروى) الحسن عن أبي حنيفة وابن سبابة عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله انه ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها. ووجه ظاهر الرواية وهو قولها ان الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة وقد تعدى عاينها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمه بأى الشئين شاء كما لو قتلها بعد الغصب. وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك الأثرى ان من ادعى عينا في يد انسان فأقام البينة ان فلانا باع وسامه منه اليه فان القاضي يقضى للمالك له كما لو شهدوا بالملاك له فهو بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبتته المشتري بالبينة قضى القاضي للمالك له فيكون ذلك استهلاك كما

للملك علي المنصوب منه حكماً والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سبباً للضمان
 كالاتهلاك بالقتل * ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب
 والغصب لا يتحقق في المنصوب لوجهين (أحدهما) أن الغصب الموجب للضمان لا يكون
 الابتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الأسباب
 المطلوبة لأحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئاً فلا يعتبر كتكرار
 البيع ثمن واحد وإنما قلنا أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لأن ملك المنصوب منه باق
 بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاسهلاك إما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت
 الملك فيه حكماً وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما
 لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 آخراً رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف
 (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الأصل لما قلنا أن الغصب
 بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الأول ولا وجه لإبطال حكم الضمان الثابت بالغصب
 الأول بفعل الغاصب لأن المسقط للضمان عنه نسخ فعله بإعادته إلى يد المالك لا اكتساب
 غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لأن الزيادة تابعة للأصل فلا يثبت
 الحكم فيها إلا بثبوته في الأصل ولأن الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان
 الغصب ولأنه لما ضمن الأصل بالغصب ملك الأصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين أنه باع
 ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجباً للضمان عنه وهذا بخلاف
 ما إذا قلنا أن ذلك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك
 مفيد في حق الأصل لأن الضمان بالقتل يجب مؤجلاً على العاقلة وبالغصب يجب على
 الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الأصل لكونه مفيداً ثم يعتبر في حق الزيادة
 تبعاً للأصل إلا أنه إذا ضمن الأصل بالقتل لا يملكها لأن ضمان القتل لا يوجب المالك
 فلا يتبين به أن الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا أن المنصوبة لو كانت دابة فاستهلكها
 الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
 أنه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمه الله أن ذلك الجواب قولهم
 جميعاً وجعل يفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الأصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغضب فلا يتحقق . قال رضى الله عنه والاصح عندي انه لا فرق في الفصلين عند أبي حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا قال وقد رأيت في بعض النواذر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لا يضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذ كان مفيدا وحكم الاستهلاك في الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فلا استهلاك وان تحقق فلا فائدة في اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل في الآدمى فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثانى مفيدا وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا ثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لا يكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم وان اختار المصوب منه تضمين المشتري بطل البيع ورجع بالثمن على الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشتري بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلماذا استرد الثمن من البائع (رجل) غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبرا بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردها لان الولد جزء من الاصل فيكون مملوكا للمالك لاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد على قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو الأبراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد لولد لا يكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان يملك غير المضمون له لان الضمان لجبران ما فات عليه وماله لا يكون جابرا للملك ولا يجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة في يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (الآتري) انه لو دخلها عيب آخر في يده وفي

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع
قوائم شجرة انسان فثبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما ثبت لان النبات
ملك المضمون له بخلاف ما لو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش
لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يحمل مؤديا للضمان به وبخلاف
ما وقع منها فثبت مكانها أخرى أو صارت هزولة ثم سميت لان هناك انعدام سبب الضمان
لان السبب افساد النبات لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما افسد النبات ولهذا لو كان نبات السن
بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهذا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد
لا يصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم
يتخير به فكذلك قبله . وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والنايات حكما
كالنايات حسا أو أقوى منه . وبيان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفاتت بالولادة بطريق
اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدثت مالية الولد
لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا
لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة
كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه
كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل
قيمه ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب
فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقره فقطع جزءا منها ثم رد ذلك الجزء
مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته
والدليل عليه فصل السن والسن فان الحادث هناك يحمل خلفا عن الفاتت باتحاد المحل لانه
حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فاذا جعل باتحاد
المحل هناك الحادث خلفا عن الفاتت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر
الجواب عن كلامه فاننا لانجمل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبره بانعدام سبب
الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المنصوب منه فيكون الردود ملكه يقرر هذا
المعنى ﴿ فان قيل ﴾ كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمنصوب منه بعد انعدام النقصان
﴿ قلنا ﴾ لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الأنجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون أولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا في حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما إذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك إذا صار فيه وفاء بعد الولاد قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انمقد فيه فالحدث فيه بعد انقضاء السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في المبيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد وان كان هذه الخلافة في حكم الأنجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجمل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن فاما في السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحدث خلف عن الفاتت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن هناك لا يشترط لا يجاب الضمان بالقطع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ما ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل بقاء الشجرة الخضرة النامية والآنجبار بحكم اتحاد السبب على ما قررنا فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبر ان حق المقصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولورد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم النصب كاملة لوجهين : أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبا للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفاتت اذا كان الفاتت بمض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفاتت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خاتماً عن الفاتت اذا كان الفاتت بمض الاصل لا ما اذا كان الفاتت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه انه لما ضمن الاصل من وقت النصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا ارد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفاً في حكم الانجبار به * قال * واذا جاء المنصوب منه يدعى جاريته في يد الناصب وهو منكر فأقام شاهداً انها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على اقرار الناصب بذلك لم يجوز لهما اختلافا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين . وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الناصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر النصب فالشهادة جائزة لانها اتفقا في الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احدهما بالشهادة بالنصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما انها جاريته وشهد الآخر انها كانت جاريته قضيت بها له لانها اتفقا في المشهود به وهو المالك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه أبداً حتى يخرج من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فمرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك في الحال * وان شهد احدهما انها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر انها جاريته ورثها عن أبيه لم يجوز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد المالكين متباين عن الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه والمشتري لا يرد على بائع بالعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود به حكماً لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء * وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو هبة أو صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو . وان شهدا انها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الناصب من رجل فلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الناصب موقوفاً على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله محيز

حال وقوعه يتوقف على الاجازة وان الاجازة في الانتهاء، كالاذن في الابتداء، ولكن الشرط لتتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد ذكر في النوادر ان المدعى اذا طلب من القاضي ان يقضي له بالملك ففعل لم يكن له ان يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي ان يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجمل ناسخا للبيع بهذا، وجه ظاهر الرواية ان الملك لدى ظهر له بقضاء القاضي لا يكون أقوى من ملك ظاهر له وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفاً فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالفضاء بطريق الأولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو أمين فيما يقبض. ألا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولا يشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان الثمن مضمون به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك لا يشترط بقاءه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو ارش جنابة وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاماً في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لما منع وهو حق المصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء، فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه، فقررنا فيها وانما يملك الكسب والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل ان يجيز المالك البيع عندنا (وقال) ابن أبي ليلى عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق الاتلاف فانه ينعدم به عملية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشتري اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتباراً للحكمي بالحقيق. ولكننا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف في نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالمهبة قبل القبض فان الموهوب له أو أعتق الموهوب قبل أن يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكامتي كان له مضمون منه أن يضمن المشتري أن شاء فإن أجاز المضمون منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (قال) أبو سليمان وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ عتقه * وجه القياس أن هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فإنه متفق على جوارحه ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضي المدة * والبيع الموقوف مختلف في جوارحه وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الإجازة لأن هذا المتق توقف على إجازة مالك ظاهر الملك فإن المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكره إذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشتري * يوضحه أن البيع والعتق توقفا على إجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المناقاة في حقه . والدليل عليه أن الناصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشتري هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى . وكذلك لو كان المشتري من الناصب أعتق ثم إن المالك ضمن الناصب حتى نفذ بعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك إذا نفذ البيع بإجازة المالك * وجه الاستحسان أن هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالإجازة كالوارث إذا أعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا فعل ذلك * وتقرير هذا الكلام أن العقد الموقوف سبب تام في نفسه وانعقاده بكلام المتماقين ولهما ولاية على أنفسهما فإذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لأن الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لأنه ليس من ضرورة تمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لأن الأسباب الشرعية لا تنفذ خالية عن الحكم وإنما يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك في إثبات الملك للمشتري لأن من ضرورته زول ملكه فيتأخر ذلك إلى وقت الإجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه أن الأشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينقذ مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقايبضا واقترا قاشم أجاز المالكان فحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفو في الصرف بمد الاقتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشتري اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً والقبض بمد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالتبض الحقيقي في المبيع أو الثمن والدليل عليه ان رجلاً لو قال للغاصب أعتق هذا العبد عنى بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولى لان سبب الملك هناك مضر وهنا منصح به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجاز المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله على انى بالخيار مقرون بالعقد نصاً وتعلق العقد بالشرط يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياساً لانه أدخل الشرط على السبب وفي الاستحسان يجعل الشرط داخلاً على حكم السبب فينقذ أصل العقد ويكون في حق الحكم كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال اذا جاء عبدي فله علي ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله علي ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز ففرقنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعلق بالشرط يمنع منه بوضع الفرق ان في العقد الموقوف يثبت ملكاً يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب على ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشتري على ملك في المحل أصلاً ومسئلة المكره قد منها بمض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول بيع المكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشتري بمد القبض ينفذ عتقه والبيع انفسد قبل القبض ضعيف غير تام في حكم الملك كالمهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف في المحل فالمد لا ينفذ عتقه وعتق المشتري مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضاً وانما يتوقف بمد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه.

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء مـوجب وهو شراء القريب فانه اعتلق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهي له ألا ترى ان المشتري لو باع المبيع ثم اطاع على عيب به لا يرجع على بائنه بحصة العيب من الثمن بخلاف ما لو أعتقه فلكون العتق منهيًا للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انهي به والبيع لكونه قاطعًا للملك لا يجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف ما لو أجاز المالك العتق لانه باجازه العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازه البيع يمتد محل العتق للمشتري وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الناصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمن الناصب فلا يصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشتري يملكه من جهة الناصب وقد بينا أنه لا يستند للناصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلماذا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذي قلنا فلماذا نفذ عتقه . وان ماتت الجارية في يد المشتري ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لا يصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التملك مقصوداً بسببه . وان لم يميت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولا يكن الناصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الناصب ابطال . منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الناصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشتري من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشتري عليه فلهذا لا يصح البيع الاول بعد شراء الناصب وكذلك ان اجازته لانه قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلاً للموقوف اذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاهم للناصب أو تصدق بها

عليه أو ماتت فورثها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل
﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فعيها فأقام المصوب منه البينة انه قد غصب جارية
له فانه يجبس حتى يجي بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله
يقول تأويل هذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من
اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة فأما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المصوب لان
المقصود اثبات الملك للمدعى في المصوب ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول ولا بد
من الاشارة الى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة
صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المصوب عادة وحين يغصب
فانما يتأتى من الشهود معارضة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المصوب فسقط اعتبار علمهم
بالاوصاف لاجل التعمد ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت
ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيجس حتى يجي به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس
الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلهذا يجبس حتى يجي بها
ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أو قد بعها ولا أقدر عليها تلوم القاضي
في ذلك زماناً ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة
وفيه نوع ضرر على صاحبها فبين الملك . مقصود لصاحبها كإلتها وربما يتعلل الغاصب بذلك
لتسليم العين عند أداء القيمة فلماذا لا يعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم . مقدار بل يكون ذلك
موكولاً الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لا يكون " وهذا التلوم اذا لم يرض
المصوب . منه بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضي فلم يقدر على الجارية
فان اتفقا في قيمتها على شيء أو أقام المصوب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى له القاضي
بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع بيئته لان المالك يدعي الزيادة وهو
منكر لها فان استعاف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي
له بما أقربه الغاصب لان ما زاد على ذلك اتقى عنه بيمينه ما لم يتم المالك حجة عليه فان
ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكون أو بالاقرار من الغاصب
بما ادعى المالك فالجارية له لاسبيل للمصوب منه علمها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب
بعد ما يحلف بخير المصوب منه فان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله هذا اذا كانت قيمتها بمد
ما ظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما اذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في
استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكامله . وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو
الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يسط ما يدعيه من القيمة وثبوت
الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضى
الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى
فالجارية باقية على ملك مولاهما فيسترددها اذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة (وبعض)
المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا
يجتمع البديل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان
ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب
وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك
عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب
للاصحاب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك اكان اذا تم له
الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري
المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب هو عدوان
محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل
العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة
مثله الى الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين
بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لاحكامها
ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير
مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة
فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً وثبوت الحكم في التبع كثبوته
في الاصل سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطاً لغيره . وجه قول الشافعي رحمه الله
الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) فانه تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلًا بالباطل والمعنى فيه أن النصب عدوان محض لأنه ليس فيه شبهة الإباحة بوجه ما فلا يكون موجبًا للملك كالقتل. وتأثيره ما قلنا أن الملك حكم مشروع فيستدعي سببًا مشروعًا والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضيًا به وأن يكون مباحًا والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لأن هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفئات بالنصب والفئات بالنصب يد المالك لا ملكه. وفرفنا أن هذا الضمان بمقابلة النقصان الذي حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلًا عن العين ولهذا قلنا لو هشم قلب فضة لأنسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلًا عن العين كان صرفًا فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت أن هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ما هو قائم بل هو باحياء ما هو قائم وملكه في العين كان قائمًا فلو جملناه زائلاً بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتًا لا جبرانًا ولو كانت القيمة بدلًا عن العين فهو حلف يصار إليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الحلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستثنى به حولا كاملاً ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر. وبهذا يتضح جميع ما قلنا فان النصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق في المدبر وبقضاء القاضي بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلًا عن العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وان تم بقضاء القاضي ينبغي أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر. ووجبتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المنصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لان التصديق بملك الغير اذا كان ملكه معلوما لا يجوز ولا يكتن محفظا به عين ما ملكه فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه. والمعنى فيه أن النصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا أمكن كالبيع والصلح. وبيان الوصف أن غصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لأنه ليس بمال وكذلك غصب الحر من المسلم لأنه غير متقوم وتأثيره ان اختصاص السبب بمحل لا يكون إلا لاختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذي هو مال متقوم يختص بصحة التمايز فيه فلما اختص النصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما يختص بهذا الحكم فان الفعل الذي

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لا تختص بمحل هو مال متقوم . ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . الا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعي القوات لاحالة لانه انما يجبر الفاتت دون القائم فكان من ضرورة القضاء . بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت وما لا يمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته تقدم شرطه عليه لاحالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتقه يقدم التمليك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطا في المحل الا ان يكون قوله أعتقه عنى سببا للتمليك مقصوداً . اذا تقرر هذا تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضاء . بالقيمة جبرانا لحقه في الفاتت ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بجنسه ولهذا لا يشترط التبايض لان شرط التبايض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطا لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المنصوب وان كان هالكا عند القضاء باقيمة يصير مملوكا للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التمليك مقصوداً بسببه لا شرطا لغيره . وكذلك يقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فاما) المدبر ففي تخريبه طريقان . أحدهما ان هناك لا يقول بقاء العين علي ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل راثلا عن ملكه لتحقيق هذا الشرط . ولهذا ولم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المنصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا . الثاني أن في المدبر القيمة ليست بيد عن العين لان ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر في المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذي حل بيده . ولكن هذا عند الضرورة ففي كل محل يمكن اتحاد الشرط لا تحقق الضرورة فيجعل بدلا عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان الذي حل بيده . ونظيره فضلا عن أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل

اتحاد هذا الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح
فانه اذا أخذ القيمة بالتراضى كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تملك العين
وفي كل محل لا يحتمل تملك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجنابة التي حات بيده وكذلك
اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية بيان أن الاكل بالتجارة عن تراض جائز
لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجهه فان
المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالب بالقيمة مع علمه أن
من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك لان من طلب شيئا لا يتوصل اليه
الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بطلوبه ﴿رجل﴾ غصب من رجل جارية
فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاها ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق
عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد تثبت من حيث الظاهر
فان من في يده شيء فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدقه
في ابطال حقها ولكنه مصدق فيما يقرب به علي نفسه وقد أقر أنها كانت مغبوبة في يده وأنه
ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلماذا يلزمه قيمتها للمقر له ﴿قال﴾
ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للمقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر وبمقرب رحمها
الله علي ان قول زفر يضمن قيمة الولد والمقر وعلي قول أبي يوسف لا يضمن ذلك . وجه
قول زفر انه أقر بوجوب المقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهي مغبوبة في يده والوطء
في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب المقر وكذلك إن
أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كلام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة
الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المقرور وولد المقرور حر بالقيمة وعلي المقرور عقرها للمستحق
فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان ما يلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب
العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المغبوبة يوجب الحد علي الغاصب
دون العقر وكذلك ولد المغبوبة لا يكون مضمونا علي الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك
منه في الولد وانما امتنع رده لحرية شرعافه كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر علي نفسه
بوجوب المقر ولا بوجوب قيمة الولد فلا يلزمه ذلك فان كان المدعي أقام البينة انها جاريته
غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولم يذكر المقر

وينبغي أن يقضى له بالمقر لان ذاليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد
عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطى ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر
الذى هي في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذى أقام
البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئاً من ذلك **قال** لا
استحلفه علي شيء من ذلك إلا أن يدعي الذى هي في يديه لان القاضي نصب لفصل
الخصومات لا تهيجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد
ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعى عليه مالواً قر به لزمه
(وروى) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة
لقضاء نفسه . وان أقام الذى هي في يديه البينة علي تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن
من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالماينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن
في الابتداء فان تصادق الأول والجارية علي انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدق
علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا
يصدقان علي ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن
يشترىها هذا فانها تنفق لانها أثبتت حررتها باعتراف من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان
البيع فيرجع المشتري علي البائع بالثمن وعلى المشتري العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك
وهي حرة والولد ولده بنه قيمة لان الولد يتبع الام في الحرية وقد ثبتت حررتها بالبينة
فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلماذا لا يفرم قيمة الولد ولو اشترى جارية
فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بهاله وبقية الولد والعقر لان حرية الولد
هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ علي عمه بعد تملكه وهنا الولد كان
حراً الاصل فلم يدخل في ملك المدعي حتى يجعل عتقه بسبب القرابة . واذا ثبت أن حرية الولد
بسبب الغرور فولد الغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما ويرجع
المشتري علي البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال
من لذة الوطء فلا يرجع به علي غيره **قال** رجل غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم
ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد
كان أمانة عنده وقد أتلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متمدياً عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئاً من ذلك ولكن الام ماتت فله ان يضمه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعاً لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد الى الولد فان اثبات بالضرورة لا يمدو. ووضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بموت الام فأما قبل موتها الواجب رد الدين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد لحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكاً للمولى وولده يكون مملوكاً له ينفذ عتقه فيه ~~ب~~ رجل ~~ب~~ غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالاً وان شاء اتبع عاقلة القتال بألفي درهم في ثلاث سنين لان قتل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فأما يضمه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالاً على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القتال بألفي درهم مؤجلاً في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القتال جان على ملكه فلماذا يرجع على عاقلة القتال بألفي درهم في ثلاث سنين اولاً لان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القتال وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلاً فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه العاقلة ثم يسلم له مما يقبض الفاقدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لابي ملكه فيلزمه التصديق به كالمربح الحاصل لابي ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القتال كذلك فمولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالاً بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القتال خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبديل نفس الحر وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القتال بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه اولاً لانه ظهر ان جنابة القتال كانت على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلاً خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لأنها بعد الغصب باقية على ملك مولاهما وموجب جناية المملوك أن يخير مولاهما بين الدفع والفداء وأي ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقبل من قيمتها ومن الفداء لأن ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنابيتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولأن الرد لم يسلم حين استحققت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكانه لم يردّها فيرجع عليه بقيمتها إلا أن يكون الفداء أقل من القيمة فيخيل أنه يرجع بالاقبل لأنه في التزام الزيادة على الأقل مختار فإنه كان يتخلص باختيار الأقل فإن كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب في دفعها إلى أولياء الجناية لأنها كانت مستحقة لم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها وإذا دفع القيمة إليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لأن المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولأن استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردّها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك إذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فإن تهدمت من سكنها أو من عمله فهو ضامن لذلك لأنه متلف لما تهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وإن تهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر ورحمهما الله لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم ينبنى على السبب وأصل المسئلة لأن العقار لا يضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الأول ومحمد والشافعي رحمهم الله . حجبتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع بأقامة ذي اليد اليقينة على أن يده يد أمانة وإذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمقول . وبيان الوصف أن النزاع إذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التمدى بأبواب اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائر والفاسد فيضمن بالغصب كالمقول وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان النصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولا يمكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين في المنقول الذي يمكن احضاره ثم في العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بمد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنع من أن يدخل ملكه فيمكن لان ماهو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله في غير المضمون مقام فعله في المضمون في ايجاب الضمان كحافر البئر في الطريق فعله في الارض دون المار ثم يجرى ذلك قائما مقام فعله في المار الواقع في البئر في ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ النصب عليه لا يدل على تحقق النصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر . وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ النصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لا يتحقق في العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل النصب في العقار ولكن النصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا يتقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفئات من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل في المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان تبقى ما تبقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالملك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل في المالك لافي الملك وفعله في المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجه

الحكم فأما الفصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكماً ولا يمكن ان صادف الفعل محلاً يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلاً لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجة لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ما هو حد فعل الزنا لا يتحقق في هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذلك يوجب الحكم فيجوز اثباته بطريق حكمي والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلاً في معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجب الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض في باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الى ايجاده بطريق التمكّن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالى من اقامة الفعل في الملك مقام الفعل في المال صحيحاً لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان على الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو نقله في نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة. واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل في الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل في المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكماً ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل في المالك مقام الفعل في المال * ولا يدخل على هذا ما قاله في الزيادات اذا وهب لرجل داراً بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحققت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم على أصل محمد أيضاً لانه يوافقنا في المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه في السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له ﴿ فان قيل ﴾ أليس انه لو اشترى منقولاً وحل بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشتري وهذا المعنى موجود فيه ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشتري فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لا توجب التسليم الي الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده
الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لأنه حول الى
نفسه يد الغاصب الاول وهي يد مفوتة ليد للمالك فتحول اليه بصفته * وأشار في الكتاب
الى حرف آخر فقال ﴿ لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب
دابة فعطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء
لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان
انما يجب بأبواب اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لا يحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان
من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا
﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد
الاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا
ان أباه مات وهو لابس هذا الثوب أو ركب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان
الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان
الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل
لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال
ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لأنه
مقر على نفسه بالنصب فان البيع والتسليم غصب والنصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق
في العقار. وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات أنهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى
الماضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما
الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم
جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف للملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما
حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بيئته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف للملك
لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة. ألا ترى أنه لو أقام البينة
على انها ملكه قضي له بها فهذا لا يكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود
الوديعة فان العقار يضمن بالجحود في الوديعة وليس فيه اتلاف للملك حتى لو أقام المالك
البينة قضي له بها والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة النصب فلا يكون موجبا للضمان

في المقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ﴿رجل﴾ غصب عبداً أوداه فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لأن وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب القمطة ولأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فإذا هو الذي جعل منافع العبد بنفسه مالا فكان بدله له. وفي الأصل قال قلت ولم لا يكون لصاحب العبد قال لأنه كان في ضمان غيره. وكأنه أشار بهذا التعليل إلى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لأنها حصلت له بكسب خبيث فإن مات العبد فالغاصب ضامن بقيته وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تسدق به اعتباراً للجزء بالكل ﴿فإن قيل﴾ القيمة دين في ذمته ومن قضى بمال الصدقة منه فمليه أن يتصدق بمثله ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اتصدق بهذا لم يكن حتماً عليه. ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك ثم يصير المالك مبرئاً له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق بموضه. وإن كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشتري فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لأن الخبث في الغلة ما كان بحق المشتري فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة إلى يده ﴿قال﴾ إلا أن يكون عند الغاصب ما يؤدي به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدي من الغلة لأنه محتاج إلى تفرغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني عنه وإن كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك لأن وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاك الثمن ولو استهلك الغلة وكان الثمن فإن كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وإن كان غنياً فمليه أن يتصدق بمثله فكذلك في استهلاك الثمن وإنما قلنا ذلك لأن حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله أن يردّها على المالك إن شاء (ثم) الملتقط إذا كان محتاجاً فله أن يصرف اللقطة إلى حاجة نفسه بخلاف ما إذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجره وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالمية والتقوم والمالمية والتقوم في العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعتها فاذا اعتبرت المنفعة لايجب ضمان العين لايمكن اعتبارها لايجب ضمانها مقصوداً والمنفعة كالكسب وقد بينا في الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك في المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد في الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الاصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً وقد بينا ان زوائد المنصوب لا يكون مضموناً على الغاصب عندنا ويكون مضموناً له عند الشافعي رضي الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب الموجب للضمان عندنا يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا لا يتحقق الا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور كونها في يد المالك ثم انتقالها الى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد المالك فلهذا لا يضمن المنافع بالغصب عندنا . فاما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لا تضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر في ذلك سواء حتى او استسخر حراً واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ما صنع واكفه لا يضمن شيئاً وجه قول الشافعي رضي الله تعالى عنه ان المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالمية الشيء بالتمول والناس يتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لا بتغاء الربح كما يشتري جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع في المالمية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسموماً مالا وهكذا يقوله في منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف الا انه اذا حبس حراً لا يضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولا اثبات يده عايه بل منافع المحبوس في يده كثياب بدنه وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهي متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل ان لا تكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالمقد ويضمن به صحيحا كان العقد او فاسداً وانما يملك بالمقد

ما هو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد يتبين المائلة بين العين والمنفعة في المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لا يملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لا يجوز ولا يضمن بالعقد أيضا صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا في ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المبرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المبرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المبرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجباله لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخروا الميته . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى قوين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تلاشي فلا يتصور فيها التمول ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا يديه او اعاره شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لا يسبق الوجود فان المدوم لا يوصف بانه متقوم اذ المدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لا يسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلى هذا نقول الاتلاف لا يتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لا يحمل المدوم وبعد الوجود لا يبقى لعله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فأما بالعقد ثبتت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به بمقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم انتقوم والاتلاف وفي الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالمقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان في المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص الأتري أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن

بالعين لانه فوَقَه فكذلك المنفعة لاتضمن بالعين • وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم
 بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لاتبقى وقتين
 والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبق وما لا يبقى تفاوت عظيم والعين لاتضمن بالمنفعة قط ومن
 ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ايضاً والمنفعة لاتضمن بالمنفعة
 عند الاتلاف حتى ان الحجر في خان واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة احدهما
 مثلا للمنفعة الأخرى عند الاتلاف • والمائلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المائلة بين العين
 والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبني على المائلة باعتبار الاصل بل على المراضاة
 وكيف ينبنى على المائلة والمقصود بالمقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفي المشروع
 يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسداً كان العقد أو جائزاً فيسقط
 اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد. فأما الاتلاف فمحظور
 غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب
 الاتلاف ﴿فان قيل﴾ يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن اتلاف منافع أموال
 الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم
 أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره يسقط به حق
 المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالمية واذا لم يكن بد من
 اهدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اهدار الأصل ﴿قلنا﴾ قد اوجبنا للزجر التعزير
 والحبس فأما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم
 بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما أتلف كان ذلك ظلماً مضافاً
 الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل
 كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهو أننا لاتقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق
 المظلوم لا يهدر بل يتأخر الى الآخرة. ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدراً في حق
 المتلف فيعطل حقه عنه أصلاً فكان ما قلناه من اعتبار المائلة والكف عن القضاء بالضمان
 بدون اعتبار المائلة اعدل من هذا الوجه • قال ﴿أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند
 الناصب من ركوبه وأقام الناصب البينة أنه قد ردها اليه وماتت في يده فعلى الناصب
 القيمة﴾ لان رب الدابة يثبت على الناصب سبب وجوب القيمة والناصب ينفق ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والبيئات للاثبات دون النفي ﴿ فان قيل ﴾ سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت بينته ما يرثه عن الضمان وهو رد فكانت بينته أولى بالقبول ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركوبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلماذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها إليه على حالها لأن القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في إثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لأن الغاصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما إذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه ردها فماتت في يد صاحبها فملى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لأن الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها بينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه أيها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الغاصب هنا لما فيها من إثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا إثبات سبب متجدد والظاهر أنهم إنما شهدوا بذلك لأنه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ما سبق فإن القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه مالم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق ﴿ وإذا وهب الغاصب الثوب المصوب لرجل فلبسه حتى تمزق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا ﴾ وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لأنه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالمقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وأنه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكننا نقول الموهوب له في القبض والا كل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد . فأما المغرور فمجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر إنسانا أن هذا الطريق آمن فساك فآخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف . وإنما الغرور في عقد الضمان هو الميثب للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن الغيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فبنوات ما هو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق الموهوب له صفة السلامة ولذا لو وجد الموهوب معيباً لا يردد بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور أيضاً (والثاني) وهو ان القايض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه يرجع به عليه فأما الموهوب له في القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط انفسه شيئاً لئلا أكد ذلك بقبضه وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف ما لو كان اشتراها فان هناك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له يرجع عليه بما لحقه ولا يرجع بالعقر عندنا . وعلي قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر أيضاً لان البائع قد ضمن له سلامة الوطاء أيضاً ولا كئنا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذي نال تلك الادة فلا يرجع بما لحقه بسببه علي أحده وعلي هذا لو ان غاصب الدابة أجزها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه المنصوب منه قيمتها يرجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر في قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي رحمه الله لان المستعير ضامن للمعير في حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان * واذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهركه الغاصب فالبينة بينه رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت بانفاقهما واما يدعي رب الثوب الزيادة علي ذلك والشهود لم يترضا لتلك الشهادة أو تفوا تلك الزيادة والشهادة علي النفي لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب علي دعواه وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعي والغاصب هو المدعي عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعي فقال البينة علي المدعي وبلا لاف واللام يظهر ان جنس البينة في جانب المدعي وجعل اليمين في جانب المدعي عليه والبينة لا تصاح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تخاف الغاصب علي ذلك فقال أنا أرد اليمين علي رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين علي المدعي عليه وما كان مستحقا علي المرء شرعا فليس له ان يحوله الي غيره **قال** ولا أدر اليمين ولا أحوها عن موضعها الذي وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعي عليه اما للنفي أو لابقاء ما كان علي ما كان وهو براءة ذمته فاذا حوات الي جانب المدعي لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعي شيئا بل حاجته الي اثبات ما ليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيها علي ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذي غصبتك وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو هروى كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الاختلاف منهما في تعيين المقبوض والتمول فيه قول القبض أمينا كان أو ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان التمول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان هذا ثوبه الذي غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف علي ما يقول كالمودع في رد الوديعة أو هلاكها والمدعي يدعي عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فاقول قوله مع اليمين فلهذا جمع في اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وبراءت الغاصب من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يتقضى عليه بما ادعاه المدعي لان نكوله كإقراره وعند النكول لا يقضى له بهذا الثوب لانه لا يدعي ثوبين انما يدعي ثوبا هرويا وقد استحقه فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعي أصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بنفي دعواه أصل الثوب فينتضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذ وان شاء تركه . فان جاء بثوب هروى خلق وقال هذا الذي غصبتك وهو علي حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديدا حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب حين كان جديدا ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه الي ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

الى اقرب الاوقات . فان اقاما البيئتين فالبيئتين بيئتين رب الثوب انه غصبه جديداً لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما بيئته وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البيئتين أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت بيئته كالثابت باقرار الخصم وبين الغاصب لا يمنع قبول بيئته رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البيئتين العادلة ولان القاضى ما قضى بان المنصوب كان خلقا وقت الغصب ولا كنهه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجية فاذا قامت الحجية فعليه أن يقضى بها . فان كان غصبه ثوبا فصبنه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم في الثوب وقد بينا ان بغصبه لا يسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما على الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالأصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له ما زاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى ماله حقه ويملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدي من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لا يملك ثوبه منه بقيمته وأن لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مال وهبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فالصبغ الا ان هناك لاضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا في هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا في بعض الثياب هو ذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لو غصب ثوبا يساوي ثلاثين درهما فصبنه بعصفر وراجع قيمته الى عشرين درهما فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب
 عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة
 دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فان كان الغصب جارية
 صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في
 الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف مايننا من الصبغ في
 ثوب فهو زيادة من مال الغاصب لامن العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب
 منه لانه متبرع في الاتفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الاتفاق
 لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه * واذا غصب سويقا فله بسمن فصاحبه
 بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه
 لان السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب * وكذلك الدهن
 اذا خلط به مسكه وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا منتنا كدهن البرز
 ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهافا فيه * واذا غصب
 ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يمطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله
 وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمررة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو
 حنيفة أجاب علي ما شاهد في عصره من عادة بني أمية وقد كانوا ممنتمين من لبس السواد وهما
 أجابا علي ما شهدا في عصرهما من عادة بني العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان
 أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج الى التزام
 مؤنة في ذلك رجع وقال السواد زيادة . وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من
 قيمة بعض الثياب كالغصب ونحوه * فان كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب
 ما قاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قاله انه بمنزلة الحمررة والصفرة
 وان غصبه ثوبا فمقطعه قيصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب
 وضمنه ما نقصه القطع لان القطع نقصان فاحش في الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ
 القباء والقميص وبمد ما قطع قيصا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح
 قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك
 وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

الثوب ليس بمل الربا وتضمن النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا
نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه مانقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان
فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنا من احدث أى لون شاء فيه وقد
خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن قلعه عادة وبه يفرق
أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيرا ضمن
الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فهذا
القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يمكن في قيمته
نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع
ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه مانقصه فعل الغاصب
(وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف
ما لو كان المصوب عبدا أو جارية فيقطع منه يداً أو رجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع
لان الآدمي يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل
والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب
بعد هذا القطع فلماذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لو كانت بقرة
أو جزورا فقطع يدها أو رجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت
به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ
المذبوح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يضمنه شيئا لان الذبح والساخ في الشاة زيادة ولهذا
يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب
الى الانتفاع باللحم والى كنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولا جله يثبت الخيار
فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة
فعايه مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احدهما) ان حق المصوب
منه لا ينقطع عن الدقيق لاعلى معنى انه يمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة
مثل حنطته وان مات الغاصب فالمصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالباع لا ينقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الأخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئاً * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استتبع أن يأتي مفلس الى كرحنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شيء فهذا قول الشافعي رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعي رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بيننا ان علي أصله تضمن النقصان مع أخذه العين في أموال الرباجائر وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالتقطع في الثوب والذبح والساخ والتأريب في الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى اربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذي رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصابة بأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيفها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخى ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذ ارجع قال صلى الله عليه وسلم أطمعوها الأسارى قل محمد يعني المحبسين فامرهم بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قدمها كها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه مكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلا في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انها غير اناسا وهيئة وحكما ومقصودا . وكذلك يتم إعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني انعدام

الاول لاستحاله ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد
 ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله
 سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والخنطة شبهة المجانسة من
 حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبني على الاحتياط
 لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف الفطع في الثوب والذبح في الشاة
 فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ
 والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل
 تبديل العين فلهذا كان لصاحبها ان يأخذها ثم على قول من فر للفاصل ان ياكل هذا الدقيق
 وينتفع به قبل ان يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه. وفي الاستحسان
 وهو قولنا ليس له ان ينتفع بما مالم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضى أو يقضى عليه
 بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما
 بني على الاحتياط والاكل مبني على ذلك فانما يتم تحول حق المصوب منه الى الضمان بالاستيفاء
 أو بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بئمه (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا
 وعند الشافى رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة في
 الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من
 جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المصوب منه عن الجودة
 والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا. وان وجد
 صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين
 ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة
 عوضا كان هذا في معنى مباداة المشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز في الاموال الربوية وله
 ان يضمن الفاصل قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا
 أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك. وكذلك
 كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان
 من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المصوب منه في
 الصفة فان كسر درهما أو دينارا فعليه مثله لانه غيره بصنمه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بايجاب المثل والمكسور للكسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه
 بشئ ويستوى ان كانت مائة انتقصت بالكسر أو لم تنتقص لان صفة العين بغير فعله
 وذلك كاف لايات الخيار له الا فيما يكون زيادة فيه على مائتين (واذا) ادعى دارا او ثوبا أو عبدا
 في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذي هو في يديه هو عندي وديمة فهو خصم لظهور
 العين في يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو
 أعارها أو أجرها أو رهناها لم يكن بينهما خصومة لانه أثبت بيئته أن يده يد حفظ وهذه
 مسألة نخصه وقد بيناها في كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه
 لم تدفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح
 على غير ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه
 فقد اندفعت الخصومة عن ذي اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا
 فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يد حفظ * وان قال
 المدعى هذا ثوبي سرق مني فالجواب كذلك في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله
 (قوله) سرق مني ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذي اليد انما كان
 هو خصما باعتبار يده كما في النصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله
 وقالوا لا تدفع الخصومة عن ذي اليد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق
 مني معناه سرقة مني الا أنه اختار هذا اللفظ انتدبا الى ما ندب اليه في الشرع من التحرز عن
 اظهاره الفاحشة والاحتياط لدره الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه
 فعل السرقة وهذا المعنى لا يوجد في النصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى
 السر على من تجاهر بفعله (والثاني) ان السارق في العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه
 عليه في ظلمة الليل انه فلان أو غيره فهو بقوله سرق مني يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك
 شرعا فكان هذا في معنى قوله سرقة مني بخلاف النصب . ولان السراق قلما يوقف على
 أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذي اليد بهذا كان ابطالا لحق
 المدعي لا تحويلا فهو بمنزلة مالم أقام البينة على أنه أودعه رجل لا يعرفه بخلاف الغاصب فانه
 يكون ظاهرا فيكون هذا من ذي اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي (ورجل) *
 غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمه فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم الكفيل الا عشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلا ذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلماذا يرجع على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ما قيمته الا عشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابفة فكانت عنده حتى صارت عجوزا فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلي الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ما هو مقصود منه وهو قوة الشباب والمهرم نقصان في العين وهذا بخلاف ما لو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال وهذا يجب بحلقها من الحر عند اقبال المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فندى ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان لانه فات ما كان مقصودا منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين وهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا * وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان * ولو غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذ ولا شيء له سواه ﴿رجل﴾ غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفور فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهاكا بفعله فانه كان عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفا قائما بملك غيره فرفنا انه صار مستهاكا فعلي الغاصب

ضمان مثله أو قيمته أن كان لا يوجد مثله والسواد في هذا كغيره عندهم جميعا لأن السواد في نفسه مال متقوم وإنما هو نقصان في الثوب عند أبي حنيفة وإذا ضمن لصاحب العصفرة عصفرة ملك المضمون وصار في الحكم كأنه صبغه بعصفرة نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففي القياس كذلك لأنه مستهلك للصبغ بما صنع فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن في الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمنه قيمة صبغه لأن ما ملكه صار وصفا للملك فلا يكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولأنه إذا اختار أصل الثوب كان مجزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالإذن منه في الابتداء فلماذا كان له أن يأخذ الثوب إن شاء وإن شاء ضمنه الصبغ لأنه مستهلك من الوجه الذي قلنا وإذا ضمنه كان بمنزلة مالو صبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا . ولو كان الثوب مفضوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففي القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لأن صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ إذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفي الاستحسان إذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لأن عين ماله قد احتبس عنده وإن لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ إنسان . ولهذا نوجب السعاية في العبد المشترك يعقده أحدهما لأن نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وإن لم يوجد منه صبغ في ذلك وإن شاء صاحب الثوب باعه فضرر هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فإن غصب من واحد خنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لأنه تعذر على كل واحد منهما الوصول إلى عين ملكه فإن تميز الخنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالتعذر والمتعذر كالمتمتع ولم يبين في الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الخنطة بالخنطة أو بالشعير وعلى قول أبي يوسف ومحمد لهما الخيار إن شاء أخذ المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وإن شاء ترك المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لأن عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشيء يتكرر بجنسه وكذلك في الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأتى التمييز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة
 فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمن ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة
 فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا . وأبو حنيفة يقول
 بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر
 سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن
 يسمى كرا والمكيل والوزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب
 خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كاه ففرقنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب
 حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا
 ثبت لكل واحد منهما حق التضمن مع امكان التمييز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ
 واذا صار ملك كل واحد منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك
 له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك
 أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لا قرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان
 الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم
 يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمي
 وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه في المخلوط يصير مضافا اليه وعند انقضاء الفعل يكون
 مضافا الى المحل فاذا كان المخلوط لهما ولو غصب من آخر كتانا فغزله ونسجه فعليه
 مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله ولا سبيل له على الثوب . وكذلك ان غصب قطنا فغزله
 ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول ابي يوسف الآخر وهو قول
 الشافعي رضي الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا في الحنظة اذا طحنها
 لانه لا فرق بين الفصاين في المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهما جمع
 الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لا تبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لا تبدل بجمع المتفرق
 وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لا ينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار
 ولكننا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى . أما الصورة فالغزل خيط ممدود
 والثوب مؤلف مركب له طول وعرض . والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث
 المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذروع ليس بمال الربا وبعد

النسج لا يتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فن ضرورة حدوث الثاني انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمن النظر فيه ويتحقق ذلك في الابريسيم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لا تتبدل العين ولهذا بقي موزونا يجري فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولو غصب ساجة فجعلها بابا أو حديداً فجعله سيفاً ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه أو آجراً فأدخله في بنائه أو جصاً فبنى به فعليه في كل ذلك قيمته عندنا وليس له المنصوب منه نقض بنائه وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعي رحمهما الله في هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . وبيان هذا ما ذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع في الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد في الثمن يجوز فوجه قولهم في ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المنصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولو صبر المنصوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المنصوب مستحق شرعا فإدام الرد جائزا يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * ووجبنا في ذلك ان العين ملك المنصوب منه وما اتصل به من الوصف * تقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة

الصبيغ له وهذا الوصف غير متقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فیتعين دفع الضرر هنا بإيجاب قيمة المنصوب حقاً للمنصوب منه ليتوصل هو الى مالیه ملكه ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعياً وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في الاضرار بالفاصل اهدار حقه وفي قطع حق المنصوب منه بضمان القيمة توفير المالیه عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسألة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الفاصل فاذا رضي فقد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب اصل والفاصل صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل اولى ولم يجوز لحق صاحب الوصف وهو جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملكاً للمنصوب منه مقصوداً والآن صار تبعاً للملك غيره واتباع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد ان كان منقولاً لا يستحق بالشفعة وانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا فعرفنا انه قائم من وجه دون وجه والقائم من كل وجه يترجع على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجع الاصل اذا كان قائماً من كل وجه كما في مسألة الساجه فانها قائمه من كل وجه صالحه لما كانت صالحه له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلماذا رجحنا هناك اعتبار حق صاحب الساجه * ولا يدخل على شيء مما ذكرنا اذا غصب ثوباً فقصره لانه ليس للفاصل في الثوب وصف قائم متقوم والقصاره تزيل الدرر والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف اصلي للطن * ولا يقال اليس ان الفصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار اثر عمله في الممول لا باعتبار قيام الوصف في العمل للممول بعمله وذكركم الكرخي في مسألة الساجه ان موضع المسئلة فيما اذا ادخل الساجه في بنائه بان بني حولها لا عليها لانه لا يكون متعدياً بالبناء في ملكه فاما اذا بني على الساجه فهو متعد في هذا البناء والساجه من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم لارد كما في مسألة الساجه ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروه مزاده انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير او في ملك نفسه وان الصحيح ما قلناه وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد ادرك الزرع او هو بقل فعليه حنطة

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمره الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحيثنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحديث شيء آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بنى عمل الزارع وهو في معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الى الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو علة ومثبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الى الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزرع والكسب ملك للمكتسب وعايه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه وان كنا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل في الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلا اعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة^(١) ففرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في التالة لا يحمل له أن ينتفع بها حتى يؤدي الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد في الأرض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحمل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما في الحنطة اذا طحنها . وفي ظاهر الرواية الجواب في

(١) التالة بالمشاة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسئلة
الزرع سواء والمغايرة بين الفرخ والبيضة لا تشكل على أحد لان هذا حيوان وذلك
موات ولا يدخل على شيء من هذا اذا غصب شجرة وقلمها وكسرها لان القلع نقصان
محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ما هو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب
فهو كسئلة الشاة اذا ذبحها وسلخها (مسلم) غصب خمر من مسلم فاستهاكها فلا ضمان عليه
لان الخمر ليس بمال متقوم فان الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فرب
الخمر أن يأخذها لان بفسادها معنى التمول والتقوم لا يخرج من أن تكون مملوكة للمسلم اذا
الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له امساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فان
خللها الغاصب من غير القاء شيء فيها فالعين باقية على حالها لبقاء الهيثة كما كانت وإن ألقى
فيها ملحاً فالملح صار مستهلكاً أيضاً وان صب فيها خلا فهذا خلط الا ان الخلط انما يزيد ملك
المغصوب منه بشرط الضمان وايجاب الضمان هنا متمذر لان الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك
فلهذا كان شريكاً في الخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على
وجهين. أما اذا ألقى الجلد صاحبه فاخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لان صاحبه ألقاه تاركه
بنزلة من يلقى النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك إنسان وينتفع به فانه يكون مباح له وأما اذا
غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشيء لاقية له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا
يدعى الغاصب شيئاً لان ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا
ان صنفته انما تعتبر اذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل الى الضمان وهذا غير ممكن هنا لان
جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك. وأما اذا دبغه بشيء له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما
أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن ما زاد الدباغ فيه لانه عين مال قائم للغاصب
بنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لان
الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوماً والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوماً حتى ذكر في
كتاب الاجارات لو غصبه جلد آذ كيا فدبغه بشيء له قيمة فان شاء صاحب الجلد ضمنه
قيمة الجلد غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الجلد الذي مان متقوم
قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء. وان غصبه عصيراً أفصار عنده خمر آفله ان يضمنه قيمة
العصير لان المغصوب كان مالا متقوماً وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكاً ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصة بعد انقضاء أوان العصير فأما في أوانه يضمنه مثله لأن العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلافاً فان شاء أخذ الخل وان شاء ضمنه قيمة العصير لان البين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الحلاوة الى صفة الحموضة فان شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لان العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذ كر هذا الخيار قبل التخلل . فمن اصحابنا رحمهم الله من يقول لا خيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضاً عما استوجب من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضاً بطريق أنه يكون ميراثاً عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر **﴿ رجل ﴾** له حنطة عند رجل وشعير لا آخر عند ذلك الرجل أيضاً وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرفه قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان عند أبي حنيفة أيضاً . فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكاً للخالط وحق كل واحد منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ما كنه لهما . ووجه الاستحسان ان المخلوط وان صار مملوكاً للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول البديل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤد البديل اليهما واذا بقي حقهما فيه قلنا يباع لا يفاء حقهما عند تدمير استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشتري لغيته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص بالاحتلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلماذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال) وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتصرفه التمييز أو يتعذر فان اختلفا في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشتري فالقول في الحنطة قول صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر للزيادة التي يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار ما يزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل
 أقام رجل البيعة انه ثوبه غصبه اياه هذا وأقام الذي في يديه البيعة انه وهبه له (فقال) أفضى للذي
 هو في يديه لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك. ولانا نجعل كان الامر
 كانا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البيعة على البيع منه ثمن مسمى
 أو على اقراره أنه ثوبه لان البيع والاقرار بالملك بعد الغصب يتحقق فتقبل البيعتان جميعاً
 (وان) كان في أيديهما جميعاً فاقام كل واحد منهما البيعة انه ثوبه غصبه الاخر اياه قضيت
 به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفي يد كل
 واحد منهما نصفه فكان بيعة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه أولى بالقبول فهذا قضى
 لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه * فان أقام رجل البيعة انه ثوبه استودعه الميت
 الذي هذا وارثه وأقام آخر البيعة انه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد
 منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب ان وصوله الى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا
 ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لان الضمان للآخر ثابت أيضاً فان المودع اذا مات
 مجرماً للوديعة يكون ضامناً أولاً لان المقصود اثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع
 بقاء العين. وان جاء بالبيعة على دراهم بعينها أنها ماله غصبها اياه الميت فهو أحق بها من غرماء
 الميت لانه أثبت بالبيعة ملك العين لنفسه فان الدراهم تميز في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب
 إمساك العين ورد المثل وحق الغريم انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال
 المغصوب منه. وان أقام رجل البيعة ان هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البيعة ان ذا اليد
 أقرب له أفضى به للذي أقام البيعة انه ثوبه غصبه اياه لانه أثبت الملك لنفسه بالبيعة وأثبت
 ان ذا اليد كان غاصباً والآخر انما أثبت بيئته. اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس
 بحجة في الاستحقاق على المالك ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فاودعه عند آخر فهلك عنده
 فلصاحبه ان يضمه أيهما شاء لان كل واحد منهما متمتع في حقه فان المالك غير راض بتبضع
 المودع فهو كالغاصب في حقه فان ضمن المستودع رجوع على الغاصب بما ضمن لانه في
 حفظ العين كان عاملاً له وكان مغروراً من جهته حين أخبره انه ملكه وانه لا يفرم شيئاً
 ان هلك في يده. ولم يذكر ان المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصباً فرده
 عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل ﴿والجواب﴾ انه لا سبيل للمالك عليه الا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامناً للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه . ولكننا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصات اليه من جهته فانه لم يبرأ به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكة (واذا) قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتكها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره مادعاؤه فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب في الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لا قراره بغصب الظهارة وقراره حجة في حقه فكان غايتاه غصب الظهارة وجعلها جبة . وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشوي لم يصدق لانه رجع عما أقربه فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فسه لي أو هذه الدار ثم قال بناؤها لي أو هذه الارض ثم قال شجرها لي أو أنا غرستها لم يصدق علي شيء من ذلك لسكونه راجعاً فان البناء والشجر تبع للأصل فيصير مذكوراً بذكر الأصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الأصل والنص في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فما أقربه لغيره * وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لي أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لي فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعاً للام فقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا . وقد بينا هذا الفرق في الدعوي فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكاً بما هو الأصل وهو ان ما في يده فالظاهر انه ملكه إلا ما يقربه لغيره * رجل غصب من رجل ثوباً ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تمزق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب . وكذلك المكيل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب بريء عن الضمان عندنا وفي أحد قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ لانه ما أتى بالرد المأمور به فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والغاصب لا يستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ما أعاد الي ملكه كما كان لان المباح له الطمام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصراً في حكم الرقو جعلنا هذا رداً ضرر به المغصوب منه لانه اقدم على الأكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقي الضمان علي الغاصب . وحجتنا في ذلك أن الواجب علي الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك . أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتاً . ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكناً من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لا يكون مبقياً للضمان في ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطه كما ان جهل المتلف لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه . وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر ما يكون في ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضاً ولان أكثر ما في الباب أن لا يكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المنصوب منه عين المنصوب كاف في اسقاط الضمان عن الغاصب . ألا ترى أنه لو جاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه . وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى الزبيذ إياه لا يكون رداً للعين المنصوب منه ولا أداء الضمان . وكذلك كل ما يشبهه كالذبيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته . وكذلك اذا غصب صفرا فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكاً وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسماً وحكماً ومقصوداً فلماذا لا سبيل له علي المصنوع وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لا يباع وزناً أما اذا كان يباع وزناً ينبغي أن يكون للمنصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما بينه فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المنصوب منه الصفر في كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثاً بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبمده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المنصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصبان

وبترادان الفضل * فان غصب فضة فضر بها دراهم أو صاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله هذا والحديد والصفير سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان
 البقرة لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدرهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة
 فان هذا وجود في الحديد والصفير ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الإناء حادثاً
 بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغضوب منه أن يأخذها ولا أجر
 للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفير . وبهذا
 الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل
 لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدرهم
 والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعلّة
 الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم
 الصنعة لا حكم العين ولهذا يقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالذهب
 والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغضوب وان تعذر
 على المغضوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من
 الاصل وبه فارق الحديد والصفير فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال
 الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان
 غصب حنطة فاستهلكها ثم باعها شعيراً أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل
 القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته ويبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما
 كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط
 قبض ما يقابلها في المجلس فلا تنعدم الدينية من الجانبين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن
 يأخذ ما بدله بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز والمسلم
 فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض
 فيه أصلاً في الإبراء فكذلك في الاستبدال به كالمثلن في البيع * واذا غصب رجل دابة من
 رجل فاقام صاحبها البيئة انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البيئة انه قد ردها اليه
 وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بيئة
 المغضوب منه بطريق استصحاب الحال وبيئة الغاصب وافقت على أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نصراني خمرًا فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا
وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير. وجه قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن
بالاتلاف حقاً للمسلم فكذلك للذمي لأن حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما
ضمننا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على الملتف أمر وراء ذلك
تحقق هذا أن ترك التعرض لا اعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم
لا يكون حجة على المسلم الملتف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبراً في حقهم ولهذا انخدعهم
على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضاً والدليل
على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن الجوسي اذا مات عن ابنتين احدهما امرأته
فانها لا تستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشئ من
الميراث علي الاخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد
انه مال متقوم وانه محق في اعتقاده ثم لم يصير اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على الملتف
الا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ماضنا ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا
في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به
أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد
جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (و ذكر) أبو
عبيدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن اقتلوا خنازير أهل
الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه علي انه مال متقوم في حقهم
يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك
في شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث
قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان)
الى قوله تعالى فهل أنتم متتهون) فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي
ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم
ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا ان تركهم وما يدينون لما كان عقد الذمة فقصر الخطاب
عنه حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الازلام بالسيف والمهاجة لمكان عقد
الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان . ألا ترى ان من

شرب الخمر من المسامين بعد ما نزل خطاب التحريم قبل عامه به لم يكن . ما تاب بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد ما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة و جاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس في هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمييد بعقوبة الآخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساد ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا . تقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل وهذا الشرط لم يثبت في حقهم مع اننا لما ضمننا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبئ على ذلك فكان هذا من ضرورة ماضئناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ماضئنا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم في ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد ولا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوفة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمهاله بالنصب والاتلاف وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لا يضمها كالميتة والدم لانها ليست بمال في اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبنى أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا في حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبنى ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعذر عن فضل الميراث بالزوجة بيناه في النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلف متروك التسمية عامداً على شفعوى المذهب لان ولاية الاثم بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلماذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (ولو) غصب نصراني من نصراني خمرًا فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تملك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شيء له على المستهلك لان الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم * ولو احتبس عينها عند النصراني له بالنصب والاستهلاك ثم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ما صار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئاً له عما كان له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوماً في حقه ومن أن يكون متمكناً من قبضه وكذلك لو أسلم معاً لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمه الله الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمه الله على المطلوب قيمة الخمر . وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارىء بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارىء بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بنصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارىء وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضموناً في يد المسلم فكذلك يجوز أن يكون مضموناً في ذمة المسلم . وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى البراءة أو ما خمر المسلم يجوز أن يكون مضموناً في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه مبرئاً بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضاً بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام الطالب مبرئ من حيث تمذر ابقائها في الذمة أو مضموناً في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها صحة التسمية لابقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب . وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب ديناً في ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضاً عما كان في الذمة لان شرطها تملك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر على تملك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

لا يملك الخمر بموض فلا انعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كالمهشم قلب فضة إنسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئاً لان شرط تضمين القيمة تملك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو النصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجنابة من غير ان يكون موجباً للملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر • وان غصب خنزيراً فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلمها فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يتمتع بقاؤها في الذمة واستيفائها بعد اسلامها أو اسلام أحدهما • ولو غصب مسلم من مسلم خيراً فخطأها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما خطأها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له ان يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه امانة كانت عنده أو مضونة • وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير أن يعطيه عوضاً • ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمنه قيمته طاهر آخيراً مدبوغ لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولا يكتن من ضروته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة • وأكثرهم على أنه يضمنه قيمته مدبوغاً لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا يفرم باعتباره شيئاً واذا صار أصل الجلد مضموناً عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله فأما اذا دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويعطيه ما زاد الدباغ فيه • وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه ما زاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامناً كالثوب المنصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا للمعنيين (أحدهما) ان الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب الا أن هناك السبب الأول وهو النصب غير موجب للضمان أيضاً لانه يضمنه بأي السببين شاء وهنا الأول وهو النصب موجب للضمان فيتعين التضمين بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه

غيره كان للمفصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الفاضب ما زاد الدباغ فيه (والثاني) وهو انه لما بقي الجلد مضمون الرد عليه واذا اتمرد رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستمار اذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بغير صنعه • وكذلك لو دنفه بشيء لا قيمة له او جعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك في يده • وحجة أبي حنيفة رحمه الله في ذلك ان المفصوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الفاضب ببدل استوجبه الفاضب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم • وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ملزاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقي حقا له حتى كان له أن يجبسه ليستوفي بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كالأصل لانه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا دنفه بشيء لا قيمة له لان الصنعة ما بقيت حقا للفاضب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يجبسه ولا يرجع بدله وكذلك الخمر اذا خلاه (والثاني) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للفاضب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجع على مالم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجع واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الأصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا في صفة المالية رجحنا ما هو الأصل • واذا دنفه بشيء لا قيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الأصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الأصل حتى مكناه من أخذه • ويملك الوصف على الفاضب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الأصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبعبءه فأما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ في معنى المالية والتقوم يترجع على

أصل الجلد فيعتبر ذلك في ايجاب الضمان • يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مائة الدبابة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ما هو واجب له علي غيره • ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يفرم شيئاً فاذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئاً فاذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدبابة حكماً فيعتبر بما لو كان منفصلاً حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قال لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المصوب منه للناصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك في يد الناصب لم يضمن شيئاً في قول علمائنا رحمهم الله • وقال زفر هو ضمان للقيمة لان البراء عن العين لنحو فان البراء اسقاط واليمين ليست بمحل له اذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضاً واطراف التصرف الى غير محله لنوء • ولكننا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أي عما وجب لي عليك بسبب الغصب بمنزلة ابراء المجبي عليه الجاني عن الجنابة وبراء المشتري البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عندهلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه واذا سقط عنه ذلك بقي العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح البراء فكذلك اذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية فجلت عند الناصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبي حنيفة رحمه الله على الناصب ضمان قيمتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملاً وغير حامل فيكون على الناصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحمل ولكنها معية بعيب الحمل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو المطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الناصب ثم ردها فهلكت أوزنت عند الناصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الناصب الانقصان عيب الزنا • وكذلك المبيعة إذا سلمها الى المشتري وهي حبلية فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الناصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذي قبضها ولما هلكت بالسبب الذي كان عند الناصب يجعل في الحكم كأنها هلكت عند الناصب كما لو جنت عند الناصب ثم ردها فدفت في الجنابة فإنه يضمن قيمتها ويجعل كانه لم يردّها أصلاً بخلاف الحمي لان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان

عند الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالاً على السبب الأول . بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلداً مؤلماً غير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطاً لا ثمرة له فلم يكن الهلاك محالاً به على السبب الذي كان عند الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب في الولادة السلامة فانما على الغاصب نسخ فعله وذلك في أن يردده كما قبضه ولم يوجد ذلك . ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشتري فمات من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك . ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هي قد تعبت في يد الغاصب بسبب الزنا والحبل جميعاً ففي القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمد رحمه الله . وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل في الاكثر . وكذلك عند أبي حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزناً أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الاقل في الاكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل في الاكثر لاتحاد السبب فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم

— كتاب الوديعة —

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاً . الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذ يرجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه . وبعد القبول عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل في سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة لانه حين أتاه به قال خذها بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من أتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أمانة الى من أتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا أتمن خان . على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام . فان وضعها في بيته أو صندوقه فهلك لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلك فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المثل ضمان ولا على المودع غير المثل ضمان . فالمراد بالمثل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المثل المنتفع من قولهم أرض مثل أي كثير الربيع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه . وقال عمر رضي الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدي . وقال علي رضي الله تعالى عنه لا ضمان على راع ولا على مؤتمن . والمعنى فيه أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع . فان دفعها الى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه اذا هلك استحصانا . وفي القياس هو ضامن لانه استحفظ من استحفظ منه . ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء فان كان هو منها عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره • وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بداً من هذافانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكماً وما لا يمكن الامتناع عنه عفو • وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه • فاذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل في المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة وما بقي على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فهل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحاً أو دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير في ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصغر • ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه • وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدرهم بالدنانير فهذا لا يكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط • وخلط يتيسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بخرج والمتعذر كما بيناه في النصب (فان قيل) تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير (قلنا) في هذا إفساد للمخلوط في الحال • ثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يظنوه فمر فنا أن التميز متعذر بهذا العاريق أيضاً وكذلك خلط الجياد بالزبوف ان كان بحيث يتعذر التميز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التميز لا يكون موجبا للضمان عليه يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا آخذ المخلوط. وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شيء صح ذلك في حقهما وان أبي ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي يبناه في النصب قبل هذا الجواب. إنما يستقيم علي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما علي ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط. وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحرج عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح انه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فليقاه حقهما يكون لهما أن يستوفيا حصتهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو ببيعاً وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا علي شيء. واذا كانت عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شيء من المكيال أو الموزون فانفق طائفة منهما في حاجته كان ضامناً لما أنفق منها اعتباراً للبعوض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقي منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبويض فهو كالأودعة وديعتين فانفق احدهما لا يكون ضامناً للأخرى. فان جاء بمثله ما أنفق نخله بالباقي صار ضامناً لجميعها لان ما أنفق صار ديناً في ذمته وهو لا يتفرد بقضاء الدين بتفسير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطاً لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه. فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله نخله بالباقي أفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفي الثمن فضل قل يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قدم ملكه مستنداً الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفي عنه فكان هذاري بما حصل على ملكه وضمانه فيعطى له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذاري حصل له بكسب خيبت فانه ممنوع من بيع الوديعة

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ما قلنا والربح
 الحاصل بكسب خبيث سبيله التصديق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه
 وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة
 الكنافي قال كنا نتبايع في الاسواق بالاسواق ونسئ أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يا معشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها
 اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة . فعملنا بالحديث في ايجاب التصديق بالفضل وهذا اذا
 كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشتري بها ثم ينظر ان اشترى بها بعينها
 وتقدمها لا يطيب له الفصل أيضاً وان اشترى بها وتقدم غيرها أو اشترى بدراهم مطلقه ثم
 تقدمها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو
 اراد ان يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالتبض يتعين نوع تمين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض
 من البائع ليعطيه مثلها فهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المنصوبة
 لا يطيب له الفضل وكذلك ان اشترى بها ما كولا وتقدمها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل
 أداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقه ثم تقدم تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها وفي النواذر
 لو اشترى ديناراً بشرة دراهم وتقدم الدراهم المنصوبة لم يحل له ان ينتفع بالدينار مالم يؤد
 الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت
 كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف مالم تقدمها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هناك لا يبطل
 الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان . وعلى هذا قالوا لو غصب ثوباً واشترى به جارية
 لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية . ولو تزوج بالثوب المنصوب
 امرأة حل له أن يطأها لان المنصوب منه اذا استحق الثوب لا يبطل النكاح ولا التسمية
 (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة ولا
 ضمان عليه لان رفته حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه . بقى مجرد نية الاتفاق في حاجته
 وبمجرد النية لا يصير ضامناً كما لو نوى أن يهب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه
 وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتى عما حدثت به أنفسهم مالم يعطوا أو يتكلموا والعراقيون
 يقولون كاهولما أي كاديمصى فمصوم والمصوم لا يطأ بمقربة من عصى . ولئن صار ضامناً
 يرفع فندعاه الى الوفاق برد العين الى مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا على ما بينه بخلاف

ما سبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عوداً الى الوفاق
 فيما خالف فيه وهذا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندي
 فانه لو باعرا ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب
 الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى
 تلك احواله فينبى ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة ان البيع
 نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثانى (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد
 رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب
 الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذى
 سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنى التهمة عنه * وكذلك لو
 سرت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدري كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه
 ينكرو وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق
 إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت فمنهم
 من يقول هو ضامن لما لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما اذا قال
 ذهبت ولا أدري كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا
 معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامنا لانه مخبر بهلاكها
 محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدري كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب
 معلوم من هذا اللفظ لاحالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكفى
 في براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولى وسمى بعض من في عياله فهو
 كقوله رددتها عليك لان يد من في عياله لما جعل كيده في الحفظ فكذلك في الرد يد من
 في عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك
 مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبى ليلى رحمه الله
 لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه
 الذى يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من
 غيره فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع
 أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضى بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون
ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في
يده فما في يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل
الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه
فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول
المفصوب الي يد صاحبه * وكذلك العارية في جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفي هذا بيان
أن المستعير ليس له أن يودع أجنبياً كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان
للمستعير ان يعير فيما لا تفاوت الناس في الانتفاع به وفي الاعارة ابداع وزيادة ولكن
الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو
المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه
فأما ابداعه من الغير فهو تصرف في العين ولاحق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه
كالايداع من المودع * فان قال ببعث بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعتها اياه ثم ردها
علي فضاقت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان
عليه ثم ادعى ما يسقط عنه فلا يصدق كالفاسد اذا ادعى رد المفصوب فان أقام البينة علي
ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو
مذهبنا فان المودع اذا خالط ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه
لا يبرأ وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعها فهلك وحجة الشافعي قوله صلى
الله عليه وسلم علي اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة
عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد علي المالك ولم يوجد ولان الوديعة
تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبخلاف من طريق الفعل أخرى ثم
اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك الخلاف ما لم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان
الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمتأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه
ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع مسير يده
من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يدعاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد
أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلاً أو تركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا
 يبقى العقد بعد فوات موجبيه. ولأن الانسان انما يأتمن الايمن علي ماله دون الخائن ومطابق
 العقد يتقيد بدلالة المرف كالشراء بمطابق الدراهم يتقيد بتقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل
 الخلاف لا يبقى بعده * وحجتنا في ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان
 الوصف انه قال احفظ مالي أو قال احفظه أبدا ولا يشكل علي أحد أن هذا اللفظ يتناول
 الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لابطاله أو
 بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ
 مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس
 برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون في حال غيبة المودع ولو
 قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد. ولانه تصرف في حفظ الواجب بالأمر علي خلاف
 ما يوجبه وليس بتصرف في الأمر وصحة الامر كأن يكون الأمر أهلا له وكون الحفظ
 مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للأمر بعينه لان الجاحد
 يكون متملكاً للمعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه
 أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر
 (وكذلك) في أوامر العباد اذا وكله ببيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة
 مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالايداع. وعذره ان البيع لا يستغرق
 المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض
 المدة هنا وهناك حتى يصير ضامناً * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم
 لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف
 لان بطلان العقد عنده بفوات العقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم
 وغير اللازم فيما هو رد. ثم في الاستئجار العقد ورد علي منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث
 شيئاً فشيئاً فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك التقدير ويكون باقياً فيما وراءه كبقاء
 العقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الي مكان فقد قال بعض أصحابنا
 رحمهم الله ان استأجرها ذاهباً وجائياً يبرأ عن الضمان بالعود الي ذلك المكان فيصير ضامناً
 بالمجازة لوجود سبب الضمان ثم بالعود الي ذلك المكان لا يعود العقد بينهما * ولو سلمنا

فنعول العقد هناك يرد علي منافع الدابة في ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المقود عليه انما وقع التغير في التسليم في بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فاذا أخرجه بتغير التسليم من غير أن يفوت المقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملا آخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المقود عليه وتمكن التغير كان في الاستيفاء . ولان المستأجر ضامن بالامساك لافي المكان المأمور به وهو في الامساك عامل لنفسه . ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف علي ما قال في الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل في حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبهت به فان هلك من عماله ضمن والا فلا كما لو تشبهت بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندواني رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك في حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله . وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه . ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشيء يتقدر بقدره قويا وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء . ولو أودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا . وتبين بهذا ان استرداده يد عاريتة كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحد الايظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالي ما لم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت فترك الحياة واحفظه لي لان مقصوده من الأمر بالتحفظ أن يكون ماله مضمونا عنده والحاجة الي ذلك في حالة الخلاف أظهر . واذا طلب المودع الوديعة فجدها المستودع

كان ضامناً لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار متمكناً فان الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يتمك أحد ما غير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار ما انما المالك عن ملكه . فوفاً عليه يده الثابتة حكماً فيكون كالغاصب ضامناً بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب اذا جحدتها لافي وجه المودع . فان قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجدتها أو جحدتها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليشاركه على حفظها فجدتها . وذكر النصين في اختلاف زفر وديقوب رحمهما الله أنه عن قول زفر يكون ضامناً لما ذكرنا انه بالجحود متمكناً لها ومفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لا يكون ضامناً لان المالك ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقياً وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولان الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجباً للضمان عليه . فان أقام رب الوديعة البيعة بعد جحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البيعة انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان . وكذلك ان أقام البيعة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البيعة لا تقبل الا بعد تقدم الدعوى . وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الابداع يمنع من دعوى الهلاك قبله فلذا لا تقبل بيته الا أن يقر المودع بذلك حينئذ لا ضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه في حق المقر ولان المناقض اذا صدقه خصمه كان مقبول القول . وان قال لم تودعني شيئاً ثم قال قد أودعني ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا ان جحوده أصل الابداع يمنع من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه . وان قال قد أعطيتكم ثم قال بعد أيام لم أعطكم ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها . وطمع عيسى في هذا وقال لا ضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد . منهما على الانفراد لم يكن ضامناً فبمجموعهما كيف يصير ضامناً . وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعي سبباً لا محالة ولم يوجد لان قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثاني) ان قول المودع رددتها أو هلكت معتبر في نفي الضمان عنه لاني ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على الرمي لم يضمن الوصي شيئاً . واذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لا يكون ضامناً شيئاً . ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار
 كلامه للتناقض فيبقى ساكتاً ممتنعاً من رد الوديعة بعد ما طول بها وذلك سبب موجب
 للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعني ألف درهم فضاعت وقال الطالب
 كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان
 وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما
 ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون
 موجبا للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني
 فهو ضامن لها لا اقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال
 صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن
 المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم البينة أو يأتي المالك
 اليمين فيقوم نكوله مقام اقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل
 وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانها تصادق علي
 ان الأخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى
 ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الخنطة
 بالشعيرانه ان كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق
 حبات الخنطة فتغربل فتتيز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض
 بالسود فلا يكون موجبا للضمان ﴿ رجل ﴾ استودع رجلاً ألف درهم وله على المستودع
 ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال
 المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع
 للألف فالقول قوله انه من أي جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبريء
 من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم
 يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل
 القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف ﴿ رجل ﴾ استودع صبياً محجوراً عليه
 مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف
 والشافعي رحمهما الله . وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلها
الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الأموال ولأن الأيداع من الصبي باطل لأنه
استحفاظ من لا يحفظ فكاؤه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضییع
للمال فكاؤه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنا فكذا هذا وحجة
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب لأنه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه
إليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لأن
عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور فهو لما مكنته من ذلك مع علمه بحاله يصير
كالاذن له في الاتلاف بقوله احفظ لا يخرج من أن يكون اذنا لأنه إنما يخاطب بهذا من
لا يحفظ فهو كقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تأكل . بخلاف العبد والأمة لا ندلس من
عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون أيداعه تسليطا على القتل باعتبار
عادتهم وهذا بخلاف الدابة فإن من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة
بطريق العادة . والأصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال إليه فإن المالك باعتبار يده
كان متمكنا من استهلاكه فإذا حول يده إليه صار متمكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع
أوصيا إلا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره
وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لأنه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله
فبقي التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد إليه مطلقا بخلاف العبد والأمة فإن المالك باعتبار
يده ما كان متمكنا من قتل الأدمى فتحويل اليد إليه لا يكون تسليطا على قتله ولأن
الأيداع من المالك تصرف في ماله والملوك في حكم الدم مبق على أصل الحرية فلا يتناول
الأيداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف ما لو قال اقتل عبدي لأن ذلك استعمال والاستعمال
وراء التسليط فإن بعد الاستعمال إذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط
حق المسلط في التضمن لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا نلنا في هذا
الموضع أن الصبي المستهلك إذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال له أتلفه
فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحث لك أن تأكل هذا الطعام إن شئت
ولو قال ذلك فأكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك
فهذا مثله إلا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ. من هذا التسليط فإذا استهلكه الصبي كان مستهلكاً بغير إذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد إليه مطلقاً وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناءؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذي هو تسليط ولا يكون معارضاً إلا بعد صحته حكماً لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك في حق البالغ دون الصبي فيبقى التسليط مطلقاً في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لو ضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنساناً يأخذها أو دله على أخذها والبائع يضمن بمثله فعرفنا ان العارض صحيح في حق البالغ دون الصبي * وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان العارض صحيح في حقه دون المولى فانه التزام بالتسليط وعلى قول أبي يوسف يباع فيه في الحال لان المودع يتصرف على نفسه في الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير إذنه * فان كان العبد صبياً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعتق لان العارض لم يصح في حقه ولا في حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذوناً كان ضامناً في الحال لان العارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فالماذون من أهل الالتزام بالتسليط ولهذا يؤخذ ان ضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبداً محجور عليه شيئاً فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعته معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي أصلاً ولا في حق العبد حتى يمتق فهذا هو الحرف الذي يخرج عليه هذه المسائل (وان) ما كت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفي قتل العبد والامة يجب عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد النبي وخطأه سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ بمخاطب المولى بالدفع أو الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وأم الولد يعني الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسمى في الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلاً شيئاً فاستهلكه ابن له صغير أو عبداً فعلى الممتلك ضمانه في الحال

لان قبوله الوديعة يكون إذا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان مأذوناً في حفظ
الوديعة يؤخذ بضمان الاستهلاك * رجل * استودع رجلاً ألف درهم فدفمها المستودع
الى آخر وادعى ان رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا بيينة (وقال) ابن أبي ليلى
هو مصدق في ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان
عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفمها الى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم
يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا بيينة كما لو أخذ مال انسان فادعى
أنه أخذه باذنه . وله ان يستحاف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر برى المودع
فاذا أنكر يستحاف لرجاء نكوله * فان كان رب الوديعة أمره أن يدفمها الى رجل فقال قد
دفمها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفمها فاقول قول المودع مع يمينه
لان دعواه الدفع الى من أمر المالك بالدفع اليه بمنزلة دعواه الدفع الى مالكها فيكون
مصدقاً في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل
مالم تم البيينة على قبضه * واذا قال صاحب الوديعة للمودع اخبأها في بيتك هذا نجأها في بيت
آخر في داره تلك فضاغت فلا ضمان عليه استحساناً وفي القياس هو ضامن لانه خالف
أمره نصافه كما لو قال اخبأها في دارك هذه نجأها في دار أخرى فهلكت * وفي
الاستحسان يقول نما يعتبر من كلامه ما يكون مفيداً دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى
انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر اليها بعينك اليمنى دون اليسرى لم يعتبر
لانه غير مفيد * اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لان
الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق اذا أخرج المتاع من أحد البيتين الى البيت
الآخر لم يقطع اذا أخذ قبل أن يخرج من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان
تقييده في الدار مفيداً لان كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من
الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامناً لها لان التقييد في المصرين مفيد فان انتقل من
الكوفة الى البصرة أو الى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه لان
المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها
ليلاً ولا نهاراً فوضعتها في بيته فهلكت لم يضمنها لان ما شرط عليه ليس في وسعه باعتبار
العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلكت وهذا بناء على اصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومناعه وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر . يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفظاً يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شيء يراعى اطلاق أمره كأوامر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق آمناً كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لقلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذي فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ماله حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهاكك فان كان يجحد بدأ من الدفع اليه بأن كان له سواء أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجحد بدأ من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب
الامكان فاذا كان يجدر بداء من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور
به فيصير صامنا بحفظها على الوجه المنهي عنه واذا كان لا يجدر بداء من ذلك فهو حافظ لها
بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها * واذا استعمل المودع الوديعة وأقر
بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلك لم يصدق الا بيينة لان السبب الموجب للضمان عليه
وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق
إلا بحجة فان أقام البيينة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت بالبيينة كالثابت باقرار
الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك
لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها
وديعة عنده لا يمكن في شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فينشد يسقط الحد عنه
ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلاً وديعة من دراهم أو دنانير أو ثياب أو
دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خصمه الى القاضي
لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره
بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد في الامالي
قال قول أبي حنيفة أقس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من
المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشر يكتن في الدين
اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر
كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يدفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر
نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر
الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفماً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون واضح
فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه
اليه وقد بينا نظيره في مال المفقود ومذهب أبي حنيفة مروى عن علي رضي الله تعالى عنه والمعنى
فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبها جميعاً أو نصيب الحاضر
خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بقسمة معتبرة
وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جنابة فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضي به والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الابداع قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع بذلك ولو ظهر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضى بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب فلماذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه ﴿ رجل ﴾ أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها اليّ فصدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في تضيئه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أو لم يصدقه ولم يكذب به ودفع المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعني ان الرسول قال له ان لحقتك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب الوجوب فلماذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة ففصلها منه رجل فهو خصمه فها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر . ولكننا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة وقد أزالها الناصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالصب ولانه مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الناصب أو استرداد

قيته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالأمر به دلالة وفي اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان الناصب اذا علم أن المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه فلماذا كان المودع فيه خصماً * وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها فاقسماها وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته فهلك أحد النصفين أو كلاهما فلا ضمان عليهما. وهكذا أمر الناس لانهم لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بيننا أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص . وان ايا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزمناه من الحفظ . والمستبضعان والوصيان والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك . فان تركها احدهما عند صاحبه وان كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما أودعهما مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما لجمعه * ألا ترى انهما يتهايان في الحفظ وفي مدة المهايأة يتركه كل واحد منهما عند صاحبه في نوبته * فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك في يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبي حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله فانه ضامن للنصف لانه ترك الحفظ الذي التزمه مع الامكان فانها يمكنان من القسمة ليحفظ كل واحد منهما نصفه . وعندهما لا يضمن شيئاً لانه لما ائتمها فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة وقول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاه بأمانة واحد فاذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ احدهما للكل وحده (واذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعها في بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذي التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك في الضمان . وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بداً من هذا في مثل هذه الحالة ولان وضعه في بيت جاره في مثل هذه الحالة من الحفظ لانه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق . أرأيت لو كان في سفينة ففرقت فناول الوديعة انسانا علي الجلد بمسكها
أ كان صامنا (واذا) كانت الوديعة إبلا أو بقراً أو غنماً وصاحبها غائب فان أنفق عليها
المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالاتفاق على ملك الغير بغير
أمره وان دفعها الى القاضي يسأله البينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالاتفاق للقاضي فيه
فلا يصدقه الا بيينة فان أقام البينة انها وديعة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها من ماله
على قدر ما يرى القاضي لانه مأمور بالنظر والحيوان لا يبقى بدون النفقة والمودع لا ينفق
بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك ديناً على
رب الوديعة لان أمر القاضي في حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان
ما ينفقه ديناً له على المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره على رد نفقته عليه . وان
رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز ببيعها لان في الامر بالاتفاق تلف بعض
المال على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المال فلهذا نفذ ببيعها بأمر القاضي * وان
لم يكن رفعها الى القاضي واجتمع عنده من ألبانها شيء كثير يخاف فسادها أو كان ذلك
ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي فهو ضامن لها ان كان في مصر يتمكن من استطلاع
رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الى
النظر له . ولو تمكن من استطلاع رأي المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ ببيعها وكان ضامناً
فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان في موضع لا يتوصل
الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشيء لم يضمن استحساناً لان بيعه الآن من الحفظ
وليس في وسعه الا ما أتى به ﴿ وحي ﴾ ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم في
طريق الحج فباعوا متاعه وجهازه به ثم رجعوا الى محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لو لم
تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصالح * وان حمل عليها المستودع فتتجت ولم يكن
صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل
وان هلك الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به
فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الى مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه
وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذاك يتولد من الاصل فيملك
ملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعاقده . وقد بينا نظيره

في المضرب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله في ذلك وقال رب الوديعة لم آمرك بذلك فاقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان في الوديعة وهو الاتفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا بينة واذا لم تكن له بينة فاقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان. فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفاً على اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر كالارث فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن في الولد وفاء بها وان كان في الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم في حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصباً بما صنع وانما ينجبر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد في نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه في انجبار نقصان الولادة به (ورجل) استودع رجلاً جارية فباع احدها نصفها الذي في يده فوقع عليها المشتري فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مفرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها في صحة الاستيلاء ولو كان الملك له في جميعها ظاهراً كان يتحقق الفرور فكذلك في نصفها وولد المفرور حر بالقيمة . ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد في جبر نقصان الولادة به فان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشتري لان المشتري كان غاصباً لها في حق مالها فيكون ضامناً لما حدث من النقصان في يده ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شارب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أميناً في نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذي حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما في ذلك لان البائع منهما مناقض في كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضاً بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشتري باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم في جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما (فان قيل) كيف يفرم للشريك هنا وهو أبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره (قلنا) نعم ولكنه صار مكذباً في زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشتري فلها سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار ديناً له على المستودع بجوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال ديناً عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء وهو حكى عن ابن أبي ليلى رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لا يكون له أن يجبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يجبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له في العين وان كان عند الهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية. ثم عند المجانسة اذا طلب الثاني يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لا يلزمني تسليم شيء اليك. فان قال للقاضي حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدي المدعي عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضي أن ينظر له فيجيبه الي ذلك فأما اذا لم يذكر هذا فان القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه ما يدعي ثم لا ينبغي له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذباً في يمينه ولا رخصة في اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعني شيئاً الا كذا وكذا يستثنى ذلك بكلامه
ويخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد
الى الاضرار بنصيره إلا ان مجرد نيته لا تكفي لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة
ما يتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء يبان أن كلامه عبارة عما
وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخاً أو معارضاً ومجرد النية لا تصلح
لذلك فلها شرط التكامل بالاستثناء . وجه ذلك ما لو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك
وفهمه * وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدري أحى هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم
بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف اللقطة فان مالكها غير معلوم عنده فبعد التعريف
التصدق بها طريق لا يصلحها اليه وهنا مالها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر
المالك أو يتبين . وموته فيطلب وارثه ويدفعها اليه * وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة
ومضاربة وبضاعة . فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد
موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون
فكذلك بعد موته . وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة
والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء . عندنا * وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة
وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلاً للامانة فالامانة تصير ديناً في تركته عندنا لانه
بالتجهيل صار متملكاً لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود
بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضي للوارث والمودع بالملك فيصير ضامناً
ولانه بالتجهيل يصير مسلطاً غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمنزلة هذا التسليط يصير
ضامناً كما لو دل سارقاً على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة يبانها عند
موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك
البيان عند الموت . وابن أبي ليلى يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك
ولكننا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب ما لم يتبين خلافه * وربما يقول
حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته
في حياته فكيف يزاحون الغرماء في ماله بعد موته . ولكننا نقول صار حقهم أيضاً ديناً قبل

موته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في
 عين المال الذي في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتبهن في الرهن
 فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء ﴿ واذا ﴾ رد
 المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على
 المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك
 وبيان الانتساح من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلائنه مأمور بالرد شرعاً على
 من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصباً معروفاً فطالب المودع
 بالرد عليه قبل ان يحضر المالك أئمه القاضي ذلك * وكذلك لو كانت سرقة أو غصباً
 فالمودع بالرد على من أخذ منه يكون ناسخاً حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان
 وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من
 الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده * وكذلك ان كان المودع صبيّاً أو عبداً محجوراً
 عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبيّاً أو عبداً لان المسقط للضمان في حق المودع
 رده الي من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر
 المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع
 لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذه منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه
 بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامناً
 بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذي أخذه منه وذلك ناسخ لفعله ﴿ عبد ﴾
 استودع رجلاً وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً
 لان المودع ما قبض منه شيئاً . ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام
 ملكه في رقة الدافع في الحال (والثاني) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد
 في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه
 انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فاعلمها كانت وديعة
 في يده لنيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه
 وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا
 يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصي فينبغي للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصي بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلماذا كان له أن يدفعها الى الوصي اييها فيقضى الدين ثم يدفع ما بقى الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أو دابة أو ثوباً واحداً عند رجلين فانها يتهايان على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهراً لان اجتماعهما على الحفظ آتاء الليل والنهار لا يتصور ولائهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذي يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمن شيئاً اعتباراً بما لو هلك في يد أحدهما في زمان المهايأة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتني إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة في العبد فصار ضامناً قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه * (رجلان) ادعى كل واحد منهما أمة في يد رجل أنه أودعها اياه وقال المستودع ما أدري لا يكما هي غير أني أعلم أنها لأحد كما (قال) يخلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهو منكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلماذا يخلف لكل واحد منهما وتام بيان المسئلة في كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلى في فصل وهو انه اذا أبا أن يخلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويفرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبي ليلى يردها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجبيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجبيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلاً في حق كل واحد منهما فيصير ضامناً ثم بنكوله صار مقراً لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامناً لكل واحد منهما ما بقي من حقه وذلك بأن يفرم قيمتها بينهما ألا ترى انه لو قال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الى الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهاكاً على الثاني باقراره بها الأول فيكون ضامناً له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضي وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد . وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شيء وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره قد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع ﴿ رجل ﴾ استودع رجلاً وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلك فالاول ضامن لها لانه متمتع بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء . وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأما ما فيقولان الاول متمتع في التسليم بغير اذن المالك والثاني متمتع في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمن ملك فبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مفرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملاً له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثاني بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرتها فهلك لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ما سلمها الى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلك فلا يضمن شيئاً . يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا للضمن عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لا يجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصير الثاني ضامناً بالقبض كان هذا في حقه كسب هبت به الريح وألقته في حجره فاذا هلك من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق لماوجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شيء من

الضمان لانه لو ضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامناً بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب العارية ﴾

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إماماً * العارية تملك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريضها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتملك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختلفت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أو ما يجوز تملك منافعتها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هي مشتقة من التماور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون قرضاً لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضموناً عليه يكون قرضاً (وكان) الكرخي رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التملك أما لا تمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئاً بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالوهوب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتل التملك بعوض فتحتمل التملك بغير عوض أيضاً كالعين والدليل عليه أن المستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيع لغيره ﴿ والعارية ﴾ تنعقد بانفط التملك بأن يقول ملكك منفعة داري هذه شهراً أو جعلت لك سكنى داري هذه شهراً إلا أنه لا يؤجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالوا استأجر دابة أو ثوباً ليس له أن يؤجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير في
 الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لو ملك
 المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يمكن
 من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك
 في المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا يمكن بينهما منازعة اذا أراد
 المعير الاسترداد . ولان المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق في غير المعلوم فأما
 العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم فلهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام ما يحتمل
 على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما
 ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤجرها فان
 آجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب النصب . وان هلكت
 بعد ما آجرها كان ضامنا لها فاذا لم يؤجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في أقوال
 علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضوان
 الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من
 الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما . واحتج في
 ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية
 فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز
 وجل فهران مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى
 الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه
 وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بني نجران وما تمار رسلي فهلكت على
 أيديهم فضمانها على رسلي . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما
 يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهي أنه لما
 قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقات تقدم فكان مضمونا عليه كالمقبوض والمقبوض
 على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقات تسليم العين عرفنا
 انه مقصور على المنفعة لا يتعدى الى العين فصار في حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف
 الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقات تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو المعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالتقاضي بطريق الغصب . يقرره ان ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا ما لزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحى بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئا . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضا لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير في العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفي الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر . وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالبهية . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فإلم يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالتعريف عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض . وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فبحكم الاذن في القبض والاعطاء ينبغي أن يجعل قبضه كقبض المالك
 أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد
 فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد
 على الموصى له بالخدمة أيضا فأما ضمان العين انما يجب على من فوت شيئا على المالك . بقبضه
 كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا
 ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك ماضى بقبضه الا بجهة العقد فيما
 وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن
 يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق
 بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن
 العيب فأما عقد التبرع لا يقتضى ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا
 (وقوله) بأنه قبض العين لاعتن استحقاق تقدم (قائنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب
 للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان
 فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير
 استحقاق تقدم فالقبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد
 ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه يبقى بقاء الرد وحديث
 صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا
 كان محتاجا الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعا ولو كان بشرط الضمان كمن اصابته
 نخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع امانة لاهل مكة عند
 صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من الودع
 وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤادة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم
 فقيه يعلم باللفظ الثاني أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه
 وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالودع
 على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من
 الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطيبا لقلب صفوان على ما روى انه
 هلك بمض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمتها لك فكان لافانى اليوم

أرغب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الإبراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) وما يمار رسي فهلك على أيديهم أي استهلكوه لأنه يقال هلك في يده إذا كان بغير صنعه وهلك على يده إذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه إنما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين قال (وان استعار الدابة يوما إلى الليل ولم يسم ما يحمل عليها لم يضمن إذا هلكت) لأنه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لما لأنه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضي المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع اذا طوب بالرد فلم يرد حتى هلك. وهذا بخلاف المستأجر فإنه بعد مضي المدة اذا أمسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (واذا لم يؤت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الخنطة فجعل ينقل عليها الخنطة أياما فلا ضمان عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالنهي والمطالبة بالرد ولم يوجد وان حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فمطبت فهو ضامن لأنه خالف ما أمره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير إذنه * وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) ان يحمل عليها غير ما عينه المالك ولكنه مثل ما عينه في الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٣) من هذه الخنطة فجعل عليها عشرة مخاتيم من خنطة أخرى أو ليحمل عليها خنطة نفسه فجعل عليها خنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقيد إنما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقيد والتعيين لا يفيد شيئا فان خنطته وخنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثاني) أن يخالف في الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة خنطة فجعل عليها عشرة أقفزة شعير . في القياس يكون ضامنا لأنه يخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيمه وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لأنه لا فائدة للمالك في تعيين الخنطة فان مقصوده دفع زيادة

(٣) مخاتيم جمع مخنوم وهذا الصاع كما في القاموس اه مصححه

الضرر عن دابته ومثل كيل الخنطة من الشعير يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيد شيئا حتى قيل لو سمي مقدارا من الخنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الخنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها خنطة فحمل عليها حطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الخنطة (والثالث) أن يخالف الى ما هو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها خنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الخنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الخنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا له . وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الخنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الخنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا (والرابع) أن يخالف في المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم خنطة فحل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطبق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطبق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما أذن له في اتلافها وللشافعي ثلاثة أقاويل في هذه المسئلة . قول مثل قولنا . وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ما هو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس . وقول آخر انه يضمن نصف قيمتها لانه تلفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته . ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذلك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنائيات فقد تقوى الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات في موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين . وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم خنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالِكها فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في
 البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك . واذا جاوز
 المكان الذي سمي له وأخذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير
 اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق
 وبعده والسهولة والوعورة . وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل
 ذلك مرويا أو فوهيا أو زرمقا لم يضمن لان التقييد بالهروى غير مفيد فان سائر أجناس
 الثياب كالهروى في الضرر على الدابة . وكذلك في الوزنيات من الادهان وغيرها كل
 تقييد يكون مفيدا فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامنا وما لا يكون مفيدا لا يعتبر
 (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في
 نصفها موافق وفي النصف مخالف والجزء معتبر بالكل * فان قيل * أليس أنه لو لم يركبها
 وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة
 أكثر * قلنا * اذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شغله
 بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر اذا
 حمل عليها غيره ووجب الأجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا اذا كانت الدابة
 بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها
 ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذي حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه .
 بخلاف مسألة الخنطة وهذا لانه استتبع وزن الرجال في مثل هذا (فقال) أرأيت لو كان
 يوزن كل واحد منهما أيوزن قبل الطعام أو بعده قبل الخلاء أو بعده لان الضرر في حق
 الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة قرب ثقل يروض الدابة اذا ركبها لهديته
 في ذلك ورب خفيف يقرها لخرقه في ذلك فلماذا اعتبرنا المناصفة * فان قضي حاجته من
 الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من في
 عياله في الرد كيدته كما أن يد من في عياله في الحفظ كيدته والعرف الظاهر ان المستعير يرد
 المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة . وكذلك
 ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحسانا . والقياس ان
 لا يبرأ مالم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان مالم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هذا السائس ولو دفعها اليه لكان يدفعها الى السائس أيضاً فكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر ان صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليه دلالة ولم يوجد مثل هذا العرف في الوديمة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المير لا يبرأ لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القمصان والدباغ لا يكون كلبس البزاز والمطار فكان هذا تقييدا مفيداً في حق صاحب الثوب فاذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفاً . وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون في الركوب فرب ركب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقاً فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفاً لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا ان للمستعير ان يعير وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للمستعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له ان يأذن لغيره في ذلك كالمباح له الطعام لا يبيع لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير . ألا ترى ان الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به . وحينئذ في ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك ان يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئاً فقد جعل لك منفعة ذلك) والدايل عليه انه لو قال ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتملك من الغير يتصرف في ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه في حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيع الا ان العين بقي على ملك صاحبه فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما ان أحد الشريكين في العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه، والمشتري اذا تصرف في الشقة من المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضاً على ان يبني فيها أو على أن يفرس فيها نخلاً فأذن له صاحبها في ذلك ثم بدا له ان يخرجها فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعدي البناء والفرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الارض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الارض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنها تقول الارض بقيت على ملك صاحبها والعمارة لا يتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والفرس لما بنى على بقعة هي مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريقه ولا ضمان له على صاحب الارض عندنا (وقال) ابن أبي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يدفع الضرر بهذا . وشبه هذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصبغ قيمة صبغه ولا كنا نقول صاحب الارض غير راض بالتزام قيمة البناء ففي الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسألة الصبغ فان تميز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغي أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت له وقتاً عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا . وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العمارة غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والفرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده واقرار بنائه فيها في المدة التي سمي فاذا لم يف بذلك صار غاراً له وللمعير أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فهلك المعير لم يصر غاراً له ولكن المستعير

مفتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد ينأى فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر عقد ضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لي في هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بداله في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريع ملك الغير (وقيل) هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فأما اذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يملكها عليه بالقيمة وان كان اعاره الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتاً فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجها ففي القياس له ذلك كما في البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها. ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها الى أن يحصد المستعير زرعها لانه ما كان متعمداً في الزراعة بحجة العارية ولا ادراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير في ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير فاذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجع جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبع وبخلاف الغصب لان الغاصب متعمد في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدي ابقاء زرعه ولم يبين في الكتاب ان الأرض تترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع نقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجاناً لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين اذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فقمرها الفلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدي عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤخذ بضمان الاستهلاك في الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عمرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكننا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذي انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط للضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر * وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن ما بدا له فاذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك الباني شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعاره وهي اجارة فاسدة لجهالة العقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه * (فان قيل) لماذا لا يتمك البناء لصاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له بانصالة بالارض * قلنا * كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المدوم لا ينقذ أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المير والمستعير انقطعت العارية . أما اذا مات المير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه وانما جعل المير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره . وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتماقين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى * وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناء لك فان قوله لك يحتمل تملك العين ويحتمل تملك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما ثبت العارية

بهذا اللفظ ثم تنقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا الذى عندك وأمرنى ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكروا المير أن يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له) لانه يدعى على المير الامر بالدفع اليه وهو منكروا فاقول قوله مع يمينه واذا حلف يتبين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه (فان قيل) لماذا لم تجعل هذه اعارة من المستعير حتى لا يكون موجبا للضمان عليه (قلنا) المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الى الثانى لم يكن بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل كالمير منه ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعى ففى زعمه أنه مستعير من المالك وانه لا ضمان على واحد منهما الا أن المالك ظلمه حين ضمنه ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه* وان كان الذى جاء قبض العارية منه خادم المير وأنكر مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادم المير كالرد على المير فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المستعير* واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها على معلقها فضاعت فهو ضامن لها فى القياس لانه ضميمها حين أخرجها من يده ولم يسامها الى أحد يحفظها. ألا ترى أن الناصب لو فعل ذلك كان مضيا ماضانا فكذلك المستعير وفى الاستحسان لا ضمان عليه لانه ربطها فى موضعها المعروف ولو ردها على صاحبها لكان يربطها فى هذا الموضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من يربطها ويردها الى يربطها فيثبت الاذله من جهة صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة. وهذا بخلاف الناصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى يربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما المستعير فهو أمين فانما الحاجة الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة لان المربط فى يد صاحب الدابة فاعادتها الى المربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكما (ولو جحد المستعير المارية ثم زعم انها هلكت فهو ضامن لها) لان العين كانت أمانة فى يده فيصير ضامنا بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأني الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا في ذلك * وفيه طريقان اما الهبة أو القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير ياتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال في الاصل رأيت لو استعار دراهم يشتري بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يوطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها في منزله أو سكيننا على أو سيفا أو منطقة مفضضة أو خاتماً لم يكن شيء من هذا قرضاً لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أو دنانير ليتجمل بها في حانوته أو ليغيرها صنعجانه فانه لا يكون قرضاً لانها لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن في استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذ بها في طريق آخر الى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون في الوصول عليها الى ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفاً في أي طريق ذهب بعد أن يكون طريقاً يسلكه الناس الى ذلك المكان فان كان طريقاً لا يسلكه الناس الى ذلك المكان فهو ضامن لان مطاق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعبر بجاوز بها حمام أعبر ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردّها الى صاحبها * وقيل * هذا اذا استعارها ذاهباً لا راجعاً فأما اذا استعارها ذاهباً وجائياً فلا ضمان عليه وهكذا ذكر في النوادر لانه في الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصباً فلا يبرأ الا بالرد على المالك وفي الثاني انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المالك المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا * وقيل * الجواب في الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفي الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يد المالك فيجعل في الحكم كما لورده على المالك وهذا لا يوجد هنا فبقى ضامناً كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة في هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضاً فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الضرور الثابت بعقد ضمان لان يد المالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا
 فأمسكها في المصر أياماً كان ضامناً فكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامساكها
 في غير الموضع الذي تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً
 بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها
 البينة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها
 الي صاحبها أخذت بينة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينتة المستعير
 تنفي ذلك والبيئات للأبواب * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته
 يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبيع ولم يهب لان ذلك
 لا يدعيه أحد والقاضي نصب لفصل الخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذي أراد أن
 يضمنه أو قال أذن لي في عاريتها يحلف علي ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر
 يستحلفه فان نكل كان نكوله كإقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن
 يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسايم والمستعير بالقبض
 والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان
 فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره
 لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مفزوراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه
 عوضاً بخلاف المستأجر فقد صار مفزوراً من جهة الإجر بمباشرة عقد الضمان واشترط
 العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذي نفقت فيه الدابة لانه استوفى العقود
 عليه وذلك للأجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير
 العبد التاجر والعبد الذي يؤدي الغلة الدابة . وفي القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك
 ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة
 ليست من التجارة في شيء * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا
 يجد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه في حانوته أو يضع وسادة
 له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أو صنجات الميزان فاذا لم يعر لا يعار
 منه عند حاجته أيضاً * وما يكون من توابع التجارة بملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة
 والاهداء الى المجاهدين بشيء . والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد
فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابونى . فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة
حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده* والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له
فى التجارة لأنه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولى إياه بأداء الغلة يكون إذناله فى
الاكتساب * عبد مأذون له * أجر دابته من رجل فنفت تحتها فاستحقها رجل وضمن
الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لأنه صار مفروراً من جهته
باشترائه العوض لنفسه والمأذون يؤخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تبين خطأ بعض المتأخرين
من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمفروور
ان ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاء هذه الجارية فى البيع فانا ضامن لك
ذلك لأنه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤخذ
بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه
عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا . ولهذا لا رجوع على المعير
الواهب لأنه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد فى التزام صفة السلامة بعقد
المعاوضة وهو التجارة كالحر* واذا أعار عبد محجور عليه عبداً مثله دابة فركبها فهلكت تحتها
ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب للملك بالتسليم الى الآخر والآخر
مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان
محجوراً عليه فلا يؤخذ بضمان الاقوال وان ضمن المعير يرجع به مولاه فى رتبة الراكب
لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه . فتبين ان الراكب
أُتلف ملكه بغير رضاه . وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لان
اذن العبد المحجور عليه غير معتبر فى اسقاط حق المولى فبقى الراكب مستعملاً دابته بغير رضاه
فكان غاصباً ضمناً* وان استعار الرجل دابة نتوجاً فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان
عليه لأنها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك ما فى بطنها أولى وان ضربها فقفاً
عينها أو كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لأنه متلف بما صنع وانما أذن له المالك فى الركوب
دون الضرب* ولو استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فغضب بالسيف فانقطع نصفين أو طمن
بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى الاستعمال والاستعمال لا يكون الا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما اذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخهم
لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا قال (واذا قال المستعير
في صحته أو مرضه قد هلكت مني العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا
يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها في السكة ودخل
المسجد ليصلي فغفل عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلي عنها
في السكة لانه ضميمها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال
هذا اذا لم يربطها بشيء فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجحد المستعير من ذلك بدا .
والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره . ألا ترى أنه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي
وأمسكها فالتت منه فلا ضمان عليه . فهذا تبين ان المعتبر أن لا يعيها عن بصره ليكون
حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشيء بل يكون
مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا * واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة
من النواحي في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير
ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لا مساكة إياها في غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها
الى موضع السقي * ولا يقال * انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير
في ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه
الى الناحية التي استعارها اليها لان الماء موجود في كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل
يزعم انها له فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعى رقبها وذو اليد في مثل هذا خصم
للمستحق * وان قال الذي هي في يديه أو دعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما
لانهما تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعى لو كان
حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانها
تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما . وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها
وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشتري بالثمن على
بائنه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه
فملك عنده فهو ضامن لقيمه لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصبا وان لم يمنعه ولكنه قال دعه
عندي الى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا **رجل** * أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعزني دابتك الى المدينة فدفمها اليه فجاء بها الرسول فدفمها الى الذي أرسله ثم بدا للذي أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها . وان ركبها الى الحيرة فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذي طلب الرسول . ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشيء لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشيء ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية * وان قال أعزني دابتك فنفتت وقال رب الدابة ما أعزتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر . وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه . وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الراكب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك . وهذا بخلاف العين فانه اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعثا منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماله إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بمقدار الاجارة ورب الدابة يدعى ذلك والراكب منكر فهذا لا يضمن شيئاً * وان أقام رجل البيعة على أرض ونخل أهلها وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكننا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لملكه بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا اتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعماله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطى فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بماؤها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع اجزائها
 مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض . ألا ترى أنه من جنس البذر وانه
 حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا . وعلى
 قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا ضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم
 يحصل بفعله ولان النقصان في الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون
 مضمونة على الغاصب . ولكننا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا
 بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الاشجار . ثم يرفع من الزرع
 مقدار بذره وما أنفق فيه وما غرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله لانه حصل له بكسب خيث . وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله
 لا يتصدق بشيء لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في
 الغصب . واذا استأجر أرضاً سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المقود
 عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع
 ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول . وعند ابن أبي ليلى
 عليه اجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكانه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في
 السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتعريض فيلزمه
 اجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها في كتاب الزكاة أن من وجد كنزاً في دار رجل
 فقيه الخمس وأربعة . أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وفي قول
 أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله للواحد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة
 المختلفة بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله في آخر هذا الكتاب وآخر الوديعه لان
 كل واحد منهما كان استاذه فانه كان في الابتداء يختلف الى ابن أبي ليلى تسع سنين ثم
 تحول منه الى أبي حنيفة واختلف عنده أيضاً تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول
 عن استاذيه جميعاً فهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب . واليه المرجع
 والمآب . وصلي الله على سيدنا محمد النبي الأُمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونخري الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكى وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أى لا تداجى ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر (ثم) الشركة نوعان شركة الملك وشركة العقدة (فشركة الملك) أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان . ثابت بغير فعلهما كالميراث . وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقدة ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عن لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذبل

أى عرض . وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدي

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يملك العنان باحدى يديه ويعمل بالآخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض أو على معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا في رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عانا ﴿وَأما المفوضة﴾ فقد قيل اشتقاقها من التفويض فإن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر واستفاض الخير يستفيض إذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور في جميع التصرفات تسمى مفوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لاتصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة إذا جهالهم سادوا

يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً على المساواة المال والربح تسمى مفوضة ﴿وَأما شركة الوجوه﴾ تسمى شركة المفاليس وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى أن رأس مالهما وجههما فإنه انما يباع في النسيئة ممن له في الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان في تقبل الأعمال كالخياطة والقضارة ونحو ذلك وتسمى شركة الأبدان لانها يعملان بأبدانها وشركة الصنائع لان رأس مالها صنعتها ﴿وَأما شركة العنان﴾ فهو أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والأصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبني عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبني عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة في الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان مالها عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشترياً بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي تقتضيه الشركة في المشتري بالمال والربح لا في رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزر والشافعي رحمه الله . وكذلك ان كان رأس مال أحدهما أيضا والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك تقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقيدين وذلك تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقيدين فانهما لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما ويشتري الآخر بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما كان صحيحا فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاضتم فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه يبنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل بالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الازوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا. ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بمالك مال يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وان يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدرهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط في هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعاً لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي تشرط في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المفاوضة لا تنقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظه المفاوضة كان عناناً عاماً والعنان قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً. وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائماً مقام ذلك كله فان كان المتماقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكر معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ (فأما شركة الوجوه) فهي صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه. وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو ثلاثاً صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا أن في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري لان الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه وهذه الشركة عندنا تجوز عناناً ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشتري والربح جيئاً (فأما شركة التقبل) فهي صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق . ولكننا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير وهو الاصل في جواز الشركة . ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانها لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا . وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالمقصرين والصباعين اذا اشتركا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباع لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكننا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عناناً فاما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانها كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكماً بينهما فيما يجري من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثيق والاحتياط فينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان) وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فالاحوط أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو إشارة الى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبداً أمر أن

يكتب هذا ما اشترى محمد رسول الله من الغد بن خالد بن هوذة اليهودي (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضي الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطاح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو وعلي أهل مكة * ثم قال (اشتركا على تقوى الله وأداء الأمانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الأمانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك في كتاب الشركة ليرجع إليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله في أيديهما) وهذه إشارة الى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال في أيديهما جميعا فالتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا في شيء ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما عطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك ما لم يصرحا به في عقد الشركة فلا تجوز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر ما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضعية بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه علي ما بينه وأما مكتابة علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال الربح على ما اشترطا والوضعية على المال وإنما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وإنما بتبيين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضي الله تعالى عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أي وقت يعتبرونه فمنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذي يتعامل عليه الناس الى يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه في الربح لافي المال العين أو العمل بأيديهما أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فأما في المال العين اذا تساويا في رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف والآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلى قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفي شركة الملك لا يجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد* واعتبر الربح بالوضعية فهي بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكننا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم* ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس إليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحمق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حداقته وخرق صاحبه* ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة فبالعمل مع المال أولي (ثم) الوضعية هلاك جزء من المال وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الأمين باطل ألا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضعية على المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاضل في رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على المضاربة على معنى ان صاحب الالفين يشترط جزءاً من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا في المضاربة لا يجوز لان المال في أيديهما والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكننا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أمينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط. فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين أحدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعاً للشركة وقد ثبت الشيء حكماً على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة* وكذلك في العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل في الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحمق في العمل من الآخره فأما قوله أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة الى شركة الوجود فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشتري لان ذلك ربح مالم يضمن وقد بينا ذلك* قال (والشريكان في العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل في السوق ولي شريك يصلي في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال في بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط . أولا ترى أن الشريكين في العمل يستويان في الربح وهما لا يستطيعان ان يعملوا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لخداقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقي العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط في العقد قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفي درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب الالفين شرط ضمان شيء مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الالفين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا هذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رأس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترط لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط في العقد فكان بينهما على ما اشترط * وان اشترط الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان) اشترط الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما فان عملاه أو عمل احدهما فالربح على ما اشترط لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما باقامة العمل * وكذلك ان اشترط العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصه رأس ماله وسدسه الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها (فان قيل) اذا كان يعمل هو في شيء شريك فكيف يستوجب عوض

عمله على شريكه ﴿ قلنا ﴾ استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر لان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذا العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح وان اشترط العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزءاً من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشراطه جزءاً من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطعم في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه * قال (واذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه متعاملا بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة فقي تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعد في دكانه واعانه بمتاعه ووربما يقيم بعض العمل أيضاً كالحياط يتقبل المتاع ويبي قطع ثم يدفعه الي آخر بالنصف فهذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد كجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه * قال (ولا تصح الشركة بالمرض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف أن من اشترى تبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتمين بالتمين فالخاص ان هذا يختلف باختلاف العرف في كل

موضع فان كانت المبايعات بين الناس في بلدة بالتبر فهو كالتقود لا يتعين بالتعيين ويجوز
الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالمروض لا تجوز الشركة به فان كان
التعيين مفيداً فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعيين الصنجان والقمات **فأما**
الشركة بالفلوس **ان** كانت نافعة لا تجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتجوز في
قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخي في كتابه أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله
والاصح ما قلنا وهو بناء على مسألة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد
رحمه الله لا يجوز ولا تعين الفلوس الرأجة بالتعيين كالتقود. فكذلك في حكم الشركة محمد
رحمه الله يقول هي بمنزلة التقود ما دامت رأجة وهما يقولان الرواج في الفلوس عارض
في اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جباله رأس
المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة
الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى)
الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرأجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله
لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولاً
ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتهما بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا
وجه لا اعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأما في الشركة اذا كسدت الفلوس
يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص
أحدهما بالضرر دون الآخر (فأما) الشركة بالمروض من الدواب والسياب والعييد لا
تصح عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى ومالك رحمهما الله هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى
ذلك ولا اعتبار شركة العقد بشركة الملك. وفي الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال
مجهول يريد به أن المروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لا بد من تحصيل
رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من المروض فتحصيله عند القسمة
يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به. ثم الشركة
مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفي المروض أول التصرف
يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلاً لصاحبه يبيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا يجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآ خر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآ خر فلهذه المعاني بطلت الشركة بالعروض فان باعا العروض ثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع للملكة والمسعى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآ خر عروضاً في مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال في نصيب صاحب العروض علي ما بيناه قال (وان اشتركا في مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخطاه فليسا

بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيماً لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فإيا وما وضع فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بهما فالخلوط يكون مشتركاً بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضعية بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد. وذكر في النوادر أن على قول أبي يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما اذا اشترطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند أبي يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما اشترط محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه. ألا ترى ان الشراء بهما ديناً في الذمة صحيح فكان ثمناً وان بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الاصحابين يوفى حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين تضعف

إضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها علي ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة
 الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول ما يصلح أن
 يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالتقود فكذلك
 ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط. وهذا لان
 قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بها لانها متمينة فتعين رأس المال لا بد منه في عقد الشركة
 واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيما وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر
 بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معيناً فتقرر المعنى
 المفسد لا يكون مصححاً للعقد والذي يقال لمحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا
 ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك
 لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال
 الآخر شعيراً فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما
 من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد
 الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات
 الأمثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الأمثال
 كان بمنزلة العروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى ان من أتلفه
 يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف
 الجنس اذا باع المخلوط فالثمن بينهما علي قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا
 لان الثمن بدل المبيع فيقسم علي قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم
 القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الضفة
 واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل في البيع فان كان أحدهما
 يزيد الخلط خيراً فانه يضرب بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير
 تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير
 مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به وهو صاحب
 الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بمل هو راض به وهو
 الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدره وقد طعن عيسى في الفصاين

جيمًا فقال قوله في الفصل الأول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل
 الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع
 البيع لان استحقاق الثمن بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى انهما لو لم يخلط
 ولكن باع الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا
 أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ
 الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندني أن ما ذكره صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى
 قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار
 قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن
 معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما مافي بطنها فهو
 ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه
 مختبئا في البطن فيصار الى تقويمه في أول الحال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة
 فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند
 الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة
 الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقنا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر
 القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق
 كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل
 واحد منهما بخلاف ما اذا لم يخلطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان
 كان لاحدهما ألف درهم والآخر مائة دينار فخلطوا أو لم يخلطوا فهما سواء لانهما لا يخلطان
 وقد بينا أن خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فايهما هلك هلك من مال
 صاحبه لانه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه
 سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين
 لان المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو
 اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير
 المشتري قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان
 مانعا فكذا اذا اعترض والمشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

بعض المواضع وفي بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن . وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقي مشتريا لنفسه خاصة وضع المسألة فيما اذا اطلقا الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه . وحيث قال المشتري بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا على ان يكون نصف المشتري له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالكين فالوكالة باقية فلذا كان المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه . واذا تأملت موضوع المسألة في كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض في الجواب قال (فان اشترى متاعا على المال فقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشتري بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشترى بالدراهم وصار المشتري مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشترى الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم) لم يذكر ان شركتهما في المتاع المشتري شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هي شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ يبعه في الكل وعند الحسن رحمه الله هي شركة ملك حتى لا ينفذ يبع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك . وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً . قال (فان اشترى

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعاً فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما) والحاصل ان في شرط الربح
يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك للمشتري يعتبر
قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفي ظهور الربح في نصيبهما أو في نصيب أحدهما
يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا
فيما أمليناه من شرح الجامع . قال (وان اشترى بالالف متاعاً ثم اشترى بعد ذلك بالدنانير متاعاً
فوضعا في احد المتاعين وربحاً في الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضعية
هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح
(وكذلك) رجلان اشترى متاعاً بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة
الالف وللآخر بحصة الكر ودفع الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل
واحد منهما في الشراء يكون عاملاً لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما تقدمه من البديل
(وكذلك) لو اشترى متاعاً بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع
بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان
الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن . قال عيسى رحمه
الله هذا غلط والصواب ان يقتسا ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان في وقوع الملك في
المشتري يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع
المشتري بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له
كما في العروض لو اشترى متاعاً بعرضين أحضراهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك
المتاع بدراهم اقتسا الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون
تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبني على الثمن الأول
على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض
فان المشتري بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشتري بماله مثل من
جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها . ولكن هذا التأويل بعيد
فانه قال ثم باعا ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشترى
بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذي كاله أو وزنه ثم
اقتسا الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسي وان باعاه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مراهجة بمال مسمى فالربح مبني على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال في كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مراهجة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذي قلنا في مسألة الطعن فانه قال هناك يقسمان الثمن على قيمة الخنطة والشعير يوم يقسمان فاعتبر في جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذي تخايل لي بعد التأمل في تصحيح جواب الكتاب انه بنى على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان في أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشتري مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشتري مشتركاً بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلماذا قال يقسم الثمن على قيمة الخنطة والشعير يوم يقسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلاً أعطى رجلاً دنانير مضاربة فعمل بها ثم أراد القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقسمون) لان المضارب شريك في الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا في اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال في وقت القسمة . وانما اورد فصل المضاربة لا يوضح ما أشار اليه في الشركة قال (وينبغي لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدرهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشتري بقدر ما أعطى من ماله فلماذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفي النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضعية فهلك قبل الشراء فالقايض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد
 الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان . ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة
 بيننا فهلكت قبل ان يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه امره بالعمل بها على
 وجه الشركة والمال امانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض في النصف هنا يقتضى الشراء
 لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما يتقد فيه الثمن يكون قرضاً عليه فلا يثبت ذلك قبل
 الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلكت قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها
 للمعطي اعتباراً للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا
 بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شيء فجعلناه مقرضاً نصف المال منه
 وضمان القرض يثبت بالقرض . قال (واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها

وخلطها كان ما هلك منها هالكا منها وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما
 وما يهلك من المال المشترك يهلك على الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما
 بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا ان يعرف شيء من الهالك أو الباقي من مال أحدهما
 بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط في ذلك القدر لم يتحقق . وانما يعرف ذلك بان
 يكون مال أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً فما كان باقياً من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها
 والحال في هذا قبل الاختلاط . وبمده سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما
 على قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط . في ذلك . قال (واذا اشتركا بغير

رأس مال على ان ما اشترى من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه في
 الرقيق خاصة وقد بينا ان شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعناناً أخرى والعنان منها
 يكون عاماً وخاصاً كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل
 بشراء نوع خاص صحيح . وكذلك لو قال في هذا الشهر لانه توقيت في التوكيل والوكالة

تقبل التخصيص في الوقت والعمل جميعاً قال (فان قال أحدهما قد اشترت متاعاً فهلك مني
 وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق على شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل
 صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعاً اليه فقال اشترته وهلك في يدي
 لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعاً اليه لان الوكيل
 أمين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

في ذلك غير أمين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة
الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل
ما يدخله في ملكه ظاهراً فاما في الاقرار لا يدخل شيئاً في ملك شريكه ظاهراً فلا
يصدق في الزام شيء في ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وإنما يحلف
على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على
العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود
خمسین يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً. قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى
هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم هو
أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع
شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشتري في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه
في يد الموكل* وكذلك اذا اشترى متاعاً وقبضه ثم قبضه أحدهما لبيعه وقال قد هلك فهو
مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول
في هلاكه قوله مع يمينه. قال (واذا اشترى بغير مال على ان ما اشترى به من شيء فهو بينهما
نصفين ولا أحدهما بعينه ثلثا الربح ولا آخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما
شرط لنفسه جزءاً من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشيء من نصيب صاحبه وقد
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل
بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر
ما كهما في المشتري. قال (واذا اشترى شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما
متاعاً فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة وإنما
اشتريته بمالي لنفسى قبل الشركة فالقول قول المشتري) لان الظاهر شاهد له والاصل أن
يكون كل أحد عاملاً لنفسه ما لم يتم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشتري
ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض ما في يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه
بالله ما هو من شركتنا (فان قيل) قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على
ان المشتري بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخاً سابقاً في الشراء
ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة (قولنا) نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشتري الى دفع الاستحقاق للآخر عما في يده فالظاهر يكفيه لذلك . قال (رجل أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما في فعل كل واحد منهما من الالتزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب ما لم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا في امثال أمر الأمر فانما عزله في مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما في امثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه . وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الأمر فكذلك في الشركة . قال (رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه) لان الأمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني بأن يشتري العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذي قبل الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقاً ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين في الوكالة من الثاني النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقاً ينصرف يبعه الى حصته خاصة فهنا أيضاً ينصرف توكيل الثاني الى النصف الآخر خاصة فهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما بوكالته وخروج من بين . قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة فأشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تمليك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاء البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه . وبيان

هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى في ميراث اولاد الام (فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) اقتضى التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا شركتك فيه فعناه سويتك بنفسى وذلك تملك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم اثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تحقق التسوية اذا كان العبد بينهم اثلاثا. قال (ولو اشترى رجلان عبدا فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تملك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ما روى ان ابا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضي الله عنه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركنى فيه فقال قد أعتقته. فعرفنا بهذا أن الاشراك تملك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربعه. وفي الاستحسان يكون له ثلثه لانها حين أشركاه فقد سواه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما في ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه. يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كما اشترى للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد. قال (ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه في نصيبه نفذ في الحال وفي نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له في نصيبه فكان كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم اثلاثا وهذا لان الميز صار راضيا بالسبب لا مباشره والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كأنهما أشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا. قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا في نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه. وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك في نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل
 قد أشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال
 أشركتك في نصيبي فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف
 في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فهذا كان له نصف نصيبه .
 قال (رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز) لأنه بيع ما لم يقبض وذلك
 منهي عنه ألا ترى أنه لو ملكه الكا قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك إذا ملكه
 البعض بالاشراك فإن أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه إليه لم يكن عليه ثمن ما
 أشركه فيه بمنزلة ما لو ولاه وهذا لأنه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم
 مبطل للبيع . ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه
 يصح اشراكه في نصف العبد اعتبارا للبعض بالكل (فان قيل) كان ينبغي أن ينصرف
 اشراكه الى النصف الذي قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع
 أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة (قنا) الاشراك يقتضي التسوية وإنما
 يتحقق إذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في
 غير المقبوض لانعدام شرطه فأما إذا انصرف الى تملك المقبوض خاصة لا يكون تسوية
 بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف المأفوض ففي تعيين المقبوض هنا مخالفة
 للمأفوض بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك
 لتصحيح العقد مخالفة للمأفوض . قال (وإذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال

كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو قال فصاحبه فيه
 شريك له فهو جائز) لأن كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له
 فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فإذا قبضه فذلك كقبضهما
 جميعا لأن القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد . ثم يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه منه
 حتى إذا مات كان من مالهما جميعا (فان اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه
 ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لانهما ان اشترياه معا فقد صار كل واحد منهما
 مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره وقد كانا اشتراكا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فإنه يرجع بنصف الثمن على شريكه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجوع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك إذا اشتراه وأدى الثمن فأما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائعا للنصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف الأمور خاصة فيحتاج في تخرج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبي حنيفة الوكيل يبيع العبد يملك يبيع نصفه والوكيل يبيع نصف العبد يملك يبيع نصف ذلك النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة (والثاني) أن العبد إذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف درهم . ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لأن الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعته منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول فكان الايجاب الاول متاولا لجمعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيدا ألا ترى أن رب المال يشتري مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحا وان كان ذلك مملوكا له لكونه مقيدا فهنا أيضا ضم نفسه الى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا لنصفه من المخاطب بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان ايجابه متاولا للكل . ثم قوله على ان لي نصفه مما مضى فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجبا للمشتري نصيب شريكه بنصف الثمن . واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعته نصفه بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعا لأن تعيين نصيبه قبل الوكالة لتصح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لأن من أصله أن الوكيل

يبيع نصف العبد يملك يبيع نصف ذلك النصف فهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين
 شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه في النصيبين لأن الوكيل يبيع نصف العبد لا يبيع
 نصف ذلك النصف فيصرف يبعه إلى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا
 وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عنى ففعل كانت هذه
 الشركة فاسدة) لأنه ملكه نصف العبد يباع بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه
 ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط
 وإن نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن
 الاشرار كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا . قال (رجل اشترى نصف
 عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقى بمائتي درهم ثم باعاه مساومة
 بثمانيه درهم أو بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال
 بال عشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضيعة
 كذا فالثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو في المحل
 دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا أو كان مشتري بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة
 فرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه . وأما بيع المرابحة
 والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول ألا ترى انه لا تستقيم هذه البيوع في الموهوب
 والموروث وفي المشتري بعرض لا مثل له والثمن الاول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثاني . يوضح
 الفرق أن في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في
 حق أحدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار
 الثمن الاول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (وإذا اشترك الرجلان شركة عنان في مجارة
 علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له
 خاصة لأن كل واحد منهما يحكم الشركة بصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فإذا
 خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالأجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا
 لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فيبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي
 صاحبه لأنها صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء
 بالنقد والنسيئة علي الموكل فكذلك بمطلق الشركة الا أنه اذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنفود أو المكيل أو الموزون فإن كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه
 على الشركة وإن لم يكن كان مشتريا لنفسه لأنه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستدينا على
 المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو
 أنه لو صح استدانتها زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين
 بتصرف صاحبه إلا في مقدار ما جعله رأس المال فهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة
 على نفسه خاصة . قال (وإن كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا
 يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه
 بناء على أصل معروف وهو أن الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس
 واحد في ضم أحدهما إلى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا أن عند زفر رحمه الله
 في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال
 الآخر دنانير فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد في صحة الشركة
 بها فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فإن أقر أحدهما بدين في تجارتها وأنكره
 الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه) لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد وكلا كان
 أو مباشرا لنفسه وإن أقر أحدهما وليه لزمه نصفه لأنه في النصف مقر على نفسه وفي النصف
 على صاحبه وبمقدار الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره .
 وإن أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شيء لأنه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على
 غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فإنها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل
 واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فإذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع
 ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا
 يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فإن كان لشريكي العنان علي رجل دين
 فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لأن المتفاوضين فيما هو من صنيع
 التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فباشرة أحدهما فيه كباشرتها وبشركة
 العنان ما صار كشخص واحد ولأن في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما
 وجب لصاحبه بمباشرة فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب
 بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله في صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح. قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يردّه) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعقد ولان الآخر في النصف أجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شيء فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضعية لحقت أحدهما من غير شركتهما فهي عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي. وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لانه في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم في شهادته لماله من النصيب في المشهود به. وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذنه شريكه في ذلك ويجوز له أن يعمل في المال الذي ليس من شركتهما كل شيء يجوز للمضارب أن يعمل به وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لاحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره. وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدامنه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدامنه أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالأذن لصاحبه في ذلك دلالة ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشتري وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لو وكيله عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لاحد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلا أن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

٥- باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبي سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفي هذا دليل على انه لا بد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشتري بها وبألف من ماله وعقد العقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لانفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطاحا عليه والوضعية على المال فكذلك في الشركة وهو مروى وعن علي رضي الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضعية على المال فكذلك في الشركة (وعن) علي رضي الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضعية علي المال في المضاربة والشركة لان الوضعية هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال في يد الامين كهلاكه في يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه في كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا على هذا فهامتفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما في رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين على انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص في الكتاب على لفظة المفاوضة . وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلي صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة . قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلطوا المال فالشركة جائزة) وفي النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك ينفي المفاوضة وفي الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلطوا المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه على ما بينا في شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشترى بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشتري صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتندم المساواة وفي الاستحسان لا يبطل العقد . وللإستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشتري فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثاني) أن ما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بهما . ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم إمكان التحرز عنه . قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل في الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوي بينهما الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عام وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئاً فسدت المفاوضة أيضاً لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك (فان قيل) أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة (قلنا) لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ما كهما تحول من الدراهم الى المشتري والمشتري بينهما نصفان (فان قيل) لا كذلك بل لكل واحد منهما علي صاحبه نصف رأس ماله ديناً عليه حتى لو هلك المشتري يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضاً بظهور الفصل في النصف (قلنا) نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما علي صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما ديناً أو عرضاً وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الألف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا في التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدينارين أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب علي صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيته يوم يقتسمون)
لما يننا ان المعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لا يظهر الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما
جميع رأس ماله لا يظهر الربح ليقسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعثك نصف
مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شر يكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان
العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا
بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً فباعه نصف
العروض بنصف الدارهم وتقابضاً ثم اشتركا شركة مفاوضة أو شركة عنان جاز ذلك لان
الدارهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت في الشركة
حكم العروض وهو بينهما نصفان يباعه وقد يدخل في العقديع ما لا يجوز ايراد العقد عليه
قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً اذا وقف
قرية بما فيها من الدواب والمماليك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات
قصدا فهذا مثله وقد يننا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال
في الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفاوضة بغير مال على أن يشتريا بوجوهما فهو
جائز) كما يننا في شركة العنان الا أن تكون المفاوضة عامة ومثله في الوكالة لا يجوز فان من
قال لغيره اشتريني وبينك لا يكون ذلك صحيحاً ما لم يعين المشتري أو يخص بذكر الوقت
أو بتسمية الجنس في العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتقويض
الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل
على البيع والشراء ومقصودهما الربح لا عين المشتري ومثله في الوكالة يجوز أيضاً لو قال كل
واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شيء فهو بيننا نصفان على أن يبيعه ويقسم ربحه نصفين
وكان ذلك تفسيراً للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشتري فلا بد من اعتبار
معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفاوضة
أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملاً
أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان شركة المفاوضة صار كل واحد منهما
وكيل صاحبه في تقبل العمل له وكفيلاً عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما
مأخوذاً بما يقبله الآخر ولا يتمتع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

اقامة ما يقبل بدنه ولكن له أن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلماذا كان مطالباً بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولأحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفاً منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فالاقراض في كونه تبرعاً كالصدقة أوفوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب في القرض أكثر لان ملتصق القرض لا يأتيك الا محتاجاً والسائل للصدقة قد يكون محتاجاً وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما تحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع في الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع في الالتزام ولكن يرجع بمثل ما يؤدي . ثم من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة في ذلك راجعاً لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعل معنى التبرع فيه راجعاً لذلك في الاقرار . قال (فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعدد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة مالم يقبضه ولان المقترض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة . قال (وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ما تقتضيه المفاوضة . قال (فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المير ضامناً نصف قيمة الدابة لشريكه في القياس) لانه متعدد في نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لا يجد بدا منه

لانه اذا اتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لا يعير لا يعار عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ما هو من توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكتب والمأذون لا يكتب . وعلل في بعض النوادر فقال التاجر في المال وان لم يكن مالكا لشيء منه فله أن يعير وانما أراد به المأذون فالتاجر الذي يملك النصف يكون شريكا في الربح لان تملك الاعارة أولى . قال (ولو

أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئا وهو لا يعلم توفرهما فشراؤه جائز على الأمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام المفاوضات كباشرتهما ثم اقتراهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لا يثبت قصدا في حق الوكيل ما لم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للأمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشتري بها فانما وجد عمل أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فانما عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضات اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كسراء الموكل وكان المشتري بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لا يوجد اذا افترقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لو اشترى الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للأمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للأمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه مشتريا بينهما اذا لم يعرف اقتراهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لا يضمن للشريك شيئا وان صار مشتريا للأمر ولكن يجب الشراء بالثمن في ذمته ويرجع به على الأمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الاترى انه لومات الذي لم يبضع ثم

اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن في فضل الموت اذا كان المال مدفوعا الى المستبضع فورته الميت بالخيار ان شاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الأمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه ينقل الملك الى الورثة ولم يوجد من واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمي يثبت في حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف اقتراهما

فان ذلك من الذي لم يبضع عزل الوكيل في نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان في نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمّنوه ان شاؤا وان شاؤا الأمر لان دفعه كان باذن الأمر فيكون كدفع الأمر بنفسه فان ضمّنوا المستبضع رجع به على الأمر لانه غرم لحقه في عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار الأمر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بثمنه قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثمن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فبهاه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعليهما فكذلك يجعل نهى أحدهما اياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتري لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما اياه فان لم ينهه حتى اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليها بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه في النصف أصيل وفي النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشتري بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يردده على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشتري به عيبا كان له أن يردده على الذي لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة في العيب انما لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه . قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له وشريك له شركة عنان فأبضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشتري له بها متاعا فرضى الشريك فبات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالتاع للمشتري أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يجاب الى الشركة للغير في المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض . وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من
توابع المفاوضة مستفاداً بها كالمضاربة وشركة العنان . قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلاً
شركة مفاوضة لم يجز ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل
الاول فلا يكون من توابع الاول مستفاداً به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره
فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم
مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كفعالهما اذا عرفنا هذا فنقول
المستبضع وكيل للدافع فيعدل بموت الدافع علم به أو لم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم
فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشترياً لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال
الغير ديناً عليه فيكون ضامناً مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان
فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولو ورثة الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه
ينزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت
من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى
بعد انتقاضها ولو كان الدافع حياً ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع
كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة
التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل
بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع
ورثة الميت بمحضته من المال ان شاؤا على المستبضع لانه دفع ماصار ميراثاً لهم الى
البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أي المتفاوضين شاؤا لان كل واحد
منهما ضامن عن صاحبه ما يلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامناً
لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يميت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات
ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك
العنان ولان شراء وكيله له كشراءه بنفسه ونصف المتاع للأمر لا شيء له منه لورثة الميت لان المفاوضة
قد انتقضت بين الدافع وبين الميت* ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شيء من المشتري
لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله* ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال
المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الأمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العهدة ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالباً بما يجب على الآخر. (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لان ما حصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلها فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال واذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الأمر اشترياه بعد التفريق فهولى خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الأمر مع يمينه) لان الشراء حادث في حال حدوثه الى أقرب الاوقات * ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً فعليه اثباته بالبينه وان لم يكن له بينة فالقول قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشتري أظهر للأمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشتري عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقام البينة فالبينة بينة الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبيّنات للاثبات فترجع بزيادة الاثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لا ندري متى اشترياه فهو للأمر أيضاً لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق . واذا قال الأمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يأمر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له ووجوب شيء من الثمن عليه والبينة بينة الأمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

— باب خصومة المتفاوضين فيما بينهما —

قال (واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لانه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذواليد منكر فعلى المدعى البينة وعلى المنكر اليمين . وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفين فانه يقضي للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . ولانها ان قالا المال الذي في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذى اليد
 وان قالا هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال
 ثم يكتن فيه فإذا قضى القاضى بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له وأقام
 البينة على ذلك لم تقبل بينته في قول أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله ان كان
 شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فينة ذى اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذى في يده
 من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذى اليد بعد ذلك . واحتج في ذلك فقال القاضى
 يقضى بما شهد به الشهود فاذا شهدوا بمطابق المفاوضة قضى القاضى بذلك أيضاً ومطلق
 المفاوضة لا يبنى احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له . ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا
 بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى
 المفاوضة بينهما إلا أنما يجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا
 ظاهر معتبره والظاهر يستطاعتباره اذا قام الدليل بخلافه فاذا أقام البينة على عين انه ميراث
 له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر فى هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف
 ما اذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضى قضى بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة
 البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينه المقضى عليه على ابطال
 القضاء لانكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا
 بدار فى يد رجل لانسان وقضى القاضى بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقضى عليه
 فانه لا يبطل قضاء القاضى بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً
 ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك كذبا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضى
 له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه فى الفصل الاول باعتبار الظاهر الى استحقاقه
 الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فاذا كذب شهوده فى ذلك بطلت
 شهادتهم له . وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه
 وبينه المقضى عليه فى اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له كما لو
 كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الأسباب غير مطلوبة لآعيانها بل لأحكامها والمفاوضة
 سبب وحكمها الشركة فى المال . ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة
 فى المال فكذا فى الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في أن القاضي يقضى بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا
بالشراء أو بالبراءة والملك جميعا للمشتري ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذي اليد يعتبرون به
مقضيا عليه فكذلك عند الإبهام . قال (فإن ادعى ذو اليد علينا في يده أنه له خاصة وهبه
شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل
بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه على أبي يوسف رحمه الله لأن هنا
بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أو لم يفسروا ثم الفرق أنه ليس في قبول هذه
البينة إبطال القضاء الأول في هذا العين بل فيها تقرير القضاء الأول لأن القضاء الأول بالملك
للمدعى وإنما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك إبطال القضاء
الأول فيما تناوله القضاء قال ألا ترى أنهم لو شهدوا أن هذا العبد الذي في يده مشترك بينهما
وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة أن المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته .
ولو أقام البينة أنه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو أن رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على
ذلك والفرق ما بيننا فكذلك في المفاوضة وإن ادعى أنه شريكه شركة مفاوضة والمال في يد
المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه بإقراره ثم ادعى عبدا مما كان في يده أنه ميراث له
أو وهبه من فلان فأقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله
أيضا من الوجه الذي قلنا أن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لا بي
يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة
بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى أنه لو لم يكن له بينة لم كان
يستحلف خصمه وفي الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه
ألا ترى أنه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرفنا بهذا أنه
منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته (والثاني) أن الإقرار موجب الحق بنفسه
بدون القضاء وإنما يقضى القاضي بالإقرار فقط ولهذا قلنا أن استحقاق الملك بالإقرار لا يظهر
في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب الإبقاء القاضي وإنما يقضى القاضي بما هو
المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا يقبل بينة ذي اليد بعد ذلك . وكذلك
لو كان المال في يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك أنه له ميراث
وأقام البينة قبلت بينته لأنه مدع أثبت دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو اقر به يلزمه ولا اشكال في هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة واقام البينة على ذلك ان بينه تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا في عبد له خاصة وجحد ذو اليد واقام المدعى البينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نوردعواه بالحجة ولا تقبل من ذي اليد البينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك في نصفه ولا بينة له الا ان يدعى تاقى الملك من جهة المقضى له . قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي منهما فادعى ورثة الميت المتفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحى) لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه بان المتفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لاحكم لما شهدوا به في المال الذي في يده في الحال لان المتفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون ما في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان في يده في حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعدموته وان شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فاليد الثابتة له في حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت في نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فينبغي أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المتفاوضة واقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة على ذلك) لانهم جاهدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقرروا أنه كان في يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضا حمله بعضهم على الخلاف والاصح في الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسروا الشهود انه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لا يينا واقاموا البينة على هذا لم يقبل) في قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت في قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة في ذلك كما لا تقبل البينة فيه من المورث لو كان حيا . قال (واذا افرق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب المفاوضة المساواة في ملك المال فاتفقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا في كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولا تصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما في المال الا ما كان من ثياب كسوة أو متاع بيت أو رزق العيال أو خادم يطؤها فاني أجعل ذلك لمن يكون في يديه ولا اجعله في الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال في يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما في التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة لعلنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فيبقى ظاهر الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذي اليد لا نكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولا يحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرأيت لو كانت مدبرة أو أم ولد أما كان القول فيها قول ذي اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفرقا ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا في مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال في يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما في تقضى العقد فهو واقتراقهما سواء (ولو كانا حيين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة في القياس لا تقبل) لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمنصفة في المال وذلك اكداب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعى اذا كذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لا حاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ما ذكرنا من الثلث والثلثين فلتفى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك قفسروا بناء على اعتقادهم ولكن
القاضي يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام
محمد رحمه الله في الفرق بين ما إذا فسر الشهود أو أبهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول
شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم في المنع من قبول بيعة أحدهما على متاع
في يده انه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه
البيعة على مثل ذلك لانه خائفة مورثه قائم مقامه . قال (واذا افتقر المتفاوضان فأقام أحدهما
البيعة أن المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه
قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البيعة بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو من غيره فان
كان ذلك من قاض واحد وعلما التاريخ من القضائين أخذنا بالأخر وهو رجوع عن الاول)
لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ما قضى به أولا اذا تبين له الخطأ في القضاء الاول
فلهذا جعلنا الثاني نقض الاول وهو كما لو تباينا بألف ثم تباينا بمائة دينار يجعل الثاني نقضا للاول
وان لم يعلم التاريخ بينهما أو كان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذي لاعدده عليه
لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك
اذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (واذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك
نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة
بينهما) لجواز أن يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع
مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويتراوان الفضل . قال (ولا يلزم المفاوض
ما على شريكه من مهر أو ارش جنائية) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة
والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا
يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون
منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجنائية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو
بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجنائية غير
صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة . قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث
من ميراث ولا جائزة يجزها السلطان له أو هبة أو هدية) الا عند ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول
مقتضى الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما علي التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين
فكذلك في الانتهاء ولكننا نقول لا بد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير
موجود في حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان
تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتملك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يحمل
كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل في ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز
ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لا يمكن
جعله نائبا عن شريكه . قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا ان يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه)
معناه لم يكن ديننا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس
مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة . قال (وكل وديعة كانت عند أحدهما
فهي عندهما جميعاً) لانها بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما
بسبب هو من صنيع التجارة ويقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن
يبين لزمها جميعاً لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير متملكا للوديعة فهذا ضمان
ما أوجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه (فان قيل) وجوب هذا الضمان
بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت (قلنا) لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز
عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته فان قال الحى ضاعت في يد الميت
قبل موته لم يصدق لانه لا عقد بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه
بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ما صار ضامنا بالجحود ولو زعم انه كان هلك
في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفي
الضمان عنه فأما في إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحى هو المستودع
صدق لانه ما صار متملكا ولا ضامنا للوديعة مادام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على
ما التزمه فلماذا كان قوله مقبولا (فان قيل) أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمها مقبول
الوديعة مثل صاحبه (قلنا) نعم ولكن التملك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدي المجهولة
عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة في يد المودع حقيقة لاني يد شريكه (وان قال اكلتها
قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق علي صاحبه) لان وجوب الضمان عليه
باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو في الانتهاء غير مصدق في حق صاحبه الا ان

يقيم البينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على أحدهما ضمان بنصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان النصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذاً به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة وإنما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المنصوب والمستهلك بالضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالها وديمة عند رجل فادعى المستودع انه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما . بين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلماذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن لقوله شريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لافي وصول المال الى من أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصياً فادعى المودع الرد عليه لا يفرم الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضي بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولا يكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بحجوده القبض ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لومات أحدهما ثم ادعى المستودع انه كان دفعه الى الميت منها لانه بقي أميناً بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق وورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأزكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون علي فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف علي فعل الغير يكون علي العلم فان ادعى انه دفعه الى وورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ما قبضوه فهو ضامن لنصف حصه الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي وورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى وورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المتفاوضة قد انتقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له علي نفسه يدفعه الى وورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى وريثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالناوي والمال المشترك ما ينوي منه ينوي على الشركة وما يبقى يبقى على الشركة (ولو قال دفعت المال الى الذي اودعني بعدموت الذي يودعني وحلف على ذلك فهو بريء من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه مالاً كان أو غير مالك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة ولا يصدق على الزام الحجي شيئاً بعد ان يحلف ما قبضه فان كان المودع ميتاً فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعاً الى الحجي نصفه والى وريثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالتقول قول المستودع مع يمينه وهو بريء لانه يخبر عن أداء الأمانة بإيصال نصيب كل واحد منهما اليه فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركة الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الى صاحبه فيما يثبت القبض فيه يكون مشتركاً وما وراء ذلك يكون ناوياً قال (وان كانا حين وقال المستودع قد دفعت المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحد الآخر فالمستودع بريء ولا يمين عليه) لان تصديق أحدهما وإياه في حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان اقر قائم قال المستودع دفعته الى الذي اودعني فهو بريء لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الى الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو في نصيب الشريك مخيراً بأداء الأمانة وفي نصيب المودع مقراً بالضمان على نفسه يدفعه الى غيره ثم ما يقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوي فكان ما بقي بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولاحق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريكه بعد انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالتقاضى قال (وعارية المفاوض وأكل طعامه وقبول هديته في المطعم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لا بأس به) ولا ضمان على الداعي ولا على الآكل استحساناً وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعمارة والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجدر بالتاجر منه بدءاً ألا ترى أن العبد المأذون يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدي اليهم المطبوع ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكتب فقبل ذلك منى وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم ابو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابوني قال (ولو كسا المفاوض رجلاً ثوباً أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتعة والحبوب كلها لم يجز في حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والارجع في معرفة الفرق بينهما الى العرف. قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة في الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار أحدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما. قال (ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فيما ضامنان) لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالآخر في ركوبها غاصب ضامن اذا هلكت. وقد ينأ أن ما يجب من الضمان على أحدهما بحكم النصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها في حاجتهما فالضمان في مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون في مالهما لان الغرم مقابل بالغم. وان ركب في حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أذناه من مال الشريك رجوع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقي الثمن دينا عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاماً له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو خلاصتهما فلا ضمان عليه) من قبل أن التقيد الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما في الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه. ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة. وكذلك أحد المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن. ولو حمل عليها طيالة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس والنفوت في الضرر على الدابة. قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) إلا أنه ان كان ذلك من تجارتها فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما. وان كانت بضاعة عند الذي حمل فالضمان عليهما لان الذي حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذي حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له في هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء. ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا في حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذي حمله أو شريكه. وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب في الاول لان وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة في الحمل ولم يوجد ذلك وان كانت الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا لانه يستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لأهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامنا. قال (واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثياب وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزما إياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله إلا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثياب وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كاتقاراه واقرار أحدهما ملزم إياهما. كذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما وقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فإن ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لأن كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما انكسر عن اليمين أمضى الأمر عليهما. وإن ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فإن حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وإن كان المفاوض هو الذي ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضاً لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وعندما استحلف بخصوصية الوكيل لا يستحلف بخصوصية الموكل لأن النيابة في الاستحلاف صحيح وإذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه في الحلف لأن النيابة لا تجرى في اليمين فهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثاني) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما إذا كان مقيداً فأما إذا لم يكن مقيداً فلا يشتغل به وإن كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصوصية أحدهما فلا فائدة في استحلافه لخصومة الآخر لأنه بعد ما حلف في حادثة لخصومة إنسان لا يتمتع من اليمين في تلك الحادثة لخصومة الآخر فأما إذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مقيداً لأن أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يتمتع من ذلك إذ الناس يتفاوتون في الجرأة على اليمين فهذا كان للمدعى أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله . قال (وإن ادعى على أحد المتفاوضين جراحة

خطأ لها ارش واستحلفه البتة فخلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلاً به . ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية باليدنة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجهه ولا خصومة للمجنى عليه معه فذلك لا يحلفه عليه لأن الاستحلاف لرجاء النكول وقراره بالجناية على شريكه باطل وكذلك المهر والجعل في الخلع والصلح من جنابة العمد إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا . قال (وإن ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك . وأصل المسئلة أن أحد المتفاوضين إذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه في

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه هـ
وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل انه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كالأذن
والمكاتب وانه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في
حق شريكه فكذلك الكفالة . ولا بي حنيفة رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من
مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلاً عن صاحبه كما يكون
وكيلاً عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة
فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه
(والثاني) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى
أن الكفيل يرجع بما يؤدي على المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا
والذي كفل صار مطالباً بالمال * ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على
أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون
والمكاتب والأذن والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلاً فلا يكون مفاوضة
وقد يجوز أن يكون تبرعاً في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع
في الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما
يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضي الله عنه . قال (يخلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال
لانه لو أقر به لزمها جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة
على شريكه بالبينة فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا
ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو
ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالباً بالمال فلا يستحلف عليه أيضاً * قال (وان
كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا أنكره
بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر
على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة
والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمي في قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهي مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة
 بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضى المفاوضة والكفالة والوكالة فانما تشترط
 أهلية كل واحد منهما في ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد
 منهما من أهل المفاوضة ألا ترى ان المفاوضة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك
 تصح بين المسلم والذمي ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسلم لا يتصرف في
 الحمر والخزير والذمي يتصرف في ذلك . وهذا لان الذمي الذي هو شريك المسلم مفاوضة
 لا يتصرف عنده في الحمر والخزير ثم لا معتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة
 تصح بين الكتابي والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابي
 لا يفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفي المذهب وشافى المذهب وان كان الحنفي يتصرف
 في الميثاق النبذ لانه يعتقد فيه المالية وشافى المذهب يتصرف في متروك التسمية عمداً
 لانه يعتقد فيها المالية . ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي
 وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف ولا في
 محل التصرف وهو المال فان الحمر والخزير مال متقوم في حق أهل الذمة يجوز تصرفهم
 فيها بيعاً وشراءً وسلاماً في الحمر وهي ليست بمال في حق المسلم فتعدم المساواة بينهما وبدون
 المساواة لا تكون الشركة مفاوضة . ألا ترى أن المفاوضة لا تصح بين الحر والعبد لانعدام
 المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف في الحمر والخزير اذا كان مفاوضاً للمسلم قلنا المعنى
 الذي لأجله كان ينفذ تصرفه في الحمر والخزير اذا كان مفاوضاً للمسلم هو اعتقاد المالية
 والتقوم فيه وذلك لا يعدم بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا
 بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسى لان من يجعل الموقوذة مالا متقوماً في حقهم لا يفصل
 بين الكتابي والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة
 فان الكتابي يؤاجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا يؤاجر نفسه لذلك لان ذبيحته
 لا تحمل ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه
 أو بنائبة واجارة المجوسى نفسه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لا تحمل ذبيحته
 فأما بين الحنفي والشافى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً
 ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه من الحنفي والشافى جميعاً لثبوت ولاية الازام

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وإنما كرهه أبو يوسف رحمه
 الله لأن في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمي بالتصرف له . قال (ولا تجوز
 المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين
 الصبيين وإن أذن لهما أبوهما) لأن مبنى المفاوضة على الكفالة فإن كل واحد من المتفاوضين
 يكون كفيلاً عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فهذا لا يجوز
 المفاوضة بينهما لأن كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فإن العبد يحجر عليه مولاه
 والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد في الرق والمقصود من المفاوضة التصرف
 والاسترباح فإذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم
 تكون الشركة بينهما عنانا في هذه المواضع لأنها أهل الشركة وإنما فسدت المفاوضة خاصة
 فيبقى العنان وقد بينا أن العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . قال (وإن تفاوض الذميان
 جاز ذلك وإن كان أحدهما نصرانياً والآخر مجوسياً) لأن المساواة بينهما في الملك والتصرف
 تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وإن شارك
 المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) إن قتل
 على رده أو لحق بدار الحرب بطل وإن أسلم جاز لأن من أصله أن التصرفات تتوقف بالردة
 على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل إذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته
 فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لأن من أصلها أن
 تصرف المرتد بعد رده قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فإن قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت
 الشركة لأن في القتل موتاً ولحوقه بدار الحرب كونه والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة
 فملى ما قال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة
 المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وإنما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لأن
 المرتد عنده في التصرفات كالمریض وكفالة المریض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون
 المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فلماذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل
 أبي يوسف الكفالة وإن كانت تصح من المرتد لأنه بمنزلة الصحيح في التصرف إلا أن
 نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه إذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب
 من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فلماذا توقف المفاوضة منه . قال (وإن شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لأن تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لا تقبل فكذلك في مالها الا انها كافرة فهي كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لاتصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهي مكروهة فكذلك في حق المرتدة قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لا تقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فلذا تتوقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكتب عبداً من تجارتهما) لان المفاوضة في حق شريكه أعم تصرفاً من الوصي في حق اليتيم وللوصي أن يكتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولي وبيان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح في حق شريكه وإقرار الوصي بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذي لا يملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصي صحيحة فصحتها من التاجر الذي يملك نصف العبد وهو المفاوض اولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكتب فله أن يأذن لعبده في التجارة بطريق الاولي فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن في التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة وليس له أن يكتب والاذن في التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمآل في ذمة مفلسة لا يدري أيقدر على الاداء أو لا يقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلذا لا يملك المفاوض في نصيب صاحبه وكذلك لا يزوج عبداً من تركتها لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعيب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلا يملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصى
 تزويج أمة اليتيم ولا يملك تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشريك العنان أن يكتب لان
 كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون
 معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الأمة
 في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا
 في كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما ديناً من تجارتها
 لم يلزمه من ذلك شيء) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلها ولان مالية العبد من شركتهما
 وما اداناه أو أحدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الايجاب في ذمته فلا يشتغل بما لا
 يفيد شراً (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع
 بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة في ايجاب ذلك في ذمته متعلقاً بماليته لان
 ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين في عبد لهما خاصة فاذن لهما في التجارة ثم ادانه كل
 واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما
 من حصة صاحبه كالأجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه في
 ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين
 فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كالأجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على
 حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه ما يخص عبده غيره دون ما يخص عبده)
 قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فبأه أحدهما ثوباً من ميراث ورثه لزمه نصف
 ذلك الدين في نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل
 واحد منهما من صاحبه كالأجنبي . قال (ولو كان العبد ميراناً لأحدهما فاذن له الآخر في
 البيع والشراء لم يجز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر
 فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لو ادانه أجنبي آخر
 لان ما ادانه ليس من شركتهما وان اداناه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما
 في الادانة من مال التجارة كفعلها فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب
 المولى الدين على عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر
 أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الاشياء فللموَجِر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكربى أن يأخذ به أيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالاته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف. وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة (وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره خاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتها وأدى الاجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما في شئ خاص شركة ملك لم يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار. قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه وللمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والاخر مطالب عنه بكفالاته بما ياتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبداً له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الأجر لانه بدل ما ليس من شركتهما الا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كلاجنبى ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من العقود فسدت المفاوضة لما قلنا. قال (ولاحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعل ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات في هذا

الفصل ويستوى ان كان الذي شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (وذكر) الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكي العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرته المفاوضة مع الثاني نقص منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به وتقص أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل . قال (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شيء أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر واكتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه في حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلها بخلاف ما اذا أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتها فهو بمنزلة مالو أجر عبداً له ميراثاً . وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتها فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه في التصرف في مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه في مال الشركة وكان شريكه في ذلك كأجنبي آخر قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفياً للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه في الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب لو رهن بدين الولد عيناً قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمه مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه . قال (وان كان الدين من تجارتها على رجل فارتهن أحدهما به رهناً جاز) سواء كان هو الذي ولي المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك في الارتهان به وأما في شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفى ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة في ذلك المال له في لا صرفه الى حاجة نفسه . قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذي ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتباراً للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكلا كان أو مالكا . قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتهن رهنا بدين ولياه جميعاً) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لا يملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز في نصيبه كان مشاعاً والشيوخ يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن في ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز في حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضموناً بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه في نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لا يثبت الضمان في ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلاً فيه ان أجاز له صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شيء عليه فهلك الرهن في يده قبل أن يجزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره في الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسألة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شيء عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لا على وجه الاستيفاء فلماذا لا يضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصر نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن . قال (واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك ومن ملك مباشرة الشيء بالاقرار به لا تنتفاء التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيب صاحبه ويجوز في نصيبه استحساناً لان الموكل اذا قبض الثمن بتسليم المشتري اليه صح قبضه استحساناً وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحاً في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المتفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوباً فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائماً مقام شريكه ولا مأذوناً له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المنصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون على الفاعل خاصة واذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان ما يجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك ما يجب بالشراء الفاسد . قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة تخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفعلها ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما في ضمان الغصب والاستهلاك . قال (واذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال (ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جنائية فهو بمنزلة كفائه بدين آخر لا يؤخذ به شريكه) في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤخذ به لان الواجب على المتفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجنائية والارش والمهر في حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجنائية والشريك غير متحمل فيه ما يجب لهذا السبب ولهذا لا يؤخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا تمتعها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المتفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آباءه وأولاده وعبيده ومكاتبه في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار ما بينهما من القرابة بخلاف العبد فكتبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون منهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو - بنفة رحمه الله يقول هو منهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح . وجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المتفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فهذا لزم المال المقر خاصة . قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه اذا شهد للمباينة وهي تعد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح - ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع مواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك . قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة
 فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمها جميعاً لان هذه العدة ليست
 من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة
 والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمها
 جميعاً وان كانت في عدته لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق
 النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعا سواها في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح فلذا كانت كالأجنبية في حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقربه في حقها
 ويجوز اقراره عليها جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا
 يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز
 اقرارها بالدين لأبوي زوجها وولده من غيرها عاينها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال
 (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول في غير المفاوض)
 لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك
 في كتاب العتاق . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتب هذا العبد في
 الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه في الحال وصحة اقرار
 المقر في حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون
 ذلك كأنشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يردده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه
 لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن
 الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب في المفاوضة
 وكذلك ان أقر أنه اعتقه في الشركة معناه ان اقراره يصح في نصيب نفسه خاصة ولا
 يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق في حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه
 فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما
 على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد في الشركة
 وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت
 استسقاء العبد فالقول قول الذي لم يعتق) لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر
فلا يقبل قوله الا بحجة وعلى المنكر اليمين فاذا حلف كان له أن يستسقى العبد في قول ابي
حنيفة رحمه الله ولا شيء له علي الشريك لا قراره انه باختيار الاستسقاء وذلك موجب
براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من
الضمان بالبراءة) لانه حقه تقرر في ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئاً شريكه
بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان
القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فاذا أنكره كان القول قوله
ولكن له أن يستسقى العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان
نصيبه في ذمته باختياره تضيئه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقبل تقرر الضمان لان
استفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى واذا سقط حقه في تضيئه تعين في استسقاء العبد
كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت
بالمعينة فيراً هو من ذلك ولا شيء على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان
القول قوله أيضاً لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر في
الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه في المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام
الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سقاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد
من نصف قيمته لانه أثبت يئته بسبق التاريخ في الاعتاق وأبقى مالزمه من الضمان به
والتشريك بينته يبنى ذلك والبيئات الاثبات فيترجح بزيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما
انه كاتب عبداً على الف درهم في الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت
اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يكاتب) لان المكاتب
يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا
حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركاً بينهما بمد
الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه
وقال الاخر كاتبته في المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول
الذي لم يكاتب لان ملكه في نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له في نصف
الكسب فالشريك بما قال يدعى بملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذي لم يكاتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهما وقد مات فإخذ ان المكاتبه من تركته
والباقي ميراث قال لان ولاءه لهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقسم الورثة جميعاً شركاً
ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا بيئته)
لاهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركاً في الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص
به بعد ذلك لا يقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما
نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما في
أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعاً بعد
ما يحلف الآخرون ما دخل هذا في قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركاً في الاصل فانما يستحق
ذو اليد باعتبار يده ما لم نعلم فيه حقاً لغيره فأما اذا كان معلوماً فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد
على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته
وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى ما في ذمته مطلقاً فكذلك لا تسمع منه
دعوى ما في يده بخلاف ما قبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان في يد أحد الفريقين مال فقالوا
هذا لا يينا قبل المتفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك
في حياته لم يسمع ذلك منه وكان ما في يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المتفاوضة
فكذلك دعوى الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان في الشركة ثم أقروا بهذا
وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة في حق المقر وقد زعموا ان هذا ما لم يتناوله البراءة
لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة
مما كان في الشركة وغيره فلا حق لهم فيه لانه دخل في البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما
أو من غير شركتهما . قال (وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين
شريكه) الا اني أستحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام ان يكون له خاصة
دون شريكه لان مقتضى المتفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف
وكان شراء أحدهما كشراهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك
من عمود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المتفاوضة لان كل واحد منهما
حين شارك صاحبه كان عالماً بحاجته الى ذلك في مدة المتفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم
يقصد بالمتفاوضة ان تكون نفقه وتفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبايع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشتري باشر سبب الالتزام والآخر كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداها أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجدد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لوجوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحض من صاحبه فوجوده يكون فسخاً لانه ينقضي بالوجود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما في يده اذا قامت البيعة على المفاوضة لانه كان أميناً في نصيب صاحبه فبالوجود يصير ضامناً كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر في يد وارث الميت أمانة فبالوجود يصير ضامناً فان مات وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصى كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الوصى وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذي ولى المبايعه فاذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الوصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً في نصيب صاحبه. قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهي بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ماصار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الا عند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبايع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذي اشتراها بمنزلة ما يشتره من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) في الجامع الصغير أن الجارية للمشتري بغير شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما نقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشيء منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا ادبا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشتري بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور في كتاب الشركة

قولهما، وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداءه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما في الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضى الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهم لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. ألا ترى انهم الوشرط التفات بينهما في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تملك نصيبه من المشتري بعد الشركة فيكون واهبا نصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة بطأها والثن عليها فهذا مثله يقرره ان اذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه في القرار المشتري بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما بهبة أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشتري للمشتري خاصة بعقد الشراء فلماذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحققت لاستحقاق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحققت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة في شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤخذ بالعقر بسبب الشراء في الحال ولا يؤخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتها بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما في البيع كفعلها ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشتري أو أبرأه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامناً مثله للموكل ولم يجز إبراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لأن الهبة والإبراء ليس مما تقتضيه المفاوضة* وإن كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشتري جاز في نفسه لأنه مالك لنصيبه فيجوز إسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل إذا أبرأ المشتري فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وإن أقاله البيع جاز عليه وعلي الذي ولي البيع لأن الإقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فإن الإقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الأب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان . قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لأنه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة عينة وصورة العينة أن يشتري عينا بالنسيئة بأكثر من قيمته ليبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكي العنان وقد بينا أن هناك إنما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة إذا كان في يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما إذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة . قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم إليه صاحبه في طعام كان جائزاً على شريكه) لأن قبول السلم من صنيع التجار ﴿فإن قيل﴾ كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح لكل واحد منهما وكيل في حق صاحبه فأما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل ﴿قلنا﴾ هذا في شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه أن قبول السلم تبع مافي ذمته والتزام ضمان مافي الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة مالو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا أن ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم . قال (وإذا باع أحد المتفاوضين عبداً بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لأن الشركة انقطعت بينهما بالموت فالتبقي ولاية المطالبة والخصومة بالمقد وذلك إلى العاقد أو إلى من قام مقامه بعد موته من وصي أو وارث ولكن إن أعطاه المشتري نصف الثمن برى منه لأن نصف الثمن ملكه إذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه إليه فإذا دفعه المشتري إليه بنفسه برى

استحسانا كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الي الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مقيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبمعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشترى ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشراء اذا كان مقيداً كان صحيحاً كالمولى اذا اشترى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئاً من مال المضاربة من المضارب كان صحيحاً . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعاماً يجمله رزقاً لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئاً من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلاً) لان هذا العقد غير مقيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مقيداً كان باطلاً لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغواً واللغو لا يكون مشروعاً وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الاخر للتجارة كان جائزاً لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة مالم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتى يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثاً اشترها الآخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضى لما قضى بلحاظه بدار الحرب حتى يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذا فقد موته حكماً ولانه صار حريباً ولا عصمة بين الحربى في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبقى وان رجع مسلماً قبل ان يقضى القاضى بلحاظه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضى بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل برودة الوكيل ولحاظه مالم يقض القاضى به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الجا كم بلحاظه بدار الحرب ثم رجع مسلماً فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتموت القاضى اياه حين قضى بلحاظه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على رده لم يلزمه ذلك الدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه في حال رده وكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد رده وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذا قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته . قال (ويبيع أحد شريكي العنان وشراؤه واقراراه بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على رده لم يلزمه من ذلك شيء وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوت حكمه في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أو مات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالباً به . قال (واذا باع أحد المتفاوضين متاعاً ثم افترقا ولم يعلم المشتري باقتراحهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك باقتراحهما ما لم يعلم به المشتري حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ لأنه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك باقتراحهما ما لم يعلم به وهذا لان المشتري بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق قصداً عزله عن الوكالة وعزل الوكيل تصدأً لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذي ولى البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم به اذا لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكماً لتحويل ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به . ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله تصدأً . قال (وان وجد المشتري به عيباً لم يكن له ان يخاصم الا الذي ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيلاً فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه . قال (ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الاخر مطالباً
 بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر
 الديون . قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن
 أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفاً فيبطل من الاصل بإبطال المستحق وتبين ان
 رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشتري ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد
 بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحاً الى وقت الرد وانما
 وجب الثمن على البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشتري ان
 يطالب به الاخر . قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك في الخياطة
 مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل
 واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه ما بقيت الشركة بينهما ﴿فان قيل﴾ عمل الخياطة مستحق
 على من باشر السبب والاخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط على الخياط ان يخيط
 بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿قلنا﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما
 كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التي
 هي ركن المفاوضة لا تتحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة
 فلا جرم اذا تفرقا أو مات الذي قبض الثوب لم يؤخذ الاخر بالعمل لان الموجب للاتحاد
 هو الشركة وقد انقطعت وانما بقي معنى الكفالة فكان الشرط على الخياط فلا يطالب
 الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذي قبل بطل هذا التقبل لقوات العقود عليه وهذا
 نظير ما لو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان
 لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في
 ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط على الخياط العمل بنفسه هذا
 لا تجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة في ايفائه فتصح الكفالة
 وبمد صحتها اذا مات الخياط بريء الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموت الخياط وبرائة
 الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال بريء الكفيل
 لان الاجازة قد انقطعت بموته . قال (واذا كان بين رجلين كره حنطة وكر شعير ولم يأمر
 أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير

بغير أمره كان ضامناً للدابة ولحمية صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك و كل واحد منهما في التصرف كالأجنبي من صاحبه فيكون غاصباً للدابة ولنصيب شريكه من الشعير يحمله على الدابة فهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير اذا تلفت بحمله وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الحمل كما أنه وكيل صاحبه في التجارة فهذا لم يكن ضامناً. ثم ختم الباب في الاصل بما اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملأ بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة في هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان في المفاوضة لا يجوز اشتراط التفاوت بينهما وفي العنان لا يجوز ذلك في شركة الوجوه الا أن يشترط التفاوت في ملك المشتري وفي التقبل يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترط التفاوت في التقبل فاما مع اشتراط التساوي في أصل التقبل لا يصح منهما اشتراط التفاوت في الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضاً أن الربح بينهما على الشرط والوضعية بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما في أصل التقبل لكانت الوضعية على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان في التقبل هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت في العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه هما متساويان بثن في ذمتهم فمع التساوي في ملك المشتري لا يصح منهما شرط التفاوت في الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تقوم بالعقد فنفقة كل واحد منهما تقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشتري فانه يقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شيء من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان واذا تقبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما اذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياساً واستحساناً في هذا الفصل في القياس لا يطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة الا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لا يطالب الاخر به فكذلك اذا تقبل العمل وفي الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا التقبل مقصود بالشركة فقيماً هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآجر استحساناً لانه هو المقصود بعقدتهما . وبيان كونه مقصوداً أن

الشركة التي بينهما لا تنفك عن هذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحساناً أيضاً وأنه لو ادعى عينا في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره في نصيب شريكه أيضاً استحساناً ومحمد رحمه الله في هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاتقراره بالدين وما ي تلف بجنابة في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشيء من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لأن وجوب ضمان ما جنت يده باعتبار العمل وما في العمل كالمفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليه وكذلك الاقرار بالعين فإن الشركة لا تنفك من ذلك لأن من يسلم إلى أحدهما العمل فلا بد له من أن يسلم إليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند إقامة العمل فإذا لم يصح اقراره في حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلماذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (وإذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسدة) لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لا تجوز الوكالة فيه ولو وكل انساناً بأن يحتطب له لم يصح التوكيل وكان الحطب الذي لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لأن كل واحد منهما في المعنى يوكل صاحبه مباشرة بعض ذلك العمل له ولأن الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه إذا باع لأن البدل يملك بملك الاصل فإن احتطب أحدهما وأعان الآخر فله أجر مثله على الذي احتطب لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر مثله ولا يجاوز به نصف الثمن في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغاً ما بلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك ألا ترى أنه لو استأجر

حمالاً ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقبض منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمي وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية اذ المنافع لا تقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد علي المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أم لا والرضا بالمجهول لا يصح فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا أصاب شيئاً أولى بخلاف حمل الحنطة فان القبض منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به المسعر وعلي هذه الشركة في سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فاذا عملاً ذلك وبخطاه ثم باعاً قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان كيلياً أو وزنياً لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما يقسم على ماليه العقود عليه وماليه المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيلياً أو وزنياً يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة الماالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما في النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان في يده والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا بينة لانه يدعى خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئاً كان في يد صاحبه ولا يستحق المرء ما في يد غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكها أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل في هذه الاشياء لا يجوز فانها على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن ما يلبنان من طين لا يملكه أحداً أو يطبخانه آجراً أو يشركان على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحاً غير مملوك فكذلك الشركة فيه . قال (وان كان من طين النورة مملوكاً فاشتركا على أن يشتريا منه ويطبخناه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه في هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد منهما وكذلك سهلة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء لا يشتريانه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا في الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسل كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحدهما فأرسله جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخنه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك . قال (واذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخنه جميعاً فقد تقررت المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل والآخر بعير علي ان يؤجرا ذلك فمارزقهما الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك علي أن يكون جميع الأجر لي كان باطلاً فكذلك اذا قال علي أن يكون نصف الأجر لي وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببذل العين وكذلك اذا قال بع دابتك علي أن يكون نصف ثمنها لي كان باطلاً فكذلك في الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرة قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلماذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً لغبن لانه يتعين في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الأجر بينهما علي مثل أجر البغل وأجر البعير لان الأجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما علي قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالأجر بينهما نصفان لان استحقاق الأجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان اجر البعير بعينه كان الأجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه علي الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ وهذه والمسألة الأولى سواء . قال (وليست الشركة في اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة في عمل أيديهما بأدائهما) حتى اذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضموناً على كل واحد منهما والتوكيل في ذلك صحيح فكذلك الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما . قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللآخر كاف وجواليق على أن يؤجر الدابة على أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل في مثله لا يصح فان أجر الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل على الدابة هو المقصود فأما الا كاف والجواليق يتأتى الحمل بدونهما فلا يقابلها شيء من البديل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الى رجل يؤجرها على ان ما أجرها به من شيء فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتباراً للعقد الوارد على المنفعة به بالعقد الوارد على الدين ولو دفع الدابة اليه ليبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله في اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللذي أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعتها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة في ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل العقود عليه لا بد ما حمل عليه من العقود عليه ولصاحب الدابة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

في هذه كالدابة اعتبارا لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : أعلم بان الاصطياد مباح في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعاً وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً ويستوى ان كان الصيد ما كول اللحم أو غير ما كول اللحم لما في اصطیاده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس . والحيوانات نوعان . نوع منها ما لادم له فلا يحل تناول شيء منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعاً وذلك لا يتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى . والمستوحش نوعان منها صيد البحر لا يحل تناول شيء منها سوى السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخلب لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخالب من الطير ولمعنى الخبث فيهما فان من طبيعتهما الاختطاف والانتهاب فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الأثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعاً وانما أيسر لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل تناول منها فيما يحل منها بالذكاة
قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية
محذور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا
يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما هو محذور عقلا
كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم في الذبح والاصطياد
تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي فيكون ذلك سبباً مباحاً
اليه وأشار الله تعالى في قوله هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود
فلا يكون محظوراً عقلا كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة في وقتها .
والذكاة لغة التوقد والتلب الذي يحدث في الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدة
الحرارة وسمى الرجل الذي في خاطره حدة ذكياً فهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطيب
اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكي أطيب لحماً من الميتة وأبعد من النيس والفساد
. وقيل الذكاة عبارة عن تسهيل الدم الفاسد النجس فان المحرم في الحيوان الدم المسفوح قال
الله تعالى في جملة المحرمات أو دماً مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطيباً بتميز
الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح في المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة
ما بين اللبة واللحين وبالجرح في أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض
ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففي كل موضع يكون الذبح في المذبح مقدوراً له
لا يثبت الحل الا به وفي كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل تناول بالاصطياد
مختص بشرائط (أحدها) أن يكون ما يصطاد به معلماً (والثاني) أن يكون جارحاً قال الله
تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلين تعلمونن مما علمكم الله) وفي معنى الجوارح قولان
(أحدهما) أن يكون جارحاً حقيقة بنابه ومخلبه (والثاني) الكواسب قال الله تعالى ويعلم
ما جرحتم بالهارة أى كسبتهم ويمكن حملها عليها فنقول الشرط أن يكون من الكواسب التي
تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك في السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن
حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل . فلما حرم تناول عند عدم الارسال في أحد الكلبين دل أن الارسال في ذلك

شرط ولان التذكية انما تكون موجبا للحل اذا حصل من الآدمي فلا بد من جعل آلة الصيد نابيا عن الآدمي ليحصل الحل بفعله وذلك لا يكون الا بالارسال واشترط كونه معلما لتحقيق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا ان المراد به عند الارسال (والسادس) ان يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعا ومستوحشا (والسابع) ان لا يتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدري لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله كل ما أمت ودع ما أئمت والائمة ما رأيته والائمة ما غاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدري لعله لو تبعه وقع في يده حياء وقدر على ذبحه في المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متى اجتمع في الصيد لعل وعسى ان لا يحل تناوله . واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد ان يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب بيانه مروى عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا ان يكون رأسه محمداً وقيل سهم لا ريش له فربما يصيب السهم عرضاً يندق ولا يخرج وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فخرج فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والحرق هو الخرق الا ان لفظه الخرق تستعمل فيما لا حياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل في الحيوان وقد بينا ان الحل باعتبار تسيل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق فان ذلك في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضربها انسان فوقدها فألقاها على كناسة وهى حية فسألنا سعيد بن جبير فقال ذكوها واكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جازتناولها لقوله تعالى الا ما ذكيتم والحصول ماهو المقصود وهو تسيل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الا كل وبه أخذ علماءنا رحمهم الله قالوا الكلب اذا اكل من الصيد الذي أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم وهو أحد قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه لحديث أبي ثعلبة الخشني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب كل وان اكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولاً فيخرج من أن يكون صيداً وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم ما بقي منه على صاحبه كما لو قُتس في مخلقة صاحبه وتناول شيئاً من القديد من لحم الصيد . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي بن حاتم رضي الله عنه فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه وتأويل حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان صحح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ في دم الصيد وعندنا ذلك لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كالموتى والارسال أصلاً (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الاكل وبه نأخذ وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى البازي والكلب اذا أكل من الصيد لا يحل لما بينا أنه أمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا على وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الاكل وجثة البازي لا تحتل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثاني) ان الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتي بما يكون مخالفاً لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلاً على علمه بل يكون علامة علمه ترك الاكل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلماً والشرط في صيد الكلب أن يكون معلماً والبازي متنفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الأكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأني في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كاجهه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكننا نقول هذا دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنع منه وأمسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك فكان دليل علمه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالواكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب المجوسى أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل فان كان للمجوسى كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) فى الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكليين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال من رمى صيدا فتردى من جبل فلا يأكله فاني أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا فوقه فى ماء فلا تأكله فاني أخاف ان يكون الفرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة . فان الله تعالى ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى الموجب للحل ومعنى الموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وهذا بخلاف مالورمى طيرا فى الهواء فوقه على الارض ومات فانه يؤكل وان كان من الجائر أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع فى الماء والتردى من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوى فى ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش فى الماء غير مجروح فأما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف مالو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع أو وقعت فى ماء لان قطع الحلقوم والوداج زكاة مستقرة فانه يحادى بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمي ليس بزكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد فى

يد الرامي حيا لم يحل الا بالذبح فلماذا كان الترددي من الجبل والوقوع في الماء محرما له وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه عن شيء كان قومي يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي خنقة ونهية ومجثمة وعن كل ذي ناب من السباع فقال ابن المسيب رضي الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأكول اللحم وهو مذهبنا. وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه قال نعم فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا في ذلك الحديث الذي روينا وحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير ولأنه ذو ناب يقاتل بناه فلا يؤكل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخبت باعتبار ما فيه من القصد الى الأذى والبلادة فيدخل في جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. وحديث جابر رضي الله تعالى عنه ان صح فتأويله انه كان في زمن الابتداء ثم اتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف في أن الضبع صيد بحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى حديث أبي الدرداء رضي الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخالبه من الهواء كالبازي والعقاب والشاهين والمنهية ما ينتهب بناه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذكر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الاكل هذا الخلق الردى وفي المحتمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يحتم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يحتم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذي ناب من السباع ما يقصد بناه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد فمرقا ان المحرم ما يبناه وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذي مخب من الطير وما أكل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالفرار والفراب الا بقع مستخبت طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقاً يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم في الحل والحرم وذكر الغراب من جلتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذى يلتقط الحب فهو طيب مباح لانه غير مستخبث طبعاً وقد يألف الآدمى كالحمام فهو والمعقق سواء ولا بأس بأكل المعقق فان كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد تخلط أيضاً وهذا لان ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثاً عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط. وعن ابن المسيب رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان تنزع الشاة اذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفي هذا زيادة ايلام غير محتاج اليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الأشعث الصبغاني رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة واذا قتلتم فأحسنوا القتل وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان في شيء وكان منهيًا عنه وروى كراهية ذلك عن عمرو ابن عمر رضى الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضى الله تعالى عنه لا تجروا المعجماء الى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا المر على الاوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يبد بساخن حتى تبرد الشاة. وفي هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم في شيء بخلاف ما قاله جهال المتشقة وفيه دليل على انه ينبغي للذابح أن يتحرز عن زيادة ايلام غير محتاج اليه (وعن) عكرمة رضى الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميها موتات. وبه نأخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه، وضرب عمر رضى الله عنه من رآه يفعل ذلك بالذرة حتى هرب وشردت الشاة ورأى رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدما الى الموت فودا رفيقا
وفي رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف ما يراد بها كما
جاء في الخبر أبهت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف
ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة
ولكن الشاة لا تحرم بشئ من هذا لان ما هو المطلوب من الذكاة وهي تسيل الدم النجس
منها قد وجد والنهي لمعنى في غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن)
رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج
فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدي الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه
يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنبهار الدم وإفراء الاوداج والانهار التسييل ومنه
سمى النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء
القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرىء والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة
تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب
لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانها منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بالقطع
الاوداج بالقوة لا بجدة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدي الحبشة وهم انما يعتادون الذبح
بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة
والعظم المنفصل اذا كان محدوداّ اختلاف بينه (وعن) عامر قال لا بأس بذبيحة الاخرس
اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه
الشفتين بمنزلة البسملة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يكون الناطق
شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك
باعقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق
الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسى واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض
فبعذر الاخرس أولى (وعن) علي رضي الله عنه في الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال
لا بأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضي الله
عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى
بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الخلق حتى أبان رأسه فلا يشك في إباحتها أكله ويكره هذا الصنيع لأنه زيادة إيلاف غير محتاج إليه وإن بدأ من قبل القفا فإن قطع الخلقوم والوداج قبل أن تموت الشاة حلت فإن ماتت قبل أن تقطع الخلقوم والوداج لم تؤكل لأن فعل الذكاة بقطع الخلقوم والوداج عند القدرة وإن مات بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما إذا مات قبل قطع الخلقوم والوداج (وعن) سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة والاحيين وبه تأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على أن أعلى الخلق وأوسطه وأسفله سواء في ذلك لأن الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) إبراهيم رحمه الله تعالى قال إذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وإن أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وإذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحر لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته قال هذا عن شهد لي بالبلاغ إلى يوم القيامة إنما قال بعد الذبح لامعه (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة قد نذر فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم إن لها أوابد كأوابد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه. وبه تأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح في أي موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم إن لها أوابد كأوابد الوحش أي أن لها تنفرا وإتيحاشا كما يكون الوحش إلا أن الاغلب من حالها الألف والوحشي أغلب حاله التوحش فإذا صار ألوفا التحق بما هو ألوفا غالبا وإذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لأطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتاب بن رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا ردى في نهر بالمدينة فوجى من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضي الله عنهما عسيرا بدرهمين وفي هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وأنه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه في مهوى فان ابن عمر رضي الله
عنهما مع زهده وتفرده رغب في الشراء منه والمسير تصغير المسير وقد روى عشيراء وهو
- واد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بمير في بئر ولم يقدر
أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. ففي هذا بيان أن السنة في البعير النحر وفي البقر
والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله
يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذي جاء في
الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه
و- ام عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف
معلوم في لسان العرب قال القائل * علقها تبنا وماء بارداً * أي وسقيتها ماء بارداً لان الماء
لا يعلق وعن علي رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة
ليست بشرط فيها بل يثبت الحل فيها بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة
بكون الآخذ مجوياً أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكي وحيث
لم يشترط في السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيها ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم
أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض
وفيه الميت وغيره قال كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة
والثاني بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتاً فلا بأس بأكله لان موته
لا بد أن يكون بسبب فانه بحري الاصل برى المعاش كما قيل ان يبض السمك اذا انحصر
عنه الماء بصير جراداً فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات
في غير موضع معاشه وذلك - بب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ما روى أن مريم رضي
الله عنها - ألت لحماً مشاً فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعاً بأكل الجراد حتى
قال يوماً في مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت
مع وليدة لنا فاشترينا خريته بقفيز من حنطة فوضعتها في زنبيل فخرج رأسها من جانب
وذئبها من جانب فربنا على رضي الله عنه فقال لي بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه
وأوسع للعيال ففي هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروى عن
ابن عباس رضي الله عنهما فانه سئل عن الخريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأساً فأما أهل

الكتاب فيكرهونه. وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون الخريت ويدعون قول علي رضي الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الخريت من جملة المسوخات وهذا باطل فان المسوخ لانسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الخريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذي لا يعنى المرء مما ورد النهى عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه أتاه عبد اسود فقال انني في غم لاهلي واني سليل الطريق أفاسق من لبنها بغير اذنهم فقال لا فقال اني أرمى الصيد فاصى وأنى قال كل ما أصميت ودع ما أنميت . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الا صماء ما رأيتها والائمة ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع بالامتناع عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للرعي أن يسقى من لبن النعم بغير اذن أهلها فان ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعي أمر بالرعي والحفظ والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة عنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذي جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعي النعم فاستسقاها اللبن تأويله ان ذلك الراعي كان يرعى نغم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكة بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه (وعن) موسى بن طلحة رضي الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أزنا مشويا قال لاصحابه كلوا قال الاعرابي اني رأيت دما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ليس بشيء وقال للاعرابي اذن فكل فقال اني صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب ما كول وقد قبل ر. ول الله صلى الله عليه وسلم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك (وقول) الاعرابي اني رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبه تميض كالنساء فبين

ر-ول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشئ . وفيه دليل على أنه لا بأس للمهدي أن يأكل من هديته فإن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه إلى الأكل وإنما بحث ليعتم مكارم الأخلاق فما كان يدعو أحدا إلى ما يخالف ذلك وفيه دليل على أنه إذا دعى إلى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول انى صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان ر-ول الله صلى الله عليه وسلم لم يحثهم على ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل على أن الأفضل أن يكون صومه في الأيام البيض لقوله صلى الله عليه وسلم - لم جعلها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في ليالها من أول الليل إلى آخر الليل فكان الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روى أن آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط إلى الأرض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الأول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت ر-ول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء -ائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أتعلمين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه كان ينظر إليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضي الله تعالى عنهما فيه بين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لأنه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصديق به ولو لم يكن كراهية الأكل للحرمة لا مرها بالتصدق به كما أمرها به في شاة الانصاري بقوله أطعموها الاسارى والحديث الذي فيه دليل الإباحة محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الأصل أنه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لأنه من المسوخات على ما روى أن فريقين من عصاة بني إسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنزير
(وروى) هذا الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور. ثم قد بينا أن
المسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بمسوخ وإن نسخ قوم من جنسه
ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث لكونه مستخبثا طبعا كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم
حنين حمرا أهلية فذبجناها وأن القدر لتغلي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكلتوها
بما فيها ونهى عن أكلها فقلنا بيننا إنما حرمها لأنها نهيبة لم تخمس فلقيت سعيد بن جبير رضي الله
تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمها البتة. وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الأهلي
وكان بشر الراسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى أن عائشة رضي الله عنها
سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما الآية (وعن) طاوس قال
قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون أن لحم الحمار الأهلي حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول
ذلك عندنا بالبصرة فأتى ذلك الخبر يعني ابن عباس رضي الله عنهما وفي حديث الجبر بن غالب
رضي الله عنه أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لي من مالي إلا حمير
فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فاني إنما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار
الأهلي بالوحشي فإنه. أكل بالاتفاق وكل حيوان وحشيه. أكل فإهلي من جنسه
. أكل كالأبل والبقر وما لا يكون أهلية. أكل فوحشيه لا يكون ما كولا كالكلب
والسنور وحببتنا في ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرمها يوم خير لقلة
الظهر لأنه أمر بالكفاة القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لأنها نهيبة لم
تخمس فإنه كان ما كولا فللغنائم حق تناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لأنها
حول القرية. مأخوذ من الحوال تناول الجيف كالجلالة فإنه خص الحمار الأهلي بذلك وفي
هذا المعنى الحمار وغيره سواء فمرقنا أنه حرمها البتة (وقد) روى أنه أمر أبا طلحة رضي الله
عنه فنادى ألا إن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمار الأهلي فاتها رجس وروى ابن
عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خير عن متعة النساء وعن الحمار
الأهلي ولما بلغ عليا رضي الله عنه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما بإباحة المتعة فقال له نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمار الأهلي زمن خير فترجع الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الخبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنشق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل ان لنا أحمره عجافا * يا كان كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الاكاف وما نقلوه عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالاية لتركبوها وزينة على مائتين وعائشة رضي الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهل بالوحشي ساقط فانه لامشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً عفيراً أو رجل حمار وحشي فأمر أبا بكر رضي الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر بالا كفاء للقدر في لحم الحمار فقد ورد مثله في الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصابتنا جاعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلي بها فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم با كفاء القدور ومعلوم أن تضييع المال لا يحل فعرفنا أن الامر با كفاء القدور في الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحريث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فكتب الينا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي وبهذين الحديثين يستدل من يرخص في لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وما قال في الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال لابي حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل في الاسواق من غير نكير منكر ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه ما كول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه في الحرب فلماذا نهاهم
 عن أكله لا حرمة له وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال
 والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب
 والزينة في الخيل ولو كان مأكل ولا لكان الأولى بيان منفعة الأكل لأنه أعظم وجوه
 المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة
 وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه في الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولأنه
 ضم الخيل الى البغال والحمير في الذكر دون الانعام والقرآن في الذكر دليل القرآن في
 الحكم وبنحوه استدلال ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ما حين كره لحم الخيل كما روى عنه
 في الكتاب وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
 عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدم بن معد يكرب رضي الله تعالى عنه أن
 النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل
 الموجب للحرمة يرجح فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي
 ولأن نتاجه غير مأكل وهو البغل لأن البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه
 حكمها في الحل والحرمه فاذا لم يكن مأكولاً عرفنا أن الخيل ليس بمأكل . ثم الخيل تشبه
 البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلي بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر
 وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وانما
 جعل يوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة ومن
 قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالأدمى من وجهه ومن حيث أنه يحصل ارهاب
 المدربه ويستحق السهم من الغنيمة والأدمى غير مأكل لكراهته لا لنجاسته والخيل
 كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكراهة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل
 بوله كبول ما يؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بئمن كلب الصيد وروى
 أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه تأخذ فنقول بيع الكلب المعلم
 يجوز وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً معلماً كان أو غير معلم لما روى
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي وأمر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا متقوماً لما أمر بذلك ولأن

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سوره فلا يجوز بيعه كالخنزير ولدايل عليه انه لو كان محل البيع لم يفرق بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبازي . وحجتنا في ذلك ما رواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهى والتحرير فيه يتبين تيسيراً تساخ ما روى من النهى وهذا لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقياً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن منتفعا به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرب والماشية وقد جاء في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلاب الا كلب الصيد والحرب والماشية وروى أنه قضى في كلب الصيد بأربعين درهما وفي كلب الحرب بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان رضي الله تعالى عنه أنه قضى علي رجل أتلف كلباً لامرأة بعشرين بعيراً والحديث له قصة معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعاً جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا به أنه يحل الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تملكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تملكه بالمعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تملكه قصداً بالهبة والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لو باع جرواً جاز بيعه لانه يقبل التعليم فاما الذي لا يجوز بيعه العقور منه الذي لا يقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب وهكذا يقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فيبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به فحينئذ لا يجوز بيعه والفهد والبازي يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن) جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلاب والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث في السنور حديث النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يصني لها الاناء فتشرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصني الاناء للهر يشرب منه ثم يتوضأ . وفي هذا دليل على انها ليست بنجسة وقد نص على ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول على أنه كان في الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتاني ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وإنما يشترط أن يكون المرسل مسلماً أو كتابياً لأن الاصطياد في كونه سبباً للحل كالذبح والاهلية للذبح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصاً لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وإنما يتحقق ذلك عن معتقد توحيد جات قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فلماذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيده . قال (واذا ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعي رحمه الله والمسلم والكتاني في ذلك سواء) وان ترك ناسياً لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وكان على ابن عباس رضي الله تعالى عنهما يفرقان بين العامد والناسي كما هو مذهبنا وقد كانوا مجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وإنما يختلفون اذا تركها ناسياً وكفى باجمعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز البيع فيه لا يجوز فضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء بن عازب وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله - حتى أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما - مثل ابن عباس رضي الله عنهما عن متروك التسمية ناسياً قال يحل تسمية ملته وفي اقامة الملة مقام التسمية لافرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتونا بلحوم فلا ندري أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفي المأمورات لافرق بين النسيان والعمد كقطع الخقوم والادراج وكالتكبير والقراءة في الصلاة إنما يقع الفرق في المزجورات كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منهيها اعتقاداً فأما موجب الامر الاثمار والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندباً لاحتمال الطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه نذب وليس يحتم فهذا هو طريق اليه اولى
والدليل عليه انه يحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حلت ذبائحهم
لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان
النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحدثنا
في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهى يقتضى
التحريم وأكده ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضى حرمة كل جزء منه
والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية
عن المذبوح فالمذبوح الذى يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقاً أهل
لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصف دليل على أن
ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوفة وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة
وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالى حتى انه وان ذكر اسم الله
تعالى لم يحل وقال تعالى فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالى فاذا
وجبت جنوبها أى سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه في تفسير الآية ذكر اسم الله
تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية
والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمورها ومطلق الامر الوجوب
وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لم لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه
اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف على الشرط شرط وأكده
ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك . فعلل للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه
وشئ من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابي تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق
يمقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين
لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فبه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا
ببناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله
تعالى على سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما
يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

فرقنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم أنا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لأنهم كانوا
 يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف
 الطبخ والأكل فإنهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب
 وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندباً ألا ترى أن
 في حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف
 وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولأن العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن
 يجعل مسمى حكماً بخلاف الناسى فإنه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير
 المعذور أصل في الشرع في الذبح وغير الذبح ألا ترى أن في اعتبار الذبح في المذبح يفصل
 بين المعذور وغيره وفي الأكل في الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالمأمور
 والمزجور فالأكل في الصلاة مزجور ثم سوي فيه بين النسيان والعمد والجماع في الأحرام
 كذلك ولكن متى اقترن بحالة ما يذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم
 يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح
 الإنسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على أنه
 اذبح على اسم الله تعالى إذا كان ناسياً غير معرض بدليل أنه ذكر في بعض الروايات وإن
 تعمد لم يحل وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها دليلنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع
 الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وإنما
 أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً
 من اشتري لحماً في سوق المسلمين يباح له تناول بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة
 مجوسية* ثم التسمية في الذبح تشترط عند القطع وفي الاصطیاد عند الأرسال والرمى لأن
 التكليف بحسب الوسع وفي و-ها التسمية عند الرمي وليس في وسعه التسمية عند الإصابة
 فتقام التسمية عند الأرسال والرمى مقامه كما يقام الجرح في المتوحش مقام الذبح في المذبح
 في الأهل ولأن التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطیاد فعله الأرسال والرمى وعلى
 هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل
 ولو رمى سهماً إلى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكيناً وسمى ثم تركها وأخذ
 سكيناً أخرى أو أرسل كلبه إلى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا
أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب في فوره ذلك الصيد وغيره حل الاكل وجهله
ليس نظير النسيان . ألا ترى أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان
وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك
التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه علي جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل
لان التعيين في الاصطيد ليس في وسمه والتعيين في الذبح في وسمه . قال (ولو أرسل كلبه ولم
يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل
محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوره والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد
بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان
انباعه لم يكن فعلاً معتبراً فان فعل العجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمي
فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقتربت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل
المسلم كلبه علي صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل
موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت
بالارسال ولو كان المجوسى هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم
فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فاما اذا انبث الكلب والبازي علي أثر الصيد بغير
ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا اثر لفعل المسلم
فياخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجره في القياس لا يحل أيضاً لان زجره
ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن في يده حين زجره وبدون الارسال
لا يحل صيد الكلب واكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء
الارسال والصيد قد يتلى بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر
ارساله فانه فينبعث علي أثره وينظر الى صاحبه ليزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من
الصيد فيتمكن من أخذه ثم ابعائه لم يكن فعلاً معتبراً فالحاجة الي ابتداء الفعل لا الي فسخ
الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الي فسخ فعل
معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً في الطريق فألقى انسان حجراً
علي شفيره فيعثر انسان في الحجر حتى هوى في البئر فالضمان علي الملقى وبمثله لو ثنى حجراً من

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان علي الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقي حكم فعله بخلاف الاول . قال (واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطاع الامتناع منه والتسواري عن بصره لا يستطاع الامتناع عنه خصوصاً في القناص والمستاجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدري الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبازي والرمي والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلاً له ولكن نستدل بما روى أن رجلاً أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فتمال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لي فيه وقال ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أنميت والانهاء التواري عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطاع الامتناع عنه جعل عفواً فاما ترك الطلب فمما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فعله لو لم يترك الطلب وجدته حياً فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركاً ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجدته وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمه فيغلب كما لو وقعت الرمية في الماء . قال (واذا أرسل كلبه أو بازيه علي صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيود فهو كله حلال ما دام علي وجه الارسال) لان الارسال قد صحح من المسلم موجباً للعمل فما تأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له علي صاحبه يحل وتعيين الصيد في الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فانه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لا يحل ولكننا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذ وهو الارسال فأما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيد كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصدته الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة عامه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلاً ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلاً فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل (فان قيل) كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه (قلنا) انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه ليأتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل العجاء معتبر في نسخ حكم فعل الآدمي به كمن أرسل دابة في الطريق فتعكت سنن الارسال وذهب يئمة أو يسرة فأتلقت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حتى فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحساناً وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالتييم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو . وهنا لم يقدر على الاصل فبقي ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكننا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع في يده حياً وهذا قد وقع في يده حياً فسقط . اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت فجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذي جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والوداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لأنه وقع في يده حياً وموته مما أصابه وحياته وهووم فانما ينبى الحكم على ما هو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً في يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال (والكلب الكردي والاسود في الاصطیاد به اذا كان معلماً كغيره لقوله تعالى تعلمون من مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطیاد بالكلاب الفقهية المسترخية الآذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئاً من السباع حتى جعل يصيد به مثل عتاق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كن الفهد في ارضه حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب. قال (وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال (قال) وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إلتاب نفسه (ومنه) أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الى فلا اذل له فلماذا ينبى للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره (ومنه) أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره (ومنه) أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثب ثلاثاً أو خمساً فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسي فيما أعمله لغيري وهكذا ينبى لكل عاقل . قال (واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضی الله تعالى عنه واذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة وكذلك ازرد الصيد عايه حتى أخذه أوردته عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أنخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفيلين والبازي في ذلك كالكلب لان فعل ما ليس بمعلم يحرم

الصيد والبازي والكلاب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس
بأكله لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد
مأخوذاً بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالاً فاما فعل الكلب الذى لم يرسله صاحبه
وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذى أرسله المسلم فتتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد
الموجب للحل والموجب للحرمه . قال (واذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم)
لان علاوة المعلم فيه ترك الاكل وفي البازي الاجابة اذا دعاه فكما ان البازي اذا فر منه وامتنع
من اجابته لا يكون معلماً فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلماً ويحرم ما عنده
من صيوده قبل ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحرم في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله
من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول
عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان
في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلاً على كونه غير معلم في ذلك الوقت وفي
المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما
لم يأكل منها للشبع لا للمساك على صاحبه . والظاهر أن الخلاف في الفصاين جميعاً فها
يقولان قد حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لقرط
الجوع مع كونه معلماً وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوماً به
لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلاً حتى قلنا لا يؤكل
هذا الصيد الذى أكل منه ولا ما يأخذه بعده مالم يصر معلماً الا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد
مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد
مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا في بعض ما مضى بالاجتهاد
والحل في الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد
كلب جاهل فلا يؤكل . منه كالصيد الذى أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب
اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زماناً كالخياطة والرمى
ونحوهما في الآدمى ولما وجب الحكم بكونه جاهلاً في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلماً وان
انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعاً وهذا لان الاكل وان كان محتملاً
ولكن تبين فيه أحد الوجهين بدليل شرعي وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب إلى الاحتياط وعليه
 بيني الحل والحرمه . قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلماً) بأن يصيد به ثلاثاً فلا يأكل
 منها فيحل حينئذ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم
 يؤقت فيه وقتاً ولكن يقول إذا صار عالماً فكل من صيده وكذلك الخلاف في تعليمه في ابتداء
 أمره وعلى قولها إنما يحصل بأن يجيبه إذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث
 مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتاً ولكنه قال هو ما كور إلى اجتهاد صاحبه فإن
 كان أكبر رأيه أنه صار معلماً فهو معلم وربما قال يرجع إلى أهل العلم به من الصيادين فإذا قالوا
 صار معلماً فهو معلم وحجتنا في ذلك أن المعلم بمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا
 يأكل منه إلا أن ترك الأكل قد يكون للشبع وقد يكون للمساك على صاحبه فإذا ترك
 ذلك مراراً على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لا مساك على صاحبه وقد رنا ذلك
 بالثلاث لأنه حسن الاختيار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال في
 الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال
 عليه الصلاة والسلام إذا استأذن أحدكم ثلاثاً ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله تعالى
 عنه إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليرجع إلى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته
 الاجتهاد والرجوع إلى من له علم في ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم
 لا تعلمون وهذا لأن احتمال الشبع كما يكون في المرة يكون في المرات (وروى) الحسن عن
 أبي حنيفة رحمه الله مثل قولها في التقدير بالثلاث إلا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول
 يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لأنه إنما حكم بكونه معلماً حين ترك
 الأكل من الثلاث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين امساك الثالث على صاحبه وإذا حكمنا بأن
 يمسه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه حل تناول منه كالرابع . قال (وإذا أخذ
 الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فانهش منه قطعة ورمى بها صاحبها إليه
 فأكلها لم يفسد عليها) لأنه قد تم امساك على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل إلى
 يد صاحبه وبعد ذلك انتهشه منه ومن لم آخر في مخلاة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكان الكلب طالبه بهذه المادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للامساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقى لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لا يحرم الصيد فكذلك هذا . قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسايمهم ولا آكل ذبايحهم) ولانهم يدعون لاثنين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل في الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد ويبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصل فيما اعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلا نه غير مقرر على ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبنى على الملة . قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر في الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكه مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاءل في الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط . قال (واذا أرسل المجوسي كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر في هذا الجنس الي وقت ارسال الرمي فان كان فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند ارسال الرمي لا عند الاصابة فان كان مسلما في ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك برده كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل الاصابة فان كان مجوسيا أو مرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك اعتباراً بفعل الرمي والارسال هنا بالذبح في الشاة . قال (ولا بأس بصيد اليهودي والنصراني وذبيحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكركرمعنى ولاهم يدعون التوحيد فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به فقال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب الشافعي رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما لا يوءكل برده وهذا لا يوجد في حق الكتابي وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم ذبيحتهم ولكننا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابي وان كانت الحرمة في حق المسلم باعتبار هذا الوصف فكذلك في حق الكتابي (وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال واذا سمعتموهم يذكرون اسم المسيح علي ذبائحهم فلا تأكلوا . قال) فان تهود المجوسى أو تنصر توكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اخباردعلى العود الى دعوى اثنين واذا كان مقرراً على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً في الاصل . قال (وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل ذبيحته وصيده عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لابويه واعتبار جانب أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسى في الاضطهاد والذبح وحجتنافى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفوراً فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولان أحد الابوين ممن تحمل ذبيحته فيجعل الولد تابعاً له كما اذا كان أحد الابوين مسلماً
والآخر مجوسياً وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت
بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يرجح الموجب للحظر عند
المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعاً للكتابي منهما . قال (فأما ذبيحة الصابي .
وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل
وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وان كان في الصابئين قوم
يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤون الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة
رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلاً وانما يعبدون
الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق
هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى عندي نظر
فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقرب بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما
يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون
الكواكب فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم
العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالتقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون
بكتبان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتماد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى اولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمه . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية
فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل
السماك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم قيل الطعام من
السماك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال
صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث أبان بن أبي عياش
رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافي من السمك فلم يره
بأساً واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب
وحجتنا في ذلك حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر
عنه الماء فكل وما طفي فلاتأكل ولا يقال هذا نهي اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلي الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتى قال علي رضى الله تعالى عنه للسماكين لا تبيعوا الطافي في أسواقنا وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فوته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه بحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يرجع على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيح وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ما يؤكل كل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعى رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفي حديث أبي سعيد الخدرى رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في سفر فأصابتنا مجاعة فأتى البحر لناداة يقال لها عنتره فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقى عندكم نى فتطمونى وحجتنافى ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفدع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستخبت غير ما كول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل كل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدود منه والصحيح من حديث أبي سعيد رضى الله

تعالى عنه فالتقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسماك وتأويل الرواية الأخرى أنه جوز لهم تناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا في اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافيء فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك ان وجد في بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب موتها وكذلك ان قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب لأن ضيق المكان سبب موتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر موتها بسبب واذا مات السمك في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً القاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فمات فهذا كله سبب لموتها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت فأما اذا ماتت ببحر الماء أو برده ففيه روايتان فليأخذ الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الأخرى لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حاراً أو بارداً (وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وان انحسر الماء عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (واذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لأن هذا مما لا يستطاع الامتناع منه ولأن من عادة البازي هذا أن يقع على شيء وينظر الى صيد ليأتيه من الجانب الذي يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال. قال (واذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحمل أكله) لان هذا قد صار أهلياً فقد عجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فذكاه بعد ذلك بالذبح في المذبح لا بالرمي بل الرمي في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يوجب للموجب للحرمة ولأن اثخانها اياه كأخذه ولهذا لو أثخنه أحدها وأخذه الآخر فهو للاول ولو أخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك اذا أثخنه وان رمى بالسهم الثاني غيره فقتله لم يحمل أيضاً لما بينا وينرم قيمته مجروحاً للاول في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة في هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبي يوسف

ومحمد رجمها الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثاني بفعله أتلّف صيداً مملوكاً للأول فيضمن قيمته بالصفة التي أتلّفه وإنما أتلّفه مجروحاً بالجرح الأول وإن علم أنه مات من الجراحتين جميعاً فإنه يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرح الأول ونصف قيمته للحما ذكياً لأن النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لأن الثاني أفسد عليه اللحم في ذلك النصف فلماذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وإن أصابته رمية الثانية قبل أن يصيبه الأول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لأن رمية الثانية لم تخرجه من أن يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرّم له شيئاً * وإذا كان الصيد يتحمل ويطير مع أصابه من رمية الأول فراه الآخر فقتله فهو للثاني حلال لأنه هو الذي أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والأول كالمقر له والثاني كالآخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وإن رمياه جميعاً معاً أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الأول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح وأصابه الرميّتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة في الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وإن رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأمنخه ثم أصاب السهم الآخر فهو للأول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لأن الرمية من الثاني أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الإصابة لا وقت الرمي فلماذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لأنه رمى إلى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لأن الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك المعتبر وقت الرمي فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب وإذا مات السمك بالشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الإصابة لا وقت الرمي فلماذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لأنه رمى إلى الصيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لأن الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك المعتبر وقت الإصابة لأن الملك يثبت بالأحراز وأحراز الصيد بالإصابة دون الرمي وعلى هذا لورمي إلى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لأن صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه في ملكه لأنه ما أفرخ ليركه بل ليطيره . بخلاف النحل العسالة إذا

عسيت في أرض رجل فهو لصاحب الأرض لأنها التقت ذلك للترك والقرار في ذلك
الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع في أرض رجل من السيل يكون له . قال (مالم يحرزه
صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب لبحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فإذا
فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ انما أخذ صيداً مملوكاً فعليه رده على مالكه كمن نصب
شبكة فوق فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد
في أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوق في أرض رجل لا يدري
من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذي أخذه) لان الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة
صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز
قال (وكل من اصطاد سمكاً من نهر جار لرجل فهو للذي أخذه) لان صاحب النهر ما صار
محرزاً له بل هو صيد في نهره فالمحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ
صيداً الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز
الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب
الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليس لا يكون صيداً فإذا صار بفعله بحيث
يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال (واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي
على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسي من
جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسي بيد المسلم فذبح والسكين في يد
المسلم قال (واذا أصاب السهم الصيد فوق على الأرض ومات حل أكله استحساناً) وفي
القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الأرض . وجه الاستحسان أن هذا مما
لا يستطاع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى في الهواء ولا يسقط وان
وقع في ماء أو على جبل ثم وقع منه على الأرض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع في المال أثر
عن ابن مسعود رضي الله عنه وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن
حاتم رضي الله عنه وقد بينا ولان من الجائز أن الماء قتله وهذا يستطاع الامتناع منه
وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الأرض فهذا مترد ومن الجائز أن التردى قتله
وقد قال الله تعالى في جملة المحرمات والتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على
مكاه الذي يموت عليه يعني وقع على شجرة ثم وقع منها على الأرض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه في الماء ثم وقع في الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سببا لموته وان وقع على جبل ومات ولو على السطح فمات حل لان الموضوع الذي وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضبة المنصوبة وحد الآجر واللينة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر - وى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفي الاصل قال ان وقع على آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذكروا في المنتهى لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذكر في المنتهى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة . ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفواً لانه لا يستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيداً بسهم فأصاب فر السهم في - منه فأصاب ذلك الصيد أو غيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمي يذكي لما يصيبه في سنه سواء أصاب صيداً أو صيدين وان عرض للسهم ريح فرده الى ما وراءه فأصاب صيداً لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامي بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى اذا أصاب صيداً لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي في سنه فضيه مضاف الى قوة الرامي فأما اذا رده الريح يمنة أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يجب مضي السهم يمنة أو يسرة فيصير مضافاً الى الريح لا الى الرامي وما دام يمضي في جهته فالريح يزيد في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامي وعن أبي يوسف قال وان رده يمنة أو يسرة يحل أيضاً لانه ليس بضد للجهة التي قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يصطاد في يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجراً أو شيئاً آخر فرده فهو ورد الريح - واه في جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ما وراءه بصلاية الشجر والحائط لا بقوة الرمي وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيداً لم يؤكل وتأويل هذا اذا كان الرامي بالسهم الثاني مجوسياً أولم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمي الي

ذلك السهم فاما اذا كان قصد الثاني الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يرد سهما آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامي وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثاني ماجرح الصيد والذي جرح الصيد مارماه الثاني ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة ما لو أصاب السهم قصبه محدودة منصوبة في حائط وأصاب تلك القصبه الصيد بمحدها فجرحته وذلك غير ما كقول فهذا مثله . قال (ولا يحل صيد البندق والحجر والمراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح) لانه لم يخرق الا ان يكون شيئاً من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فاذا كان كذلك وخرقه بمحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسيل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فاما الجرح الذي يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسيل الدم به فهو في معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بمحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل في تسيل الدم وان حدد مروة فذبح بها صيداً حل لحصول تسيل الدم بمجد الآلة وفي حديث محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد رضي الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما . قال (وما توحش من الاهليات حل بنا يحل به الصيد من الرمي) لما بينا من الخبر أن لها أو ابد كاو ابد الوحش وقد روى عن محمد في البعير والبقرة اذ أنه في المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه نصيباً له ويخاف فوته وان كان في المصر وأما الشاة اذا مدت في المصر فلا تحل بالرمي لانه يمكنه أخذها في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار واذا مدت خارج المصر تحل بالرمي لانه يخاف فوتها خارج المصر فللعجز عن ذكاة الاختيار يكتب فيها بذكاة الاضطرار . قال (واذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتله حل أيضاً به اذا أدماه ووصلت الرمية الى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسيل الدم قد حصل وكذلك المتردى في بئر لا يقدر على ذكاته فايما وجيء منه فأدماه فهو ذكاة لان المعتبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى في البئر فهو وما ند سواء قال (وان رى صيداً بسيف فأبان منه عضواً ومات أكل الصيد كله الا ما بان عنه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما أين من الحى فهو ميت ومراد رسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه في الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق في المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر في الصيد بعد مامات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقي الصيد حياً فهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كاه لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون حللاً كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان - واء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أثمر ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ما قطعه نصفين طولاً وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الوداج من القاب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الوداج فهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزءاً من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الوداج به فيكون عمله ذكاة بنفسه . قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن أدماه لم يؤكل) لان تسبيل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الوداج فانه يؤكل وفي الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضی الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان في الذبح * واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة في المذبح فلم يسئل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضی الله تعالى عنه يقول لا يحل لا نعدام معنى الذكاة وهو تسبيل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس
 بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبنة واللاحيين وقد
 يتمتع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم
 بين ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيد وقد تقدم بيان ذلك . وذكر في جملة ما لا يؤكل
 اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبثها فيدخل تحت قوله تعالى
 ويحرم عليهم الخبائث . قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء
 ولا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بيننا ان البيع لا يجوز
 الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعا به وسائر حيوانات الماء سوى
 السمك غير ما كول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا . تقوماً فان كان شيئاً له
 ثمن كجلود الحمر ونحوها فيبيعه جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز
 بيعه . قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لانه النبي عليه الصلاة
 والسلام عن كل ذي مخلب من الطير فأما العقعق والسودانية واشباه ذلك مما لا مخلب
 له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق . قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما
 يكره أكله من ذى الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد
 وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل
 لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايماء اهاب دبغ فقد طهر فكذلك
 بالذكاة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك
 حالها الى أن تحبس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة
 وفي رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعتاد أكل الجيف
 ولا تخلط فيتعين لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذي
 الناس بنتها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا
 بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو أن جدياً غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله
 لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكاً ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل
 الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا يتن و قيل هي تنقش
 الجيف تبغى الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضي الله عنه يكره أكل الدجاج

لانه يتناول الجيف . ولسنا نأخذ بهذا وقد صحح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من لحم الدجاج ولو كان فيه أذنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذي روى انه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطاً في الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التي لا تأكل الا الجيز وفي الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والاصح انها تحبس الى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه الى اعتبار زوال المضر فاذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢	كتاب اللقيطة
١٦	كتاب الابق
٣٤	كتاب المفقود
٤٩	كتاب النصب
١٠٨	كتاب الودعة
١٣٣	كتاب العارية
١٥١	كتاب الشركة
١٧٦	باب شركة المفاوضة
١٨٠	باب بضاعة المفاوضة
١٨٤	باب خصومة المفاوضين فيما بينهما
٢١٦	باب الشركة الفاسدة
٢٢	كتاب الصيد

﴿ تمت فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ الجزء الثاني عشر من ﴾

كِتَابُ الْمُبْتَسُوطِ لِشَيْخِ الْمَدِينِ السَّيِّدِ الْخَيْرِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الذبائح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام السرخسي رحمه الله تعالى (لا يحل ما ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قتل وتخنيق وليس بذبح) ففي الذبح الانقطاع بحدّة الآلة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدّة الآلة ولان آلة الذبح غير الذابح وسنه وظفروه منه ولا بأس باكله اذا كان منزوعاً عندنا ولا يحل عند الشافعي رحمه الله لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانها مدى الجبشة ولكننا نقول المراد غير المنزوع فان الجبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفروهم قبل التزوع وذكر في بعض الروايات ما خلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق في غير المنزوع عادة ثم المنزوع آلة محددة يحصل بها تسيل الدم النجس فكانت كالسكين الا أنه يكره الذبح بها لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يعد هذا الفصل من الاحسان في الذبح قال عليه الصلاة والسلام اذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث . قال (وما أنهر الدم وأفرى الاوداج فلا بأس بأن يذبح به حديداً كان أو قصباً أو حجراً محدداً أو غير ذلك) لما روى أن عدى بن حاتم رضى الله عنه قال رأيت يارسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد أحدنا صيداً وليس معه سكين فذبحه بشق العصا أو بالرواة أيحل ذلك فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت وكل . ولان المقصود تمييز الطاهر من النجس وذلك حاصل بكل آلة محددة ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمرى والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الجمل لحصول المقصود في الاكثر من ذلك . واختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع ثلاثاً منها أي ثلاث كان فقد قطع الاكثر . وعن محمد رحمه الله قال ان قطع الاكثر من كل

واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع فأما بدون ذلك بتوهم البقاء فلا تتم الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله قال وان قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين حل وشرط ثلاثة فيها الخلقوم والمرى وأحد الودجين لان الخلقوم مجرى العلف والمرى مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسهيل الدم فأما قطع مجرى النفس لا بد منه ولا يقوم غيره مقامه في ذلك والشافعي رحمه الله يقول واذا قطع الخلقوم والمرى حل وان لم يقطع الودجين لانه لا بقاء بعد قطع الخلقوم والمرى، ولكن هذا فاسد لان المقصود تسهيل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل . قال (واذا ذبحت شاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل ان تموت حلت) لتمام فعل الذكاة وان ماتت قبل قطع الاكثر لم تحل لانها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح ولانه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال (وكذلك ان ضربها بسيف فأبان رأسها حلت ويكره وكذلك ان ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك) لان السنة في الذبح استقبال القبلة هكذا روى ابن عمر رضی الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل بأضحيتة القبلة لما أراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضي الله تعالى عنه وهذا لان أهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الاصنام فأمرنا باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لان في التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فأما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب اليه في غير الصلاة فهذا كان تركه موجبا للكراهة غير مفسد للذبيحة . قال (وان نحر البقرة حلت ويكره ذلك) لما بينا أن السنة في البقرة الذبح قال الله تعالى ان يأمركم أن تذبحوا بقرة (بخلاف الابل فالسنة فيها النحر) وهذا لان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل أسهل فأما في البقر أسفل الخلق واعلاه فاللحم عليه سواء كما في النعم فالذبح فيه أيسر والمقصود تسهيل الدم والعروق من أسفل الخلق الى أعلاه فالمقصود يحل بالقطع في أي موضع كان منه فهذا حل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحين ولكن ترك الاسهل مكروه في كل جنس لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (وان ذبح الشاة فاضطربت فوقت في ماء، أو تردت في موضع لم يضرها شيء) لان فعل الذكاة قد استقر فيها فانما انزهق حياتها به ولا معتبر

باضطرابها بعد استقرار الذكاه فهذا لحم وقع في ماء أو سقط من موضع . قال (وان أراد أن
 يذبح عدداً من الذبائح لم تجز التسمية للأولى عما بعدها) لما بينا أن الشرط أن يسمى على
 الذبح وذبحه للشاة الثانية غير ذبحه للشاة الأولى . قال (ولو أضحجها للذبح وسمى عليها ثم
 التي تلك السكين وأخذ أخرى فذبح بها توكل) لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف
 الرمي لأنه لو أخذ سها وسمى عليه ووضعها وأخذ سها آخر جدد عليه التسمية لما بينا أن
 المعتبر هناك التسمية على فعل الرمي وذلك يحل والسهم الثاني غير الأول وهنا الشرط التسمية
 على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبح لا باختلاف السكين
 فوزان هذا من ذلك أن لو ترك تلك الشاة وذبح أخرى بتلك التسمية . قال (ولو كلم انساناً
 أو شرب ماء أو أحد سكيناً وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية)
 لوجود التسمية على الذبح فبالعمل اليسير لا يقع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما إذا
 طال الحديث أو طال العمل ثم ذبح فانه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح إلا
 ترى أن بالعمل الكثير ينقطع المجلس وباليسير لا ينقطع وكذلك الكلام . قال (وان قال
 كان التسمية الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به التسمية أجزأه) لان الشرط
 ذكر الله تعالى على التعظيم وقد حصل وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين التكبير
 فيقول المأمور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور
 به التكبير وبهذه الالتفاظ لا يكون تكبيراً فلا يصير شارعاً في الصلاة اذا كان يحسن التكبير
 وان أراد بذلك التحميد دون التسمية لا يحل لان الشرط تسمية الله تعالى على الذبح وانما يتميز
 الذكر على الذبح وغيره يقصد منه التسمية فاذا لم يقصد التسمية لا يحل حتى اذا عطس
 فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس لم يحل بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله في الخطب
 اذا عطس على المنبر فقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر على إحدى الروايتين
 لان المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المأمور به
 ذكر الله على الذبح وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه . قال (ويكره أن ينزع وقد نهى
 عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك) وبيننا أن معناه أن يبلغ الحد النخاع وهو عرق أبيض
 في وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا توكل لان النهي ليس لتقصان فيما هو المطلوب للذبح
 وهو تسيل الدم بل لزيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (ويكره أن يجز الشاة الى مذبحها) وقد

بينا النهى عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه وكذلك
 يكره أن يحد الشفرة بعد ما أضحجها وقد روينا النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 وعن عمر رضى الله تعالى عنه إلا أن النهى ليس لتقصان فيما هو المطلوب للذبح فلا يوجب
 الحرمة . قال (ويكره أن يسمى مع اسم الله تعالى شيئاً فيقول اللهم تقبل من فلان) لقول
 ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ولأن الشرط بتسمية الله تعالى على الخلوص عند
 الذبح قبل ما يكون منه من الدعاء فينبغى أن يكون قبل الذبح أو بعده كما روى عن النبي
 صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يذبح أضحجته قال اللهم هذا منك واليك صلاتى ونسكى
 ومجياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله
 أكبر ثم يذبح وهكذا روى عن علي رضى الله عنه . قال (ولا بأس بذبيحة المسلمة والكتيبة)
 لأن تسمية الله تعالى على الخلوص يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال وكذلك الصبي
 الذى يعقل ويضبط فهو من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص ولهذا صح إلامه وإن كان
 لا يعقل فلا يتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل فهذا لاخير في
 ذبيحته . قال (ولا بأس بذبيحة أهل الكتاب من أهل الحرب) هكذا روى عن علي
 رضى الله تعالى عنه وهذا لأنهم يدعون التوحيد سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب وإنما
 أباح الشارع ذبائحهم لأنهم أهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل
 لكم والحربي والذمي في ذلك سواء . قال (وذبيحة الاخرس حلال مسلماً كان أو كتيباً)
 لأن عذره أبين من عذر الناس فإذا كان في حق الناس تقام مائة مقام تسميته ففي حق
 الاخرس أولى . قال (وما أدركت من المتردية والنطيحة وما أكل السبع ونظائر هذا
 فذكيتة حل لقوله تعالى إلا ما ذكيتم) ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا علم أنها كانت حية
 حين ذبحت حلت سواء كانت الحياة فيها متوهمة البقاء أو غير متوهمة البقاء لأن المقصود
 تسهيل الدم النجس بفعل ذكاة وقد حصل وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان يتوهم إن يعيش
 يوماً أو أكثر تحمل بالذكاة وفي رواية اعتبر توهم البقاء أكثر من نصف يوم لأن مادون
 ذلك اضطراب المذبوح فلا معتبر به وعن محمد رحمه الله تعالى قال إذا نقر الذئب بطن شاة
 وأخرج ما فيها ثم ذبحت لم تحمل لأنه ليس فيها حياة مستقرة فانه لا يتوهم إن يعيش بعدها فما
 بقى فيها الا اضطراب مذبوح وذلك غير معتبر . قال (ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من

بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين) في قول أبي حنيفة وزفر وهو قول ابراهيم وحكم ابن
 عينة رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يؤكل الا أنه روى عن محمد
 رحمه الله انه قال انما يؤكل الجنين اذا أشعر وتمت خلقته فأما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا
 يؤكل واحتجوا بقول الله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة
 والحمولة الكبار فقد من الله تعالى على عباده بأكل ذلك اهم وفي المشهور أن النبي عليه الصلاة
 والسلام قال ذكاة الجنين ذكاة أمه معناه ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان
 الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم * وروى ذكاة أمه بالنصب ومعناه بذكاة
 أمه الا أنه صار منصوبا بنزع حرف الخفض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا أى يشير
 وعن أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه أن قوما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا
 انا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت أفلقية أم نأكله فقال صلوات الله وسلامه عليه
 كآوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه والمعنى فيه ان الذكاة تنبني على التوسع حتى يكون في
 الامل بالذبح في المذبح فاذا ند فبالجرح في أى موضع أصابه لان ذلك وسع مثله
 والذي في وسعه في الجنين ذبح الام لانه مادام مخيباً في البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصوداً
 وبعد الاخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاة الام ذكاة له لان تأثير الذبح في الام في زهوق
 الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح بحل رجل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك
 ثم اكتفى بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا أولى ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام
 حتى يتغذى بغذائها وينمو بنماؤها ويقطع عنها بالمقراض كما في بيان الجزء من الجملة ويتبعها في
 الاحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناء في عنقها وبيعها كاستثناء يدها ورجلها وثبوت
 الحل في البيع لوجود فعل الذكاة في الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم
 يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملاً لما فيه من اتلاف للحيوان لا للمأكلة ونهى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك. وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى والمنخنقة
 فان أحسن أحواله أن يكون حياً عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة
 وقال عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلاتأكل فانك
 لا تدري أن الماء قتله أم سهمك. فقد حرم الاكل عند وقوع الشك في سبب زهوق
 الحياة وذلك موجود في الجنين فانه لا يدري أنه مات بذبح الام أو باحتباس نفسه وقد

يتأتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حياً ليذبح هو وعلل ابراهيم فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ومعنى هذا ان الجنين في حكم الحياة نفس على حدة مودعة في الام حتى يفصل حياً فيبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم انفصال الجنين حياً ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف في الحياة فاذا كان في حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط فيه ذكاة على حدة ولا نقول يتغذى بغذاء الام بل يبقى الله تعالى في بطن الام من غير غذاء أو يوصل الله اليه الغذاء كيف شاء ثم بعد الانفصال قد يتغذى أيضاً بغذاء الام بواسطة اللبن ولم يكن في حكم الجزء ولما جعل في سائر الاحكام تبعاً لم يتصور تقرر ذلك الحكم في الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حياً بعد موت الام ولو انفصل حياً ثم مات لم يحل عندهم فرفنا انه ليس يتبع في هذا الحكم وحققة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكاة تسهيل الدم لتمييز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين أو المقصود تطيب اللحم بالرضح الذي يحصل بالتوقد والتليب ولا يحصل ذلك في الجنين بذبحه. وهذا الجواب عما قالوا ان الذكاة تنبني على التوسع. قلنا نعم ولكن لا يسقط بالعدو وكما لو قتل الكلب الصيد غماً أو اختفاء وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح وابعادة ذبح الحامل لانه يتوهم ان يفصل الجنين حياً فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بما كول لمقصود الجلد والمراد بالحديث التنيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا ترى أنه ذكر الجنين أولاً ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولاً دون المنوب عنه كما قيل في الالفاظ التي استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال فلان شبه أبيه وحظ فلان حظ أبيه وقال القائل

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التأويل في الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهي تمرر السحاب أي كمر السحاب ويحتمل الباء أيضاً ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يظلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أي مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم

ميتون ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم كلوه أى اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصفار فلا يتناول الجنين ولئن كان المراد به الجنس ففيه بيان أن الجنين مأكول وبه تقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان يفصل حياً فيذبح فيحل به والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الاضحية ﴾

قال رحمه الله تعالى اعلم بأن التقرب المالية نوعان نوع بطريق التملك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تملك . قال (وهي واجبة على الميسير والمقيمين عندنا) وذكر في الجامع عن أبي يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقال عليه الصلاة والسلام خصصت بثلاث وهي لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر . وقال صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وقال أبو مسعود الانصاري رضي الله عنه انه ليغدو على الفشاة ويراح فلا أضحي مخافة أن يراها الناس واجبة ولانها لا تجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالغبرة وهذا لانه لا يفرق بين المسافر والمقيم في العبادات المالية كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يستويان في ملك المال وانما الفرق بينهما في البدن لان المسافر يلحقه المشقة بالاداء بالبدن والدليل عليه ان يحمل له تناول منه واطعام الغنى ولو كان واجباً لم يحمل له تناول كما في جزاء الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتداء بل بسبب من العبد كالعتق في الكفارات ولهذا أوجبت الاضحية بالنذر . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر أى وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ضحى قبل الصلاة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله تعالى والامر يفيد الوجوب وفي قوله عليه الصلاة والسلام ضحوا أمر وقوله فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته فالسنة الطريقة في الدين وذلك لا ينفي الوجوب ولا حجة في قوله عليه الصلاة والسلام ولم تكتب عليكم فاننا نقول بأنها غير مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضاً يكفر جاحده فقد كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال وتأويل حديث أبي بكر
وعمر رضي الله عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على
المسرين أو في حال السفر وهو تأويل حديث أبي مسعود رضي الله عنه ولا كلام في المسئلة
على سبيل المقايسة والعبادات لا تثبت قياساً ولكن على سبيل الاستدلال نقول هذه قرينة
يضاف اليها وفيها فتكون واجبة كالجمعة ويبان الوصف انه يقال يوم الاضحى وتأثيره أن
اضافة الوقت اليه لا تتحقق الاوان يكون موجوداً فيه ولا يكون موجوداً فيه لا محالة
الاوان تكون واجبة لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك
الواجب وان اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجوداً فيه استحقاقاً ولجواز الاداء
فيه لا يصير الوقت مضافاً اليه كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا
رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الي القرينة تدل على وجوبها فيه وانما لا تجب على المسافر
لمعنى المشقة فان الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر امتصحاب ذلك في السفر
ويفوت بمضى الوقت فلدفع المشقة لا تلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وإباحة تناول
باذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها الله تعالى وقد قال الله تعالى فكلوا منها ولما كان من
جنس التقرب بالتملك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو
واجب ابتداء وليس ذلك الا في الاضحية وفي الوجوب بالندى دليل على ان من جنسه واجبا
شرعاً فان ما ليس من جنسه واجبا شرعاً لا يصح التزامه بالندى كعبادة المريض ثم يختص
جواز الاداء بأيام النحر وهي ثلاثة أيام عندنا قال عليه الصلاة والسلام أيام النحر ثلاثة
أفضلها أولها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعد ذلك. وقال الشافعي
رضي الله تعالى عنه تجوز في اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وهذا ضعيف فان هذه
القرينة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق ألا ترى ان الافضل أداؤها في اليوم الاول
وهو العاشر من ذى الحجة وهو يوم النحر لا أيام التشريق على ما قيل الايام المعدودات
ثلاثة وهي أيام النحر والمعلومات ثلاثة وهي أيام التشريق وتمضي هذه السنة في أربعة أيام
فاليوم الاول من المعلومات خاصة واليوم الآخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر
ذى الحجة والمعدودات أيام التشريق ثم يختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم
ولا يجزئه الا الثني من ذلك في الابل والبقر والمز ويجزى الجذع من الضأن اذا كان

عظيماً سمينا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ضحوا بالثنيات ولا تضحوا بالجذعان
ولأن الجذع ناقص وقد أمرنا في الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه الصلاة
والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم. فأما الجذع من الضأن يجرى لحديث
أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ان رجلاً ساق جذعاً الى منى فبادت عليه فروى أبو هريرة
رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتبهوها
ثم الثني من النعم وهو الذي تم له سنتان عند أهل الادب وعند أهل الفقه الذي تمت له سنة
والثني من البقر الذي تم له حولان وطعن في الثالث عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ومن الابل
الذي تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له خمس سنين ومن البقر ما تم له حولان
وهكذا من النعم عند أهل الادب وعند أهل الفقه اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك
ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجوز وانما ذلك من الضأن خاصة ثم أول وقت الاضحية
عند طلوع الفجر الثاني من يوم النحر الا أن في حق أهل الامصار يشترط تقديم الصلاة
على الاضحية فمن ضحى قبل الصلاة في المصر لا تجزئه لعدم الشرط لاعدم الوقت ولهذا جازت
الضحية في القرى بعد انشقاق الفجر ودخول الوقت لا يختلف في حق أهل الامصار
والقرى انما يختلفون في وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد وانما عرفنا هذا
في حق أهل الامصار بحديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في خطبته من ضحى قبل الصلاة فليعد فقام خالي أبو بردة بن بشار رضي الله عنه قال
اني عجلت نسيكتي لا طعم أهلي وجيرانى فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فأعد نسيكتك
فقال عندي عتود خير من شاتين فقال صلوات الله وسلامه عليه تجزئك ولا تجزى أحدنا
بعدك وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم أن نصلي ثم نذبح ومن يذبح
من أهل الامصار أضحيتة قبل أن يصلي الامام لم تجزه عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذامضى
من الوقت مقدار ما يصلي فيه صلاة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا
جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلاة كما لو زالت الشمس ولكن نقول
الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلاة فرعاة الترتيب ممكن بخلاف
ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلاة العيد بزوال الشمس في هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية
بعد ذلك. قال (واذا ذبحها بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبابة أجزاءه

استحساناً) ومعنى هذا ان للامام أن يخرج بالناس الى الجبابة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله تعالى عنه حين قدم الكوفة. قال (واذا ذبح بعد ما فرغ أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبابة ففي القياس لا تجزئه) لان اعتبار جانب أهل الجبابة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ولكننا استحسنا وقتنا قد أدت صلاة العيد في المصر حتى لو اكتفوا بذلك أجزاءهم فتجوز التضحية بعد ذلك لان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلاة العيد في هذا المصر ولم يذكر ما لو سبق أهل الجبابة بالصلاة فضحى رجل قبل أن يصلي أهل المسجد. وقيل في هذا الموضع يجوز قياساً واستحساناً لان المسنون في العيد الخروج الى الجبابة فأهل الجبابة هم الاصل وقد صلوا وقيل للقياس والاستحسان فيهما لان أداء الصلاة في المسجد أفضل منه بالجبابة واذا كان في الموضع الذي صلى فيه أهل المسجد قياساً واستحساناً لما ذكرنا فهنا أولى. قال (ولا بأس بأن يضحي بالجماء وبمكسور القرن) أما الجماء فلان ما فات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل أفضل ولا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فكسور القرن أولى وقدرى في ذلك عن عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه. وكذلك الخصى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوين أو موجوين احدهما عن نفسه والاخر عن أمته. والمراد خصيان وكان ابراهيم يقول مايزاد في لحمه بالخصاء أنفع للمساكين مما يفوت بالانثيين اذ لا منفعة للفقراء في ذلك. قال (ولا بأس أن يضحي بالجرباء والتولاء اذا كانت سمينة) والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب في جلدها لافي لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بالعجفاء التي لا تبق. والتولاء هي المجنونة والجنون عيب في القضاة لافي الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشتراط السمن في الحديث الذي روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين يرعيان في سواد وينظران في سواد وياً كلان في سواد ومقصود الراوى من هذه المبالغة بيان السمن. قال (ولا بأس أن يشترك سبعة نفر في بقرة أو بدنة) وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة لقوله عليه الصلاة والسلام على أهل كل بيت في كل عام أضحية وعبرة ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما والاستدلال بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا يوم الحديبية في

البقرة والبدنة فأجاز النبي عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد
بذكر أهل البيت قيم البيت لأن اليسار له عادة. وقد ذكر في بعض الروايات على كل مسلم
في كل عام اضحاة وعنبرة ويستوى ان كان قصدهم جميعاً التضحية أو قصد بعضهم قربة أخرى
عندنا وعند زفر لا يجوز الا اذا قصدوا جميعاً التضحية وقال الشافعي يجوز وان كان قصد
بعضهم للحم وقد بينا هذا في المناسك. فان كان الشركاء في البدنة ثمانية لم تجزهم لان نصيب
كل واحد منهم دون السبع وكذلك ان كان نصيب أحدهم دون السبع حتى لو سئل عن
رجل مات وترك ابناً وامراًة وبقرة وضحي بها يوم العيد هل يجوز * والجواب انه لا يجوز
لان نصيب المرأة الثمن فاذا لم يجز ثمنها في نصيبها لا يجوز في نصيب الابن أيضاً. فان مات
أحد الشركاء في البدنة ورضى ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء في القياس لا يجوز
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان نصيب الميت صار ميراثاً والتضحية تقرب بطريق
الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالتق واذا لم يجز في نصيبه لم يجز في
نصيب الشركاء وفي الاستحسان يجوز لان معنى القربة حصل في اراقة الدم فان التبرع من
الوارث عن مورثه بالتبرع المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز التق لما فيه من الزام الولاء
وذلك غير موجود في الاضحية وعلى هذا اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحي عنها مولاه
أو صغير ضحي عنه أبوه ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحي عن احد من ممالئكه
فان تبرع بذلك جاز واذا جعله شريكاً في البدنة ففيه قياس واستحسان لما بينا وأما الأب
ليس عليه أن يضحي عن ولده الصغار في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما
الله أن ذلك عليه كصدقة الفطر لانه جزء منه فكما يلزمه أن يضحي عن نفسه عند يساره
فكذلك عن جزئه. وجه ظاهر الرواية ان ما لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كسائر
القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن
أولاده واجبة لامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونقل ذلك كما أمر بصدقة الفطر وان
كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى على الاب والوصي أن يضحي من
ماله عند أبي حنيفة رضي الله عنه على قياس صدقة الفطر الاصح أنه لا يجب ذلك وليس
له أن يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالأب لا يملكه في مال الولد كالتق
وان كان المقصود التصديق باللحم بعد اراقة الدم فذاك تطوع غير واجب ومال الصبي

لا يحتمل صدقة التطوع . قال (واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك) لان نفس الشراء لاتعين الاضحية قبل أن يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكرهه وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لتعلق حق الله تعالى ببيعها ولكنها يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقدرة على التسليم ألا ترى انا يجوز بيع مال الزكاة لهذا والاصل فيه ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام دفع ديناراً الى حكيم بن حزام رضي الله عنه ليشتري له شاة للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله في صفقتك أما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد ما اشتراها للاضحية وان كانت الثانية شرا من الاولى وقد كان أوجب الاولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين أما جواز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصديق فانه لما أوجب الاولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيئاً منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بالتصدق بالدينار ومن أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا كان فقيراً أما اذا كان غنياً ممن يجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل بالقيمة لان في حق الغني الوجوب عليه بايجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه في هذا المحل ألا ترى أنها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان ما يضحى به محلاً صالحاً لم يلزمه شيء آخر وأما الفقير فليس عليه اضحية شرعاً وانما يلزمه بالتزامه في هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء آخر فاذا استفضل لنفسه شيئاً مما التزمه كان عليه أن يتصدق به . قال الشيخ الامام والاصح عندي أن الجواب فيهما - واء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغني في ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب في محل فتيهين بتعيينه في هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مقيد وان كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة . قال (والاضحية أحب الى من التصديق بمثل ثمنها) والمراد في أيام النحر لان الواجب التقرب باراتة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة في حق الموسر الذي يلزمه ذلك لا اشكال أنه لا يلزمه التصديق بقيمته وهذا لانه لا قيمة لاراتة الدم واقامة المتقوم مقام ما ليس بمتقوم لا تجوز واراتة الدم خالص حق الله تعالى ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى وأشرنا

بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة الفطر وأما في حق الفقير التضحية أفضل لما فيه من الجمع بين التقرب ببارقة الدم والتصدق ولانه متمكن من التقرب بالتصدق في سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب ببارقة الدم الا في هذا الايام فكان أفضل وأما بعد مضي أيام النحر فقد سقط معنى التقرب ببارقة الدم لانها لا تكون قربة الا في مكان مخصوص وهو الحرم وفي زمان مخصوص وهو أيام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية اذا كان ممن تجب عليه الاضحية لان تقربه في أيام النحر كان باعتبار المالية فيبقى بعد مضيها والتقرب بالمال في غير أيام النحر يكون بالتصدق ولانه كان يتقرب بسببين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأتي بما يقدر عليه . قال (وليس على الرجل أن يضحي عن أولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر منهم في يوم الفطر) وهذا لان عليهم أن يضحوا عن انفسهم فلا يجب عليه أن يضحي عنهم . قال (واذا ولدت الأضحية قبل ان يذبحها ذبح ولدها معها) لان حكم التقرب ببارقة الدم ثبت في عينها فيسرى الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا لتقرب ببارقة الدم مقصودا يثبت الحكم فيه تبعا للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو أصل ووجودها في الاصل يعني عن اعتبارها في البيع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة يثبت فيه فلا يكون له ان يصرف ماليته الي نفسه كما في حق الام وكذلك ان أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر تصدق به قال الامام ويكره ان يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه أعدها للقربة بجميع أجزائها فلا ينبغي له أن يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لان ذلك في معنى الرجوع في الصدقة وقال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تمد في صدقتك . قال (ويكره ان يبيع جلد الاضحية بعد الذبح) لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وقال لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا فكما يكره له ان يعطى جلدتها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد فان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئا من لحمها . قال (ولا بأس بأن يشتري بجلد الاضحية متاعا للبيت) لانه لو دبره وانتفع به في بيته جاز وكذلك اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان للبدل حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر في نودار هشام قال يشتري به الغراب والجراب وما أشبه ذلك ولا يشتري به الخل والمرى والملح وما أشبه ذلك والقياس في الكل واحد

ولكنه استحسن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على قصد التمول فليس له أن يفعل ذلك في جلد الاضحية وما ينتفع به في البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد وكان له أن يفعل ذلك . قال (ويكره له أن يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها) لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها الى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محله ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص منه اللبن ولا يتأدي به الا أن هذا انما ينفع اذا كان يقرب من أيام النحر فأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما يتقلص ولكنه ينبغي له أن يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطبت قبل أن يبلغ محله فان عليه أن يذبحها ويتصدق بالحما وقد بيناه في المناسك . قال (وان اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزاء استحساناً) وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها بعد ذلك على قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة يوضحه أن هذا رجوع منه عن بعض ما يقرب به وذلك حرام شرعاً . وجه الاستحسان انه لو اشركهم معه في الابتداء بأن اشترىوا جملة جاز فكذلك اذا اشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يتلى بهذا فانه قد يجد بقرة سمينة فيشتريها ثم يطلب شركاءه فيها فلم يجز ذلك أدى الى الحرج . قال (ولو فعل ذلك قبل أن يشتري كان أحسن) لانه أبعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع في القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك أفضل . قال (ولا تجوز الموراء في الاضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بأربعة الموراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والمعفاء التي لا تبقى ثم الأصل أن العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون والبسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب البسير فاليسير ما لا أثر له في لحمها وللعور أثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وعند قلة العلف يتبين المعجب ثم العين والأذن منصوص على اعتبارها فاذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بطريق الأولى . قال وان كان المقطوع بعض ذلك ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان كان المقطوع

أكثر من الثلث لا يجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه وهكذا روى هشام عن محمد رحمهما الله اعتباراً بالوصية فان الثلث في الوصية كما دونه ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وفي رواية بشر عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب الربع لا يجزئ لان للربع حكم الكمال كما في مسح الرأس وقال أبو يوسف رحمه الله اذا بقي الاكثر من العين والأذن اجزاء قال وذكرت قولي لابي حنيفة فقال قولي قولك. قيل هذا رجوع من أبي حنيفة الى قوله وقيل معناه قولي قريب من ذلك. وجه قول أبي يوسف ان القلة والكثرة من الاسماء المتقابلة فاذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا اذا قابلت الذاهب بالباقي كان الباقي أكثر واذا كان الذاهب أكثر من النصف فاذا قابلته بالباقي كان الذاهب أكثر فاذا كان الذاهب النصف قال لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز يرجع المانع احتياطاً. فأما الشق في الأذن فهو عيب يسير ألا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء رحمهم الله من لا يجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة. فالشرقاء ان يكون الخرق في أذنها طولاً والخرقاء ان يكون عرضاً والمقابلة قطع في مقدم أذنها والمدابرة في مؤخر أذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الأذن مقطوعة وكان الذاهب أكثر من الثلث لما بينا فأما المرجاء اذا كانت تمشي فلا بأس به لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن المرجاء فقال اذا كانت تبلغ فلا بأس به فاذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في لحمها فانها لا تلطف الا ما حولها واذا كانت تمشي فهي تذهب الى العلف فلا يؤثر في لحمها. ولا تجزئ العجفاء التي لا تبقى للذئب الذي رويها ولان هذا عيب فاحش أثر في لحمها ويستوى ان اشتراها كذلك أو صارت عنده كذلك وهو موسر لان الواجب في ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالنقص فأما اذا كان معسراً أجزاءه لانه لا واجب في ذمته بل يثبت الحق في العين فيتأدى بالعين على أي صفة كانت وذلك مروى عن علي رضي الله عنه وكذلك لو ماتت عنده أو سرت فعليه بدلها ان كان موسراً ولا شيء عليه ان كان معسراً وعلى هذا قالوا الموسر اذا ضلت أضحيته فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فله ان يضحى بأيهما شاء وان كان معسراً فاشترى اهما وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى فعليه ان يضحى بها لان الوجوب في العين

بإيجابه وقد وجد ذلك في الثانية كالأولى وإن أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرارها حين
أضجمها للذبح وذبحها على مكانها ففي القياس لا تجزئته لأنه تأدى الواجب بالاضحية لا بالاضجاع
وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان تجزئته لأن هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد يتقارب
السكين من يده فتصيب عينها فيجمل ذلك عفواً لدفع الحرج ولأنه أضجمها ليتقرب بانلافها
فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن
أبي يوسف قال إذا أصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك يوم أو يومين جاز لأنه جاء
وقت انلافها تقرباً بآثاف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال (ولا يجوز أن يضحي بشاة
ليس لها أذنان خلقت كذلك وهي السكاء) لأن قطع الأذن لما كان انعاماً من الجواز فعدم
الأذن أصلاً أولى ببعض فأما صغيرة الأذن تجزئ لأن الأذن منها صحيحة وإن كانت صغيرة
وأما الهتاء فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً لا يجوز أن يضحي بها وإن كانت تعتلف ثم رجع
وقال يجوز إذا كانت تعتلف لأنه وقع عنده في أن يضحي بها لأن الهتاء ليس لها أسنان ثم علم بعد
ذلك أن الهتاء مكسورة بعض الأسنان فإذا كانت تعتلف فالباقى من الأسنان أكثر من
الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده ثم قال والتي لا أسنان لها بمنزلة التي لا أذن لها فكل واحد
منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام أقرب إلى المقصود من الأذن لأنها تعتلف بالأسنان.
قال (ولا يجوز في الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمر الوحش والظبي) لأن الاضحية عرفت
قربة بالشرع وإنما ورد الشرع بها من الانعام ولأن إراقة الدم من الوحشى ليس بقربة أصلاً
والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة وإذا كان الولد بين وحشى وأهلى فإن كانت الام أهلية جازت
التضحية بالولد وإن كانت وحشية لا تجوز لأن الولد جزء من الام فإن ماء الفحل يصير مستهلكاً
بمحضاتها وإنما يفصل الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لأنه
ينفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم وينفصل من الام وهو حيوان محل لهذا
الحكم فلماذا جعلناه معتبراً بالام. قال (رجل ذبح أضحية غيره بغير أذنه ففي القياس هو
ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية) وهو قول زفر لأنه متعد في ذبح شاة الغير فكان
ضامناً كمن ذبح شاة القصاب ثم الاضحية لا تتأدى إلا بعمل المضحي وبيته ولم يوجد ذلك
حين فعله الغير بغير أذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية. ولكننا نستحسن
ونقول يجزئ ولا ضمان على الذابح لأنه لما عينها للاضحية فقد صار مستغنياً بكل واحد

بالتضحية بها في أيام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت وربما يعرض له عارض في أيام النحر
 والاذن دلالة كالأذن إفصاحاً كما في شرب ماء في السقاية ونظائرهما . وقال الشافعي رحمه الله
 يجزئه من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود
 الاذن دلالة ولو وجد الاذن افصاحاً لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلى هذا
 لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه على نفسه أجزاء كل واحد منهما
 استحساناً و يأخذ كل واحد منهما ما سلوخه من صاحبه فان كانا قد أكلتا ثم علما فليحال كل واحد
 منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطم كل واحد منهما صاحبه لحم أضحيته جاز ذلك غنياً كان أو
 فقيراً . قال أبو يوسف رحمه الله ان تشاحا فلكل واحد منهما تضمين صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق
 بتلك القيمة كما لو باع لحم أضحيته فعليه أن يتصدق بالثمن . قال (ولو أمر مجوسياً فذبح أضحيته
 لم تجزه) لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسى لا تؤكل ولو أمر يهودياً أو نصرانياً بذلك
 أجزاء لانها من أهل الذبح ولكنه مكروه لان هذا من عمل القرية وفعله ليس بقربة . قال
 (فان ذبح أضحيته بنفسه فهو أفضل) لان النبي عليه الصلاة والسلام لما ساق مائة بدنة نحر
 منها ثلاثاً وستين بنفسه ثم ولى الباقي علياً رضى الله عنه وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه
 ولكن هذا اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف أن يعجز عن ذلك فالأفضل أن يستعين
 بغيره ولكنه ينبغي له أن يشهدا بنفسه لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لفاطمة
 رضى الله تعالى عنها قومي فاشهدى أضحيتك فانه يفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب
 اما أنه يجاء بلحمها ودمها يوم القيامة فيوضع في ميزانك سبعين ضعفاً قال أبو سعيد الخدرى
 رضى الله تعالى عنه أهذا لآل محمد عليه الصلاة والسلام فهم أهل لما خصوا به من الخير أم
 للمسلمين عامة قال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة . قال (والاضحية
 تجب على أهل السواد كما تجب على أهل الامصار) لانهم مقيمون مياسير وانما لم تجب
 على المسافرين لما يلحقهم من المشقة في تحصيلها وذلك غير موجود في حق أهل القرى وفي
 الاصل ذكر عن ابراهيم قال هي واجبة على أهل الامصار ما خلا الحاج وأراد بأهل الامصار
 المقيمين وبالحاج المسافرين فاما أهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا . قال (ولا بأس لأهل
 القرى أن يذبحوا الاضاحى بعد انشقاق الفجر) لما بينا أن دخول الوقت بانشقاق النجم من
 يوم النحر الا ان أهل الامصار عليهم الصلاة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلاة على

أهل القرى لقوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع * ثم المعتبر
المكان الذي فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل بالمصر وأضحيته بالسواد يجوز أن يضحي
بها بعد انشقاق الفجر فأما اذا كان هو بالسواد وأضحيته بالمصر لا يجوز أن يضحي بها الا
بعد فراغ الامام من الصلاة وقد بينا أن أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وذلك مروى عن عمر
وعلى وابن عباس رضی الله تعالى عنهم . قال (ويجزيه الذبح في لبايها الا انهم كرهوا الذبح
في الليالي) لانه لا يأمن أن يفلط فتفسد الظلمة الليل ولكن هذا لا يمنع الجواز . قال (وليس
على أهل منى يوم النحر صلاة العيد) لانهم في وقت صلاة العيد مشغولون باداء المناسك فلا
يلزمهم صلاة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما لا يجوز لاهل القرى والله
سبحانه وتعالى أعلم

❦ باب من الصيد أيضاً ❦

قال رحمه الله تعالى ومن انفلت من يده صيد بعد ما أحرزه فأخذه غيره فهو للاول
لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالاتقالات من يده ولا يملكه الثاني بالاخذ لانه بالاخذ
يملك الصيد المباح لا المال المملوك كمن أبق عبده فأخذه انسان آخر لا يملكه ومن نصب
شبكة فوق فيها صيد وصار بحيث لا يقدر على الذهاب فأخذه رجل فصاحب الشبكة أحق
به لانه صار آخذا له بالوقوع في شبكته وهذا بخلاف ما لو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد
فأخذه انسان فهو للآخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هذا آخذا للصيد
بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامنا وضارب الفسطاط ما قصد الاصطياد فلا
يكون آخذا له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن . قال (ومن أخذ بازيا أو شبهه
في مصر أو سواد وفي رجليه سير أو جلاجل وهو يعرف انه أهلى فعليه ان يعرفه ليرده على
صاحبه) لانه يتقن بثبوت يد الغير عليه قبله فانه لا يخرج من البيضة مع الجلاجل فاما أن يكون
انفلت من يد صاحبه أو أرسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته فعرفنا انه ملك
الغير في يده بمنزلة اللقطة فعليه أن يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان أخذ ظبيا وفي عنقه
قلادة وكذلك لو أخذ حمامة في المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها لانها
بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من فراخها لا

يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيراً يحل له تناول حاجته وان كان غنياً ينبغي له أن يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشيء فيتناول وهكذا كان يفعله شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولماً بأكل الحمام . قال (ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه فأخذه حلال ثم حل الاول فله أن يسترده منه) لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه ألا ترى أن الرجل يحرم وله صيود في بيته فلا يلزمه شيء واذا كان بعد الارسال باقياً على ملكه لم يملكه الاخذ فله أن يسترده قال (ومن قتل بازياً معلماً أو كلباً معلماً لرجل فعليه قيمته) وقد بينا في هذه المسألة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن مئلفه وانما تعتبر قيمته كذلك بخلاف المحرم اذا قتل بازياً معلماً فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلماً لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيد في يد المقتول وبكونه معلماً ينتقص ذلك لانه يخرج به من أن يكون متوحشاً فلا يزداد به قيمته في حق الله تعالى فأما وجوب الضمان الآدمي لكونه مالا منتفعاً به ويزداد ذلك بكونه معلماً فهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته أيضاً ومراده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعاً به وان كان عقوراً لا يقبل التعليم فمئلفه لا يضمن شيئاً لانه غير مؤدى وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير لانه يقبل التعليم ويتأني الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم شيء من ذلك لانه لا منفعة في اللحم سوى الاكل فاذا لم يكن مالا مأكولاً لا يكون مالا متقوماً وجواز البيع يختص بمال متقوم حتى اذا كان له ثمن بأن كان يرغب فيه لا طعام الكلاب والسنائير جاز بيعه اذا كان مذكي الا أن يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبرها رجل وباعها جاز بيعها لانه مال منتفع به وان كانت غير مدبوغة لم يجز ومراده اذا كانت ميتة فأما اذا كانت مذكية يجوز وقد بينا أن عمل الذكاة في الحبل والطهارة في مأكول اللحم وفي طهارة الجلد في غير مأكول اللحم كالديباج . قال (وان وجد في الماء سمكة مقطوعة لا يدري من قطعها فلا بأس بأكلها) لانه ليس فيها ما يدل على سبق يد اليها لتوهم أن يكون فعله بها سمكة أخرى وان أصاب في وسطها أو في موضع منها خيطاً مربوطاً لم يأكلها ويعرفها لانه علم أن يداً أخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة فيعرفها . قال (ومن سمع حساظن انه حس صيد فرماه أو

أرسل كلبه فأصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فلا بأس بما أصاب ذلك وان كان حس انسان أو غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد) لانه رمى الى الحس والرمى الى الاهلي لا يكون اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله اذا أصاب صيدا مأكولا سواء كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول وعن زفر رحمه الله قال ان كان الحس حس صيد مأكول لم يحل تناوله وان أصاب صيدا مأكولا لان فعله لم يكن مبيحا ألا ترى أنه لو أصاب ما قصده لم يفد الحل وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان الحس حس خنزير لم يحل وان أصاب رميه الصيد بخلاف السباع لان الخنزير من المحترم العين فاما في سائر السباع فان فعله مؤثر في طهارة الجلد فاذا أصاب ما يحل تناوله كان مؤثرا في اباحة اللحم أيضا والصحيح ما بينا ان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فاما حل التناول باعتبار صفة في المحل فاذا أصاب فعله في الاصطياد محلا مأكولا قلنا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل له أكله لاجتماع المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة وفي النوادر إذا رمى طيرا فأصاب صيدا وذهب الطير فلم يعرف ان كان أهليا أو وحشيا حل له أن يتناول الصيد لان الطير في الاصل وحشي بخلاف ما لو رمى بعيرا فأصاب صيدا وذهب البعير فلم يعرف ان كان أهليا ومتوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه مألوف في الاصل والتوحش منه نادر فتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن أنه انسان فرماه فأصاب مارماه وتبين انه كان صيدا يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد وظنه بخلاف حقيقة فعله لغو. قال (ولو رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيدا لم يؤكل) لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو والورمي شاة سواء وكذلك لو رمى حربيا مختفيا مؤثما فأصاب صيدا لم يأكله لان رميه الى الحربى ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل تناول ما أصابه من الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصيد في الحرم

قال رحمه الله تعالى (واذا خرج الصيد من الحرم الى الحل فلا بأس باصطياده) لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللت

فاصطادوا . قال (وان رمى رجل صيداً في الحل فأصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء) لان وجوب الجزاء باعتبار فعل المحذور وفعله كان مباحاً وهو الرمي الى صيد في الحل أو باعتبار حرمة الحل ولم يكن محترماً حين ما أصاب السهم الصيد فهو كالمو رمى الى حربي أو مرتد فأصابه ثم أسلم وفي القياس لا بأس بأكله لان فعله كان مذكياً له ألا ترى أنه لو مات في الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعد ما دخل الحرم لانه دخله وهو مذكي وحرمة الحرم انما تظهر في حق الصيد لا في حق المذكي ولكنه استحسن فقال يكره أكله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عند ذلك في الحرم والحكم يضاف الى الشرط وجوداً عنده كما يضاف الى السبب ثبوتاً به فاعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة واعتبار حالة الاصابة يبيح فيغلب الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فان الحل صفة في الحل والحل في الحرم عند ثبوت صفة الحل فيه . قال (وان أصابه في الحرم فمات في الحل فلا خير في أكله) لان الحل باعتبار الاصابة وقد أصابه وهو صيد الحرم وهذه هي المسألة المستثناة من أصلنا ان المعتبر لحالة الرمي فيما يبنى عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان في حل التناول يعتبر حالة الاصابة أيضاً لان الحل صفة للمحل وانما يثبت في المحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان أصابه في الحل وقد رماه من الحرم لان الرمي من الحرم قيل محذور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قيل معناه وأنتم في الحرم لانه يقال أحرم اذا دخل في الحرم كما يقال أشأم اذا دخل الشام والموجب للحل الذكاة لا القتل المحذور والدليل عليه وجوب الجزاء على الراي فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيداً وكذلك ان رماه من الحل في الحرم لان الصيد اذا كان في الحرم فهو ممنوع من الرمي اليه وان كان في الحل فيكون فعله فعلاً محظوراً ألا ترى ان عليه قيمة الجزاء ولو كان الراي في الحل والصيد في الحل فمر السهم في الحرم حتى أصاب الصيد فلا بأس بأكله وان تعد ذلك لان الرمي مباح له فكان فعله ذكاة شرعاً وهذا لان الحرمة باعتبار معنى في الحل وفي الراي ولم يوجد ذلك لان اصل السبب فعل الراي وثبوت الحكم عند الاصابة وما بين ذلك غير معتبر أصلاً في اضافة الحكم اليه . قال (فان رمى نصراني من الحرم صيداً في الحل فمات فلا خير في أكله) لان النصراني في حكم الذكاة لا يكون أعلى من المسلم فاذا كان هذا الفعل من المسلم لا يبيح الصيد فكذلك من النصراني

كما لو ترك التسمية عمداً (فان قيل) المنع من الرمي صوب الحرم حق الشرع والنصراني
 لا يخاطب بذلك ولهذا لا يلزمه الجزاء (قلنا) حرمة الحرم تظهر في حق الكافر كما تظهر
 في حق المسلم ولهذا لا يقتل العربي والمرتد في الحرم ثم النصراني في حكم الذكاة تبع للمسلم
 والتبع يلحق بالاصل في حكمه وان لم يشاركه في علقته * وكذلك لو ذبح نصراني أو صبي صيدا
 في الحرم لم يؤكل لانهما في حكم الذكاة تبع للمسلم البالغ فاذا لم يكن هذا الفعل من المسلم
 البالغ واجبا للحل فكذلك من النصراني والصبي . قال (ولو ان رجلا أخرج صيدا من الحرم
 فذبحه في الحل فعليه جزاؤه) لانه كان في الحرم آمنا صيدا وقد زال ذلك بأخذه واخراجه
 وكان مطالباً شرعاً باعادته الى مأمته وإرساله فيه وقد فوت ذلك بذبحه فعليه الجزاء والتزهر
 عن أكله أفضل بخلاف ما اذا ذبحه في الحرم فان ذلك حرام تناوله لانه حين ذبحه كان صيد
 الحرم ففعله فيه يكون قتلاً ولا يكون ذكاة وهنا حين ذبحه كان صيد الحل فيكون فعله فيه
 ذكاة وباعتبار هذا الفعل لا يلزمه الجزاء وإنما يلزمه بالاختذ السابق فهذا لا يحرم تناوله إلا
 أن التزهر عنه أفضل لان تقرر الجزاء عليه بفعل الذبح وان كان الوجوب سبب الاختذ
 فباعتبار هذا المعنى يمكن شبهة فيه ولأننا لو أطلقنا له حق التناول تطرق الناس الى ذلك
 فيخرجون الصيد من الحرم ويذبحونه في الحل وفي ذلك تعليل صيد الحرم فللمنع من هذا
 قلنا التزهر عن أكله أفضل . وكذلك ان كان صاده أولاً في الحل ثم أدخله الحرم ثم أخرجه
 الى الحل لانه حين أدخله الحرم فقد صار صيد الحرم فهو والمأخوذ في الحرم سواء بدليل
 وجوب الجزاء عليه وهذا عندنا فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى حرمة الحرم لا تظهر في حق
 صيد مملوك فاذا ملكه بالاختذ في الحل ثم أدخله الحرم لم يثبت له حرمة الحرم وعندنا حرمة
 الحرم في حق الصيد كحرمة الاحرام فكما يحرم عليه بالاحرام امساك الصيد المملوك ويلزمه
 إرساله فكذلك يحرم بسبب الحرم امساكه وقد بيناهما في المناسك * وكذلك حلال احرام
 وفي يده صيد ثم حل ثم ذبحه فهذا والاول سواء لانه لما أحرم فقد وجب عليه إرساله وحين
 ذبحه تقرر عليه جزاؤه وان كان بعد الحل فهذا كرهه أكله . قال (محرم صيداً فدفعه
 الى حلال فذبحه فهو والاول سواء) لانه بما صنع مفوت ما لزمه من الارسال ومقرر للجزاء
 على نفسه فهو كما لو ذبحه بنفسه بعد ما حل من احرامه ولو ذبحه بنفسه بعد ما حل من احرامه
 وهو محرم أو في الحرم كان ذلك أشد من هذا حالا فان ذلك بمنزلة الميتة وهذا مكروه

التناول لان الحل باعتبار فعل الذكاة وفعل المحرم أو الذي في الحرم محظور فلا يكون ذكاة شرعاً فاما المدفوع اليه خلال فعله في حق نفسه ذكاة ولكن باعتبار أنه مفوت للارسال ومقرر للجزاء على الآخذ يلحقه نوع خطر وذلك ليس لمعنى في نفس الفعل فلا يثبت به الحرمة مطلقاً وانما ثبت الكراهة. قال (وان أرسله المحرم فذبحه حلال فلا بأس به) لان المحرم أتى بما هو المستحق عليه فيخرج به من عهدته أخذه وذبح الحلال إياه كذبح صيد آخر في الحكم. قال (ولو أن حلالاً أخرج صيداً من الحرم الى الحل فأرسله فصاده حلال فذبحه فلا بأس بأكله) لانه صيد الحل فانه بالارسال قد خرج من يد الذي أخرجه من الحرم فهو والذي خرج بنفسه من الحرم سواء في حل تناول ولكن على الذي أخرجه الجزاء لان المستحق عليه شرعاً اعادته الى مأمنه فانه بالاخراج من الحرم ازال الامن عنه فاذا تلف قبل العود الى مأمنه تقرر الجزاء عليه لانعدام ما ينسخ فعله بخلاف الاول فان على المحرم رفع اليد عنه بالارسال فينسخ حكم فعله بمجرد إرساله ووزان هذا من ذلك ما لو عاد الصيد الى الحرم بعد ما أرسله ثم أصابه ما أصابه وكذلك لو كان الذي أخرجه من الحرم هو الذي صاده بعد ما أرسله فذبحه لم يكن بأكله بأس لانه حلال ذبح صيداً في الحل فهو وغيره في الحالين سواء قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو وغيره سواء في ذلك الآن عليه الجزاء وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثاني ووجوب الجزاء عليه باعتبار فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولم يبق ذلك الاخراج بعد ما أرسله فلماذا لا تثبت الحرمة ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ماوجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل ان يرسله ودفعه الى غيره فذبحه لان تلك اليد باقية حقيقة وحكماً وانما تمكن من الذبح باعتبارها فلماذا كره أكلها. قال (محرم أصاب صيداً فادخله منزله في الحل فجاء بمض أهله فذبحه فلا بأس بأكله) وأضاف الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لم يحفظ جواب أبي حنيفة رحمه الله لان جوابه يخالف جوابها وهذا لان الذابح حلال وقد ذبحه في الحل ولو أرسله المحرم في غير منزله فذبحه حلال حل تناوله فكذلك اذا أرسله في منزله الآن على الحرم الجزاء لانه ما نسخ حكم فعله بإرساله إياه من منزله فان معنى الصيدية من حيث التنفير والاستيحاش لمن بعد اليه كما كان قبل أخذه فلماذا كان عليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل جارحاً من منزله. قال ولا يعجبنا هذا الفمل لان فعل بعض أهله في الذبح كفعله من وجهه فانه ينفق

عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن هذا الوجه الذابح كلما مور من جهته فهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان أرسله في منزله نخرج من منزله فتبعه بهض أهله وذبحه ولم يأمره بذلك فهذا والاول سواء ولا أكره أكله وفي رواية أبي حفص قال وأكره أكله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأكله * والحاصل أنه لم يتم إرساله بعد في حق نسخ الفعل لان الذي تبعه انما يتمكن من أخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزاء لذلك الا ان في اباحة التناول مما يقولان لو أرسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك فكذلك اذا أرسله في منزله نخرج هكذا وجه رواية أبي سليمان حيث قال ولا أكره أكله ووجه رواية أبي حفص وهو انه لما أرسله بمراى العين من بعض أهله فقد طلب منه دلالة ان يتبعه فيأخذه ولو أمره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة . قال (وان انفلت من المحرم في جوف المصر أو أرسله فأخذه إنسان فذبحه فهذا كانه في يده حتى يرسله) لان بالارسال في جوف المصر لم يعد اليه التنفير والاستيحاش علي الوجه الذي كان قبل أخذه فلا ينسخ به حكم فعله وهذا لان ما في جوف المصر يمكن أخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة في المصر لم تحل بالرمى . قال (واذا انفلت منه في الصحراء لا يقدر على أخذه الا بصيد فرماه حلال فلا بأس به كما لو أرسله في الصحراء) وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكأنه لم يأخذه قط . قال (حلال ارسل كلبه على صيد في الحل فتبعه الكلب حتى أدخله الحرم فقتله فيه كرهت له أكله) لما بينا ان الحل يثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان أصل الارسال في الحل فكذلك اذا أدركه صاحبه حيا فأخذه وأخرجه الى الحل وذبحه لانه حين أخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع في يده حيا (جواب) هذا الفصل كجواب ما لو أخرج صيدا من الحرم وذبحه في الحل . وان أرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل كرهت له أكله وعليه الجزاء لان إرساله الكلب على الصيد اصطياذ ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمى اليه سواء كما بينا . قال (وان أرسله في الحل على صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل ثم أخذه وقتله كرهته أيضا) لانه أرسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد في الحرم نخرج من الحرم قبل الاصابة . قال (وان أخذه من الكلب حيا في الحل فذبحه كرهت له هذا الصنع ولا

بأس بأكله في القياس) لانه حين أخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل
 الا بذكاة الاختيار فانما بقى المعتبر أخذه وذبحه وقد حصل في صيد الحل فلا بأس
 بأكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من أخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراماً
 بكون الصيد في الحرم عند ذلك . قال (ظني بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه
 حلال في الحرم فقتله فانه يكره أكله لوجوب الجزاء عليه) وهذا لان قوام الصيد
 بقوائمه واعتبار ما في الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب يرجح لانه جانب
 الحظر وجانب الحرمة لحق الشرع وان كانت قوائمه في الحل ورأسه في الحرم فلا بأس
 بأكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه . وقيل هذا اذا كان قائماً فان كان قائماً فهذا
 والاول سواء لان استمساكه على الارض في حال نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب
 منه في الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا في المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع أصلها لا
 موضع أغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام
 الصيد ليس بغصن الشجرة قال الله تعالى ما يمسكهن الا الله فأما قوام غصن الشجره فأصلها
 ففي حق ضمان المحصن يعتبر موضع أصل الشجرة وفي حتى ضمان الصيد يعتبر الموضع الذي
 فيه الصيد فان كان في هواء الحرم فهذا الصيد صيد الحرم . قال (وان اشترك الحلال
 والمحرم في رمي الصيد لم يحل أكله) لان اعتبار فعل المحرم محرم والموجب للحرمة يغلب
 على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسى في قتل الصيد . قال (رجل أرسل بازيا على
 صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل فقتله كرهت أكله) لان أصل السبب ارسال
 البازي وقد كان محظورا فان أرسله على صيد في الحرم فاعتباره يثبت الكراهة . قال
 (حلال أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاداً ثم ذبحها وأولادها فليس أكلها وأكل
 أولادها بحرام) لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال في صيد في الحل . ولكن
 لا يعجنى هذا الفعل لانه لو أذن في ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاخذ
 السابق وقد كان ذلك الاخذ حراماً عليه وعليه الجزاء فيها وفي أولادها لان الارسال والاعادة
 الى الماء من مستحق عليه فيها وفي أولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزاء ولانه
 انما يضمن جزاء الام لاتلاقه معنى الصيدية فيها بأثبات اليد عليها وهذا المعنى موجود في
 ولدها وكذلك ان أدى الجزاء عنها ثم ذبحها فهذا والاول سواء لانه مطالب بارسالها واعادتها

الى الماء من بعد أداء الجزاء فان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فأما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت في يده بعد أداء الجزاء فليس عليه في ذلك الولد جزاء لانه لو ماتت هي في يده بعد أداء الجزاء لم يلزمه شيء آخر فمرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد أداء الجزاء ليسرى الى الولد بخلاف ما قبل أداء الجزاء (فان قيل) فأين ذهب قولكم انه لا معتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى الماء من بعد أداء الجزاء (قلنا) نعم لا معتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لا يجمع الاصل والبدل فيبقى بعد أداء الجزاء الحق متردداً بين الارسال الذي هو الاصل وبين المؤدى من الجزاء ولهذا لو باعه بعد بيعه يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزاء لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شيء فهذا لا يلزمه الجزاء فيه ولانه يملك ذلك الصيد بما أدى من الجزاء ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فهذا لا يلزمه الجزاء فيه * وكذلك لو كان محرماً صاد ظبية ثم حل من احرامه وهي في يده فخالها وحال اولادها كما بينا في الفصل الاول من الفرق بين ما قبل أداء الجزاء أو بعد أداء الجزاء فان ما قررناه من المعنى يشتمل على الفصلين جميعاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الزاهد الاجل شمس الأئمة ونخرا الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء: اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لعتان أوقف يوقف اي قافاً ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤولون. وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وظن بعض أصحابنا رحمهم الله انه غير جائز علي قول أبي حنيفة وآليه يشير في ظاهر الرواية. فنقول أما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فكان لا يجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً فأما أصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صارفاً للمنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى ان عنده لو نفذ في مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصاً فيما لا

يكون تمليكاً كما امتق كأنه يجعله موقوفاً على ما يظهر عند موته والصحيح أن ما بشره في المرض بمنزلة ما لو بشره في الصحة في أنه لا يتعلق به اللزوم ولا يتمتع الارث بمنزلة العارية إلا أن يقول في حياته وبعد موتي فيئند يلزم إذا كان مؤبداً وصار الأبد فيه كعمر الموصى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الوقف يزبل ملكه وإنما يجبس العين عن الدخول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لأن الوارث يخاف المورث في ملكه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يقول بقول أبي حنيفة رحمه الله ولكنه لما حج مع الرشيد رحمه الله فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتي بلزوم الوقف فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل (أحداها) هذه (والثانية) تقدير الصاع بثمانية أرطال (والثالثة) أدان الفجر قبل طلوع الفجر . وحجتهم في ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم عمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعائشة وحفصة رضي الله تعالى عنهم فأنهم باشروا الوقف وهو باق إلى يومنا هذا وكذلك وقف إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باق إلى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه قال الله تعالى واتبعوا ملة إبراهيم حنيفاً والناس تعاملوا به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يعني اتخاذ الرباطات والخانات وتعامل الناس من غير نكير حجة وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه إلا بتركهم التحكم على الناس فإذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الأشياء ولو جاز التقليد كان من مضي من قبل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وإبراهيم النخعي رحمهما الله أخرى أن يقلدوا ولم يحمدا على ما قال . وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفرغ مسائل الوقف حتى خاض في الصكوك واستكثر أصحابه من بعده من تفرغ مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله ولو كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الأحياء حين قال ما قال لدمر عليه فانه كما قال مالك رضي الله تعالى عنه رأيت رجلاً لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجرى بالجلال يسر * ثم - تدل بالمسجد فقال اتخذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة بنوع قرينة قصدها فكذلك

في الوقف وبهذا تبين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه عن ملكه * ثم للناس حاجة الى ما يرجع الي مصالح معاشهم ومعادهم فاذا جاز هذا النوع من الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ولو جاز الفرق بين هذا الاشياء لكان الأولي أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى لا يورث لما في النش من الاضرار والاستبعاد عند الناس أو كان ينبغي أن يلزم الوقف دون المسجد لان في الوقف وان انعدم التمليك في عينه فلذلك يوجد فيما هو المقصود به وهو التصديق بالغة وذلك لا يوجد في المسجد فكان هذا الفرق أبعد عن التحكم مما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله هذا معنى ما احتج به محمد رحمه الله وقد طوله في الكتاب ويستدلون بالعتق أيضاً فقيه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك وصح ذلك على قصد التقرب فكذلك في الوقف وحجة أبي حنيفة قول رسول الله صلى الله عليه و- لم يقول ابن ادم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنت أو لبست فأبليت أو تصدقت فامضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فينبى النبي عليه الصلاة والسلام ان الارث انما ينعدم في الصدقة التي أمضاها وذلك لا يكون الا بعد التمليك من غيره (وسئل الشعبي عن الحبس فقال جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول النكرة في موضع النفي تم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل (واستدل) بعض مشايخنا رحمهم الله بقوله عليه الصلاة والسلام إنا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فقالوا معناه ما تركناه صدقة لا يورث ذلك عنا وليس المراد أن أموال الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لي من لدنك ولياً يرثني ويرث من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل في الحديث بيان أن لزوم الوقف من الانبياء عليهم الصلاة والسلام خاصة بناء على أن الوعد منهم كالعهد من غيرهم. ولكن في هذا الكلام نظر فقد استدل أبو بكر رضي الله عنه على فاطمة رضي الله عنها حين ادعت فذلك بهذا الحديث على ما روى انها ادعت ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهب فديك لها وأقامت رجلا وامرأة فقال أبو بكر رضي الله تعالى عنه
ضمي الى الرجل رجلا أو الى المرأة امرأة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال أبو
بكر رضي الله تعالى عنه أولادي فقالت فاطمة رضي الله تعالى عنها أيرثك أولادك ولا
أرث أنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول أنا معشر الأنبياء لأنورث ما تركناه صدقة فعرفنا أن المراد بيان أن
ما تركه يكون صدقة ولا يكون ميراثا عنه . وقد وقعت الفتنة بين الناس بسبب ذلك فترك
الاشتغال به أسلم والمعنى فيه أن العين الموقوفة فيه كانت مملوكة قبل الوقف وبقيت بعده
مملوكة والمملوك بغير مالك لا يكون فمن ضرورة بقائها مملوكة أن يكون هو المالك أو غيره
ولم تصر مملوكة لغيره فكانت باقية على ملكه والوارث يخلف المورث في ملكه . وبيان قولنا
إنها بقيت مملوكة أنه ينتفع بها على وجه الانتفاع بالمملوكات من حيث السكنى والزراعة وسائر
وجوه الانتفاعات ولأنها خلقت مملوكة في الأصل وقد تقرر ذلك بتمام الأحراز فلا يتصور
إخراجها عن أن تكون مملوكة إلا أن يجعلها الله تعالى خالصا وبالوقف لا يتحقق ذلك . وفي هذه
التسمية ما يدل على أنها مملوكة محبوسة وبه فارق العتق فالآدمي خلق في الأصل ليكون
مال كالفنفة المملوكية فيه عارض محتمل للرفع وإذا رفع كان مالكا كما كان . ومن ضرورة إثبات
قوة المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فإن تلك البقعة تخرج من أن تكون مملوكة
وتصير لله تعالى ألا ترى أنه لا ينتفع بها بشيء من منافع الملك وإن كانت تصلح لذلك وقد
وجدنا لهذا الطريق أصلا في الشرع وهو الكعبة فلك البقعة لله تعالى خالصة متحرزة عن
ملك العباد فألقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسيب
أهل الجاهلية من حيث أنه لا تخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب
دأبه لم تخرج من ملكه فكذلك إذا وقف أرضه أو داره وإذا بقيت مملوكة له لا يتمتع
الأثر فيها إلا باعتبار حق يستثنيه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما إذا أضاف الوقف إلى ما بعد
الموت فإنه تبقى العين على حكم ملكه لشغله إياه بحاجته والناس لم يأخذوا قول أبي حنيفة في
المسئلة إلا باشتهار الآثار فأما من حيث المعنى كلامه قوى وهو يحمل الآثار على الوقف المضاف
إلى ما بعد الموت أو المنفعة في الحياة وبعد الموت . قال رحمه الله تعالى قد تم الكتاب على قول
أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وإنما البيان بعد هذا على قولها . ثم بدأ الكتاب بحديث رواه

عن صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغا وكان
نحلاً نفيساً فقال عمر رضي الله تعالى عنه يا رسول الله انى استفدت مالا وهو عندي نفيس
أفأصدق به فقال صلوات الله وسلامه عليه تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن
لينفق من ثمره . فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمساكين
وain السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقاً
له غير متمول منه . وهذه الأرض سهم عمر رضي الله عنه بخير حين قسم رسول الله صلى الله
عليه وسلم خير بين أصحابه رضي الله عنهم وتمع لقب لها . وقد كانت لأملاكهم ألقاب حتى كان
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب
وحمار يقال له ينفور وعمامة تسمى السجابة ثم في هذا دليل أن من قصد التقرب إلى الله سبحانه
وتعالى فينبغي أن يختار لذلك أنفس أمواله وأطيبها قال الله تعالى ان تناولوا البر حتى تنفقوا مما
تحبون وقال الله سبحانه وتعالى ولا تيموا الخيث منه تنفقون فهذا اختار عمر رضي الله عنه
أنفس أمواله وأطيبها لما أراد التصدق . وفيه دليل على ان من أراد التقرب إلى الله تعالى فالأولى
ان يقدم السؤال عن ذلك وان الربا لا يدخل في هذا السؤال بخلاف ما يقوله جهال المتشقة . ثم
أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث
فهو من حجة من يقول بلزوم الوقف وقد روى عن علي رضي الله عنه انه وقف كما فعله عمر
رضي الله عنه ولكن لم يستثن للوالى شيئاً وفيه دليل على ان كل ذلك واسع ان استثنى للوالى ان
يأكل بالمعروف كما فعله عمر رضي الله عنه وهو صواب وان لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي
الله عنه فهو صواب أيضاً وللوالى ان يأكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما ان للامام فعل
ذلك في بيت المال ولو وصى اليتيم ذلك في مال اليتيم اذا عمل له قال الله تعالى ومن كان فقيراً
فليأكل بالمعروف ولكن لا يكون له أن يؤكل غيره ممن ليس في عياله الا اذا شرط الواقف
ذلك كما فعله عمر رضي الله عنه أو يؤكل صديقاً له (وقوله) غير متمول منه يعنى يكتفى بما
يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازى في طعام الغنيمة يباح له أن يتناول
بقدر حاجته ولا يتم ذلك بالبيع والاقرض من غيره وفيه دليل محمد رحمه الله ان الوقف
لا يتم الا بالتسليم إلى المتولى . وفي قوله لا جناح على من وليه اشارة إلى ذلك وقد روى
انه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله تعالى عنها قال محمد رحمه الله ولهذا يأخذ اذا

تصدق بها في حياته في صحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به في مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازالة الملك بطريق التبرع . ثم لا خلاف انه لو قال تصدقت بأرضي هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفاً بل يكون ذلك نذراً بالصدقة اذا قصد به الالتزام فان عين انساناً فهو تصدق عليه بطريق التملك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت أرضي هذه أوحبستها أو حرمتها أو هي موقوفة أو محبوسة أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فعل . مراده وقفها على ملكي لتكون مصروفة في حاجتي أو على قضاء ديوني فان قال لانسان بعينه وقفها لك أو حبستها لك أو قال هي لك وقف أو حبس فهو باطل أيضا الاعلى قول أبي يوسف فانه يقول يكون تملكاً منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك . وقوله وقف أو حبس باطل . ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تملك الغير منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله داري لك سكني تكون عارية فان قال هي صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها ويزرعها ويرفع من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة على الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة وليس له أن يرجع فيها الاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتأييد في جهة صرف الغلة ما بقيت الدنيا وانما يبدأ من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لا تبقى منتفعا بها الا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة علم علمه الناس فهم يعملون به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية له الى يوم القيامة وفي بعض الروايات قال الاسبعا و ذكر من جملة ذلك نهراً أكره و خاناً بناه ومصحفاً سببه وانما يرفع من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها لانه لا يتمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لا تطيب من الاراضي الخراجية الا بأداء الخراج وانما قصد الواقف أن يكون التصدق عنه باطيب المال وذلك عند أداء النوائب فلماذا يرفع الوالي من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة وليس هذا بتوقيت لازم ولمكن يقسم عند حصول الغلة ومن الاراضي ما يفل في السنة مرتين ومنها ما يفل في السنة مرة فكما حصلت الغلة ينبغي له أن يقسم ما يحصل من النوائب في الفقراء والمساكين ولا يؤخر لما في التأخير من الآفات وفي

التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف ولذلك اذا جعل أرضا له مقبرة للمسلمين
ويأذن لهم أن يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد ما يخلى بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها
إنسانا واحدا أو أكثر أن يرجع فيها لان التسليم على قول من يشترط التسليم يتم بهذا
فان ما هو المقصود قد حصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك اذا جعلها خاناً للمسلمين
وخلى بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد أو أكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم
يتم بهذا وهذا لانه لا يتحقق القبض من جميع المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة
للمساواة بين الكل فيما ثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع أمان الواحد من
المسلمين كأمان الجماعة * ثم النزول في الخان والدفن في المقبرة من مصالح الناس قال الله
تعالى ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا وجواز الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من
حيث المعاش والمعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمعتمرين
ويدفعها الى ولي يقوم عليها ويسكن فيها من زار فليس له بعد ذلك أن يرجع فيها وان مات لم
تكن ميراثا وان لم يسكنها أحد لانه حين سلمها الى ولي يقوم عليها فقد أخرجها من
ملكه ويده * والتسليم على قول من يشترط يكون بأحد الطريقتين إما بأبواب يد القيم
عليها أو بأن يحصل المقصود بسكنى بعض الناس فيها باذنه. وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة
سكنى للمساكين ودفعها الى ولي يقوم بذلك. وكذلك ان جعلها سكنى للغزاة والمرابطين
في ثغر من الثغور أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى ولي يقوم
به فهو جائز ولا سبيل له الى رده لانه قصد التقرب بما صنع فأما السكنى فلا بأس بأن
يسكنها الفنى والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج. وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة
فأما الغلة التي جمعت للغزاة فلا يعجبنى أن يأخذ منها إلا محتاج اليها لان الغلة مال يملك
والتقرب الى الله تعالى بتملك المال يكون من المحتاج خاصة دون الفنى بخلاف السكنى *
وحقيقة المعنى في الفرق أن الفنى مستغن عن مال الصدقة بماله نفسه وهو لا يستغنى بماله
عن الخان لينزل فيه وعن الدفن في المقبرة فلا يمكنه أن يتخذ ذلك في كل منزل وربما لا يجد ما
يستأجره فلماذا يستوي فيه الفنى والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبرقائه يستوي
فيه الفنى والفقير لهذا المعنى وهذا لاز الماء ليس بمال قبل الاحراز والناس يتوسعون فيه
عادة ولا يحرصون به الفقراء دون الاغنياء بخلاف التصديق بالمال ثم الوانف وان أطلق

الغزاة في سبيل الله فإrade التقرب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل عليه شرعا قال الله تعالى من أصناف الصدقات وفي سبيل الله * ثم يصرف الصدقة الى الفقراء من الغزاة دون الاغنياء * والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يمحسون أو لا يمحسون لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يمحسون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يمحسون فهو باطل الا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى حينئذ ان كانوا يمحسون فالفقراء والاعنياء فيه سواء وان كانوا لا يمحسون فالوقف صحيح وتصرف الى فقرائهم دون اغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره وتتمام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا. قال (وان جعل أرضا له مسجدا لعامة المسلمين وبنائها وأذن للناس بالصلاة فيها وأبانها من ملكه فأذن فيه المؤذن وصلى الناس جماعة صلاة واحدة أو أكثر لم يكن له أن يرجع فيه وان مات لم يكن ميراثا) لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصة لله تعالى قال الله تعالى وأن المساجد لله وقال عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجدا ولو كحفص قطاة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة ولا رجوع له فيما جعله لله تعالى خالصا كالصدقة التي أمضاها. ثم عند أبي يوسف يصير مسجداً اذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وان لم يصل فيه أحد كما في الوقف على مذهبه ان الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولى وعند محمد لا يصير مسجداً ما لم يصل الناس فيه بالجماعة. بنى على مذهبه ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط إقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال اذا صلى فيه واحد يصير مسجداً وان لم يصل بالجماعة. وجه رواية الحسن أن تمام التبرع بمحصول المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج ثم لا يتم ما لم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهنا المقصود من المساجد إقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه الارض موضع الصلاة وانما تبنى المساجد لإقامة الصلاة فيها بالجماعة فلا تصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود. وجه الرواية الاخرى أن المقصود أن المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بالصلاة فيه منفردا كان أو بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما يحرر حقهم فتجعل صلاة الواحد فيه كصلاة الجماعة * وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن في المقبرة

(وروى) عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي رضى الله عنهم قالوا لا تجوز الصدقة حتى يقبض وبه تأخذ فنقول ان الصدقة لا تتم الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله تعالى وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولا خلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى في الصدقة المنفذة وقال أهل المدينة رحمهم الله مجرد الاعلام يكفي لذلك لما جاء في الاثر عن ابن مسعود رضى الله عنه وغيره اذا أعلنت الصدقة جازت وجعلوا ذلك قياس العتق فان العتق يزيل المقتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الآخذ للصدقة هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة تقع في كف الرحمن فيريها كما يربى أحدكم فلوه حتى تصير مثل أحد . ولكننا نقول هذا في ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير آخذاً كفايته من الله تعالى فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ولهذا لم يكن للمعطي منه على القابض وهذا المقصود لا يحصل قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يده نفسه فيصير قابضا نفسه مع أن الممتق متلف للملك والرق فيه والاتلاف يتم بالتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التمليك من الفقير فكما ان التمليك من الفقير لا يتم الا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى . فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده الى يد المتولى وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولى وهو قول ابن أبي ليلى . وحقته في ذلك أن ازالة الملك بطريق التبرع قيامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعا في ازالة يده كما في ازالة ملكه وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء رحمهم الله وفي جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا أولى . وقال في الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول أهل المدينة رحمهم الله وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع التحكم وقد بينا أن ذلك لا يجوز وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه ازالة ملك لا تتضمن التمليك فتم بدون القبض

كلامتي بخلاف الصدقة المنفذة فانها تتضمن التمليك وهذا لان القبض انما يعتبر من المتملك أو من نائبه لئلا أكد به ملكه ألا نرى أنه لا يعتبر قبض غيره له بزير اذنه والصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها . يوضحه أن المتولي مختار الواقف فيده تقوم مقام يد الواقف لامقام يد الموقوف عليه فانه ما اختاره وربما لم يعلم به أيضا فاذا كانت تم يده من اختاره الواقف فييد الواقف أولى بخلاف العدل في الرهن فان يده كيد المرتهن هناك لانه لا يصير عدلا الا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه في يد العدل ولان حق المرتهن ثبت في العين فتمكن فيجعل العدل نائباً عنه وهنا الموقوف عليه في الغلة لا في العين فلا يمكن جعل المتولى نائباً عنه في قبض العين بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه . واستدل محمد رحمه الله في الكتاب بحديث عمر رضي الله عنه فانه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها وانما فعل ذلك لئتم الوقف ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه في أوامره أو ليكون في يدها بعد موته فأما أن يكون فعله لاتمام الوقف فلا وكان القاضي أبو عاصم رحمه الله يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لمقارنته بين الوقف والعق من حيث انه ليس في كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد رحمه الله أقرب الى موافقة الآثار . وعلى هذا الخان والرباط يتم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالتخلية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه أحد ولا يتم عند محمد رحمه الله الا بالتسليم الى المتولى أو بنزول الناس فيه . وكذلك المقبرة والسقاية عند محمد لا يتم الا بالتسليم الى قيم يقوم عليه أو بأن يدفنوا في المقبرة رجلا واحداً أو يسقى من السقاية رجلا واحداً . وكذلك المسجد الا أن في المسجد تماما عند محمد رحمه الله بأن يصلي الناس فيه بالجماعة لان التسليم الى المتولى في المسجد لا يتحقق اذ لا تدير فيه للمتولى في اختياره من يصلي بالمسجد أو الاستغلال لان المسجد قد تحرز عن ذلك وكذلك لا تدير لاحد في سد باب المسجد لانه ان كره لاهل المسجد أن يلقوا باب المسجد فكيف بغيرهم فلماذا يوقف التمام على اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولى تدير في ذلك فجعل التسليم الى المتولى متما للصدقة ولان المقصود في سائر الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولى في ذلك بمنزلة يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى في المسجد خالصاً ولا يحصل ذلك الا باقامة الصلاة فيه . قال (ولو وقف نصف أرض أو نصف دار مشاعاً على الفقراء فذلك جائز في قول

أبي يوسف رحمه الله لان القسمة من تمة القبض فان القبض للحيازة وتتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة . ثم أصل القبض عنده ليس بشرط في الصدقة الموقوفة فكذلك ما هو من تمة الوقف وهذا لان الوقف على مذهبه قياس المتق والشيوع لا يمنع العتق فكذلك لا يمنع الوقف الا أن العتق لا يتجزأ عنده لما في التجزى من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد في الوقف فيحتمل التجزى ويتم مع الشيوع في القدر الذي أوقفه وأما عند محمد رحمه الله لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان على مذهبه أصل القبض شرط لتتمام الوقف فكذلك ما يتم به القبض وتتمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لا تتم في مشاع يحتمل القسمة كالمهبة ويتم في مشاع لا يحتمل القسمة لانه بالقسمة يتلاشى فلا تكون القسمة فيه حيازة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز في مشاع لا يحتمل القسمة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة ما لم يقسم . وعلى هذا الخان والمقبرة والمسجد والسقاية يعني فيما يحتمل القسمة لانه لا يتم من الشيوع عند محمد رحمه الله تعالى . فأما المسجد والمقبرة لا تتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان بقاء الشركة يمنع أن تكون البقعة لله تعالى خالصاً ولأننا لوجوزنا ذلك وقت الحاجة الى المهايأة فتقبر فيه الموتى في سنة ثم تنبش في سنة أخرى ويزرع لمراعاة حق المالك ويصلى الناس في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت آخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقي منه ملكاً وفيما صار منه وفقاً فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يؤدي الى تضاد الاحكام بل يستقل وتقسّم الغلة على قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك لو جعل جميع الارض أو الدار لشيء من ذلك وأخرجه من يده ثم استحق بفضه مشاعاً بطل في الكل ورجع الباقي اليه في حياته والي وارثه بعد وفاته لان بالاستحقاق يتبين بطلان تصدقه في القدر المستحق لانه لم يكن مملوكاً له يومئذ ولا أجازه مالكه ولو جاز في القدر المملوك لكان لزومه ابتداء في الجزء الشائع وقد بينا أن ذلك لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة وهذا بخلاف ما اذا فعله في مرضه ثم مات ولا مال له سواه فأبطله الوارث فيما زاد عن الثلث بقي الثلث صحيحاً لان حق الوارث انما ثبت بعد الموت فأبطله في القدر الذي له ابطاله يقتصر على هذه الحالة فلا يتبين به ان ابتداء الوقف في الجزء الشائع وأصل هذا الفرق في الهبة والصدقة المنفذة فان رجوع الوارث في البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقي لانه شيوع طارىء .

فكذلك في الصدقة الموقوفة وان استحق بعضه مميّزا بعينه كان ما فعله جائزاً فيما بقي ماضياً لوجهه لان بهذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقي فان المستحق مميّز مما بقي فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحقت احدهما وكذلك الحكم في الصدقة المنفذة اذا كان المستحق مميّزا يقرر الصدقة فيما بقي وكذلك الحكم في الهبة بخلاف ما اذا استحق جزءاً شائماً ولا فرق عند استحقاق الجزء الشائع بين أن يكون المستحق كثيراً أو لم يكن لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك أو كثر . قال (واذا كانت الارض بين رجلين فتصدق بها صدقة موقوفة على بعض الوجوه التي وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جائزاً) لان مثله في الصدقة المنفذة جائز اذا تصدق رجلان على واحد والمعنى فيه أن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين بها والقبض للمتولى في الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سواء ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها شائماً على حدة صدقة موقوفة وجعل لها والياء على حدة لم يجز لانهما صدقتان متفرقتان لان كل واحد منهما تصدق بنصيبه بقصد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياء على حدة ومثله في الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعاً على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك وهذا لان قبضه في نصيب كل واحد منهما لاقى جزاً شائماً فكذلك قبض كل واحد من الوالين هنا لاقى جزاً شائماً . قال (ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين وجعلوا الوالى لذلك رجلاً واحداً فسلمها اليه جميعاً جاز) لان تمام الصدقة بالقبض والقبض مجتمع فقد حصل قبض الكل من واحد في محل عين والدليل على أن المعتبر هو القبض في الهبة والصدقة المنفذة أنه لو باشر ذلك مع رجل في النصف ثم في النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يجز وكذلك ان جعلها جميعاً الى رجلين لان الوالين هنا كوال واحد حيث جعلهما كل واحد منهما والياء في صدقة بخلاف ما تقدم هناك من أن كل واحد من المتصدقين خص واحداً من الوالين فجعله والياً في صدقته فانما يلاقى قبض كل واحد منهما جزءاً شائماً ألا ترى أن في الرهن لو أتى رجلين رهناً عيناً من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قال على أن نصيب أحد الراهنين رهن عند احدهما ونصيب الآخر عند الآخر لم يجز وكذلك في الهبة والصدقة المنفذة ولو وهب من رجلين أو تصدقا عليهما جاز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

ولو قال نصيب احد الواهين لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر لم يجز وكذلك في الصدقة الموقوفة . قال (ولو تصدقا بها على واحد فوكل المتصدق عليه رجلين يقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب أحدهما خاصة فقبضا ذلك معاً جاز وان كان القابض اثنين لانهما انما قبضاها الواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعاً حكماً وان كان متفرقاً صورة (فان قيل) ففي الصدقة الموقوفة الوليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغي أن يجوزوا ان تفرق الوالى لاتحاد جهة الصرف (قلنا) لا كذلك بل كل واحد من الوالين عامل لمن جملة واليا في صدقته ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار كل واحد منهما في صدقته قياً على حدته كان قبض كل واحد منهما في جزء شائع ولو تصدقا به على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق عليهما رجلين كل واحد منهما يقبض ما تصدق به عليه أحد الرجلين دون الآخر فقبض الوكيلان جميعاً أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل واحد منهما نائب وكيله في القبض ولو قبض الموكلان معاً أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة في جانب المتصدقين وتامها عند قبض الآخر منهما فكذلك الوكيلان ألا ترى انه لو كان المتصدق والمتصدق عليه واحداً فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سواء وان قبضا أحد النصيبين كان لصاحبه ان يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لان تمام الصدقة بتمام القبض ولا يتم القبض في مشاع يحتمل القسمة فلم تتم به الصدقة وكان لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبض نصيب الآخر قبل رجوع الأول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منها في الكل ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك * ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا فيها رجلاً واحداً فقبض نصيبهما مجتمعاً أو متفرقاً كانت الصدقة جائزة لانه حين قبض الكل فلا شيع في المحل وان كان قبض نصيب أحدهما فله ان يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لما بينا ان قبضه في نصيبه لا في جزأ شائعاً فلا تتم به الصدقة قال (فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه) لان الصدقة في نصيبه لم تتم حين لم يقبض الوكيل نصيب الآخر وكان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلماذا جاز بيعه وان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل نصيب الآخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة في نصيبه وصار ميراثاً لورثته فلو جازت الصدقة في النصف الآخر

بالقبض بعد ذلك كان ذلك في جزء شائع وذلك غير جائز ويستوى ان كان قبضه باذن الثاني أو بغير اذن الثاني بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة في نصيب الاول موقوف على أن تتم تمام القبض وذلك يحصل بقبضه نصيب الثاني فهذا تمت الصدقة في الكل . قال (دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمه اليه أو الى وكيله ثم تصدق الآخر أيضا عليه بنصيبه وسلمه اليه أو الى وكيله لم يجز شيء من ذلك) لانها صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه في كل واحد من النصيبين لاقى جزأ شائعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الآخر بنصيبه عليه أيضا وقد اذن كل واحد منهما له في القبض فقبضهما جملة جاز لما بيننا أن المانع افتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكان الصدقة منها عليه كانت جملة بمقد واحد وكذلك لو قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده أو بيد وكيله فهو جائز لان قبضه تم حين قبض نصيب الآخر منها وقبض وكيله له كقبضه وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر أصلا فتعين جهة البطلان في نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثاني بعد ما بطل حكم الصدقة في نصيب الاول وبطل حكم قبضه في نصيب الثاني لملاقاه جزأ شائعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر فيتوقف حكم تمام الصدقة في نصيب الاول على تمام القبض وقد تم ذلك بقبض الثاني . يوضحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثاني فانما يعتبر حكم قبضه فيما تمكن منه خاصة وهو جزء شائع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض نصيب الثاني فيجعل ما تفرق من قبضه كالجميع لتمكنه من قبض الكل . قال (واذا كانت الارض لرجل أو رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلمها الى رجل واحد وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده أبدا ماتنا سلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين وجعل الآخر نصيبه ونفا على اخوته وأهل بيته فاذا انقرضوا كانت غلته في الحج يحج بها في كل سنة أو كان المتصدق واحدا فجعل نصف الارض مشاعا على الامر الاول ونصفها على الامر الآخر فذلك جائز) لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على أي الوجوه فرقوا غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض واذا كان الوالى واحدا فهو يقبض الكل جملة فتم الصدقة بالكل بقبضه ثم بتفرق جهات الصدقة لا تفرق الصدقة ألا ترى ان المتصدق لو

كان واحداً و فرق الغلة سهاماً بعضها في الحج وبعضها في النزول وبعضها في أهل بيته وبعضها في المساكين كان ذلك صدقة جائزة فكذلك اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفاً وهذا كله قول محمد فأما عند أبي يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة . فالحاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع وفي قوله الأول ضيق فيها غاية التضيق كما هو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فقال لا تلزم في الحياة أصلاً وتوسط قول محمد رحمه الله في ذلك ولهذا أفتى عامة المشايخ رحمهم الله فيها بقول محمد رحمه الله ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله انه لا يشترط التأيد فيها حتى لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده وان لم يجعل آخرها للمساكين ومحمد رحمه الله يشترط التأيد فيها فقال اذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة اذا لم يجعل آخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وذلك يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوفر على العقد موجب التوقيت في هذا العقد كالتوقيت في البيع فكان مبطلاً وأبو يوسف رحمه الله يقول المقصود هو التقرب الى الله تعالى والتقرب تارة يكون في الصرف الى جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة لتحصيل مقصود الواقف * ومن ذلك أنه لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حياً فذلك جائز عند أبي يوسف أيضاً اعتباراً للابتداء بالانتهاء لانه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه في الانتهاء فكما يجوز ذلك في الانتهاء فكذلك في الابتداء لجواز أن يقدم نفسه على غيره في الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فأما عند محمد رحمه الله اذا جعله وقفاً على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حياً فالوقف باطل وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله لان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحاً وكذلك لو شرط الغلة لامانه فهو كاشتراطه لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لامهات أولاده فذلك جائز وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل وعلى قول محمد رحمه الله هو مستحسن على ما بينه بعد هذا ان شاء الله تعالى * ومن ذلك أنه اذا شرط في الوقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو قول

أهل البصرة رحمهم الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من
 زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأييد في أصل الوقف فتم الوقف بشروطه
 ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو
 شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . قال (ولو
 شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام في الوقف فعلى قول أبي يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما
 هو مذهبه في التوسع في الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف
 ابن خالد السمنى الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك لا الى مالك فيكون بمنزلة الاعتاق
 واشترط الخيار في العتق باطل والعتق صحيح وكذلك في المسجد اشترط الخيار باطل
 واتخاذ المسجد صحيح فكذلك في الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع
 اشترط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلاً للوقف بمنزلة الاكراه على الوقف ثم تمام الوقف
 على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ألا ترى ان في الصرف والسلم لا يتم القبض
 مع شرط الخيار وبه فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط إقامة الصلاة فيه
 بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فهذا كان مسجداً ثم شرطه غير معتبر في اتخاذ
 المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه في الوقف مراعى وما يتعلق بالجائز من الشرط
 الفاسد فالفساد من الشروط يبطله وأبو يوسف رحمه الله يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل
 الفسخ ببعض الاسباب واشترط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع في أنه يجوز اشترط الخيار
 فيه وهذا في الحقيقة بناء على الاصل الذي ذكرنا له فانه يجوز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه
 مادام حياً فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروى النظر فيه . قال (فان خرب
 ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلاة فيه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك
 الثانى ولكنه مسجد كما كان وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الثانى والى ملك وارثه وان
 كان ميتاً) لانه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفاً الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى
 ملكه كالمحصر اذا بعت بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه
 ما شاء . قال (ولو شترى حصر المسجد وحشيشاً فوقع الاستغناء عنه كان له أن يضع به ماشاء
 وأبو يوسف رحمه الله يقول اذا تم زوال العين عن ملكه وصار خالصاً لله تعالى فلا يعود الى
 ملكه بحال) كما لو أعتق عبده وهذا لان القربة التي قسمها لم تنعدم بخراب ما حولها فان

الناس في المساجد شرعا سواء فيصلي في هذا الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول في الحصر والحشيش انه لا يعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد آخر بالقرب من ذلك المسجد وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح * واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر هذه المساجد في الحقيقة انما ينبغي هذا على ما بينا فان أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً * وحكى ان محمداً رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الثاني يصير مزبلة عند تطاول المدة * ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود لملكاً فر بما يجعله الملك اصطبلا بعد أن كان مسجداً فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه * ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ماهو من رسم الصكوك في ذلك بذكره في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك ما يتصل بالوقف * فمنه انه ذكر في المصارف وعلي ذوى الحاجة من موالى فلان بن فلان ومولياته ولم يذكر الاسفل أو الاعلى وتأويل هذا اذا كان فلان من هؤلاء العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف بهذا اللفظ لا يصح مالم بين الاعلى أو الاسفل على قياس الوصية فانه لو أوصى لمو الى فلان ولفلان موال أعقوه وأعتقهم فانه لا تصح الوصية مالم بين الاسفل أو الاعلى . منصوص عليه في الوصايا في الجامع فكذلك الوقف * ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالي من غايته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤونتها وأرزاق الولاية لها ووكلائها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوازلها لان مقصود الواقف استدامة الوقف وان تكون المنفعة واصلة الى الجهات المذكورة في كل وقت ولا يحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير الشرط عندنا الا انه لا يؤمن جهل بعض القضاة فر بما يذهب رأى القاضى الى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر واذا شرط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثيق فينبغى

أن يكتب على أحوط الوجود فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل * ومن ذلك قال وان مات القيم فيه في حياة الواقف فالامر فيه الى الموقف يقيم فيه من أحب ولا شك في جواز هذا الشرط على أصل أبي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الراي لنفسه في الاستبدال بالوقف ففي نصب القيم أولى وكذلك عند محمد رحمه الله لانه لا يجوز شرط الاستبدال بالوقف لما فيه من شرط اعادة العين الأولى الى ملكه وذلك لا يوجد هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له في نصيبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار أنه جعل منفعتهم كمنفعته فاشترط رأيه في نصب قيم آخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالوقف ولا يغيره قال (فان مات بعده فأوصي الى غيره فوصيه بمنزلته) لان الواقف نصبه ليكون ناظراً له محصلاً لمقصوده وقد يعجز عن ذلك بموته فيكون آذناً له في الاستعانة بغيره بعد موته كما أن للوصي أن يوصي الى غيره وهذا المعنى يخفى على بعض القضاة كما خفى على بعض العلماء فلم يجوزوا للوصي أن يوصي الى غيره فيشترط ذلك في الكتاب للتحرز عن هذا . قال (وان مات ولم يوص الى أحد فالراي فيه الى القاضي) لانه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت ومصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالراي في نصب القيم الى القاضي . قال (ولا يجعل القيم من الاجانب ما وجد من أهل بيت الموقف وولده من يصلح لذلك) لانه لو لم يذكر هذا الشرط كان للقاضي أن ينصب أجنبياً اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود الواقف أن يكون ذلك في أهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوباً اليه ظاهراً أو لان ولده أشفق على وقف أبيه من غيره ويذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضي عن خلاف شرطه . قال (وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه) لانه بدون الشرط لا يستحق على القاضي أن يفعل ذلك والانهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام الأخرى أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق في المبيع كذلك فاذا ذكر هذا في كتابه وجب على القاضي مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما ائمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان يصلح لذلك أنفع وان خاف أن يبطل بعض القضاة وقفه وتقضه فأحب الي أن يتحرز من ذلك * وفيه طريقان (أحدهما) أن يكتب في صكك . وان أبطله قاض أو غيره بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان القاضي انما يبطل عند

خصومة وارث أو غريم لا اتصال المنفعة اليه وذلك بعدم بما يذكره الموقوف فلا يشتغل أحد
 بإبطاله والوصية تحتمل التعليق بالشرط فانها في الاصل اثبات الخلافة بعد الموت والتعليق
 بالشرط يليق به (والوجه الثاني: ان الموقوف بعد اتمام الوقف بالتسليم الى المتولى يخاصم فيه
 الى قاض يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضى القاضى باجازته فينفذ قضاؤه لانه قضى
 عن اجتهاد في مجلسه وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما ان يكون اجازته في نسخة على حدة
 ويشهد الشهود على ذلك ويكتب ذلك في آخر صك الوقف. والذي جرى الرسم به الآن انهم
 يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لا يحصل فاقراره لا يكون حجة في حق الذي يرى
 ابطاله وربما يكتبون وقد رفع هذا الى قاض من القضاة وهذا كذب ان لم يكن رفع الى أحد
 ولا رخصة في الكذب والمقصود لا يتم به أيضاً فربما يذهب اجتهاد قاض الى ان القضاء والاجارة
 من المجهول لا تعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرنا. قال (ولا يجوز ان يوقف على تجهيز الرجل بالكرام
 والسلاح والنفقات في سبيل الله تعالى وبين ذلك في صك) وهذا لانه من باب القربة والطاعة
 فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه الصلاة
 والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى ان يقاتل آخر عصابة من أمي الدجال فلماذا
 يجوز الوقف على هذه الجهة. قال (وان كان في الضيقة ممالك وأزواجهم وأولادهم يعملون
 فيها فوقها بمن فيها منهم وسماهم جاز ذلك) لان المقصود وهو الغاية بعملهم يحصل والوقف
 فان كان يختص بالعقار فيجوز ان يثبت في المنقول تبعاً للعقار وعلى هذا آلات الحراثة اذا
 ذكرها في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً وهو كالشرب والطريق يدخل في البيع
 تبعاً وان كان لا يجوز البيع فيه مقصوداً ثم في وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبي يوسف
 ومحمد رحمهما الله ذكره في السير الكبير والجواب الصحيح فيه ان ما جرى العرف بين الناس
 بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف وذلك كشياب الجنائز وما يحتاج اليه من
 القدور والأواني في غسل الميت والمصاحف والكرام والسلاح للجهاد فانه روى انه اجتمع
 في خلافة عمر رضي الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على انقاذها جيس في سبيل الله تعالى وهذا
 الاصل معروف ان ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا
 الاستبضاع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله
 حسن. قال (واذا وقفها على أمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى

لكل واحدة منهن كل سنة شيئاً. ملوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز) وعلى هذا أصل أبي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه في حياته جاز فلامهات اولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحساناً للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة وأصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي مما يتعلق به اللزوم وكذلك ان سعى في ذلك لمديره لانهم يعتقون بموته كامهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد . وأبو يوسف يجوز ذلك كله وانما يشترط ما لم يتزوجن لان مقصوده توفير المنفعة عليهن مادمن في بيته مشغولات بخدمة اولاده وذلك ينعدم بالتزوج . أو مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن له جزهن عن التكسب ويختص ذلك بما قبل الزواج فمن تزوجت منهن استحق النعمة على زوجها فهذا قال ما لم يتزوجن . قال (فان جعل الرأى في توزيع الغلة على الفقراء أو القرابة في الزيادة والنقصان الى القيم جاز ذلك) لان رأى القيم قائم مقام رأيه وكان له في ذلك التفضيل عند الوقف رأياً فيجوز أن يشترط ذلك في القيم بعده وهذا لان المصارف متفاوتة في الحاجة باختلاف الاوقات والامكنة فقصدته أن تكون الغلة مصروفة الى المحتاجين في كل وقت وانما يتحقق ذلك بالزيادة والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض اذا استغنى البعض عنه فلهذا يجوز له أن يجعل الرأى في ذلك الى القيم * وان كتب لامهات اولاده وجواريه اللاتي جعلن حراراً بعد موته كتاباً أنه تصدق عليهن في حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين حدودها ومواضعها تسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر ما يكفيها ما عاشت وأى امرأة منهن تزوجت أو خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة فان الغلة تدل على المنفعة واذا صح منه هذا الشرط لهن في الغلة فكذلك في المنفعة وهذا لان مقصوده اتصال حاجتهن اليهن لكيلا يضمن بعده وربما تكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد أعطاهن في حياته من المال ما يكفيهن وانما وضع هذه المسائل في أمهات الاولاد لأن الحكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات يرجعن الى قرابتهن ولا قرابة لامهات الاولاد في دار الاسلام فلهذا ذكر المسائل فيهن . قال

وان لم يحتج من بقى منهم كان ذلك ميراثاً على فرائض الله تعالى) ولكن هذا الشرط يجوز عند أبي يوسف رحمه الله في الحياة والموت لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عند فاما عند محمد رحمه الله التأيد شرط للزوم الوقف في الحياة فاشتراط العود الى الورثة يعدم هذا الشرط فيكون مبطلاً للوقف الا أن يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته فينشذ يجوز ذلك بمنزلة الوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له فكذلك في حق أمهات الاولاد اذا سماهن وان كتب انه جعل لهن في حياته وأوصى لهن من بعد وفاته لكل واحد منهن بخدمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمي ما جعل لكل واحدة منهن من ذلك وبين قيمته ووزنه وأنه قد جعل لها في حياته وصحته ذلك ودفعه اليها وأوصى لها بعد وفاته فانه تجوز الوصية من الثلث ولا تجوز في الحياة عندهم جميعاً وأما عند محمد رحمه الله لا يشكّل وعند أبي يوسف رحمه الله لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ايست من أهل التملك فلا يصح التملك منهن الا باعتبار حريتهن وذلك بعد وفاته فعرفنا أنه تملك مضاف الى ما بعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق ~~الملك بالوقف احد شيئاً~~ ولكن يخرج العين عن ملكه فيجعله موقوفاً عليهن لحاجتهن الى السكنى وذلك يتم منه في الحال فاذا كان صحيحاً حين أخرج الوقف من ملكه تم ذلك معتبراً من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لا يعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بأن جعان آخر وقفه على جهة لا تنقطع فان كان بحيث يعود اليه والى ورثته بعد وفاته لا يتم زواله عن ملكه فانما يبقى تملكه منهم وذلك لا يجوز في حياته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى تعتبر بالثلث من ماله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

— كتاب الهبة —

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء : اعلم بأن الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حيتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول أظهر فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق

ذلك في العطيّة وقال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً و اباحة
الاكل بداريق الهبة دليل جواز الهبة . والسنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها ولانه من باب الاحسان واكتساب
سبب التوددين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان واليه أشار رسول الله صلى
الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابوا ثم الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال
مالك رحمه الله تعالى يثبت لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به علي القبض كعقد
البيع بل أولى لان هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فاذا
كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد أولى وحجتنا في ذلك ما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ
الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فقد ذكر
أقوايهم في الكتاب ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتأثيره
ان عقد التبرع ضعيف في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان
قويًا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو موته في الوصية لكون
الموت منافياً لملكه وتسليمه في الهبة لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره . يوضحه
أن له في ماله ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق مالم
يتبرع به عليه هو اليد ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب علي الواهب تسليمه
اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات . والصدقة كالهبة عندنا في أنه لا يوجب
الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافاً للملك رحمه الله . وفي الصدقة خلاف بين الصحابة ومن
بعدهم رضي الله تعالى عنهم وكان علي وابن مسعود رضي الله عنهما يقولان اذا أعلنت الصدقة
جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن
شريح و ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى فيه روايتان ذكرهما في الكتاب فأخذنا بحديث ابن
عباس رضي الله عنهما وحمنا قول علي وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهما علي صدقة الرجل
علي ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضاً له والاصل فيه قوله عليه الصلاة
والسلام يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفريت أو لبست فألبيت
أو تصدقت فأمضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث . فقد شرط النبي عليه الصلاة والسلام

الامضاء في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا في كتاب الوقف ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القرابات وذلك أفضل لما فيه من صلة الرحم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاسح ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له أن يرجع فيها . وذكر بعد هذا عن عطاء ومجاهد عن عمر رضى الله عنه قال من وهب هبة لذى رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها ومن وهب لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها ما لم يثب منها . والمراد بقوله ذى رحم محرم قد ذكر ذلك في بعض الروايات وهذا لأنه يفترض صلة القرابة المتأبدة بالحرمية دون القرابة المتحرزة عن الحرمية وهو كما يتلى في القرآن في قوله سبحانه وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الارحام أن تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم فأصمهم وأعمى أبصارهم والمراد الرحم المتأبد بالحرمية * ثم ان الحديث دليل أن الهبة لا تتم الا بالقبض لأنه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا أن الوالد اذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد اذا وهب لوالده وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولا في الرجوع والخصومة فيه من طبيعة الرحم والولاد في ذلك أقوى من القرابة المتأبدة بالحرمية . وفيه دليل على أن من وهب لاجنبي هبة فله أن يرجع فيها ما لم يعوض منها لقوله عليه الصلاة والسلام ما لم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضى الله عنه إمامنا في المسئلتين يحتج بقوله رضى الله عنه على الخصم وقد قال عليه الصلاة والسلام انما دار الحق فعمر معه وان ملكا ينطق على لسان عمر (وعن) عائشة رضى الله عنها قالت نكحني أبو بكر رضى الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثى عليه ثم قال يا بنىة ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت وانى كنت نكحتك جذاذ عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتية ولا حزتية وانما هو مال الورثة وانما هما اخوالك واختاك قالت فقلت فانما هى أم عبد الله يعنى اسماء قال انه ألقى فى نفسى أن فى بطن بنت خارجة جاريتة . ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضى الله عنها ان ابا بكر رضى الله عنه نكحها أرضاه . وفي هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوى فى ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين . وفيه دليل على أن الهبة لا تتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان ابا بكر رضى الله عنه أبطل لعدم القبض

والحيازة جميعاً بقوله وانك لم تكوني قبضتية ولا حزتية والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا أى جعله في حيزه بقبضه وحاز كذا أى جعله في حيزه بالقسمة ولو حملناه على القبض هنا كان تكراراً وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله على التكرار وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان أبا بكر رضى الله عنه باشرها ولكن لا يحصل الملك الا بعد القسمة كما لا يحصل الملك الا بعد القبض ولا تقول الهبة قبل القبض باطلة. وفيه دليل ان التسليم كالتملك المبتدا لان أبا بكر رضى الله عنه امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشىء من ماله بطريق التبرع ولكن طيب قلبها بما قال انتدابا الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله رحم الله امرأ أعان ولده على بره بدأ كلامه بالحمد والثناء على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصاً في وصيته. ثم يستدل بقوله ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقراً أنت أى أشدهم من تفضيل الغنى الشاكر على الفقير الصابر ولا شك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يحب لها أعلى الدرجات ولكن المذهب عندنا أن الافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكيناً وأمتنى مسكيناً واحشرنى في زمرة المساكين وقال صلوات الله وسلامه عليه الفقرازين بالموثمن من العذار الجيد على خد الفرس. وكذلك أبو بكر رضى الله عنه اختار الفقر لنفسه حين أنفق جميع ماله على رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرقاً انه انما قال ذلك تطيباً لقلبها أو أحب الغنى لها لعجزها عن الكسب أو ظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال أحب الناس الى غنى أنت وانى كنت نمحتك جزاً ذشرين وسقاً من مالى بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقاً من ماله في ذلك الموضع قال وانما هو مال الورثة. وفيه دليل على أن حق الوارث يتعلق بمال المريض مرض الموت وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام وما سوى ذلك فهو مال الوارث أو قال ذلك باعتبار أن ماله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون. وانما هما أخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطيب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يبعد عنك فأشكل على عائشة رضى الله عنها قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختاً واحدة وهى أم عبد الله فقال أبو بكر رضى الله عنه انه ألقى في بطن بنت خارجه جارية يعنى أم حبيب امرأته وكانت حاملاً. وفيه دليل أن الحمل من جملة الورثة وانه لا بأس للانسان أن يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان أبا بكر

رضي الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجماً بالغيب فان ما في الرحم لا يعلم حقيقته الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام * ولهذا قيل أفرس الناس أبو بكر رضي الله عنه حيث تفرس في جبل امرته أنها جارية فكان كما تفرس وتفرس في عمر رضي الله عنه حين استخلفه بعده (وعن) عمر وعثمان رضي الله عنهما قالوا اذا وهب الرجل لابنه الصغير هبة فأعلمها فهو جائز وبه نأخذ فان حق القبض فيما يوهب لهذا الصغير الى الاب لو كان الواهب اجنبياً فكذلك اذا كان الواهب يصير قابضاً له من نفسه فتم الهبة بالقبض ولا بد من الاعلام ليحصل المقصود به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوماً له وهو معنى ما روى شريح انه سئل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه والمراد الاعلام فالاشهاد في الهبة ليس بشرط للاتمام وانما ذكر ذلك للتوثق حتى يتمكن الولد من اثبات ملكه بالحجة بعد موته على سائر الورثة (وعن) ابراهيم قال الرجل والمرأة بمنزلة ذى الرحم المحرم اذا وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه نأخذ فان ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب ويمتنع قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة . والزوجية بمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاذه وهذا كان مانعاً من الرجوع فيما بين القرابات (وقال) في الرجل يهب لامرأته أو لبعض ولده وقد أدرك وهو في عياله ان ذلك جائز اذا أعلمه وان لم يقبض ذلك الموهوب له . وبه يأخذ ابن أبي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له في عياله فيده في قبض الهبة كيده كما في الصغار . ولسنا نأخذ بذلك لانه لا بد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كان يعولهم ألا ترى أن الفتي يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك الا بالاعلام ما لم يسلمه اليه (وعن) عطاء بن السائب عن شريح رحمهما الله انه سأله عن الحبيس فقال انما أقضي ولست أفتي فأعدت عليه المسئلة فقال لا حبيس عن فرائض الله تعالى . وبه يأخذ من يقول لا ينبغي للقاضي ان يفتي وهذا فصل تكلم فيه العلماء رحمهم الله . فمنهم من يقول في العبادات لا بأس بأن يفتي وفي المعاملات لا يفتي لكيلا يقف الخصم على مذهبه فيشتغلوا بالحيل على مذهبه . ومنهم من يقول لا يفتي في مجلس القضاء وله أن يفتي في غير مجلس القضاء

لانه لو اشتغل بها في مجلس القضاء وكل واحد منهما أمر عظيم فربما يتمكن الخلل في أحدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين له ويودع الفتوى لغيره . والاصح عندنا انه لا بأس له أن يفتي اذا كان أهلاً لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم يقضون بين الناس ويفتون . والقضاء في الحقيقة فتوى الا أنه فتوى فيه الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتياً ألا ترى ان شريحاً أفتى لما أعاد السؤال بقوله لا حيس عن فرائض الله تعالى فهو دليل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في أن الوقف لا يتعلق به اللزوم وقد روى هذا عن ابن مسعود رضي الله عنه بيناه في الوقف (وعن) ابن عباس وشريح رضي الله عنهما قال جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحيس وهكذا عن الشعبي . وفيه بيان أنه كان معروفاً فيما بينهم أن الوقف لا يتعلق به اللزوم (وعن) عمر رضي الله عنه قال ما بال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول ان أنامت كانت له وان مات هو رجعت اليّ وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثاً لورثته وهكذا نقل عن عثمان رضي الله عنه . وفيه دليل أن الصدقة لا تتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة في هذا الحديث القبض فانها قرنت بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كانت تكراراً ولو حملناها على القبض كنا قد استفدنا بكل لفظ فائدة جديدة . وفيه دليل انه اذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتأويله اذا كان الولد بالغاً فهو حجة على ابن أبي ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الأب أولاً يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقسمها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثاً عن الاب بعد موته (وعن) علي رضي الله عنه قال اذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هي ادعت انه استكرهها وان وهب هولها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده أن الدعوى من المرأة انها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لا اعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته . وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يهدم الرضا . قال (ومن وهب هبة مقسومة لذي رحم محرم وسلمها اليه فليس له أن يرجع فيها وان وهبها لاجنبي أو لذي

رحم ليس بمحرم فله أن يرجع فيها) وهما فصلان (أحدهما) إذا وهب لاجنبي شيئاً فله أن يرجع في الهبة عندنا ما لم يعوض منها في الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعي ليس له أن يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية قال لا يحل . فقد نفي الرجوع أو حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعاً وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وفي رواية كالكاتب يتيء ثم يعود في قبته والعود في التيء حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تملك فطلقة لا يقتضى الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتملك والعقد لا ينقصد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار أن الولد كسبه علي ما نيينه أو أنه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها محرزة وهذا لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له حزونة فلا يرجع أحدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين . وحجتنا في ذلك حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم وازافتها الى الواهب علي معنى أنها كانت له كالرجل يقول أكلنا خبز فلان انلباز وان كان قد اشتراه منه ولانه مد هذا الحق الي وصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى فبوا بأحسن منها أو ردوها ما يدل علي ذلك وقد بينا أن المراد بالتحية العطية قال القائل * تحيتهم بيض الولائد بينهم * يريد عطاياهم وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام من وهب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفي رواية حسن فعله فان أبي رد عليه والمراد حسن فعله في الهبة وقبح فعله في الرجوع (وعن فضالة بن عبيد أن رجلين اختصما اليه فقال أحدهما اني وهبت لهذا بازيا ليثيني ولم يثبني فأنا أرجع فيه فقال فضالة لا يرجع في الهبة الا النساء والشرار من الناس اردد (وعن) أبي الدرداء رضي الله عنه قال الواهبون ثلاثة رجل وهب علي وجه الصدقة فليس له أن يرجع فيها ورجل استوهب فوهب فله أن يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب بشرط العوض فهي دين له في حياته وبعد موته والمعنى فيه أنه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من النسخ كالمشترى اذا وجد بالبيع عيباً . وبيان ذلك أن المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافأة والمرجع

في ذلك الى العرف والعادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لو فد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة فالصدقة يتتني بها وجه الله تعالى والهبة يتتني فيها وجه الرسول صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ومنه يقال للأيادي قروض وقال القائل
 وإذا جوزيت قرضاً فاجزه * إنما يجزى الفتى ليس الحمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل تمكن الخلل في المقصود بالمقد علي معنى أن المعروف كالمشروط ولا يقال إنما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة اظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضاً مقصود فانما يمكن الخلل في بعض المقصود وذلك يكفى للفسخ مع أن اظهار الجود مقصود كريم الخلق ولهذا يقول الراجع في الهبة لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد إنما يحصل بالعوض كما قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة فأما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم كما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك والشراء لا يكون رجوعاً في الصدقة حكماً والمراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب والمراد بالحديث الآخر التنبيه في معنى الاستقباح والاستقذار ألا ترى أنه شبه بعود الكلب في قيئه وفعل الكلب يوصف بالتبجح لا بالحرمة وبه تقول وأنه يستبجح . وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين والزوجين لحصول ما هو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ولهذا يحتاج الى القضاء أو الرضا في الرجوع لانه بمنزلة الرد بالعيب بعد التبض من حيث ان السبب تمكن الخلل في المقصود فلا يتم الا بقضاء او رضا والله سبحانه وتعالى أعلم (والفصل الثاني) اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه

عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن التحريم اباحة * وفي حديث نعمان بن بشير رضى الله عنه قال نحلى ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فأبت أمي الا أن يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحلى ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه ألك ولد سواه فقال نعم فقال عليه الصلاة والسلام أو كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام هذا جور وانا لا نشهد على جور اردد فقد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرجوع فيه واقل احوال الامر أن يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده . ومعنى هذا أن الولد كسبه . قيل في معنى قوله تعالى ما أغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه الصلاة والسلام وان ولده من كسبه . وتأثيره ما بينا أنه لا يتميز عن ملكه اذا كان الموهوب له كسباً له كالموهوب به واذا كان الموهوب له جزءاً منه فلا يشكك أنه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد أن يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاء فانه يثبت للأب في جارية ابنه ولا يثبت للابن في جارية أبيه . وحجتنا ماروينا من حديث عمر رضى الله عنه فهو الامام لنا في المسئلتين ولان الهبة قد تمت لدى الرحم المحرم ملكاً وعقداً فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لآبيه أو الاخ لآخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان في الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود في حق الوالد مع ولده لانه بالرجوع بحمله على العقوق وانما أمر الوالد أن يحمل ولده على بره . ولا يقال مقصود الوالد أن يخدمه الولد ولما رجع فالظاهر انه لم ينل ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفي لا ينبغي الحكم عليه وهو موجود في الولد اذا وهب لوالده فالظاهر أنه قصد أن يخصه باكرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لآبائه أو لمعتقه لا يرجع فيه وهو كسبه أيضاً وهذا لان الوالد كسبه لملكه بخلاف عبده . فأما الحديث فقد قيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا تذكر بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم أي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان مؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ أي ولا خطأ . أو المراد الا الوالد فانه ينفرد باخذه عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه قيل

قوله وانا ابن سبع سنين وقوله فحملني ابي علي عاتقه لم ينقل في شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغاً ولم يسلمه اليه . وعندنا في مثله له أن يرجع ويحتمل انه كان صغيراً ولكن كان فوض ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له ان رآه صواباً . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام اردد أي أمسك مالك وارجع الى رحلك . وقيل كان هذا منه بطريق الوصية بعد موته ألا ترى أنه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية في الوصية بعد الموت فأما في الهبة في الصحة فلا ألا ترى أن ابا بكر رضى الله تعالى عنه خص عائشة بالهبة لها في صحته كما روينا والدليل عليه أن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع ابي في وصيته * وفي هذا التأويل كلام فالمنهيب انه ينبغي للوالد ان يسوى بين الاولاد في العطية عند محمد رحمه الله على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين وعند ابي يوسف رحمه الله يسوى بين الذكر والانثى قال عليه الصلاة والسلام ساووا بين اولادكم حتي في القتل ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت الاناث والاعتماد على التأويل الاول * وذو الرحم الذي ليس بمحرم كالاجنبي في حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح وكذلك المحرم الذي ليس برحم لانه لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة فكانت الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له أن يرجع فيها ان كانت قائمة لم يزد خيراً * والموانع من الرجوع في الهبة إما أخذ العوض لان المقصود به قد تم وفي قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وأن يزداد الموهوب في ندمه خيراً فان حق الرجوع فيما تناوله الهبة وتلك الزيادة لم تتناولها الهبة ولا يتأني الرجوع في الاصل بدون الزيادة المتصلة وهذا بخلاف ما لو زاد في سعره لان ذلك ليس بزيادة في العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فأما العين علي حاله كما كان . ومنها أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع في الملك المستفاد في الهبة علي معنى أن بالرجوع ينتهي ذلك الملك فلا يمكن اثباته في ملك آخر . ومنها ان يموت الواهب فليس لو ارثه أن يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلف مورثه فيما لم يكن علي . لانه عند موته . ومنها ان يموت الموهوب له فان الملك ينتقل من الموهوب الي وارثه ولو انتقل الملك في حياته الي غيره لم يرجع الواهب فيه وكذلك بعد موته . قال (فان مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لان تمام الهبة بالقبض

وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما ان موت أحدهما بعد الايجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة . قال (وان كان الموهوب حاضراً في المجلس قبضه الموهوب له باذن الواهب ملكه وان قبضه بغير اذنه في القياس لا يملكه وفي الاستحسان يملكه نص على ذلك في الزيادات) . وجه القياس أن العين باقية على ملك الواهب وليس لاحد أن يقبض ملك غيره بغير اذنه فكان متعدياً في القبض لا يملكه ولان ايجاب العقد لا يكون اذناً في القبض كالبيع فان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن لم يكن هذا قبضاً باذن وان كان المبيع حاضراً حتى لا يسقط حق البائع في المجلس بل أولى فان هناك قد ملكه المشتري بالعقد فانما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك بالعقد . ووجه الاستحسان أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ثم ايجاب البيع يكون اذناً في القبول فكذلك ايجاب الهبة يكون اذناً في القبض لان مقصود الموجب اتمام تبرعه وذلك يكون بالقبض فكان في القبض تحصيل مقصوده فلماذا جعلناه مسلطاً للموهوب له على ذلك اذا كان الموهوب حاضراً بخلاف البيع والقبض هناك لا سقاط حقه في المجلس ولم يكن ذلك مقصوده بالبيع وانما كان مقصوده أن يسلم العوض له فلماذا لا يجعله بايجاب البيع راضياً بسقوط حقه في المجلس ولو لم يكن الموهوب حاضراً في المجلس قبضه الموهوب له بعد ما افتراق بغير اذن الواهب لا يملكه وان قبضه باذن الواهب فقياس الاستحسان الاول أن لا يملكه أيضاً لان القبض هنا بمنزلة القبول في البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك باذن الموجب كان أو بغير اذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لان العقد انقضى لوجود الايجاب والقبول والقبض محتاج الى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجباً للملك وذلك حاصل بعد الافتراق واذنه محتاج في القبض الى اذن المالك صريحاً أو دلالة فاذا كان الموهوب غائباً لم يثبت الاذن قبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه باذنه ملكه . والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر هداياه قال من شاء ان يقطع فليقطع وانصرف فكان اذناً بالقبض لمجهول يملكه بالقبض فلأن يصح ذلك للمعلوم كان أولى وله أن يرجع قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان حاضراً وغائباً اذن له في قبضه أو لم يأذن له ومراده التفرد بالرجوع فان الملك لم يحصل للموهوب له فكان الرجوع مستديماً للملك والمالك يتفرد باستدامة ملكه فأما بعد القبض لا يرجع في الهبة الا بقضاء أو رضاً بمنزلة الأخذ بالشفعة

لان الراجع يعيد الى نفسه ملكا هو لغيره فلا يفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع تملكه فكان الفصل بينهما الى القاضي كما في الاخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامراته . قال (واذا اودع الرجل الرجل شيئا ثم لقيه فوهبه له وليس الشيء بمحضرتها فالحبة جائزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض جديد) لان الشيء في يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها كانشائها بعد قبول الهبة وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيد الامانة تنوب عنه بخلاف الشراء فان المودع اذا اشترى الوديعة من المودع وهي ليست بمحاضرة لا يصير قابضا بنفس الشراء فان القبض بحكم الشراء قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب عن القوي . وكذلك هذا في العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستاجر قبض امانة كقبض المودع اوقوى منه . قال (والنحلي والعمري والعطية بمنزلة الهبة فيما ذكرنا) لان هذه عبارات عن شيء واحد وهو التملك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه الا ترى ان لفظ الفارسية والعربية فيه سواء والاصل فيه ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمري وابطل الشرط يعني شرط العود اليه بعد موت الموهوب له اما الصدقة اذا تمت بالقبض فليس له ان يرجع فيها سواء كانت لغوايته اولا جنبي لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطي فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم ذلك في الصدقة فلماذا لا يرجع فيها ويستوى في الهبة حكم الرجوع ان كان الموهوب له مسلما او كافرا لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان قريبا له فالمقصود صلة الرحم وفي هذا المسلم والكافر سواء . قال (واذا وهب عبدا لاخيه ولا جنبي وقبضاه فله ان يرجع في نصيب الاجنبي اعتبارا للقبض بالكل) وهذا لان في نصيب الاجنبي مقصوده العوض ولم ينل ذلك . قال (وان وهب لاخيه هبة وهو عبد فقبضها فله ان يرجع فيها) لان الملك بالهبة وقع للمولي والعبد ليس من اهل الملك والمولى اجنبي فعرفنا ان مقصوده العوض والمكافاة ولم ينل ذلك ولانه انما يخاصم في الرجوع المرلي باعتبار ان الملك واليد له فلا يتمكن بينهما قطيعة رحم اذا كان المولى اجنبيا . قال (وان وهب لعبد اخيه

هبة فله أن يرجع فيها في قول أبي حنيفة) وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له أن يرجع فيها. وجه قولهما أن الملك بحكم الهبة وقع لدى الرحم المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لأنه وإن أضاف العقد إلى العبد فالقصد المولى وهو قريبه فمراد أن مقصوده صلة الرحم ألا ترى أنه لو أوصى لعبد وارثه أو لعبد قاتله كان ذلك كالوصية أو لاه حتى لا يصح ولأنه في الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفي مخاصمته في الرجوع فيها قطعية الرحم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصلة ماتت لدى الرحم المحرم عقداً وملاكاً فيكون له أن يرجع فيها كما لو كان وهب لآخيه وهو عبد لغيره وهذا لأن الرجوع باعتبار العقد والمالك حتى إذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا رجوع والعقد هنا للعبد ألا ترى أن القبول والرد يعتبر منه دون المولى وإن المعتبر منه دين العبد حتى إذا كان الموهوب خيراً أصحت الهبة إذا كان العبد كافراً وإن كان مولاه مسلماً. والمالك بحكم الهبة يقع للعبد على أحد الطريقتين لأن الحكم إنما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه حاجة العبد حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل إلى المولى عند استغناء العبد عنه لأنه مالك لرقبته فيخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث. وعلى الطريق الآخر الملك يقع للمولى ولكن بطريق الخلافة عن العبد لأنه ليس بأهل للملك فيخلف القاتل في ذلك مولاه وهو نظير الطريقتين في الوكيل بالشراء. إذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو أجنبي فلا ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه إذا لم يعوض ﴿ فان قيل ﴾ فإذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه إلى المولى ينبغي أن لا يثبت حق الرجوع فيه ﴿ قلنا ﴾ هذا إن لو كان الثابت له ملكاً مستقراً وهو ليس من أهل ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوماً فلا يكون مانعاً من الرجوع ﴿ فان قيل ﴾ كيف يقصد بالهبة من العبد العوض وهو ليس من أهل العوض فينبغي أن لا يثبت الرجوع في الهبة من العبد أصلاً لعلمنا أنه لم يقصد العوض به كما لا يرجع في الهبة من الفقير ﴿ قلنا ﴾ العبد من أهل أن يعوض بمنافعه وخدمته ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض وهذا بخلاف الوصية فالبطلان هناك لا يثار بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات المقصود بالعقد فإن العوض مقصود بعقد التبرع أيضاً فانما ينظر إلى من وقع العقد أو الملك له فأيهما كان أجنبياً ثبت حق الرجوع له لأنه لم

نفك عن قصد العوض * فان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان أخوه لايه عبداً لآخيه لانه فقد ذكر الكرخي عن محمد رحمه الله ان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن لا يرجع فيه أيضاً لانه لا معتبر بقراءة العبد في المنع من الرجوع بدليل الفصل الاول فكان هذا وما لو كان العبد أجنبياً سواء وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله يقول لا يرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا أنه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصصه هذا العبد من بين عبيد مولاه دليل على أنه قصد صلة الرحم دون العوض وكذلك تخصصه عند هذا المولى دليل على أنه قصد صلة رحم مولاه فسواء اعتبرنا العقد أو الملك أو اعتبرناهما فالقصد صلة الرحم دون العوض . قال (حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم فوهب أحدهما لصاحبه شيئاً وسلمه فلا رجوع له فيه) لان المقصود لا يختلف بكون أحدهما مسلماً أو مستأمناً ولان الرحم مع المحرمية مانع من الرجوع في الهبة كما أنه موجب العتق عند دخوله في ملكه ويستوى في ذلك المستأمن والذمي والمسلم فكذلك في حق الرجوع فان لم يقبض الموهوب له حتى يرجع الحربي الى دار الحرب بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب حرياً كموته فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت وموت الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة وكذلك ان كان الحربي هو الواهب فقد بطلت الهبة وبقي المال على ملكه فيوقف حتى يحضره أو نائبه فيأخذ ولا يبعث به الى دار الحرب بمنزلة مال خلفه في دارنا وهذا لبقاء حكم الامان في المال الذي خلفه هنا * فان كان الحربي اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز لانه لما صار بمنزلة الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه في القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن في القبض وهذا لانه اذن له في قبض متمم للهبة وذلك لا يكون الا مع بقائه حياً حقيقة وحكماً . ووجه الاستحسان ان اذنه في القبض باق بعد لحاقه لان ابتداء اذنه في قبض هذا المال بعد لحاقه معتبر فانه لو أرسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلان يبقى اذنه كان أولى واذا بقي اذنه يجعل في الحكم كانه سلمه اليه بنفسه . وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقي أن هناك المال صار حقاً لو ارثه وليس له اذن معتبر في ملك الغير وهذا المال بقي موقوفاً على حقه فكان اذنه فيه معتبراً فلماذا يملك بالقبض باذنه استحساناً . قال (رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها) لانها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض ولم

ينل ذلك فان قيل بل كان مقصوده أن تزوج نفسها منه وقد فعلت فينبغي أن لا يرجع في
 الهبة (قلنا) هذا ليس بمقصود شرعي فيما شرعت الهبة له فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك
 فقد وجب عليه البذل فلا يعتبر ذلك في المنع من الرجوع في الهبة . قال (وان وهب لامرأته
 هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها) لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية بينهما عرفنا أنه
 لم يكن مقصوده العوض فلماذا لا يرجع فيها . قال (رجل وهب لابنه الكبير عبداً وهو في عياله
 ولم يسلمه اليه أو وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى) فانه يقول من في عياله
 تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه أن الصغير اذا
 كان في عيال أجنبي فوهب هو له أو غيره هبة وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى
 أنه يعوله ولكننا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح
 وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شيء وكان هو والاجنبي في ذلك سواء ولانه
 متبرع بالاتفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالاتفاق على بعض المساكين ويعولهم
 فلا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة والهبة بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه
 وهكذا نقول فيمن يعول يتيماً انما يعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا
 الموهوب له ولي نفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله في حقه كما اذا كان الصغير في عيال
 أجنبي وله أب أو جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله في اتمام الهبة له . قال (وكل شيء وهبه لابنه
 الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز) والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد
 عليه والاشهاد له ليس بشرط بل الهبة تم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطاً للتحرز عن
 جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد ادراك الولد أما اذا اتفقوا على ذلك فالهبة
 تامة بدون الاشهاد . وكذلك ان كان هذا الولد في عيال أمه لان لها عليه نوع ولاية ألا ترى
 انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة . والصدقة في هذا قياس الهبة
 لان تمام كل واحد منهما بالقبض . قال (وان كان اليتيم في عيال امه فوهبت له عبداً واشهدت
 عليه وأبوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حياً) لان في
 القبض معنى الاحراز كالحفظ وللأم ولاية حفظ مال اليتيم فكانت في قبض الهبة كالاب . قال
 (وكذلك ان كان اليتيم في عيال عمه فقبضه العم له وان كان له أخ أو أم فقبض العم له قبض
 ايضاً) لانه يستوي بالاخ في ثبوت ولاية الحفظ له في ماله فكان ذلك محض منعمة له وبسبب

قربته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقربة العم لقربة الاخ ثم تأيدت قرابة العم
بكون اليتيم في عياله فتم الهبة له بقبضه * قال وكذلك ان كان له وصي فوهب له هبة وهو
في عياله وأشهد على ذلك وأعلمه جاز وقبل مراده وصى الام أو الاخ فأما وصي الاب والجد
فله أن يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله أو لم يكن لانه قائم مقام الوصي في الولاية في
ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره . قال (فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس
بوصي له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الوصي أحد سواء جاز له ان يقبض ما يوهب له
استحسانا) وفي القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع في تربته والاتفاق عليه
فكان كسائر الاجانب فيما ينبنى على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتمحض منفعة لليتيم
فمن يعوله خلف عن وليه ألا ترى انه أحق بحفظه وتربيته لو أراد اجنبي آخر ان ينتزعه من
يده لم يكن له ذلك وأن يسلمه في تعليم الاعمال فيكون في ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل
عمل الاصل عند عدم الاصل . وانما أثبتنا هذه الخلافة توفيراً للمنفعة على الصغير لانه يقرب
الى المنافع ويبعد عن المضار وفي قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت أن له أن يقبض هبة
الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبائها فهو جازر وقبضه له قبض ويستوى ان
كان الصبي يعقل أو لا يعقل . وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه
فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا * ولكن الجواب ان يقول يقبض لا باعتبار الولاية على
نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه ولكن اتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله
مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد
الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل .
قال (وكل يتيم في حجر اخ أو ابن اخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذي
يعوله اذا كان هو صغيراً لا يحسن القبض) وكذلك ان كان عاقلاً يحسن القبض فقبض له
من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه ففي القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعي
لانه لا معتبر بقبضه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة
وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره فلا تحقق الضرورة ولهذا
لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله في صحة اسلامه واعتبره في وصيته واختياره احد الابوين لان
ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره . وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه

فالظاهر أنه لا يتم نظره في عواقب الامور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المصرة والمنفعة فأما فيما يتمحض منفته لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا أن في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه واذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره اذا كان محض منفعة يعتبر عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين * ثم العادة الظاهرة بين الناس التصديق على الصبيان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الاصول كبير ولان حقيقة القبض توجد منه وهو محبوس فانما يسقط اعتباره في حق حكمه لحجر شرعي ولا حجر عليه فيما يتمحض منفته له . قال (والصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه يعولها * فان قيل * الولاية عليها للاب دون الزوج * قلنا * نعم ولكن الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن لهذا لا تنعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضة لقيام ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لا بينا ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق فعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج فحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير أولى بها من ابيها وان كانت لم تزف الي زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة . قال (ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان الاب حياً حاضراً) لان من هو الاصل في هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف في ذلك فان كان الاب غائباً غيبة منقطعة فمد خرج الصغير من ان يكون منتفعا برأى الاب فيصير هو كالمعدوم فتكون ولاية القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضنة والاتفاق من المال فانه لا يعتبر مال الجد ما دام الصغير منتفعا بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله جعل في حكم المعدوم أصلاً ألا ترى أن التيمم لما جعل خلفاً عن الماء في حكم الطهارة فحال عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فكان في حجر الرجل وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه في النظر

له فكان هو منتفعا برأيه قائما مقامه ولو كان منتفعا برأيه بأن كان حاضرا لم يجوز قبض الاخ
 فهذا مثله وهذا لما بينا ان مجرد قرابة الاخ لا تثبت له الولاية بدون اليد * واذا كان في
 عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولا مستحقة حتى انه ليس له ان
 يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يدمستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذي يقبض
 الهبة له والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال (واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى من دار غير متسومة وسلمه اليه مشاعا
 أو سلم اليه جميع الدار لم يجوز) يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا
 وقال الشافعي يقع الملك وتم الهبة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر
 الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب أسعد رضي الله
 عنه نصيبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه أيضا فبنى المسجد
 (وقال) عليه الصلاة والسلام للرجل الذي أتاه بكبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنيمة
 لأخيط بها بردعة بعير لي أما نصيبي منها فهولك فقد وهب المشاع (وعن) أنس بن مالك
 رضي الله عنه انه جوز الهبة في المشاع ولانه عقد تملك للمال فيصح في المشاع كالبيع
 وتأثيره أن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط في المحل
 المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك
 وصفا وتبا لا مقصودا وموجب الهبة الملك مقصودا ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه
 بخلاف الجزء الشائع ولان الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع تمام الهبة وما يؤثر فيه
 الشيوخ فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سواء كآلهم عندكم والنكاح عندى ولان
 الهبة عقد تبرع فتكون بمنزلة القرض والوصية والشيوخ لا يمنع صحة الوصية وهي تبرع
 بعد الموت فكذلك التبرع في الحياة ولا يمنع القرض أيضا فانه لو دفع ألف درهم الى
 رجل على أن يكون نصفها قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته يجوز ذلك
 وبفضل القرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك في
 القرض ثم لا تشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوخ يتم انه ينتقل الضمان الي

المشترى بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبديل الصرف . واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين رضی الله عنهم فقد روينا في أول الكتاب شرط القسمة عن أبي بكر وعمر وعثمان رضی الله عنهم وعن علي رضی الله عنه من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة فإعراعي وجوده على اكل الجهات التي تمكن كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصاً عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلواته والحطيم من البيت من وجه دون وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال . ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تمة القبض ألا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشتري كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشتري فان للمشتري ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالقبض بالشراء فعرفنا أن القسمة من تمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأني فيه القسمة فأما فيما لا يقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة يتلأشي فعرفنا أن القسمة فيه ليست من تمة القبض ولان اشتراط أصل القبض في وقوع الملك هنا لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهـ و أن لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في عين ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالتسليم اليه فكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة ﴿ فان قيل ﴾ يستوجب به المهايأة ﴿ قلنا ﴾ المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما تبرع به * ولا يرد على هذا ما لو أتلّف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمّان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة ألا ترى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان

المقاسمة ولأن أصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فذلك ما يتمه وبه فارق الوصية فأصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتمه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على المالك يستحق ضمان المقاسمة أيضاً والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى كان المستقرض مضموناً بالمثل فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على أكمل الجهات * ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له سببان وحديث الكعبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة في النهي عن الغلول أي لا أملك إلا نصيبى فكيف أطيب لك هذه الكعبة من الغنيمة ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة لأنه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكعبة من الشعر إذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به وحديث المسجد فذكر الواقدي أن أبا بكر رضى الله عنه هو الذي اشترى موضع المسجد باثني عشر ديناراً واثن ثمان تبت الهبة فيحتمل أن أسعد رضى الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم - لموا جهة - وعندنا هذا يجوز فإن المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعاً فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا أيضاً) وقال ابن أبي ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح فهذا يقتضى أن الصداق إذا كان عينا يتنصف بالطلاق فإن المرأة تندب إلى أن تترك الكل للزوج والزوج يندب إلى أن يسلم الكل إليها وذلك من كل واحد منهما هبة في المشاع (وعن) أبي السباع مولى عطاء قال أقرضت ابن عمر رضى الله عنهما خمسمائة درهم فقضاني في كيس فوجدته يزيد على حتى ثمانين فقلت في نفسى لعله جربني بهذا فأتيته واخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة للمشاع في تلك الزيادة من الشريك ولأن المانع استحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز في الهبة من الشريك . وحجتنا في ذلك ما بينا أن اشتراط القسمة في الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض وفي ذلك يستوى الهبة من الشريك ومن الاجنبي فكذلك في القسمة وهذا لأن القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم اعتبار مالا قاه في الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكاً

له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثانيا فيما تناوله العقد دون غيره فاما الاستدلال بالآية قلنا
العفو حقيقة اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى
العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في أن يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس في الآية
ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله عنهما فمن وجد ما يستوفي أكثر من
حقه يميز له الفضل ويأتي به ليرده فيحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر رضي الله عنهما
وعندنا هذا يجوز. قال (ولو وهب دارا لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول أبي حنيفة
رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز) لان العقد والتسليم لاقى مقسوما
فانه حصل في الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار
تفرق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشيء يعقبه فالشيوع الذي ينبنى على ملك يقع
للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ في الهبة كما لو رجع الواهب
بالنصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من
ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكها ولان تأثير
الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف
الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى وكذلك الاجارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه
لا تصح مع الشيوع * ثم اذا أجر داره من رجلين يجوز فكذلك الهبة وأبو حنيفة رضي
الله عنه يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزأ شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل
القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير
الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض
الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه أن المانع تمكن الشيوع في الملك المستفاد
بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع
في الملك المستفاد بالهبة . ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين
لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب أحدهما نصيبه من زيد والآخر نصيبه
من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة فثبت أن المانع هذا وهو موجود في
الهبة من رجلين . والدليل على أن المعتبر جانب التملك دون الملك حكم الشفعة فان رجلين
لو اشترى دارا من واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين بالشفعة لتفرق الملك

في جانب التملك فظهر بهذا أن المعتبر جانب التملك لا جانب المملك . ولا اعتماد عن انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز وليس على الواهين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن لان المانع هناك تمكن الشيوع في المحل فان موجب الرهن الحبس والحبس في الجزء الشائع لا يتأتى وفي الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما في الكل حتى لو قضى دين أحدهما لا يكون له ان يسترد شيئاً من الرهن مالم يقبض دين الآخر وهذا لانه لا مضايقة في الحبس فكما لا يجوز أن يكون الشخص الواحد كله محبوساً بدين زيد وكله محبوساً بدين عمرو فكذلك العين الواحدة وهنا موجب العقد الملك ولا يتأتى إثباته بكامله لكل واحد منهما فعرفنا ان كل واحد منهما يملك جزءاً شائعاً وهذا بخلاف الاجارة فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من الرجلين أو المانع . بتحقيق عود المستأجر الى يد المؤجر في مدة الاجارة بحكم المهايأة وذلك لا يوجد وفي الاجارة من الرجلين ولهذا جازت اجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ثم قال في الاصل وكذلك في الصدقة وهذا يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه كالهبة . وفي الجامع الصغير قال لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة من الفقير صدقة والصدقة على الغني تكون هبة . والظاهر أن في المسئلة روايتين . وجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد منهما يلاقى جزءاً شائعاً فلا يتم به الصدقة كما لا يتم به الهبة ووجه الرواية الاخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصاً ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما يملكه الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى بعد ما تمت الصدقة من جهته واذا تصدق على رجلين فلا شيوع في الصدقة لانه جعل جميع العين لله سبحانه وتعالى خالصاً بخلاف الهبة ألا ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى اذا أوصى بثلاث ماله صدقة على الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصى به لقوم لا يحصون من الاغنياء . وكذلك اذا أوصى بعين للفقراء أو لفلان ونصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء . قال (وان وهب رجل دارا لرجلين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وقبضاها لم يجز في قول أبي

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله (وهذا على أصل أبي حنيفة لا يشكل فانه عند الاطلاق لا يجوز هذا الاطلاق فعند التفصيل أولى وانما الخلاف بينهما لو قال على أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن سماعه في نوادره فأبو يوسف رحمه الله يقول حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر لفائدته لالعينه فاذا لم يكن مفيداً لا يعتبر واذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوتت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر بترق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع على حدة وقاس الرهن فانه لو رهن من رجلين مطلقاً يجوز واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يترق العقد الا ان هناك يستوى ان فصل أو سوى في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد رحمه الله يقول العقد والتسليم من الواهب جملة وان فصل وفصل يجوز اذا اطلق أو سوى في التفصيل . وهذا لوجهين (احدهما) أن الاطلاق في الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لرجلين عيناً لا تحتل القسمة فقبل أحدهما دون الآخر لا يجوز كما لو فرق العقد (والثاني) أن العقد متى كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل لا يترق في عقود التملك كما في البيع فان رجلاً لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشتري العقد في احدهما لا يجوز ولو قبل فيهما ثم نقد الثمن في احدهما لا يكون له أن يقبض ما نقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل واحد منهما ثمنه . فعرفنا أن بالتفصيل لا يترق العقد فالشروع باعتباره لا يفرق العقد وانما يكون طارئاً بعد ملك الموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن فالمانع تمكن الشروع في المحل فاما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند التفصيل وان كانت الصفة واحدة ألا ترى أنه لو وهبه عينا بدينين نصفه بأحد الدينين ونصفه بالدين الآخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا يمنع صحته لتمكن الشروع فيما هو موجب العقد وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من الدار من أجنبي لم يجز) لان الايجاب والتسليم لاقى جزءاً شائعاً وانما

أورد هذا الاشكال وهو ان ضمان المقاسمة هنالك لا يستحق على المتبرع انما يستحق على الشريك ولكن قد بينا ان هذا المعنى لا يتمشى في جميع الفصول كالهبة من الشريك ويجوز ذلك وان الحرف الذي يتمشى ان القبض لا يتم مع الشيوخ فيما يحتمل القسمة . قال (وان وهب رجل لرجلين الف درهم لآخرهما ستمائة وللآخر اربعمائة فذلك لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا وما تقدم من هبة الدار اذا فصل ونصل سواء . قال (رجل وهب لرجل ديناراً له على رجل وامرأة يقبضه جاز ذلك استحساناً) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث في يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا اضيف الى ما ليس بمال لا يصح باعتبار ماله كما لو وهب مسلم خمرآ من مسلم لا يصح باعتبار ماله وهو التحلل والدليل عليه ان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال فالهبة مثله أو أولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض ما اضيف اليه العقد الى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين . ووجه الاستحسان انه انا به في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز وكذلك اذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان في باب الهبة المتبروت القبض فان الملك عنده يثبت . دليل ما بينا من فصل الشيوخ وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل في الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان الاعتبار فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع ان الدين في الذمة يقبل التمليك بالمقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بموض جاز ولو وهبه منه جاز فرفنا انه مال قابل للتمليك حكماً ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض والشرط في عقد التمليك ان يضاف الي محل قابل له وقد وجدتم لزومه قبل القبض وعند القبض بحكم الهبة هو عين قيم العقد . قال (رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز) لانه ليس في يده فاليد بقصد الرهن مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضاً لولده ما ليس في يده ولانه يبطل به حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب عبده غاصب فوهبه

لابنه لانه ليس في يد المنصوب منه حقيقة ولا حكماً فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن بتقويت يد المنصوب منه بخلاف الوديعة اذا وهبها من أبيه لان يد المودع في الحكم كيد المودع فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده (وقان قيل) فقد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده (قلنا) في الحقيقة اليد للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضاً لنفسه ثم انما قامت يده مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملاً للمودع وذلك قبل التملك بالهبة فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه (ولو باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشتري ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه بتصرفاته فانما وهب ما لا يملك ولان اليد لغيره حقيقة وحكماً حين كان في ضمان الغير . قال (ولا يجوز هبة المكاتب كما لا يجوز عتقه) لانه تبرع محض ولو اجازه المولى فكذلك لان اجازة المولى إنما يعمل فيها بملك المولى أنشأه وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب . قال (رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف أو ما في ضروع غنمه من اللبن لم يجز ذلك) لان الصوف واللبن ما دام متصلاً بالحيوان فهو ليس بمال مقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التملك مقصوداً لا يتم فيما ليس بمال مقصود فان أمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أجيزه وهذا الوجهين (احدهما) أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل للتملك بدليل جواز الوصية به وجواز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله في الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا كان قبضه بعد الجزاز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم فيه الهبة كما بينا في الدين (والثاني) أن امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل فيكون ذلك بمنزلة الشائع وقد بينا أنه لو وهب شيئاً مشاعاً ثم قسم وسلم مقسوماً تمت الهبة فهذا مثله وكذلك ثمر الشجرة والزرع اذا حصده فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا . قال (ولا يجوز هبة العبد المأذون) لانه منفك الحجرة في التجارات دون التبرعات فان اجازه مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فينفذ باجازه ايضاً وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازه المولى والقرماء لان حق القرماء في دينهم لا يسقط باجازه الهبة فلا معتبر باجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا تعمل اجازته ايضاً . قال (ولو وهب له ما يثمر النخيل العام لم يجز) لانه معدوم في الحال والمعدوم ليس بشيء .

بنفوذ العتق وفي الهبة لو استثنى ما في البطن قصدا لم تبطل الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما
وذكر في كتاب العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز . وقيل في
الفصلين روايتان . في احدي الروايتين لا يجوز فيما لان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب
فهو كما لو وهب دارا فيها متاع الواهب . وفي الرواية الاخرى يجوز فيما لانه لو استثنى
الولد قصدا لم تبطل به الهبة في الام فكذلك اذا صار مستثنى حكما والاصح هو الفرق
بينهما فان التدبير لا يزيل ملك المدبر . والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك
الواهب فكان ذلك في معنى هبة المشايخ فيما يحتمل القسمة فاما العتق فانه يزيل ملك
المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك
الواهب فهو كما لو وهب أرضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة
فكذلك هنا . قال (ولا يجوز للأب ان يهب من ماله ابنه الصغير شيئا) لانه صار نائباً عن
الصغير في التصرف في ماله لتوفير المنفعة عليه وذلك بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب
كما لو طاق امرأته . قال (عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين
في رقبته يباع فيه الا ان يؤدي عند مولاه الذي في يده) ومعنى قوله لم يجز ان الهبة
لا تتم وللغرماء ان يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء سابق على حقه
في ماليته وفي اتمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في أصل التملك ابطال حقهم
فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا عن الغرماء على الوجه الذي كان في ملك الواهب لانه
اقامه مقام نفسه في ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه ولهذا لو قضى الموهوب
له دينه كان سالما له لان تمكن الغرماء من ابطال ملكه لقيام دينهم وقد وصل الى الغريم حقه
قال (فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فللغرماء ان يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب)
لانه هو الذي اتلف حقهم بالتملك من الموهوب له والتسليم فيصير ضامنا بقيمته لهم كما لو
اعتقه . قال (ولو وهب له ما في بطن أمته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز) وقد
بيننا الفرق بين هذا وبين هبة الدين والصوف على ظهر الغنم * وفي الكتاب قال من قبل
انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الانفصال لا يكون ولدا الا ترى انه لو
وهب له دهن سسم قبل ان يقتصر وسلطه على قبضه اذا عصر أو وهب الزيت في الزيتون
والدقيق في الخنطة قبل الطحن والسمن في اللبن قبل ان يتمخص فهذا كله باطل لانه هبة

واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو ﴿ فان قيل ﴾ لا كذلك فالوصية بما يشر نخيله العام صحيح ﴿ فلنا ﴾ الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من ثمراته ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض وهنا ان عقد التمليك فلا بد من اضافته الى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف واللبن فانه موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند التسليم وذلك لا يوجد في الهبة * ثم الجزاز والحلب والقبض في اللبن في وسعه فيمكن أن يجعل فيه نائبا عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فأما الايجاب في الثمار ليس اليه . قال (وكذلك لو وهب له ما في بطن جاريته وهي حبلى أو ما في بطن غنمه فهو باطل) من اصحابنا رحمهم الله من يقول ان أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي ان يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن والاصح أنه لا يجوز لان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن . ومعنى هذا الفرق ان فيما ليس في وسعه لو جاز العقد باعتباره كان تعليقا للهبة بالخطر وذلك غير جائز وما في وسعه يكون تأخيرا للملكه الى قبضه لا تعليقا للهبة بالخطر وذلك جائز . قال (ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها اليه جازت الهبة في الام فان باعها لم يجز بيعه) لانه لو باع جاريته واستثنى ما في بطنها لم يجز البيع ولو وهبها وا-تثنى ما في بطنها جازت الهبة في الأم والولد والاستثناء باطل * أما مسألة استثناء ما في البطن تنقسم الى ثلاثة أقسام (قسم منها) لا يجوز أصل التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الأمر دخول الولد فيه واستثناء موجب العقد في هذه العقود مبطل للعقد لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط الفاسد يبطله (وقسم منها) يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصالح عن دم العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز العمري وأبطل الرقبي (وقسم) يجوز التصرف والاستثناء . جميعا وهو الوصية لان في حكم الوصية ما في البطن كأنه شخص على حدة حتى يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناءه أيضا لانه غير مبني على السراية بخلاف العتق * فاذا عرفنا هذا فنقول في البيع لو استثنى ما في البطن فصد لم يجز البيع فكذلك اذا صار مستثنى حكما

المعدوم فان الدهن حادث بالعصير والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا
لانه قبل الطحن في الخنطة والدقيق غير الخنطة وكون الشيء الواحد مثني في وقت واحد
مستحيل فعرفنا انه اُضيف المقدر الى المعدوم وكان لغواً . بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز
في الوصية لانه خلافه وليس بايجاب للملك * ثم قال في بعض النسخ وكذلك اللبن في ضرع
الشاة والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قيل هذا في الصوف واللبن اذا اُذله في الحلب
والجز وقبض ذلك جازا استحسانا وبما بينا يظهر الفرق بينهما . قال (واذا وهب الرجل للرجل
نصف عبد أو ثلثه وسلمه جاز) لانه مما لا يقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
صحيحة فاذا وهب جزءا مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع
فيما لا يحتمل القسمة فلو لم يجز ذلك ضاق الامر على الناس لا بطل هذا النوع من التصرف
عليهم فيما لا يحتمل القسمة أصلا بخلاف ما يحتمل القسمة فانه يتأخر فيه التصرف الى القسمة
ولا يبطل أصلا فلا يتحقق فيه الضرورة . قال (وان وهب عبده لرجلين أو وهب رجلا
لرجل أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلمه فهو جائز كله) لان الموهوب
معلوم ولا أثر في الشيوع في المنع من الهبة في هذا المحل * وان قال أحد الشريكين لرجل
قد وهبت لك نصيبى من هذا العبد فاقبضه ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة
الموهوب وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينه وبين الشريك الآخر ولان المجهول لا يجوز
تمليكك بشيء . من العقود قصداً قال (ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين أو نصف
ثوبين مختلفين أو نصف عشرة أثواب مختلفة نمطى ومروى وهروى ونحو ذلك جاز) لان
مثل هذه الثياب لا تقسم قسمة واحدة فكان واهبا لنصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب
ايس بمحتمل للقسمة في نفسه وكذلك الدواب المختلفة علي هذا فان كان ذلك من نوع واحد
لم تجز هبته الا مقسوماً لان الثياب اذا كانت من نوع واحد تقسم قسمة واحدة والدواب
كذلك فانما وهب النصف مشاعا فيما يحتمل القسمة وذلك لا يجوز . قال (وان وهب
نصيبا له في حائط أو طريق أو حمام وسعى وسلطه فهو جائز) لانه غير محتمل للقسمة فانه
اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا
يحتمل القسمة . قال (ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الآخر لرجل
لم يجز شيء من ذلك) لان كل واحد من العقدين لو تم انما يتم في مشاع يحتمل القسمة وان لم

يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثاني للثاني ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة مالو وهب الدار لهما جملة (وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها ودفع النصف اليه جاز) لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العوض في الهبة

قال (واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل ان العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل أن المعوض بمنزلة الواهب - حتى يشترط في العوض ما يشترط في ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار في هذا التملك كالواهب وبعد وصول العوض الى الواهب لا رجوع له في الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم ما لم يثب منها وحكم ما بعد الناية بخلاف ما قبله ولان حق الرجوع له في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد انعدم ذلك لو وصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيباً فيزول العيب قبل ان يرده ولا يرجع المعوض في عوضه أيضاً لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب في الرجوع وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى في التعويض وبقاء جزء الشيء بقاء أصله فاذا كان الموهوب سالماً له فينبغي أن يكون الجزء سالماً لصاحبه أيضاً . قال (وان وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع في حصة الآخر) لانه لم يصل اليه العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع في النصف شائماً صحيح بخلاف ابتداء الهبة لان الراجع ليس يملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك لا يمنع وبالرجوع في النصف لا تبطل الهبة فيما بقي لانه شيوع طراً بعد تمام الهبة فلا يكون مؤثراً فيه فان ما يتم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لا يمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع في شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الأجنبي صحيح وان كان بغير أمر الموهوب له لانه تصرف في المعوض في ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبي كصالح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال

نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع في شيء من العوض لأن مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع في الكل ولا يرجع على صاحبه أيضاً بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي عن الهبة شيئاً أما إذا كان بغير أمره فلا يشكل وإن كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقاً على الموهوب له فأنما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولأنه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف الدين فإنه إذا كان أمر انسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لأن الدين كان معلوماً في ذمته وهو كان مطالباً به فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن يملكه ما في ذمته بعوض ولو أمره أن يملكه عينا بعوض يرجع عليه بما أدى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب في ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لأنه ما كان يستحق عليه العوض إنما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكناً من إسقاط حقه بدون التعويض بأن يتصرف فيه فلماذا لا يرجع عليه المعوض بأمره إذا لم يضمن له ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالأمر بدون الشرط نحو ما إذا قال كفر يميني من طعامك أو أد زكاة مالي بمالك فهذا أولى . قال (إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلما أو مكانها فهذا كله عوض) لأن الشرط في التعويض أن يضيف إلى الموهوب ليندفع به الفرع عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه وإتماماً لمقصوده وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ فأنما ينبى الحكم على ما هو المقصود فإذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فإن استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع في عوضه لأنه إنما عوضه لئيم سلامة الموهوب له بإسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن من الرجوع في العوض أو لأن المعوض كالواهب فإذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شيء فكان له أن يرجع بالهبة وإن كان المعوض هالكاً ضمنه قيمته وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يضمنه شيئاً لأن المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولأنه تين أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين لحق الواهب ابتداء . وجه ظاهر الرواية أن المعوض إنما رضي بالتعويض لئيم له به سلامة الهبة فإذا استحق فقد

تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة
 ولان الواهب عاد له في هبة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع الفرر عن
 نفسه بالرجوع علي الفار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لا يكون الا مضافاً الى
 الهبة والتمايك . مضافاً الى بدل مستحق يكون فاسداً فتيين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب
 فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضموناً بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان
 للواهب أن يرجع في هبته اذا كانت قائمة بعينها لم تزد خيراً لان التعويض بطل بالاستحقاق
 من الاصل فظهر الحكم الذي كان قبل التعويض . قال (وان استحق نصف الهبة كان للمووض
 أن يرجع في نصف العوض اعتباراً للجزء بالكل وان استحق نصف العوض فليس للواهب
 أن يرجع في شيء من الهبة الا ان يشاء أن يرد ما بقى من العوض ويرجع في الهبة فيكون له
 ذلك) وقال زفر اذا استحق نصف العوض فله أن يرجع في نصف الهبة اعتباراً للجزء بالكل
 واعتباراً للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع في نصف العوض فكذلك
 اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يصير مقابلاً بالآخر في حكم سلامته
 لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع
 على صاحبه بنصف ما يقابله . وجه قولنا ان المستحق يخرج من أن يكون عوضاً فيصير كأن لم
 يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع في شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا
 لان ما بقى يصلح أن يكون عوضاً عن الكل وانما يتمكن الخلل في رضاه الواهب فكان تأثيره
 في اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقى ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء أمسك ما بقى ولم
 يرجع بشيء . فان قيل في الابتداء يجعل تملك النصف عوضاً له عن جميع الهبة فأما في الاستحقاق
 فهو قد جعل تمايك الكل عوضاً عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيماً منه على أن النصف
 عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضاً عن الجميع (قلنا) هذا
 مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل
 المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضاً عن
 جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له ثم الفرق بين
 استحقاق نصف العوض ونصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المووض ملك العوض الا جزاً فيعتبر
 حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب

فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء
 من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به* والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة
 من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة
 فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجوع في الهبة ولشبهه بابتداء
 الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا أن يرد ما بقي . قال (وسواء كان العوض
 شيئا قليلا أو كثيرا من جنس الهبة أو من غير جنسها) لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا
 يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض في قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق
 في ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضى الواهب به . قال (فان كانت الهبة ألف
 درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضاً وكان للواهب أن يرجع في
 الهبة وكذلك ان كانت الهبة داراً والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضاً لان
 ملك الموهوب له قد تم في الموهوب بالقبض والتحقق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح
 سائر أمواله عوضاً عن الهبة قل ذلك أو أكثر فكذلك هذا . وجه قولنا ان مقصود الواهب
 بهذا لا يحصل لانا نعلم يقيناً انه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم
 لنفسه لان ذلك كان - الماله وسقوط حقه في الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه
 انما يجوز أن يجعل عوضاً بالتراضي في الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضاً شرطاً في الابتداء
 فكذلك لا يستقيم أن يجعل عوضاً في الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له . قال
 (ولو ان نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خيراً أو خنزيراً لم يكن ذلك عوضاً) لما
 بينا أن هذا لا يصلح عوضاً شرطاً في الابتداء ولان المعوض مملك ابتداء وتمليك المسلم الخمر
 أو الخنزير من النصراني بالعقد باطل واذا بطل التعويض كان للنصراني ان يرجع في هبته .
 قال (عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان
 يرجع في الذي له) لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة
 الباطلة لا تنقلب صحيحة وانما تأثير العوض في اسقاط حق الرجوع في هبة صحيحة واذا رجع
 العبد في الهبة ابطالها فللمعوض أن يرجع في العوض لانه عوضه لاسم له الهبة ولم يسلم . قال
 (وكذلك والد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئاً لرجل فعوضه الموهوب له) لان هذا
 تعويض عن هبة باطلة . قال (فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز

العوض) لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا ان
المعوض كالواهب ابتداء واذا لم يسلم المعوض للواهب فله ان يرجع في هبته كما قبل التمويض .
قال (واذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحلّه أو أمره فقال هذا عوض من هبتك
فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي
لفظ ملكه العوض أو أعلمه انه عوض من هبته فهو عوض قال (رجل وهب لرجل عبداً
على أن يعوضه عوضاً يوماً أو اتفاقاً على ذلك ولم يقبض واحداً منهما حتى امتنع أحدهما منه فله
ذلك فان تقابضاً جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا
فان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله ابتداء وانتهاء بيع وفي
أحد أقاويل الشافعي رضي الله عنه هو فاسد لان هذا شرط يخالف مقتضى العقد
فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشترائط العوض فيه يخالف مقتضاه
وزفر رحمه الله تعالى يقول هذا تملك مال بمال شرطاً وكان بيعاً فاسداً ابتداءً كما لو عقد
بلفظ البيع أو التملك وهذا لان في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم . ألا ترى
أنه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون
سليماً وان لم يذكر لفظ السلم وانه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحاً . ولو وهب امرأته من
نفسها كان طلاقاً . ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً . ولو وهب الدين ممن عليه كان ابراءً
فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود . والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك
منفعة هذه الدار شهراً بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه . وكذلك لو قال أعرتك والاعارة
تمليك المنفعة بغير عوض فاذا شرط فيه البديل كان اجارة فكذلك الهبة تملك الموهوب بغير عوض
فاذا شرط العوض يكون بيعاً والدليل عليه أن المكروه على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهاً
وكذلك المكروه على البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا في الحكم سواء
لم يكن المكروه على احدهما مكرهاً على الآخر . وحجتنا في ذلك أن هذا تملك المال بلفظ
يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداءً معتبراً بلفظه وانتهاءً معتبراً بمعناه كالهبة في المرض
فان ظاهره تملك في الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداءً بلفظه حتى يبطل
بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاءً معتبراً بمعناه حتى يكون من
الثبت بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب

اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفى معنى الهبة بشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعناق فان هناك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينقذ وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصليين توفر حظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجهه بمنزلة المملوك من وجهه اعتبر الشبهان * فأما لفظ الاعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنفاني تدبر جواب هذه المسئلة فوجدت رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول هناك يتعذر اعتبار الجازين لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجملناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ما قررناه. وأما مسئلة الاكراه قلنا المكروه مضار متعنت ومعنى الاضرار في حكم السبب لافي نفسه فلهذا استوفى في حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الاكراه على الهبة اكرها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض - واء * اذا ثبت هذا الاصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فان لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه ما لم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفع به الشفعة والكل واحد منهما أن يرد ما في يده ببيع ان وجد فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق ما في يد احدهما يرجع على صاحبه بما في يده ان كان قائماً وبقيته ان كان هالكا لانه ارضى بسقوط حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم يرجع بمتاعه ان كان قائماً وبماليته ان كان هالكا. وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت احدهما وهو معنى ما ذكرنا من حديث أبي الدرداء رضى الله عنه فهو دين عليه في حياته وبعد موته . قال (رجل وهب لرجل ثوباً اغيره وسلمه اليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء من حيث انه يتم رضا المالك بها. ثم العاقد في الهبة يكون معيراً لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيما لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه * وان عوض الرجل الذي وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وانما

المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض ما لم ينل العوض كان له أن يرجع فيه . قال (رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوباً وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضاً لأنها هبة واحدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لا يكون عوضاً ومعوذاً وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب في الهبة . قال (وان كان في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه احدهما على الأخرى فهذا عوض نأخذ فيه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يكون عوضاً لاننا علم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكاً له فالعقد الواحد والعقدان في هذا المعنى سواء وجه ظاهر الرواية أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احدهما عوضاً عن الآخر شرطاً عند اختلاف العقد فكذلك مقصوداً وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئاً ثم يحتاج اليه فيندم فيستبج الرجوع فيه فيهب منه شيئاً آخر على أن يعوضه الاول فيحصل منه مقصوده ويندفع عنه مذمة الرجوع في الهبة . أرايت لو كان الاول منهما صدقة والآخرة فموضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضاً وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمه الله تعالى لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الكل لم يجز في قول زفر لان اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف رحمه الله التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الكل وهذا لان الفرق بين الصدقة والهبة في مقصود العوض ففي الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما في اخراج العين عن ملكه وتمليك القابض بطريق التبرع لافرق بينهما . قال (وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزاً) لان الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكاً للناسب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولان حقه في الرجوع قد انقطع بالطحن فتعويضه اياه لا يكون رجوعاً فأما قبل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذا رجع فيه الواهب فيقع فعله على الوجه المستحق وعلى هذا لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بمصفر أو خاطه قيصاً ثم عوضه أو كان وهب له سويقاً فلت بهضه ثم عوضه لان حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر أموال الموهوب له فكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضاً

فكذلك هذا المال . قال (واذا وهب للواهب شيئاً ولم يقل هذا عوض من هبتك فلو اهب
أن يرجع في هبته) لانه لما لم يصف تملكه الى هبته كان فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فلا كل
واحد منهما أن يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول متصود الواهب وانما يعلم
ذلك اذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدون له لا يحصل المقصود وان قال قد كافيتك هذا
من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضا) لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والنور
يندفع . قال (وان عوض من نصف الهبة شيئاً كان له أن يرجع فيما بقي اعتباراً للبعض
بالكل) وهذا لان التعويض مما يحتمل التحري في الموهوب فاذا أضاف العوض الى بعض
الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لا يحتمل التحري في المحل ويجوز أن
يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه
بالنصف فلأن يجوز ذلك بقاء أولى . قال (وليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض
الا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع في الهبة مختلف فيه بين العلماء رحمهم
الله منهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وهي فيكون الفصل بينهما في القضاء والرضا لان
الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار
قضاء القاضي بينهما . قال (ولو كانت الهبة عبدا فباعه الوهوب له أو أعتقه قبل ان يقضى
به القاضي للواهب أجاز ما صنع الموهوب له فيه من ذلك) لان ملكه قائم ما لم يقض القاضي
عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعق اذا صدر من أهله في محله ينفذ ولا
يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضي عليه بالرد قبل أن يرد له لان بقضاء القاضي عاد العبد الى
ملك الواهب وتصرف ذي اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا أن يجيز المالك . قال (وان
مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي له لم يكن للواهب ان
يضمنه قيمته) لان أصل قبضه لم يكن موجبا لضمان المتبوض عليه واستدامة الشيء معتبر
بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا لضمان عليه ولم
يوجد بعد القضاء في الموهوب سبب موجب لضمان عليه والضمان لا يجب بدون السبب
الا أن يكون منه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يقرر بسبب الضمان وهو
قصر يد المالك عن ملكه بازالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان . قال
(فان كانت الهبة هالكة او مستهلكة أو خارجة من ملك الموهوب له الى ولده الصغير أو

الى أجنبي بهبة أو غيرها أو زادت عنده خيراً فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السمر وبين الزيادة في البدن والنقصان في حكم الرجوع قال (وان كانت الهبة داراً أو أرضاً فبني في طائفة منها أو غرس شجراً أو كانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيراً أو كان غلاماً فصار رجلاً فلا رجوع له في شيء من ذلك) وقال ابن أبي ليلى له أن يرجع في جميع ذلك لأن حق الرجوع كان ثابتاً في الأصل فيثبت في البيع فإن ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الأصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الأصل بسبب المنع ولكننا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعاً كان أو أصلاً وهنا الحق في الأصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوي فإذا تميز بينهما رجحنا أقوى الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعاً بالقوى والبناء في بعض الأرض كالبناء في جميعها لأن البناء في جانب من الأرض يعد زيادة في جميع الأرض ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا إذا كان مابني بحيث يعد زيادة فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصاناً كالتور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه. قال (وان كانت الهبة داراً فهدم بناءها كان له أن يرجع في الأرض) وكذلك في غير الدار إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره وبقي بعضها كان له أن يرجع في الباقي اعتباراً للبهض بالكل وهذا لأن مافعله من هدم البناء نقصان في الأرض وليس بزيادة. قال (وان كانت الهبة ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لأن مافعله بزيادة وصف قائم في العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لأن القطع قبل الخياطة نقصان. ولم يذكر ما لو صبغه أسوداً والجواب بأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه لأن السواد عنده نقصان. وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسئلة في كتاب الغصب. قال (واذا وهب ديناً له عليه قبله لم يكن له أن يرجع فيه) لأنه سقط عنه فإنه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك ديناً عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاًشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عيناً فملك عنده. قال (فإن قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم إلا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء الله وعن زفر رحمه الله أنه يسوي بينهما وقال تم الهبة والابراء قبل القبول بناء على أصله أنه

يعتبر ما هو المقصود والمقصود في الوجهين الاسقاط دون التملك لان ما في الذمة ليس بمحل
للتملك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الاسقاط ولكن عند زفر رحمه الله ان رده المديون صح
رده في الوجهين جميعا وكان ابن شجاع رحمه الله يقول لا يعمل رده لان الاسقاط يتم بالمسقط.
والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والنفوس عن القصاص
ولكننا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتملك بملك العين ويجعل
ذلك في الحكم كانه ذلك الدين خصوصا في السلم والصرف فاذا ثبت انه قابل للتملك والهبة
عقد تملك فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التملك فيه والتملك لا يتم بالملك قبل قبول
الآخر لان احدا لا يملك ادخال الشيء في ملك غيره قصد امن غير قبوله وهو محتمل للاسقاط
ايضا لانه في الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة وبراء اسقاط اذا ذكر لفظ البراء وكان
تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط في خالص حقه فهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن
معنى التملك من وجه لما بينا ان الدين مملوك في ذمته فائما يسقط عنه اذا ملكه فلا اعتبار هذا
المعنى قلنا له ان يردده بخلاف الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض لا يتضمن معنى التملك حتى
ان البراء لو كان اسقاطا محضا لم يرد بالرد ايضا وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط محض
لان الدين يبقى على الاصل على حاله فلا يرد الكفيل والهبة من الكفيل تملك منه حتى
يرجع على المكفول عنه فلا يتم الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات
جازت الهبة وبرىء مما عليه وهذا استحسان فاما في القياس لا يبرأ فاصله في الموصى له اذا
مات بعد موت الموصى قبل قبوله في القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما يخلفه
وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا في
الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله قال (وان وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى
افترقا جازت الهبة) وهذا استحسان ايضا فان سكوتة عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا
ودليل الرضا كصريح الرضا الا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا
فهذا مثله ومن مشايخنا رحمهم الله من بنى الجواب في هذا الفصل على الظاهر ويقول هبة الدين
ممن عليه الدين بمنزلة البراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فالموت قبل
الرد يبطل حقه في الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فبقي
الهبة تامة ولكن الاول وهو الفرق بين الهبة والبراء من حيث المعنى اصح ويتضح ذلك

في الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه . قال (رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها أوردتها عليه الآخر فلو اهب الاول ان يرجع فيها) أما اذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه العقد الثاني فيعود الى الاول ملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتاً له في ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كما كان عاد حقه في الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضي فكذلك عندنا وقال زفر رحمه الله ليس الاول ان يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة مالو وهبه له ابتداء أو تصدق به عليه أو وصى به له أو مات فورته والدليل عليه انه لو رده في مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه . والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان بقضاء القاضي كان فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدأ ولكننا نقول حق الواهب في الرجوع مقصور على العين وفي مثله القضاء وغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانها فعل لا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أن لو رفا الامر اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدأ اذا تراضيا على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على دفع السبب الاول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب فحق المشتري ليس في عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين . قال (واذا رجع في مرض الموهوب له فقيه روايتان كلاهما في الكتاب) في احدي الروايتين قال يعتبر من جميع ماله و ذكر ابن سبابة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان يعتبر من الثلث لانه تملك ابتداء ولكن الراد في مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلر دقصد جعل معتبرا من ثلثه . قال (رجل وهب عبداً لرجلين فانه ان يرجع في نصيب أحدهما وكذلك ان جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا في العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع . وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وأن العقد يبق في النصف الآخر فيكون

ذلك شيوعاً طارئاً ولا أثر للشروع الطارئ في الهبة. والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه لان تأثير الشيوع في المنع من اتمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض قال (فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع في الهبة في قول أبي يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها اذا عتق وليس له أن يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها. وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها. قال (ولكننا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غني بدأ وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها اذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له في ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعقده فأما اذا عجز فالاصل عند أبي يوسف ان عجز المكاتب يقرر ملك المولى في كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لان لكل واحد منهما حق الملك في الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الى مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب في الرجوع فكذلك عجز المكاتب والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ جارية محيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى أن يستبرئها وسنقرر هذا الاصل في كتاب الاجارات إن شاء الله تعالى. قال (فان كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والممانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى اجنبي عنه وقد بينا أنه لو وهب لآخيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة في الرجوع فيقول قبل العجز خصومته في الرجوع مع المكاتب فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولان هبته تنفك عن قصد العوض مادام الحق فيها لقريبه فاذا تقرر الحق لاجنبي لم ينفك عن قصد العوض. قال (رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال الممانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً علي انه بالخيار ثلاثة أيام فم العبد في الايام

الثلاثة وخاصته في الرد فأبطل القاضي حقه للحمي ثم أقلت قبل مضي الايام الثلاثة ليس له أن يرده لان هناك حقه في الخيار بعرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهناك الواهب في الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه في الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فاذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها بوضعه أن السبب هناك للفسخ عدم لزوم العقد بقضائه يصير لازماً لان صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعاً ويمكن الخلل في مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع اذا زال المانع . قال (رجلان وهما لرجل عبداً وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لان كل واحد منهما مباشر للتصرف في نصيب نفسه فيكون متمكناً من الرجوع فيه كما لو انفرد بهية نصيبه . قال (واذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عرضت لك أو قال انما تصدقت بها علي وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لان السبب المثبت لحق الواهب في الرجوع ظاهر والموهوب له يدعي المانع فالقول فيه قول المنكر * ثم اذا قال تصدقت علي فالتملك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التملك واذا قال عوضتك فهو يدعي تسليم شيء من ماله اليه وهو منكر واذا قال أنا أخوك فالأخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض . قال (وان كانت الهبة خادماً قال وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي وازدادت خيراً وكذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما اذا كان الموهوب ارضاً وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له . ولكننا نقول الموهوب له يدعي تاريخاً سابقاً في الهبة والهبة حادثة فمن يدعي فيها تاريخاً سابقاً لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت في عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعي انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبدءاً للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثبوت حقه فيه يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز افراده بالبيع

فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض
وثبت الحق في البيع بثبوته في الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب • وذكر في اختلاف
زفر ويعقوب رحمهما الله لو وهب له عبداً فعلمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب
أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لانه لازيادة في عين الموهوب فهو كزيادة
القيمة بتغيير السعر وقال أبو يوسف رحمه الله تعلم الكتابة والخبز معنى في العبد تزداد به ماله
فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك ينبنى على كثرة الرغائب فيه الا أن يكون
معنى في الدين • والدليل عليه ان صفة الكتابة والخبز بصير مستحقاً للمشتري بالشرط ويثبت
له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فيه يتبين أنه وصف في العين وكل
شيء زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطة فالقول فيه قول
الموهوب له بمنزلة البناء والغرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر
في الخادم . قال (واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فللواهب
أن يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب
والولادة في الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لا يمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست
كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لا يتميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن
الاصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لورد الاصل
ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجاناً بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفي الهبة
يسلم له الولد مجاناً وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الاصل سائلاً له مجاناً . قال (واذا أراد
الواهب الرجوع وهي حبلية فان كانت قد ازدادت خيراً فليس له ان يرجع فيها وان كانت
قد ازدادت شراً فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سميت
وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها
ورق - اقها فيكون ذلك نقصاناً فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع قال (واذا وهب
جارتين فولدت احدهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له ان يرجع في واحدة منهما) لانه لاحق
للاهب في الولد فهو كسائر املاك الموهوب له في صلاحية العوض فاذا عوضه عنهما ورضى به
الواهب فقد تم مقصوده . قال (وان وهب له حديداً فضرب منه سيفاً أو غزلاً فنسجه أو وهب
له دفاتر فكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شيء من ذلك أبداً) اما التبديل العين أو للزيادة

الحادثة في العين أو في ماله بغيره فان ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الرقي

قال (رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيساً وكان ذلك ميراثاً)
 لان قوله حبيس أي محبوس فعيل بمعنى مفعول كالتليل بمعنى المقتول ومعناه محبوس عن
 سهام الورثة وسهام الورثة في ماله بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله
 وهو معنى قول شريح لا حبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد صلى الله عليه وسلم يبيع
 الحبيس . وكذلك ان قال داري هذه حبيس على عقبي بعد موتي فهو باطل لان معناه محبوس على
 ملكهم لا يتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا . قال
 (ولو قال داري هذه لك رقي فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
 رحمه الله هي هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال لك حبيس) فأبو يوسف استدلل بحديث ابن
 الزبير عن جابر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي والمعنى فيه أن
 قوله داري لك تملك صحيح وقوله حبيس أو رقي باطل فكانه لم يذكر ذلك يوضحه ان
 معنى قوله داري لك رقي . ملكك داري هذه فأرقت موتك لتعود الي فيكون بمنزلة العمرى
 في معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التملك فيبقى التملك في الحال صحيحاً . وحجتهم في
 ذلك حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقي
 والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما . فنقول الرقي قد تكون من الأرقاب وقد تكون
 من الترقب حيث قال أجاز الرقي يعني اذا كان من الأرقاب بان يقول رقبه داري لك
 وحيث قال رد الرقي اذا كان من الترقب وهو أن يقول أرقب موتك فراقب موتي فان مت
 فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل
 ثم لا احتمال المعنيان جميعاً والمالك لدى اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما يكون قوله داري
 لك تملك اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء أما اذا فسرها بقوله رقي أو حبيس يتبين أنه ليس
 بتملك كما لو قال داري لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم
 لذلك التفسير . قال (رجل قال لرجلين عبي هذا لأطولكما حياة أو حبيس على أطولكما
 حياة فهذا باطل) لانه لا يراد بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما شاباً والآخر

شيخاً لا يتعين الشيخ بالتملك منه بهذا اللفظ ولا يمكن المراد طول الحياة في المستقبل معناه
للذي يبقى منكم بعد موت الآخر فهو تعليق التملك بالخطر وهو معنى الرقي من حيث انه يأمر
كل واحد منهما أن يراقب موت صاحبه لتكون الدار له وذلك باطل والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الشهادة في الهبة

قال (واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت الهبة) لان الثابت بالبينة
كالثابت بالمعاينة والهبة مع القبض سبب ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو
يجمعه لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو قول أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله والصدقة والرهن على الخلاف أيضاً. وجه قوله الاول ان تمام هذه
العقود بقبض يوجد وهو فعل لا قول والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان
كذبا فبالاخبار لا يصير صدقا وما لم يكن موجوداً من القبض فباقراره لا يصير موجوداً
فظهر أن هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام. وجه قوله الآخر ان القبض في هذه
العقود لا يكون أقوى من القتل والنصب ثم فعل القتل والنصب كما يثبت بالشهادة على
معاينته يثبت بالشهادة على الاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار بالبينة كالمسموع من المقر
في مجلس الحكم. ولو أقر الخصم بأنه وهبه وسلمه اليه قضي بالملك له فكذلك اذا ثبت
اقراره بالبينة. قال (وان كان العبد في يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض
جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وكذلك ان كان العبد في يد الواهب فامر
عند القاضي أنه وهبه منه وسلمه اليه أخذ باقراره) لان كون العبد في يده لا ينافي ما أقرب به من
الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل في حق نفسه كأن ما أقرب به حق وفرق أبو حنيفة على
القول الاول بين ما اذا أقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب
بنفسه من غير قضاء والشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضي الا ان يشهدوا
بسبب ملك تام. قال (واذا استودع الرجل رجلاً ودية ثم وهبها له ثم جحد فشهد بذلك
عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز) لان العقد يثبت بالبينة وقبضه معلوم بالمعاينة
فتم به سبب الملك. قال (فان جحد الواهب أن تكون في يده يومئذ وقد شهد الشهود على
الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب والهبة في يد الموهوب له يوم

تخاصم الي القاضى فذلك جائز اذا كان الواهب حياً) لانه في الحال قابض وقد أثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه صادراً عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد أو متمم للعقد الذى هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما يجعل القبض هناك متمماً للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حياً فان كان ميتاً فشهادهما باطلة لان الملك في الحال للوارث فلا يكون اثبات العقد على الواهب بعد موته سبباً للملك الا ترى انه مادام الواهب حياً اذا قبض الموهوب باذنه تم الهبة ويملكه بعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد أذن له في ذلك الا أن يشهدا على أنها كانت في يده في حياة الواهب أو على اقرار الواهب بذلك حينئذ يثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة . قال (رجل وهب لرجل عبداً وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل وأقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض أبطلت الهبة) لانه أثبت الشراء من المالك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين به أنه وهب وسلم ما لا يملك . قال (فان شهدوا على الشراء ولم يذكروا انه كان قبل الهبة فهو للموهوب له) لانه في يده والاستحقاق له ثابت باعتبار يده وليس في هذه الهبة ما يوجب الاستحقاق عليه لان شراؤه محتمل فانه لو كان قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالا حتمال لا يثبت الاستحقاق . وكذلك ان أرخ شهود الشراء شهراً أو سنة لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل يدل على ذلك والتاريخ في حق الآخر مشهود به وليس الخبر كالمعاينة . فان كان العبد في يد الواهب فأقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء وأقام المشتري البينة انه اشتراه قبل الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه أقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب الملك في البدلين وعند المعاوضة يترجح أقوى السببين فان الضميف مدفوع بالقوي ولا يظهر عند المقابلة بالقوي . قال (رجل وهب لرجل متاعاً ثم قال انما كنت اتودعتك فالقول قول صاحب المتاع مع اليمين) لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب وهو منكر فعليه أن يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف أخذ المتاع وان وجدته هالكا فان كان قد هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحداً للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود ولانه صار مفوتاً لليد الحكيمية التي كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه ، تملك فكان ضامناً للقيمة لهذا

﴿ فان قيل ﴾ هذا ان لو ثبت الابداع ﴿ قلنا ﴾ لا حاجة الى ذلك بقبض مال الغير لنفسه
 علي وجه التملك موجب للضمان الا ان يثبت تملك من صاحبه اياه ولم يثبت ذلك والله
 سبحانه وتعالى اعلم

﴿ باب الصدقة ﴾

قال (الصدقة بمنزلة الهبة في المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض) وقد بينا اختلاف
 ابن أبي ليلى فيها الا انه لا رجوع في الصدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد
 حصل وانما الرجوع عند تمكن الخلل فيما هو المقصود ويستوى ان تصدق علي غني أو فقير
 في انه لا رجوع له فيها. ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول الصدقة علي الغني والهبة سواء انما
 يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء في ان
 المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع
 في الهبة فكذلك في الصدقة ولكننا نقول ذكره لفظ الصدقة يدل علي انه لم يقصد العوض
 ومراعاة لفظه اولي من مراعاة حال التملك ثم التصدق علي الغني يكون قربة يستحق بها
 الثواب فقد يكون غنياً يملك نصاباً وله عيال كثيرة والناس يتصدقون علي مثل هذا لنيل
 الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن
 ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه. قال (رجل
 تصدق علي رجل بصدقة وسلمها اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصدق وارثه فورثه تلك
 الصدقة فلا بأس عليه فيها) بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلاً تصدق
 بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي صلى الله عليه وسلم من تلك الصدقة والحديث فيه
 ما روى ان طلحة رضي الله تعالى عنه تصدق علي أمه بمحديقة ثم مات قال صلى الله عليه وسلم
 ان الله تعالى قبل منك صدقتك ورد عليك حديثك وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال لا تحمل الصدقة لغني الا بخمسة وذكر من جملتها رجلاً تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه
 فورث تلك الصدقة. قال (رجل قال في صحته جعلت غلة دارى هذه صدقة للمساكين ثم مات
 أو قال دارى هذه صدقة في المساكين ثم مات قال هي ميراث عنه) لانها صدقة لم تصل بهذا
 القبض ولان هذا اللفظ منه بمنزلة النذر سواء التزم الصدقة بعينها أو بغيرها والمنذور لا يزول

عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره حقاً لله تعالى ولهذا يفتي به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حياً وتصدق بقيمتها أجزاء لان ما لزمه من التصديق في عين مال بالتزامه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وهو الزكاة والواجب هناك يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالعين فهذا مثله لان المقصود في حق التصديق عليه اغناؤه وسد خاتمه. قال (فان قال جميع ما أملك صدقة في المساكين فعليه أن يتصدق بجميع ما يملك من الصامت وأموال السوائم وأموال الزكاة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحساناً) وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان في قوله جميع ما أملك يتصدق بالكل قياساً واستحساناً وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة أو جميع مالي صدقة والاصح انهما سواء وجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المال لكل ما يموله الانسان ومال الزكاة في ذلك وغير مال الزكاة سواء ألا ترى أن في الارث والوصية بالمال يستوى فيه ذلك كله وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن ولكنه استحسن فقال انما ذكر المال والملك عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكاة بدليل شرعي وهو ان ما يوجبه علي نفسه معتبر بما أوجب الله سبحانه وتعالى عليه والله تعالى أوجب الحق في المال ولذلك يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه علي نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعاً انما تكون عن غنى قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعاً يختص بمال الزكاة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق اغير التجارة غنياً شرعاً فهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصديق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافه والحاجة اليه في مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا أصاب شيئاً بعد ذلك تصدق بما أمسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج أن يسأل الناس ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته ولم يبين في الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله. وقيل ان كان محترفاً فاما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة أمسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع أمسك قوت سنة لان يد الدهقان الى ما ينفق انما تتصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهراً فشهراً ويد العامل يوماً فيوماً قال (رجل وهب للمساكين هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحساناً وفي القياس يرجع) لانه ملكه بطريق الهبة وفي أسباب الملك الغنى والفقير سواء

كالبائع وغيره . ووجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العرض إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض ولما اختار الفقير . مع عجزه عن أداء العوض عرفنا أن مقصوده الثواب وقد نال ذلك . قال (وكذلك إن أعطى سائلاً أو محتاجاً على وجه الحاجة) فإن العطية بمنزلة الهبة وإنما قصده بفعله سدخلة المحتاج وذلك يفعل لا بتفاء . مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه وهو معنى ما روي عن عمر رضي الله عنه من وهب هبة لصلة رحم أو علي وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها . قال (رجل جعل في داره مسجداً يصلي فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته) لأنه لم يميزه عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع . ثم الأصل في المساجد المسجد الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لأن ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملكه محيط بكل جانب منه فلا يتمكن أحد من الدخول فيه بغير إذنه . فإن كان أخرجه من داره وعزله وجعله مسجداً وأظهره للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل في كتاب الوقف . قال (وإن بنى على منزله مسجداً وسكن أسفله أو جعله سرداباً ثم مات فهو ميراث) وكذلك إن جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكناً لأن المسجد ما يحرز أصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اتخذته حين استثنى العلو أو السفل لمنفعة نفسه * وعن محمد قال إن جعل السفل مسجداً جاز وإن جعل العلو مسجداً دون السفل لا يجوز لأن المسجد ماله قرار وتأيد وذلك في السفل دون العلو وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنه إذا دخل العلو مسجداً والسفل مستغلاً للمسجد فهذا يجوز استحساناً وعن أبي يوسف أن ذلك كله جائز يرجع إليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفل والسفل دون العلو وهو مستقيم على أصله وقد بينا أنه يوسع في الوقف فكذلك في المسجد . قال (رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكاته أجزاء) ما بينا أن في حق المسكين لفظة الهبة كلفظة الصدقة ولأنه لا معتبر باللفظ في أداء الزكاة إنما المعتبر الاعطاء بنية الزكاة ألا ترى أنه لو أعطاه ولم يتكلم بشيء كان ذلك زكاة له فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

- باب العطية -

(وإذا قال الرجل لغيره قد أمرتك هذه الدار وسلمها إليه فهي هبة صحيحة) لحديث ابن

الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال امسكوا عليكم أمموا لكم
لا تمروها فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته بعده . وروى سلمة عن جابر رضى الله
عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمري للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه الصلاة والسلام
من أعمر عمرى قطع قوله حقه يعنى قطع قوله وهبت لك عمرك حقه فى الرجوع بعد موته
والمعنى فيه أنه ملكه فى الحال والوارث يخلفه فى ملكه بعد موته فشرط الرجوع اليه بعد
الموت فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . قال (وكذلك لو قال نحلكتك هذا الثوب أو
أعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارات عن تملك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة)
وكذلك لو قال قد كسوتك هذا الثوب فإن هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله تعالى أو
كسوتهم فالكفارة لا تأدى إلا بتمليك الثوب من المسكين ويقال فى العرف كسا الأمير
فلانا أى ملكه * وان قال حملتك على هذه الدابة كانت عارية لأن الحمل على الدابة إركاب وهو
تصرف فى منافعتها لا فى عينها فتكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن
هذا اللفظ قد يذكر للتمليك يقال حمل الأمير فلانا على فرسه أى ملكه فإذا نوى ما يحتمله
لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . وكذلك لو قال قد أخذمتك هذه الجارية فهى عارية
لأن معناه مكنتك من أن تستخدمها وذلك تصرف فى منافعتها لا فى عينها . وقال قدم نحتك
هذه الجارية أو هذه الأرض فهى عارية لأن المنحة بدل المنفعة بغير بدل قال صلى الله عليه
وسلم المنحة مردودة والعمارة مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك منفعة هذه العين وهو
نفس العمارة . فإن قال قد أطعمتك هذه الأرض فانما أطعمه غلتها والرقبي لصاحبها لأن عينها
لا تطعم فمعناه أطعمتك ما يحصل منها فيكون تملكاً لمنفعة الأرض دون عينها وله أن يأخذها
متى شاء يعنى إذا كانت فارغة فأما بعد الزراعة إذا أراد أن يستردها فإن رضى المستعير بأن
يقطع زرعها ويردها فله ذلك وإن أبى تركت فى يده بأجرة مثلها إلى وقت ادراك الغلة لأنه
محقق فى زراعتها غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الفاصب وإنما يعتدل النظر من
الجانين بأن تترك فى يده بأجر إلى ادراك الغلة وإن قال قد أطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه
فهذه هبة لأن عين الطعام تطعم فإضافة لفظة الطعام إلى ما يطعم عينه يكون تصرفاً فى العين
تمليكا بغير عوض وذلك يكون هبة . وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لأن معنى
كلامه ملكتك هذه الدار ألا ترى أن فى التملك ببدل لا فرق بين لفظ الجمل والتمليك

فكذلك في التملك بغير بدل * فان قال دارى لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى تفسير لقوله عمرى والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير . وبيان هذا وهو ان قوله لك عمرى يحتمل تملك عينها منه عمره ويحتمل تملك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيراً أى لك سكنها عمرى وكذلك قوله نحلى سكنى . وقوله هبة سكنى أو سكنى هبة أو -كنى صدقة فهذا كله عارية لما بينا أن قوله سكنى تفسير للمحمل من كلامه ألا ترى أنه لو قال هى لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هى لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيراً وكذلك اذا زاد لفظه العمرى والهبة والصدقة . وان قال هى لك هبة عارية أو هى عارية هبة فهى عارية قدم لفظه الهبة أو آخرها لانه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه في نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة فسواء قدمه أو أخره فالحكم له . وأن قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أو اجارة هبة فهى اجارة في الوجهين لان لفظه الاجارة في حق المحل محكم فانه لا يتناول الا المنفعة ولفظة الهبة تحتمل تناول العين نارة والمنفعة نارة أخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه أو أخره وتملك المنفعة ببدل معلوم الى مدة معلومة تكون اجارة . وان قال دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه فهى هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيراً للاسم ولكنه مشورة أشار عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهذا معلوم . وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه . قال (وان قال وهبت لك العبد حياتك وحياته وقبضه فهى هبة جائزة) لانه ملكه في الحال بقوله وهبت لك وقوله حياتك وحياته فضل من الكلام غير محتاج اليه فكان لغواً أو فيه إيهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط باطل . وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو أعطيتها حياتك أو وهبت لك هذا العبد حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى فهذا كله تملك صحيح في الحال وشرط الرجوع اليه أو الى الورثة باطل . وكذلك لو قال هى هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملك العين بأول كلامه وذکر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو يعلم ان عقبه من ورثته يخلفه في ملكه وان قال اسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهذه عارية لانه صرح بلفظ الاسكان وهو تصرف في المنفعة دون العين وقوله لعقبك بعدك عطف والمطف للاشتراك فعناه

سكنها لعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو لان قوله هي لك تملك لعينها منه وبعد ما ملك عنها منه لا يبقى له ولاية ايجابها لغيره فكان قوله ولعقبك من بعدك لغو بخلاف الاول فان بعد ايجاب المنفعة له بطريق العارية يبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه بعده وله ان يأخذها متى شاء . قال رجل وهب لرجل عبداً على ان يعتقه ويسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه في الموهوب باطل ولكن الهبة لا تبطل بالشرط كما قلنا . قال رجل وهب لرجل عبداً مريضاً به جرح فداواه الموهوب له فبرأ لم يكن للواهب ان يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع وأبصر لانه زوال للعين فزواله يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة في العين تمنع الرجوع كما لو كان مهر ولم يسم . قال مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فتبعه الموهوب له فاعتقه أو باعه ثم مات من مرضه أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل ان يقضي القاضي فيه بشيء فعتقه وبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقص بعد صحته فحكم بصحته في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملاً لان المانع مرض الموت وهو ما يتصل به الموت ولا يدري ان مرضه هذا يتصل به الموت أم لا والموهوم لا يعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا وثبت الملك للموهوب له بالقبض وانما تصرف في ملكه بالبيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان أكثر ما فيه أن الهبة فكت بموته في البعض أوفى الكل وفساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستفراق تركة الميت بالعين فحينئذ يبطل ملكه بفضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فأما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد اذا كان على الميت دين مستغرق لتركته لان الهبة في المرض وصية فيتأخر عن الدين ولزمه رد العين لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه فكان ضامناً قيمته وان لم يكن عليه دين ولكنه لا مال للميت سواء فقد بطلت الوصية في قدر الثلثين منه فيضمن ثلثي قيمته لورثة الميت وان كان الموهوب له معسراً وقد كان أعتق العبد فلا سبيل لفرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر الصحيح في ذمته لا تعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان تعلق بما ليته قبل العتق

فان كان الموهوب له أعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين فعلى العبد السعاية في قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر رد الرقبة بالعتق فيجب عليه السعاية في قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فأما دين غرماء الواهب أصله كان على الواهب وانما استوجبا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لا تلاف مالية الرقبة عليهم فهذا ضربوا بقيمة العبد وتعلق حق التريقين بمالية العبد لان باعتبار مرض الموت له فهذا لا يقدم احدهما على الآخر. قال رجل وهب لرجل عبداً وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يجب له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملك الى ملك بعد ذلك فاعتبر ذلك بحقيقة العتق في النع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقاً فله ان يرجع فيه لانه عاد قنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر اعنى في المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فلو اهاب أن يرجع فيه والجنابة باطلة لانه حين جنا كان مملوكاً للموهوب له وجناية المملوك على مالكة فيما يوجب المال تكون هدرا وبالرجوع لا يتبين انه لم يكن مملوكاً له حين جنى فالرجوع من وجه ينهى الملك الاستفادة بالهبة ألا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب فلا عقر على الموهوب له بعد رجوع الواهب فيها وان كان الولد لم للموهوب له بعد رجوع الواهب فيها فكذلك لا تعتبر جنائته عليه بعد رجوع الواهب وكذلك لو أبق العبد عند الموهوب له فرده راد فلو اهاب أن يرجع فيه لان الاباق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع في الهبة والجعل على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد فاذا أحياء ملك الموهوب له كان الجعل عليه. قال رجل وهب لرجل شجرة بأصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال أبو عصمة هذا غلط الا أن يريد بقوله بأصلها بعروقها ويأذن له في قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب في ملك الواهب في معنى الشبوع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا تمت الهبة فيها وهي مقطوعة فله ان يرجع فيها فأما اذا كان المراد بقوله بأصلها بعروقها من الارض وذلك معلوم مميز فالهبة تمت في الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة في حكم شيء آخر لانها كانت نامية وقد

صارت حطباً فليس له أن يرجع فيها الأثرى انه قال لو قطعها فجعلها أبواباً أو جذوعاً لم يكن له أن يرجع فيها اذا عمل فيها شيئاً قل أو أكثر لانها الآن ليست بشجرة كما وهبها له وله أن يرجع في موضعها من الارض ولكن ماذا كره في الكتاب أصح لان مجرد القطع في الشجرة نقصان وان كان يزيد في ماليتها فهو باعتبار رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح في الشاة والنقصان في الموهوب لا يمنع من الرجوع بخلاف ما اذا جعلها أبواباً أو جذوعاً فذلك زيادة صفة حادثة في الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها. قال ولو وهبها له بغير أصلها وأذن له في قبضها فقطعها وقبضها كان له أن يرجع فيها لان الهبة جازت وهي مقطوعة وفي الباب الأول جاز بالهبة وهي شجرة وهذا اشارة الى ما ذكره أبو عصمة انه بعد القطع لا يكون له أن يرجع فيها اذا تمت الهبة قبل القطع وانما يرجع فيها اذا كان تمام الهبة بعد القطع قال وان وهب له ثمرة في نخل وأذن له في قبضها كان له أن يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة اذا كان معرض الفصل. قال رجل وهب لرجل عبد الجنى عبد الموهوب له جناية بلغت قيمته ففداه الموهوب له فلو اهب أن يرجع في هبته لان بالفداء يظهر عن الجناية وعاد كما كان قبل الجناية ولم يتمكن في عينه زيادة فكان للواهب أن يرجع فيه ولا يرد على الموهوب له شيئاً من الفداء لانه فدى ملكه باختياره وقد بينا أن بالرجوع ينتهي ملكه المستفاد بالهبة وان رجع قبل أن يفديه كانت الجناية في عتق العبد يدفعه الواهب بها أو يفديه لان المستحق بالجناية نفس العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له بغير اختياره فلا يصير هو مستهلكاً ولا مختاراً ولكن الجناية تبقى في رقبة العبد فيخاطب مالكة بالدفع أو الفداء ومالكة الواهب في الحال فهو المخاطب بذلك كما لو مات مولى العبد الجاني فورثه وارثه. قال ولو وهب ثوباً فشقه نصفين فخاطب نصفاً قبلاً ونصفه الآخر علي حاله كان له أن يرجع في النصف الباقي لان الشق نقصان في الثوب وخياطة القباء زيادة في النصف الذي حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا أن تعذر الرجوع في النصف لا يمنع من الرجوع في النصف الباقي وان قال وان وهب له شاة فذبحها كان له أن يرجع فيها لان الذبح نقصان في العين فان عمله في ازهاق الحياة قال وان ضحى بها أو ذبحها في هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها في قول أبي يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول أبي حنيفة

وقيل قوله كقول أبي يوسف أما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عن عينها والذبح نقصان فيها فلا يمنع الرجوع فيما بقي كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القربة في نيته وفعله دون العين والموجود في العين قطع الحلقوم والادواج سواء كان على نية اللحم أو نية القربة والذي حدث في العين أنه تعلق به حكم الشرع من حيث التصديق به وذلك لا يمنع الرجوع كرجوع الزكاة في المال الموهوب في يد الموهوب له بل أولى لان التصديق هنا ليس بمتمم حتى يكون له أن يأكله ويطعم من شاء من الاغنياء بخلاف الزكاة وأبو يوسف يقول في التضحية جعلها الله تعالى خالصاً وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان الموهوب له أرضاً فجعلها مسجداً وبيان قولنا أن في التقرب بارائة الدم وقد حصل ذلك ألا ترى انه لو سرق المذبوح أو هلك كان مجزئاً عنه وإباحة تناول منه بأذن من له الحق بقوله تعالى افطرا منها ألا ترى انه يجوز له أن يتصرف فيها على غير الوجه المأذون فيه وهو بطريق التجارة ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامناً فعرفنا انه تم معنى التقرب به فيكون نظير هذا من الزكاة ما إذا أداها الى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب أن يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل في صورة ذبح شاة القصاب ولكن في المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصور ألا ترى ان الذبح يتحقق من المسلم والمجوسى والتضحية لا تتحقق الا ممن هو أهل فعرفنا انه في المعنى غير الذبح ثم عند محمد برجوع الواهب لا تبطل التضحية لان رجوعه في القائم دون ما يلاشى منه وقد بينا ان الرجوع ينهى ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو في حق نظير مالوهلك بعد الذبح قال رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه لانه التزم فيه الصدقة بنذره فلا يكون ذلك أقوى من وجوب الصدقة عليه فيه بإيجاب الله تعالى وهو الزكاة وذلك لا يمنع من الرجوع وهذا لان قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه (وكذلك) لو وهب له ناقة فجعلها الموهوب له بدنة وقادها فللواهب أن يرجع فيها قبل أن ينجرها الموهوب له وفرق أبو يوسف بين هذا والاول فقال بالتقليد رأيت جعلها لله تعالى ألا ترى أنه لو قادها عن هدى واجب فهلكت قبل أن ينجرها فانه عليه أخرى بخلاف ما بعد النحر وان وهب له أجزاء فكسرها وجعلها حطباً فله أن يرجع فيها لان هذا نقصان في العين وان كان يزيد في المالية فذلك بزيادة رغائب الناس فيه لا معنى في العين فلماذا كان

له أن يرجع فيها (وكذلك) لو وهب له لبنها فجعله طينا فهذا نقصان فإن أعاده لبنا لم يرجع فيها لأن هذا اللبن حادث بفعله أو ضرب اللبن من الطين زيادة في عينه فإذا كان حادثا في يد الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وإن وهب له نجيجا فجعله خلا لم يرجع فيه لأن مالية الخل غير مالية النجيج وهذه مالية حادثت بصنعة حادثه في العين في يد الموهوب له وإن وهب له سيفاً فجعله - كما كين أو سكيناً لم يكن له أن يرجع فيه لأن السكين غير السيف (وكذلك) إن كسره فجعل منه سيفاً آخر لأن هذا الثاني حادث بعاهه ألا ترى أن العاصب لو فعل ذلك كان ضامناً قيمة السيف المقصوب منه ويجعل ماضربه له قال وإن وهب له داراً فبناها على غير ذلك البناء وترك بعضها على حالها لم يكن له أن يرجع في شيء منها لأن ما زاد في البناء في جانب منها يكون زيادة في جميعها كما في الأرض إذا بنى في ناحية منها قال وإن وهب له حماماً فجعله مسكناً أو وهب له شيئاً فجعله حماماً فإن كان البناء على حاله لم يزد فيه شيء فله أن يرجع فيه لأن تصرفه في المنفعة دون العين والمدامع من الرجوع زيادة في العين وإن كان زاد عليه بناء أو غلق عليه باباً أو حصصه أو أصلحه أو جعله بصاروج أو طنية فليس له أن يرجع فيه لأن هذا كله زيادة في عينها. قال مريض وهب لصحيح عبداً يساوي ألفاً ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فإن كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد أو أكثر فالهبة ماضية لأن العوض المقبوض بمنزلة المشروط أو أقوى والثلث منه كان من خالص حقه والثلثان حق الورثة فإذا كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد عرفنا أنه لم يبطل شيئاً من حق الورثة بتصرفه وإنما تصرف فيما هو خالص حقه فكانت الهبة ماضية وإن كانت قيمته قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة لأن حقهم في ثلثي العبد وقد وصل إليهم من العوض بقدر مالية نصف العبد فأنما تبقى لاتمام حقهم - سدس العبد فهذا يرجع الوارث بسدس الهبة وإن كان العوض شرطاً في أصل الهبة فإن شا الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وإن شاء رد سدس الهبة وأحسك الباقي لأنه ماضى بسقوط حقه عن عوضه إلا بأن يسلم له جميع الموهوب ولم يسلم ولأن التبويض في الملك المجتمع عيب فاستحقاق جزء من العبد وإن قل بتعيب ما بقي منه وحق الرد بالعيب ثابت بمدالتقايض إذا كان العوض مشروطاً لأن الهبة بشرط العوض تصير بيعاً بالقياس فهذا ثبت له الخيار

في رد ما بقي فاذا لم يكن العوض مشروطا فانه لا يصير معاوضة بالتقايض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ولا يكون له أن يسترد العوض لان ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب هبة المريض

(قال ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت) وقال ابن أبي ليلى تجوز غير مقبوضة لانها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض في الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة ما لو وقعت الفرقة بينها بالموت فهذا مثله ولكننا نقول المعنى الذي له ولا أجله لاتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالتقبض موجود في حق المريض وهو أنه تملك بعقد تبرع فيكون ضعيفا في نفسه لا يفيد حكمه حتى ينضم اليه ما يورثه وهذا في حق المريض أظهر لان تصرفه أضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث لا يدل على أنه غير ثابت في الحال ككفاله فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تملك لا يحتمل الاضافة فاذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازة حتى مات أحدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها في ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا وان حق الوارث تعلق بثلثي ماله بمرضه فلا بقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث. قال فان كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين الى الورثة (وكذلك) سائر ما يقسم وما لا يقسم الا فيما لا يقسم فلا اشكال وأما فيما يقسم فلأن الموهوب له ملك الكل بالتقبض ثم بطل ملكه في الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طاريا فيما بقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لا يملك المستحق بالتقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقي كان شائعا فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة. قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان

الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكا لها حين كانت فما دامت باقية لا تحتل النقل من ملك الى ملك ولان في رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها في نفسها وكسبها وذلك لا يجوز وان تعذر رد عينها بسبب باسره الموهوب له كان ضامناً للورثة قيمة حصصهم منها كما لو كان أعتقها أو دبرها فان قضى القاضي عليه بثلثي قيمتها ثم عجزت المكاتبة لم يكن للورثة عليها سبيل لان القاضي قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد العين يتحقق فانتقل حقمهم الى القيمة ثم لا يعود في العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب اذا عاد من اباة بعد ما قضى القاضي بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا ثلثها لان المانع زوال قبل انتقال حقمهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قبل قضاء القاضي بالقيمة (وكذلك) ان كاتبها بعد موت المريض (فالجواب) على ما تقدم مالم يقض القاضي بثلثها للورثة لان ملك الموهوب له بان بقاء قبضه واذا فسد السبب مالم يقض القاضي عليه بالرد فان قضى القاضي بذلك عاد الملك له في ثلثها الى الورثة بقضاء القاضي فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشريكين الجارية المشتركة وقد بينا ذلك في كتاب العتق . قال مريض وهب لمريض عبداً وسلمه اليه فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسمى العبد في ثلثي قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه أتلف عليهم حقمهم في ثلثي العبد بالاعتاق فعلى العبد أن يسقى في ذلك لهم وانما بقي مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسقى في ثلثي هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية في ثمانية أضع قيمته وانما يسلم له التسع وان كان على الموهوب له دين ألف درهم وقيمة العبد الف درهم سقى العبد في قيمته يضرب فيها غيرها الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثي قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعلى العبد السعاية في جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب فيها غرماؤه بدينهم ودين وورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصة . قال مريض وهب لمريض عبداً وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب في مرضه فالحبة مردودة الى وارثه لان الهبة في المرض في حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين

ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة في المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المعاوضة عن الورثة حتى لا يزاحمهم قاتل أبيهم في مال أبيهم وهذا المعنى وجود فيما وهبه في مرضه . قال رجل وهب لرجل عبداً في مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه أو افده لان الموهوب له ملك العبد بالتبض فانما جنى على الواهب ملكه وفي جناية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء كما لو جنى على انسان آخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له ووطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين أن ماله عند موته احدى عشر ألفاً وأن العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة في جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شئ عليه لان المولى يتخلص عن عهدة الجناية بدفع الجاني ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك في كتاب الدور فقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجناية لان الهبة تجوز في نصف العبد وكان ينبغي أن يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواه ولكن لضرورة الدور جوز الهبة في نصف العبد وبيان ذلك انما يجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة في سهم وتبطل في سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الزيادة في تنفيذ الهبة واذا زدنا في تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجناية أيضاً فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيده وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هناك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حتمهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين تنفيذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجناية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلاثان والعبد وان كان واحداً في الصورة ففي الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية في نصف العبد ولما بطلت الهبة في النصف بالرد سقط حكم الجناية فيه لان جناية المملوك على مالكه خطأ واعتبر في النصف الآخر وقد دفعه المالك بالجناية فلماذا لا شئ عليه سواه قال واذا رجع الواهب في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض

فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب يستحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاض كان رد المريض لها حين طلب الواهب فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط بماله أبطال ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان ما في هذه المسألة من اختلاف الروايات والقياس والاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرماء والورثة عنه بعد تعلق حقهم به يوضحه ان حق الواهب في الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا اتصل قضاء القاضى به يقوى فيقدم على حق غرماء الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء يقدم حق الغرماء والورثة على حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب . قال مريض له عبد يساوى خمسة آلاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه أو افده لما بينا أنه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد بينا التخريج وان اختار الفداء فداء بالدية وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة ما خلقه فبين به ان مال خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من ثلثه فلماذا تنفذ الهبة في جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة في جميع العبد ظهر أن على الموهوب له دية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوى ستة آلاف درهم واختار الفداء فانه يرد على ورثة الواهب ربه ويفدى ما بقى بثلاثة أرباع الدية وذكر محمد في كتاب الدور طريقا في تخرج هذا الجنس من المسائل هو أسهل الطرق . قال ولو كان للواهب سوى ألفى درهم كانت الهبة صحيحة في جميع العبد لان اختيار الفداء يؤدي الدية عشرة آلاف درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثني عشر ألفا وقد نفذ بالهبة في العبد وهو يساوى ستة آلاف فيسلم للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدنا الالفين تعذر علينا تنفيذ الهبة في جميع العبد فالسبيل ان يضم ما عدنا وهو الالفان الى قيمة العبد وهو ستة آلاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدنا ويجوز بقدر الموجود والذي عدنا من الجملة مقدار الربع فتبطل الهبة في ربع العبد ويجوز هنا وقيمة ذلك أربعة آلاف وخمسة مائة ثم يفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسة مائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمه ألف وخمسة مائة وجملة ذلك تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة في نصف ذلك أربعة

آلاف وخمسة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور فأما بيان طريق الدور ان العبد في الابتداء على ثلاثة أسهم صحت الهبة في سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدى السهم بمثله ومثل ثلثيه فعرفنا ان كل سهم من العبد يقابله من الدية مثله ومثل ثلثيه فاذا فداءه بسهم وثلثين ازداد مال الورثة وجاء الدور من الوجه الذي قررنا فالسبيل ان يطرح من أصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلثا سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهمًا وثلثي سهم بقي حقهم في ثلث سهم وحق الموهوب له في سهم فيكون العبد على سهم وثلث انكسر بالا ثلاث فاصرفه في ثلثه وسهم وثلث في ثلثه يكون أربعة فتبين ان العبد على أربعة أسهم وان الهبة تنفذ في ثلاثة أرباعه فيقدر ذلك بثلاثة أرباع الدية ثم التخريج الى آخره كما بينا ونخرج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يؤخر بيان ذلك الى كتاب الدور وهذه المسئلة واخوانها تعود هناك ان شاء الله تعالى قال وأهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات الا أنه لا يجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمي لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وهو ممنوع من تملكه وتملكها فهي في حقه كالهيئة والدم لا تصالح عوضاً قال وان صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر معوضاً ويرده الى صاحبها لان تملكها على وجه التعويض باطل فتثبت على ملك صاحبها فاذا تخلت كان الخمر مملوكاً له مردوداً عليه وأصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحاً بالتخلل كما لو باع خمرًا من انسان فتخلت في يد المشتري وتجاوز المعاوضة بالخمر والتفجير فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايع لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما في حقنا وصحة التعويض تختص بمال متقوم . قال مسلم وهب لمرتد هبة فعوضه منها المرتد ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد في ماله ومن أصل أبي حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل أو مات أو ألحق بدار الحرب وأما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف في ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذا أولى الا أنه اذا كان للواهب حق الرجوع في حال حياة الموهوب له وقدمات حقيقة أو حكماً بلحاظه بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد

بطل التعويض وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته إلا أن عند أبي يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع فإن كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أو لحق بدار الحرب فإنه يرد هبته إلى ورثته لأنه كان تصرفاً منه في ماله وإذا كان تصرفه في ماله فيما يبطل عنده إذا مات فتصرفه هبة أولى فترده إلى ورثته ويرد عوضه إلى صاحبه إن كان قائماً وإن كان قد استهلكه كان ذلك ديناً في مال المرتد لأنه قبضه على وجه العوض ولم يسلم الموهوب للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضاً ولكن إن كان قائماً رده على الموهوب له بعينه وإن كان مستهلكاً فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته ديناً في ماله سواء كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لأن حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من عامله برده وجهه فإن التوقف لحق الورثة وحتم ثابت في الحالين قال وإذا وهب المرتد للنصراني هبة أو النصراني للمرتد علي أن عوضه عنها خيراً فذلك باطل لأن المرتد في حكم التصرف في الخمر كالمسلم فإنه يجبر على العود إلى الإسلام غير مقرر على ما اعتقده فيبطل تصرفه في الخمر تعويضاً عن الهبة كما يبطل من المسلم قال وإذا وهب الحربى المستأمن هبة لمسلم أو وهبها له مسلم قبضها ثم رجع إلى دار الحرب ثم عاد مستأمناً فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة وبقاء العين على حاله فإن المستأمن وإن كان في دارنا صودة فهو في أهل دار الحرب حكماً فلا يتبدل ملكه بالرجوع إلى دار الحرب وإن سبي وأخذت الهبة منه لم يكن للواهب أن يرجع فيها لزوال الملك المستفاد بالهبة فإن نفسه بالسبي قد تبدت وخرج هو من أن يكون أهلاً للملك والموهوب صار ملكاً للسبي بمنزلة سائر أمواله إذا أخذه معه فلا سبيل للواهب عليه وإن حضر قبل القسمة لأنه إنما يتمكن من أخذ ما بقى ووقع الظهور عليه من ماله وهذا مال أزاله عن ملكه باختياره فلا يأخذه من الغنيمة وإن حضر قبل القسمة قال وإن وقع الحربى في سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة إليه بشراء أو غيره لم يكن للواهب أن يرجع فيها لأن هذا ملك حادث له وحق الواهب كان في الملك المستفاد بالهبة فلا يثبت في ملك حدث بسبب آخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وإن كان الحربى هو الواهب فسبي ووقع في سهم رجل لم يكن له أن يرجع في هبته لأن نفسه تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فإن الحرية حياة والرق تلف وبموت الواهب يبطل الحق

في الرجوع ولانه لو رجع كان معيد العين الي ملك مولاه لا الي ملك نفسه وبالهيئة لم يخرج من ملك ولاء وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشياً لا يتصور عوده . قال حربى وهب لحربى هبة ثم أسلم أهل الدار أو أسلم جميعاً وخرجا الى دار الاسلام فله أن يرجع في هبته لبقاء الملك المستفاد بالهيئة فان بالاسلام يتأكد الملك الذي كان قبله ولا يتبدل وكذلك العين علي حاله في يد الموهوب له فان كان عوضه من هبته لم يكن له أن يرجع فيها لحصول ما هو المقصود له بالهيئة وهو وصول العوض اليه ثم كتاب الهيئة والله الحمد والمنة والله أعلم قال رحمه الله انتهى شرح الصفار من الفروع من الاستحسان الى البيوع . بالمؤثر من المعاني مع الخبر المسموع باملاء الملتبس لرفع الباطل الموضوع . المنقى لاجله المحصور المنوع عن الاهل والولد والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع في ظلم الليالي بالبكاء والدموع . مقرونا بالصلاة على سيد أهل الجموع . وعلى آله وأصحابه أهل التقى والخضوع

﴿ كتاب البيوع ﴾

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء اعلم بان الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لاقامة مصالح العباد في الدنيا وشرع طريق التجارة لا كسبها لان ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحاً في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد والى ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والتجارة نوعان حلال يسمى في الشرع بيعاً وحرام يسمى ربا كل واحد منهما تجارة فان الله أخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين البيع والربا عقلاً فقال عز وجل (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا) ثم فرق بينهما في الحل والحرمه بقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) ففرقنا أن كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منها بيع شرعاً بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وانقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو بقوله بعت واشتريت في محلين كل واحد منهما مال

متقوم على طريق الاكتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون
يبدأ ابتداء ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بان يقول أحدهما بعني فيقول الآخر
بعث أو يقول اشترى سي فيقول الآخر اشتريت لا ينقد البيع عندنا بخلاف النكاح
والشافعي يسوي بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق
لنا من وجهين (أحدهما) أن النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجيني نفسك في مجلس
العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل أحد شرطى العقد فأما البيع يقع
بنقته من غير تقدم استتمام فيجعل قوله بعني استتماماً فلا بد من لفظ العقد بعده (والثاني)
ان قوله زوجيني نفسك تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقداً تاماً لان كلام
الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مأموراً به وفي البيع لا يتأتى مثل
هذا لان كلام الواحد لا ينقده البيع من الجانبين اذا لم يكن أحدهما مولياً عليه من الآخر
فأما الربا في اللغة هو الزيادة يقال أربى فلان على فلان أى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة
لزيادة فيه على سائر الامكنة وفي الشريعة الربا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في
البيع لما بينا أن البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالي عن العوض اذا
دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه البيع فكان حراماً شرعاً واشتراطه في البيع مفسد للبيع
كاشتراط الحرم وغيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (وحرّم
الربا) وقد ذكر الله تعالى لا تأكل الربا خمساً من العقوبات (أحدها) التخبط قال الله تعالى
(لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة
بحيث لا تحمله قدماءه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذي أصابه مس من الشيطان
فيصير كالصروع الذي لا يقدر على أن يقوم وقد ورد بنحوه أثر عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال يملاء بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا والمراد أن يفتضح على رؤس
الاشهاد كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر ان لواء ينتصب يوم
القيامة لاكلة الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار (والثاني) المحق قال الله تعالى (يحق
الله الربا) والمراد الهلاك والاستيصال وقيل ذهب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو
به ولا ولده بعده (والثالث) الحرب قال الله تعالى (فاذنوا بحرب من الله ورسوله)
والمعنى من القراءة بالمد أعلموا الناس أكلة الربا إنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع

الطريق والقراءة بالفصر اعلّموا ان أكلة الربا حرب الله ورسوله (والرابع) الكفر قال الله تعالى (وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين) وقال تعالى (والله لا يجب كل كفار أثيم) أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا (والخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى (ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) والسنة جاءت بتأييد ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنها الرجل من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به والمقصود من هذا الكتاب بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد لا تصف فى الزهد شيئا قال قد صنف كتاب البيوع ومراده يثبت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة فى الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبي حنيفة عن عطية العوفى عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والخنطة بالخنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله تعالى بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد ببعضه كتاب البيوع وبعضه كتاب الاجارات وبعضه كتاب الصرف ومثله حجة فى الاحكام تجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ودار هذا الحديث على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم فى الفرع أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب أى يبيع الذهب بالذهب أو يبيعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعراض والابدال فانه للالصاق فهو دليل فعل مضمرة كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل روى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع يبيع الذهب بالذهب مثل بمثل ومعنى الرواية بالنصب يبيعوا الذهب بالذهب مثل بمثل والمراد به المائلة فى القدر دون الصفة وان كان مطلق اسم المائلة يتناولهما ولكنه ذكر هذا الحديث فى أول كتاب الصرف وذكر مكان قوله مثل بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ يتبين أن المراد من هذا اللفظ المائلة فى الوزن وبهذا اللفظ يتبين أن المراد قوله وزن بوزن المائلة قدراً لا وصفه وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه

بعضاً وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص علي أن المراد المائلة في الوزن دون الصفة لان النبر لا يساوي العين في الصفة وانما يساويه من حيث المقدار وقوله يدا بيد يجوز أن يكون المراد به عين بعين لان التعين يكون بالاشارة باليد ويجوز أن يكون المراد قبض قبض لان القبض يكون باليد وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان المراد به القبض هنا لبيان في حديث عمر رضى الله تعالى عنه فانه قال في الصرف من يدك الى يده وان استنظرك الى خلف السارية فلا تنتظره وان وثب من السطح فثب معه ولكن الاصح ان المراد التعين لانه لو كان المراد به القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره فعرفنا ان المراد التعين الا أن التعين في العقود لا يتم الا بالقبض لانها لا تعين في العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعين المنصوص عليه واليه أشار في حديث عمر رضى الله تعالى عنه بقوله هاوها أى هذا بهذا وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل في القدر ويحتمل الفضل في الحال بان يكون أحدهما نقداً والآخر نسبة وكل واحد منهما مراد باللفظ وقوله ربا أى حرام أى فضل خال عن العوض والمقابلة اما متيقنا به عند فضل القدر أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين التقدين والنسبة في المائية وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المائلة في الكيل ويحتمل المائلة في الصفة ولكنه في كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً فتبين به أن المراد المائلة من حيث القدر وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديةا سواء فهو بيان أن المراد المائلة في القدر وقوله يدا بيد معناه عندنا عين بعين ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لان التعين فيها يتم بالاشارة وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل في القدر ويحتمل الفضل في الحال وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك في حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى وكذلك الشعير والتمر والملح فأما الحكم ففي الحديث حكمان حرمة النساء في هذه الاموال عند المبايعة بجنسها وهو متفق عليه وحرمة التفاضل وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا البتي روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه كان يجوز التفاضل في هذه الاموال ولا معتبر بهذا القول فان الصحابة رضى الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روى ان أبا سعيد الخدرى رضى الله

تعالى عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى تؤكل الناس الربا أصبحت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يصحب أسمعت منه ما لم يسمع فقال لا ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا في النسب فقلت والله لا آواني واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد رضي الله تعالى عنه ما خرج بن عباس رضي الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فان لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول وتأويل حديث أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الخنطة بالشمير والذهب بالفضة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا الا في النسب فكذا بناء على ما تقدم من السؤال فكان الراوي سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار رحمهم الله على ان حكم الربا غير مقصود على الاشياء الستة وان فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى الى غيرها من الاموال الا داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين فان داود يقول حكم الربا مقصور على هذه الاشياء الستة لانه لا يجوز قياس غير المنصوص على المنصوص لاثبات الحكم وعند فقهاء الامصار رحمهم الله القياس حجة لتعدية الحكم الثابت بالنص والبتي يقول بان القياس حجة ولكن من أصله انه لا يجوز القياس على الاصول الا ان يقوم دليل في كل أصل على جواز القياس عليه ولم يعم ذلك الدليل هنا وعند فقهاء الامصار رحمهم الله يجوز القياس على الاصول الا ان يقوم دليل يمنع القياس على كل أصل ثم قد قام الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن أنس واسحاق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا هذا الحديث وذكر في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم الى سائر الاموال وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخشى عليكم الربا أي الربا ولم يرد به عين الصاع وانما أراد به ما يدخل تحت الصاع كما يقال خذ هذا الصاع أي مافيه ووهبت لفلان صاعا أي من الطعام وفي حديث عامر خبير رضي الله تعالى عنه انه أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرآ جنيا فقال صلى الله عليه وسلم أوكل تمر خبير هكذا فقال لا ولكني دفعت صاعين من عجوة بصاع من هذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت هلا بمت تمر ك

بسبعة ثم اشترت بسلمتك ثم اثم قال صلى الله عليه وسلم وكذلك الميزان يعني ما يوزن بالميزان
فتبين بهذه الاثار قيام الدليل على تمديد الحكم من الاشياء الستة لا غيرها وهذا بخلاف قوله
صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتتان في الحل والحرم ثم لم يجوز قياس ما روى هذا الخمس
على الخمس لان التعادل اتمددة بحكم النص الى غير المنصوص لابطال المنصوص وقد نص في
ذلك الحديث على ان الفواسق خمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثر من خمس فيكون ابطالا
للمنصوص وهنا ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء، ولكن ذكر حكم الربا في الاشياء
الستة فلا اشتغال بالتعليل لا يؤدي الى ابطال المنصوص عليه فهذا جوزنا ذلك وفائدة
تخصيص هذه الاشياء بالذكر أن عامة الاموال لا يوزن بها علي ما جاء في الحديث كنا
تبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به ما يدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهي
الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد ذلك في المعنى الذي يتمدى الحكم به الى سائر الاموال
قال علماؤنا رحمهم الله تعالى الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب
بالذهب والحنطة بالحنطة. والقدر بقوله صلى الله عليه وسلم مثل بمثل ويعنى بالقدر الكيل
فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ان العلة مع الجنس الفضل
علي القدر وذلك محكي عن الكرخي ولكنه ليس بقوى فانه لا يجوز اطلاقه في حنطة في
قفيز شعير ولا تثبت حرمة النساء الا بوجود أحد الوصفين ولو كانت العلة هي الفضل لما
حرم النساء هنا لانعدام الفضل فعرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رضي الله عنه
العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين تقارن المنفعة مع الجنس وقال الشافعي
رضي الله تعالى عنه في القديم العلة في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال في الجديد العلة
هي الطعم وفي الذهب والفضة العلة الثمنية وهو انهما جوهر الاثمان والجنسية عنده شرط
لاتعمل العلة الا عند وجودها ولهذا لا يجعل للجنسية أثرا في تحريم النساء فحاصل المسئلة
أن بيع كل مكيل أو موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود المخلص وهو المائة في
القدر وأن يكون عيناً بعين وعنده بيع كل مطوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند
وجود المخلص وهو المساواة في المعيار الشرعي وأن يكون قبضا بقبض في المجلس والحاصل
ان حرمة البيع في هذه الاموال أصل عنده والجواز يعارض المساواة في المعيار مع القبض
في المجلس وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال أصل كما في سائر الاموال والفساد يعارض

انعدام المماثلة بوجود الفضل الخالي عن العوض متيقنا به أو موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات على المطعومات وغير الثمن على الثمن بناء على أصله أن التعليل صحيح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعديتكم النص الى غير المنصوص فالحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالعملة لان الثابت بالنص متطوع به والمنع بظاهر النص ثابت فلا اشتغال بالتعليل يكون لغواً عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لا يجوز لان الحرمة هي الاصل في بيعها والحل يثبت بعارض بوجود المساواة في الميعار الشرعي ولم يوجد فلا يجوز وعندنا يجوز لانعدام الفضل على القدر وهو الميعار الشرعي والحرام هو الفضل على القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز أصل في البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المماثلة في القدر وهو الميعار الشرعي وهذا لامعيار له فيجوز المقدر ولو باع قفيز جبس بقفيزي حصص عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطم ولو باع حفة بحفتين عنده لا يجوز لكونه مطعوما وقد عدت المساواة في الميعار الشرعي وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع مناسكر بمنوى سكر عندنا لا يجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لا يجوز أيضاً لوجود الطم مع الجنس ولو باع مناقطن بمنوى قطن عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطم وحجة الشافعي لاثبات أصله ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفي رواية قال لا تبيعوا البر بالبر الاسواء بسواء ففي هذا بداية بيان النهي والمنع لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال، فبه تبين أن حرمة البيع أصل وان الجواز يعارض المساواة بين ذلك بقوله الاسواء بسواء والمراد المساواة في القدر ثم اسم الطعام يتناول القليل والكثير وما يكال من الاطعمة وما لا يكال فثبت حرمة البيع في جميع ذلك وتبين بهذا أن التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل الممثل وذلك باطل وكذلك في الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلى الله عليه وسلم مثلاً بمثل نصب على الحال أي انما يكون يباعاً في حالة ما يكون مثلاً بمثل والمراد المماثلة في القدر فتبين به أيضاً أن الحرمة أصل فيها وأن الحل يعارض المماثلة في القدر وليس المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضي الله عنه ان آية الربا آخر ما نزل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبين لنا شأنها وان من الربا أبواباً لا يكذبون بتحقيق علي أحد منها السلم في السن فتبين بهذا انه علم ان الاسم غير

عما عليه مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس في السلم في السن زيادة خالية عن الموض وقد جعله من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد ولئن كان المراد الزيادة فانما أراد فضلا قائماً في الذات لان المطعوم اذا قوبل بمجنسه لا يتساويان في الطعم الا نادراً ولا ينبنى الحكم عن النادر فذلك الفضل القائم في الذات حرام وربا الا أنه سقط اعتباره شرعاً بالمساواة في القدر تيسيراً على الناس فبين بهذا أن الحرمة أصل أيضاً وفي ذكر الطعام ما يدل على أن العلة هي الطعم لان الطعام اسم مشتق منه معنى والحكم اذا علق باسم مشتق من معنى فالمعنى الذي اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى (الزانية والزاني) وفي قوله تعالى (السارق والسارقة) ومن حيث الاستدلال وهو أن الشرع شرط لجواز البيع في هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد ففرقنا أن الموجب لهذين الشرطين معنى في المحل ينبيء عن زيادة شرطين الولي والشهود كان ذلك دليلاً على أن الموجب للشرطين معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر وهو أن المستحق به مافي حكم النفوس ثم هنا المعنى ينبيء عن الخطر في الذهب والفضة الثمينة لانها خلقا لذلك وبالتمنية حياة الاموال والمعنى ان الذي ينبيء عن زيادة الخطر في الاشياء الاربعية الطعم لان بالطعم حياة النفوس ففرقنا ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والتمنية ولهذا جعلنا الجنس شرطاً لاعلة لان الحكم يدور مع الشرط وجوداً وعدمًا كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير فاذا لم يكن في الجنسية ما ينبيء عن زيادة الخطر ولا يثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطاً لاعلة وبهذا تبين فساد التعليل بالقدر فانه لا ينبيء عن زيادة خطر في المحل لان الجص شيء هين يكال فلا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الاثمان وهي الذهب والفضة وذكر من المطعومات أنفس كل نوع فالحنطة أنفس مطعوم نبي آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس القواكه والملح أنفس التوابل فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على أعلاه لين بذلك أن العلة هي الطعم فاما اذا جعل العلة القدر يتمحض ذكر هذه الاشياء تكراراً لان صفة القدر لا تختلف في الاشياء الاربعية وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى ولهذا قال مالك العلة الاقتيات لانه خص بالذكري كل مقتات مدخر وقال ابن سيرين العلة تقارب المنفعة لوجود ذلك في الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تقارب في المنفعة

فاذا ثبت ان العلة هي الطم والتمنية امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الاثمان على الاثمان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع القدر معتبرا في الخلاص عن الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع في الربا لاستحالة ان يتضمن الشيء حكيمين متضادين بل القدر في المقدرات بمنزلة المدد في المدودات والزرور في المزروعات فكما لا يصلح جعل علة ذلك للربا فكذلك القدر وحجتنا في المسئلة ماروينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء الستة بصفة الكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة فقوله الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة والبيع لا يجري باسم الحنطة فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعا أحد وانما يعرف ماليتها ولو باعها لم يجز لانها ليست بمال متقوم فلم ضرورة ان المراد الحنطة التي هي مال متقوم ولا يعلم ماليتها الا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعا أحد وانما تعرف ماليتها بالوزن كالشميرة ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فكانه قال الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجري مجرى العلة للحكم كقوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل الساعة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص ألا ترى انه لو قال غصبت من فلان شيئا يلزمه ان يبين مالا متقوما لثبوت صفة المالية بمقتضى الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشتري له طعاما فاشترى فاكهة يصير مشتريا لنفسه وهذا لان سوق الطعام الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها وهذا من أبواب الكتاب ليس من فقه الشريعة في شيء وأما الكلام في المسئلة من حيث الاستدلال فينبني على معرفة النص فنقول حكم نص الربا وجوب المائلة في المعيار شرط لجواز العقد ثم ضرورة الفضل لعدم تلك المائلة ربا لوجوب المائلة لا كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات ثم المائلة شرط لازالة فضل حرام والدليل على ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد أوجب المائلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المائلة بقوله عليه الصلاة والسلام والفضل ربا وفي الحديث الآخر قال لا تبيعوا البر بابر الا سواء بسواء وبالإجماع المساواة في الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المائلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون

المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلاً والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة. بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقروناً بالمخلص فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلاً فهي علة باطلة والطعم بهذه الصفة فإنها توجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لا تتبعوا البر بالبر الا - واء بسواء كلام مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج ماثولاه لكان الكلام متناولاه وان كان المستثنى الكثير القابل للمماثلة لا يتناول الحديث أصلاً فان قال هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أى جعلتموه سواء بسواء فيعوا أحدهما بالآخر قلنا هذا مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل وباعتبار الحقيقة يتبين أن حكم النص وجوب المماثلة فيما يختص بمحل قابل للمماثلة والدليل عليه أنه لو باع قفيز حنطة يملكه بقفيز حنطة ارخوة أوقداً كلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل في الذات ومع ذلك جاز العقد لوجود المماثلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم في الذات لوجود المساواة في القدر قلنا هذا جائز ولكن عند قيام الدليل فاذا أمكن أن يجعل الحكم في الذات وجوب المماثلة والفضل الذي هو ربا بعد تلك المماثلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصاً فيما اذا بنى أمره على الاحتياط وهو الربا والذي قال ان الاسم غير عما عليه مقتضى اللغة ممنوع فانه دعوى المجاز أيضاً فلا يمكن اثباته أيضاً الا بدليل فاما حديث عمر رضى الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أن المراد بقوله وان من الربا أبوابا لا يكذب يخفين على أحد . منها السلم في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية أن الواحد منهم يسلم في ابنة مخاض فاذا حل الاجل زاده في السن وجعله ابنة لبون ليزيده في الاجل ثم يزيده الى سن الحقة والجذعة وفي ذلك نزل قوله تعالى (ولاتأكلوا الربا أضغافاً مضاعفة) فتلك الزيادة خالية عن عوض هو مال ولهذا قال انه من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد (والثاني) أن المراد السلم في الحيوان والحيوان مما يتفاوت والمسلم فيه دين فانما يصير معلوماً بذكر الوصف ورأس المال بمقابلة الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض يتمكن التفاوت في المالية بين المقبوض والموصوف عند العقد لاحالة تلك الزيادة كلها خالية عن عوض هو مال ولهذا جعل

من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد وان سلموا أن حكم النص وجوب المائلة لا يبقى لهم شيء لان وجوب المائلة لا تكون الا في محل قابل للمائلة وان لم يسلموا فالدليل على اثبات هذه القاعدة أن الاموال أنواع ثلاثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا تجب المائلة فيها للمبايعة وامثال متقاربة كالسهم ولا تجب المائلة فيها أيضاً للمبايعة وامثال متساوية كالفلوس الرابحة وتجب المائلة فيها حتى اذا باع فلان بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز للرسنة فان بيع فلس بفلس جائز بل لوجوب المائلة فان أحدى الفلوسين يبقى بغير شيء لما كانت أمثالا متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا واذا كان كل واحد منهما بعينه فكان المتعاقدين أعرضا عن الاصطلاح على كونها أمثالا متساوية ولهذا يتبين بالتعيين فتصير أمثالا متقاربة كالجوز والبيض اذا عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المائلة في هذه الاموال، فعرفنا أنها أمثال متساوية وانما تكون أمثالا متساوية بالجنس والقدر لان كل حادث في الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما بطلت المائلة من هذين الوجهين والمائلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في هذا المقدار كالطول والعرض والمائلة معنى باعتبار الجنسية ولكن هذه المائلة لا تكون قطعاً الا بشرط وهو سقوط قيمة الجودة منها لجواز أن يكون احدهما أجود من الآخر واذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالا متساوية قطعاً فانما يقابل البعض ببعض في البيع من حيث الذات فاذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خالياً عن المقابلة كالحيطين اذا تقابلا وأحدهما أطول فذلك الزيادة تكون خالية عن المقابلة والفضل الخالي عن المقابلة ربا فاذا جعل شرطاً في العقد فسد به العقد وهكذا في سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان يسلم له مع ذلك ثوبا آخر لا يجوز لان هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعاً لوجوب المائلة فثبت بما قررنا ان العلة لهذا الحكم بالتأثر في ايجاب المائلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لم يجدها وردية سواء وبديل يجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما كان مالا متقوماً يجوز الاعتياض عنه كالبيع وانما يجوز الاعتياض عما فسد بتقومه شرعاً كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس ثم اثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة الاصول وعلى

ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول
 فالبيع ما شبرع الا لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال ككسبه بالبيع
 فكيف يستقيم ان يجعل حراما بالرأى وان أردت تحرير النكته قلت التفاح والرمان مال لم
 يسقط قيمة الجودة منه عند المبايعه فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب
 والدواب ثم تقريره من الوجه الذي ذكرنا وبهذا يطل في القليل من الحنطة كالحفنة
 ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو غصب من آخر حفنة من حنطة فنقص عنده ايس
 للمغصوب منه ان يضمنه التقصان مع أخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة لكان له ذلك
 كافي التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست
 من ذوات الامثال فان المائلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفا ان الواجب هو القيمة وقد
 بينا ان المالية والقيمة في الحنطة لا تعلم الا بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من
 اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة التقصان
 ليوجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحرز فيوجب القيمة ويكون شرط
 الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب فاذا اراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء كما لو
 قطع يد عبد عند انسان فأراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء على قول أبي حنيفة وعلى هذا
 الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز أيضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فتكون
 المقابلة باعتبار الذات فيظهر الفضل الخالي عن المقابلة بخلاف الحفنة بالحفتين فكل واحد
 منهما يقابل الآخر في البيع والشراء من غير اعتبار القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا
 يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ويتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والتمينة فانها علة قاصرة
 لا تعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن أعظم
 وجوه الانتفاع بالمال وكذلك التمينة فانها تنبئ عن شدة الحاجة اليه وتأثير الحاجة في الاباحة
 لا في الحرمة كتناول الميتة محل باعتبار الضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع ما حرم البيع في
 هذه الاموال الا ما حرم في سائر الاموال وهو الفضل الخالي عن المقابلة وهذا لان هذه
 الاموال بذلة كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض
 وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصنوع عن الابتدال يلحق بالنفوس فيجوز ان يشترط
 في النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل وبهذا تبين فساد ما قال ان الاسم المشتق

من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة لانه انما يكون ذلك الفعل علة اذا كان صالحا له كالزنا والسرقة واذا كانت الثمنية والطعم ينبتان عن شدة الحاجة فلا يصلح ان يكونا علة للحرمة والذي قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قانا قد نص على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغي ان تكون العلة في الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة في النفود الثمنية وفي سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقيم عطف بعضها على البعض اذ لا موافقة بين الثمنية والطعم والذي قال القدر علة للخلاص لا كذلك قدينا ان جواز البيع في هذه الاموال اصل بحيث مفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة لذلك فاما جواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعللة الربا في حالة الفضل والشئ الواحد يتضمن حكيمين في محلين كالنكاح يثبت المحل للمكروحة والحرمة في أمها وانما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة في القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن فكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن وربما يقول بعضهم ان الحنفية مقدره الا أنه لا يمكن معرفة مقدارها الا بضم أمثالها اليها ولا تخرج به من أن تكون مقدارا كالصبرة وهذا فاسد فان القدر لا يمكن معرفة مقداره فاذا ضم الى الحنفية أمثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار الحنفية بخلاف الصبرة فانها اذا فرقت جزءا وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فاما علة ربا النساء أحد هذين الوصفين اما الجنس أو القدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لم يعد الاشياء الستة واذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فقد اني ربا النساء بعد انعدام الجنسية لبقاء أحد الوصفين والشافعي لا يخالفنا فيما هو العلة عنده أيضا وانما يخالفنا في الجنسية بناء على أصله ان الجنسية شرط لا علة وسنبين هذا الفضل في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم قال أ- لم ما يكال فيما يوزن وأ- لم ما يوزن فيما يكال ولا تسلّم بالوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحدا باثنين يدا بيد ولا بأس به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يدا بيد ولا خير في نسيئته وتقول أما قوله أ- لم ما يكال فيما يوزن غير مجري على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه

بان يكون مبيعا مضبوطا بالوصف حتى اذا أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا وللشافعي قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه ان النقد يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعين فأما عند الذهب والفضة لا يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعين والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن هذا سلما . قال عيسى ابن إبان يكون هذا عقدا باطلا وكان أبو بكر الاعمش يقول انه يبيع الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة وما ذكره عيسى أصح لان العقود عليه في السلم المسلم فيه فانما يشتغل بتصحيح العقد في المحل الذي أوجبتا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه لتصحيحه في محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وقوله وأسلم ما يوزن فيما يكال مجرى على ظاهره فان سلام المكيل في الموزون جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعا اذ لاتفاق بين البديلين في الجنس ولا في القدر والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم ما يوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره أيضا بل المراد اذا كانا متفقين في المعنى بان كانا مثنين كالزعفران مع القطن فاما اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود في الزعفران أو الحديد أو القطن فانه يجوز والعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان رأس المال يكون من النقود عادة والحاجة تفسر الي اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعا ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العال الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاهما في الوزن صورة لا معنى وحكما فان الوزن في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامناء ويكون مثنيا يتعين في العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الوزن يلزم في الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئا بدرهم بشرط الوزن كان له ان يتصرف فيه قبل أن يزنه فما كان هذا الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا في المعنى والحكم جوز اسلام أحدهما في الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال مجرى على ظاهره فان إسلام المكيل في المكيل لا يجوز بحال لاتفاهما في قدر واحد وقوله واذا اختلفا النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحداً باثنين يداً بيد هذا مجرى على ظاهره لانعدام

العلة المحرمة للفضل وقوله ولا بأس به نسيئة هذا غير مجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان ما يجعل مسلماً فيه يصير مضبوطاً بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو أسلم ثوباً في جوهرة أو درة لا يجوز وكذلك في الحيوان عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد هذا مجرى على ظاهره وهو متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجبية بالابل والفرس بالافراس يداً بيد وقوله لا خير فيه نسيئة هو قول علماؤنا رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النساء بانفراده حتى لو أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروي لا يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز وكان مالك رحمه الله يقول إن اختلفا في الصفة يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو أسلم هروياً في مروى جاز عندنا وعند ابن أبي ليلى لا يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل عنده جنس واحد أو باعتبار تقارب المنفعة يجعل المروى والمروى جنساً واحداً وقد نقل ذلك عنه في الخنطة والشعير أيضاً أنهما من جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الخنطة ثم قال (واذا اختلفا النوعان فكذلك يبان أنهما جنسان) وكذلك المصنوع من أصل لا يكون جنساً للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنساً لمصنوع آخر على هيئة أخرى من ذلك الاصل ففرقنا أن باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة أيضاً كما في الاموال الربوية فالخنطة العفنة مع الخنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقي مع التجنيبي والفارسي مع الدقل في التمر جنس واحد مع اختلاف الوصف فاما الشافعي فانما بنى مذهبه على ما قلنا أن الجنسية عنده شرط وقد يبدأ فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتاج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فقزت الابل فأمرني أن اشترى بغيراً بغيرين الى أجل وعن علي رضي الله تعالى عنه انه باع بغيراً يقال له عصفور بعشرين بغيراً الى أجل وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه باع بغيراً بأربعة أبعرة الى أجل ولان هذا عقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه مينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام أحدهما في الاخر كالمروى مع المروى وتأثير هذا الكلام أن باعتبار التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت في المالية حكماً والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكماً فاذا كان التفاوت في المالية في هذه

الاموال حقيقة لا أثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكماً أو الى وهذا لان حكم الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسية علة تؤدي الى تعميم حكم الربا في كل مال فإما من مال الا وله جنس فما كانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية وحجتنا في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا على النسيئة من الجانبين لان ذلك يستفاد بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ ولانه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فانما يفهم منه النسيئة في البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتأويل ما رويوا من الاثار أنه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك في دار الحرب وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب فتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام تقل الالات كما لو كان في دار الحرب لغزتها في دار الاسلام يومئذ ولان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية والقدر في أول الحديث ثم قال (واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون بدأ بيد فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصاً على ثوب ربا النساء عند وجود الجنسية) لانه متى ثبتت المساواة بين الشئتين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصاً على ذلك الحكم في الآخر كالرجل يقول اجعل زيداً وعمراً في العطية سواء ثم يقول اعط زيداً درهماً يكون ذلك تنصيصاً على أن يعطى عمراً أيضاً درهماً ولا يستقيم اعتبار ربا النساء بربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النساء أعم حتى يثبت في بيع الخنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس الجنس كالمالية لان جعل المالية علة تؤدي الى تعميم الربا في البيوع كلها لان البيع لا يجوز الا في مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا فعرفنا أن المالية ليست بعلة فيه وليس في جعل الجنسية علة تعميم الربا في العقود كلها والقياس على أصول تنعدم فيها الجنسية باطل لان انعدام الحكم عند عدم العلة دليل صحة العلة لا دليل فسادها ولان اسلام الشئ في جنسه يؤدي الى اخلاء العقد عن الفائدة والى أن يكون الشئ الواحد عوضاً ومعوذاً الى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه أنه إذا أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروياً فإنه يلزم تسليم رأس المال في الحال ثم اذا حل لاجل يرد ذلك الثوب بعينه والمقبوض بحكم السلم في حكم عين ما يتناوله العقد فلو جوزنا هذا العقد لم يكن مفيداً شيئاً ويكون الثوب الواحد عوضاً ومعوذاً واذا أسلم ثوباً هروياً في ثوبين هرويين لوجوزنا

ذلك لكان إذا حل الاجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوباً آخر فالثوب الآخر يكون فضلاً خالياً عن العوض مستحقاً بالبيع وهو الربا بعينه قال (وإذا أسلم الرجل في الطعام كيلاً معلوماً وأجلاً معلوماً وضرباً من الطعام وسطاً أو ردياً أو جيداً واشترط المكان الذي يوفيه فيه فهو جائز). قال رحمه الله تعالى (إعلم بان السلم أخذ عاجل بأجل وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم) لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البديلين وتأخير الآخر كالصرف وقيل السلم والسلف بمعنى واحد وإنما سمي هذا العقد به لكونه معجلاً على وقته فان أوان البيع مابعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد وإنما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلاً على وقته سمي سلماً وسلفاً والقياس يأبى جوازه لانه بيع المدوم وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فيبيع المدوم أولى بالاطلاق ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقولته تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أشهد ان السلم المؤجل في كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية وتلى هذه الآية والسنة ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ففي هذا دليل أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عد وجوده في ملكه ولكن بطريق اقامة الاجل مقام الوجود في ملكه رخصة لان بالو-ود في ملكه يقدر على التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على التسليم إما بالتكسب في المدة أو مجيء أو ان الحصاد في الطعام وفي الحديث عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال صلوات الله تعالى عليه من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فقد قرره على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرائط التي يحتاج إلى ذكرها في السلم عند أبي حنيفة سبعة (اعلام) الجنس في المسلم فيه (واعلام النوع) (واعلام القدر) و(اعلام الصفة) و(اعلام الاجل) و(اعلام المكان) الذي يوفيه فيه فيما له حمل ومؤنة واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره والاصل في هذه الشرائط الحديث الذي روينا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعلام القدر بأن ترك إعلامه يفضي إلى المنازعة التي تمنع البائع عن التسليم والتسلم فدل ذلك عن ان كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب ازالتها بالاعلام وجهالة الجنس تفضي إلى ذلك لانه اذا أسلم في شيء

فرب السلم يطالبه باعلا الاشياء والمسلم اليه لا يعطى إلا أدنى الاشياء ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع فانه إذا أسلم اليه في تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة لانه إذا أسلم اليه في الخنطة فرب السلم يطالبه بخنطة جيدة والمسلم اليه لا يسلم الا الرديء ويحتج كل واحد منهما باسم الخنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام القدر منصوص عليه في الحديث وجهاته تفضى الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد الاسترباح ولا يعرف ذلك الا بمعرفة مقدار الماالية والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليصير ماهو المقصود لكل واحد منهما معلوما له فأما الاجل فهو من شرائط السلم عندنا وقال الشافعي الاجل يثبت تر فيها لا شرطا حتى يجوز السلم عندنا حالا في الموجود فأما في المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم فائتت في السلم رخصة مطلقة واشترط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه تر فيها لا شرطا كالبيع والاجارة وهذا لان المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يقدم على التزام تسليم مالا يقدر على تسليمه فاذا قيل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد وان لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة . قال (فاني لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء) فلا يكون قادرا على تسليم البديل وربما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل الابعدة فلماذا لا أجوزه الا مؤجلا فأما المسلم اليه حر من أهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على التسليم الا ان يكون معدما في العالم فينذر لا يقدر على التسليم الا بوجوده في أوانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحثنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

الا أن يكون المراد به إذا أسلم مؤجلاً ينبغي أن يكون الاجل معلوماً وفي قوله صلى الله عليه وسلم رخص في السلم ما يدل على الاجل أيضاً لان الرخصة في الشيء تيسير مع قيام المانع والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا أنه رخص فيه مع قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل مقامه لان به يقدر على التسليم اما بالتكسب أو بمجيء زمان الحصاد وهو كالرخصة في المسح على الخفين فان اقامة المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في قوله في المسئلة فاننا نقول باع ما لا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد كما لو قيل السلم في المدوم حالا وبيان ذلك أن عقد السلم من عقود المفاليس فانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجوداً في ملكه لكان يبيعه بأوفي الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه لاسقاط مؤنة الاحضار والاراءة للمشتري فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ماليس عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ماليس في ملكه فان ما في ملكه وان لم يكن حاضراً يجوز بيعه اذا كان المشتري رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وان كان حاضراً لا يجوز بيعه فعرفنا أن المراد بقبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادراً على التسليم لان العقد سبب للوجوب عليه لانه فلا تثبت به قدرته على التسليم وانما تكون قدرته بالاكتساب ويحتاج ذلك الى مدة فاذا كان مؤجلاً لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم واذا كان حالا يظهر المانع والدليل عليه أن بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولاً فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالا لم يجب تسليم رأس المال أولاً لان قبضة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم ويتضح هذا فيما اذا كان رأس المال عيناً فان أول التسلمين في البديل الذي هو دين كالثمن في بيع العين والدليل عليه ان السلم يختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك الا لاجل وبه يبطل قولهم ان السلم الحال أبعد عن الفرر من المؤجل لان السلم في العين أبعد عن الفرر من السلم في الدين ومع ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البديل في الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في المبيع فاما المسلم فيه معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبديل وأما السلم عقد تجارة وهو مبني على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه

الا مؤجلا ولم يبين في الكتاب أدنى الاجل في السلام و ذكر أحمد بن أبي عمران من
 أصحابنا رحمهم الله تعالى أن أدنى الاجل فيه ثلاثة أيام اعتباراً بالاجل بالخيار الذي ورد الشرع
 فيه بالتقدير بثلاثة أيام وكان أبو بكر الرازي يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من
 نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا
 يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال
 أدنى الاجل شهراً استدلالاً بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلاً
 فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر فما فوقه
 في حكم الآجل فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير يكون
 التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحساناً لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فيكون
 هذا بيع الدين الدين وذلك لا يجوز لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ
 بالكالئ يعني النسئة بالنسئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطاً القياس
 أن لا يكون شرطاً وفي الاستحسان يكون شرطاً وجه القياس ان العروض سلعة تتعين
 في العقود بخلاف الدراهم فلولا يشترط التعجيل لا يؤدي الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان
 ان السلم أخذ عاجل بأجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه
 ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت أحكامها
 بمقتضيات أسامها لغة ومن علماءنا رحمهم الله تعالى من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر
 رأس المال وتجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبعضهم عبر بعبارة أخرى شرط جواز السلم
 أن يكون المسلم فيه مضبوط الوصف معلوم القدر موجوداً من وقت العقد الى وقت التسليم
 فاما بيان مكان الايفاء فيما له حمل وموتة من شرائط جواز السلم في قول أبي حنيفة الآخر
 وكان يقول أولاً ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للايفاء وان لم يبين
 يتعين موضع العقد للايفاء وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهم في ذلك ان
 موضع العقد موضع الالتزام فيتعين للايفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك
 وهذا لان المسلم فيه دين ومحل الذمة فانما يصير مملوكاً لرب السلم في ذلك المكان والتسليم
 انما يجب في الموضع الذي ثبت الملك له فيه ألا ترى أن من باع حنطة بعينها بالسواد يجب
 تسليمها موضع الحنطة لانه ملكها في ذلك الموضع ولان أحد البديلين وهو رأس المال يجب

تسليمه في موضع العقد كذلك البدل الآخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة بين البدلين وبأن جاز تعبيره بالشرط فذلك لا يدل على أنه غير ثابت بمطلق العقد ويجوز تعبيره باشتراط الاجل والمطلق بمطلق البيع ثبت عقيب العقد ويجوز تعبيره بشرط الخيار وتوجه المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقبيه ثم يجوز تعبيره باشتراط الاجل وأبو حنيفة يقول مكان الأيفاء مجهول وجهاته تفضي الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والنصب والاستهلاك والسام لا يجوز الا مؤجلاً فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العدة فيه بحال وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا ندري أنه في أي مكان يكون ثم قال (أرأيت لو عقدت عقد السلم في السفينه في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل) هذا مالا يقوله عاقل والدليل عليه أن مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تعبيره بالشرط كمكان البيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد على أن يسلمها في مصر لا يجوز العقد ولما أجاز هنا بيان مكان الأيفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف رأس المال فانه لما تعين محاس العقد بتسليمه لم يجز تعبيره بالشرط. ثم هناك موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم رأس المال قبل الافتراق حتى لو مشيافر سخا ثم سلم اليه رأس المال قبل أن يفارقه كان صحيحاً فاما فيما لا حمل له ولا مؤنة فلا خلاف أن بيان مكان الأيفاء ليس بشرط ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أظهر الروايتين يجب تسليمه في موضع العقد لانه موضع الالتزام وفي رواية أخرى عنهما يسلم اليه حيث مالقيه وهو قول أبي حنيفة سواء بينا المكان أو لم نبين لان الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والمالية فيما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لغزة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما لا حمل له ولا مؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فان الحنطة والخطب موجود في مصر والسواد جميعاً ثم يشتري في مصر باكثر مما يشتري به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان وقد بينا أن ما يختلف مالية المسام فيه باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد وهذا الخلاف في فصول أربعة (أحدها) السام (والثاني) اذبايع عبداً بحنطة موصوفة في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الأيفاء لجواز العقد عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط بيان مكان الأيفاء (والثالث) اذا استأجر

داراً بماله حمل وموئنة ديناً في ذمته عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الإيفاء وعندهما
تعيين موضع الدار للاستيفاء لا موضع العقد (والرابع) إذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على
صاحبه شيئاً له حمل وموئنة فهو على هذا الخلاف ويأتي بيان ذلك في الاجارات والقسمتان
شاء الله تعالى فاما اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق بالعقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط
السلم عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه تكفي وكذلك اذا كان رأس المال
عددياً متقارباً كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة
على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغني ذلك عن اعلام القدر كما
في الثمن والأجرة وكما في المضاربة لو دفع اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف
كان جائزاً والدليل عليه أن رأس المال لو كان ثوباً لا يشترط اعلام ذرعانه والذرع في
المذروعات للاعلام بمنزلة القدر في المقدرات الا ترى أن في المسلم فيه كما يشترط اعلام
القدر يشترط اعلام الذراع اذا كان ثوباً ثم في رأس المال لا يشترط اعلام الذرع في المذروعات
لكونه عيناً فكذلك لا يشترط اعلام القدر في المقدرات ومذهب أبي حنيفة مروى عن
ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ذكره في كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضي الله
تعالى عنهم مقدم على القياس والمعنى فيه أن هذا مقدر يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام
قدره كالمسلم فيه وتحققه أن جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة المسلم فيه لان المسلم
اليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعد ذلك زيواً فيرده ولا يستند له في مجلس
الرد فيبطل العقد بقدر ما ردوا لا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقض
السلم وفي كم بقي واذا كان مقدار رأس المال معلوماً بوزن المردود فيعلم انه في كم انتقض
العقد وما يؤدي الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوماً الا ترى
انه لو أسلم في مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو
مخالف لغيره من المكيال فاذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولاً فكذلك هنا يجب التحرز
عن الجهالة بأعلام مقدار رأس المال بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرعان في
الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعاً تسلم له
الزيادة ولو وجده تسعة أذرع لا يحط عنه شيئاً من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد
الذرعان فيشترط فيه اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما يتصور استحقاق

النصف أو الثلث وذلك لا يؤدي الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف المقدمار علي ما بينا وانما لم يذكر في جملة الشرائط تعجيل رأس المال في المجلس لانا عندنا الشرائط التي يحتاج الى ذكرها في العقد وتعجيل رأس المال ليس من ذلك في شيء لان ذلك شرط بقاء العقد لا شرط انعقاده صحيحا فان العقد بينهما لازم قبل تعجيل رأس المال مادما في المجلس فهذا لم يذكره من جملة الشرائط . قال (واذا شرط طعام قرية بعضها أو أرض خاصة لا يبقى طعامها في أيدي الناس فالمسلم فاسد) لما روى أن زيد بن شعبة أسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في التمر فقال أسلمت اليك في تمر حائط فلان فقال صلى الله عليه وسلم أما حائط فلان فلا أسلم الى في تمر جيد وفي مثله قال صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفي هذا إشارة الى المعنى وهو ان قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار في تلك النخلة أو الحائط الذي عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك اذا عين أرضا لا يبقى طعامها في أيدي الناس فقدوته على التسليم عند وجوب التسليم موهوم . قال (ولا بأس بان يأخذ بعض رأس ماله وبعض ما أسلم فيه اذا حل الاجل عندنا) وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك وبه أخذ ابن أبي ليلى . قال (واذا أخذ بعض رأس ماله فسد العقد ويسترد ما بقي من رأس المال) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلامك أو رأس مالك فاذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك فلا يتمكن منه شرعا ولأنه حين أخذ بعض رأس المال فقد اختار فسخ العقد فيفسخ في الكل وحجتنا في ذلك ان أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فلذلك اذا أقاله في البعض يجوز أيضا كما في بيع العيين وتأويل الحديث أن النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه وأنه في هذا الموضع ما أخذ غير رأس المال وغير المسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه أن يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه بندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة إلا أنه لو أقاله في الكل فمقصود رب السلم وهو

الرجح فأقله في البعض انتداباً إلى ما ندب إليه واستوفى بعض المسلم فيه ليحصل مقصوده في
 للرجح فقيه النظر لهما وهو المعروف الحسن الجميل . قال (والسلم جائز فيما يكال أو يوزن مما
 لا ينقطع من أيدي الناس) والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطاً بوصفه معلوماً بقدره
 موجوداً من وقت عقده إلى حين أجله يجوز السلم فيه وما لا فلا وقيل كل ما يمكن أن
 يؤتى على حصر متقاربة ويكون مقدور التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما يمكن معرفة
 كميته اجتهاداً وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه والمكيلات والموزونات بهذه الصفة . قال (ولا
 خير في السلم في الرطبة ولا في الحطب حزماً ولا جرماً وأوقاراً لان هذا مجهول لا يعرف
 طوله وعرضه وغلظه فان الأوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تتمكن المنازعة بينهما وقد
 بينا أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز) معناه اذا
 بين طول ما تشد به الحزمة أنه ذراع أو شبر فان كان ذلك على وجه لا يتفاوت فينشد
 بجوز السلم لكون المسلم فيه معلوماً مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في جلود الأبل
 والبقر والنعيم عندنا) وقال مالك بأنه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة
 بالذكر ولكننا نقول الجلود لا توزن عادة ولكنها تباع عدداً وهي عديدة متفاوتة فيها للصغير
 والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا مبنى على السلم في الحيوان فقد قامت الدلالة
 لنا على أن السلم في الحيوان لا يجوز فكذلك في ألبان الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في
 الأكارع والرؤس وكذلك لا يجوز السلم في الأدم والورق لانه مجهول فيه الصغير والكبير
 الا أن يشترط من الورق والصحف والأدم ضرباً معلوم الطول والعرض والجودة فينشد
 بجوز السلم فيه كالثياب وكذلك الأدم اذا كان يباع وزناً فانه يجوز السلم فيه بذكر الوزن
 اذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلم . قال (ولا خير في السلم
 في شيء من الحيوان عندنا) وعند الشافعي يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة واللسن
 واحتج في ذلك بما روينا من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً وقضاه
 رباعياً وقال خيركم أحسنكم قضاء والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز
 استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم فيه بطريق الأولى والمعنى فيه أنه مبيع
 معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف انه
 يجوز يمه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمي الأبل صار الجنس معلوماً واذا قال حيوان

صار النوع معلوماً وإذا قال جذع أو ثني يصير السن معلوماً وإذا قال ثمين تصير الصفة معلومة
 وعلام الشيء من الأعيان بهذه الأشياء وشرط جواز العقد اعلام العين ولا يعتبر بعد ذلك
 جواز نفع في المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه أن بني إسرائيل استوصفوا
 البقرة فوصفها الله تعالى لهم وأدركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق وقال
 صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه فقد جعل
 الموصوف من الحيوان كالمرثى والدليل عليه أنه يثبت في الذمة مهرآً وإن الدعوى
 والشهادة في الحيوان تسمع بذكر الصفة فدل أنها تصير معلومة بذكر الوصف بخلاف
 الآتي والجواهر فالسلم في الصغار من الآتي يجوز وزناً أما الكبار منها فلا يمكن
 إعلامها لكون المقصود التدوير والصفاء والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه فإذا بالغ
 في بيانه يصير بذلك عديم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهرآً في الذمة
 وحجتنا في ذلك حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
 عن السلم في الحيوان وفي الكتاب قال (بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه)
 وإنما فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه دفع
 مالا مضاربة إلى زيد بن خليفة فأسلمها زيد إلى عتوب بن عرقوب في قلانس معلومة
 فقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أردد مالنا لأنسلم أموالنا في الحيوان وقدرونا
 عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال إن من الربا أبواباً لا يكذب بتحقيق علي أحد
 منها السلم في السن وقد بينا تأويل آثارهم وما روى أنه استقرض بكراً فالمراد استعجل في
 الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أو استقرض لبيت المال وكما يجوز أن
 يثبت لبيت المال حق مجهول يجوز أن يثبت ذلك على بيت المال أيضاً والمعنى فيه أنه أسلم
 في مجهول فلا يجوز كما لو أسلم في الحلقات أو الجواهر وهذا لأن المسلم فيه مبيع وشرط
 جواز العقد القدرة على التسليم ولا يوجد ذلك إذا كان المسلم فيه مجهولاً وبيان الوصف إن
 بعد ذكر الأوصاف التي يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية فانك تجد فرسين
 مستويين في السن والصفة ثم تشتري أحدهما بأضعاف ما تشتري به الآخر لتفاوت بينهما
 في المعاني الباطنة كالمهاجة وشدة العدو وكذلك في البعيرين وهذا في بني آدم لا يخفى فإن
 البعدين والأمتين يتساويان في السن والصفة ويختلفان في المالية لتفاوتها في الذهن

لم يرد به قطع الحرير . قال (وكل شيء ينقطع من أيدي الناس فلا خير في السلم فيه) وهذه المسئلة
على أربعة أوجه (أحدها) أن يكون المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعاً عن أيدي الناس عند
حلول الاجل فهذا لا يجوز بالاتفاق لان السلم اليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الاجل
فاذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد (الثاني) ان يكون منقطعاً وقت العقد
موجوداً في أيدي الناس عند حلول الاجل فهذا لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي (الثالث)
أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن أيدي الناس فيما بين ذلك
فهذا لا يجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله (الرابع) أن يكون موجوداً من
وقت العقد الى وقت المحل على وجه لا ينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحاً بالاتفاق
وحجتهم في ذلك حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل
المدينة فوجدهم يسلفون في المار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من اسلم منكم
فليسلم في كيل معلوم ومعلوم أن الثمار الرطبة لا تبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا قرهم
على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز
العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف أن وجوب التسليم
بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود في العالم والقدرة على تسليم الدين
بوجود جنسه في العالم ولا معنى لقول من يقول من الجائز أن يموت المسلم اليه عقيب العقد
فيحل الاجل لان هذا موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات الا ترى أن اعتبار هذا الموهوم
يؤدي الى الحلول أو جهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجوداً في الحال فدل أنه
لا يعتبر ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتأخر
التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير ما لو عين مكيالاً أو قماً تخالف ما بين الناس لان بطلان
العقد ليس باعتبار هلاك ما عينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه كتعيين المسلم فيه لا لانه
يتوهم أو يصيب ثمار تلك النخلة آفة والدليل أن وجود السلم فيه في مكان العقد ليس بشرط
بجواز العقد فكذلك في زمان العقد لا التسليم لا يتأتى الا بمكان أو زمان فكل يسقط اعتبار
وجوده في مكان العقد فكذلك في زمان العقد وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفي الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهي عن بيعها سليماً والمعنى فيه أن قدرة العاقد

على تسليم العقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد
 فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوماً في الحال لان العاقد
 لا يقدر على تسليمه الا بايصال حياته وان ذلك الشيء وايصال حياته بأوان الوجود موهوم
 وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم فان قيل حياته معلومة في الحال والاصل بقاؤه حيا الى
 فلك الوقت وانما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاؤه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب
 الحال فيكون معتبراً في ابقاء ماله على ملكه لاني تورثه من مورثه فهذا الطريق لا تثبت
 قدرته على التسليم الا ان يكون موجوداً في الحال حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء
 ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر ذلك في افاد العقد يقرر ان
 ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك
 الوقت وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته وذلك موهوم أيضاً
 فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود وقت المحل بالاتفاق فلذلك يشترط الوجود
 من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ما وراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم
 ابتداء وانما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة
 الابتداء كخلو المحل عن الردة والعدة في النكاح والشهود تعتبر عند ابتداء العقد لا عند
 البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فبانعدامه في مكان
 العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الى زمان فتندم القدرة على التسليم
 لعدم الوجود في زمان العقد الا ترى انه لا يشترط وجوده في المكان الذي جملاه محل
 التسليم ويشترط وجوده في زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه موجوداً
 من وقت العقد الى وقت المحل ثم لم يأخذه بعد محل الاجل حتى انقطع فرب السلم بالخيار
 ان شاء أخذ رأس المال وان شاء صبر حتى يجيء حينه فيأخذ ما أسلم فيه عند علمائنا الثلاثة
 رحمهم الله تعالى وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس المال لان الانقطاع من أيدي الناس
 في العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك البين في العجز عن التسليم ولو هلك المبيع في بيع العين
 قبل التسليم يبطل به البيع فكذلك اذا انقطعت من أيدي الناس وقس بما لو اشترى بفلس
 شيئاً فكسدت قبل القبض يبطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع المسلم فيه من أيدي
 الناس وحجتنا في ذلك انه يندرج تسليم العقود عليه بطارض على شرف الزوال فيتخير فيه

العاقدة كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين وبقاء الدين بقاء محله
ومحل الدين انما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا بقاء الذمة ولكن تأخر تسليمه الى أوان
وجوده وفيه يعتبر شرط العقد فيثبت للعاقدة الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال
وبين أن يصبر حتى يأتي أوانه فيأخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك
يفوت أصلا وكذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد انما تناول فلوساً هي ثمن فبعد الكساد
لا يبقى ثمننا أصلا يوضحه أن ما يكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك أو لا يدري متى يروج
فلم يكن للقدرة فيه على التسليم أو ان معلوم فلماذا يبطل العقد هنا لادراك الثمار للقدرة على
التسليم أو ان معلوم فيخير رب السلم ان شاء رضى بالتأخير وان شاء فسخ العقد وأخذ رأس
ماله . قال ولا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثا والخيار وما أشبه ذلك مما
لا يكال ولا يوزن) لانه يختلف فيه الصغير والكبير فلا يمكن أن يوثق على حصر متقاربة وأصل
هذا الجنس مروي عن أبي يوسف . قال (ما يتفاوت آحاده في القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز
السلم فيه عدداً) ومالا يتفاوت آحاده في القيمة وان ما يتفاوت أنواعه فهو عددي متفاوت
لا يجوز السلم فيه عدداً والرمان والبطيخ تتفاوت في المايلة آحاده والبادنجان وما أشبه ذلك
لا يتفاوت آحاده في المايلة وعلى هذا الأصل يجوز السلم في البيض والجوز عدداً لان آحاده
في المايلة لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفس و جوزة بفسين وانما تتفاوت أنواعه في
المايلة وذلك التفاوت يزول بذكر العد في العدديات كالقدر في المقدرات وروى الحسن
عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لا يجوز السلم في بيض النعام لانه تتفاوت آحاده في
المايلة وعلى قول زفر لا يجوز السلم في البيض والجوز عدداً لان فيه الصغير والكبير وتجري
فيه المنازعة بينهما في التسليم والتسلم وانما يجوز السلم في البيض وزنا وفي الجوز كيلا
بعد أن يكون بمكيال معروف له ونحن نجوز السلم فيه كيلا أيضا لانه يكال تارة وبعد
أخرى فتقطع فيه المنازعة بينهما بذكر الكيل كما يقطع بذكر العدد . قال (ولا بأس بالسلم في
الفلوس عدداً لانه عددي متقارب أو هي أمثال متساوية قطعاً مادامت متساوية رائجة لسقوط
قيمة الجودة منها باصطلاح الناس وذ كر أبو الليث الخوازم عن محمد انه لا يجوز السلم في الفلوس
لانها ثمن مادامت رائجة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز ان يكون مسلماً فيه كالذهب والفضة
وبعد الكساد هي قطع صغار موزنة فلا يجوز السلم فيها عدداً ولكن ما ذكره في الكتاب

أصح لأن صفة الثنية في الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتماقدان أعرض عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم وما أعرض على الاصطلاح على كونه عددياً ولكن ليس من ضرورة خروجه في حقه من أن يكون ثمناً خروجه من أن يكون عددياً كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة فمن باصل الخلق فلا ينعدم ذلك بجمعها اياه مبيهاً ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولاخير في السلم في اللحم لانه مختلف في قول أبي حنيفة ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لاخلاف بينهما وبين أبي حنيفة بل جواب أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوز ان ذلك وجوابهما فيما اذا بين منه موصفاً معلوماً وأبو حنيفة يجوز ذلك والأصح ان الخلاف ثابت وان عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وان بين منه موصفاً معلوماً وجه قولها انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات وبيان الوصف أن الناس اعتادوا يبعه وزناً ويجوز ان تقرضه وزناً ويجرى فيه الربا بطله الوزن ثم الموزون المثلث معتبر بالمكيل المثلث ويجوز السلم فيه وان اشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فافيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك ما في اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلق والدليل عليه جواز السلم في الآية مع ما فيها من العظام وكذلك يجوز السلم في الشحم لانه موزون فكذلك في اللحم ولا في حنيفة طريقان (أحدهما) ان اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه ألا ترى أنه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك فالمشتري يطالبه بالزرع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر فالمنازعة لا تجرى في زرع ذلك وكذلك العظم الذي في الآية وعلى هذا الطريق اذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والمزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء والسلم لا يكون الا . ووجلا فلا يدري ان عند حلول الحول على أي صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستعراض فالتعرض لا يكون الا حالاً وفي الحال

صفة السمن والمزال معلومة وبخلاف الشحم والأنية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة
وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الأصح . قال (ولا خير
في السلم في السمك الطري في غير حينه) لأنه ينقطع عن أيدي الناس ولأنه مختلف بالنسبة
الأولى تدل على أنه إذا أسلم في حينه يجوز والنسبة الثانية تمنع من ذلك وحاصل الجواب
أن السلم فيه في غير حينه لا يجوز وزناً ولا عدداً وفي حينه يجوز وزناً ولا يجوز عدداً لأن
فيه الصغير والكبير إلا أن الناس اعتادوا يبعه وزناً والتفاوت في المآلة ينعدم بذكر الوزن
وأبو حنيفة يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بيننا أن العظم ليس بمقصود من اللحم حتى
يجرى الماكسة في نزعته فإنه يشتمل على السمن والمزال وذلك لا يوجد في السمك وروى
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكبار من السمك الذي يقطع لا يجوز السلم فيها وزناً
بنزلة السلم في اللحم فإنه إذا كان يقطع تجرى الماكسة في نزع العظم منه وتختلف رغائب
الناس باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا بأس بالسلم فيه وزناً معلوماً ولا خير فيه
عدداً أما الصغار منه فإنه يباع وزناً ولا سمن له وهو مما لا ينقطع عن أيدي الناس فيجوز
السلم فيه وزناً وفي الكبار لا يجوز السلم عدداً للتفاوت ويجوز وزناً وعن أبي يوسف أنه
لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع الخبث أو الطهر ولا يتأتى ذلك
في السمك فلا يجوز السلم فيه وزناً . قال (وإذا أسلم في الجذوع ضرباً معلوماً وسمى طوله
وغلظه وأجله والمكان الذي يوفيه فيه فهو جائز) لأنه مذكور معلوم كالثياب وكذلك الساج
وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ في القصب باعلام ما يسد به الظن بشبر
أو ذراع أو نحو ذلك فعند ذلك لا تجرى المنازعة بينهما . قال (وإذا استصنع الرجل عند الرجل
خفين أو ثياباً أو طستا أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس فالقياس أن لا يجوز ذلك) لأن
المستصنع فيه مبيع وهو معدوم ويبع المعدوم لا يجوز لنبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما
ليس عند الإنسان ثم هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقدة
لم يجز يبعه فكذلك إذا كان معدوماً بل أولى ولكننا نقول نحن تركنا القياس لتعامل
الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير
نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كقوله صلى الله عليه وسلم
مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمي على ضلالة

وهو نظير دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث فيه وما يصب
 من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقا بفسس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وان
 لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع من الكنة على ظهره غير معلوم وفي الحديث أن النبي صلى
 الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس في مقابلته وكان
 الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينقذ العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه
 ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما والأصح انه معاودة فانه أجرى فيه القياس
 والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان أبو سعيد البردعي يقول المعقود عليه
 هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه
 هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل والأصح أن المعقود عليه المستصنع
 فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى انه لو جاء به مفروغا
 عنه لامن صنفته أو من صنفته قبل العقد فأخذه كان جائزا والدليل عليه أن محمداً قال اذا
 جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت في بيع
 العين فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه . قال (واذا عمله الصانع قبل أن يراه المستصنع باعه يجوز
 بيعه من غيره) لان العقد لم يتعين في هذا بعد ولكن اذا حضره وراه المستصنع فهو بالخيار
 لانه اشترى ما لم يره وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن
 أبي يوسف قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع
 في افساد أدبمه وآلاته فربما لا يرغب غيرد في شراؤه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا
 بانه لا يثبت له الخيار وفرق في ظاهر الرواية بين هذا والسلم . و قال لافائدة في اثبات الخيار
 في السلم لان المسلم فيه دين في الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وهنا اثبات الخيار
 مقيد لانه مبيع عين فبرده ينسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويوضح الفرق أن اعلام الدين
 بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين
 فاما اعلام العين فقامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية . قال (فان
 ضرب لذلك أجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم) في قول أبي حنيفة تعتبر فيه شرائط
 السلم من قبض رأس المال في المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا حضره المسلم اليه وهو
 عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع علي حاله لانه بدون ذكر الاحل عقد

جائز غير لازم فيذكر الاجل فيه لا يصير لازماً لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر
الاجل يسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان
الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلماً لصار السلم بحذف الاجل منه استصناعاً ولو كان
هذا سلماً لكان سلماً فاسداً لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وأبو حنيفة
يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلماً كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ما ذكرنا ان
الاستصناع فيه مبيع والاجل لا يثبت الا في الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا انه مبيع دين
فتأثيره ان المتبر ما هو المقصود وبه يختلف العقد لا باعتبار اللفظ الا ترى انه لو قال ملكتك
هذا العين بمشرة دراهم كان بيعاً ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً كانت إجارة فعرفنا ان
المتبر ما هو المقصود ثم السلم أقرب الى الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما
مستحسن ولكن الآثار في السلم مشهورة وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه
فكان الاصل فيما قصده السلم إلا إذا تعذر جعله سلماً بان لم يذكر فيه أجلاً فينشد جعل
استصناعاً فاما اذا أمكن جعله سلماً بان ذكر الاجل يجعل سلماً ولان الاجل مؤخر للمطالبة
ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع فثبوت الاجل
فيه دليل على انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغاً
عنه لا من صنعه يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهم انه سلم شرط فيه صنعة
صانع بعينه وما قالوا بان السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعاً بشكل بالمتعة فانه لا يصير
نكاحاً بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهراً وهذا
اذا كان ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان
يفرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلماً لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير
المطالبة بالتسليم الا ترى انه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن
المهندوانى قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلماً وان
كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكر على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر
أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم
لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم قال (ولا بأس بالسلم في اللبن
في جنبه وزناً أو كيلاً معلوماً) لانه يكال تارة ويوزن أخرى فيصير معلوماً بذكر كل واحد

منهما علي وجه لا يبقى فيه منازعة في التسليم . قال (في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وهذا في عرف ديارهم) لان اللبن يتقطع عن أيدي الناس في بعض الاوقات فأما في ديارنا لا يتقطع وان كانت تزد قيمته في بعض الاوقات ولكن لا يمد ذلك انقطاعا فيجوز السلم فيه في كل وقت قال (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا شرط فيه شيئا معلوما) لانه عددي . متقارب فان آحاده لا تختلف في المآلية وانما تختلف أنواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبن فلبن كل نوع منه معلوم عند أهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلوما وكيانا معلوما) لانه مكيل مقدور التسليم وكيه الفرارة اذا كان معلوما وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا خير في السلم في رؤس النعم والاكارع) لانها عددية متفاوتة ألا ترى ان المشتري ينازع البائع فيقول أريد هذا ولا أريد هذا والمقصود ما عليها من اللحم وهي تختل . ثم هذا على قول أبي حنيفة غير مشكل لانها أبعاض الحيوان كاللحم وهما يقولان اللحم موزون أما الرؤس والاكارع فقير موزونة عادة وبذلك الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا خير في السلم في كل شيء مما يكال أو يوزن اذا شرط بمكيال غير معروف أو بأنا . بعينه غير معروف أو بوزن حجر غير معروف) لان مقدار السلم فيه لا بد من أن يكون معلوما عند العقد وبما ذكر لا يصير مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما فكان هذا سلبا في الجهول ولان القدرة على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا ببقاء ما عينه من المكيال الي وقت حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما يهلك قبل ذلك وإن اشترى بذلك الا ناء بدأ بيد فلا بأس به لان في العين يجوز البيع مجازفة فمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب العقد والقدرة على التسليم للحال ثابتة وهذا لان التسليم عقيب العقد لا بقيام المكيال الذي عينه وعن أبي حنيفة في غير الاصول أنه لا يجوز لان البيع في المكيلات والموزونات اما أن تكن مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة والمقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المقود عليه ماسى من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيال معلوما وعن أبي يوسف قال في بيع العين ان عين مكيالا لا ينكس بالنكس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه فانه تمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا يتقبض ولا ينسبط كالتصمة ونحوها يجوز . قال (ولا بأس

بالسلم في العصير في حينه وزناً أو كيلاً) لأنه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخسل لا بأس
 بالسلم فيه كيلاً معلوماً أو وزناً معلوماً لأنه يكال ويوزن واعلام المقدار بذكر كل واحد
 منهما محصل والاصل ان ما عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكيل
 أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزناً وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً
 وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعاً
 فهو مكيل وموزون وعن أبي يوسف ان المعتبر في جميع الاشياء العرف لأنه نما كان مكيلاً
 في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ولكننا نقول تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم علي . اتعارفوه في ذلك الشيء
 بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يمرض النص قال (وان أسلم في تمر ولم يسم
 فارسياً ولا دقلاً لم يجز) لان التمر أنواع فبدون ذكر النوع لا تنقطع المنازعة فان اشترط
 فارسياً فلا بد من أن يشترط جيداً أو وسطاً أو ردياً لان كل نوع من التمر يشتمل على هذه
 الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بجنسها . قال (ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في
 لحومها) لان آحادها تختلف في المالية فكانت عديدة متفاوتة وهما فرقا بين هذا وبين السلم في
 اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتأتى ذلك في لحوم الطير وعن أبي
 يوسف قال ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالعصافير ونحوها يجوز السلم في لحومها . قال (ولا
 خير في السلم في شيء من الجواهر واللؤلؤ أما الصغار من الآلى التي تباع وزناً وتجعل في
 الادوية يجوز السلم فيها وزناً واما الكبار منها تتفاوت آحادها في المالية وهي عديدة متفاوتة
 لا يمكن اعلامها هو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا بأس بالسلم في الجص والنورة
 كيلاً) لأنه مكيل معلوم وهو مقدور التسليم في كل وقت . قال (ولا خير في السلم في الزجاج
 الا أن يكون مكسوراً فيشترط وزناً معلوماً وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على
 وجه لا تفاوت فيه اما الاواني المتخذة من الزجاج فهي عديدة . متفاوتة فلا يجوز السلم فيها
 بذكر العدد ولا بذكر الوزن) لان ذلك لا يوزن ولا تعلم ماليته بوزنه الا أن يكون شيئاً
 . مروفاً يعلم انه لا يتفاوت في المالية كالمكاحل والمطابق فان آحاد ذلك لا تختلف في المالية
 إنما تختلف أنواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز السلم فيه بذكر العدد . قال
 (واذا أسلم الرجل الى رجل ألف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت ديناً عليه وخمسمائة

تقدمها اياه جازت حصة العين من ذلك وبطلت حصة الدين وعن زفر ان العقد في الكل باطل أما في حصة الدين فلنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين وهذا فساد قوي يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطاً للقبول في حصة العين وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل في الدين والمعنى جميعاً وحقيقة المعنى ان العقد انقصد صحيحاً في الكل حتى لو نفذ جميع الالف في المجلس كان العقد صحيحاً وهذا لأنه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وإنما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئاً ممن عليه الدين ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحاً وإنما فسد العقد هنا بمقدار الخمسة بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على ما وجدت فيه علة كما لو هلك بعض المعقود عليه قبل التسليم قال (واذا أسلم الرجل مائة درهم في كرحنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبي حنيفة) بلغنا ذلك عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما وهذا بناء على ما بينا ان اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهذا المائة التي تنقسم انقسمت على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحرز فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلوماً ولو تارك السلم في أحدهما لم يعلم يقيناً مقدار ما يردده فلا يجوز العقد عندهما الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجد . قال (ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار) لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض رأس المال في المجلس مبطل للسلم فاشترط الخيار فيه أولاً وهذا لان للقبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله وبهذا تبين ان القبض لا يتم والافراق قبل تمام القبض مبطل للعقد الا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فينقل العقد صحيحاً عندنا خلافاً لزفر فان من أصله ان تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط وعندنا المتعبد متى زال قبل تفرقه جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا ولان حالة المجلس لحالة العقد ولهذا جعل قبض رأس المال في المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان رأس المال قائماً في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد أنفق

حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باستقاط الخيار ذكره في الجامع لان ابتداء العقد برأس مال هو دين لا يجوز فكذلك إتمامه باستقاط الخيار . قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم أو ثوبا أو عبداً في طعام ثم افتراق قبل قبض رأس المال لم يجز السلم) وقال مالك يجوز وان لم يقبض رأس المال يوماً أو يومين بعد أن لا يكون . جلا بمنزلة الثمن في البيع فانه لا يشترط قبضه في المجلس الا ان هنا الشرط أن يكون حالاً لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام ولا تنعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوماً أو يومين ولكننا نقول السلم أخذ عاجل بآجل فيشترط كون أحد البديلين فيه معجلاً كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلاً ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغي أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيراً كما في عقد الصرف ثم ان كان رأس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبض رأس المال قياساً واستحساناً لانه دين بدين وان كان رأس المال عيناً ففي القياس لا يبطل العقد لانهما افتراقاً عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بشئ مؤجل ولكنه استحسن لمراعات اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم اليه وإنما يتوفر عليه حاجته اذا وصل رأس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرؤنا بالعقد ثم حالة المجلس جعلت كحالة العقد فلماذا يفسد بترك قبض رأس المال في المجلس وان كان عيناً وان قبض الدراهم ثم افتراقاً فوجدتها زيوفاً فانه يردّها وينتقض السلم اما اذا تجوز بها جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر ثم الزيوف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار ولتبرجة ما تبرجه التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وبهذا لا يخرج من ان يكون من جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفياً لحقه فاذا تجوز به تجوز بخلاف ما اذا وجد المقبوض ستوقه او رصاصاً فان ذلك ليس من جنس الدراهم فان الستوقه فلس مموه بالفضة ومعناه من طاقه والرصاص ليس من جنس الدراهم فلا يصير قبضه مستوفياً لرأس المال فاذا تجوز بها كان مستبدلاً لامستوفياً والاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فاما اذا رده في القياس ينتقص السلم سواء استبدل في مجلس الرد أو لم يستدل وصار الكل زيوفاً أو البهض وهو قول زفر لان الرد بعيب الزيادة ينتقص القبض من الاصل بدليل أنه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض

مرتين فلو لم ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له أن يرجع بموجب العقد وبدليل أنه لو لم يستبدل في مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء العقد واذا ثبت انتقاض القبض من الاصل صار كأن لم يوجد فيبطل العقد بقدر المردود كما لو وجده مستحقاً ولأن رأس المال دين والدين يختلف باختلاف الوصف وانما يكون الزيوف رأس المال باعتبار إسقاط حقه عن الجودة اذا تجاوز به فاذا أتى ذلك بالرد تين أنه فارقه قبل قبض حقه فيبطل العقد كما لو وجد المقبوض ستوقاً أو رصاصاً واستحسن أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فقالا اذا استبدل في مجلس الرد بقي العقد صحيحاً سواء وجد الكل زيوفاً أو البعض لانهما افترقا عن قبض صحيح حتى لو تجاوز به جاز فانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الرد موجبا قبض الجياد وهما مجتمعان في مجلس الرد فيجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فاذا افترقا بعد قبض بموجب العقد وهما الجياد بقي العقد صحيحاً كما لو زاد في رأس المال واقتربنا عن مجلس الزيادة قبل القبض وهذا بخلاف الاستحقاق قبض المشتري موقوف على إجازة صاحبه ألا ترى ان المسلم اليه لو أراد أن يرضي به لا يتمكن من ذلك والموقوف اذا بطل صار كأنه لم يكن فاذا نفذ باجازة المستحق التحق بما لو كان نافذاً في الابتداء كالمبيع الموقوف فلماذا اذا أجاز المستحق بقي العقد صحيحاً واذا أتى وأخذ دراهمه كان العقد باطلاً وأبو حنيفة أخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفاً أو كانت الزيوف أكثر وأخذ بالاستحسان اذا قل المردود بعب الزيادة لان في القليل بلوى وضرورة فدراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف فيذهب على الناقد وان كان بصيراً واقامة مجلس الرد مقام مجلس العقد لدفع الحرج فان الوجود في هذا المجلس شرط بوجه المطالب بموجب العقد وهو الرد لاسببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما يتحقق فيه البلوى وهو القليل دون مالا بلوى فيه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل أو أكثر لان دراهم الناس لا تخلو عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لان أصل العقد ما كان موجبا لهذه الزيادة وانما صار الآن موجبا فكان هذا المجلس في حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد في حق رأس المال واذا وجد القبض في مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بمد ذلك ثم اختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الفرق بين القليل والكثير ففي كتاب البيوع يقول مادون النصف قليل والنصف فما فوقه كثير وفي كتاب الصرف يقول النصف فما دونه قليل وفي رواية عن

أبي حنيفة الثلث كثير فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسمد رضى الله تعالى عنه والثلث
كثير فاذا وجد الثلث زيوفا فرده يبطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية ان قلة الشيء
وكثرته تتبين بالمقابلة فان العشرة بمقابلة الدرهم كثيرة وبمقابلة المائة قليلة فاذا كانت الزيوف
دون النصف قلنا اذا قوبلت الزيوف بالجياذ فان النصف سواء فى رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا
كثيرة عند المقابلة بالجياذ فاذا كان النصف سواء فى رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا
يقابله ما هو أكثر منه لتبين قلة بالمقابلة وفى كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود
ولا تتبين كثرته اذالم يكن ما يقابله أقل منه وقد كان العقد صحيحا فى الكل فلا تنتقض
بالشك وكذلك حكم الصرف فى جميع ما ذكرنا. قال (رجل أسلم الى رجل فى طعام وأخذ منه
كفيلا بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل على رأس ماله وذلك دين) فالصالح موقوف على اجازة
المسلم اليه فى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان اختار رد رأس المال جاز وان رد الصالح
بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء وعند ابي يوسف
الصالح جاز بين الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم اليه بطعام السلم وهذا اذا
كان رأس المال دراهم أو دنانير فان كان رأس المال عروضاً لا يجوز الصالح بالاتفاق لانه اذا
كان رأس المال ثوباً فاما ان يصح الصالح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لانه ملك المسلم اليه
فلا يكون الكفيل قادراً على تسليمه واما أن يصح على ثوب غيره وهو باطل أيضاً لانه
يكون استبدالاً برأس المال وكذلك الصالح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالاً فلا
يجوز فاما اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فالخلاف فيه يتحقق وجه قول ابي يوسف
وهو أن صلح الكفيل عن المسلم فيه على رأس المال كالصالح عن سائر الديون على أى بدل
كان بدليل جواز ذلك من الاصل ثم الكفيل فى سائر الديون لو صالح على بدل جاز صلحه
ورجع على المكفول عنه بما كفل عنه فكذلك الكفيل بالسلم اذا صالح على رأس المال وهذا
لان الكفيل مطلوب بالمسلم فيه كالاصيل اذا كان قادراً على تسليم رأس المال اليه وبهذا فارق
مالو كان رأس المال عيناً فى يد المسلم اليه لان الكفيل لا يقدر على تسليمه ولو صالح على قيمته
كان مستبدلاً لاسترد الرأس المال ولا يقال فى هذا الصالح تملك طعام السلم من الكفيل
لان تملك الدين من غير من عليه الدين فى سائر الديون لا يجوز الصالح أيضاً ثم جاز الصالح مع
الكفيل فى سائر الديون عرفنا انه ليس بملك الدين ولكن به قدام الكفالة كما وجب للطالب على الكفيل

وجب للكفيل على الاصيل الا أنه مؤخر الى أن يسقط مطالبة الطالب عن الاصيل وقد سقط ذلك بصلحه على رأس المال كما يسقط بايفائه فلماذا كان له أن يرجع على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال فسخ للعقد بدليل أنه يختص برأس المال وأنه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسحا كان هذا استبدالاً لبقاء العقد الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز والكفيل أجنبي من العقد فلا يملك الفسخ كسائر الاجانب والكفيل بالثمن في البيع وهذا لان الفسخ تصرف في العقد فلا يجوز من العاقد أو ممن قام مقام العاقد أو ممن كان وقع العقد له والكفيل بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه من الكفالة فلا يصير به في حكم العاقد للمسلم بخلاف المسلم اليه فانه عاقد فيجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب السلم اذا زاد للمسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل في رأس المال درهماً كان باطلاً وبه فارق سائر الديون فالصلح هناك ليس بتصرف في السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في الدين الواجب ولهذا جاز بأي بدل كان والكفيل مطلوب بالدين كالاصيل ولهذا جاز الصلح معه. قال (واذا أسلم الرجلان الى رجل في طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان أجازة الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند أبي يوسف الصلح جاز بين المصالح والمسلم اليه لما قلنا في المسئلة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أخذ رب الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح وبخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا اذا صالح على رأس المال ولان أكثر ما فيه ان هذا فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسخ في نصيب نفسه كما في بيع العين لو اشترى رجلان عينا ثم أقال أحدهما البيع في نصيبه مع البائع جاز بدون رضي الآخر فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال في هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز بيانه أنه ان كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بأن يميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان كان صلحه عن النصف من النصيبين جميعاً فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الآخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام أن وجوب المسلم فيه بتقدمها

اذا هو لم يمكن موجوداً قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما في التصرف فيه كشرط العلة وبشرط العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازه الآخر كالمعتق بين رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك موجودة قبل العقد محلاً لتصرف كل واحد منهما الا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد فلهذا كان الفسخ من كل واحد منهما في نصيبه كأنه كان منفرداً به وهناك المسلم فيه لم يكن موجوداً قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان كل واحد منهما فيه كشرط العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما هنا يؤدي الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقابلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة لم يجز ذلك بخلاف بيع العين وبيان الوصف أن الآخر اذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه وبه فارق سائر الديون الا ان أبا يوسف يقول انما لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطاً لان الساقط مثلاً شيء كما في فصل الاقالة وهنا انما يعود بحقه فيما هو قائم وهو النصف الباقي من طعام السلم وأما بيان قول أبي يوسف فانه يقول للآخر الخيار فان شاء شارك القابض في المقبوض لان أصل رأس المال كان مشتركاً بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شيء الا بتسليم الآخر واذا شاركه في المقبوض كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركاً بينهما وان شاء سلم المقبوض للقابض ويرجع على المسلم اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم أراد الرجوع عن شريكه لم يكن له ذلك لانه كان مخيراً بين شيئين فاذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المفضول منه تضمين أحدهما فليس له أن يرجع فيضمن للآخر بعد ذلك فان نوى ما على المسلم اليه كان له أن يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط أن يسلم له ما في ذمة المسلم اليه فاذا نوى بطل تسليمه كالمحتمل عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل . قال (وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على ثوب وسلم له الآخر واختار اتباع المديون فنوى ما عليه) كان له ان يرجع على صاحب الثوب في الثوب فيأخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب أن يرد عليه خمسة وعشرين درهماً ولا يعطيه شيئاً من الثوب كان له ذلك حينئذ والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في

الابتداء لو اختار المشاركة معه كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يعطيه خمسة وعشرين درهما
 وبين أن يعطيه نصف الثوب لان من حجه أن يقول مبنى الصلح علي التجوز بدون الحق
 انما وصلت الي نصيبي لاني رضيت بدون حق بخلاف ما اذا اشترى بنصيبه ثوبا وهذا فرق
 معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان بالسلم كفيل فصالح أحد صاحب السلم مع الكفيل
 علي رأس مائه فهو كالصلح مع الاصيل علي الخلاف الذي بيننا. قال (واذا أسلم الرجل الي رجل
 دراهم في طعام ثم صالحه علي رأس ماله ثم أراد أن يشتري برأس ماله شيئا قبل أن يقبضه) في
 القياس له ذلك وهو قول زفر لان عقد السلم ارتفع بالفسخ بقي رأس المال في ذمته بحكم
 القبض لا بحكم المقدوه ودين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون
 الا ترى أن السلم لو كان فاسدا كان له أن يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى
 واستحسن علماءنا رحمهم الله فقالوا لا يجوز ذلك لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أسلمت في شيء فلا تصرفه في غيره فلو جوزنا هذا
 كان صارفا حقه من طعام السلم الي شيء آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تأخذ
 الا سلمك أو رأس مالك وبهذا الطريق تأخذ شيئا آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك
 غير جائز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد
 قبل قبض رأس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هنا وبه فارق السلم الفاسد
 من الأصيل لانه ما كان موجبا تسليم رأس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهنا العقد كان موجبا
 تسليم رأس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد في المنع من الاستبدال. قال (واذا أسلم دراهم
 ودنانير في طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر فلا خير فيه) عند أبي حنيفة وجائز
 عندهما لان اعلام قدر رأس المال عندهما ليس بشرط والاشارة الي العين تكفي وعند أبي
 حنيفة اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل العقد في
 حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجملة الحصة الآخر
 والسلم في المجهول لا يصح ابتداء. قال (واذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين أحدهما هروي
 والآخر مروى فلم تتبين حصة كل واحد منهما من رأس المال لا يجوز العقد) عند أبي حنيفة كما
 في الخنطة والشعير لان الاتقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحرز فلا يتقن بحصة كل
 واحد من الثوبين الا بالقسمة وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففي القياس كذلك لان الثياب

ليست من ذوات الامثال والانقسام على التويز باعتبار القيمة كما لو اشترى اهما عينا وفي الاستحسان يجوز لان الوصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر في المالية ماداما في الذمة والانقسام حال كونها في الذمة فحصة كل واحد منهما نصف رأس المال ييقن فيجوز العقد من غير اعلام حصة كل واحد منهما كما لو أسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف ما لو اشترى اهما عينا فانها يتفاوتان في المالية اذا كانا عيين فلماذا كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض التويز في السلم ثم أراد ان يبيع احدهما مراهجة علي خمسة دراهم فليس له ذلك عند أبي حنيفة الا أن يبين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك لان حصة كل واحد منهما من رأس المال معلومة ييقن فيبيعه مراهجة علي ذلك كالكرين وبيانه ما ذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد ولا تفاوت في ذلك ولهذا جاز العقد عند أبي حنيفة والدليل عليه أنهما لو تقابلا السلم في أحدهما يرد من رأس المال خمسة ولو وجد باحدهما عينا فرده يرد به خمسة فرفنا ان حصة كل واحد منهما خمسة ييقن فكانه سمي ذلك في العقد وأبو حنيفة يقول اشترى التويز بثمان واحد فلا يبيع احدهما مراهجة كما لو اشترى اهما عينا بخلاف الكرين فان هناك لو اشترى اهما عينا كان له ان يبيع احدهما مراهجة وبيان الوصف أن رب السلم مشتري والمسلم فيه مبيع فاذا قبض المسلم فيه كان المقبوض عين ما تناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالاً بالمسلم فيه وذلك لا يجوز فمن هذا الوجه جعل كأنه عين ما تناوله العقد فاما في الحقيقة هو غيره لان العقد يتناول دينا في الذمة والعين غير الدين فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المقنود عليه وذلك الطريق ان يجعل عند القبض كأنهما جدداً ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم الله للقبض في باب السلم حكم عقد جديد والدليل عليه ما قاله في الزيادات لو أسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائة درهم الى سنة وقبضه فلما حل الطعام في السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل فقد الثمن وانما يكون ذلك اذا جملا عند القبض كأنهما جدداً العقد عليه واذا تقر هذا فهو وما لو اشترى اهما عينا بثمان واحد سواء وقال في السير الكبير لو أحرز المشركون كر الرجل من المسلمين بدراهم فدخل اليهم مسلم وأسلم اليهم مائة درهم في كر حنطة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه فلا سبيل للمالك القديم عليه لانه أخذه عوضا عن الكر الذي له في ذمتهم فلو

أخذه المالك القديم أخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد
على ذلك الكر بالمائة فيأخذه المالك القديم بذلك ثم أكثر ما في الباب أن يثبت شبهة تجديد
العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة في بيع المراجعة بمنزلة الحقيقة ألا ترى أنه لو اشترى
شيئاً بثن مؤجل لا يبيعه مراجعة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو أخذ عيناً صلحاً
من دين له على إنسان لا يبيعه مراجعة على ذلك الدين لشبهة الحط بسبب الصلح والذي يوضح
كلام أبي حنيفة أن الثوبين الموصوفين لا يتفاوتان في الذمة ويتفاوتان بعد التعيين ألا ترى
أنه لو قبضها وباع أحدهما من إنسان ثم استهلك ذلك الثوب على المشتري لا يجب عليه تسليم
الثوب الآخر وإنما يجب قيمة المستهلك فدل أنهما لا يتماثلان عينا فجاز العقد في الابتداء في
الدين وكذلك الاقالة في أحدهما وأما بيع المراجعة لا يكون إلا بعد التعيين فيعتبر التفاوت
في حكم بيع المراجعة فلا يبيع أحدهما مراجعة من غير بيان ولا بأس بأن يبيعهما مراجعة على
غيره لأن ثمنهما مسمى معلوم كما لو اتراهما عينا. قال (ولا بأس بالسلم في المسوح والا كسبة
والعبا والجواليق والكرائيس بصفة معلومة عرضاً وطولاً ورفعة) لما بينا ان اعلامه على وجه
لا يبقى فيه تفاوت في المالية ولا يبقى بينهما منازعة في التسليم تمكن . قال (ولا بأس بالرهن
والكفيل في السلم أما برأس المال يجوز أخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر وله في
السلم روايتان لان الرهن والكفيل مما يتأخر قبضه وقبض رأس المال مستحق في المجلس
فأخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكننا نقول رأس المال دين واجب على رب السلم فالكفيل
يلتزم المطالبة بما هو مضمون على الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفاء ورأس
مال السلم دين يستوفى فان هلك الرهن في المجلس وفي قيمته وفاء برأس المال صار مستوفياً
به رأس المال فان افرق قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفاء لا يتم الا بهلاك الرهن
والا فراق قبل تمام القبض يبطل السلم وكذا ان نقد الكفيل رأس المال قبل أن يتفرق
المتعاقدان ثم العقد وان افرق قبل أن ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب الكفيل لانه
ليس بعقد حتى لو ذهب وجاء برأس المال قبل افرق المتعاقدين فادى تم العقد وهذه ثلاثة
فصول الوكالة والكفالة والحوالة والجواب في الكل واحد ان قبض رأس المال من الوكيل
أو المحتال عليه قبل افرق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه
وأما أخذ الرهن والكفيل يجوز بالسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله تعالى

وذكر الحسن عن زفر رهما الله تعالى انه لا يجوز فلي رواية ابن شجاع قال كل دين
 لا يجوز قبضه في المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم
 فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لا يجوز
 الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان في الكفالة اقامة ذمة
 الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون في معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي
 الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالاً فلي هذا
 لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبدل الصرف وحجتنا في ذلك ما روى عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى طعاما نسيئة ورهنه درعه وشراء الطعام نسيئة
 يكون سلماً وقد روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه جوز الرهن بالمسلم واستدل
 فيه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة) والمعنى
 فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا عين حقه لا مستبدلاً فان عين الرهن لا تكون
 مملوكة للمرتهن ولهذا لو كان الرهن عبداً فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير
 مستوفيا دينه من ماليته والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن أحد
 الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا
 ثبت انه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وفي الحوالة والكفالة لا شك
 فان المستوفي من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفي من الاصيل في انه عين حق الطالب لا
 بداه . قال (واذا أسلم في شيء من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز
 كما في المكيل اذا عين المكيال) وهذا لان مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك
 الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا وكذا ذراعاً فهو جائز وله
 ذراع وسط لان مطلق التسمية تنصرف الى المتعارف كطلق تسمية الدراهم في الشراء تنصرف
 الى نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط ويسمى المكسرة وسمى لذلك لانه كسره من ذراع
 قبضة الملك وان الذراع الوسط سبع قبضات وهي تسع مسبيات ومعرفة هذا في كتاب العشر
 والخراج . قال (واذا أسلم في الحرير وزنا ولم يشترط الطول والعرض لم يجز) لان المالية لا تصير
 معلومة الا ببيان الطول والعرض في الثياب ولانه لو جاز هذا لكان يأتيه بقطاع الحرير
 بذلك الوزن الذي سعى فيجبر على أخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فلماذا لا يجوز ما لم يبين

الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن أيضاً فيما تختلف ماليته بالثقل والخفة كالحرير والوذاري وما أشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بقيان غير الذراع فان كان قيماً معروفاً من قيامين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوماً بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة على التسليم تحصل بتسمية ذلك . قال (وان اشترط الرجل في سلمه ثوباً جيداً ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه جيد فان الحاكم يريه رجلين من أهل تلك الصناعة) لانه لا علم عنده فيما اذا اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قية المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعوا على انه جيد مما يقع عليه اسم الجودة وإن كان ليس بهاية في الجودة أجبر رب السلم على أخذه لان المسلم اليه وفيما شرط له فالمستحق بالتسمية أدنى ما يتناول الاسم اذ لا نهاية للاعلى فانه مامن جيد الا وفوقه أجود منه ألا ترى انه لو اشترط في العبد انه كاتب أو خباز فانه يستحق به أدنى ما يتناول الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يمكنه ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى . قال (وان كان اشترط وسطاً فاتاه المسلم اليه بجيد أجبر رب السلم على قبوله) وعلى قول زفر لا يجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له أن لا يقبل تبرعه فكذلك اذا تبرع بالجودة ولكننا نقول أوفاه حقه بكماله وأحسن في قضاء الدين قال صلى الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن . قال (فان أتاه بالثوب الجيد والمشروط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدني درهما فلا بأس بذلك ان فعل) وهذه في الحاصل ثمانية فصول أربعة في الثياب واربعة في المقدرات أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفاً أو بأدون وصفاً أو بأزيد قدراً أو بانقص قدراً أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفاً أو ذراعاً بان أتاه باحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع فقال خذ هذا وزدني درهما يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم ألا ترى انه لو باعه ثوباً جيداً بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه باءه احدى عشر ذراعاً بعشرة أذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو أتاه بانقص وصفاً بان أتاه بثوب ردى فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لان هذا منها إقالة للعقد في الصفة وحصاة الصفة من رأس المال غير معلومة فلا تجوز الاقالة فيه وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال خذ هذا

وأرد عليك درهما لان الذرع في الثوب صفة ولان رأس المال لا ينقسم علي ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم تكن حصة الذرع معلومة من رأس المال فلا تجوز الاقالة فيه أما في المقدرات لو أسلم عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط فأتاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدني درهما فانه لا يجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمة للجودة في الاموال الربوية ألا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا في معنى ذلك فانه يأخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذي له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو أتاه باحد عشر قفيزاً وقال خذ هذا وزدني درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو أتاه بعشرة أقفزة رديئة فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو أتاه بتسعة أقفزة وقال خذ هذا وأرد عليك درهما يجوز بخلاف الثوب لان رأس المال ينقسم على القفيزين باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من رأس المال معلومة بخلاف ذرعان الثوب وعن أبي يوسف انه يجوز في الفصول كلها ذكر قوله في كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في رأس المال فلحق الزيادة باصل العقد أو المسلم اليه يحط شيئاً من رأس المال والخط أيضاً يلتحق بأصل العقد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه اقالة العقد في شيء ثم المسلم اليه أجنبي في قضاء الدين اذا أتى بالاجود ورب السلم أحسن اليه حين تجوز بالردى فاذا أمكن تحصيل مقصودهما بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليه عملاً بقوله تعالى افبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه (ولكننا نقول هذا اذا لم ينص على النص والمقابلة أما اذا نص على ذلك لا يمكن حمل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لا يجوز ولا يجعل أحد الدرهمين هبة وذكر أبو-ليمان عن أبي يوسف رحمهما الله أن أبا حنيفة جوز ذلك في الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد في الثوب اذا أتاه بأردى مما شرط أو بأنقص مما شرط والاعتماد على رواية محمد . قال (واذا اختلفا في السلم فقال الطالب شرطت لي جيداً وقال المطلوب شرطت لك وسطاً أو قال الطالب أسلمت اليك في حنطة وقال المطلوب أسلمت الي في شعير تخالفا وترادا) وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تخالفا وترادا وفي حديث آخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع أو يترادان وسنقرر هذا في باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الآن اذا اختلفا

في جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه أكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا في جنس الثمن تحالفاً في جنس المعقود عليه أولى وكذلك إذا اختلفا في الصفة لأن المسلم فيه دين وإنما يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط ألا ترى أنهما لو أحضرا كائناً غيرين والاختلاف في الصفة فيما هو دين يكون اختلافاً في المعقود عليه فيجوز التحالف بينهما بخلاف ما إذا اختلفا في الصفة في بيع العين فإن العين لا تختلف باختلاف صفتها فلا يكون ذلك اختلافاً بينهما في المعقود عليه. قال (والذي يبدأ به في اليمين المطلوب في قول أبي يوسف الأول) لأنه بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام قال فاقول ما يقوله البائع فظاهر هذا يقتضي أن يكتفى بيمينه وقد قام الدليل على أنه لا يكتفى بذلك فيبقى هذا الظاهر معتبراً في البداية بيمينه ولأنه أشبه بالمنكرين فإنه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين على الذكر ثم رجع وقال يبدأ بيمين الطالب وهو قول محمد لأن أول التسليمين في عقد السلم على الطالب وهو رأس المال فلذلك أول اليمينين عليه ولأنه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب منه ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضي يقرع بينهما ويبدأ بيمين من خرجت قرعته نفيًا لتهمة الميل عن نفسه وقيل الرأي في ذلك إلى القاضي وقيل ينظر أيهما سبق بالدعوة يبدأ بيمين خصمه وأيها نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لأن نكوله قائم مقام اقراره وإن قامت لهما جميعاً بيعة أخذت بيعة الطالب لأن في بيته زيادة أثبات ولأنه يقيم البيعة على حق نفسه فالمطلوب إنما يقيم البيعة على حق الطالب وبيعة الإنسان على حق نفسه أولى بالقبول وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد إن كان افتراقاً عن مجلس العقد فكذلك الجواب وإن لم يفترقا عن مجلس العقد يقضي بسامنين عشرة في كرحنطة بيعة رب السلم وعشرة في كرحشعير بيعة المسلم إليه ومحمد رحمه الله يقول البيئات حجج فهما أمكن العمل بها لا يجوز إبطال شيء منها وهنا العمل بالبيتين يمكن إذ لا منافاة بين العقدين فيجب العمل بهما كحجج الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فإنه ما قبض في المجلس العشرة واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فلماذا رجحنا بيعة الطالب وقاس هذا ببيع العين فإنه لو قال بعت منك هذه الجارية بألف درهم وقال المشتري بعتني العبد بألف درهم وأقاما جميعاً البيعة يقضى بالعقد فهما جميعاً بالاتفاق فكذلك في السلم وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بمالم

يطلبوا وليس للقاضي ذلك يقرره انه لا مقصود للمطلوب في هذه البينة اثباتا لان حقه في رأس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه في ما في ذمته حنطة كان أو شعيراً فانما مقصوده نفي بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك بيئته يثبت ازالة العين عن ملكه ليسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشتري فكان هو مثبتا كالمشتري فهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا في جنس المسلم فيه ولم يذكر ذلك فيما اذا اختلفا في صفته ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال هو على الخلاف أيضا ومنهم من فرق لمحمد بينهما فقال باختلافهما في الصفة لا يتحقق الخلاف في العقد ألا ترى أنه قد يسلم في الجيد ويأخذ مكانه رديثا ويجوز أن يسلم في الرديث فيعطيه مكانه جيدا فعرفنا أن باختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضاء هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان بالسلم بالحنطة لا يجوز أخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافا في العقد وقد أثبت كل واحد منهما ما ادعي من العقد بالبينة فيقضى بالعقدين فان لم يكن لهما بينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعا للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة رأس ماله اليه وقد بينا في باب اللعان انه يفرق بينهما بعد التلاعن من غير طلبها لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما داموا مصرين حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبها أو طلب أحدهما وهنا فسخ العقد حقا فيتوقف على طلبها أو طلب أحدهما. قال (فان لم يختلفا في المسلم فيه ولكن اختلفا في مكان الايفاء) فقال الطالب شرطت لي مكان كذا وكذا وقال المطلوب بل مكان كذا وكذا فان أقام البينة فالبينة بينة الطالب وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المطلوب مع ميمنه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان لم ينص عليه في الكتاب وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يتحالفا ويردان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب أبي حنيفة ان بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره والاصح أن الخلاف في موضعه فان عندهما متعين مكان الايفاء موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفاء والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند أبي حنيفة هو موجب بالشرط كالأجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ثم وجه قولهما أن المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف في

الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وأبو حنيفة يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البديل فاما المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المقصود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلها فرق بينهما في حكم التحالف . قال (وان اختلفا في الاجل فهو علي ثلاثة أوجه اما ان يختلفا في مقدار الاجل أو في مضي الاجل أو في أصل الاجل فان اختلفا في مقدار الاجل فقال الطالب كان الاجل شهراً وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه) لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فان باعتباره متأخر مطالبته عنه فالمطلوب يدعى زيادة في حقه والطالب ينكر والقول قول المنكر مع يمينه فان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب لا بانه الزيادة في حقه وان اختلفا في مضي فقال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب إما لان الطالب يدعى تاريخا سابقا في العقد والمطلوب منكر لذلك أو لانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقا للمطلوب ثم الطالب يدعى ايفاء حقه والمطلوب ينكر فالقول قول المنكر وان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب أيضا لان المقصود اثبات الاجل وذلك بينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفي ذلك بينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينة من وجه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانكاره الضمان وان أقام البينة فالبينة بينته أيضا لا بانه الرد فان اختلفا في شرط الاجل ففي القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لان عقد السلم لا يصح الا باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار في البيع استحسن أبو حنيفة فقال القول قول من يدعى الاجل أيهما كان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان الطالب يدعى الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو الذي يدعى الاجل فالقول قول الطالب لانكاره قياسا لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وأنكر الطالب فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر وذا ادعى الطالب الاجل فكلام المطلوب في الانكار تعنت لان الطالب أقر له بحقه وهو أنكر ذلك ليفسد العقد ولا يلتفت الى قول المتعنت فهو كما لو اختلفا المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك

نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره
 الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الا عشرة فالقول قول رب
 المال لان المضارب متعنت في انكاره بمض ما أقربه ليفسد العقد وأبو حنيفة يقول الأجل
 من شرائط السلم فاتفقهما على عقد السلم يكون اتفاقا على شرائطه فكان المنكر منهما للأجل
 راجعا عما أقربه والرجوع عن الاقرار باطل ألا ترى ان الاختلاف لو وقع بين الزوجين في
 النكاح أنه كان بشهود أو بغير شهود يجعل القول قول من يدعى أن النكاح بشهود لهذا المعنى
 وهذا لان شرط الشيء تبع له وثبوت البتبع بثبوت الاصل ألا ترى ان من نذر صلاة
 تلزمه الطهارة فاتفقهما على أصل العقد يكون اتفاقا على ما هو من شرائطه فان أقام البينة فالبينة
 بينة من يثبت الاجل لانه يثبت بيئته شرط صحة العقد اذا الاجل شرط زائد كالخيار فن
 يثبت بالبينة كانت بيئته أولى بالقبول. قال (واذا تارك السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا
 في رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه والبينة بينة الطالب) لانه يثبت الزيادة بيئته
 والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانها اذا
 اختلفا هناك في الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع
 في احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنسخ الاقالة ولو وجد به
 عيبا فان حدث عند المشتري يرد به ذلك واقالة السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو كان رأس المال
 عيناً لم تنسخ الاقالة بالهلاك في يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين
 وبالاقالة يسقط والساقط متلاشى فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا
 يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهناك العقد تناول
 العين وهو باق بعد الاقالة. قال (واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى رجل في طعام فوجد فيها
 درهما زائفا بعد ما افترقا فانكر رب السلم أن يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع
 يمينه) لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فان هناك المشتري
 اذا طعن بسبب وانكر البائع ان يكون ما أحضره هو المبيع فالقول قول البائع لان العقد تناول
 العين وقد تصادقا على قبض المشتري لما هو المعقود عليه ثم المشتري يدعى عليه لنفسه حق الرد
 والبائع منكر لذلك وهناك المسلم اليه يثبت في الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول
 قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء حقه او باستيفاء رأس المال بان

كان ساكتا أو أقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما إذا أقر بشئ مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيادة بعد ذلك مناقضاً فلا يقبل قوله . قال (وإذا أسلم إليه مائة درهم في طعام وأعطاه بعضها وأحاله على رجل ببعضها وبقي عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم بحساب ما تقدمه وقد بطل ما سوى ذلك) لا فتراقمها قبل قبض رأس المال فانه بالحوالة لا يصير قابضاً بل حقه في ذمة المحال عليه كهو في ذمة المحيل وقد بطلت الحوالة لانها كانت برأس مال السلم وقد بطل حق المسلم اليه عن ذلك حين افتراقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب السلم بالدراهم التي أحاله بها على المحتال عليه يريد به ان ذلك كان ديناً للمحيل على المحتال عليه فيرجع عليه بدينه كما كان . قال (ويجوز أن يسلم الحيوان ولا مالا يكال ولا يوزن فيما يكال ويوزن) لان رأس المال معجل في هذا العقد يجوز تعيينه فكل ما يصلح مبيعاً عينياً يصلح أن يكون رأس المال وإنما يجوز السلم عند انعدام وصفى علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك قال (ويسلم الثوب القوي في الثوب الهروي والمروى وما أشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف البلد ان والصنعة يسلم بعضها في بعض وكذلك الزيتي في الهروي والكسا في الطيلسان والطيلسان في الكسا والثوب من الكتان في الثوب من القطن إما باختلاف الاصول أو باختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود والوذاري يراد به ما لا يراد به البلدي والزنديجي كذلك وان كان أصل الكل واحداً وهو القطن وهو كالمعلاطوي مع الخمار الاسود جنسان وان اتحد الاصل وهو الابريسم واليعفورى مع الكسا جنسان وان اتحد الاصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض في البعض . قال (ولا بأس بالسلم في الكتان والقطن والقز والابريسم لأنه موزون معلوم مقدور التسليم وان اشترط أن يوفيه السلم في مدينة كذا وفي مصر كذا حيث مادفعه اليه من ذلك المصر أو من تلك المدينة فله ذلك وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه اليه في موضع آخر منه لان المستحق بالشرط أدنى ما يتناوله الاسم كما بينا في شرط الجيد حيث مادفعه اليه في ذلك المصر فقد وفي بالشرط ولان نواحي مصر في مصر كما كان واحداً بدليل جواز عقد السلم فاذا لم يعين موضعاً من مصر كان له أن يسلم في أي موضع شاء منه فان قيل (أليس أنه اذا استأجر دابة الى مصر كذا فدخلها كان له ان يتبلغ عليها الى منزله في مصر (قلنا) هذا مستحسن للعرف والعادة فان الانسان اذا استأجر دابة الى مصر من الامصار أنه لا يستأجر دابة أخرى بعد دخول ذلك المصر

ليبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا على القياس ولا يعدو الموضع الذي فيه العرف . قال (ولا خيار في السلم في المسابق والنرا لانها تختلف منها الصغيرة والكبيرة والمسبق ماله كما كان طويلا كما يكون للا كرادو بعض العرب والفرو مالا كم له . قال (الا أن يشترط من ذلك شيئا معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في كل شيء اشترط فيه الاوقار والاحمال) لان ذلك يختلف فبعضها يكون أثقل من بعض وهذه الجملة تفضي الى المنازعة بينهما . قال (وان اشترط على المسلم اليه ان يحمل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه في المكان الذي شرطه فلا خير فيه على هذا الشرط) لان العقد ينتهي بالأيفاء في المكان المشروط ثم قد شرط لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط أن يطحنه وان اشترط أن يوفيه اياه في منزله فلا بأس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول موضع هذا القياس والاستحسان اذا اشترط ان يوفيه في منزله بعد ما يوفيه في مكان كذا ليكون الفصل الثاني على وزان الفصل الاول وفي القياس لا يجوز لاشتراطه منفعة لنفسه بعد ما انتهى العقد نهايته اذ لا يتأتى ايفاؤه في منزله بعد الأيفاء في المكان المشروط الا بالحمل فلفظ الحمل والأيفاء فيه على السواء وفي الاستحسان . قال (ان اشترط بلفظة الأيفاء فالثاني مثل الاول من جنسه فيفسخ به الشرط الاول ويصير كأنه اشترط ابتداء هذا فأما الحمل ليس من جنس الأيفاء فلا يفسخ به الشرط الاول وهو نظير ما لو باعه بألف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم يفسخ به العقد الاول وبيان المجانسة ان العقد يقتضي الأيفاء لا محالة ولا يقتضي الحمل ألا ترى أن رب السلم قد يأتي الى المسلم اليه ايوافيه في منزله فلا يحتاج الى الحمل ففرقنا أن الحمل ليس من جنس الأيفاء من حيث أن العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء أن يوفيه في منزله في القياس لا يجوز لانه لم يعين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم وقد يكون في هذا المصير وقد يكون في مصر آخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال المنزل بالمنزل في كل وقت أو الانتقال من مصر الى مصر للتوطن ومنزله للحال معلوم فباستبدال الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الاجل والتعين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل موضع القياس والاستحسان ما اذا شرط أن يوفيه في منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله في مصر

في أي محلة هو في القياس لا يجوز للجهاالة وفي الاستحسان يجوز لأن نواحي المصركم كان واحد
ولكن في هذين الوجهين لا فرق بين أن يكون بلفظ الحمل أو بلفظ الايفاء وفي الكتاب
قال نأخذ بالحمل في القياس وفي هذا بالاستحسان فعرفنا أن مراده الوجه الاول . قال (ولا
بأس بالسلم بالجبن والمصل) لأنه موزون معلوم وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا
في مصل ديار خوارزم فانه لا يخالطه الدقيق فانا في مصل ديارنا ينبغي أن لا يجوز لانه
يخالطه دقيق الشعير وقد نقل ذلك وقد يكثر وبجنسه تختلف المالمية فكان قياس السلم في الناطف
الموزن والاصح أنه ان كان معلوما عند أهل الصنعة علي وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح . قال
(واذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت اليك في ثوب يهودي وقال المسلم اليه بل هو في زطى
يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) لاختلافهما في جنس المقود عليه وأيهما أقام
البينة وجب قبول بيته وان أقام البينة فالبينة بينة الطالب في قول أبي يوسف وفي قول محمد
يقضى بسلمين اذا كانا في المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا علي انه يهودي غير أن الطالب قال
هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع وقال المطلوب خمسة أذرع في ثلاثة أذرع في القياس يتحالفان
ويترادان وبالقياس نأخذ وفي الاستحسان القول قول المطلوب لان المسلم فيه مبيع ولو كان
مبيعا عينا واختلفا في طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك في
السلم وهذا لان زيادة الطول والعرض لا تستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا
أنهما اذا اختلفا في الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفي القياس المسلم فيه دين والذرعان لا علامة
في المدروعات بمنزلة المقدر في المقدورات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا ثم أكثر ما في
الباب ان الذرعان صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا في
الجيد والردى انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك في الذرعان ونأخذ بالقياس لقوة جانب
القياس والاستحسان قياسات فأيهما كان أثره أقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس
والاستحسان عند الاختلاف في صفة الجودة والرداءة لتحقق المغايرة بينهما والجيد غير
الردى اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصرا
يقطع بعضه والقصير قد يزداد فيه فيصير طويلا فلماذا ذكر القياس والاستحسان هنا ولم
يذكر ثمنه . قال (واذا اختلفا في السلم أو في رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا) فالخاصل ان هذه
ثلاثة فصول (أحدها) أن يكون الاختلاف في رأس المال وهو علي وجهين أما أن يكون عينا

أو دينا فان كان عينا فقال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب في كره حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فانه يقضى بالسامين بالاتفاق لان كل واحد منهما بينته يثبت حقه فالطالب يثبت ازالة الثوب بالذي عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الآخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب وقال المطلوب مع هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب الواحد لا يكون جميع رأس المال في عقد وبعض رأس المال في عقد آخر والمطلوب يثبت الزيادة في حقه بينته فهذا قضينا بينته باسلام الثوبين في كره حنطة وان كان رأس المال ديناً فان اختلفا في جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم في كره حنطة وقال المسلم اليه دينار في كره حنطة وأقاما البينة فلا اشكال على قول محمد انه يقضى بالعقدين وقيل هكذا ينبغي في القياس على قول أبي يوسف اعتباراً للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقض بعقد واحد وتكون البينة بينة المطلوب لان الطالب لما لم يثبت لنفسه شيئاً اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه في الكره ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت حقه بينته فكانت بينته أولى وان اختلفا في قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون وأقاما البينة فهو على هذا الخلاف وكذلك لو كان الاختلاف في المسلم فيه في الجنس والقدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعاً بأن قال رب السلم عشرة دراهم في كره حنطة وقال المسلم عشرون درهماً في كره حنطة فعند أبي يوسف تقبل بينة كل واحد منهما على ما يدعى من الزيادة في حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهماً في كره حنطة وعند محمد يقضى بعقدين كما شهد به كل فريق فالحاصل أن عند محمد يقضى بعقدين ما أمكن الا اذا تعذر فينشد يشغل بالترجيح للضرورة وعند أبي يوسف يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر فينشد يقضى بعقدين للضرورة وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف رحمهما الله قال (ولو أسلم عبداً أو ثوباً في حنطة أو شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز) لما بينا أن الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضر ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن يتقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كره حنطة وكر شعير عينا بثوب واحد أو عبداً بعينه فانه يتقسم باعتبار القيمة للتعارض بينهما وليس أحدهما في تخصيصه بشيء بأولى من الآخر قال (واذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو دراهم ودنانير كان

له من كل واحد منهما النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا أنه اذا كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه وكل ما يصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح ذلك في الاجارة أيضاً لان المنافع في حكم الاموال أو بالعقد يثبت لها حكم المالمية حتى لا يثبت الحيوان ديناً فيه في الذمة لاحالا ولا مؤجلاً كما في البيع ويثبت المكيل والموزون حالاً ومؤجلاً والثياب المرصوفة فيه تثبت مؤجلة لاحالة لان استقرار الثياب لا يجوز والسلم فيها صحيح والقرض لا يكون الاحالا والسلم لا يكون الامؤجلاً فعرفنا أنها تثبت في الذمة مؤجلة لاحالة لان استقرار الثياب لا يجوز عوضاً عما هو مال واما الحيوان لا يجوز استقراره ولا السلم فيه فعرفنا أنه لا يثبت في الذمة مؤجلاً ولا حالاً بدلاً عما هو مال. قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم في عشرين مختوم شعير أو عشرة مخاتيم حنطة بالشك أنه يعطيه أيهما شاء فلاخير فيه) لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول حين ادخل حرف أو بين الحنطة والشعير ومثل هذه الجهالة في بيع العين يمتنع جواز العقد في السلم أولى وكذلك لو قال ان اعطيني الى شهر فكذا أو ان اعطيني الى شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة العقود عليه عند لزوم العقد إما جنساً وإما قدراً لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفتين في صفقة وعن شرطين في بيع وتفسير ذلك هذا ونحوه. قال (ولا يستطيع رب السلم أن يبيع ما أسلم فيه قبل القبض) لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز لحديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ولما ثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم غياث بن أسد رضي الله عنه قاضياً وأميراً قال انهم عن أربعة عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان العين أقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين اذا كان منقولاً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الفرر في الملك المطلق للتصرف فاذا كان ديناً أولى وذلك الفرر هنا قائم فان الدين ينوي بفوات محله يعني اذا مات المديون مفلساً ولهذا تبطل الحوالة فكما لا يبيع المسلم فيه قبل القبض لا يشرك فيه شريكاً ولا يوليه أحداً لان التولية تمليك ما يملك بمثل ممالك به والاشراك تمليك مثل ما ملكه بمثل

نصف ماملك به فكما لا يجوز هذا التصرف منه في الكل لا يجوز منه في البعض . قال (رجل
 قال لرجل اسلمت الى عشرة دراهم في كرحنطة ثم قال بعد ماسكت ولكني لم أقبض
 الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفي القياس القول
 قول المسلم اليه) وكذلك لو كان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد وقراره لا يكون
 إقراراً بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله في ذلك
 لانه منكر للقبض والآخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم إلا
 ترى أنه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله ولو صار بالاقرار بالسلم مقراً بالقبض
 لكان هذا رجوعاً والرجوع لا يعمل موصولا كان أو مفصولا ولكنه استحسن فقال السلم
 أخذ عاجل بآجل فمطلقه يقتضى الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه تغيير
 لمقتضى مطابق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لا مفصولا وهذا تخصيص
 للفظه العام والتخصيص ممن لا يملك الابطال صحيح موصولا لا مفصولا بمنزلة الاستثناء
 قال في الاصل وهذا مثل قوله قد أعطيتني عشرة دراهم في كرحنطة أو أسلفتني أو
 أقرضتني عشرة دراهم برؤسها ثم قال لم أقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن
 من عادته الاستشهاد بالاولى وكذا لو قال على ألف درهم من ثمن جارية بعثتها ثم قال
 لم أقبضها وقال الآخر قد قبضت فهو غير مصدق في قوله لم أقبضها وصل أم قطع في قول
 أبي حنيفة وكان أبو يوسف يقول أولا ان وصل يصدق وان فصل لم يصدق ثم رجع وقال
 اذا فصل يسأل المقر له عن جهة المال فان أقر بجهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقراني
 لم أقبضها وان قال المال عليه من جهة أخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد
 وهذا في الحقيقة ليس برجوع بل تفسير لما أبهمه في الابتداء وجه قولهما انهما تصادقا على
 البيع فالبايع يدعى تسليم المعقود عليه والمشتري منكر فالقول قول المنكر كما لو قال ابتعت
 منك جارية بألف درهم ثم قال لم أقبضها أو قال لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي
 بعثتها مني ولم أقبضها فالقول قوله في ذلك فان لم يصدقه المقر له في الجهة فقد أقر بوجود المال له
 عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق اذا كان مفصولا لما بينا ان قوله لم أقبضها بيان مغير لموجب
 اقراره فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء اذا قال فلان علي ألف درهم الا مائة أو قال
 الا وزن خمسة وأبو حنيفة يقول أقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان أو

مفصولا ومعنى هذا انه أقر بكون المال ديناً في ذمته بقوله له علي ألف درهم ثمن جارية غير معينة وثمن الجارية التي هي غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض لان التي هي غير معينة في حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرفنا أنه أقر بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهناك ما أقر بان المال واجب في ذمته انما أقر بالابتاع وذلك لا يكون اقراراً بالقبض وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما أقر بوجود المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل القبض يوضحه انه أقر بالمال وادعي لنفسه أجلا غير متناه فان المشتري لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البائع المبيع وما من جارية يحضرها البائع الا وللمشتري أن يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه أجلا معلوما كشهرا أو سنة لم يقبل قوله في ذلك وصل أو فصل فهنا أولى بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه أجلا لانها حاضرة وانما أقر علي نفسه بالمال بشرط أن يسلم له تلك الجارية ألا ترى أن المقر له لو قال الجارية جاريتك ما بعناها ولي عليك ألف درهم يلزمه المال ولو قال الجارية جاريتي ولي عليك المال لم يلزمه شيء لانه لم يسلم له شرطه . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل في كرحنطة فأعطاه كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يأكله حتى يكتاله لان المسلم فيه مبيع وانما اشتراه رب السلم بذكر الكرا فلا يتصرف فيه حتى يكتاله والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري يعني اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفي بكيل البائع ولا يتصرف فيه بعد القبض حتى يكيله وهذا لانه انما يملك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى ولا يعلم ذلك الا بالكيل ألا ترى أنه لو كاله فوجده أزيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الاكل والبيع بحكم الملك فما لم يتعين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف فيه وان هلك عنده وهو مقر بأنه كرواف فهو مستوف لان قبضه على وجه التملك بمقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد أقر أنه كان كرا فيصير مستوفيا بطريق المقاصة لان ما في المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولهما وآخره دين المسلم اليه فيصير رب السلم مقتضيا طعام السلم به ولان القبض تلاقى العين واستيفاء الدين لا يكون الا من العين فاذا أقر أنه كان كرا فقد علمنا انه قبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم في كل مكيل وموزون فأما في المدروعات له أن يتصرف قبل الذرع لان الذرع

صفة حتى لو وجدوه أزيد يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص لا يحط شيئاً من الثمن فعرفنا ان الملك بالعقد انما يثبت له في العين وقد تم قبضه في العين وفي العدديات المتقاربة أظهر الروايتين عن أبي حنيفة أنه لا يتصرف قبل العد في العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجدته زائدا لا يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص يحط حصة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه يجوز التصرف فيه قبل العد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بصفة العدد لا يصير مال الربا فهو بمنزلة الذرع في المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحققان فيه الا بغلط في العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهران باجتهاد من الكيال والوزان من غير ان يتيقن بالخطأ فيه وهنا الزيادة والنقصان لا يظهران الا بغلط في العد فكان العقد متنا ولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما في المذروعات وجه قول أبي حنيفة رضى الله عنه أن المقصود عليه في العدديات العدد لانه مقدار كالكيل والوزن ألا ترى أنه لو وجدته أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص يحط بحصة النقصان من الثمن فصار العقود عليه القدر والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا أنه لا يجري فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا يجعل الشرع أمثالا متساوية فاذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضنا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم أيضاً بخلاف الكيل والوزن . قال (وان اشترى المسلم اليه من رجل كرايم قال ارب السلم اقبضه قبل أن يكتاله من المشتري فليس ينبغي لرب السلم أن يقبضه حتى يكتاله المشتري) لان في هذا القبض وكيل المسلم اليه فكما أن المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه أن يكيه فكذلك اذا قبضه وكيله كان عليه أن يكتاله للمسلم اليه بحكم الشراء ثم يكيه ثانيا للقبض بنفسه بحكم السلم وليس له أن يأخذ بكيه ذلك لانه في ذلك نائب عن المسلم اليه فكان المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكتاله لنفسه بحكم السلم وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم حتى يجري فيه الصاعان أى اذا اتقاه البائع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف مشايخنا رحمهم الله في فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكايلة فكاله البائع بمحض من المشتري ثم سلمه اليه فممن من يقول ليس للمشتري ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيه مرة أخرى استدلالا بهذه المسئلة وكيل البائع بمحضته لا يكون أقوى من كيله بنفسه والاصح له أن يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده قعمل

البائع بحضرتة كفعله بنفسه وفي مسألة السلم استحقاق الاول بالكيل كان بالشراء فلا ينوب ذلك عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة أخرى فان دفع المسلم اليه الى رب السلم دراهم فقال اشترى لي بها طعاما فاقبضه لي بكيل ثم كاه لنفسك بكيل مستقبل كان جائزا لانه وكيل المسلم اليه في الشراء له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه اشتراه بنفسه ثم أمر رب السلم بقبضه وهي المسئلة الاولى ولو قال رب السلم للمسلم اليه كل مالي عليك من الطعام فأعزله في بيتك أو في غرارك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا بمنزلة قوله اقبضه لي يسارك من يمينك وهذا لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لا يصلح أن يكون نائبا عن صاحب الدين في قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم بقبض ذلك غلام المسلم اليه أو ابنه فهو جائز لانه يصلح نائبا عن رب السلم في قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه قال (ولو دفع اليه غراره فقال كل مالي عليك اجعله في غراري ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى منه طعاما بعينه على انه كره ثم دفع اليه غراره وأمره أن يكيه فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض في باب السلم موجب بملك العين وغراره لا يصلح نائبة عنه في تملك العين وفي باب الشراء قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغرار يصلح نائبة عنه في الاحراز والثاني أن أمره بالكيل في غراره غير معتبر بنفسه في السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فأما في الشراء اذنه معتبر في الكيل لانه انما يكيل ملك المشتري وله في ملك نفسه اذن معتبر فكان كيله في غراره ككيل المشتري بنفسه ألا ترى انه لو أمر المسلم اليه بان يطحن ما عليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا وفي الشراء لو أمره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشتري وكذلك في الشراء لو أمره أن يلقيه في البحر ففعل جاز وكان الثمن مقررا عليه ولو أمره بذلك في السلم لم يجز ثم قال (في الشراء وله ان يبيعه اذا كان له البائع في غرار المشتري بأمره قبل هذا غلط) لان الغرار نائبة عنه في الاحراز لا في معرفة القدر فكأنه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيه ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لما بينا أن أمره إياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البائع في الكيل كالنائب عنه والغرار في القبض

والاحراز تنوب عنه وفعل نائبه كفعله بنفسه وفي السلم ان كان في الغرائر طعام لرب السلم فكاله فيه بأمره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان أمره غير معتبر في ملك الغير قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يصير قابضا هنا لانه أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر في كتاب الصرف لو دفع الى صائغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي منهما خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له . قال (واذا اسلم الرجل في كرخنطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم في كرخنطة وأجلهما واحد وصفتهما واحدة او مختلفا لم يكن احدهما قصاصا بالآخر اذا حلا وان تقاسما) لان المسلم فيه مبيع فيستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز ان يقضي به دين آخر لان المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين آخر به فاذا تقاسما فلا بد من ان يكون احدهما قابضا المسلم فيه ويكون ديناه عليه وذلك غير جائز . قال (فان كان أولهما مسلما والآخر قضاء لا يصير احدهما قصاصا في الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان احدهما معجل والآخر مؤجل والمعجل خير من المؤجل الا اذا حل الاجل في السلم فحينئذ يكون احدهما قصاصا بالآخر ولا بأس بأن يكون قصاصا اذا كان سواء تقاسما ولم يتقاسما لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض ألا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ما حل طعام السلم كان مستوفيا حقه بطريق المقاصة فكذلك اذا استقرض وهذا لان في باب المقاصة آخر الدينين قضاء من أولهما ولا يكون أول الدينين قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا في الدين المشترك لو وجب للمدين على أحد الشريكين دين بقدر حصة وصار قصاصا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المديون عليه سابقا على دينهما فصار قصاصا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشئ لانه صار بنصيبه قاضيا دينا عليه لا مقتضيا اذا ثبت هذا فنقول اذا كان آخر الدينين قرضا للمسلم اليه بما أوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم يكون مستوفيا واذا كان القرض أولا لم يكن قصاصا وان تقاسما به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به فان كان للمسلم اليه كرخنطة دينا على رجل أو استقرض من

رجل كرا فقال لصاحب السلم كله فاكتاله رب السلم كيلا واحداً جاز ويصير قابضاً لان
القرض لا يشترط فيه الكيل الا ترى أن القرض لو استرد ما أقرض ولم يكله كان له أن
يتصرف فيه والمستقرض لو قبض ولم يكل كان له أن يتصرف فيه ورب السلم في القبض من
القرض أو المستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك المسلم اليه قبل ان يكيه
ثم انما يكيه بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فلماذا يكفيه كيل واحد بخلاف ما سبق من الشراء
فان المسلم اليه لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من
رب السلم كتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكيه لنفسه بعد ذلك كيلا مستقبلاً . قال
(وان تاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته) وكذلك لو تاركا بعد
هلاكه وهذه أربعة فصول (أحدها) ان يشتري عينا بدراهم فتقابض ثم تقايلا ثم هلك المبيع
قبل الرد بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشيء
من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فان الثمن
معقود به ولهذا شرط قيام الملك في المبيع عند العقد دون الثمن فان كان المبيع هالكا عند
الاقالة فالاقالة باطلة لفوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من
هلاك المحل بعد الاقالة قبل الرد كالمقترن بالاقالة الا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد
قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد (والثاني) لو تبايعا عبداً تجارية وتقابض ثم تقايلا
ثم هلك أحدهما بقيت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك أحد العوضين صحيح فان كل واحد
منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك في العوضين جميعاً للمتعاقدين بخلاف الثمن
الا ترى ان بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا
جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك تبقى الاقالة في القائم وعليه رد قيمة المالك
لانه تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فترد القيمة اذا القيمة سميت قيمة
لقيامها مقام العين ولو هلكا جميعاً بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة
بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شيء من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لا تبقى الاقالة بعد
هلاكهما (والثالث) السلم اذا تقايلا ورأس المال عين فهلك بعد الاقالة لم تبطل الاقالة
لان ابتداء الاقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقابضة لان المسلم فيه
مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة

رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة
 اذا اختلفا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة (والرابع) الصرف فانها
 لو تصارفا ديناراً بشرة دراهم وتقابضا وهلك البدلان جميعاً ثم تقايلاً ثم هلك البدلان
 قبل التراد جازت الاقالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه
 الا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا
 يكون هلاك المقبوض مانعاً من الاقالة هذا هو الصحيح في تخريج هذه المسائل وقع في الاصل
 تشويش وتقديم وتأخير وألفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب وقد تكلف لتصحيحه
 بعض مشايخنا رحمهم الله فانه قال بعدمسئلة القرض الا ترى انه لو اشترى جارية بعبد وتقابضا
 فمات احدهما في يديه ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى
 البيع من حيث انه تملك الطعام بمثله فليس يبيع حقيقة فلا يشترط فيه من الكيل ما يشترط
 في المبيع كما ان الاقالة في حكم البيع ولكن ليس يبيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد
 العوضين وان كان لا يجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبداً بقيمة جارية هالكة لا يجوز واليه
 أشار بقوله وليس هذا بمنزلة شراء الحي قبل أن يموت يعني شراء الحي بقيمة الميت او شراء
 الحي بالحي اذا مات أحدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا اللفظ بفصاحة
 محمد رحمه الله فان شراء الحي يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم
 قال وكذلك السلم لان السلم يبيع يعني أن الاقالة بعد هلاك رأس المال يجوز كما يجوز في بيع
 المقابضة الاقالة بعد هلاك أحدهما ثم قال ولا يشبه هذا الاثمان الدنانير بالدرهم يعني ان في
 عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقابضة وفي بعض النسخ قال الدنانير
 والدرهم يعني اذا اشترى عبداً بنقد ثم تقايلاً فهلك المعقود عليه بطلت الاقالة فان كان الثمن
 قائماً وقد قررنا هذا الفرق قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في كرخطة فوجد فيها
 دراهم ستوقه فجاء يردّها فقال المسلم اليه هذا من نصف رأس المال وقد بطل نصف السلم وقال
 رب السلم بل هو ثلث رأس المال فالقول قول المسلم اليه) لان السوق ليست من جنس
 الدراهم فقد علمنا ان السلم لم يتم في جميع الكرخ وحاصل الاختلاف بينهما في قبض المسلم
 اليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعى عليه أنه قبض ثلث حقه والمسلم اليه ينكر
 القبض فيأزاد علي النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلي المدعى أن يثبت ما يدعيه

بالبينة واذا أسلم عشرة دراهم في كرخنة فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض المسلم
 إليه رأس المال وأقام المسلم إليه البينة أنه قبض رأس المال قبل أن يفرقا فإسلم جائز ويؤخذ
 بينة المسلم إليه لأنها تثبت القبض في المجلس وبينة رب السلم تنفي ذلك والبيئات ترجح
 بالاثبات ولم يذكر في الكتاب أنه لو لم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون وأورد
 هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال علي قول زفر القول قول من يدعى
 القبض منهما لان العقد لا يتم الا بقبض رأس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما
 على قبض رأس المال والذي ينكر القبض في حكم الراجع عن الأقرار وقد قررنا هذا
 المعنى في الاجل فكذلك في قبض رأس المال وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول
 الذي في يده رأس المال لان الآخر يدعى تملك ما في يده عليه وهو منكر والقول قول
 المنكر فان كان رأس المال في يد رب السلم فظاهر لان المسلم إليه يدعى أنه يملك ما في
 يده بالقبض وانه غصبه منه بعد ذلك وان كان في يد المسلم إليه فرب السلم يدعى أنه
 غصبه منه والمسلم إليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم في يد
 رب السلم باعياها فقال المسلم إليه أودعتها اياه أو غصبها بعد قبض لها وقد قامت البينة بالقبض
 فكان القول قوله ويقضي له بالدراهم لانه لما أثبت قبضه بالبينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت
 في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم أن وصولها الى يده بالوديعة أو بالنصب
 ولو أسلم فلوسا في طعام يجوز لان هذا عددي متقارب يصلح أو يكون ثمننا في باب البيع
 فيصلح أن يكون رأس المال في باب السلم ولا يجوز في الصفر رجل باع عبدا أو ثوبا بشيء مما
 يكال أو يوزن ثم تفرقا قبل أن يقبض المشتري ما اشترى فالبيع جائز لانهما تفرقا عن عين بدين
 وذلك جائز في البيع كما لو اشترى شيئا بثمن موجد وقبض المشتري وتفرقا أو تفرقا قبل قبض
 المشتري وقد بينا أن القياس في السلم هكذا ولكننا تركنا القياس هناك لمقتضى اسم السلم وإليه
 أشار في الفرق فقال لو باعه ثوبا بخنطة وسمى الكيل ولم يجعل له أجلا كان جائزا ولو أسلم
 هذا الثوب في كرخنة موصوفة ولم يجعل له أجلا كان فاسداً ومعنى هذا الاستشهاد ان
 التأجيل في السلم في المسلم فيه جعل شرطاً لتحقيق معنى الاسم فكذلك التأجيل في رأس المال
 مقتضى الاسم بخلاف البيع وقد بينا أن جواز أخذ الرهن بالمسلم فيه وان بهلاك الرهن يصير
 المرتهن مستوفيا حقه من مائة الراهن اذا كان فيه وفاء بحقه فسقط حق رب السلم عن المطالبة

بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا أيضاً جواز التوكيل بدفع رأس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض من الموكل ويستوى ان كان الوكيل شريكاً لرب السلم أو أجنبياً لان أداءه قام مقام أداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه حتى لو تبرع أجنبي بأداء رأس المال وقبضه المسلم اليه قبل أن يفارق رب السلم كان جائزاً وان كان بالمسلم كفيل فاستوفى الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح فيه فذلك حلال له اذا قضي رب السلم طعاماً مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم على الكفيل يوجب للكفيل على المسلم اليه الا أن مال الكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الى رب السلم فاذا استوفى قبل الاجل فقد استعجل ديناً له مؤجلاً والمقبوض بهذا السبب يملك ملكاً صحيحاً فانما تصرف وربح في ملك حلال له فهذا طاب له الربح ولا خلاف في هذا اذا تقرر ملكه بأداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذي قضي رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل بطعام مثل ما دفع اليه لانه انما أعطاه في ذلك ليستقط دين رب السلم عنه بأدائه ولم يفعل ذلك فكان له أن يرجع عليه بما أدى ثم قال في هذا الكتاب فما ربح يطيب للكفيل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكاها عنهما في الجامع الصغير وذكر عن أبي حنيفة انه قال أحب الى ان يرد علي الذي قضاؤه ولا أجبره عليه في القضاء وفي كتاب الكفالة قال له أن يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه ويملكه بشرط أن يؤدي عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خيبت شرعاً والسبيل في الكسب الخيبت التصديق ووجه رواية الجامع الصغير ان معنى الخيبت ليس في معنى السبب بل لخلل في رضي المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخيبت فكان هذا أولى الوجهين ولكن لا يجوز عليه في القضاء لان التصرف انما ربح على ملك نصيبه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض كان مملوكاً له ملكاً صحيحاً وكان التصرف فيه مطلقاً له شرعاً فالربح الحاصل به يكون حلالاً ألا ترى انه لو أدى طعام السلم كان الربح طيباً له فاذا لم يؤدي فانما يثبت حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل يكن في ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خيبت فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بأن يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم ليكون رسوله في تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله ويطيب له في قول أبي يوسف لانه أمين فيما قبضه علي وجه الرسالة
 كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف في الوديعة ورجح في كتاب الوديعة وان
 قضي الكفيل السلم من مال قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه علي
 دراهم أو غير ذلك مما يكال أو يوزن أو علي عروض أو حيوان فهو جائز ولا يكون
 استبدالاً لأن الكفيل هنا مقرض معناه أن ما يرجع به الكفيل علي المسلم اليه لا يكون مسلماً
 فيه لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طعام
 السلم علي الكفيل لا للكفيل فعرفنا أنه دين آخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالاً
 ولانه يصير كالمقرض لما أدى من المسلم اليه وان لم يكن قرضاً علي الحقيقة حتى لو أجل المكفول
 عنه فيه لزمه الاجل والاجل في بدل القرض لا يلزم فعرفنا أن مراده أنه دين آخر سوى
 السلم فيجوز الاستبدال به قبل القبض وان أكفل رجل لرب السلم برأس ماله قبل أن يترادا
 فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقيل الاقالة الواجب في ذمة
 الاصيل لرب السلم المسلم فيه لأرأس المال وانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضاف الكفالة
 الي سبب الوجوب فكان باطلاً بخلاف ما لو قال اذا تقابلتما العقد فأنا كفيل برأس المال لك
 ولان رأس المال قبل الاقالة حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع
 الكفالة في شيء. قال (واذا أسلم الرجل في بعض الأدهان الربى بالبنفسج والزئبق والحنا
 وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف مقدور التسليم من أصحابنا رحمهم الله من قال
 هذا يجوز في الدهن الصافي أما الربى بالبنفسج وغيره فلا لان الربى يختلف باختلاف ما يرى
 به من الادوية والرياحين والصحيح أنه يجوز لانه يمكن اعلامه باعلام قدر ما يؤدي به. قال
 (وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل
 بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يتمسك الا
 في وعاء وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيراً فعرفنا أن ما يقع عليه كيل
 الرطل فهو موزون فيجوز السلم فيه بذكر الوزن واذا أسلم النصراني الي النصراني في خمر
 بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء علي الاصل الذي بينا في كتاب الفصب أن الخمر مال
 متقوم في حقهم بمنزلة الخل والمصير في حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل والوزن
 وان أسلم أحدهما قبل قبض خمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه رأس المال لان الاسلام

وجد الخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجعل وجود اسلام أحدهما عند القبض كوجوده عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك فانه بعقد السلام ملك المسلم فيه ديناً وانما يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذي أسلم فالمسلم لا يملك الخمر بحكم عقده فان كان المسلم اليه هو الذي أسلم فليس له أن يملك الخمر من غيره بعقد فعلنا أنه تحقق فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد فان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض المبيع بطل البيع كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل ما بقى وجاز ما قبض لان ملكه تم في المقبوض فبالسلامه بعد ذلك لا يبطل ولكن اسلامه يمنع من قبض ما بقى فيبطل العقد فيه لفوات القبض وهذا لان السبب الطارىء يلقى المنهى بالعمو عنه والقائم بالرد قال الله تعالى (وذرُوا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين) فينزول حكم الربا انما لزمهم ترك ما لم يقبضوا لا رد ما قبضوا منه فهذا مثله ثم النصراني والمسلم في حكم السلم سواء ما خلى الخمر حتى لا يجوز السلم بينهم في المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين لعجز العاقد عن تسليم المقبوض عليه وهم في ذلك كالمسلمين والسلم بينهم في الخنزير لا يجوز بمنزلة السلم في الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم في الحيوان لمعنى الجهالة وهم يستون في ذلك بالمسلمين واذا أسلم في طعام جيد من طعام العراق أو الشام فهو جائز بخلاف ما لو أسلم في طعام قرية أو قراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بأفة فاما طعام ولاية كالعراق والشام لا يتوهم انقطاعه عرفاً بأفة فانما أسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب التسليم ولا بأس بالسلم في الصوف وزناً لانه موزون معلوم في نفسه وان اشترى كذا جزء بغير وزن لم يجز للجهالة لان مقدار الصوف في كل جزء غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه يفضى الى المنازعة بينهما وان أسلم في صوف غنم بعينها لم يجز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك ولان تعين محل السلم فيه كتعين المسلم فيه ولانه لو باع الصوف الذي على ظهر الشاة بعينه لا يجوز فكذلك اذا أسلم فيه وكذلك ألبانها وسمونها لما بينا ولان هذه الاعيان مادامت متصلة بالحيوان فهي وصف للحيوان ولا تثبت فيها المالمية مقصوداً الا بعد الانفصال فلا تكون قابلة للعقد مقصوداً وكذلك ان أسلم في سمن حديث أو زيت حديث في غير حينه وجعل أجله في حينه فلا خير فيه لانه منقطع في الحال من أيدي الناس وكذلك لا خير في السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن أيدي الناس ولا يدري أيكون في تلك السنة أم

لا فلا يكون مقدور التسليم له وبدون قدرة التسليم لا يجوز المقدم . قال (واذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع من أيدي الناس فلا خير فيه) كما لو أسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وإنما مراده قرية من العراق تسمى هراة وتلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق سواء ثم . قال (وان أسلم في ثوب هروى فلا بأس به) من أصحابنا رحمهم الله من يقول لان الثوب الهروى لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالمراد قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حركة هراة وهذا ضعيف قالوا قد يستأصل حركة هراة أيضا ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعين المكان فان الثوب الهروى ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغير هراة يسمى هروياً بمنزلة الزنديجي والوداري والي هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروى من الثياب بمنزلة الحنطة من الجبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ماتنت بأرض هراة حتى أن النبات في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيناً منه للمكان ولذلك يتوهم انقطاعه وقال مشائخنا رحمهم الله ان نسب الطعام الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالحمراني سحاري فانه يذكر ذلك لبيان صفة جودة الحنطة فلا يختص به ما ثبت في تلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل والثوب الهروى لا يصنع بغير تلك البلاد وهو غلط بل الصحيح أن الثوب الهروى يصنع في غير تلك البلاد وعلى ما بينا أنه اسم للمنسوج بصفة فيسمى به وان نسج في غير هراة . قال (ولا بأس بالسلم في البواري والحصير اذا وصف الطول والعرض والصفة) لانه مذروع معلوم كالثياب فالحصير ما يتخذ من البردي والحشيش والبوريا ما يتخذ من القصب ولا بأس بالسلم في نصل السيف اذا كان معلوم الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالية بعد بيان نوع الحديد الاشياء يسيراً وذلك غير معتبر كما في الثياب والجيد من الطعام ولا خير في السلم في الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخيل قيل هو شيء أحمر مثل لسان البقر يبدو من النخل ثم يخرج التمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو أو يطبخ منه المرقة لحموضة فيه وهو عددي متفاوت يختلف فيه الصغير والكبير وتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز السلم فيه كذلك . قال (ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل القبض لان القسمة للحيازة وذلك

بأن يجعل كل واحد منهما نصيبه في حيزه وفي الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما في نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض فإذا كان الشرط في عقد السلم أن يوفيه في مكان كذا فقال المسلم إليه خذ في مكان آخر وخذ مني الكرا إلى ذلك المكان قبضه كان قبضه جائزاً لأنه أخذ حقه ولا يجوز أخذ الكرا لأنه يملك المقبوض بقبضه وإنما يحمل ملك نفسه والانساف في حمل ملك نفسه لا يستوجب الاجر على الغير وإنما يستوجب الاجر على الغير بعمل يعدل للغير لأنفسه فعليه رد ما أخذ من الكرا وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء يرده حتى يوفيه في المكان الذي شرط لأنه انما رضي بقبضه في غير ذلك المكان بشرط أن يسلم له الكرا فإذا لم يسلم لا يكون راضياً به وبدون رضاه لا يسقط ما كان مستحقاً له وهو المطالبة بالايفاء في المكان المشروط فان هلك المقبوض في يده فلا شيء له لأنه تم قبضه للمسلم فيه وإنما كان الباقي له مجرد خيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض في يده والخيار ليس بمال فلا يستوجب حق الرجوع بشيء عند سقوط خياره. قال (والاخير في أن يسلم العروض في تراب المعدن ولا في تراب الصواغين) لان عين التراب غير مقصود بل مافيه من الذهب والفضة وقد بينا أن السلم في الذهب والفضة لا يجوز ولان بذكر وزن التراب لا يصير ما هو المقصود معلوماً وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه وقد يكثر فعرفنا أنما هو المقصود مجهول جهالة لا تقبل الا اعلام فكان العقد باطلاً لذلك ولا بأس بأن يسلم الحنطة وما أشبهها فيما يوزن أو يكال بالرطل لما بينا أن ما يكال بالرطل فهو موزون واسلام المكيل في موزون هو مبيع جائز لأنه لا يجتمع في البديلين أحد الوصفين وهو الجنسية والقدر الواحد واذا اختلف النوعان مما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولاخير فيه نسيئة وكذلك الموزونات وقد بيناهم هذه الفصول في أول الكتاب ولا بأس بالبنفسج بالحنا والزئبق والورد رطلين برطل فان الادهان أجناس مختلفة عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه ما اتحد أصله منها جنس واحد وفيما اختلف أصله له قولان لان الاسم والهبة واحد وإنما اختلف فيها الرائجة وباختلاف الرائجة لا يختلف الجنس كالمتن من اللحم مع غير المتن ولكننا نقول بما حل بكل واحد منهما من الصفة اختلف الاصل والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف الجنس كالثياب والوداري مع الزند يجي جنسان مع اتحاد الاصل لاختلف المقصود وعلى

هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المرابي بالبنفسج مع غير المرابي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمرابي برطلين من غير المطبوخ وغير المرابي لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها فكانه باع رطلا من زيت وبقوله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقي بازاء الزيادة وعن أبي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهب تلك الرائحة منه فان كان لا ينتقص فقد عرفنا أنه ليس بزيادة في العين فلا يجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المرابي بالبنفسج مع المرابي بالياسمين فهناك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فتعتبر المماثلة باعتبار المال وعلى هذا الالبان فانها أجناس عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه السكل جنس واحد لبن الابل والبقر والغنم لاتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكننا نقول أصولها أجناس واللبن يتولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف أجناسها ولا تقارب في المقصود أيضاً فان مقصود المسلي يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى أن ما يكون أصله جنسا واحداً كالبقرة مع الجواميس والعراب مع البخاتي والمز مع الضأن فليهما جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة وكذلك اللحوم أجناس مختلفة عندنا وللشافعي قولان في أحد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا ألا ترى أنه يمكن تمييز البعض عن البعض برؤية الاعيان بخلاف الادهان والالبان وفي القول الآخر يقول السكل جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هي أجناس لان أصولها أجناس حتى لا يضم البعض الى البعض في حكم الزكاة وكذلك الاسامى مختلفة لاختلاف الاضافة كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير والثوب المروى مع المروى وكذا لحم البقر والغنم والمقصود مختلف أيضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض فربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تفاوت في المقصود أبلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هي موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسبيته ويجوز متفاضلا يداً بيد لانعدام أحد الوصفين. قال (ولاخير في الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا) لان من الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن في الصورة هو تفريق الاجزاء وان كان في الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن ولهذا كان للغاصب اذا

طحن الحنطة الا ان الربا مبنى علي الاحتياط فالشبهة فيه تعمل علي الحقيقة وعند وجود حقيقة المجانسة لا يجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذلك اذا وجبت شبهة المجانسة ولا يعرف التساوي في الكيل بين الدقيق والحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا يدري أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذا كان بالتساوي في المعيار في الحال لا يعلم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع احدهما بالآخر وكذلك بيع الحنطة بالنخالة والنخالة أجزاء الحنطة كاللديق الا أنه جزء خشن والدقيق جزء لين فاما بيع الدقيق بالدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعي لا يجوز لان الدقيق لا يعتدل في الدخول في الكيل فانه ينكس بالكبس والكيل عنده لا يكون معياراً شرعاً الا فيما يعتدل في الكيل ولهذا قال ولا يجوز بيع الباقلاء والرطب بالرطب والمطعم بالمطعم اذا قوبل بجنسه فشرط جواز البيع عنده التساوي في المعيار الشرعي وذلك لا يوجد فيما لا يعتدل بالكيل وانكنا نقول الكيل فيما هو مكيل معيار شرعي والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس وهم يكيلون الدقيق كالحنطة ويجوز السلم في الدقيق كيلا كما يجوز في الحنطة فكان الكيل فيه معياراً شرعياً وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضاً ثم يسقط اعتباره ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق ولا يجوز بيع السويق بالدقيق في قول أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز البيع تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يداً بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتحاد الخبز والمصايد والاطولة منه ولا يحصل شي من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن والعسل فيؤكل كذلك أو يضرب بالماء فيشرب فكان التفاوت بينهما في المقصود أظهر من التفاوت في المروى والمروى من الثياب وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقاً والدقيق لا يصير سويقاً بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني كالدهان وعن أبي يوسف انه يجوز البيع متساويا لامتفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقاً بأن يرش عليه الماء ثم يقلي فيصير سويقاً وبيغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولا يبي حنيفة طريقان (أحدهما) أن السويق أجزاء الحنطة المقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذلك

بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا أنهما انما جملا جنسا واحداً قبل الطحن ففرقنا أنهما جنس واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس واذا كان جنسا واحداً تعتبر المائلة على الوجه الذي صار مال الربا وهو قبل القلي والطحن وبتساويهما كيلا في الحال لا تظهر تلك المائلة فلا يجوز العقد والطريق الآخرا ان يبيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربما الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فرقنا أن المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي في ضمن الحنطة دقيق فثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما ثبتت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما في الضمن قبل الطحن يوضحه أن يبيع الحنطة بالدقيق ربا ويبيع الحنطة بالسويق ربا ومن ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة أن يكون أحدهما جنسا للآخر وانما اختلف الاسم للصنعة لاسم العين فكل واحد منهما أجزاء متفرقة فيما كان له لت الحنطة قبل التفريق وليس فيه أكثر من انه فات بعض المقاصد في السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوبة بغير المقلوبة والملكة مع الرخوة والتي أكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت بالزيتون الا أن يعلم ان ما في الزيتون أقل فحينئذ يجوز والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشيتين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن أخرى فبما وجدت المجانسة عينا لا تعتبر في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئاً آخر حكما ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فانما تعتبر المجانسة بما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه إن علم أما ما في الزيتون من الزيت أكثر من المنفصل فقد يتحقق الفضل الخالي عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك ان علم أنه مثله لان ثقل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر يجوز لان الاصل في متاباة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد بوجود الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذي هو يتوهم الوجود كالتحقق في باب الربا احتياطا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة

الحرام فاذا لم تعلم المساواة جعل ذلك لتحقق الفضل احتياطاً فيفسد العقد وان علم ان ما في الزيتون من الزيت أقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقي من الزيت بازاء التفل فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم والعصير بالغنّب واللبن بالسمن والرطب بالدبس ولا خير في شيء من ذلك نسبة لوجود الجنسية بينهما باعتبار ما في الضمن ولا بأس بخل الخمر بخل السكر متفاضلاً بيداً بيد لانهما جنسان فانما أصلهما جنسان لان السكر ماء التمر والخمر بالغنّب وكما أن الغنّب مع التمر جنسان فكذلك الخل المتخذ منهما فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ولا خير في ذلك نسبة لانه جمعها قدر واحد وهو الكيل والوزن وان اشترى شاة بصوف وعلى ظهرها صوف أو شاة في ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو ان يعلم ان اللبن المنفصل أكثر مما في الضرع وان الصوف المجزوز أكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوي ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية على كل حال وعند محمد لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو أن يعلم ان اللحم المنفصل أكثر من اللحم الذي في الشاة فيكون المثل بالمثل والباقي بازاء المسقط وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما في الضمن فلا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار كما في الفصول المتقدمة وبيان ذلك أن اللحم موجود في الشاة وهو المقصود وبه تختلف المآلة ألا ترى أن الشاة في الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغانمين تناوله وذلك باعتبار ما فيه من اللحم بل وجود اللحم في الشاة أين وأظهر من وجود الدهن في السمسم فان ذلك حادث بالعصير حكماً ولهذا كان ملكاً للغنّاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن اللحم له والذبح نقصان محض بمنزلة القطع في الثوب فلا يحدث به اللحم وهو ازهاق الحياة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القلي في الخنطة يفوت ما كانت الخنطة باعتباره مثبتة واذا ثبت أن اللحم موجود قبل الذبح لا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولها أنه باع عدداً متفاوتاً بوزني فيجوز كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددي متفاوت ولهذا لا يجوز السلم فيها ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتأثيره أن المجانسة باعتبار ما في الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البديلين مقدراً فاما اذا لم يكن أحدهما مقدراً لا يشتغل بطلب المجانسة

بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما تقدم من الفصول ولكن بهذا التقرير لا يتضح الفرق في جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبار والجوز ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزه بجوزتين ولكن نقول اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود منه الدر والنسل والاسامة ليزداد عينها بالسمن فأما اللحم آخر المقاصد من الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصوداً والدليل عليه أن المالمية في الحيوان لا تختلف باختلاف اللحم فقد نرى فرسين أو نجيين يتساويان في اللحم ويتفاوتان في القيمة تفاوتاً فاحشاً والبيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ما تقدم فالمالية هنا تختلف باختلاف مقدار الدقيق في الخنطة والدهن في السمسم والجوز ونحو ذلك نوضحه ان اللحم في الحيوان وان كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حاصل بالذبح حكماً فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول في مسألة الصوف واللبن الجواب قولهم جميعاً فإنه مال موجود قبل الفصل ألا ترى أنه مفصل من الحيوان فيجوز الانتفاع به وهذا لأنه لاهية في الصوف واللبن فكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد الذبح سواء وعلى الطريق الاول هو على الخلاف كما ذكره الطحاوي لان مالية الشاة لا تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا تعرف مالية الحيوان بمقدار اللحم فان باع لحم شاة بالبقر والابل جاز عندنا وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروى أن جزوراً نحر على عهد أبي بكر رضي الله تعالى عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطوني بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر رضي الله عنه هذا لا يصلح ولكننا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيف ما كان يداً بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد والمراد بالنهي عن بيع الحيوان اذا كان أحدهما نسيئة فقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم في كل واحد منهما لا يجوز عند أبي حنيفة وتأويل حديث أبي بكر رضي الله عنه أن ذلك البعير كان من ابل الصدقة فكره أبو بكر رضي الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به على الفقراء فلماذا قال

لا يصلح واذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز في حصة الزيت لان الفساد بوجود العلة المفسدة وذلك في
الشعير خاصة فان صحة الكيل لما جمع البديلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فان
اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبوت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد
في أحدهما فساد العقد في الآخر كما لو باع عبداً ومدبراً وكما لو باع عبدتين فهلك أحدهما قبل
القبض لا يفسد العقد في الآخر وأبو حنيفة يقول العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل أما
في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطاً في قبول
العقد في الزيت لان من جمع بين الشئيين في العقد الواحد فانه يكون شرطاً عليه قبول العقد
في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد
والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه أن فساد العقد في الشعير لا شرط الاجل واشتراط
الاجل في العقد والعقد واحد فاذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن
والمدبر فالعقد في المدبر ليس بفساد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق
المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلماذا لا يتعدى الى الآخر وكذلك لو هلك أحد العبدتين
فانفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظائر هذه المسئلة تذكر في باب
البيوع الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان أسلم فوهبه في فوهية ومروية لان الجنس محرم
النساء كالكيل وبهذا يتبين ان الطريق ما قلنا دون ما يقوله بعض مشايخنا رحمهم الله لابي
حنيفة اذا كان الفساد قويا مجمعا عليه ويمكن في البعض تعدي الى ما بقي فان فساد العقد بسبب
الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصلين فعرفنا ان الطريق ما قلنا. قال (ولا بأس
بأن يسلم الفلوس فيما يوزن لان الفلوس عديدة متقاربة فيجوز اسلامها في كل مكيل أو موزون
الا الصفر خاصة فانه لا يجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية فالفلوس صفران قيل اذا كانت
الفلوس صفراً أو الصفر موزون فينبغي أن لا يجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلت الصفر
موزون في العرف لا بالنص ولا عرف فيه في الفلوس الرائجة ألا ترى أنها لا تتفاوت في
المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو أسلم سيفاً في شيء مما يوزن كان جائزاً لان السيف خرج
من أن يكون موزوناً عادة الا في الحديد فانه لا يجوز اسلام السيف في الحديد للمجانسة
وكذلك كل إناء خرج بالصنعة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في الموزونات الا في نوعه ولا

بأس بأن يبيع إناء مصوغاً بأناء مضع من نوعه يدآ بيد وان كان أكثر منه في الوزن اذا كان ذلك الاناء لا يباع وزناً لانه عددي متفاوت كالتياب وهذا بخلاف أواني الفضة والذهب فانه يجري فيها ربا الفضل وان كانت لا تباع وزناً في العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من أن يكون موزوناً بالعادة والمادة لا تعارض النص فأما في الحديد والشبه وما أشبه ذلك صفة الوزن ثابتة في العرف فيخرج من أن يكون موزوناً بالصنعة وبالعرف وبتعارف الناس يبيع المصوغ منه عددًا فأما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لا اصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيها ليكون أحد الفلوسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً في البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلساً بعينه بفلس بغير أعيانها لم يجز أيضاً لانه لو أجاز أمسك الفلوس المعين وطالبه بفلسين آخر أو أسلم اليه الفلوس المعين ثم قبض ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلوس الآخر فضلاً خالياً عن العوض وكذلك لو باع فلسين بأعيانها بفلس بغير عينه لا يجوز لانه لو جاز بقبض المشتري الفلوسين ثم دفع اليه أحدهما فكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بغير عوض فأما اذا باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانها يجوز في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول محمد بن فضال الله عنه وهذا ينبنى على أن الفلوس لا تعين بالتعيين مادامت رائجة عند محمد وعلي قولهما تعين بالتعين اذا قوبلت بجنسها حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاعان لا تعين في العقود بالتعيين كالدرهم والدنانير ألا ترى أنها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئاً فهلك قبل التسليم لا يبطل العقد ولو اشترى بها جاز فكذلك اذا قوبلت بجنسها لان ما تعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيلات والموزونات وما لا تعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وما يقولان الفلوس عددي والمددي تعين بالتعيين فيجوز بيع الواحد منه بالثمن كما لو باع جوزة بجوزتين بأعيانها وتحققه أن صفة الثمنية في الفلوس ليست بصفة لازمة ولا هو ثابت باصل الخلقة بل بهارض اصطلاح الناس والعاقبة ان قصد تصحيح العقد ولا وجه لتصحيح العقد الا بأن تعين الفلوس وتخرج من أن تكون رائجة ثمناً في حقها فيجعل كأنهما عرضا عن ذلك الاصطلاح

والدليل على أن معنى الثنية في الفلوس بالاصطلاح أنه يصلح ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس وأنه يروج بعض الاشياء دون البعض ويروج في بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة فان قيل تحت هذا الكلام فساد فانه اذا خرج في حقهما من أن يكون ثمنًا كان هذا يبيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذلك لا يجوز قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثنية والعدد فيهما في هذه المبايعه اعراضا عن اعتبار صفة الثنية فيها وما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنًا في حقها خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس ثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. قال (ولا بأس بأن يشتري شقة خبز بشقة خزهي أكثر منها وزنا) لانها لا توزن وانما تدرع كسائر الثياب ويبيع ماليس بمكيل أو موزون بجنسه يدًا بيد يجوز كيف ما كان. قال (ولا بأس بالتمر بالرطب مثلا بمثل وان كان الرطب ينقص اذا جف) وهذه مسائل (أحدها) يبيع الرطب بالرطب كيلا يكيل جائز عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز وكذلك الباقل أو عطل في كتابه فقال لان بين الباقلتين فضاء ومتسامعناه أنه لا يعتدل في الدخول في الكيل حتى لا ينضم بعضه الى بعض بل يتجافي ويتفاوت مقدار التجافي فيه فلا يكون الكيل فيه معياراً شرعياً والمخلص عن الربا يكون بالتساوي في المعيار الشرعي وقاس بيع الحنطة المقلية بغير المقلية فان المقلية لا تعتدل في الدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقل أو صخور فانها اذا قلت رطبة انتفخت واذا قلت يابسة ضمرت وحجتنافى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر ككيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعد عليها صورتها الى أن تدرك فكان الرطب تمرًا والدليل عليه قول القائل

وما العيش الا نومة وشرق وتمر على رؤس النخيل وماء

والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب أمثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وقد بينا أن حكم الربا لا يثبت في المال مالم يصر أمثالا متساوية وانما صارت أمثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها عياراً شرعياً والاصل أنه يراعى وجود المساواة بين المثليين على الوجه الذي صار مال الربا كما في الحنطة وغيرها وبه فارق المقلوة فان الحنطة لا تخلق كذلك بل تكون في الاصل غير مقلوة وتصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المائلة وبمد القلي لا تعرف تلك المائلة وان تساويا في الكيل فهذا لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فان قيل

هذا فاسد فقد جوز تم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي (قلنا) الحنطة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المائة على الوجه الذي صارت مال الربا جاز العقد وهي لا تخلق في الاصل مقلوبة حتى يكون هذا إعادة الى تلك الصفة فيها فأما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل بجوز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهما الله لحديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف قالوا نعم فقال عليه الصلاة والسلام فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم في قوله عليه السلام أينقص اذا جف اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المائة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة في الكيل في الحال فهذا الحديث دليل الشافعي رضى الله عنه أيضا في المسئلة الاولى من هذا الوجه واعتبار المائة في أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولان العقد جمع بين البدين أحدهما على هيئة الادخار والآخر ليس على هيئة الادخار ولا يتماثلان عند التساوى في الصفة فلا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة في الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير في الآدمى وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتق وكل واحد من البدين هناك على هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا شئ يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يداً عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو ليس بتمر فان كان تمراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمراً جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضى الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن أبي عياش وزيد بن أبي عياش لا يقبل حديثه واستحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن أبي عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام في المناظرة يحسن لدفع شغب

الخصم ولكن الحجة لا تم بهذا لجواز أن يكون هنا قسماً ثالثاً كما في المقلية بغير المقلية ولكن
الحجة لأبي حنيفة الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يد بيد كيل بكيل
وقد بينا أن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخيل حين تنقصد صورتها إلى أن تدرك وما يتردد
عليها من الأوصاف باعتبار الأحوال لا يوجب تبديل اسم العين كالأدمى يكون صبيغاً ثم شاباً
ثم كهلاً ثم شيخاً فإذا ثبت أن الكل تمر يراعى وجود المائة حالة العقد على الصفة التي دخلت
في العقد لأن اعتبار المائة سبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار المساواة
إلا نظير الأجود فكما لا يعتبر التفاوت في ذلك فكذلك في هذا وقد تحققت المساواة
بينهما في الكيل في الحال لأن الرطوبة التي في الرطب مقصودة وهي شاغلة للكيل فلا يظهر
التفاوت إلا بعد ذهابها بالجفاف فلا يتبين به أن التفاوت كان موجوداً وقت العقد بخلاف
الحنطة بالذيق فإن بالطحن تفرق الأجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل فتبين بالتفاوت بينهما
بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فإن بالقي لا يفوت جزء
شاغل للكيل إنما تنعدم اللطافة التي كانت بها الحنطة منبته ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن
هذا التفاوت كان موجوداً عند العقد ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت في الجودة بقوله
صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد
باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والتفاوت بين النقد والنسيئة حادثة بصنع العباد
وهو اشتراط الأجل فصار هذا أصلاً أن كل تفاوت ينبنى على صنع العباد فذلك مفسد للعقد
وفي المقلوبة بغير المقلوبة والحنطة بالذيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبنى على ما هو ثابت بأصل
الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون
معتبراً كالتفاوت بين الجيد والردى. قال (ويبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر) فإما بيع الحنطة
المبلولة باليابسة أو الرطبة باليابسة يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول محمد لا يجوز وذكر في نسخ
أبي حفص قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وهو قوله الآخر فإما قوله
الأول كقول محمد فابو حنيفة مر على أصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد مر
على أصله وهو اعتبار المائة في أعدل الأحوال كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في
حديث سمعته من رسول الله تعالى عنه وذلك لا يوجد في الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفوف وأبو
يوسف يقول القياس ما قاله أبو حنيفة ولكن تركت القياس في الرطب بالتمر للحديث والمخصوص

من القياس بالاثرا لا يحق به الا ما كان في معناه من كل وجه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة غير مقصودة بل هو عيب فلهذا أخذت فيه بالقياس وأبو حنيفة يقول تأويل الحديث ان صح ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك في بعض الروايات وفائدة قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف أن الرطب اذا جف ينقص الا أن يحل الأجل فلا يكون هذا التصرف مفيداً وكان السائل وصياً ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد فاما الحنطة المبلولة بالمبلولة تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحهما الله تعالى لما قلنا ولا يجوز عند محمد وكذلك الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع ومحمد يفرق بين هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب فيقول هناك التفاوت يظهر بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد به العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في العقود عليه وهذه الفصول تظهر التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد به العقد فهذا الحرف يتضح مذهبه في هذه الفصول ثم ذكر بيع الحنطة المقلية بغير المقلية وقد بينا الحكم فيه وأهل الادب طعنوا عليه في هذا اللفظ فقالوا انما يقال حنطة مقلوة فاما المقلية المبعضة يقال قلاه يقلية اذا أنفضه ولكننا نقول محمد كان فصيحاً في اللغة الا انه رأى استعمال العوام هذا اللفظ في الحنطة ومقصوده بيان الاحكام لهم فاستعمل فيه اللغة التي هي معروفة عندهم وما كان يخفى عليه هذا الفرق ولا يجوز الحنطة بالسويق متساوياً ولا متفاضلاً الا أن تكون الحنطة اكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون مامعه بفضل الحنطة لان الصحة مقصود المتعاقدين ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعاً يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كأنهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بجوز البيع وينصرف تسمية النصف مطلقاً الى نصيبه خاصة وكذا لو قال لرجل أوصيت لك بثلاثي بجوز ويجعل على ايجاب ثلث المال لانه عرف أنه مقصوده فهذا مثله والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تظن بكلمة خرجت من فم أخيك المسلم سوءاً وانت تجد لها في الخير محملاً ولو أسلم ثوباً فوهياً في ثوب مروى ويجعل من المسلم اليه فضل دراهم أو متاع جاز لان ما يخص الدراهم أو المتاع من الثوب القوي يكون ميباً وما

يخص الثوب المروى منه يكون رأس المال واسلام القوهى في المروى جائز وكذلك لو أعطاه ثوبا في حنطة وشمير فجعل بعضه عاجلا وبعضه الى أجل فهو جائز لان ما يخص العاجل منه ان كان بعينه فهو متقابلة وان كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب ثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع ثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو أعطاه ثوبا فوهيا في ثوب فوهى بنسيئة فهو مردود لانه لاوجه لتصحيحه بيبا مقابضة فان أحد البديلين ليس بمعين ولاوجه لتصحيحه سلما لان البديلين من جنس واحد ولاوجه لتصحيحه قرضا فان استقرض الثوب لا يجوز فان زاد فيه درهما مع الثوب الذى عجل أو زاده الآخر مع ثوبه درهما عاجلا كان ذلك كله أو آجلا كان ذلك فاسداً لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد وادخال الرخص فيه وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح البيع لان ثبوت البيع بثبوت الاصل واذا أثبتنا الحكم في البيع بدون الاصل لم يكن يباع وكذا لو كانت الزيادة دنانير أو ثوبا يهوديا أو كره حنطة أو غير ذلك لانه بيع للاصل حين أوجبه باسم الزيادة عينا كان أودينا وان أسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم أو دنانير أو ثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد في الاصل المؤجلة بمقابلة بعضه يكون ديناً بدين وان كانت الزيادة صحيحة هنا فيثبت حكمه في الزيادة أيضاً وان جعله مؤجلا لم يجز لان المسلم فيه دين فالزيادة من الذى عليه السلم دراهم أو دنانير أو ثوبا أو شيئاً مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز أيضاً اذا كان معلوماً في نفسه لان رأس المال عين فلا يخص المسلم فيه من رأس المال يكون عقد السلم فيه صحيحاً وما يخص الزيادة يكون يباع ثمن الى أجل معلوم وذلك جائز أيضاً فاما اذا أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا آخر أو نصف كره لا تجوز الزيادة لانه لا يمكن جعل الزيادة ثمنا وجعل الدراهم مبيعا فلا بد من أن يجعل زيادة في المسلم فيه والزيادة في المسلم فيه من المسلم اليه على سبيل الالتحاق بأصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الى الزيادة بل حاجته الى زيادة رأس المال فلا جرم الزيادة في رأس المال على سبيل الالتحاق بأصل العقد جائزة في المجلس . قال (وان أسلم طعاما في ثياب مختلفة أو في أشياء من الوزنيات مختلفة ولم يسم رأس مال كل صنف منها فهو فاسد) في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اشتراط اعلام قدر رأس المال فيما

يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا بأس بأن يشتري الرجل الشاة الحية بالشاة المذبوحة
يداً بيد لانه بيع عددي فوري فالشاة الحية لا توزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت
في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الاخر فهو سلم في اللحم ولو كانتا شاتين
مذبوحتين قد سلخنا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم تسليخ كان ذلك جائزاً أيضاً لان المثل
من لحم الشاة بمقابلة من الشاتين والباقي من لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط فيجوز ذلك
ويحمل مطلق كلاهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك
فاسداً لان العقد اشتمل على اللحم فقط من الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية
والوزن حرم التفاضل. قال (ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير
يداً بيد) فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحساناً والقياس أن
لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدى عجوة
وزبيب أو باع ديناراً ودرهما بدرهمين ودينارين فأما اذا باع درهما جيداً ودرهما زيفاً بدرهمين
جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي لا يجوز وكذلك لو باع ديناراً نيسابورياً أو
ديناراً هروياً بدينارين نيسابورين أو هرويين وهذا بناء على الاصل الذي تقدم فان عند الشافعي
رحمه الله للجودة قيمة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فانما ينقسم الدرهمان الجيدان
على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنه وذلك ربا
وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء ويجوز
العقد لوجود المساواة في الوزن عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة
بالفضة مثل بمثل يد بيد وبقوله صلى الله عليه وسلم جيدها وريثها سواء وأما الكلام في الفصل
الثاني فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على أعواض من أجناس مختلفة ينقسم البعض على
البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبداً أو ثوباً بجمارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه
يمتدل فيه النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه في البعض يعارض وانما يكون
ذلك في الانقسام باعتبار القيمة وأما في صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر أحدهما عند
انفساخ العقد في البعض يعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز تمر بقفيز تمر لا يجوز ولا يجعل
التمر من كل جانب بمقابلة القوي من الجانب الآخر ولو باع منام لحم بنوى لحم لا يجوز ولا
يجعل اللحم من كل جانب بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشترى عبداً بالف

درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا يمكن بان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثاني مثل الثمن الاول والباقي بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه ان في الأموال الربوية يصرف الجنس الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوباً وعشرة ثوب وعشرة بشرط قبض الدراهم في المجلس لانه يجعل صرفاً في حق الدراهم ووجه الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يداً بيد وقد اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغي أن يجوز العقد كيف شاء المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين ممكن بطريق شرعي وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام في سائر المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعاوضة والمساوات اذ ليس صرف البعض أولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود هنا لانه لو صرف الجنس الى الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معاوضة بين الجائر والفاقد فالجائر مشروع باصله ووصفه والفاقد مشروع باصله حرام بوصفه فاذا لم تتحقق المعاوضة على وجه المساوات لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة ولكن يرجع ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه دون وجه بخلاف النوى مع التمر فالتمر والنوى كله مكبل من جنس واحد ولو صرح بصرف التمر الى النوى لم يجز العقد وكذلك العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عند التصحيح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه أيضاً فاما مسألة العبدین (قلنا) فصل المعاوضة يتحقق هناك لان جهات الجوازات اكثر فانه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز وكذلك ان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول فلكثر جهات الجواز يتحقق معنى المعاوضة ويجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس يوضحه ان شرط الجواز هناك ان لا يكون الثمن الثاني اقل من الثمن الاول فكأنهما ولو صرح بهذا لم يصرف مقدار الثمن معلوماً فلا يجوز العقد فان قيل المعاوضة هنا تتحقق أيضاً فانه اذا جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم والنصف الباقي بمقابلة الدينار ونصف دينار بمقابلة نصف الدينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضاً (قلنا) نعم

ولكن هذا بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لاوجه للجواز هنا الا هذا الطريق فكيف ما يشتغل به لا يخرج به الطريق من أن يكون عينا واذا اشترى ثوبا وعشرة ثوب وعشرة (قلنا) هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس فان القبض في مجلس شرط بقاء العقد صحيحا لشرط الانقضاء صحيحا ونحن انما صححنا هذا التصحيح العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم. قال (وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود منه فلا خير فيه) لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف قفيز والنصف الآخر خال عن العوض وبهذه المسئلة يتبين أن أدنى ما يكون مال الربان الحنطة نصف قفيز لما بينا انها انما تصير مال الربان الكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقدارها بالمكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد فيما دونه ولا بأس بان يشتري الكفري بما يناسب من التمريدا بيد لان الكفري ليس يتم ولا يكال أيضا ولا خير فيه اذا كان الكفري نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو عددي متفاوت فان آحاده متفاوت في المايله. قال (ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر علي ما بينا ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنقعد صورتها الى ان تدرك فاما في الكفري قبل انقضاء صوره التمر فلا يكون تمرا وكذلك في كل صنف من صنوف التمر فلا خير في بعضه ببعض الامثالا بمثل يدا بيد ولا خير في ان يبتاع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل أو موزون لان المساواة في القدر شرط لجواز العقد اذا صارت الاموال أمثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا تظهر المساوات في القدر فلا يجوز العقد. قال (فان تباع صبرة بصبرة مجازفة ثم كلنا بعد ذلك فكالتا متساويين لم يجوز العقد عندنا) وقال زفر بجوز لان ما هو شرط الجواز وهي المائة قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين فجاز العقد كالزوجة امرأة نفسها من رجل وهناك شاهدان يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما وهو ما وما هو موهوم الوجود يجعل كالتحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقود التي تدرى بالشبهات ولان باب الربا مني على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالتحقق وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا بوزن لا يجوز لان الحنطة مكيلة فشرط الجواز فيها المائة الكيل وبالمساواة في الوزن لا تعلم المائة في الكيل وهذا بخلاف ما لو أسلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ما ذكره الطحاوي

لان في المسلم فيه لا تعتبر المائة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة يتبين الجواب عن الاشكال الذي ذكرنا في مسئلة علة الربا على من علق في مسئلة بيع الحفنة بالحفتين انه انما جاز لان للجودة من الحفنة فيما عند مقابلتها بنفسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمائة بالميار ولا ميار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسئلة النصب وهو ان يقال لاقية للجودة من الحفنة ايضاحي اذا نصب حفنة من حنطة وذهبت جوتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له ان يضمن الناصب النقصان لانا نقول لاقية للجودة منها لانها موزونة لانها مكيلة وكما ان اعتبار بالكيل يستقط قيمة الجودة فكذلك باعتبار الوزن الا ان الشرع اسقط اعتبار الوزن في الحنطة في حكم الربا حيث نص على المائة فيه كيلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفتين ولم يجعل للجودة من الحفنة قيمة في النصب لانها موزونة كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن. قال (ولا خير في شراء التمر على رؤس النخل بالتمر كيلا او مجازفة عندنا) وقال الشافعي يجوز شراء التمر على رؤس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصاً فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان وحقته في ذلك حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن المزانية ورخص في العرايا وهي ان تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق والدليل على ان المراد بالعراية التي رخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قلنا قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فانه لما سئل ما عرايا كم هذه قال ان الرطب لياتينا ولم يكن في أيدينا بعد نبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتباع بخرصها تمرأفناً كل مع اليابس الرطب ولان ما على رؤس النخل لا يتأتى فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخوص ينعدم أو يقل في القليل ويكثر في الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير في التبرع أصل حتى أن الزيادة تدخل في الكيلين يجعل غفواً بخلاف ما زاد على ذلك وحقنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما على رؤس النخل تمر فتأ يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجع على الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصاً وأما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلى الله عليه وسلم للخراصين حققوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والخروس له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا وقال القائل شاعر الانصار

ليست بسيدها ولا رحيبه ولكن عرايا في السنين الحوائج
والافتخار بالمطاء دون البيع وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل
ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم ليكون أهله في البستان ولا يرضي
من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك ثمراً محدوداً بالخرص ليدفع
الضرر عن نفسه ولا يكون مخالفاً للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب
له ما دام متصلاً بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضاً عنه بل هبة مبتدأة وانما
سمى ذلك بيعاً مجازاً لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك
كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده
والقياس معنى في المسئلة لانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز لطريق الخرص كما لو
كانا موضوعين على الارض أو كانا على رؤس النخيل وكما في سائر المكيلات من الحنطة
والشعير فانه لو باع الشعير المتحصل بشعير مثله بطريق الخرص لم يجوز كذلك الحنطة والشايفي
لا يجوز ذلك في الحنطة لمعنيين (أحدهما) ان شراء الحنطة في سنبلها بالدراهم عنده لا يجوز
لانه شراء ما لم يره بخلاف الشعير فانه ظاهر مرتين (والثاني) انه بيع مطعوم بمطعوم من جنسه
لم يعرف التساوي بينهما في المعيار الشرعي. قال (ولا بأس بشراء فضل الحنطة بحنطة
مجازفة أو كيلاً بعد أن يكون بعينه لان الفضل ليس بمكيل ولا موزون انما هو علف الدواب
بمنزلة الحشيش ثم بيع الزرع النبات قبل أن يصير منتفحاً به لا يجوز سواء باعه بالتقد أو
بغيره لان البيع يختص بعين مال متقوم والزرع في أول ما يبدو قبل أن يصير منتفحاً به
لا يكون مالا متقوماً اما بعد ما صار منتفحاً به بحيث يعمل فيه المناجل ومشافر الدواب
يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به فان باعه بشرط القطع أو مطلقاً جاز لان مقتضى مطلق
البيع تسليم المقود عليه عقبه فهو بشرط القطع سواء وان باعه بشرط الترك في أرضه حتى

يدرك فلا خير فيه لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض البديل فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البديل فهو اعارة مشروطة في العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقاً ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشتري لانه تبرع عليه بمنافع أرضه وان كان الترك بغير اذن البائع فطليه أن يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خيـث فانه غاصب للارض والزيادة انما حصلت بقوة الارض فكان بمنزلة من غصب أرضاً وزرعها فعليه أن يتصدق بالفضل. قال (وان استأجر الارض مدة معلومة بأجر معلوم ليترك الفضل فيها فذلك جائز) لان استئجار الارض صحيح اذا كان المستأجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن هنا موجود لاشتغالها بزراعة بمعنى أنه وصلت منفعة الارض الى زراعته فصار كأن زراعته استوفى منفعة الارض وان استأجرها الى وقت الادراك فهو فاسد لجهالة العقود عليه وقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ويلزمه أجر المثل لانه استوفى في المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمي لانعدام المقوم في الزيادة ثم يرفع من الغلة ما غرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بحكم عقد فاسد فتمكن فيه نوع خيـث. قال (ولا بأس بأن يتناع زرع الحنطة بعد ما أدرك بغير الحنطة عندنا) وعند الشافعي لا يجوز في أحد القولين لانه اشترى ما لم يره وبيانه يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى. قال (واذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقسماهم مجازفة فأخذ أحدهما أحد النوعين والآخـر النوع الآخر بغير كيل وأخذ كل واحد منهما نصف نوع مجازفة فهو جائز اذا اصطلاحا عليه) لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدا بيد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما يأخذ نصف النوع الذي أخذه بتقديم ملكه والنصف الآخر عوضاً عما تركه لصاحبه. من نصيبه في النوع الآخر ويبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز. قال (ولا يجوز شراء اللبن في الضرع كيلاً ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك انهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الفرر والفرر ما يكون مستور العاقبة ولا يدري أن ما في الضرع ربح أو دم أو لبن ولان البيع يختص بمين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولا يكون ما لا متقوماً بنفسه قبل الحلب وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل ولان اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بالميس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تتمكن المنازعة بينهما في التسليم

لان المشتري يستعصى في الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن وكذلك بيع اولادها في بطونها لا يجوز لمعنى الغرور وانعدام المالية والتقوم فيه مقصوداً قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه واستدل بنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبله منهم من يروى بالكسر الحبله فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروى بالنصب الحبله فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقه تم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع جبل الحبله قبل المضامين ما تضمنه الاصلاب والملاقيح ما تضمنه الارحام وقيل على عكس هذا المضامين ما تضمنه الارحام والملاقيح ما تضمنه الاصلاب وكذلك شراء أصوافها على ظهورها لان الصوف قبل الجزاز وصف للحيوان وليس بمال متقوم في نفسه ولان المنازعة فيما يمكن في التسليم فان المشتري يستعصى في الجزاز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز ذلك لان الصوف عين مال ظاهر وقاسه ببيع قوائم الخلاف وذلك جائز والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان النمو في أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشتري وأما النمو في الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما اذا حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحسوب يكون على رأسه لا في أصله فيختلط ملك البائع بملك المشتري مع أن ما يكون متصلاً بحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلاً بالشجرة فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك . قال (وكل شيء اشتراه من الثمار على رأس الشجر بصنف من غيره يد ايد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن تصير متفعماً بها لا يجوز) لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم فان صار متفعماً ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه بشرط القطع يجوز وان اشتراه بشرط الترك لا يجوز وان اشتراه مطلقاً يجوز عندنا لان مطلق العقد يقتضى تسليم العقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعي لا يجوز هذا العقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها أو قال حتى يرهى أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أما اذا اشتراها بعد ما بد صلاحها الا أنها لم تدرك بعد شرط القطع

يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضى مطلق العقد وعند الشافعي رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعي رحمه الله لانه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود ما يجوز العرف كما اذا اشترى نعلا وشرا كين بشرط أن يحدوها البائع ولكننا نقول ان كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهذه اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن فهي اجارة مشروطة في البيع وقد ورد الشرع بالهوى عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ثم ان الثمار على رؤس الاشجار تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكانه ضم المدوم الى الموجود واشترها فكان باطلا وفصل النعل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المدوم فاما اذا تنهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج فان اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وان اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا ويجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا لانه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطم من الكواكب بتقدير الله فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلماذا قال محمد استحسن أن أجوزة بخلاف ما قبل ان يتناهى عظمه فان اشتراه مطلق ثم تركه الى وقت الادراك فهو على قياس ما قدمنا من التفصيل في الفصل الا في فصلين (أحدهما) ان هناك لو استأجر الارض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الاشجار مدة معلومة لا يجوز بحال لان استئجار الارض بالدراهم صحيح واستئجار الاشجار لا يجوز بحال (والثاني) ان هناك لو استأجر الارض الى وقت الادراك يلزمه أجر المثل ولا يطيب له الفضل وهنا لا يلزمه شيء من الاجر ويطيب له الفضل لان استئجار الاشجار لا يجوز له بحال فلا ينقذ العقد عليهما فاسدا أيضا وبدون انعقاد العقد لا يجب الاجر واذا صار العقد لغواً بقي مجرد الاذن والترك متى كان بأذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصر منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصر منتفعا به

كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب ان هذا العقد لا يجوز عندنا خلافاً لما لك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة الى ذلك كما ان في باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حتى جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلاً وما لم يخرج منه جعل تبعاً له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكننا نقول جمع في العقد بين الممدوم والموجود والممدوم لا يقبل البيع وحصاة الموجود من البذل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل الممدوم حقيقة موجوداً حكماً للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة فأما الثمار تقبل العقد بعد الوجود قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يفتي بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً قال أستحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلاً حق ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الاول عندي أصح لان المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه ان يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه ان يشتري الموجود المتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقي الى ان يصير منتفعاً به أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . (قال وان اشترى طعاماً بطعام مثله فمجله له وترك الذي اشترى ولم يقبض حتى افتراقاً فلا بأس به عندنا) وقال الشافعي يبطل البيع والتقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام من جنسه أو من خلاف جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعي هو شرط عندي واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في الاشياء الاربعة يداً بيد والمراد به الفبض ألا ترى ان هذا اللفظ في الذهب والفضة أفاد شرط القبض ثم قال في آخر الحديث واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد وهذا ينصرف الى جميع ما سبق ثم فهم منه في بيع الذهب والفضة شرط القبض في المجلس فكذلك في الاشياء الاربعة ولان العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا يحرم التفاضل بينهما فيشترط القبض فيه في المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا

لان بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت في المالية لان حقيقة التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا ان حرمة النساء لوجوب القبض في المجلس ولنا في المسئلة طريقان (أحدهما) ان القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالمالك فانه يجوز ان يتأخر عن حالة العقد بخيار شرط أو نحوه وهذا لان حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وانه يقترن بالشيء شرطه والقبض في كل بيع انما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه وساعات المجلس انما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذي هو حكم العقد لا يشترط هناك عندنا وانما يشترط التعيين لان التعيين شرط العقد بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي والنقود لا تعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر بهذا شرطنا القبض فيهما للتعيين وفي باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون ديناً بدين ولكن ما يقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضى العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم علي ما يتعين بالتعيين الا أنه يشق على كل تاجر معرفة ما يتعين ومعرفة ما لا يتعين فأقام الشرع اسم الصرف والسلم مقام عدم التعيين في البدلين تيسيراً علي الناس والطريقة (الثانية) ما علل في الكتاب وقال لانه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا أن الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكماً باشتراط الاجل وذلك لا يوجد هنا فالتجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالاً واذا لم يتمكن فضل خالي عن المقابلة كان العقد جائزاً كما في بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه وأما الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعاً واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض في المجلس ولهذا شرطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بأجل فشرطنا التعجيل في أحد البدلين بمقتضى الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كالكفالة والحوالة والنكاح فاما هذا البيع كسائر البيوع في الاسم وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه استحقاق التسليم لا وجوب القبض في المجلس كما في سائر البيوع وقد بينا في أول الكتاب ان المراد من قوله صلى الله عليه وسلم يداً أي عين بعين لان التعيين بالاشارة باليد كما أن القبض يكون باليد فيصلح ذكر اليد كناية عنهما ولكن لو كان مراده القبض لقال من يداً الى

يد فلما قال يدآ بيد عرفنا انه بمنزلة قوله عين بعين وأما بيع العبد بالعبد والثوب بالثوبين
فجائز بدون القبض في المجلس لانهما يفرقان عن عين بعين وكذلك بيع العبد والثوب بالنقد
لانهما يفرقان عن عين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه أجل يوم في العين كان فاسداً لان
العين لا تقبل الاجل فالمقصود بالاجل أن يحصل في المدة فيسلمه وذلك في العين لا يتحقق
ولانه منفعة في اشتراط الاجل في العين لا يدآ بيد لا يسقط فيه بالتعرف بعد أن كان
مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر على المشتري من حيث قصور
يده عن العين الى مضي الاجل وجواز الشرط في العقد الانتفاع به لا لضرر بغيره. قال (واذا
اشترى طعاما بطعام مثله واشترط أحدهما على صاحبه أن يوفيه طعامه في منزله لم يجز) لان
شرط المساواة عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط متمكن في أحد الجانبين فضل
وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فتعدي به المساواة وان كان اشتراه بغير جنسه بأن اشتراه
خارجا من المصر وشرط أن يوفيه في منزله في المصر فالعقد فاسد أيضاً لان وجوب التسليم
بالعقد في الموضع الذي فيه المعقود عليه فالمشتري يملك بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط
لنفسه منفعة الحمل على البائع فسد به العقد كما لو شرط أن يطحنه وان كان اشتراه في المصر
وشرط أن يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه في منزله ففي القياس العقد فاسد
وهو قول محمد وفي الاستحسان هو جائز وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى
وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا للمشتري في الموضع الذي فيه المعقود
عليه ففي اشتراط تسليمه في مكان آخر شرطه منفعة لا يقبضه العقد فان كان بمقابلتها شيء
من البدل فهي اجارة مشروطة في البيع والافهي اعارة مشروطة في البيع وذلك مفسد للبيع
كما لو اشتراها خارج المصر أو كان الشرط بلفظ الحمل وانما استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف
للعرف فان الانسان يشتري الحطب في المصر ولا يكثرى دابة أخرى لتحمله الى منزله ولكن
البائع هو الذي يتكلف لذلك وما كان متعارفا وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه
واجب لما في النزاع عن العادة من حرج بين ومثل هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا
اشترى الحنطة أو الحطب خارج المصر فالمشتري هو الذي يتكلف الحمل ذلك بوضعه أن
نواحي المصر كناية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل وموثة لا يختلف في نواحي المصر
بخلاف المصر مع القرية فقيمتها في المصر أكثر من قيمتها خارج المصر وما كان ذلك الا لان

المشترى هو الذي يتكلف. بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في لفظ الحمل والايفاء سواء وقالوا لافرق خصوصا في لسان الفارسية بين أن يقول يسار نجاته من أو ييادنجانه من أو يردادنجانه من والاصح هو الفرق من قبل أن الایفاء من متضيات العقد فالعقد يوجب ایفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الایفاء ملاما لمقتضى العقد فاما الحمل ليس من مقتضات العقد ألا ترى أن العقد قد يخلو عنه بأن يسلمه الى المشتري في ذلك المكان وشرط الحمل لا يلائم مقتضى العقد فلماذا أخذنا فيه بالقياس. قال (وان اشترى شعيرا بصوف متفاضلا فلا بأس به) لانهما جنسان لاختلاف الاسم والهيئة والمقصود وأصلهما وان كان نوعا واحداً ولكن باختلاف هذه المعاني يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن وكذلك القطن بالكتان والمشاقة بالكتان لا بأس به متفاضلا لانهما جنسان مختلفان الا في رواية عن أبي يوسف قال المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا وزنا بوزن بمنزلة أنواع التمر والحديد والنحاس كذلك جنسان لا بأس ببيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير في أن يسلم هذا في شيء من الموزونات لان الكل موزون بثمان وكذلك الاواني المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزنا لا يجوز اسلامهما في الموزونات أما اواني الذهب والفضة فيجوز اسلامهما في الموزونات من الزعفران والسكر وغيرها كما يجوز اسلام الدراهم في هذه الاشياء لان صفة الثمينة لها ثابتة بأصل الخلقة فلا تتغير بالصفة وعند زفر لا يجوز لانه موزون مثنى حتى يتعين بالعقد في التعيين فهذا كالمخذ من الصفر والحديد واذا كان شرط السلم طاماما وسطا فأعطاه أجود أو أردأ فرضى به جاز لانه ان أعطاه أجود فقد أحسن في قضاء الدين وان أعطاه أردأ فقد أحسن الآخر الى أسيره حين رضى منه به وأبرأه من صفة الجودة حين تجوز بدون حقه فجاز ذلك وذكر الطحاوى انه لو أسلم اليه دراهم في حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيبا وقد تعيب عنده فان رضى المسلم اليه أن يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض وطالبه رب السلم بحقه وان أبي أن يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشيء في قول أبي حنيفة لان الفئات وصف ولا قيمة للصفة في الاموال الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد يرجع بحصة نقصان العيب من رأس المال لان بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال بمنزلة مالو حط بهضه فلا يؤدي الى الربا اذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق وقال أبو يوسف ان أبي المسلم اليه أن يقبل الميب غرم

رب السلم طعاما قبل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على أصله في رد المثل عند تعذر رد العين لصاحب الدين اذا وجد المقبوض زيوفا وقد ملك في يده وفي اختلاف زفر ويعقوب ورحمهما الله قال (لو قال لا آخر اشتريت منك كرخطة وسط الى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها الى في مكان كذا فهو سلم جائز عندنا) وقال زفر لا يجوز لانه يبيع ما ليس عند الانسان وهو منهي عنه شرعا وانما الرخصة في السلم خاصة فاذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكرا شرائطه والمعبرة للمعنى دون الالتفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذه العين بعشرة دراهم وقبل الآخر كان يباع وان لم يذكر اللفظ البيع وهذا على أصل زفر أظهر فإنه يجعل الهبة بشرط العوض يباع ابتداء ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبيدين وقبضهما وهلك أحدهما عنده ثم اختلفا في الثمن فعلى قول أبي حنيفة القول قول المشتري ولا يتحالفان لا في القائم ولا في المالك إلا أن يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبي يوسف القول قول المشتري في حصة المالك ويتحالفان ويترادان في الحى وعند محمد يتحالفان ويترادان القائم وقيمة المالك وهذا بناء على ما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد لا يمنع ويبان هذا الفصل يأتي في باب ان شاء الله فإما كان من أصل محمد أن هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض ثم بعد التحالف فسخ العقد في القائم منهما على العين ممكن فرد العين وفي المالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما لو كان الكل هالكا عنده والقول في قيمة المالك قول المشتري مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المنصوب منه اذا اختلفا في قيمة المنصوب وعند أبي يوسف لو كانا قائمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يجز التحالف بينهما فاذا مات أحدهما يعتبر كل واحد منهما في نفسه كما في الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله أن المشتري يحلف بالله ما اشتراها باليمين ثم يحلف البائع بالله ما باعها بألف كما يدعيه المشتري ولا يفضل أحدهما عن الآخر في اليمين لانه اذا فضل أحدهما عن الآخر في التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما يكون بارأ في يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فلماذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا ترد العين منهما ثم يحلف المشتري في حصة المالك بالله ما عليه من ثمنه الا خمسينة اذا كانت قيمتهما سواء وان

اختلفا في قيمة الهالك فينبغي أن يكون القول في قيمته قول البائع مع يمينه وان اختلفا في قيمة الحى لتوزيع الثمن عليهما تحكم قيمته في الحال فان كانت مثل ما يقوله البائع أو أقل فالقول قول البائع مع يمينه وان كانت مثل ما يقوله المشتري أو أكثر منه فالقول قول المشتري مع يمينه وان كانت فيما بين ذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته في الحال لتوزيع الثمن عليهما وأما بيان قول أبي حنيفة فانه يقول الصفقة صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة ما لو تعذر هلاك الكل ألا ترى أنها لو كانا قائمين لم يستقم ثبوت حكم التحالف والفسخ في أحدهما دون الآخر فكذلك بعد هلاك أحدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لا يمنع تمام الصفقة فاذا هلك أحدهما في يده ووجد بالآخر عيباً فرده يكون هذا تفريقاً للصفقة قبل التمام وذلك لم يجز بخلاف ما نحن فيه فان جهالة الثمن تمنع تمام الصفقة فلو قلنا فانه يجوز رده يكون القول في الثمن قول المشتري الا أن شاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فحينئذ يصير الهالك كأن لم يتناوله العقد وكأنه ما اشترى الا القائم ثم عند ذلك يحلف المشتري بالله ما اشترى بالثمن ثم يحلف البائع بالله ما باعها بألف لان من اشترى شيئاً بالثمن ثم حلف ما اشترى أحدهما بألف كان صادقا وكذلك من باع شيئاً بألف ثم حلف ما باع أحدهما بخمسة كان صادقا فلهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا رد العيبين ولا شيء للبائع على المشتري في الهالك من عن ولا قيمة لانه قد أراه من ذلك حين رضى بأن يأخذ الحى فقط والله أعلم

﴿ باب الوكالة في السلم ﴾

قال (واذا وكل الرجل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كره حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفعت الدراهم من عنده فهو جائز) لأن السلم عقد تمليك الأمر بمباشرته بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل في تحصيل مقصوده وهذا عقد يملك المأمور بمباشرته لنفسه فيصح منه مباشرته لغيره بأمره كالبيع لان العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الاصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره والاصل فيه قوله تعالى (فابشروا أحديكم

بورقكم هذه الى المدينة) الآية ومن دفع الى آخر دراهم ليشتري بها شيئاً فان المدفوع اليه يكون وكيلاً من جهة الدافع وري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع الى حكيم ابن حزام أو الى عروة البارقي رضي الله عنهما ديناراً ليشتري له به أضحية فدل أن التوكيل جائز في البيع فكذلك في السلم لان السلم نوع بيع على ما عرف وكذلك الناس تعاملوا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا التوكيل في البيع والسلم جميعاً فاذا عرفنا هذا فنقول الوكيل في السلم كالعاقد لنفسه في حقوق العقد حتى توجه عليه المطالبة بتسليم رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للموكل دون الموكل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ذلك للموكل كله وعليه وأصل المسئلة في البيع فان حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا وعند الشافعي رحمه الله بالموكل قال (لان الوكيل سفير ومعبّر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار في الحكم كأن الموكل عقده بنفسه) ألا ترى أن ما هو حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل فكذلك في سائر أحكامه وشبه هذا بالوكيل بالنكاح فانه لا توجه عليه المطالبة بالصداق ولا يكون له حق قبض العقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما أن كل واحد منهما عقد معاوضة فتعلق أحكامه بمن قصد تحصيله لنفسه دون من عبر عنه ولنا أن العاقد هو الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرة العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا كان هو العاقد حقيقة وحكما فتعلق حقوق العقد به كما لو باشر العقد لنفسه وهذا لان ولايته مباشرة العقد باعتبار أهليته وباعتبار كون ما هو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لا يختلف بمباشرة لنفسه أو لغيره ونفوذه شرعاً باعتبار ولايته الاصلية لا أن يثبت له بأمر الموكل اياه ولاية لم تكن ثابتة من قبل هذا لبيان أنه عاقد حقيقة وشرعاً ومن حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان معبراً عنه لم يستغن عن ذكره عند العقد فثبت أنه عاقد حكماً مباشراً للعقد بخلاف لرسول فانه عبارة عن مبلغ الأمر الى من أرسل اليه ولا يستغنى عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل بالنكاح فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد وهو الملك ففيه طريقان (أحدهما) أنه يثبت للموكل ثم ينتقل منه الى الموكل من ساعته كما اتفقا عليه بالتوكيل السابق ومباشرة السبب تستدعي ثبوت الحكم الا أنه يستقر له فيثبت أولاه

ثم ينتقل منه الى غيره ولهذا لو كان تربيته لا يعتق عليه ولو كانت زوجته لا يفسد انكاح لان ذلك يستدعي ملكا مستقرا ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى الطريق الآخر وهو الاصح لسبب انعقد حكمه موجبا للوكيل الا ان الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعقد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت ان الوكيل كالعقد لنفسه كان هو المطالب بتسليم رأس المال فاذا تقدمه من عنده رجع بمثله على الامر لانه تقدم لنفسه في عقد حصل مقصود ذلك العقد للآخر فأمره اياه بالعقد يكون أمرا باداء رأس المال من عنده على ان يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذي يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقد لنفسه والنعيم بمقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم رأس المال كان حق قبض الطعام اليه أيضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفي الدراهم من الموكل عندنا خلافا لغير ذلك الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه وقبض السلعة كان له ان يحبسه أما اذا هلك في يده قبل ان يحبسه فاما يهلك من مال الموكل وللوكيل ان يرجع عليه بما أدى من الدراهم لانه في أصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل في السلم ويتم ملكه به في المشتري فيكون هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فان لم يهلك وأراد الوكيل حبسه بالثمن فله ذلك عندنا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكانه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا للمعنيين (أحدهما) أن المقبوض أمانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وائس للأمين أن يجبس الامانة بدينه على صاحبها والثاني) أن الوكيل لما قبضه مع علمه أن الموكل يصير به قابضا فقد رضى بقبض الموكل فكان بمنزلة مالو سلمه اليه ثم أراد أن يسترده منه أو بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشتري ثم أراد أن يستردها للجبس بالثمن ولنا أن الموكل ملك المشتري بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه الوكيل عليه حالا والا فكان له أن يجبس للعين به كالبائع مع المشتري وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري إما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بمعوض ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل في الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بأن الموكل صادر قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان (أحدهما) أن قبض الوكيل متردد لجواز أن يكون لضم مقصود الوكيل ويجوز أن يكون لأحياء

حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه فكان الأمر فيه موهوراً في الابتداء، ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملاً للموكل وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملاً لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه (والثاني) ان هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضاً والا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الا التحرز عنه فاذا حبسه الوكيل وهلك في يده فعلي قول زفر هو غاصب فعليه ضمان مثله وفي قول أبي يوسف يهلك في يده هلاك الرهن مضموناً بالقل من قيمته ومن الثمن وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يهلك هلاك المبيع مضموناً بالثمن قل أو أكثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فأبو يوسف يقول انما كان مضموناً عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضموناً فيكون في معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه بوضحه انه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الدين والحبس للاستيفاء حكم الرهن ولان بهلاكه لا ينسخ أصل البيع بخلاف المبيع اذا هلك في يد البائع ويستتوط الثمن هناك لانفساخ البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل ما بينا فكما أن المبيع اذا هلك في يد البائع سقط الثمن قل أو أكثر فكذلك هنا ولا تقول العقد لا ينسخ هنا بل انسخ فيما بين الموكل والوكيل وان لم ينسخ في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل بالمشتري عيباً فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن هذا الحبس ثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة وانما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع. قال (وان كان الوكيل دفع رأس المال من مال الموكل وأخذ بالسلم كفيلاً أو رهناً فهو جائز) لان موجب الرهن بثوت يد الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفاء حقيقة فيملك أخذ الرهن به والكفالة للتوثيق والوكيل هو المطالب بالمسلم فيه فكان له أن يتوثق بأخذ الكفيل به لانه ملك المطالبة فملك التوثق بالمطالبة. قال (فان حل السلم فأخذه الوكيل مدة معلومة فهو جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل) وعلى قول أبي يوسف لا يصح تأخيره وكذلك ان أبرأ المسلم اليه عن طعام السلم وأصل هذا أن طعام السلم أصل يقبل

الابراء قبل القبض وأصل هذا فيما اذا عقد لنفسه ثم أبراه عن طامم السلم صح ابراه في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه فاذا قبل كان فسحا لعقد السلم لان المسلم فيه مبيع وتمليك المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز ما لم يقبل فاذا قبل انفسح العقد كالمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض ووجه ظاهر الرواية أن المسلم فيه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيصح الابراء عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل الصرف أو رأس مال السلم فان قبضه في المجلس مستحق وهذا لان استحقاق القبض في المجلس للتعين الذي هو شرط العقد والابراء مفوت لذلك وأما الدين الذي لا يستحق قبضه في المجلس فتعيينه ليس شرطاً لجواز اسقاط القبض فيه بالابراء يوضحه أن المسلم فيه من حيث أنه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن حيث ان العقد يضاف اليه ويورد عليه كان بمنزلة المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبيع لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولشبهه بالثمن يجوز اسقاط القبض فيه بالابراء اذا ثبت هذا فيما اذا كان عقد السلم فنقول لنفسه فكذلك الجواب اذا كان وكلا يصح ابراه ويضمن مثله للموكل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصح ابراه في قول أبي يوسف وكذلك الخلاف في المتاركة اذا تارك الوكيل السلم مع المسلم اليه وكذلك الخلاف في الوكيل بالمبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يصح شيء من ذلك أستحسن ذلك وأدع القياس فيه قال محمد بن مقاتل وهذا عجب من أبي يوسف يقول أستحسن والقياس ما قاله لان الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فانه بدل ملكه وانما يملك البديل بملك الاصل الا ترى أن قبضه يتعين ملك الموكل وانما يتعين بالقبض ملك من كان مالكا قبله فالوكيل تصرف في ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوجهه منه ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوجهه منه ودليل أن تصرفه ما أمره به ان الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن الا بالخلاف والدايل علي انه ملك الموكل ان الموكل لو كان هو الذي أبراه عنه صح ولو قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئاً أو صالح منه على عين بالثمن صح ولو كان للمشتري على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئاً حتى وجب للموكل على المشتري دين أيضاً يصير قصاصاً بدينه فيه يتبين أن الثمن الذي يجب بعقد الوكيل ملك الموكل

وان الزكاة في هذا المال تجب علي الموكل فعرفنا ان الملك له وجه قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله أن الوكيل تصرف في خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه وبيان
الوصف في التأجيل ظاهر لانه يؤخر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن والمطالبة حتى الوكيل
حتى ينفذ به على وجه لا يملك أحد عزله عنه وليس لاحد أن يطالب الا بأمره وكذلك
الابراء فانه اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهو في حكم العقد
بمنزلة العاقدة لنفسه بدليل أنه لا يعزله أحد عنه وأن المشتري لا يجبر على التسليم الا اليه
وانما يخلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى
أن من حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث فعرفنا أن القبض خالص حقه فيدفع
اسقاطه بالابراء ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار المال لانه لو
قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامناً كالمراهن اذا أعتق المرهون
ينفذ تصرفه لمصادفة حقه ويضمن قيمة المالية للمرتهن لانه تلفه بتصرفه ملك المالية وكذلك أحد
الشريكين اذا أعتق وهو موسراً وهو مسقط للقبض على وجه يتضمن تملك الدين ممن عليه
فمن حيث أنه اسقاط صح منه وبرئ المشتري ومن حيث أنه تملك الثمن الذي هو حق
الموكل من المشتري صار ضامناً له كالوكيل بالشراء اذا رضي بالبيع والى الموكل أن يرضى
به فان رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر في الزام الموكل فيختص هو
بضرره وهذا لان الاسقاط أصل في الابراء ومعنى التملك بيع ولهذا صح بدون القبول
وان كان يرد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرف في
حق الغير وأما فصل المقاصة فهو على ثلاثة أوجه ان كان دين المشتري على الوكيل وهو مثل
الثمن بصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمن للموكل مثله وان كان
دين المشتري على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل ولهذا لو
أسلم اليه المشتري جاز قبضه فيصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن
الموكل مثله وان كان دين المشتري على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق
للموكل فيصير قصاصاً بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصاً بدين الوكيل
لانه لو جعل قصاصاً بدين الوكيل كان ضامناً للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا
جعل قصاصاً بدين الموكل لم يضمن أحد شيئاً فرجعنا هذا الجانب لهذا والاب والوصي

يصح ابراؤهما وتأجيلهما فيما وجب للصبي بعقدتهما عند أبي حنيفة وعهد رحمهما الله تعالى
وكاذا ضمنا نين له فأما فيما وجب لا بعقدتهما لا يصح لانهما اثباتان أمراً بالتصرف في ماله على
وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابراء. قال (والتأجيل والمشاركة من الوكيل بالثمن صحيح في
حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشراء فان إقالاته لا تصح) لان هناك عين المشتري مملوك للموكل
فالأقالة تصرف منه في محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين والثابت به حق القبض مادام
في الذمة وهو حق الوكيل وان احتال بالمسلم فيه على ملي أو غير ملي جاز عليه خاصة ويضمن
للأم طعامه لانه تصرف في خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذي
بيننا في الابراء ويستوفى في حكم الضمان أن يكون المحتال عليه أعلاً أو أسفلاً بخلاف الاب
والوصى فانهما لو قبلا الحوالة على من هو أعلاً لم يضمننا شيئاً لانه تصرف منهما في حق
الصبي على وجه الاحسن وهما يملكان المبادلة في حقه بصفة النظر فاذا بادلا ذمة بذمة على
وجه النظر لم يضمننا والوكيل لا يملك مثله في حق الموكل فلهذا ضمنه. قال (وان اقتضى الطعام
أدون من شرطه فهو جائز) لانه أبرأه عن صفة الجودة ولو أبرأه عن أصله جاز وضمن للموكل
مثل طعامه عندهما فكذلك اذا رضى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم أمر الموكل باداء
رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض رأس المال قبل الاقتراق من حقوق
العقد فيتعلق بالعقد وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي آخر فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد
ذهاب العقد ولا بذها به اذا بقي المتعاقدان في المجلس فاذا وكله أن يسلم له عشرة دراهم
في كرخنة فاسلمها في نيز حنطة فهو جائز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشراء فالمسلم
فيه يبيع ورب السلم. يشتري والوكيل بالشراء لا يملك الشراء في حق الموكل بالثمن
الفاحش لما فيه من الأهمية أنه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالغبن أراد أن يلزمه الموكل فاذا نفذ
العمد عليه ضمن للموكل كل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان أسلمها في حنطة يكون
نقصانها عن رأس المال مما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل لان هنا العذر لا يستطيع
الامتناع عنه الا بخرج فكان عفواً في تصرفه لغيره شراء كان أو يباع. قال (واذ وكله أن
يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحصانا وفي القياس هذا
التوكيل باطل) لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعم بدليل مالو حلف أن لا يأكل طعاما وما
لو أوصى للانسان بطعامه والمطعمات أجناس مختلفة وجهالة الجنس تمنع صحة الوكالة ولكنه

استحسن فقال السلم بيع والطعام اذا اطاق عند ذكر البيع والشراء يراد به الخنطة ودقيقتها فان سوق الطعام الموضع الذي يباع فيه الخنطة ودقيقتها وبائع الطعام من بيع الخنطة ودقيقتها دون من يبيع الفواكه وهذا لان الشراء لا يتم الا بالبائع فكل ما يسمى بائعه بائع الطعام يصير هو به مشتريا للطعام بخلاف الاكل فانه يتم بالآكل والوصية تتم بالموصى فاعتبرنا فيهما حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيرة فأما اذا كانت قليلة فانما ينصرف الى الخبز فأما الدقيق ففيه روايتان وفي رواية هو بمنزلة الخنطة لانه يذكر كما تذكر الخنطة وفي رواية هو بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت في الوكيل بالشراء واذا ثبت أن اسم الطعام يتناول الخنطة ودقيقتها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان مراده الخنطة فاذا قلت عرفنا أن مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصافته قول اذا واكله بان يسلم له دراهم في طعام فاسلم في شعير أو غيره فهو مخالف ولما وكل ان يضمن الوكيل دراهمه لان عقده تفد على نفسه ثم قضي بدراهم الآمر دين نفسه وان شاء الآمر أخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم عين ملكه فهو أحق به فان أخذها من المسلم اليه يبطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان قد فارقه لان رأس المال استحق انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى أعطاه مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكأنه لم يقبض الى آخر المجلس وعقد السلم ما تعلق بعين تلك الدراهم بل تعلق بمثلها في ذمته وان أخذها من الوكيل يبقى عقد السلم بينهما صحيحا لانه يملك رأس المال بالضمين واذا واكله بان يأخذه دراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل دراهم قرض لان أصل التوكيل باطل فان المسلم اليه أمره ببيع الطعام في ذمته ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن للآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه إنما يعتبر أمره فيما لا يملك المأمور بدون أمره وهو في قبول السلم في الطعام مستغنى عن أمر الغير وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدي فالحاصل أن التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم بأعطاء الدراهم في طعام السلم جائز واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التملك منه كان قرضاً له عليه . قال (واذا دفع اليه عشرة دراهم وأمره أن يسلمها في ثوب لم تصح الوكالة حتى تبين الجنس) لان الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس

لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فيطل التوكيل فان الوكيل كان عاقداً لنفسه وروى
عن أبي يوسف أنه قال ينظر الوكيل الى لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس
الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر أن الانسان انما يأمر غيره بشراء الثوب ليلبسه
فيعتبر بثيابه فان سعى الموكل ثوبا يهوديا أو غيره جاز لان الجنس صار معلوما وانما بقيت
الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة في القعود المبينة على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان
خالفه الوكيل فأسلم في غيره أو الى غير الاجل الذي سماه كان عاقداً لنفسه وللموكل أن يضمه
دراهمه فان ضمته إياها جاز السلم وان ضمها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه في رأس
المال بعد الانتقاص من الاصل . قال (واذا دفع الوكيل الدراهم سلمها علي ما أمره به الأمر ولم
يشهد علي المسلم اليه بالاستيفاء ثم جاء المسلم اليه بدراهم زيوف بردها عليه فقال وجدتها فيها فهو
مصدق) لانه ينكر استيفاء حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له علي الوكيل بيده ويرجع به
الوكيل علي الموكل لانه في تصرفه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه بالعهد وان كان أشهد عليه
بالاستيفاء لم يصدق بعد ذلك علي ادعائه أنه زيف معناه اذا أقر المسلم اليه باستيفاء الجياد
أو باستيفاء حقه أو باستيفاء رأس المال فهو مناقض بعد ذلك في دعواه أنه زيوف فلا يسمع
بعد ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليه علي خصمه فأما اذا أقر باستيفاء الدراهم
فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضا في قوله وجدتها زيوفا . قال (واذا
وكله بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين الذي له عليه في حنطة فأسلمها له فهو عاقداً لنفسه
حتى يقبض الطعام فيرده الى الأمر مكان دينه) فيثبت يسلم للأمر اذا تراضيا عليه في قول أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز علي الأمر وكذلك لو أمره أن يصرفها
له بدنانير أو يشتري له بها شيئا سماه وجه قولها أن الدين في ذمة المديون ملك صاحب الدين
بدليل أن بطالته بالتسليم وينفرد باستيفاء جنسه من ماله ويشتري منها شيئا فيجوز فانما أضاف
التوكيل الي ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده أو غصبا فوكله أن يشتري
له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله أسلمها في طعام الي فلان أو عين البائع أو المبيع
بقوله اشترى لي بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا أطلق لان تسمية من يعامله الوكيل
ليس بشرط اصحة الوكالة يوضحه أنه لو قال تصدق بمالي عليك علي الساكنين يجوز بمنزلة
مالو قال تصدق به علي فلان فكذلك اذا أمره بالشراء به ولا يبي حنيفة حرفان (أحدهما) أنه

أمره بصرف في الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من يثبت أو ألقه في البحر كان صحيحاً والمعنى في الفرق أن المديون انما يقضى الدين بملك نفسه وهو في تصرفه في ملك نفسه بالدفع الى الغير لا يحتاج الى اذن الأمر فكان وجود أمره كعدمه فأما في العين تصرفه في ملك الغير ولا يملك ذلك الا باذن من له الحق وهذا بخلاف ما اذا عين المسلم اليه أو البائع لان من أمره بالصرف اليه هناك معلوم فكان أمره معتبراً في توكيله ذلك الرجل بالقبض له أولاً ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان تعيينه للمالك فالانسان في العادة يشتري الشيء من مالكه وهنا لا يمكن اعتبار أمره في توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بمالي عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن أمره أن يجعل ذلك له فهو بمنزلة ما لو أمره بالدفع الى آدمي عينه (والثاني) أن بعقد السلم يجب رأس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فأما أن يكون هو مقرضاً له في ذمته ليقضى به ديناً عليه وذلك لا يجوز أو أمره له بان يقبض من نفسه ثم يقضى به ديناً عليه وذلك لا يجوز يوضحه أن يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرف وهو بنفسه له أسلم الدين الذي له على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل له ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول قال (واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلم له عشرة دراهم في طعام فأسلمها أحدهما لم يجز) لان عقد السلم يحتاج فيه الى الرأي والتدبير كييع العين وهو انما رضى برأى المثني ورأى الواحد لا يكون كراى المثني فان أسلماها ثم تارك أحدهما مع المسلم اليه السلم لم يجز عندهم جميعاً أما عند أبي يوسف لان الوكيل بالسلم لا يملك المشاركة ولو تاركا لم يجز فكذلك اذا تارك أحدهما وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدا لنفسهما ثم تارك أحدهما لم يجز بغير رضى الآخر فاذا كان وكيلين أولى قال (واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الأمر الطعام فهو جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز) لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب ألا ترى أن الايفاء لم يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرأ بالتسليم اليه وجه الاستحسان أن يقبض الوكيل بتعين ملك الموكل فكان الموكل في هذا القبض عاملاً لنفسه في تعيين ملكه فهو يكفي

الوكيل مؤونة القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضرر في تصرفه بوضعه أنا لو نقضنا قبضه احتجنا الى اعادته بعينه في الحال لانه يردده علي المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهذا اشتغال بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقص شيئاً ليعيد وان تارك السلم اليه مع الموكل جاز لانه قائم مقام العاقد في ملك المقود عليه فتصح منه المتاركة كما تصح من وارث رب السلم بعد الموت وان لم يتاركة فأراد قبض الطعام منه فللمسلم اليه أن يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم توجه بالعقد والموكل من العقد أجنبي فطالبته لا تلزم المسلم اليه الدفع اليه . قال (واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها في طعام فناول الوكيل رجلاً فباعه فان أضاف العقد الى دراهم الأمر كان العقد للأمر وان أضافه الى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه) لان الظاهر يدل على ذلك ولان فعله محمول على ما يحمل وفيما يعقد لنفسه لا يحمل له اضافة العقد الى دراهم غيره وان عقد السلم بعشرة مطلقاً ثم نواها للأمر فالعقد له وان لم تحضره نية فان دفع دراهم نفسه فالعقد له وان دفع دراهم الأمر فهو للأمر في قول أبي يوسف وقال محمد هو عاقد لنفسه ما لم ينو عند العقد أنه للأمر وان تكاذبا في النية فقال الأمر نويته لي وقال المأمور نويته لنفسه فالتصريح بالذي نقد دراهمه بالاتفاق فمحمد يقول الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا أن يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير أو النية للغير فاذا انعدم ذلك كان عاملاً لنفسه ولا يمكن أن يجعل نقد الدراهم دليلاً على ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما أوقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان النقد موجود عند التكاذب فيمكن أن يجعل دليلاً من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر أنه فيما عقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الأمر فالظاهر يشهد له فكان القول قوله يوضحه أن يقبل الوكالة من الغير لا يحيل ولايته علي نفسه وقيل يقبل الوكالة كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان تلك الولاية باقية بعد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك له في الطعام للعاقد الا أنه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه في ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ما هو الاصل وعند اطلاق العقد ما هو الاصل ممكن الاعتبار فلا يضاف اني الخلف وأبو يوسف يقول العقد والنقد كشيء واحد حكماً لان النقد وان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لو لم

يجعل كذلك كان ديننا بدين وذلك لا يجوز والدليل عليه أن بعد ما نقد الدراهم لو أراد أن يستردها ليعطى غيرها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالنقد بأن أضاف العقد الى دراهم الأمر ثم أراد أن يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صار كشيء واحد فهو دليل ظاهر على من وقع العقد له فيجب تحكيمه كما في حالة التكاذب يوضحه أنه بعد قبول الوكالة يعقد للموكل بولايته الاصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تعلق به حقوق العقد في الوجهين فإذا استوى الجانبان بصار الى ترجيح أحدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق أبو يوسف بين هذا وبين الأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقداً لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفاً بترك ما هو الركن وأما في المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية عن الأمر مخالفاً فيبقي حكم عقده موقوفاً على النقد. قال (وان وكله بثوب يبيعه بدراهم فأسلمه في طعام الى أجل فهو عاقداً لنفسه) لانه خالف مأموره به نصاً وان أمره يبيعه ولم يسم له الثمن فأسلمه في طعام جاز على الأمر في قول أبي حنيفة ولم يجز في قولها وهذه فصول (أحدها) أن الوكيل في البيع مطلقاً يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعي لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على ما يتم به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكننا نقول أمره يبيع مطلقاً فلا يجوز اثبات التقييد فيه من غير دليل والتقييد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه في كلامه نصاً ولا عرفاً فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة أقرب الى تحصيل مقصودهما وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصي يملكون البيع بالنسيئة وأما مطلق ايجاب البيع فانما يحمله على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعي صفة معينة في الثمن ألا ترى انه لو قال بعتك منك بالنقد والنسيئة لا يجوز وفي التوكيل لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين أحد الوصفين حتى لو قال بعتك بالنقد أو بالنسيئة يجوز ثم قيل على قول أبي حنيفة يجوز بعه ثمن مؤجل طالبت المدة أو قصرت وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بأجل متعارف ولو أجله مدة غير متعارفة في مثل تلك السلامة لا يجوز بمنزلة البيع بالنسيئة الفاحش عندهما وعند أبي يوسف قال (ان أمره بالبيع على وجه التجارة فله

أن يبيعه بالنسيئة أما إذا أمره بالبيع لحاجته إلى النفقة أو إلى قضاء دينه فليس له أن يبيعه بالنسيئة ولو باعه بنين جاز عند أبي حنيفة سواء كان النبن يسيراً أو فاحشاً وعندهما لا يجوز بيعه بنين فاحشاً لأن دليل العرف يفيد مطلق التوكيل حتى يتقيد التوكيل بشراء الاضحية بأيام النحر والتوكيل بشراء الفهم زمان الشتاء والحمد بزمان الصيف فإنه إذا وكله أن يشتري له حماً في الشتاء يكون مشترياً لنفسه وإن كان التوكيل مطلقاً فصح ما ذكرنا والبيع بنين فاحشاً ليس بمتعارف فالظاهر أنما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرة بنفسه وهو لا يعجز عن بيع ما يساوي مائة درهم بمشرة دراهم وقاساً بالوكيل بالشراء فإن شراهه بالنبن الفاحش لا ينفذ على الأمر كذلك الوكيل بالبيع لأن كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار وكذلك الأب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بنين فاحشاً لهذا المعنى ولأن المحاباة الفاحشة كالهبة حتى إذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وأبو حنيفة يقول أمره بمطلق البيع وقد أتى به لأن البيع مبادلة مال بمال شرطاً وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع إلا ويقابله جزء من الثمن ألا ترى أن المبيع لو كان داراً يجب للشفيع الشفعة في جميعه وبه يتبين أنه يبيع وليس بهبة وبأن اعتبر من الثلث في حق المريض هذا لا يدل على أنه ليس يبيع مطلقاً وإن الوكيل لا يملكه كالبيع بنين يسيراً والدليل عليه أن من حلف لا يبيع فباع بنين فاحشاً يحنث ولا يحنث إلا بكمال الشرط فعرفنا أنه يبيع مطلقاً فيصير الوكيل به ممثلاً للأمر فإنا لو قيدنا بالبيع بمثل القيسة أبطلنا حكم الاطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فأما العرف الذي قال قلنا هذا مشترك فالإنسان قد يبيع الشيء تبرياً منه ولا يبالي عند ذلك بقلة الثمن وكثرته وقد يبيعه لطلب الربح فعند ذلك لا يبيعه بالنسيئة عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الاطلاق ثم البيع بالنبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل إلا وأن يصير أحدهما مغبوناً والإنسان يرغب في شراء ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فأما أن لا يكون متعارفاً فلا يتم العرف لا يعارض النص والاطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فإن العرف كما يعتبر في الوكالة يعتبر في اليمين وما ذكر من مسألة الاضحية وغيرها فهي مروية عن أبي يوسف فأما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك، ودليل التقييد التهمة في الموضوع الذي ثبت التقييد فيه ولهذا قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة

في يمينه من الاجنبي بتقليل القيمة لان ما يستوفى من الثمن يسلمه الى الأمر قل أو أكثر
وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك المهمة متمكنة فربما اشتراه لنفسه فلما علم بالنبن أراد أن
يلزمه الأمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن في ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في
ذمة الأمر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الأمر الثمن مالم يدخل
في ملكه بازائه ما يمدله ولهذا لو قال اشترت وقبضت الثمن وهلك في يدي فهات
الثمن فانه لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان
القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك
الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله في ملك نفسه
ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر
ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد
ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالنبن اليسير وفي جانب البيع اعتبار
العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضى بزوال
ملكه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالانظر والاصح ولا يوجد في
البيع بالنبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باع الوكيل بعرض يجوز عند أبي حنيفة لاطلاق
الأمر ولا يجوز عندها لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما في بدل صاحبه
مشتري وانما أمره بالبيع فلا يملك به ما هو متردد بين البيع والشراء وأبو حنيفة يقول فعله
فيما يتناول الأمر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعرض هو مال والبيع ليس الا هذا ثم
جانب البيع يرجع على جانب الشراء في البيع ألا ترى أن أحد المضارين اذا اشترى بغير
اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على
اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا فان أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا
أن جانب البيع يرجع فيه وعلى هذا لو باع الوكيل بمكيل أو موزون فعند أبي حنيفة يجوز
على الأمر وعندها لا يجوز الا أن يبعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا أسلم الثوب في طعام
الى أجل فقد أزال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز على الأمر عند أبي حنيفة وعندها
لا يجوز لانه لم يبعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة. قال (واذا وكله بالسلم فادخل الوكيل
في العقد شرطا أفسده لم يضمنه الوكيل لانه لم يخالف وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالافساد)

وهذا لانا لو ضمنناه بافساد العقد تخرز الناس عن قبول الوكالات فكل أحد لا يكون كآبي
 حنيفة في العلم باحكام والاسباب المقيدة للعقد. قال (وأكره توكيل الذمي بعقد له السلم وان فعله يجوز
 لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده
 أن يوكل المسلم الحرام فلماذا يكره له أن يآتمنه على ذلك ويجوز له ان فعله) لان عقد السلم من
 المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين. قال (وليس لاوكيل بالسلم أن يوكل غيره به) لان
 هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير والموكل رضي برأيه دون رأى غيره بخلاف المضارب
 يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برأيه وتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك
 بتجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل باحدهما بنفسه فلا يجد بداً من أن يستعين فيه بالآخر
 بخلاف الوكيل الا أن يكون الأمر قال له ما صنعت فيه من شئ فهو جائز فيجوز حينئذ لانه
 أجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا
 يسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها
 سواء عقده على ذلك لنفسه أو لكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسى في أن يزوجه
 مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح مبر لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل
 فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه ليستغنى عن الاضافة في العقد الى غيره
 فيعتبر جانبه. قال (وان و دل المسلم الذمي بأن يشتري له خمرًا أو يسلم له فيها ففعل ذلك مع
 ذمي جاز على الأمر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو
 مشتري لنفسه) لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كما لو
 وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده على الأمر ملك المسلم الخمر
 بالعقد ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منها نوع استحسان فكأنهما يقولان
 في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا
 يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم اذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك
 بل أولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجبت مراعاة
 جانب العقد فلا ن تجب مراعاة جانب الملك أولى وأبو حنيفة يقول الذي ولى الصنفه هو
 الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره وهذا
 لان المتعمه هنا بسبب الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من أهل أن يملك الخمر الأتري

أنه إذا تخمر عصير المسلم بقي مملوكا له وإذا مات قريبه عن خمر يملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل ألا ترى أن في جانب العقد افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ما قررنا والمسلم من أهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا أذن لعبد الكافر في التجارة فاشترى العبد خمرًا فان المولى يملكها على سبيل الخلافه عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافرا واشترى خمرًا ثم عجز فمولاة المسلم يملكها بطريق الخلافه عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بمهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من المهدة ويكون الموكل في قرار المهدة عليه كأنه باشر التصرف بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على الخمر فاذا تعذر تنفيذ العقد على الأمر نفذ العقد على الوكيل . قال (واذا وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له في طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف في العقد فكان مباشرا العقد لنفسه ضامنا لما صرفه من دراهم الأمر بعد ذلك) وكذلك لو كان المدفوع دينارا فصرفه بدراهم ثم أسلمها في طعام فهو للوكيل لانه خالف في العقد والبذل ثم أسلم بدراهم نفسه في الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدنانير . قال (واذا وكله رجلان أن يسلم لهما في طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكما له) فلا فرق بين أن يفعل ذلك في عقدة أو عقدين واذا خلط الدراهم ثم أسلمها في الطعام كان مخالفا ضامنا لان دراهم كل واحد منهما في يده أمانة فيصير بالخلط ضامنا متملكا كما هو أصل أبي حنيفة ثم أضاف عقد السلم الي دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط في المسلم فيه حكما لاتحاد العقد حكما وبمثله لا يصير الأمين ضامنا وان أسلم دراهم كل واحد منهما عن حدة الى رجل واحد ثم اقتضى شيئا فادعى كل واحد منهما أي الأمرين أنه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو الملك لما يوفي من الطعام فرجع في بيان ما يملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه أحد المتعاقدين ولان

كل واحد منهما انما يملك بعقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع في البيان اليه فاذا قدم المسلم اليه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل في هذا البيان وسقط اعتبار الخلف عند ظهور الاصل وان أسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد في عقد التجارة لا يصح أن يكون مباشراً للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملوكاً مملوكاً مسلماً مسلماً مخلصاً مخلصاً وذلك لا يجوز ولانه منهم في حق نفسه وقد بينا ان التهمة تخص الاثر المطلق * وكذلك * لو أسلم الي شريك له مفاوض لانهما بعقد المفاوضة صار كل شخص واحد في عقود التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب علي صاحبه فهو وما لو أسلم الي نفسه سواء * وكذلك * ان أسلم الي عبده لان كسب العبد لمولاه فهو منهم في ذلك * وكذلك * انى مكاتبه لان له حق الملك في كسب المكاتب وينقب ذلك صحيحاً حقيقة ملكه يجره فان أسلم الي شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد منهما ممن صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما حتى تجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما ليس من تجارتهما فان أسلمها الي ابنه أو الي أحد أبويه أو زوجته ممن لا تقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة وهو جائز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما في مال صاحبه ملك ولا حق ملك فكان بمنزلة مالوا أسلم الي أخيه فانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر ممثل بين الصدق والكذب فلا يرجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وأبو حنيفة يقول مطلق الوكالة تنقيد بالتهمة وكل واحد منهما منهم في حق صاحبه بدليل أنه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الي عبده ومكاتبه وهذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء إثارة ولده وزوجته علي الاجنبي وسوي هذا في المسئلة كلام وخلاف في معاملة الوكيل مع هؤلاء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير وقد أمينا تمام ذلك في كتاب الوكالة واذا وكل الوكيل بالسلم رجلاً قبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل في حق القبض كالمصدق لنفسه حتى يختص بالمطالبة به ولو كان عاقداً لنفسه كان قبض وكيله في براءة المسلم كقبضه بنفسه فان كان الوكيل الثاني عبداً للوكيل الاول أو ابنه في عياله أو أجير له فهو جائز علي الأمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الأمر والمراد الاجير الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة لان يد هؤلاء في الحفظ كيد الأتري أنه لو قبض بنفسه ثم سلم الي

واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على واحد وان كان الوكيل الثاني أجنبيا فالوكيل
الاول ضامن للطعام إن ضاع في يد وكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم
دفعه الى أجنبي كان ضامنا كذلك هنا وان لم يذ كر ان الوكيل الثاني هل يكون ضامنا في حق
رب المسلم فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا
الخلافاً فيه وفي الودية وان وصل الى الوكيل الاول برىء هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض
الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين أن يصل الى يده من يد المسلم اليه أو من يد وكيله فلهذا
لا ضمان فيه على أحد فاذا أسلم الوكيل الدراهم الى امرأة جاز به وكذلك لو كان الموكل أو
الوكيل امرأة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوى فيه الرجال والنساء والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ويايه الجزء الثالث عشر ﴾

﴿ وأوله باب البيوع الفاسدة ﴾

﴿ فهرست الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢	كتاب الذبائح
٨	باب الاضحية
١٩	باب من الصيد
٢١	باب الصيد في الحرم
٢٧	كتاب الوقف
٤٧	كتاب الهبة
٦٤	باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز
٧٥	باب العوض في الهبة
٨٩	باب الرقي
٩٠	باب الشهادة في الهبة
٩٢	باب الصدقة
٩٤	باب العطية
١٠٢	باب هبة المريض
١٠٨	كتاب البيوع
٢٠٨	باب الوكالة في السلم

﴿ تمت فهرست الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ﴾

