

عُدَّةُ الْمُحْتَمِلِ الْمُشْرَحُ الْمُبْتَهَجُ

تصنيف

عمر بن أبي السنين علي بن أحمد الأضخري السافعي

ابن الملقن

المتوفى سنة ٨٠٤ هـ

تحقيق

دار الفيلج

للجيش العلي وتحت إشراف التراث

المجلد السابع

باب اختلاف المتبايعين

كتاب السلم - كتاب الرهن - كتاب التفليس - الحجر - الصلح
كتاب الخوالة - كتاب الضمان - كتاب الشركة - كتاب الوكالة

دار ابن حزم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عبد المرحوم الحاج
الشيخ المنهج

جميع الحقوق محفوظة للناشر

الطبعة الأولى

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م



ISBN: 978-9959-857-30-9

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

باب اِخْتِلَافِ الْمُتَبَاعِيْنَ

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ثُمَّ اِخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ أَوْ صِفَتِهِ أَوْ الْأَجْلِ أَوْ قَدْرِهِ أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفًا.

فَيَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ، وَفِي قَوْلٍ: بِالْمُشْتَرِي. وَفِي قَوْلٍ: يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ. وَقِيلَ: يُقْرَعُ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلِّ وَاحِدٍ يَمِينُ تَجَمُّعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا، وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ فَيَقُولُ: مَا بَعْتُ بِكَذَا، وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا. وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضِيَا، وَإِلَّا فَيَنْفَسَخَانِيهِ أَوْ أَحَدَهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَنْفَسَخُ الْحَاكِمُ. ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَهُ قِيَمَتُهُ وَهِيَ قِيَمَةُ يَوْمِ التَّلْفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ. وَاجْتِلَافُ وَرَثَتَيْهِمَا كَهُمَا.

وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ بِكَذَا. فَقَالَ: بَلْ وَهَبْتَنِيهِ. فَلَا تَحَالَفَ، بَلْ يَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ، فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِزَوَائِدِهِ.

وَلَوْ أَدَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرَ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصَدِيقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِيَمِينِهِ. وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بَعْدَهُ مَعِيْبٌ لِيُرُدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ: لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ. صُدِّقَ الْبَائِعُ، وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلْمِ يُصَدِّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ.

باب

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سِوَاءَ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ.

فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِدَمْتِهِ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ، وَلَهُ

مُطالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَاقْتِرَاضُهُ كَشْرَائِهِ.

وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أُذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوِزْهُ،
وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ، وَلَا يُؤْجِرُ نَفْسَهُ، وَلَا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ، وَلَا يَتَصَدَّقُ وَلَا
يُعَامِلُ سَيِّدَهُ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ، وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ.
وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ.

وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَغْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ
شُيُوعِ بَيْنِ النَّاسِ وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ.

فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتِ السَّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ
الْمُشْتَرِي بِبَدْلِهَا عَلَى الْعَبْدِ، وَلَهُ مُطالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا. وَقِيلَ: إِنْ كَانَ فِي
يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً فَلَا، وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فِي مُطالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ، وَلَا
يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا بِدَمَةِ سَيِّدِهِ، بَلْ يُودَى مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ، وَكَذَا مَنْ
كَسَبَهُ بِالْأَصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ.



(باب اِخْتِلافِ الْمُتَبَايَعِينَ)

١٩١/أصح حديث في الباب حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركا» رواه أبو داود والنسائي والحاكم، وقال: صحيح الإسناد، والبيهقي وقال: حسن موصول^(١). وخالف ابن حزم فأعله^(٢). وقال البيهقي: قال الزعفراني: قال الشافعي: حديث ابن مسعود هذا منقطع، لا أعلم أحداً يصله عنه^(٣).

قلت: قد وصله علقمة عنه، قال رسول الله ﷺ: «البيعان إذا اختلفا في البيع تراذًا» رواه الطبراني في «أكبر معاجمه»^(٤) بإسناد لا أعلم به بأسًا.

قال: (إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ) أي: وكذا على غيره من عقود المعاوضات كالسلم والكتابة وغيرهما.

(ثُمَّ اِخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ أَوْ صِفَتِهِ) أي: كالصحة والتكسير وكذا الجنس كما ذكره الرافعي في «المحرر»^(٥) كالذهب والفضة (أو

(١) أبو داود (٣٥١١)، النسائي ٧/٣٠٢، الحاكم ٢/٤٥، البيهقي ٥/٣٣٢. وضعفه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» ٣/٥٢٤-٥٢٥ للانقطاع وجهالة بعض الرواة. وصحه الألباني بمجموع طرقه في «الإرواء» (١٣٢٢).

(٢) «المحلى» ٨/٣٦٩.

(٣) البيهقي ٥/٣٣٢.

(٤) «المعجم الكبير» ١٠/٧٢ (٩٩٨٧).

(٥) «المحرر» (ص ١٥٥).

الأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ) أي: قدر الأجل (أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ) أي: كما إذا قال البائع: بعثك صاعًا من هذه الصبرة بدرهم فقال: بل بصاعين منها، وكذا جنس المبيع كما سيأتي، وكذا صفته، كما لو باع مدًا في ذمته بدرهم، ثم اختلفا أهو معقلي أو برني؟

قال: (ولا بَيِّنَةٌ تَحَالَفًا) لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» رواه البيهقي من حديث ابن عباس^(١) بإسناد حسن أو صحيح، وكل منهما منكر ومدع؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن مثلاً وينكر القبض، والمشتري بالعكس، وكان قياس سائر الخصومات أن يصدق المشتري إذا اختلفا في الثمن كما صار إليه أبو ثور؛ لأن الملك مسلم إليه، وادعت عليه زيادة، وهو منكرها، ولكن صرفنا عنه ما ذكرناه، وسواء كانت السلعة قائمة أو تالفة، وخصه أبو حنيفة بحال قيامها، فإن تلفت فالقول قول المشتري مع يمينه، وعن مالك وأحمد روايتان كالمذهبين^(٢).

واحترز بقوله: (ولا بيينة) عما إذا أقام أحدهما بيينة، فإنه يقضى له بها لصرائح الأحاديث، فإن أقاما بينتين قضى بأسبقهما تاريخًا، وإلا تحالفا؛ تفریعًا على قول التساقط، وعلى قول الاستعمال لا يجيء هنا قول القسمة.

قال المتولي والرافعي: ويوقف إلى ظهور الحال^(٣). وقال

(١) «السنن الكبرى» ٢٥٢/١٠، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٦٨٥). وأصله في الصحيحين بلفظ: «اليمين على المدعى عليه» البخاري (٢٥١٤)، مسلم (١٧١١).

(٢) أنظر: «المدونة» ٣/٣٧٩، «المغني» ٦/٢٧٨.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٣٧٦.

الماوردي: يجيء قول القرعة هنا^(١). وقال ابن التلمساني: في مجيء قول الوقف وجهان.

فرع:

لو اختلفا في عين المبيع فقط، فإن كان الثمن معيناً تحالفاً، وكذا إن كان في الذمة على الأصح في «الشرح الصغير» وقيل: لا. وعزي إلى البويطي.

قال: (فَيُخْلَفُ كُلُّ / ١٩٠/ب/ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ) لأنه يدعي عقداً وينكر عقداً فينفي ما ينكره، ويثبت ما يدعيه. قال المحاملي: وإنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه الأول فينكر.

قال الماوردي: هو كذلك إذا قلنا باتحاد اليمين، فإن قلنا بتعددتها فلا.

قال: (وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ) لما روى الشافعي والنسائي من حديث أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود، عن أبيه أن النبي ﷺ أمر بالبائع أن يستحلف، ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك. ورواه الحاكم وقال: حديث صحيح^(٢).

لكن قال الدارقطني في «علله»: الصحيح عندي أن أبا عبيدة لم يسمع

(١) «الحاوي» ٣٠٤/٥.

(٢) النسائي ٣٠٣/٧، ومن طريق الشافعي رواه أحمد ٤٦٦/١، والحاكم ٤٨/٢، والبيهقي ٣٣٢/٥. قال الحافظ في «التلخيص» ٣٠/٣: وفيه أنقطاع على ما عرف من اختلافهم في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه.

من أبيه^(١). ولأن جانبه أقوى؛ لأن المبيع يعود إليه بعد التحالف، وقطع بعضهم بهذا القول، والأصح المنصوص في نظيره من التحالف في الصداق تقدم الزوج لما ذكرناه.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: بِالْمُشْتَرِي) لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن، والأصل براءة ذمته عنها، وأيضاً فلأن المبيع في ملكه فيتقوى جانبه. قال: (وَفِي قَوْلٍ: يَتَسَاوِيَانِ) لأن كل واحد مدّع ومدعى عليه فلا ترجيح.

قال: (فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ) أي: تفريراً على هذا، كما لو تداعيا عيناً في أيديهما فإن الحاكم يبدأ بيمين من شاء قولاً واحداً. قال: (وَقِيلَ يُقْرَعُ) كما يقرع بينهما في الدعوى إذا جاء معاً إلى مجلسه، ورجحه الإمام^(٢).

تنبيهان:

أحدهما: هذا الخلاف في البداءة^(٣) في الاستحباب وفي الاستحقاق فيه وجهان:

أظهرهما وبه جزم الرافي^(٤) وجماعة أنه في الاستحباب. والثاني: أنه في الاستحقاق، حكاه الماوردي^(٥)، وهو ظاهر كلام

(١) «علل الدارقطني» ٣٠٨/٥.

(٢) «نهاية المطلب» ٣٤١/٥.

(٣) في (ح): (ابتدائه).

(٤) «الشرح الكبير» ٣٨٢/٤.

(٥) «الحاوي» ٣٠١/٥.

الإمام^(١).

الثاني: تقديم أحد الجانبين مخصوص بما إذا باع عرضاً بثمن في الذمة، فأما إذا تبادلاً عرضاً بعرض فلا يتجه إلا التسوية، قاله الإمام^(٢).

قال الرافعي: وينبغي أن يخرج على أن الثمن ماذا^(٣)؟ وأجاب ابن الرفعة في «المطلب» بأن مأخذ البداءة قوة جانب على جانب وهي مفقودة في العرضين، وإن جعلنا أحدهما ثمناً والآخر مثنياً.

قال: (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلِّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا) لأنه أقرب إلى فصل القضاء.

والثاني: أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بأخرى؛ لأنه مدع ومدعى عليه، وهذا مخرج، والأول ظاهر المنصوص، والأصح كما قال الرافعي: القطع به^(٤)، فكان ينبغي (له)^(٥) أن يقول على ظاهر النص أو المذهب، وقد جمع بينهما في «الروضة»^(٦) وكأنه تبع «المحرر»^(٧) / ١٩٢/ في تعبيره بذلك، لكن لا اصطلاح لـ «المحرر» فيه.

قال: (وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ) لأنه الأصل في اليمين، وإنما ينقل إلى الإثبات

(١) «نهاية المطلب» ٣٤٠/٥.

(٢) «نهاية المطلب» ٣٤٢/٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٣٨٢/٤.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٨١/٤.

(٥) ساقطة من الأصل.

(٦) «روضة الطالبين» ٥٨٠/٣.

(٧) «المحرر» (ص ١٥٦).

لنكول أو شاهد أو لوث.

وقال الإصطخري: يقدم الإثبات؛ لأنه المقصود كاللعان، وضعفوه بأن اللعان لا نفي فيه، فإنه لا فرق بين أن يقول: إنه من الصادقين. وبين أن يقول: ليس من الكاذبين. فإنه مثبت للصدق في الحالين، وهذا على مذهب الجمهور أنه لا واسطة بين الصدق والكذب.

قال الغزالي في «البيسط»: وهذا متروك، ولو (قيل:)^(١) يتخير فيه لكان أقرب.

تنبيه:

هذا الخلاف في الاستحباب على الأصح عند الرافعي^(٢)، ونقل الإمام^(٣) الاتفاق على أنه في الاستحقاق، وتبعه الغزالي^(٤).

قال: (فَيَقُولُ: مَا بَعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا) أي: وكذلك المشتري أيضاً يقول: ما أشرت بكذا، ولقد أشرت بكذا. وفي قول مخرج أنه يكتفي بيمين النفي كسائر الخصومات، وفي «الإشراف» عن ابن القطان أنه لا ترتيب بين النفي والإثبات، فإن بدأ أحدهما على النفي حلف الثاني على الإثبات؛ ليكون ضده، وإن بدأ بالإثبات حلف الثاني على النفي؛ ليكون ضده، وحكي وجه أن البائع يقول: والله ما بعت إلا بكذا. ويقول المشتري: والله ما أشرت بكذا، ولقد أشرت بكذا.

(١) في الأصل: (كان).

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٣٨٢.

(٣) «نهاية المطلب» ٥/٣٤٦.

(٤) «الوسيط» ٣/٢١١.

وقيل: إن الشافعي نص عليه في كتاب السلم من «الأم»^(١) وهو قريب مما ذكره المصنف، وحكى الماوردي عن بعض البصريين أن الجمع يحصل أن يقول البائع: ما بعث إلا بكذا. ويقول المشتري: ما أشرت إلا بكذا^(٢).

فرع:

من قال باليمين الواحدة لو عدل إلى اليمينين، هل يجوز؟ عبارة الماوردي تشعر بالمنع، فإنه قال: إنه يقصد تصديق قوله: على عقد واحد، فاحتاج إلى يمين واحد^(٣).

وعبارة المصنف تشعر بالجواز، فإنه قال: (يكفي كل واحد يمين)^(٤).

قال: (وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ) أي: بنفس التحالف؛ لحديث ابن مسعود السالف، فإنه أثبت فيه الخيار للمشتري بعد حلف البائع.

والثاني: ينفسخ كما ينفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين، ولأن التحالف يحقق ما قالاه، وهذا ما حكاه أبو علي الفارسي قولاً^(٥).

(١) أنظر: «الأم» ٣/١١٩-١٢٠.

(٢) «الحاوي» ٥/٣٠٢.

(٣) «الحاوي» ٥/٣٠١.

(٤) ورد في هامش (ح): حاشية: قال صاحب «الحاوي» وهو ظاهر نصه؛ لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك، فلم يجز أن يكون موجب لفسخ الملك؛ لأنهما ضدان.

(٥) في الأصل: (بكر)، انظر: «نهاية المطلب» ٥/٣٥٢ وغيره.

وحكى القاضي أبو حامد الأول عن نصه في القديم والجديد.
قال: (بَلْ إِنْ تَرَأَيْتَ وَإِلَّا فَيَفْسُخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا) لأنه فسخ لاستدراك
الظلامة، فأشبه الرد بالعيب.

قال: (أَوْ الْحَاكِمُ) لقطع النزاع.

قال: (وَقِيلَ إِنَّمَا يَفْسُخُهُ الْحَاكِمُ) / ١٩٢ب/ لأنه فسخ مجتهد فيه،
فأشبه العنة، وهذا الوجه أجاب به القاضي أبو الطيب وابن أبي
عصرون، ورجحه القاضي حسين وابن الصباغ والشاشي والهروي.
وظاهر كلامهم أن القاضي يباشره بنفسه، ولا يبعد أن يأتي فيه ما
ذكروه في فسخ المرأة النكاح بالعيب، وهو إما أن يفسخ أو يأذن لها
فيه، أو تفسخ هي أو تأذن له فيه.

تنبيهات:

أحدها: قال الشاشي والهروي: الفسخ الصادر من المتبايعين لا
يختص بحالة التحالف، فإنهما لو تقايلا من غير تحالف جاز، فمحل
الخلاف إذن إنما هو في تعيين الحاكم فقط لا في جواز الفسخ.

الثاني: إذا قلنا بالوجه الثاني أن الحاكم يفسخ فليس له الفسخ ما دام
يرجو التوافق، فإن نهياه عن الفسخ لم يكن له إلا أن يستمر - أعني:
النزاع - فيفسخ، فإن أعرضا عن الخصومة ولم يتوافقا على شيء ولا
فسخا ففي الفسخ احتمال للإمام^(١) لتوقع نزاعهما في المستقبل.

قال الهروي: وغلط من قال من أصحابنا: إن الفسخ من القاضي

(١) «نهاية المطلب» ٥/٣٥٣.

يتوقف على طلب المتبايعين أو أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة كما في مسألة الشقاق. وما حكاه قاله الماوردي^(١).

الثالث: إذا فسخ العقد أرتفع في الظاهر، وفي الباطن أوجه. ثالثها: إن كان البائع صادقاً أرتفع؛ لتعذر وصوله إلى حقه، كما لو فسخ بإفلاسه، وإن كان كاذباً فلا. وهل يجزئ مثل هذا الخلاف إذا قلنا: يفسخ بمجرد التحالف. أم يقطع بالارتفاع باطناً؟ وجهان.

قال: (ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ) ليصل إلى مالكه، وسواء قلنا بالفسخ أو الانفساخ، وكذا الثمن إذا قبضه البائع يرده إلى المشتري.

قال: (فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ) لقيامها مقام العين سواء كانت القيمة أكثر من الثمن الذي يدعيه أم لم تكن، وقيل: في التلف لا يستحق البائع زيادة على ما أدعاه.

واعلم أن المصنف تبعاً للرافعي^(٢) أطلق القول بلزوم القيمة، سواء كان المبيع مثلياً أو متقوماً، وهو ما صححه الماوردي^(٣) في المثلي.

وقال ابن الرفعة في «المطلب»: المشهور وجوب المثل فيه.

قال: (وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلْفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ) لأن مورد الفسخ العين لو بقيت، والقيمة بدل عنها، فإذا فات الأصل رجع إليها بقيمة ذلك الوقت.

والثاني: بقيمة يوم القبض؛ لأنه /١٩٣/ يوم دخوله في الضمان فما

(١) «الحاوي» ٣٠٣/٥.

(٢) «المحرر» (ص ١٥٦).

(٣) أنظر: «الحاوي» ٣١٠/٥.

يعرض بعده بقضاء وزيادة فهو في ملكه.

والثالث: أقصى قيمة من يوم القبض إلى التلف كالبيع الفاسد.
والرابع: أقل قيمة من العقد إلى القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل فهو يوم دخوله في ضمانه، وهذا ما جزم به القاضي واستبعده الإمام^(١).
وعبارة الغزالي عنه أنه يعتبر أقل قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف^(٢)، ويحتمل أن يكون المراد واحداً وأن القبض وقع يوم العقد. واعلم أن المصنف حكى الخلاف في المسألة أقوالاً تبعاً لـ «المحرر» وهو تابع للإمام^(٣)، لكنه رجح في «الروضة»^(٤) تبعاً للرافعي في شرحه أنه وجوه.

قال: (وَإِنَّ تَعْيِبَ رَدِّهِ مَعَ أَرْشِهِ) أي: وهو ما نقص من القيمة؛ لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة، فكان بعضه مضموناً ببعضها.
قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مطرد أن ما ضمن كله بالقيمة ضمن بعضه ببعضها إلا في الزكاة المعجلة، فإنها لو تلفت ثم تلف المال رجع بقيمتها، ولو تعيبت ففي الرجوع بالأرش وجهان، وهذه المسألة تقدمت في الزكاة مع بيان الأصح فيها، ويستثنى من الطرد مسائل ذكرتها في «شرح التنبيه» منها: إذا تعيب الصداق في يد الزوجة ثم طلقها فاختار

(١) «نهاية المطلب» ٣٥٨/٥.

(٢) «الوسيط» ٢١٦/٣.

(٣) «نهاية المطلب» ٣٥٨/٥، «المحرر» (ص ١٥٦).

(٤) «الروضة» ٥٨٢/٣، وانظر: «الشرح الكبير» ٣٨٥/٤.

الشرط فلا أُرش له، ولو تلف غرمت نصف القيمة.

قال: (وَإِخْتِلَافٌ وَرَثَتَهُمَا كَهُمَا) أي: كاختلافهما؛ لأنها يمين في الحال، فقام الوارث مقام الموروث كاليمين في دعوى المال، وسواء قبل القبض وبعده وحصول الاختلاف بين الورثة ابتداءً أو بين المورثين، ثم يموتان قبل التحالف.

وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع غير مقبوض تحالفا، وإلا فالقول قول المشتري^(١).

وقول المصنف: (كهما) هو قليل؛ لأن الكاف لا تجر إلا الظاهر فقط، كما تقدم التنبيه عليه في أواخر باب صلاة العيدين.
فرع:

ذكر الرافعي في الصداق أن الوارث يحلف في الإثبات على البت وفي النفي على نفي العلم^(٢) على الصحيح، وقيل: على البت فليكن هنا مثله.

قال: (وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ بِكَذَا فَقَالَ: وَهَبْتَنِيهِ فَلَا تَحَالْفَ)؛ إذ لم يتفقا على عقد (بَلْ يَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخِرِ، فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِرَوَائِدِهِ) أي: المتصلة والمنفصلة إذ لا ملك له.

قال الإمام: ويفسخ البائع البيع في الباطن إن كان صادقاً لتعذر الثمن^(٣)، وادعى في «البيسط» الاتفاق عليه، وفيه قول آخر أنهما

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٦/٢٦٢.

(٢) «الشرح الكبير» ٨/٣٣٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٥/٣٥٤.

يتحالفان، وهذا ما أورده الفوراني، وصححه المتولي، /١٩٣ب/ ورده الطبري إلى أن المراد أن كلاً يحلف على نفي ما يدعيه الآخر، وفيه قول ثالث أن القول قول مدعي الهبة؛ لأنه مالك باتفاقهما، وصاحبه يدعي عليه مالاً، والأصل عدمه.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرَ فَسَادَهُ) أي: مثل أن يقول: بعتك بألف، أو زق خمر، أو قال: شرطنا شرطاً مفسداً فأنكر (فلا تحالف) لأنه من أحكام العقد الصحيح (فالأصح) كما ذكر المصنف والأكثر (تصديق مدعي الصحة بيمينه)؛ لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين هو الصحة.

قال القاضي حسين: فيحس المشتري حتى يبين ما يكون ثمناً. والثاني: يصدق مدعي الفساد بيمينه؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح، وصححه البغوي^(١) وابن أبي عصرون، وهذا الخلاف حكاه صاحب «التنبيه» قولين^(٢)، مع أنه حكاه وجهين في «المهذب»^(٣)، وكذا حكاه غيره، وخرج الأصحاب الخلاف على أصلين: أحدهما: تعقيب^(٤) الإقرار بما يرفعه.

والثاني: ما إذا تكفل ببدن رجل ثم قال: تكفلت على أني بالخيار ثلاثاً.

(١) «التهذيب» ٣/٥٠٤.

(٢) «التنبيه» (ص ٩٦).

(٣) «المهذب» ١/٢٩٤.

(٤) في (ح): (تعقب).

وقال المكفول: بل بغير خيار، ففيمن القول قوله؟ قولان: قال العمراني: والأصلان يرجعان إلى أصل واحد^(١).

قال الرافعي: ولمخرج أن يخرجهما على قولي تقابل الأصل والظاهر^(٢).

واختار ابن الصلاح في «فتاويه» التفرقة بين أن يكون مدعي الفساد يسنده إلى أمر زائد مفسد، فلا يكون القول قوله؛ لأن الأصل عدمه، وبين أن يسنده إلى إخلال^(٣) بعض الأركان والشرائط فيكون القول قوله؛ لأن الأصل عدمها.

قال: وهذا هو الذي أستقر عليه الرأي واعتمدت عليه في الفتوى^(٤) وقد تقدمه بذلك المحاملي والبندنجي.

واعلم أن المصنف - رحمه الله - لو أبدل لفظ البيع بالعقد لكان أعم، فإن الخلاف جارٍ أيضاً في عقود المعاوضات كالإجارة والنكاح ونحوهما، نعم يستثنى ما إذا باع ذراعاً من أرض وهما يعلمان ذرعانها، فادعى البائع أنه أراد ذراعاً معيناً حتى لا يصح العقد، وادعى المشتري الإشاعة حتى يصح، فإن أرجح الاحتمالين في «الروضة» تصديق البائع^(٥) حتى يفسد؛ لأنه أعرف بإرادته، وما إذا

(١) «البيان» ٥ / ٣٧١.

(٢) «الشرح الكبير» ٤ / ٣٧٩.

(٣) في (ح): (اختلال).

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ٢ / ٤٤٠.

(٥) «روضة الطالبين» ٣ / ٣٦٠.

أختلفا هل وقع الصلح على الإنكار أو الاعتراف؟ فإن الصواب في «الروضة» تصديق مدعي الوقوع على الإنكار؛ لأنه الغالب، وما إذا قال السيد: كاتبك وأنا مجنون أو محجور عليّ، وعرف للسيد ذلك، فإنه المصدق كما ذكره المصنف في بابه^(١).

فرع:

لو قال: أشتريت ما لم أره. فقال البائع: بل رأيت. فهو على الخلاف /١٩٤/ قاله في «الروضة»^(٢) وأفتى الغزالي بأن القول قول البائع. وقال القاضي حسين وغيره: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدمه، وفي عكسه أفتى صاحب «البيان» بأن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم الرؤية، وخالفه الفقيه عبيد الضبعي عملاً بالظاهر. قال: (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيْبٍ لِيَرْدَهُ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الْمَبِيْعُ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِيْنِهِ) لأن الأصل السلامة وبقاء العقد. قال: (وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلْمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصْح) لأنه لم يعترف بقبض ما ورد العقد عليه، والأصح^(٣) اشتغال ذمة المسلم إليه، وفي البيع أتفقا على قبض ما اشتراه وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل عدمه، والثاني: يصدق المسلم إليه كالبيع.



(١) «روضة الطالبين» ١٢/٢٦٧.

(٢) «روضة الطالبين» ٣/٣٧٦.

(٣) في (ح): (والأصل).

(بَاب)

هو باب معاملات العبيد، وهو أعم من المداينة.
قال: (العَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ
فِي الْأَصَحِّ) لأنه محجور عليه لنقص، فأشبهه السفیه.
والثاني: يصح، وصححه ابن أبي عسرون، ونسبه الماوردي^(١) وأبو
الطيب إلى الجمهور؛ لأنه (بعقد)^(٢) الذمة، ولا حجر على ذمته، فعلى
هذا الثمن في ذمته، وهل الملك له أو لسيده؟ فيه وجهان، قطع المتولي
بالثاني والإمام بالأول، وقال: قول الصحة مفرع على أنه يملك
بالتملك، واستشكله من جهة أن تملكه بالتملك يختص بالسيّد دون
الأجانب^(٣)، وهذا ممنوع لما ستعلمه آخر الباب.

تنبيهات:

أحدها: منهم من حكى الخلاف قولين، ومنهم من قطع بالأول.
الثاني: هذا الخلاف كالخلاف في شراء المفلس شيئاً بثمن في ذمته،
لكن الأصح هناك الصحة كما سيأتي.
الثالث: الخلاف جار في عقود المعاوضات كلها خلا النكاح، وقد
ذكر المصنف بعد ذلك أن اقتراضه كشرائه.
قال: (وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ) أي: إذا قلنا بعدم الصحة (سَوَاءً كَانَ فِي يَدِ

(١) «الحاوي» ٣٦٩/٥.

(٢) في (ح): (يعتمد).

(٣) «نهاية المطلب» ٤٨٢-٤٨٣.

العَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ) لأنه باق على ملكه.

وقوله: (سواء كان) إلى آخره.

هذه العبارة كثيراً ما تتكرر في السنة الفقهاء كذلك، وصوابها زيادة همزة مع كان، وإبدال (أو) بـ (أم) نعم قرئ شاذاً: (سواء عليهم أنذرتهم أو لم تنذرهم) بالواو، حكاها ابن جني^(١)، وحكاها الفارسي لغة.

قال: (فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ) أي: في يد العبد (تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ) أي: سواء رآه مع العبد فتركه أم لا؛ لأنه ثبت برضا من له الحق، ولم يأذن السيد فيه (فبيع)^(٢) به إذا عتق، وتلزمه القيمة إن كان متقومًا، وحكى الإمام^(٣) وجهًا في كتاب الإقرار أنه يلزمه /١٩٤ب/ ثمن ما أتلفه.

قال: (أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ) أي: تضمين السيد باليد.

قال: (وَلَهُ) أي: للبائع (مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ) لتعلقه بذمته لا قبل

العتق؛ لأنه معسر.

فرع:

لو أدى الثمن من مال السيد فله أسترداده.

قال: (وَاقْتِرَاضُهُ كَثِيرَاتِهِ) أي: في جميع ما سبق؛ لأنه عقد معاوضة

مالية، فكان كالشراء، واحترزنا بالمالية عن النكاح، فإنه لا يصح جزماً كما أسلفناه.

(١) «الخصائص» ٣٤٨/١، «الحجة» ٢٦٥-٢٦٦.

(٢) في (ح): (فبيع).

(٣) «نهاية المطلب» ٥٨/٧.

قال: (وَإِنْ أذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَصَرَّفَ) بالإجماع، ولأن المنع لحق السيد وقد أرتفع، وشرط الماوردي أن يصح تصرفه لنفسه لو كان حرًّا.

فائدة:

قال الإمام في كتاب الحجر: تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا ينفذ، وإن أذن السيد فيه كالولايات والشهادات. وثانيها: ما ينفذ بغير إذن السيد كالعبادات والتصرف في النكاح المأذون فيه، أي: بالطلاق.

وثالثها: ما يتوقف على الإذن كالبيع والإجارة^(١).

قال: (بِحَسَبِ الإِذْنِ) لأن تصرفه بالإذن، فيقتصر على محل الإذن كالمضارب.

قال: (فَإِنْ أذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوِزْهُ) أي: وكذا في وقت لما ذكرناه. فرع:

لا يتوقف ذلك على أن يعطيه مالا يتجر فيه، بل يجوز أن يأذن له أن يشتري على ذمته كالوكيل. قاله ابن الصباغ في آخر القرض.

فرع:

قال أبو طاهر الزيادي: لا بد من تعيين ما يتجر فيه كالقراض، واختاره الصعلوكي. وقال غيره: لا يشترط، وله التصرف في أنواع المال.

قال: (وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ) كما ليس للمأذون في النكاح أن يتجر؛ لأن أسم كل منهما غير متناول للآخر، وسواء نفسه وعبيد التجارة.

(١) «نهاية المطلب» ٦/٤٣١.

قال: (ولا يُؤْجَرُ نَفْسُهُ) لأنه لا يملك التصرف في رقبته فكذا في منفعته. وقيل: ^(١) يجوز.

قال المتولي: والخلاف راجع إلى أنه هل له أن يتصرف فيما يحصله بالاحتطاب ونحوه؛ لأن الأجرة على هذا بمنزلة الأرباح، أما أموال التجارة كعبيدها وثيابها ودوابها فله إجارتهما على الأصح؛ لأن التجار يعتادونه، وهذا يخرج بقوله: (نفسه).

قال القاضي: والخلاف مبني على الوجهين في أن التاجر لو صرف جميع مال تجارته إلى المستغلات، هل ينقطع حول الزكاة؟

قال: (ولا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ فِي تِجَارَةٍ) أي: العبد الذي اشتراه لها، خلافاً لأبي حنيفة ^(٢)؛ لأن السيد لم يأذن فيه، نعم في توكيله عبده في آحاد التصرفات وجهان، وبالجواز أجاب «الحاوي الصغير»، وهو ما صححه الإمام والغزالي ^(٣). أما الأجنبي فلا يوكله قطعاً كالوكيل /١١٩٥/ لا يوكل بخلاف المكاتب؛ لأنه يتصرف لنفسه.

قال: (ولا يَتَصَدَّقُ) لعدم الإذن، وكذا لا ينفق على نفسه منه ولا يتخذ دعوة ^(٤).

قال: (ولا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ) أي: بالبيع والشراء ونحوهما؛ لأن تصرفه لسيدته بخلاف المكاتب. وقيل: يجوز ذلك إذا ركبته الديون، حكاه الإمام

(١) رمز فوقها في الأصل، (ح): (أبو حنيفة).

(٢) «بدائع الصنائع» ٤/١٤٣.

(٣) «نهاية المطلب» ٥/٤٧٨، «الوسيط» ٣/١٩٧.

(٤) ورد أعلاها في (ح): (معاً)، وفي الأصل: (جميعاً).

في آخر القرض^(١).

قال: (ولا يَنْعَزِلُ بِإِيقَافِهِ) أي: بل له التصرف على الأصح في البلد الذي خرج إليه إلا إذا خص السيد الإذن ببلد؛ لأن الإباق معصية فلا يوجب الحجر، كما لو عصى السيد من وجه آخر. وقيل: (٢) لا يصح تصرفه في الغيبة، حكاها المتولي.

قال: (ولا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ) كما لو رآه ينكح لا يكون سكوته إذناً فيه.

قال: (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ) أي: سواء أقر لأبيه وابنه أو لأجنبي لقدرته على الإنشاء، وقد أعاد المصنف المسألة في الإقرار وستأتي.

فرعان:

الأول: هل يملك المأذون في التجارة الاقتراض؟ حكى الإمام عن القاضي تردداً فيه في الإقرار، فإن قلنا: يملكه، كان وفاؤه كديون التجارة.

الثاني: العبد، وإنما يتصرف بالمصلحة كالوكيل، فليس له البيع نسيئة، ولا بدون ثمن المثل، ولا المسافرة بمال التجارة إلا بإذن سيده. قال: (وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعِ بَيْنِ النَّاسِ) لأن الأصل عدم الإذن، فإن عامله ثم ظهر أنه

(١) «نهاية المطلب» ٥٥٣/٧.

(٢) رمز فوقها في الأصل، (ح): (أبو حنيفة).

مأذون، وكما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت، وكذا من أدعى الوكالة وكذبه وعامله ثم بانت وكالته، وظاهر كلام المصنف أنه لا يكفي العدل الواحد، وهو أحد احتمالات ابن الرفعة في «المطلب».

وثانيها: يكفي قطعاً كالخبر.

وثالثها: إلحاقه بالشفعة حتى يكفي على الأصح.

فرع:

من لا يعرف رقه ولا حرите ولم يكن غريباً يجوز معاملته معه على الأظهر؛ لأن الأصل والغالب الحرية.

والثاني: المنع؛ لأن الأصل بقاء الحجر، فإن كان غريباً جازت معاملته جزماً للحاجة. قاله ابن الرفعة في «المطلب».

فائدة:

مراد المصنف بالعلم الظن.

قال في «المطلب»: وفي هذه العبارة جمع بين الحقيقة والمجاز؛ لأن البيئة والشيوخ بدون التواتر لا يفيدان إلا الظن، وإطلاق العلم عليه مجاز. قلت: والجمع بينهما جائز عندنا.

قال: (وفي الشُّيُوعِ وَجْهٌ) لأن الحجر محقق (في زواله)^(١) مشكوك فيه، وأجاب الأول بأن السماع من السيد أو الثبوت بالبيئة في حق كل من أزداد المعاملة / ١٩٥ب/ فيه عسر، ووقع في بعض نسخ «المحرر» حكاية هذا الوجه قولاً^(٢)، ولعله تحريف.

(١) ما بين قوسين في «مغني المحتاج» ٥١٨/٢: (والزوال).

(٢) أنظر: «المحرر» (ص ١٥٧).

قال: (ولا يكفي قول العبد) أي: في الإذن خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن الأصل عدمه، فأشبهه زعم الراهن إذن المرتهن في بيع العين المرهونة. أما قوله في الحجر فمقبول، وإن أنكره السيد في الأصح؛ لأنه العاقد، والعقد باطل بزعمه. ووجه مقابله الاعتماد على قول السيد.

فرع:

لو عزل العبد نفسه لم يعزل؛ لأن التصرف حق للسيد فلم يقدر على إبطاله بخلاف النكاح. قاله المتولي.

فرع:

لو كان لرجلين عبد فأذن له أحدهما في التجارة لم يصح حتى يأذن له الآخر، كما في النكاح.

تنبيه:

حيث منعنا معاملته فذلك في الأعيان، فأما إذا باع بثمن في ذمته أو أبتاع شيئاً بدمته فلا يبعد بناؤه على الخلاف في صحة ذلك من غير المأذون. قال: (فإن باع مأذوناً له وقبض الثمن فتلف في يده فخرجت السلعة مستحقة رجوع المشتري ببدلها على العبد) لأنه المباشر للعقد، فالعهدة تتعلق به، وهذا هو الصحيح. وقيل: لا يرجع عليه؛ لأن يده يد السيد. وقوله: (ببدله) أي: بدل الثمن، ووقع في بعض النسخ: (ببدلها)، أي: العين، وهو غلط.

قال: (وله مطالبة السيد أيضاً) لأن العقد له وكأنه البائع والقابض.

قال: (وقيل لا) لأن السيد بالإذن له أعطاه استقلالاً وقصر الطمع

على يده وذمته.

قال: (وَقِيلَ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً فَلَا)؛ لحصول المقصود بمطالبة العبد واستيفاء ما في يده.

وقال ابن سريج: إن كان السيد دفع إليه عين مال، وقال: بعها وخذ ثمنها واتجر فيه. أو قال: أشرت هذه السلعة وبعها واتجر في ثمنها ففعل، ثم ظهر الاستحقاق يطالبه المشتري بالثمن، فله أن يطالب السيد بقضاء الدين عنه؛ لأنه أوقعه فيه، وإن أشتري باختياره سلعة وباعها ثم ظهر الاستحقاق فلا^(١).

قال: (وَلَوْ أَشْتَرَى سِلْعَةً فِي مَطَالِبَةِ السَّيِّدِ بِثَمْنِهَا هَذَا الْخِلَافُ) لما ذكرناه من التعليل.

قال: (وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ) لأنه ثبت برضا مستحقه. والقاعدة أن ما لزم العبد بغير رضا المستحق كالمغصوب يتعلق بالرقبة لا بالذمة على الأظهر، وما لزم به وأذن السيد فيه كالصداق تعلق بالذمة والكسب، وما لا فيتعلق بذمته فقط لا بالكسب، وبالرقبة كما تقدم.

قال: (وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ) لأنه لزم بمعاوضة مقصودة بإذنه، فيكون

١١٩٦/ متعلقًا بالكسب كنفقة النكاح.

قال: (بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ) أي: سواء فيه الربح ورأس المال لاقتضاء العرف والإذن ذلك.

قال: (وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِأَصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ) كما يتعلق به المهر ومؤون النكاح، ثم ما فضل يكون في ذمته حتى يعتق.

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ٤/٣٦٩، «الروضة» ٣/٥٧٠.

والثاني: لا، كسائر أموال السيد.

تنبيه:

ما ذكره المصنف هنا من كونه لا يتعلق بذمة السيد، مخالف لقوله قبله أنه يطالب السيد ببذل الثمن التالف في يد العبد، وبثمن السلعة التي اشتراها أيضاً، وهكذا وقع أيضاً في الشرحين و«المحرر» و«الروضة»^(١). قال ابن الرفعة في «المطلب»: ولا يستقيم الجمع بين الكلامين، يحمل الأول على مجرد المطالبة، والثاني على بيان محل الدفع، فإن الوجه الثالث القائل بأنه إن كان في يد العبد وفاءً فلا يطالب، وإلا طوب دافع لذلك، وأشار إلى تضعيف الكلام الأول - أعني: صاحب «المطلب» - بقوله: زعم الإمام أنه الأصح.

فرعان نختم بهما الباب:

الأول: لو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة، وفي يده مال حلت كما تحل بموت الحر. ذكره القاضي حسين في «فتاويه»^(٢).
الثاني: عبدان لاثنين، أذن كل منهما لعبدته في التجارة، فاشترى كل من العبدین الآخر من سيده، وجهل المتقدم منهما. قال الروياني: بطل العقدان كما لو زوج وليان وجهل.

قال: (ولا يملك العبد بتمليك سيده في الأظهر) لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] وكما لا يملك

(١) «الشرح الكبير» ٣٦٩/٤، «المحرر» (ص ١٥٧)، «الروضة» ٣/٥٧٠.

(٢) «الفتاوى» (ص ٢٠٢) (٢٥٤).

بالإرث وبتمليك غير السيد - كما ستعرفه - ولأنه مملوك فأشبهه البهيمة، وهذا هو الجديد.

والثاني^(١) وهو القديم: أنه يملك؛ لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال» الحديث^(٢). أضاف المال إليه، لكنه ملك ضعيف يملك المولى أنتزاعه منه.

واحترز المصنف بقوله: (بتمليك سيده) عما إذا ملكه الأجنبي، فإنه لا يملك بلا خلاف، كما قاله القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والرافعي في الوقف والظهار واللقطة وغيرهم، نعم صرح بإجرائهما فيه القاضي حسين والماوردي كما أفاده ابن الرفعة في «المطلب».

فرع:

في أحتياج العبد إلى القبول على القديم وجهان مبنيان على إجباره على النكاح.

فرع:

لو قال السيد له: ملكتك ما تحتطبه وتصطاده وتتهبه، لا يملك عند وجود هذه الأسباب، وإن قلنا: يملك بالتمليك. قاله الإمام^(٣) في باب قسم الصدقات.



(١) رمز فوقها في الأصل: (مالك).

(٢) رواه البخاري (٢٣٧٩)، مسلم (٨٠/١٥٤٣) من حديث ابن عمر، بلفظ: «ابتاع عبداً...».

(٣) «نهاية المطلب» ١١/٥٤٢.

كِتَابُ السَّلْبِ

A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 15 horizontal lines, creating 16 rows for text entry. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.

كتاب السَّلَمِ

هُوَ بَيْعٌ مَوْضُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ:
أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ، فَلَوْ أُطْلِقَ ثُمَّ عَيِّنَ وَسَلَّمَ فِي
الْمَجْلِسِ جازًا.

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا.
وَلَوْ قَبَضَهُ وَأُودِعَهُ الْمُسْلِمَ جازًا، وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً، وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ.
وَإِذَا فُسِّخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ أَسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ، وَقِيلَ: لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ
إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ، وَرُؤْيَا رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي
الْأَظْهَرِ.

الثَّانِي: كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دَيْنًا فَلَوْ قَالَ: أَسَلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثُّوبَ فِي هَذَا
الْعَبْدِ. فَلَيْسَ بِسَلَمٍ وَلَا يَنْعَقَدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ قَالَ: أَسْتَرَيْتُ مِنْكَ ثُوبًا
صِفْتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ. فَقَالَ: بَعْتُكَ. انْعَقَدَ بَيْعًا، وَقِيلَ: سَلَمًا.

الثَّلَاثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسَلَّمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَوْ يَصْلُحُ وَلِحْمَلِهِ
مُؤَنَّةٌ أَسْتَرَطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَيَصِحُّ حَالًا وَمُؤَجَّلًا، فَإِنْ أُطْلِقَ انْعَقَدَ حَالًا، وَقِيلَ: لَا يَنْعَقَدُ.
وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ، فَإِنْ عَيَّنَ شَهْرَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ جازًا.
وَإِنْ أُطْلِقَ حُمِلَ عَلَى الْهَلَالِيِّ، فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حُسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ وَتَمَّ
الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ، وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ

كَانَ يُوجَدُ يَبْدَأُ آخَرَ صَحَّحَ إِنْ أَعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا.
وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يُعْمُ فَانْقَطَعَ فِي مَجَلِّهِ لَمْ يَنْفَسِحْ فِي الْأَظْهَرِ، فَيُتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ
بَيْنَ فَسْحِهِ وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ.

وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَجَلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ.
وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا، وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزَنًّا
وَعَكْسُهُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعٍ حِنْطَةً عَلَى أَنْ وَزَنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ، وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ
فِي الْبَطِيخِ وَالْبَادِزْجَانِ وَالْقِتَاءِ وَالسَّفْرَجَلِ وَالرُّمَانَ.
وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللُّوزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ، وَكَذَا كَيْلًا فِي
الْأَصَحِّ.

وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ، وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا،
وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.
وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا وَذَكَرَهَا فِي الْعَقْدِ
عَلَى وَجْهِ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ.

فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبُطُ مَقْصُودُهُ كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ، كَهَرِيسَةٍ
وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفِّ وَزِيَاقٍ مَخْلُوطٍ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ،
كَعَتَائِيٍّ وَخَزِّ وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلِّ ثَمَرٍ أَوْ زَيْبٍ، لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ
الْأَكْثَرِينَ.

وَلَا يَصِحُّ فِيمَا نَدَرَ وَجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ فِي مَوْضِعِ الْعِزَّةِ، وَلَا فِيمَا لَوْ

أَسْتَقْصِي وَضْفُهُ عَزَّ وَجُودُهُ كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَاقُوتِ وَجَارِيَةِ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا.

فِرْع

يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّفِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَثْرَتُ كَيْ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ، وَيَصِفُ بِيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ، وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ، وَسِنَّهُ وَقَدَّهُ طُولًا وَقَصْرًا، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحْلِ وَالسَّمَنِ وَنَحْوَهُمَا فِي الْأَصْحِ.

وَفِي الْإِبِلِ وَالْحَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللُّونُ وَالنُّوْعُ. وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصَّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ.

وَفِي اللَّحْمِ لَحْمٌ بَقَرٍ أَوْ ضَأْنٍ أَوْ مَعَزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيْعٍ مَغْلُوفٍ أَوْ ضِدِّهَا مِنْ فَيْخِذٍ أَوْ كَيْفٍ أَوْ جَنْبٍ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ.

وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ وَالطُّوْلُ وَالْعَرَضُ وَالْغِلْظُ وَالذِّقَّةُ وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ وَالنُّعُومَةُ وَالْحُسُونَةُ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ، وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ، وَمَا صُبِغَ عَزْلُهُ قَبْلَ النَّسِجِ كَالْبُرُودِ، وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوعِ بَعْدَهُ.

قُلْتُ: الْأَصْحُ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَاتِ وَكِبَرُهَا وَعَتَقُهُ وَحَدَائِثُهُ، وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمْرِ.

وَفِي الْعَسَلِ: جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ، صَيْفِيٌّ أَوْ حَرِيفِيٌّ، أَيْبِضُ أَوْ أَصْفَرُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَائِثُ.

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوحِ وَالْمَشْوِيِّ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ.

وَالْأَطْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ، وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفِ كِبَرِهِ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُنُقَمٍ وَمَنَارَةٍ وَطَنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا.

وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطِطَالِ الْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا مِنْهَا فِي قَالِبٍ.
وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاةِ فِي الْأَصَحِّ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ،
وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبَدَلَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي
نَوْعِهِ. وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَرْدَاؤُ مِنَ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَجُودٌ وَيَجِبُ
قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ فَاْمْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِعَرَضٍ صَحِيحٍ بَأَنَّ كَانَ
حَيَوَانًا أَوْ وَقْتٍ غَارَةٍ لَمْ يُجْبِرْ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي عَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكَ
رَهْنِ أُجْبِرَ، وَكَذَا لِمُجَرِّدِ عَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحَلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمَهُ
الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤَنَّةً، وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ
أَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبِرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤَنَّةً أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا،
وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُهُ.

فَصْلٌ

الإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ.

وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ، أَوْ أَسْلَفْتُكَ، أَوْ خُذْهُ بِمِثْلِهِ، أَوْ مَلَكَتُكَ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ.
وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَفِي الْمَقْرَضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ
لِلْمَقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ، وَمَا لَا يُسَلَّمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُرَدُّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلَ صُورَةً، وَقِيلَ: الْقِيَمَةُ.
 وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ، وَلِلنَّقْلِ مُؤَنَّةٌ طَالَبُهُ بِقِيَمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ.
 وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنِ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ، وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلا شَرْطٍ
 فَحَسَنٌ.

وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنِ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرُهُ لَعَا الشَّرْطُ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا
 يَفْسُدُ الْعَقْدُ.

وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنِ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ،
 وَإِنْ كَانَ كَرَمَنٍ نَهَبَ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنِ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصْحَحِ، وَلَهُ شَرْطُ
 رَهْنٍ وَكَفِيلٍ.

وَيُمْلِكُ الْقَرْضُ بِالْقَبْضِ، وَفِي قَوْلٍ: بِالتَّصَرُّفِ.

وَلَهُ الرَّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصْحَحِ.



A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 15 horizontal lines, creating 16 rows for text entry. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.

(كتابُ السَّلَمِ)

السلم والسلف بمعنى، سمي سلمًا؛ لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفًا (لتقديمه)^(١) وذكر المصنف في آخره القرض؛ لاشتراكهما في ١٩٦ب/ الاسم والمعنى، وإن أمتاز كل منهما عن الآخر بأمور تختص به.

أما في الاسم؛ فلأن كلا منهما يطلق عليه سلف، قاله الأزهري^(٢). قال الماوردي: السلف لغة عراقية، والسلم لغة حجازية^(٣). قلت: وقد أخرج مسلم في «صحيحه»^(٤) اللفظتين.

وأما المعنى فلأن كلا منهما إثبات مال في الذمة بمبدول في الحال، وفي «غريب الحديث» للخطابي أن في حديث ابن عمر أنه كان يكره أن يقال: السلم بمعنى السلف^(٥)، وكان يقول: الإسلام لله ضمن بالاسم الذي هو موضوع للطاعة أن يمتن في غيرها وصيانة عن أن يتنزل فيما

(١) في (ح): (لتقدمه).

(٢) «تهذيب اللغة» ١٢/١٩٩.

(٣) «الحاوي» ٥/٣٨٨.

(٤) روى مسلم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس: «من أسلف...».

(٥) «غريب الحديث» ١/٦٦٥.

سواها، وأخرجه البيهقي في «سننه» أيضاً موقوفاً على ابن عمر^(١).
والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله
تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ الآية [البقرة:
٢٨٢].

قال ابن عباس: المراد به السلم^(٢)، وهذه الآية أستدل بها الرافعي
في «المحرر»^(٣) وغيره، لكن يحتمل كما قال الشافعي رحمته الله أن يكون
المراد بها كل دين^(٤)، فلا تدل على خصوصية السلم.

وأما السنة فحديث ابن عباس رحمته الله الثابت في الصحيحين أن النبي
ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار الستين والثلاث فقال: «من
أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل
معلوم»^(٥) والعطف في قوله: «ووزن معلوم» للتنويع، كما تقول: بنو
آدم ذكور وإناث، أي: هم نوعان، فالمراد: في كيل معلوم إن كان
المسلم فيه مكيلاً، ووزن معلوم إن كان موزوناً.

وأما الإجماع فأشار إليه الشافعي في «الأم» بقوله: والسلف جائز في
سنة رسول الله ﷺ والآثار وما لا يختلف فيه أهل العلم علمته^(٦).

(١) البيهقي ٢٨/٦.

(٢) رواه الطبري في «التفسير» ١١٦/٣، والبيهقي ١٨/٦.

(٣) «المحرر» (ص ١٥٨).

(٤) «الأم» ٨٠/٣.

(٥) البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

(٦) «الأم» ٨١/٣.

وحكى الماوردي وجهين في أنه عقد غرر^(١) جوز للحاجة أم لا.
قال: (هُوَ بَيْعٌ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ) أي: ببدل عاجل، وهذا أحسن
حدوده، والمراد إذا وقع بلفظ السلم، وإلا فلو أورده بلفظ البيع أنعقد
بيعاً على الأصح كما سيأتي لا سلماً.

وقوله: (موصوف) يحترز به عن القرض، فإنه ليس موصوفاً بذكر
صفاته، وإن كان في المعنى موصوفاً بمثل (المقرض)^(٢).

قال: (يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ) لما تقرر من كونه بيعاً، نعم
يستثنى سلم الأعمى فإنه يصح، وإن كان أكمه على الصحيح كما ذكره
المصنف في البيع، وبيعه وشراؤه لا يصحان على الأصح، والكافر لا
يصح شراؤه المسلم على الأظهر، كما قدمته في بابه، وفي صحة
إسلامه فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين وصححهما المصنف في «شرح المذهب»
في كتاب /١٩٧/ البيع^(٣).

والثانية: القطع بالصحة، وصححها الماوردي^(٤)، وضعف طريقة
القولين معللاً بأن البيع إنما منع لاستقرار يده على مسلم، وهذا مفقود
في السلم.

قال: وعلى هذا فقليل: لا يعترض عليه حتى يقبض. وقيل: يطالب
بفسخه.

(١) «الحاوي» ٣٩٢/٥ - ٣٩٣.

(٢) في (ح): (القرض). (٣) «المجموع» ٤٣٤/٩.

(٤) «الحاوي» ٣٨١/٥، ٣٨٢.

ولو أسلم مسلم إلى كافر في عبد مسلم ففي صحته احتمالان لو والد الروياني، وجه المنع ندره ملكه. ووجه الجواز إمكان بذل قيمته لمسلم ويأمره بدفعه إلى المسلم، فلا يتعذر التسليم.

قال: (أَحَدَهَا تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ) لأن رأس المال إن كان ديناً وجب بيع الكالئ بالكالئ، وإن كان عيناً فيجب تعجيله؛ لأنه أحتمل الغرر في السلم (فيه)^(١) للحاجة (فجبر)^(٢) ذلك بتأكيد العوض بالتعجيل، ولدلالة أسم الإسلام والإسلاف عليه، فلو تفرقا قبله بطل، ولو تفرقا قبل تسليم بعضه فأوجه:

أحدها: للبصريين أنه يفسخ العقد في الجميع.

والثاني: للبغداديين وهو الأصح: أنه يصح فيما قبض مقابله، وينفسخ فيما لم يقبض مقابله^(٣). وعن البويطي حكاية هذا والذي قبله عن الشافعي رحمته الله في موضعين في كتابه.

وثالثها: أنه يبطل في مقابلة ما لم يقبض، وفي الباقي قولاً تفریق الصفقة.

قال القاضي حسين: وهو من تفریق الصفقة في الابتداء، وجعله الرافعي من التفریق في الدوام.

وقال الإمام: هو رتبة ثلاثة بين التفریق في الابتداء والدوام.

قال: (فَلَوْ أَطْلَقَ) أي: بأن قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي بكذا

(١) في (ح): (و).

(٢) في (ح): (فخبر).

(٣) «الحاوي» ٤٠٨/٥.

(ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازًا) لأن المجلس حريم العقد فله حكمه. قال: (وَلَوْ أَحَالَ بِهِ) أي: برأس المال (وَقَبْضُهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا) أي: وإن جعلناها أستيفاء؛ لأنها ليست بقبض حقيقي، والمحال عليه يؤدي عن نفسه لا عن المسلم، والطريق في صحة العقد أن يقبضه المسلم ثم يسلمه إلى المسلم إليه، وحكوا في الصرف وجهًا أنه يصح إذا قبضه في المجلس وجعلناها أستيفاء.

قال ابن الرفعة: وقياس ذلك جريانه هنا. وحكى غيره عن القاضي أنه خصه بما إذا ألزما العقد، وأحالا في المجلس فتصح الحوالة، وأنه نقله عن ضعفه هنا.

قال: (وَلَوْ قَبْضُهُ) يعني: رأس المال.

قال: (وَأُودِعَهُ الْمُسْلِمَ) أي: قبل التفرق (جَازًا) لأن الوديعة لا تستدعي لزوم الملك.

فرع:

لورده إليه عن دين، قال أبو العباس الروياني: لا يصح؛ لأنه تصرف قبل أنبرام ملكه، فإذا تفرقا، فعن بعضهم أنه يصح السلم؛ لحصول القبض وانبرام الملك.

قال: (وَيَجُوزُ كَوْنُهُ) أي: كون رأس المال (مَنْفَعَةً) أي: سواء كانت دارًا أو عبدًا أم غيرهما، كما يجوز جعلها ثمنًا وأجرة وصدقًا وغير ذلك. قال: /١٩٧ب/ (وَتَقْبِضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ) لأنه لما تعذر القبض الحقيقي أكتفينا بهذا؛ لأنه الممكن.

فرع:

لو جعل رأس المال تعليم سورة من القرآن جاز وحصل القبض بأن يسلم نفسه. قاله الروياني^(١)، واقتضاه إطلاق المصنف، ومنع ذلك القاضي في «فتاويه».

قال: (وَإِذَا فُيِّسَ السَّلْمُ) أي: بسبب يقتضيه (وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ أَسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ) أي: وليس له إبداله إن كان معيناً في العقد؛ لأن الثمن المعين كالبيع، وكذا إن كان مطلقاً وعين في المجلس على الأصح؛ لأن المعين في المجلس بمثابة المعين في العقد، كما مرّ.

قال: (وَقِيلَ: لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ) لأن العقد لم يتناوله.

واحترز بقوله: (باق) عما إذا تلف، فإنه يرد مثله في المثلي، وقيمته في المتقوم.

قال الإمام: ومأخذ الخلاف في المسألة أن المسلم فيه إذا رد بالعيب، فهل هو نقص للملك في الحال^(٢)، وقد كان ملكه أولاً أو هو مبين لعدم جريان الملك فيه؛ لأنه يخالف الوصف المستحق، وفيه قولان، فعلى الأول لا يتعين رده، وعلى الثاني يتعين.

وخصص المتولي الوجهين بما إذا كان رأس المال مثلياً، وقطع بتعين رده إذا كان متقوماً، وطرد الحكم فيما إذا قبض المسلم المسلم فيه ثم وجد المسلم إليه برأس المال المعين في العقد عيباً ورده، ويجريان

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٢/٦.

(١) «بحر المذهب» ١٧١/٥.

فيما إذا أصدقها دينًا ثم سلمه، ثم طلقها، والمبدول باق في يده، هل يرجع إلى نصفه أو بدله.

قال: (وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ) كَثْمَنُ الْمَبِيعِ. والثاني: لا تكفي، بل يجب ذكر قدره وصفته؛ لأنه ربما ينقطع ويكون رأس المال تالفًا فلا يدري بم يرجع، والأصح طرد القولين في الحالِّ والمؤجل كما أطلقه المصنف.

وقيل: إن كان حالًّا كفى ذلك قطعًا.

وقيل: إن كان مؤجلًا لم يكف قطعًا، ثم محل القولين ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة، فإن علماه قبل التفرق صح قطعًا. وفرق أبو حنيفة بين المكيل والموزون والمعدود والمذروع، ففي الأولين لا بد من ضبط مقداره وصفاته بخلاف الآخرين^(١).

فرع:

لو كان متقومًا مشاهدًا فلا يشترط معرفته على المذهب وقيل:
القولان.

فرع:

إذا أسلم في الذمة ثم عين فلا بد من معرفة قدره وصفته، إلا أن يكون نقدًا، وليس في البلد غيره، أو كان وغلب واحد. وعن أبي إسحاق في هذا أنه لا بد من وصفه، وعن ابن سريج أنه يجب ذكره في المؤجل دون الحال، وإن لم يكن غالب أشترط ذكر وصفه كالثمن، وإن كان عرضًا فلا بد من بيان قدره وصفته.

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٥/١٦٠.

فرع:

١٩٨/ إذا جوزنا كون رأس المال جزأً فاختلفاً في قدره بعد فسخ العقد أو أنفساخه، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه غارم.

قال: (الثاني: كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دَيْنًا) لأنه حقيقة العقد، ولفظ السلم والسلف موضوعان لذلك، كما قال الرافعي^(١)، ومراد المصنف هنا بالشرط ما لا بد منه، فإن الدينية داخله في حقيقة السلم، لكن لا بد من الكلام فيه للأحكام المختصة به.

قال: (فَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِسَلْمٍ) أي: قطعاً لانتفاء شرطه، وهو الدينية.

قال: (وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ) لاختلال لفظه، فإن أسم السلم يقتضي الدينية، فإضافته إلى العين تناقض، والثاني: ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، وصححه الأريغاني في «فتاوى النهاية» والخلاف يقرب من الخلاف فيما إذا قال: بعته بلا ثمن، أو ولا ثمن لي عليك، فقال: أشتريته وقبضته، هل يكون هبة؟ وكذا لو قال: آجرتك هذه الدار بلا أجرة. هل تكون عارية؟

وذكر الإمام عن الأصحاب القطع بالبطلان ولا ينعقد بيعاً قطعاً، وهل يكون المقبوض مضموناً على القابض؟ فيه وجهان.

ولو قال: بعته هذا. ولم يتعرض للثمن أصلاً لم يكن تملكاً على المذهب، والمقبوض مضمون، وقيل: الوجهان.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٣٩٥.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَشْتَرَيْتَ مِنْكَ ثَوْبًا صِفْتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ) أي: أو بدراهم في الذمة (فَقَالَ: بَعْتُكَ. أُنْعَقَدَ بَيْنًا) اعتبارًا باللفظ، قال في «المحرر»: وهذا أقرب الوجهين^(١).

قال: (وَقِيلَ سَلَمًا) اعتبارًا بالمعنى، وكل سلم بيع بخلاف لفظ السلم لا ينقذ به البيع، وهذا ما صححه ابن الصباغ والأرغاني، فإن قال بعده: أَشْتَرَيْتَ سَلَمًا كان سلمًا جزمًا. قاله الرافعي في تفريق الصفقة، ويجب التعيين في صورة الدين إذا جعلناه بيعًا، وإلا أدى إلى بيع الدين بالدين. قاله المحاملي والفارقي وغيرهما، وبنى القاضي الوجهين^(٢) في الكتاب على الوجهين في أن الثمن ما أتصلت به الباء، فيكون بيعًا أو النقد كيف كان فيكون سلمًا.

قال: وأصل هذا كله ما لو وهب الدين من المدين، هل يحتاج إلى قبول؟ وفيه قولان. والخلاف كالخلاف فيما لو عقد على منفعة بلفظ الإجارة، هل ينقذ سلمًا، كما لو عقد بلفظه نظرًا إلى المعنى، أو إجارة نظرًا إلى اللفظ، والأصح فيها الأول عند الأكثرين، ولعل الفارق أن الأصل عدم صحة العقد على المنافع مطلقًا؛ لأنها معدومة بخلاف الأعيان، فإن قلنا: إنه سلم جرى فيه جميع أحكام السلم من منع الاعتياض وغيره، وإن قلنا: بيع جرى فيه أحكامه من أنه لا يجب فيه تسليم رأس المال في المجلس وغيره.

وهذه المسائل تنبني على قاعدة، وهي أن الاعتبار في العقود بظواهر

(١) «المحرر» (ص ١٥٨).

(٢) في الأصل: (الوجهان) وهو خطأ.

ألفاظها أو معانيها، وفي ذلك خلاف.

قال: (الثالث: المذهب أنه إذا أسلم / ١٩٨ب / بموضع لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولحملة مؤنة أشرط بيان محل التسليم). أي: بفتح الحاء إذا كان مؤجلاً (وإلا فلا) لأنه إذا كان الموضع صالحاً وليس للحمل مؤنة أقتضى العرف التسليم فيه، وإذا لم يكن كذلك تفاوتت الأغراض باختلاف الأمكنة، فاشترط التعيين، وهذا هو المفتى به من سبع طرق:

أحدها: قولان مطلقاً: أحدهما: يشترط تعيينه لتفاوت الأغراض بتفاوت الأمكنة، فإذا عين قطع النزاع. والثاني: لا يشترط، ومال إليه الغزالي^(١)، كما في بيع الأعيان.

والثاني: إن عقداً في موضع يصلح للتسليم لم يشترط وإلا أشرط.

والثالث: إن كان لحملة مؤنة أشرط، وإلا فلا.

والرابع: إن لم يصلح أشرط، وإلا فقولان.

والخامس: إن لم يكن لحملة مؤنة لم يشترط، وإلا فقولان.

والسادس: إن كان له مؤنة أشرط، وإلا فقولان، قال الإمام: هذا

أصح الطرق^(٢).

السابع: وليس في الرافي: إن لم يصلح الموضع وجب بيانه، وإن

صلح فثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان لحملة مؤنة وجب، وإلا فلا.

أما السلم الحال فلا يشترط فيه التعيين كالبيع، ويتعين موضع العقد

(٢) «نهاية المطلب» ٣٨/٦.

(١) «الوسيط» ٤٣٥/٣.

للتسليم كما لو عينا غيره جاز بخلاف البيع؛ لأن المسلم يقبل التأجيل، فقبل شرطًا يتضمن تأخير التسليم، والأعيان لا تحتمله. قاله الرافعي^(١) وغيره.

فرع:

متى شرطنا التعيين فتركاه بطل العقد، وإن لم نشرطه فُعين بعين، وعند الإطلاق يحمل على مكان العقد، ولو عين موضعًا فخرّب وخرج عن صلاحية التسليم فالأقيس في «الروضة» أنه يتعين أقرب موضع صالح^(٢)، ولو لم يخرّب، ولكن صار مخوفًا؛ قال الماوردي: إن أحضره لم يجب قبوله، وليس للمسلم أن يكلفه نقله إلى موضع آخر، بل يتخير بين أن يصبر إلى أن يزول الخوف أو يأخذه فيه.

فرع:

قال البغوي: لا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه بل تلك المحلة^(٣).

فرع:

حكم الثمن في الذمة حكم المسلم فيه، والمعين كالمبيع. قال المتولي: وكذا الأجرة والصدّاق وِعوض الخلع والكتابة ومال الصلح عن دم العمد، وكل عوض ملتزم في الذمة له حكم السلم الحال، إن عين مكان التسليم جاز، وإلا تعين موضع العقد.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٠٤.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/١٣.

(٣) «التهذيب» ٣/٥٧٢.

قال: (وَيَصِحُّ حَالًا وَمُؤَجَّلًا) أما المؤجل؛ فلما سلف أول الباب، وأما الحال فخالف فيه الأئمة الثلاثة. لنا أنه إذا جاز مؤجلاً فهو^(١) في الحال أجود. وعن الغرر أبعد، ونقض هذا بالكتابة، وأجيب بأن الأجل في الكتابة لعدم قدرة العبد، والحلول ينافي ذلك.

فرع:

هل التأجيل فيه أصل والحلول رخصة أو بالعكس/١٩٩/ أو كل منهما أصل؟ فيه ثلاثة أوجه في «الحاوي»^(٢) تظهر ثمرتها بعد.

فرع:

إنما يجوز السلم حالا إذا كان المسلم فيه موجوداً، فأما إذا لم يوجد إلا بعد ذلك كالرطب في غير أوانه، فلا يجوز إلا مؤجلاً.

فائدة:

قال في «التممة»: فائدة العدول عن البيع إلى السلم الحال أن المال ربما لا يكون حاضرًا، فلو باعه منه كان بيع غائب، فلا يصح على المذهب، وعلى قول من جوزه يثبت الخيار فيعدل إلى السلم ويصف المال بصفاته، ويحضره ليكون العقد صحيحًا لازماً.

قال: (فَإِنْ أَطْلَقَ) أي: فلم يشترط حلولا ولا تأجيلا (انْعَقَدَ حَالًا) كالثمن في البيع المطلق والأجرة في الإجارة، فإن السلم بيع دين.
قال: (وَقِيلَ لَا يَنْعَقِدُ) لأن العرف فيه التأجيل، فالسكوت فيه كأجل

(١) في الأصل: (فهو).

(٢) «الحاوي» ٣٩٦/٥ - ٣٩٧.

مجهول، ومنهم من حكى هذا قولاً، والذي قبله أيضاً، وبناهما الماوردي على الخلاف المتقدم في أن الأصل في السلم التأجيل، والحلول رخصة، أو بالعكس، أو هما أصل، فالأول على الأول والثاني على الثاني^(١).

فرع:

لو قال: أطلبك (به)^(٢) متى شئت. حمل على الحلول، وطالبه في أول أوقات الإمكان. قاله الماوردي^(٣)، ولو قال: أطلبك به متى شئت من ليل أو نهار. ففي صحته وجهان.

قال: (وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ)، أي: إذا عقده مؤجلاً، فلا يصح باقيته بالميصرة ولا بالحصاد والدياس وقدام الحاج؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [الحج: ٣٣]، وقوله ﷺ «إلى أجل معلوم» وبالقياس على المطر وقدام زيد ونحوهما، وحكى ابن كج عن ابن خزيمة أنه^(٤) أجاز التوقيت بالميصرة؛ لحديث مختلف فيه أنه ﷺ اشترى من يهودي شيئاً إلى الميصرة. صححه الحاكم^(٥)، وضعفه ابن المنذر^(٦)، وعلى تقدير صحته، فيجاب عنه بأن الوقت كان معلوماً، أو أنه ليس بعقد، وإنما هو استدعاء، فإذا أجب عقد بشرطه، ولهذا لم

(١) «الحاوي الكبير» ٣٩٦-٣٩٧/٥. (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) «الحاوي» ٤٥٦/٦. (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «المستدرک» ٢٣/٢-٢٤ من حديث عائشة، و صححه على شرط البخاري، ورواه أيضاً الترمذي (١٢١٣) وقال: حسن صحيح، والنسائي ٢٩٤/٧. و صححه الألباني في «صحيح الترمذي» (٩٦٩).

(٦) «الأوسط» ٢٨٥/١٠.

يصف الثوبين، وفي جواز تأجيل الضمان بالميسرة والحصاد والدياس قولان نقلهما الماوردي^(١) عن ابن سريج.
قال: (فَإِنَّ عَيْنَ شُهُورِ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ جَازٌ) لأنها معلومة مضبوطة.

وقال الماوردي في التأقيت بشهور الروم والفرس والنيروز والمهرجان: إن كان المتعاقدان من العرب لا يعرفان قدر ذلك من الأشهر الهلالية لم يصح، وإن كانا من الفرس ففي صحته وجهان. قال البغداديون: يصح. وقال البصريون: لا يصح. وجزم في كتاب الضمان بأنه لا يجوز تأجيل الأثمان بهما. قال: وفي تأجيل الضمان بهما قولان عن ابن سريج^(٢).

فائدة:

كانوا يؤرخون بعام/١٩٩ب/ الفيل، ثم ببناء الكعبة، ثم بالمبعث، ثم بالهجرة، وأول من أرخ بالهجرة عمر بن الخطاب، والأشهر العربية واضحة، شهر منها ثلاثون يوماً، وشهر تسع وعشرون إلا ذا الحجة فإنه تسع وعشرون وخمس وسدس، فالسنة العربية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس وسدس يوم، كذا ذكره صاحب «المهذب»^(٣) في كتاب الطلاق، وتوقف مجلي فيه وقال: لم يتبين لي وجه زيادة الخمس والسدس. وصحح الجيلي أن الهلالية ثلاثمائة وخمسة وخمسون يوماً، وبه جزم ابن دحية في كتاب «التنوير» وأما شهور

(١)، (٢) «الحاوي» ٤٥٦/٦.

(٣) «المهذب» ٩٥/٢.

الفرس، وهم فارس، فعدة كل شهر منها ثلاثون يومًا إلا الأخير فعدته خمسة وثلاثون، تسمى الخمسة المشرقة، فتكون سنتهم ثلاثمائة وخمسة وستين^(١) يومًا.

وأما شهور الروم فقال ابن دحية في كتاب «التنوير»: السنة الرومية أيامها ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربيع يوم. وقد ذكرت أسماء شهورهما موضحًا في «الإشارات» لغة هذا الكتاب، فليراجع منه.

فرع:

يجوز التوقيت بالنيروز، وهو وقت نزول الشمس برج الميزان، والمهرجان بكسر الميم، وهو وقت نزولها برج الحمل؛ لأنهما يومان معروفان، وفيه وجه.

فرع:

لو أجال بعيد الكفار كفطير اليهود وفصح النصارى - بكسر الفاء -، وهو يوم الأحد الذي يلي سبت النور، وغيرهما من الأعياد، فالمنصوص المنع، فأخذ بإطلاقه بعضهم اجتنابًا للتوقيت بموافقتهم، وعامتهم قالوا: هذا إن أختص بمعرفته الكفار؛ لأنه لا اعتماد على قولهم.

قال في «الشامل»: إلا أن يكونوا عددًا كثيرًا في البلاد الكبار، فإنه يكفي لحصول العلم بقولهم؛ إذ يستحيل تواطؤهم على الكذب، فإن عرفه أيضًا المسلمون جاز، ثم أعتبر جماعة فيهما معرفة المتعاقدين.

(١) في الأصول: (وستون) والصواب ما أثبتناه.

وقال أكثر الأصحاب: يكفي معرفة الناس، وسواء أعتبرنا معرفتهما أم لا، فلو عرفنا كفى على الصحيح. وقيل: يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما؛ لأنهما قد يختلفان فلا بد من مرجع^(١).

قال: (وَإِنْ أَطْلَقَ) أي: الشهر، وكذا السنة، كما ذكره في «المحرر»^(٢) (حُمِلَ عَلَى الْهَلَالِيِّ) أي: فيه، والهلالية فيها؛ لأنه عرف الشرع^(٣).

قال: (فَإِنْ أَنْكَسَرَ شَهْرٌ حَسَبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ وَتَمَّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ) لأنه لما تعذر (اعتبار)^(٤) الهلالي في المنكسر رجعنا إلى العدد. وقيل: إذا أنكسر الأول أنكسر الجميع.

قال: (وَالْأَصْحُ صِحَّةٌ تَأْجِيلُهُ بِالْعِيدِ وَجَمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ) لتحقق الاسم به.

والثاني: لا، بل يفسد لتردده بينهما، ويجريان في التوقيت بنفر الحجيج، وبشهر ١٢٠٠/ ربيع، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول، وجعل الإمام محل الخلاف إذا عين السنة^(٥)، وظاهره القطع بالبطلان إذا لم يعين، والظاهر أن الخلاف في العيدين إذا كان العقد قبلهما، أما إذا كان بينهما فينصرف بحسب الرفع إلى الآخر منهما؛ لأنه الذي يلي العقد. قاله ابن الرفعة.



(١) أنظر: «روضة الطالبين» ٧/٤. (٢) «المحرر» (ص ١٥٩).

(٣) في (ح): (الشارع). (٤) ساقطة من (ح).

(٥) «نهاية المطلب» ٣٠/٦.

(فَضْلٌ)

قال: (يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ) لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه، فيمتنع السلم فيه، وهذا الشرط ليس من خواص السلم، بل يعم كل بيع، وإنما صرح به، وإن كان قد أستغنى عنه باشتراطه شروطه لما يترتب عليه من الفروع الآتية، وهذا الشرط مبني على قاعدة أصولية، وهي أن ما كان وجوده شرطًا كان عدمه مانعًا، نص عليه الآمدي، وخالفه غيره.

فرع:

لا أثر للعجز المقارن إلا في الحال، فلو أسلم في الرطب إلى مدة لا يوجد فيها لم يصح، وكذا لو أسلم فيه حالا، وهو غير موجود، ولو أسلم في مفقود عند العقد موجود عند المحل صح.

فرع:

لو غلب على الظن وجوده لكن لا يحصله إلا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من الباكورة، فأقرب الوجهين البطلان.

قال: (فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنْ أُعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا) أي: سواء كان لا ينقل منها للبيع أصلًا أو ينقل له، ولكن على ندور، أو جرت العادة بنقله، لكن لغير البيع كالهديّة، وهذا التفصيل ذكره الإمام، ثم قال: ولا تعتبر هاهنا مسافة القصر.

قال الرافعي: ويجيء في الفصل ما ينازع في الإعراض عن مسافة القصر^(١) -يعني: في مسألة الانقطاع- قال في «المطلب»: ويجوز أن

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٠١.

يتخيل أعتبره في الانقطاع دون الابتداء.

قال: (وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَاَنْقَطَعَ فِي مَحَلِّهِ) أي: بكسر الحاء (لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْأَظْهَرِ)^(١) كما إذا أفلس المشتري بالثمن (فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ).

والثاني: يفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض، ولا فرق في جريان القولين أن لا يوجد عند المحل أصلاً أو وجد فسوف المسلم إليه حتى أنقطع، وقيل: القولان في الحالة الأولى. أما الثانية: فلا يفسخ فيها قطعاً.

فرع:

لو قال المسلم إليه: لا تصبر وخذ رأس المال، فللمسلم أن لا يجيبه على الصحيح.

فرع:

هل هذا الخيار على الفور أو التراخي أو يمتد ثلاثة أيام؟ وجوه أقتصر الرافي على ثانيها^(٢)، فعلى هذا إذا جاز، ثم بدا له الفسخ مكن منه كزوجة المؤلي إذا رضيت ثم أرادت المطالبة كان لها. قال في «الروضة»: هذا هو الصحيح^(٣)، وادعى الإمام الاتفاق عليه^(٤)، ووجهه بأنه إنظار / ٢٠٠ب/ قال الرافي: ويجوز أن يقال: إنه

(١) رمز فوقها في الأصل، (ح): (أبو حنيفة).

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٠٢.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/١١.

(٤) «نهاية المطلب» ٦/١٠ - ١١.

إسقاط فيجىء فيه الخلاف في الإسقاط^(١).

فرع:

لو صرح بإسقاط حق الفسخ لم يسقط على الأصح، وجزم الماوردي بمقابله في كتاب الغصب.

فرع:

لو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة، والمسلم فيه معدوم جرى القولان، وكذا لو كان موجوداً عند المحل، وتأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين، ثم حضر وقد أنقطع.

فرع:

لو أنقطع بعض المسلم فيه فأوجه في الماوردي:

أحدها: يبطل في الكل.

وثانيها: يبطل في المعقود خاصة ويتخير في الموجود، فإن أجاز فبقسطه من الثمن، ولا خيار للمسلم إليه وجهاً واحداً.

وثالثها: لا يبطل في شيء ويتخير في الكل^(٢).

قال: (وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحَلِّ) أي: بكسر الحاء (انْقِطَاعُهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لم يجرى وقت وجوب التسليم.

والثاني: نعم لتحقق العجز في الحال، فيجري القولان في الانفساخ، والإمام والغزالي حكيا الخلاف قولين^(٣).

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٠٢.

(٢) «الحاوي» ٥/٣٩٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/١٠، «الوسيط» ٣/٤٣٠.

قال في «المطلب»: وللخلاف التفات على أن الدين المؤجل هل يحل بالإفلاس أم لا؟ والخلاف في مسألة الكتاب مأخوذ من الخلاف فيما لو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدًا، فتلف قبله هل يحنث في الحال أو في الغد؟ والإمام وغيره شبهوه به.

فرع:

فيما يحصل به الانقطاع، فإذا لم يوجد المسلم فيه أصلاً، أو وجد ببلد ولكن يفسد بنقله، أو لم يوجد إلا عند قوم أمتنعوا من بيعه فهو أنقطاع، ولو كانوا يبيعونه بثمن غالٍ فليس بانقطاع، بل يجب تحصيله، ولو أمكن نقله وجب إن كان قريباً، وإلا فلا. وفي ضبط القرب وجهان: أحدهما: أنه ما دون مسافة القصر.

والثاني: ما دون مسافة العدو.

وأعرض الإمام عنهما وقال: إن كان في حد القرب على ما تقدم فلا أنفساخ، وإن أمكن نقله ولو على عسر فالأصح بقاء العقد. قال: وقيل: على القولين^(١).

قال: (وَكُونُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا) للحديث السالف أول الباب: «فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم»^(٢).

قال: (أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا) بالقياس.

قال: (وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ) لأن المقصود معرفة المقدار، بخلاف الربويات على المشهور للتعبد، وفي وجه ضعيف لا يجوز في

(١) «نهاية المطلب» ٦/١٤-١٥. (٢) تقدم.

الموزون كيلا ، وحمل الإمام إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطًا، حتى لو أسلم في نبات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً لم يصح^(١).

وقال الرافعي بعد ذلك في الشرط السادس: يجوز السلم في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً^(٢).

قال في «الروضة»: فكأنه أختار /٢٠١/ هناك إطلاق الأصحاب^(٣). قلت: (وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعٍ حِنْطَةً عَلَيَّ أَنْ وَزَنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ) لأنه يؤثر غرة الوجوب، وكذا وزن الثياب كما قاله الشيخ أبو حامد والرافعي خلافاً للقاضي أبي الطيب، كما نقله العمراني معللاً بأنه يرجع إلى اختيار النساج^(٤).

وقال الماوردي: إن أمكن نسجه بذلك الطول والعرض والوزن جاز وكان أولى، وإن كان متعذراً على صناعه لم يجز.

فرع:

لو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة جاز؛ لأنه إن زاد أمكن نحته، قاله الشيخ أبو محمد، واستشكل بأنه يشترط في الخشب ذكر العرض والطول والثخانة^(٥)، وبالنحت يزول أحد هذه الصفات.

(١) «نهاية المطلب» ٤٩/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٤١١/٤.

(٣) «روضة الطالبين» ١٧/٤.

(٤) «البيان» ٤١٦/٥، «الشرح الكبير» ٤٠٥/٤.

(٥) أنظر: «نهاية المطلب» ٥١/٦-٥٢.

قال: (وَيُسْتَرَطُّ الْوَزْنُ فِي الْبَطِيخِ وَالْبَادِنَجَانِ وَالْقِثَاءِ وَالسَّفْرَجَلِ وَالرُّمَّانِ) أي: ولا يكفي الكيل للتجافي في المكيال، ولا العد لكثرة التفاوت، وأغرب الجرجاني فقال في «شافيه»: يجوز السلم في المعدود كالبيض والرمان والجوز والسفرجل وقصب السكر عددًا.

قال: (وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللُّوزِ) أي: وهذا الفستق والبندق (بِالْوَزْنِ) أي: لا بالعدد (فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ) أي: فإن اختلفت قشوره بالغلظ والرقه أمتنع السلم فيه؛ لاختلاف الأغراض، وهذا الشرط أستدركه الإمام علي (الأصحاب)^(١) فإنهم أطلقوا الصحة فتبعه الرافعي في «المحرر» والمصنف هنا وفي «الروضة»^(٢) وقال في «نكته» على الوسيط بعد أن حكى كلام الإمام: المشهور في المذهب هو الذي أطلقه الأصحاب ونص عليه الشافعي.

قال: (وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصْحَحِّ) قياسًا على الحبوب، وهذا ما نص عليه في «المختصر».

قال في «المحرر»: وهو الأشبه^(٣).

والثاني: لا لتجافيتها في المكيال ونسبه العمراني^(٤) إلى النص أيضًا، وعزاه غيره إلى البويطي.

(١) في (ح): (الإطلاق).

(٢) «نهاية المطلب» ٥٠/٤، «المحرر» (ص ١٦٠)، «الروضة» ١٤/٤.

(٣) «المحرر» (ص ١٦٠).

(٤) «البيان» ٤١٠/٥.

فرع:

قال البندنجي وغيره: يجوز السلم في المشمش وزناً وكيلاً وإن اختلف نواه صغيراً وكبيراً، ويجوز السلم في التين كيلاً ووزناً. قال: (وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ) أي: فيقول مثلاً: ألف لبنة وزن كل واحدة كذا؛ لأنها تضرب عن اختيار، فلا يؤدي إلى غرة الوجود، ثم الأمر في وزنها على التقريب، ونص الشافعي والعراقيون أو معظمهم كما نقله عنهم في زيادات «الروضة» على أن الوزن مستحب لا واجب، وأنه يصف طوله وعرضه وثخانتها، وأنه من طين معروف^(١).

ومقتضى كلام الإمام أنه لا يشترط التعرض للطول والعرض والثخانة، والذي يضرب منه^(٢)، وما جزم به المصنف هو طريقة الخراسانيين، ونقله القاضي حسين عن الشافعي أيضاً. قال: وقياسه جواز ٢٠١/ب/ السلم في القماقم والطناجير، ويذكر العدد والوزن.

فرع:

جعل الإمام والغزالي الآجر كاللبن إن جوزنا السلم فيه من حيث إن النار تدخله، ورجح الإمام الصحة^(٣)، وجزم به العمراني^(٤) والماوردي. قال: ويذكر اللون، واستحب ذكر الوزن. وقيل: إنه لا يجوز السلم في

(١) «روضة الطالبين» ١٤/٤. (٢) «نهاية المطلب» ٦/٥٠-٥١.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/٥١، «الوسيط» ٣/٤٣٣.

(٤) «البيان» ٥/٤٢٦.

الآجر الذي لم يكمل طبخه واحمر بعضه واصفر بعضه، واشترط أيضًا ذكر صفة الطبخ.

قال: (وَلَوْ عَيَّنَ مَكْيَالًا فَسَدَ) بالإجماع.

قال: (إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا) أي: ولم يعرف مقداره كالكوز والقصعة؛ لأنه مجهول، ولأن فيه غررًا؛ لأنه قد يتلف قبل المحل، وينبني على هذين العلتين ما لو قال: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة.

والأصح الصحة؛ لانتفاء الغرر.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن كان معتادًا (فَلَا فِي الْأَصَحِّ) أي: بل يلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها.

والثاني: يفسد لتعرضه للتلف، والخلاف جار فيما لو عين في السلم ميزانًا معتادًا، وفيما إذا عين في البيع مكيالًا معتادًا.

وقيل: يتعين في البيع. حكاه الروياني.

قال: وكذا لو عين كيالًا أو وزانًا وأجرى الأوجه الثلاثة في مسألة القصعة.

فرع:

هل السلم الحال كالمؤجل أم كالبيع؟ وجهان، الأول: جواب الشيخ أبي حامد، وهو مقتضى نصه في الصداق.

فائدة:

لو شرط الذراع بذراع يده. فقيل: يصح. والأصح المنع كما قال الماوردي^(١)؛ لأنه قد يموت.

(١) «الإقناع» (ص ٩٦).

تنبيه :

المراد بالتعيين هنا تعيين الفرد من نوع المكاييل، أما تعيين نوع المكيال بالغلبة أو بالتنصيص عليه فلا بد من اشتراطه.

قال: (وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ) أي: في مقدار من ثمرتها (صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ) لأنه قد يتعذر، وذلك غرر من غير حاجة، وهذا كالمجمع عليه على ما قال ابن المنذر، وفيه حديث في البيهقي^(١).

قال: (أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لا ينقطع غالبًا، وعلى هذا فهل يتعين أو يكفي الإتيان بمثله؟ فيه احتمال للإمام^(٢).

والثاني: أنه كتعيين المكيال؛ لعدم الفائدة، ومحل الخلاف ما إذا لم يفد تنويحًا، فإن أفاد تنويحًا كمعقلي البصرة جاز؛ لأنه مع معقلي بغداد صنف، لكن يختلفان في الأوصاف، فله غرض في ذلك.

قال: (وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ) أي: ويشترط معرفة الأوصاف (الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا) ليقربه من المعاينة؛ لأن القيمة

(١) «السنن الكبرى» ٦/٢٤ من حديث عبد الله بن سلام أن زيد بن سعة قال لرسول الله ﷺ: هل لك أن تبيعني تمرًا معلومًا إلى أجل معلوم من حائط بني فلان. فقال له رسول الله ﷺ: «لا أسمى من حائط بني فلان». ورواه أيضًا ابن حبان (٢٨٨)، والطبراني ٥/٢٢٢ (٥١٤٧) وقال الهيثمي في «المجمع» ٨/٢٤٠: رجاله ثقات، والحاكم ٣/٦٠٤-٦٠٥ وصححه وقال: وهو من غرر الحديث. وقال الذهبي: ما أنكره وأركه، وقال الحافظ في «الإصابة» ١/٥٦٦: رجال الإسناد موثقون، ومداره على محمد بن أبي السري، وثقه ابن معين ووليه أبو حاتم، وقال ابن عدي: كثير الغلط. اهـ. وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٣٨١).

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٣٧.

تختلف بسببها. واحترز بذلك عما يتسامح الناس بإهمال ذكره. واعلم أن من الأصحاب من أشرط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض كما ذكره المصنف، وبعضهم أعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة، ومنهم من يجمع بينهما، وليس شيء منها على إطلاقه كما نبه عليه الرافعي^(١)، فإن كون العبد قويًّا في /٢٠٢/ العمل وضعيفًا، وكاتبًا وأمياً، وما أشبه ذلك أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ولا يجب التعرض لها. قال: (وَذَكَرَهَا فِي الْعَقْدِ) لِيَتَمِيزَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، فَلَا يَكْفِي ذِكْرُهَا بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلَسِ الْعَقْدِ.

قال: (عَلَى وَجْهِهِ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ) لِأَنَّ السَّلْمَ غَرَّرَ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِيمَا يُوَثَّقُ بِتَسْلِيمِهِ.

قال: (فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبُ مَقْصُودُهُ كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ) أَي: طَاهِرٍ (مَخْلُوطٍ) لِأَنَّ الْغَالِيَةَ مَرْكَبَةٌ مِنْ مَسْكَ وَعَنْبِرٍ وَعُودٍ وَكَافُورٍ، كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ^(٢)، وَالْخُفُّ مَرْكَبٌ مِنْ ظَهْرَةٍ وَبَطَانَةٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ^(٣)، وَأَمَّا الْبَاقِي فَوَاضِحٌ. واحترز بالترياق المختلط عما إذا كان نباتاً أو حجراً، فإنه يجوز السلم فيه.

فرع:

الخلاف في الخفاف جار في النعال.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤١٠.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٠٨.

(٣) رمز فوقها في الأصل، (ح): (أبو حنيفة).

فائدة:

الترياق بالتاء والذال والطاء مكسورات ومضمومات، فهذه ست لغات، ويقال: دراق وطراق، وهو عجمي معرب.

واعلم أن المختلطات أربعة أضرب؛ لأن الاختلاط إما أن يكون خلقة كالشهد، أو اختياريًا، والاختياري إما أن يكون جميع أخلاطه مقصودة كالهريسة أو لا كالجن وفيه الأنفحة، والذي جميع أخلاطه مقصودة إما أن يمكن ضبط أخلاطه كالعتابي أو لا يمكن، والمصنف ذكر هذه الأقسام الأربعة كما ستعرفها.

قال: (وَالْأَصْحُ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِ كَعَتَابِيٍّ وَخَزٍّ) أي: لسهولة ضبط كل جزء من الأجزاء. والثاني: المنع قياسًا على المعجونات.

تنبيهان:

أحدهما: تعبير المصنف بالأصح هنا يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة»، فإنه عبر بالصحيح المنصوص^(١).

ثانيهما: العتابي مركب من قطن وحرير، والخز قال المطرزي في «المعرب»: هو أسم لضرب من الإبريسم (والوبر)^(٢) معرب^(٣)، قال الرافي هنا: إنه مركب من الإبريسم والوبر^(٤).

(١) «روضة الطالبيين» ١٦/٤.

(٢) ساقطة من (ح).

(٣) «المغرب في ترتيب المعرب» ١٧٤/٢.

(٤) «الشرح الكبير» ٤٠٩/٤.

وقال في صلاة العيد: إنه مركب من إبريسم وصوف^(١)، كما جازمت به ثم، وهو ظاهر كلام الروياني^(٢)، وكأنه مركب منهما.
وقال الماوردي في الإحداد^(٣): إنه الرفيع من الوبر^(٤).
قال: (وَجَبْنٌ وَأَقْطٌ وَشَهْدٌ وَخَلٌّ تَمْرٌ أَوْ زَبِيبٌ) لأن الملح والأنفحة في الجبن والأقط والماء في خل التمر أو الزبيب من مصالحه.
والثاني: لا كاللبن المخلوط بالماء.
وأما الشهد فكالتمر، والثاني ويحكي عن النص: المنع؛ لأن الشمع فيه يقل ويكثر.

فرع:

يصف الجبن بصفات اللبن ويذكر مع ذلك البلد؛ لأنه يختلف وأنه رطب أو يابس.

فرع:

لا يجوز السلم في الجبن العتيق والقديم؛ إذ لا حد لهما، قاله الماوردي.

فرع:

لا يجوز السلم في المصل؛ لأنه يخالطه ٢٠٢ب/ الدقيق.

فائدة:

الجبن تقدم بيان لغاته في الربا، والأقط تقدم في زكاة الفطر، والشهد

(١) «الشرح الكبير» ٣٥٥/٢. (٢) «بحر المذهب» ٣٤٢/١١.

(٣) ورد بهامش الأصل: (من بحث الإحداد في باب العدة).

(٤) «الحاوي» ٢٨٠/١١.

بفتح الشين وضمها كما رأيت به خط المصنف في الأصل، وقد حكاها ابن السكيت^(١) وغيره. قال الفارابي في «ديوان الأدب»: هو العسل^(٢).

قال: (لَا الْخُبْزُ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ) لتأثير النار فيه تأثيراً غير منضبط وهو مانع كما سيأتي، والثاني: الصحة؛ لأن الملح مستهلك فيه، وهذا ما صححه الإمام والغزالي^(٣)، وحكاه الروياني^(٤) عن مشايخ خراسان، فيشترط على هذا ذكر البلد والنوع كالعلامة والخشكار وأنه رطب أو يابس.

قال: (وَلَا يَصِحُّ فِيْمَا يَنْدُرُ وَجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِرَّةِ) لما سبق من كونه عقد غرر، فلا يحتمل إلا فيما يوثق بتسليمه.

قال: (وَلَا فِيْمَا لَوْ اسْتَقْصِيَ وَصْفُهُ) أي: الذي يجب ذكره في السلم (عَزَّ وَجُودُهُ) لأنه إن استقصى الأوصاف، أي: أستوعبها كالحجم والشكل واللون والصفاء، أمتنع للعزة وإن لم يستقص أمتنع لفقدان الشرط.

قال: (كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيَتِ) أي: وغيرها من الجواهر كالزبرجد والمرجان.

واحترز بالكبار عن الصغار، فإنه يجوز السلم فيها وزناً وكيلاً كما قاله الرافعي^(٥)، وقد قدمته عنه، واختلف في ضبط الصغير فقيل: هو

(١) «إصلاح المنطق» ٩١/١. (٢) «ديوان الأدب» ٩/١.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٤/٦، «الوسيط» ٤٤١/٣.

(٤) «البحر» ١٣٣/٥.

(٥) «الشرح الكبير» ٤١١/٤.

ما طلب للتداوي لا للزينة، وقيل: هو سدس دينار، أي: تقريباً وإن قصد للزينة.

فرع:

قال الماوردي: لا بأس بالسلم في البلور؛ لأن صفته مضبوطة بخلاف العقيق، فإن الحجر الواحد منه يختلف.

فائدة:

اللؤلؤ فيه أربع لغات قدمتها في زكاة النقد. والياقوت: جمع ياقوتة، فارسي معرب.

قال: (وَجَارِيَةٍ وَأُخْتَيْهَا أَوْ وَلَدِيهَا) لأن اجتماع وصف كل منهما مع الأخوة أو البنوة يفضي إلى عزة الوجود، كذا أطلقه الشافعي^(١) والأصحاب.

وقال الإمام: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها ويمتنع في السرية التي تكثر صفاتها^(٢). وفي «شرح التنبيه» للذماري، عن أبي عمرو أنه قال في «شرح المختصر»: إذا أسلم في جارية وولدها، فإن كانت خسيصة يظفر بمثلها كثيراً جاز السلم، وإن كانت نفيسة يعز وجود مثلها فوجهان، وهذا غريب.

قال الرافعي: وفي منع السلم إشكال على الإطلاق؛ لأنهم حكوا عن نصه أنه لو شرط كون العبد كاتباً، أو الجارية ماشطة صح^(٣)، وقد ينذر

(١) أنظر: «المختصر» ٢٠٧/٢. (٢) «نهاية المطلب» ٤١/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٤١١/٤ - ٤١٢.

أجتمع ذلك مع الصفات المشروطة.

قال: (فرع):

(يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ) لأنه ثبت في الذمة ثمنًا وصدقًا وفي إبل الدينة، ولأنه صح أنه الطَّيْلَانِ أَسْتَسَلَفَ بَكَرًا^(١). وحديث النهي عن السلف فيه^(٢)، قال ابن السمعاني فيه: إنه غير ثابت، وإن كان الحاكم قال فيه /٢٠٣/ صحيح الإسناد.

قال: (فَيْشْتَرُطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ) لاختلاف الغرض، فإن اختلف صنف النوع وجب ذكره على الراجح لما قلناه.

قال: (وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضٍ، وَيَصِفُّ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ) أي: وسواده بصفاء وكدره، هذا إذا اختلف لون النوع أو الصنف، فإن لم يختلف كالزنجي فلا يشترط التعرض له.

قال: (وَذُكُورَتُهُ وَأُنُوثَتُهُ) أي: فيقول: ذكر أو أنثى، جارية أو عبد. قال: (وَسِنُّهُ) أي: فيقول: ابن سبع أو عشر أو محتمل، والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد، وفي السن يعتمد قوله إن كان بالغًا، وقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا فالرجوع إلى النخاسين فتعتبر ظنونهم، قاله الرافعي^(٣).

وقال صاحب «المهذب» إنه لا يعتبر ذكر السن في المولد دون

(١) رواه مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع.

(٢) رواه الدارقطني ٧١/٣، الحاكم ٥٧/٢ من حديث ابن عباس. وقال الحافظ في «التلخيص» ٢٣/٣: وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جوتي، وهاه ابن حبان.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤١٣.

الجلب؛ إذ لا يعرف سنه، ولا يقبل قول الكافر فيه^(١)، ومقتضى إطلاق الرافعي السالف قبول قول العبد والسيد الكافرين.

قال: (وَقَدُهُ طُولًا وَقِصْرًا) أي: فيقول: طويل أو قصير أو (ربع)^(٢) أو سداسي أو سباعي، وهو قامة الرجل، فإن قامته سبعة أشبار، ويقول في الصغير: رباعي أو خماسي أي: أربعة أشبار أو خمسة. ونقل الإمام عن العراقيين أنه لا يجب ذكر القدر^(٣). قال الرافعي: والموجود في كتبهم القطع بوجوده^(٤).

وفي «الكفاية» عن البندنجي أن الصغير يقول فيه: رباعي أو خماسي. قال: وأما الرجل فلا يحتاج أن يذكر فيه الطول بالأشبار^(٥). قال: (وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ) أي: حتى لو شرط كونه ابن سبع بلا زيادة ولا نقص لم يجز؛ لندوره.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يذكر التقريب إلا بالنسبة إلى السن خاصة، وكذا هو في الشرحين و«الروضة»^(٦) وغيرها، والمصنف عمم الحكم.

فرع:

اشترط العراقيون أمرًا آخر وهو الجودة أو الرداءة، والأصح المنع كما سيأتي.

-
- (١) لم نقف عليه في «المهذب» وهو في «التهذيب» ٥٧٧/٣.
 (٢) في الأصل: (ربعة). (٣) «نهاية المطلب» ٥٤/٦.
 (٤) «الشرح الكبير» ٤١٣/٤.
 (٥) «كفاية النيه» ٣٣٣/٩.
 (٦) «المحرر» (ص ١٦٠)، «الشرح الكبير» ٤١٣/٤، «الروضة» ١٨/٤.

فرع:

لا يشترط وصف كل عضو على حاله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة؛ لأن ذلك يورث عزة. قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحْلِ) أي: بفتح الكاف والحاء كما ضبطه بخرطه، وهو أن يعلو جفون العينين سواد كالكحل من غير النحال (وَالسَّمْنِ وَنَحْوَهُمَا) أي: كالدعج، وهو شدة سواد العين، وتكليم الوجه، أي: أستدارته، وثقل الأرداف وكونها ممتلئة الساقين (فِي الْأَصْحَحِّ)؛ لتسامح الناس بإهماله، وهذا ما نص عليه في «الأم» والثاني: يشترط، وهو قوي؛ لأنه مقصود لا يؤدي ذكره إلى عزة الوجود.

فرع:

يستحب أن يذكر كونه مفلج الأسنان أو غيره وجعد الشعر أو سبطه وصفة الحاجبين، قيل للشيخ أبي حامد: إذا كان لا يصح بيع الجارية حتى يرى/ ٢٠٣ب/ شعرها، فهلا كان وصفه في السلم شرطاً؟ فقال: ليس كل ما شرط رؤيته في بيع العين يشترط وصفه في السلم^(١).

فرع:

الأصح أنه لا يشترط ذكر الملاحظة، والتردد للقفال بناء على أنها معنى من المعاني يدركه كل أحد، أو المرجع فيها إلى ما يميل إليه الطبع، فيختلف باختلاف الناس.

(١) أنظر: «البيان» ٥/٤١٤-٤١٥.

فرع:

يشترط ذكر الثيابة والبكارة في الأصح. وثانيهما: لا، وهو ظاهر النص. وقال ابن الصباغ: إن اختلف بها الثمن اختلفاً متبايناً وجب، وإلا فلا.

فرع:

لا يشترط التعرض لخفة الروح وعدوبة الكلام وحسن الخلق، فلو شرطه بطل؛ للجهالة، ولو شرط وضاعة الوجه، أي: حسنه جاز، نص عليه.

فرع:

لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً جاز. قال الصيمري: وكذا شرط الزوجية^(١) في أحدهما؛ لأنه لا يندر، ولو شرط كون العبد زانياً أو سارقاً أو قاذفاً، قال الصيمري: الصحيح جوازه، كذا نقله العمراني عنه، والرافعي نقل الجواز عنه من غير حكاية خلاف^(٢).

قال الصيمري: ولو شرط كون الجارية قوادة أو مغنية لم يجز؛ لأنه سلم فيما لا يجوز أن يعقد عليه^(٣) وفرق بينه وبين اشتراط الزنا والسرقعة والقذف بأن هذه صياغة محظورة، وتلك أمور تحدث، فأشبهت العمى والعمور وقطع اليد، فإنه يصح اشتراطها.

(١) في (ح): (الزوجة).

(٢) «البيان» ٤١٥/٥، «الشرح الكبير» ٤١٤/٤.

(٣) ساقطة من الأصل.

قال الرافعي: وهذا فرق لا يقبله ذهنك^(١).

وقال الماوردي في الغناء: إن كان مباحًا بغير آلة الملاهي من طبل وطنبور ومزمار وعود فوجهان، أصحهما: أنه لا يصح، ونقل وجهين في أشتراط السرقة والزنا.

قال: ولا يجوز أشتراط كونها سبطة الشعر ولا مجردة البدن ولا برصاء ولا جذماء، فإنها لا تنضب.

فرع:

لو أسلم في عبد شاعر لم يصح؛ لأن الشعر طبع لا يمكن تعلمه، فيبعد أجماع الأوصاف المذكورة، وقول الشعر بخلاف سائر الصنائع.

فرع:

لو أسلم في جارية حامل فطرق:

أصحها: القطع بأنه لا يصح؛ لأن الولد مجهول غير محقق.

وثانيها: قولان؛ بناء على أن الحمل يعلم. وقال الماوردي: بناء

على (أن)^(٢) وجوب النفقة للحمل.

والثالث: إن قلنا: لا حكم له لم يصح، وإلا فقولان. وقال الإمام:

إن أفضى إلى عزة الوجود لم يصح، وإلا فقولان^(٣).

فرع:

لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فالأصح الصحة.

قال: (وَفِي الْإِبِلِ وَالْحَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنثَى)

(٢) ساقطة من (ح).

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤١٥.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/٤٢.

لاختلاف الغرض بها.

قال: (وَالسُّنُّ) أي: فيقول: بنت مخاض أو لبون أو حقة، ونحو ذلك، وفي الخيل بنت خمس أو ست.

قال: (وَاللُّونُ) فيقول: أحمر أو أسود أو أزرق، وهو ما بين البياض والسواد، وهو أطيب الإبل لحمًا، أو أعفر أو أعيس / ٢٠٤/ وهو الأبيض. قيل: ومنه سمي المسيح عيسى عليه السلام لبياضه، إلا أن يتفق لون نعم بني فلان فلا يشترط التعرض له.

قال: (وَالنَّوعُ) أي: فيقول في الإبل: بخاتي أو عراب، وكذا الصنف فيقول: أرحبية أو مهرية أو مجيدية أو من نعم بني فلان؛ إذ نتاجهم إذا كبر عدد وعرف نتاجه كطيئ وبني قيس.

وأما الإضافة إلى طائفة قليلة فيمتنع، كثمار هذا البستان، ولو اختلف نعم بني فلان، فكان فيها أرحبية ومهرية ومجيدية، فالأظهر اشتراط تعيين الصنف؛ لأنه مقصود، فوجب ذكره.

والثاني: لا، ويعطي من أيها شاء.

ومثال التعرض للنوع في الخيل: فرس عربي أو تركي ومن خيل بني فلان، فإن اختلفت ففي وجوب بيان الصنف القولان.

ومثال اللون فيها: أدهم أو كमित أو أشقر أو أصفر. قال الماوردي: ويشترط أن يقول مشرف عال أو مربع.

قال: وإن ذكر حال المشي كان أولى الشيات^(١) كالأغر واللطيم

(١) جمع الشية، وهي العلامة، وهي في ألوان البهائم سواد في بياض أو العكس «المصباح المنير» ٦٦١/٢.

والمحجل، فلا يشترط ذكرها، لكنه أولى، وكذا القول في الإبل والبغال والحمير والبقر والغنم، فيذكر نوع البقر من عراب وجواميس، ونوع الغنم من ضأن ومعز، ونوع البغال والحمير، بنسبتها إلى بلادها فيقول: حمار مصري، وبغل رومي. قال البنديجي: ولا نتاج لها يضافان إليه.

فرع:

قال الماوردي: لا يجوز السلم في فرس أبلق؛ لعدم أنضباطه. وفي «البحر» وجه أنه يجوز^(١).

فرع:

لو أسلم في شاة لبون، فإن أراد أن لبنها يدر صح، وإن أراد أن لها لبنا فقولان في «الأم»^(٢) جزم البغوي بالمنع لجهالته^(٣)، والشيخ أبو حامد بالصحة، وليس سلمًا في لبن بل في وصف، ولا يلزمه تسليمها وبها لبن، بل يحلبها ثم يسلمها.

قال: (وفي الطير النَّوْعُ وَالصَّغْرُ وَكَبْرُ الْجُثَّةِ) أي: واللون، ذكره الغزالي في «وسيطه»^(٤)، وأهمله المصنف تبعًا للرافعي^(٥)، ولا يكاد يعرف سنها، فإن عرف وصف به.

وفي «البحر» أن الشافعي قال: يقول: فرخ أو ناهض^(٦). فإن كان لها نتاج أعتبر كما في الإبل، ومنصوص «البويطي» منع السلم في الطير لأنها لا تنضبط بالسن، ولا يعرف مقدارها بالتقدير، فأخذ به صاحب

(١) «بحر المذهب» ١٤١/٥. (٢) «الأم» ١٠٥/٣. (٣) «التهذيب» ٥٧٧/٣. (٤) «الوسيط» ٤٤٠/٣. (٥) «الشرح الكبير» ٤١٦/٤. (٦) «بحر المذهب» ١٤١/٥.

«المهذب»^(١) وأنكره الباقون.

تنبيه:

لو كان المراد بالسلم فيها الأكل فقد يقال: لا يعتبر النتاج ولا اللون، وكذا الذكورة وحدها لم يختلف الغرض بها.

فائدة:

يجوز السلم في السمك والجراد حيًا وميتًا عند عموم الوجود، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به.

قال: (وَفِي اللَّحْمِ) أي: سواء كان طريًا أو قديدًا مملحًا أو غيره (لَحْمُ بَقْرٍ / ٢٠٤ب/ أَوْ ضَأْنٍ أَوْ مَعَزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ) لاختلاف الغرض بذلك، فلحم الراعية أطيب، والمعلوفة أدم.

قال: (أَوْ ضِدُّهَا) أي: ضد ما ذكر فصد الخصي الفحل، والرضيع الفطيم، أو الجذع، أو الثني ونحوها، والمعلوفة الراعية.

قال الإمام: ولا أكتفاء في العلف بالمرة والمرة، بل لا بد أن ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم^(٢)، وذكر بعضهم أنه إذا قال: معلوفة بين ما تأكله.

فرع:

لا بد من بيان النوع فيقول في الإبل: بختي أو عراب، وفي البقر: وحشي أو أهلي (وفي الأهلي)^(٣) عراب أو جواميس.

(١) «المهذب» ٢٩٨/١.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٣/٦.

(٣) ساقطة من الأصل.

فرع:

قال الماوردي: لو كان في بلد لا يختلف الراعي فيها والمعلوف، لم يلزم ذكره، فليُنزل إطلاق المصنف حينئذٍ على ما إذا اختلف.

قال: (مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ) لاختلاف الغرض، فكل ما قرب من المراعي والماء فهو أطيب، ولحم الفخذ أدون لبعده.

تنبيه:

في كتب العراقيين اعتبار أمر آخر، وهو بيان السمن والهزال، ولم يتعرض المراوزة له، والظاهر أنه قريب من اشتراط الجودة والرداءة، والعمراني جمع بين هذه الأوصاف الأربعة، ولا يجوز شرط الأعجف؛ لأنه عيب^(١).

فرع:

يشترط ذكر هذه الأمور في لحم الصيد، لكن الصيد^(٢) لا يكون خصياً ولا معلوفاً، فلا يجب ذكر هذين الأمرين.

قال الشيخ أبو حامد وأصحابه: ويذكر الآلة التي يصطاد بها؛ لأن المصايد بالأحبولة أطيب من المصايد بالسهم والجارحة، وإذا عين الصيد بالجارحة بين أنها كلب أو فهد؛ لأن صيد الكلب؛ أطيب لطيب نكهته بسبب أنفتاح فمه دائماً، ونكهة الفهد كريهة؛ لانطباق فمه. وقال ابن الصباغ: إن كان اللحم يختلف بذلك اختلافاً بيناً وجب

(١) «البيان» ٤١٩/٥.

(٢) ساقطة من (ح).

ذكره، وإلا فلا^(١).

قال: (وَيَقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ) لأنه بمنزلة النوى من التمر، بل هو أشد أتصلاً، وهذا إذا أطلق، فإن شرط نزعه جاز ولم يجب قبوله.

فرع:

هل يجب قبول الجلد؟ ينظر، فإن كان لحم إبل أو بقر لم يلزمه قبوله، وإن كان لحم طائر أو سمك لزم قبوله أو غنم فلا، إلا أن يكون حذاء صغاراً.

فرع:

لا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير والذنب من السمكة. قال في البويطي: ولا رأسها، وفي «الأم»: يجب قبول الذنب إذا كان عليه لحم^(٢).

وقال البغوي: الطيور والعصافير يوزن معها الرأس دون الرجلين^(٣)، وحكى الماوردي وجهاً أنه إن كان الطير صغيراً لا يحتمل أن يباع مبعوضاً يلزمه قبول الرأس والرجل معه، وكذا ما كان من السمك صغيراً يلزمه قبول الرأس والذنب؛ لأنهما يؤكلان معه^(٤).

قال: والمذهب خلافه.



(١) أنظر: «البيان» ٥/٤٢٠.

(٢) «الأم» ٣/٩٨.

(٣) «التهذيب» ٣/٥٧٨.

(٤) «الحاوي» ٥/٤١٤.

فرع:

/٢٠٥/ يجوز السلم في الكبد والطحال والرئة. قال الماوردي: ولا يجوز في الكرش مع ما تعلق به لاختلافه وجهالاته^(١).

قال: (وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ) أي: فيبين أنه من إبريسم أو قطن أو كتان أو صوف، وكذا النوع كقطن بطائن أو نصافي، وكتان ربيعي أو صيفي، وكذا البلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يُعني ذكر النوع عنه وعن الجنس أيضًا.

قال: (وَالطُّوْلُ وَالْعَرْضُ) أي: فيقول: طوله كذا وعرضه كذا ذراعًا.

قال: (وَالغِلْظُ وَالِدَقَّةُ، وَالصَّفَاقَةُ وَالرَّقَّةُ، وَالتَّعْوِمَةُ وَالخُشُونَةُ) لاختلاف (الأغراض)^(٢) في ذلك.



فائدة:

الدقيق بخلاف الغليظ، والصفاقة: أنضمام بعض الخيوط إلى بعض، والرقة: تباعدها، ولم يذكر في «الروضة» تبعًا للرافعي الصفاقة والرقة.

فرع:

اشترط الغزالي ذكر اللون^(٣)، وخالفه الجمهور.

قال: (وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الخَامِ) لأن القصر صفة زائدة.

(١) كذا بالأصول، ولعلها: (وجهالته).

(٢) في (ح): (الغرض).

(٣) «الوسيط» ٣/٤٤٢.

قال: (وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ) كَالخام.

فرع:

لا يشترط ذكر الوزن، فإن شرطه فخالف. وقال الماوردي: إن سهل أجمع وزنه مع طوله وعرضه من ذلك الغزل صح، بل هو أولى، وإلا فلا.



فرع:

لا يجوز في الملبوس؛ لأنه لا ينضب، ويجوز في الملبوسة التي لم تغسل، نص عليه، ويجوز في القمص والسراويلات إذا ضببت طولاً وعرضاً وسعة وعمقاً، كما نقله الرافعي هنا عن الصيمري، وخالف فجزم بالمنع في كتاب الخلع^(١)، ولا يجوز في الجباب والقلائس المحشوة، ولا في الزلالي والثياب المنقوشة، ويجوز في الأبراد؛ لأن تخطيطها مضبوط إلا عصب الثمن، ويجوز في الأكسية واللبود إذا وصفت. قال: (وَفِيْمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ) أي: إذا بين الصبغ ولونه وكونه في الشتاء أو الصيف، قاله الماوردي.

قال: (وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَضْبُوعِ بَعْدَهُ) أي: بعد النسيج كما في الغزل، وهذا ما صححه الإمام والغزالي^(٢) والشاشي، وجزم به الماوردي.

قال: (قُلْتُ: الْأَصْحُ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) قال

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢١، ٨/٤٤٤.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٧٠، «الوسيط» ٣/٤٤٣.

الرافعي في شرحه: وهو المشهور^(١)، ونص عليه في «البويطي» أيضاً لوجهين:

أحدهما: أن الصبغ عين برأسه وهو مجهول القدر، والغرض يختلف باختلاف قدره.

والثاني: أن الصبغ يمنع معرفة النعومة والخشونة وغيرهما من صفات الثوب.

وفرقوا بينه وبين القصارة بأن القصارة أثر والصبغ عين. قال الرافعي: ولو صح الوجهان لما جاز في المصبوغ قبل النسيج^(٢). وفرق المانعون بأن الصبغ بعد النسيج يسد الفرج، فلا تظهر معه الصفاقة، بخلاف ما قبله /٢٠٥ب/.

فرع:

لو أسلم في ثوب أبيض على أن يصبغه المسلم إليه، قال الماوردي: بطل.

قال بعض المتأخرين: ويحتمل أن يخرج إذا بين مقدار الصبغ على الخلاف فيما إذا جمع بين عقدين؛ لأنه سلم وإجارة.

قال: (وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ) أي: فيقول: أحمر أو أصفر أو أسود (وَنَوْعُهُ) أي: فيقول: برني أو معقلي أو صيحاني (وَبَلَدُهُ) أي: فيقول: بغدادي أو بصري، فبرني بغداد أحلى؛ لعدوية أرضها ومائها، وبرني البصرة أنقى لملوحة أرضها ومائها.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٠.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٢١.

قال: (وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا) أي: فإن الصغير أقوى من الكبير وأشد.

قال: (وَعِتْقُهُ وَحَدَائِثُهُ) أي: وتوسطه بينهما، وإذا بين أنه عتيق فلا يجب بيان المدة التي مضت عليه عند البغداديين خلافاً للبصريين، كما حكاه الماوردي عنهما.

فرع:

في الرطب يذكر جميع ذلك إلا الحديث والعتيق. وقال في «الوسيط»: يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب^(١) وهو خلاف ما عليه الأصحاب، قاله الرافعي^(٢).

قال الماوردي: فإن كان من تمر البصرة ذكر أنه من تمر أعلاها أو أسلفها، فتمر الأعلى أحلى والأسفل أنقى، وفراتها ونهرها، فتمر الفرات أصفى^(٣)، وتمر النهر أقل صفاء.

قال: وبين أنه جف على نخله أو بعد جزاذه، فما جف على نخله أنقى، وما جف بعد جزاذه أصفى، وبين أنه جيد أو رديء أو وسط، ولا يصح السلم فيه مكنوزاً في القواصر والجلال.

فرع:

السلم في الزبيب كالسلم في التمر، فيذكر فيه الأوصاف السالفة.



(١) «الوسيط» ٣/٤٤٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٢.

(٣) في (ح): (أصفر).

فرع:

لو أسلم في تمر منزوع النوى، ففي صحته وجهان في «الحاوي» فإن صححنا فالمعيار فيه الوزن دون الكيل.

فائدة:

العتيق: القديم من كل شيء، وقد عتق عتقًا وعتاقة، هذا لفظ ابن سيده في «محكمه»^(١).

قال: وعتق السمن وعتق يعني: قدم، زاد ابن التياني في «الموعب» ضم مضارعه وكسره. وقول المصنف: (وعتقه)، رأيته (ضبطه)^(٢) بخطه بضم العين، وكذا قوله بعد: (والعتق) أيضًا.

قال: (وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالْتَّمْرِ) أي: في الشروط السالفة، فيبين لونه ونوعه كالصعيدي مثلاً، وبلده كالشامي مثلاً، وصغر الحبات وكبرها وتوسطها. قال بعض المتأخرين: وكونها مسقية أو غير مسقية.

قال الشافعي والأصحاب: وكونه عتيقًا أو حديثًا^(٣). وقال الإمام: في اشتراطه وجهان^(٤)، وجزم الغزالي بأنه لا يشترط؛ لأنه عتيق معيب^(٥). قال الماوردي: وفي اشتراط كونه عتيق عام أو عامين الخلاف السالف في التمر.



(١) «المحكم» ١/١٠١.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٤) «نهاية المطلب» ٦/٣٥.

(٣) «الأم» ٣/٩١.

(٥) «الوسيط» ٣/٤٤٣.

فرع:

لا يجوز السلم في الأرز والعلس لاستتارهما /٢٠٦/ بالكمام، قاله
أبن الصباغ والرافعي والمصنف في «الروضة»^(١) ووقع في فتاوى
المصنف أن الصحيح جوازه في الأرز^(٢)، وقد مر في البيع في باب بيع
الأصول والثمار أن الأصح جوازه.

فرع:

يجوز السلم في الدقيق على المنصوص ومنعه الداركي، وعلى
المنصوص يذكر فيه ما يذكر في القمح، ويزيد عليه ثلاثة أشياء، أنه
يطحن برحى الدواب أو الماء، وخشونة الطحن أو نعومته، وقرب
زمانه أو بعده، قاله الماوردي.

قال: وإذا جوزنا السلم في الدقيق ففي جوازه في السوق وجهان:
وجه المنع دخول النار فيه واختلاف تأثيرها فيه.

فرع:

قال الماوردي: لا يجوز السلم فيما دخله السوس أو الدود أو العفن
من الطعام؛ لأن ذلك لا ينضبط.

قال: (وَفِي الْعَسَلِ: جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ) لأن الجبلي أطيب، ويبين أن
البلد حجاز أو مصر مثلاً، والمراد: عسل النحل، وكذا حيث أطلق،
واختلف في أن العسل هل يخرج من فم النحلة أم من دبرها؟

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٢، «الروضة» ٤/٢٨.

(٢) «فتاوى النووي» (ص ٧٩).

قال: (صَيْفِيٌّ، أَوْ خَرِيفِيٌّ) لأن الخريفي أجود.

قال: (أَبْيَضٌ أَوْ أَصْفَرٌ) لتفاوت الغرض بذلك. قال الماوردي وتبعه العمراني: وبين المرعى، فإن النحل يقع على الكمون والسعتر، فيكون دواء، ويقع على أنوار الفاكة فيكون داء^(١).

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ) لأنه لا يختلف الغرض به، كذا قاله الرافي^(٢) وغيره.

وقال الماوردي: يشترط ذكره، وهو نصه في «الأم» وغيره، حمل نصه على الاحتياط.

قال الشافعي رضي الله عنه: فإن قال: مصفى، كان أولى، وإن لم يذكره جاز؛ لأنه أسم للمصفى، فإذا جاءه بمصفى بالشمس أجبر على قبوله -وسياتي- أو بالنار، فإن كانت شديدة عقدت أجزاءه لم يجز، وإن كانت^(٣) لينة تأثيرها كتأثير الشمس أجبر على قبوله^(٤)، كذا قاله الجمهور. وقال القاضي أبو الطيب والماوردي: لا يجبر؛ لأنه عيب. وعزياه إلى النص، وفي «التتمة» أن المصفى بالنار لا يجوز السلم فيه ويقبل منه ما رق بالحر، ولا يقبل منه ما رق أصله؛ لأنه عيب.

قال: (وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوحِ وَالْمَشْوِيِّ) لتأثير النار فيهما تأثيراً لا ينضبط، وفيه وجه غريب، حكاها الإمام عن الصيدلاني إذا أمكن ضبطه

(١) «البيان» ٤١٣/٥.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٢٣/٤.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «الأم» ٩٣/٣.

قياسًا على السكر وغيره^(١) مما سيأتي.

فرع:

في الدبس والعسل المصفي بالنار والفانيد والسكر وجهان: أصحهما في «تصحيح التنبيه» للمصنف الصحة معللاً بلطافة نارها^(٢)، ومقتضى كلام الرافعي المنع^(٣).

فرع:

يجوز السلم في الجص والزجاج والأواني قطعاً.

فرع:

الأصح في «البحر» جواز السلم في (ماء الورد)^(٤).
قال: ٢٠٦ب/ (ولا يضرُّ تأثيرُ الشَّمْسِ) أي: في العسل وغيره لعدم اختلافه.

قال: (وَالْأَظْهَرُ مَنَعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ) لاشتغالها على أجناس غير منضبطة كالمناخر والمشافر وغيرهما، ولأن معظمها العظم، وهو غير مقصود.

والثاني^(٥): الجواز كاللحم، وقد أشرنا إلى الفارق.

واعلم أن محل الخلاف ما إذا كانت منقاة من الصوف والشعر وهي نيئة، فإن كانت غير منقاة فلا يجوز وجهاً واحداً؛ لاستتار المقصود بما

(١) «نهاية المطلب» ٤٤/٦.

(٢) «تصحيح التنبيه» ٣٠٧/١. (٣) «الشرح الكبير» ٤١٧/٤.

(٤) تُقرأ في الأصل: (المورد)، وانظر: «بحر المذهب» ١٥٢/٥.

(٥) رمز فوقها في (ح): (مالك).

ليس بمقصود، وإن كانت مشوية أو مطبوخة فلا يجوز السلم فيها أيضا، ولا يبعد طرد (خلاف)^(١) الوجه السالف في اللحم، وطائفة منهم سليم وابن الصباغ والمصنف أطلقوا القولين من غير تقييدهما بالتنقية^(٢)، وهو ظاهر كلام الشافعي^(٣).

فرع:

في الأكارع طرق أشهرها طرد القولين.

والثاني: أنها عليهما، وأولى بالجواز؛ لأنها أقرب إلى قبول الضبط، قاله الإمام^(٤).

والثالث: القطع بالمنع، قاله القاضي أبو الطيب.

فرع:

حيث صححنا فالشرط أن يضبطه بالوزن، كما قاله الرافي^(٥)، أو به وبالعدد كما قال الماوردي، فيقول: كذا رأس من رؤوس الخراف أو الكباش أو النعاج أو المعز، وزن كل واحد كذا، أو كذا أكارع زنة كل واحد كذا، ويشترط بيان كونها من الأيدي أو الأرجل، واشترط ابن كج كون المشافر والمناخر منحة عن الرؤوس وعليه اقتصر المتولي وابن داود، واعتبر مع ذلك تنحية الأذنين.

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «روضة الطالبيين» ٢٢/٤.

(٣) «الأم» ٩٨/٣.

(٤) «نهاية المطلب» ٦١/٦.

(٥) «الشرح الكبير» ٤١٨/٤.

قال: (ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطس وقمقم ومنازة وطنجير ونحوها) أي: كالأباريق والحباب؛ لتعذر الضبط، ولندرة اجتماع اللون مع الصفات المشروطة.

وقال القاضي أبو الطيب والماوردي: يصح في المختلف كالمنازة ونحوها؛ لأن الشافعي نص في «الأم» على صحة السلم في القمقم^(١)، ولأنه يمكن وصفه، ولا يختلف اختلافًا متباينًا، فعلى هذا يذكر سعته وضيقه، وصغره وكبره، وعمقه، وثخنه ورقته. قالوا: ولا يشترط ذكر وزنه، لكنه أولى. قال الماوردي: وصفة صنعته، وكذا في الزجاج.

قال القاضي حسين: وقياس نصه أنه يجمع في اللبن بين العد والوزن أن يجمع بينهما هنا، ولا يجوز في القوارير المنقوشة ولا المخروطة، وحكى العمراني عن المسعودي أنه يجوز السلم في الجلود إذا ذكر الجنس والطول والعرض^(٢)، وجزم الرافعي بأنه يجوز في القطع منه وزنًا^(٣)، ولم أره في «الروضة» واحترز بقوله: (برمة معمولة) عن المصبوبة في قالب.

فائدة:

البرمة: القدر، والجمع برام، قاله الجوهري^(٤). والطس بفتح الطاء

/٢٠٧/ وكسرهما.

(١) «الأم» ٣/١١٦.

(٢) «البيان» ٥/٤٠١-٤٠٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٢.

(٤) «الصحاح» ٥/١٨٧٠.

والقمقم بضم القاف، قال الأصمعي: وهو رومي معرب، تكلمت به العرب في الشعر الفصيح^(١).

والمنارة بفتح الميم باتفاقهم. والطنجير بكسر الطاء كما ضبطه الصغاني بخطه في «العباب» عجمي معرب، وهو الدست. قال الحريري في «الدرة»: فتح الطاء فيه من لحن الناس، والقياس الكسر^(٢).

راجعت نسخة المصنف فوجدته ضبطه بخطه بالفتح، وقد أوضحت هذه الألفاظ في «الإشارات»^(٣) لغة هذا الكتاب، فراجعه. قال: (وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ) لعدم اختلافها بخلاف الضيقة الرؤوس.

قال صاحب «المحكم»: والسطل طسيسة شبه التور، لها عروة، والجمع سطول، عربي صحيح^(٤)، كذا قال، وفي «المعرب» للجواليقي أنه عجمي معرب، والمصنف جمعه على أسطال.

قال: (وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ) لانضباطه، والقالب بفتح اللام على الفصيح، وعليه اقتصر المصنف في الأصل كما رأيت بخطه. فرع:

قال الماوردي: ويكفي في الأواني التي يجوز السلم فيها العدد، سواء كانت من نحاس أو غيره، وهو غريب.



(١) أنظر: «جمهرة اللغة» ١/٢٢٠. (٢) «درة الغواص» (ص ١٢١).

(٣) «الإشارات» ٢/٣٠٣. (٤) «المخصص» ٣/٢٩٧.

فصل في مسائل مهمة منثورة تتعلق بما سبق

إحداها: يجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود كالمسك والعنبر والكافور، ويذكر وزنها ونوعها فيقول: عنبر أشهب.

الثانية: يجوز السلم في حجارة الأرحية فيصفها، ولا يشترط الوزن، وقطع الغزالي باشتراطه^(١)، وادعى الإمام الاتفاق عليه^(٢)، وليس كما ادعى.

الثالثة: يجوز السلم في الكاغد عددًا وبين نوعه وطوله.

الرابعة: لا يجوز السلم في الدور والأراضي والأشجار النابتة؛ لأنه يحتاج فيه إلى بيان المكان، وإذا بينه تعين، والسلم في المعين غير جائز، كذا علل.

الخامسة: السلم في الدراهم والدنانير جائز في الأصح بشرط كون^(٣) رأس المال غيرهما مؤجلًا، وكذا حالًا على الأصح المنصوص، وقيل: يصح بشرط قبضهما في المجلس.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصْحِّ وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ) للعرف.

والثاني: يشترط لاختلاف الغرض والقيمة بهما، وهذا ما جزم به العراقيون، واختاره القاضي حسين.

(١) «الوسيط» ٤٤٤/٣.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٢/٦.

(٣) ساقطة من الأصل.

قال الرافعي: وهو ظاهر النص^(١)، قال المصنف في «الروضة»: بل نص عليه صريحاً في مواضع من «الأم» وسواء قلنا باشتراطه أم لا، فإذا شرط الجودة ينزل على أقل الدرجات فيها، وإن شرط الأجود لم يصح على المشهور^(٢)؛ لأن أقصاه غير معلوم.

وقيل: قولان كالأردأ، ولو شرط الرداء فإن كانت رداءة الصفة لم يصح/٢٠٧ب/ العقد كما جزم به في «الروضة» وحكاها الرافعي عن كثيرين، ثم قال: وكلام العراقيين يقتضي جواز اشتراطه، وإن كانت رداءة النوع فالأصح المنصوص في «الروضة» الصحة، وإن شرط الأردأ جاز في الأظهر، وقيل: الأصح^(٣).

قال: (وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ) أي: فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح كالبيع.

قال: (وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ) ليرجع إليه عند تنازعهما، وهذا ما نص عليه أيضاً.

والثاني: لا يشترط، والنص محمول على الاحتياط، فعلى الأول هل تشترط الاستفاضة، أو يكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان، أصحهما الثاني.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٣.

(٢) «الروضة» ٤/٢٨، وانظر: «الأم» ٣/٨٤، ٩٢، ١٠١.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٣، «الروضة» ٤/٢٨.

تنبيهات :

أحدها: لو عينا مكيالاً فليكن معروفاً لغيرهما، فلو لم يعرفه إلا عدلان ففيه الوجهان.

الثاني: قد تقدم في التأجيل بالفصح وغيره أنه يشترط إما معرفتهما أو معرفة عدلين على الأصح.

قال الرافعي: ولعل الفرق أن الجهالة هنا راجعة إلى المعقود عليه، وثم راجعة إلى الأجل^(١)، أي: وهو أمر خارج عنه، فكان أسهل.

الثالث: ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته؛ لأن الرتب لا نهاية لها.



(فَصْلٌ)

قال: (لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبَدَلَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ) لأنه يبيع للمبيع قبل قبضه، وقد تقدم منعه، وفيه حديث في الدارقطني^(١) لا أحتج بمثله لضعفه.

قال: (وَقِيلَ يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ) كما لو أسلم في الزبيب الأبيض فأتاه بالأسود، أو في التمر المعقلي فأتاه بالبرني، كما لو أتحد النوع واختلفت الصفة، ولا يجب؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع، وقيل: يجب قياساً على ما لو أعطاه من النوع الذي أسلم فيه أجود مما شرط، فتحصلنا على ثلاثة أوجه:

أصحها: لا يجب، بل لا يجوز.

وثانيها: لا يجوز ولا يجب.

وثالثها: يجب.

وإدعى بعض المتأخرين أن هذا فيما إذا كان النوع المأتي به أعلى من المسلم فيه، فإن كان دونه جاز القبول قطعاً، كما لو أتى بما هو أردأ صفة، وكلامهم يأباه.

قال: (وَيَجُوزُ أَرْدَأُ مِنَ الْمَشْرُوطِ) لأنه حبس حقه والغائب صفة، وفي «الإبانة» في الباب الرابع عشر من كتاب البيع وجه أنه لا يجوز؛

(١) الدارقطني ٤٥/٣ من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً: «من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله». وفيه عطية العوفي ضعيف. وضعفه المصنف في «البدر المنير» ٥٦٤/٦ وذكر له ثلاث علل: الضعف والاضطراب والوقف، وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٣٧٥).

لأنه أستبدال قبل القبض، وهو غريب.

قال: (ولا يَجِبُ) لأنه دون حقه، والأردأ مهموز، قاله أهل اللغة.

قال: (وَيَجُوزُ أَجُودٌ، أَوْ يَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ) لأنها زيادة صفة لا

تتميز، ولأن إتيانه به يشعر بأنه لا يجد إلى براءة ذمته سبيلاً (غيره)، وذلك^(١) يهون أمر المنة.

والثاني: لا يجب للمنة، وقد قدمنا الفرق بأن غرضه براءة ذمته.

فرع:

لو أعطاه عين /٢٠٨/ الصفة الفائتة بدلاً لم يجب ولم يجز؛ لأنه يبيع صفة، والصفة لا تفرد بالبيع، وهو يبيع أيضاً قبل القبض، ولو قبضه، ولم يعلم بحاله، ثم علم ورضي^(٢) فهل حصل الملك بالقبض أو بالرضا؟ فيه وجهان حكاهما الإمام في باب^(٣) الكتابة.

قال: والأوجه أنه لا يشترط الفور في الرضا على الأول^(٤)، فإن رده

فهل نقول ملكه ثم زال بالرد أم لم يملكه؟ فيه خلاف.

فرعان يتعلقان بما سلف:

أحدهما: التفاوت بين العبد التركي والهندي تفاوت نوع لا جنس

على الأصح.

الثاني: التفاوت بين الرطب والتمر، وبين ما سقي بماء السماء وما

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) ساقطة من (ح).

(٣) في (ح): (كتاب).

(٤) «نهاية المطلب» ١٩/٣٩٤.

سقي بغيره تفاوت نوع لا صفة على الأصح.

فرع ثالث:

ما أسلم فيه كيلاً قبضه كيلاً ، وكذا ما أسلم فيه وزناً قبضه وزناً ، ولا يجوز العكس.

قال: (وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ الْمَحَلِّ^(١)) أي: بكسر الحاء (فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بَأَنَّ كَانَ حَيَوَانًا) أي: يحتاج إلى علف كما قيده في «المحرر»^(٢) ليحترز به عما إذا قصرت مدة الأجل (أَوْ وَقَّتْ غَارَةَ) أي: سواء عقد في وقتها أو غيره (لَمْ يُجْبَرْ) لمؤنة العلف في الحيوان وخوف النهب في الغارة، وفي «الإبانة» وجه فيما إذا عقد في وقت الغارة، وظاهر إطلاق المصنف والرافعي أنه لا فرق كما قدمته، ومن الأعراض أن تكون ثمرة أو لحمًا يريد أكلهما عند المحل طريًا، أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة وشبهها.

قال الماوردي: فلو كان له سوق ينتظر به زيادة السعر فوجهان^(٣).

فائدة:

الغارة لغة قليلة، أستعملها المصنف هنا، وفي باب الوديعة، والفصيح أغار إغارة كما أستعمله في كتاب الهدنة، قال الشاعر:

شنوا الإغارة فرسانا وركباناً^(٤)

(١) كذا في الأصول، وفي «المنهاج»: محله.

(٢) «المحرر» (ص ١٦٢).

(٣) «الحاوي» ٤١٦/٥.

قال: (وإِلَّا) أي: وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع (فإن كانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكَ رَهْنٌ أُجْبِرَ) لأن امتناعه تعنت، ومنهم من حكى فيه قولاً أنه لا يجبر.

قال: (وَكَذَا لِمُجَرِّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأُظْهَرِ) لما تقدم من تعنته، ولأن الأجل حق المسلم (إليه)^(١) وقد أسقطه.

والثاني: لا يجبر لما فيه من المنة، وحيث أجبر فامتنع أخذه الحاكم.
فرع:

لو كان للمؤدي غرض (صحيح)^(٢) سوى البراءة، وللممتنع غرض سوى البراءة فطريقان:

أحدهما: يتساقط الغرضان، ويجري القولان.

وأصحهما: أن المرعي جانب المستحق.

تنبيهات:

أحدها: ما ذكره المصنف من البداءة بجانب رب الدين أولاً هو المنصوص الذي عليه الأصحاب.

وأما الغزالي فإنه راعى جانب المؤدي أولاً، فقال /٢٠٨ب/: إن كان للمؤدي غرض في التعجيل من فك رهن أو براءة ضامن أجبر المسلم على القبول، وإن لم يكن له غرض سوى البراءة، فإن كان للممتنع غرض، بأن كان وقت نهب فلا يجب، وإن لم يكن غرض فقولان^(٣).

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) ساقطة من (ح).

(٣) «الوسيط» ٤٤٨/٣.

قال الرافعي: وهذا له إن كان قد ثبت فهو منفرد إذا نقل، وإلا فقد التبس الأمر عليه^(١). أنتهى.

وما ذكره الغزالي موافق لما حكاه هو والإمام في كتاب الضمان عن المزني أنه إذا حضر الكفيل المكفول ببدنه إلى شهر قبل الشهر يبرأ عن ضمانه مطلقاً^(٢)، نعم ابن سريج والأصحاب خالفوا المزني فيه.

الثاني: حكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه.

الثالث: لو خاف من أنقطاع الجنس قبل الحلول فالأصح في أصل «الروضة» الإيجاب^(٣).

فائدة:

لو صرح من عليه الدين بإسقاط الأجل فهل يسقط وتتوجه المطالبة به في الحال؟ فيه وجهان.

قال الإمام في كتاب القرض: والخلاف في سقوطه في حق المدين خاصة، وجزم بعدم سقوطه في حق رب الدين حتى لا يجبر الممتنع على قبوله إذا كان له فيه غرض. وقال في موضع آخر: إنه يجري الخلاف في سقوطه بالنسبة إلى رب الدين أيضاً.

قال: (وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحَلِّ) أي: بكسر الحاء (في غير محلِّ التسليم) أي: بفتح الحاء، وهو مكانه، وشذ من حكى

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٧.

(٢) «نهاية المطلب» ٧/١٩، «الوسيط» ٣/٢٤٢.

(٣) «روضة الطالبيين» ٤/٣١.

كسرها (لَمْ يَلْزَمَهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤَنَّةٌ) لعدم التزامه لها، بخلاف ما لا مؤنة لنقله كالدرهم والدنانير، فإنه يجبر. وأشار الإمام إلى خلاف فيه^(١). قال: (وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيَمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ) لأن أخذ العوض عن المسلم فيه غير جائز، فيجوز للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال، كما لو أنقطع المسلم فيه.

والثاني: يطالبه بها؛ لأنه ليس بعوض حقيقي؛ لأنهما لو اجتمعا في مكان التسليم تعين رد القيمة وأخذ المسلم فيه.

قال: (وَإِنْ أُمَّتَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ) أي: في غير محل التسليم (لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤَنَّةٌ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَخَوْفًا) لما فيه من الضرر، فإن رضي بأخذه لم يوجب له مؤنة النقل ولو بدلها لم يجز قبولها؛ لأنه كالاغتياض، وعن أبي ثور أن له أخذ الكراء.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن الموضوع مخوفًا ولا لنقله مؤنة (فَالْأَصْحَحُ إِجْبَارُهُ) الخلاف مبني على القولين في التعجيل قبل المحل، وقد سلفا بتعليقهما.

فرعان نختم بهما الفصل:

أحدهما: لو ادعى المدين حلول الدين عليه، وأراد إجبار ربه على قبضه، وأنكر رب الدين فادعى تأجيله حيث قلنا: لا يجب قبض المؤجل /٢٠٩/ فالقول قول من؟ قال الروياني في آخر الضمان قال: والذي يحتمل وجهين أصلهما ما إذا عقب الإقرار بالتأجيل^(٢).

(١) «نهاية المطلب» ٦/٦٩.

(٢) «بحر المذهب» ٨/١١٦.

الثاني: لو وضع المسلم إليه المسلم فيه بين يدي المسلم، هل يكون قبضًا؟

قال القاضي حسين: إن قلنا: لا يكون ذلك قبضًا في البيع فهنا كذلك، وإلا فوجهان، وجه المنع إلحاقه بما إذا أتى المقرض بمال القرض ووضعه بين يدي المقرض لا يبرأ عن ضمانه.



(فَضْلٌ)

قال: (الإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ) أي: إليه؛ لقوله ﷺ: «من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة» رواه مسلم من حديث أبي هريرة^(١).

وقوله ﷺ: «من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به» رواه ابن حبان في «صحيحه»^(٢). وفي البيهقي من حديث أنس مرفوعاً: «قرض الشيء خير من صدقته» قال الإمام أحمد: وجدته في «المسند» مرفوعاً فهبته، فقلت: رفعه^(٣). وفي «سنن ابن ماجه» من حديث أنس أيضاً مرفوعاً: «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوب: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل، ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة»^(٤) تفرد به خالد بن يزيد الشامي، وهو ضعيف^(٥).

وفي «مسند أبي داود الطيالسي» نحوه من حديث أبي أمامة بإسناد

(١) مسلم (٢٦٩٩).

(٢) ابن حبان (٥٠٤٠) من حديث ابن مسعود.

(٣) البيهقي ٣٥٤/٥، وضعفه الألباني في «الضعيفة» (٤٠٥٤).

(٤) ابن ماجه (٢٤٣١). وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» ٧٠/٣: هذا إسناد ضعيف. وضعفه أيضاً ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٩٩٠). وقال الألباني في «الضعيفة» (٣٦٣٧): ضعيف جداً.

(٥) أنظر: «الجرح والتعديل» ٣/٣٥٩، «تهذيب الكمال» ٨/١٩٦.

ضعيف أيضًا^(١).

فائدتان:

الأولى: الإقراض مصدر، والقرض بفتح القاف وكسرهما أسم له، وهو في اللغة القطع.

الثانية: الإقراض رخصة ليس على قياس المعاوضات. قال الغزالي: وكأنه عند الشافعي إذن في الإلتلاف بشرط الضمان أو قريب منه^(٢)، أي: فيه شوب منه.

قال: (وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَوْ أَسْلَفْتُكَ أَوْ خُدَّه بِمِثْلِهِ) لدلالاتها على المقصود، والأولان صريحان لا محالة. والثالث: كناية على ما اقتضاه كلام ابن الرفعة في «المطلب» وهو قياس البيع.

قال: ولو اقتصر على حده. فالذي يظهر أنه لا يملك التصرف فيه.

قال: (أَوْ مَلَكَتْكَ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ) أي: فإن اقتصر على (ملكته) كان هبة على الصحيح، وبه جزم الرافعي^(٣).

والثاني: هو قرض. حكاه المتولي، فلو اختلفا على الأول في ذكر رد البدل، فالقول قول الآخذ على الصحيح، وبه جزم الرافعي^(٤). والثاني:

(١) الطيالسي (١٢٣٧). وفيه جعفر بن الزبير الشامي الباهلي، متروك الحديث. أنظر: «التاريخ الكبير» للبخاري ١٩٢/٢، «الجرح والتعديل» ٤٧٩/٢، «تهذيب الكمال» ٣٢/٥.

(٢) «الوسيط» ٤٥١/٣-٤٥٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٣٠/٤.

(٤) «الشرح الكبير» ٤٣٠/٤.

القول قول الدافع ذكره في «الروضة»^(١) وهو متجه.

فرع:

قال في «التتمة»: إذا قال: خذه وتصرف فيه لنفسك. أو قال: خذ هذا الطعام وازرعه لنفسك. فهل يكون قرضاً أو هبة؟ فيه وجهان؛ لأن الارتفاق ٢٠٩/ب/ قد يكون قرضاً، وقد يكون هبة، وقد حكى الإمام هذا تردداً عن القفال في باب بيع الطعام بالطعام^(٢).

فرع:

لو قال: أشتري هذا الثوب بدراهمك هذه ففعل، ففي وقوعه للأمر وجهان إن قلنا: يقع له فالدراهم قرض منه أو هبة؟ فيه وجهان ذكره الغزالي في كتاب القراض^(٣).

قال: (وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ) كما في سائر التمليكات.

والثاني: لا يشترط؛ لأن القرض إتلاف بعوض فلا يستدعي قبولاً وجعله الإمام أظهر، وقرب الخلاف من الخلاف في أن القرض يملك بالقبض أو بالتصرف^(٤)، وقطع المتولي بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول.

فرع:

في انعقاده بالكتابة في الغيبة الخلاف المتقدم في البيع.

(١) «روضة الطالبيين» ٣٢/٤.

(٢) «نهاية المطلب» ١٩٢/٥.

(٣) «الوسيط» ١٠٩/٤.

(٤) «نهاية المطلب» ٤٥٥/٥.

قال: (وَفِي الْمُقْرَضِ) أي: ويشترط في المقرض (أَهْلِيَّةُ التَّبْرُعِ) لأنَّ القرض تبرع أو فيه شائبة التبرع، ولذلك لا يجوز إقراض مال الطفل إلا للضرورة، ولا يصح من المحجور عليه^(١) ولا من المكاتب، وهذا الشرط يشكل بإقراض القاضي مال اليتيم، فإنه يصح على الأصح؛ لكثرة أشغاله، وليس له التبرع به، وادعى الهروي أن المذهب أنه لا يقرض إلا لضرورة، وكذا الأب على وجه، وكذا القاضي يقرض مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كله، نص عليه، فيحمل هذا الشرط على من يقرض مال نفسه.

قال: (وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ) لأنه يصح ثبوته في الذمة سواء العين والمنفعة، كما صرح به في «التتمة» وقال القاضي حسين في «فتاويه»^(٢)، و«تعليقه» في كتاب الغصب: لا يجوز إقراض المنافع كما لا يجوز السلم فيها، لكن تقدم جواز السلم فيها في بابها مع الخلاف فيه، وسواء كانت العين معينة أو في الذمة، حتى إذا قال: أقرضتك ألفاً، وقبل وتفرقا، ثم دفع إليه ألفاً جاز إن لم يطل الفصل، وإن طال فلا؛ لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل. قاله في «المهذب»^(٣).

قال: (إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه قد يطؤها ويردها فيصير في معنى إباحة الجوارى للوطء، وهو ممتنع كما نقله مالك عن إجماع المدينة^(٤).

(١) في (ح): (عليهم).

(٢) «الفتاوى» (ص ٢٦٨) (٣٩١).

(٣) «المهذب» ٣٠٣/١. (٤) أنظر: «الذخيرة» ٢٨٧/٥.

والثاني: يجوز قياسًا على (العبد)^(١)، وبناهما الأصحاب على الخلاف في أن المقترض يملك بالقبض أو التصرف.

وفي كيفية البناء طريقان:

أحدهما: أنا إن قلنا: يملك بالقبض لم يجز؛ لما مرَّ، وإن قلنا: لا. جاز؛ لأنه إذا لم يملكها لم يطأها فيتتفي المحذور.

والثاني ونسبه الإمام إلى الأكثرين العكس إن قلنا: يملك القبض جاز، وإن قلنا: لا، لم يجز؛ لما /٢١٠/ في إثبات اليد على الأجنبية من خوف الوطء^(٢)، وقيل: يجوز إقراضها، ولا يحل للمقترض وطؤها. حكاها في «البيان»^(٣).

واحترز بقوله: (تحل للمقترض) عن المحرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فإنه يجوز اقتراضها.

وادعى (الرافعي)^(٤)، وقبله الإمام والغزالي نفي الخلاف^(٥) وليس كذلك، ففي «الحاوي» وجه أنه لا يجوز أيضًا في هذه الحالة، وطرده في المرأة أيضًا.

قال: ويصرن جنسًا لا يجوز قرضه^(٦). قال المصنف في «شرح

(١) في (ح): (العبد).

(٢) «نهاية المطلب» ٤٤٩/٥.

(٣) «البيان» ٤٦٢/٥.

(٤) في الأصل: (الإمام).

(٥) «نهاية المطلب» ٤٥٠/٥، «الوسيط» ٤٥٢/٣، «الشرح الكبير» ٤٣٢/٤.

(٦) «الحاوي» ٣٥٤/٥.

مسلم»: والخشئى كالمراة فى أستقراض الجارية^(١).

تنبيه:

دخل فى إطلاق المصنف الجارية المشتهاة وغيرها، والذى يتأتى منه الوطاء أو مقدماته أو لا، ولا كالصبي، وجواز قرض الخشئى لأجنبي؛ لأن المانع وهو كونه جارية لم يتحقق، وهل المراد بقوله: يحل له حالة الاقتراض أو أعم حتى تدخل فيه أخت المرأة وعمتها وخالتها؟ فيه نظر.

قال: (وَمَا لَا يُسَلَّمُ فِيهِ) أي: فى نوعه (لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ) لتعذر ضبطه حتى يرد مثله، فلا يجوز قرض الشاة ونتاجها والجارية وأختها، كما قاله المتولى.

والثانى: يجوز كالبيع، وهو قول جماعة من العراقيين، والخلاف مبني على أن الواجب فى المتقوم المثل أو القيمة كما صرح به فى «المحرر»^(٢) فإن قلنا بالأول لم يجز، أو بالثانى جاز.

فروع:

أحدها: فى إقراض الخبز وجهان كما فى السلم فيه، أصحهما عند البغوي المنع^(٣)، وهو مقتضى إطلاق المصنف، لكن جزم المتولى والمستظهري بالجواز؛ لإجماع أهل الأمصار عليه. قال الرافعي:

(١) «شرح مسلم» للنووي ٣٧/١١.

(٢) «المحرر» (ص ١٦٢).

(٣) «التهذيب» ٥٤٦/٣.

واختاره ابن الصباغ وغيره^(١)، وقال في «الشرح الصغير»: إنه المختار للحاجة وإطباق الناس عليه.

قلت: وفيه حديث يؤيده في «معجم الطبراني الكبير» و«كامل ابن عدي»^(٢) لكن فيه أنقطاع، وعلى الجواز يرد مثله وزناً. قاله في «البيان»^(٣).

وقال صاحب «الكافي»: يجوز إقراضه وزناً وعدداً، وفي جواز إقراض الخمير وجهان، وجه الجواز أطراد العادة.

وفي «فتاوى القاضي حسين»: أنه لا يجوز إقراض الروبة لأنها تختلف بالحموضة^(٤).

الثاني: قال المتولي: يجوز قرض شقص من دار، وأقره عليه المصنف في «الروضة» في كتاب الشفعة تبعاً للرافعي^(٥)، ونقله في «المطلب» عن الأصحاب، لكن جزم الماوردي بأنه لا يجوز قرض العقار^(٦)، وهو مقتضى كلام المصنف.

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٣٢.

(٢) «المعجم الكبير» ٢٠/٩٦ (١٨٩)، «الكامل في ضعفاء الرجال» ٢/٣١١-٣١٢ من حديث معاذ بن جبل، أنه ﷺ سئل عن أستقراض الخبز، فقال: «هي من مكارم الأخلاق». وقال الهيثمي في «المجمع» ٤/١٣٩: رواه الطبراني في «الكبير» وفيه سليمان بن سلمة الخبائري، ونسب إلى الكذب. اهـ. وروى ابن عدي في «الكامل» ٧/٣٥٣ من حديث عائشة نحوه. وقال: هذا الحديث بهذا الإسناد منكر. اهـ. والحديثان ضعفهما الألباني في «الإرواء» (١٣٩٤)، (١٣٩٥).

(٣) «البيان» ٥/٤٦٧.

(٤) «الفتاوى» (ص ٢٦٨) (٣٩٢).

(٥) «الشرح الكبير» ٥/٥٠٨، «الروضة» ٥/٧٨. (٦) «الحاوي» ٥/٣٥٢.

الثالث: أقتضى كلام المتولي أن الدراهم والدنانير المغشوشة يصح إقراضها، لكن جزم صاحب «البحر» بمقابله^(١).

فائدة:

لا يجوز إقراض ماء القناة لأنه مجهول. قاله القاضي في «فتاويه»^(٢).

فائدة / ٢١٠ ب / ثانية:

يشترط في المال المقروض أن يكون معلوم الصفة والوزن ليتأتى رد بدله.

فائدة ثالثة:

يجوز إقراض المكييل وزناً وعكسه كالسلم، وقال القفال: لا يجوز إقراض المكييل وزناً. وقيده المتولي بما يجري فيه الربا. بخلاف السلم، فإنه لا يشترط فيه أستواء العوضين.

قال: (وَيَرَدُّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ) لأنه أقرب إلى حقه.

قال: (وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلُ صُورَةً) لأنه عليه الصلاة والسلام أستسلف بكرّاً ورد رباعياً وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء» رواه مسلم من حديث أبي رافع رضي الله عنه^(٣) والبكر: هو الصغير من الإبل، كالغلام من الآدميين.

والرباعي بتخفيف الباء: ما دخل في السابعة، ولأنه لو وجبت القيمة لافتقر إلى الإعلام بها، ولأنه عقد إرفاق^(٤) تسومح فيه باعتبار القيمة.

(٢) «الفتاوى» (ص ٢٦٨) (٣٩١).

(٤) في (ح): (ارتفاق).

(١) «بحر المذهب» ٧/٧٦.

(٣) مسلم (١٦٠٠) وقد تقدم.

قال: (وَقِيلَ الْقِيَمَةُ) كما لو أتلّف متقومًا وهو الأقيس، كما قاله الرافعي في شرحه^(١)، بل قال المتولي في الشفعة: إنه المذهب، لكن الأرجح عند الأكثرين ما صححه المصنف، وعلى هذا العبرة بقيمة يوم القبض إن قلنا يملك به، وإن قلنا بالتصرف فوجهان: أحدهما: كذلك، وأصحهما في «الكفاية»: تجب قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى التصرف^(٢).

فرع:

لو اختلفا في القيمة أو في صفة المثل فالقول قول المستقرض مع يمينه.

فرع:

إذا جوزنا إقراض الخبز فهل يرد المثل أو القيمة؟ فيه الوجهان. فإن قلنا بالقيمة فشرط الخبز فوجهان: أحدهما: يصح الشرط لأن^(٣) مبناه على المساهلة والرفق، ذكره في «الروضة» من زوائده^(٤).

قال: (وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤَنَّةٌ طَالِبُهُ بِقِيَمَةِ بَلَدِ الإِقْرَاضِ) أي: لا بالمثل؛ لما فيه من الكلفة بخلاف السلم، فإنه لا يأخذ القيمة والحالة هذه كما تقدم، بل يفسخ لامتناع الاعتياض. وقال القاضي حسين في «فتاويه»: لا تجب القيمة أيضًا بخلاف

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٢٩.

(٢) «كفاية النبيه» ٩/٣٨٥.

(٣) ساقطة من (ح).

(٤) «روضة الطالبين» ٤/٣٧.

الغاصب؛ لأن المتلف متعد فأثبتنا المطالبة تغليظاً عليه، بخلاف المستقرض^(١).

وقولي: لا بالمثل محله ما إذا كانت قيمة بلد القرض أقل. فإن كانت مثل قيمة بلد الطلب أو أكثر فله المطالبة، ذكره ابن الصباغ وغيره في الغصب، وهو مقتضى التعليل، لكن الرافي جعله هناك وجهاً مرجوحاً^(٢)، أما إذا لم يكن لنقله مؤنة كالنقدين فيطالبه به جزماً لانتفاء الضرر. قال الإمام: هذا في النقود التي لا يعسر نقلها ولا تتفاوت قيمتها في البلاد، أما إذا عسر نقلها وتفاوتت قيمتها /٢١١/ فلا يطالب بها في غير بلد الإقراض^(٣).

فرع:

المعتبر قيمة يوم المطالبة؛ لأنه وقت استحقاقها.

فرع:

إذا أخذ القيمة، فهل هي بطريق المعاوضة، أو الحيلولة؟ فيه وجهان: أصحهما في «الروضة» أولهما^(٤)، فتبرأ ذمة المقرض وليس له ردها وإعطاء الطعام. وعلى الثاني لا تثبت هذه الأحكام.

قال: (ولا يجوز بشرط رد صحيح عن مكسر أو زيادة) أي: على القدر المقرض؛ لقول فضالة بن عبيد رضي الله عنه كل قرض جر منفعة فهو

(١) «الفتاوى» (ص ٢٦٧) (٣٨٨).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٢٥/٥.

(٣) «نهاية المطلب» ١٨٥/٧.

(٤) «روضة الطالبيين» ٣٧/٤.

وجه من وجوه الربا. رواه البيهقي، وقال: روينا في معناه عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس^(١).

قلت: وروي مرفوعاً بضعف^(٢). قال القاضي: والمعنى فيه أن موضوع العقد الارتفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً على المقترض خرج عن موضوعه، وما يضاد موضوع العقد يمنع صحته، ومثل ما ذكره المصنف ما إذا شرط رده ببلد آخر.

وفي المسألة وجه ثان أنه يصح الشرط الجار للمنفعة في غير الربوي وهو غلط. ووجه ثالث: أن القرض إذا جرى بشيء من هذه الشروط لا يفسد به؛ لأنه عقد مسامحة، فلا يبطل بالشرط الفاسد، والصحيح فساد، وأنه لا يجوز التصرف فيه.

قال: (وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ) للحديث السالف قريباً: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»، ولا فرق بين الربوي وغيره، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة وغيره على الأصح فيهما.

فرع:

لو قصد إقراض المشهور بالزيادة للزيادة ففي كراهته وجهان في «التتمة».

(١) أنظر: «معرفة السنن» ١٦٨/٨، «السنن الكبرى» ٣٥٠/٥.

(٢) رواه الحارث بن أبي أسامة - كما في «بغية الباحث» (٤٣٦) - من حديث علي مرفوعاً. وقال المصنف في «البدر المنير» ٦٢١/٦: في إسناده سوار بن مصعب وهو متروك. وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٣٩٨).

فرع:

قال المحاملي وغيره من أصحابنا: يستحب للمستقرض أنه يرد أجود مما أخذ؛ للحديث الصحيح السالف، ولا يكره للمقرض أخذ ذلك. ذكره في «الروضة» عنهم^(١).

فرع:

يجوز للمقرض قبول الهدية من المقرض وغيره من المديونين من غير كراهة، ذكره في «الروضة» و«الفتاوى»^(٢)، وقال الماوردي: التنزه عنها أولى، وهذا قبل الرد^(٣)، فأما بعده فلا كراهة فيه أيضًا.

فرع:

لو رد أنقص مما أخذ أو دونه وطابت نفس المقرض به جاز، وهو ظاهر.

فرع:

(وَلَوْ شَرَطَ مُكَسِّرًا عَنِ صَاحِبِهِ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ) أي: المقرض يقرض المستقرض شيئًا آخر (لَعَا الشَّرْطُ)؛ لأنه وعد وعده به، وأشار بعضهم إلى وجه في صحته.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ) لأن المنهي عنه جر المقرض النفع إلى نفسه وهنا النفع (في المستقرض)^(٤)؛ لأنه زاد في المسامحة

(١) «روضة الطالبين» ٣٧/٤.

(٢) «روضة الطالبين» ٣٧/٤، «الفتاوى» (ص ٧٠).

(٣) «الحاوي» ٣٥٨/٥.

(٤) في (ح): (للمستقرض).

ووعده وعدًا حسنًا.

والثاني: يفسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد / ٢١١ب/ كشرط العكس، وهو ما صححوه في نظيره من الرهن كما سيأتي، والحكم جار في كل ما ينفع المقترض.

قال: (وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرَطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرَضِ غَرَضٌ) لأنه رفق فيصح العقد، ولا يلزم الأجل؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل، فامتنع الأجل قياسًا على الصرف.

قال: (وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهَبٍ فَكَشَرَطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ) لما فيه من جر المنفعة.

والثاني: أنه كالتأجيل بغير غرض، فيلغو الشرط ويصح العقد. قال الماوردي: ووهم بعض الأصحاب فظن أن للشافعي قولاً في جواز القرض مؤجلاً، وغلطوه فيه^(١).

قال الأصحاب: وبصير الحال مؤجلاً بالوصية بأن يوصي رب الدين أن لا يطالب به إلى مدة كذا.

ومقتضى كلام المتولي أنه يتأجل بالنذر كما إذا قال: إن شفى الله مريضى فله على أأطالبه إلى شهر على الصحيح، فإنه ألحقه بنذر تشيع الجنائز وعبادة المرضى.

قال: (وَلَهُ شَرَطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ) لأنه توثقة في العقد لا زيادة فيه، وكذا شرط الإقرار به عند الحاكم والإشهاد عليه، فإن القرض لا يفسد

(١) «الحاوي» ٣٥٥/٥.

بشرطهما، سواء كان المقترض مسلماً أو متقوماً، وسواء قلنا بملكه بالقبض أو بالتصرف.

فرع:

لو شرط رهنا بدين آخر كان له عليه فهو كشرط زيادة الصفة.
 قال: (وَيَمْلِكُ المقرض^(١) بِالْقَبْضِ) كالهبة بل أولى، لأن للعوض مدخلاً فيه، ولأنه لو لم يملك به لامتنع عليه التصرف فيه.
 قال: (وَفِي قَوْلٍ: بِالتَّصَرُّفِ) لأنه ليس تبرعاً محضاً، إذ يجب فيه البدل ولا معاودة محضة إذ^(٢) له الرجوع فيه ما دام باقياً كما سيأتي، فوجب أن يملكه بعد استقرار بدله، وصححه ابن أبي عصرون.

تنبيهات:

أحدها: معنى القول الثاني أنه إذا تصرف تبين حصول الملك قبيله لا بالقبض على الأصح.

الثاني: الخلاف منتزع من كلام الشافعي رحمته الله، وحكاه صاحب «البيان»^(٣) و«الشامل» وجهين.

الثالث: القبض في المنافع - على القول بجواز إقراضها - بقبض العين المستوفى منها.

الرابع: في المراد بالتصرف، على القول الثاني أوجه:
 أصحها: أنه كل تصرف يزيل الملك.

(١) كذا في الأصول، وفي متن «المنهاج»: (القرض).

(٢) ساقطة من (ح).

(٣) «البيان» ٤٥٨/٥.

وثانيها: كل تصرف يتعلق بالرقبة.

وثالثها: كل تصرف يستدعي الملك.

فعلى الأوجه يكفي البيع والهبة والإعتاق والإتلاف، ولا يكفي الرهن والتزويج والإجارة، وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة على الوجه الأول، وتكون هذه /٢١٢/ التصرفات باطلة قاله في «الروضة»^(١).

ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني، ويجوز أن يقال: يحصل بها، بناء على أن المعقود عليه في الإجارة العين، كما قاله ابن الرفعة، وما سوى الرهن على الثالث؛ لأنه يجوز أن يستعير للرهن فيرهنه.

وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنه كل تصرف يمنع رجوع الراهن والبائع عند إفلاس المشتري، فإن قلنا بالأول، فهل يكفي البيع بشرط الخيار؟ وإن قلنا: لا يزيل الملك فلا، وإلا فوجهان؛ لأنه لا يزيله بصيغة^(٢) اللزوم.

قال الإمام: ولو ملك الرجل زوجته في مدة الخيار أنفسخ النكاح قطعاً^(٣).

فرع:

من فروع القولين: ما لو كان المقرض حيواناً، فإن قلنا: يملك بالقبض فنفقته عليه، وإن قلنا: بالتصرف فهي على المقرض إلى أن

(١) «روضة الطالبين» ٣٥/٤.

(٢) في (ح): (بصفة).

(٣) «نهاية المطلب» ٤٤٨/٥.

يتصرف المستقرض، ولو أقرض من يعتق عليه، فإن قلنا: يملك بالقبض عتق عليه به، وإن قلنا: بالتصرف فلا.

وقال البغوي: يجوز أن يقال: يعتق عليه ويحكم بالملك قبله^(١).

وجزم المتولي بهذا، والمشهور الأول.

قال: (وَلَهُ الرَّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا) أي: في ملك المقرض (بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأن له تغريم بدله عند الفوات، فالمطالبة بعينه أولى؛ لأنه أقرب (ببدله)^(٢).

والثاني: لا، بل للمقرض أن يؤدي حقه من موضع آخر؛ صيانة لملكه كسائر الديون، ومحل الخلاف إذا قلنا: يملك بالقبض، فإن قلنا بالتصرف فله الرجوع جزماً.

والخلاف كالخلاف فيما^(٣) إذا طلب رب اللقطة أسترجاعها بعد أن تملكها الملتقط.

واحترز بقوله: (بحاله) عما إذا رهنه أو كاتبه أو جنى متعلق الأرش برقبته، فإنه لا رجوع.

فرع:

لو زاد زيادة منفصلة كالولد أخذه بدونها، أو متصلة كالسَّمَنِ أخذه معها؛ لأن^(٤) الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع القهري إلا في الصداق

(١) «التهذيب» ٥٤٥/٣.

(٢) في (ح): (من بدله).

(٣) ساقطة من (ح).

(٤) في (ح): (فإن).

كما سيأتي، وإن نقص، قال الماوردي: فإن شاء أخذه مع الأرش وإن شاء (أخذ مثله سليماً) (١)(٢).

فرع:

لو زال ملك المقترض ثم عاد، فهل له الرجوع في عينه؟ فيه وجهان بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يزل وكالذي لم يعد، وجزم العمراني بالرجوع (٣)، وعبارة المصنف تقتضي المنع؛ فإنه عبر بالدوام.

فرع:

لو أجز المقترض العين.

قال الماوردي: للمقترض الرجوع فيه ولا تبطل الإجارة، وله أن يرجع إلى بدله؛ لنقصان منفعتة (٤)، وهذا الفرع يدخل في كلام المصنف، لكن لم نر فيه خلافاً/ ٢١٢ب/.

فرع:

لو رده المستقرض بعينه لزم المقترض قبوله قطعاً.



(١) في (ح): (أخذ منه مثلها).

(٢) «الحاوي» ٣٥٥/٥.

(٣) «البيان» ٥٤٥/٣.

(٤) «الحاوي» ٣٥٥/٥.

فروع نختم بها الباب:

أحدها: لو أقرضه دراهم أو دنانير، ثم منع السلطان التعامل بها لم يكن له إلا ما أقرض^(١)، وقيل: له قيمتها يوم منعه^(٢)، حكاه في «البيان»^(٣).

ثانيها: عن الماوردي، لو قال لغيره: اقترض^(٤) لي مائة درهم ولك علي عشرة، كره ذلك واستحق وهو جعالة^(٥).

ثالثها: قال القاضي في «فتاويه»: لو قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان، فأخذها منه لا يكون قرضاً؛ لأن القرض يقتضي عيناً يردّها عليه، بل هو توكيل بقبض الدين، فبعد القبض لا بد من قرض جديد، ولو كانت العشرة في يد فلان معينة وديعة أو غيرها صح^{(٦)(٧)}.



(١) في (ح): (أقرض).

(٢) في الأصل: (منعت).

(٣) «البيان» ٥ / ٤٦١.

(٤) في (ح): (اقرض).

(٥) «الحاوي» ٥ / ٣٥٨.

(٦) «الفتاوى» (ص ٢٦٧) (٣٨٩).

(٧) ورد بعدها في الأصل: تم الجزء الثالث بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، يتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الرهن أعاننا الله على فراغه بمحمد وآله آمين. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه بخطه لنفسه ثم لمن شاء الله بعده العبد الفقير إلى رحمة ربه أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الله بن أحمد الرمالي لطف الله تعالى بهم. آمين.

وافق الفراغ منه يوم الأحد ثاني عشر جمادى الأولى سنة اثنتين وخمسين وثمانمائة.

A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 15 horizontal lines, creating 16 empty rows for text. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.

کتاب البهجة

كتاب الرهن

لا يصح إلا بإيجاب وقبول، فإن شرط فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به أو مصلحة للعقد كالإشهاد أو ما لا عرض فيه صح العقد.

وإن شرط ما يضر المرتهن بطل الرهن، وإن نفع المرتهن وضر الرهن كشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط، وكذا الرهن في الأظهر. ولو شرط أن تحدث زوائده مزهونه فالأظهر فساد الشرط، وأنه متى فسد فسد العقد.

وشرط العاقد كونه مطلق التصرف فلا يرهن ولي مال الصبي والمجنون، ولا يرهن لهما إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة. وشرط الرهن كونه عيناً في الأصح.

ويصح رهن المشاع، والأمم دون ولدها وعكسه، وعند الحاجة يُباعان ويورع الثمن، والأصح أنه تقوم الأم وحدها ثم مع الولد فالزائد قيمته. ورهن الجاني والمرتد كبيعهما، ورهن المدبر، ومعلق العتق بصفة يمكن سبقتها حلول الدين باطل على المذهب.

ولو رهن ما يشرع فسادُه فإن أمكن تجفيفه كطَبِ فَعَلَ، وإلا رهنه بدين حال أو مؤجل يحل قبل فسادِه أو شرط بيعه وجعل الثمن رهناً صح، ويأع عند خوف فسادِه ويكون ثمنه رهناً، وإن شرط منع بيعه لم يصح. وإن أطلق فسد في الأظهر، وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل صح في الأظهر.

وإن رهن ما لا يشرع فسادُه فطراً ما عرضه لفساد كحِنطَة أثبتت لم يفسخ

الرَّهْنُ بِحَالٍ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ، وَهُوَ فِي قَوْلِ عَارِيَّتِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ، فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ.

فَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ.

وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ.

وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنُ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا يَبِيعُ بِهِ.

فَصْلٌ

شَرَطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا فَلَا يَصِحُّ بَعْثُ مَعْصُوبَةٍ وَمُسْتَعَارَةٍ فِي الْأَصَحِّ وَلَا بِمَا سَيُقْرَضُهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ. فَقَالَ: أَقْرَضْتُ وَرَهَنْتُ. أَوْ قَالَ: بَعْتُكَ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ. فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ. صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ كِتَابَةٍ وَلَا بِجَعْلِ جَعَالَةٍ قَبْلَ الْفَرَاغِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ.

وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ مُدَّةَ الْخِيَارِ، وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ.

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ، لَكِنْ لَا يَسْتَتِيبُ الرَّاهِنَ وَلَا عَبْدَهُ، وَفِي الْمَأْدُونِ لَهُ وَجْهٌ، وَيَسْتَتِيبُ مُكَاتَبَهُ.

وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَعْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمُضِ زَمَنٌ

إمكان قبضه، والأظهر أشرط إذنه في قبضه

ولا يبرئته أرتهاً عن الغصب، ويبرئته إيداع في الأصح.

ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصريف يزيل الملك كهبته مقبوضة وبرهن مقبوض وكتابة، وكذا تدييره في الأظهر، وبإحبالها لا وطء وتزويج.

ولو مات عاقداً قبل قبض أو جن أو تخمر العصير أو أبق عبداً لم ينطل الرهن في الأصح.

وليس للراهن المقبض تصريف يزيل الملك، لكن في إعتاقه أقوال أظهرها ينفذ من الموسر ويعزم قيمته يوم عتقه رهناً، وإن لم ينفذه فانفك لم تنفذه في الأصح.

ولو علقه بصفة فوجدت وهو رهن فكالإعتاق، أو بعده نفذ على الصحيح. ولا رهنة لغيره، ولا التزويج، ولا الإجارة إن كان الدين حالاً أو يحل قبلها، ولا الوطء، فإن وطئ فالولد حر، وفي نفوذ الأستيلاذ أقوال: الإعتاق، فإن لم ينفذه فانفك نفذ في الأصح، فلو ماتت بالولادة عزم قيمتها رهناً في الأصح، وله كل انتفاع لا ينقصه، كالركوب والسكنى، لا البناء والغراس، فإن فعل لم يقلع قبل الأجل وبعده يقلع إن لم تف الأرض بالدين وزادت به.

ثم إن أمكن الانتفاع بغير استرداد لم يسترد، وإلا فيسترد، ويشهد إن اتهمه، وله ياذن المرتهن ما منعناه.

وله الرجوع قبل تصريف الراهن، فإن تصرف جاهلاً برجوعه فككتصرف وكيل جهل عزله.

ولو أذن في بيعه ليحل المؤجل من ثمنه لم يصح البيع.

وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ التَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ.

فَصْلٌ

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ.
وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازٍ، أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّ عَلَى أَجْتِمَاعِهِمَا عَلَى
حِفْظِهِ أَوْ الْأَنْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ.

وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْأَنْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ، وَإِنْ تَشَاخَا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ
عِنْدَ عَدْلٍ.

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيُقَدِّمُ الْمُرْتَهِنُ بِشَمَنِهِ وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ
وَكَيْلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَأْذُنُ أَوْ تُبْرِيءُ. وَلَوْ طَلَبَ
الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصْرَ بَاعَهُ
الْحَاكِمُ.

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَلِأَصَحِّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ، وَإِلَّا فَلَا.
وَلَوْ شَرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِذَا
بَاعَ فَالتَّمَنُّ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ.

وَلَوْ تَلَفَ تَمَنُّهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ أَسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ
عَلَى الْعَدْلِ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ.

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِتَمَنِ مِثْلِهِ حَالًا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ
الْخِيَارِ فَلْيَنْسَخْ وَلْيَبِيعْهُ.

وَمُؤَنَّةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ.

ولا يُمنع الرّاهن من مصلحة المرهون كفضدٍ وحجامةٍ، وهو أمانةٌ في يد المرتهن، ولا يسقط بتلفه شيءٌ من دينه.

وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان.

ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول فسد، وهو قبل المجل أمانة.

ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينه، ولا يصدق في الردّ عند

الأكثرين.

ولو وطئ المرتهن المرهونة بلا شبهة فزان، ولا يقبل قوله: جهلت تحريمه.

إلا أن يقرب إسلامه أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء.

وإن وطئ بإذن الرّاهن قبل دعواه جهل التحريم في الأصح فلا حد، ويجب

المهر إن أكرهها، والولد حرّ نسيب، وعليه قيمته للرّاهن.

ولو أتلّف المرهون وقبض بدله صار رهناً، والخصم في البدل الرّاهن، فإن لم

يخصم لم يخصم المرتهن في الأصح.

فلو وجب قصاص اقتص الرّاهن وفات الرّهن، فإن وجب المال بعفوه أو

بجناية خطأ لم يصحّ عفوه عنه.

ولا إبراء المرتهن الجاني، ولا يسري الرّهن إلى زيادة منفصلة كتمر وولد.

فلو رهن حاملاً وحلّ الأجل وهي حامل بيعت، وإن ولدته بيع معها في

الأظهر، فإن كانت حاملاً عند البيع دون الرّهن فالولد ليس برهن في الأظهر.

فصل

جنى المرهون قدام المجني عليه.

فإن اقتص أو بيع له بطل الرّهن.

وإن جئني على سيده فاقترض بطل.
 وإن عفي على مال لم يثبت على الصحيح فيبقى رهنا.
 وإن قتل مروهونا لسيده عند آخر فاقترض بطل الرهنان، وإن وجب مال تعلق
 به حق مؤتهن القليل، فيباع وشمته رهن، وقيل: يصير رهنا.
 فإن كانا مروهونين عند شخص بدين واحد نقصت الوثيقة، أو بدينين.
 وفي نقل الوثيقة عرض نقلت.
 ولو تلف الموهون بأفة بطل.
 وينفك بفسخ المؤتهن وبالبراءة من الدين، فإن بقي شيء منه لم ينفك شيء
 من الرهن.
 ولو رهن نصف عبدي بدين ونصفه بأخر فبرئ من أحدهما أنك قسطه، ولو
 رهناه فبرئ أحدهما أنك نصيبه.

فصل

اختلفا في الرهن أو قدره صدق الراهن يمينه إن كان رهن تبرع، وإن شرط
 في بيع تحالفا.
 ولو ادعى أنهما رهناه عبدهما بمانة وصدقه أحدهما فنصيب المصدق رهن
 بخمسين، والقول في نصيب الثاني قوله يمينه، وتقبل شهادة المصدق عليه.
 ولو اختلفا في قبضه فإن كان في يد الراهن أو في يد المؤتهن وقال الراهن:
 غصبته. صدق يمينه، وكذا إن قال: أقبضته عن جهة أخرى في الأصح.
 ولو أقر بقبضه ثم قال: لم يكن إقرارا عن حقيقة. فله تحليفه، وقيل: لا
 يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلا، كقوله: أشهدت على رسم القبالة. ولو قال

أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكَرُ بِبَيْمِينِهِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ. فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُزْتَهِنِ بِبَيْمِينِهِ فِي
إِنْكَارِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يَعْرَمُ الْأَقْلَّ مِنْ
قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُزْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ
عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِذَا حَلَفَ بَيْعَ فِي الْجِنَايَةِ.

وَلَوْ أُذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَيْعٌ وَرَجَعٌ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ.
وَقَالَ الرَّاهِنُ بَعْدَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُزْتَهِنِ، وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ
فَادَى أَلْفًا وَقَالَ: أَدَيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ. صُدِّقَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا
شَاءَ، وَقِيلَ: يُقَسِّطُ.

فَصْلٌ

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرَكَّتِهِ تَعَلَّقَهُ بِالْمَرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ: كَتَعَلَّقَ الْأَرْضَ
بِالْجَانِي. فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَعْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٍ فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرْدٌ مَبِيعٌ بِعَيْبٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا
يَبْيِنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ، لَكِنْ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ فَسَخَ.

وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ، وَالصَّحِيحُ
أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَالْكَسْبِ وَالنَّتَاجِ.



(كتاب الرهن)

هو في اللغة الثبوت والدوام، ومنه الحالة الراهنة. أي: الثابتة. وقال
الماوردي: هو الاحتباس، ومنه: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] (١).
ورهننت أفصح من أرهننت، وهو في الشرع جعل عين مال ويبيعه بدين
يستوفى منها عند تعذر أستيفائه ممن هو عليه، ويطلق أيضًا على نفس
العين.

والأصل في الباب قبل الإجماع (٢) ما أفتتحة في «المحرر» (٣) من قوله
تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قال القاضي حسين: ومعناها فارهنوا
واقبضوا؛ لأنه مصدر، جعل جزاء الشرط فيه بحرف الفاء، فجري مجرى
الأمر كقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] أي: فحرروا.

ورهن رسول الله ﷺ درعه عند يهودي على شعير لأهله، فمات
ودرعه مرهونة عنده. متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها (٤).

(١) «الحاوي الكبير» ٤/٦.

(٢) «الإجماع» (ص ١٣٨).

(٣) «المحرر» (ص ١٦٤).

(٤) البخاري (٢٩١٦)، مسلم (١٦٠٣).

وهذا اليهودي يقال له: أبو الشحم. وهذا الحديث صريح أنه لم يفتكه، وقيل: أفتكه قبل موته؛ لقوله عليه السلام: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» كما أخرجه ابن حبان في «صحيحه»^(١)، وهو منزه عن ذلك. والأول أصح كما قال الماوردي^(٢).

والحديث محمول على من لم يخلف وفاء. واختلف في عدوله عليه السلام عن معاملة مياسير الصحابة كعثمان وابن عوف إلى اليهودي، فقيل: بيانًا للجواز، وقيل: لأنه لم يكن عند أحد طعام فاضل عن حاجته غيره، وقيل: كراهة أن يرثوه منه بغير رضاه.

قال: (لا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ) أي: أو ما يقوم مقامهما؛ لأنه عقد على مال فافتقر إليهما كالبيع، والخلاف المتقدم في انعقاد البيع /٢٣٩ب/ بالإيجاب والاستحباب وبالمعاطاة عائد هنا، ويقوم مقام الصيغة إشارة الأخرس، كما قدمه في البيع.

وفي وجه إن كان الرهن مشروطًا في بيع أغنى شرطه عن الصيغة بعد البيع، واختاره كثيرون، وهو ظاهر النص، ونقله في «المطلب» عن الجمهور.

والمحققون - كما قال الإمام - على المنع^(٣).

(١) ابن حبان (٣٠٦١) من حديث أبي هريرة. ورواه أيضًا الترمذي (١٠٧٨)، (١٠٧٩) وحسنه، وابن ماجه (٢٤١٣)، وصححه الحاكم ٢٦/٢-٢٧ على شرط الشيخين، وقال النووي في «الخلاصة» ٢/٩٣٠ بإسناد صحيح أو حسن، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٦٧٧٩).

(٢) «الحاوي الكبير» ٤/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/٢٢٥.

قال: (فَإِنْ شَرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدَّمَ الْمُرْتَهِنَ بِهِ أَوْ مَصْلَحَةُ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ) أي: كأن لا يأكل إلا الهريسة (صَحَّ الْعَقْدُ) كالبيع.

والظاهر أن ما قدمناه فيه يأتي هنا.

وقال المحاملي فيما إذا شرط فيه مقتضاه أن الشرط صحيح.

وقال الغزالي: إنه لاغ، وهو مقتضى كلام إمامه.

قال: (وَإِنْ شَرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ) أي: كشرط ألا يبيعه

عند المحل ونحوه.

وعن ابن خيران أنه قال: يجيء في فساد القولان الآتيان وهو غريب،

ونسبه مجلي إلى الشيخ أبي حامد.

قال: (وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَ الرَّاهِنَ كَشَرَطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ

الشَّرْطُ) لقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(١).

قال: (وَكَذَا: الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ) لمخالفته مقتضى العقد كالشرط

الذي يضر بالمرتتهن.

والثاني: لا يبطل؛ لأنه تبرع، فلم يؤثر ذلك فيه، كما لو أقرضه

الصحيح بشرط رد المكسر يلغو الشرط ويصح العقد، والخلاف في

رهن التبرع، وكذا في المشروط في بيع على الأظهر ثم البطلان فيما

إذا أطلق المنفعة فلو قيدها كسنة مثلاً فهو جمع بين بيع وإجارة في

صفقة، والأظهر الصحة كما مر.

(١) رواه البخاري (٢١٥٥)، مسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة بألفاظ متقاربة، ورواه

بلفظه النسائي ١٦٤/٦، ابن ماجه (٢٥٢١)، أحمد ٢١٣/٦.

قال: (وَلَوْ شَرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ) أي: كالشجرة والنتاج (مَرْهُونَةً فَلَاظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ) لأنها معدومة ومجهولة، منهم من قطع بهذا. والثاني: لا؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يتعدى للزوائد، لضعفه، فإذا قوي بالشرط شري وبيع.

واحترز بالزوائد عن الكسب، فإن أشرطها باطل؛ لأنها ليست من أجزاء الأصل، وقيل: تصح.

قال الماوردي: ولو شرط أن تكون المنافع مرهونة بطل قطعاً، ولا يجري فيه الخلاف^(١).

قال: (وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ) أي: عقد الرهن. والخلاف له مأخذان:

أحدهما: أنه جمع بين معلوم ومجهول فبطل في المجهول وفي صحته في المعلوم قولاً تفريق الصفة.

والثاني: تخريجه على القولين في فساد الشرط، وهذا يقتضي تصحيح البطلان، والأول يقتضي تصحيح الصحة.

قال: (وَشَرْطُ الْعَاقِدِ) أي: رهنًا ومرتهنًا (كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ) كما في البيع.

قال: (فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ) أي: ولي المال (مَالِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا) لأن الولي في حال الاختيار لا يبيع إلا بحال مقبوض قبل التسليم فلا رهن ولا أرتهان.

(١) «الحاوي» ٢٤٦/٦.

فرع:

/٢٤٠/ المحجور عليه بالسفه كذلك.

قال: (إِلَّا لِضُرُورَةٍ) أي: كما إذا أحتاج إلى النفقة أو الكسوة، أو باع ماله مؤجلاً لضرورة نهب أو نحو ذلك.

قال: (أَوْ غِبْطَةً ظَاهِرَةً) أي: كما إذا أشتري ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ورهن به ما يساوي مائة من ماله؛ لأنه إن تلف كان في المشتري ما يجيزه، وكذا إذا باع الولي ماله مؤجلاً بغبطة أو أرتهن على الثمن، وحكي وجه شاذ أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال.

قال: (وَشَرَطَ الرَّهْنِ) أي: المرهون (كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ) أي: فلا يصح رهن الدين؛ لأنه غير مقدور على تسليمه. وهذا نصه في «الأم»^(١).

والثاني: يصح إذا كان على مقر مليء، كما قيده المصنف في «نكت الوسيط» نقلاً عن «الانتصار» كبيعه؛ تنزيلاً لما في الذمم منزلة الأعيان، كما نزلت منزلتها في بيعها وشرائها سلمًا وثمانًا، وعلى هذا لا يلزم الرهن بمجرد العقد، بل يتوقف على قبض الدين.

وقال صاحب «البيان»: يلزم بنفس العقد^(٢). ورتب بعضهم الخلاف فيه على الخلاف في بيعه، وجعل الرهن أولى بالمنع.

تنبيهات:

أحدها: في «الاستقصاء» أن رهن الدين ممن هو عليه صحيح قطعاً؛

(١) «الأم» ٣/١٢٩.

(٢) «البيان» ٦/٢٤.

لأنه يجوز بيعه منه فيستثنى حينئذ، ذلك من كلام المصنف، لكن صاحب «التتمة» صرح بالمنع في رهنه منه ومن غيره.

ثانيها: قد يصير الدين مرهوناً في ثاني الحال للضرورة فيما إذا أتلف متلف المرهون فإن عليه الأرش ويحكم بأنه مرهون، وهو في ذمته على أرجح الوجهين في «الروضة» لامتناع الإبراء منه. وقيل: لا؛ لكونه ديناً. **ثالثها:** لا يصح رهن المنفعة بأن يرهنه سكنى الدار مدة، سواء كان المرهون به حالاً أو مؤجلاً؛ لأنها تتلف شيئاً فشيئاً، فإن أراد أن يكون أجر الدار هنا لم يصح أيضاً؛ للجهاالة ولولا قول المصنف (في الأصح) لكان يمكن أن يخرج بقوله (عيناً) المنفعة أيضاً، لكن لا نعلم فيه خلافاً. قال: (وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ) أي: سواء رهنه من شريكه أو من غيره قبل القسمة أم لم يقبلها كالبيع، ولا يحتاج إلى إذن الشريك على الأصح كالبيع، وصحح مقابله البغوي^(١) وابن أبي عصرون.

فرع:

القبض في المشاع بتسليم كله فإن كان مما لا ينقل حصل بالتخلية وإن لم يحضر شريكه وإلا فلا بد من نقله وإذن شريكه، فإن رضي الشريك قبضها وجرت المهايأة بينه وبين المرتهن جريانها بين الشريكين، ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشيوع، كما لا بأس به لاستيفاء المنافع وإن أمتنع.

فإن رضي المرتهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض،

(١) «التهذيب» ١٥/٤.

وإن تشاحا نصب الحاكم عدلاً تكون يده لهما، فإن كان له منفعة أجره عليهما.

قال: (وَالْأُمَّ دُونَ وَلِدِهَا وَعَكْسُهُ) / ٢٤٠ب/ أي: حيث يمتنع التفريق بينهما؛ لأن الرهن ليس بتفريق. وعبارة الشافعي: رهن الأم دون ولدها جائز إذ لا تفرقة^(١).

واختلف الأصحاب في معنى قوله: إذ لا تفرقة، والصحيح أن معناه إذ لا تفرقة بينهما حالاً لا مالاً، وإذا احتيج إلى البيع بيعاً معاً إذا دام الصغر إلى البيع. وقال بعضهم: معناه إذ لا تفرقة في الحال، فإن احتيج إلى البيع فرق. وهذه تفرقة ضرورية كما لو كان حراً.

قال: (وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ وَيُوزَعُ الثَّمْنُ) لأن التفريق منهي عنه، فلما التزم بالرهن بيع الأم جعل ملتزماً لما هو من أحكامه، وهو بيع الولد معها، وفي وجه ضعيف أن المرهون يباع وحده ويحتمل التفريق للضرورة.

قال: (وَالْأَصْحُ) أي: فيما إذا رهن الأم دون الولد (أَنْ تُقَوِّمَ الْأُمَّ وَحْدَهَا) أي: موصوفة بكونها ذات ولد حاضنة له، فإذا قيل: قيمتها مثلاً مائة (ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ) فإذا قيل: قيمتها مائة وخمسون (فَالزَّائِدُ قِيَمَتُهُ) أي: وهو الزائد على المائة، والزائد لا حق فيه للمرتهن سواء كان الثمن مثل القيمتين أو أزيد أو أنقص.

والثاني: أن الأم تقوم وحدها كما سبق، فإذا قيل: مائة قومنا الولد

(١) «الأم» ٣/ ١٢٧.

وحده، فإذا قيل: عشرون، علمنا أن النسبة بينهما بالأسداس فنقسط الثمن عليهما على هذه النسبة، سدس للولد يختص به الراهن، والباقي يتعلق به حق المرتهن.

وفي هذا نقل قيمة الولد كما قررناه؛ لأنه يكون ضائعاً. وقيل: إذا قومت الأم قومت وحدها خلية عن الولد، كما لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنا وبيعا معاً. وقيل: إنا نقوم الأم وحدها ثم نقوم الولد وحده وله أم. فإذا قيل: قيمتها مائة وقيمته وله أم خمسون علمنا أن التفاوت بينهما بالأثلاث، فيوزع.

وهو ما أورده الإمام، وقال: الوجه الأول أن الولد يقوم محضوناً كما قومت الأم حاضنة لا منقطعاً عنها^(١). وكلام الماوردي^(٢) يقرب منه. ويظهر فائدة هذا الخلاف في التوزيع، وإن كان الدين يجب وفاؤه فحل حال فيما إذا ازدحم غرماء الميت والمفلس، وفيما لو تصرف الراهن قبل وفاء الدين. قاله الإمام^(٣) والغزالي في «بسيطه». أما إذا رهن الولد دونها فإن التقويم ينعكس، فيقوم الولد وحده محضوناً مكفولاً، ثم هو مع أمه، فالزائد قيمة الأم، فلذلك حملنا كلام المصنف على ما إذا رهن الأم دون الولد.



(١) «نهاية المطلب» ١٦٥/٦.

(٢) «الحاوي الكبير» ١١٩/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦٦/٦.

فرع:

حكم الولد مع الأب وغيره ممن يمنع من التفريق بينهما كجد مع الأم.

فرع:

قال في «الاستقصاء»: إذا رهن بهيمة ذات ولد يرضع وقلنا: لا تباع الجارية دون ولدها ففي بيع البهيمة وولدها وجهان. والمنع يوافق قول الصيمري أنه يحرم التفريق بين البهيمة وولدها بغير الذبح^(١).

تنبيه:

هذه المسألة مستثناة من قولنا: كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه. قال: (وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ ٢٤١/ كَبَيْعِهِمَا) أما الجاني فعلى الأصح كما قدمته في بابه إذا كانت الجناية عمداً دون ما إذا كانت خطأ. قال الرافعي في شرحه: ورهنه مرتب على بيعه وأولى بالبطلان؛ لأن الجناية العارضة تقدم على حق الرهن، فأولى أن يمنعه في الابتداء^(٢).

فإن صححنا رهنه فالأكثر كما نقله عنهم في «الروضة» على أنه لا يكون ملتزماً للفداء بخلاف البيع؛ لأن الجناية لا تنافي الرهن ومحلها باق هنا بخلاف البيع^(٣).

وأما المرتد فالأصح صحة بيعه كما أفهمه كلامه في الرد بالعيب وقد

(١) أنظر: «البيان» ١٢٧/٥-١٢٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٤٧.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/٤٥.

سلف واضحًا، فيكون رهنه كذلك. وأغرب الروياني فقال: المذهب أنه لا يصح بيعه ولا رهنه.

قال: (وَرَهْنُ الْمُدْبِرِ وَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةِ يُمَكِّنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ) أي: ولم يشترط بيعه قبل وجود الصفة (باطلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) لتعلق حق العتق بهما. وحاصل ما في المدبر ثلاث طرق، الصحة قطعًا كييعه واختارها الإمام والغزالي فقال في «وسيطه»: ذهب إليها أكثر الأصحاب^(١).

قال في «الروضة»: وهو قوي في الدليل^(٢)، وأما ابن الصباغ فاستبعده وقال: هو مخالف للنص والقياس.

والثانية: القطع بالبطلان؛ لما تقدم.

والثالثة: وهي الأقرب إلى القياس، حكاه قولين مبنيين على أن التدبير وصية فتصح أو تعليق عتق بصفة فلا.

وأما المعلق عتقه بصفة فله صور:

إحداها: ما ذكره المصنف، كما لو علق عتقه بدخول رمضان، ثم رهنه بمؤجل إلى أنقضائه، والمشهور القطع بالمنع لفوات مقصود الرهن. وقيل: على الأقيس في رهن ما يسرع إليه الفساد.

والفرق على الأول أن العاقل لا غرض له في إفساد ماله، بخلاف العتق. وذكر ابن أبي عصرون في «المرشد» أن هذا الخلاف عند

(١) «نهاية المطلب» ٦/١٥٠، «الوسيط» ٢/٢٦٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/٤٧.

الإطلاق وأنه لو شرط بيعه قبل وجود الصفة صح كما في نظيره مما يتسارع إليه الفساد، ولهذا قيدت كلام المصنف بما إذا لم يشرط بيعه قبل وجود الصفة.

الثانية: أن يتيقن حلوله قبل وجود الصفة فيصح قطعاً وبيعاً في الدين، فلو لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة بنى على القولين في أن الاعتبار في العتق المعلق بحالة التعليق أو بحالة وجود الصفة، فإن قلنا بالأول عتق.

وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً. وجزم المتولي بأنه لا خيار له؛ لأن الرهن سلم له ثم بطل، فصار كمؤنة.

قال في «الروضة»: والأول أصح وأقيس، وإن قلنا بالثاني فهو كإعتاق المرهون^(١)، وسيأتي.

الثالثة: أن لا يتيقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه كقدوم زيد، فالأظهر بطلانه أيضاً لما فيه من الغرر، ومنهم من قطع به. ووجه^(٢) الصحة أن الاستمرار الرق.

قال: (وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ) أي: بمؤجل يحل بعد الفساد أو معه (فَإِنْ / ٢٤١ب) أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ) أي: سواء شرط أم لا (كَرُطِبِ فَعَلَّ) حفظاً للرهن.

(١) «روضة الطالبين» ٤/٤٧.

(٢) رمز فوقها في الأصل: (أحمد وأبو حنيفة).

قال ابن الرفعة: والمجفف هو المالك ومؤنته عليه^(١)، أما إذا رهنه بحال أو مؤجل يحل قبل فسادِه فإنه يباع على حاله.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يمكن تجفيفه كالثمرة التي لا تجفف والبقول فإن (رَهْنَهُ بِدَيْنٍ حَالٌّ أَوْ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا صَحَّ) لانتفاء المحذور (وَيَبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا) أي: من غير إنشاء عقد.

قال: (وَإِنْ شَرَطَ مَنَعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ) لأنه شرط ينافي مقصوده.
قال: (وَإِنْ أَطْلَقَ) أي: فلم يشترط واحدًا منها (فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الراهن لا يجبر على إزالة ملكه قبل حلول الدين، فإن البيع قبله ليس من مقتضيات الرهن، فلا يدل مطلق الرهن عليه، فهو مرهون يتعذر أستيفاءه، فبطل كرهن أم الولد.

والثاني^(٢): يصح ويباع، كما لو شرط بيعه؛ لأن الظاهر أنه لا يقصد إتلاف ماله، وهذا ما صححه الرافعي في «الشرح الصغير» فقال: إنه الأظهر عند الأكثرين مع أنه صحح الأول في «المحرر»^(٣) أيضًا، وشرطه ترجيح ما عليه الأكثر أيضًا، فالله أعلم بذلك. ولم يصحح في «الشرح الكبير»^(٤) شيئًا.

وإذا فرعنا على القول الثاني، فإنه يجبر على بيعه عند الجمهور خلافًا

(١) «كفاية النبيه» ٩/٤١٤.

(٢) رمز فوقها في الأصل: (أحمد وأبو حنيفة).

(٣) «المحرر» (ص ١٦٥).

(٤) «الشرح الكبير» ٤/٤٤٥.

للماوردي^(١).

قال: (وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجْلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الأصل دوام المالية. والثاني: يفسد لجهلنا إمكان البيع عند المحل، وهو نظير ما صححوه في المعلق عتقه بصفة لا يعلم هل يتقدم أو يتأخر. فرع:

لو رهن نخلاً عليه رطب لا يتمر فمنهم من خرجه على القولين، ومنهم من قطع بالصحة؛ لأنه تابع للنخل وفي بيعه عند خوف الفساد وجهان. قال الماوردي: وفرق بينه وبين الطعام - حيث جزم فيه بأنه لا يباع - بأن هذا يباع النخل وهي باقية، فيكون ثمنه باقياً كأصله^(٢).

قال: (وَإِنْ رَهَنْ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ أَبْتَلْتُ لَمْ يَنْفَسِحِ الرَّهْنُ بِحَالٍ) لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، ويباع عند الإشراف على الفساد، ويجعل ثمنه رهناً مكانه. وحكى الماوردي^(٣) قولاً أنه لا يجبر على بيعه؛ لأنه حق المرتهن في جنسه فقط، وهو ضعيف.

فرع:

لو طرأ ما عرضه قبل قبض المرهون، فالأرجح من «زوائد الروضة» عدم الانفساخ، وأجراهما الإمام فيما إذا قبل المرهون قبل القبض^(٤).

(١) «الحاوي» ٦/١٢٢.

(٢) «الحاوي» ٦/١٢٠.

(٣) «الحاوي» ٦/١٢٢.

(٤) «روضة الطالبين» ٤/٤٤، وانظر: «نهاية المطلب» ٦/١٧٢.

فرع:

لو أنفق المتعاقدان على نقل الوثيقة فيما لا يفسد من عين المرهون إلى غيره، ففيه وجهان مبنيان على القولين في رهن ما يفسد. كذا ذكره الإمام واستبعده بأنه لا حاجة إلى ذلك بخلاف ما يفسد^(١).

فرع:

لو مرض العبد مرضًا مخوفًا التحق بما يسرع إليه الفساد في الإجماع على بيعه وجعل ثمنه رهنًا، قاله الإمام أيضًا^(٢).

فائدة:

طراً: بالهمز وقد يخفف /٢٤٢/.



(١) «نهاية المطلب» ٦/١٧١.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٢٠٢.

فصل

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ) لأن الرهن أستيثاق، وهو يحصل بما لا يملكه، بدليل الإشهاد والكفالة. وهذا هو المذهب، ولا فرق بين أن يستعير منه فيرهن بإذنه وبين أن يقول لمالكه: أرهن عندك بديني من فلان فيرهنه.

وقوله: (ليرهنه) هو بفتح الياء من يرهنه وضمها. وضبطه المصنف في الأصل بالفتح فقط.

قال: (وَهُوَ فِي قَوْلِ عَارِيَّةٍ) لأنه قبض مال الغير بإذنه؛ لينتفع به نوع أنتفاع.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانٌ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ) لأن الأعيان كالذمم بدليل جواز التصرف فيها، ويصح الضمان في الذمة، فكذا في العين، ولا يتعلق ذلك بذمة المعير والقولان منصوصان، وقيل: مستنبطان.

قال الإمام: وليس المراد أنه يتمحض عارية أو ضماناً ففيه شبه من كل واحد منهما قطعاً، وإنما القولان في المذهب منهما^(١).

وقال الغزالي: حقيقة هذا العقد لا تتمحض، وهو فيما بين المرتهن والراهن رهن محض، وفيما بين المعير والمستعير عارية، وفيما بين المعير والمرتهن يزدحم عليه مشابهة العارية والضمان^(٢). واعترض

(١) «نهاية المطلب» ٢٠٩/٦.

(٢) «الوسيط» ٤٧١/٣.

الرافعي^(١) على هذه العبارة.

وقال ابن سريج: إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف؛ لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم^(٢)، فعلى هذا يشترط في الرهن كونه ملكاً للراهن.

والصواب ما جزم به المصنف وعليه التفريع، والعارية قد تلزم كالإعارة للدفن، ونظائره.

وظاهر كلام المصنف جريان الخلاف سواء رهن أو لم يرهن، وفي كلام صاحب «التنبيه» إشارة إلى أن محل الخلاف بعد الرهن لا قبله، حيث قال: وإن أستعار شيئاً ليرهنه بدين فرهنه ففيه قولان. وكذا عبارة الرافعي^(٣).

قال: (فَيَشْتَرَطُ ذِكْرُ) بَيَانِ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ أَي: فِي الحُلُولِ وَالتَّأَجِيلِ وَغَيْرَهُمَا، كَمَا فِي الضَّمَانِ لِاخْتِلَافِ الأَغْرَاضِ بِذَلِكَ، وَحِكْمِي قَوْلِ قَدِيمٍ أَنَّ الحُلُولَ وَالتَّأَجِيلَ لَا يَشْتَرِطُ ذِكْرَهُمَا.

قال: (وَكَذَا المَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الأَصَحِّ) لما ذكرناه.

والثاني: لا يجب لضعف الغرض فيه وهما مأخوذان من القولين في اشتراط تعيين المضمون له.

هذا كله إذا قلنا: إنه ضمان، ولهذا أبى المصنف بقاء التفريع في قوله: (فيشترط) فإن قلنا إنه عارية فلا يشترط ذلك، فيرهنه بأي جنس

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٥٣-٤٥٤.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٦/٢٠٦، «الوسيط» ٣/٤٧٢.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٥٤، وانظر: «التنبيه» (ص ١١٣).

شاء، وبأي قدر شاء، وبالحال وبالمؤجل.

قال المتولي: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضرراً، فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين.

قال: (فَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ) أي: عليه؛ لأن يده أمانة. وهل يضمنها الراهن؟ ينبني على أنه عارية أو ضمان، إن قلنا عارية ضمن وإن قلنا: ضمان فلا؛ لأنه لم يسقط الدين عن ذمته وهو الصحيح. وضعفه الغزالي،^(١) وعلى قول ابن سريج أن العقد باطل في ضمانه تردد للإمام قال: والظاهر أنه لا يضمن^(٢).

فرع:

٢٤٢ب/ لو تلف في يد الراهن. قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين كما إذا أتلّف في يد المرتهن.

وقال الغزالي: يضمنه؛ لأنه مستعير^(٣).

قال في «الروضة»: والمذهب الضمان^(٤).

قال: (وَلَا رَجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ) أي: وإلا فلا فائدة في هذا الرهن إذ لا وثوق به، وهذا على قول الضمان قطعاً، وكذا على قول العارية على الأصح.

وقطع الفوراني والجويني بمقابله، وعن ابن سريج بأن العقد لا يصح

(١) «الوسيط» ٣/٤٧١.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٢١٠.

(٣) «الوسيط» ٣/٤٧٣.

(٤) «روضة الطالبين» ٤/٥٢.

على هذا القول؛ لأنه مناقض، فإن مقتضى الرهن أن يلزم بالقبض، ومقتضى العارية لا يلزم، فعلى هذا يشترط في المرهون أن يكون ملكاً للراهن.

وفي كلام صاحب «التقريب» وجه فارق بين أن يكون الدين حالاً فيجوز الرجوع، أو مؤجلاً فلا يجوز إلا بعد حلوله، هو قريب من الخلاف فيما إذا أعار أرضاً للبناء أو للغراس مدة معينة، هل له الرجوع في أثنائها؟

وبه يحصل في المسألة أربعة أوجه: البطلان والجواز واللزوم والتفرقة. واحترز بقوله: (بعد قبض المرتهن) عما إذا رجع في الإذن قبل أن يرهنه المستعير أو بعده وقبل إقباضه، فإن له الرجوع؛ لأنه لم يلزم.

فرع:

متى جوزناه وكان الرهن مشروطاً في بيع فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال.

قال: (فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا رُوجِعَ المَالِكُ لِلْبَيْعِ) كما لو رهنه المالك.

قال: (وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنُ) أي: معسراً كان الراهن أو موسراً، كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصل وإعساره. وقوله: (يقض) هو بضم أوله ليعم الراهن والمالك.

قال: (ثُمَّ يَرْجَعُ المَالِكُ بِمَا بَيْعَ بِهِ) لانتفاع الراهن في دينه، سواء بيع بالأكثر أم بأقل بمقدار ما يتغابن به، فهذا على قول الضمان، وأما على قول العارية فإن بيع بالقيمة أو بالأقل رجع، وكذا بالأكثر عند الأكثرين.

وقيل: يرجع بما بيع به. وصوبه المصنف في «الروضة» واستحسنه الرافعي^(١).

واعلم أن هذه المسألة - أعني: الاستعارة للرهن - ذكرها المصنف هنا تبعاً للغزالي^(٢)، وذكرها صاحباً «التنبيه» و«البيان» في العارية^(٣)، ولو ذكرت في الضمان لما بعد؛ لأن الأظهر أنه ضمان كما سلف.

فائدة:

يصح أن يرهن الشخص على دين غيره، ولا يحل الدين بموت الراهن؛ لأنه ضمان دين في عين لا في الذمة. قاله ابن الصلاح^(٤).

فرع:

المستعير لا يكره، فلو أستعار ليكرهه جاز في وجهه، كما لو أستعار ليرهنه. ذكره الرافعي^(٥) في أواخر الإجارة.



(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٥٥، «الروضة» ٤/٥١.

(٢) «الوسيط» ٣/٤٧١.

(٣) «التنبيه» (ص ١١٣)، «البيان» ٦/٥٢٦.

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ١/٢٨٤.

(٥) «الشرح الكبير» ٦/١٨٨.

فَصْلٌ

قال: (شَرَطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا) أي: مستقرًا كان أو غيره كدين السلم، فلا يصح الرهن بالعين سواء كانت مضمونة أم لا؛ لأنه يستحيل أستيفاء تلك العين من المرهون، ولا فرق في الدين بين الأعيان والمنافع في الذمة، فلو أستأجره على عمل في ذمته فله أن يأخذ به رهناً، ولو كان الاستئجار على عمل بنفسه لم يجر أخذ رهن به؛ إذ لا يمكن أستيفاؤه منه. قاله الرافعي وكثيرون. /٢٤٣/

وقال الماوردي: إذا كان الاستئجار على عمل في الذمة، فإن لم تكن الأجرة مقبوضة لم يصح الرهن؛ لأن الرهن وثيقة في الحق المستحق، والعمل قبل دفع الأجرة غير مستحق^(١). وهذا تفريع منه على إيجاب قبض الأجرة في المجلس فيها كالسلم.

قال: وإن كان قد قبض الأجرة، ففي جواز أخذ الرهن وجهان وجه المنع أن أستيفاء العمل من الرهن غير ممكن، ووجه الجواز أنه حق في الذمة له قيمة يمكن أستيفاؤها من الرهن فجاز كالدين^(٢).

قال: (ثَابِتًا) أي: فلا يصح الرهن بما لم يثبت، سواء وجد سبب وجوبه كنفقة زوجته في الغد أو لا، كما إذا رهنه على ما يستقرضه غدًا كما سيأتي؛ لأن الرهن وثيقة حق فلا يقدم على الحق كالشهادة. وقيل: يجوز الرهن بنفقة الغد إذا قلنا بالقديم أنها تجب بالعقد.

(١) «الحاوي» ٦/٢٦١.

(٢) في الأصل: كالرهن، والمثبت من «الحاوي» ٦/٢٦١.

حكاه الماوردي.

قال: (لَا زِمًا) أي: فلا يصح بما لا يلزم ولا يؤول إلى اللزوم كمال الكتابة كما سيأتي؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين.

تنبيهان:

أحدهما: لا يستغنى باللازم عن الثابت؛ لأن الثبوت معناه الوجود في الحال، وأما اللزوم وعدمه فصفة للدين في نفسه، لا يتوقف صدقه على وجود الدين، كما يقول: دين الكتابة لازم ودين القرض غير لازم. الثاني: يشترط في الدين أن يكون معلومًا لهما صرح به صاحب «الاستقصاء» في الضمان.

قال: (فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْضُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصْحِّ) لما تقدم. والثاني^(١): يصح كضمانها على الأصح، وجعله في «الروضة» وجهًا ضعيفًا^(٢)، وهو خلاف ما اقتضاه لفظ (الأصح) هنا، والوجهان جاريان في المأخوذ على جهة السوم وبالبيع الفاسد: وعبارة «المحرر» تشمل ذلك؛ فإنه قال: فلا يصح الرهن بالأعيان وإن كانت مضمونة كالمستعار والمغضوب^(٣).



(١) رمز فوقها في الأصل: (مالك).

(٢) «روضة الطالبين» ٥٣/٤.

(٣) «المحرر» (ص ١٦٥).

فائدة:

لا يفارق الرهن الضمان إلا في ضمان الأعيان وضمان العهدة؛ فإنهما يصحان على الصحيح، ولا يصح الرهن بهما على الصحيح؛ لأن ضمان العهدة جوز للحاجة والمصلحة؛ ترغيباً في معاملة من لا يعرف حاله ولا ضرر فيه على الضامن؛ لأنه التزام في ذمته، فلو لم تتلف العين المضمونة أو لم يخرج المبيع مستحقاً لم يتضرر، وأما الرهن ففيه ضرر ظاهر بحبس العين المرهونة مدة لا نهاية لها.

قال: (وَلَا بِمَا سَيَقْرُضُهُ) أي: وما في معناه كضمن ما يشتريه من بعد، كما صرح به في «المحرر»^(١) لعدم الثبوت كما سلف. وقيل: إن عَيْنَ ما يستقرضه صح. وقيل: إن تراهننا بالثمن ثم لم يتفرقا حتى تبايعا صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ فَقَالَ أَقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ. أَوْ قَالَ: بَعْتُكَ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثُّوبَ بِهِ. فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ).

لأن شرط الرهن فيهما جائز، فكذا مزجه وأولى؛ لأن الوثيقة هنا أكد فإن الشرط ربما لا يفي به /٢٤٣ب/.

قال القاضي: فيقدر وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه، كما لو قال: أعتق عبدك عني على كذا، فإنه يقدر الملك له ثم يعتق عليه؛ لاقتضاء العتق تقدم الملك.

(١) «المحرر» (ص ١٦٦).

(والثاني:)^(١) لا يصح، وهو القياس، كما نقله الرافعي عن أبي إسحاق^(٢)؛ لتقدم أحد شقي الرهن قبل ثبوت الدين.

قال الرافعي: وضابط هذه المسألة أن يتقدم الخطاب بالبيع على الخطاب بالرهن وجواب البيع^(٣) على جواب الرهن^(٤)، وكذلك القرض وغيره فلو تأخر لم يصح.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ) لأن الرهن للتوثق والمكاتب بسبيل من إسقاط نجوم الكتابة أي وقت شاء بتعجيزه نفسه فلا معنى لتوثيقها، ولأن الرهن إنما شرع لتحقيق عوض ما زال ملكه عنه، والعوض في الكتابة هي الرقبة وهي باقية على ملك السيد، فلا حاجة إلى الرهن.

وعن ابن سريج أنه يجوز ضمان نجوم الكتابة تخريجاً على جواز ضمان ما لم يجب وجرى سبب وجوبه. وقد حكاه الروياني هنا، وهو تخريج على القول الآخر أن ملك السيد زال عن رقبة المكاتب.

قال: (وَلَا بَجْعَلِ الْجَعَالَةَ قَبْلَ الْفَرَاغِ) أي: سواء شرع في العمل أم لا؛ لعدم لزومه، فإنه يجوز الفسخ للمجعول له، أما بعد فراغه فإنه يصح جزماً للزومه.

قال: (وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ) لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم فأشبهه الثمن في مدة الخيار.

(١) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة ومالك).

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٥٨.

(٣) في الأصل: (الشيخ). والمثبت هو الصواب كما في «الشرح الكبير».

(٤) «الشرح الكبير» ٤/٤٥٩.

قال في «الروضة»: وظاهر كلام كثير من الأصحاب أو أكثرهم أن الخلاف جارٍ أيضًا قبل العمل^(١).

قلت: فيأتي فيهما ثلاثة أوجه، ثالثها: يجوز بعد الشروع لا قبله.

قال: (وَيَجُوزُ بِالْثَمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) لقربه من اللزوم.

قال الإمام: وهذا تفرُّع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك^(٢).

قال: (وَبِالَّذِينَ رَهْنُ بَعْدَ رَهْنٍ) أي: ويجوز إنشاء رهن بالدين

الواحد؛ لأنه زيادة في الوثيقة، ثم هو كما لو رهنهما معًا.

قال: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ) أي: من جنس

الأول (في الجديد)^(٣) أي: وإن وفى بالدينين، كما لا يجوز رهنه عند غير

المرتتهن.

وقاسه الشافعي على ما إذا أجر دارًا سنة بعشرة ثم أستأجرها تلك

السنة بعشرين^(٤) فإنه لا يصح قطعًا، والقديم^(٥) ونقل عن الجديد أيضًا

الجواز، كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد.

والفرق على الأول أن الرهن مشغول بالدين بخلاف الدين؛ فالزيادة

في الرهن شغل فارغ فيصح، والزيادة في الدين شغل مشغول فلا يصح.

هذا في غير الفداء، أما لو جنى المرهون ففداه المرتتهن بإذن الراهن

(١) «روضة الطالبين» ٥٥/٤.

(٢) «نهاية المطلب» ٧٢/٦-٧٣.

(٣) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة).

(٤) «الأم» ٣/١٣٦.

(٥) رمز فوقها في الأصل: (مالك).

ليكون مرهوناً بالدين والفداء. فأصح الطريقتين القطع بالجواز؛ لأنه من مصالح الرهن لتضمنه أستيفاءه.

وقيل: القولان، وكذا الاتفاق على المرهون بشرطه، ويكون رهناً بالنفقة والدين كما ذكره المصنف من زوائد «الروضة»^(١) في كلامه على المؤمن.

أما إذا كان الأول دراهم والثاني دنانير فوجهان، أقيسهما في «الاستقصاء» الجواز، وهذا ما أحتزرت عنه بقولي: أي: من جنس الأول.

قال: (وَلَا يَلْزَمُ) /٢٤٤/ أي: من جهة الراهن (إِلَّا بِقَبْضِهِ) أي: فلا يقهر قبله عليه؛ لأنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالقرض والبيع. وبهذا قال أبو حنيفة^(٢)، وقال مالك: يلزم الرهن بنفسه^(٣). وقال أحمد: إلا في المكيلات والموزونات^(٤)، أما من جهة المرتهن فلا يلزم بحال فله فكه متى شاء.

قال: (مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ) أي: قابضاً كان أو مقبضاً، فلا يصح من المحجور عليهم لفقدان الأهلية.

قال: (وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ) أي: من الطرفين كما يجري في العقد. قال: (لَكِنْ لَا يَسْتَنْبِئُ) أي: المرتهن (راهناً) أي: في قبضه لنفسه؛ لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض، وهو ممتنع إلا ما أستثنيته في

(١) «روضة الطالبين» ٩٤/٤. (٢) أنظر: «المبسوط» ١٩/١٣.

(٣) أنظر: «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» للقاضي عبد الوهاب ٥٧٦/٢.

(٤) أنظر: «المغني» ٤٤٦/٦.

البيع في الكلام على القبض، وحكى هناك عن ابن سريج أنه أجاز أن يوكل المشتري رجلاً بالقبض ويوكله البائع بالإقباض.

ووجهها آخر أنه يصح القبض فيما إذا قال المدين المستحق الحنطة في ذمته: أكتل حقلك من هذه الصبرة. ولو كان الراهن وكيلاً في الرهن فقط والمرتهن في القبض من المالك فيصح؛ لانتفاء ما سلف، وهو وارد على إطلاق المصنف المنع.

قال: (وَلَا عَبْدَةٌ) أي: عبد الراهن قنّاً كان أو مدبراً أو مأذوناً أو أم ولد؛ لأن يدهم يده.

قال: (وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ) لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب، والأصح: المنع؛ فإنه عبده وهو متمكن من الحجر عليه بخلاف المكاتب. وفي وجه ثالث: إن كان ركبته الديون صحت أستنابته؛ لانقطاع سلطنة السيد عنه، وإلا فلا.

قال: (وَيَسْتَتِيبُ مَكَاتِبَهُ) لأنه معه كالأجنبي.

فرع:

الظاهر أن البعض كالمكاتب، ولم أر فيه نقلاً.

قال: (وَلَوْ رَهَنَ وَدِيْعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَغْضُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنٌ إِمْكَانِ قَبْضِهِ) أي: فإن كان حاضراً في المجلس فبان بمضي زمن يمكن نقله فيه، وإن كان في موضع آخر فبان بمضي زمن يمكنه فيه المصير إليه، ونقله إن كان منقولاً، والتخلية إن لم يكن منقولاً. لكن إن شرطنا الإذن كما سيأتي، فهذا الزمان معتبر من وقت العقد؛ لأننا نجعل دوام اليد كابتداء القبض، فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداؤه.

وفي أشرط المصير إلى موضعه إذا كان غائبًا ومشاهدته أوجه:
 أصحابها: لا يشترط؛ إذ لا فائدة فيه، ويكتفي بأن الأصل بقاؤه.
 وثانيها: يشترط ليتمكن من قبضه.

وثالثها: أن يتيقن وجوده بأن كان عقارًا لا يخشى تغييره، أو غلب
 على ظنه بقاؤه بحالة لم يشترط وإلا أشرط بأن كان حيوانًا فإنه
 معرض للآفات.

وهذا غلط، كما قاله الشيخ أبو حامد؛ لأن الشافعي رحمته الله نص على
 أنه لا فرق بين الحيوان وغيره.

ورابعها: حكاها صاحب «المهذب» وغيره أنه إن أخبره ثقة أنه باق
 على صفته لم يشترط وإلا أشرط، وهو ضعيف؛ لأنه /٢٤٤ب/ يجوز
 تلفه بعد رؤية الثقة^(١).

فإن شرطنا الحضور والمشاهدة، فالمذهب أنه لا يشترط مع ذلك
 نقله إن كان منقولاً؛ لأن النقل إنما اعتبر ليخرج من يد المالك، وهو
 خارج هاهنا عنه، فإن شرطنا النقل أو المشاهدة، فهل يصح
 التوكيل^(٢)؟ فيه وجهان: أصحابهما: الصحة كابتداء العقد. وحكى
 العراقيون عن حرمله وجهًا أنه لا يشترط مضي زمن يمكن فيه المصير
 إلى المرهون، ويلزم العقد بنفسه، وأطلقه الرافعي^(٣) وغيره، وقيده
 الإمام بما إذا لم يشترط الإذن في القبض. قال: فإن شرطناه فظاهر

(٢) في المخطوط: (التوكل).

(١) «المهذب» ١/٣٠٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٧٣.

النقل عنه أعتبر الزمان وقياسه أن لا يعتبر^(١). وتابعه الغزالي^(٢) ولم يقيده غيرهما بذلك، بل حكى العمراني عن الشيخ أبي حامد أنه لا يحتاج إلى مضي مدة، ويكفي العقد والإذن، إن شرطنا الإذن والعقد وحده إن لم نشرطه^(٣)، وهذا تصريح بخلافه.

وحكى البندنجي عنه أنه لا فرق بين أن يوجد إذن أم لا.

وسلك الماوردي في المسألة طريقاً آخر فقال: إن شك في بقاءه في يده بأن كان حيواناً يدخل ويخرج أو في زمن خوف، فتمام القبض أن يمضي المرتهن بعد القبض إلى موضعه ويشاهده، وفي احتياجه إلى مضي الراهن معه وجهان^(٤).

فإن قلنا: يحتاج مضيها أو وكيلهما ويستأنفا^(٥) عقد الرهن بعد الرؤية، وهل يفتقر إلى إذن في القبض بعد مشاهدتها؟ فيه الوجهان. قال: (وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ) لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن، ولم يجر تعرض للقبض بحكم الرهن.

والثاني: لا يشترط؛ لأن العقد مع صاحب السيد يتضمن الإذن في القبض.

وقيل: في الغصب لا بد من إذن جديد قطعاً؛ لعدم الإذن في أول اليد، وهو ما أورده الماوردي^(٦)، والأظهر طرد القولين.

(١) «نهاية المطلب» ٩٢/٦.

(٢) «الوسيط» ٤٨٧/٣.

(٣) «البيان» ١٥/٦.

(٤) «الحاوي» ٣٤/٦.

(٥) كذا، والجادة: ويستأنفان.

(٦) «الحاوي» ٤٠/٦.

واعلم أن ظاهر نصه هنا أنه لا بد من إذن جديد للمرتهن في قبضها عن جهة الرهن.

ونص في الهبة على أنه لا يعتبر الإذن في قبضها. ولأصحاب فيها طرق: أظهرها أن فيهما قولين نقلاً وتخريجاً، أصحها الاشتراط وبها جزم المصنف^(١).

والثاني: تقرير النصين؛ لأن الرهن توثيق، وهو حاصل بعد القبض والهبة تمليك. ومقصوده الانتفاع، ولا يتم ذلك إلا بالقبض، فكانت الهبة لمن في يده رضا بالقبض.

والثالث: القطع بتوقعها على إذن جديد.

قال: (وَلَا يُبَرِّئُهُ أَرْتِهَانُهُ عَنِ الْغَضَبِ) لأن الرهن لا ينافي الضمان بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدى فيه فإنه لا يبطل الرهن.

قال الإمام: ولم يقف على خلاف في سقوط الضمان برهن المغصوب^(٢)، ولا عبرة بما ذكر في كتب الخلاف.

وقال أبو حنيفة: يرتفع ضمان الغصب ويصير مضموناً باليد^(٣). وقال المزني: يصير أمانة.

قال: (وَيُبَرِّئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ) لأن الوديعة تنافي الضمان فتضمنت البراءة. قال المتولي: وهو ظاهر النص. والثاني: لا يبرأ كالرهن. فرع:

الإجارة والتوكيل والقراض والتزويج لا يفيد أيضاً البراءة عن

(١) «روضة الطالبين» ٦٦/٤. (٢) «نهاية المطلب» ٥٤٠/٧.

(٣) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» ٢٨٨/٨.

الغصب على المذهب.

وفي القراض /٢٤٥/ وجه ثالث، أختاره الماوردي، ذكرته في بابه.

فرع:

لو رهن العارية عند المستعير أو المقبوض بالسوم أو بشراء فاسد عند قابضه لم يبرأ أيضًا على الأصح.

قال: (وَيَحْصُلُ الرَّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفِ يُزِيلُ الْمَلِكَ كَهَبَةِ مَقْبُوضَةٍ) لزوال محل الرهن، فإن كانت غير مقبوضة قال في «البيان»: هو رجوع على المشهور^(١)، وعلى تخريج الربيع في التدبير ليس رجوعًا^(٢).

وهذا ما يفهمه تقييد المصنف تبعًا للرافعي^(٣).

قال: (وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ) لتعلق حق الغير، فإن لم يقبضه قال في «البيان» أيضًا: هو رجوع على المشهور؛ لأن موجه ينافي الرهن^(٤)، وعلى تخريج الربيع الآتي التدبير لا يكون رجوعًا، وهو ما أفهمه كلام المصنف كما سلف.

قال: (وَكِتَابَةٍ) لما قلناه من تعلق حق الغير.

قال: (وَكَذَا تَدْبِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ) لمنافاة مقصود التدبير مقصود الرهن وإشعاره بالرجوع.

(١) «البيان» ٢١/٦.

(٢) «الأم» ١٢٣/٣.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٧٧/٤.

(٤) «البيان» ٢١/٦.

والثاني: لا؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن، وجعله الغزالي وإمامه أقيس^(١).

واعلم أن الأول هو المنصوص، والثاني مخرج، خرج الربيع، وله مأخذان، أحدهما: البناء على التخريج المتقدم أن رهن المدبر صحيح. والثاني: ما قدمناه من إمكان الرجوع، فنسب المصنف المخرج إلى الشافعي، وما أحسن عبارته في «الروضة»: والتدبير رجوع على الصحيح المنصوص^(٢).

قال: (وَبِإِخْبَالِهَا، لَا الْوَطْءِ) لأنه ليس سبباً لزوال الملك، ولم يفرقوا إذا لم تحبل بين أن يعزل أم لا. وابن الحداد فرق بينهما في الرجوع عن الوصية بالجارية، وقال: إن عزل عنها لم يكن رجوعاً.

قال: (وَالتَّرْوِيجِ) أي: فإنه ليس برجوع، سواء كان المزوج عبداً أو أمة؛ لأنه لا تعلق له بمورد العقد، ولا منافاة بين التزويج والرهن؛ لأن رهن المزوج والمزوجة جائز ابتداء.

فرع:

الأصح من «زوائد الروضة» أن الإجارة ليست رجوعاً مطلقاً، ونص عليه في «الأم»^(٣). وقال الفارقي: إن كانت قيمة الدار بعد الإجارة أقل من قدر العين كان رجوعاً، وإن لم تكن أقل منه لم تكن رجوعاً؛ لأنه في الحالة الأولى تصرفاً يمنع من أستيفاء بعض الدين.

(١) «نهاية المطلب» ٦/٨١، «الوسيط» ٣/٤٩٠.

(٢) «الروضة» ٤/٦٩.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/٦٩-٧٠، وانظر: «الأم» ٤/٧٠.

قال: (وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ) في هذه القطعة أربع مسائل:

الأولى: إذا مات العاقد راهناً كان أو مرتهنًا قبل القبض فالنص أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن.

وللأصحاب طرق: أظهرها: أن في أنفساخه بموت أحدهما قولين نقلًا وتخريجًا، أصحهما أنه لا يفسخ بموت واحد منهما؛ لأنه عقد مصيره إلى اللزوم، فلا يتأثر بالموت قبل لزومه كالبيع في زمن الخيار. والثاني: يفسخ؛ لأنه جائز كالوكالة.

والثانية: القطع بالمنع لما تقدم. قال /٢٤٥ب/ البندنجي: وهي المذهب.

والثالثة: تقرير النصين؛ لأن المرهون بعد موت الراهن ملك للورثة، وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم وفي موت المرتهن يبقى الدين، والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميته.

واختلف المثبتون للقولين في محلها، ف قيل: هما في رهن التبرع. فأما الرهن المشروط في بيع فلا يبطل بالموت قطعًا؛ لتأكده. والمشهور طردهما في النوعين.

وقال الجويني: محلها إذا لم يكن عليه دين غير هذا أو كان عليه غيره ورضي الغرماء به، أما إذا لم يرض الغرماء به فلا يجوز اختصاصه بضمن الرهن^(١).

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٦/٧٩.

وللخلاف في أنفساخه بموت الراهن التفات على الخلاف في أن الوارث هل يبني على حول المورث، وإذا أبقينا الرهن قام وارث الرهن مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن في القبض.

الثانية: إذا جن أحد المتعاقدين أو أغمي عليه قبل قبض المرهون ترتب ذلك على موته.

فإن قلنا: لا يفسخ بالموت فأولى أن لا يفسخ بهذين. وإن قلنا: يفسخ ففي أنفساخه بهما وجهان. كذا في أصل «الروضة» والشرحين^(١). قال في «الحاوي»: أصحهما أنه لا يبطل^(٢).

فرع:

لو طرأ على أحدهما حجر سفه أو فلس فكالجنون.

الثالثة: إذا رهن عصيراً فتخمر قبل قبضه فوجهان: أحدهما: يبطل؛ لاختلاله في حال ضعف الرهن وعدم لزومه. والثاني: لا يبطل كما بعد القبض.

وهذا ما رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» وصححه في «المحرر»، فتبعه المصنف هنا وفي «الروضة»^(٣). وقال في «الشرح الكبير»: إن مقتضى كلامهم ترجيحه^(٤)، وقربهما الإمام من الوجهين في موت الراهن وجنونه^(٥).

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٧٨، «الروضة» ٤/٧٠.

(٢) «الحاوي» ٦/١٦.

(٣) «المحرر» (ص ١٦٧)، «الروضة» ٤/٧١.

(٤) «الشرح الكبير» ٤/٤٨٠. (٥) «نهاية المطلب» ٦/١٥٣-١٥٤.

أما إذا تخمر بعد قبضه، فإن الرهن يبطل على الصحيح بخروجه عن المالية. وقيل: إن عاد خلًّا بان أن الرهن لم يبطل وإلا بان بطلانه، فإن عاد خلًّا عاد الرهن على المشهور كما يعود الملك. ومرادهم بطلانه أولاً ارتفاع حكمه ما دام خمراً ولم يريدوا أضحلال أمره بالكلية.

الرابعة: إباق العبد المرهون قبل القبض.

قال الإمام: يخرج على الوجهين؛ لأنه عاد إلى حالة يمنع ابتداء الرهن فيها^(١).

وصحح في «المحرر»^(٢) عدم البطلان فتبعه المصنف، ويؤخذ من كلام المصنف جواز رهن العصير وهو المعروف.

ونقل الروياني عن الماسرجسي أنه قال: عندي العصير والفواكه الرطبة سواء؛ لأنه إذا ترك تحدث فيه الشدة فيفسد.

قال الروياني: وهذا لم يقله غيره ولا يصح؛ لأن العصير يمكن إصلاحه بترك الخل الذي يمنع الشدة، فيجبر الراهن عليه، كما في الثمرة التي يمكن تجفيفها.

واعلم أن المصنف رحمه الله عبر في هذه المسائل الأربع بالأصح، وهو صحيح في الثالثة والرابعة، وأما في الأولى والثانية فكان ينبغي له التعبير بالمذهب كما بينته، وكأنه أغتر/١٢٤٦/ بعبارة «المحرر» فإنه عبر بالأصح أيضاً، لكن لا اصطلاح له في ذلك.

(١) «نهاية المطلب» ١٥٤/٦.

(٢) «المحرر» (ص ١٦٧).

تنبيه :

ذكر أكثر الأصحاب هنا حكم تخليل الخمر، وكذا المصنف في «الروضة» تبعاً للرافعي^(١)، وقد ذكرنا أحكام ذلك في باب النجاسة حيث ذكره المصنف ووعدنا هناك بيان الخمرة المحترمة من غيرها فيقول: غير المحترمة ما عصرت لقصد الخمرية. وهل يشترط في كونها محترمة أن تعصر بقصد الخل أو تعصر لا بقصد شيء؛ فالذي أجاب به هناك هو الأول، وأجاب في الغصب بالثاني^(٢).

وقال القاضي حسين: إن عصرها من غير قصد ثم طراً قصد الخلية فإن كانت قبل مصيره خمراً فمحترمة، وإن كان بعده فيحتمل وجهين أظهرهما الحل.

قال: (وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ) أي: كالبيع ونحوه؛ لأننا لو صححناها لفاتت الوثيقة، وهذا على الجديد.

وأما على القديم فهي موقوفة على الفكاك وعدمه، ومال الإمام إلى تخريج هذه التصرفات على الخلاف فيما إذا باع المفلس ماله في زمن الحجر^(٣).

قال: (لكن في إعتاقه أقوال: أظهرها: (٤) ينفذ من الموسر) أي: دون المعسر؛ لأنه عتق يبطل به حق الغير، ففرق فيه بين الموسر

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٨١-٤٨٣، «الروضة» ٤/٧٢-٧٤.

(٢) «الروضة» ٤/٧٣، ٥/٤٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/١١٣.

(٤) رمز فوقها في الأصل: (مالك).

والمعسر كعتق العبد المشترك.

وثانيها: النفوذ مطلقًا؛ لأنه مالكة.

وثالثها: لا مطلقًا؛ لأجل الحجر.

واحترز بقوله: (في إعتاقه) عن الحكم بعتقه لا بإعتاق الراهن له، بل بالسراية، كما إذا رهن نصف عبد ثم عتق الآخر أو أطلق فإنه يحصل ولو لم ينفذ إعتاقه على الأصح، لكن بشرط اليسار في الأصح، فإن أضاف العتق إلى النصف المرهون ففيه الأقوال.

فرع:

متى قلنا بالنفوذ فينفذ في الحال. وقيل: على الأقوال في إعتاق الشريك، وقيد الرافي الطريقين بالموسر^(١).

قال في «الروضة»: وأشار إلى أن المعسر إذا نفذنا عتقه يعتق في الحال بلا خلاف^(٢).

وصرح به الشيخ أبو حامد وغيره، وفي كلام الإمام ما يقتضي جريان خلاف في إجراء الطريقين في الموسر والمعسر^(٣).

قال: (وَيَغْرَمُ) أي: الموسر (قِيمَتُهُ) جبرًا لحق المرتهن.

قال: (يَوْمَ عِتْقِهِ) لأنه وقت الإلتاف. وأشار ابن يونس إلى مجيء الخلاف في وقت نفوذ العتق فيه حيث قال: عليه قيمته يوم العتق على الأصح، وكذا صاحب «البيان» فإنه قال: أخذ من الراهن قيمته عند

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٨٥.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/٧٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٦/١٠٥.

الحكم بعقته^(١).

قال: (رَهْنًا) أي: من غير إنشاء عقد الرهن عليها؛ لقيامها مقام الرهن. قال الإمام: بل يكفي دفعها على قصد الغرم، وكذا سائر الديون لا تتعين إلا بقصد الدافع حتى لو ادعى الإيداع فيما دفع، فالقول قوله بيمينه^(٢).

قال ابن الرفعة: ويتجه أن يجري فيه الخلاف الآتي في بدل الجناية^(٣).

قال: (وَإِنْ لَمْ يُنْفِذْهُ) أي: لكونه معسرًا أو على القول بأنه لا ينفذ مطلقًا (فَأَنْفَكَ) أي: الرهن بأداء أو غيره (لَمْ تُنْفِذْهُ فِي الْأَصَحِّ) لأنه عتق وهو لا يملك / ٢٤٦ب / إعتاقه فأشبهه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه ثم زال حجره، وهذا نصه في «المختصر»^(٤).

(والثاني)^(٥): ينفذ، وبه قطع جماعة لزوال المانع وهو نصه في كتاب الظهار^(٦).

قال أبو إسحاق: فيكون العتق موقوفًا^(٧).

قال أبو حامد: وهذا زلة، فإن العتق لا يوقف، وإنما نقول: يطالب

(١) «البيان» ٧٦/٦.

(٢) «نهاية المطلب» ١٠٦/٦.

(٣) «كفاية النبيه» ٤٣٥/٩.

(٤) «مختصر المزني على حاشية الأم» ٢١١/٢.

(٥) رمز فوقها في الأصل: (مالك).

(٦) «مختصر المزني على حاشية الأم» ١٢٩/٣.

(٧) «المهذب» ٣١٣/١.

بقضاء الدين أو دفع القيمة إن لم يكن حمل.

وقال القاضي أبو الطيب: ما نص عليه صحيح، كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، فإن العتق يتوقف على الأداء في الأصح.

فرع:

لو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق على المذهب، وقيل: على الخلاف، وإن كان الغزالي^(١) أدعى نفي الخلاف فيه.

فرع:

لو أعتق المرهون عن كفارته أجزاءه إن قلنا: ينفذ إعتاقه، أو عن كفارة غيره بسؤاله فلا يعتق؛ لأنه يتضمن البيع، قاله القاضي حسين^(٢).

قال: (وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ أَيْ: علق الراهن العتق على صفة بعد رهنه كقدوم زيد (فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالِإِعْتَاقِ) لأن التعليق مع الصفة كالتخيير.

قال: (أَوْ بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه لا يبطل حق المرتهن. والثاني: لا ينفذ؛ لأن التعليق صدر في حالة لا يملك التخيير فيها، لكن الأول فرق بأن مجرد التعليق لا يضر المرتهن بخلاف التخيير، والخلاف شبيهه بالخلاف فيما إذا علق العبد الطلاق الثلاث على صفة، فعتق، ثم وجدت الصفة هل تقع التالية؟ غير أن الخلاف هناك جار. وإن علق بالعتق فقال: إن عتقت فأنت طالق ثلاثاً، ولا خلاف هنا في تعليق العتق بالفكاك أنه ينفذ عنده، أي: بخلاف ما إذا علق السفية

(١) «الوسيط» ٤٩٧/٣.

(٢) «الفتاوى» (ص ٢١٠م) (٢٦٧).

العتق على فكاك حجره فإنه لا ينفذ.

تنبيه:

تعبير المصنف بالصحيح يقتضي ضعف الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة»، فإنه عبر بالأصح^(١).

فرع:

لو كان التعليق قبل الرهن ثم وجدت الصفة حالة الرهن فهل يعتق نظرًا إلى التعليق أو يكون حكمه حكم عتق المرهون نظرًا إلى حالة وجود الصفة؟ فيه وجهان.

فرع:

وقف المرهون باطل على المذهب. وقيل: على الأقوال. وقال المتولي: إن قلنا: لا يحتاج إلى القبول فكالعتق، وإلا فباطل. ونقل صاحب «الوافي» عن بعض الفقهاء المتأخرين تقييد الخلاف بما إذا كان الوقف مستغنيًا عن القبول، والقطع بأن المفتقر إليه لا يصح كالبيع.

قال: (وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ^(٢)) لمزاحمة حق الأول فيفوت مقصود الرهن، أما رهنه منه فقد تقدم.

قال: (وَلَا التَّرْوِيعُ) أي: عبدًا كان أو أمة خلية عند الرهن أو مزوجة وبانت وأراد المطلق أو غيره تزويجها لما فيه من تنقيص القيمة.

(١) «روضة الطالبين» ٧٦/٤.

(٢) في الأصل: من غيره، والمثبت الصواب، وهو الموافق لما في نسخ «المنهاج».

ولو كان الطلاق رجعيًا كان له رجعتها لقدم حقه وتقديمه على حق السيد. قاله الماوردي^(١). ولو قلنا: إن الرجعة أبتداء نكاح.

فرع:

لو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين فالنكاح باطل. صرح به القاضي أبو الطيب؛ لأنه ممنوع منه، وقياسًا على البيع. قال: (وَلَا الْإِجَارَةُ / ١٢٤٧ / إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا) لأنها تنقص القيمة والرغبات عند الحاجة إلى البيع، وقال في «التممة»: يبطل في قدر الأجل، وفي الزائد قولاً تفريق الصفقة، كذا حكاه الرافعي^(٢).

والذي فيها يبطل فيما زاد على مدة الأجل، وفيما قبله قولاً تفريق الصفقة، وكذا هو في الماوردي، قال -أعني: الماوردي- وسواء رضي به المرتهن من بعد أم لا.

وقيل: إن جوزنا بيع المستأجر صحت وإلا فلا، وقيد الماوردي بما إذا لم تنقص الإجارة القيمة^(٣).

وقال أبو علي الطبري: إن قلنا يصح بيع المستأجر ففي صحة الإجارة قولان كالقولين في زراعة ما لا يحصد إلا بعد المحل.

وقال ابن أبي عصرون: إن قلنا: لا يجوز بيعه يكون على ما ذكره الفارقي من التفصيل المتقدم في أن إيجاره قبل القبض هل يبطل

(١) «الحاوي» ٧٠/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٨٤.

(٣) «الحاوي الكبير» ٦/٢٠٥.

الرهن؟ فإن كانت قيمة الدار تنقص بالإجارة عن قدر الدين لم تصح وإلا صح.

واحترز بقوله: (إن كان حالاً أو يحل قبلها) عما إذا كان يحل بعدها أو مع أنقضائها فإنها صحيحة من بعد؛ لانتفاء المحذور حالة البيع، فلو حل الدين قبلها بوفاء الراهن فوجهان:

أحدهما: تنفسخ الإجارة؛ رعاية لحق المرتهن؛ لأنه أسبق ويضارب المستأجر بالأجرة المدفوعة مع الغرماء.

والثاني وهو اختيار ابن القطان: أن المرتهن يصبر إلى أنقضاء مدة الإجارة كما يصبر الغرماء إلى أنقضاء العدة لتستوفي المعتدة حق السكنى جمعاً بين الحقين.

وعلى هذا يضارب المرتهن مع الغرماء بحقه في الحال، فإذا أنقضت المدة بيع المرهون وقضي باقي دينه، فإن فضل شيء من ثمنه أخذه الغرماء، وهما كالوجهين فيما إذا أسلم في شيء لا يوجد قبل المحل فمات المسلم إليه قبله وهو معدوم هل يبطل العقد؟ هذا كله في الإيجار مع الأجنبي، فلو أجره من المرتهن صح مطلقاً ولا يبطل الرهن بذلك.

واعلم أن صاحب «التقريب» قال: إن الرهن لا يخرج من يد المرتهن بحال، ومقتضاه منع الإجارة على عمل يحتاج فيه إلى الخروج من يد المرتهن دون ما يمكن عمله وهو في يده.

قال: (وَلَا الْوَطْءُ) أي: بكرة كانت أم ثيباً، عزل أم لا، أما البكر فلما فيه من تنقيص القيمة بالافتضاض، وأما الثيب فلأنها ربما تحبل

فتموت من الطلق أو تنقص قيمتها بالولادة، وأما في العزل؛ فلأن الماء قد يسبق.

وفي وجه ضعيف: يجوز وطء ثيب لا تحبل لصغر أو يأس. والأصح المنع حسماً للباب؛ لأن العلوق ليس له وقت معلوم، وقد يسرع عن بعض ويتأخر عن بعض.

ويجري الخلاف فيما إذا كانت حاملاً من زنا لا يخاف من وطئها الحبل، إلا أن الحامل من الزنا وطؤها مكروه، وقيل: حرام. ذكره في «الروضة»^(١).

قال: (فَإِنْ وَطِئَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ) لأنها علقته به في ملكه ولا قيمة عليه؛ لأن المرتهن لا حق له في ولد المرهونة ٢٤٧/ب/ بحال.

فرع:

لا حد عليه ولا مهر؛ لأنه وطئ مملوكته. نعم عليه أرش البكارة إن أفتضها وقيمتها إن أفضاها؛ لأنهما إتلاف، ثم يتخير الراهن في ذلك، فإن شاء جعله رهناً وإن شاء صرفه إلى قضاء الدين وإن لم يحل. قال الشافعي: ولا أظن أن عاقلاً يجعل ذلك رهناً فيكون أمانة؛ لأنه يمكنه جعله قضاء من الحق^(٢).

قال: (وَفِي نَفْوَذِ الْأَسْتِيْلَادِ أَقْوَالٌ: الْإِعْتَاقُ) لما مر، هكذا سوى بينهما المصنف تبعاً لـ «المحرر»^(٣)، وكذا «الشرح الصغير»، وهي

(١) «روضة الطالبين» ٧٧/٤.

(٢) «الأم» ١٢٧/٣.

(٣) «المحرر» (ص ١٦٧).

طريقة أبي حامد، وقال في «الروضة» تبعًا للرافعي: الأكثرون جعلوه مرتبًا على العتق وأولى بالنفوذ؛ لأن الاستيلاء فعل، وهو أقوى بدليل نفوذ إيجاب المجنون دون عتقه.

وقيل: عكسه؛ لأن العتق أقوى من جهة فإنه ستجزئه الحرية بخلاف الاستيلاء، فتحصلنا على ثلاثة طرق^(١).

وطريقة الكتاب - وهي التسوية بينهما - صححها العمراني ونسبها إلى عامة الأصحاب^(٢)، ووجهها تعارض المعنيين، قال الأئمة: والخلاف في ثبوت الاستيلاء في حق المرتهن، أما في حق الراهن فهو ثابت قطعاً، ولذلك لو رهنها من المرتهن لم يصح، وإنما تباع في الحق للضرورة.

فرع:

إذا حكمنا بثبوت الاستيلاء بطل الرهن ولزمه قيمتها يوم الإيجاب ويجعل رهنًا مكانها كما في العتق.

قال الماوردي: وقد خلط بعض البغداديين المتأخرين فقال في وقت ثبوت الاستيلاء ثلاثة أقوال:

أحدهما: بنفس العلوق، والثاني: بدفع القيمة. والثالث: أنه موقوف اعتباراً بوطء الشريك، وهو خطأ؛ لأن وطأه صادق ملكاً تاماً وهو لا يدفع القيمة غرماً، لكن على وجه الاستيثاق^(٣)، فثبتت أمية الولد

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٨٩، «روضة الطالبين» ٤/٧٨.

(٢) «البيان» ٦/٧٩.

(٣) في الأصل: الاستئناف والمثبت من «الحاوي».

بنفس العلق^(١).

وإن حكمنا بأن الاستيلاد لا يحصل فالرهن بحاله، فلو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها على الأصح؛ لأنها حامل بحرّ.
قال: (فَإِنْ لَمْ تُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ) أي: الرهن من غير بيع (نَفَذَ فِي الْأَصْحِّ) أي: بخلاف العتق لما مر من قوة الإحبال.

واعلم أنه كان ينبغي للمصنف إبدال الأصح بالمذهب، فإنه قال في «الروضة»: ولو أنفك رهنها من غير بيع نفذ الاستيلاد على المذهب، وقيل: هو كما لو بيعت ثم ملكها^(٢). أي: فإن الاستيلاد ثبت على الأظهر. وقيل: قطعاً، وكذا هو في الشرحين للرافعي^(٣) وغيرهما.
والأمر في ذلك قريب كما بينته في الخطبة.

قال: (فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ) أي: وقلنا: الاستيلاد لا ينفذ (غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصْحِّ) لأنه تسبب إلى إهلاكها بالإحبال. والثاني: لا غرم لبعد إضافة الهلاك إلى الوطاء.

قال الإمام: وهذا الوجه لا خير فيه، فلا يعتد به^(٤). لا جرم عبر عنه في «الروضة» بالصحيح^(٥) وخلاف ما فعله هنا، وهو أصوب.
وقوله: (رهناً) أي: تكون القيمة رهناً من غير إنشاء رهن، ولا يبعد إجراء وجه فيه مما تقدمت الإشارة إليه قريباً.

(١) «الحاوي الكبير» ٥٢/٦. (٢) «روضة الطالبين» ٧٨/٤.

(٣) «الشرح الكبير» ٤٩٠/٤.

(٤) «نهاية المطلب» ١٠٩/٦.

(٥) «روضة الطالبين» ٧٨/٤.

فرع:

الخلاف جار فيما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة. والأصح الوجوب، ولو كانت حرة لم تجب الدية على الأصح؛ /١٢٤٨/ لأن الوطاء سبب ضعيف، والحررة لا تدخل تحت اليد، ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة لم يجب الضمان على الأظهر؛ لأن الولادة غير مضافة إليه لقطع النسب، ولو ماتت زوجته أو أمته من الولادة لم يجب الضمان قطعاً لتولده من مستحق.

فرع:

حيث أوجبنا القيمة وجب قيمتها وقت الإحبال على الأصح الأوجه؛ لأنه سبب التلف.

وثانيها: قيمة يوم الموت؛ لأنه وقت التلف.

وثالثها: أقصى القيم من الإحبال إلى الموت لسببها بالغضب.

قال: (وَلَهُ) أي: للراهن (كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُضُهُ كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى) لقوله ﷺ: «الرهن مركوب ومحلوب» رواه الحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين^(١)، وقوله ﷺ: «الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب النفقة» رواه البخاري^(٢).

(١) «المستدرک» ٥٨/٢ من حديث أبي هريرة. وقال: لم يخرجاه لإجماع الثوري وشعبة على توقيفه عن الأعمش، وأنا على أصلي أصلته في قبول الزيادة من الثقة. أه. ورواه أيضاً الدارقطني ٣/٣٤، ورجح وقفه في «العلل» ١٠/١١٢، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٣٥٦١).

(٢) البخاري (٢٥١٢) من حديث أبي هريرة.

وخالف في ذلك أبو حنيفة وأحمد، لنا ما ذكرناه.

فائدة:

قوله: (لا ينقصه) بفتح أوله وضم ثالثه، كما ضبطه بخطه في الأصل، ويجوز ضم أوله وكسر ثالثه، كما قاله في «التحرير»^(١).

قال: (لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ) لنقصان قيمة الأرض بهما.

وقيل: يجوز له الغراس إذا كان الدين مؤجلاً؛ لأن العيب غير محقق في الحال، فإن أحتجنا إلى بيع الأرض ولم تف قيمتها لنقصها قلع حيثئذ. قال: (فَإِنْ فَعَلَ) أي: غرس أو بنى (لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الْأَجْلِ) رجاء أن يقضى الدين من موضع آخر أو تفي قيمة الأرض بالدين، فلا يجوز الإضرار المحقق بقلعه لضرر متوهم، وهذا هو الأصح، وقيل: يقلع، وبه جزم الغزالي^(٢)؛ لأنه وضع غير مستحق.

قال: (وَبَعْدَهُ) أي: بعد حلول الأجل (يَقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالذِّينِ وَزَادَتْ بِهِ) أي: بالقلع، ولم يأذن الراهن في بيع الغراس مع الأرض؛ لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة، فإن وقى ثمنها بالدين إذا بيعت وحدها أو لم يف به، ولكن قيمتها مشغولة كقيمتها فارغة فلا قلع.

قال الرافعي في الكلام على رهن الأم وحدها: فإن أذن في بيع الغراس مع الأرض فلا يقلع ويباعان، ويوزع الثمن عليهما ويحسب النقصان على الغراس؛ لأن حق المرتهن في الأرض فارغة. قال:

(١) «تحرير التنبية» (ص ٢١٧).

(٢) «الوسيط» ٣/٥٠٠.

وهذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالإفلاس، فإن كان فلا قلع بحال لتعلق حق الغرماء به. بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما قابل الأرض أختص به المرتهن وما قابل الأشجار قسم بين الغرماء^(١).

وقال صاحب «البيان»: يتخير الراهن بين أن يقلعه ويسوي الأرض وتباع، وبين أن يبيع الأرض والغراس والبناء ويسلم إلى المرتهن قيمة الأرض بيضاء^(٢).

قال: (ثُمَّ إِنْ أَمَكَّنَ الْاِئْتِفَاعُ بَغَيْرِ اِسْتِرْدَادٍ) أي: بأن كان المرهون عبداً له صنعة يمكن أن يعملها عند المرتهن (لَمْ يَسْتَرِدَّ) أي: من المرتهن لأجل عملها عنده؛ لأن الحق له، وكلام الغزالي يدل على أنه لا ينزع من يده والحالة هذه؛ لأجل الاستخدام^(٣)، وهو محمول على ما اقتضاه كلام الأكثرين أن له الاستخدام والحالة هذه.

قال: (وَإِلَّا) أي: بأن كان داراً أو نحوها (فَيَسْتَرِدُّ) للحاجة إلى ذلك. وفي قول قديم: لا يسترد؛ لأن فيه توهيناً/٢٤٨ب/ لوثيقة الرهن، ثم إن أستوفى المنفعة بإجارة بشرطه السابق، أو إعارة من عدل فله ذلك، وإن أراد استيفاءها من نفسه فثلاثة أقوال: أصحابها: الجواز مطلقاً.

وثالثها: إن كان الراهن ثقة يؤمن جحوده كان له ذلك وإلا فلا، وصححه الماوردي^(٤)، وجزم الإمام بأن غير الموثوق لا يسلم إليه،

(١) «الشرح الكبير» ٤/٤٤٤. (٢) «البيان» ٦/٦٧.

(٣) «الوسيط» ٣/٥٠١.

(٤) «الحاوي» ٦/٢٠٥.

وجعل الخلاف في غيره^(١).

وخصص الماوردي القولين بغير الانتفاع بالأرض للزراعة، وجزم بأن له ذلك في الأرض، وفرق بينها وبين الدار بأن الدار في يد الساكن، والزراع ليست يده على الأرض وإنما هي على الزرع خاصة^(٢). قال: (وَيُشْهَدُ إِنْ أَتَاهُمْ) أي: يشهد عليه شاهدين أنه أخذه للانتفاع إن لم يثق به، فإن وثق به فلا يكلف الإشهاد كل مرة على الأصح؛ لما فيه من المشقة.

فرع:

لو كان المرهون جارية فأراد أحدهما الاستمتاع لم يُمَكَّنْ منه إلا إذا أمن غشيانها بأن تكون محرمة، أو ثقة وله أهل محتفون به يمتنع معهم من الإلمام بها. كذا جزم به الرافعي^(٣).

ونقل العمراني عن الأصحاب المنع مطلقاً، ثم قال: والذي يتبين لي أنها إذا كانت مَحْرَمًا له يجوز له أستخدمها^(٤).

فرع:

إذا كان المرهون مما تستوفى منفعته دائماً كالدار سلمه المرتهن، وإن لم تكن كذلك كالعبد سلمه نهاراً ليتنفع به ويرده ليلاً. قاله الرافعي^(٥).

(١) «نهاية المطلب» ٦/٢٤٤.

(٢) «الحاوي» ٦/٢٠٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٤٠.

(٤) «البيان» ٦/٦٥.

(٥) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٣.

وقال ابن الرفعة في «المطلب»: لا يرد في جميع الليل، بل في الوقت الذي جرت العادة بالراحة فيه؛ لأنه نص في «البويطي» في الأمة المزوجة على أنها تترك بعد ثلث الليل.

فرع:

قال البغوي: لو خيف من الراهن الخيانة على المرهون وإتلافه لم يسلم إليه بل يؤجره الحاكم ويصرف أجرته إليه^(١).

فرع:

ليس للراهن المسافرة بالعين المرهونة بحال وإن قصر سفره؛ لما فيه من الخطر.

قال: (وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعَاهُ) أي: من التصرفات والانتفاعات؛ لأن المنع لحقه، وقد زال بإذنه، فإن أذن في الوطاء حل، فإن لم تحبل فالمرهون والرهن بحاله، وإن أحبل أو أعتق نفذ وبطل الرهن.

قال: (وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ) لأن حقه باق كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل، وإذا رجع فالتصرف بعده تصرف بلا إذن، ولو أذن في الهبة والإقباض ورجع قبل الإقباض صح وامتنع الإقباض، ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار ورجع المرتهن لم يصح رجوعه على الأصح؛ لأن البيع مبني على اللزوم.

قال: (فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ فَكَتَصَّرَفٍ وَكَيْلٍ جَهْلٍ عَزَلُهُ) أي: عزل موكله، وفيه وجهان، أحدهما: عدم النفوذ كما سيأتي بابه

(١) «التهذيب» ٧٥/٤.

إن شاء الله.

وفصل صاحب «الإفصاح» فقال: إن رجع في الإذن قبل وقوع البيع، فإن كان يمكن في مثله الوقوف على رجوعه فعلى وجهين، وإن كان لا يمكن في مثله فعلى قول واحد أن بيعه صحيح، ولا معنى لرجوعه قياساً على ما قال الشافعي في الولي إذا دفع من وجب له حق القصاص إلى سيف فرجع في الإذن قبل القتل^(١).

قال الروياني: وهذا التفصيل لم يقله غيره.

قال: (وَلَوْ أُذِنَ فِي /٢٤٩/ بَيْنَهُ لِيُعَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ) أي: شرط ذلك، (لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ)؛ لأنه قد شرط في الإذن شرطاً فاسداً وهو التعجيل، فأبطله، وهذا هو المنصوص، وفي قول^(٢) مخرج: يصح البيع والإذن دون الشرط ويجعل الثمن مرهوناً.

قال: (وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ) أي: يجعله مرهوناً مكانه (في الأظهر) لأن الثمن مجهول عند الإذن، كذا علله الرافعي^(٣) وغيره، ومقتضاه الصحة إذا كان الثمن معيناً.

والثاني: ^(٤) يصح؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعاً، كما إذا تلف المرهون فجاز أن ينتقل بالشرط. قال الرافعي: وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً^(٥).

(١) «الأم» ١٨/٦. (٢) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة).

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٦.

(٤) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة وأحمد).

(٥) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٥.

وبنى الإمام المسألة على رهن ما يتسارع إليه الفساد^(١)، والقاضي قربها منها، والغزالي بناها على نقل الوثيقة من عين إلى عين^(٢)، وهي مبنية على رهن ما يتسارع إليه الفساد بالمؤجل. والعمراني قاس قول الصحة على ما [إذا]^(٣) أذن له في البيع بشرط أن يرهنه عيناً أخرى فإنه يصح^(٤).

ومقتضاه: الجزم بالصحة فيها، وقاسه أيضاً على ما إذا أذن له بعد الحلول بالبيع بشرط أن يكون الثمن رهناً إلى الوفاء، ومقتضاه الجزم بالصحة فيما إذا كان حالاً وتخصيص الخلاف بالمؤجل، وقد سبق عن الرافعي^(٥) تعميمه.

تنبيه:

الخلاف المذكور جارٍ فيما إذا أذن له في الإعتاق بشرط أن يجعل القيمة رهناً أو في الوطاء بهذا الشرط إن أحبل.

فرع:

لو اختلفا في الإذن بعد البيع فقال المرتهن: أذنت في البيع بشرط أن يرهن الثمن. وقال الراهن: بل مطلقاً، فالقول قول المرتهن مع يمينه، كما لو اختلفا في أصل الإذن.

(١) «نهاية المطلب» ٦/١٦٩.

(٢) «الوسيط» ٣/٥٠٢.

(٣) زيادة يستقيم بها السياق.

(٤) «البيان» ٦/٩٠.

(٥) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٥-٤٩٦.

فرع نختم به الفصل:

لو أذن المرتهن للراهن في الإعتاق، فرد الراهن إذنه وقال: لا أعتقه.
قال الروياني في «البحر»: قال والدي: يحتمل وجهين: الوقوع وعدمه.



فَصْلٌ

قال: (إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ) لأن قوام التوثق بها، وهذا على الصحيح في أنه لا يشترط في الرهن بيان من يكون المرهون في يده. وقيل: يشترط إذا كان المرهون غير جارية.

وبه جزم المحاملي، وظاهر كلام الرافعي في البيع تقييد هذا الخلاف بما إذا كان الرهن مشروطًا في بيع، وظاهر كلام صاحب «المعایة» إطلاقه، وأقره عليه في «الروضة» وفرق بين الجارية وغيرها بأنها لا تكون في يد المرتهن، وغيرها قد يكون في تنازعان^(١).

قال: (وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِإِنْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ) جمعًا بين الحقين.

فرع:

لو رهن عبدًا مسلمًا أو مصحفًا أو نحوهما عند كافر أو السلاح عند حربي أو جارية حسناء عند أجنبي صح على المذهب فيهن، فيستيب مسلمًا في قبض المسلم ونحوه ويجعل العبد المسلم عند عدل، وكذا السلاح والجارية إن لم تكن عند امرأة أو أمة أو أجنبي ثقة.

(١) «روضة الطالبين» ٤/١٢٥.

نص الشافعي على كراهة رهن المسلم والمصحف من الكافر^(١)،
ف قيل: كراهة تحريم، وقيل: تنزيه، ولو شرط في الارتهان دوام يده
عليه ٢٤٩/ب قال الماوردي: بطل^(٢).

قال: (وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازٍ) لأن كلا منهما قد لا يثق
بصاحبه ويثقان بثالث.

قال القاضي: ويحفظه للراهن ملكاً وللمرتهن وثيقة. وعبارة
«المحرر» والشرحين و«الروضة» في يد ثالث^(٣)، بدل عدل، وهي أعم
لدخول الفاسق فيها.

فرع:

لو شرطاً وضعه بعد اللزوم عند الراهن فكلام الغزالي كالصريح في
المنع قال: لأن يده لا تصلح للنيابة عن غيره؛ إذ هو مستقل بالملك^(٤).
وتبعه ابن يونس في «النبية» وعلله في «التنويه» بذلك، ومقتضى كلام
«المطلب» صحته، فإنه حمل كلام الغزالي على ابتداء القبض.

قال: (أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصًّا عَلَى أَجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوْ الْإِنْفِرَادِ بِهِ
فَذَاكَ) أي: فيتبع الشرط.

قال: (وَإِنْ أُطْلِقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ) كما لو أوصى
إلى رجلين أو وكل وكيلين في شيء لا يستقل أحدهما، فعلى هذا

(١) «الأم» ١٧١/٣، وانظر: «المختصر» ٢١٥/٢.

(٢) «الحاوي» ١٧٧/٦.

(٣) «المحرر» (ص ١٦٨)، «الشرح الكبير» ٤٩٩/٤، «الروضة» ٨٦/٤.

(٤) «الوسيط» ٥٠٥/٣.

يجعلانه في حرز تحت يدهما بملك أو إجارة أو إعارة، فإن سلم أحدهما جميعه إلى الآخر ضمن نصفه.

والثاني: أن لكل منهما الانفراد؛ لأن في اجتماعهما على حفظه مشقة والعرف قاض بذلك، فإن الحفظ لا يتأتى منهما دائماً بخلاف التصرف في الوصية فإنه يندر، فاشتراط صدوره عنهما، فإن اتفقا على جعله في يد أحدهما جعل، وإن تنازعا فإن كان الرهن مما ينقسم ففي جواز قسمته وجهان حكاهما الإمام^(١)، أصحهما، وبه جزم الرافعي^(٢) نعم، فإن قسماه ثم أراد أحدهما أن يرد ما في يده على الآخر ففي جوازه وجهان لابن سريج، وقطع البغوي بالجواز^(٣)، وإن كان مما لا ينقسم كالعبد حفظه هذا مدة وهذا مدة.

قال: (وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فَسَقَ جَعَلَهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ، وَإِنْ تَشَاحَا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ) لأنه العدل، وزيادة الفسق كحدوثه بعد أن لم يكن. قال ابن داود: ولو عجز عن الحفظ ضم إليه غيره.

قال: (وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ) أي: إن لم يوف الرهن الدين من موضع آخر إن كان ملك الرهن، وإن كان ملك غيره فقد تقدم الكلام فيه، وكذا يستحق بيعه عند الإشراف على التلف قبل الحلول.

قال: (وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهَنُ بِثَمَنِهِ) لأنه فائدة الرهن.

(١) «نهاية المطلب» ٦/٢٩٧.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٩.

(٣) «التهذيب» ٤/٦٣.

تنبيه :

أخذ ابن الرفعة رحمه الله من أستحقاق البيع أنه لا يجب على الراهن الوفاء من غير الرهن، وبه صرح الإمام، واستشكله الشيخ عز الدين في «مختصره» لما فيه من تأخير الحق الواجب على الفور بسبب الرهن.

قال: (وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ) لأنه المالك.

قال: (أَوْ وَكَيْلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ) أي: وكذا وكيل المرتهن؛ لأنه

صاحب الحق.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ) وأراد الراهن بيعه (قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ) أي:

للمرتهن: (تَأْذُنٌ أَوْ تُبْرِيٌّ) دفعًا لضرر الراهن.

وقال بعضهم: يأذن الحاكم للراهن في البيع، فإذا باع منعه من

التصرف في الثمن وأعلم المرتهن به فإن سأل حقه أمر الحاكم الراهن بأدائه من الثمن، وإن لم يسأله، قال الماوردي: يعلمه الحاكم أنه يطلق تصرف الراهن فيه ويأذن للراهن في التصرف / ٢٥٠ / فيه^(١).

قال: (وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ

أَوْ بَيْعَهُ) أي: بنفسه أو توكيله فانحبس ثم بالتعزير، وإنما خيرناه بين

القضاء والبيع؛ لأنه قد يوفي الدين من غيره.

قال: (فَإِنْ أَصْرَ بَاعَهُ الْحَاكِمُ) دفعًا لضرر المرتهن.

فرع:

لو كان الراهن غائبًا أثبت الحال عند الحاكم لبيعه فإن لم يكن له بينة

(١) «الحاوي الكبير» ٦ / ١٣٠.

أو لم يكن في البلد حاكم فله يبيعه بنفسه، كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة.

فرع:

لو سأل الراهن المرتهن أن يقبض حقه أمره الحاكم به أو بالإبراء، فإن أمتنع منهما قبضه الحاكم له ويجعله في بيت المال للمرتهن.

قال: (وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهَنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَلَأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا) لأنه يبيعه لغرض نفسه، فيتهم في الغيبة في الاستعجال وترك النظر دون الحضور.

والثاني^(١): يصح مطلقاً كما لو أذن له في بيع غيره.

والثالث: لا يصح مطلقاً؛ لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه؛ إذ المرتهن مستحق للبيع، فعلى هذا لا يصح توكيله ببيعه أصلاً.

تنبيهات:

أحدها: حيث صححنا الإذن فإن قال: بعه لي. صح، أو لنفسك فلا في الأظهر؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه. والثاني: يصح أكتفاء بقوله: بعه وإلغاء الباقي، ولو أطلق صح في الأصح، كما لو قال الأجنبي: بعه.

والثاني: لا، لعلتين: إحداهما: أن البيع مستحق للمرتهن فكأنه قال: بعه لنفسك. والثانية: التهمة كما سلف. وعلى العلتين لو كان الثمن مؤجلاً فقال: بعه. صح؛ لانتفائهما، وإن قال: بعه واستوف حقه من ثمنه

(١) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة، مالك، أحمد).

جاءت التهمة، ولو قدر له الثمن لم يصح البيع على العلة الأولى، ويصح على الثانية، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع.

الثاني: إذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة كإذن الراهن للمرتهن، وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني.

الثالث: ما اقتضاه كلام المصنف من قوة الخلاف في المسألتين أعني: في بيعه في حضوره وغيبته، خالفه في «الروضة» في حضوره فجعله ضعيفاً، فإنه عبر بالصحيح قال: وهو ظاهر النص^(١).

فرع:

ليس للراهن أن يقول: أحضر المرهون وأنا أقضي دينك من مالي، بل لا يلزمه الإحضار بعد قضائه، وإنما عليه التمكين كالوديعة.

قال: (وَلَوْ شُرِّطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ) أي: الشرط.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ) لأن الأصل بقاء الإذن الأول. والثاني: يشترط؛ لأنه قد يكون له غرض في استيفائه وقضاء الحق من غيره.

واحترز بالراهن عن المرتهن، فإنه لا بد من مراجعته، كما جزم به العراقيون؛ لأنه ربما أمهل أو أبرأ، وجزم الإمام بمقابله وزعم أنه لا خلاف فيه؛ لأن غرضه توفية الحق بخلاف الراهن فإنه قد يبقي العين لنفسه^(٢).

(١) «روضة الطالبين» ٨٨/٤.

(٢) «نهاية المطلب» ١٨٣/٦.

وقال الماوردي: لا يحتاج إلى تجديد إذنهما ويكفي استمرارهما على الإذن^(١).

فرع:

لو رهن شيئاً وشرط أن يكون في يد عدل ووكله في بيعه عند المحل فحل قبض الرهن.

قال الشيخ أبو / ٢٥٠ب/ حامد: ليس له بيعه؛ لأنه وكله ببيعه رهناً، وهذا رهن لم يلزم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه.

وقال أبو علي الطبري: إن وكله في بيعه رهناً لم يكن له بيعه، وإن وكله في بيعه مطلقاً كان له بيعه؛ لأن الوكيل يبيع ما في يد موكله^(٢).

فرع:

لو عزل الراهن العدل قبل البيع أنعزل، ولو عزله المرتهن فالأصح عند الرافعي وغيره البيع؛ لأنه وكيل الراهن فإنه المالك.

والثاني: ينعزل، وهو ظاهر النص^(٣)، ونسبه الماوردي إلى الجمهور وضعف الأول^(٤)، كما لو عزله الراهن فإنه ينصرف لهما.

قال: (فَإِذَا بَاعَ فَالْتَمَنَ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ) لأنه ملكه فهو كالرهن، وخالف أبو حنيفة^(٥) ومالك^(٦) فقالا: هو من

(١) «الحاوي» ١٣٢/٦. (٢) أنظر: «البيان» ٥٧/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣٣/٦.

(٤) «الحاوي» ٥٠١/٤.

(٥) أنظر: «الهداية» ٤٨٤-٤٨٥/٤.

(٦) أنظر: «المدونة» ١٥٦/٤.

ضمان المرتهن، وهذا إذا باعه في موضعه، فلو باعه ببلد آخر وقبض ثمنه ضمنه؛ لتعديه بإخراجه وصح البيع؛ لأنه لم يتعد فيه. نص عليه في «الأم»^(١).

قال: (فَلَوْ تَلَفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ) لوضع يده (وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ) لإلجائه المشتري شرعاً إلى التسليم لعدل للحكم بوكيله.

قال: (وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ) أي: على الراهن وقبل القرار على الوكيل. وقيل: إنهما غرم أستقر الضمان عليه وهما غريبان، وأغرب منهما حكاية وجه أنه يطالب الوكيل خاصة، وآخر أنه يطالب الموكل خاصة، والرافعي^(٢) جزم هنا بما في الكتاب.

فرع:

لومات الراهن وأمر الحاكم العدل أو غيره ببيعه فباع وتلف الثمن، ثم خرج مستحقاً رجع المشتري في مال الراهن، ولا يكون العدل طريقاً في الضمان على الأصح؛ لأنه نائب الحاكم والحاكم لا يضمن. والثاني: يكون كالوصي والوكيل.

فرع:

لو ادعى العدل تلف الثمن في يده قبل قوله مع يمينه أو يسلمه إلى المرتهن فلا.

قال: (وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًا مِنْ نَقْدٍ بَلَدِهِ) كالوكيل، فإن

(١) «الأم» ٣/١٤٩.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٥٠٢.

أخلف في شيء منها لم يصح إلا أن يكون الناقص عن المثل قدرًا يتغابن به الناس عادة كبيع ما يساوي عشرة بسبعة، وقيل: يصح المؤجل ولا أعتبر به.

قال: (فإن زاد رغب قبل أنقض الخيار فليفسخ وليبعه) أي: ولا يفسخ بمجرد الزيادة، فإن لم يفعل أنفسخ في الأصح؛ لأن المجلس لحال العقد.

وقيل: لا يفسخ؛ لأن الزيادة غير موثوق بها، فعلى الأول لو رجع الراغب عن الزيادة بعد التمكن من بيعه فلا بد من بيع جديد على الأصح، وقيل: البيع باق بحاله.

ولو باع العدل من الراغب ولم يفسخ صح في الأصح. واحترز بقوله: (قبل أنقض الخيار) كما لو زاد بعده فإن البيع لزم ولا أثر للزيادة، ولكن يستحب للعدل أن يستقيل المشتري لبيعه بالزيادة للراغب أو لهذا / ٢٥١ / المشتري إن شاء.

تنبيهات:

أحدها: الذي يظهر أن حكم المرتهن كالعدل فلا يبيع إلا مثله. ثانيها: قوله (قبل أنقض الخيار) هو أعم من عبارة «المحرر» والشرحين قبل التفرقة^(١)؛ لشموله لخيار المجلس والشرط. نبه عليه في «الروضة» ونقله عن ابن الصباغ وغيره^(٢)، وكان رحمه

(١) «المحرر» (ص ١٦٩)، «الشرح الكبير» ٥٠٣/٤.

(٢) «روضة الطالبين» ٩٣/٤.

الله كتب بخطه أولاً قبل التفرق ثم ضرب عليه، وكتب قبل أنقضاء الخيار، كذا شاهدته بخطه.

ثالثها: قوله: (فليفسخ وليبعه) ظاهره وجوبهما، وقد قررت أن الواجب أحدهما، فإنه لو باع العدل من الراغب ولم يفسخ صح في الأصح كما أسلفته.

بل لو قيل: إن البيع بدون فسخ أولى لم يبعد؛ لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب.

قال: (وَمُؤَنَةُ المَرْهُونِ) أي: كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة وسقي الأشجار وتجفيف الثمار وأجرة الإصطبل والبيت الذي فيه المتاع المرهون (عَلَى الرَّاهِنِ) لحديث البخاري السالف: «الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب النفقة»^(١).

وأجمعوا عليه إلا الحسن البصري فإنه قال: إنها على المرتهن.

قال: (وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ المُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ) حفظاً للوثيقة.

والثاني: لا يجبر عليها، بل إذا أمتنع باع القاضي جزءاً من المرهون فيها بحسب الحاجة، إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهناً. نقله في «الكبير» عن الإمام^(٢)، وجزم به في «الشرح الصغير».

قال: (وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَضْلَحَةِ المَرْهُونِ كَقَضْدِ وَحِجَامَةِ) أي: عند الحاجة إليهما؛ لأنه يحفظ به ملكه، لكن لا يجبر عليهما بخلاف

(١) البخاري (٢٥١٢).

(٢) «الشرح الكبير» ٥٠٥-٥٠٦، وانظر: «نهاية المطلب» ٢٥٦/٦.

النفقة. كذا قاله الأصحاب.

قال صاحب «المطلب» في كتاب النفقات، لكنهم ألحقوا الرفيق بالقريب في إيجاب الكفاية، ومقتضاه أن يجب على السيد ثمن الدواء وأجرة الطبيب، وهو أولى من القريب؛ لأنه لا سبيل إلى تحصيله بخلافه. وقولهم هنا إنه لا يجبر عليهما محمول على أنهما لا يجب من خالص ماله، بل في عين المرهون ببيع جرّمته لأجلها، ويدل عليه أن المتولي أجرى الوجهين في أن نفقة المرهون -عبدًا كان أو دابة- هل تجب على الراهن من عين المرهون أو في ذمة الراهن في المداواة^(١)؟

فرع:

من مصالحه أيضًا معالجته بالأدوية والمراهم. ثم إن كانت المداواة مما يرجى نفعها ويؤمن ضررها فذاك، فإن خيف وغلبت السلامة فالأصح في «الروضة» أنه ليس له المنع^(٢).

قال: (وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ) لقوله ﷺ: «الرهن من راهنه -أي: من ضمان راهنه- له غنمه وعليه غرمه». رواه الشافعي متصلًا ومرسلًا^(٣)، قال البيهقي: والمحفوظ إرساله^(٤)، وبهذا قال أحمد^(٥)،

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ٥٠٦/٤.

(٢) «روضة الطالبين» ٩٤/٤.

(٣) «مسند الشافعي» بترتيب السندي ١٦٣/٢ -١٦٤- (٥٦٧) من طريق ابن المسيب مرسلًا، ورواه ١٦٤/٢ (٥٦٨)، (٥٦٩) من طريق ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ: «لا يغلّق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه». ورواه الدارقطني ٣٢/٣ وقال: إسناده حسن متصل.

(٤) «السنن الكبرى» ٤٠/٦. (٥) أنظر: «المغني» ٥٢٣/٦.

وخالف أبو حنيفة فقال: هو مضمون بالأقل من قيمته أو الدين^(١)، وفصل مالك بين ما يظهر/٢٥١ب/ هلاكه كالحيوان والعقار فلا ضمان، وبين ما يخفى هلاكه كالنقود فيضمن بالدين؛ لأنه يتهم فيه^(٢)، لنا ما سلف، وأيضاً فبعض المرهون أمانة، فكذا كله كالوديعة.

قال: (وَلَا يَسْقُطُ بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ) لأنه وثيقة في دين ليس بعوض فيه، فلا يسقط الدين بتلفه كالضامن والشاهد.

وفيه احتراز من تلف المبيع في يد البائع.

قال: (وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ) أي: فما أقتضى صحيحه الضمان كالبيع وسائر العقود أقتضاه فاسده أيضاً، وما لا يقتضيه كالرهن ونحوه لا يقتضيه فاسده أيضاً.

أما الأول؛ فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى، وأما الثاني؛ فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضماناً.

قال القاضي: وشذ من ذلك صورتان:

إحدهما: عمل الشريك في نصيب صاحبه غير مضمون إذا كانت الشركة صحيحة ومضمون إذا كانت فاسدة، وهذه الصورة ذكرها المصنف في بابها^(٣)، وفيها وجه حكاها في «الكفاية».

الثانية: عكسها: المسابقة على الخيل والرمي صحيحها مضمون دون فاسدها.

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ١٥٤/٥، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣٠٩/٤.

(٢) أنظر: «بداية المجتهد» ١٤٣٩/٤.

(٣) «منهاج الطالبين» ١٥٨/٢.

قلت: هذا وجه والأصح خلافه.

ويستثنى أيضًا من طرد القاعدة:

ما إذا قال: قارضتك على أن الربح كله لي. كما ذكره المصنف في بابه^(١)، وما لو صدر عقد الذمة من غير الإمام فإنه لا يصح على الصحيح، ولا جزية فيه على الذمي. وقيل: لكل سنة دينار كما لو فسد.

وما إذا أستأجر الأب الأم لإرضاع الولد وقلنا: لا يجوز، فإنها لا تستحق أجره على الأصح، وقيل: تستحق لأنها دخلت طائفة.

ويستثنى أيضًا من عكسها:

الهبة إذا صحت تكون العين غير مضمونة، وكذا إذا فسدت على الأصح كما صححه المصنف في بابه من زياداته، واعترض به على الرافعي في باب محرمات الإحرام^(٢)، وجزم الرافعي في «الشرح الصغير» بمقابله.

ولو غصب سلعة ورهنها أو أخرجها فتلفت في يد الآخذ كان للمالك مطالبته على الصحيح، وإن كان قرار الضمان على الغاصب وما لا يقتضي صحیحه الضمان إذا صدر من سفيه أو صبي يكون مضمونًا أيضًا، على قابضه ثمنه مع فساده.

قال البغوي في «فتاويه»^(٣) في كتاب الوصية: وإذا أستأجر الولي رجلاً لأمر من أمور الصبي إجارة فاسدة فأجرة المثل عليه؛ لأن العقد لم ينعقد في حق الصبي. قال: ويحتمل أن يقال: إن كان قد حصل

(١) «منهاج الطالبين» ٢/٢٣٣.

(٢) «الروضة» ٣/١٥١.

(٣) «فتاوى البغوي» ص ٢٦٧.

للصبي به نفع بأن كان قد أستأجره لبيني داره وقد فعل، أو ليأخذ ديناً له على إنسان وقد حصل، أن يكون أجرة المثل في مال الصبي. قال: وأصله الخلاف في أن السيد إذا أذن لعبده في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً هل يتعلق المهر بكسبه كالصحيح لوجود الإذن أم لا؛ لأنه غير مأذون فيه؟ قال: (وَلَوْ شَرَطَ كَوْنُ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَ) أي: الرهن؛ لتأقيته والبيع؛ لتعليقه.

قال: (وَهُوَ قَبْلَ الْمَحَلِّ أَمَانَةٌ) لأنه /١٢٥٢/ مقبوض بحكم الرهن الفاسد، وهو عقد أمانة وبعده مضمون؛ لأنه مقبوض بحكم الشراء الفاسد وهو عقد ضمان. وقيل: إنما يصير مضموناً إذا أمسكه على سبيل الشراء، أما إذا أمسكه على موجب الدين فلا، وقيل: إن الرهن صحيح مخرج من أحد القولين فيما إذا شرط في الرهن شرطاً لا يقتضيه العقد لكنه ينفع المرتهن أنه يصح ويلغو الشرط، حكاه القاضي عن العراقيين.

قال: (وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلْفِ بِيَمِينِهِ) لأنه أمين كما مر، وعند مالك^(١) أنه إذا خفي هلاكه لم يصدق.

قال الرافعي: والمراد تصديقه في الجملة، وله تفصيل يأتي في الوديعة^(٢). أي: فيما إذا كان السبب ظاهراً، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة ثم يحلف على التلف به، فإن لم يذكر للتلف سبباً أو كان خفياً فإنه

(١) أنظر: «بداية المجتهد» ٤/١٤٣٩.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٥٠٩.

يُصَدَّق، وفي كلام الغزالي^(١) ما يقتضي إثبات خلاف تصديقه في دعوى التلف، ولا خلاف في ذلك، كما نبه عليه الرافعي^(٢)، نعم جعله الغزالي في «بسيطه» القياس.

قال: (وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ) لأنه قبضه لمنفعة نفسه، فأشبهه المستعير، ويخالف دعوى التلف، فإنه لا يتعلق بالاختيار، فلا تساعده فيه البيئة، وقيل: يصدق، لأنه أمين كالمودع ولا عبرة بأخذه العين لمنفعة نفسه كما لا عبرة بهما في وجوب الضمان عند التلف.

وهذا قول بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم، وطردوه في كل أمين كالمستأجر وعامل القراض، والوكيل بجعل، والأول قول العراقيين، وطردوه في المستأجر، قالوا: وقبول قول الأمين في الرد قطعاً من خصائص الائتمان المحض وهو الإيداع والوكالة بغير جعل^(٣)، والأصح أن الوكيل بجعل والمقارض والأجير المشترك إذا لم يضمه كذلك.

قال: (وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَرَانٍ) أي: فهو زان، فعليه الحد إجماعاً ومهر المكروهة لا المطاوعة في الأصح.

واحترز عن الشبهة كما إذا ظنها زوجته أو أمته فإنه لا حد وعليه المهر، والولد حر نسيب، وعليه قيمته للراهن، وليس الرهن شبهة خلافاً لأبي حنيفة في رواية^(٤). لنا القياس على الاستئجار.

(١) «الوجيز» ١/٣٣٣. (٢) «الشرح الكبير» ٤/٥١٠.

(٣) أنظر: «الوسيط» ٣/٥١٠، و«الشرح الكبير» ٤/٥٠٩.

(٤) أنظر: «بدائع الصنائع» ٧/٣٧.

قال: (وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: جَهَلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةِ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ) لأنه قد يخفى عليهما بخلاف غيرهما. وينشأ: مهموز.

قال: (وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قَبْلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ) لأن التحريم مع الإذن لا يبعد خفاؤه على العوام، كيف وقد خفي على عطاء وهو من علماء التابعين، فإنه كان يجوز إعاره الجوّاري وكان يبعث بجوّاريه^(١) إلى ضيفانه. ذكره عنه الإمام في «نهايته»^(٢) كذلك. والثاني: لا يقبل دعواه لبعده ما يدعيه، اللهم إلا أن يكون قريب عهد بإسلام، أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء. وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وقال القاضي أبو الطيب: إنه غلط مخالف للنص.

وقال ابن الصباغ: هذا عندي/٢٥٢ب/ يختلف باختلاف حاله بحسب ما يعرف من عقلته وتنبهه.

قال: (فَلَا حَدٌّ) للشبهة، ولو علم التحريم مع الإذن حد في الأصح. وقيل: لا لشبهة عطاء.

قال: (وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا) قياساً على المفوضة، وهذا هو الأظهر^(٣)، وفي قول: لا وجوب لإذن مستحقه، فأشبهه زنا الحرة، وصححه الجرجاني.

(١) في الأصل: بجوّاره، والمثبت كما في «النهاية».

(٢) «نهاية المطلب» ١٢٣/٦.

(٣) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة)، وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣٠٤/٤.

وهذا الخلاف ذكره الرافعي في «المحرر»، فأسقطه المصنف وهو أحد ما يستدرك عليه، لكن وقع في «المحرر»^(١) حكايته وجهين، وهو ما في «الوسيط» وقد حكاها في «الشرح» قولين^(٢).

واحترز بالمكرهة عن المطاوعة، فإنه لا مهر لها؛ لانضمام إذن مستحق المهر إلى طواعيتها.

قال: (وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ) أي: لاحق بالواطئ؛ لأن هذا حكم الشبهة.

قال: (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ) أي: ولا يخرج على قولي المهر على الأصح؛ لأن الإذن في الوطاء رضا بإتلاف المنفعة لا بالإحبال فقد يعرى الوطاء عنه، وأيضاً فالموجب لحرية الولد ظن الواطئ لا الإذن.

فرع:

لا تصير الجارية أم ولد في الحال، وكذا لو ملكها بعد، على أظهر القولين.

قال: (وَلَوْ أَتَّفَقَ الْمَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا) لقيامه مقامه ويجعل في يد من كان الأصل في يده، وما دام الأرش في ذمة الجاني، هل يحكم بأنه مرهون؟ فيه وجهان: أرجحهما في «الروضة» نعم^(٣)، ووجه مقابله، وهو ظاهر قول المصنف: (وقبض بدله) أن الدين لا يكون مرهوناً، والأول أجاب بأنه إنما يمتنع رهن الدين ابتداءً.

(١) «المحرر» (ص ١٦٩).

(٢) «الوسيط» ٣/٥١٢، «الشرح الكبير» ٤/٥١٢.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/١٠٠.

وقوله: (وقبض بدله) قال الماوردي: الذي يقبضه المرتهن أو العدل، وليس للراهن قبضه، وإن كان هو الذي يطالب به^(١).
 وقوله: (صار رهناً) مقتضاه أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن.
 قال ابن الرفعة: وهو ظاهر كلام الأصحاب^(٢).
 وحكى الرافعي فيه وجهين في كتاب الوقف^(٣).
 قال: (وَالْحَصْمُ فِي الْبَدْلِ الرَّاهِنُ) لأنه المالك كما لو جنى على العبد المستأجر أو المودع أو المستعار.
 قال: (فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصْح) لأنه غير مالك. وهذا ما جزم به الروياني. قال البغوي: وهو الأصح عند الأصحاب^(٤).

والثاني: يتخاصم؛ لتعلق حقه بما في ذمته، وجزم به القاضي، ونسبه الإمام إلى المحققين^(٥).
 واعلم أن حكاية المصنف الخلاف وجهين، تبع فيه «المحرر»^(٦)، والذي في الشرحين و«الروضة» حكاية قولين^(٧). نعم حكاها الرافعي وجهين في الباب الثالث من الإجارة^(٨).

(١) «الحاوي الكبير» ١٧٦/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٩٥/٦.

(٣) «التهذيب» ٤٣/٤.

(٤) «نهاية المطلب» ٢١٥/٦.

(٥) «المحرر» (ص ١٦٩).

(٦) «الشرح الكبير» ٥١٣/٤، «الروضة» ١٠٠/٤.

(٧) «الشرح الكبير» ١٧٢/٦.

فائدة:

للمستأجر أن يخاصم إذا غضبت العين، على الأقيس عند الإمام^(١)،
وصححه الروياني وهو خلاف المنصوص.

فرع:

إذا خاصم الراهن فللمرتهن حضور خصومته؛ لتعلق حقه بالمأخوذ،
ثم إن أقر الجاني أو أقام الراهن بينة أو حلف بعد نكول المدعى عليه
ثبتت الجناية، وإن نكل الراهن فهل يحلف المرتهن؟ قولان، كغرماء
المفلس إذا نكل.

قال: (فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ) أي: في نفس (أَفْتَصَّ الرَّاهِنُ) لعموم
الأدلة (وَفَاتَ الرَّهْنُ) لفوات العين وبذلها، فإن كانت على طرف
فاقتص فإن الرهن يبقى بحاله.

قال: (فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَطَا) أي: أو عمد على نفس
أو طرف لكون/٢٥٣/ الجاني حراً (لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ) أي: عفو الراهن (عَنْهُ)
لتعلق حق المرتهن به، بخلاف العتق، فإن فيه الخلاف السالف؛ لتشوف
الشارع إليه، وهذا هو المشهور. وفي قول العفو موقوف، ويؤخذ المال
في الحال لحق المرتهن، فإن أنفك الرهن رد إلى الجاني وإلا فلا. وجزم
به البندنجي.

قال الجويني: والخلاف مبني على القولين في المفلس إذا أعتق ثم
فصل ذلك العبد المعتق وأطلق عنه الحجر، هل ينفذ ذلك العتق أم لا،

(١) «نهاية المطلب» ٨/ ٢٧٠.

وبنى عليهما أن الفاضل من الأرش بعد الدين يكون للراهن أو للجاني.

فرع:

لو عفا عن القصاص، فإن قلنا: إن مطلق العفو يوجب المال وجب، وإن قلنا: لا يوجبه - وهو الأصح - لم يجب شيء، قاله البغوي^(١).

فرع:

لو عفا على أن لا مال، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين لم يصح عفو من المال، وإن قلنا: موجب القود، فإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال لم يجب شيء، وإن قلنا: يوجبه فكذلك في الأصح؛ لأن القتل لم يوجبه، وإنما يجب بعفوه وذلك نوع اكتساب، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتهن.

فرع:

لو لم يقتص ولم يعف فليل: يجبر. على أحدهما. وقيل: إن قلنا: موجب أحد الأمرين أجبر وإلا فلا؛ لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى بأن يملكه. وقال في «الروضة»: ينبغي أن يقال: إذا عفا على أن لا مال لا يصح أجبر، وإلا فلا^(٢).

قال: (وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِي) لأنه غير مالك ما أبرأه به، فإن فعل فالأصح أن ذلك ليس فسخًا للرهن؛ لأن الإبراء لم يصح، فلم يصح ما يضمه، كما لو وهب المرهون لرجل.

(٢) «الروضة» ١٠١/٤.

(١) «التهذيب» ٤١/٤.

وقيل: نعم، ويخلص المأخوذ للراهن؛ لأنه يتضمن إسقاط حقه من الوثيقة، ولو صرح بإسقاط حق الوثيقة فقال: عفوت عنه، أو أسقطت حقي منه صح كما لو قاله والرهن باق، وجعله الإمام تفريراً على قول العراقيين^(١) أن الأرش يوصف بالرهن في حال تعلقه بالذمة، وسياق كلامه يقتضي أن غيرهم لا يوافقهم على ذلك.

فرع:

لو صالح الراهن عن الأرش على جنس آخر لم يصح إلا بإذن المرتهن، فإن أذن صح وكان المأخوذ رهناً، وللرافعي^(٢) فيه إشكال.

قال: (وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَةِ مُنْفَصِلَةٍ كَثْمَرٍ وَوَلَدٍ) لأنه لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر إليهما كالإجارة. أما المتصلة كالسمن وكبير الشجرة والثمرة فيتبع الأصل، وساعدنا أحمد^(٣)، وخالف أبو حنيفة^(٤)، ووافقنا مالك^(٥) في الثمرة دون الولد لنا القياس على ولد الجانية، فإن الأرش لا يتعلق به اتفاقاً.

قال: (فَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ الْأَجْلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيَعْتِ) لأننا إن قلنا: إن الحمل يعلم فكأنه رهنهما، وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة.

قال: (وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيَعِ مَعَهَا فِي الْأَطْهَرِ) بناء على أن الحمل يعلم،

(١) «نهاية المطلب» ٢١٦/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٥١٤/٤.

(٣) أنظر: «المغني» ٥١٣/٦-٥١٤، «العدة شرح العمدة» ٣٧٣/١.

(٤) أنظر: «مختصر أختلاف العلماء» ٢٩٠/٤.

(٥) أنظر: «المدونة» ١٥٤/٤، «بداية المجتهد» ١٤٣٨/٤.

ومقابلته مبني على مقابله.

وقال الجويني: إن قلنا يعلم ففي تعلق الرهن به قولان؛ لضعف الرهن عن الاستتباع^(١)، فإن قلنا: لا يتعلق به فصرح بتعلقه به، فقال: رهنها مع حملها، فالأصح أنه لا يكون مرهوناً أيضاً؛ إذ لو جاز ذلك لجاز أفراده ٢٥٣/ب/ بالرهن.

قال: (فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ) بناء على أنه يعلم.

قال الرافعي: ويتعذر بيعه معها؛ لأن استثناء الحمل متعذر، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً ويوزع الثمن؛ لأن الحمل لا يعرف قيمته^(٢). وعن نصه في «الأم» أن الراهن لو سأل أن يباع ويسلم الثمن كله للمرتهن كان له ذلك^(٣).

والثاني: أن الولد رهن بناء على أنه لا يعلم فيتبع كالسمن.

فرع:

الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدثه وسائر الزوائد بحالة العقد على الصحيح كما أشار إليه المصنف بقوله: (دون الرهن) وقيل: بحالة القبض؛ لأن الرهن به لزم.

فرع:

أرش البكارة مرهون؛ لأنه ليس جزءاً من الزوائد بل بدل جزء.

(١) «نهاية المطلب» ٦/٢٤٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٥١٥.

(٣) «الأم» ٣/١٢٨.

فرع:

إذا كانت الجناية بنقص العين دون القيمة كما جب ذكر العبد أختص الأرش بالراهن ولا يتعلق به حق المرتهن كالنماء.

فرع:

إذا أخذت قيمة المرهون للحيلولة فمقتضي كلام القاضي حسين في «فتاويه» أنه لا يتعلق بها المرتهن، فإنه قال: إذا جنى العبد في يد المستام وهرب، فأخذ المالك قيمته لا يتعلق بها المجني عليه؛ لأنها لم تؤخذ بدلاً، وإذا كان ذلك في الجناية، وتعلقها أقوى من تعلق الرهن فهو في الرهن أولى.



(فَضْلٌ)

قال: (جَنَى المَرْهُونُ) أي: بغير إذن السيد (قُدِّمَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ) لأن حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن ثابت في الذمة، فإن أمره بها وكان لا يميز، أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعته فالجاني هو السيد، وعليه القصاص والضمان، ولا يتعلق برقبة العبد شيء على الأصح.

قال: (فَإِنْ أَقْتَصَّ أَوْ بَاعَ لَهُ) أي: لحقه (بَطَلَ الرَّهْنُ) لفوات محله، حتى لو عاد إلى ملك الراهن لم يكن رهناً.

قال: (وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَأَقْتَصَّ) أي: المستحق سيِّداً كان أو وارثه أو السلطان عند عدمهما (بَطَلَ) أي: في المقتص منه نفساً كان أو طرفاً، كما صرح به في «المحرر»^(١).

قال: (وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ، فَيَبْقَى رَهْنًا) لأن السيد لا يثبت له على عبده مال.

والثاني: يثبت ويتوصل به المالك إلى فك الرهن.

وهذا الوجه حكاه الرافعي عن ابن سريج، وحكاه صاحب «المهذب»^(٢) والمحاملي والبندنجي وسليم قولاً عن حكاية ابن سريج، والخلاف جار فيما إذا كانت الجناية خطأ، ولو جنى على نفس سيده عمداً فللوارث القصاص، فإن عفا على مال، أو كانت الجناية خطأ لم يثبت على الأظهر.

(١) «المحرر» (ص ١٧٠).

(٢) «المهذب» ٣١٤/١، «الشرح الكبير» ٥١٨/٤.

قال: (وَإِنْ قَتَلَ) أي: المرهون (مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ) أي: عند مرتتهن آخر (فَأَقْتَصَّ) أي: السيد (بَطَلَ الرَّهْنَانِ) لفواتهما، فإن لم يكن مرهوناً فهو كما لو جنى على السيد.
وقوله: (عند) هو بالنون كما رأيت مضبوطاً بخطه رحمه الله، فإياك أن تصحفه.

قال: (وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ) أي: إما بعفوه، أو كانت الجناية خطأ (تَعَلَّقَ) به حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ) لأن السيد لو أتلّف المرهون لغرم قيمته لحق المرتتهن، فإذا أتلّفه عبده كان تعلق الغرم به أولى، وإنما وجب /٢٥٤/ المال، وإن كان للسيد على عبده لأجل تعلق حق الغير.

قال: (فِيْبَاعٍ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ، وَقِيلَ يَصِيرُ رَهْنًا) أي: إذا وجب المال فوجهان: أحدهما: أن العبد ينقل إلى يد مرتتهن القتيل، فلا يباع؛ لأنه لا فائدة فيه. وأصحهما: يباع ويجعل الثمن رهناً في يده؛ لأن حقه في مالية العبد لا في عينه، ولأنه قد يرغب راغب بزيادة فيتوثق مرتتهن القتيل بها.

ومحل الخلاف ما إذا كان الواجب أكبر من قيمة القاتل أو مثلها، فإن كان أقل من قيمة القاتل فعلى الوجه الأول ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتتهن القتيل، وعلى الثاني يباع منه بقدر الواجب، ويبقى الباقي رهناً، فإن تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقص بيع الجميع وجعل الزائد على الواجب عند مرتتهن القاتل.

قال الرافعي: والوجهان إنما يظهران إذا طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع. أما لو عكس فالمجاب الراهن؛ لأنه لا حق للآخر في عينه،

ولو أتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطرفين فهو المسلوك قطعاً، ولو أتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل. قال الإمام: ليس لمرتهن القاتل المنازعة فيه وطلب البيع. قال الرافعي: وقضية التعليل السابق بتوقع راغب أن له ذلك^(١).

قال الإمام: ولو أتاه بعد آخر ليرهنه بدل القتيل لم يجبر المرتهن اتفاقاً^(٢).

قال: (فَإِنْ كَانَا مَرهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بَدَيْنِ وَاحِدٍ نَقَصَتِ الْوَثِيقَةُ) كما لو مات أحدهما. وعبارة «المحرر»: فتنقص الوثيقة أو تفوت^(٣)، ونقصت بفتح النون والصاد المهملة.

قال: (أَوْ بَدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقِلَتْ) أي: وإلا فلا، فإذا كان الدينان مختلفين حلولاً وتأجيلاً، فله التوثق لدين القتيل بالقاتل؛ لأنه إن كان الحال دين القتيل، فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال أو دين القاتل، فقد يريد الوثيقة للمؤجل ويطلب بالحال. وكذا لو اختلف في قدر الأجل، وإن لم يختلف في ذلك واختلفا في القدر كعشرة وعشرين، والقتيل مرهون بأكثرهما نقل، وإلا فلا أو اتفاقاً فيه أيضاً نقل قدر بدله إن كانت قيمة القاتل أكبر وإلا فلا إذ لا فائدة. وحيث قلنا لا تنقل الوثيقة فهل تباع ويقام ثمنه مقام القتيل أم يقام عينه مقامه؟ فيه الوجهان السابقان.

(١) «الشرح الكبير» ٥٢٠/٤، وانظر: «نهاية المطلب» ٢٠١/٦.

(٢) «نهاية المطلب» ٢٠١/٦.

(٣) «المحرر» (ص ١٧٠).

فرع:

هذا الذي ذكرناه من أقسام أختلاف الدينين هو المعبر فقط، فلو
أختلف الدينان في الاستقرار وعدمه، بأن كان أحدهما عوض ما يتوقع
رده بالعيب أو صداقاً قبل الدخول فلا أثر له عند الجمهور.

وقال أبو إسحاق المروزي: إن كان القاتل مرهوناً لمستقر فلا فائدة
في النقل وإن كان مرهوناً بالآخر فوجهان.

وقال الغزالي في «وسيطه»: أختلاف جنس الدينين كاختلاف
القدر^(١).

قال الرافعي: وهو متجه في المعنى، لكنه مخالف لنص الشافعي
والأصحاب^(٢).

فرع:

لو تساوى الدينان في الأوصاف وقلنا الوثيقة لا تنقل فقال المرتهن:
قد جنى، فلا آمنه ويوعوه وضعوا ثمنه مكانه هل يجاب؟ فيه وجهان.
قال: (وَلَوْ تَلَفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ بَطَل) يعني: الرهن لفواته، وسواء كانت
حسية كالموت والحرق والغرق، أو شرعية كالعتق بشرطه.

قال: (وَيَنْفَكُ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ) لأن الحق له، وهو جائز من جهته، فله
فسخه متى شاء، بأن يقول: فسخت الرهن أو أبطلته أو أسقطت حقي من
التوثق. أما الراهن فلا؛ للزومه من جهته.

(١) «الوسيط» ٥١٧/٣.

(٢) «الشرح الكبير» ٥٢١/٤، وانظر: «الأم» ١٦٤/٣.

قال: (وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ) أي: بأي وجه كان بالإبراء والاعتياض والحوالة وغيرها.

قال: (فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ) بالإجماع ولأن الرهن وثيقة بالدين، وكل جزء منه كالشهادة.

فرع:

لو شرط أنه كلما قضى من الحق شيئاً أنفك من الرهن بقدره فسد الرهن؛ لا لاشتراط ما ينافيه. قاله الماوردي^(١).

قال: (وَلَوْ رَهَنْ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِيَ مِنْ أَحَدِهِمَا أَنْفَكَ قِسْطُهُ) لتعدد الصفقة بتعدد العقد.

قال: (وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِيَ أَحَدُهُمَا أَنْفَكَ نَصِيبُهُ) لتعدد العاقد، وخالف أبو حنيفة^(٢) فيهما.

فرع:

لو رهنه من اثنين فبرئ من أحدهما أنفك قسطه. وقيل: إن أتحدت جهة الدينين كأن أتلف عليهما ما لا فلا.

فصل

قال: (اِخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ) أي: في أصله بأن قال رب الدين: رهنتني كذا وأنكر المالك.

قال: (أَوْ قَدْرِهِ) أي: بأن قال: رهنتني هذين العبدین فقال: بل أحدهما.

(١) «الحاوي الكبير» ٦/٣٠.

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٦/١٣٨.

قال: (صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِبَيْمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنًا تَبَرُّعًا) لأن الأصل يعضده وهو عدم الرهن، وفي الأولى وجه أن المصدق المرتهن بيمينه إذا كانت العين في يده، والخلاف المذكور في باب الدعاوى. ولو أبدل المصنف الراهن بالمالك لكان أولى؛ لأن منكر الرهن ليس براهن.

فرع:

اختلافهما في تعيين المرهون وقدر الدين المرهون به كذلك.

قال: (وَإِنْ شُرِّطَ فِي بَيْعٍ) أي: اختلفا في رهن مشروط في بيع (تَحَالَفًا) كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها، ويلحق بذلك ما إذا اختلفا في اشتراطه أو اتفقا عليه واختلفا في القدر.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَىٰ أَنَّهُمَا رَهْنًا عِبْدَهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِبَيْمِينِهِ) لما مر. قال: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ) أي: على النافي لخلوها عن جلب النفع له ودفع الضرر عنه، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي ثبت رهن الجميع، ولو زعم كل منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن وشهد عليه، فأوجه:

أصحها: أنه تقبل شهادة كل منهما فربما نسيا.

وثانيها: لا؛ لتكاذبهما.

وثالثها: يقبل من الأول دون الثاني؛ لأنه أنتهض خصمًا منتقمًا.

قال: (وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: عَصَبْتُهُ. صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِبَيْمِينِهِ) لأن الأصل عدم اللزوم والإذن في القبض، وفي وجه شاذ أن القول قول المرتهن عملاً باليد.

قال: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةِ أُخْرَى) أي: كإيداع ونحوه /١٢٥٥/ (في الأصح) لما قلناه من أن الأصل عدم ما ادعاه، وهذا هو المنصوص أيضاً.

والثاني: يصدق المرتهن؛ لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى، والظاهر خلافه؛ لتقدم العقد المحجوج إلى القبض، ولهذا الخلاف التفات إلى الخلاف فيما إذا رهن وسلم ولم يقصد تسليمه عن الرهن، هل يقع قبضه عن الرهن؟ بخلاف البيع، فإنه يقع به قطعاً؛ لوجوبه ولزوم العقد به.

قال: (وَلَوْ أَقْرَبَ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ فَلَهُ تَحْلِيْفُهُ) لأن الوثائق يشهد فيها غالباً قبل تحقيق ما فيها.
قال: (وَقِيلَ: لَا يُحْلَفُ إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا كَقَوْلِهِ: أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ) أي: على الكتابة الواقعة في الوثيقة لكي آخذ بعد ذلك، وكما إذا قال: ورد كتاب عن وكيلي أنه أقبض فخرج مزوراً؛ لأنه إذا لم يذكر تأويلاً يكون مكذباً لدعواه بإقراره السابق.

وفي وجه ثالث: أنه لا يحلف مطلقاً وإن ذكر تأويلاً لمناقضة الأول، وهو غريب، وما صححه المصنف هو ظاهر النص.

وقال الرافعي في «المحرر»: إنه الأولى^(١).

وقال المصنف في «الروضة»: إنه أفقه وأصح^(٢).

(١) «المحرر» (ص ١٧١).

(٢) «روضة الطالبين» ١١٨/٤.

فرع:

لو شهد الشهود على نفس القبض فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره فقال: ما أقرت؛ لأنه تكذيب للشهود.

فرع:

لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه.
قال القفال: ليس له التحليف وإن ذكر تأويلاً؛ لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقق.
وقال غيره: لا فرق؛ لشمول الإمكان، وهذا ما اقتضاه إطلاق المصنف.

وقال الإمام: إن أتحد المجلس لم يقبل لإكذابه نفسه، وإن أعتذر في مجلس آخر قبل لإمكان ما قال^(١).

فرع:

الخلاف جار فيما لو قامت بينة على إقراره لزيد بألف، فقال: إنما أقرت به؛ لأنه وعدني أن يقرضنيها ولم يقرضني فحلفوه، ونظائر ذلك. وأفتى ابن الصلاح رحمه الله بأنه إذا ادعى أن المال الذي أقر به كان في يده مضاربة أنه يحلف؛ لأن ذلك قد يفعل، ولو كان قد أقبضه عوض الألف لم يكن له أن يحلف أنه أقبضه الألف، وكيف يحلف؟ قال القاضي: يحتمل وجهين:

أحدهما: يحلف أنه أستحق عليه الألف.

(١) «نهاية المطلب» ٩٧/٦-٩٨.

والثاني: يحلفه على إيصال العوض.

فرع:

ينعطف على ما سلف: إقرار الراهن بإقباض المرهون مقبول ملزم بشرط الإمكان، حتى لو قال: رهنته اليوم داري بالشام وأقبضته إياها وهما بمكة فهو لاغ، نص عليه الشافعي^(١).

قال القاضي أبو الطيب: وهذا يدل على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء، ولهذا قلنا: من تزوج امرأة بمكة وهي بمصر فولدت لسته أشهر من يوم العقد لا يلحق به الولد. نعم، إذا ثبتت الولاية للواحد أو للجماعة وجب ترتب الحكم على الإمكان على طريق الكرامة. قال: (وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمَرْهُونُ. وَأَنْكَرَ الْآخَرَ صُدِّقَ الْمُنْكَرُ بِبَيْمِينِهِ) لأن الأصل عدمها / ٢٥٥ب/.

قال: (وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَأَلْظَهَرَ^(٢) تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِبَيْمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ) صيانة لحقه؛ لأن الراهن قد يواطئ المجني عليه والعبء على إبطال حق المرتهن.

والثاني: يصدق الراهن؛ لأنه أقر في ملكه بما لا يجر إلى نفسه نفعاً. وفي قول ثالث أنفرد به الإمام والغزالي أنه إن كان موسراً قبل، وإلا فلا كالإعتاق^(٣).

قال الإمام: وهذا كله تفريع على القول ببطلان رهن الجاني، أما إذا

(١) «الأم» ٣/ ١٥٤.

(٢) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة).

(٣) «نهاية المطلب» ٦/ ١٣٨، «الوسيط» ٣/ ٥٢٧.

صححناه فإن رددنا الإقرار على القول بإبطاله فقد تردد الأئمة هنا، فقال بعضهم: إقراره مقبول؛ إذ لا منافاة بين إقراره بتقدم الجناية وصحة الرهن، وقال آخرون: يرد أيضاً^(١)، ومحل الخلاف إذا عين الراهن المجني عليه وصدقه، فإن لم يعينه أو عينه ولم يصدقه أو لم يدعه فالرهن باق بحاله.

فرع:

دعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجناية.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرَمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ) كما لو قتله؛ لأنه حال بينه وبين حقه. والثاني: لا يغرم؛ لأنه أقر في رقبة العبد بما لا يقبل إقراره به، فكأنه لم يقر.

قال العمراني: ولا فرق بين أن يعلم بالجناية عند الرهن أم لا؛ لأن حقوق الآدميين تضمن بالعمد والخطأ^(٢).

وبنى الغزالي الخلاف على قول الغرم بالحيلولة^(٣) فيما إذا أقر بعين لزيد ثم أقر بها لعمر، هل يغرم قيمتها لعمر؟

قال: (وَأَنَّهُ يَغْرُمُ الْأَقْلَّ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ) كما في جناية أم الولد لامتناع البيع. وقيل: على القولين في فداء الجاني، أظهرهما: الأقل من قيمته وأرش الجناية.

وثانيهما: الأرش بالغاً ما بلغ، والأكثر على القطع بالأول.

(١) «نهاية المطلب» ٦/١٤٥-١٤٦.

(٢) «البيان» ٦/١٢٧.

(٣) «الوسيط» ٣/٥٢٨.

قال: (وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ [الْمُرْتَهِنُ] ^(١) رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ) لأن الحق له، والراهن لا يدعي لنفسه شيئًا. والثاني: على الراهن؛ لأنه مالك العبد والخصومة تجري بينهما.

قال: (فَإِذَا حَلَفَ بَيْعَ فِي الْجِنَايَةِ) لثبوتها باليمين المردودة، وهذا الخلاف بناه الجويني على الخلاف في أنه لو حلف المرتهن هل يغرم الراهن للمجني عليه؟ إن قلنا: لا يغرم يرد على المجني عليه؛ لأن الراهن لا يستفيد باليمين المردودة شيئًا، والمجني عليه يستفيد بها إثبات دعواه ^(٢)، وإن قلنا: يغرم، يرد على الراهن؛ لأنه يستفيد بها دفع الغرم، وهذا البناء يقتضي تصحيح الثاني.

واعلم أن تعبير المصنف بالأصح في هذه المسائل الثلاث مخالف لتعبيره في «الروضة» تبعًا للشرحين، فإنه قال في الأولى غرم على أظهر القولين، وفي الثانية: الأكثرون على القطع بأنه يغرم الأقل، وقيل: قولان. وقال في الثالثة: قولان، ويقال: وجهان ^(٣).

والرافعي في «المحرر» عبر فيها بالأصح ^(٤) أيضًا، لكنه لم يخص ذلك بالوجه.

فائدة:

نكل، بفتح الكاف، وحكى الجوهري كسرهما، وأنكره الأصمعي ^(٥).

(١) زيادة من «المنهاج». (٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٣٩/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٣٦/٤ - ٥٣٧، «الروضة» ١٢٠/٤.

(٤) «المحرر» (ص ١٧١).

(٥) حكى الجوهري كسرهما عن أبي عبيدة. «الصحاح» ١٨٣٥/٥.

قال: (وَلَوْ أَدْنَى) يعني: المرتهن (فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَيْعٍ وَرَجَعٍ عَنِ الإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَلَأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ) لأن الأصل /٢٥٦/ أ استمرار الرهن، والثاني: القول قول الراهن لتقوي جانبه بالإذن، والثالث: القول قول السابق منهما، قاله البغوي^(١)، وهو الصحيح في نظيره من الرجعة، وفي اختلاف الوكيل والموكل في أن الرجوع قبل البيع أو بعده.

ومحل الخلاف ما إذا صدقه الراهن على الرجوع، واختلفا في وقته كما فرضه المصنف، أما إذا أنكر الراهن أصل الرجوع فإن القول قوله يمينه؛ لأن الأصل عدمه.

قال: (وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَادَى أَلْفًا وَقَالَ أَدَيْتُهُ عَنِ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدَّقَ) أي: (بِئْمِينِهِ) سواء اختلف في التلفظ بذلك أو في نيته؛ لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه.

وفي القديم أن القول في تعيين الجهة قول القابض، حكاه العبادي في «طبقاته» وهو غريب.

قال الأئمة: والاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدي، حتى لو ظن رب الدين أنه أودعه وقصد المدين أداء الدين وقع عن الدين وبرئ به. قال الإمام: وفي هذا نظر^(٢)؛ لأن القصد مملك فإن لم يقترن به لفظ يدل على الملك فلا يبعد اشتراط علامة تدل عليه.

(١) «التهذيب» ٢٨/٤.

(٢) «نهاية المطلب» ٢٣٦/٦.

وكذا الحكم لو كان بأحد الدينين ضامن، أو كان ثمن مبيع هو محبوس في أدائه، أو كان حالاً والآخر مؤجلاً، ووقع هذا الاختلاف فالمصدق الدافع.

وحكى الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه إذا كان الاختلاف في نية الدافع لا يحتاج إلى يمين؛ لأن عدم التصريح يوجب الرجوع إلى مراده، وهو لا يعلم إلا بإخباره، وليس للقباض سبيل إلى العلم به^(١)، وهو الذي أورده الجويني في «السلسلة».

قال: (وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ) لأن التعيين إليه ولم يوجد. قال: (وَقِيلَ يُقَسَّطُ) لعدم الأولوية، لكن هل التقسيط على قدر الدينين أو عليهما بالسوية؟ تردد فيه الصيدلاني، واقتصر الإمام^(٢) على الأول، والعمراني^(٣) على الثاني.

فلو أتفقا على جعله عن أحدهما فوجهان^(٤)، حكاهما الماوردي، أحدهما: يجوز كحالة الدفع، وأصحهما: لا؛ لأن الإبراء قد حصل بالدفع.



(١) «الحاوي الكبير» ٦/٢٠٠.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٢٣٦.

(٣) «البيان» ٦/١٢٩.

(٤) «الحاوي» ٦/٢١٩.

فَصْلٌ

قال: (مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرْكِهِ) مراعاة للميت، ثم إذا وفّت التركة بالدين فلا تكون نفسه مرتهنة به، كما قدمته أول الباب عن الماوردي^(١).

قال: (تَعَلَّقَ الْمَرْهُونُ)؛ لأنه أحوط للميت؛ إذ يمنع والحالة هذه التصرف جزماً.

قال: (وَفِي قَوْلٍ كَتَعَلَّقَ الْأَرْضَ بِالْجَانِي) لأن كل واحد منهما ثبت شرعاً بغير رضا المالك، وقال الفوراني: كحجر المفلس، واختاره صاحب «المطلب».

قال الرافعي في «المحرر»: والأول هو ما رجح من القولين^(٢)، وقال في الشرحين: إنه الأظهر عند الإمام وغيره^(٣)، وينبغي على الخلاف تصرف الوارث بما يزيل الملك كالبيع، فإن جعلنا تعلقه كتعلق الأرش، خرج على الخلاف في بيع الجاني أو الرهن فيبطل.

قال: (فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَعْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ) كما هو قياس الديون.

والثاني: إن كان الدين أقل نفذ تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين؛ لأن الحجر في مال كثير ٢٥٦/ب/ بشيء حقير بعيد. ونسبه الروياني في كتاب القضاء إلى الإصطخري، وعبر عنه بأن الدين إذا لم يستغرق لم يملك الورثة قدره ويملكون ما زاد عليه.

(١) «الحاوي» ١٧/٦. (٢) «المحرر» (ص ١٧٢).

(٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٧، وانظر: «نهاية المطلب» ٦/٢٩٩.

تنبيه :

الخلاف جار على القول الثاني ؛ خلاف ما ذكره المصنف تبعًا لـ «المحرر»^(١).

فرع :

إذا أدى بعض الورثة بقسط ما ورث أنفك نصيبه بخلاف ما إذا رهن عبدًا ومات، فإنه لا ينفك إلا بوفاء جميع الورثة على أصح القولين فيهما. قال: (وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٍ فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرْدٌ مَبِيعٍ بَعِيْبٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فسادُ تَصَرُّفِهِ) لأنه تصرف تصرفًا كان سائغًا له ظاهرًا. والثاني: يتبين فساده إلحاقًا لما تجدد من الدين بالمقارن؛ لتقدم سببه، ويجري الخلاف فيما لو حفر بئرًا فتردى فيها عبد أو بهيمة بعد موته وتصرف الوارث، فإن ضمانه يتعلق به.

قال الإمام: وهذا أولى بأن لا ينقض^(٢)، وفرض المسألة فيما إذا أقتسموا وتصرف، والغزالي^(٣) لم يتعرض للقسمة وهو الظاهر. قال: (لكن إن لم يُقَضَ الدَّيْنُ فُسِخَ) ليصل الحق إلى مستحقه ولا طريق إلا ذلك؛ إذ لا دين على الوارث حتى يطالب، وهذا هو الأصح، وقيل: لا يفسخ لتعلق حق المشتري به، لكن يطالب الوارث بالدين كالضامن؛ لأنه فوت التركة فلزمه ضمانها.

وقوله: (يقض) هو بضم الياء ليعم قضاء الوارث والأجنبي، كما قاله في «الدقائق»^(٤)، ولو عبر بالسقوط لعم الإبراء أيضًا.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٣٠١.

(١) «المحرر» (ص ١٧٢).

(٤) «دقائق المنهاج» (ص ٦١).

(٣) «الوسيط» ٣/٥٠٣.

قال: (وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ [عَيْنٍ] ^(١) التَّرَكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ) لأنه خليفة المورث، والمورث كان له ذلك.

نعم، لو أوصى ببيعها في وفاء دينه، فإن وصيته يعمل بها، ولو كان الدين أكثر من التركة فطلب الوارث أخذها بالقيمة والتمس الغرماء ببيعها رجاء زيادة راغب، فالمجانب هو الوارث في الأصح؛ لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من قيمتها.

فرع:

سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو بعضها، ففيه الخلاف السالف. قاله في «الروضة» من زياداته. قال: وسواء علم الوارث بالدين أم لا، ونقله الشيخ نصر المقدسي معللاً بأن ما تعلق بحقوق الأدميين لا يختلف به ^(٢).

فرع:

سئل ابن الصلاح رحمه الله عما لو تقاسم الورثة التركة ثم ظهر دين، فهل لربه أستيفاءه من غير حصة بعض الورثة بإذن الحاكم، أو يبيع كل واحد بقدر حصته؟

فأجاب بأن الورثة يؤمرون بالإيفاء من حيث أرادوا، فإن أبوا فللحاكم أن يبيع في الدين ما أراد من التركة كما يبيع ما شاء من الأعيان المرهونة عند تعذر إذن الراهن، ولا يتعين تخصيص الدين حصصاً على ما في أيديهم كما لا يوزع الدين على الأعيان المرهونة

(١) سقطت من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٢) «روضة الطالبين» ٨٥/٤.

في البيع، فإن الدين على الميت وتركته كالمرهون، فعلى هذا له أن يبيع التي في يد بعض الورثة عند عدم الإيفاء.
قال رحمه الله: هذا ما ظهر لي^(١).

قال: (وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الإِرْثَ) لأن تعلق الدين بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة والمجني /٢٥٧/ بالعبد الجاني، وهو لا يمنع الإرث فكذلك هذا، ولأن له أداء الدين من غير الميراث، ولأنه لو كان باقياً على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم^(٢) أو عتق من أقاربه قبل قضاء الدين، وأن لا يرثه من مات قبل القضاء من الورثة، والثاني: أنه يمنع، ونقله الإمام^(٣) عن القديم، والأول عن الجديد؛ لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء: ١١] أي: من بعد إعطاء وصية وإيفاء دين إن كان. وأجاب الشيخ عز الدين عن الآية بأن المعنى المقادير لا المقدر.

ومعنى هذا أنه لما بين أن للزوجة الثمن، كأنه قال: لا تعتقدوا أن الثمن من أصل المال، بل هو من الذي يفضل بعد وفاء الدين. والقاعدة أن اللفظ إذا سيق لمعنى يحمل عليه لا على غيره، كما قال مالك والشافعي لأبي حنيفة لما أستدل على وجوب الزكاة في الخضروات بقوله عليه السلام: «فيما سقت السماء العشر»^(٤) فهذا خرج مخرج بيان الجزاء المأخوذ لا الذي يوجب، فوجب حمله على الأول، وعلى هذا هل يمنع

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٤٩٣/٢. (٢) «نهاية المطلب» ٢٩٩/٦.

(٣) في الأصل: (مسلم) والمثبت هو الصواب كما في كتب الشافعية.

(٤) رواه البخاري (١٤٨٣) من حديث ابن عمر.

إرث الجميع أو قدر الدين؟ وجهان ذكرهما الرافعي في الشفعة^(١).

فرع:

حكى القاضي حسين والفوراني في كتاب الوصية الوجهين في أن الوصية أيضًا هل تمنع الميراث، وهل الخلاف جار في الوصية المطلقة؟ أما المعين فيمنع الإرث قطعًا إذا خرجت من الثلث، ولا يمتنع إرث غيره قطعًا، أو هو عام فقد لا يقبلها الموصى له، فيه نظر. قال: (فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرَكَّةِ كَالْكَسْبِ وَالتَّجَارِ) لأنه تبع للملك، وإن قلنا: يمنع أنتقالها فيتعلق بها لبقائها على ملك الميت. وقد صحح الرافعي في كتاب النكاح في الكلام على اختيار العبد تعلقه بها على عكس مقالته هنا^(٢).

وبنى القاضي الحسين في «فتاويه» في مسائل الوقف الخلاف في تعلق الدين بالولد المنفصل بعد الموت على الخلاف في أن الحمل يقابله قسط من الثمن أم لا؟

تنبيه:

لا يخفى أنه ليس لهذا الفصل كثير تعلق بباب الرهن، كما نبه عليه الرافعي^(٣) في «الشرح». نعم الإمام^(٤) ذكره فرعًا هنا، والغزالي^(٥) في أثناء الباب.



(١) «الشرح الكبير» ٥/٥٤٧، وانظر: «الذخيرة» ٧/٢٥١، «الهداية» ١/١١٧-١١٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٨. (٣) «الشرح الكبير» ٤/٤٩٨.

(٤) «نهاية المطلب» ٦/٢٩٩-٣٠١. (٥) «الوسيط» ٣/٥٠٢-٥٠٤.

كِتَابُ التَّفَلِيسِ

A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 14 horizontal lines, creating 15 empty rows for text or data entry. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.

كتاب التَّفْلِيسِ

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ، وَلَا حَجْرَ بِمُؤَجَّلٍ، وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍ لَمْ يَحِلَّ مُؤَجَّلٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجْرَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ، فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْئُهُ قَدَّرَ يُحْجَرُ بِهِ حَجْرًا، وَإِلَّا فَلَا، وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ.

فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ، وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْدَرَ.

وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ، وَإِلَّا لَعَا، وَالْأَظْهَرُ بَطْلَانُهُ، فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ بَاعَ سَلْمًا أَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيُثْبِتُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ، فَالْأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ أَسْنَدَ وَجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ، وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قَبِلَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ، وَالْأَصَحُّ تَعْدِي الْحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالْإِضْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشُّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنٍ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهَلَ فَلَهُ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ.



فَصْلٌ

يُبادِرُ القاضِي بَعْدَ الحَجْرِ بِبَيْعِ مالِهِ وَقِسْمِهِ بَيْنَ العُرَمَاءِ، وَيُقَدِّمُ ما يُخافُ فِسادَهُ، ثُمَّ الحَيوانَ ثُمَّ المَنْقُولَ ثُمَّ العَقارَ.

وَلِيَبِيعَ بِحَضْرَةِ المُفْلِسِ وَعُرْمائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوْقِهِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدِ البَلَدِ.

ثُمَّ إِنْ كانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرَوْضِ العَرِيْمُ إِلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ أَشْتَرَى، وَإِنْ رَضِيَ جازَ صَرَفُ التَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلَمِ.

وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ.

وَمَا قَبْضَ قَسَمِهِ بَيْنَ العُرَمَاءِ، إِلَّا أَنْ يَعْسَرَ لِقَلْبِهِ فَيُوَخَّرَ لِيَجْتَمِعَ، وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لا عَرِيْمَ غَيْرُهُمْ.

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ عَرِيْمٌ شَارَكَ بِالحِصَّةِ، وَقِيلَ: تُنْقَضُ القِسْمَةُ. وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ باعَهُ قَبْلَ الحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تالَفٌ فَكَذِبَ ظَهَرَ.

وَإِنْ اسْتَحَقَّ شَيْءٌ باعَهُ الحاكِمُ قَدَّمَ المُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ يُحاصُّ العُرَماءَ.

وَيُنْفِقُ عَلَيَّ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يَقْسِمَ مالَهُ، إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِيَ بِكَسْبٍ، وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخادِمُهُ فِي الأَصْحِ وَإِنْ أحتاجَ إِلَى خادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ، وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ، وَهُوَ قَمِيصٌ وَسراويلٌ وَعِمامَةٌ وَمُكعَبٌ، وَيُزادُ فِي الشَّتاءِ جُبَّةً، وَيُتْرَكُ قَوْثٌ يَوْمَ القِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ القِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُوجِرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ.

وَالأَصْحُ وَجُوبٌ إِجارَةٌ أُمَّ وَلَدِهِ وَالأَرْضُ المَوْقُوفَةُ عَلَيْهِ.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ
وَأَنْكَرُوا فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَثِيرًا أَوْ قَوْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيْتَةُ.
وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَتُقْبَلُ بَيْتَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ، وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خَبْرُهُ بِاطْنِهِ، وَلِيَقُلَّ: هُوَ مُعْسِرٌ.
وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيُ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا. وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا
مُلَازَمَتُهُ بَلْ يُمَهَّلُ حَتَّى يُوسِرَ.
وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنِ الْبَيْتَةِ الْإِعْسَارِ يُؤَكَّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْتَئِثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا
غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ.



فَصْلٌ

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ
وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ
وَالِإِعْتِاقِ وَالْبَيْعِ.

وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ، وَلَهُ شُرُوطٌ مِنْهَا: كَوْنُ الثَّمَنِ
حَالًا، وَأَنْ يَتَعَدَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ، فَلَوْ أُمَّتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارٍ أَوْ
هَرَبٍ فَلَا فَسْخَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ الْغُرْمَاءُ: لَا تَفْسَخْ وَتُقَدِّمُكَ بِالْثَّمَنِ. فَلَهُ الْفَسْخُ.
وَكَوْنُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ.
وَلَا يَمْنَعُ التَّرْوِيجُ.

وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَحَدَهُ نَاقِصًا، أَوْ ضَارَبَ بِالْثَّمَنِ أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ فَلَهُ

أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ، وَجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي كَافَّةً فِي الْأَصْحِّ،
وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِي وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ.

فَلَوْ كَانَ قَبْضَ بَعْضِ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَتُهُمَا وَقَبْضَ
نِصْفِ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِي بِبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ: يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ
وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ.

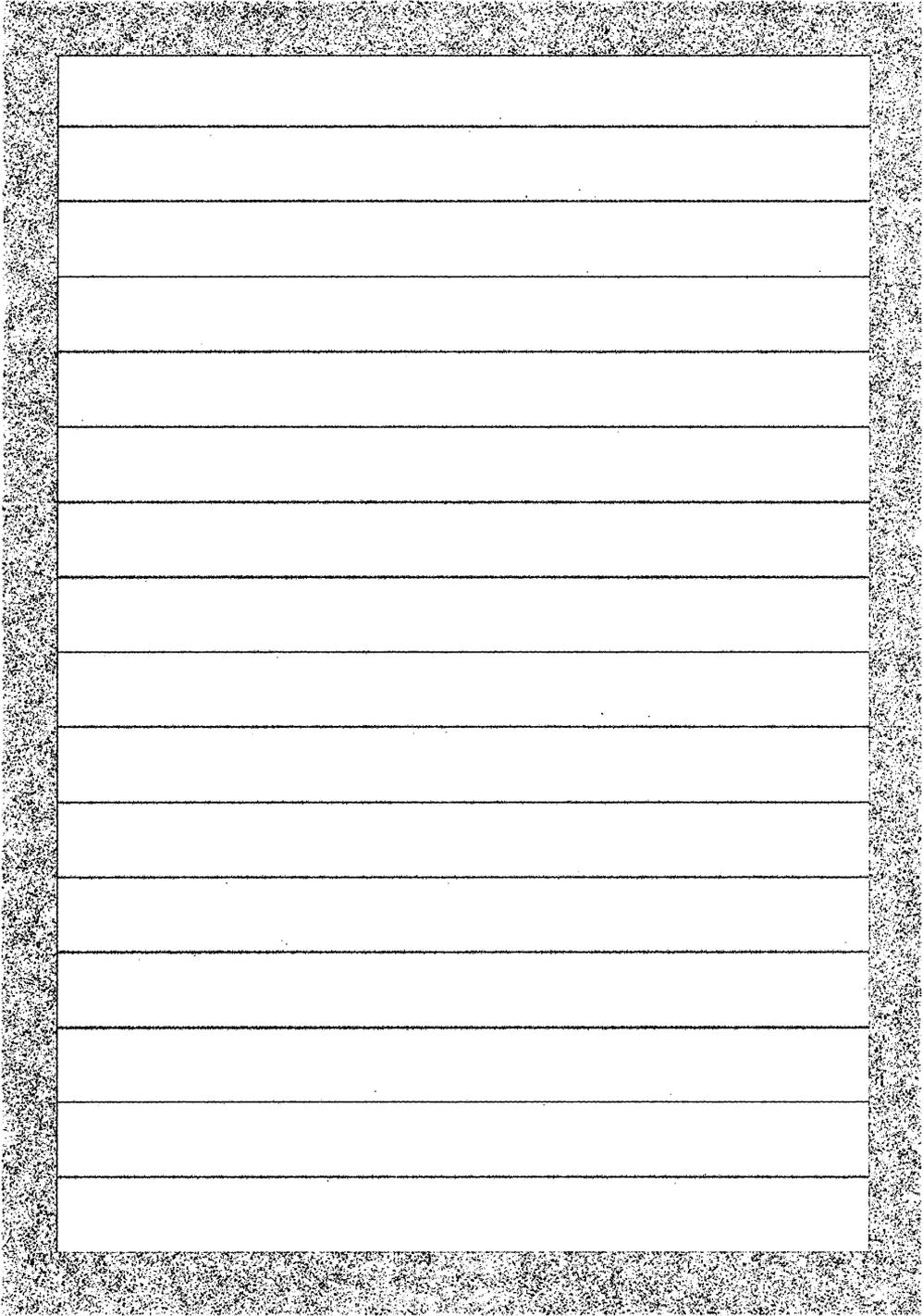
وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسَمَنِ وَصَنَعَةً فَازَ الْبَائِعُ بِهَا، وَالْمُنْفَصِلَةَ
كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا
وَبَدَلَ الْبَائِعُ قِيَمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ، وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ، وَتُضْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ، وَقِيلَ:
لَا رُجُوعَ. وَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ فَلِأَصْحِّ تَعَدِّي
الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ، وَاسْتِنَارُ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِنَارِ
الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ.

وَلَوْ عَرَسَ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيعِهَا فَعَلُوا
وَأَخَذَهَا، وَإِنْ أَمْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ
بِقِيَمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَهُ وَيُضْمَنَ أَرْضَ النَّقْصِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَحَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ
دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ، أَوْ بِأَجُودَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ
فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ الثُّوبَ فَإِنْ لَمْ تَرِدِ الْقِيَمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ
لِلْمُفْلِسِ، وَإِنْ زَادَتْ فَلِأَظْهَرٍ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ.

وَلَوْ صَبَعَهُ بِصَبْعَةٍ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ
بِالصَّبْغِ أَوْ أَقَلُّ، فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ، أَوْ أَكْثَرُ، فَلِأَصْحِّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ، وَلَوْ
أَشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثُّوبَ رَجَعَ فِيهِمَا، إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيَمَتُهُمَا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ

فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُ مَصْبُوعًا عَلَى قِيَمَةِ
 الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ اشْتَرَكَ، وَإِنْ زَادَتْ
 عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا فَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ.





كتاب التفليس

التفليس تفعيل من الإفلاس، والإفلاس مأخوذ من الفلوس التي هي أحسن الأموال، ثم كنى به عن قلة المال أو عدمه، ثم شبه به المحجور عليه.

وهو في الشرع كما قال الماوردي^(١) وغيره: حجر الحاكم على المديون، والمفلس محجور عليه بالديون.

واستفتح الرافعي في «المحرر»^(٢) هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وباع عليه ماله في دين كان عليه، وبأنه قال: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء» فأما الحديث الأول فأخرجه الحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين^(٣).

(١) «الحاوي» ٦/٢٦٤.

(٢) «المحرر» (ص ١٧٣).

(٣) «المستدرک» ٥٨/٢، ١٠١/٤ من حديث كعب بن مالك. ورواه الدارقطني ٢٣٠/٤، وصححه المصنف في «البدر المنير» ٦/٦٤٥، وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٤٣٥).

وأما الثاني فرواه البخاري ومسلم^(١).

قال: (مَنْ عَلَيْهِ دَيْوْنٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحَجَّرُ عَلَيْهِ) أي: وجوبا (بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ) أي: أو من يقوم مقامهم كأولياء المحجور عليهم؛ لما تقدم، ولأن في الحجر مصلحة الغرماء فقد يخص بعضهم بالوفاء، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع.

قال ابن الرفعة: ومن هذه العلة يستنبط أن المال لو كان مرهونا أمتنع الحجر. قال: ولم أره منقولا^(٢).

قال الرافعي: ويجوز ألا يحتاج في الحجر إلى تملك المفلس مالا، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر منعا له من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد واتهاب. قال: فإن كان كذلك فليفسر المفلس: بالذي ليس له مال يفي بديونه، لينتظم من لا مال له أصلا، ومن له مال^(٣).

وقوله: (ديون) لا مفهوم له، فإن الدين الواحد كاف.

قال: (وَلَا حَجْرَ بِالْمَوْجَلِ) أي: وإن لم يف المال به؛ لأنه لا مطالبة به في الحال.

وقيل: إن قلنا يحل بالتفليس حجر أيضا.

قال: (وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍ لَمْ يَحِلَّ الْمَوْجَلُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الأجل حق مقصود له، فلا يفوت. والثاني^(٤): يحل كالموت، والأول فرق بأن ذمة الميت خربت بخلافه.

(١) البخاري (٢٤٠٢)، مسلم (١٥٥٩) من حديث أبي هريرة.

(٢) «الكفاية» ٤٨٥/٩. (٣) «الشرح الكبير» ٥/٥.

(٤) ورد فوقها في الأصل: (مالك).

قال الماوردي: وهما مبنيان على أن حجر المفلس حجر سفه فيحل،
أو حجر مرض فلا^(١).

وتعبير المصنف بالأظهر يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في
«الروضة»^(٢) فإنه عبر بالمشهور.

فرع:

لو جن وعليه دين مؤجل حل على المشهور. كذا في أصل
«الروضة»^(٣).

قال: (وَلَوْ كَانَتْ الدُّيُونُ بِقَدْرِ المَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ
فَلَا حَجَرَ) لأنه لا حاجة إليه، بل نأمره بقضاء الدين، فإن أمتنع باع ماله أو
أكرهه عليه كما نقله في «الروضة» عن الأصحاب^(٤). نعم لو التمس
الغرماء الحجر عليه حجر على الأصح؛ كيلا يتلف ماله.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الْأَصْح)
لتمكنهم من المطالبة في الحال. والثاني: يحجر لئلا يذهب ماله فيها.

قال الإمام: وهذا هو المختار عند الأئمة^(٥)، وحكى صاحب
«المهذب» الخلاف قولين^(٦)، والخلاف جارٍ أيضًا فيما إذا كان كسوبا

(١) «الحاوي» ٦/٣٢٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/١٢٨.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/١٢٨-١٢٩.

(٤) «روضة الطالبين» ٤/١٢٩، أي: العراقيين.

(٥) «نهاية المطلب» ٦/٣٠٤.

(٦) «المهذب» ١/٣٢١.

كسبا لا يفي بنفقته إما لقصوره عنها أو لنذر فيه، وفيما إذا كانت الديون أقل، وكانت بحيث يغلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة لكثرة النفقة، وهذه الصورة أولى بالمنع.

قال: (ولا يُحَجَّرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ) لأن الحق لهم، وهم ناظرون لأنفسهم، اللهم إلا أن يكون الدين لمحجور عليه، فإنه يحجر بلا التماس؛ لأنه ناظر في مصلحتهم، وليس له الحجر كدين الغائب؛ لأنه ليس له استيفاء ما لهم في الذمم، وإنما له حفظ أعيان أموالهم.

قال: (فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ) أي: بعض الغرماء (وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحَجَّرُ بِهِ حُجْرًا) لوجود شرط الحجر، ثم لا يختص أمره بالطالب بل يعمهم.
قال: (وَأِلَّا فَالَا) لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله، فلا ضرورة به إلى طلب الحجر، وهذا هو الأصح، وقيل: يحجر ولا يضيع حقه بتكاسل غيره.

قال /٢٥٨/ في «الروضة»: وأطلق القاضي أبو الطيب وجماعة الحجر من غير تقييد بذلك، وهو قوي^(١)، وفي الجيلي وجه: أن للحاكم الحجر من غير طلب.

قال: (وَيُحَجَّرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ) لأن له غرضا ظاهرا فيه، وفي الرافعي أنه روى أن الحجر على معاذ كان بالتماسه^(٢)، لكن في «النهاية» أنه كان بسؤال الغرماء، وهذا الوجه نسبه الإمام إلى

(١) «روضة الطالبين» ٤/١٢٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/٦.

الأكثرين^(١)، وشك صاحب «الاستقصاء» في قوله أنه ليس بشيء.
والثاني: لا يحجر، لمنافاته الحرية والرشد، وإنما قلنا به عند طلب
الغرماء للضرورة.

قال: (فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ) أي: عينا وديننا ومنفعة
كالرهن، فإن كلا منهما لحق الغرماء، وفائدة ذلك عدم مزاحمته من
يحدث من الغرماء.

وقوله: (حق الغرماء) يشعر بأن حق الزكاة والكفارة والنذر لا تتعلق
بماله، وبه صرح في «الروضة» تبعا للرافعي^(٢) في كتاب الأيمان الباب
الثاني بعد ذكره الأقوال في اجتماع حق الله وحق الآدمي فقال: إن
الأقوال لا تجري في المفلس، بل تقدم حق الآدمي ما دام حيًّا، وجزم
أبن أبي هريرة في «شرح المختصر» في الأيمان بجريانها في حال
الحياة والتردد فيما بعد الموت.

فائدة:

قال الماوردي: اختلف الأصحاب في كيفية اللفظ الذي يقع به
الحجر، فقال البغداديون: يقول: وقفت مالك ومنعتك من التصرف
فيه، وقال البصريون: يقول: حجرت عليك بالفلس. ووقف المال من
أحكام الحجر، فلا يقع به الحجر^(٣).

(١) «نهاية المطلب» ٦/٣٠٥.

(٢) «الروضة» ٤/١٣٠، «الشرح الكبير» ١٢/٢٧٨.

(٣) «الحاوي» ٦/٣١٨-٣١٩.

قال: (وَأَشْهَدَ عَلَيَّ حَجْرَهُ لِيَحْذَرَ) أي: يحذر الناس معاملته؛ وهذا على وجه الاستحباب، وحكى الماوردي عن البصريين أنه شرط لصحة الحجر؛ لأن المقصود به الشهرة والإظهار، ولا يحصل إلا بالإشهاد^(١)، وهو وجه أيضاً في حجر السفه.

قال: (وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَنِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ) أي: لارتفاع القيمة أو لإبراء بعض الغرماء، كما صرح به في «المحرر»^(٢) (نَفَذَ وَإِلَّا لَغَا) إلحاقاً له بالمريض.

قال: (وَالْأَظْهَرُ^(٣) بِطُلَانُهُ) لتعلق حقهم به كالمرهون، والأكثرين يعبرون عن هذين القولين بأن التصرفات هل تكون موقوفة وهذا الوقف على الجديد بخلاف بيع الفضولي، واختلفوا في محل القولين، فمنهم من قصرهما على ما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه، فإن فعل لم ينفذ تصرفه قطعاً، والأشهر طردهما في الحالين.

فرع:

تدبيره ووصيته صحيحة لتعلقهما بما بعد الموت جزم به الرافي هنا^(٤)، وقال في باب التدبير: تدبيره كإعتاقه^(٥) ومقتضاه جريان

(١) «الحاوي» ٣١٩/٦.

(٢) «المحرر» (ص ١٧٣).

(٣) ورد أعلاها في الأصل: (مالك)، وانظر: «الذخيرة» ١٦٨/٨.

(٤) «الشرح الكبير» ٩/٥.

(٥) «الشرح الكبير» ٤١٦/١٣.

الخلاف فيه.

قال: (فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ) أي: جميعه، وكذا بعضه (لِغْرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ) أي: وكذا من الغريم الواحد بدينه كما ذكره في «المحرر»^(١) (بَطْلَ فِي الْأَصْحَحِ) لاحتمال أن يكون له غريم آخر فلا يصح من غير مراجعة القاضي. والثاني: يصح؛ لأن الحجر لهم، والأصل عدم غيرهم، فعلى هذا /٢٥٨ب/ لا يجوز للمفلس بيع ماله إلا في هذه المسألة، وبه أفتى الأرخياني، ولو باعه لغريمه تعين أو ببعض دينه فهو كما لو باعه لأجنبي؛ لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر، وعن هذا أحترز بقوله (بدينهم) ولو باع لأجنبي بإذن الغرماء لم يصح، وفيه احتمال للإمام، أقامه الغزالي وجهاً^(٢)، ويؤيده قول الماوردي: أنه إذا وهب يصح كهبة المكاتب^(٣).

قال: (فَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ) إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

والثاني: لا يصح كالسفيه، وادعى القاضي أبو الطيب وجماعة أنه لا خلاف فيه.

واعلم أنه كان ينبغي للمصنف إبدال الصحيح بالمشهور؛ لأنه قال في «الروضة»: فيصح، وفي قول شاذ: لا يصح^(٤)، فليس الخلاف وجهين.

(١) «المحرر» (ص ١٧٤).

(٢) «نهاية المطلب» ٤٢٧/٦، «الوسيط» ١٦/٤.

(٣) «الحاوي» ٣٢٠/٦.

(٤) «روضة الطالبين» ١٣١/٤.

فرع:

إذا أقرض أو باع في الذمة ففيه الخلاف أيضًا.
 قال: (وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ) أي: من غير إذن (وَوَطْلَاقُهُ وَخُلْعُهُ) إذ لا تعلق لذلك بالمال، وينفق على زوجته من كسبه.
 قال: (وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ) أي: ولو مجاناً على المذهب، كما ذكره المصنف قبيل الديات؛ لما قررناه ويصح أيضاً استلحاقه النسب ونفيه باللعان.

فرع:

لو أفلست المرأة أو الأجنبي فخالعاً، فإن كان الخلع على مال لم ينفذ فيها أو على الذمة ففيه الخلاف في السلم ونحوه.
 قال: (وَلَوْ أَقْرَبَ بَعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ) أي: عن معاملة أو إتلاف أو غيرهما (فَالأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ) كما لو ثبت بالبينة، وكإقرار مريض بدين يزاحم غرماء الصحة، ولعدم التهمة الظاهرة؛ إذ الضرر في حقه أكبر.
 والثاني^(١): المنع؛ لما فيه من الإضرار وبناهما الماوردي على أن هذا الحجر حجر مرض أو سفه^(٢).

وقول المصنف (وجب) أولى من قول «المحرر» و«الروضة» لزم^(٣)؛ ليدخل ما وجب، ولكن تأخر لزمه إلى ما بعد الحجر كالثمن في البيع

(١) ورد أعلاها في الأصل: (مالك)، وانظر: «المدونة» ١١٧/٤.

(٢) «الحاوي» ٣٢١/٦.

(٣) «المحرر» (ص ١٧٤)، «الروضة» ١٣٢/٤.

المشروط فيه الخيار.

واحترز بقوله: (في حق الغرماء) عن حق نفسه، فإنه يقبل ويطالبه. قال في «الكفاية»: والقياس جريان قولين فيه^(١).

فائدة:

قال الروياني: لو أقر رجل لمفلس بمال فكذبه، فيحتمل أن يقال: يسقط، وليس هذا كالاتلاف، إذ صحة الإقرار يتوقف على تصديقه، ويحتمل أن يقال: صحة الرد مبنية على قبول إقرار المفلس بغير المال وفيه القولان؛ لأن صحة الإقرار لا تفتقر إلى القبول بدليل صحته للمجنون.

قال: (وَلَوْ أَسْنَدَ وَجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ، أَوْ مُطْلَقًا) أي: إسنادًا معللاً بمعاملة أو إسنادًا مطلقًا (لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ) أما في الأولى فلتقصير الذي عامله، وأما في الثانية فلأن قياس المذهب كما قال الرافعي: تنزيل الإقرار على أقل المراتب^(٢)، وأقلها هو دين المعاملة. قال في «الروضة»: وهذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر، فإن أمكنت فينبغي أن يراجع؛ لأنه يقبل إقراره^(٣).

قال: (وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ) أعلم أن عبارة الرافعي وإن قال عن جناية أو إتلاف فطريقان:

أصحهما: أنه كما لو أسند لزومه إلى ما قبل الحجر. أي: حتى يقبل

(١) «انظر كفاية النيه» ٩/٤٩٠.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/١٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/١٣٢.

في أظهر القولين، كما تقدم.

والثاني: أنه كما لو قال: عن معاملة^(١). فكان ينبغي /٢٥٩/ حينئذ للمصنف التعبير بالمذهب بدل الأصح، وقد عبر به في «الروضة»^(٢) وجزم بالطريق الثاني الماوردي^(٣) وقبله القاضي حسين.

وقال الإمام في كتاب الإقرار: إنه المذهب والخلاف مفرع على الصحيح أن ضمان الإلتلافات والجنايات الحاصلة بعد الحجر إذا ثبتت بينة أو تصديق الغرماء يزاحم بها، فإن قلنا: لا يزاحم بها لو ثبتت فلا يزاحم بها بالإقرار، وإن قلنا: يزاحم بها فهنا قولان مرتبان على قبول إقرار السفية بالإلتلاف وإقرار المفلس أولى بالنفوذ^(٤).

قال: (وَلَهُ أَنْ يَرَدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ أَشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغَيْبَةُ فِي الرَّدِّ) لأن الفسخ ليس تصرفا مفسدا، وإنما هو من أحكام البيع السابق، والحجر لا ينعطف على ما مضى.

وأشار القاضي إلى خلاف فيه، فقال: له رده على ظاهر المذهب، قال: وله إمساكه، وليس للغرماء إجباره على رده؛ لأنه لا يلزمه أن يملك لأجلهم مالا.

ولو تعذر الرد بحدوث عيب عنده أستحق الأرش إن لم يرض البائع بالعيب الحادث، ولا ينفذ إبراءه منه؛ لما فيه من إبطال حق الغرماء.

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٥.

(٢) «روضة الطالبين» ١٣٢/٤.

(٣) «الحاوي» ٣٢٤/٤.

(٤) «نهاية المطلب» ٥٩/٧.

وإن كانت الغبطة في الإمساك، فليس له الرد؛ لأنه تفويت لمال حاصل، ويخالف ما لو باع بشرط الخيار، ثم أفلس، فالأصح الأوجه أن له الفسخ والإجازة بالغبطة ودونها؛ لأن العقد في زمن الخيار منزل، ولا يتعلق حق الغرماء بالمعقود عليه أو بضعف التعلق. ولو أستوى الأمران في الرد والإمساك فمقتضى كلام المصنف أنه لا يرد، وهو ظاهر.

وقوله: (ما كان أشتراه) ظاهره يشعر بأنه لا يرد ما أشتراه حال الحجر بتمام الذمة، وصححناه، وهو ظاهر؛ لتعلق حقهم به. قال: (وَالْأَصْحَحُّ تَعَدِّي الْحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِاضْطِيَادٍ وَوَصِيَّةٍ وَشِرَاءٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ) لأن مقصود الحجر وصول الحق إلى المستحقين وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر.

والثاني: لا يتعدي، كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا تتعدى إلى غيرها، وهذا ما أختاره الإريغاني في «الفتاوى». قال: (وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنٍ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهَلَ فَلَهُ ذَلِكَ) لأن الإفلاس كالعيب فيثبت الخيار بسببه مع الجهل دون العلم لدخوله في الأمر على بصيرة.

والثاني: له ذلك مطلقاً؛ لتعذر الوصول إلى الثمن، كما لو كان قبل الحجر، وكما لو تزوجت فقيراً عالمة بحاله، فإن لها الفسخ لإعساره بالنفقة.

والثالث: لا مطلقاً لتقصيره بترك البحث مع سهولة الاطلاع، فإن الحاكم يشهر أمر المحجور، وخرج الإمام الخلاف في حالة العلم

على الخلاف فيما إذا باع من الرقيق غير المأذون شيئاً، وصححناه وعلم رقه، هل له الرجوع في المبيع؟ قال: وإن جهله رجع قطعاً. واعترض عليه بأنه لا أجر للرق بخلاف الفلاس، وجعله المتولي في حال الجهل على الوجهين، فيما إذا باع شيئاً وتعذر وصوله إلى ثمنه من غير إفلاس هل له الفسخ؟

قال: (وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرْمَاءَ) أي: لا يضايقهم (بالثمن)؛ لأنه دين حادث بعد الحجر يرضي /٢٥٩ب/ مستحقه، والديون التي هذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين، فإن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلا أنتظر وجدان شيء آخر، وعلله العمراني بأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة، وإن لم يعلم فقد فرط بترك السؤال^(١).

والثاني: يزاحمهم؛ لأنه إن كان ديناً جديداً فهو في مقابلة ملك جديد، فلما زاد المال جاز أن يزيد الدين بخلاف الصداق الذي لزمه بنكاح بعد الفلاس ودين ضمنه، فإنه لا مقابلة له.

وكلام الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» والرافعي يقتضي أنه يزاحم في جميع المال^(٢).

وقال القاضي حسين والإمام^(٣) والغزالي في «الوسيط» يزاحم بثمن المبيع خاصة.

(١) «البيان» ١٤٤/٦.

(٢) «الوسيط» ١٠/٤، «الوجيز» ٣٣٨/٥، «الشرح الكبير» ١٣/٥.

(٣) «نهاية المطلب» ٣٠٦/٦.

قال القاضي: لأن ما عداه بمنزلة المرهون عندهم، فلا يشركهم فيه غريم لم يدخل معهم في الرهن، ويتلخص في المسألة أربعة أوجه:
أحدها: يتخير بين أن يرجع في العين ويضارب الثمن.
وثانيها: لا يرجع في الحال بشيء.
وثالثها: يضارب في ثمن المبيع خاصة.

ورابعها: في جميع المال، ويخرج من كلام القاضي وجه خامس أنه يقدم بالثمن؛ لأنه قال: إذا باع عبداً بجارية فأفلس المشتري وتلف العبد ورد البائع الجارية بعيب، فهل يتقدم بقيمته على الغرماء؟ يحتمل وجهين: أحدهما: نعم؛ لأن الغرماء سلم لهم في مقابلة ما يأخذ من القيمة عوضاً، فضاهى المعاملة بعد الحجر.

تنبيه:

الخلاف جارٍ في كل دين تجدد بعد الحجر برضى مستحقه بعقد معاوضة، فإن لزمه لا بمعاوضة كالصداق والضمان فلا مزاحمة، ويصبر ربه إلى أنفكاك الحجر، وإن لزمه بغير عقد ولا رضا مستحقه كأرش الجناية وبدل المتلف زاحم به على الصحيح؛ لأنه لم يوجد منه تقصير فبعيد تكليفه الانتظار وكذا الديون المتجددة بسبب مؤنات المال التي من مصلحة الحجر كأجرة الكيال والدلال فتقدم على الغرماء إذا لم يوجد متبرع بها ولم يتيسر صرفها من بيت المال.



فَضْلٌ

قال: (يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بَيْعَ مَالِهِ وَقَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ) أي: على نسبة ديونهم؛ لأن المفلس يتضرر بطول الحجر والغريم بتأخير الحق، لكن لا يفرض في الاستعجال كيلا يطمع فيه بئمن بخس، وهذه المبادرة مستحبة كما صرح به الغزالي في «الوسيط» وتبعه الرافعي^(١)، وعبارة «الوجيز»: وعلى القاضي^(٢). وهي مفهومة للوجوب، وعبارته في «الوسيط»: وللقاضي ذلك^(٣).

وخالف أبو حنيفة في ذلك فقال: الحاكم لا يبيع المال ولكن يحبسه حتى يبيع ويسلم أنه يصرف أحد النقدين في الآخر^(٤).

لنا حديث معاذ السالف أول الباب.

قال: (وَيُقَدَّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ) أي: كالفواكه والبقول صيانة له.

قال: (ثُمَّ الْحَيَوَانَ) لأنه معرض للتلف وله مؤنه.

قال: (ثُمَّ الْمَنْقُولَ) لأنه يخشى ضياعه.

قال: (ثُمَّ الْعَقَارَ) لأنه لا يخشى هلاكه ويؤمن سرقة وقدم الإمام

والغزالي الحيوان ثم ما يسرع إليه الفساد ثم العقار^(٥)، وقال /٢٦٠/

المتولي: يبدأ بالمرهون ثم بما يسرع إليه الفساد وينبغي حمله على ما

إذا لم يخش على ما يسرع إليه الفساد، وقال العمراني يباع المرهون

(١) «الوسيط» ١٤/٤، «الشرح الكبير» ١٨/٥.

(٢) «الوجيز» ٣٣٨/١ (٣) «الوسيط» ١٤/٤.

(٤) أنظر: «المبسوط» ١٨٩/٥.

(٥) «نهاية المطلب» ٣٩١/٦، «الوسيط» ١٤/٤.

والعبد الجاني^(١)، وكذا قاله الرافعي لتعجيل حق مستحقها، فإن فضل عنهما شيء ضم إلى سائر الأموال، وإن بقي من دين المرتهن شيء ضارب به^(٢).

قال في «الروضة»: وهذا إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده، فإن خيف قدم بيعه عليهما، قال: ويقدم أيضًا المال الذي تعلق به حق عامل القراض، ويقدم بالربح المشروط صرح به الجرجاني، وهو ظاهر^(٣)، وقال جماعة منهم الماوردي والمحاملي: يباع المرهون ثم العبد الجاني^(٤)، وقالوا في موضع آخر: يبدأ بما يسرع إليه الفساد^(٥). وذكر الماوردي بعد الحيوان الثياب ثم النحاس ثم ذكر العقار ثم الأراضي؛ لأن العقار قد يخاف عليه من هدم أو حرق^(٦).

فائدة:

العقار بفتح العين، وحكى صاحب «المحكم» ضمها، وقال: هو المنزل^(٧). وقال الأصمعي: هو المنزل والأرض والضياع، وهو مأخوذ من عقر الدار وهو أصلها^(٨).

قال: (وَلْيَبِغْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغَرْمَائِهِ) أي: أستحبابا؛ لأنه أنفى للتهمة وأطيب للقلوب، ولأنه أعرف بماله فيبين حاله. قال الماوردي:

(١) «البيان» ١٥٦/٦-١٥٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٨/٥. (٣) «روضة الطالبين» ١٤١/٤.

(٤) «الحاوي» ٣١٤/٦. (٥) «الحاوي» ٣١٧/٦.

(٦) «الحاوي» ٣١٨/٦. (٧) «المحكم» ١٠٦/١.

(٨) أنظر: «أدب الكاتب» (ص ٤٩)، «تحرير التنبية» (ص ٢٢٠).

والأولى أن يتولى المفلس أو وكيله البيع بإذن الحاكم؛ ليقع الإشهاد وتطيب نفس المشتري^(١)، ولا يحتاج إلى إقامة بينة أن ما يبيعه ملكه خلاف ما إذا باع أمين الحاكم بإذنه، فإن شرطه أن يثبت عنده أنه ملك المفلس، ونقل صاحب «الإشراف» عن العراقيين يدل على الاكتفاء باليد، وفي «فتاوى ابن الصلاح»: أنه إذا أثبت دينا على غائب فأقر له حاضر بعين تباع في دينه، ولا تتوقف بينة كما إذا كانت يده وغاب وثبت عليه دين^(٢).

فائدة:

الحضرة مثلثة الحاء كما تقدم في شروط الصلاة.

قال: (كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوْقِهِ) أي: أستحباً كما قاله في «الروضة»^(٣)؛ لأن طالبه ثم أكبر.

قال الماوردي: إلا أن يحتاج إلى مؤنة كبيرة في نقله، ورأى الحاكم أن يستدعي أهل السوق إليه فله ذلك^(٤)، ولو باعه في غير سوقه بثمن مثله جاز. قاله أصحابنا كما نقله عنهم في «الروضة»^(٥).

فائدة:

السوق مؤنثة، وقد تذكر، مشتقة من سوق الناس بضائعهم إليها، أو لقيام الناس فيها على سوقهم، قولان.

(١) «الحاوي» ٣١٣/٦-٣١٤.

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٥٣٥/٢. (٣) «روضة الطالبين» ١٤١/٤.

(٤) «الحاوي» ٣١٦/٦. (٥) «روضة الطالبين» ١٤١/٤.

فرع:

يقيم الحاكم دلالاً ثقة ينادي على المال، ويستحب أن يكون ممن يرضاه المفلس والغرماء، ولو رضوا بغير ثقة لم يقم بخلاف الرهن؛ لأن النظر للحاكم.

قال: (بِثْمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ) أي: وجوباً كما أفهمه عبارة «المحرر» بقوله: ولا بد^(١). لأن التصرف، لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة والحظ.

قال المتولي: فإن رضي المفلس والغرماء بالبيع مؤجلاً أو بغير نقد البلد جاز.

وقال الرافعي في الوكالة: لو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوق الغرماء جاز^(٢)، فحينئذ يستثنى هذا وما قبله من كلام المصنف. / ٢٦٠ب/ قال: (ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى) لأنه واجبه.

قال: (وَإِنْ رَضِيَ جَارَ صَرْفِ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلْمِ) لأنه أعتياض، والاعتياض عن المسلم فيه لا يجوز كما تقدم في بابه.



(١) «المحرر» (ص ١٧٥).

(٢) «الشرح الكبير» ٥/ ٢٢٥.

تنبيه :

إذا حجر على المكاتب فلا يجوز أن يعتاض السيد عن نجومها على الأصح، وكذا المنفعة الواجبة في إجازة الذمة، والأصح منع الاعتياض عنها؛ لأن الأصح فيها تغليب المعنى وهو للسلم.

قال: (ولا يُسَلَّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ) لأنه يتصرف كغيره فيحتاط. قال الرافعي: ويجيء عند التنازع قول أنهما يجبران، ولا يجبر البائع لأجل الاحتياط ولا عدم إخبارهما؛ لأن الحال لا يحتمل التأخير^(١)، وغيره حكاهما، واتفقت الطرق على أنه لا يأتي هنا القول بأنه لا يجبر واحد منهما فإن سلم ضمن قيمة المبيع على الأصح، وقيل: الثمن. وقال الإمام: أقل الأمرين^(٢).

قال: (وَمَا قَبْضُ قَسَمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ) أي: أستحبابا؛ لتبرأ الذمة ويصل الحق إلى مستحقه.

قال: (إِلَّا أَنْ يَعْسَرَ لِقَلْتِهِ فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمَعَ) أي: أستحبابا، فإن أمتنع الغرماء من ذلك، ففي «النهاية» أنه يجيبهم^(٣)، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب والمحاملي.

وقال الماوردي والعمراني: لا يجابون^(٤)، وهذا ما أورده الرافعي تفقها، حيث قال: إنه الظاهر^(٥).

قال ابن الرفعة: ولا نزاع في أن الغريم لو كان واحداً أسلم إليه ما

(١) «الشرح الكبير» ١٩/٥. (٢) «نهاية المطلب» ٣٩٤/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٣٩١/٦. (٤) «الحاوي» ٣١٤/٦، «البيان» ١٥٧/٦.

(٥) «الشرح الكبير» ١٩/٥.

يتحصل^(١)؛ لأن إعطائه لمستحقه أولى من إقراضه^(٢).

تنبيه:

إذا تأخرت القسمة، فإن وجد من يقرضه إياه فعل، ويشترط فيه الأمانة واليسار، وليودع عند من يرضاه الغرماء، فإن اختلفوا أو عينوا غير ذلك فالرأي للحاكم، ولا يقع بغير عدل، ولو تلف شيء في يد العدل فهو من ضمان المفلس، سواء أكان في حياة المفلس أم بعد موته.

فائدة:

المكاتب كالحرفي الحجر عليه بالفلس، فإذا أجمع عليه مع النجوم دين معاملة أو أرش جنائية، فقليل: يستوي بين الغرماء كسائر الديون، والأصح تقديم دين المعاملة ثم الأرش ثم النجوم.

قال: (ولا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بَأْنَ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ^(٣)) لأن الحجر يشهر، فلو كان له غريم لظهر. وقال الإمام: يكلفون ذلك كالورثة^(٤).

قال الرافعي: ولفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء^(٥).

وفرق الماوردي والرويانى والمصنف في «الروضة» بأن الغريم الموجود تيقنا أستحقاقه وشككنا في مزاحم، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج هذا عن كونه مستحقاً لهذا القدر في الذمة، وليس مزاحمة الغريم متحققة، فإنه لو أبرأ أو أعرض سلمنا الجميع إلى الآخر

(١) «كفاية النبيه» ٥٠١/٩.

(٢) «الكفاية» ٥٠١/٩. (٣) في نسخة (سواهم).

(٤) «نهاية المطلب» ٣٩٢/٦. (٥) «الشرح الكبير» ٢٠/٥.

بخلاف الوارث^(١).

قال: (فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارِكٌ بِالْحِصَّةِ) لأن المقصود يحصل بذلك. قال في «المحرر»: وهذا هو الظاهر من الوجهين^(٢).

قال: (وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ) لأنها وقعت على غير الوجه الشائع شرعا، وكما لو أقتسم الورثة التركة، ثم ظهر وارث آخر، فإنها تنقض على الأصح /٢٦١/ لكن الفرق ظاهر، وهو أن الوارث يستحق عين المال، فعلى الأول وهو الصحيح لو قسم ماله، وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون، فأخذ الأول خمسة والثاني عشرة، فظهر غريم له ثلاثون أسترد من كل واحد نصف ما أخذ، وإن ظهر بعشرة رجع على كل منهما بثلث ما أخذ، فإن أتلف أحدهما ما أخذ وصار معسرا فوجهان، الذي قاله الأكثرون أن الغريم الذي ظهر يأخذ نصف ما أخذ، وكأنه كل المال، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه وقسم بينهما. والثاني: أنه يأخذ من الموسر ثلث ما أخذه، ويبقى ثلث ما أخذه المتلف دينا عليه للغريم الذي ظهر.

واحترز بقوله: (ظهر غريم) عما إذا ظهر له مال قديم أو حادث بعد الحجر، فإنه يصرف منه إلى الغريم الذي ظهر بقسط ما أخذه الغرماء الآخذون بالقسمة الأولى، فإن بقي شيء قسم على الجميع، ولو تجدد دين حادث بعد الحجر ثم ظهر له مال، فإن كان قديما أختص به أرباب الديون القديمة وإن كان جاريا أشترك الكل فيه.

(١) «الحاوي» ٣١٢/٦، «الروضة» ١٤٣/٤.

(٢) «المحرر» (ص ١٧٥).

قال: (وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ) أي: سواء تلف قبل الحجر أو بعده (فَكَدَيْنِ ظَهَرَ) أي: وحكمه ما سبق؛ لثبوته قبل الحجر، أما إذا كان باقيا فإنه يسترده.

واحترز بقوله: (قبل الحجر) عما إذا وقع فيه، فإنه لا أثر له؛ لأنه دين حادث لم يتقدم له سبب.

قال: (وَإِنْ أَسْتَحَقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحَاكِمُ قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ) لثلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها من المؤن.

وقوله: (استحق) هو بضم التاء.

قال: (وَفِي قَوْلِ يُحَاصُّ الْغُرْمَاءُ) لأنه دين في ذمة المفلس. واختاره صاحب «التقريب» وضعفه الإمام، ومنهم من قطع بالأول، ومنهم من نزل النصين على حاليين فقال: إن كان قبل قسمة المال بين الغرماء قدم به وإن كان بعدها واستثنى وحجر بسبب تجدد مال حادث ضارب به مع الغرماء، ولم يذكر صاحب «المهذب» الحجر الثاني، بل قال: إن لم ينفك الحجر عنه قدم، وإن أنفك عنه فهو كسائر الغرماء^(١)، فإن قيل: كيف يتصور ظهور الاستحقاق إذا باع الحاكم أو أمينه على القول بأنه لا يبيع إلا ما ثبت عنده أنه ملك المفلس؟

فالجواب أنه يتصور بأن تقوم بينة بأنه كان باعه قبل الحجر أو وقفه. فإن هذه البينة تقدم على بينة الملك المطلق.

(١) «المهذب» (ص ٣٢٢).

فرع:

لا خلاف أن الحاكم لا يكون طريقا في الضمان، وكذا أمينه على الأصح من زوائد «الروضة»^(١).

فائدة:

قوله (يخاص) هو مضارع خاصه، وهو مفاعلة من الحصنة. قال الجوهري: يتخاصون إذا أقتسموا حصصا^(٢).

قال: (وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ) أي: كأقاربه وموطأته (حَتَّى / ٢٦١ب/ يَفْسِمَ مَالَهُ) لأنه موسر ما لم يزل ملكه، وليس تعلق الدين بهذا المال كتعلق الدين بالرهن. وحكى البندنجي أنه لا ينفق على الأقارب؛ لأنها مواساة، والدين لازم، وهو ما أورده الزبيلي في «أدب القضاء»، ورأيت في البويطي في هذا الباب ما نصه: ولو كانت له حرفة ففضل عن نفقة يديه شيء أخذ في دينه، ولا ينفق على أهله ولا ولده، والدين أولى. أنتهي.



(١) «روضة الطالبين» ١٤٤/٤.

(٢) «الصحاح» ١٠٣٣/٣ [حصص].

تنبيهات:

أحدها: يكسوهم أيضًا منه بالمعروف.

الثاني: إنما ينفق على الزوجات المتقدم نكاحهن على الحجر لا المتجدد نكاحهن بعده. قاله المتولي والرافعي في كتاب النكاح، وفرق في «المعاياة» بينه وبين الولد المتجدد بعدم الاختيار.

الثالث: ينفق على الزوجة نفقة المعسرین قاله الإمام^(١)، قال في «الروضة»: ويرجحه نصه في «المختصر»^(٢).

قال ابن الرفعة: وهو الحق^(٣). وقال الروياني: نفقة الموسرين. قال الرافعي: وهو قياس الباب إذ لو كان نفقة المعسر لما أنفق على القريب^(٤). وقال في «الشرح الصغير»: إنه الأقرب.

الرابع: قال العمراني: يكون طعامه مما جرت به عادته ويدفع إليه نفقة يوم بيوم^(٥).

قال: (إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِيَ بِكَسْبٍ) أي: بأن يقدر على كسب لائق به، فإنه لا ينفق عليه حينئذ من ماله بل منه، فإن فضل شيء رد إلى المال، وإن نقص كمل من المال. قاله ابن الرفعة^(٦).

قال في «التتمة»: فإن أمتنع من الكسب لا ينفق عليه حتى يكتسب.

(١) «نهاية المطلب» ٤٠٩/٦.

(٢) «روضة الطالبين» ١٤٥/٤، وانظر: «المختصر» ٢٢٢/٢.

(٣) «الكفاية» ٤٩٣/٩.

(٤) «الشرح الكبير» ٢٢/٥. (٥) «البيان» ١٥١/٦.

(٦) «كفاية النبيه» ٤٩٦/٩.

قال: (وَيَبَاعُ مَسْكَنَهُ وَخَادِمَهُ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِرِمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ) لأن تحصيلهما بالكراء سهل، فإن تعذر فعلى المسلمين، وهذا هو المنصوص.

والثاني وهو مخرج من نصح في الكفارات يبقين إذا كان لائقين بحاله دون النفسين، والفرق على الأول أن حقوق الأدميين أضيق ولا بدل لها أيضًا.

والثالث، وهو من تصرف الإمام: يبقى المسكن وحده^(١).

فرع:

كل ما ترك إذا كان موجودا في ماله يشتري له إذا لم يوجد فيه، وفي الخادم على القول بأنه يبقى له وجه لا يشتري. حكاة الإمام^(٢).

فرع:

قال البغوي: يباع مركوبه عليه وإن كان ذا مروءة^(٣).

فرع:

يترك للعالم كتبه دون المصحف. قاله العبادي في «فتاويه».

فائدة:

الزمانة في كلام المصنف بفتح الزاي والميم.

قال الأزهري: هي كل داء ملازم يزمن الإنسان فيمنعه عن الكسب

(١) «نهاية المطلب» ٤١٢/٦.

(٢) «نهاية المطلب» ٤١٢/٦.

(٣) «التهذيب» ١٠٦/٤.

كالعمى والإقعاد وشلل اليدين، وقد يسمى الأخرس الأصم زمنا وقد يكتسب^(١).

قال: (وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ وَهُوَ) أي: في حق الرجل (قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَعِمَامَةٌ وَمُكْعَبٌ) أي: وهو المداس (وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةً) لأنه محتاج إلى ذلك، ولا يؤجر غالبا، أما المرأة فيترك لها الإزار والمقنعة وغيرهما مما يليق بحالها، ويترك أيضا المنديل، كما ذكره الرافعي في «المحرر»^(٢)، ويترك أيضا الخف والطيلسان إن كان تركهما يزري به كما ذكره في «الروضة» تبعا لـ «الشرح»^(٣)، وفيه نظر لمجاوزتهما للاقتصاد، ولأن ١٢٦٢/أ تركهما لا يخرم المروءة، وقد حكاها العراقي وجها.

تنبيهات:

أحدها: يترك له أيضا درّاعة يلبسها فوق القميص إن كانت تليق بحاله.

ثانيها: وقع في «الروضة» الجمع بين المكعب والنعل، والذي في «الشرح» المكعب فقط^(٤).

ثالثها: جنس الثياب ما جرت عادته به، وقال^(٥) الإمام: الاعتبار بما

(١) «الزاهر» (ص ١٨٨).

(٢) «المحرر» (ص ١٧٥).

(٣) «الروضة» ١٤٥/٤، وانظر: «الشرح الكبير» ٢٢/٥.

(٤) «الشرح الكبير» ٢٢/٥، «الروضة» ١٤٥/٤.

(٥) ورد أعلاها في الأصل: (أبو حنيفة).

يليق به في حال إفلاسه لا في بسطته وثروته^(١).

قال الرافعي: والمفهوم من كلامهم أنه إذا كانت عادته أن يلبس الديبقي والشرب تركا له، أو المتوسط ترك له، ولو كان يلبس في حال إفلاسه فوق ما يليق به رددناه إلى ما يليق، ولو كان يلبس دونه تقتيرًا لم يرد إليه^(٢).

رابعها: يترك لعياله من الثوب ما يترك له، ولو كسا أم ولده ما لا يليق به منعناه وكسونا ما يليق، بخلاف ما إذا فعل ذلك بالزوجة والقريب فإنهما ملكاه.

خامسها: لا يترك له الفرش والبسط، ولكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة.

سادسها: لا يترك له رأس مال يتجر فيه، وحكى الإمام في كتاب الحج عن ابن سريج أنه يترك له ما يتوصل به إلى تحصيل قوته إذا كان لا يحسن الاكتساب إلا بالتجارة، كما يترك له دست ثوب، وزيفوه فيه^(٣).

سابعها: إذا لم يكن المذكور في ماله أشتري له كما سلف.

ثامنها: السراويل معرب يذكر ويؤنث وبالنون بدل اللام، وبالمعجمة بدل المهملة أيضًا، ومصروفة في النكرة وغير مصروفة أيضًا.

والمكعب بضم الميم: المداس - كما سلف - سمي بذلك لأنه دون

الكعبين.

(١) «نهاية المطلب» ٤٠٩/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٢/٥.

(٣) «نهاية المطلب» ١٣١/٤.

وقوله: (جُبة) ضبطها المصنف بالتونين مرفوعاً ومنصوباً.
قال: (وَيُتْرَكُ لَهُ قُوْتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ) لأنه موسر في
أوله.

قال في «الوجيز»: ويترك له سكناه أيضاً^(١).
قال الرافعي: وهو قياس الباب وإن لم يتعرض له غيره^(٢)، وجزم به
-أعني: الرافعي- في العتق في الكلام على السراية^(٣).
تنبيهان:

أحدها: إذا مات المفلس قدمت مؤنة تجهيزه وكفنه ودفنه على
الديون، وكذا إذا مات له قريب تلزمه نفقته أو رقيق أو أم ولد وكذا
زوجته إن أوجبناها على الزوج، نص عليه في «المختصر»^(٤)، واتفقوا
عليه كما نقله عنه في «الروضة»^(٥).

الثاني: جميع ما تقدم فيما إذا كان بعض ماله خالياً عن تعلق حق
لمعين، فإن تعلق حق بجميع ماله، حق لمعين بأن كان مرهوناً أو مبيعاً
لم يقض عنه، أو تعلق برقبته أرش جنائية فقد قال الإمام: لا ينفق عليه
ولا على عياله من المرهون^(٦).

(١) «الوجيز» ١/٣٣٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/٢٣.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣/٣١٥.

(٤) «مختصر المزني» ٢/٢٢٢.

(٥) «روضة الطالبين» ٤/١٤٦.

(٦) «نهاية المطلب» ٦/٤٠٩.

قال: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُوجَّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدِّينِ) أي: خلافاً لأحمد^(١) مطلقاً، ولمالك^(٢) فيمن أعتاد إجارة نفسه؛ لنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] الآية، وقول رسوله عليه أفضل الصلاة والسلام لغرماء ذلك المصاب في ثمار أبتاعها: «خذوا ما وجدتم فليس لكم إلا ذلك»^(٣)، نعم قال أبو عبد الله الفراوي/٢٦٢ب/ - من أصحابنا- كما أفاده ابن الصلاح في فوائد رحلته: إن الدين إن كان وجب بسبب هو عاص به كتحريق ثوب إنسان فعليه الاكتساب؛ لأنه حق آدمي، وإن لم يكن عاصياً به لم يجب.

فرع:

ليس للحاكم أيضاً إيجار المحجور عليه لوفاء الدين، غير أنه إذا أكتسب أو أجر نفسه وجعل معه أجرة صرفت في الديون.
قال: (وَالأَصْحُ وَجُوبُ إِجَارَةِ أُمَّ وَلَدِهِ وَالأَرْضِ المَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ) لأن منافعهما كالأعيان فيصرف بدلها إلى الدين.

قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من الوجهين^(٤)، وقال في «الشرح»: إن في تعليق العراقيين ما يدل على أنه أصح^(٥)، وأجاب به الأرجاني أيضاً في «فتاوى النهاية»، والجرجاني في «التحرير» في المستولدة.

(١) أنظر: «المغني» ٦/٥٨١.

(٢) «المدونة» ٤/١٢٠.

(٣) رواه مسلم (١٥٥٦) من حديث أبي سعيد الخدري.

(٤) «المحرر» (ص ١٧٥). (٥) «الشرح الكبير» ٥/٢٤.

والثاني: لا؛ لأنها لا تعد أموالاً حاضرة؛ ولهذا لا يجب إجارة نفسه، وهذا ما مال إليه الإمام^(١)، وأفتى الغزالي بأن المدين يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين والخلاص من الطلب، فإن قلنا: يؤجران، فيؤجران مرة بعد أخرى إلى أن يقضى الدين. قال الإمام: وقياسه بقاء الحجر^(٢). وقال الغزالي: لا يدوم إلى وفائه^(٣).

فرع:

أظهر الوجهين وجوب الاكتساب لنفقة الزوجة والقريب.
قال: (وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ عُرْمَائِهِ وَرَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَثِيرًا أَوْ قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ) لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة، وهذا هو الأصح، وقيل: لا. حكاها الإمام^(٤)، ونقله العبادي في «طبقاته» عن القديم، وعلله بأن المال غاد ورائح.

قال: (وَالِأَيُّ) أي: وإن لزمه لا بمعاملة كالصداق (فَيَصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصْحَحِّ) لأن الأصل العدم، وهذا ما نص عليه في البويطي. والثاني: لا بد من البيينة؛ لأن الظاهر من الحر أنه يملك شيئاً قل أم كثر. قاله الرافعي^(٥). قال ابن الرفعة: ولا يستقيم فيما إذا قسم ماله؛ لأن مقتضى الظاهر

(١)، (٢) «نهاية المطلب» ٤٠٨/٦.

(٣) «الوسيط» ١٥/٤ وفيه: يدوم إلى الوفاء.

(٤) «نهاية المطلب» ٤٢١/٦.

(٥) «الشرح الكبير» ٢٧/٥.

قد تحقق وعمل به^(١).

والثالث: إن لزمه باختياره كالصداق فلا بد من اليقينة، وإلا فيقبل قوله؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم ما لا يقدر عليه.

والرابع: حكاة القاضي حسين وغيره إن لزمه بمعاوضة محضة لم يصدق وإلا صدق.

واستشكل الشيخ عز الدين الثاني والثالث، فإن قبلنا قوله مع يمينه فالظاهر أنه يحلف على الفور ويطلق.

وقال الإمام: ويحتمل أن يقال: يتأنى القاضي ويبحث عن حاله^(٢)، وإن قلنا: لا يقبل قوله فادعى معرفة الغرماء بإعساره، أو تلف ماله فله تحليفهم على نفي العلم به، فإن نكلوا حلف على أنه معسر وثبت إعساره وأطلق، وإن حلفوا حبس، ومهما تكررت دعواه أنه بان لهم إعساره فله تحليفهم. قال في «التتمة»: إلا أن يظهر للقاضي أنه يقصد الإيذاء واللجاج^(٣).

قال: /١٢٦٣/ (وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الإِعْسَارِ) أي: وإن تعلقت بالنفي؛ لمكان الحاجة كالبيينة على أن لا وارث سوى هؤلاء، وعن مالك^(٤) أنها لا تسمع؛ لأنها شهادة على النفي، والجواب أنها ليست متمحضة للنفي، بل متضمنة له.

قال: (في الحال) أي: خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: بعد شهر أو

(١) «كفاية النبيه» ٤٨٢/٩. (٢) «نهاية المطلب» ٤٢٤/٦.

(٣) أنظر: «الشرح الكبير» ٢٨/٥.

(٤) أنظر: «الذخيرة» ٢٠٤/٨.

شهرين^(١). لنا: أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة؛ جاز سماعها في الحال كسائر البينات.

قال الماوردي: ووافقنا على أنها تسمع قبل الحبس، فكذا بعده^(٢). قال: (وَشَرَطُ شَاهِدِهِ: خِبْرَةُ بَاطِنِهِ) أي: بطول الجوار وكثرة المخالطة؛ لأن الأموال تخفى وهي في المعنى شهادة على النفي ومدركها عسر، فيحتاج إلى خبرة باطنه، ولا يجوز لهم الشهادة أعمادًا على ظاهر الحال.

قال المصنف في الشهادات: (وتبنى شهادة الإعسار على قرائن ومخائل الضر والإضاعة).

قال: (وَلْيَقُلْ: هُوَ مُعْسِرٌ) أي: لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه، ولا يشترط أن يقول: وهو ممن تحل له الصدقة (ولا يُمَحِّضُ النَّفْيَ) أي: لفظًا ومعنى (كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا).

فرع:

القاضي إن عرف أنهم من أهل الخبرة الباطنة أكتفى بشهادتهم وإلا توقف حتى يعرف ذلك، فإن قالوا: أختبرنا باطن حاله كفى. نقله في «النهاية»^(٣) عن الأصحاب.

فرع:

يكفي شاهدان كسائر الحقوق، على أصح الأوجه، وقال الفوراني

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ١٧٣/٧، و«اللباب في شرح الكتاب» ٧٤/٢.

(٢) «الحاوي» ٣٣٦/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٢٢/٦.

والمتولي: يشترط ثلاثة، وفيه حديث في «صحيح مسلم»^(١)، وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط.

والثالث: يكفي رجل وامرأتان أو شاهد ويمين. حكاه ابن أبي الدم في «أدب القضاء» عن الشيخ أبي علي.

فرع:

إذا طلب الغريم يمينه بعد إقامة البينة حلف؛ لاحتمال أن يكون له مال باطن خفي على الشهود، وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يحلف؛ لأن في تحليفه جمعا بين حجتين البينة واليمين، وفيه إيذاء للشهود وطعن فيهم^(٢).

قال الماوردي: وليس بصحيح، فإن ما يحلف عليه غير ما قامت به البينة؛ لأن البينة تنفي ما ظهر من المال، واليمين تنفي ما خفي منه^(٣)، فصار كما لو شهدت بينة بمال فادعى المشهود عليه القضاء أو الإبراء، فإن له تحليفه على نفيه، وإن سكت الغريم لم يحلفه القاضي في الأصح كيمين المدعى عليه. والثاني: يحلفه؛ لأنه من أدب القضاء.

قال الإمام: والخلاف فيما إذا سكت، أما إذا قال: لست أطلب يمينه ورضيت بإطلاق فلا يحلف قطعاً^(٤)، وحيث شرعنا التحليف باستدعاء الخصم أو دونه، ففي كونه مستحقاً أو مستحباً قولان، وقيل:

(١) مسلم (١٠٤٤) من حديث قبيصة بن مخارق.

(٢) أنظر: «المغني» ٥٨٧/٦.

(٣) «الحاوي» ٣٣٣/٦.

(٤) «نهاية المطلب» ٤٢٣/٦.

وجهان: أصحهما أولهما، وبه جزم الماوردي^(١)، فإن نكل حبس إلى أن يحلف؛ لأن الحجة لم تقم. حكاها الماوردي والعمراني^(٢).

والثاني: أنه يستحب، وبه جزم الشيخ أبو حامد، وقال سليم: إنه الأشبه.

فرع:

حكى الماوردي وجهين فيما إذا ثبت إفسار المحجور عليه بيينة ويحلف معها، هل ينفك الحجر لمجرد ذلك أم يتوقف على حكم /٢٦٣ب/ الحاكم بفكه^(٣).

قال: (وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجْزُ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازِمَتُهُ بَلْ يُمَهَّلُ حَتَّى يُوسَرَ) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وقال أبو حنيفة: للغريم ملازمته، ولكن لا يمنعه من التكسب^(٤). والآية الكريمة رادة على الجاهلية فيما أعتادته من بيع المدين بالدين إذا أعسر، وقد ورد أن ذلك وقع في صدر الإسلام.

قال ابن حزم في «محلاه» في كلامه على بيع الحر: أن زرار بن أوفى قاضي البصرة من التابعين، باع حرًا في دين. قال: وقد روينا هذا القول عن الشافعي، وهي قولة غريبة لا يعرفها من أصحابه إلا من تبخر في الحديث والآثار. قال: وهذا قضاء عمر وعلي بحضرة

(١) «الحاوي» ٦/٣٣٣-٣٣٤.

(٢) «الحاوي» ٦/٣٣٤، «البيان» ٦/١٣٨.

(٣) «الحاوي» ٦/٣٣٣.

(٤) أنظر: «بدائع الصنائع» ٧/١٧٣، و«الهداية» ٣/٣٢١.

الصحابة ولا يعترضهم في ذلك منهم معترض. قال: وقد جاء أثر بأن الحر كان يباع في الدين في صدر الإسلام إلى أن أنزل الله ﴿فَنظَرَهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] (١).

واحترز المصنف بقوله: (ثبت إعساره) عما إذا لم يثبت، فإنه يجوز حبسه، وللغريم ملازمته؛ لأنها أخف إلا أن يقول المدين للقاضي: إنه يشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته فاحبسني. فإنه يجاب، قاله الرافعي في كتاب الأفضية (٢).

فائدة:

إنظار المعسر واجب كما سلف ورب المال مخير بينه وبين الإبراء، وهو مستحب، فإن قلت: التخيير بين شيئين يقتضي أستواءهما في الحكم فلا يخير بين واجب ومندوب، والواجب أفضل من الندب، فكيف فضله هنا؟.

فالجواب: منع أن التخيير يقتضي الاستواء، وإنما يفضل الواجب المندوب إذا تساوت مصلحتاهما أو تقاربت، أما إذا تفاوتت تفاوتاً كبيراً فقد يرجح المندوب، وقد يقال: الصدقة بألف دينار أفضل من درهم من الزكاة.

قال: (وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنِ بَيْتَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكَّلُ الْقَاضِي [بِهِ] (٣) مَنْ يُبْحَثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ ظَنُّهُ إِعْسَارَهُ شَهِدَ بِهِ) لئلا يفضى إلى

(١) «المحلى» ١٧/٩-١٨. (٢) «الشرح الكبير» ٤٨٦/١٢.

(٣) زيادة من «المنهاج».

تخليد الحبس عليه، وهذا من تفقه الإمام كما قاله ابن الرفعة^(١)، فتبعه الغزالي^(٢) والمصنف.

فرع:

متى ثبت الإعسار وخلاؤه الحاكم فعاد الغرماء وادعوا بعد أيام أنه أستفاد مالا وأنكر، فالقول قوله وعليهم البينة، فإن أقاموا بينة أن في يده مالا يتصرف فيه، فإن لم يعينوه ولم يصفوه لم تسمع، وإن عينوه أو وصفوه، أخذ الغرماء قوله الرافعي، فإن قال: أخذته من فلان وديعة أو قراضاً وصدقه المقر له، فهو له ولا حق فيه للغرماء، وهل لهم تحليفه أنه لم يواطئ المقر له، وأقر عن تحقيق؟ وجهان، أصحهما: لا؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، وإن كذبه المقر له صرف إلى الغرماء، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر، وإن كان المقر له غائباً توقف حتى يحضر فإن صدقه أخذه، وإلا فيأخذه الغرماء^(٣).

فروع منثورة نختم بها الفصل:

فرع:

من عليه دين حال وجب عليه أداؤه إن قدر عليه، وهل يتوقف /٢٦٤/ ذلك على مطالبة رب الدين؟ فيه وجهان؛ حكاهما الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد في «شرح العمدة» في كلامه على الحديث الآتي^(٤). وقال الروياني في «البحر» في آخر كتاب الغصب: ويحتمل أن يقال:

(١) «الكفاية» ٩/٤٨٣.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٤٢٥، «الوسيط» ٤/١٨.

(٣) «الشرح الكبير» ٥/٢٨-٢٩. (٤) «شرح عمدة الأحكام» (ص ٥٤٥).

إن كان وجوبه برضا المالك فهو على التراخي، ويتعين بالمطالبة وبالخوف على ضياع المال، وإن كان بغير رضاه فهو على الفور، ويحتمل أن يقال: إن كان بغير رضاه وإن لم يعلم به كان على الفور، وإلا فإن وجب بتعد كان على الفور وإلا كان على التراخي^(١).

وقال الإمام في كتاب القاضي إلى القاضي: قد يقول الفقيه: من عليه دين حال يلزمه أداءه، وإن لم يطالبه صاحبه وإنما سقط وجوبه برضا المستحق بتأخره^(٢). وقال في الزكاة: من عليه دين وهو غير ممتنع من أدائه ومستحقه غير مطالب به لا يتعين أدائه إلا بمطالبتة^(٣)، ويؤيده الحديث الصحيح: «مطل الغني ظلم»^(٤). أناط الظلم بالمطل والعناء، ولا يتبين الظلم مع الفقر، فلا يثبت مع عدم المطل، والمطل إنما يكون مع الطلب.

فرع:

في حبس الأصل بدين فرعه^(٥) أوجه:

أصحها: لا كما هو مذكور في الشهادات، ونسبه الإمام هناك إلى المعظم.

وثانيها: نعم، وصححه الغزالي^(٦).

(١) «بحر المذهب» ١٠٥/٩.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٠١/١٨. (٣) «نهاية المطلب» ١٠٣/٣.

(٤) رواه البخاري (٢٢٨٧)، مسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة.

(٥) أي: حبس الأب بدين الولد، وانظر: «نهاية المطلب» ٨٨/١٩.

(٦) «الوسيط» ١٩/٤.

وثالثها: يحبس في نفقة ولده إذا أمتنع من الإنفاق عليه دون باقي

ديونه.



فرع:

أجرة الحبس على المسجون؛ لأنها أجرة المكان، قاله الرافعي في الأفضية^(١).



فرع:

إذا كان المفلس ذا صنعة مكن من عملها في الحبس. وقيل: لا، إذا عرف منه المماثلة بذلك.



فرع:

سئل الغزالي، هل يمنع المحبوس من الاستمتاع بزوجه ومحادثه أصدقائه؟ فأجاب بأن الحبس تعزير، والرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بالمنع من ذلك، وذكر الرافعي هذا احتمالاً في كتاب القضاء بعد أن نقل أنه لا يمنع ولا يستمتع بزوجه فيه إلا إذا كان موضع خال، ولا يجب عليها الحضور؛ لأنه لا يصلح لسكناها بخلاف أمته وزوجه الأمة كأمته إذا رضي سيدها بذلك^(٢)، وفي فتاوى ابن الصباغ أنه يمنع من الاستمتاع بزوجه ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل طعام.



(٢) «الشرح الكبير» ١٢/٤٨٥-٤٨٦.

(١) «الشرح الكبير» ١٢/٤٨٦.

فرع:

في فتاوى صاحب «الشامل» أنه إذا أراد شم الرياحين، فإن كان محتاجاً إليها لمرض ونحوه لم يمنع وإلا منع؛ لأنه يريد الترفه.

فرع:

فيها أيضاً أن المرأة إذا حبست في دين أستدانته بغير إذن زوجها، فإن ثبت بالبينة لم تسقط نفقتها بالحبس كالمرض، وإن ثبت بالإقرار سقطت. قال في «الروضة»: والمختار سقوطها في الحالين كما لو وطئت؛ بشبهة فاعتدت فإنها تسقط وإن كانت معذورة^(١).

فرع:

لو حبس في حق واحد، فأراد آخر الدعوى عليه أخرج وسمعت عليه الدعوى ثم رد، فإن ثبت عليه حق حبس لهما ولا يخرج إلا بإطلاقهما أو ثبوت إعساره، ولا يتوقف إطلاقه على حضور خصمه.

فرع:

إذا مرض في الحبس، فإن لم/ب٢٦٤/ يجد من يخدمه فيه أخرج، وإلا ففي وجوب إخراجه وجهان حكاهما في «البيان»^(٢)، وجزم الجرجاني في «البحر» بإخراجه، وإن جن في الحبس أخرج.

فرع:

لو هرب المحبوس، قال الماوردي: لا يجب على القاضي طلبه، وللخصم طلبه، فإن وجدته في موضع تعذر عليه إحضاره لزم الحاكم

(١) «روضة الطالبين» ٤/١٤٠.

(٢) «البيان» ٦/١٤٠.

إحضاره إن كان في عمله، وإعادته^(١) إذا طلبها الخصم، ويسأله عن سبب هربه؟ فإن علله بإعساره لم يعزره، وإلا عزره^(٢).

فرع:

أشار الإمام إلى أن الحاكم لا يقضي بعلمه في الإعسار^(٣)، وقد ذكرته في موضعه.

فرع:

لو ثبت إعساره ثم كتب عليه حجة بدين وأشهد عليه أنه مليء به ثبت يساره لتمكنه من صرف ما أستدانه، وأقر بالملاءة به إلى كل دين، أفتى به ابن الصلاح^(٤) وغيره.



فصل

قال: (مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلْسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ) لقوله ﷺ: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء» متفق عليه كما تقدم أول الباب. وكون الثمن غير مقبوض يحتاج إلى إضمار في الحديث.

وقال أبو عبيد بن حربويه: إنما يكون أحق به يستوفي حقه من ثمنه، ولا يشارك فيه الغرماء كالمرهون لا أنه يفسخ ويرجع إلى عينه.

قال الماوردي: وهو خلاف الإجماع؛ لأن القائل قائلان قائل

(١) في الأصل: وإعادتها، والمثبت الصواب، وهو الموافق لما في «الحاوي».

(٢) «الحاوي» ٦/٣٣٥. (٣) «نهاية المطلب» ٦/٤٢٢.

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ١/٢٩١-٢٩٢.

بالفسخ والرجوع إلى المبيع. وقائل بالمنع^(١)، فلو قبض بعضه فسيأتي.

تنبيهات:

أحدها: هذا الرجوع ثابت أيضًا إذا مات الغريم مفلسًا، وخالف الإصطخري فقال: يثبت بموت المشتري، وإن كان الميت موسرًا^(٢).

الثاني: هذا الرجوع لا يثبت بمجرد الإفلاس.

قال الرافعي: إلا أن ما تقدم من تفريع الأقوال عند اختلاف المتبايعين في البداءة بالتسليم يشعر باستغنائه عن الحجر، والمعتمد الأول والحديث يحتمل وجوها من التأويل، منها: أن يريد بالإفلاس الحجر، فإن الإفلاس سببه، ومنها: أن يضم الحجر فيه^(٣).

الثالث: يحصل الفسخ ب: فسخت البيع ونقضته ورفعته، وكذا رددت الثمن، وب: فسخت البيع فيه على الأصح، ووجه المنع أن مقتضى الفسخ إضافته إلى العقد المطلق.

قال: (وَالْأَصْحُ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ) لأنه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر، وكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

والثاني: أنه على التراخي كخيار الهبة للولد، وفرق الروياني بينهما بحصول الضرر هنا بخلاف ثم.

وقال القاضي حسين: لا يبعد تأقيته بثلاثة أيام كما في خيار المعتقة تحت العبد، والشفعة في أحد الأقوال فيها.

(١) «الحاوي» ٦/ ٢٧٠.

(٢) أنظر: «الحاوي» ٦/ ٢٧٣.

(٣) «الشرح الكبير» ٤/ ٥.

وقال الماوردي: إذا عزم الحاكم على بيع ماله كان على الفور^(١).

فرع:

لو أختار المضاربة سقط حقه من الرجوع، وحيث جاز الرجوع فرجع، ثم بدا له لم يكن له ذلك، وفيه وجه إليه ذلك ما دام في المجلس.

فرع:

في أفتقار هذا الفسخ إلى /١٢٦٥/ إذن الحاكم وجهان:

أصحهما: لا يفتقر؛ لثبوت الحديث فيه كخيار العتق.

والثاني: نعم، واختاره ابن أبي عسرون؛ لأنه مختلف فيه، فإن أبا حنيفة لا يثبته، فأشبهه الفسخ بالإعسار بالنفقة.

وقال الماوردي في الشهادات: لا بد أن يحكم الحاكم بجواز

الرجوع في الأعيان^(٢).

وبعد ذلك: هل لا يرجع إلا أن يحكم الحاكم برده أو يرجع وإن لم

يحكم؟ فيه وجهان، وقيل: إن كان هناك حاكم وقف على حكمه وإلا

فلا، حكاه الروياني.

فرع:

قال الإصطخري: لو حكم حاكم بمنع الفسخ نقضنا حكمه.

وقال في «الروضة»: الأصح لا نقض للاختلاف فيه^(٣).

قال: (وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِوَطْءٍ وَإِعْتَاقٍ وَبَيْعٍ) كالهبة، وتلغوا هذه

التصرفات.

(٢) «الحاوي» ١٧/١٨.

(١) «الحاوي» ٦/٢٧٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٤/١٤٨.

والثاني: يحصل كما في زمن الخيار، والفرق على الأول أن ملك المشتري في زمن الخيار غير مستقر، فجاز أن يفسخ بالفعل بخلاف ملك المفلس.

قال: (وَلَهُ الرَّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ) عملاً بعموم قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره» متفق عليه من حديث أبي هريرة^(١)، فدخل في ذلك السلم والإجارة والقرض، وخرج الخلع والمصالحة عن دم العمد، فإنهما ليس كالبيع في كونه معاوضة محضة.

قال: (وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًا) أي: فإن كان مؤجلاً فلا فسخ؛ لأن المؤجل لا يطالب به فتباع السلعة ويصرفه إلى ديون الغرماء، وهذا هو الأصح.

وقيل: يثبت له الفسخ عند الحلول بظاهر اللفظ.

قال صاحب «الاستقصاء»: ونصه في «الإملاء» يميل إليه. واختاره صاحب «المرشد» وضعفه القاضي، والإمام^(٢)، وصححه الرافعي في «الشرح الصغير» فيما إذا حل بعد الحجر^(٣)، والخلاف راجع إلى الخلاف المشهور في أنه هل يستنبط من اللفظ العام معنى يخصه، كما في آية الملامسة مثلاً؟ وهذا كله تفريع على الصحيح أن الديون المؤجلة لا تحل بالإفلاس - كما سلف - فإن قلنا: تحل به، فالأيمان المؤجلة كالحالة على الصحيح.

(١) تقدم أول الباب.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٠٤/٦. (٣) أنظر: «الشرح الكبير» ٣٣/٥.

قال: (وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ فَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ فَلَا فَسْخَ [فِي الْأَصْحَحِ] ^(١)) لعدم عيب الإفلاس وإمكان الاستيفاء بالسلطان، فإن فرض عجز فنادر لا عبرة به.

والثاني: له الفسخ؛ لتعذر الوصول إليه حالاً مع توقعه مآلاً، فأشبهه المفلس.

واحترز بقوله: (بالإفلاس) عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن، فإننا إن جوزنا الاعتياض عنه فلا تعذر في أستيفاء عوض عنه فلا فسخ، وإلا فكانت قطع المسلم فيه، فيثبت حق الفسخ على الأظهر، وعلى الثاني ينفسخ.

فرع:

لو ظهر للمفلس مال قد أخفاه، ولو كان ظاهراً أو كان وافياً بديونه لم يبطل الرجوع. قاله المتولي.

قال الرافعي: وفيه توقف؛ لأن القاضي ربما لا / ٢٦٥ب/ يعتقد جواز ذلك ^(٢).

قال: (وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسَخْ وَنُقَدِّمُكَ بِالثَّمَنِ. فَلَهُ الْفَسْخُ) للمنة، وربما يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ.

وقيل: ليس له الفسخ تخريباً مما لو حجر عليه، وفي ماله وفاء، وجزم به في «الروضة» في الكلام على القسارة في آخر الباب ^(٣).

ووقع في الرافعي ^(٤) على الصواب؛ فإنه ذكره تعليلاً للجوه المرجوح، فعكسه المصنف فليتبه له.

(١) زيادة من «المنهاج».

(٢) «الشرح الكبير» ٦٥/٥.

(٣) «روضة الطالبين» ١٧٥/٤.

(٤) «الشرح الكبير» ٣١/٥.

قال: (وَكُونُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي) للحديث السالف ووجد سلعته، نعم لو زال ثم عاد، فأظهر الوجهين في «الشرح الصغير» أنه يجوز له الرجوع، وصحح المصنف في «الروضة»^(١) من زياداته مقابله.

قال: (فَلَوْ فَاتَ) أي: بآفة، أو جناية، أو غيرهما (أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ) لأنه كالخارج عن ملكه، وليس له فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع لسبق حقه عليها.

قال الماوردي: فلو باعه وحجر عليه في زمن الخيار جاز للبائع الرجوع، وإن قلنا بزوال الملك^(٢).

وما ذكره في الكتابة جار على الأصح أنه لا يجوز بيعه، وحكم الأمة كالعبد، وكذا المبعوض.

فرع:

الاستيلاء كالكتابة، ذكره في «الروضة» تبعاً للرافعي^(٣)، ووقع في فتاوى المصنف أنه لا يمنع^(٤)، وهو غلط.

قال: (وَلَا يَمْنَعُ التَّرْوِيجُ) عبداً كان أو أمة لأنه لا يمنع البيع.



تنبيه:

للرجوع شرطان آخران أهملهما المصنف:

(١) «الروضة» ٤/١٥٦.

(٢) «الحاوي» ٦/٢٧١.

(٣) «الشرح الكبير» ٥/٤٠، «الروضة» ٤/١٥٥.

(٤) «فتاوى الإمام النووي» (ص ٨٨).

أحدهما: أن لا يتعلق بالمبيع حق ثالث كالجناية والرهن والشفعة، فإن زال التعلق رجع، وفيه وجه في «الحاوي»^(١).

الثاني: أن لا يقوم بالبائع مانع من التملك، كما لو أحرم، وكان المبيع صيداً، وكما لو كان البائع كافراً والمبيع مثله، وأسلم في يد المشتري.

قال: (وَلَوْ تَعَيَّبَ بِأَفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أَوْ ضَارَبَ بِالثَّمَنِ) كما في تعيب المبيع في يد البائع، وسواء كان النقص حسياً كالعمى أو غيره ككسبان الحرفة، وفي وجه أو قول: يأخذ المبيع، ويضارب بما نقص، وهو غريب.

قال: (أَوْ بِجِنَايَةٍ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ) لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان، وكان ذلك مستحقاً للبائع لو بقي فلا يحسن تضييعه عليه، وإنما جعلنا البائع كالأجنبي؛ لأنه غير مالك، وإنما اعتبرنا نقصان القيمة دون التقدير؛ لأن التقدير إنما أثبتته الشرع في الجنايات والأعواض يتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة ولو اعتبرنا المقدار يلزمنا أن نقول: إذا قطع الجاني يديه وغرم تمام القيمة يرجع البائع إلى العبد مع تمام القيمة أو تمام الثمن، وهو محال. مثاله: قيمته سليماً مائة دينار ومعيباً تسعون فيرجع بعشر الثمن. وأغرب الماوردي فقال: هذا إذا كان المفلس قد قبضه وتلف في يده، فلو كان باقياً في ذمة الجاني فالبايع يختص به ولا يشاركه الغرماء فيه؛

(١) «الحاوي» ٦/٢٧١.

لأنه بدل من عين ماله التي تفرد باسترجاعها^(١)، ومفهوم كلامه أن المفلس إذا كان قبض الأرش وبقي في يده أن البائع يختص به أيضًا. وأشار الروياني إلى مجيء قول أن البائع يتخير بين المضاربة /٢٦٦/ وبين أخذه معيبا من غير أرش، وهو غريب أيضًا. قال: (وَجِنَايَةُ الْمُشْتَرِي كَأَقْفَةٍ فِي الْأَصْحَحِّ) لأن فعله وقع في ملكه قبل تعلق حق الغرماء.

والثاني: أنها كجناية الأجنبي، وكان ينبغي للمصنف إبدال الأصح بالمذهب؛ لأنه قال في «الروضة» تبعا للرافعي فيه طريقان: أصحهما عند الإمام أنه كالأجنبي؛ لأن جناية المشتري قبض واستيفاء، وكأنه صرف جزءا من المبيع إلى غرضه. والثاني -وبه قطع صاحب «التهذيب» وغيره: أنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض، ففي قول كالأجنبي، وعلى الأظهر كالآفة السماوية.

قلت: المذهب أنه كالآفة السماوية، وبه قطع جماعات^(٢). هذا لفظه، وكان المصنف تبع «المحرر»^(٣) عليه، فإنه عبر بذلك، لكنه لا اصطلاح له في ذلك، فلا أعترض عليه إذا.

قال الرافعي: ولا يخطر بالبال إن حق تشبيه جناية الأجنبي هنا بجناية البائع قبل القبض يشبه جناية البائع هنا بجناية المشتري ثم، حتى يقال: كأنه أسترجع بعض المبيع؛ إذ ليس له الفسخ والاسترجاع إلا بعد الحجر،

(١) «الحاوي» ٢٧٨/٦.

(٢) «الروضة» ١٥٧/٤، وانظر: «التهذيب» ٨٨/٤، و«الشرح الكبير» ٤٣/٥.

(٣) «المحرر» (ص ١٧٦).

وليس قبله حق ولا ملك^(١).

قال: (وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِي وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ) لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما، بل لو فسخ البعض مع بقاء الجميع مكن منه؛ لأنه أنفع للغرماء، فهو كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه لولده، وفي قول بعيد أنه إذا رجع أخذ الباقي بكل الثمن ولا يضارب بشيء.

قال: (وَلَوْ كَانَ قَبْضَ بَعْضِ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ) لأن الإفلاس سبب تعود به كل العين إليه، فجاز أن يعود به بعضه كالفرقة في النكاح قبل الدخول، والقديم لا يرجع، بل يضارب بباقي الثمن لحديث فيه في الدارقطني^(٢)، وهو مرسل، ولا يصح مسندًا.

قال: (فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبِضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِي بِبَاقِي الثَّمَنِ) أي: ويكون ما قبض في مقابلة التالف، كما لو رهن عبدين بمائة وتلف أحدهما وقد قبض خمسين، فالباقي مرهون بالباقي.

قال: (وَفِي قَوْلٍ): أي: مخرج (يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ)^(٣) وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ) أي: بنصف الباقي وهو الربع؛ لأن الثمن يتوزع على المبيع وحينئذ فيتوزع كل واحد من المقبوض والباقي على العبدین.

(١) «الشرح الكبير» ٤٣/٥.

(٢) الدارقطني ٢٩/٣ من حديث أبي هريرة مرفوعًا: «إِنْ كَانَ قَبْضٌ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أَسْوَأُ الْغَرْمَاءِ». وقال: فيه إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا، وإنما هو مرسل.

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

فرع:

لو قبض بعض الثمن ولم يتلف شيء من المبيع، ففي رجوعه القولان السالفان، فعلى الجديد يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصف الثمن رجع في نصف العبد المبيع أو العبد المبيعين.

قال: (وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنِ وَصَنَعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهَا) جريا على القاعدة، إلا في الصداق، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها؛ لما سيأتي في بابه.

واعلم أن ما جزم به المصنف في الصنعة تبع فيه «المحرر»^(١) وكذا هو في «الروضة» تبعا للشرحين^(٢)، وقالوا بعد الكلام على طحن الحنطة وقصر الثوب وأن الأظهر أنه يباع وللمفلس من ٢٦٦ب/ ثمنه بنسبة ما زاد، ما نصه: وأما تعلم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة، فعن أبي إسحاق وغيره أنها كالسمن. والأصح أنه من صور القولين^(٣)، فما جزمنا به هنا هو قول أبي إسحاق، فتنبه له.



فائدة:

السَّمَنُ بكسر السين وفتح الميم مصدر سمن، وسمن ضد هزل، ومصدر المقيس فتح السين والميم معا، ولم أر من ذكره.
قال: (وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدُ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي

(١) «المحرر» (ص ١٧٧).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٦/٥، «الروضة» ٤/١٥٩.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٩/٥، «روضة الطالبين» ٤/١٧٠.

الأصل) لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فيقتصر عليه.
قال: (فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَدَلَ الْبَائِعِ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ) لانتفاء المحذور وهو التفريق.

قال: (وَالِإِلَّا) أي: وإن لم يبذل قيمته (فَيُبَاعَانِ) لوجود المحذور (وَتُضْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ) أي: وما قابل الولد إلى الغرماء.

قال الشيخ أبو حامد: وكيفية التقسيط أن تقوم الجارية ذات ولد، ثم يقوم الولد، ويضم قيمة أحدهما إلى الآخر ويقسم الثمن عليهما^(١).

قال: (وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ) أي: بل يضارب لما فيه من التفريق.
قال الرافعي: ولم يذكروا هنا جواز التفريق^(٢). قال في «الروضة»:

بل ذكره صاحب «الحاوي» والمستظهري وغيرهما، وعللوه بالضرورة كمسألة الرهن، قالوا: وليس بصحيح إذ لا ضرورة، وفرقوا بأن مال المفلس مبيع كله مصروف إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق مع إمكان المحافظة على جانب التراجع وكون مال المفلس مزالا^(٣).

قال: (وَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرَّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ فَلِأَصْحِّ تَعَدِّي الرَّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ) أما في الأولى فلأن الحمل لما تبع في البيع تبع في الرجوع، وأما في الثانية فلأن الحمل يعلم، فكأنه باعه عينين.

والثاني: لا رجوع فيهما، أما في الأولى فلأن البائع إنما يرجع إلى ما كان عند البيع، والحمل ليس كذلك، وهذا هو الأصح في نظيره من

(١) أنظر: «البيان» ١٨١/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٦/٥.

(٣) «روضة الطالبين» ١٦٠/٤، وانظر: «الحاوي» ٢٨٥/٦.

الرد بالعيب والرهن، ورجوع الولد في الهبة، وأما في الثاني فبناء على أن الحمل لا يعلم، ومن الأصحاب من بنى الأول على هذا الأصل أيضًا، وهو أن الحمل هل يعلم أم لا؟ لكن مقتضاه تصحيح الرجوع في الأم وحدها، وقد وفى به بعضهم لكن الأكثرون على ما في الكتاب، ولهذا وجهناه بما سلف، وكان ينبغي للمصنف إبدال الأصح بالأظهر، كما فعله في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح»^(١) لكنه غره تعبير «المحرر»^(٢) فإن عبارته كذلك، لكن لا اصطلاح له في ذلك كما قدمته لك غير مرة، ولا يخفى أنها لو كانت حاملاً عند البيع والرجوع أنه يرجع فيها حاملاً، وأنه لو حدث بينهما وانفصل أنه للمشتري، وبذلك يكمل للمسألة أربع صور.

قال: (وَاسْتِتَارِ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورِهِ بِالتَّابِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ) أي: فإن كانت مؤبرة في الحاليتين فللمشتري، أو غير مؤبرة فيهما فللبائع، أو مؤبرة عند الرجوع فقط فطريقان: أحدهما: أنه على القولين في الولد. والثاني: القطع بأنه يأخذه، أو عند الشراء فقط فقولان، أظهرهما: أنها /٢٦٧/ للبائع، والثاني: أنها للمشتري، ومنهم من قطع به.

قال: (وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرَّجُوعِ) تبع في هذه العبارة «المحرر»^(٣) وفيها إطلاق؛ لأنها إذا كانت غير مؤبرة عند الرجوع فأولى بعدم تعدي الرجوع،

(١) «الروضة» ٤/١٦٠، وانظر: «الشرح الكبير» ٥/٤٨.

(٢)، (٣) «المحرر» (ص ١٧٧).

كما قررناه، فما ذكره هو فيما إذا كانت مؤبرة عند الرجوع فقط.
وعبارة الغزالي: وأولى بالاستقلال^(١). قال الرافعي يشير إلى طريقة
القطع في الثمار تارة في الإثبات وأخرى بالنفي - كما بيناه^(٢) - فكأنه في
«المحرر» تبع هذه العبارة.

قال: (وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرْمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى
تَفْرِيعِهَا فَعَلُوا) لأن الحق لا يعدوهم (وَأَخَذَهَا) - يعني: البائع - إذا
أختار الرجوع في الأرض؛ لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق لغيره،
وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء لئتملكها مع الأرض؛
لأن المبيع قد سلم له وإذا قلعوا وجب تسوية الحفر وغرامة أرش
النقص من مال المفلس يقدم بهما البائع على الغرماء، كما جزم به في
«الكفاية» وأنكر على الرافعي حكاية الخلاف فيه وأوله^(٣).

قال: (وَإِنْ أَمْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا) لأنه حين البناء والغراس لم يكن
متعديا بل وضعه بحق فيحترم.

قال: (بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَمْتَلِكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ
وَيُضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ) أي: وليس لهم الامتناع؛ لأن به يندفع الضرر،
وهذا بخلاف ما إذا زرع المشتري الأرض وأفلس فيرجع البائع في
الأرض، فإنه لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة، ولا من قلعه وغرامة
أرش النقص؛ لأن له أمدا قريبا، والغراس والبناء للتأيد، وفيهما وجه
أنه يقلع مجانا، كما في المستعير عند الامتناع، حكاها في الأولى:

(١) «الوسيط» ٢٨/٤.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٩/٥.

(٣) «كفاية النبيه» ٥٣٤/٩.

الماوردي^(١) وفي الثانية: القاضي حسين.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ) لأنه ينقص قيمتها ويضرهم، والضرر لا يزال بالضرر.

والثاني: له ذلك كما لو صبغ الثوب يرجع فيه دون الصبغ، ويكون شريكا، وصححه سليم.

والفرق على الأول أنه كالصفة التابعة للثبوت، هذه الطريقة هي أصح الطرق.

والثانية: تنزيل النصين على حالين، وفيه طرق:

أحدها: حيث قال: (يرجع) أراد ما إذا كانت قيمة الأرض أكبر من قيمة البناء والغراس وقيمتها مستحقة بالإضافة إليها، وحيث قال: لا (يرجع)، أراد إذا كان الأمر بالعكس إتباعًا للأقل بالأكثر.

قال القاضي أبو الطيب: وهو لا يلزمهم أن يقولوا: لا يرجع، وإن بذل قيمة البناء والغراس إذا كانت أقل.

والثاني: أنه حيث قال: لا يرجع أراد به لا يأخذ الغراس والبناء مجانًا، وحيث قال: يرجع، أراد في الأرض وحدها.

والثالث: حيث قال: يرجع أراد في البياض المتخلل بين الأبنية والأشجار. فيرجع فيه ويضارب بقسط الباقي، وحيث قال: لا (يرجع). أراد في جميع الأرض.

والطريقة الثالثة في الأصل عن ابن خيران أنه يقال للبائع: إن أعطيت

(١) «الحاوي» ٦/٢٨٤.

قيمة البناء أخذت أرضك، /٢٦٧ب/ وإن لم تعط ورضيت بالشركة يباع لكما البناء والأرض فيقتسمان الثمن بالحصص، فلك ذلك، فإن قال الغرماء: والمفلس يقلع البناء، ويضمن ما نقص من الأرض فلهم ذلك، فإن أبوا قلعها وأبى البائع دفع القيمة، أو أن يكون شريكاً فيها. قال الشافعي: يضرب بالثمن مع الغرماء^(١).

التفريع على القولين:

إن قلنا: ليس له الرجوع فيها وإبقاء البناء والغراس يخير بين أن يضارب مع الغرماء بالثمن، ويعود إلى بذل القيمة أو القلع وغرامة أرش النقص.

قال المصنف في حاشية «الروضة»: قولي: يعود. إشارة إلى أنه لو أمتنع من ذلك ثم عاد مكن^(٢).

وقال صاحب «المطلب» يشبه أن ينبنى على الخلاف في أن حق الرجوع على الفور أم لا، وإن قلنا بالقول الآخر، وهو الرجوع فيها، فإن أنفقوا على بيع الأرض بالغراس والبناء بيعت وقسم التمر عليهما على قدر قيمتهما فإن أبى البائع لم يجبر في الأظهر، فإن باعوا البناء والغراس بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة والقلع وأرش النقص كما كان، وثبت للمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بالحال. وحكى أبو حامد وجهها وحكم بخطئه أنهما يؤجران، فما قابل

(١) «الأم» ٣/١٧٨.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/١٦٨.

الأرض من الأجرة للبائع، وما قابل الشجر للمفلس^(١).

قال الرافعي: وما ذكرناه في هذه المسألة هو طريقة الجمهور، وحكاية الإمام أربعة أقوال فيها، لیت شعري من أين أخذها^(٢)، وحاول غيره إخراجها مما ذكره الأصحاب.

قال: (وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ) أي: بعد الفسخ؛ لأنه في المثل واحد حكماً، وفي الخلط بالدون تسامح بعيب حدث بالخلط، وفي قول مخرج: من الأجود أنه فاقد فيهما.

فرع:

لو طلب البائع البيع لم يجب إليه على الصحيح كما لا يجب الشريك، وقيل: يجب ويصرف إليه نصف الثمن، وقيل: يجب في الخلط بالأردأ لا بالمثل.

قال: (أَوْ بِأَجْوَدَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ) أي: بل يضارب بالثمن فقط؛ لأن الرجوع إلى عين المبيع متعذر حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فللاضرار بالقسمة، بخلاف المثل والأردأ.

والثاني: يرجع كالخلط بالمثل، وعلى هذا فالأظهر أن الرجوع في المخلوط بنسبة القيمة. والثاني: في ثمنه بنسبتها.



(١) أنظر: «البيان» ٦/ ١٩١.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/ ٥٥-٥٦، وانظر: «نهاية المطلب» ٦/ ٣٤٤-٣٤٦.

فرع:

لو كان الخليط قليلا قدر ما يقع بين الكيلين، قال الإمام: إن كان الكثير للبائع فالوجه القطع بكونه واحداً أو للمشتري، فالظاهر كونه فاقداً^(١).

فرع:

لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع كالزيت بالشيرج فلا فسخ، بل هو كالتالف، وفيه احتمال للإمام^(٢)، وحكى الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه قال: يباع الكل ويدفع إلى البائع ما قابل الزيت وإلى الغرماء ما قابل المخالط^(٣).

قال: (وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ الثَّوْبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةَ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ) لأن المبيع موجود من غير زيادة، وإن نقصت فليس للبائع غيره. قال: (وَإِنْ زَادَتْ / ١٢٦٨ / فَأَلْظَهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ) لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه بخلاف الغاصب.

مثاله: قيمة الثوب خمسة، وبلغ بالقصارة ستة فللمفلس سدس الثمن. والثاني: أن البائع يفوز بالزيادة؛ لأنها صفات تابعة، فأشبهه السمن. والفرق على الأول أنه غير منسوب إلى فعله؛ ولهذا لا يجوز الاستئجار عليه بخلافها، والقول الأول يعبر عنه بأن القصاراة عين.

(١) «نهاية المطلب» ٦/٣٥٨.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٣٥٧.

(٣) «الحاوي» ٦/٣٠٠.

والثاني: أنها أثر، والمراد بالقصارة هنا تصفية الثوب بالغسل، فإن جعل فيه أعيان بعد تصفيته، فهي عين جزما.

فرع:

الخلاف جار فيما لو أشتري دقيقا فخبزه، أو لحما فشواه ونحو ذلك، وضبط الإمام محل الخلاف بأنه كل صفة تحصل بفعل يجوز الاستتجار عليه بحيث تعد الصفة من آثار ذلك الفعل، ويظهر على المحل لا لحفظ الدابة وسياستها، فإنه لا يظهر أثرها على الدابة، ويدخل فيه رياضة الدابة وتعليم العبد القرآن والحرفة^(١)، كما قدمته عند قوله: (ولو زاد المبيع زيادة متصلة).

فرع:

يجوز للبائع أن يمسك المبيع لنفسه ويعطي للمفلس حصة الزيادة على الأصح فلا يتعين البيع كما ذكره المصنف.

قال: (وَلَوْ صَبَعَهُ بِصِبْغَةٍ) أي: بصبغ المشتري (فَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةَ قَدَّرَ قِيَمَةَ الصَّبْغِ رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكَ بِالصَّبْغِ) لأن المبيع هو الثوب خاصة.

مثاله: قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة، فصار قيمته مصبوغا خمسة

عشر فيكون المفلس شريكا بخمسة عشر، وفي كيفية الشركة وجهان:

أحدهما: كل الثوب للبائع، وكل الصبغ للمفلس كما لو غرس

الأرض، وهذا هو المذكور في «الشامل».

والثاني: أنهما يشتركان فيهما جميعا بالأثلاث؛ لتعذر التمييز كخلط

(١) «نهاية المطلب» ٦/٣٦٠-٣٦١.

الزيت.

فائدة:

الصبغ والصبغة بالكسر: ما يصبغ به وبالفتح مصدر صبغ يصبغ معا مثلث الباء.

قال: (أَوْ أَقَلَّ) أي: بأن صار مصبوغا قيمته اثنا عشر، وسعر الثوب باق بحاله (فَالْتَقَصُّ عَلَى الصَّبْغِ) لأن أجزاءه متفرقة وتنقص، والثوب موجود بحاله، ولو لم يزد شيئاً كان الثوب للبائع، وهو واضح.

قال: (أَوْ أَكْثَرَ) أي: بأن ساوى عشرين (فَالْأَصْحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ) بناء على أن الصبغة كالقصاراة ويسلك بها مسلك الأعيان.

والثاني: أنها أثر، فقليل: يفوز صاحب الثوب بالزيادة، فيكون له ثلاثة أرباع الثمن، ولصاحب الصبغ ربه، والأصح أن الخمسة الزائدة تكون بين صاحب الثوب وصاحب الصبغ بالقسط.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثُّوبَ رَجَعَ فِيهِمَا إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيَمَتُهُمَا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ) كما سبق فيضارب بثمانه.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا) يعني: الثوب والصبغ (مِنْ اثْنَيْنِ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُ مَصْبُوعًا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ، /٢٦٨ب/ وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ اشْتَرَاكَ) أي: كما تقدم واضحاً.

قال: (وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيَمَتِهِمَا فَالْأَصْحُ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ) بناء على أنها عين، ووجه مقابله بناء على أنها أثر.



فرع:

حكم صبغ الثوب كالبناء والغراس، فلو قال المفلس والغرماء: يقلعه ويغرم أرش النقص. قال ابن كج: لهم ذلك.

فرع:

لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الصبغ قابلا للفصل أم لا. وقال القاضي أبو حامد: إذا لم تقبل وصار مستملكا صار كالقسارة في أنه عين أم أثر.

فرع:

جميع ما تقدم فيما إذا باشر المشتري العمل بنفسه أو تبرع به متبرع أو أستأجر عليه أجيراً وفاه أجرته، وفيما إذا كانت الزيادة في صورة الزيادة بسبب الصبغة، فإن كانت بارتفاع السعر فيظهر أن يجيء فيه ما قاله ابن الصباغ في نظيره من الغصب أن الزيادة إن كانت في سعر الثوب فقط فهي لصاحب الثوب، وإن كانت في سعر الصبغ خاصة فهي لصاحبه، وإن كانت فيهما وزعت عليهما^(١).



(١) أنظر: «البيان» ٥٦/٧.

باب الحَجْرِ

مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَالْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ. وَمَقْصُودُ الْبَابِ: حَجْرُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُبْدِرِ، فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ، وَيَرْتَفِعُ بِالْإِفَاقَةِ، وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا، وَبِالْبُلُوغِ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً، أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ، وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ، وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ لَا الْمُسْلِمِ فِي الْأَصْحَحِّ، وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلًا، وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَهَ.

وَلَا يُبَدَّرُ بَأَنَّ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَيْبِ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِفْاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ، وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ. وَوُجُوهُ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَايِسِ الَّتِي لَا تَلِيْقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْدِيرٍ.

وَيُحْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ، فَيُحْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزَّرَاعَةِ وَالتَّنْفِقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا، وَالْمُحْتَرَفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَزْلِ وَالْقُطْنِ، وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهَرَةِ وَنَحْوِهَا، يُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الْأَخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ: بَعْدَهُ، فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ.

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجْرُ، وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي، فَلَوْ بَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجِرَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: يَعُودُ الْحَجْرُ بِإِلَاعَادَةٍ. فَلَوْ فَسَقَ لَمْ يُحَجَرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحَحِّ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ، وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ، وَقِيلَ:

القاضي، ولا يَصِحُّ مِنْ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ يَبِيعُ وَلَا شِرَاءٍ وَلَا إِعْتَاقٍ وَهَبَةً وَنِكَاحَ بَعِيرٍ إِذِنْ وَلِيَّهُ، فَلَوْ اشْتَرَى أَوْ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُودُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ، وَلَا بَعْدَ فِكِّ الْحَجْرِ، سِوَاءِ عِلْمِ حَالِهِ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهْلَهُ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِي فِي الْأَصْحِّ، وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بِاتِّلَافِ الْمَالِ فِي الْأَطْهَرِ، وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظَهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلِعَانٍ، وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الرِّكَاءَ بِنَفْسِهِ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرُوضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةٌ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ.

قلت: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلًا، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدَّرَ زِيَادَةَ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



فَصْلٌ

وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيَّهُمَا ثُمَّ الْحَاكِمِ، وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصْحِّ. وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ، فَيُنْبِي دُورَهُ بِالطَّيِّبِ وَالْآجِرِ لَا اللَّيِّنِ وَالْحِصِّ. وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ. وَلَهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِعَرَضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ، وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، وَيُرَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ. فَإِنْ ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْنَعًا بِمَا مَصْلَحَةٌ صُدَّقَا بِالْيَمِينِ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ صُدَّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ.



﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

(باب الحجر)

هو في اللغة المنع، وهو مصدر حجر يحجر، وهو في الشرع عبارة عن منع التصرف في المال، وهو نوعان حجر شرع لمصلحة الغير، وحجر لمصلحة المحجور عليه فالأول على أضرب ذكرها المصنف أولاً فقال: (مِنُهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ) أي: في المال الموجود والمتجدد على الأصح كما سلف في موضعه.

قال: (وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ) أي: في العين المرهونة (وَالْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ) أي: في ثلثي التركة إن لم يكن عليه دين، وفي جميعها إن كان عليه دين يستغرق.

قال: (وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ) قال الإمام: وأنكر بعضهم عد الرقيق من المحجورين عليهم؛ لأنه لا يملك شيئاً يتصرف فيه. قال: وهذا لا أصل له^(١).

والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فالحجر عليه لسيدة ولحقه ولحق الله قال: (والمرتد للمسلمين ولها أبواب) تقدم بعضها، ويأتي الباقي إن شاء الله تعالى، وتقدم أيضاً الحجر الغريب^(٢) لحق البائع. ذكره المصنف قبيل التولية، والحجر على الراهن قدمه في بابه، والتركة مرهونة كما ذكره قبيل الفلاس أيضاً والحجر على السيد في

(١) «نهاية المطلب» ٤٣١/٦.

(٢) كذا العبارة، ولعل الصواب: حجر الغريب...

المكاتب لحقه، ذكره في بابه والحجر عليه في العبد الجاني قدمه في أوائل البيوع.

وألحق القاضي والمتولي بذلك الحجر على الأب الذي وجب على ابنه إعافه في الجارية التي ملكها له للاستمتاع بها، وأنواعه تزيد على هذه كما ذكرتها في «شرح التنبيه».

وقول المصنف: (منه حجر المفلس) إلى آخره. فيه إشارة إلى عدم حصره فيما ذكره، والحجر في هذه الأضرب لا يعم جميع التصرفات بدليل الإقرار بالعقوبات.

وأما النوع الثاني فهو ثلاثة أضرب: حجر صبي وجنون وسفه، وسماه الغزالي التبذير^(١)، وشرع المصنف رحمه الله في ٢٦٩/١ بيانهم فقال: (ومقصود الباب: حجر الصبي والمجنون والمبذر) والأصل فيهم ما أفتح به «المحرر»^(٢) من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي: مبذرا ولو كبيرا ﴿أَوْ ضَعِيفًا﴾، أي: صغيرا أو كبيرا مختلا ﴿أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ﴾ أي: لجنونه ﴿فَلْيُمَلِّ﴾ أي: يملئ ﴿وَلِيُؤْتِ بِالْعَدْلِ﴾. كذا فسرهما الشافعي^(٣)، فأخبر بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدل على ثبوت الحجر عليهم.

قال المتولي: والبالغ الذي له أدنى تمييز ولم يكمل عقله كالصبي

المميز.

(١) «الوسيط» ٣٧/٤.

(٢) «المحرر» (ص ١٧٩).

(٣) «الأم» ٣/١٩٤.

قال: (فَبِالْجُنُونِ تَسْلَبُ الْوَلَايَاتُ) أي: كولاية النكاح وتفرقة الزكاة والقضاء؛ لأنه إذا لم يل أمر نفسه، فغيره بطريق أولى.

قال: (وَاعْتَبَارُ الْأَقْوَالِ) أي: له وعليه؛ لعدم قصده، أما أفعاله فلا شك في اعتبار الإلتلاف منها دون غيره كالهديّة والصدقة. نعم لو أحرم ثم جن فقتل صيدا، فأظهر القولين من زوائد «الروضة» في بابه عدم وجوب الجزاء^(١) وهو مشكل على ما قرناه.

فرع:

لو عامله أحد وتلف المال عنده، أو أتلفه لم يضمّنه، والمالك المضيع، وله استرداده ما دام باقيا.

فرع:

الحق القاضي حسين به الحجر على النائم، فإن تصرفاته في حال نومه لا تصح، وهو غريب، فإن النوم لا يسوغ الحجر، ولا يتصرف الحاكم للنائم وإن كانت تصرفاته لاغية، ولو كان معنى الحجر إلغاء التصرفات لكان المكروه محجورا عليه، فإن تصرفه لاغ فيما أكره فيه بغير حق.

قال: (وَيَرْتَفَعُ) أي: حجر الجنون (بِالْإِفَاقَةِ) أي: بمجرد ما من غير فك، ولا يتوقف على إيناس الرشد. وكلام صاحب «التنبيه» في توقفه على مؤول بالمتصل بالبلوغ قبل إيناس الرشد^(٢).

قال: (وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفَعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا) لقوله تعالى: ﴿وَأَبْلُوا﴾

(٢) «التنبيه» (ص ١٠٣).

(١) «روضة الطالبين» ٣/١٥٣-١٥٤.

أَيَّنَمَنِي ﴿ [النساء: ٦] الآية، والمراد بالابتلاء الاختبار والامتحان ﴿وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ﴾ [البقرة: ١٢٤]، وباليتيم الذي مات أبوه ما لم يبلغ، وبالنكاح الوطاء لا العقد. قال القاضي: وتقديره حتى إذا بلغوا زمنا يصيرون من أهل الشهوة يبتغون به النسل؛ لأنه لا يحصل إلا بعد البلوغ. وقال القاضي الطبري: المراد بالنكاح: البلوغ وإنما عبر به عليه؛ لأنه يشتهي به.

وقال آخرون: المراد به الحلم، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩]، والمراد بإيناس الرشد العلم به، وأصله الإبصار، ومنه: ﴿ءَأَسَىٰ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩]، أي: أبصر، والرشد نقيض الغي، كما تقدم بيانه في شرح الخطبة، وفي «سنن أبي داود» من حديث أبي هريرة: «لا يُتَمَّ بعد احتلام»^(١).

وفي «صحيح مسلم» أن ابن عباس كتب إلى نجدة الحروري لا ينقطع أسم اليتيم حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد^(٢).

فرع:

لو ادعى الابن على أبيه أنه بلغ رشيدا وطلب فك الحجر عنه، فأنكره الأب لم يحلف.

وقال الهروي في «الإشراق»: ويحتمل أن يحلف؛ لأن غرض اليمين

(١) أبو داود (٢٨٧٣) من حديث علي. وقال الحافظ في «التلخيص» ١٠١/٣: أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسكا بسكوت أبي داود عليه. أه. وصححه الألباني في «الإرواء» (١٢٤٤). وسيأتي تخريجه في كتاب قسم الفيء، ولم أجده من حديث أبي هريرة.

(٢) مسلم (١٣٩/١٨١٢) من طريق يزيد بن هرمز.

يستخرج به الإقرار، ولو أقر برشده أنزل.

قال: /٢٦٩ب/ (وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ) أي: قمرية كما صرح به في «المحرر»^(١) بحديث ابن عمر الثابت في «صحيح ابن حبان»: عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني^(٢). وأصله في الصحيحين^(٣)، وهذا أصح الأوجه.

وثانيها: أن البلوغ يحصل بالطعن في الخامسة عشر وإن لم يستكملها؛ لأنه يسمى ابن خمس عشرة، وهذا التوجيه ممنوع.

وثالثها: بمضي نصفها. حكاه الجيلي، وعلى الأقوال لو نقصت يومًا واحدًا لم يحكم ببلوغه، نص عليه، وصرح به المصنف أيضًا في «الأصول والضوابط»، فقال: هو تحديد لا تقريب^(٤).

فائدة:

البلوغ: الوصول. قال الجوهري: بلغ الغلام: أدرك^(٥).

قال: (أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ) لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩]، وقول رسوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم» رواه الحاكم من حديث أبي قتادة وقال: صحيح

(١) «المحرر» (ص ١٧٩).

(٢) ابن حبان (٤٧٢٨).

(٣) البخاري (٢٦٦٤)، مسلم (١٨٦٨) من حديث ابن عمر.

(٤) «الأصول والضوابط» (ص ٣٦).

(٥) «الصحاح» ١٣١٦/٤.

الإسناد^(١)، وفي رواية: «حتى يبلغ» تقدمت في الصلاة، وقيل: لا يكون خروج المنى بلوغاً في حق النساء لندرته منهن، واستبعده الإمام. قال: والذي يتجه عندي على هذا أنه لا يلزمها الغسل^(٢)، وفيما قاله نظر. واعلم أن عبارة «المحرر» بدل قوله: (أو خروج منى): وبالاحتلام^(٣).

قال المصنف في «الدقائق»: وقولي أحسن وأعم؛ لأنه قد يخرج في اليقظة^(٤).

قلت: و«المحرر» وغيره أتبع لفظ السنة، وقد قال الماوردي وغيره: الاحتلام إنزال المنى في نوم أو جماع أو غيرهما^(٥). قال: (وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ أَسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ) للاستبراء وهذا أصح الأوجه.

وثانيها: بنصفها. حكاه الرافعي في اللعان، وابن الرفعة هنا^(٦). وثالثها: باستكمال العاشرة، وهو الذي ذكره القاضي والماوردي^(٧).

(١) الحاكم ٣٨٩/٤، وقال الذهبي: فيه عكرمة ضعفوه. أه. وضعفه المصنف في «البدر المنير» ٢٢٧/٣ لأجل عكرمة بن إبراهيم فإنه ضعيف، وهاشم بن مرثد قال ابن حبان: ليس بشيء. أه. وللحديث شواهد من حديث عائشة، وعلي، وأبي هريرة وغيرهم. أنظر: «نصب الراية» ١٦١-١٦٥/٤. وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٩٧).

(٢) «نهاية المطلب» ٤٣٣/٦. (٣) «المحرر» (ص ١٧٩).

(٤) «دقائق المنهاج» (ص ٦١). (٥) «الحاوي» ٣٤٣/٦.

(٦) «الشرح الكبير» ٤٠٨/٩، «كفاية النبيه» ١٠، ٣٠.

(٧) «الحاوي» ٣٤٣/٦.

رابعها: بنصفها، هذا في الصبي، أما الصبية فوقت إنزالها كوقت حيضها. قاله المتولي، فيأتي فيه ثلاثة أوجه أول التاسعة، نصفها، آخرها. وقال المصنف في «الدقائق»: قولي ووقت إمكانه أستكمال تسع سنين يتناول الذكر والأنثى، هذا هو المذهب فيهما. قال: وقيل منيها كحيضها^(١). هذا لفظه فخالف.

قال: (وَنَبَاتُ الْعَانَةِ) أي: الخشن (يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ) لما روى أصحاب السنن الأربعة عن عطية القرظي قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خُلي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت، فخلي سبيلي. قال الترمذي: حديث حسن صحيح^(٢).

والأصح أنه ليس ببلوغ حقيقة، بل علامة عليه، كما أشار بقوله (يقتضي) وصرح به الرافعي في «الشرح الصغير» هنا، وفي «الكبير» في كتاب السير، وفي الباب الثالث من الدعاوى في المسألة الثالثة من الطرف الثالث^(٣)، ونسبه الماوردي إلى الجديد^(٤)، ورأي الإمام القطع به^(٥)، ووجهه أن البلوغ غير مكتسب، وهذا شيء يستعجل بالمعالجة.

(١) «دقائق المنهاج» (ص ٦١).

(٢) أبو داود (٤٤٠٤)، الترمذي (١٥٨٤)، النسائي ٩٢/٨، ابن ماجه (٢٥٤١)، وصححه المصنف في «البدر المنير» ٦/٦٧١، الحافظ في «التلخيص» ٣/٤٢، الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٢٠٥٩).

(٣) «الشرح الكبير» ١١/٣٩٠-٣٩١، ١٣/٢٠١.

(٤) «الحاوي» ٦/٣٤٣.

(٥) «نهاية المطلب» ٦/٤٣٥.

قال /٢٧٠/ البندنجي: ومعنى كونه علامة عليه أنه يتبين بلوغه بغيره.
أي: بالسن كما يدل عليه كلام الماوردي^(١).

وقال المحاملي: هو علم على البلوغ بالاحتلام.

وقال المتولي: الإنزال في السنة التاسعة ليس ببلوغ، وهذا يدل على أنه ليس علامة على واحد من الأمرين، وأنه نوع في نفسه.

واحتزرت بالشعر الخشن عن الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغار فإنه لا اعتبار به قطعاً، ولا عبرة بشعر الإبط والشارب واللحية على الأصح في «الشرح الصغير»^(٢)، كما أفهمه كلام المصنف.

فرع:

وقت إمكانه إمكان وقت الاحتلام ذكره الرافعي، وأسقطه المصنف من «الروضة»^(٣).



فائدة:

العانة تقدم بيانها في الجنائز فراجعها منه.

قال: (لَا الْمُسْلِمُ فِي الْأَصْح) لسهولة مراجعة الآباء في حقه، ولأنه متهم في الإنبات، فربما يداوى له ليكمل ويشرف، والكفار لا تهمة في حقهم؛ لأن به يجوز قتلهم وتضرب عليهم الجزية.

(١) «الحاوي» ٦/٣٤٤.

(٢) أنظر: «الشرح الكبير» ٥/٧٠-٧١.

(٣) «الشرح الكبير» ٥/٢٦٩، «الروضة» ٤/١٧٨.

والثاني^(١): نعم؛ لأن الإشكال قد يقع فيه، والخلاف مفرع على أنه علامة في حق الكافر، فإن قلنا: إنه بلوغ كان هنا أيضًا كذلك، ومن الأصحاب من حكى الخلاف المذكور قولين، وهم: الماوردي وأبو الطيب وصاحب «التنبيه»^(٢).



فرع:

الأصح من «زوائد الروضة» جواز النظر إلى العانة ليعرف الإنبات، وفيه حديث، وقيل: يمس من فوق حائل، وقيل: يلصق بها شمع ونحوه ليعتبر بلمصوقه به، وكلاهما خطأ، إذ يحتمل أنه حلقة أو ينبت بشيء يسير^(٣).



فرع:

ثقل الصوت ونهود الثدي ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة لا أثر لها على المذهب، وطرد في «التتمة» فيها الخلاف.
قال: (وَتَزِيدُ الْمَرْأَةَ حَيْضًا) بالإجماع.
قال: (وَحَبَلًا) لأن العادة أنها لا تحمل إلا بعد الحيض، وأيضًا الولد من مائه ومائها، فالولد مسبوق بإنزالها، وذهب بعضهم إلى أنه مخلوق من ماء الرجل فقط، وقال المراد بالآية صلب الرجل وتراثه.

(١) ورد أعلاها في الأصل: (مالك، أحمد).

(٢) «الحاوي» ٣٤٤/٦، «التنبيه» (ص ١٠٣).

(٣) «روضة الطالبين» ١٧٩/٤.

قال الماوردي: وليس ببلوغ في نفسه كما وهم فيه بعض أصحابنا^(١).

فرع:

لو أتت زوجة صبي بولد يمكن إلحاقه به، فإن كان أبن تسع سنين ونصف ولحظة لحقه، وفي الحكم ببلوغه قولان:

أحدهما: نعم لحكمنا بلحوق الولد.

والثاني: لا؛ لأن الولد يلحق بالإمكان مع الفراش، فلما وجدنا

أمارات إمكان الوطاء لحق، ولا يحكم بالبلوغ بها.

قال الجوهري: وهما جاريان في استقرار المهر بذلك بل هما هما.

تنبيه:

ما تقدم في السن والمني والإنبات عام في الذكور والإناث، وإليه

أشار بقوله: (وتزيد المرأة).

وعن أبي حنيفة أن بلوغ الغلام بثمان عشرة، وفي الجارية رواية

كذلك، وأخرى: تسعة عشر^(٢)، وعن مالك: أن البلوغ لا يحصل

بالسن، وإنما النظر فيهما إلى الاحتلام^(٣).



فرع:

الخنثى المشكل إذا حاض وأمنى حكما ببلوغه على الأصح؛ لأنه

ذكر أمنى أو أنثى حاضت، فإن وجد أحدهما فلا. وقال الإمام: إنه ينبغي

(١) «الحاوي» ٣٤٧/٦.

(٢) أنظر: «الاختيار لتعليل المختار» ١١٤/٢.

(٣) أنظر: «الذخيرة» ١٤٠/٢، و«بداية المجتهد» ١٦٦٧/٤.

الحكم / ٢٧٠ب/ ببلوغه، ثم إن ظهر خلافه غيرنا الحكم^(١).
قال الرافعي: وهو الحق^(٢). وقال المتولي: إن وقع ذلك مرة لم يحكم
ببلوغه؛ فإن تكرر حكما به، واستحسنه في «الروضة»^(٣).

قال: (وَالرُّشْدُ صَلاَحُ الدِّينِ وَالْمَالِ) كذا فسر به ابن عباس والحسن
ومجاهد^(٤) الآية السالفة ﴿فَإِنْ ءَأَسَّسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦].

وفي «التممة» وجه^(٥) أن الرشد صلاح المال فقط، ومال إليه الشيخ
عز الدين في «قواعده»^(٦)، واختاره القاضي تقي الدين ابن رزين وحكم
به، ووجه بأن الآية دلت على تعلق الحكم بمطلق الرشد وهو نكرة في
سياق الإثبات فلا تعم، ويصدق ذلك على وجود الرشد في المال أو
في الدين، فيناط الحكم بأيهما وجب لكن الإجماع منعقد على أن
الثاني لا يكفي فتعين الأول، والجواب أنها نكرة واقعة في سياق
الشرط فتعم. صرح به الإمام^(٧) وغيره.

قال: (فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطَلُ العَدَالَةَ) أي: وإن لم يتعلق بالمال
كالقذف والكذب، وعن الجزري أن المعاصي التي لا تتعلق بإضاعة
المال، ولا يخاف معها في الأغلب إتلافه كالغيبة، أي: إذا كثرت لا
يحجر عليه بسببها، والمشهور الأول.

(١) «نهاية المطلب» ٤٣٧/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٧١/٥. (٣) «روضة الطالبين» ١٨٠/٤.

(٤) أنظر: «تفسير الطبري» ٥٩٤/٣.

(٥) ورد أعلاها في الأصل: (مالك وأبو حنيفة)، وانظر: «الذخيرة» ٢٣٠/٨، «بدائع
الصنائع» ١٧٠/٧.

(٦) «قواعد الأحكام» ٥١/٢. (٧) «نهاية المطلب» ٤٣٨/٦.

واحترز بالمحرم عما ليس بمحرم، لكنه يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة كالأكل في السوق. وحكى الماوردي وجهًا أن المراد بالرشد أن لا يرتكب ما يمنع قبول شهادته فيدخل فيه ما يخل بالمروءة^(١)، وهذا كله بناء على المشهور أن ما يخل بالمروءة ليس بحرام.

وحكى ابن الرفعة عن القاضي تقي الدين ابن رزين: أنه سمع من بعض علماء الشام يحكي في تحريم ما يخل بالمروءة ويمنع قبول الشهادة ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان قد تحمل شهادة حرم عليه، وإلا فلا^(٢).

قال: (ولا يُبَدَّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاِحْتِمَالِ عَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ) أي: صغيرة وكبيرة؛ لما في الأولين من قلة العقل، والثالث من قلة الدين.



فائدة:

قال الماوردي في «أدب الدين والدنيا»: التبذير الجهل بمواقع الحقوق، والسرف: الجهل بمقادير الحقوق^(٣).
وظاهر كلام الغزالي أنهما واحد^(٤).



(١) «الحاوي» ٦/٣٥١.

(٢) «كفاية النبيه» ١٠/٣٩.

(٣) «أدب الدنيا والدين» (ص ٢٠٠).

(٤) «الوسيط» ٤/٣٨.

فائدة ثانية :

قول المصنف: (وإنفاقه في محرم) لو أبدل الإنفاق بالضياع أو الغرامة أو الخسارة كان أولى، لم قررته في شرح الخطبة من أنه يقال في المخرج في الطاعات: أنفقت، وفي المكروهات والمعاصي: ضيعت وخسرت وغرمت ونحو ذلك.

قال: (وَالْأَصْحَحُ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهَ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْدِيرٍ) أما في الأولى فلأن له فيه غرضاً وهو الثواب ولا سرف في الخير كما لا خير في السرف. وأما في الثانية؛ فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ.

وقال الجويني في الأولى: إن بلغ وهو مفرط بالإنفاق في هذه الوجوه، فهو مبذر^(١)؛ لأنه يوقعه في الاحتياج، وإن عرض بعدما بلغ /٢٧١/ مقتصدًا فلا.

وقال الإمام والغزالي في الثانية: هو مبذر^(٢)؛ لأن أهل العرف ينفون الرشد عنه، وهو مقتضى كلام الصيدلاني والفوراني، بل قال القاضي في كتاب قسم الصدقات: هو حرام. وتابعه عليه الغزالي أيضًا، والرافعي جزم به في الكلام على الغارم^(٣)، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأنعام: ١٤١] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا﴾ إلى قوله:

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٤٣٨/٦.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٣٨/٦، «الوسيط» ٣٨/٤.

(٣) «الوجيز» ٣٤٥/١، «الشرح الكبير» ٧٢/٥.

﴿أَشَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧-٦٨] وقوله: ﴿وَلَا تُبْذَرُ بُذِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٦] وأما الإمام فقال: إنه ليس بحرام، وإن لم يكن محمودًا.

قال: (وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ) أي: في الدين والمال؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦]، أي: أختبروهم، أما في الدين ففي محافظته على أداء الواجبات واجتناب المحرمات وتوقي الشبهات، ومخالطة أهل الخير ونحو ذلك، وأما في المال فيختلف باختلاف طبقات الناس كما ذكره المصنف حيث قال: (وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ) أي: كما سيأتي (وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا) أي: النقصان عما طلبه البائع (وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ) أي: وهو أعم من عبارة «المحرر»: المزارع^(١) (بِالزَّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ) أي: الأجزاء بها، (وَالْمُحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ) أي: صنعته (وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ) أي: في تهيئتها إن كانت مخدرة، فإن كانت برزة ففي بيعهما (وَصَوْنِ الْأَطْعَمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا) لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع، وذلك قوام الرشد.



فرع:

يختبر ولد الأمير والرئيس بالإنفاق على الخدم والعيال فيسلم إليه المال، ويؤمر بالإنفاق ليعلم إسرافه في ذلك واقتصاده. قال في البويطي: ويعطى نفقة شهر. كذا نقلته منه. وقال الماوردي: يعطى نفقة يوم، ثم نفقة أسبوع، ثم نفقة شهر^(٢).

(٢) «الحاوي» ٦/٣٥١.

(١) «المحرر» (ص ١٧٩).

فرع:

الصبي الكافر كالمسلم فيما ذكرناه، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره كما نقله في «الروضة»^(١) عنهم.

قال: (وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الْاِخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ) لأنه قد يصيب في المرة الواحدة اتفاقاً، فلا بد من زيادة تفيد غلبة الظن برشده. واشترط الماوردي تكرره ثلاثاً^(٢).

قال: (وَوَقْتُهُ) يعني: وقت الاختبار (قَبْلَ الْبُلُوغِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ﴾ [النساء: ٦]، و«لا يتم بعد أحلام» كما ورد في الخبر^(٣)، ولأن الله تعالى كنى عن الابتلاء ببلوغ النكاح، ولئلا يتأخر دفع المال إليه بعد بلوغه رشيداً.

قال: (وَقِيلَ بَعْدَهُ) لأن تصرفه في الصبي غير نافذ، كذا علله الرافعي^(٤) وغيره، وهو يقتضي أن محل الخلاف في الاختبار بالتجار، وبه صرح صاحب «الاستقصاء».

قال ابن الرفعة: وهو الأقرب، لكن أطلق الجمهور. قال: وقائل هذا الوجه هو القائل بصحة بيع السفية بإذن الولي^(٥). وعبارة صاحب «التنبيه» تقتضي التخيير في الاختبار بين البلوغ وبعده^(٦)، ولا قائل به، ولعله أشار به إلى الخلاف فيه.

(١) «روضة الطالبين» ١٨١/٤. (٢) «الحاوي» ٣٥١/٦.

(٣) سبق تخريجه. (٤) «الشرح الكبير» ٧٣/٥.

(٥) «كفاية النبيه» ٤٢/١٠. (٦) «التنبيه» (ص ١٠٣).

فرع:

من هو المخاطب بذلك؟ قال الجرجاني: إن قلنا: يختبر / ٢٧١ب/ قبل البلوغ، فالمخاطب به كل من ولي أمره من عصابة أو حاكم أو وصي، وإن قلنا: بعد، فعلى وجهين:

أحدهما: يخاطب به من كان يلي أمره في صغره؛ لأن أستدامة حجره ثابتة عليه إلى حين إيناس رشده.

والثاني: يخاطب به الحاكم لا غير لانتقال حجر سائر الأولياء بنفس البلوغ.

قال: (فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصْحُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ) لما ذكرناه من بطلان تصرفه، وقيل: الولي يتباع سلعة ويواطئ بائعها في بيعها منه، ثم يأمر الصبي بابتاعها منه، والثاني: أنه يصح للحاجة. وصححه ابن أبي عصرون.

فرع:

لو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار فلا ضمان على الولي. قال: (فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ) أي: لاختلال صلاح الدين أو المال دام

الحجر لمفهوم الآية، ويتصرف له من كان يتصرف قبل البلوغ. وفي «التممة» وجه سلف أنه إذا بلغ مصلحًا لماله أنفك الحجر عنه، وإن كان فاسقًا، وإن بلغ مفسدًا لماله منع منه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة. قال في أصل «الروضة»: وهو شاذ ضعيف^(١).

قال: (وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا أَنْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ) لأنه حجر ثبت

(١) «روضة الطالبين» ٤/ ١٨١.

بغير حاكم، فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر الجنون يزول بمجرد الإفاقة، وهذا أولى.

قال: (وقيل: يُشترطُ فكُّ القاضي) لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد، فأشبهه حجر السفه الطارئ، ورجحه البغوي^(١). وعن أبي حامد تخصيصهما بما إذا كان الناظر في أمره الحاكم، فإن كان الأب والجدّ أنفك بغير حاكم^(٢)، وقال الماوردي والرويانى: إن كان الأب والجدّ أنفك بنفسه، وإن كان حاكمًا أو قيمًا فلا بد من فك الحاكم، وإن كان وصيًا؛ فوجهان: وجه المنع أن الموصي له الحفظ والتصرف لا يرفع الحجر، وعلى الوجه الثاني: إن كان الناظر في أمره أبا أو جدًا أنفك بفكهما أيضًا فيقول: رفعت الحجر عنه، وإن كان وصيًا أو قيمًا ففي أنفكاكه بفكّه وجهان^(٣).

قال الرافعي: وهذا يطعن في توجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد^(٤).

تنبيهات:

أحدها: الخلاف جار فيما إذا بلغ رشيدًا وفيما إذا بلغ غير رشيد ثم رشد.

الثاني: تصرفه قبل فك الحجر عنه، كتصرف المحجور عليه بالسفه الطارئ.

(١) «التهذيب» ١٣٨/٤.

(٢) أنظر: «البيان» ٢٢٨/٦، أسند القول إلى الصيمري وهو تلميذ أبي حامد.

(٣) «الحاوي» ٣٥٢/٦. (٤) «الشرح الكبير» ٧٤/٥.

الثالث: إذا حصل الرشد فلا فرق بين الرجل والمرأة ولا بين المزوجة وغيرها خلافاً لمالك، فإنه قال: لا يسلم المال إلى المرأة حتى تزوج، فإذا تزوجت يدفع إليها بإذن الزوج، ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزاً^(١)، فألزمه الشافعي فقال: رأيت لو تصدقت بثلاث مالها، ثم بثلاث الثلثين، ثم بثلاث الباقي هل يجوز التصرف الثاني والثالث؟ فإن جوزت سلطتها على جميع المال بالتبرع، وإن منعت، منعت الحر /٢٧٢/ البالغ العاقل عن ماله ولا وجه له^(٢).
وجمع المصنف بين الحكم بالانفكاك وإعطائه المال للاحتراز عن مذهب مالك الذي حكيناه.



فائدة:

قال ابن الصلاح: الظاهر أن الشاهد بالرشد يكتفي بالعدالة الظاهرة، ولا يشترط أن يعرف الاتصاف بالباطنة^(٣).



قال: (فَلَوْ بَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجْرَ عَلَيْهِ) أي: أعيد الحجر عليه خلافاً لأبي حنيفة^(٤).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، بدليل ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا على أيدي

(١) أنظر: «الذخيرة» ٢٥٢/٨.

(٢) «الأم» ١٩٣/٣. (٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٨٧/١.

(٤) أنظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٩٧).

سفهائكم» رواه الطبراني في أكبر معاجمه بإسناد صحيح^(١).
والذي يعيده هو القاضي؛ لأنه في محل الاجتهاد، وقيل: الأب
والجد.

زاد صاحب «المطلب»: والوصي، وإنما لم يعد بنفسه؛ لأنه ربما لا
يظهر حاله إلا بعد تصرفات كثيرة فيعسر نقضها.
قال: (وَقِيلَ يَعُودُ) أي: الحجر (بِلاَ إِعَادَةٍ) كما لو جن واعلم أن
الغزالي في «وجيزه» صرح بأن عود التبذير وحده لا أثر له، وإنما
المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير معاً^(٢). وليس كما
قال، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كافٍ في ذلك وقد
ضرب على ذلك في أصل «الوسيط»^(٣).



فرع:

إذا حجر الحاكم عليه لا يتوقف على الإشهاد عليه، وقال ابن أبي
هريرة: يتوقف، قال بعض الأصحاب: وهو مبني على أن القضاء بالعلم
لا يجوز.

فرع:

يستحب أن ينادى عليه؛ ليجتنب، سواء أشهد على الحجر أم لا، فإن
عامله أحد بعد ذلك فهو المتلف لماله. نص عليه.

(١) «المعجم الكبير» - قطعة من الجزء ٢١ - (٣٧)، (٩٢) من حديث النعمان بن بشير.
وضعه الألباني في «الضعيفة» (٢٢٨٤).

(٢) «الوجيز» ١/٣٤٥. (٣) «الوسيط» ٤/٣٨.

قال ابن داود: ومحلّه عندي إذا لم يطالب بالرد، فإن طالبه به فلم يفعل حتى تلف لزمه ضمانه، كما لو غصبها أو أتلفها.



قال: (ولو فسق لم يحجر عليه في الأصح) لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة بخلاف الاستدامة، فإن الحجر كان ثابتاً فبقي. والثاني: يحجر عليه إذا رأى فيه المصلحة، كما قيده في «الوسيط»، كما يستدام به الحجر، وكما لو عاد التبذير^(١)، ورجحه البغوي^(٢)، وعبارة المصنف في «الروضة»: المذهب^(٣) بدل الأصح، وهو إشارة إلى ما ذكره الرافعي من أن الخلاف محله إذا قلنا: إن أقران الفسق بالبلوغ يقتضي إدامة الحجر، فإن قلنا: لا يقتضيه كما سلف، فلا حجر^(٤).



فرع:

إذا قلنا بالوجه الثاني فلا بد من ضرب الحجر عليه، قال الإمام: ولا يجيء الوجه المتقدم أنه يصير محجوراً بنفس التبذير^(٥).

فرع:

إذا حجر على من طرأ عليه السفه، ثم عاد رشيداً، فإن قلنا: لا يثبت الحجر عليه إلا بضرب القاضي فلا يرتفع إلا برفعه، وإن قلنا: يثبت بنفسه، ففي ارتفاعه بالرشد الوجهان السابقان فيما إذا بلغ رشيداً.

(١) أنظر: «الوسيط» ٣٨/٤.

(٢) «التهذيب» ١٣٧/٤. (٣) «روضة الطالبين» ١٨٢/٤.

(٤) «الشرح الكبير» ٧٥/٥. (٥) «نهاية المطلب» ٤٤٠/٦.

فائدة:

قال ابن سيده في «المحكم»: الفسق: العصيان والترك لأمر الله، والخروج عن طريق الحق، فسق يفسق ويفسق فسقاً وفسوقاً، وفسُق بالضم عن اللحياني^(١).



قال: (وَمَنْ حُجِرَ / ٢٧٢ب/ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ فَوَلِيَّهُ الْقَاضِي) أي: إذا قلنا: إنه يعيد الحجر عليه، وكذا إن قلنا: يصير محجوراً عليه بنفس السفه على الأصح؛ لأن ولاية الأب وغيره قد زالت فلا تعود، وينظر من له النظر العام.



قال: (وَقِيلَ: وَلِيَّهُ فِي الصَّغَرِ) كمن بلغ مجنوناً.

فائدة:

السفه: ضعف العقل وسوء التصرف، وأصله الخفة والحركة. قال: (وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيَّهُ وَلِيَّهُ فِي الصَّغَرِ وَقِيلَ: الْقَاضِي) تعليهما كما سلف قبله، والفرق على الأصح أن السفه وزواله مجتهد فيه، فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون.



فائدتان:

الأولى: لو كان يغيب في بعض التصرفات خاصة، فهل يحجر عليه

(١) «المحكم» ٦/١٤٨.

حجر خاص في ذلك النوع؟ فيه وجهان. لبعء أآتماع الحجر بالسفه وءءمه
في شخص؁ وقيل: يحجر عليه مطلقاً؛ لأنه لا يصدق عليه الرشد المطلق.
الثانية: الشحيح جءاً على نفسه مع اليسار في الحجر عليه لينفق
بالمعروف وجهان: أصحهما: المنع.



فصل

قال: (ولا يصح من المحجور عليه لسفهه بيع ولا شراء) أي: سواء كانا بعبطة أو بدونه تعين، وكذا في الذمة على الأصح لمكان الحجر، ولو باع أو اشترى بعبطة وأجاز الولي، فهل يجوز؟ يجيء فيه القول القديم في بيع الفضولي، إذا قلنا: بصحة تصرفه بإذن الولي، لم أر فيه نقلاً.

قال: (ولا إعتاق) أي: ولو بعوض كالكتابة، وكذا في مرض موته على الأصح؛ لما قلناه، ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار صام كالمعسر حفظاً لماله بخلاف كفارة القتل، فإن الولي يعتق عليه كما سيأتي في بابه؛ لأن سببها فعل، وهو لا يقبل الرفع بخلاف كفارة اليمين والظهار.

قال: (وهبة) أي: وكذا قبولها على ما اقتضاه كلام الرافعي^(١)؛ لكن الأصح من «زيادات الروضة» الصحة^(٢)، ونقله الإمام عن الأكثرين^(٣)، وجزم به الماوردي^(٤)، قال ابن الرفعة في «المطلب»: والذي يظهر أنه يصح قبضه الموهوب ويملك به المال.

قال: (نكاح) أي: يقبله بغير إذن وليه، فأما كونه ولياً فيمنع، ولو أذن له الولي.

وقوله: (بغير إذن وليه) عائد إلى النكاح خاصة، فإنه الذي يصح به،

(١) «الشرح الكبير» ٧٧/٥.

(٢) «روضة الطالبين» ١٨٤/٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٤٢/٦.

(٤) «الحاوي» ٣٥٩/٦.

أما الإعتاق والهبة فباطلان قطعاً، وكذا البيع ونحوه على الصحيح كما سيأتي.

فرع:

لو توكل في هذه الأمور لغيره فمقتضى كلام الرافعي أنه لا يصح على الأصح^(١)، نعم يجوز أن يكون وكيلاً في قبول النكاح دون إيجابه على الأصح كما ذكره في بابه.

فرع:

جزم الرافعي في باب النذر أنه لا يصح من السفية نذر القرب المالية^(٢)، وفصل هنا فقال: يصح في الذمة دون العين^(٣). وسيأتي أيضاً إن شاء الله في بابه.



قال: (فَلَوْ اشْتَرَىٰ أَوْ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُودُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ) لأن الذي أقبض هو المضيع.

قال: (وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ سِوَاءَ عِلْمِ حَالِهِ مِنْ عَامَلِهِ أَوْ جَهْلِهِ) لتقصيره بالبحث عن حاله، وقيل: يضمن بعد الحجر فيما إذا أتلفه وهو شاذ.

/٢٧٣/ وقال صاحب «التقريب» والماوردي: لا يطالب به بعد الإطلاق ظاهراً، وفي الباطن وجهان^(٤).

(١) «الشرح الكبير» ٧٧-٧٨/٥.

(٢) «الشرح الكبير» ٣٥٦/١٢. (٣) «الشرح الكبير» ٧٩/٥.

(٤) «الحاوي» ٣٥٩/٦، و«نهاية المطلب» ٤٤٤/٦.

قال الإمام: وهذِهِ هفوة إذا ثبتت المطالبة باطنًا لم يمتنع ظاهرًا^(١)، وحكى الروياني في «الحلية» وجهًا، واختاره أنه يلزمه الضمان إذا كان من عامله، جاهلاً بحاله.

وهذا كله إذا أقبضه البالغ الرشيد، فأما إذا أقبضه السفیه بغير إذن البائع أو أقبضه البائع إياه، وهو محجور عليه، فإنه يضمّنه بالقبض قطعًا. نقله في «الروضة» عن الأصحاب، وهو ظاهر^(٢).

وقول المصنف: (سواء علم حاله من عامله أو جهل) قد تقدم في باب معاملات العبد أن صواب مثل هذا، أعلم أم جهل.

قال: (وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ) لما سيأتي في بابه.

قال: (لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ فِي الْأَصَحِّ) كما لو أذن لصبي. قال في «الروضة»: وهذا ما صححه الأكثرون^(٣).

والثاني: يصح إذا عين الولي قدر الثمن، كما لو أذن له في النكاح، وهذا ما صححه الغزالي فقال: إنه الأظهر^(٤).

وقال الإمام في كتاب النكاح: إنه المذهب. قال: والأول غير معدود من المذهب.

وقال ابن الرفعة في باب الضمان: الأصح صحة ضمانه بالإذن، فإن لم يعين الولي قدر الثمن^(٥)؛ قال القاضي حسين: لا يصح قولًا واحدًا بخلاف ما إذا أذن له في التزويج ولم يقدر مهرًا، فإنه يصح، ويتعذر

(١) «نهاية المطلب» ٦/٤٤٤.

(٢)، (٣) «روضة الطالبين» ٤/١٨٤.

(٤) «الوسيط» ٤/٤٣. (٥) «الكفاية» ١٠/١٢٥-١٢٦.

بمهر المثل. قال ابن الرفعة في «المطلب»: ويحتمل أن يقال: يصح عند تعيين المبيع ويتقيد بثمن المثل، فإن قلت: قول المصنف: (لا التصرف المالي في الأصح) يقتضي طرد الخلاف في كل تصرف مالي ومنه الهبة والعق والكتابة، ولا خلاف في بطلانها مع الإذن فيما يعلمه.

فالجواب: أنه إذا وكل فيها يجري الخلاف، وذلك كاف في تصحيح كلامه؛ لأنه لم يقل تصرف في ماله، وأيضًا المفهوم ليس عامًا، بل يقتضي أن منها ما يصح على وجهه، وقد يرد الأول بأنه شرط في جريان الخلاف وجود الإذن من الولي، والخلاف في مال غيره لا يتوقف عليه، بل مبني عليه.

فرعان:

أحدهما: يصح عفو عن القصاص على غير مال على الأصح كما ذكره قبيل الديات، وهو وارد عليه، فإنه يصح مع أنتفاء الإذن، وكذا الفرع الآتي.

الثاني: إذا وجب على السفية قصاص فصالح المستحق على الدية أو أكثر منها لم يكن للولي منعه صيانة للروح بخلاف نظيره من عقد الجزية؛ لأن الإمام يجب عليه عقدها عند إعطاء الدينار^(١)، وقد كررت هذا الفرع في الجزية أيضًا.

فرع ثالث:

[ولو]^(٢) ثبت للسفيه دين قبضه بإذن وليه؛ ففيه وجهان: رجع

(١) أنظر: «روضة الطالبين» ٣٠١/١٠. (٢) زيادة يقتضيها السياق.

الحناطي الاعتداد. حكاة الرافي في أوائل الباب الثاني من الخلع^(١). قال في «المطلب» هناك: والاعتداد هو ما يفهمه نصه في «الأم»^(٢).

فرع رابع:

في إيجاره نفسه وجهان حكاهما القاضي.

وقال القاضي شريح وصاحب «الإشراف»: قولان. وفصل /٢٧٣ب/ الماوردي فقال: إن أجر نفسه فيما هو مقصود من عمله مثل أن يكون صانعًا وعمله مقصود في كسبه لم يصح منه، ويتولى الولي العقد عليه، وإن كان غير مقصود كما لو أجر نفسه في حج أو وكالة في عمل، وليس عمله مقصودًا لاستغنائه بماله صحت الإجارة؛ لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهذا العمل جاز أن يكون بعوض^(٣).

فرع:

إذا أذن الحاكم للسفيه في تصرف خاص، فهل يصير مأذونًا له في سائر التصرفات؟ فيه وجهان عن القاضي حسين في مداينة العبيد: أحدهما: لا، كالعبد المأذون له في نوع خاص لا يصير مأذونًا له في غيره.

والثاني: نعم؛ لأن القاضي إذا رأى الرشد فيه، وأطلقه في نوع وجب عليه أن يطلقه عمومًا فانطلق على العموم بالإطلاق الخاص.



(١) «الشرح الكبير» ٤١١/٨.

(٢) «الأم» ١٨٢/٥.

(٣) «الحاوي» ٣٦٠/٦.

قال: (ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر أو بعده) أي: بدين معاملة أسنده إلى ما قبل الحجر أو إلى ما بعده كالصبي، وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر وجه أنه يصح تخريجاً من المفلس على قول، وليس بشيء. قال: (وكذا بإتلاف المال) أي: وكذا جناية توجب المال في الأظهر كدين المعاملة، وعلى هذا لا يؤاخذ به بعد الإطلاق على الصحيح؛ لأنه لا حكم لهذا الإقرار، لكن إن كان صادقاً وجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى، نص عليه في «الأم».

وادعى صاحب «المطلب» في أوائل الإقرار عدم الاختلاف فيه، وجزم الماوردي^(١) بثبوت المطالبة به بعد الإطلاق، وبنى عليه أن الإتلاف لو اقتضى ثبوت المال مؤجلاً بأن قتل خطأ هل يكون ابتداء الأجل من وقت الإقرار، أو من وقت الإطلاق؟ فيه وجهان، والقول الثاني أنه يقبل؛ لأنه لو باشر الإتلاف ضمن.

فإذا أقر به قبل وينبني على القولين سماع الدعوى، وعرض اليمين إن قبلناه سمعت وعرضت اليمين، فإن حلف أنقطعت الخصومة، وإن نكل عرضت على المدعي، فإن حلف أستحق، وإن لم يقبله لم تسمع الدعوى حيث لا بينة.

واعلم أن المصنف في «الروضة» تبعاً للرافعي حكياً هذا الخلاف في باب دعوى الدم والقسامة وجهين وقالاً سبقاً في الحجر^(٢)، والذي فيهما هنا قولان، فتنبه له^(٣).

(١) «الحاوي» ٦/٣٦١. (٢) «الشرح الكبير» ٧/١١، «الروضة» ١٠/٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٥/٧٨، «الروضة» ٤/١٨٥.

قال: (وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ) لأنه لا تعلق لهما بالمال، ولبعد التهمة، فإن كان الحد سرقة قبل في القطع، وفي المال قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة، والأصح في العبد أنه لا يثبت، سواء كان المال في ذمته أم لا، وفي «البحر» وجه أنه لا يقطع أيضًا، ولو أقر بقصاص فعفا المستحق على ما ثبت المال على الصحيح، لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره.

قال: (وَطَلَّاقُهُ) أي: ويصح أيضًا طلاقه؛ لأن الحجر لم يتناوله.
قال: (وَوَحْلُهُ) أي: إذا كان رجلًا سواء خالع بمهر المثل أو دونه؛ لأنه إذا صح مجانًا فبعوض أولى، إلا أنه /٢٧٤/ لا يسلم إليه المال، فلو سلمه إليه ضمنه المسلم، وليس من عقود المعاوضات ما يصح فيه بدون الإذن غيره.

قال: (وَوَظَّاهُ) لصحة عبارته، وكذا يصح إيلاؤه، فإن قيل: كيف يصحان منه إذا كان الحلف بالله، وهو والعود في الظهار يوجبان الكفارة، وفي ذلك يضيع المال؟ قلنا: لا، فإنه يكفر بالصوم على الأصح.

قال: (وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلِعَانٍ) لأنه ليس بتصرف مالي.

فرع:

إذا كان السفية مطلقًا مع حاجته إلى النكاح سرى بجارية، فإن تضجر منها أبدلت ويثبت كونه مطلقًا بأن يزوجه ثلاث زوجات مرتبًا فيطلقهن، وفي ثبوته بطلاق زوجتين وجهان في «البحر»، وجزم البندنجي بثبوته.

فرع:

يصح أستلحاقه النسب وينفق على الولد المستلحق من بيت المال. قال في «الروضة»: وشذ الروياني في «الحلية» فقال: يقبل إقراره بالنسب على الأصح وينفق عليه من ماله^(١). ووجه غيره عدم قبوله بلزوم نفقته في ماله. قال: وهو كالخلاف في أنه لو وهب له من يعتق عليه ولا كسب له، هل يصح منه قبوله؟

فرع:

قال في «الروضة»: لو أقر بالاستيلاد لم يقبل^(٢). وسبقه إلى ذلك الجوري، فإنه قال: يقبل إقراره بأن هذا الولد ولده من أمته ولا أن أمته أم ولد؛ لأنه إتلاف إلا أن يعلم أنه أستفرشها، ويأتي بولد يمكن أن يكون منه ويكون حرًا.

فرع:

تصح رجعته جزماً ولم يخرجوه على الخلاف في أنها أستدامة أم ابتداء نكاح؟ كما فعلوا في العبد؛ لأن الرجعة أستدراك ما أشرف على الفوات، والسفيه يستدرك ما لو تركه لاحتاج إلى بدله في ماله ووجب على الولي إجابته بخلاف العبد.

قال: (وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ) أي: الواجبة بدنية كانت أو مالية كالرشيد؛ لاجتماع الشرائط فيه.

قال: (لكن لا يُفَرَّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ) لأنه تصرف مالي، ولو وكله فيه

(١) «روضة الطالبين» ٤/١٨٥.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/١٨٥.

أجنبي جاز، قاله القاضي حسين والبغوي^(١) والرويانى.
قال: بشرط تعيين المدفوع، وقد قدمت هذا في كتاب الزكاة في
الكلام على وجوبها بزيادة وجه عن «البحر» أنه لا يجوز أن يوكل
الصبي فيها كالمجنون.

قال: (وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرَضٍ) أي: وكذا بعمره، أو أخرهما إلى
الميقات (أَعْطَى الْوَلِيَّ كِفَايَتَهُ لِنَفَقَةِ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ). أي: خوفاً من
تفريطه فيه.

قال القاضي: فإن لم يجد من يفعل إلا بأجرة أستأجر عليه. قال
الرافعي في الوصية: وإذا رأى أن يدفع إليه نفقة أسبوع فأخر دفعه^(٢).
قال في «المطلب»: فعلى هذا يفعل هو ومن يأمنه في نفقة الحج ذلك.
فرع:

أحرم بحج تطوع، ثم حجر عليه قبل إتمامه فحكمه حكم الفرض.
قاله الرافعي في أوائل الحج^(٣).
فرع:

لو أفسد حجه بجماع لزمه المضي فيه، وينفق الولي عليه فيه، وهل
يعطيه الولي نفقة القضاء؟ فيه وجهان في «الحاوي»^(٤).
فرع:

قال القاضي والمتولي: الحجة / ٢٧٤ب/ المنذورة بعد الحجر
كالمنذورة قبله إن سلكتنا بها مسلك الواجب، وإلا فكالمتطوع.

(١) «التهذيب» ٤/ ١٤٠.

(٢) «الشرح الكبير» ٧/ ٢٨٣.

(٣) «الشرح الكبير» ٣/ ٢٩٣.

(٤) «الحاوي» ٦/ ٣٦٢.

قال: (وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤَنَّةُ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ) صيانةً لماله، كذا أطلقه الرافعي^(١)، وقال البندنجي: له حصره وتحليله من إحرامه كالعبد، وفيه نظر، ثم ظاهر كلام المصنف والرافعي أنه يمنع من السفر نفسه، وتأوله صاحب «المطلب» على أنه يمنع الزائد كما هي عبارة الإمام والغزالي^(٢).

وقال: إنها منبهة على أنه ليس للولي ولاية على ذاته. ويؤيده أن صاحب «الإفصاح» علل وقوع طلاقه بأن الحجر لم يقع عليه في بدنه على أن ابن الرفعة حكى قولاً بأن حجر المفلس يتعدى إلى نفسه كالسفه^(٣) لجعل السفه أصلاً، وهو يخالف قوله: إنه لا ولاية له على ذاته.
تنبيه:

جزموا هنا بانعقاد إحرام السفه بدون إذن الولي، وحكوا وجهين في انعقاد إحرام الصبي المميز بدونه، والأصح المنع - كما قدمته في الحج - والفارق ظاهر، وهو استقلال السفه بخلافه.

قال: (وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْضَرٍ فَيَتَحَلَّلُ) لأنه ممنوع، قال الرافعي: وهذا أورده الأكثرون^(٤)، وحكى الإمام وجهين: أحدهما هذا. والثاني: أنه كمن فقد الزاد والراحلة لا يتحلل إلا لتقاء البيت، لاشتراكهما في أمتناع الذهاب للعجز^(٥).

(١) «الشرح الكبير» ٧٩/٥.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٤٥/٦، «الوسيط» ٤٤/٤.

(٣) «كفاية النبيه» ٤٨٨/٩. (٤) «الشرح الكبير» ٧٩/٥.

(٥) «نهاية المطلب» ٤٤٥/٦.

قال: (قُلْتُ: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ) أي: وإن قلنا: لا بدل له، بل يبقى في ذمة المحصر. قال في «المطلب»: يظهر أن يبقى في ذمة السفية أيضًا.

قال: (ولو كان في طريقه كَسَبَ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤَنَةِ لَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ وَاللَّهِ أَعْلَمُ) لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن.

قال في «المطلب»: وفيه نظر إذا كان عمله مقصودًا بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرع به.



فَصْلٌ

قال: (وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ) بالإجماع.

قال: (ثُمَّ جَدُّهُ) أي: أب الأب وإن علا كولاية النكاح، ويشترط فيها الإسلام في الولد المسلم، وفي اشتراطه في الولد الكافر وجهان: أظهرهما: لا، كما قاله الإمام في كتاب الشهادات.

وقال الماوردي: ولاية الكافر على مال أولاده الصغار إن لم يرفعوا إلينا نقرهم عليها، وإن ترفعوا إلينا لم يجز أن نأتمنهم على أقوالهم، والولاية فيها للمسلمين بخلاف النكاح؛ لأن مقصود ولاية المال الأمانة، ومقصود ولاية النكاح الموالاة، وهي في الكافر أولى^(١).

وفي اشتراط العدالة في الأب والجد المسلمين الخلاف المذكور في ولاية الفاسق النكاح.

(١) «الحاوي» ٣١٢/٩.

قال الرافعي هناك: والظاهر الاشتراط^(١).

وقال المتولي: العدالة معتبرة في حفظ المال قطعاً، فلا يمكن منه الفاسق، وفي تمكينه من التصرف وجهان مبنيان على أن عامل المساقاة إذا فسق هل يضم إليه أمين أو ينصب الحاكم عاملاً عنه؟ وفيه قولان / ٢٧٥/ وإذا شرطنا العدالة، فهل يحتاج الحاكم إلى ثبوتها عنده ليمكنهما من التصرف؟ فيه وجهان.

قال المصنف في «الروضة»: وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة^(٢)، وفي أنعزالهما بالفسق وجهان حكاهما الإمام في العارية^(٣).

وقال الرافعي في الوصية: إذا فسقا نزع المال منهما، فإن قلنا: ينزل مفسق قبل أنبرام البيع، ففي بطلانه وجهان، حكاهما الرافعي في آخر الوصايا^(٤).



قال: (ثُمَّ وَصِيَّهُمَا) أي: وصي من تأخر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامهما، وقيل: إن وصي الأب مقدم على الجد، وهو بعيد، وسيأتي في الوصايا أيضاً.

قال: (ثُمَّ الْحَاكِمُ) لأنه ولي من لا ولي له.

فرع:

لو كان اليتيم في بلد وماله في آخر، فالولاية لقاضي بلد المال في

(١) «الشرح الكبير» ٥٥٤/٧. (٢) «روضة الطالبين» ١٨٧/٤.

(٣) «نهاية المطلب» ١٥٤/٤. (٤) «الشرح الكبير» ٢٨٥/٧.

حفظه وتعهدده والبيع والإجارة، وفي الاستبراء وجهان ذكره الرافعي في أواخر القضاء على الغائب^(١).

قال: (ولا تلي الأم في الأصح) كولاية النكاح.

والثاني: تلي بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما؛ لأنها أحد الأبوين، فأشبهت الأب، وهذا قول الإصطخري، وصححه الجويني، وأفتى به الروياني. وعلى هذا الولاية بعدها لوصيها، وقيل: إنما تقدم إذا لم يكن ثم وصي حكاه ابن يونس عن بعض المتأخرين، وفي انتقالها إلى أباؤها وجهان. قال الصيمري: ينتقل.

وقال الماوردي في كتاب الرهن والوصايا تنتقل إلى أمها، وعلى هذا هل لأبيها ولاية؟ وجهان: أحدهما: لا؛ إذ لا حضانة له.

قال في الوصايا: وتنتقل بعدها لأمهاتها وأمها الأب، فإن اجتمعت أم الأم وأم الأب، ففي الأحق منهما وجهان: أحدهما: أم الأب؛ لأنه بالولاية أحق. والثاني: أم الأم؛ لأنها بالحضانة أحق^(٢).

وحكى القاضي أبو الطيب في كتاب الوصايا عن الإصطخري أن الأم تقدم على الجد، ورواه في «الذخائر» عن بعضهم.

قال القاضي في الهبة: ولا ولاية للأم على أصلنا إلا في موضع واحد، وهو إذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد، وهو موسر، لها أن تستدين عليه وينفق من غير إذن الحاكم على وجه.

قال الرافعي في الوصايا: وأغرب الأستاذ أبو منصور فحكى عن بعض الأصحاب أنه إذا كان في الورثة رشيد قام بقضاء الديون وتنفيذ الوصايا

(١) «الشرح الكبير» ٥٣٩/١٢. (٢) «الحاوي» ٣٣٣/٨.

وأمر الأطفال، وإن لم ينصبه القاضي^(١)، وسيأتي في بابه أيضاً، وعن أبي حنيفة أن للأم ولاية الحفظ والإنفاق دون البيع والشراء.

فرع:

حكم المجنون ومن بلغ سفيهاً كحكم الصبي في ترتيب الأولياء.



فائدة:

قال القاضي حسين في باب تجارة الوصي بمال اليتيم: الولي ينطلق على كل من يلي أمر المحجور عليه من أب وجد ووصي وحاكم، وأمينه. قال: وتصرف الإنسان في مال غيره ثلاثة أقسام: أحدها: تصرف بالنيابة المحضة، وهو الوكيل، وثانيها: التصرف بالولاية المحضة، وهو الأب والجد والوصي والحاكم وقيمته. وثالثها: تصرف بنيابة مشوبة / ٢٧٥ب/ بولاية أو ولاية مشوبة بنيابة، وهو الوصي من حيث إنه يتصرف بالتفويض، يكون تصرفه بالنيابة، ومن أنه يتصرف في حق من لا يلي التصرف بنفسه يكون بالولاية والوكالة أسم خاص.



فائدة ثانية:

الولي لغة: القريب من الولي بإسكان اللام، وهو القرب.
قال: (وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقوله: ﴿وَإِنْ تَخَاطَبُوهُمْ فَاخْوَنُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، فينفق على الصبي والسفيه بالمعروف،

(١) «الشرح الكبير» ٥/ ٢٦٨.

كما ذكره المصنف بعد ويكسوهما كسوة تليق بهما في يسارهما وإعسارهما، ويرجع في ذلك إلى صفة ملبوس أبيهما، وقيل: يرجع في كسوتهما إلى حال أبيهما.

قال الماوردي: وليس بصحيح؛ لأنه قد يكون مسرفاً أو مقصراً^(١). قال الإمام في كتاب الشفعة، وكان شيخي يقطع بأن التصرف الذي لا خير فيه ولا شر ممنوع. قال: وهذا حسن متجه^(٢)، وذكر الماوردي نحوه.



فرع:

يشترى له العبد والجارية إن أحتاح إليهما، ويصرف أجرة معلمهما من القرآن قدر ما يؤدي به الفرض. جزم به القاضي حسين في باب حد الخمر من «تعليقه»، وقال في «فتاويه»: يحتمل وجهين: أحدهما هذا؛ لما فيه من مصلحة كأجرة الحلاق والحجام والطبيب.

وثانيهما: على الأب، أي: إذا كان هو الناظر؛ لأنه عليه السلام أمره بالتعليم، أما أجرة تعليم الزائد على الفاتحة فيترتب عليها، فإن قلنا: يجب في مال الأب، فهذا أولى، وتعليم الأدب يترتب على الزائد على الفاتحة.

قال في «تعليقه»: ولو علمه حرفة ففي وجوب الأجرة في ماله وجهان وقال في أجره حسابه في ذمته، وهو بعد عشر سنين يحتمل وجهين: أحدهما: تجب في مال الولي كتبرعه به قبل وجوبه. وثانيهما: في ماله كأجرة الحلاق.

(٢) «نهاية المطلب» ٧/ ٣٨٤.

(١) «الحاوي» ٨/ ٣٤٥.

فرع:

ليس له بيع مال المحجور عليه بثمان المثل ولا بأزيد منه، وهناك راغب في زيادة. قال الماوردي: ويشترط أن يجتهد بحيث لا يتوقع زيادة أخرى.



فرع:

يستحب أن يشتري له العقار، وهو أولى من التجارة، فإن لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج أو جور السلطان، أو إشراف الموضع على الخراب، أو لكون البائع غير ثقة لم يجز. قال الماوردي: فإن كان العقار لا يحصل من ريعه قدر الكفاية فالتجارة أولى عند إمكانها^(١).

قال الإمام: ولا يشتري عقارًا نفيسًا لا يحتفل بمغله بالنسبة إلى ثمنه كدار عظيمة لا يحتاج إليها الصبي، ولا يوجد لها مكتر^(٢)، ولو بيع شيء بغبطة، وهو مما لا يتسارع إليه الفساد، ففي وجوب شرائه للمحجور عليه وجهان حكاهما ابن الصباغ في كتاب الشفعة.



فرع:

يخرج من ماله أروش الجنائيات وبدل الإتلافات وإن لم يطلب، ونفقة القريب الثابت نسبه بالبينة بعد الطلب، وينفق على دوابه ويسقي نخله، ويتعهدا، فإن ترك ضمن الدواب دون النخل/٢٧٦ لأن ضمان ثمره لم يوجد، أو لم توجد كاملة. قاله في «البحر».

(٢) «نهاية المطلب» ٥/٤٦٢.

(١) «الحاوي» ٥/٣٦٣.

قال القفال: ولو ترك ورق الفرصاد حتى فات وقته ضمن.



فرع:

له المسافرة بمال المحجور عليه إذا دعت إليه ضرورة نهب أو حريق، وإلا فإن كان الطريق مخوفاً لم يسافر به، وإن كان آمناً فالأصح الجواز، لهذا في سفر البر، وأما سفر البحر الذي يغلب فيه السلامة فهو ممتنع عند الأكثرين - كما ذكره في «الروضة» - وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج، وحيث جاز له السفر به جاز تسفيره على يد أمين^(١).

وحيث منعناه فأقر به، قال القاضي حسين: لا ينعزل بهذا القدر من التعدي كما لا ترد شهادة الشاهد بكل فسق.



فرع:

له التجارة في مال المحجور عليه بأربعة شروط:

أن يكون ماله ناظماً، فإن كان عقاراً فلا.

وأن يكون الزمان زماناً آمناً.

وأن يكون السلطان عادلاً والمتجر مربحاً، فإن أتجر مع فقدان شرط

منها ضمن. قاله الماوردي^(٢).



فرع:

يجوز أن يزرع له، قاله في «الشامل» في التفليس.

(١) «روضة الطالبين» ٤/١٩١. (٢) «الحاوي» ٨/٣٤٥.

فرع:

قال في «المطلب» في كتاب القراض: صريح كلام الغزالي^(١) وغيره أنه يجوز شراء الرقيق بمال القراض لغرض الاتجار وسائر الحيوانات مثله. قال: ولا يظهر جوازه في الاتجار بمال اليتيم، لما فيه من غرر الهلاك؛ ولهذا يبدأ بيعه من مال المفلس.



فرع:

هل له شراء المعيب؟ مقتضى ما أطلقه الغزالي وإمامه في الكلام على القيد الثالث من تصرفات المحجور عليه صحة شرائه له، وصرح المتولي بعدم الصحة، وقيده في كتاب البيع بما إذا حدث العيب بعد البيع وقبل القبض، فإن كانت الغبطة في رده فلم يرد، فإن كان في الذمة أنقلب الشراء إلى الولي وإن كان بعين مال الطفل بطل، وقال فيما إذا أشتري معيباً ثم علم بالعيب إن كان بعين مال الصبي بطل. وإن كان بثمن في الذمة وقع العقد للولي.



فرع:

له أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكلة كما سيأتي في آخر الوصايا كما يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون، وأن يفاوتوا في الأكل، بل خلط المسافرين أزوادهم يستحب.

قال المصنف: وله أن يضيف من ذلك الطعام إذا لم يكن على اليتيم فيه

حيف^(٢).

(٢) «فتاوى الإمام النووي» (ص ٩١).

(١) «الوسيط» ١٣١/٤.

فرع:

قال في «البيان»: إذا كان للصبى أو للسفيه كسب أجبره الولي عليه ليرتفق به في النفقة^(١).

فرع:

إذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه فله أن يستأجر من مال الطفل من يتولى ذلك، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليقوم قيما بأجرة، وإن طلب من القاضي أن يفرز له أجرة على ذلك لم يجبه إليه غنياً كان أو فقيراً، لكن إن كان فقيراً ينقطع به عن كسبه، فله أن يأكل منه بالمعروف. وفي القدر المأخوذ ثلاثة أوجه: أحدها قدر النفقة.

٢٧٦ب/ وثانيها: ونص عليه ونقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقاً، وهو المعروف في كتب العراقيين أقل الأمرين من كفايته وأجرة مثله^(٢)، ويدخل في كفايته كفاية من يلزمه نفقته.

وثالثها: وجزم به الماوردي أنه أجرة مثله^(٣).

وهل يرد البدل؟ فيه قولان، أصحابهما من زوائد «الروضة»: لا؛ لظاهر القرآن، ولأنه بدل عمله^(٤)، وكذا الحكم في الوصي، وقال الإمام: يحتمل أن يقال: يثبت القاضي له أجرة؛ لأن له أن يستأجر، فجاز طلبها لنفسه، وجزم به الغزالي^(٥)، وأفتى به ابن الصلاح^(٦)،

(١) «البيان» ٢١٥/٦. (٢) «البيان» ٢١٧/٦.

(٣) «الحاوي» ٣٥٢/٦. (٤) «روضة الطالبين» ١٩٠/٤.

(٥) «نهاية المطلب» ٩٥/١٣، «الوسيط» ٨٢/٥.

(٦) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٩٥-٢٩٦/١.

وليس له أن يستبد بتقرير أجره لنفسه.

وفي وجهه في «الحاوي»: أن الغني أيضًا له أن يأخذ بقدر أجرته^(١).
قال ابن الصلاح: ولو أستدان عند حاجته إلى النفقة لم يكن له قضاء دينه من مال الطفل، ولو كان في كفاله أيتام، وكفايته أقل من أجره عمله بالنسبة إلى كل منهم، فالذي يظهر أن له أخذها من مال أيهم شاء^(٢).
وهذا كله إذا لم يوجد متبرع بالحفظ والعمل، فإن وجد متبرع وطلب الأب الأجره فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يثبت له أجره للاستغناء عنه.

والثاني: نعم لزيادة شفقتة كما تقدم الأمر في الرضاة على قول على المتبرعة.

فرع:

يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف، وعليه استنماؤه بقدر ما لا تأكله النفقة والمؤن إن أمكن، ولا يلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية. قاله الرافعي في كتاب النكاح تبعًا للإمام والغزالي^(٣).

وقال العراقيون: إن ذلك مستحب.

قال الماوردي: وإنما يجوز ويستحب بأربعة شروط: أن يكون ماله ناصًا إلى آخر ما قدمناه عنه في التجارة^(٤).

(١) «الحاوي» ٦/٣٥٢. (٢) «فتاوى ابن الصلاح» ١/٢٩٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٧/٥٧٢، وانظر: «نهاية المطلب» ١٣/٩٥، ٥/٨٢.

(٤) «الحاوي» ٨/٣٤٥.

فرع:

لو أهمل الولي عمارة العقار حتى خرب، وعنده ما يعمر به أثم، وفي ضمانه وجهان.

قال في «البحر» في الوصية: ولو ترك إجارته مع تمكنه منها ففي الضمان وجهان، ونحوه قول الرافعي في الخلع: لو خالغ السفية وقبض المال فتركه في يده حتى تلف ففي الضمان وجهان^(١).



فرع:

قال المصنف في «فتاويه»: يجوز للأب استخدام ولده وضربه على ذلك فيما فيه تدريب للصبي وتأديب وحسن تربية ونحو ذلك^(٢)، وسئل عن يتيم أخذه جده لأمه فاستخدمه حتى بلغ، هل يجب عليه أجرته؟ فقال: عليه أجره المثل للمدة التي لم يكن فيها سيّدًا، سواء ما قبل البلوغ وما بعده^(٣)، وسبقه بذلك ابن الصلاح، فإنه قال: له أن يستخدمه فيما فيه تدريب وتأديب قاصدًا لمصلحته ونحو ذلك مما لا يعتد لمثله أجره^(٤).



فرع:

هل للقاضي أن يأذن لقيم المحجور عليه في الإنفاق من مال نفسه؟ قال السرخسي: هو كما لو أذن للملتقط في الإنفاق على اللقيط، وفي

(١) «الشرح الكبير» ٤١١/٨. (٢) «فتاوى الإمام النووي» (ص ٨٨).

(٣) «فتاوى الإمام النووي» (ص ٩١). (٤) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٨٨/١.

المسألة المشبهة بها قولان، أشبههما عند أبي حامد الجواز، ثم إذا أنفق وأراد الرجوع /٢٧٧/ لم يعطه ما ادعى إنفاقه إلا بعد حلفه أنه أنفقه بنية الرجوع، صرح به ابن الصلاح في «فتاويه»^(١).



قال: (ويبنى دوره بالطين والآجر) لأن الآجر وهو الطوب المشوي يبقى، والطين قليل المؤنة، وينتفع به بعد النقض.

قال: (لا اللبن) أي: وهو الطوب الذي لم يحرق (وَالْجِصُّ) أي: وهو الجبس لقلته بقائهما، ولا يبنى باللبن والطين أيضًا؛ لقلته بقائه، ولا بالآجر والجص؛ لأنه يعلق به فينكسر عند نقضه ونزعه منه. وذكر الروياني أن كثيرًا من الأصحاب جوزوا البناء على عادة البلد، واختاره الشاشي وصاحب «المرشد»، وضعفه صاحب «الاستقصاء»؛ لأنه وإن اختلف لم يقدح فيما تقدم، واشترط ابن الصباغ في بناء العقار أن يساوي بعد بنائه قدر ما أنصرف عليه.



تنبیه:

عبارة المصنف بالطين والآجر لا اللبن والجص كعبارة «الشرح الصغير»، لكن عبارة «الشرح الكبير»: أو الجص^(٢)، بـ (أو) وهي أحسن؛ لأنه يدل على الامتناع في اللبن سواء كان مع الطين أو الجص. وعلى الامتناع في الجص سواء كان مع اللبن أو الآجر بخلاف عبارة المصنف فإنها لا تفيد إلا منع الاجتماع.

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ١/٢٩٨. (٢) «الشرح الكبير» ٥/٨٠.

فائدة:

في الأجر ست لغات: آجرٌ بتشديد الراء، آجرٌ بتخفيفها، آجور
ياجور كصابون، آجرون بإسكان الجيم، آجرون بفتحها، وحكى
الأصمعي آجر، وآجرٌ، وهو فارسي معرب^(١).
والجص بكسر الجيم وفتحها كما قدمته في كتاب الطهارة.



قال: (ولا يبيِعُ عَقَارَهُ) إذ لا حظ فيه.

قال: (إِلَّا لِحَاجَةٍ) أي: كحاجة النفقة والكسوة ونحوهما.

قال: (أَوْ غِبْطَةً ظَاهِرَةً) أي: بأن يكون يقبل الخراج ونحوه.

قال الإمام: وضابطها ألا يستهين بها أرباب العقول بالنسبة إلى
شرفها.



فائدة:

الغبطة: حسن الحال. قاله الجوهري^(٢).

وتقييد الغبطة بكونها ظاهرة مما زاده على «المحرر»^(٣).



فرع:

حكم الأواني المعدة للقنية حكم العقار. قاله البندنجي.



فرع:

لو أمسك الولي عن البيع لتوقع الزيادة فرخص. قال القفال: لا يضمن. نقله الرافعي في آخر الوديعة^(١). وقال الجيلي: يضمن.



قال: (وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بَعْرَضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ) أي: بأن يكون في الأول ربح، وفي الثاني خوف من نهب أو إغارة.

قال: (وَإِذَا بَاعَ) أي: غير الأب (نَسِيئَةً أَشْهَدَ) أي: على البيع (وَأَرْتَهَنَ بِهِ) أي: بالثمن رهناً وافيًا به احتياطًا للمحجور عليه، قاله الماوردي^(٢) وجماعة، ويشترط أن يكون المشتري ثقة موسرًا، ويكون الأجل قصيرًا، واختلفوا فيه، فقيل: لا يزيد على سنة.

وقال الجمهور: يعتبر عرف الناس، فإن فقد شرط من هذه بطل البيع، ويلزمه أن يشهد عليه، فإن ترك الإشهاد/٢٧٧ب/ ففي بطلان البيع وجهان، هذا ما ذكره في «الروضة» في كتاب الرهن^(٣)، وأطلق في الوصايا من زوائده تصحيح لزوم الإشهاد في حقه^(٤).

ولو ترك الرهن والمشتري مليء. قال الإمام: فالأصح الصحة^(٥)، أما إذا باع الأب مال ولده من نفسه لم يحتج إلى أرتهان؛ لأنه أمين في حق ولده.



(١) «الشرح الكبير» ٣٢٤/٧.

(٢) «الحاوي» ٢٤/٦.

(٣) «روضة الطالبين» ٦٤/٤.

(٤) «روضة الطالبين» ٣٢٢/٦. (٥) «نهاية المطلب» ٤٦٠/٥.

تنبيهان:

أحدهما: ظاهر كلام المصنف وجوب الارتهان في البيع بالنسيئة لأجل الخوف، وفي «الكفاية» عن القاضي أبي الطيب والمتولي أنه كما لو أقرضه في مثل هذه الحالة^(١)، وحكم الاقتراض كما جزم به الرافعي أنه لا يجب الرهن فيه، بل يفعل الولي ما يراه مصلحة^(٢).

الثاني: إذا باع الأب أو الجد عقارهما ورفع الأمر إلى الحاكم ليسجل على بيعه ففي توقفه على ثبوت عدالته وجهان في «البيان»، ولا يكلف إثبات الحاجة أو الغبطة عنده؛ لأنه غير متهم في حق ولده. وأما الوصي والأمين فلا يسجل لهما إذا باعا إلا بعد قيام البينة بالحاجة أو الغبطة^(٣).

قال: (وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ المَصْلَحَةِ) لأنه مأمور بطلب الحظ، وإذا أخذ أو نزل بالمصلحة لم يكن للمحجور نقضه بعد الرشد، فإن قال المحجور كان الحظ في الأخذ ونازع الولي؛ فعل ما سيأتي في العقار. قاله في «الاستقصاء».

فإن أستوى الأمران فهل يجب الأخذ، أم يجوز، أم يمتنع؟ فيه أوجه في «الحلية»، والأول هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة^(٤). قال في «المطلب» هناك: والنص يفهمه والآية تشهد له.

قال: (وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ) لأنه قائم مقامه.
 قال: (فَإِنْ أَدْعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْنًا بِلَا مَصْلَحَةٍ صُدَّقَا
 بِالْيَمِينِ) أي: وعليه البينة كما ذكره في «المحرر»^(١)؛ لوفور شفقتهما.
 قال: (وَإِنْ أَدْعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ) أي:
 وعليهما البينة^(٢)، كما ذكره في «المحرر» للتهمة، ولا فرق في ذلك
 بين العقار وغيره على الأصح، وقيل بالفرق لعسر الإشهاد في كل قليل
 وكثير.

قال الرافعي: ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي،
 وبين العقار وغيره، ويتلخص في ذلك أربع طرق:
 قبول قول الولي مطلقاً.
 عدم قبوله مطلقاً.
 قبول قول الأب والجد دون غيرهما.
 قبول قولهما مطلقاً، وغيرهما لا يقبل قوله في العقار وفي غيره
 وجهان^(٣).



فرع:

دعواه على المشتري من الولي كهي على الولي.



(١)، (٢) «المحرر» (ص ١٨١).

(٣) «الشرح الكبير» ٨١/٥.

فائدة:

قال ابن الفركاح في «الإقليد»: إطلاق صاحب «التنبيه» يدل على أن القاضي كالوصي والأمين^(١). أنتهى، وينبغي اختصاصه بما إذا لم يكن في زمن قضاؤه.



فرع نختم به الباب:

في «فتاوى ابن الصلاح» أنه لو كان في يد رجل مال لیتيم، وليس بوصي، ولو سلمه إلى ولي الأمر خاف ضياعه /٢٧٨/ يجوز له النظر في أمر الطفل والتصرف في ماله بالتجارة، والإنفاق للضرورة، ومخالطته في الأكل^(٢).

واستأنس فيه بقول بعض أصحابنا: أوقاف المساجد في القرى يصرفها صلحاءها في مصارفها؛ لعدم من له النظر، فإن كان للصبي أم غير فاسقة، فينبغي أن يأذن لها في ذلك عملاً بقول الإصطخري السالف.



(١) «التنبيه» (ص ١٠٣).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ١/٢٨٨.

كِتَابُ الصَّلْحِ

هُوَ قِسْمَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ، أَحَدُهُمَا: صَلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنِ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصَّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفَعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِاجَارَةً تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهَبَّةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصَّلْحِ.

وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبَقِ خُصُومَةٍ: صَالِحِنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا. فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ. وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ.

فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا أُشْتَرِطَ قَبْضُ الْعَوَضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرِطَ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ دَيْنًا أُشْتَرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ، وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا.

وَبِلَفْظِ الصَّلْحِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسَ لَغَا، فَإِنْ عَجَلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ.

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشْرَةِ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةِ مُؤَجَّلَةٍ بَرِيٍّ مِنْ خَمْسَةِ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةً، وَلَوْ عَكْسَ لَغَا.

التَّوَعُّ الثَّانِي: الصَّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعَى.

وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ.
 وَقَوْلُهُ: صَالِحِي عَنِ الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا. لَيْسَ إِقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ.
 الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِيِ وَأَجْنَبِيٍّ فَإِنْ قَالَ: وَكَلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي
 الصُّلْحِ. وَهُوَ مُقَرَّرٌ لَكَ صَحِّحٌ.
 وَلَوْ صَالِحٌ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ صَحِّحٌ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ، وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ
 الْأَجْنَبِيُّ: هُوَ مُبْطَلٌ فِي إِنْكَارِهِ. فَهُوَ شِرَاءٌ مَعْصُوبٍ، فَيُفْرَقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى
 أَنْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ مُبْطَلٌ. لَعَا الصُّلْحُ.



فَصْلٌ

الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ المَازَّةَ وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ
 يَضُرُّهُمْ، بَلْ يُشْتَرَطُ أَرْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا، وَإِنْ كَانَ مَمَرٌ الْفُرْسَانِ
 وَالقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ المَحْمِلُ عَلَى بَعِيرٍ مَعَ أَحْشَابِ المِظَلَّةِ.
 وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ جَنَاحٍ.
 وَأَنْ يَبْنِي فِي الطَّرِيقِ ذِكَّةً، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَارًا.
 وَعَبِيرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ.
 وَكَذَا لِيَعُضِ أَهْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا البَاقِيْنَ، وَأَهْلُهُ مَنْ نَقَدَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ،
 لَا مَنْ لَاصَقَهُ جِدَارُهُ، وَهَلِ الأَسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ
 وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجِهَانِ، أَصَحُّهُمَا الثَّانِي.
 وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابِ إِلَيْهِ لِلاِسْتِطْرَاقِ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَرَهُ فِي الْأَصَحِّ.
 وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ فَلِشْرَكَائِهِ مَنْعُهُ، فَإِنْ كَانَ

أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنَعَ.
وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرَجَتَيْنِ مَسْدُودَتَيْنِ أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا
بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعِ فِي الْأَصْحَحِ، وَحَيْثُ مَنَعَ فَتُحُّ الْبَابِ فَصَالِحُهُ أَهْلُ الدَّرَبِ بِمَالِ
صَحَّ.

وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَاتِ، وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ
يَشْتَرِكَانِ فِيهِ، فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخِرِ وَضَعُ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا
يُجَبِّرُ الْمَالِكُ، فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عَوَضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ، لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ،
وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصْحَحِ، وَفَائِدَةُ الرَّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأَجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ
وَيَعْرَمَ أَرْضَ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الْأَجْرَةِ فَقَطُّ. وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُدُوعِ
وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعَوَضٍ فَإِنَّ أَجْرَ رَأْسِ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ، وَإِنْ قَالَ: بَعَثَ
لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَوْ بَعَثَ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ. فَالْأَصْحَحُ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبٌ يَبِيعُ وَإِجَارَةٌ.
فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ.

وَلَوْ أَنَّهُدَّمَ الْجِدَارَ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ.
وَسِوَاءُ كَانَ الْإِذْنُ بِعَوَضٍ أَوْ بغيرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ
طَوْلًا وَعَرْضًا وَسَمَكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتَيْهَا وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهِا.
وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ. وَأَمَّا الْجِدَارُ
الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضَعُ جُدُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَيْسَ لَهُ
أَنْ يَتَدَّ فِيهِ وَتَدًّا أَوْ يَفْتَحَ كُوَّةً بِلَا إِذْنٍ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيُسْنِدَ مَتَاعًا لَا
يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ.

وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ.
فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِالَّةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعِ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكُهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا

شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ، وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ: لَا تَنْقُضُهُ وَأَعْرَمُ لَكَ حِصَّتِي. لَمْ تَلْزَمَهُ
 إِجَابَتُهُ، وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرِكِ فَلِلْآخِرِ مَنَعُهُ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ
 بِنَقْضِهِ عَادَ مُشْتَرِكًا كَمَا كَانَ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةَ جَازٍ
 وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مَلِكِهِ عَلَى مَالٍ.
 وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا فَإِنْ اتَّصَلَ بَيْنَهُمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بَيْنَهُمَا
 مَعًا فَلَهُ الْيَدُ، وَإِلَّا فَلَهُمَا، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلَّا حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ
 نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُدُوعٌ
 لَمْ يُرْجَحْ، وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوِّهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مَلِكَيْنِ، فَيُنْظَرُ أَيُّمَكِنُ
 إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا، أَوْ لَا فَالصَّاحِبِ السَّقْفِ؟



(كتاب الصُّلْحِ)

هو في اللغة قطع المنازعة، وفي الشرع يقع على الصلح بين المسلمين والمشركين، وعلى الصلح بين الإمام والفئة الباغية، وعلى الصلح بين الزوجين عند وجود الشقاق، وعلى الصلح في المعاملات والديون، وهو المراد هنا.

واختلف أصحابنا في تفسيره: فقيل: هو بيع. وقيل: هو العقد الذي يقطع به خصومة المتخاصمين. وكلاهما غير مطابق، فإنه قد يكون يباع وقد يكون غير بيع، وقد يكون من غير تقدم مخاصمة، في وجه، كما سيأتي.

والأصل في الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً» رواه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه ابن حبان وأخرج الحاكم القطعة الأولى، وصححها على شرط الشيخين^(١). وأراد بالأول: أن يصلح على دراهم أكثر منها أو نحوه، وبالثاني: أن يصلح على أن لا يتصرف في المال المصلح به.

وهل هو رخصة لاستثنائه من جملة محظور؟ وهو فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده وليس أصلا، فصار باعتباره بغيره رخصة أو هو أصل بنفسه مندوب إليه؟ فيه وجهان: فمن قال بالأول قال: الحديث

(١) أبو داود (٣٥٩٤)، ابن حبان (٥٠٩١)، الحاكم ٤٩/٢، ١٠١/٤، وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٤٢٠).

المذكور مجمل، ومن قال بالثاني قال: إنه عام.
وتظهر فائدة هذا الخلاف فيما إذا ترددنا في جواز نوع من الصلح،
فإن جعلناه مجملا لم يصح الاستدلال بالخبر على جوازه، وعلى الثاني
يجوز إلا أن يقوم دليل على تخصيصه.

قال: (هُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:
أَحَدُهُمَا: صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدْعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ
بَلْفِظِ الصُّلْحِ تَثَبُّتٌ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ
قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرَّبَا) أي: وغير ذلك من
أحكامه، لأن حد البيع صادق عليه.

وقوله: (عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدْعَاةِ) كذا هو في «المحرر» و«الشرح»^(١)،
ولو حذف لفظه (عين) لشمّل ما إذا صالح منها على عين وعلى دين، فإن
الحكم سواء.

قال: (أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ) أي: كسكنى دار وخدمة عبد (فَإِجَارَةٌ تَثَبُّتُ
أَحْكَامُهَا) لصدق حد الإجارة عليه.

قال: (أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدْعَاةِ) أي: كما إذا صالحه على نصفها
أو ربعها أو من العبدین على أحدهما (فَهَبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثَبُّتُ
أَحْكَامُهَا) أي: المقررة في بابها من اشتراط ٢٧٨/ب/ القبول وغيره لما
ذكرنا من صدق الحد، وهذا يسمى صلح الحطيطة.

واحترز بقوله: (المدعاة) عما إذا ادعى شيئا وصالح منه على بعض

(١) «المحرر» (ص ١٨٢)، «الشرح الكبير» ٨٥/٥.

عين، فإن هذا الصلح بيع إن ادعى عيناً أو ديناً، وإجارة إن ادعى منفعة، ولا يصح أن يكون أحترز به عما إذا ادعى بعض عين وصالح منها على شيء آخر، فإن هذا صلح عن بعض العين لا على بعض العين؛ لأن الصلح يتعدى ب (عن) وب (من) إلى المتروك وب (على) إلى المأخوذ.

وقوله: (فهبة) أي: إذا عقد بلفظ الهبة أو التملك وشبههما فإن عقد بلفظ البيع أو الصلح فسيأتي.

قال: (ولا يصح بلفظ البيع) لأن البيع يقتضي تقابل عوضين وهو منتف هنا.

قال: (والأصح صحته بلفظ الصلح) أي: ويكون هبة؛ لأن الخاصة التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد حصلت. والثاني: لا يصح؛ لأن الصلح يتضمن المعاوضة، ومحال أن يقابل ملكه ببعضه.

قال الماوردي: والخلاف في ذلك بناء على الخلاف المتقدم في أن الصلح أصل أو فرع شرع رخصة، فعلى الأول يصح، وعلى الثاني لا^(١).

قال: (ولو قال من غير سبق خصومة صالحني عن دارك بكذا؛ فالأصح بطلانه) لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة.

والثاني: يصح؛ لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياساً على البيع، وهذا نظر إلى المعنى، والأول إلى اللفظ.

قال الرافعي: وكأن هذا الخلاف فيما إذا أستعملا لفظ الصلح ولم ينويا أو أحدهما شيئاً، فأما إذا أستعملاه ونويا البيع فإنه يكون كناية بلا

(١) «الحاوي» ٦/٣٦٨.

شك، فيكون على الخلاف في انعقاد البيع بالكناية^(١).

وقطع ابن الرفعة في «المطلب»: بأنه لا يخرج على ذلك لمنافاة اللفظ كما إذا قال: وهبتك بعشرة ونويا البيع، لا يصح إذا نظرنا إلى اللفظ وإن نويا الهبة.

واعلم أن الصلح يخالف البيع في صور منها المسألة السابقة في صلح الحطيطة وغيرها.

قال: (وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَيَّ عَيْنٍ صَحَّ) لعموم الأدلة الدالة على الصلح، وسواء عقده بلفظ الصلح أو البيع، ويشترط في الدين أن يجوز الاعتياض عنه، كدين القرض والمثل، وكذا ثمن المبيع ونحوه على الجديد، ولا يجوز من دين السلم، وكذا من إبل الدية على الأظهر.

وقول المصنف: (على عين) كذا هو في «المحرر»^(٢)، وصوابه كما في «الشرح» و«الروضة»: على غيره^(٣)، بالغين المعجمة وبالهاء في آخره، فإنه قسمه بعد هذا إلى عين ودين.

قال: (فَإِنْ تَوَافَقَا) أي: الدين المصالح منه والعوض المصالح عليه (فِي عِلَّةِ الرِّبَا) كالصلح عن الذهب ونحوه (أَشْتَرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ) أي: فمتى تفرقا قبل قبضه بطل الصلح.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يتوافقا في علة الربا كالذهب بالحنطة (لَمْ

(١) «الشرح الكبير» ٨٧/٥.

(٢) «المحرر» (ص ١٨٢).

(٣) «الشرح الكبير» ٨٨/٥، «الروضة» ١٩٥/٤.

يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ دَيْنًا) أَي: كصالحتك عن الذهب الذي لي عليك بأردب قمح (أَشْتَرَطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي الْقَبْضِ الْوَجْهَانِ) لما سلف في الكلام على الاستبدال عن الثمن موجها بدلائله /٢٧٩/ فإن كان المالان ربويين في صورة الدين فلا بد من قبض العوض في المجلس، فإن قبض بعضا دون بعض بطل الصلح في غير المقبوض وفي المقبوض طريقان: أحدهما: أنه على قولي التفريق.

والثاني: القطع بأنه لا يبطل، فإن قلنا: لا يبطل ثبت الخيار للقابض دون الآخر.

وعن بعض الخراسانيين أنه إن كان هو المفارق فلا خيار له قطعاً؛ لرضاه بتفريق الصفقة، وأنكره الروياني وحكي وجه فيما إذا وقع الصلح على دين أنه لا يصح؛ لأنه يبيع دين بدين، والصحيح ما جزم به المصنف. قال: (وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ) لأنه معناه، وهذا صلح حطيطة، وما تقدم صلح معاوضة، وما جزم به المصنف من الصحة هو الصحيح، هو الذي جزم به الرافعي أيضاً^(١).

وحكى معه الماوردي وجهاً آخر وقال: هما مبنيان على أن الصلح أصل بنفسه أو فرع لغيره^(٢)، كما مر، إن قلنا بالأول صححناه، أو بالثاني أبطلناه.

(١) «الشرح الكبير» ٨٩/٥.

(٢) «الحاوي» ٣٦٨/٦.

فإن قلنا: يصح، ففي اشتراط القبول وجهان مبنيان على أن الإبراء يفتقر إلى القبول، إن قلنا: نعم، فهذا أولى، وإن قلنا: لا، فوجهان أظهرهما الاشتراط، وهما كالوجهين في الإبراء بلفظ الهبة، لكن صحح الرافعي في باب الهبة: أنه لا يشترط في الإبراء بلفظ الهبة القبول^(١).

قال: (وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ) أي: بأن قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف التي عليك وصالحتك على خمسمائة، ولا يشترط القبول على الأصح، ولا يشترط قبض المال في المجلس. قال العبادي: ولو أمتنع من أداء الباقي ففي عود الدين المبرأ منه وجهان مبنيان على الوجهين في اقتضاء الإبراء القبول، إن قلنا بقبضه فامتناعه رد له فلا يسقط الدين، وإن قلنا لا يقتضيه سقط.

فرع:

لو قال: أبرأتك من خمس مائة على أن تعطيني الباقي لم يصح؛ لأنه ترك بعض حقه ليأخذ البعض، ولا يجوز بيع بعضه ببعض. قاله المحاملي. قال: ومن أصحابنا من غلط فقال بجوازه. قال الروياني: وليس بشيء. قال: (وَالْحَطُّ وَنَحْوُهُمَا) أي: كالإسقاط والوضع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال لكعب بن مالك: «ضع عن ابن أبي حردد» لما طلب منه ماله الشطر، متفق عليه من حديثه^(٢).

قال: (وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ) أي: بأن يقول: صالحتك عن

(١) «الشرح الكبير» ٦/٣١٧.

(٢) البخاري (٤٥٧)، مسلم (١٥٥٨).

الألف الذي لي عليك على خمسمائة، وتوجيه الخلاف قد مر في صلح الحطيطة عن العين، وصحح الإمام هنا البطلان.
قال: ومن صححه قال: لا يتعين الخمسمائة إلا بالقسم، ولو تعينت لكانت عوضا وبطل الصلح^(١).

فرع:

الأصح أشراط القبول والحالة هذه؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه.

فرع:

لا يصح هذا الصنف بلفظ البيع كنظيره من العين.



قال: (وَلَوْ صَالِحٍ مِنْ حَالٍ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسًا) أي: صالح من ٢٧٩ب/ مؤجل على حال مثله (لَعَا) لأن الأول إلحاق الأجل ولا يلحق، والثاني: إسقاط له ولا يسقط، ولو خرج على الخلاف في أن الأجل يسقط بالإسقاط لم يبعد.

قال: (فَإِنْ عَجَلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ) لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلها، ولو عجل على ظن صحة الصلح ففيه تخالف.



فرع:

الحكم في الصحيح والمكسر كذلك.



(١) «نهاية المطلب» ٤٥١/٦.

قال: (وَلَوْ صَالِحٍ مِنْ عَشْرَةٍ حَالَةً عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِيٍّ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَّتْ خَمْسَةٌ حَالَةً) لأنه سامح من وجهين: أحدهما: حط خمسة.
والثاني: إلحاق أجل بالباقي، والأول سائغ فيبرأ عن خمسة،
والثاني: وعد لا يلزم فله المطالبة بالباقي في الحال.
وهذا تفريع على تصحيح المصالحة من الدين على بعضه فإن منع بقيت
العشرة جزماً.

قال: (وَلَوْ عَكَسَ) أي: صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة
(لغاً) لأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها، والخمسة الأخرى إنما تركها
في مقابلته، فإذا لم يحصل الحلول لا يحصل الترك.
وعن أبي الحسن الجوري: أنه لو كان له على رجل ثوبان من قرض،
فأعطاه ثوباً مثل أحدهما، على أن باعه منه بالثوبين جاز. وهو يدل على أن
المسألة مخصوصة بالمال الربوي، وأنه إذا كان له عروض مؤجلة فصالحه
على بعضها حالاً يجوز إذا قبض في المجلس.



فرع:

لو كان لزيد على عمرو ألفاً درهم فصالحه عنها على ألف [درهم]^(١)
وخمسين ديناراً صح على الصحيح، ويجعل مستوفياً الألف معتاضاً عن
ألف وخمسين.

وقال القاضي حسين: لا يصح، لشبهه بمسألة مد عجوة^(٢).

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٦/٤٦٠.

فرع:

قال أحد الوارثين لصاحبه: تركت حقي من التركة لك. فقال: قبلت لم يصح ويبقى حكمه كما كان؛ لأنها إن كانت أعيانا فلا بد فيها من تمليك وقبول وإن كان فيها دين عليه فلا بد من إبراء. ولو قال: صالحتك من نصيبي على هذا الثوب، فإن كانت التركة أعيانا فهو صلح عن المعين، وإن كانت ديوناً عليه فهو صلح عن الدين، وإن كانت على غيره فهو بيع دين لغير من عليه، وإن كان فيها عين ودين على الغير ولم نجوز بيع الدين لغير من عليه بطل الصلح في الدين، وفي العين قولاً تفريق الصفقة.



قال: (التَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدْعَى) قياساً على ما إذا أنكر الخلع أو الكتابة، ثم تصالحا على شيء، ولأنه إن كان المدعي كاذباً فقد أستحل من المدعى عليه ماله، وهو حرام، وإن كان صادقاً فقد حرم عليه ماله الحلال، فدخل في قوله **الْكَلْبُ**: «إلا صلحا أحل حراماً وحرم حلالاً»^(١).

وفيه وجه عن حكاية الشاشي أنه يصح، وبه قال الأئمة الثلاثة^(٢)، وسواء كان المدعى ديناً أم عيناً، وقيل: يصح الدين. حكاه الغزالي في «تحصين المآخذ»^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٤٠/٦، و«الذخيرة» ٣٥١/٥، و«بداية المجتهد» ١٤٦٧/٤، و«المغني» ٦/٧.

(٣) كتاب في الخلاف، ذكره في «الوسيط» ٤٨٢/٧.

وصورة الصلح على الإنكار أن يدعي عليه ألفا أو عينا، فينكر ثم يقول: صالحني عن دعواك الكاذبة على ثوب أو دين. ولا يكون طلب الصلح منه / ٢٨٠ / إقرارا؛ لأنه ربما يريد قطع الخصومة.

وقول المصنف (على نفس المدعى) صوابه (على غير المدعى) بالغين المعجمة والراء كما ذكره في «المحرر»^(١)؛ لأن الشيء المصالح عنه هو المأخوذ لا المتروك.

قال: (وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ) أي: سواء كان عينا فصالحه على بعضه أو دينا وعين بعضا فصالحه عليه، كما لو كان على غير المدعي.

والثاني: يصح فيهما؛ لاتفاقهما على أستحقاق البعض.

والثالث: يصح في عين إذا كانت بعض المدعى بعينه كنصف الدار، بخلاف بعض الدين إذا عينه؛ لأن ما في الذمة ليس ذلك العين ففي الصلح عليه معنى المعاوضة، ويتقدر تصحيحه معاوضة مع الإنكار.

قال: (وَقَوْلُهُ: صَالِحِنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدْعِيهَا لَيْسَ إِقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ) لأنه يحتمل أن يريد قطع الخصومة لا غير، والثاني: نعم كما لو قال: ملكنيها، فعلى الأول يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. فرع:

لو قال: بعنيها، أو: هبها لي، فالصحيح أنه إقرار؛ لأنه صريح في التماس التمليك، ومثله لو كان النزاع في جارية فقال: زوجنيها، ولو قال: أعزني أو أجرني فأولئ لا يكون إقرارا.

(١) «المحرر» (ص ١٨٣).

فرع:

لو كان النزاع في دين فقال: أبرئني فهو إقرار. جزم به الرافعي^(١)، وفيه وجه حكاه صاحب «الإشراف» كقوله تعالى: ﴿فَبَرَأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب: ٦٩]، وموسى عليه السلام لم يكن آدر وتبرئته عن الأدر لا تقتضي إثباتها له.



قال: (الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدْعِي وَأَجْنَبِيٍّ: فَإِنْ قَالَ، وَكَلَّنِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ [فِي الصُّلْحِ]^(٢) وَهُوَ مُقَرَّرٌ لَكَ) أي: في الظاهر أو غير مقرر إلا أنه أقر عندي، وكذا إذا قال: أنا أعلم أنه لك (صح) لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات وفيما إذا قال: أنا أعلم أنه لك، وجه حكاه الماوردي^(٣).

ثم إن كان صادقا في الوكالة صار المدعى ملكا للمدعى عليه، وإلا فهو شراء فضولي، وقد سبق حكمه في بابه.



فرع:

لو قال: صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة صح سواء كان بإذنه أم لا؛ لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز، ذكره في «الروضة» من زوائده^(٤)، وهو صلح من غير توكيل.



(١) «الشرح الكبير» ٩١/٥. (٢) زيادة من «المنهاج». (٣) «الحاوي» ٣٧٤/٦. (٤) «روضة الطالبين» ٢٠٠/٤.

قال: (وَلَوْ صَالِحٌ لِنَفْسِهِ) أي: إذا كان المدعى عينا (وَالْحَالَةَ هَذِهِ) أي: والحالة أن الأجنبي قائل بأنه مقر لك (صَحَّ) أي: ظاهراً، وكذا باطنا كما أفاده الإمام^(١)، واقتضى كلامه أنه كسراء المغصوب وهو ظاهر، فإن المدعى عليه والحالة هذه غاصب حقيقة، أما إذا كان ديناً فيجاء فيه الخلاف المتقدم في باب المبيع قبل قبضه في بيع الدين لغير من عليه.

وهذه الطريقة التي جزم بها المصنف هي الصحيحة وقيل: وجهان، كما لو قال لغيره من غير سبق خصومة: صالحني عن دارك بكذا؛ لأن الأجنبي لم يخاصم. والمذهب الصحة؛ لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب.

واحترز بقوله: (والحالة هذه) عما إذا صالح لنفسه مع الإنكار وسيأتي.

قال: (وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ) كذا وقع في «المحرر»^(٢) / ٢٨٠ب/ وعبارة الشرحين و«الروضة»: كما لو اشتراه^(٣). وهي الصواب؛ لأنه شراء حقيقي فلا معنى للتشبيه.

قال: (وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ: هُوَ مُبْطَلٌ فِي إِنْكَارِهِ. فَهُوَ شِرَاءٌ مَغْصُوبٌ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا) أي: عدم القدرة، وقد سبق الحالان في البيع، وهذا إذا كان عيناً، أما الدين فقد تقدم.

(١) «نهاية المطلب» ٤٥٦/٦-٤٥٧.

(٢) «المحرر» (ص ١٨٣).

(٣) «الشرح الكبير» ٩٣/٥، «الروضة» ٢٠٠/٤.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ مُبْطَلٌ. لَغَا الصُّلْحُ) لأنه أشتري منه ما لم يثبت ملكه، وشمل كلام المصنف ما إذا قال: أنا لا أعلم صدقك أيضًا، وما إذا لم يقله ولم يصرح في «الروضة» تبعًا للشرح^(١) بالثانية.

فرع:

صالح مع أجنبي من دين على عين فجحده الأجنبي وحلف هل يعود إلى من كان عليه الدين؟ قال القاضي: يعود وينفسخ الصلح. وصححه المصنف في باب الحوالة. وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي أنه لا يعود.



(١) «روضة الطالبين» ٢٠١/٤، وانظر: «الشرح الكبير» ٩٣/٥.

(فَضْلٌ)

قال: (الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ) لأن الحق فيه ليس للمتصرف خاصة بل للمسلمين كافة.

وقوله: (يتصرف) هو بضم الياء.

وقوله: (يضر) هو بفتح أوله وضم ثانيه. والطريق: يذكر ويؤنث، كما قدمته في باب الاستنجااء، وعبر عنه في إحياء الموات بالشارع^(١).

قال ابن الرفعة في «المطلب»: وبين الطريق والشارع اجتماع وافتراق؛ إذ الطريق تكون في الصحاري والبنيان والشوارع تختص بالبنيان، والشارع لا يكون إلا نافذاً، والطريق يكون نافذاً وقد لا يكون. والنافذ بالذال المعجمة.

قال في «الدقائق»: وقولي (بما يضر المارة) أعم من قول غيره بما يبطل المرور^(٢). قلت: هي عبارتان في «الروضة»^(٣).

قال: (وَلَا يُشْرَعُ) أي: يخرج (فِيهِ جَنَاحٌ) أي: وهو الخارج من الخشب، مأخوذ من جنح إذا مال أو من جناح الطير.

قال: (وَلَا سَابَاطٌ) أي: وهو سقيفة بين حائطين (يَضُرُّهُمْ) لما تقدم، فإن لم يضر جاز لاتفاق الناس على إشراع الأجنحة في جميع الأعصار من غير إنكار، وبالقياس على الميزاب، ولأن الهواء تابع للقرار وهو على الإباحة.

(١) «منهاج الطالبين» ٢/٢٧٥.

(٢) «دقائق منهاج» (ص ٦٢).

(٣) «روضة الطالبين» ٤/٢٠٤.

وهذا الكلام من المصنف تخصيص بعد تعميم؛ لأنه دخل في كلامه أولاً بخلاف كلام «المحرر»^(١) فتأمل.

قال: (بَلْ يُشْتَرَطُ أَرْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا) يعني: الماشي وعلى رأسه الحمولة العالية، كما قيده الماوردي^(٢) ويشترط أيضاً أن لا يؤثر في إظلام الموضع، وقيل: لا، وقيل: إن منع الضوء كله أثر، وإلا فلا.

قال: (وَإِنْ كَانَ مَمَرُ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمَلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ) لأنه قد يتفق ذلك وإن كان نادراً. وقال ابن حربويه: يرفعه بحيث لا يمنع مرور الفارس تحته منصوب الريح^(٣).

ونسبه الماوردي إلى ابن سريج أيضاً^(٤)، والمتولي في إحياء الموات إلى ابن خيران، وضعفه الجمهور لما في ذلك من المشقة.

فائدة:

القوافل جمع قافلة، والقافلة عند أهل اللغة: الرفقة الراجعة من السفر وغلط من أطلق ذلك، والمحمل سبق ضبطه / ٢٨١ في كتاب الحج، والمظلة بكسر الميم، كذا قيده المصنف في «دقائقه»^(٥)، وكذا

(١) «المحرر» (ص ١٨٣).

(٢) «الحاوي» ٦/ ٣٧٧.

(٣) أنظر: «التهذيب» ٤/ ١٤٨، «البيان» ٦/ ٢٥٥.

(٤) «الحاوي» ٦/ ٣٧٦.

(٥) «دقائق المنهاج» (ص ٦٢).

رأيت أيضًا بخطه في الأصل، وأهمل لغة أخرى وهي فتحها، حكاها عبد الدائم القيرواني عن ابن الأعرابي^(١).

فائدة أخرى:

ما ذكرناه خاص بالمسلم، أما الكافر فليس له إشراع الجناح على الصحيح من زوائد «الروضة»؛ لأنه كإعلاء البناء على بناء المسلمين أو أبلغ قال: وهي من المهمات المستفادة^(٢)، وقد نبه عليها قبله ابن الصلاح في «فتاويه»^(٣).

قال ابن الرفعة في «الكفاية» في كتاب الجزية: ويجري الخلاف في آبار حشوشهم إذا أرادوا حفرها في أفنية دورهم^(٤).

قال في «المطلب» هنا: وسلوكهم طرقات المسلمين ليس عن استحقاق ملك، بل إما بطريق التبعية للمسلمين أو مما يؤديه من الجزية إذا قلنا: إنها في مقابلة سكنى الدار.

فرع:

من وضع جناحا على وجه لا يجوز، قلعه الحاكم لا كل أحد، على أشبه الوجهين في «المطلب» لما فيه من توقع الفتنة. وقال البندنجي: لكل أحد قلعه كما لو بنى دكة على باب داره. وقال سليم: لكل واحد مطالبته بقلعه؛ لأنه من إزالة المنكر^(٥).

(١) أنظر: «المحكم» ١٦٥/٥.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٠٦/٤. (٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٣٠٠/١.

(٤) «كفاية النبيه» ٦٣/١٧.

(٥) انظر: «النجم الوهاج» ٤٤٦/٤.

فرع:

لا فرق في جواز إخراج الجناح بين أن يخرجه فوق جناح جاره أو تحته، وكذا في موضعه أيضًا إذا أنهدم أو هدمه، وإن كان على غرم إعادته، واستشكل الرافيعي جواز فعله في موضع جناح الجار إذا لم يعرض، وردّه عليه في «الروضة»^(١).

فرع:

الشارع الموقوف، حكمه حكم غيره توقف فيه أبين الرفعة في «المطلب» قال: ولا يبعد تخريجه عن أقوال الملك فيه.

فرع:

قدر الطريق، قال في زوائد «الروضة»: قل من تعرض له وهو مهم جدًّا^(٢)، وهو سبعة أذرع إن تنازع المحيون فيه، وهو مقتضى ما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة: قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق أن يجعل عرضه سبعة أذرع، وإن أتفقوا على شيء فذاك^(٣).

قال: (وَيُحْرَمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ) أي: سواء صالح الإمام أو الآحاد؛ لأن الهواء تابع لا يفرد بالعقد كالحمل مع الأم، ولأنه إن ضر لم يجز أخذ العوض عنه، وإلا فهو مستحقه، وما يستحقه الإنسان لا يؤخذ منه عوض عنه كالمروور.

قال: (وَأَنْ يَبْنِي) أي: ويحرم (أَنْ يَبْنِي فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً) أي: وهي

(١) «روضة الطالبين» ٤/٢٠٥. (٢) «روضة الطالبين» ٤/٢٠٦.

(٣) البخاري (٢٤٧٣)، مسلم (١٦١٣).

بفتح الدال لا غير، كما قاله في «الدقائق». قال: وهي مكان مرتفع يقعد عليه لمنع الطروق في ذلك المحل وقد يصطك المارة، ولأنه إذا طالت المدة يشتهه موضعها بالأملاك^(١).

قال: (أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً) لما قلناه.

قال: (وَقِيلَ: إِنَّ لَمْ يَضُرَّ جَازًا) قياساً على إشرع الجناح، والأصح الأول.

قال في «المحرر»: وهو الأقوى^(٢). وقال في «التهذيب»: هو ما أجاب به الأكثرون^(٣).

قال ابن الرفعة في «الكفاية»: وسواء كانت بفناء داره أم لا^(٤)، أنتهى. وفيما إذا كانت بفنائه نظر؛ لأنها في حريم ملكه، ولعل الناس على ذلك من غير إنكار.



فرع:

غرس / ٢٨١ب/ الشجرة في المسجد جائز مع الكراهة أو حرام؟ فيه خلاف ذكرته في أحكام المساجد من باب الغسل، فراجعه^(٥).

فرع:

لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئاً من الطريق، وإن قل فيدخله في داره وإن

(١) «دقائق المنهاج» (ص ٦٢). (٢) «المحرر» (ص ١٨٣).

(٣) «التهذيب» ٤/ ١٤٩. (٤) «كفاية النبيه» ١٠/ ٨٣.

(٥) ورد بهامش الأصل: (الذي ذكره في باب الغسل الكراهة عن الصيمري والعمراني: والمنع. أي الحرمة عن القاضي حسين).

كان واسعا ولا ضرر فيه. قال القاضي تقي الدين ابن رزين: وليس لأحد قطع الطريق وإدخاله في مسجد أو جامع، ويجوز عمارة ما حوله من الأملاك ويملك بالإحياء بحيث لا يضر المارة.

وسئل القاضي حسين عن من رفع التراب من الطريق الواسع وضرب اللبن واتخذ الكيزان وباعها ولا ضرر على الناس فيه؟ فأجاب بأنه مكروه وإذا فعل لا أفسخ العقد^(١).

قال العبادي: ويجوز أن يعجن اللبن في الطريق إذا لم يمنع المرور فيه.



قال: (وَعَيْرُ النَّافِدِ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ) أي: إشراع الجناح (إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ) أي: وإن لم يضر؛ لأنه ملكهم، فأشبه الإشراع إلى الدور.

قال: (وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الْأَصْحَحِّ) كسائر الأملاك المشتركة، ونسبه في «المحرر» إلى الأكثرين^(٢). والثاني: يجوز إذا لم يضر؛ لأن كل واحد منهم يجوز له الارتفاق بقراره فيجوز بهوائه كالشارع.

قال: (إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ) أي: مجانا، فإنه يجوز، ضرر أم لا؛ لأنه ملكهم، فإن رضوا بعوض لم يجز وكان العقد باطلا؛ لأن الهواء لا يفرد بعقد، وإنما يتبع القرار، كالحمل مع الأم.



فرع:

يشترط مع إذن أهل الدرب إذن المستأجر إن تضرر وإلا فلا، قاله أبو الفضل اليمني، كما نقله العبادي.

(١) «الفتاوى» (ص ٢١٢) (م ٢٧١). (٢) «المحرر» (ص ١٨٣).

فرع:

قال القاضي حسين في «فتاويه»: ليس لأجنبي أن يجلس فيه^(١) بغير إذنهم^(٢).

وقال الإمام: له الدخول، لأن ذلك من قبيل الإباحات المستفادة من قرائن الأحوال^(٣).

ولو كان فيهم صبي أو مجنون، قال الشيخ عز الدين: ففي جواز الدخول نظر، وفي «طبقات العبادي» نقلاً عن الأصحاب أنه يجوز المرور في ملك الغير إذا لم يصر بذلك طريقاً للناس.

فرع:

لو أجمع أهل الدرب فسدوه ومنعوا من دخوله فلهم ذلك؛ لأنه ملكهم. قاله الجمهور. وقال العبادي: يحتمل أن يمنعوا؛ لأن أهل الشارع يفتزعون إليه إذا عرضت زحمة^(٤).

وما ذكره الجمهور مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد، فإن كان منعوا من سده؛ لاستحقاق جميع المسلمين الطروق. قاله الرافعي في «الشرح الصغير»، ونقله في «الكبير» عن ابن كج، ثم قال: وعلى قياسه: لا يجوز الإشرع عند الإضرار، وإن رضي أهل السكة لحق سائر المسلمين^(٥). انتهى.

(١) في الأصل فيهما، والمثبت من «الفتاوى».

(٢) «الفتاوى» (ص ٢١٢) (م ٢٧٠). (٣) «نهاية المطلب» ٦/٤٧٢.

(٤) «روضة الطالبين» ٤/٢٠٧، و«الشرح الكبير» ٥/١٠٠.

(٥) «الشرح الكبير» ٥/١٠٠.

وهو يفهم الجواز إذا رضوا ولا ضرر، وقال صاحب «المطلب»: الذي يظهر أن يقال: إن كان المسجد هناك وقت إحياء البقعة، فالأمر كما يفهمه كلامه، بل ينبغي جوازه بلا إذن أيضاً، لكن من رأس الماء باق إلى المسجد؛ لأنه كالشارع، وإن حدث بعده فلا يجوز الإخراج بغير رضاهم، سواء ضر أم لا، وإن رضوا ولا ضرر، ففيه نظر.



فرع:

لو أراد الشركاء الرجوع /٢٨٢/ بعد إخراج الجناح. قال في «المطلب»: يشبه أن لا يجوز، وبه صرح الماوردي^(١)؛ لأنه لا سبيل إلى قلعه مجاناً؛ لأنه موضوع بحق ولا إلى قلعه مع غرامة الأرش؛ لأنه شريك، والشريك لا يكلف ذلك ولا إلى إبقائه بأجرة؛ لأن الهواء لا أجرة له.



قال: (وَأَهْلُهُ) يعني: أهل غير النافذ (مَنْ نَفَذَ بَابِ دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لَاصِقَهُ جِدَارُهُ) أي: بلا باب؛ لأنهم الذين يسمون سكانه. قال: (وَهَلِ الاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا) أي: في كل الطريق غير النافذ (لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شَرَكَةً كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجَهَانِ أَصْحُهُمَا الثَّانِي) لأن هذا القدر محل تردده ومروره وما عداه فتحكمه فيه غير حكم أهل السكة، ووجه الأول أنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاع بجميعة لطرح الأثقال عند الإدخال والإخراج، فعلى هذا ليس له إشراع جناح إلا برضا الكل، ولكل منهم منعه، وعلى

(١) «الحاوي» ٦/٣٧٧.

الأظهر يختص المنع عن موضع الجناح ، وكان بين بابه ورأس السكة دون من باب داره بين موضع الجناح ورأس السكة.

ويظهر فائدتهما أيضاً على الوجه الثاني ، فيما إذا أراد بعض أهل الدرب أو من بابه دون موضع الجناح دون من فوقه.

قال الرافعي : لكنهم لم يذكروه^(١) ، واعترض عليه المصنف في «الروضة» فقال : قوله : (لم يذكروه) هو من أعجب العجب فقد ذكره صاحب «التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن «النهاية»^(٢) . أنتهى .

وقد روجع «التهذيب» في هذا الباب فلم يوجد ما نقله عنه فزال عجبه .

قال الأصحاب كما نقله عنهم في «الروضة» بعد ذلك ، ولو أراد من بابه في آخر السكة نقله إلى الوسط ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة ، وهكذا فإن شركاء الجميع في جميع السكة كان للباقيين منعه وإلا فلا^(٣) .

فائدة :

الدرب معروف عربي ، قال الجواليقي : معرب وأصله المضيق في الجبال .

قال : (وَلَيْسَ لِعَٰبِرِهِمْ فِتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلاِسْتِطْرَاقِ) لتضررهم ، فإن أذنوا جاز ، ولهم الرجوع ولو بعد الفتح .

قال الإمام : ولا يلزمهم بالرجوع شيء بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء أو للغراس ورجع فإنه لا يقلعه مجاناً^(٤) .

(١) «الشرح الكبير» ١٠٠/٥ . (٢) «روضة الطالبين» ٢٠٧/٤ .

(٣) «روضة الطالبين» ٢١٠/٤ . (٤) «نهاية المطلب» ٤٦٩/٦ .

قال الرافعي: ولم أره لغيره، والقياس أنه لا فرق^(١)، وقال صاحب «المطلب»: الفرق واضح؛ لأنه هنا بنى في ملكه وليس لأحد نقضه، وحينئذ فلا أرش بخلاف إعارة الأرض.

قال: (وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الْأَصْحِّ) لأن له رفع الجدار فنقضه أولى، والثاني: لا؛ لأنه قد يستدل به فيما بعد على استحقاق المرور، وهذا ما صححه الجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون. قال في «الروضة»: وهو أفاقه^(٢).

وجزم الماوردي^(٣) والبندنجي بالجواز إذا ركب عليه شبّاكًا للاستضاءة. وحكى الخلاف فيما إذا قال: أفتحه وأسمره. والفرق أن في تركيب الشباك دليل صارف عن الاستطراق منه بخلاف ما إذا سمره، ويخرج منه وجه ٢٨٢/ب/ ثالث.

تنبيهان:

أحدهما: الخلاف جار في الفتح للاستضاءة أيضًا دون الاستطراق. الثاني: حيث منعنا من فتح الباب المذكور ففتح، قال في «المطلب»: يظهر أن يؤمر بإزالة هيئة البناء.

فائدة:

سمره بفتح الميم مخففة ومشددة أيضًا.



قال: (وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ) أي: عن بابه

(١) «الشرح الكبير» ١٠٣/٥.

(٣) «الحاوي» ٣٩٤/٦.

(٢) «الروضة» ٢٠٨/٤.

الأصل، (فَلِشْرَكَائِهِ مَعُهُ) لتضررهم، وسواء سد الأول أم أبقاه، ثم المنع ثابت لمن بابه أبعد من الباب الأول الذي للفتاح، وفيمن بابه أقرب وجهان بناء على كيفية الشركة كما سبق في الجناح.



فرع:

لو كان باب شريكه مقابلا لبابه، فحكمه حكم من هو أقرب إلى رأس السكة، قاله الإمام^(١).

قال: (وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ) لأن أنضمام الثاني إلى الأول يورث زحمة، وكثرة وقوف الدواب فيتضررون. وقال في «الشامل»: يجوز ولا يمنع أحد. قال في «الروضة»: وهذا وإن كان ظاهراً، فما نقله الإمام أولى، وهو أنه لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة؛ لأن الفاتح لا يمر عليهم^(٢).

قال: (وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنَعَ) لأنه ترك بعض حقه، وقيل: يمنع. حكاها، صاحب «التعجيز» في شرحه.

فرع:

تحويل الميزاب من موضع إلى موضع: كفتح باب وسد باب. قال: (وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ، أَوْ مَسْدُودٍ، وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا) أي: لقصد الاستطراق (لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ) لأنه يستحق المرور في السكة، ورفع الحائل بين داريه تصرف في

(١) «نهاية المطلب» ٤٦٩/٦.

(٢) «الروضة» ٢٠٨/٤، وانظر: «نهاية المطلب» ٤٦٨/٦.

ملكه، والثاني: يمنع؛ لأنه في الصورة الأولى يثبت لكل من الدارين أستطراقاً في السكة الأخرى لم يكن له.

وفي الثانية: ثبتت الملاصقة للشارع حقا في المسدود لم يكن. قال في «الروضة»: وتصحيح الرافعي الجواز تبع فيه صاحب «التهذيب»، وخالف أصحابنا العراقيون فنقلوا عن الجمهور المنع، بل نقل القاضي أبو الطيب أئفاق الأصحاب على المنع، قال: وعندي أنه يجوز^(١).

قال المصنف: والوجهان جريان سواء سد باب أحدهما أم لا، صرح به كل الأصحاب. قال: وعبارة الرافعي توهم اختصاص الخلاف بما إذا سد باب أحدهما وذلك خطأ^(٢).

وأما إذا قصد أتساع ملكه فلا يمنع قطعاً، فهذا قيدت محل الخلاف بما إذا قصد الاستطراق.

وأطلق البغوي فقال: ففتح باباً بينهما أو أراد رفع الجدار بينهما لتتسع داره لا يمنع؛ لأنه تصرف في ملكه^(٣).

ويخرج من تخصيص الخلاف بذلك وجه ثالث، وعبارة سليم في «مجرده»: إن أراد أن يدخل من أحدهما إلى الأخرى جاز.

فائدة:

قوله: (تفتحان) هو بالمشناة فوق، وكذا كل غائبتين^(٤).

(١) «روضة الطالبين» ٢٠٩/٤، وانظر: «التهذيب» ١٥٠/٤، «الشرح الكبير» ١٠١/٥.

(٢) روضة الطالبين ٢٠٩/٤. (٣) «التهذيب» ١٥٠/٤.

(٤) أنظر: «دقائق المنهاج» (ص ٦٢).

قال: (وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحُ الْبَابِ فَصَالِحُهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ) لأنه أنتفاع بالأرض، وهذا بخلاف ما سلف في الجناح؛ لأنه هناك بدل مال في مقابلة الهواء /٢٨٣/ المجرد.

قال في «التتمة»: ثم إن قدروا مدة فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأييد فهو بيع جزء شائع من السكة وتنزيل له منزلة أحدهم، كما لو صالح رجل على مال ليجري في أرضه نهراً كان ذلك تمليكا للنهر. ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره صح، ويكون كالصلح عن إجراء الماء على سطحه ولا يملك شيء من الدار والسطح؛ لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق فإثبات الاستطراق يكون فيها نقلا للملك، وأما الدار والملك فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء.

قال: (وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَاتِ) أي: بفتح الكاف على الأفتح وتشديد الواو، وهي فتح في الحائط لأجل الضوء غالبا؛ لأنه تصرف في ملكه فيدخل فيه ما يشاء، بل له أن يرفع الجدار بالكلية ويجعل مكانه شباكاً. كذا أطلق المصنف تبعاً للرافعي^(١) فتح الكوة، وقيدها صاحب الشافي بما إذا كانت عالية لا يقع النظر فيها على دار جاره.

فرع:

قال الروياني: إذا كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سرداباً من أحدهما إلى الأخرى، وأحكم الأزج^(٢) الذي يمر تحته الماء لم يمنع.

(١) «الشرح الكبير» ١٠٢/٥.

(٢) الأزج: درب من الأبنية، ويطلق على القنطرة، أو البناء الفارغ ما تحته كالأقبية، وانظر: «الصالح» (أزج)، «مشارك الأنوار» (ط و ق).

قال: وبمثله أجاب الأصحاب إذا لم يكن نافذاً؛ لأن لكل أحد دخول الزقاق المطروق الدرب النافذ وغلط من قال بخلافه^(١).

قال الرافعي: وهذا أختيار منه؛ لكونها في معنى الشوارع، والظاهر خلافه، فإن دخولها من باب المباح المستفاد بالقرائن^(٢).

وقال المصنف: تجويزه ذلك في غير النافذ، ونقله عن الأصحاب ضعيف، فإنهم مصرحون بأن السكة المنسدة ملك أهلها، فنقل الإمام الاتفاق عليه والقرار تابع للأرض كالهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم لا يجوز السرداب تحتها. أنتهى^(٣).
وقد صرح به العبادي أيضاً.

فرع:

لو أذن صاحب الدار لجاره في حفر سرداب تحتها ثم باعها، قال العبادي: للمشتري أن يرجع كما كان للبائع.

فرع:

قال المتولي في كتاب «الإحياء»، وسليم في «مجرده»: لو كان لداره باب إلى الشارع وباب إلى درب غير نافذ فأراد أن يدخل غيره من الباب الذي بالشارع، ويخرجه من الباب الآخر بالدرب لم يجز، وما قالاه غريب.



(١) السابق ٣١٤/١٠.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠٣/٥.

(٣) «روضة الطالبين» ٢١١/٤، وانظر: «نهاية المطلب» ٤٧٢/٦.

فصل

قال: (وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخَرِ وَضَعُ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ بَغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ^(١))، ولا يُجَبِّرُ الْمَالِكُ) لقوله ﷺ في خطبة حجة الوداع: « لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس » رواه الحاكم بإسناد على شرط الصحيح من حديث ابن عباس^(٢)، وقياسًا على سائر أمواله. والقديم^(٣) وهو منصوص البويطي أيضًا أنه يجوز وضعها من غير إذنه وليس له منعه؛ لقوله ﷺ: « لا يمنع جار جاره أن يضع خشبة في جداره » متفق عليه من حديث أبي هريرة^(٤)، والأول/٢٨٣ب/ حمل هذا على الاستحباب جمعا بين الحديثين، ومنهم من أعاد الضمير في «جداره» إلى الجار، أي: إذا وضع خشبة على جدار نفسه ليس لجاره منعه وإن تضرر بمنع الضوء ونحوه فيكون موافقا للأصول، ورجح بأن الضمير يعود إلى أقرب المذكور.

وقال البيهقي: لم نجد لهذا القول، أي الثاني في السنة معارضا، ولا تصح معارضته بالعمومات، وقد نص الشافعي في القديم والجديد على

-
- (١) ورد بالأصل أعلاها: (أبو حنيفة)، وانظر: «بدائع الصنائع» ٦/٢٦٤-٢٦٥.
 (٢) «المستدرک» ١/٩٣، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٤٥٩)، وله طرق أخرى أنظر: «البدْرِ المنير» ٦/٦٩٣-٦٩٧.
 (٣) ورد أعلاها بالأصل: (مالك وأحمد)، وانظر: «الذخيرة» ٦/١٨٥، «المغني» ٣٥/٧.
 (٤) البخاري (٢٤٦٣)، مسلم (١٦٠٩).

القول به، فلا عذر لأحد في مخالفته^(١).

واختار الروياني التفصيل بين أن يظهر نعت فاعله أم لا^(٢)، وإنما

ينجبر على هذا القول -أعنى: الثاني- بشروط:

أحدها: أن لا يحتاج مالك الجدار إليه لوضع جذوعه.

الثاني: أن تكون خفيفة لا تضر.

الثالث: أن لا يمكن الجار أن يسقف إلا بالوضع بأن كان له جدار

واحد وأرض، ولم يعتبر الإمام هذا الشرط هكذا، بل قال: بشرط كون

الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت ويحتاج رابعا، فأما إذا كان

الكل للغير فلا يضع قولاً واحداً. قال: ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا

الشرط^(٣).

ويشترط أيضاً أن تكون الأرض له. نص عليه.

قال المتولي: فلو أراد أن يبني ساباطاً على شارع أو درب غير نافذ،

وأن يضع أطراف الأخشاب على حائط (جداره)^(٤) المقابل له لم يجوز

قطعا. ولا فرق بين أن يحتاج في وضع الجذوع إلى ثقب الجدار أم لا.

قاله ابن الصباغ وغيره.

والمجوز على القول الثاني إنما هو الحاجة بمعنى أنه لا يمكن

التسقيف إلا بذلك، كما سلف، سواء أحتاج إلى السكنى أم لا، كذا

(١) «سنن البيهقي» ١٥٨/٦.

(٢) «بحر المذهب» ٣١/٨.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٨٢/٦.

(٤) ورد في هامش الأصل لعله جاره.

نقله صاحب «المطلب» عن مقتضى كلام الشافعي^(١) والأصحاب.
قال الإمام: وفيه أدنى نظر عندي، ولا يبعد تخصيصه بحالة الحاجة،
وهو يضاهي التردد في المضيب^(٢).

فائدة:

الجدوع، بالذال المعجمة: الأخشاب، واحدها جذع.
قال: (فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عَوْضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ) لصدق حدها عليه.
قال: (لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصْحَحِ) كسائر
العواري، والثاني: ليس له الرجوع بعد البناء، كما لو أعاره للدفن فلا
يستفيد بذلك قلع الجدوع ولا إبقائها بأجرة للمستقبل، وجعل أبو
إسحاق العمراني الخلاف فيما إذا رجع بعد الوضع، وقبل البناء عليها
وجزم فيما إذا كان بعد البناء بعدم الرجوع.

قال: (وَفَائِدَةُ الرَّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهِ بِأَجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْضَ
نَقْصِهِ) أي: وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا، كما لو أعار أرضا للبناء.
قال البغوي: إلا أن في الأرض لملكها أن يملك البناء بالقيمة وليس
ذلك لملك الجدار؛ لأن الأرض أصل فجاز البناء تبعا لها، والجدار تبع،
فلا يملك البناء تبعا له^(٣). يعني: يتخير هناك بين ثلاث خصال.

قال: (وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلْبُ الْأَجْرَةِ فَقَطْ) لأن ضرر القلع يصل إلى ما
هو خالص ملك المستعير؛ لأن الجدوع إذا رفعت أطرافها لم يستمسك

(١) «الأم» ٣/٢٠٠.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٤٨٢-٤٨٣.

(٣) «التهذيب» ٤/١٥٣.

على الجدار الباقي.

وقال الأرخياني في «فتاوى النهاية»: إن كانت موضوعة /٢٨٤/ على جداريه من الجانبين فله القلع، أي: مع غرامة أرش النقص وإن كان من جانب واحد لم يتمكن من القلع؛ لأنه يهدم الجانب الثاني؛ فتعين الرجوع إلى الأجرة.

فرع:

يستفيد المستعير بالإذن الوضع مرة واحدة، فلو رفع الجذوع صاحبها أو سقطت بنفسها لم يملك إعادتها بغير إذن جديد في الأصح.

قال البغوي: كما لو أراد وضع غير الجذوع المعينة^(١).

وكذا لو سقط الجدار فبناه مالكة بتلك الآلة، فإن بناه بغيرها فلا

خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد؛ لأنه جدار آخر، قاله الرافعي^(٢).

لكن حكى الروياني وغيره الخلاف فيه^(٣)، وهو في باب العارية عن

بعضهم أيضًا^(٤).

قال الإمام والمتولي: وعلى كلا الوجهين لو منعه لم يكن له

وضعها^(٥)، وحكى القاضي أبو الطيب وجها أن له وضعها؛ لأنه صار

له حق لازم.

والخلاف جار فيما لو هدم المالك جداره ثم أعاده، ورتبه القاضي

على أنه يهدمه بنفسه من حيث أنه يكون به راجعا عن الإعارة، وكذا لو

(١) «التهذيب» ١٥٣/٤. (٢) «الشرح الكبير» ١٠٥/٥.

(٣) «بحر المذهب» ٣١/٨. (٤) أنظر: «بحر المذهب» ١٠/٩.

(٥) «نهاية المطلب» ١٦٥/٧، وانظر: «الروضة» ٢١٣/٤.

هدمه المستعير؛ لأنه بهدمه يكون راداً لها.

فرع:

هل لصاحب الجدار أن يصالح جاره على مال؟ أما على قول الإيجاب فلا؛ لأن من ثبت له حق لا يجوز له أخذ العوض عنه، وأما على مقابلة فنعم، بخلاف الصلح عن الجناح؛ لأنه هواء مجرد.

فرع:

لو قرر صاحب الجذوع للجار أجرة عن وضعه لم يستحقها، كما قاله صاحب «المهذب»^(١) وغيره؛ لأنه حق وجب عليه فلا يجوز أن يأخذ عنه عوضاً، ولكننا نقول: لم لا؟

رتبوه على الخلاف في جواز أستتجار المعلم على إقراء الفاتحة إذا تعين عليه التعليم، ويفرق بأن وضع الجذع من باب الارتفاق، كبذل فضل الماء للبهائم، فإنه واجب بشرطه، ولا يجوز أخذ بدله.

فرع:

لو سقط الجدار لم يجب على صاحبه إعادته، فإن أعاده بالآلة أو بغيرها أو سقطت الجذوع كان له الإعادة، قال الماوردي: ولو لم يبنه كان لصاحب الجذوع بناؤه ليصل إلى حقه^(٢).

فرع:

لو أراد صاحب الجدار نقضه، فإن كان مستهدماً جاز، وحكم إعادة الجذوع ما سبق وإن لم يكن فلا.

(٢) «الحاوي» ٦/٣٩٢.

(١) «المهذب» ١/٣٣٥.

قال: (وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُدُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بَعْوَضٍ) أي: على القول الأول، وكذا على الثاني إذا لم يجتمع شرائط الوجوب، (فَإِنْ أَجَرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ) أي: فيشترط فيه شروطها إلا بيان المدة، فإنه لا يشترط على الأصح؛ لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه، فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح.

قال: (وَإِنْ قَالَ: بَعْتَهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَوْ بَعْتُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ فَالْأَصْحَحُّ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبٌ بَيْعٍ) أي: لكونه مؤبداً (وَإِجَارَةٌ) أي: لكونه على منفعة.

والثاني: أنه بيع لوضع الجدوع، حتى لو أنهدم الجدار ثم أعيد عاد حقه، والثالث: أنه إجارة مؤبدة واغتفر ذلك لما سلف من الحاجة.

وقال المزني: لا يصح بالكلية. وطرد الخلاف بعضهم /٢٨٤ب/ فيما إذا وقع بلفظ الصلح، حكاه ابن الرفعة^(١).

واحترز بقوله: (للبناء عليه) عما إذا باعه وشرط أن لا يبني عليه، فإنه جائز لا محالة ويتنفع به ما عدا البناء، وكذا إذا باعه ولم يتعرض للبناء بالكلية على الأصح. ذكره الماوردي^(٢).

وقول المصنف: (ولو قال: بعته للبناء عليه) هي عبارة الشافعي والجمهور.

وقوله: (وبعت حق البناء عليه) هي عبارة الإمام والغزالي^(٣).

(١) «كفاية النبيه» ٧٥/١٠. (٢) «الحاوي» ٤١٢/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٩٨/٦، «الوسيط» ٦٠/٤.

قال الرافعي: والأشبه أن المراد منهما شيء واحد^(١).

فائدة:

قوله: (شوب) هو الصواب، قال في «الدقائق»: وقول «المحرر» شائبة تحريف^(٢).

قال: (فَإِذَا بَنَى) أي: بعد جريان هذه المعاقدة، سواء قلنا: هي بيع أم إجارة (فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ) أي: نقض بناء المشتري (بِحَالٍ)، أي: لا مجاناً، ولا يدفع الأرش؛ لأنه أستحق دوام بنائه لعقد لازم. ولكن طريق ملك الجدار أن يشتري منه حق البناء بثمن معلوم فإنه يجوز ذلك، كما صرح به المحاملي.

ومن الواضح أن البائع لا يمكن من هدم هذا الجدار، ولا من منع المشتري البناء إذا لم يكن قد بناه.

قال: (وَلَوْ أَنَّهُدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ) أي: بتلك الآلات وبمثلها لاستحقاقه، ولو أنهدم قبل البناء فللمشتري البناء عليه إذا أعاده.

وهل يجبر على إعادته؟ فيه قولان: ولو هدم صاحب السفلى قبل بناء المشتري، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري؛ لأنه حال بينه وبين حقه، فلو أعيد السفلى أسترده الهادم القيمة؛ إن قلنا: إن من هدم جدار غيره يلزمه إعادته، لزمه إعادة السفلى والعلو.

(١) «الشرح الكبير» ١١٤/٥.

(٢) «دقائق المنهاج» (ص ٦٢)، وانظر: «المحرر» (ص ١٨٥).

وإن قلنا: لا يلزمه، فعليه أرش الآلات وقيمة حق البناء للحيلولة،
وبالجملة لا يفسخ هذا العقد بعارض هدم أنهدم لاستحقاقه بالزرع.

فائدة:

من هدم جدارًا مشتركًا بينه وبين غيره، أو خالصًا لغيره ففيما يلزمه
طريقان، أصحهما: القطع بأنه يضمنه بالمثل، وهو المنصوص، لحديث
جريح الذي في البخاري^(١). فيجب على الهادم^(٢) إعادته. وقيل: فيه
القولان الآتيان في الإيجاب على العمارة، فإن أوجبناها وجب إعادة
مثله وإلا فلا، فعلى هذا يلزم أرش ما نقص. وقطع به الغزالي في
الغصب^(٣)، والإمام في البيع وجعله هنا المذهب^(٤). وقال البغوي: إنه
القياس؛ لأن الجدار لا يضمن بالمثل^(٥).

قال: (وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِدْنُ) أي: في البناء (بِعَوْضٍ أَوْ بغيرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ
قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا، وَسَمَكِ الْجُدْرَانِ) أي: بفتح
السين، كما ضبطه بخطه في الأصل، وهو ارتفاعه عن الأرض. قاله
الرافعي. قال: وطوله عبارة عن امتداده من زاوية البيت إلى زاويته
الأخرى مثلًا، والعرض هو البعد الثالث^(٦).

(١) حديث جريح علقه البخاري (١٢٠٦) مختصرًا من حديث أبي هريرة. وصله في
«الأدب المفرد» (٣٣)، ومسلم (٢٥٥٠) وفيه: أنهم لما هدموا لجريح صومعته،
قالوا: نبي لك صومعتك من ذهب؟ قال: لا، أعيدوها من طين كما كانت.

(٢) من هامش الأصل وكتب فوقها: (لعله).

(٣) «الوسيط» ٤٠٥/٣. (٤) «نهاية المطلب» ٥٠٢/٦.

(٥) «التهذيب» ١٥٧/٤. (٦) «الشرح الكبير» ١٠٦/٥.

قال: (وَكَيْفِيَّتِهَا) أي: هل هي منضدة أو مجوفة من طوب أو غيره، والمنضد: هو ما لصق بعضه ببعض.

قال: (وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا) أي: هل هو خشب أو أزج؟ وهو الذي يسمى عقدا؛ لأن العرض يختلف بكل ذلك.

وفي وجه يكفي إطلاق ذكر البناء ويحمل على ما يحتمله المبني عليه، ولا /٢٨٥/ يشترط التعرض لوزن ما بينه على الصحيح؛ لأن التعريف في كل شيء بحسبه، ولو كانت الآلات حاضرة أغنت مشاهدتها عن كل وصف.

تنبيه:

قوله (وسواء كان الإذن بعوض أو بغيره) قد تقدم في باب معاملات العبيد وغيره أن صواب مثل هذا زيادة همزة قبل (كان)، والإتيان بـ (أم) بدل (أو).

قال: (وَلَوْ أَدْنَى فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ) لأن الأرض محل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر محل البناء، وفي وجه يجب بيان السمك والكيفية؛ لأنه قد يطول بسببه مدة التفريط عند أنقضاء الإجارة والإعارة.

تنبيه:

ينبغي اشتراط قدر ما يجوز لاختلاف الغرض به.



قال: (وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرِكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُدُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ) لما سبق في الجدار المختص.

قال: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَدَّ [فِيهِ] ^(١) وَتَدًّا أَوْ يَفْتَحَ كُوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ) كغيره من المشتركات، وكذا لا يترتب الكتاب بترابه بلا إذن.

والفتح بالإذن شرطه أن يكون بلا عوض، وإلا كان فتحًا على الضوء والهواء المجرد. قاله في «الكفاية» ^(٢). قال: وإذا فتح بالإذن فليس له السد أيضًا إلا بالإذن؛ لأنه تصرف في ملك غيره.

فائدة:

قوله: (يتد وتدا) هو بتخفيف التاء من (يتد) وكسرهما من (وتد). قاله في «دقائقه» ^(٣)، وضبطه كذلك في الأصل بخطه ويجوز في الثاني فتحها. حكاها صاحب «الإصلاح» عن أبي عبيدة قال: وأهل نجد يقولون: ود ^(٤). قال صاحب «الواعي»: ووتد ثم تدغم الياء في الدال فيصير ودا، وحكى ابن عديس عن ابن خالويه أنه يقال: وتد مثل: إبل، وحكى اللبلي ^(٥) وتد بالتشديد. قال ابن درستويه: الوتد معروف، وهو عود مثل سكة الحديد يوتد في الحائط وغيره للثياب.

(١) زيادة من «المنهاج».

(٢) «كفاية النبيه» ٨٠/١٠.

(٣) «دقائق المنهاج» (ص ٦٢).

(٤) «إصلاح المنطق» (١٠٠).

(٥) هو: أبو جعفر أحمد بن يوسف الفهري اللبلي (٦١٣ - ٦٩١ هـ)، له «شرح كتاب الفصيح» محقق في رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى.

والكوة بالفتح والضم، والفتح أفصح كما سلف، وعليه أقتصر المصنف في الأصل بخطه. وحكى صاحب «المشارك» عن بعضهم أنها بالفتح غير نافذة وبالضم نافذة^(١).

وجزم ابن دحية في كتابه «المستوفي» بعكس هذه المقالة. قال: (وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْدَ إِلَيْهِ وَيُسْنِدَ مَتَاعًا لَا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ) لأنه لا ضرر على المالك.

قال القاضي أبو الطيب: وكذا لو بسط الثياب عليه، وهو كالاستضاءة بسراج الغير.

وقوله: (لا يضر) مما زاده المصنف على «المحرر» ولا بد منه.

فرع:

لو منع أحدهما الآخر من الاستناد، فالأصح من زوائد «الروضة»: أنه ليس له ذلك؛ لأنه عناد محض^(٢)، كما لو قال: لا تنظر على حسن داري ونضارة أشجاري ورونق بنائي.

وادعى الإمام فخر الدين في «المحصول» الإجماع عليه، وقيده المتولي بما إذا لم يتكئ عليه بحيث يكون ثقله عليه كما لو بنى جداراً بجوار جداره، وجزم الماوردي بالمنع^(٣).



(١) «مشارك الأنوار» ١/٣٤٨.

(٢) «روضة الطالبين» ٤/٢١٤.

(٣) «الحاوي» ٦/٤٠٣.

فرع:

قال المتولي: لو أراد أن يملأ البيت بشيء يظهر ثقله على الحائط بحيث يخشى أن يدقه لم يجز.

فرع:

للجار أن يبني في ملكه جداراً ويصله بالجدار المشترك وكغيره، وإيجار إذا لم يقع ثقله عليه. /٢٨٥ب/



قال: (لَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ) كما لا يجبر على زراعة الأرض المشتركة، ولأن الشريك قد يتضرر بالعمارة، نعم، يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح وبه يندفع الضرر. والقديم إجباره دفعا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة من التعطيل، وكما يجبر على نفقة الدابة المشتركة، واستدل له الجوري بالقياس على وجوب الإجابة إلى سقي النخلة المشتركة، وحكى الاتفاق عليه، وهذا من مفرداته، فقد نص القاضي حسين وغيره على عدم الوجوب بخلاف الحيوان؛ فإنه يجب إطعامه لحق الله.

والأول أجاب عن الدابة المشتركة بأنه مأمور بالإنفاق عليها عند الانفراد، وهذا القول نقله المزني وابن أبي هريرة عن الجديد أيضاً، وخالفهما الجمهور، كما قال الماوردي^(١)، نعم نص في البويطي على الإيجار في مسألة العلو الآتية، ذكره في كتاب المساقاة، وصحح هذا القول ابن الصباغ وصاحب «الذخائر» وابن أبي عصرون والفارقي.

(١) «الحاوي» ٦/٤٠٥.

وأفتى به الشاشي وابن الصلاح^(١). كما قدمته عنهما في شرح خطبة الكتاب.

وقال الإمام والغزالي: محل الخلاف في العمارة التي يختل الملك بتركها، فأما الزيادة فلا إجبار فيها، قولاً واحداً^(٢).

وقال الغزالي في «فتاويه»: الأقيس عدم الإجبار، والاختيار أنه إن ظهر للحاكم أن للامتناع مضاره أجبره، وإن كان لإعساره أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر.

قال ابن داود: والقولان إذا لم تكن القسمة ممكنة، فإن أمكنت فلا إجبار قولاً واحداً. نقله عنه صاحب «المطلب» وأقره.

تنبهات:

أحدها: القولان كالقولين في وجوب إعادة الجدار للجدوع، وكالقولين في وجوب القسمة وإن كان فيها ضرر على أحدهما.

الثاني: الخلاف جار في النهر والقناة والبئر المشتركة إذا احتاجت إلى سقية أو عمارة، وامتنع أحد الشركاء هل يجبر؟ وفي الدولاب إذا تشعب واحتاج إلى عمارة، وفي الدار والضيعة والحائط، وفيما إذا كان العلو لوحد والسفل لآخر فانهدمت الدار هل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على عمارته ليبنى عليه علوه؟ وفيما إذا كان العلو والسفل مشتركين.

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢٢٧/١.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٩٧/٦، و«الوسيط» ٥٨/٤.

وقال بعضهم: القولان فيما إذا تهدم أو هدماه من غير شرط، أما لو أستهدم فهدمه صاحب السفلى بشرط أن يعيده أجبر قولاً واحداً.

قال الماوردي^(١): وهو نصه في «الأم»، واستبعد طريقة القولين فيه. ونقل عن الأكثرين وجوب الإعادة فيما إذا هدمه على هذا الشرط أو هدمه متعدياً، ويجري الطريقتان فيما إذا أستهدم الجدار المشترك فهدماه على أن يعيده، ولو أنفرد أحدهما بهدمه لعله أو لغير علة على أن عليه إعادته فطريقتان أظهرهما: أن عليه إعادته قولاً واحداً. والثاني: أنه على القولين. وقيد المحاملي وجوب الإعادة بما إذا هدمه بشرط أن يعيده عن حاله، ويجري القولان أيضاً فيما إذا طلب أحد الشريكين سترة بين /٢٨٦/ سطحيهما، هل يجبر الآخر على مشاركته فيها؟ وفيه وقفة؛ لأن فيه إحداث شيء لم يكن، وليس لصاحب السفلى إجبار صاحب العلو على إعادته في إعادة السفلى قطعاً؛ لأن جدران السفلى خالصة لصاحبه.

الثالث: لو أتفقا على ترك العمارة جاز، وقد ذكره المصنف في آخر النفقات.

ولو أشرف على الهدم، قال المتولي: فإن كان يخشى سقوطه في الطريق ويتضرر به الماشي أجبراً على نقضه، وإن كان بين ملكيهما ولا ضرر فيه على أحد لو سقط لم يجبراً على نقضه، لكن لو طلب أحدهما نقضه أجبر الآخر عليه؛ لأنه بمنزلة قاصد يخاف منه على ماله.

وقال الماوردي: إذا كان الجدار لواحد ومال إلى دار مالكة وخشى الجار سقوطه عليه أو على ماله فطالبه بهدمه لم يلزمه؛ لأنه لم يفوت

(١) «الحاوي» ٦/٤٠٥.

عليه في الحال شيئاً وانهدامه في الثاني مظنون^(١)، وقد فرق بينهما بأن الشريك لم يحدث تلف النقص المشترك بخلاف الجار.

قال: (فَإِنْ أَرَادَ) أي: الشريك (إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِأَلَّةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعِ) ليصل إلى حقه بذلك، كما لو سقطت جذوعه الموضوعه على الجدار المشترك ينفرد بإعادتها.

قال: (وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ) لأنه لاحق لغيره فيه. فإن قلت: أساس الجدار بينهما، فكيف جوزتم له بناءه بألة نفسه، وأن ينفرد بالانتفاع به لغير إذن شريكه؟ فالجواب: ما ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ بأن له حقاً في الحمل، وكان له أن يعيده لأجل ذلك.

قال: (وَلَوْ قَالَ الْآخِرُ: لَا تَنْقُضُهُ وَأَعْرَمَ لَكَ حِصَّتِي لَمْ يَلْزَمَهُ إِجَابَتُهُ) كما لا يلزم أبتداء العمارة على هذا القول. قال: (وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ فَلِلْآخِرِ مَنْعُهُ) لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه.

وقال الغزالي في «الوسيط»: ليس له منعه، وادعى اتفاق الأصحاب عليه^(٢).

وقال صاحب «المطلب»: إنه الأشبه، وجزم به صاحب «التنبيه»^(٣). قال في «المطلب»: ومفهوم كلامه جواز الإقدام عليه عند عدم المنع.

(١) «الحاوي» ٤٠٧/٦.

(٢) أنظر: «الوسيط» ٥٩/٤، ولم يذكر اتفاق الأصحاب، ولعله في «الوسيط».

(٣) «التنبيه» (ص ١٠٤).

وهذه المقالة ذكرها الرافعي^(١)، وحذفها المصنف في «الروضة».

فائدة:

النقض بضم النون وكسرهما المنقوض.



قال: (وَلَوْ تَعَاوَنَّا عَلَىٰ إِعَادَتِهِ بِنِقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ) لأنه ملكهما، فلو شرط زيادة لأحدهما، كما لو شرط المتساويان لأحدهما الثلثين لم يصح على الصحيح؛ لأنه شرط عوض من غير معوض؛ فإنهما متساويان في الكلف في الجدار.

وقيل: يصح؛ لتراضيهما، وكأن أحدهما باع نصفه من الآخر بالثلث من نصف صاحبه. واستبعده الإمام، وقال: لو باع أحدهما نصفه بنصف صاحبه لم يصح^(٢)، فما ذكره وجه، والأصح الصحة، وللرافعي فيه بحث^(٣).

قال: /٢٨٦ب/ (وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا) بإعادته بنقضه (وَشَرَطَ لَهُ الْآخِرَ زِيَادَةً) أي: كسدس مثلاً مع نصفه (جَارَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ) كذا أطلقه الأصحاب واستدرك الإمام فقال: هذا إذا جعل له ثلثي النقض في الحال لتكون الأجرة حاضرة، فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء فلا يصح؛ لأن الأعيان لا تؤجل^(٤).

قال الرافعي: إذا وقع التصوير فيما ذكره وجب أن يكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضعة جزءاً من الرقيق المرضع في الحال،

(١) «الشرح الكبير» ١١٢/٥. (٢) «نهاية المطلب» ٤٩١/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ١١١/٥. (٤) «نهاية المطلب» ٤٩٠/٦.

ولقاطف الثمار جزءًا من الثمار المقطوفة في الحال ونظائرهما؛ لأن عمله يبع على ما هو مشترك بينه وبين غيره^(١).

قال صاحب «المطلب»: وهذا ظاهر إن كان بصيغة الإجارة، أما لو كان بصيغة الجعالة فيظهر أن لا يرد؛ لأن المحذور في الإجارة وجوب العمل على الإنسان في خالص ملكه وهو خلاف وضع الشرع، والجعالة لا يجب العمل فيها.

وكلام الغزالي يقتضي أن العمل يكون في مقابلة النقص فقط^(٢)، فيكون الأبين بينهما، وكلام الإمام يقتضي أنه في مقابلته ومقابلة الأبين^(٣)، وكلاهما صحيح.

فرع:

لو أعاده أحدهما بألة نفسه بإذن الآخر بشرط أن يكون ثلث الجدار له، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له، وعمله فيه بسدس العرضة المبني عليها. وفي صحة هذه المعاملة قولان بجمعها بيعًا وإجارة. قاله الإمام والرافعي^(٤).

قال الشيخ عز الدين: وفيه نظر؛ لأنه أجز نفسه على العمل بآلات قبل أن يملكها الشريك، وأطلق صاحب «التهذيب» الصحة^(٥)، وهو ظاهر إطلاق الكتاب أيضًا.

(١) «الشرح الكبير» ١١١/٥.

(٢) «الوسيط» ٦٠/٤. (٣) «نهاية المطلب» ٤٩٠/٦.

(٤) «نهاية المطلب» ٤٩٠/٦، «الشرح الكبير» ١١٢/٥.

(٥) «التهذيب» ١٥٨/٤.

قال الرافعي: ولا يخفى أن شرط الصحة العلم بالآلات وبصفات الجدار، وأنه يعود هنا ما تقدم في أنه هل يشترط ثلث البعض في الحال أو بعد البناء^(١).

وصرح البغوي هنا بأن المشتري المبنى فقال: كأنه أشتري سدس المبنى بثلث البناء^(٢).



قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مَلِكِهِ عَلَى مَالٍ) كحق البناء، ولا يجب على ذلك في الجديد، ثم إن قدر مدة فإجارة، وإلا فالخلاف المتقدم في بيع حق البناء.

فرع:

لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء والسطوح الذي ينحدر الماء إليه منها، ولا بأس بالجهل بقدر المطر؛ لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة.

فرع:

المأذون له في إجراء ماء المطر ليس له إلقاء الثلج، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه، ولا أن يجري فيه ماء يغسل ثيابه وأوانيها، بل لا يجوز أن يصالح على ترك الثلوج على سطحه، ولا إجراء الغسالات على مال؛ لأن الحاجة لا تدعو إليه في الأولى، وفي الأول ضرر ظاهر، والثاني جهالة، والمأذون في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء.

(١) «الشرح الكبير» ١١٢/٥.

(٢) «التهذيب» ١٥٨/٤.

فرع:

تجوز المصالحة على قضاء الحاجة في جنس غيره على مال. وكذا عن جمع الزبل والقمامة في ملكه /٢٨٧/، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها.

فرع:

ادعى رجل أن له حق مسيل الماء على سطحك أو إجراء الماء في أرضك أو طرح الثلج في ملكك وطلب إقامة البينة.

قال القاضي في «فتاويه»: يسوغ للشهود الشهادة عليه إذا كانوا رأوه يفعل ذلك مدة مديدة، لا يمنعه عنه مانع فيشهدون مطلقاً أن له حق إجراء الماء في سطحه وأرضه وإلقاء الثلج في ملكه، فلو أنهم رأوه منذ سنين يفعل ذلك لم يقبل؛ لأنهم لم يجزموا أن الحق له^(١).

فائدة:

دار بين شريكين قال أحدهما للآخر: أعمارها على أن تعمرها علي. أو قال لأجنبي: أعمار داري على أن ترجع علي. ففي «فتاوى القاضي» أنه إذا عمر لا يرجع، كما إذا قال: أقض عني دين فلان بشرط أن يرجع علي فقضاه لا يرجع؛ لأنه لا يجب عليه عمارة داره ولا قضاء دين الغير، ثم أفتى بعد ذلك بأنه يرجع بنصف المؤنة^(٢).



(١) «الفتاوى» (ص ٢١٤) (م ٢٧٣).

(٢) «الفتاوى» (ص ٢١٦) (م ٢٧٩).

فصل

قال: (وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا فَإِنْ اتَّصَلَ بِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يَعْلَمُ إِنَّهُمَا بَنِيَا مَعًا فَلَهُ الْيَدُ) لأن اتصاله به أمانة ظاهرة على يده وتصرفه. ونقل الإمام الاتفاق عليه^(١)، وصورة ذلك أن تدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص، ونصف من لبنات جداره الخاص في المتنازع فيه، ويظهر ذلك في الزوايا. وكذا لو كان لأحدهما عليه أزج - وهو العقد - لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بأن أصل على مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً، فإن أمكن إحداثه كما لو كان الجدار منتصباً والأزج على متنهاه فلا^(٢). وقال الماوردي: ما وجد فيه الاعوجاج لصاحب الأزج وما انحدر عنه في حكم المتصل يكون بينهما^(٣).

فرع:

حيث جعل اليد له حلف وحكم له به، إلا أن تقوم بينة بخلافه.

فرع:

لا يجعل الرجحان بوجود التوصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها، وإدراج أخرى.



(١) «نهاية المطلب» ٤٧٨/٦.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٤٨١/٦.

(٣) «الحاوي» ٣٨٦/٦.

فرع:

لو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما وليس منها شيء في ملك الآخر فالخشبة لمن طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً، وللإمام فيه احتمال^(١).

فائدة:

الهمزة في قوله (إنهما) مكسورة؛ لوقوعها بعد حيث، وقد ولع عوام الفقهاء بالفتح بعدها، ويتخرج على قول لبعضهم.

قال: (وَالْأَلَا فَلَهُمَا) أي: وإن لم يحصل الاتصال المذكور بأن كان منفصلاً عنهما أو متصلًا بهما أيضاً لا يمكن الإحداث (أو يمكن)^(٢)، أو متصلًا بأحدهما فقط ولكن لا يمكن إحداثه فتكون اليد لهما لعدم المرجح.

قال: (فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ) لأن البينة مقدمة على اليد.
قال: (وَالْأَلَا) أي: وإن لم يقيم أحدهما بينة أو أقامها كل منهما (حَلْفًا) أي: حلف كل لصاحبه؛ لأن كل واحد منهما مدعى / ٢٨٧ب/ عليه، ويده على النصف، فالقول قوله فيه كالعين الكاملة وهل يحلف كل واحد منهما على النصف الذي في يده أم على الجميع؛ لأنه يدعيه؟ فيه وجهان: أصحهما في الرافعي الأول^(٣).

ونسب الشاشي والرويانى الثانى إلى الجمهور.

(١) «نهاية المطلب» ٦/ ٤٨٤.

(٢) في الأصل: (أو لا يمكن).

(٣) «الشرح الكبير» ٥/ ١٢٠.

قال الماوردي: ويحلف كل منهما على النفي والإثبات فيقول: إنك لا تستحق في هذا الحائط شيئاً وهو ملكي دونك، وهل يكفي يمين واحدة أم لا بد من يمينين؟ فيه وجهان كالتحالف في البيع. وهل يبدأ الحاكم بمن أراد أو بالقرعة؟ فيه وجهان^(١).

قال: (فَإِنْ حَلَفَا) أي: حلف كل منهما على نفي أستحقاق صاحبه للنصف الذي في يده (أَوْ نَكَالًا جُعِلَ بَيْنَهُمَا) لظاهر اليد. وحكى الشاشي وجها فيما إذا نكلا أنه يبقى موقوفا لا يحكم به لواحد منهما. قال: وليس بشيء.

قال: (وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا) أي: ونكل الآخر (قُضِيَ لَهُ) أي: بالكل، سواء نكل عن يمين النفي أو الإثبات أو عنهما.

وحكى أبو إسحاق العراقي وجها: أنه يحلف على النصف الذي في يد الناكل، ويكمل له. قال: ولا يتجه إلا على القول بأن كلا منهما يحلف على النصف الذي في يده، فأما إذا حلفناه على أن الجميع ملكه ونفى ملك الآخر لم تبق يمين ثانية.

فرع:

لا ترجيح بالدواخل والخوارج وأنصاف اللبن ومعاقد القمط بكسر القاف كما ضبطه المصنف في «تهذيبه»^(٢)، خلافا لمالك^(٣). والمراد بالدواخل الطاقات والمحاريب داخل الجدار، وبالخارج الصور

(١) «الحاوي» ٦/٣٨٦-٣٨٧. (٢) «تهذيب الأسماء واللغات» ٣/٢/١٠٣.

(٣) انظر: «الإشراف على نكت الخلاف» ٢/٥٩٧.

والكتابة المتخذة في ظاهره، وبأنصاف اللبن أن يكون الجدار من لبنات مقطعة فتجعل الأطراف الصّحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب. كذا قال ابن أبي هريرة^(١).

وقال غيره: المراد أن يخرج في البناء من أعلى الحائط نصف طوبة ونحوه؛ ليكون وقاية للحائط من المطر. وبمعاقد القمط ما إذا كان في الجدار خشب وقصب ونحوهما لشد بحبال، وتكون العقد من جانب، والوجه المستوي من جانب.

قال: (وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُدُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ) لأنها قد تكون بإجارة أو إعارة أو بيع، أو يكون قاض قضى بها فلا ينزل المتحقق بالمحتمل، وينزل على الإعادة حتى يجوز للمالك القلع مع غرامة الأرش. قاله الفوراني في «العمد» و«الإبانة»؛ لأنها أضعف الأسباب. قال في «المطلب»: وقياسه السقية دائما بأجرة.

فرع:

لو ثبت أن الجدار لأحدهما وتنازعا في أساسه فالأصح عند العراقيين أنه لمن له الجدار ويحلف عليه^(٢).

فرع:

لو ادعى كل منهما أن الجدار متصل ببناء أحدهما أيضًا لا يدل على أنه له، وكان على بنائهما بياض فأمر الحاكم بكشفه فالأجرة على من؟ قال الشيخ عز الدين: لا يمكن أن يكون على واحد منهما؛ إذ لا بد

(١) «الحاوي» ٦/٣٨٨.

(٢) أنظر: «الشرح الكبير» ٥/١٢٢.

في الإجارة من عود المنفعة إلى المستأجر وهو غير متحقق هنا، لكن لو أستأجر أحدهما صح؛ إما لظهور الحق أو لزوال بياض جداره. قال: ويمكن /٢٨٨/ أن يلزم الحاكم كلا منهما الاستئجار ويخص آخر الأمر بمن جعل له النفع.

ولو قيل: إن الحاكم يعرض عنهما، فمن كشف جداره وثبت اتصال بنيانه كان في يده ولم يتعد. ولم يذكره الشيخ.

قال: (وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوِّهِ وَسُقْلٍ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مَلَكَيْنِ فَيُنْظَرُ أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ) أي: بأن يكون السقف عاليا فينقب رأس الجدار وتوضع رأس الجذوع في النقب فيصير البيت بيتين (فَيَكُونُ فِي يَدَيْهِمَا) لاشتراكهما في الانتفاع به.

قال: (أَوْ لَا) أي: وإن لم يمكن إحداثه كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو (فَلِصَاحِبِ السُّقْلِ) لاتصاله ببناؤه على سبيل الترصيف.

فائدة:

العلو مثلث العين، والسفل بضم السين وكسرهما، ذكره كله صاحب «المحكم»^(١).



(١) «المحكم» ٨/ ٣٣٠ (سفل).

فرع نختم به الباب :

لو كان لإنسان عرصة ودار متجاورين ، وللدار ميزاب يرمي في العرصة فباع العرصة ، فهل لمشتريها منعه من إرسال ماء الميزاب فيها؟ قال ابن الصلاح : إن كان ذلك^(١) مستنداً إلى اجتماعهما في ملك واحد ، فله ذلك ، وإن كان مستنداً إلى سبب سابق على اجتماعهما في ملكه ؛ أوجب جعل هذا حقاً من حقوق الدار لم يكن له ذلك ؛ لاستمرار ذلك بعد بيع العرصة^(٢).



(١) أقحم بعدها في الأصل : (كان).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ١ / ٣٠١.

A vertical rectangular form with a decorative border. The border is composed of a dense, stippled pattern. Inside the border, there are 15 horizontal lines that divide the space into 16 equal-width rows. The lines are evenly spaced and extend across the width of the inner rectangle. The entire form is centered on a white background.

كِتَابُ الْحَوَالِ

A vertical rectangular form with a decorative border. The border is composed of a dense, stippled pattern. Inside the border, there are 15 horizontal lines that divide the space into 16 equal-width rows. The lines are solid black and extend across the width of the inner rectangle. The entire form is centered on a white background.

باب الحوالة

يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ لَا الْمُحَالَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ وَتَصِحُّ بِالذَّيْنِ اللَّازِمِ
وَعَلَيْهِ. الْمِثْلِيُّ، وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَعَلَيْهِ فِي
الْأَصَحِّ.

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالثُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ.
وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبْلِ الدِّيَةِ
وَعَلَيْهَا. وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكُشْرًا فِي
الْأَصَحِّ.

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنِ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ دَيْنِ الْمُحِيلِ،
وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالَ عَلَيْهِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلْسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلْفٍ
وَنَحْوِهِمَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ.

فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهْلُهُ الْمُحْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ
إِنْ شُرِطَ يَسَارُهُ.

وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بَعِيْبٍ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ الْبَائِعُ
بِالثَّمَنِ فَوَجَدَ الرَّدَّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ.
وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ أَوْ تَبَتُّ
بَيِّنَةٍ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلْفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ
الْمُشْتَرِي.

وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: وَكَلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي. وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ: أَحَلْتَنِي. أَوْ
 قَالَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي أَحَلْتُكَ الْوَكَالَةَ. وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ: بَلْ أَرَدْتُ الْحَوَالَةَ. صُدِّقَ
 الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ يَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ.
 وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُكَ. فَقَالَ: وَكَلْتَنِي. صُدِّقَ الثَّانِي يَمِينِهِ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كِتَابُ الْحَوَالَةِ)

هي بفتح الحاء، وحكى الجيلي كسرهما، مشتقة من التحويل والانتقال، وفي الشرع: نقل حق من ذمة إلى ذمة^(١)، فكأن المال حول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهي مجمع عليها. قال القاضي حسين: ومن جملة المعنى ما فيها من الإرفاق، وإلا فالقياس أنها لا تجوز؛ لأنها بيع دين بدين، وقد نهي عنه. وأصلها من السنة قوله ﷺ: «مَظْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدَكُمْ عَلِيٌّ مَلِيٌّ فَلْيَتَّبِعْ» متفق عليه من حديث أبي هريرة^(٢). وفي رواية لأحمد: «وإذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل»^(٣). وهذه الرواية هي التي أوردها الرافعي في «المحرر»^(٤). وهذا الأمر للاستحباب. وقال الماوردي: للإباحة لوروده بعد الحظر، ونهيه ﷺ عن بيع الدين بالدين^(٥)، كما في قوله تعالى:

(١) أنظر: «تحرير التنبيه» (ص ٢٢٧).

(٢) البخاري (٢٢٨٧)، مسلم (١٥٦٤).

(٣) أحمد ٤٦٣/٢. (٤) «المحرر» (ص ١٨٧).

(٥) «الحاوي» ٤١٨/٦، والحديث رواه الدارقطني ٧١/٣، ٧٢، الحاكم ٥٧/٢،

﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢٢].

وقال أبو ثور، وابن جرير: إنه للوجوب؛ لظاهر الخبر، والأول هو الذي عليه الجمهور. وادعى الجوري الإجماع عليه؛ لما فيه من الإحسان إلى المحيل بتحويل الحق عنه، وبترك تكليف التحيل بالطلب.

واختلف أصحابنا في حقيقة الحوالة على أوجه:

فالأصح المنصوص: أنها بيع، وقيل: أستيفاء، وعزاه ابن سلمة إلى

النص أيضاً.

وقيل: مركبة من المعاوضة والاستيفاء، وأيهما أغلب؟ فيه خلاف،

وهو اختيار القاضي، والإمام ووالده^(١).

وعبر الروياني عنه بأنها إسقاط حق بعوض على طريق الرفق^(٢)،

بدليل أنها لا تجوز بلفظ البيع.

وقيل: إنها ضمان/ب/٢٨٨/ بإبراء حكاة الإمام^(٣)، فكأن المحال عليه

ضمن الدين على أن يبرأ من دين المحيل، ويبرأ المحيل من دين المحتال.

فإن قلنا: إنها بيع، فأصح الأوجه في «الشرح الصغير»، وأشعر به،

كلامه في «الكبير» أنها بيع دين بدين واستثني للحاجة^(٤).

البيهقي ٥/٢٩٠ من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٣٨٢).

(١) «نهاية المطلب» ٥١٢/٦.

(٢) «بحر المذهب» ٥٥/٨.

(٣) «نهاية المطلب» ٥١٢/٦.

(٤) «الشرح الكبير» ١٢٦/٥.

والثاني: أنها بيع عين بعين، وإلا بطلت للنهي عن بيع الدين بالدين.

والثالث: أنها بيع عين بدين حكاه الماوردي^(١).

قال الروياني: قال القاضي الطبري: وليس لهذا الخلاف فائدة إلا ثبوت خيار المجلس على قولنا: إنها بيع^(٢). وليس كما ذكر من الحصر، فله فوائد:

منها: ما قاله الماوردي في كتاب الرهن: أنه لو أحاله على أن يعطيه المحال عليه بالدين رهناً، فإن قلنا: إنها بيع جاز؛ لأن أشتراط الرهن فيه جائز^(٣)، وإلا بطل الشرط.

وفي بطلان الحوالة وجهان مبنيان على أنها بيع عين بدين فيصح، أو بيع دين بدين فلا، ومنها أشتراط الضمين أيضاً.

قال: (يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ) لأن الحق في ذمته مرسلاً، فلا يتعين قضاؤه من محل معين، كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه، وقيل: يصح بدون رضاه، حكاه في «الكفاية» عن بعض الشارحين^(٤).

قال: وصوره بما إذا قال: أحلتك على نفسي بالدين الذي لك على فلان، فيقول المحتال: قبلت.

قال: (وَالْمُحْتَالِ) لأن حقه في ذمة المحيل، فلا ينقل إلى غيره إلا برضاه ولأن الذمم متفاوتة.

(١) «الحاوي» ٦/٤٢٠.

(٢) «بحر المذهب» ٨/٥٥.

(٣) «الحاوي» ٦/٢٦٢.

(٤) «كفاية النبيه» ١٠/٩٤.

قال: (لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحِّ)^(١)؛ لأنه محل الحق والتصرف، فلا يعتبر رضا العبد بمبيع.

والثاني: يشترط؛ لأنه أحد أركان الحوالة كالأخرين، ولاختلاف الناس أيضًا إيفاء، واستيفاء، قال الرافعي: وهذا ما نص عليه في «الأم» كما نقل عن ابن القاص^(٢).

قلت: وفي «التنبيه» عزو الأول إلى النص أيضًا^(٣).

ونقله في «الكفاية» عن نصه في «المختصر»^(٤)، فوجب حينئذ التعبير بالأظهر، وبنى البغوي الخلاف على أنها معاوضة فلا يشترط أو أستيفاء فيشترط^(٥).

قال: (وَلَا تَصِحُّ عَلَيَّ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ) لأنها إذا لم تصح بغير الجنس الذي عليه فأولى إذا لم يكن عليه شيء.

قال: (وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ) كما يصح أن يصالح عنه، فإن لم يرض فلا تصح قطعاً؛ لأنها لو صحت لزم قضاء دين الغير قهراً، والجمهور بنوا الخلاف في حال الرضا على الخلاف السالف.

فإن قلنا: إن الحوالة بيع لم تصح أو أستيفاء صحت، وكأن المحتال

(١) رمز فوقها في الأصل: (مالك وأحمد)، وانظر: «الذخيرة» ٢٤٣/٩، «المغني» ٦٣/٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٢٧/٥.

(٣) «التنبيه» (ص ١٠٥).

(٤) «كفاية النبيه» ٩٥/١٠، وانظر: «المختصر» ٢٢٦/٢.

(٥) «التهذيب» ١٦٢/٤.

أخذ حقه ممن عليه وأقرضه من المحال عليه، وبناء الإمام^(١)، ونقله القاضي عن بعضهم، والرويانى^(٢) عن القفال، على الخلاف في صحة الضمان؛ بشرط براءة الأصيل، بل هي هي.

قال الرافعي: وهذا ذهاب إلى براءة المحيل، وجعله أصلاً مفرعاً منه، لكن فيه وجهان:

أحدهما: أنه يبرأ على قياس سائر الحوالات.

والثاني - وهو الذي أورده الأكثرون: لا يبرأ، وقبول من لا دين عليه ضمان^(٣).

وعكس الماوردي هذا البناء فقال: إذا ضمن عن إنسان ديناً بشرط أنه برئ منه، فإن صح قياس قول المزني كانت حوالة بلفظ الضمان؛ لأن الألفاظ مستعارة، وإن قلنا: لا تصح، فهو قياس ابن سريج يكون ضماناً باطلاً اعتباراً بظاهر اللفظ^(٤)، وحقيقة هذا ضمان بلفظ /٢٨٩/ الحوالة.

تنبيهان:

أحدهما: عدول المصنف وغيره عن لفظ الإيجاب والقبول إلى اشتراط الرضا المستلزم بها؛ لأنه الأصل المعبر، ثم كيفية الإيجاب والقبول الذي استلزمهما الرضا أن يقول المحيل: أحلتك على فلان،

(١) «نهاية المطلب» ٥١٢/٦.

(٢) «بحر المذهب» ٥٥/٨.

(٣) «الشرح الكبير» ١٢٧/٥.

(٤) الحاوي ٤٢٨/٦.

فيقول: قبلت.

ولو قال رب الدين: أحلني على فلان، فقال: أحلتك، ففي صحته الخلاف السابق في انعقاد البيع بالإيجاب، والاستيجاب. وفيه طريقة قاطعة بالانعقاد إذن؛ لأن الحوالة أجزت رفقا بالناس، ويتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها.

قال ابن أبي الدم: وتنعقد أيضا بقول المحيل: نقلت حقلك الذي في ذمتي إلى ذمة فلان، أو جعلت ما أستحقه على فلان بما لك علي، أو ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي. قال: وفي انعقادها بلفظ البيع خلاف مشهور.

ولو قال: أبتعتك على فلان بما لك علي في مقابلة ما لي عليه، قال في «المطلب»: ظاهر الخبر يقتضي الصحة، وفي الجيلي عن أبي الفياض البصري أن الشافعي قال: لا بد مع الإيجاب من أن يقول المحال: قبلت الحوالة وأبرأتك عن حقي.

الثاني: يعتبر في المحيل والمحتال من الأهلية للتصرف ما يعتبر في سائر المعاملات.

قال: (وَتَصِحُّ بِالذَّيْنِ اللَّازِمِ وَعَلَيْهِ) أي: سواء أتفق الدينان في سبب الوجوب أو اختلفا، بأن كان أحدهما ثمنا والآخر أجرة أو قرضا أو بدل متلف.

قال في «الروضة»: كذا أطلق الرافي أن الدين اللازم تصح الحوالة به وعليه، وتبع الغزالي في ذلك، وليس كذلك فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به، ولا عليه على الصحيح، وقيل: يجوز بناء على أنها

أستيفاء. قال: فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر؛ ليخرج هذا^(١). وهذا الاعتراض وارد عليه في الكتاب أيضًا؛ لكن يرد على الاستقرار ثمن المبيع قبل القبض، والصدّاق قبل الدخول والموت، ونجم الكتابة المحال به، والأجرة قبل مضي المدة. ويجب عن دين السلم بأن المنع؛ لتعذر الاعتياض، لا لعدم الاستقرار، ويؤيده قول ابن الرفعة في «كفايته» و«مطلبه» أن المراد هنا بالاستقرار ما يجوز بيعه، لا ما أمانا أنفساخ العقد فيه بتلفه أو تلف مقابله، ثم أستشهد بمسألتي ثمن المبيع والصدّاق قبل الدخول السالفين^(٢).

على أن الرافعي لم يذكره هنا على سبيل الاشتراط، حتى يرد عليه هذه المسألة، بل قد ذكر بعد هذا بورقتين والمصنف قبل هذا بأسطر شرط الاستقرار فقالا: وقد أشتهر في كتب السالفين من أئمتنا أن من شرط الحوالة استقرار ما يحال به وعليه^(٣).

قال: (المثليّ) أي: كالأثمان والحبوب (وكذا المتفوّم) أي: كالثياب والعبيد (في الأصحّ)؛ لثبوته في الذمة ولزومه، والثاني: لا؛ لأن المقصود من الحوالة إيصال المستحق إلى الحق من غير تفاوت، ولا يتحقق فيما لا مثل له، وهذا ما صححه ابن الصباغ. وادعى الروياني أنه المشهور^(٤)، وحكى ابن الصباغ وجهًا آخر: أنه

(١) «الروضة» ٢٣١/٤، وانظر: «الوسيط» ٢٢٢/٣، «الشرح الكبير» ١٣٠/٥.

(٢) «كفاية النيه» ٩٩/١٠.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣٥/٥، «الروضة» ٢٣٠/٤. (٤) «بحر المذهب» ٥٥/٨.

لا يجوز الحوالة إلا بالنقدين خاصة، وضعفه.

فائدة:

٢٨٩ب/ المتقوم بكسر الواو، كما رأيت به بخط المصنف هنا، وفي الشركة والغصب والقضاء على الغائب، وهو ظاهر؛ لأنه أسم فاعل، وبعض الناس يقرأه بالفتح على أن يكون أسم مفعول، ولا يصح؛ لأنه مأخوذ من يقوم كيعلم، وهو قاصر، واسم المفعول لا يبنى إلا من متعدّد. قال: (وَبِالْثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) أي: بأن يحيل المشتري البائع على إنسان (وَعَلَيْهِ) أي: بأن يحيل البائع إنساناً على المشتري. (فِي الْأَصَحِّ) لأنه صائر إلى اللزوم، والجواز عارض فيه، كذا علله الرافعي^(١)، وهو قاصر على خيار الشرط.

والثاني: لا يصح به، ولا عليه لعدم اللزوم، وبناهما الماوردي والمتولي على أنها أستيفاء فتصح أو معاوضة فلا^(٢).

قال في «المطلب»: والحوالة بالثمن في مدة الخيار إذا جوزناها، إنما هو على القول بانتقال الملك كما هو الصحيح. واحترز بقوله: (في مدة الخيار) عما إذا حال به بعد أنقضائه، وقبل قبض المبيع، فإنها جائزة قطعاً كما هو المشهور.

قال الرافعي: وللمسعودي إشارة إلى منعها لكونه غير مستقر^(٣). قال: (وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدِهِ بِالنُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ

(١) «الشرح الكبير» ١٢٩/٥.

(٢) «الحاوي» ٤١٩/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣٦/٥.

عَلَيْهِ) لاستقرار ما أحال عليه بخلاف العكس؛ إذ له إسقاطها متى شاء، فلا يمكن إلزامه الدفع للمحتال.

والثاني: المنع فيهما كالاغتياض.

والثالث: الصحة فيهما؛ لأنه دين ثابت فجازت الحوالة به وعليه كسائر الديون، وبناء القاضي في كتاب الكتابة على القول بأنها أستيفاء. وقال الجرجاني في «المعاينة»، و«التحرير»: تصح بدين الكتابة بعد المحل؛ لاستقراره، ولا تصح قبله.

وكلام المحاملي في «مجموعه» يوافقه^(١)، وإطلاق المصنف تبعاً للرافعي يقتضي أنه لا فرق بين النجوم الحالة والمؤجلة^(٢)، وفي الحالة نظر.

فرع:

إذا قلنا بصحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم، فإذا أحاله برئ وعتق، ويلزم الدين في ذمة المحال عليه. وقال الإمام: إن أحال العبد بجميع النجوم دفعة واحدة أو بالنجم الأخير جاز؛ لأنه يعتق ويبقى الدين على المحال عليه، ولو أحال السيد عليه بالنجم الأخير لم يصح^(٣)، إذ لو صح لعتق، ولو عتق برئ، ولو برئ سقط دين المحتال، قال ابن أبي الدم وفيه بحثان:

أحدهما: أن يقال: تصح الحوالة ولا يعتق إلا بالأداء إلى المحتال.

(١) أنظر: «البيان» ٦/٢٨١.

(٢) «المحرر» (ص ١٨٧).

(٣) «نهاية المطلب» ٦/٥١٥.

(والثاني)^(١): أن يقال: يعتق لبراءة ذمته من دين السيد، ويبقى في ذمته الدين للمحتال يؤديه إليه بعد عتقه.

فرع:

لو كان للسيد عليه دين معاملة، فأحال عليه فالمذهب في «البحر» والأصح في «الروضة»: الصحة^(٢)، ولا نظر لسقوطها بعجزه. وعن هذا الفرع أحترز المصنف بقوله: (بالنجوم).

فرع:

مال الجعالة، قال الرافعي: القياس أن يجيء في الحوالة به^(٣)، وعليه الخلاف المذكور في الرهن به، وفي ضمانه. وقطع المتولي بجوازها به، وعليه بعد العمل، ومنعها قبله. وقطع الماوردي بالمنع مطلقاً^(٤).

فرع:

لو أحال من عليه الزكاة الساعي جاز إن قلنا: هي أستيفاء. وإن قلنا: بيع فلا؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة / ٢٩٠.

فرع:

الحوالة بالجزية ذكرها المصنف في بابها، وسيأتي إن شاء الله. قال: (وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ) لأن المجهول لا يصح بيعه ولا أستيفاؤه.

(١) رمز فوقها في الأصل: (أحمد)، وانظر: «المغني» ٥٨/٧.

(٢) «بحر المذهب» ٥٦/٨، «الروضة» ٢٣٠/٤.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣٠/٥. (٤) «الحاوي» ٤١٩/٦.

قال: (قَدْرًا وَصِفَةً) أي بصفات السلم سواء كان مثليًا أم متقومًا كما تقدم، فلو قال: أحلتك بما لك (علي إلى) ^(١) فلان، وهما لا يعلمان قدره وصفته أو أحدهما لم يصح، ولم يذكر المصنف الجنس؛ لأن الصفة قد تغني عنه.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا) لحصول المقصود من الجانبيين، فإنها مصورة بما إذا أوضحت إنسانًا وأوضح ذلك الإنسان آخر، فإن الواجب له وعليه خمس من الإبل فأحال بها على الجاني أو لا. وخرجه ابن سريج من أحد قوليه، في جواز المصالحة، والاعتياض عنها ^(٢).

والأظهر المنع للجهل بصفاتهما، وفي «الاستقصاء» وغيره أن الخلاف في الصلح مخرج، مما لو أوضحت امرأة رجلًا فتزوجها بالأرث هل يصح؟ وفيه قولان، والخلاف في صحة الحوالة بإبل الدية الذمة، وغيرها مفرع على صحة الحوالة في المتقومات، وهو الأصح كما سلف. واعلم أن حكاية المصنف الخلاف قولين تبع فيه «المحرر»، و«المحرر» تبع البغوي ^(٣)، وعبارته في «الروضة» تبعًا لـ «الشرح»: وجهان أو قولان ^(٤).

قال: (وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيَهُمَا جِنْسًا وَقَدْرًا) لأنها إرفاق كالقرض، فلو

(١) في الأصل: (لي على)، والمثبت هو الصواب.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٥١٢/٦.

(٣) «التهذيب» ١٦٢/٤، «المحرر» (ص ١٨٧).

(٤) «الشرح الكبير» ١٣١/٥، «الروضة» ٢٣١/٤.

جوزت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل، فتخرج عن موضوعها فلا يصح مع الاختلاف في الجنس، كما لو أحال بالدرهم على الدينير، وبالحنطة على الشعير وعكسهما. قال المتولي: ونعني بقولنا: لا يصح، أن الحق لا يتحول من الدرهم إلى الدينير، وبالعكس، لكنها إذا جرت فهي حوالة على من لا دين عليه. وحكمها مرّ، وأغرب الزبيلي فجوزها مع اختلاف الجنس، إلا إنهما لا يفترقان إلا عن قبض، ولا يصح أيضًا مع الاختلاف في القدر، كما لو أحال بخمسة على عشرة أو عكسه، وفيه وجه، وكأن المحيل تبرع بالزيادة، وتصح الحوالة بالقليل على من له عليه أكثر منه.

قال: (وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ) إلحاقًا

لتفاوت الوصف بتفاوت القدر.

ولأن الدين المحال به إن كان صحاحًا؛ يستحيل أن يزول أستحقاق صفة الصحة من غير قبض حسي، فإنه لو قال: أبرأتك عن الصحة لم يصح، وعكس هذا من المحتال لا يتحقق قبل القبض الحسي.

والثاني: تجوز الحوالة بالمؤجل على الحال والأبعد أجلًا على الأقرب، وكأنه تبرع بالزيادة ولا تجوز الحوالة بالحال على المؤجل قطعًا؛ لأن حق المحتال حال، وتأجيل الحال لا يلزم، ويجوز على الوجه الثاني الحوالة بالمكسر على الصحيح؛ لأنه لا يجب قبوله عنه دون عكسه. وفي عكسه وجه حكاه في «النهاية»^(١)؛ لأنه يجوز أخذه عنه بالتراضي.

(١) «نهاية المطلب» ٥١٤/٦.

تنبيهات :

أحدهما: الجودة والرداءة كالصحة والتكسير، فيطرد الخلاف.
 ووقع في «الروضة» في حكاية الوجه الثاني / ٢٩٠ب/ إنه تجوز الحوالة
 بالصحيح على المكسر وبالجيد على الرديء^(١)، وقد أنقلب عليه،
 وصوابه بالكسر على الصحيح، وكذا هو في الرافي^(٢).
 الثاني: تعبيره بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في
 «الروضة» حيث عبر بالصحيح^(٣).
 الثالث: سلك الغزالي رحمه الله طريقاً آخر في ضبط التفاوت بين
 الدينين^(٤)، وقد سبق بإنكار بعضه الرافي رحمه الله فراجع منه^(٥).



قال: (وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ
 دَيْنِ الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ) بالإجماع كما
 أفاده الماوردي^(٦). نعم في «تعليق» القاضي أبي الطيب أن زفر قال:
 لا يبرأ الضامن^(٧)، ورد عليه بأن الحوالة مشتقة من التحويل،
 والضمان فيه معنى الضم فافترقا.

قال: (فَإِنْ تَعَدَّرَ بَفَلْسٍ أَوْ جَحَدٍ وَحَلَفٍ وَنَحْوِهِمَا) أي: كموت البينة

(١) «الروضة» ٢٣١/٤.

(٢) «الشرح الكبير» ١٣١/٥-١٣٢.

(٣) «الروضة» ٢٣١/٤. (٤) «الوسيط» ١٥٦/١.

(٥) «الشرح الكبير» ١٣٢/٥. (٦) «الحاوي» ٤٢١/٦.

(٧) أنظر قول زفر في «البيان» ٢٨٨/٦.

وامتناعه (لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ) للحديث السالف أول الباب، وهو قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «وإذا أتبع أحدكم على مَلِيٍّ فليتبِع»^(١). وجه الدلالة منه أنه لو كان له الرجوع لما كان لاشرط الملاءة فائدة؛ لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع به، فلما شرطها علم أنه أنتقل أنتقالاً لا رجوع به فاشتطت الملاءة حراسة لحقه، وكما لو أعتاض عن دينه وتلف عنده، ولأن الحوالة إن تحول بها الحق فقد برئت ذمته، فوجب أن لا يعود إليه، كما لو أبرأه، وإلا فيجب أن تدوم المطالبة كما في الضمان.



فائدة:

الجاحد من أنكر شيئاً سبق أَعْتَرَفَه به، كما قدمته في تارك الصلاة قبيل الجنائز، والإنكار ناسياً حكمه مثله.

فرع:

لو شرط في الحوالة الرجوع على المحيل بتعذر الإفلاس أو الجحود، فهل تصح الحوالة والشرط، أم الحوالة فقط، أم لا يصحان؟ فيه أوجه لا ترجيح في الرافي فيها^(٢)، وثانيها: وهو مقتضى كلام المصنف.

فرع:

لو أحوال بمؤجل على مؤجل حلت الحوالة بموت المحال عليه، ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة.

(١) متفق عليه، وقد تقدم. (٢) «الشرح الكبير» ١٣٢/٥.

فرع:

لو شرط أن لا تبرأ ذمة المحيل من الدين حتى يقبضه من المحال عليه، فوجهان خرجهما الماوردي على الخلاف الآتي فيما إذا أتفقا على جريان لفظ الحوالة، وقال المحيل: أردت الحوالة، وقال المحتال: بل أردت الوكالة^(١).



قال: (فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهْلُهُ الْمُحْتَالَ فَلَا رُجُوعَ لَهُ) كما لو طرأ الإفلاس، وما يلحقه من الضرر بذلك منسوب إلى تقصيره؛ لأنه كان من حقه أن يفحص عن حاله قبل قبول الحوالة، فهو كما لو اشترى شيئاً فظهر أنه مغبون فيه.

قال: (وَقِيلَ لَهُ الرَّجُوعُ إِنْ شُرِطَ يَسَارُهُ) كما لو شرط كون العبد كاتباً فأخلف، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وقال سليم: إنه أشبه. وقال الماوردي: إنه خطأ^(٢)؛ لأن النقص هنا ليس في المعقود عليه، واختار الغزالي الثبوت مطلقاً^(٣)؛ تداركاً لما لحقه من الخسران.

وقرب الإمام الخلاف من الخلاف في أن /٢٩١/ خيار المجلس والشرط هل يثبت في الحوالة؟ قال: والخلاف في ذلك كله مبني على أن المقلب على الحوالة المعاوضة أو الاستيفاء^(٤).

قال: (وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بَعِيْبٍ بَطَلَتْ فِي

(١) «الحاوي» ٤٢٦/٦، ولكن بتبديل كلمتي الحوالة والوكالة .

(٢) «الحاوي» ٤٢٣/٦. (٣) «الوسيط» ١٥٦/٢.

(٤) «نهاية المطلب» ٥١٨/٦.

الأظهر، أو البائع بالثمن فوجد الرد لم تبطل على المذهب).
 أما الأولى وصورتها أن زيداً اشترى عبداً بألف، وأحال بائعه على
 رجل بالألف، ثم أطلع على عيب به فرده، فما صححه المصنف فيها هو
 ما خرجه المزي. ومقابله منصوص «الجامع الكبير»^(١)، وللأصحاب فيها
 ثلاثة طرق:

أظهرها: أن في بطلانها قولين كما جزم به المصنف تبعاً لـ «المحرر»:
 أظهرهما البطلان^(٢)؛ لأنه أحاله بالثمن، فإذا أنسخ العقد خرج المحال
 به عن أن يكون ثمناً وسقط حق العاقد فبطلت الحوالة.
 والثاني: المنع، وهو الأصح في نظيره، فيما إذا أحال الزوج زوجته
 بصداقها ثم طلقها قبل الدخول، واقتضى الحال الرجوع.
 والفرق أن الصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم
 يرجع في نصفه إلا برضاها بخلاف المبيع.
 وبناهما جماعة على القولين في أن الحوالة أستيفاء أو بيع، إن قلنا:
 أستيفاء بطلت، وإلا فلا.

والثاني: القطع بالبطلان، وصححه جماعة.
 والثالث: القطع بعدمه، وصححه القاضي أبو الطيب ونسبه إلى
 الأكثرين. وقال الماوردي: إنه أسوأ الطرق^(٣).
 وأصحاب هاتين الطريقتين اختلفوا في النص، فمنهم من أنكر

(١) أنظر: «مختصر المزي» ٢/٢٢٧.

(٢) «المحرر» (ص ١٨٨).

(٣) «الحاوي» ٦/٤٢٤.

المنقول عن «الجامع»، وقال: لم أجده فيه، قاله القاضي أبو حامد، ومنهم من قال: رجع عنه إلى ما في «المختصر» وأثبتته الأكثرون، وجمعوا بين المعنيين بوجوه:

أحدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا كان العيب بحيث لا يمكن حدوثه عند المشتري، أو يمكن وأقر البائع بقدمه، وحمل الثاني على ما إذا ثبت قدمه بينة ورده.

الثاني: حمل الأول على ما إذا ذكر المحال عليه أنه يحيله من جهة الثمن، وحمل الثاني على ما إذا لم يذكر ذلك.

ثالثها: أن الأول مفرع على أن الحوالة تفتقر إلى رضا المحال عليه.

رابعها: حمل الأول على ما إذا كانت الحوالة على من لا دين عليه، ورضي المحال عليه.

قال الماوردي: ومحلُّ القولين، ما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم ووافق المحتال، على أن المحال به هو الثمن، فإن لم يوافق عليه، أو وافق وواقع الفسخ من غير حكم فلا يبطل قطعاً^(١).

وقال الشيخ أبو حامد: محلها ما إذا وقع الرد مع أنقضاء الخيار، فإن كان في مدة الخيار أنفسخت الحوالة قطعاً، سواء وجد القبض أم لا؛ لأن البيع غير لازم قبل أنقضاء الخيار، فلا يلزم الحوالة لتعلقها بالثمن^(٢)، وهو تفرع منه على صحة الحوالة في زمن الخيار.

تنبيهات، أحدها: لو وقع الرد قبل قبض المبيع فطريقان:

(١) «الحاوي» ٤٢٦/٦.

(٢) أنظر: «البيان» ٢٩٢/٦.

أشهرهما: طرد القولين وهو ظاهر /٢٩١ب/ إطلاق المصنف.
والثاني: القطع ببطلان الحوالة؛ لعدم تأكدها، وزيفه الإمام^(١).
الثاني: لو وقع الرد بالعيب بعد قبض البائع الثمن من المحال عليه
فطريقان:

أحدهما: القطع بأنها لا تنفسخ، والقولان مخصوصان بما إذا وقع
قبل القبض، والفرق تأكد الأمر بالقبض، وبراءة ذمة المحال عليه.
والثاني: واختاره الأكثرون طرد القولين، وهو ظاهر إطلاق
المصنف.

الثالث: لا فرق في ذلك كله بين الرد بالعيب، كما ذكره المصنف أو
بالتحالف، أو بالإقالة أو يختار الحلف، ومقتضى ما تقدم عن الماوردي
أنها لا تنفسخ قطعاً^(٢)، إذا رده بالعيب من غير حكم الحاكم أنها لا تنفسخ
بالتقاييل؛ لوجود الرضا.

الرابع: هذه المسألة، وما بعدها إلى آخر الباب من تخريجات
المزني على أصول الشافعي قاله الرافعي^(٣).

وأما المسألة الثانية: وهي ما إذا أحال البائع من له عليه دين على
المشتري بالثمن، ثم رد المبيع عليه بعيب، فمن الأصحاب من طرد
القولين في المسألة قبلها.

قال الإمام: وهو منقاس لكنه غريب^(٤)، والأصح القطع بعدم

(١) «نهاية المطلب» ٥٢٠/٦.

(٢) «الحاوي» ٤٢٦/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ١٣٤/٥.

(٤) «نهاية المطلب» ٥٢٢/٦.

البطلان سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا. والفرق تعلق الحق بثالث هنا، فلا يبطل بفسخ يختص به المتعاقدان، كما لو اشترى عبداً بجارية، فباع العبد، ورد الآخر الجارية بعيب لا يفسخ البيع الثاني؛ لأنه تعلق به حق ثالث.

قال: (وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِشَمْنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَوْ ثَبَّتَتْ بَيِّنَةٌ بَطَلَتْ الْحَوَالَهٗ) لأنه بان أن لا ثمن، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبقى حقه في ذمة البائع كما كان. والمراد بالبطلان هنا عدم الصحة، لأن الحوالة لم يتقدم لها صحة، وهذه البينة يقيمها العبد أو يشهدون حسبه، ولا يتصور أن يقيمها واحد من المتبايعين، لأنه كذبهما بالدخول في البيع. قاله البغوي والرويانى^(١). هذا إن شهدت بالحرية، وأن الحوالة بالثمن أو بالحرية، وأقر المحتال أن الحوالة به، فلو ادعى أنها بغيره صدق بيمينه، واستشكل إقامة هذه البينة؛ لأنه حر باتفاق المتبايعين.

وأجيب بأن ذلك يحمل على إقامتها قبل تصديق المتبايعين له، أو يحمل على ما صوره القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وهو ما إذا اشترى عبداً بألف ثم قبضه، ثم باعه، وأحال البائع الأول على المشتري الأول بالثمن، ثم تصادق المتبايعان الأولان على حرية العبد دون المشتري.

الثاني: فالعبد لا يحكم بحريته، ويحتاج إلى إقامة البينة نبه على ذلك صاحب «الكفاية»^(٢).

(١) «بحر المذهب» ٨/٦٤، «التهذيب» ٤/١٦٧. (٢) «كفاية النبيه» ١٠/١١١.

قال: (وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلْفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ)

أي: فيقول: والله لا أعلم حريته طردًا للقاعدة.

قال: (ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي) ٢٩٢/١ لبقاء الحوالة في حقه

بحلفه. وهل يرجع المشتري على البائع؟ فيه وجهان، وضعف ابن أبي

الدم الرجوع. وقال ابن الرفعة في «المطلب»: الحق الرجوع.

فرع:

لو نكل المحتال عن اليمين حلف المشتري، وبطلت الحوالة إن

جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، وإلا فلا؛ إذ ليس له إقامة البيعة، قاله

الرافعي^(١).

قال ابن الرفعة: وينبغي إذا جعلناها كالبيعة أن لا يحلف المشتري؛ إذ

لا فائدة ليمينه^(٢).

فرع:

ما تقدم كله مفروض فيما إذا وقع التعرض في الحوالة للثمن، فإن لم

يقع وزعم البائع أنه أحال بدين آخر على المشتري، فإن أنكر المشتري

أصل الدين صدق بيمينه، وإن سلمه وأنكر الحوالة به، فإن لم يعتبر

رضا المحال عليه، فلا اعتبار بإنكاره، وإن اعتبرناه فهو مدع فساد

الحوالة، والبائع مدع صحتها، وفيه الخلاف المذكور، فيما إذا

أتصلت دعوى الإقرار به، أما مع الانفصال فلا، وهو هنا بعده.

قال: (وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: وَكَلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ:

(١) «الشرح الكبير» ١٣٩/٥.

(٢) «كفاية النبيه» ١١٢/١٠.

أَحْلَنْتَنِي) أَي: بَأْن قَالَ: أَقْبَضَ لِي كَذَا، وَنِيَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مَا ذَكَرَ (أَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي: أَحْلَتُكَ الْوَكَالَةَ. وَقَالَ الْمُسْتَحِقُّ: بَلْ أَرَدْتُ الْحَوَالَةَ. صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ).

إِذِ الْأَصْلُ بَقَاءُ الْحَقِيقِينَ، وَلِأَنَّهُ أَعْرَفَ بِقَصْدِهِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِمَا كَمَا قَالَ فِي «الْمَطْلَبِ»: مَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً. قَالَ: وَلَمْ أَرْ فِيهِ نَقْلًا. قَالَ: (وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ) لِأَنَّ ظَاهِرَ اللَّفْظِ لَا يُوَافِقُ دَعْوَاهُ، أَمَّا لَوْ قَالَ: أَحْلَتُكَ عَلَيَّ فَلَانَ بِمَا لَكَ عَلَيَّ، فَهِيَ حَوَالَةٌ قِطْعًا. صَرَحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ نَقْلًا عَنِ الْأَئِمَّةِ^(١)، وَفِي «النِّهَايَةِ» أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَجْرَاهُ وَجْهًا ثَالِثًا، ثُمَّ قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَجْرِيَ فِيهِ خِلَافٌ^(٢).

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ: أَحْلَتُكَ فَقَالَ: وَكَلَّتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ) إِذِ الْأَصْلُ بَقَاءُ حَقِّهِ، وَيُظْهِرُ هَذَا عِنْدَ إِفْلَاسِ الْمُحِيلِ. وَفِي وَجْهِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْمُحِيلِ أَعْتَابًا بِالظَّاهِرِ.



(١) «الشرح الكبير» ٥/١٤٠.

(٢) «نهاية المطلب» ٦/٥٢٧.

فروع منشورة نختم بها الباب :

يجوز أن يتخذ المحتال عليه، ويتعدد المحتال وعكسه، ولو أحاله رجل بدين عليه ثم دفع المحيل المال إلى المحتال صح قضاؤه الدين عن المحال عليه، ولا يرجع به عليه؛ لأنه قضاؤه بغير إذنه. وفي «فتاوى البغوي»: لو ادعى عشرة وأقام بها بينة فقال المدعى عليه: أعطيتكها. فقال المدعي: تلك عشرة كانت لي عليك غير هذه. صدق الدافع بيمينه، ولو قال: أحلت عليّ زيداً بها، فقال المدعي: تلك عشرة غير هذه، صدق المدعي بيمينه، والفرق أن الحوالة إيفاء وهو منكر أنه أحال بما يدعي، وأما ثم فهو مقر بأنه أخذ المال من المدعى عليه، والقول قول المؤدي في جهة الأداء.



كتاب الضمان

A vertical rectangular form with a decorative border. The border is composed of a dense, stippled pattern. Inside the border, there are 15 horizontal lines that divide the space into 16 equal-sized empty rectangular sections, suitable for writing or drawing.

باب الضمان

شَرَطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ، وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشْرَائِهِ.
 وَضَمَانُ عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ باطلٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلأَدَاءِ
 كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ فُضِيَ مِنْهُ.
 وَإِلَّا فالأصحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَادُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ
 بَعْدَ الإِذْنِ، وَإِلَّا فَبِمَا يَكْسِبُهُ.
 والأصحُّ اسْتِطْرَاطُ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ.
 وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.
 وَيُشْتَرَطُ فِي المَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا.
 وَصَحَّحَ القَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ، وَالمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ
 الثَّمَنِ، وَهُوَ أَنْ يُضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا أَوْ نَاقِصًا
 لِتَقْصِ الصَّنْجَةِ.
 وَكَوْنُهُ لَازِمًا لَا كُنْجُومٍ كِتَابِيَّةً.
 وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ.
 وَضَمَانُ الجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ.
 وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الجَدِيدِ.
 وَالإِبْرَاءُ مِنَ المَجْهُولِ باطلٌ فِي الجَدِيدِ إِلاَّ مِنْ إِبْلِ الدِّيَةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي
 الْأَصَحِّ.
 وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَيَّ زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةِ فَالأصحُّ صِحَّتُهُ،
 وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشْرَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كِفَالَةِ الْبَدَنِ، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِأَدْمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى. وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ.

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ، وَإِلَّا فَمَكَانُهَا، وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمَتَّغَلِبٍ، وَبِأَنَّ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ وَيَقُولُ: سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ. وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ. فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانُهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ، وَيُمْهَلُ مُدَّةٌ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ.

فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُسْبَى، وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ. وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكِفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرُمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ. وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ.



فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالِتِرَامِ كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ أَوْ تَحَمَّلْتَهُ أَوْ تَقَلَّدْتَهُ أَوْ تَكَفَّلْتِ بِبَدَنِهِ، أَوْ أَنَا بِالْمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ حَمِيلٌ.

وَلَوْ قَالَ: أُوَدِّي الْمَالَ أَوْ أُحْضِرُ الشَّخْصَ. فَهُوَ وَعْدٌ، وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُمَا بِشَرْطٍ وَلَا تَوْقِيْتِ الْكِفَالَةِ.

وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازًا، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا.

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ التَّعْجِيلُ.

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ.

وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ.

وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِيءَ الضَّامِنِ، وَلَا عَكْسَ.

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلًّا عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ.

وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ

بِإِذْنِهِ، وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ.

وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ، وَإِنْ انْتَقَى

فِيهِمَا فَلَا، وَإِنْ أَدَانَ فِي الضَّمَانِ فَقَطُّ رَجَعَ فِي الْأَصْحَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصْحَحِّ،

وَلَوْ أَدَى مُكَسِّرًا عَنِ صِحَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنِ مَائَةٍ بِثَوْبٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ فَلِأَصْحَحِّ أَنَّهُ

لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ.

وَمَنْ أَدَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ أَدَانَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ

رَجَعَ، وَكَذَا إِنْ أَدَانَ مُطْلَقًا فِي الْأَصْحَحِّ، وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ

الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ،

وَكَذَا رَجُلٌ لِيُحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصْحَحِّ.

وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ
فِي الْأَصْحَحِ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى
الْمَذْهَبِ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كِتَابُ الضَّمَانِ)

هو مصدر ضمننت الشيء، أضمنه ضمناً إذا كفلته به، فأنا ضامن وضمين، وهو حفظ الشيء بضم ذمة إلى ذمة. وهو يتضمن معنى الحفظ، وادعى ابن الصباغ في ٢٩٢ب/ كتاب «الحوالة» أنه مأخوذ من الضم.

وغلط الإمام قائله^(١)؛ لأن النون أصلية في الضمان، والضم لا نون فيه، وإن كان فيه معنى الضم، وهو أحد الوثائق الثلاث: الرهن، والضمان، والشهادة، ويسمى الضامن كفيل وحميل وزعيم وقبيل أيضاً. قال الماوردي: لكن العرف بأن الضمين في الأموال، والحميل في الديات والزعيم في الأموال العظام. والكفيل في النفوس والصبير في الجميع^(٢).

قال ابن حبان في «صحيحه»: والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر، والكفيل لغة أهل العراق^(٣).

(١) من كتاب الضمان إلى فصل -من كتاب الإقرار- في الشهادة بالإقرار من غير تعرض لشروط، ساقط من كتاب «نهاية المطلب» كما ذكر المحقق ٥/٧.

(٢) «الحاوي» ٤٣١/٦. (٣) «الإحسان» ٤٨٠/١٠.

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، أي: قال المؤذن لمن سعى في إظهار الصواع، وأخذه ممن سرقه ورده حمل بعير، وهو معروف عندهم، وهذا شرع من قبلنا. وقد ورد في شرعنا ما يقرره، لكن ضمان الجعل قبل العمل مختلف فيه كما سيأتي.

وقوله تعالى: ﴿سَلُّهُمْ أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، أي: سلهم يا محمد أيهم بذلك - وهو أن لهم ما يحكمون - زعيم. أي: ضامن ملتزم بذلك. وأما السنة فأحاديث منها: ما أورده الرافعي في «المحرر» وهو قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»^(١)، وهو حديث صحيح، أخرجه أصحاب السنن الأربعة ثم من حديث أبي أمامة رضي الله عنه، وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان^(٢)، وخالف ابن حزم^(٣).

ومنها: ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ أتني بجنابة فقالوا: صل عليها. فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: لا، قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا. فصلى عليه، ثم أتني بجنابة فقالوا: يا رسول الله: صل عليها. قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم. قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: ثلاثة دنائير، فصلى عليه،

(١) «المحرر» (ص ١٨٩).

(٢) أبو داود (٣٥٦٥)، الترمذي (١٢٦٥)، (٢١٢٠)، ابن ماجه (٢٤٠٥). ورواه النسائي في «الكبرى» (٥٧٨١)، (٥٧٨٢)، وابن حبان (٥٠٩٤) دون موضع الشاهد. وحسنه المصنف في «البدر المنير» ٧٠٧/٦، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٤١٢).

(٣) «المحلى» (بتحقيقنا) ٢٣٠/١١.

ثم أتى بثلاثة فقالوا: صل عليها. قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا. قال: «هل عليه دين؟» قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا على صاحبكم». قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلّي دينه، فصلّى عليه^(١).

وهذا كان في أول الإسلام، فلما فتحت الفتوح كان يجب عليه ﷺ قضاء دين الميت المعسر، وذلك من خصائصه على الأصح.

قيل: إنما وجب ذلك عليه لوعده ﷺ بذلك، والتزامه بقوله في الحديث الصحيح «فمن ترك ديناً فإلي»^(٢)، وعداته ﷺ واجب الوفاء كضمان غيره، ويدل عليه قضاء عداته بعد وفاته، وهذا لا يتعدى إلى غيره، وإنما كان لا يصلي أولاً على الميت المعسر لأوجه:

أحدها: أن صلاته ﷺ شفاعة توجب المغفرة، والدين معاقب عليه.

ثانيها: ليرغب الناس في قضاء دينه بتخلص الميت من تبعته، ولا يضيع على رب الدين دينه.

ثالثها: للزجر عن^(٣) التسارع في أخذ الديون.

قال بعض الأصحاب: وهذا الامتناع منه ﷺ إنما هو في حق /٢٩٣/ من فرط في قضاء دينه، أو أستدان في غير مباح، أما من أستدان في مباح ولم يفرط في وفائه فلا يعاقبه بترك الصلاة، وهذا حسن يتعين إطلاق الأخبار عليه.

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على صحة الضمان في الجملة.

(١) البخاري (٢٢٨٩).

(٢) رواه مسلم (٨٦٧) من حديث جابر.

(٣) في الأصل: على، والمثبت الصواب.

قال: (شَرَطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ) لأنه تصرف في المال، فلا يصح ضمان الصبي والمجنون والسفيه، وكذا المبرسم الذي يهذي والنائم. وذكر الرافعي في «المحرر» مع هذا الشرط صحة العبارة^(١)، والمصنف رأى دخوله في الرشد، فكذا حذفه، نعم يرد عليه المكره والمكاتب، فإنه لا يصح ضمانهما، فكذا المبذر بعد بلوغه رشيداً ولم يحجر الحاكم عليه، فإنه يصح ضمانه، وليس برشيد، وأيضاً فالرشد قد أطلقه في كتاب الصوم على الصبي.

وعبارة الغزالي في «وجيزه»: شرط الضامن صحة العبارة وأهلية التبرع^(٢)، فخرج بصحة العبارة: الصبي والمجنون والمبرسم، وبأهلية التبرع: السفيه، وسأعقد له فرعاً.

فرع:

السكران سكر بمباح لم يصح ضمانه، وإن سكر بمحرم ففي صحة ضمانه الخلاف في تصرفاته، وقد ذكره المصنف في الطلاق.

فرع:

يصح ضمان الأخرس كما ذكره المصنف في البيوع والطلاق وحيث قال في البيع: وإشارة أخرس بالعقد كالنطق. وقال في الطلاق: ويعتد بإشارة أخرس في العقود والحلول.

وادعى الروياني أن ظاهر المذهب المنع في صحة ضمانه بالكتابة، وهذا كله إذا كانت له إشارة مفهومة، فإن لم يمكن له إشارة مفهومة ولا

(١) «المحرر» (ص ١٨٩).

(٢) «الوجيز» ١/٣٥٣.

كتابة فإن ضمانه لا يصح، فإنه لا يعرف بما يصدر عنه^(١).

فرع:

لا يصح ضمان السفیه بإذن الولي، وإن فرعنا على صحة عبارته وتصرفه بإذنه، كما هو ظاهر كلام المصنف هنا. وصححه في باب الحجر، وعلله الإمام بأنه تبرع، وتبرعه لا يصح بإذنه^(٢).

واعترض الرافعي على قول الإمام أنه تبرع. فقال: إنما يظهر هذا حيث لا رجوع، وأما حيث يثبت الرجوع فهو قرض محض^(٣)، ثم أستشهد له، ورده عليه في «الروضة» وصبوب قول الإمام^(٤).

فرع:

ضمان المرأة صحيح مزوجة كانت أو غيرها، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفها، خلافاً لمالك^(٥).

قال: (وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلْسٍ كَثْرَائِهِ) أي: والصحيح صحته كما تقدم في بابه، ويطالب به بعد فك الحجر، وهذا يصح ضمانه وليس من أهل التبرع، نعم هو من أهله فيما يكتسبه باحتطاب في وجه، أو من أهل التبرع فيما لم يدخل تحت الحجر، وهو منافع يديه، لكن مقتضى الوجه المتقدم في بابه في أن الحجر يتعدى إلى نفسه أن لا يصح ضمانه كما نبه عليه ابن الرفعة^(٦).

قال: (وَضَمَانُ عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ) أي: مأذوناً كان أو غيره (باطلٌ

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٥/٧.

(٤) «الروضة» ٢٤٢/٤.

(٦) «كفاية النيه» ١٢٤/١٠.

(١) «بحر المذهب» ١٠٤/٨.

(٣) «الشرح الكبير» ١٤٧/٥.

(٥) «المدونة» ١٤٦-١٤٧/٤.

فِي الْأَصَحِّ) لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح منه دون إذنه / ٢٩٣ب/
كالنكاح. والثاني: يصح ويتبع به إذا عتق وأيسر؛ إذ لا ضرر على سيده،
كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه السيد.

قال: (وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ) أي: كمال تجارة
وغيره (قَضَى مِنْهُ) لتصريحه بذلك. قال الماوردي: فإن قضى مال التجارة
عنه تعلق بكسبه في المستقبل^(١).

وإذا عين مالاً وأمره بالقضاء منه قضى منه كما ذكره المصنف، وتعين
له بخلاف ما لو قال الحر: ضمنت على أن أؤدي عن هذا المال لا
يصح؛ لأن للحر جهات كثيرة للأداء. فإذا عين جهة فكأنه حجر على
نفسه، وفيه وجه حكاه الروياني: أنه يصح، ويتعين؛ لأن الحقوق قد
تتعلق بالأعيان كالرهن^(٢).

قال: (وإِلَّا) أي: وإن أطلق الإذن في الضمان ولم يعين له طريقاً
(فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ) أي: ربحاً
ورأس مال (وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ، وَإِلَّا) أي: وإن كان غير مأذون له
في التجارة (فَبِمَا يَكْسِبُهُ) أي: بعد الإذن؛ لأن الضمان يقتضي الغرم،
كما يقتضي النكاح المهر والنفقة، ولو أطلق الإذن في النكاح تعلق بما
ذكرناه، هكذا هنا.

والثاني: يتعلق بذمته إلى أن يعتق؛ لأنه أذن في الالتزام دون الأداء،
وصححه الروياني^(٣).

(٢) «بحر المذهب» ١٠١/٨.

(١) «الحاوي» ٤٥٧/٦.

(٣) «بحر المذهب» ١٠٠/٨.

والثالث: يتعلق برقبته، فإن كان مأذوناً له في التجارة تعلق بكسبه، ولا يحال على ذمته؛ لإشعار ظاهر الحال بذلك، وعلى هذا فيتعلق بالكسب المتجدد خاصة، كغير المأذون، أو به وبما بيده من الربح الحاصل؛ أو بهما ورأس المال؟ فيه أوجه: أصحابها: ثالثها، هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان وحجر عليه بالفلس فلا يتعلق الضمان بما في يده، وإن لم يكن حجر عليه فأوجه لابن سريج، وحكاها الإمام أقوالاً:

أحدها: لا يتعلق الضمان بما في يده؛ لأنه في حكم المرهون بالدين.

وثانيها: أنه يتعلق به^(١)، ويشارك المضمون له الغرماء كغيره من الديون.

وأصحابها في «الروضة»: أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين^(٢).

والوجه الرابع: في أصل المسألة أن الضمان يتعلق برقبته. والرافعي حكى في غير المأذون ثلاثة أوجه: أحدها: يتعلق برقبته.

وثانيها: يكون في ذمته يتبع به إذا عتق، وأصحابها ما في الكتاب. وحكى في المأذون أربعة أوجه بذمته ما يكسبه بعد به، وبما في يده من الربح الحاصل بهما، ورأس المال^(٣)، وهو أصحابها.

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١٥/٧.

(٢) «الروضة» ٢٤٣/٤. (٣) «الشرح الكبير» ١٤٧/٥-١٤٨.

فروع:

أم الولد والمدبر كالقن في الضمان، وكذا المبعوض إن لم تكن مهياًة أو كانت وضمن في نوبة السيد، فإن ضمن في نوبة نفسه صح، قاله البغوي والرافعي^(١).

وقال القاضي حسين: إن لم يكن مهياًة ففي صحته وجهان بينان على أنه هل يورث؟ إن قلنا: يورث صح، وإلا فلا. وقال الرافعي: يجوز أن يصح ويختص به، وإن ضمن في نوبة سيده، أو لم تكن مهياًة، كما لو أشتري لنفسه شيئاً. ويجوز أن يخرج على الخلاف في المؤن، والأكساب النادرة في المهياًة^(٢).

وأما العبد الموقوف، فقال صاحب «المطلب»: ينبغي أن /٢٩٤/ يُجزم بعدم صحة ضمانه إذا قلنا بالمشهور أنه لا يصح عتقه؛ لعدم فائدته، قال: وأما الموصى بمنفعته دون رقبته أو عكسه فيظهر أن يكون كالقن، لكن هل المعتبر إذن مالك الرقبة أو المنفعة؟ يشبه أن يكون فيه خلاف يُلتفتُ على أن ضمان القن يتعلق بذمته أو برقبته أو بكسبه، والمكاتب بلا إذن كالقن، وبالإذن قالوا: هو على القولين في تبرعاته.

فرع:

ضمن عبد بإذن سيده، وأدى في حال رقه يحق الرجوع لسيده؛ وإن أدى بعد عتقه فالرجوع للعبد على الأصح، كأنه أدى المال من ملكه، والخلاف راجع إلى أن العبرة بحال الضمان أو بحال الأداء.

(١) «التهذيب» ٤/١٨٧، «الشرح الكبير» ٥/١٤٨.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/١٤٨.

فرع:

لو ضمن العبد لسيدته مألًا عن أجنبي لم يصح، كما جزم به الرافعي؛ لأنه يؤدي من كسبه، وهو لسيدته^(١).

وحكى الماوردي عن ابن سريج: أنه يصح، ويطلب به بعد العتق، ثم قال: إن كان ابن سريج يقول في مبايعة السيد لعبدته كذلك جرى على القياس، وكان لقوله وجه وإلا تناقض وفسد مذهبه^(٢).

قال الروياني: يحتمل أن يجيزه كما في بيع العبد من نفسه، ويحتمل أن يفرق بينهما ما قضى البيع إلى العتق^(٣).

فرع:

لو ضمن لأجنبي عن سيده، فإن لم يأذن السيد فهو كما لو ضمن عن أجنبي، وإن أذن صح، ثم إن أدى قبل عتقه فلا رجوع، وبعده وجهان بناء على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي؟ ومقتضاه أن الأصح عدم الرجوع.

فرع:

لو ضمن السيد لعبدته دينًا على أجنبي فإن لم يكن على العبد دين من التجارة فالضمان باطل، وإلا فوجهان مخرجان من اختلاف قوله في أن غرماء العبد هل يستحقون حصرًا بديونهم؟ ذكره الماوردي^(٤).

فرع:

ضمان السيد عن عبده صحيح كالأجنبي.

(١) «الشرح الكبير» ١٤٨/٥.

(٢) «الحاوي» ٤٥٩/٦.

(٣) «بحر المذهب» ١٠٢/٨.

(٤) «الحاوي» ٤٥٩/٦.

قال: (وَالْأَصْحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ) لتفاوت الناس في الاستيفاء، والغرض يختلف به، فأشبه معرفة قدر الدين.

قال في «المطلب»: وينبغي التفطن لدقيقه. دل عليها كلام الماوردي^(١)، وهي أن المراد بالمعرفة إنما هي المعرفة بالعين لا بالنسب. والثاني: لا يشترط لظاهر الآية وحديث أبي قتادة السالف، فإنه ضمن من لم يعرفه، أو لأنه عليه السلام لم يسأله هل عرفه أم لا؟ فكان على عمومه. والوجهان مبينان على الوجهين في معرفة المضمون عنه، وأولى باشتراطه، وفي كلام الإمام وغيره ما يقتضي طريقة أخرى أن الترتيب بالعكس^(٢).

قال: (وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاؤُهُ) أي: ولا رضاه؛ لحديث أبي قتادة.

والثاني: يشترط رضاه دون قبوله باللفظ؛ لأنه لو اشترط لاعتبرت المواجهة فيه، وقد ضمن أبو قتادة دين الميت مع غيبة صاحبه. والثالث: يشترط قبوله في الحال كالرهن، قاله الشيخ أبو محمد. والوجهان في القبول / ٢٩٤ب/ يقربان من الوجهين في اشتراط الوكالة؛ لأن التوكيل إثبات سلطنة للوكيل، كما أن الضمان إثبات سلطنة للمضمون له. فإن شرطنا القبول اشترط أن يكون بينه وبين لفظ الضمان ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود، وللضامن الرجوع قبل القبول كسائر العقود، قاله الماوردي^(٣).

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٥/٧.

(١) «الحاوي» ٤٣٣/٦.

(٣) «الحاوي» ٤٣٥/٦.

وإن قلنا: لا يشترط قبوله ويشترط رضاه أكتفى بالرضا المتقدم على الضمان كالمقارن، فإن تأخر عنه قال الإمام: هو كالأجازة إن جوزنا وقف العقود^(١).

وقال الماوردي: إذا رضي بقول صريح، أو بما يدل عليه في المجلس صح، وإن تراخى الرضا حتى فارق المجلس لم يصح، وللضامن أن يرجع قبل رضا المضمون له. قال: ورضا الوكيل قائم مقام رضا الموكل إذا سمى الموكل ورفع في نسبه^(٢).

فرع:

وقع في فتاوى المتأخرين أن زيدًا عامل عمرًا بدين ضمنه، ثم أقر زيد أن المال الذي عامل فيه كان لمحمد، وتصرف فيه بطريق الوكالة، فأفتى الشيخ عز الدين وجماعة أن الضمان باطل؛ لأن معرفة المضمون له شرط على الصحيح. والضامن لم يعرف المضمون له، بل ضمن المال لزيد، وليس لزيد على عمرو شيء.

وأفتى ابن الصلاح بالصحة، وقال: معرفة وكيل المضمون له كمعرفته^(٣)، وقد عرف الوكيل، وضمانه الدين لزيد أعم من أن يكون زيد مالكا أو وكيلًا وجرى بينهما في ذلك محاورات. والتعليل المذكور في معرفة المضمون له يأبى أن يكون معرفة الوكيل كمعرفة الموكل.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا) لضمآن أبي قتادة

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٥/٧.

(٢) «الحاوي» ٤٣٥/٦.

(٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٥١١/٢.

الميت، ولأنه يجوز أداء دين الغير بغير إذنه فالتزامه أولى، وما قطع به المصنف تبع فيه الإمام، فإنه أدعى الاتفاق عليه^(١) ووقع ذلك في الشرحين و«الروضة» و«المحرر»^(٢)، وليس كذلك، فقد حكى القاضي حسين وجهاً أنه يشترط رضاه، ذكره في مسألة ما إذا ضمن ذمي لذمي مالا عن مسلم، وحديث أبي قتادة يرده حيث ضمن الميت، ومعلوم أنه لا يشترط^(٣) رضاه، وقد أفاده صاحب «المطلب» وأن الجوري قد قال به.

فرع:

لا يشترط حياته^(٤)، ولا يساره أيضاً. وخالف أبو حنيفة فقال: لا يصح ضمان الميت إلا إذا خَلَّفَ، أو كان به ضامن ووافقنا فيما إذا ضمن عنه في حياته ثم مات معسراً أنه لا يبطل الضمان^(٥). لنا حديث أبي قتادة السالف.

قال: (وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ) إذ ليس ثم معاملة، ولذلك لا يشترط رضاه. والثاني: يشترط، وصححه الغزالي ليعرف حاله^(٦)، وأنه هل يستحق أصطناع المعروف إليه، ويجوز بناء الخلاف على الخلاف في أن المال الذي يؤديه الضامن هل يدخل في ملك المضمون عنه ثم ينتقل إلى رب الدين، أو يدخل في ملك رب الدين أولاً؟ وهما

(١) أنظر: نهاية المطلب» ٥/٧.

(٢) «المحرر» (ص ١٨٩)، «الشرح الكبير» ٥/١٤٤، «الروضة» ٤/٢٤١.

(٣) ورد في هامش الأصل: (لعله: يتصور).

(٤) رمز فوقها في الأصل: (مالك وأبو حنيفة)، وانظر: «المدونة» ٤/١١٢، «مختصر

أختلاف العلماء» ٤/٢٦٠.

(٥) أنظر: «المبسوط» ٢٠/١٠٨. (٦) «الوسيط» ٣/٢٣٣.

الوجهان فيما إذا أدى دين غيره بغير إذنه من حيث إن تملك المجهول ممتنع.

فرع:

لا فرق / ٢٩٥ / بين أن يكون المضمون حرًا أو عبدًا، موسرًا أو معسرًا، كما اقتضاه إطلاق المصنف.

قال: (وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا) أي: حال العقد، فلا يصح ضمان ما يجب من بعد بيع أو قرض؛ لأن الضمان وثيقة بالحق، فلا يسبقه كالشهادة.

ومجموع الشروط التي ذكرها المصنف ثلاثة: أن يكون ثابتًا لازمًا معلومًا. وعبارة الغزالي: وشرطه أن يكون حقًا ثابتًا لازمًا معلومًا^(١)، والحق يشمل الأعيان والمنافع الثابتة في الذمة والدين والعين، فيصح ضمان المغصوب على الصحيح، ولما كان الرهن لا يصح على الأعيان صرح بالدينية هناك، ولم يذكرها هنا، وأهمل شرطًا آخر، وهو أن يكون قابلاً لأن يتبرع الإنسان به عن غيره، فيخرج به حق القصاص، وحد القذف، والأخذ بالشفعة.

قال: (وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ) لأنه قد تمس الحاجة إليه، وهذه الطريقة هي المشهورة، ومنهم من قطع بالبطلان، وفرع عليه وعلى الجديد الرافعي في «المحرر» وأهمله المصنف: نفقة الغد والشهر المستقبل للمرأة^(٢)، فإن قلنا: يجب بالعقد صح، أو بالتمكين فلا، وهو الأصح. قال الرافعي: فإن جوزنا نفقة الغد فلها شرطان:

(١) «الوسيط» ٢٣٦/٣، «الوجيز» ١/٣٥٤. (٢) «المحرر» (ص ١٨٩).

أحدهما: أن يقدر مدة، فإن أطلق لم يصح فيما بعد الغد، وفيه وجهان كما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم هل يصح في الشهر الأول؟ كذا قاله الرافعي^(١)، والمتولي حكى الخلاف في نفقة اليوم لفساد الصيغة.

الثاني: أن يكون المضمون نفقة المعسر، وإن كان المضمون عنه موسراً وفي «التتمة» وجه أنه يجوز ضمان الموسر والمتوسط؛ لأن الظاهر أ استمرار حاله، ورجحه ابن الرفعة في «مطلبه».

فرع:

لا يصح ضمان نفقة القريب للمدة الماضية؛ لعدم ثبوتها في الذمة، ولا للمستقبل، لأنها غير ثابتة، ولهذا يسقط بمضي الزمان، وفي نفقة اليوم وجهان؛ لأن سبيلها سبيل البر والصلة.

قال: (وَالْمَذْهَبُ^(٢) صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ) لأن الحاجة تدعو إلى معاملة الغريب، ولا توثق بملكه، ويخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق.

والثاني: لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وضمن مجهول، فإنه قد يخرج البعض مستحقاً. هذه الطريقة هي الصحيحة أن المسألة ذات قولين، والثانية القطع بالصحة.

قال: (بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ) أي: فلا يصح قبله؛ لأنه إنما يضمن ما دخل

(١) «الشرح الكبير» ١٥٠/٥.

(٢) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة ومالك وأحمد)، وانظر: «بدائع الصنائع» ٩/٦، «النوادر والزيادات» ٢٢٦-٢٢٧، «المغني» ٧٧/٧.

في ضمان البائع، ولا يؤخذ ذلك قبل القبض، وهذا هو الأصح، وقيل: لا يشترط ذلك؛ لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده. وادعى الإمام أنه المذهب^(١)، وصححه ابن أبي عصرون.

فرع:

ضمان الدرك جائز في الإجارة كما في الأعيان أم لا؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي في آخر الإجارة.

فائدة:

الدَّركُ: بفتح الدال والراء وإسكانها: التبعة. أي: المؤاخذة، ويقال: ضمان العهدة أيضًا.

قال الروياني: والعهدة: الصك / ٢٩٥ب/ المكتوب فيه الثمن، والفقهاء يستعملونه في الثمن، لأنه مكتوب في العهدة^(٢).

قال: (وَهُوَ) يعني ضمان الدرك (أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمْنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا) أي: فيقول: ضمنت لك عهدة هذا المبيع أو دركه، أو خلاصك منه، أو الثمن أو ثمن السلعة إن كانت مستحقة.

ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح، لأنه لا يقدر على خلاصه بعد ظهور استحقاقه، ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معًا لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولاً تفريق الصفقة. ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن.

قال: (أَوْ مَعِيًّا) أي: أو يضمه إن خرج المبيع معيبًا، ورده؛ لأن

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١١/٧. (٢) «بحر المذهب» ٨٢/٨.

الحاجة تمس إليه كالأستحقاق، وهذا هو الأصح. وقيل: لا يصح ضمانه؛ لندور الحاجة، وصححه الماوردي^(١).

قال الروياني: إنه المذهب، وأما المحاملي والرازي والعمراني فقالوا: لا خلاف في صحته^(٢).

فرع:

الخلاف جار أيضاً فيما إذا بان فساد البيع بغير الاستحقاق كفوات شرط من شروط البيع، أو اقتران مفسد به.

قال: (أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنَجَةِ) أي: بأن جاء المشتري بصنجة وزن بها فاتهمه البائع فيها فضمن ضامن نقصها إن نقصت، فإنه يصح لما سلف، وكذا يصح أيضاً ضمان رداة الثمن، كما إذا شك البائع في الثمن المؤدى من الضرب الذي يستحقه. وكان العقد على ثمن في الذمة. واعلم أنه يقع في بعض النسخ (كنقص) بالكاف ليعم نقصان القدر والصفة، وأكثرها باللام، كما ذكرته، وقد رأيت كذلك بخط مصنفه رحمه الله.

قال الرافعي: وصور الأئمة ضمان نقصان الصنجة، ورداءة الجنس في الثمن، وفرضهما صاحب «الوجيز» في المبيع، وهذا يمكن فرضه فيما إذا باع وشرط كونه من نوع كذا، فخرج من نوع أردأ منه، يثبت للمشتري الخيار والرجوع بالثمن، فإذا ضمنه ضامن رجع بالثمن عليه، وكذا نقصان الصنجة يمكن تصوير ضمانه في المبيع، بأن باعه بشرط أنه كذا، فبان دونه يبطل البيع على قول، ويثبت للمشتري الخيار على قول، فإذا ضمنه ضامن

(٢) «اللباب» (ص ٢٥٨)، «البيان» ٦/٣٣٨.

(١) «الحاوي» ٦/٤٥١.

رجع بالثمن عليه^(١).

فرع:

لو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنجة صدق البائع بيمينه، فإذا حلف طالب المشتري بالنقص، ولا يطالب الضامن على الأصح؛ لأن الأصل براءته.

فرع:

لو اختلف البائع والضامن في نقصها، فالمصدق الضامن على الأصح؛ لأن الأصل براءته بخلاف المشتري، فإن ذمته كانت مشغولة. قال: (وَكُونُهُ لَازِمًا) هذا هو الشرط الثاني في الدين، وهو كونه لازماً حالاً ومآلاً، والمراد باللازم: ما يلزم من هو عليه أداءه عند طلب مستحقه، ولا فرق في صحة ضمانه بين أن يكون مستقراً كأروش الجنائيات وقيم المتلفات إذا كانت دراهم أو دنانير وثمان المبيع /٢٩٦/ بعد قبضه ولزومه، والقرض والصداق بعد الدخول، و عوض الخلع أو غير مستقر كثمان المبيع قبل قبضه، والأجرة قبل أستيفاء المنفعة، والمهر قبل الدخول، والمسلم فيه للحاجة إلى التوثق؛ لأنه آيل إلى الاستقرار، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء والفسخ بعيب ونحوه.

وحكى الماوردي عن بعضهم أنه جعل ضمان الثمن، والأجرة على الخلاف الآتي في ضمان الثمن في زمن الخيار^(٢)، وقياسه طرده في

(١) «الشرح الكبير» ١٥٢/٥، وانظر: «الوجيز» ٣٥٤/١.

(٢) «الحاوي» ٤٤١/٦.

المسلم فيه أيضاً.

قال: (لَا كُنْجُومٌ كِتَابِيَّةٌ) لعدم لزومها، كما لا يصح الرهن لها، وهذا هو الصحيح، (وقيل)^(١): يصح، وهو مخرج من الخلاف في ضمان ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه. وقيل: من الخلاف الآتي في ضمان الخلع.
 فرع:

يصح ضمان ما على المكاتب من دين لغير سيده، وفي صحة ضمانه بدين لسيده وجهان بناهما بعضهم على أنه هل يسقط بعجزه؟ وفيه وجهان إن قلنا: نعم - وهو الأصح - لم يصح كضمان النجوم.
 قال: (وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ [فِي الْأَصْحَحِ])^(٢) لأنه آيل إلى اللزوم فألحق به. قال الإمام: ولم أجد للأصحاب غيره^(٣)، وهو غريب منه. فالخلاف مشهور في كتب العراقيين، و«تعليق القاضي»، وهو عهد به.

والثاني: لا يصح لعدم لزومه في الحال.

قال المتولي: والخلاف فيما إذا كان الخيار لهما أو للمشتري خاصة، فإن كان للبائع خاصة صح قطعاً؛ لأن الدين لازم في حق من هو عليه.
 قال الإمام: وتصحيحه مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الدين إلى البائع. فإن قلنا: يمنعه فهو ضمان ما لم يجب.
 قال: (وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ) وقد سبق في بابه، والأصح أنه لا يصح قبل الشروع في العمل، ولا بعد، وقبل تمامه، أما بعد تمامه فيصح

(١) رمز فوقها في الأصل: (أبو حنيفة). (٢) زيادة من «المنهاج».

(٣) أنظر: «نهاية المطلب» ١٠/٧.

قطعاً، والفرق بين الجعل والضمن في مدة الخيار أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بعمل بخلافه، والخلاف قبل الشروع في العمل حكاه الإمام^(١) وغيره، وإن نفاه القاضي.

فرع:

ضمان مال المسابقة إن جعلناه إجارة صح، وإلا فكالجعل.

تنبيه:

تلخص أن الدين لازم وغيره، وغير اللازم إما آيل إلى اللزوم كالضمن في مدة الخيار، أو غير آيل كنجوم الكتابة. والآيل إما أن يكون أصله اللزوم، والجواز عارض كما مثلناه، أو أصله الجواز كالجعل في الجعالة.

قال: (وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ) هذا هو الشرط الثالث في الدين، فإذا قال: ضمنت لك ما على فلان، وهو لا يعرفه، فالجديد أنه لا يصح؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد لازم، فلم تصح مع الجهالة كالضمن. والقديم صحته؛ لأن (معرفته)^(٢) متيسرة، أما إذا قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان فباطل قطعاً، فمحل الخلاف أن تتأتى الإحاطة به، صرح به الرافعي^(٣) وأفهمه كلام ٢٩٦/ب/ «المحرر»^(٤).

قال: (وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ) لأن البراءة متوقفة على الرضا، ولا تعقل مع الجهالة، وجائز في القديم؛ لأنه أولى من

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١١/٧.

(٢) في الأصل: (معرفة) وما أثبتناه هو الموافق للسياق.

(٣) «الشرح الكبير» ١٥٦/٥. (٤) «المحرر» (ص ١٩٠).

الضمان، فإن الضمان التزم، والإبراء إسقاط، وللخلاف فيه مأخذان: أحدهما: صحة أشرط البراءة من العيوب في البيع، فإن العيوب مجهولة المقادير والأنواع.

والثاني: أن الإبراء إسقاط محض كالإعتاق، أو تملك للمديون ما في ذمته. فإذا ملكه سقط؛ لأن الإنسان لا يثبت له على نفسه دين، وفيه خلاف يدل على الثاني كما قال المتولي، أنه لو قال: ملكتك ما في ذمتك صح وبرئ من غير نية كقوله لزوجته: ملكتك نفسك، ولعبده ملكتك رقتك، فإن قلنا: إسقاط صح الإبراء عن المجهول، أو تملك لم يصح، وهو ظاهر المذهب.

ويخرج على هذا الأصل مسائل:

الأولى: لو وكل بالإبراء، والموكل يعرف قدر الدين دون الوكيل صح على قول التملك دون الإسقاط. ولو قال: وكلتك في أن تبرئ فلاناً عني، ولم يقل من كذا لم يصح. وحكى الروياني وجهاً أنه يصح^(١). الثانية: لو كان له دين على اثنين، فقال: أبرأت أحكما صح على قول الإسقاط دون التملك، وطولب بالبيان.

الثالثة: لو كان لمورثه دين على إنسان فأبرأه الوارث، وهو لا يعلم موت المورث صح على قول الإسقاط، ويخرج على قول التملك على القولين فيما لو باع مال مورثه ظاناً حياته فبان موته.

الرابعة: إن جعلناه إسقاطاً لا يحتاج إلى القبول، وإن جعلناه تملكاً

(١) «بحر المذهب» ٩٨/٨.

لم يحتج إليه خلافاً لابن سريج. وفي الهبة من «المطلب»: عن ابن أبي الدم أشرطه، فإن أعتبرنا القبول أرتد بالرد، وإلا فلا على الأصح في «الروضة»^(١).

فرع:

إذا قلنا: إن الإبراء لا يصح، فهل يصح في القدر المتيقن أم لا؟ مقتضى ما في هذا الباب من «الشرح» و«الروضة» المنع، ومقتضى كلامه في القصاص الصحة^(٢).

فروع:

الأول: قال المغتاب لمن أغتابه: أعتبتك فاجعلني في حل، ففعل وهو لا يدري ما أغتابه فوجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه محض إسقاط، فيصح كما لو عرف أنه جنى على عضو من عبده، ولم يعرف عينه فعفى القصاص. وأظهرهما في «الأذكار» للمصنف: عدم الصحة^(٣)؛ لأن المقصود رضاه ولا يمكن الرضا بالمجهول، ويخالف القصاص، فإنه مبني على التغليب، والسراية بخلاف إسقاط المظالم.

الثاني: هل قوله: أنت في حل من كذا. صريح في الإبراء، أو كناية؟ فيه وجهان عن «روضة الحكام» لأبي نصر سريج - ابن أخت الروياني - وجه كونه كناية أنه قد يجعله في حل من تأخر العطاء.

قال الروياني: ولفظ الترك صريح في الإبراء، سواء قال بالعربية أو/

(١) «الروضة» ٤/٢٥١.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/١٥٨، «الروضة» ٤/٢٥١. (٣) «الأذكار» (ص ٥٤٩).

٢٩٧أ / بالفارسية.

الثالث: قال الإمام: يجوز تعليق الإبراء على القديم، ولا يجوز على الجديد، إلا إذا شرطنا القبول، وفيه احتمال^(١)، وحكاة الروياني^(٢) في باب الصلح وجهًا وضعفه.

الرابع: لو أبرأه عن ألف درهم ثم قال: لم أعلم أن لي عليك حينئذ شيئًا لم يقبل ظاهرًا، وفي الباطن وجهان.

قال الإصطخري: لا يقبل؛ لأنه ورد على محل حقه. وقال غيره: يقبل؛ لأن الذي جرى ليس إبراءً حقيقة في زعمه. والخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت.

الخامس: قد تقدم أن الأظهر أن الإبراء تمليك، وهو ما صححه الرافعي هنا، ومقتضى ما ذكره في الوكالة ترجيح أنه إسقاط^(٣).

وقال المصنف في باب الرجعة من «الروضة»: المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين^(٤).

قال: (إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ) أي: فإنه يصح الإبراء منها على القولين، وإن كانت مجهولة الصفة واللون؛ لأننا أثبتناها في ذمة الجاني مع اعتبار هذه الجهالة هكذا هنا، وأيضًا فلو كانت هذه الجهالة مانعة منها لم يصح الإبراء عنها بالكلية، بخلاف ما عداها؛ لإمكان البحث عنه ومعرفته.

قال: (وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ) قياسًا على الإبراء؛ ولأنها معلومة

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١٣/٧.

(٢) «البحر» ٤٠٣/٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٢١٤/٥.

(٤) «الروضة» ٢٢٣/٨.

السن والعدد، والمرجع في صفتها ولونها إلى غالب إبل البلد.
والثاني: لا يصح؛ لجهالة وصفها، ولونها، ولأن الإبراء مطلوب
مأمور به، فوسعنا فيه بخلاف الضمان، وبنى الخلاف بعضهم على
القولين في جواز الصلح عنها على مال، ومنهم من حكى الخلاف في
المسألة قولين، وقطع بالأول جمهور المراوزة، وزعم الغزالي أنه لا
خلاف فيه عندهم^(١)، ويرد عليه أن القاضي حسين حكى الخلاف فيه.

فرع:

إذا دفع الحيوان، وكان الضمان يقتضي الرجوع، فهل يرجع بالمثل،
أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف المذكور في
أقتراض الحيوان^(٢).

فرع:

لا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة؛ لعدم ثبوتها.



قال: (وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةِ
فَالْأَصْحَحُّ صِحَّتُهُ) لانتفاء الغرر بذكر الغاية، وفي البويطي ما يدل لهذا
الوجه.

والثاني: لا يصح لجهالة المقدار؛ فإنه متردد ما بين الدرهم
والعشرة، وهذا الوجه أقيس عند الغزالي^(٣)، وأصح عند البغوي
والرويانى، وحكاه عن العراقيين^(٤).

(١) «الوسيط» ٢٣٨/٣. (٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٤/٧.

(٣) «الوسيط» ٢٣٨/٣. (٤) «بحر المذهب» ٩٨/٨، «التهذيب» ١٧٩/٤.

واعلم أن المصنف تبع «المحرر» في حكايته الخلاف وجهين^(١)، وقال الرافعي في «الشرح الكبير»: فيه قولان على ما رواه الغزالي والصيدلاني، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون^(٢).

ورجح في «الروضة» ما في الكتاب، فقال: وجهان، وقيل: قولان^(٣)، لكن /٢٩٧ب/ عبارة الرافعي في «الشرح الصغير» تؤذن بترجيح حكاية القولين، حيث قال: فيه قولان، ويقال: وجهان، وأما في «التذنيب» فإنه رجع ما في الكتاب حيث قال: قوله على أشهر القولين هما وجهان.

قال: (وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشْرَةِ) أي: إن كانت عليه أو كان عليه أكثر منها إدخالاً للطرفين في الالتزام.

قال: (قُلْتُ: الْأَصْحَحُّ لِتِسْعَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ) إدخالاً للطرف الأول؛ لأنه مبدأ الالتزام، وهذا ما صححه المصنف أيضًا في نظيره من الإقرار كما سيأتي. وأحاله الرافعي على الإقرار^(٤)، وقضيته ترجيح هذا الوجه، كما رجع في «المحرر»^(٥) هناك، لكنه نقل في «الشرح» عن البغوي أن الأصح الأول^(٦)، وأقره، فمقتضاه موافقة «المحرر».

وقد فهم ذلك المصنف في «الروضة» أيضًا، فذكر عنه أنه صحح لزوم عشرة، ثم أعترض عليه^(٧) كما في الكتاب.

(٢) «الشرح الكبير» ١٥٨/٥.

(٤) «الشرح الكبير» ٣١٤/٥.

(٦) «الشرح الكبير» ١٥٨/٥.

(١) «المحرر» (ص ١٩٠).

(٣) «الروضة» ٢٥٢/٤.

(٥) «المحرر» (ص ١٩٠).

(٧) «الروضة» ٢٥٢/٤.

وفي المسألة وجه ثالث أنه يكون ضامناً لثمانية؟ إخراجاً للطرفين.

فرع:

لو قال: أبرأتك من درهم إلى عشرة، ففيه الوجهان الأولان في الكتاب، فإن قلنا بالصحة فكانت له عليه مائة أو أكثر فيتخرج على الأوجه الثلاثة.

فرع:

لو قال: ضمنت ما بين درهم إلى عشرة، فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح ويكون ضامناً ثمانية، وإن لم يعرف ذلك ففي صحته في الثمانية الخلاف السالف.

فرع:

يصح ضمان الزكاة عن من هي [عليه]^(١) على الصحيح، وقيل: لا؛ لأنها حق لله ككفالة بدن للشاهد؛ لأداء الشهادة، فعلى الصحيح يعتبر الإذن عند الأداء على الأصح.

(فَصْلٌ)

(الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ)، لأن للناس حاجة إليها كما في كفالة

المال، وبه قال باقي الأئمة.

والثاني: لا يصح لأنها كفالة بعين، فلم تصح كالكفالة ببدن الشاهد والزوجة، ولأنه ضمان ما لم يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه.

وصححه الجرجاني في «التحريير»، وكلام القاضي في كتاب

«الأسرار»، يقتضي ترجيحه، وأن القفال صححه واستدل له بقوله

(١) زيادة يقتضيها السياق.

تعالى: ﴿قَالَ مَكَادُ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعَيْنًا عِنْدَهُ﴾ [يوسف: ٧٩]؛ لأنهم قالوا: فخذ أحدنا مكانه، أي: كفيلاً عنه بيده وأمسك الكفيل. فقال ذلك في جوابهم، وهذه الطريقة هي المشهورة، كما قال الرافعي^(١).
والطريق الثاني: القطع بالصحة، ونقل المزني عن الشافعي أنه قال:
كفالة البدن ضعيفة^(٢)، فحمل على ضعفها من جهة القياس.

فائدة:

هذه الكفالة تسمى أيضاً كفالة الوجه. وتساهل الغزالي في جعله هذا ركناً في الضمان، حيث قال: الركن الخامس: الكفالة بالبدن^(٣)، وإنما هذا نوع من الضمان؛ إذ المضمون ينقسم إلى حق ثابت في الذمة وإلى غيره.

قال: (فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ) لأن الكفالة بالبدن لا بالمال فهذا /٢٩٨/ هو الأصح، وقيل: يشترط بناء على أنه لو مات غرم الكفيل المال.

قال: (وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ) أي: المال المطالب به (مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ) أي: فلو تكفل بدن المكاتب للنجوم التي عليه لم يصح؛ لأنه لو ضمنها لم يصح.

قال: (وَالْمَذْهَبُ صِحَّتْهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِأَدْمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ) لأنه لأدمي كالدين.

(٢) «مختصر المزني» ٢/٢٢٩.

(١) «الشرح الكبير» ٥/١٥٩.

(٣) «الوسيط» ٣/٢٣٩.

والثاني: لا، وادعى الروياني أنه المذهب^(١)؛ لأن العقوبات مبنية على الدرء، وهذه الطريقة هي الصحيحة، أي: حكاية قولين.

والثانية: القطع بالصحة، والثالث: القطع بالمنع، والخلاف مبني على أنه إذا مات هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين؟ إن قلنا: نعم؛ لم يصح، وإلا صحت.

قال: (وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى) أي: كحد الخمر، والزنا، والسرقه؛ لأن بناءها على الإسقاط، وتوجيه الصحة القياس على حقوق الآدميين، والأشهر هنا طريقة القطع بالمنع. وادعى أبو الطيب الإجماع عليها.

والثانية: طرد القولين والخلاف شبيه بالخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي.

فائدة:

ضبط الإمام والغزالي من تصح كفالته بأنه كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم عند استدعاء المدعي^(٢).

ويقرب منه قول الماوردي: شرطه أن يكون عليه حق يستحق المطالبة به^(٣)، سواء كان ثابتاً في الظاهر أم لا؟

وقال البندنجي: شرطه أن يكون عليه حق يصح ضمانه. أنتهى.

فتصح الكفالة ببدن من وجب عليه حق بإقرار وبينه وبدن من لم يثبت

(١) «بحر المذهب» ١٠٦/٨.

(٢) «الوسيط» ٢٣٩/٣، وانظر: «نهاية المطلب» ١٧/٧.

(٣) «الحاوي» ٤٦٤/٦.

عليه الحق، فلم ينكر، وكذا ببدن من أنكر على الصحيح.

قال: (وَتَصِحُّ بِيَدِنِ صَبِيِّ وَمَجْنُونٍ) لأنه قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتها في الإتلافات وغيرها، ثم إن تكفل بإذن وليها، فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة، وإن تكفل بغير إذن الولي، فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه ولا اعتبار بإذنه، وأغرب الماوردي فقال: لا يصح ضمانهما^(١)، وإن أذن الولي على المذهب، وإنما يصح على قول ابن سريج: لا يعتبر إذن المكفول عنه.

قال: (وَمَحْبُوسٍ وَعَائِبٍ) أي: وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، كما يصح أن يضمن المعسر المال وقال أبو حنيفة: لا يجوز^(٢)؛ لتعذر المقصود في الحال.

فرع:

يصح أيضًا ببدن المريض.



قال: (وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ) لأنه قد يحتاج إلى إحضاره لتقام الشهادة على عينه إذا تحملوها كذلك، ولم يعرفوا أسمه، وإذا شرطنا في كفالة الحر إذنه، قال في «المطلب»: فيظهر هنا اشتراط إذن الوارث.

فرع:

لو تكفل ببدن حي فمات لم تنقطع الكفالة على الصحيح كما سيأتي.

(١) «الحاوي» ٦/٤٦٤. (٢) أنظر: «المبسوط» ٩/٢٠.

فرع:

تصح الكفالة بيدن الزوجة للزوج، سواء ثبتت الزوجية أم لا. وقال المتولي الظاهر أن هذه /٢٩٨ب/ ككفالة بدن من عليه قصاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة، وجزم القاضي وابن الصباغ بالمنع.

فرع:

قال ابن سريج: يصح ضمان العبد الآبق لسيده، ويلزمه السعي في رده.

وأشار الرافعي إلى أنه يجيء ما ذكره المتولي في الزوجة^(١).

فرع:

يشترط تعيين المكفول ببدنه، فلو قال: تكفلت ببدن هذين لم يصح، كما لو ضمن أحد الدينين.

قال: (ثُمَّ إِذَا عَيَّنَّ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإِلَّا) أي: وإن أطلق (فَمَكَانَهَا) أي: مكان الكفالة؛ لأن العرف قاض بذلك.

وقال المتولي: كما لو أطلق السلم، أي: إذا كان مؤجلاً لا حالاً كما قدمته في بابه، والإمام جزم بأنه لا يتخرج على الخلاف^(٢).

فرع:

إذا أتى الكفيل بالمكفول به في غير الموضع المستحق، جاز قبوله وله أن يمتنع إن كان له فيه غرض، وإلا فلا على الظاهر.

قال: (وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ) أي: سواء طلبه

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٨/٧.

(١) «الشرح الكبير» ١٦١/٥.

المستحق أم لا.

قال: (بِلاَ حَائِلٍ كَمْتَعَلِبٍ) أي: ويد سلطان، وحبس بغير حق؛ لأن حقيقة التمكين لم توجد، وهذا بخلاف ما إذا حضر المدين الدين الحال في حالة نهبة أو إغارة، فإن صاحب الدين يجبر على قبوله أو الإبراء منه في رأي؛ لأن الواجب القبض، وهو ممكن في هذه الحالة منه. وحبس الحاكم بالحق لا يمنع صحة التسليم؛ لإمكان إحضاره، ومطالبته بالحق.

قال: (وَبَأَنَّ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ وَيَقُولَ: سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ) كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين.

قال: (وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ) أي: حتى يقول: سلمت نفسي عن جهة الكفيل؛ لأنه لم يسلمه إليه، ولا أحد من جهته، حتى قال القاضي حسين: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم، وادعى عليه بتلك الخصومة لم يبرأ الكفيل^(١).

فرع:

يبرأ الكفيل أيضاً بإبراء المكفول له. قال الروياني: وكذا لو قال: قد رددته إلي^(٢)، ولو قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به، أو عليه فوجهان:

أحدهما: أنه يبرأ؛ لأنه نكرة في سياق النفي فيعم.

والثاني: يراجع فإن قال: أردت نفي الدين من ذمته برئ، وإن قال: أردت نفي الوديعة والشركة والعارية قبل قوله وإن كذبا.

(٢) «بحر المذهب» ٨/ ١١٤.

(١) أنظر: «التهذيب» ٤/ ١٨٨.

قال الشيخ أبو حامد: ولو كان له عليه دين، فقال: لا حق لي قبله، فهو على هذين الوجهين.

فرع:

لو سلمه إليه أجنبي لا عن الكفيل لم يبرأ، أو عنه فإن كان بإذنه برئ، أو دونه لم يلزم القبول، لكن لو قبل برئ الكفيل.

فرع:

لو تكفل برجل لرجلين فسلمه لأحدهما: لم يبرأ عن حق الآخر، ولو تكفل رجلان لرجل فسلم أحدهما؛ قال البغوي: إن تكفلا على الترتيب وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي، أو لم يقل، وإن كفلا معاً فوجهان^(١)، والأكثر على أن صاحبه لا يبرأ أيضاً، كما لو كان بالدين رهنان، فانفك أحدهما لا ينفك الآخر، ويخالف/٢٩٩/ قضاء الدين، فإنه يبرأ الأصيل، وإذا برئ برئ كل ضامن. قال: (فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهَلَ مَكَانَهُ) لعدم إمكانه، وفي «المطلب» عن الجوري وجه أنه يحبس.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن عرف مكانه والطريق آمن ولم يذهب إلى قوم يمنعون (فَيَلْزَمُهُ) للإمكان والمؤنة في إحضاره عليه، كما قال القاضي حسين وغيره.

قال: (وَيَمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابِ وَإِيَابِ) لأنه الممكن، قال صاحب «البيان»: فإن أرتد ولحق بدار الحرب، أو حبس بحق لزم الكفيل إحضاره، بأن يخرج

(١) «التهذيب» ٤/١٩١.

إلى دار الحرب لطلبه، ويقضي على المحبوس من الدين^(١)، ويحكى هذا عن المزني.

قال بعض المتأخرين: والظاهر أن المراد ما إذا كان محبوساً في غير البلد الذي يلزمه تسليمه فيها. قال بعض الأصحاب: ويبعث معه عبد يوجهه لإحضاره من يمنعه من الهرب.

قال: (فإن مَصَّتْ) أي: مدة الذهاب والإياب، وكذا الإقامة التي لا تؤثر للاستراحة ونحوها فيما يظهر.

(وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبْسَ) لتقصيره فيما وجب عليه، ويسعى في إحضاره بالتوكيل ويدام حبسه، إلى أن يتعذر إحضاره بموت أو صيرورته بمكان لا يمكن إحضاره منه، أو للجهل بموضعه.

وعن القاضي حسين أنه يحبس في الحال، إذا كانت الكفالة حالة بخلاف ما إذا كانت مؤجلة فسافر فيه، فإنه يمهل حتى يتوجه؛ لأنه لم يجب حين سفره ويجب على المكفول أن يحضر معه إذا دعاه.

قال: (وَقِيلَ: إِنَّ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ) إلحاقاً لها بالغيبة المنقطعة، والأصح: الأول، وهو اللزوم، كما لو كان المديون غائباً إلى هذه المسافة يؤمر بإحضاره.

فرع:

لو كان غائباً حال الكفالة فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعدها. قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ) لأنه لم يلتزمه، كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع، فإنه لا يطالب برد رأس المال.

(١) «البيان» ٦/٣٥١.

والثاني: يلزمه؛ لأنه وثيقة كالرهن، وعلى هذا هل يطالب بالدين أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به؟ فيه وجهان بناء على القولين في أن السيد يفدي الجاني بالأرش أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد؟ قال في «الروضة»: والمختار المطالبة بالدين، فإن الدية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد^(١).

وظاهر كلام البغوي يقتضي تخصيص الخلاف في وجوب المال بما إذا كفله بعد ثبوت الحق، وجزم فيما قبله بأنه لا شيء على الكفيل^(٢)، وظاهر كلام غيره تعميم الحكم مهما ثبت المال؛ فإن لم يثبت فلا شيء قطعاً. وظاهر تعليلهم وكلامهم تخصيصه أيضاً، بما إذا كانت الكفالة بسبب مال، فإن كانت بزوجية، أو بما تجب عليه من حد أو قصاص وصححناه فلا مال قطعاً، وإلى ذلك يرشد ٢٩٩/ب/ قوله: (بالمال) وقال صاحب «المطلب» في الزوجة: إنه لا خلاف في عدم الغرم فيها. قال في «النهاية»: والمذهب الظاهر أنه لا شيء أيضاً عمن تكفل ببدين عبد فمات^(٣).



فرع:

لو هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم، أو توارى، ففي مطالبة الكفيل بالمال خلاف مرتب على الموت، وأولى بأن لا يطالب إذ لم يأس من إحضاره.

قال: (وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ) أي:

(٢) «التهذيب» ١٨٩/٥.

(١) «الروضة» ٢٥٨/٤.

(٣) أنظر: «نهاية المطلب» ١٨/٧.

كقوله: كفلت بدنه بشرط الغرم، ونحوه (بَطَلَتْ)؛ لأنه شرط ما ينافيها، وهذا بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق.

والثاني: تصح بناء على مقابله.

والثالث: تصح الكفالة بالبدن ويبطل شرط المال.

فإن قال: كفلت بدنه، فإن مات فعلي المال صحت الكفالة، ويبطل التزام المال، قاله الماوردي^(١).

وعبارة الرافعي وغيره: إن قلنا: يغرم عند الإطلاق صح، وإلا فالكفالة باطلة^(٢).

وقال القاضي: لم يصح ضمان المال، وفي كفالة البدن قولان.

قال: (وَأَنَّهَا) يعني: الكفالة (لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ)، لأنه لا يلزمه الحضور معه.

والثاني: تصح بناء على أنه يغرم عند العجز، وقيده القاضي والبخوي، بما إذا كان بعد ثبوت الحق، قالوا: وأما ما قبله فلا تصح بغير رضاه قطعاً^(٣).

وقال صاحب «التقريب»: ينبغي أن تصح الكفالة ببدنه، وإن قلنا: لا يغرم عند العجز.

واعلم أن عطف المصنف هذه المسألة على الأصح يقتضي قوة الخلاف فيها، وهو خلاف ما في «الروضة» فإنه عبر فيها بالصحيح^(٤).

(١) «الحاوي» ٤٦٦/٦-٤٦٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٦٥/٥.

(٣) «التهذيب» ١٨٩/٤.

(٤) «الروضة» ٢٥٩/٤.

فرع:

لا يشترط رضا المكفول له على الصحيح كما في ضمان المال.

فرع:

إذا مات المكفول به، ففي أنقطاع طلب الإحضار عن الكفيل وجهان: أحدهما: لا، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول إقامة البيعة على صورته، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت.

فرع:

لو مات المكفول له، فالأصح أنها لا تبطل، ويقوم وارثه مقامه، كما لو ضمن المال.

والثاني: البطلان لضعفها.

والثالث: إن كان عليه دين أو له وصي ثبت وإلا فلا؛ لأن الوصي

نائبه، والدين لا بد منه.

فرع:

لو مات الكفيل قال الماوردي: بطلت على مذهب الشافعي والأصحاب، ولا شيء في تركته. قال: ويجيء فيه وجه أنها لا تبطل؛ لأنها قد تفضي إلى مال متعلق بالتركة^(١).

فرع:

يتخرج على الخلاف السالف أيضًا وهو أن الكفيل هل يغرم عند العجز ما لو قال: ضمننت بدنه إلى آخر الشهر؟ فإذا مضى، فلا طلبه عليّ، والصحيح: أنه لا يصح كضمان المال كذلك. وقيل: يصح. وحكى

(١) «الحاوي» ٤٦٦/٦.

الإمام عن الأصحاب القطع به^(١)، وقال القاضي: إنه المذهب؛ تفريراً على أن العجز عن الإحضار لا يقتضي مآلاً، ولأن أنقضاء الشهر كالموت، والفرق أن المقصود من الكفالة إقامة البينة على /٣٠٠/ الوجه بخلاف المال، فإن المقصود من ضمانه الاستيفاء.

فرع:

لو تكفل ببدن الكفيل كفيل ثم كفيل ثم كذلك من غير حصر جاز؛ لأنه تكفل بمن عليه حق لازم وقياساً على ضمان المال ثم مهما برئ الكفيل الأول برئ من بعده، ولو أبرأ الأخير لم يبرأ من قبله، ولو أبرأ من بينهما برئ من بعده دون من قبله.



(فَصْلٌ)

(يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالِاتِّزَامِ) لأنه لالتزام حق فلا يصح بدون لفظ يدل عليه كغيره من العقود، وقوله: (لفظ) مخرج للخط، وإشارة الأخرس، وهو منعقد بهما.

وقوله: (يشعر) أحسن من عبارته في «الروضة»: صيغة دالة على الالتزام^(٢)؛ لأن الكتابة لا تدل، نعم تشعر، والظاهر أنه يصح الضمان بهما إما قطعاً وإما على الأصح كالبيع.

قال: (كَضِمْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ) هي أم الباب، وزاد في «المحرر» لفظ: لك بعد ضمنت^(٣).

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١٩/٧.

(٢) «الروضة» ٢٦٠/٤. (٣) «المحرر» (ص ١٩١).

قال: (أَوْ تَحَمَّلْتَهُ) لاشتهارها في الحدث وغيره.

قال: (أَوْ تَقَلَّدْتَهُ) لأنها في معناها.

قال: (أَوْ تَكَفَّلْت بِيَدْنِهِ) لاشتهارها في لفظ الصحابة وغيرهم، وكذا

تكفلت بوجهه، ولهذا يسمى كفالة البدن وكفالة الوجه.

قال: (أَوْ أَنَا بِالْمَالِ أَوْ بِأَخْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَوْ كَفِيلٌ) لما سلف.

قال: (أَوْ زَعِيمٌ) لثبوتها في الكتاب والسنة.

قال: (أَوْ حَمِيلٌ) من الحمالة، وكذا (قبيل) على الأصح، وقيل: إنها

كناية. قال الرافعي: يطرد في الحميل، وما ليس بمشهور في العقد^(١).

فرع:

مثل ما ذكره المصنف التزمت ما لك على فلان وأنا به صبير، وفي

قوله: دين فلان عليّ، وجهان. قال في «الروضة»: أقواهما: أنه ليس

بصريح، ولو قال: خل عن فلان والدين الذي عليه عندي، فليس بصريح^(٢).

قال: (وَلَوْ قَالَ: أُوَدِّي الْمَالَ أَوْ أَحْضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ) أي:

وليس التزامًا؛ لأن الصيغة لا تشعر به.

قال ابن الرفعة في «المطلب»: هذا إذا خلا عن القرينة، فإن أحتف

بقرينه تصرف على الإنشاء فينبغي أن يصح. قال: لكنني لم أر ذلك

للأصحاب.

فرع:

لو تكفل فأبرأه المستحق ثم وجده ملازمًا للخصم، فقال: خله، وأنا

على ما كتب عليه من الكفالة صار كفيلاً.

(٢) «الروضة» ٤/٢٦٠.

(١) «الشرح الكبير» ٥/١٦٧.

فرع:

إشارة الأخرس المفهمة تقوم مقام نطقه على الصحيح، كما جزم به المصنف في البيع والطلاق، وفي حصولها منه بالكتابة بمجرد الخلف في نظيره، وهذا الفرع قد قدمت أنه وارد على المصنف.

فرع:

لو تكفل بنفس رجل أو جسمه أو روحه صح، وإن تكفل بعضو منه فأوجه:

أحدهما: أنه باطل كالبيع والإجارة بخلاف الطلاق والعتق؛ لأن لهما قوة وسراية، وبهذا قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، واختاره ابن الصباغ^(١).

والثاني: يصح؛ لأنه عضو متصل به، وفي تسليمه تسليم الباقي.
والثالث: إن كان عضوًا لا يبقى البدن دونه كالرأس، والقلب، والكبد، والدماغ صح، وإن / ٣٠٠ب/ بقي دونه كاليد والرجل، فلا، وصححه البغوي^(٢).

والرابع: ما عبر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة يصح، وما لا كاليد والرجل فلا. قال القفال: وهذا أصح.

قال الرافعي: وفي قوله: أنه لا يعبر باليد عن الجملة نزاع مشهور؛ فإنه إذا أضاف الطلاق إليها كان الطلاق بطريق التعبير باليد عن الجملة في أحد الوجهين، وللوجه حكم سائر الأعضاء، قاله الجمهور^(٣).

(١) أنظر: «البيان» ٦/ ٣٥٠، «الشرح الكبير» ٥/ ١٧٠، «الروضة» ٤/ ٢٦٢.

(٢) «التهديب» ٤/ ١٩٢. (٣) «الشرح الكبير» ٥/ ١٧٠.

وقال الإمام: يصح قطعاً؛ لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه^(١).
وأما الجزء الشائع كالنصف والثلث فكالجزء الذي لا يبقى البدن
بدونه، فيكون فيه وجهان.

وقطع الماوردي بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه أو وجهه أو عينه أو
قلبه وفؤاده، وغيرها مما لا يحيى دونه، أو جزء شائع^(٢).
قال: (وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُمَا) يعني: كفالة المال، وكفالة
البدن (بِشَرْطٍ) كما لا يصح توقيتهما بأن يقول: أنا ضامن إلى شهر،
فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء، ولأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق،
كالبيع ونحوه.

وقال ابن سريج: إذا جاز على القديم ضمان المجهول، وما لم يجب
جاز في التعليق^(٣).

قال الإمام: ويجيء في تعليق الإبراء القولان؛ لأنه إسقاط^(٤)،
والخلاف في كفالة البدن مرتب على الخلاف في كفالة المال، فإن
جوزنا تعليق المال فهنا أولى، وإلا فوجهان كالخلاف في تعليق
الوكالة، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة.

فرع:

لو علقها بحصاد الزرع فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع؛ لانضمام
الجهالة، وإن علقها بقدوم زيد فأولى بالمنع؛ للجعل بأصل حصول

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٢١/٧. (٢) «الحاوي» ٦/٤٦٤-٤٦٥.

(٣) أنظر: «الشرح الكبير» ١٦٨/٥، «الروضة» ٤/٢٦٠.

(٤) أنظر: «نهاية المطلب» ١٣/٧.

القدوم، فإن جوزنا فوجد الشرط المعلق عليه صار كفيلاً، وإلى هذا الفرع أشار المصنف بقوله فيما سيأتي (شهرًا)^(١).

قال: (وَلَا تَوْقِيْتُ الْكَفَالَةَ) أي: بأن يقول: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى برئت كضمان الحال.

والثاني: يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال، فإن المقصود منه الأداء، ومن الأصحاب من حكى الخلاف قولين، وهو البغوي^(٢).

وفي «الحاوي» قول غريب: أن الشرط يبطل، ويصح الضمان^(٣)، فإن قلنا: بالصحة، فإذا مضت المدة برئ الكفيل، وإن لم يسلمه.

وبنى القاضي حسين في «فتاويه» المسألة على أن الكفيل هل يطالب بمال عند تعذر الإحضار؟ إن قلنا: يطالب لم يصح، وإن قلنا: لا، صحت، وهذا يقتضي تصحيح الصحة^(٤). وهو مقتضى كلام الروياني^(٥).

قال: (وَلَوْ نَجَزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا) أي: كقوله: ضمنت إحضاره بعد شهر (جَازَ) للحاجة كمثله في الوكالة ١٣٠١/ ولأنه التزام لعمل في الذمة، فجاز مؤجلاً قياساً على العمل في الإجارة.

وتوقف فيه الإمام^(٦)، وجعله الغزالي وجهًا^(٧)، وكذا الرافعي في «الشرح الصغير»، ووجه التوقف أن المعتمد في الباب الحضور، وهو

(١) في الأصل: بشرًا والمثبت هو الصواب.

(٢) «التهذيب» ١٩٠/٤. (٣) «الحاوي» ٤٥٦/٦.

(٤) «الفتاوى» (ص ٢١٨) (م ٢٨٢). (٥) «بحر المذهب» ٩٩/٨.

(٦) أنظر: «نهاية المطلب» ١٩/٧. (٧) «الوسيط» ١٦٤/٢.

حق للمدعي على المكفول به، فكان شرط التأخير فيه كشرط التأجيل في ضمان الدين الحال، فيكون فيه الخلاف الآتي^(١).

فرع:

إذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه، فامتنع المكفول له من قبوله. قال ابن سريج: إن كان للمكفول له غرض بأن لم يكن اليوم يوم مجلس الحاكم، وكانت بينته غائبة لم يبرأ، وإن لم يكن له غرض ففي براءة الكفيل وإجبار المكفول له على القبول الوجهان في الإجماع على قبض الدين قبل حلوله.

فرع:

لو شرط لإحضاره أجلاً مجهولاً كالحصاد، ففي صحة الكفالة وجهان: أصحهما المنع.

فائدة:

لو ضمن مالا أو تكفل بدن شخص بشرط الخيار لنفسه لم يصح، لأنه ينافي مقصود الضمان، ولا حاجة إليه، فإن الضامن على يقين من الغرر ولو شرطه للمضمون له لم يضر؛ لأن الخيار في المطالبة والإبراء إليه أبداً.

قال: (وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا) للحاجة.

والثاني: لا؛ للاختلاف، ويقع في بعض نسخ «المحرر» تصحيحه^(٢)

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ١٦٨/٥.

(٢) «المحرر» (ص ١٩١)، وقال النووي في «دقائق المنهاج» (ص ٦٢): الأصح صحة ضمان الحال مؤجلاً. كذا في بعض نسخ «المحرر» وفي بعضها: الأصح لا يصح، والصواب الأول. أهـ.

فعلى الأول المذهب ثبوت الأجر، ولا يطالب به إلا كما التزم، وبهذا قطع الجمهور وشذ الإمام فحكى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان لفساده وجهين، أصحهما الفساد^(١).

قال الرافعي: والذي يوجد لعامة الأصحاب أن الضمان إذا صح ثبت الأجل^(٢) - يعني: ولم يذهب أحد إلى الصحة والحلول - ونقل غيره عن القاضي حسين أنه حكى في «تعليقه» وجهًا: أنه يصح الضمان، ويكون حالًا، وهذا ما ذكره الإمام، غير أن دعوى الاتفاق على عدم ثبوت الأجل ليس بصحيح.

فرع:

الزيادة في الأجل كأصل التأجيل، فيجري فيه الخلاف السالف.

تنبيه:

عبارة «المحرر»: أنه يصح ضمان المال الحال مؤجلًا^(٣)، فحذف المصنف لفظة المال ليدخل فيه من تكفل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالة حالة.

قال: (وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًا) لأنه تبرع بالتزام التعجيل، فيصح تبرعه كأصل الضمان. والثاني: لا؛ للمخالفة. قال الروياني: وهو الأصح عندي^(٤).

قال: (وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ) كما لو التزم الأصيل التعجيل. والثاني:

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ١٢/٧. (٢) «الشرح الكبير» ١٦٩/٥.

(٣) «المحرر» (ص ١٩١). (٤) «بحر المذهب» ٧٧/٨.

يلزمه كأصل الضمان، وهذا ما نسبته الماوردي إلى ابن سريج، وخطأه فيه^(١)، فعلى الأول هل يثبت الأجل في حقه مقصودًا أو تبعًا؟ وجهان. تظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل فإن جعلناه في / ٣٠١ب / حقه تابعًا حل عليه، وإلا فلا، كما لو مات المضمون له على الصحيح.

فرع:

لو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلًا إلى شهر فهو كضمان المؤجل حالًا.

فرع:

قال الإمام: إذا صححنا ضمان المؤجل حالًا فأطلق الضمان، هل يثبت عليه حالًا أو مؤجلًا؟ وجهان: أظهرهما ثانيهما. وعلى هذا هل يشترط أن يعرفه بأصل الأجل ومقداره؟ على الجديد وجهان^(٢).

فروع منشورة:

قال: تكفلت ببدن زيد، فإن أحضرته وإلا فأنا كفيل ببدن عمرو لم يصح.

ولو قال للمكفول له: أبرئ المكفول، وأنا كفيل المكفول فالأكثر على أنه لا يصح خلافًا لابن سريج، والكفالة ببدن الأجير المعين صحيحة.

ومن قال: بتغريم الكفيل عند موت الأصيل لم يصحها؛ لأنه إذا مات أنفسخ العقد وسقط الحق.

(١) «الحاوي» ٤٥٥/٦.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ١٣/٧.

ولو صالح الكفيل المكفول له على مال على أن يبرئه من الكفالة لم يصح، والكفالة باقية بحالها، ولا يصح من الأصيل أن يضمن ضامنه بما ضمنه به.

وهل لأحد الضامنين أن يضمن الآخر فيما ضمناه عن الأصيل؟ المذهب: لا. وقال ابن سريج: نعم، وخطأه الماوردي إذ لا فائدة له فيه^(١)، فإن ما يؤديه يكون عن نفسه. واقتصر المتولي على قول ابن سريج، وقال: إنه عند الأداء إن قصد من ضمن عنه رجع عليه، وإلا فلا.



(١) أنظر: «الحاوي» ٦/٤٤٤.

فصل

قال: (وَلِلْمُسْتَحَقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ) للحديث السالف أول الباب:

«الزعيم غارم».

قال: (وَالْأَصِيلِ) لأن الضمان معناه ضم ذمة إلى ذمة، والغرض به التوثق، وفي قول مخرج: أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر عليه مطالبة المضمون عنه حكاه الماوردي^(١).

فرع:

له مطالبة أحدهما بالبعض والآخر بالباقي.

قال: (وَالْأَصْحَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ) يعني: الضمان (بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ)

لمنافاته مقتضاه.

قال في «المحرر»: وهذا هو الأشبه^(٢).

والثاني: يصح الضمان والشرط؛ لما روى الحاكم. وقال: صحيح الإسناد من حديث جابر في قصة أبي قتادة السالفة: فجعل رسول الله ﷺ يقول: «هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء» فقال: نعم فصلى عليه^(٣).

والثالث: يصح الضمان فقط.

قال القاضي في «فتاويه»: وعندني أنه يمكن الخلاف بناء في صحة الضمان على أن دية الخطأ تجب ابتداء على العاقلة أم على الجاني،

(١) «الحاوي» ٤٤٤/٦. (٢) «المحرر» (ص ١٩١).

(٣) الحاكم ٥٨/٢ ورواه أيضًا الدارقطني ٧٩/٣، والبيهقي ٧٤/٦ وحسن إسناده النووي في «الخلاصة» ٩٣١/٢، وانظر: «أحكام الجنائز» (ص ١٦).

ثم تتحملها العاقلة؟ فعلى الأول: لا يصح الضمان، وعلى الثاني: يصح؛ لأن في الحقيقة العاقل ضمن عن الجاني وبرئت ذمة الجاني، بتغيير براءة الأصيل بالشرط كضمان براءة الأصيل بالشرع^(١).

والخلاف في صحة الشرط مستمد من الخلاف في براءة المحيل إذا أحال من لا دين عليه وصححنا الحوالة.

فرع:

لو كان بالدين رهن للأصيل، فهل للمستحق مطالبة الضامن مع إمكان استيفاء الحق من المرهون؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا مطالبة / ٣٠٢ / إلا إذا تعذر الاستيفاء من الضامن.

قال الماوردي في آخر الرهن: والأصح عندي أن له بيع الرهن ومطالبة الضامن^(٢).

قال: (وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِيءَ الضَّامِنِ) لأنه الفرع، فسقط بسقوط أصله، وكذا يبرأ ضامن الضامن.

قال: (وَلَا عَكْسَ) أي: إذا أبرأ الضامن لا يبرأ الأصيل؛ لأنه إسقاط وثيقة، فلا يسقط بها الدين كفك الرهن، وكذا لو أبرأ ضامن الضامن.

فرع:

لو قال رب الدين للضامن: وهبت منك ما ضمنته هل يصح وتبرأ ذمته؟ فيه وجهان المذكوران في الصداق: أحدهما: أنه لا يصح، وفي احتياجه إلى قبول وجهان: أحدهما: نعم.

(١) «الفتاوى» (ص ٢١٩) (م ٢٨٣). (٢) «الحاوي» ٦ / ٢٦٢.

فإن قلنا: يصح أو يتصدق عليه بالدين فهو إبراء لا رجوع فيه، وليس كالتوثقة، ثم أستتاف الهبة حتى يثبت به الرجوع على الأصيل.
قال: (وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ) لوجود سبب الحلول (دُونَ الْآخَرِ) لأنه حي يرتفق بالأجل، وهذا أصح الأوجه.

وثانيها: إذا مات الأصيل حل على الضامن أيضًا؛ لأنه فرعه فيتبعه. وثالثها: أنه إذا مات الضامن لا يحل عليه كما لا يحل على الأصيل، فعلى الصحيح، لو أخرج المستحق المطالبة كان للضامن على الأصح أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل، لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعًا إذا غرم، ولو أخذ المستحق من تركة الضامن لم يكن لورثته الرجوع على المضمون إلا بعد أنقضاء الأجل.

فرعان:

أحدهما: لو أفلس الضامن والأصيل فأراد الحاكم بيع مالهما في دينهما، فقال الضامن: أبدأ بمال الأصيل. وقال رب الدين: أبيع مال أيهما شئت بديني.

قال الماوردي: قال الشافعي: إن كان الضمان بأمر المضمون عنه فالمجاب الضامن، وإن كان بغير إذنه، فالخيرة إلى المضمون له في بيع مال أيهما شاء^(١).

الثاني: مات رجل وعليه دين لاثنين، وضاعت التركة عن دينهما، وبدين أحدهما ضامن، فقال له الذي لا ضامن لدينه: لا تزاحمني في التركة، فإنك وجدت محلًا آخر تستوفي منه جميع حَقِّكَ.

(١) «الحاوي» ٦/٤٣٧.

أجاب القاضي حسين: بأن له مزاحمته؛ لأن حق كل منهما متعلق بالتركة، وهو متبرع باستيفاء دينه من الضامن، فلو أخذ الذي بدينه ضامن دينه من الضامن، وتلفت تركة الأصيل قبل قبض الآخر، ليس للآخر أن يزاحمه في المأخوذ من الضامن؛ لأنه تبرع عليه دون صاحبه، كما يختص بثمر الرهن دونه^(١).

قال: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَابَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ) كما أنه يغرمه إذا غرم، وهذا هو الأصح، وقال القفال: إنه ليس له المطالبة.

قال الإمام: وهو متجه في القياس^(٢)، ومعنى التخليص أن يؤدي دين المضمون له ليبراً الضامن.

فرع:

لو حبس المضمون له الضامن فهل له حبس الأصيل؟ ٣٠٢/ب/ فيه وجهان: أصحهما: لا. قال في «المطلب»: ولا يلازمه أيضاً، وهما مبينان على أن الضمان المجرد هل يثبت حقاً للضامن على المضمون؟ وفيه وجهان ثانيان خرجهما ابن سريج.

فرع:

في «المطلب» لو كان المضمون عنه صغيراً والضامن ضمن بإذن وليه، ثم طوّل الضامن، فله مطالبة الولي بالتخليص ما لم يبلغ الصبي، فإذا بلغ توجهت المطالبة عليه.

(١) «الفتاوى» (ص ٢١٨) (م ٢٨١). (٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٩/٧.

قال: (وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَِبَ) لأنه لم يغرم شيئاً، ولم يتوجه عليه طلب. والثاني: له ذلك كما لو أستعار عيناً للرهن ورهنها، فإن للمالك مطالبته بفكها. قال الأولون: والفرق أن الرهن محبوس، والضامن ليس محبوساً. فعلى الأول هل له مطالبة المضمون له أن يطالبه أو يبرئه من الضمان؟ فيه وجهان في «التتمة»:

أحدهما: نعم، وثانيهما: لا، بناء على أن المدين ليس له إجبار رب الدين على قبوله.

فرع:

هل للضامن تغريم الأصيل قبل أن يغرم حيث يثبت له الرجوع عنه؟ وجهان بناء على التخريج السالف عن ابن سريج^(١). قال الرافعي: وليكن الوجهان تفريراً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الأصيل بملكه، وفيه وجهان بناء على التخريج^(٢).

فرع:

للضامن إجبار المضمون له على قبول الدين منه مهما أداه إذا ضمن بإذنه، واقتضى الضمان الرجوع؛ لأنه صار ملتزماً به، وما يؤديه في حكم المضمون عنه، بخلاف ما إذا أدى غيره متبرعاً، أو ضمن بغير إذنه، فإن رب الدين لا يجبر، ويتخير بين قبوله ورده في حياته، وأما بعد موته ففي الإجبار خلاف حكاة الإمام في كتاب الجنایات إذا لم تكن تركة وكان المؤدي وارثه.

(٢) «الشرح الكبير» ٥/١٧٢-١٧٣.

(١) أنظر: «الروضة» ٤/٢٦٥.

قال: (وَلِلضَّامِنِ الرَّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ) أي: وأدى، سواء شرط الرجوع أم لا؛ لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه، فأشبهه ما لو قال: أعلف دابتي فعلفها.

قال الإمام: ويحتمل أن ينزل منزلة الإذن في الأداء بلا ضمان حتى يقال: إن شرط الرجوع رجع، وإلا فعلى الخلاف^(١).

وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه وإن لم يصرح به أحد من الأصحاب، وقد أشار إليه الغزالي في «وسيطه» بقوله: هذا هو المذهب^(٢).

وصرح الماوردي في كتاب الصلح بالخلاف في نظير المسألة، فقال: إذا صالح عن غيره بإذنه، وأدى بإذنه ولم يشترط الرجوع فوجهان، ووجه منع الرجوع أن إذنه في الأداء يحتمل قصد الرجوع وقصد التطوع فليس، الإذن صريحاً في الرجوع^(٣).

قال: (وَإِنْ أَنْتَفَى فِيهِمَا) أي: في الضمان والأداء (فَلَا) لأنه متبرع، وخالف في ذلك مالك وأحمد^(٤). لنا: حديث أبي قتادة، فإنه صلى على الميت بعد ضمانه، ولو كان له الرجوع لما صلى؛ لبقاء الدين، ولأنه صلى قال: «الآن حين بردت عليه جلده» ذكره عند وفائه كما أخرجه /٣٠٣/ الحاكم، وصححه^(٥)، ولو بقي الدين لما حصل التبريد؛ لثبوت دين الضامن على الأصيل.

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٦/٧.
 (٢) «المغني» ٩٠/٧.
 (٣) «الحاوي» ٦/٣٧٤.
 (٤) أنظر: «المغني» ٩٠/٧.
 (٥) الحاكم ٥٨/٢، وقد تقدم.

قال: (وَإِنْ أذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطُّ) أي: بأن سكت عن الأداء (رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه أذن في سبب الوجوب، والأداء مترتب عليه، وهذا ما نص عليه أيضًا.

والثاني: لا رجوع، فإنه غرم بغير الإذن.

والثالث: إن أدى بغير مطالبة، أو بمطالبة، ولكنه أمكنه أستئذان الأصيل لم يرجع، وإلا رجع، لا اضطراره إليه وهذا ما نسبه الإمام إلى العراقيين. قال: ومال إليه صاحب «التقريب»^(١).

فرع:

الخلاف جار فيما لو قال لغيره: أشتري هذا ففعل وأدى الثمن، هل له أن يرجع عليه؟

فرع:

ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفاً وأن كل واحد منهما ضمن ما على الآخر وأقام بذلك بينة، فأخذ الألف من زيد، نص على أنه يرجع على الغائب بنصف الألف.

قال الجمهور: وهذا إذا لم يكن وجد من زيد تكذيب البينة، فإن كان لم يرجع؛ لأنه مظلوم بزعمه، فلا يطالب بغير ظالمه، وقيل: يرجع، وإن صرح بالتكذيب؛ لأن البينة أبطلت حكم إنكاره^(٢)، فعلى الأول يستثنى هذا الفرع من الرجوع.

قال: (وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو ما إذا ضمن بغير الإذن،

(٢) أنظر: «الروضة» ٤/ ٢٧١.

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٧/ ٧.

وأدى بالإذن؛ لأن الأصل هو الالتزام، وهو غير مأذون. والثاني: يرجع، لأنه أسقط الدين عن الأصل بإذنه.

ورتب القاضي والإمام الوجهين على الوجهين فيما إذا أدى دين غيره بغير إذنه من غير ضمان ولا شرط رجوع، وأولى هنا بأن لا يرجع؛ لأن التزامه سبق، فأداؤه خروج عن التزام نفسه، والإذن في الأداء بعد اللزوم في حكم اللغو.

وأبدي الإمام احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بشرط الرجوع، والحالة هذه:

أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء لغير الضامن بهذا الشرط. وثانيهما: لا يرجع؛ لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابله بعوض كسائر الحقوق الواجبة^(١). قال في «الروضة»: والاحتمال الأول أصح^(٢).

وخصص الماوردي الخلاف بما إذا قال: أد عني ما ضمنته، وجزم بعدم الرجوع فيما إذا قال: أد ما ضمنته، ولم يقل: عني. وجزم بالرجوع أيضًا فيما إذا قال: أد عني ما ضمنته لترجع علي به^(٣).

فرع:

حوالة الضامن المضمون له على إنسان، وحوالة المضمون له عليه، ومصالحته عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثًا للضامن كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه ذكره الرافعي^(٤).

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٧/٧.

(٢) «الروضة» ٤/٢٦٦.

(٣) «الحاوي» ٦/٤٣٨.

(٤) «الشرح الكبير» ٥/١٧٦.

قال: (وَلَوْ أَدَى مُكْسَرًا عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ فَلْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ) لأنه الذي /٣٠٣ب/ بذله. والثاني: يرجع بالصحاح والمائة؛ لحصول براءة الذمة به، والنقصان جرى من رب المال مسامحة.

والثالث: يرجع في المائة لا في الصحاح؛ لأن غير الجنس يقع عوضًا، والمكسر لا يقع عوضًا عن الصحيح، بل هو مجرد مسامحة. ولو كانت قيمة الثوب أكثر من مائة لم يرجع إلا بمائة، وإن أدى الصحاح عن المكسر لم يرجع بالصحاح. وحكى القاضي والبغوي الخلاف في الثانية قولين^(١)، وبنى المتولي الخلاف فيها على الخلاف السالف في أن الضمان المجرد هل يثبت حقًا للضامن على المضمون؟ فعلى الأول: يرجع بقدر الدين، وعلى الثاني: يرجع بقيمة العين.

فرع:

لو باع لرب الدين العرض بألف وتقاصا رجع بالألف؛ لأنه ثبت له في ذمته ألف.

فرع:

لو قال: بعثك هذا بما ضمنت لك، فالمختار في «الروضة» من الوجهين صحة البيع والرجوع بما ضمنه^(٢).

فرع:

ضمن ذمي لذمي دينًا على مسلم، ثم تصالحا على خمر فالأصح في

(١) «التهذيب» ٤/١٧٤.

(٢) «الروضة» ٤/٢٦٧.

«الروضة» أنه لا يبرأ، ولا يرجع^(١)؛ لتعليقها بالمسلم، ولا قيمة للخمر. قال: (وَمَنْ أَدَىٰ دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ) لأنه متبرع، وبرئ المدين، ويخالف ما لو وجب إطعامه المضطر حيث يرجع عليه، وإن لم يأذن المضطر، لأنه ليس متبرعاً، بل يجب عليه أستيفاء لمهجته ويخالف الهبة، فإن في أقتضائها الثواب خلافاً يأتي في موضعه؛ لأن الهبة متعلقة باختيار المتهدب ولا اختيار للمديون هنا. وعن مالك أنه يثبت له الرجوع إلا إذا أدى العدو دين عدوه، لئلا يتخذه وسيلة إلى إيذائه بالمطالبة.

فرع:

لو أدى عنه عوضاً كما لو عوض عن الدراهم الثياب. قال ابن الصلاح: الذي ظهر لي بعد النظر أنه يصح التعويض، ويقدره أنتقال الملك من المؤدي إلى المدين، ثم منه إلى رب الدين، كما يقدره لو أدى من جنسه^(٢).

قال: (وَإِنْ أَدَانَ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ رَجَعَ) لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم» صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة^(٣). قال: (وَكَذَا إِنْ أَدَانَ مُطْلَقًا فِي الْأَصَحِّ) لأنه أدى حقاً واجباً عليه بإذنه، والعرف قاض بالرجوع فيه، وكأنه أقرضه إياه.

والثاني: لا يرجع واختاره الشيخ أبو حامد؛ لأنه لم يوجد منه إلا

(١) «الروضة» ٤/٢٦٨.

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/٤٢٨.

(٣) ابن حبان (٥٠٩١) دون موضع الشاهد، وقد تقدم تخريجه في أوائل كتاب البيوع.

الإذن في الأداء، وليس من ضرورة الأداء الرجوع، وهو الأصح، فيما إذا قال: أغسل ثوبي، ولم يسم له أجره، لكن الفرق أن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان.

والثالث: إن كان حالهما يقتضي الرجوع رجوع، وإلا فلا كمنظيره من الهبة، وعلى الثاني هل يقدر دخول المؤدي في ملك المؤدي عنه على سبيل الهبة؟ فهو كضمنه، كما لو قال: أعتق عبدك عني مجاناً أو فداء. فيه خلاف أشار إليه الإمام^(١) وتظهر فائدته /٣٠٤/ على ما ذكره في «الذخائر» فيما إذا رجع أرتفع العقد الذي ضمن به الدين يرد بعيب أو غيره هل يرجع المال إلى المؤدي أو الإذن؟
فرع:

لو قال: أد دين فلان. ففعل لم يرجع على الأمر.
قال البغوي: ولو قال على أن لا ترجع عليّ؛ لأن أداء دين الغير غير واجب عليه^(٢)، وادعى القاضي والغزالي القطع به^(٣)، لكن الروياني قال: إنه الصحيح^(٤).

فرع:

لو قال: أد دين ضامني، ففعل فهو كما لو قال: أد ديني؛ لأنه واجب عليه، وله غرض في البراءة.

فرع:

أدى الضامن الدين، ثم وهبه رب الدين، ففي رجوعه على الأصيل

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٥/٧.

(٢) «التهذيب» ٤/١٧٣.

(٣) «الوسيط» ٣/٢٥١.

(٤) «بحر المذهب» ٨/٧٩.

وجهان بناء على القولين، فيما لو وهبت الصداق للزوج، ثم طلقها قبل الدخول. قال في «الروضة»: والأصح الرجوع^(١).

قال: (وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ مُصَالِحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّينِ لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ) لأن مقصوده أن تبرأ ذمته، وقد فعل.

والثاني: يمنع لأن ما أداه غير المأذون فيه، ولم يأذن له في المصالحة.

والثالث: إن عين المديون ما يؤديه، بأن قال: أد ما عليّ من الدنانير مثلاً لم يرجع للمخالفة، وإلا رجع، وحيث ثبت الرجوع فيما يرجع حكمه حكم الضامن إذا صالح على غير الجنس، وقد سبق.

وما جزم به المصنف من صحة المصالحة على غير الجنس هو المذهب، وحكى القاضي والإمام وجهاً: أنه لا يصح^(٢)، ووجهه بأنه يعطى العوض على سبيل العوض، ومقتضى ما يعطيه الإنسان عوضاً أن يقابله بذلك شيء من جهة ما دل العوض، وليس الحال كذلك.

قال: (ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجَعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ) لأنه نصاب (أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ) لثبوت الحق بهما كالرجلين.

قال: (وَكَذَا رَجُلٌ لِيُخْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصْحَحِّ) لأنه كائن في إثبات الأداء.

والثاني: لا، لأنهما قد يترافعان إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين، فكان ذلك ضرباً من التقصير.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٨/٧.

(١) «الروضة» ٤/٢٦٩-٢٧٠.

قال الإمام: ولا وجه له إذا لم يشترط أحد إسهاد من يتفق العلماء على قبول شهادته^(١). كذا ذكر المسألة الماوردي^(٢)، والإمام والغزالي^(٣)، وتبعهم المصنف.

وقال القاضي والمتولي والبندنجي وسليم وابن الصباغ وغيرهم: إن أشهد واحدا وحلف معه رجع، وإن مات أو غاب فوجهان: أحدهما: يرجع؛ لأن الواحد حجة في المال مع اليمين، والثاني: لا؛ لأنه ليس بحجة كاملة، وجعل المتولي رفع القضية إلى الحاكم الذي لا يقضي بالشاهد واليمين لغيبة الشاهد في إجراء الوجهين. فرع:

لو أشهد مستورين فعديلا رجع، وكذا لو أشهد فاسقين أو عبيدين أو كافرين، فصارا من أهل الشهادة، ولو بان المستوران فاسقين، فالأصح الاكتفاء به، وقربهما الغزالي من الوجهين في انعقاد النكاح / ٣٠٤ب/ بهما^(٤).

قال الرافعي: ولا يكفي إسهاد من يعرف سفره قريباً؛ لأنه لا يفضي إلى المقصود^(٥).

قال: (فَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ) أي: وأنكر رب الدين (فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ) الأصيل، أي: لأن الأصل عدم الأداء، وهو مقصر بترك الإسهاد.

(٢) «الحاوي» ٦/٤٤٩-٤٥٠.

(٤) «الوسيط» ٣/٢٥٣.

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٧/٧.

(٣) «الوسيط» ٣/٢٥٣.

(٥) «الشرح الكبير» ٥/١٨١.

قال: (وَكَذًا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصْحِّ) لأن الأصل لم ينتفع؛ لأن طلب الحق مستمر.

والثاني: يرجع لاعترافه بتبرئة ذمته بإذنه وهما كالوجهين فيما إذا وكله بقضاء دين فقضاه في غيبته ولم يشهد لم يضمن.
 فرع:

هل يحلف الأصيل إذا كذبه؟ بناه في «التتمة» على أنه لو صدقه هل يرجع؟ إن قلنا: نعم حلفه على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا: لا أبتنى على أن النكول ورد اليمين كالإقرار فلا يحلف، أو كالبينة فيحلف، وقطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، بأنه ليس له تحليفه على قولنا: أنه لا يرجع وهو ظاهر.

قال: (وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ) أي: وكذبه المضمون عنه (أَوْ أَدَى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ) أما الأولى فلسقوط المطالبة، فإنه أقوى من البينة، ووجه مقابله أن الأصيل براءة ذمته من جهة الضامن، وقول رب الدين ليس بحجة عليه، ويحتمل أن يكون أبرأه.

وخالف هذا ما لو قضى الوكيل الدين ولم يشهد، وصدقه رب الدين دون الموكل، فإنه لا يضمن قطعاً، وأما الثانية فلأنه في الغيبة مستبد بالأمر، فعليه الاحتياط والتوثق، وإذا كان الأصيل حاضرًا فهو أجدر بالاحتياط، والتقصير بترك الإشهاد منسوب إليه.

ووجه مقابله القياس على ما إذا أداه في غيبته وهذا ما جزم به سليم في «مجرده».

واعلم أن تعبير المصنف بالمذهب في هاتين الصورتين مخالف لتعبيره في «الروضة»، فإنه عبر في الأولى بالأصح، وفي الثانية بالصحيح

المنصوص^(١)، وعبارة الرافي في الثانية أنه ظاهر المذهب المنصوص^(٢)،
وعبارة المتولي في الثانية أنه المذهب، فلعل ذلك يقيم عذراً للمصنف،
وإلا فيلصق ما في الكتاب.

وعبارة «المحرر» سالمة من ذلك، فإنه عبر بالظاهر في الثانية
وبالأظهر في الأولى^(٣)، ولا اصطلاح له في ذلك.

فرع:

قال الروياني: لو كان المضمون عنه منع الضامن من الإشهاد وصدقه
في الدفع، فأنكر المضمون له القبض فالحكم في الرجوع، كما لو قضاه
بحضرته. قال: ولو كان أمره بالإشهاد فلم يشهد فلا يجوز أن يرجع عليه،
لأنه مضيع لما أداه، فإذا طالبه رب الدين فأدى ثانياً فهل يرجع؟ فيه
خلاف^(٤).

فرع:

لو ادعى أنه أشهد شهوداً فماتوا أو غابوا، قال الماوردي: أو طراً
فسقهم فإن صدقه الأصيل عليه ثبت له الرجوع على الصحيح، وإن كذبه
الأصيل في الإشهاد، فالأصح أن القول قول الأصيل^(٥).

فرع:

لو قال: أشهدت فلاناً، وفلانا فكذباه فهو كما لو لم يشهد، بخلاف
ما لو أقرت المرأة بالنكاح بحضرة شاهدين فكذباهما، فإنه لا يقدر في

(٢) «الشرح الكبير» ١٨١/٥.

(٤) «بحر المذهب» ٩٦/٨.

(١) «الروضة» ٢٧١-٢٧٢.

(٣) «المحرر» (ص ١٩٢).

(٥) أنظر: «الحاوي» ٤٥٠/٦.

إقرارها على وجه، والفرق أنها أقرت بحق / ٣٠٥ / عليها فلم يلغ بإنكارها، وهذا يريد أن يثبت له حقًا، ولو قالوا: لا ندري ولعلنا نسينا ففيه تردد للإمام^(١) جعله الغزالي وجهين^(٢)، نظيرهما ما لو شهد شاهدان على حاكم بأنه حكم بكذا فأنكرا، وقال: لا أدري هل تقبل شهادتهما؟

فرع:

متى لم يقم الضامن بينة على الأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها، فإن أخذ المال من الأصيل فذاك، وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى فالأصح الرجوع؛ لأنه غرم لبراءة ذمته، ولا يرجع بهما أتفاقًا، وهل يرجع بالمغروم أولاً لأنه مظلوم بالثاني أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة، أم بأحدهما أم بأقلهما؟ فيه أوجه جمعها في «البحر»^(٣)، وبالأول جزم البغوي^(٤)، وصحح الثاني القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، ونقل الروياني عنه أنه قال: الثالث هو الصحيح عندي^(٥)، والرابع أبداه المصنف في «الروضة» تفقهاً^(٦). وفائدة الخلاف تظهر فيما لو كان الأول صحيحًا والثاني مكسرًا.

فرع:

حيث ثبت للضامن الرجوع على المضمون، فإن كان المضمون مثلياً رجع بمثله، وإن كان متقومًا رجع بمثله أو بقيمته؟ فيه وجهان كما في

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٧/٧.

(٢) «الوسيط» ٣/٢٥٣.

(٣) «بحر المذهب» ٨/٩٧.

(٤) «التهذيب» ٤/١٨٤.

(٥) «بحر المذهب» ٨/٩٧.

(٦) «الروضة» ٤/٢٧٢.

المقرض، حكاهما الإمام والقاضي في كتاب السلم^(١).



فروع نختم بها الباب:

أحدها: لو ضمن ثلاثة الدين الذي في ذمة زيد، فهل يكون كل منهم ضامناً لثله أو لجميعه كما في الرهن؟ فيه وجهان، صحح المتولي الثاني وابن أبي الدم الأول، كما لو قالوا: أشترينا هذا بألف، والفرق بين الضمان والرهن أن الرهن لا يقتضي توزيعاً على الدين.

الثاني: ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه، وأحضر شاهدين، أحدهما المضمون عنه، فإن كان الضمان من غير أمر المضمون عنه صحت شهادته أو بأمره فلا.

الثالث: أدى الضامن الدين وأراد الرجوع على المضمون، فقال المضمون: أبرأني رب الدين، فله تحليف الضامن على أنه لم يعلم أنه أبرأه، وقد أهمل المصنف رحمه الله الكلام على الاختلاف بين الضامن والمضمون تبعاً لـ «المحرر» وقد أوضحه الغزالي في «وسيطه»^(٢)، فلا نطول به.



(١) «نهاية المطلب» ٧/٦.

(٢) «الوسيط» ٣/٢٥٦-٢٥٨.

كِتَابُ الشَّرِكَةِ



A sheet of white paper with a decorative border. The border is composed of a dense, black and white stippled pattern. Inside the border, there are 15 horizontal lines, creating 16 equal-sized rectangular rows for writing. The lines are evenly spaced and extend across the width of the page.

كتاب الشركة

هِيَ أَنْوَاعٌ: شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَالِينِ، وَسَائِرِ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا. وَشَرِكَةُ الْمُفَاوِضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ. وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتِغَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُوجَلِّ لُهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا، وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ.

وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ. وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ، فَلَوْ اقْتَصَرَا عَلَى: اشْتَرَكْنَا لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ. وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ. وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ الْمُتَقَوِّمِ، وَقِيلَ: تَخْتَصُّ بِالتَّقْدِ الْمَضْرُوبِ.

وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ، وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكْسَرَةٍ، هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا يَأْزِثُ وَشَرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلُّ لِلْآخَرِ فِي التَّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ، وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ، وَيَأْذَنُ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ.

وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِيُ قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ. وَيَسَلِّطُ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلا ضَرَرٍ، فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلَا بَعِيرٍ نَقْدِ الْبَلَدِ وَلَا بَعْبِنٍ فَاحِشٍ وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُنْبِضُهُ بَعِيرٍ إِذْنِ. وَلِكُلِّ فَسْحُهُ مَتَى شَاءَ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْحِهِمَا، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَّصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ. وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِعْمَائِهِ.

والرُّبْحُ والخُشْرَانُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ تَسَاوِيَا فِي العَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا، فَإِنْ شَرَطَا
 خِلَافَهُ فَسَدَ العَقْدُ فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى الآخَرِ بِأَجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وَتَنْفُذُ
 التَّصَرُّفَاتِ، وَالرُّبْحُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ، وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ
 والخُشْرَانِ وَالتَّلْفِ، فَإِنْ أَدَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بَيِّنَةٌ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ
 فِي التَّلْفِ بِهِ. وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ: هُوَ لِي، وَقَالَ الآخَرُ: مُشْتَرِكٌ أَوْ
 بِالعَكْسِ. صُدِّقَ صَاحِبُ اليَدِ، وَلَوْ قَالَ: اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي، صُدِّقَ المُنْكَرُ.
 وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ اشْتَرَيْتَهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الآخَرُ صُدِّقَ المُشْتَرِي.



(كِتَابُ الشَّرْكَةِ)

فيها ثلاث لغات:

أحدها: كسر الشين وإسكان الراء، وهي ما جزم به المصنف في «تحريره»^(١).

وثانيها: فتح الشين وكسر الراء، حكاها ابن ياسين وصاحب «التنقيب» والديناري.

وثالثها: فتح الشين وسكون الراء، حكاها اللبلي في «شرح الفصح» وهذا لفظه يقال: (شِرْكٌ)^(٢) وشَرْكَةٌ ثم نجوز حذف الحركة أستخفافاً، فنقول: شركة، وشركة على نقل الحركة، وعزاه إلى مكي^(٣).

وفيها لغة رابعة: الشرك بغير تاء تأنيث، قال تعالى ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهَا مِنْ شِرْكٍ﴾ [سبأ: ٢٠]، أي: من نصيب.

وجمع الشركة شِرْكٌ بكسر الشين، وفتح الراء وهي في اللغة: الاختلاط^(٤) على الشيوخ، أو على المجاورة كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ﴾ [ص: ٢٤].

(٢) زيادة من الفصح.

(١) «تحرير التنبيه» (ص ٢٢٩).

(٤) انظر: «التعريفات» ص ١٢٦.

(٣) «شرح الفصح» ص ٢١٢.

وفي الشرع: ثبوت الحق لاثنين فصاعداً في الشيء الواحد كيف كان. قال تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ﴾ [الزمر: ٢٩]، /٣٠٥ب/ أي: متشاجرون في خدمته، يريد كل منهما أن ينفرد بها، ثم هي تارة تحصل بالخلط كما سيأتي، وتارة بالشيوع الحكمي، إما اختياراً كما إذا اشتريا عينا ونحوه أو قهراً كما إذا ورثاها.

والمراد بالشركة المبوب عليها الشركة لابتغاء العمل بالتصرف، والأصل فيها قبل الإجماع^(١) ما أستفتح به الرافعي في «المحرر» من قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما»^(٢). رواه أبو داود والحاكم من حديث أبي هريرة.

قال الحاكم: صحيح الإسناد^(٣). وأعله ابن القطان لجهالة من بان توثيقه^(٤)، وفي «صحيح مسلم» من حديث جابر: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ... الحديث^(٥).

والكتاب دال على الشركة أيضاً. قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١]، فجعل الخمس مشتركاً بين غير الغانمين،

(١) «الإجماع» (ص ١٣٧).

(٢) «المحرر» (ص ١٩٣).

(٣) أبو داود (٣٣٨٣)، الحاكم ٥٢/٢، وقال المصنف في «البدرد المنير» ٧٢١/٦: جيد الإسناد، وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٤٦٨).

(٤) أنظر: «بيان الوهم والإيهام» ٥٦٨/٣، ٤٩٠/٤.

(٥) «صحيح مسلم» (١٦٠٨).

وقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ [النساء: ١١]،
 وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْأَصْدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ الآية [التوبة: ٦٠]، وقال تعالى:
 ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ﴾ [ص: ٢٤] أي: الشركاء.

والشركة معاملة صحيحة وليست عقدًا برأسها كما قاله الإمام^(١)
 والغزالي^(٢)، وإنما هي في التحقيق: وكالة وإذن كل واحد من
 الشريكين لصاحبه في التصرف في المال المشترك.
 قال: (هي أنواع) أي: أربعة.

أحدهما: (شركة الأبدان كشركة الحمالين، وسائر المحترفة ليكون
 بينهما كسبهما متساويًا أو متفاوتًا مع اتفاق الصنعة أو اختلافها) أي:
 كنجار وخياط (وعليهما ما يعرض) أي: بكسر الراء كما قاله
 الجوهرى^(٣) (من غرم، وشركة المفاوضة ليكون بينهما كسبهما) أي:
 سواء كان بالبدن أو بالمال.

(وعليهما ما يعرض من غرم) أي: من غير خلط مال (وشركة الوجوه
 بأن يشترك الوجهان لابتاع كل واحد منهما بموَجَلٍ لهما، فإذا باعا كان
 الفاضل عن الأثمان بينهما وهذه الأنواع باطلَّة) أما الأول فلما فيه من
 الغرر؛ لأن كل واحد منهما لا يدري أيكسب صاحبه أم لا؟ وكم قدر كسبه؟
 ولأن المعقود عليه فيها العمل، كما أن المعقود عليه في شركة العنان
 المال. والمال إن كان مجهولًا فيها لم يصح، فكذلك إذا كان العمل مجهولًا

(١) في «نهاية المطلب» ٢٦/٧: الشركة عقد جائز؛ لأنها توكيل من الجانبين، أو من
 أحدهما.

(٣) «الصحاح» ٤/١٥٩٤.

(٢) «الوسيط» ٣/٢٥٩.

في هذه، وأما ما روي أن سعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، وعمار بن ياسر أشاركوا فيما يفتنونه، فجاء سعد بأسيرين، ولم يأت ابن مسعود وعمار بشيء، فأشرك بينهم ﷺ^(١)، فأجيب عنه على تقدير صحته بأن هذا كان في غنائم بدر، وكانت لرسول الله ﷺ يفعل فيها ما يشاء، وهذا هو المشهور.

وفي قول أو وجه أن هذه الشركة صحيحة، ولم يثبت الجمهور، وإنما حكاها عن غيره، وهو مذهب أبي حنيفة^(٢). وقال مالك: يجوز بشرط اتحاد الصنعة^(٣).

قال الماوردي وغيره: لا دليل عليه^(٤)، وسلم أبو حنيفة^(٥) ومالك^(٦) أنه لا تجوز الشركة في ١٣٠٦/ الاحتطاب والاحتشاش، وأحمد^(٧) جوزها أيضًا، فإذا قلنا بالمذهب وهو البطلان فاكسبا نظر فإن أنفردا فلكل كسبه، وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة مثل عملهما لا بحسب الشرط. وأما النوع الثاني: فلما فيه من الغرر أيضًا.

قال الشافعي: لا أعلم في الدنيا شيئًا باطلًا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم الضمان إلا هذا وأقل منه، فلو أستعملنا

(١) رواه أبو داود (٣٣٨٨)، النسائي ٥٧/٧، ٣١٩، ابن ماجه (٢٢٨٨)، الدارقطني ٣٤/٣، البيهقي ٨٩/٦ من حديث ابن مسعود، وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٤٧٤) لانقطاعه بين أبي عبيدة وأبيه ابن مسعود.

(٢) أنظر: «المبسوط» ١٥١/١١. (٣) أنظر: «الذخيرة» ٣١/٨.

(٤) أنظر: «الحاوي» ٤٧٥-٤٧٦. (٥) أنظر: «المحيط البرهاني» ٣٥٥/٨.

(٦) أنظر: «الذخيرة» ٤٠/٨. (٧) انظر: «الهداية» للكلوذاني ص ٢٨٤.

لفظ المفاوضة، وأرادا شركة العنان جاز نص عليه^(١)، وهو يقوي تصحيح العقود بالكنايات.

وصحح أبو حنيفة هذا النوع بتفصيل طويل عنده، وهذه التسمية لها - أعني: المفاوضة- من قولهم: تفاوضا في الحديث إذا شرعا فيه جميعاً. وقيل: من قولهم: قوم فوضي، أي: مستوون.

وأما النوع الثالث: فلأنها شركة في غير مال فلم تصح كالشركة على الاحتطاب والاحتشاش؛ ولأن ما يشتريه كل واحد منهما ينفرد بملكه، فلا يشاركه فيه غيره، وما صوبه المصنف [من] شركة الوجوه هو أشهر صورها. قال: (وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ) بالإجماع وهي بكسر العين وتخفيف النون، قال القاضي عياض في «تنبهاته»: كذا ضبطناه بكسر العين وهو المعروف^(٢).

وحكى بعضهم فيه الفتح، ووجدته في بعض كتب الفقه كذلك، ولم أروه، وهي مأخوذة من عنان الدابة، إما لاستواء الشريكين في التصرف والربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان. وإما لمنع كل منهما عن التصرف كما يشتهي، كما يمنع عنان الدابة.

وقيل: من عن الشيء إذا ظهر. وقيل: من المعانة وهي المعاوضة. قال: (وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ) أي: من كل واحد للآخر في نصيب نفسه؛ لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلا بإذن صاحبه، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه. وحكى الماوردي عن ابن سريج أنهما إذا خلطا المالين على قصد الشركة

(٢) «التنبهات» ١٠٧٦/٢.

(١) «الأم» ٢٠٦/٣.

جاز كل منهما أن يتصرف في جميع المال من غير حاجة إلى إذن صريح^(١)، فجعل نفس الخلط بالتراضي شركة. وجزم به صاحب «الإفصاح»^(٢)، وهو خارج عن انعقاد البيع بالمعاطاة.

قال: (فَلَوْ أَقْتَصَرَا عَلَى أَشْتَرَكْنَا لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ) لقصور اللفظ عن الإذن، واحتمال كونه إخباراً عن حصول الشركة في المال، ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف، ولهذا لو أشتريا مالاً أو ورثاه كان مشترکاً بينهما، وليس لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر.

والثاني: يكفي لفهم المقصود عرفاً.

فرع:

لو أطلق الإذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه جاز على الأصح كالقراض.

فرع:

إذا عين في الإذن جنساً، سواء كان مما يعم وجوده أم لا، كما نقله العمراني في «زوائده» عن المحاملي، بخلاف القراض.

قال: (وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ) أي: يشترط في الشريكين ما يشترط في الموكل والوكيل على ما سيأتي؛ لأن كل واحد منهما موكل / ٣٠٦ب/ ووكيل؛ لأنه يتصرف في ماله بالملك، وفي مال الآخر بالإذن، ومقتضى هذا جواز عقد الشركة في مال المحجور عليه.

قال في «المطلب»: وقد يقال بمنعهما؛ لاستلزامها خلط ماله قبل العقد بلا مصلحة، بل قد يؤثر نقصاً. قال: وأما المكاتب فينبغي أن لا يصح ذلك منه، إن كان هو المأذون له؛ لما فيه من التبرع بعمله، ويصح إن كان هو

(٢) أنظر: «بحر المذهب» ١٢٦/٨.

(١) «الحاوي» ٤٨٢/٦.

الأذن.

قال: ويحل اشتراط الأهلية فيهما إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف، أما إذا كان أحدهما المتصرف دون الآخر، فيشترط في الإذن أهلية التوكيل، وفي المأذون أهلية التوكيل، حتى يصح أن يكون الأول أعمى دون الثاني.

فرع:

يكره مشاركة الكافر والفاسق خوف الربا.



قال: (وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِي) لأنه إذا أختلط بجنسه ارتفع عنه التميز فأشبهه النقيدين، وهو إجماع فيه.

قال: (دُونَ الْمُتَقَوِّمِ) أي: بكسر الواو، كما سلف في الحوالة؛ إذ لا يتحقق الخلط فيها، ولأن قيمتها ترتفع وتنخفض، وربما ينقص مال أحدهما دون الآخر، ويزيد فيذهب الربح في رأس المال، ويدخل بعض الأصل في الربح.

ووجهه القاضي وآخرون، بأن مقصود الشركة الربح، وهو لا يتيسر بالعروض كتيصره بالنقد، ولا يجوز بها كالقراض.

وأورد القاضي على التعليل الأول العرض الواحد، إذا كان مشتركا بينهما فتعاقدا الشركة عليه، فإنه لا يصح مع أنتفاء المعنى المذكور لاستواء المالين.

وعن الجوري أنه قال: الصحيح عندي جواز الشركة في العروض كلها إذا أستوت قيمتها، سواء كانت من جنس واحد أو أجناس، وهو

مذهب مالك^(١)، وهو غريب.

قال: (وَقِيلَ: تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ) كالقراض، وهذا ما نص عليه في البويطي، فكان ينبغي أن يقول: وفي قول، بدل (وقيل) وقد أقتضاه كلامه في «الروضة» أيضاً تبعاً لـ «الشرح»^(٢)، فإنه قال: فيه قولان، ويقال: وجهان^(٣).

وقوله: (المضروب) يخرج التبر، والحلي، والسبائك؛ فإنهم أطلقوا منع الشركة فيها كما نقله الرافعي، ثم قال: ويجوز أن ينبني على أن التبر مثلي أم لا؟ فإن جعلناه متقوماً لم تجز الشركة، وإلا فعلى الخلاف في المثلي^(٤)، لكن المتولي حكى في أن عقاد الشركة على النقرة والتبر وجهين كالمثلي، كما حكاها عنه في «الروضة» وتعجب من قول الرافعي: أطلقوا منع الشركة في التبر والحلي والسبائك^(٥).



فرع:

الأصح في «الروضة» جواز الشركة في المغشوش، إذا أستمروا^(٦).

فرع:

إذا قلنا بالأصح، وهو جواز الشركة في المثلي فيشترط التساوي في

(١) أنظر: «النوادر والزيادات» ٣١٨/٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٨٨/٥.

(٣) «الروضة» ٢٧٦/٤. (٤) «الشرح الكبير» ١٨٨/٥.

(٥) «الروضة» ٢٧٦/٤، وانظر: «الشرح الكبير» ١٨٨/٥.

(٦) «الروضة» ٢٧٦/٤.

الصفات، وهو يقتضي التساوي في القيمة، صرح به الروياني وغيره.
وقيل: لا يشترط، فعلى هذا إن أستوت قيمتهما فهما شريكان على
السواء وإن اختلفت، كما إذا كان أردب هذا من الحنطة يساوي عشرة،
وأردب الآخر يساوي خمسة، فهما شريكان مثالثة.

قال الرافعي: وهذا مبني على قطع النظر في المثلي، عن تساوي
الأجزاء في القيمة، وإلا فليس هذا مثالا لذلك^(١). أنتهى.

وقال الروياني: لا تصح هذه الشركة^(٢)؛ لأن شرط /٣٠٧/ الشركة في
المثليات التساوي في الوصف، وعند القسمة يبعانه ويقسمان الثمن أثلاثاً.
قال الفوراني والبغوي: وإن أراد قسمته على رأس المال أثلاثاً لم
يجز على أصح القولين^(٣).

قال: (وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ) لأنه إذا لم يحصل
خلط فتلف أحد المالين قبل التفرق تلف على صاحبه فقط، وتعذر
إثبات الشركة في الثاني.

قال: (وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسِ) أي: كدراهم ودنانير (أو
صِفَةِ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ) لإمكان التمييز، وفي خلط الدراهم البيض بالسود
وجه عن الإصطخري. وفي وجه بعيد يكفي خلط الحنطة البيضاء
بالحمراء؛ لأنه يعد خلطاً.

فرع:

قال الروياني: لو خلط المالين، وهما يعرفان مال كل منهما بعلامة

(١) «الشرح الكبير» ٥/١٩٠-١٩١.

(٢) «بحر المذهب» ٨/١٢٥. (٣) «التهذيب» ٤/١٩٨.

جعلها كل منهما؛ ليعرف بها دراهمه، ولا يعرفها غيرهما ولا يتمكن من التمييز هل تصح الشركة نظراً إلى حال الناس، أو لا تصح نظراً إلى حالهما؟ فيه احتمالان^(١).

فرع:

ينبغي أن يتقدم الخلط على العقد، فإن تأخر فالأصح المنع، إذ لا أشراك حال العقد.

وقيل: يصح إذا وقع في مجلس العقد؛ لأنه كالعقد، وعلى الوجهين لو تأخر عن المجلس لم يجز، ومال الإمام إلى تجويزه؛ لأنها توكيل وتوكل. نعم لو قيد الإذن بالتصرف في المال المفرد فلا بد من تجديد الإذن^(٢).

قال: (هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا، فَإِنْ مَلَكَ مُشْتَرَكًا بِإِزْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ) لأن المقصود بالخلط حاصل على وجه أكمل.

قال: (وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ) أي: كنصف بنصف، وسواء تجانس العرضان أو اختلفا، (وَيَأْذَنُ لَهُ)، أي: ثم يأذن له (فِي التَّصَرُّفِ) أي: بعد تقابضهما (وغيره)، مما شرط في البيع.

قال الماوردي وغيره: وهذا إذا لم يشترط في التبايع الشركة^(٣)، فإن شرطها فسد البيع. وقال القاضي والمتولي: لا تثبت الشركة حتى يستأنفا

(١) «بحر المذهب» ١٤٥/٨.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٢٤/٧. (٣) «الحاوي» ٤٧٤/٦.

الشركة، لكي تصير العروض مشتركة، ولكل منهما التصرف بحكم الملك، والمذهب ثبوت أحكام الشركة على الإطلاق، ولا يشترط بقيمة العرض عند المعاقدة على الصحيح في «الروضة»^(١).

وقال الفوراني: هذه الشركة كالشركة في الحنطة، يشير أن فيها الخلاف الجاري في المثليات، ولو لم يتبايعا العرض، ولكن باعاه بعرض أو نقد ففي صحة البيع قولان ذكرنا في تفريق الصفقة؛ فإن صححناه كان الثمن مشتركاً بينهما، إما على التساوي أو التفاوت بحسب القيمة، فيأذن كل واحد للآخر في التصرف.

ومن الحيل أيضاً أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثلث في الذمة، ثم يتقاصاً، ذكره في «الروضة»^(٢)، ومنها أن يشتري السلعة بثلث واحد، ثم يدفع كل واحد منهما عرضه بدلاً عن حصته من الثمن. قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ) أي: بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين، لأنه لا محذور فيه.

وقال الأنماطي: يشترط /٣٠٧ب/ لأن الربح يحصل بالمال، والعمل، فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال، لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في العمل^(٣). قال الإمام: وهو هفوة لا وجه له^(٤).

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا) يعني: بقدر المالين، بأن يعرف أن المال بينهما مناصفة أو مثالثة (عِنْدَ الْعَقْدِ) أي: إذا أمكن

(١) «الروضة» ٢٧٧-٢٧٨/٤.

(٢) «الروضة» ٢٧٨/٤. (٣) أنظر: «المهذب» ٣٤٥-٣٤٦/١. (٤) أنظر: «نهاية المطلب» ٢٤/٧.

معرفته من بعد^(١)، كذا قيده الرافعي؛ لأن الحق لا يعدوهما وقد تراضيا. والثاني: يشترط، ولا يؤدي إلى جهل كل واحد بما أذن فيه، وبما أذن له فيه.

قال الرافعي: ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بين اثنين مال مشترك كل منهما جاهل بقدر حصته منه، فأذن أحدهما للآخر في بيع حصته أو جميعه فباعه. والحال كذلك هل يصح؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لجهلها، وأصحهما: نعم، لأن الحق لا يعدوهما، وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبهمة كالمثمنات^(٢).

قال ابن الرفعة في «الكفاية»: ومقتضى هذا أن لا يتقيد التصحيح في مسألتنا بما إذا أمكنه معرفته من بعد، كما أطلق في «الوسيط»^(٣).

قال في «المطلب»: وهذا من الرافعي إن لم يكن عن ثبت فهو متبع للغزالي، ثم قطع بالبطلان، إذا وقع عقد الشركة على هذا المال والحالة هذه.

وصرح الماوردي وغيره بأن الجهل بالقدر مع العلم بالنسبة، كما لو وضع أحدهما دراهم في كفة الميزان والأخرى بإزائها، إنه لا يقدر قطعاً لانتفاء المحذور والحالة هذه^(٤).

فرع:

لو كان لهما ثوبان أشتبها لم يكف ذلك لعقد الشركة فإن المالين متميزان

(١) ، (٢) «الشرح الكبير» ١٩٠/٥.

(٣) «كفاية النبيه» ١٨٦/١٠، وانظر: «الوسيط» ٢٦٤/٣.

(٤) «الحاوي» ٤٨٥/٦.

لكن أشتبها.

فرع:

لأحدهما دنانير، وللآخر دراهم، واشترى بهما شيئاً، فطريقه أن يقوم ما ليس بنقد البلد منهما بما هو نقده فإن أستوت قيمتهما، فالشركة على التساوي، وإلا فعلى الاختلاف.

قال: (وَيَتَسَلَّطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلا ضَرَرٍ) كتصرف الوكيل، وعبارة المصنف: (بلا ضرر) أولى من عبارة «المحرر» على سبيل الغبطة^(١)؛ لأن الغبطة لا تشتط في تصرفه، بل المصلحة؛ فإنه لو باع بثمان المثل وبغبن يسير صح كالوكيل، وكذا لو أشتري بثمان المثل في الحال لتوقع زيادة في المستقبل.

قال في «المطلب»: والغبطة هي الزيادة على القيمة زيادة لها بال. قال: (فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلَا بَغْيًا نَقْدَ الْبَلَدِ وَلَا بَغْيًا فَاحِشًا) أي: إلا بإذن شريكه، كما ذكره بعد، وحكى صاحب «التعجيز» عن جده كمال الدين ابن يونس أنه يجوز البيع بغير نقد البلد، كما في القراض. قال: ومنعهم لذلك غلط، وهو غريب منه، فإن باع بالغبن الفاحش لم يصح في نصيب شريكه.

قال أبو إسحاق المروزي: ولا يضمه، لأنه موضع أجتهد للاختلاف فيه، حكاه ابن الصباغ، وهو ضعيف؛ لأنه متعد بالبيع، وفي صحته في نصيبه قولاً تفريق الصفقة، فإن لم يفرقها بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها، وإن فرقناها أنفسخت الشركة في المبيع، وصار مشتركاً

(١) «المحرر» (ص ١٩٤).

بين المشتري والشريك.

قال: (وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْضِعُهُ) أي: وهو دفعه إلى من يعمل فيه متبرعاً، وربعه للمالك.

قال: (بِغَيْرِ إِذْنٍ) هذا قيد في الكل، أعني: من قوله: (فلا يبيع) إلى هنا، فإن وجد شيء منها بالإذن جاز /٣٠٨/.

فرع:

لا يشتري بالغبن أيضاً، فإن اشترى بغبن مال الشركة، فهو بالغ أو في الذمة لم يقع للمشتري، وعليه وزن الثمن من خالص ماله.

فرع:

لا فرق في صحة التصرف بين أن يكون المال في يده، أو في يد الآخر، أو في يديهما، ولو شرطاً أنفراد من له التصرف باليد، ففي صحة الشرط وجهان حكاهما الإمام^(١).

فرع:

لو أذن أحدهما دون الآخر، تصرف المأذون له دون غيره.

فرع:

لا فرق في صحة العقد بين أن يكون المال في يد أحدهما أو يدهما أو يد أجنبي حال العقد.

فرع:

ما يشتريه في الذمة يقع مشتركاً، وللبائع أن يطالبه بكل الثمر، فإن أداه من خالص ماله، وكان مال الشركة لم ينص منه شيء رجع على شريكه

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٢٥/٧.

بحصته، وإن كان ناصبًا ففي رجوعه به وجهان في «الحاوي»^(١).
قال: (وَلِكُلِّ فُسْخُهُ) أي: فسخ عقد الشركة (مَتَى شَاءَ) كالوكالة؛
لأنها من العقود الجائزة.

قال: (وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصْرِيفِ بِفُسْخِهِمَا) أي: بفسخ كل منهما؛ لأن
العقد قد زال.

قال: (فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَّصِرْفَ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلِ
الْعَازِلُ) أي: بل المخاطب فقط، إذ لم يوجد ما يقتضي عزله، فيتصرف
في نصيب المعزول.

وقال الفوراني في العمد: تبطل الشركة، وهو يقتضي أن المخاطب لا
يتصرف، وهو ظاهر على القول بأن عقد الشركة إذن في التصرف، ولا يقف
على إذن بعده.

فرع:

لو قال: فسخت الشركة أنفسخ العقد قطعًا، وينعزلان على الأصح.
وحكى الروياني عن الطبري: أنه يراجع، فإن أراد أنه فسخ في جانب
صاحبه لم ينعزل هو، وكان له التصرف، وإن أراد فسخه في جانبها معًا
أنعزلا^(٢).

قال: (وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ) لأنها عقد جائز
فبطلت بذلك كالوكالة، وكذا بطرود السفه، وفي «المطلب» عن
الجوري حكاية وجه، أنها لا تنفسخ بالموت، بل بفسخ الوارث إن شاء.
وفرق الروياني في الإغماء بين أن يكون يسيرًا أو يسقط فرض صلاة

(٢) «بحر المذهب» ٨/ ١٣٥.

(١) «الحاوي» ٦/ ٢٨٩.

فلا يفسخ به، وبين أن يسقط به فرض صلاة بمرور وقتها فيفسخ به^(١)، ثم في صورة الموت إن لم يكن دين، ولا وصية فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيداً، فإن كان مولياً عليه، فعلى وليه ما فيه حظ من الأمرين.

وإنما تتقرر الشركة بعقد مستأنف، وإن كان على الميت دين، فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين، وإن كان هناك وصية معين فهو كأحد الورثة، وإن كان غير معين كالفقراء لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية، ثم هو كما لو لم تكن وصية.

قال: (وَالرَّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوِيًا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوُتًا) أي: سواء شرطاه أم لا؛ عملاً بقضية الشركة.

قال: (فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ) أي: شرطاً التفاضل في الربح مع استواء المال أو تساوي الربح مع التفاضل في المال (فَسَدَ الْعَقْدُ) أي: سواء أختص أحدهما بمزيد عمل أم لا، كما لو شرط التفاوت؛ لأنه مخالف لموضوع الشركة. وقيل: يفسد الشرط /٣٠٨ب/ ويصح العقد. وقيل: إن أختص أحدهما بمزيد عمل وشرط له مزيد ربح صح الشرط.

وفي «المطلب» عن الجوري حكاية قول غريب، فيما إذا اختلف قدر ماليهما وشرطاً أن يكون الربح على قدر المالين؛ لا يصح العقد، وإنما يصح إذا اشترط كونه بينهما نصفين؛ لأن الربح عوض عن العمل لا المال. قال: (فَيَرْجِعُ كُلُّ عَلَى الْآخِرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ) أي: في مال

الآخر كما في القراض إذا فسد، وقيل لا رجوع كالصحيحة.

(١) «بحر المذهب» ١٣٧/٨.

قال: (وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ) لوجود الإذن، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه^(١) لكن حكى الماوردي وجهًا: أنها لا تنفذ^(٢)، وحكى الروياني وجهًا: أن الشرط يبطل دون عقد الشركة^(٣).

قال: (وَالرَّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ) لأنه مستفاد منهما، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت.

قال: (وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ) كالمودع والوكيل.

قال: (فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلْفِ) كالمودع.

قال: (فَإِنْ أَدَّعَاهُ) يعني: التلف (بِسَبَبِ ظَاهِرٍ طُولِبَ بَيِّنَةٌ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلْفِ بِهِ) أي: بخلاف الخفي، فإنه يقبل لعسر إقامة البينة عليه، والظاهر يمكن إقامة البينة عليه.

فرع:

لو ادعى التلف وحلف عليه، وأقام شريكه شاهدين أن المال كان في يده بعد الوقت الذي ادعى التلف فيه فوجهان، حكاهما العمراني^(٤).

أحدهما: تبطل يمينه السالفة، ويلزمه الغرم؛ لأن البينة أقوى من يمينه.

والثاني: ونسبه الماوردي إلى أبي الفياض: أنه إن ذكر وجهًا يجوز مثله، كما إذا قال: عاد إلي بعد التلف ثم عدمته، لم يبطل، ولا يؤخذ به، وإلا بطلت وألزم به^(٥).

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٢٤/٦ لكنه ذكر وجهين.

(٢) «الحاوي» ٤٧٧/٦. (٣) «بحر المذهب» ١٣١/٨.

(٤) «البيان» ٣٨٠/٦. (٥) «الحاوي» ٤٨٩/٦.

قال: (وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ: مُشْتَرِكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدَّقَ صَاحِبُ الْيَدِ) عملاً بها.

قال: (وَلَوْ قَالَ أَفْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدَّقَ الْمُنْكَرُ) لأن الأصل عدمها.

قال: (وَلَوْ أَشْتَرَى وَقَالَ: أَشْتَرَيْتَهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ

صُدَّقَ الْمُشْتَرِي) لأنه أعلم بقصده، وسواء ادعى أنه صرح بالشراء للشركة أو نواه، والأول يقع عند ظهور الخسران، والثاني عند ظهور الربح.



خاتمة:

قال الغزالي: إن قيل: ما معنى الشركة إذا لم تكن عقدًا برأسها؟

قلنا: نعني بالفساد مرة فساد الإذن، ومرة فساد الشرط، وذلك عند

شرط التفاوت في الربح، ومن فوات المقصود، وذلك عند تمييز

الملكين؛ إذ العوض لا يقع مشتركاً على حسب المراد، وقد ظهر

فائدته في طلب أجره المثل إن أختص بمزيد عمل^(١)؛ لأن التبرع

يتفاوت، والعمل في الشركة الصحيحة معتاد.

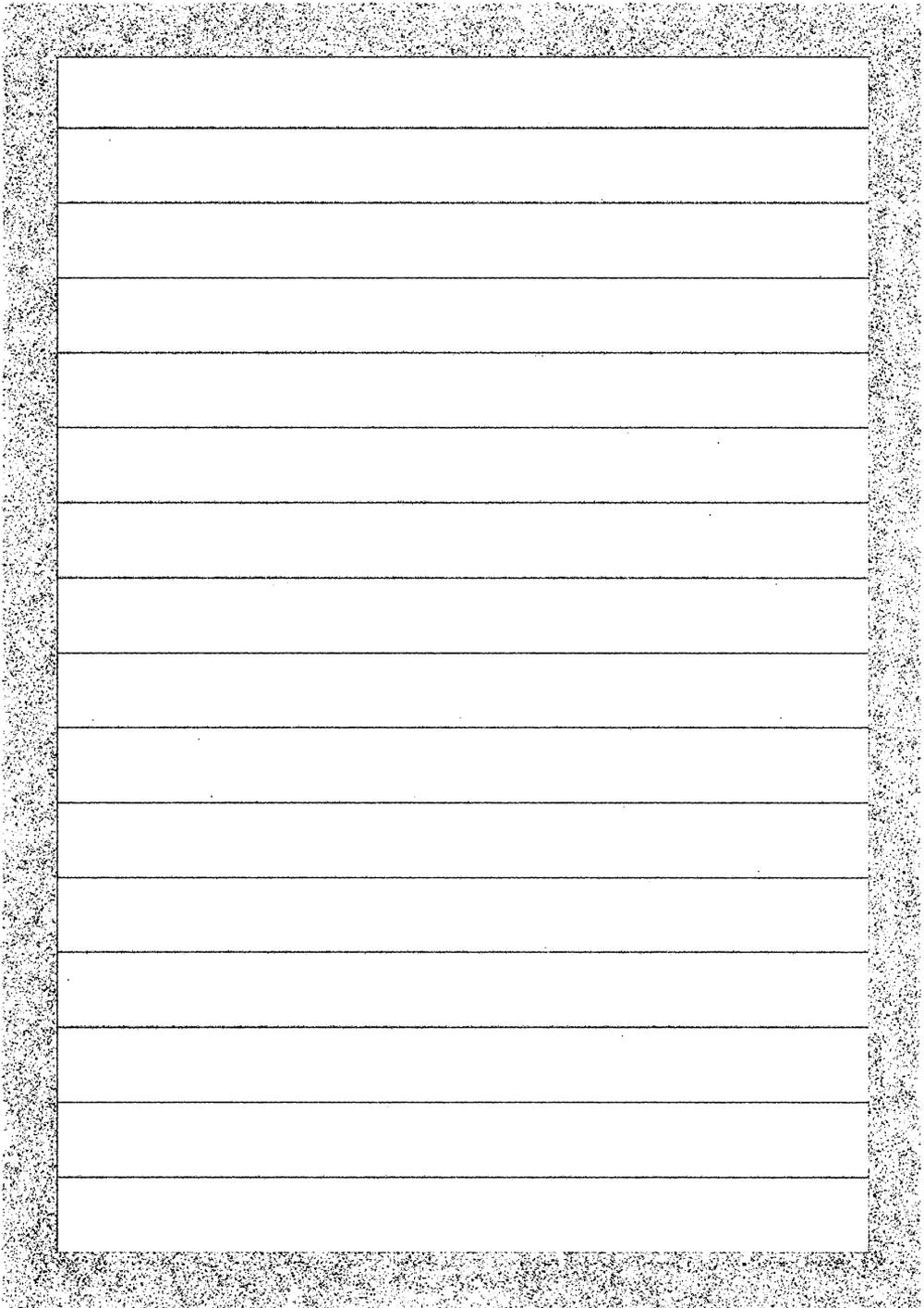
نجز الجزء الثاني بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، يتلوه إن شاء الله

تعالى في الثالث كتاب الوكالة، وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وأصحابه والتابعين وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.



کتاب الوکالت



كتاب الوكالة

شَرَطُ الْمُوَكَّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمَلِكٍ أَوْ وِلَايَةٍ. فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا الْمَرْأَةَ وَالْمُحْرِمَ فِي النِّكَاحِ. وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ. وَيُسْتَتْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ.

وَشَرَطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ، وَكَذَا الْمَرْأَةَ وَالْمُحْرِمَ فِي النِّكَاحِ، لَكِنِ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ. وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ.

وَشَرَطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكَّلُ: فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَّاقٍ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطْلًا فِي الْأَصَحِّ.

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ، فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةِ إِلَّا الْحَجَّ وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ، وَذَبْحَ أَضْحِيَّةٍ، وَلَا فِي شَهَادَةِ وَإِيْلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ، وَلَا فِي ظَهَارٍ فِي الْأَصَحِّ. وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهَبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَّاقٍ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ، وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ. وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالْإِضْطِيَادِ وَالْإِحْتِطَابِ فِي الْأُظْهَرِ، لَا فِي الْإِفْرَارِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ.

وَلِيَكُنَّ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَلَوْ قَالَ: وَكَلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، أَوْ فِي كُلِّ أَمْرِي، أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ

شَيْءٍ، لَمْ يَصَحَّ. وَإِنْ قَالَ: فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِنْتِ أَرْقَائِي. صَحَّ.
وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ، أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ
وَالسُّكَّةِ، لَا قَدْرَ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظُ يَفْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا، أَوْ فَوَضْتَهُ إِلَيْكَ،
أَوْ أَنْتَ وَكَيْلِي فِيهِ، فَلَوْ قَالَ: بَعِ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الإِذْنُ وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا،
وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فِي صِيغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيغِ الْأَمْرِ كَبِعْ أَوْ
أَعْتِقْ.

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِشَرْطٍ فِي الْأَصَحِّ. فَإِنْ نَجَرَهَا، وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا
جَازًا، وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ، وَمَتَى عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكَيْلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي
الْأَصَحِّ، وَفِي عَوْدِهِ وَكَيْلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيْقِهَا، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيْقِ
الْعَزْلِ.



فَصْلٌ

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ تَقْدِ الْبَلَدِ، وَلَا بِنَسِيئَةٍ وَلَا بِعَبْنٍ فَاحِشٍ،
وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِيًا، فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدٍ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمِ الْمَبِيعَ ضَمِنَ. فَإِنْ
وَكَّلَهُ لِبَيْعٍ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ لَهُ الْأَجَلَ فَذَاكَ.

وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ، وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ
وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ. وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ
وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ، وَلَا يُسَلَّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ، وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي
شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيًّا، فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذَّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ

وَقَعَ عَنِ الْمُؤَكَّلِ إِنْ جَهَلَ الْعَيْبَ، وَإِنْ عَلِمَهُ فَلَا فِي الْأَصْحَحِّ، وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ لَمْ يَفَعَّ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ، وَإِنْ جَهَلَهُ وَقَعَ فِي الْأَصْحَحِّ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُؤَكَّلِ فَلِكُلِّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُؤَكَّلِ الرَّدُّ.

وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ أَنْ يُؤَكَّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأْتِي مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَأْتَّ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ فَالَهُ التَّوَكُّلُ، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الْإِثْبَانِ بِكُلِّهِ، فَالْمَنْدَهَبُ أَنَّهُ يُؤَكَّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُؤَكَّلِ.

وَلَوْ أُذِنَ فِي التَّوَكُّلِ وَقَالَ: وَكَّلَ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكَيْلُ الْوَكِيلِ، وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ.

وَإِنْ قَالَ: وَكَّلَ عَنِّي فَالثَّانِي وَكَيْلُ الْمُؤَكَّلِ، وَكَذَا لَوْ أُطْلِقَ فِي الْأَصْحَحِّ. قُلْتُ: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَنْعَزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ، وَحَيْثُ جَوَزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُؤَكَّلَ أَمِينًا إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ الْمُؤَكَّلُ غَيْرَهُ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصْحَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



فَصْلٌ

قَالَ: بَعِ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنِ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ.

وَإِنْ قَالَ: بَعِ بِمِائَةِ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلِّ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلَّا أَنْ يُصْرِّحَ بِالنَّهْيِ.

وَلَوْ قَالَ: اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصَّفَةِ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةً دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُؤَكَّلِ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ فَلَا ظَهْرُ الصَّحَّةِ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُؤَكَّلِ.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعِ لِلْمُوَكَّلِ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكَّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشَّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرَّفَهُ بَاطِلٌ.

وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمَّ الْمُوَكَّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُكَ فَقَالَ: اشْتَرَيْتَ لِفُلَانٍ، فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: بِعْتُ مُوَكَّلَكَ زَيْدًا، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ لَهُ. فَالْمَذْهَبُ بِطُلَانِهِ.

وَيُدُّ الْوَكِيلُ يَدَ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ، فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ.

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ، فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ، حَيْثُ يُشْتَرَطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكَّلِ، وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالِبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكَّلُ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالِبَهُ، إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتْهُ أَوْ قَالَ: لَا أَعْلَمُهَا، فَإِنْ أَعْتَرَفَ بِهَا طَالِبَهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكَّلَ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكَّلُ كَأَصِيلٍ، وَإِذَا قَبِضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنِ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَإِنْ أَعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ. قُلْتُ: وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ أَيْدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ

فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكَّلُ فِي حُضُورِهِ، أَوْ قَالَ: رَفَعْتَ الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتَهَا أَوْ أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا أَنْعَزَلَ، فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ أَنْعَزَلَ فِي الْحَالِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا

حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ. وَلَوْ قَالَ: عَزَلْتُ نَفْسِي أَوْ رَدَدْتُ الْوَكَالَةَ أَنْعَزَلَ، وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتِ أَوْ جُنُونِ، وَكَذَا إِعْمَاءُ فِي الْأَصْحَحِ، وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنِ مَلِكِ الْمُوَكَّلِ.

وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِعَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزَلٍ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ أَنْعَزَلَ.

وَإِذَا اُخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَوْ صِفَتِهَا بِأَنَّ قَالَ: وَكَلَّنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشَّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ: بَلْ نَقْدًا أَوْ بَعِشْرَةَ، صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ، وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ أَمَرَهُ فَقَالَ: بَلْ فِي عَشْرَةَ وَحَلَفَ، فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ أَوْ قَالَ بَعْدَهُ: اشْتَرَيْتَهُ لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَذَّبَهُ حَلَفَ عَلَى نَفِي الْعِلْمِ بِالْوَكَاةِ، وَوَقَعَ الشَّرَاءُ لِلْوَكِيلِ، وَكَذَا إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمَّ الْمُوَكَّلَ وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْحَحِ، وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشَّرَاءُ، وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشَّرَاءِ لِلْوَكِيلِ اسْتُحِبَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَزُقَّ بِالْمُوَكَّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ إِنْ كُنْتُ أَمْرُكَ بِعِشْرِينَ فَقَدْ بَعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ: اشْتَرَيْتَ لِتَحِلَّ لَهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ الْمَادُونَ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ، وَفِي قَوْلِ: الْوَكِيلُ، وَقَوْلِ الْوَكِيلِ فِي تَلْفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ وَكَذَا فِي الرَّدِّ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بِجُعَلٍ فَلَا.

وَلَوْ أَدْعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكَّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ تَصَدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ قَالَ: قَبِضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمِيعِ، وَإِلَّا فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقِضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ: قَضَيْتَهُ وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ،

والأظهرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمَوْكَلِ إِلَّا بَيِّنَةً.
وَقِيمُ الْيَتِيمِ إِذَا أَدْعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى
الصَّحِيحِ.

وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ
فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ.

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَلَّنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ
فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ عَلَى وَكَالَتِهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَحَالَّنِي عَلَيْكَ، وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْتُ: وَإِنْ قَالَ: أَنَا وَارِثُهُ، وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(كتاب الوكالة)

تنبيه هام: كتاب الوكالة ساقط من جميع الأصول التي حصلنا عليها،
وتم إدراج كتاب الوكالة في الحاشية من «عجالة المحتاج» للشارح



(كتاب الوكَّالَة)

الوكالة: هي بفتح الواو وكسرها: التفويض، وهي في الشرع: إقامة الوكيل مقام الموكل في العمل المأذون فيه، والأصل فيها إجماع الأمة والسنة الصحيحة الشهيرة كقصة عروة البارقي وغيره، وفي القرآن الكريم ما يدل لها أيضاً كقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَمْكَلَكُمْ بِرِزْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ الآية. وهي مندوبة أيضاً. شَرَطُ الْمُوَكَّلِ صِحَّةُ مَبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمَلِكٍ أَوْ وِلَايَةٍ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ؛ لأن التصرف الخاص بالإنسان أقوى من تصرفه بغيره، فإذا لم يقدر على الأقوى فعلى الأضعف أولى، والمغمى عليه كالمجنون وكذا النائب، واحترز بالملك والولاية عن التوكيل؛ فإنه لا يوكل عند الإطلاق كما سيأتي؛ لأنه ليس بمالك ولا ولي، وعن العبد المأذون لأنه إنما يتصرف بالإذن فقط، ويرد على الضابط المذكور الوكيل؛ فإنه قد يوكل عنه لا عن الموكل كما سيأتي، وحيث فلا يصح اشتراط كون الموكل مالكا للتصرف بملك أو ولاية، وقوله وَكَّلَ فِيهِ هُوَ بفتح الواو، وَلَا الْمَرْأَةَ وَالْمُحْرِمَ فِي النِّكَاحِ، أما المرأة

فلأنها لا تباشره، والمراد أنها لا توكل أجنبيًا في تزويجها، فأما إذا أذنت للولي بصيغة الوكالة فإنه يصح. وأما المحرم فللنهي عنه في «صحيح مسلم»؛ وهذا محمول على ما إذا وكل ليعقد عنه في حال الاحرام، فإن وكله ليعقده إذا حل أو أطلق صح، وكذا لو وكله حلال ليوكل حلالًا بالتزويج على الأصح لأنه سفير محض.

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَالِيِّ، أَي: وهو الأب والجد والوصي ولاقيم، فِي حَقِّ الطِّفْلِ، لولايته عليه، والمجنون والسفيه كالطفل، **وَيُسْتَشْتَى،** أي: عما ذكرناه، **تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ فَيَصِحُّ،** وإن لم يقدر على مباشرته للضرورة، وكذا في القبض على الأصح، وكذا لو علق الطلاق بسبق الثلاث، فقال: إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، وقلنا بامتناع التطبيق فإنه يوكل فيه وفي سائر العقود المتوقفة على الرؤية كالإجارة، يصح توكيله فيها أيضًا، ويستثنى من القاعدة المذكورة طردًا أو عكسًا مسائل فراجعها من الشرح تركتها خشية التطويل.

وَشَرَطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ، كما في الموكل، ويستثنى توكيل الولي فاسقًا في بيع مال الطفل فإنه لا يجوز، **لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ،** لسلب عبارتهما والمغمى عليه كالمجنون وكذا النائم، **وَكَذَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرَمِ فِي النِّكَاحِ،** لسلب عبارتهما فيه إيجابًا وقبولًا، والمحرم بضم الميم كما هو كذلك فيما سلف أيضًا، والمحرم بفتحها يصح أن يكون وكيلًا في القبول، وإن كان لا يصح تعاطيه لنفسه، والخنثى ينبغي إلحاقه بالمرأة للشك في أهليته، **لكن الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ،** أي ثقة، **فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِصَالِ هَدِيَّةٍ،** لتسامح السلف في مثل ذلك، وهو توكيل من جهة الإذن والمهدي، والثاني: المنع لما سلف؛ وصحح في أصل الروضة القطع بالأول، ومحل الخلاف إذا لم يكن قرينة وإلا فيعتمد قطعًا.

فرع: الكافر والفاسق كالصبي من ذلك.

فرع: قال القفال في «فتاويه»: إذا أشتري طعاماً وبعث صبياً ليستوفيه، فكال البائع عليه حل له التصرف فيه، إن كان الصبي يعقل مثله، وكذا في باب السلم إذا بعث صبياً قال: وكذا في باب الهبة.

فرع: يجوز توكيل الصبي في دفع الزكاة على الأصح كما سلف في بابه. **وَالْأَصْحُ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ**، لأنه لا ضرر على السيد فيه، والثاني: لا، لأنه لا يستقل فيه بنفسه، ومحل الخلاف إذا لم يأذن؛ فإن أذن صح قطعاً. كذا ذكره في «الروضة» في النكاح، وقال هنا بعد أن حكى الخلاف مع الإذن: المختار الجواز مطلقاً، **وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ**، لأنه لم يزوج بنت نفسه فبنت غيره أولى، والثاني: الصحة، لصحة عباراته في الجملة، والمبعض أولى بالصحة منه فيما يصح توكيله فيه فيما يظهر.

وَشَرَطُ الْمُؤَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُؤَكَّلُ: فَلَوْ وَكَّلَ بَيْعِ عَبْدٍ سَيِّمْلِكُهُ، وَطَلَقَ مَنْ سَيَّنَكْحُهَا بَطَلَ فِي الْأَصْحِ؛ لأنه لا يتمكن من مباشرته بنفسه، فلا يتمكن من أستنابة غيره فيه، والثاني: يصح، ويكفي حصول الملك عند التصرف، فإنه المقصود عند التوكيل، ويستثنى القراض؛ فإنه يصح إذن المالك للعامل في بيع ما سيملكه من العروض، إذ لا تتم مصالح العقد إلا بذلك، ولو قال: وكلتك في بيع كذا وأن تشتري بثمانه كذا فأشهر القولين صحة التوكيل بالشراء كما ذكره صاحب «المطلب».

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ، لأن التوكيل تفويض وإنابة، **فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ**، لأن المقصود منها ابتلاء الشخص واختباره بإتعاها بنفسه، **إِلَّا الْحَجَّ**، أي: عند العجز لما ذكرناه في موضعه. ويندرج فيه ركعتا الطواف ويقعان عن المستأجر في الأصح، والعمرة ملحقة بالحج، ويندرج فيه ركعتا الطواف ويقعان عن المستأجر في الأصح، والعمرة ملحقة بالحج، **وتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ، وَذَبْحَ أَضْحِيَّةٍ**، لما تقدم في الزكاة، ويأتي في الأضحية. وفي صوم الولي عن الميت خلاف كما سلف في موضعه، ويلحق بالزكاة الكفارات والصدقات، ويذبح الأضحية والهدي

ونحوه، وقد سلف في باب الموضوع الاستعانة فيه، وفي باب التيمم الاستنابة فيه. والتوكيل في إزالة النجاسة جائز، وعنه أحترز المصنف بقوله: (عِبَادَةٌ)، لأنه من باب التروك. ولذلك لا يشترط فيها النية على الأصح، وَلَا فِي شَهَادَةٍ وَإِيْلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ، أي: باقيةا إلحاقاً بالعبادات.

فرع: الشهادة على الشهادة ليست بتوكيل.

وَلَا فِي الظَّهَارِ فِي الْأَصْحَحِّ، لأنه منكر وزور، وفي ذلك إعانة عليه، والثاني: يصح بناء على أن المقلب فيه شائبة الطلاق على شائبة اليمين، والأول غلب فيه شائبة اليمين. فيقول على الثاني؛ موكلي يقول: أنت عليه كظهر أمه.

فرع: في معنى الأيمان النذور وتعليق الطلاق والعتق.

وَيَصِحُّ فِي طَرْفِي بَيْعٍ، وَهَبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، أما النكاح فبالنص وأما الباقي فبالقياس وطلاق، أي منجزاً لأنه إذا جاز في العقد ففي حله أولى، أما المعلق فلا على الأصح؛ وسائر العقود، أي كالضمان ونحوه، والفسوخ، أي المتراخية، أما التي على الفور فلا للتقصير، وقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ، قياساً على ما سلف ولعموم الحاجة، ويستثنى من جواز التوكيل في القبض قبض العوض في الصرف في غيبة الموكل؛ لأن بغيبته فسد العقد، وكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالْإِصْطِيَادِ وَالْإِحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ، لأنه أحد أسباب الملك فأشبهه الشراء فيحصل الملك للموكل إذا قصد الوكيل له، والثاني: لا، كالاغتنام إذ الملك بالحيازة، ولو استأجره ليحتطب أو يستقي؛ فالأصح في «الروضة»: الجواز، لَا فِي الْإِقْرَارِ، أي: بأن يقول: وكلتك لتقر عني لفلان بكذا، فِي الْأَصْحَحِّ، لأنه إخبار فأشبهه الشهادة.

والثاني: يصح، لأنه قول يلزم بالحق كالشراء، فعلى هذا لا يلزمه شيء قبل إقرار الوكيل على الصحيح في الروضة، وعلى الأول يجعل مقراً بنفس التوكيل على ما صححه الأكثرون على ما ذكره في «الروضة» من زوائده أيضاً. وجزم في «الحاوي الصغير» بخلافه.

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، كسائر الحقوق بل يتعين ذلك في حد القذف، وكذا في قطع الطرف على الأصح كما ذكره في موضعه، أما حقوق الله تعالى فلا يجوز التوكيل في إثباتها؛ لأنها مبنية على الدرء، وَقِيلَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ، لاحتمال العفو في الغيبة قال الروياني: وبه أفتي، وقوله (وَقِيلَ) صوابه وفي قول، قال صاحب «المعين»: ومحل الخلاف في تمكين الحاكم الوكيل من الاستيفاء، أما استيفاء الوكيل فصحيح قطعاً.

فرع: يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى من الإمام والسيد، نعم يمتنع التوكيل في إثباته إلا في دعوى القاذف على المقذوف أنه زنا.

وَلَيْكُنَ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، لثلا يعظم الغرر، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، لأنها شرعت تسهيلاً ورفقاً فسومح فيها، فَلَوْ قَالَ وَكَانَتْ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوُضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ لَمْ يَصِحَّ، لأنه غرر عظيم لا ضرورة إلى احتماله.

فرع: في «تهذيب الشيخ نصر المقدسي»: أنه لو وكله في شراء ما شاء لم يصح، لأنه قد يعجز عنه لكثرتة.

وَأِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِنَقِ أَرْقَائِي. صَحَّ، لأن ذلك محصور وغرره قليل، وَإِنْ وَكَلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ، أي كتركبي وهندي وغيرهما قليلاً للغرر، فإن الأغراض مختلفة، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي في السلم ولا ما يقرب منها اتفاقاً قاله الإمام، لكن اعتبر القاضي ذكر الصفات التي في السلم ولا ما يقرب منها اتفاقاً قاله الإمام، لكن اعتبر القاضي ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، وقال الجويني: إذا اختلفت الأصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلفاً ظاهراً اشترط ذكر أوصاف تميزه، قال الإمام: ولم يتعرضوا له، قلت: ذكره صاحب «التنبيه» فيه؛ لكنه عبر عن الصنف بالوصف، وقال: إنه الأشبه، وذكره الجرجاني في «تحريره» أيضاً.

فرع: لو كان القصد التجارة؛ فلا يشترط النوع ولا الجنس.
 أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ، أي وهي الحارة، وَالسَّكَّةِ، أي بكسر السين وهو الزقاق، لاختلاف الغرض بذلك أختلافا ظاهرا، ويعين في الحانوت السوق، لِأَنَّ قَدْرَ الثَّمَنِ فِي الْأَصْحِّ، أي في هذه والتي قبلها، لأنه قد يتعلق الغرض بعبد من ذلك النوع أو دارًا نفيسا أو خسيسا، والثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول: من مائة إلى ألف لظهور التفاوت.

وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظٌ يَفْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضْتَهُ إِلَيْكَ أَوْ أَنْتَ وَكَيْلِي فِيهِ، أي ونحوها كأثبتك كما يشترط الإيجاب في سائر العقود، ويؤخذ من كلام المصنف: أنه لا بد من تعيين الوكيل، وبه صرح الغزالي وإمامه، فَلَوْ قَالَ بَعِ أَوْ أَعْتَقَ حَصَلَ الْإِذْنُ، لأنه أبلغ مما سبق، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، لأن التوكيل إباحة ورفع حجر؛ فأشبهه إباحة الطعام، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ، لأنه تملك حق كسائر التصرفات، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فِي صِيغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيغِ الْأَمْرِ كَبِعَ وَأَعْتَقَ، نظرا إلى الصيغة، واحتراز بقوله (لفظا) عن القبول معنى، فإنه لا بد منه في دوام الوكالة قطعا حتى لو رد بطلت.
 فرع: إذا قلنا بالأصح فوكله والوكيل لا يعلم ثبتت وكالته في الأصح، فلو تصرف صح على الأظهر.

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِشَرْطٍ، أي: من صفة أو وقت، فِي الْأَصْحِّ، كسائر العقود، والثاني: يصح كالوصية والإمارة، والأول فرق بأن الوصية تقبل الجهالة فيقبل التعليق، فَإِنْ نَجَزَهَا، وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازًا، لأنه إنما علق التصرف فقط وفيه نظر.

فرع: يجوز توقيتها.
 وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ وَمَتَى عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكَيْلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصْحِّ، لأنه نجزها، والثاني: لا، لأنه أبدها، ومحل الخلاف ما إذا قال ذلك متصلا بالتوكيل بصيغة الشرط وبكلما وعم نفسه وغيره، وَفِي عَوْدِهِ وَكَيْلًا بَعْدَ

العَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيْقِهَا، لأنه علق الوكالة ثانيا على العزل؛ والأصح: عدم العود؛ لأن الأصح فساد التعليق، والثاني: يعود بناء على صحته، وَجَبْرِيَانِ فِي تَعْلِيْقِ الْعَزْلِ، أي: وأولى بالقبول؛ لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً؛ واشتراطه في الوكالة مختلف فيه.



(فَضْلٌ)

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، لدلالة القرينة العرفية عليه، وَلَا بِنَسِيئَةٍ، أي وإن كان قدر ثمن المثل؛ لأن الإطلاق يقتضي الحلول لأنه المعتاد غالباً، وَلَا بِعَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا، كالوصي والوكيل بالشراء، أما اليسير فيغتفر، واحترز بقوله (مُطْلَقًا) عما إذا نص عليه الموكل، فإنه يجوز؛ لأن المنع كان لحقه فزال بإذنه، وقوله (لَيْسَ لَهُ) هو صريح في المنع، فلو فعل فالمذهب بطلان تصرفه، وفي قول: أنه موقوف على إجازة الموكل، فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمِ الْمَبِيعَ ضَمِنَ، لتعديه، أما قبل التسليم فلا.

فرع: لو باع بضمن المثل وطلب في المجلس بزيادة؛ فالحكم المنع كما سبق في عدل الرهن.

فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الْأَجَلَ فَذَاكَ، أي فيجوز أن يبيعه إلى ذلك الأجل الذي قدره من غير زيادة عليه، فإن باع بأقص، فإن كان في وقت لا يؤمن النهب والسرقة، أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح وإلا صح في الأصح، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، لصحة اللفظ، والثاني: لا، لأنه مجهول، والغرض يختلف باختلاف الآجال، وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ، لأن مطلق الوكالة يحمل على ذلك، وعرف الناس يختلف باختلاف الأجناس، فإن لم يكن عرف راعى الأنفع، والثاني: له التأجيل إلى ما شاء لإطلاق اللفظ،

والثالث: لا يزيد على سنة كتقدير الديون المؤجلة بها شرعا كالجزية، ولا يبيع لنفسه، أي ولو أذن لتضاد الغرضين وهما الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل، نعم؛ لو أذن له في البيع من نفسه وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة فينبغي الجواز، كما قاله صاحب «المطلب»، وولده الصغير، لما قلناه.

فرع: الشراء في ذلك كالبيع.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَأَبْنِهِ الْبَالِغِ، أَي: وكذا سائر أصوله وفروعه المستقلين؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح، والثاني: لا، لأنه متهم بالميل إليهم، أما غير الأصول والفروع فيبيع منهم ويشترى قطعاً. فرع: لو عين الموكل الثمن! ففي جواز بيعه منهم وجهان مرتبان؛ وأولى بالصحة لانتفاء التهمة ذكره القاضي حسين.

فرع: لو أذن له في البيع منهم جاز قطعاً.

وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ، لأنه من توابع البيع ومقتضاه، والثاني: لا، لأنه قد يرضاه للبيع دون القبض، ومحل الخلاف إذا لم يكن القبض شرطاً، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعاً وكذا رأس مال السلم، وإذا باع بثمن مؤجل فإنه لا يملك قبض الثمن قطعاً، وكذا إذا نهاه عن قبض الثمن، قال صاحب «المعين»: وإذا كان الموكل غائباً أو لم يعين المشتري فله قبض الثمن قطعاً، وليس محل الخلاف لثلا يضيع، وتسليم المبيع، أي: إذا كان مسلماً إليه؛ لأنه من مقتضياته، وقيل: فيه الخلاف في قبض الثمن، ولا يسلمه حتى يقبض الثمن، لأن في تسليمه قبل قبضه خطر ظاهر، فإن خالف ضمن، لتعديه.

وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيْبًا، أي لا يبغي له ذلك؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة، فإن اشتراه في الذمة وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به وقع عن الموكل إن جهل العيب به، لأنه يمكن أستدراكه بالرد فلا ضرر فيه، ولا ينسب الوكيل إلى مخالفة لجهله، وقوله (في الذمة) قد يوهم أنه إذا

أشترى بعين مال الموكل لا يقع له، وليس كذلك بل يقع له أيضًا، إذا أوقعناه له هناك لكن ليس للوكيل الرد في الأصح، فأتى بهذا القيد ليحترز به عما يقتضيه كلامه بعد من الرد، وإن علمه فلا في الأصح، أي: سواء ساوى ما اشتراه به أم زاد؛ لأن الإطلاق يقتضي سليما، والثاني: يقع له، لأن الصيغة مطلقة ولا نقص في المالية، والثالث: إن كان يشتره للتجارة وقع له، أو للقنية فلا وهو حسن، وإن لم يساوه، أي لم يساو ما اشتراه به، لم يقع عنه، أي عن الموكل، إن علمه، للمخالفة المورطة في الغرامة، وإن جهله وقع في الأصح، كما لو اشتراه لنفسه جاهلاً، والثاني: لا، لأن الغبن يمنع الوقوع عنه مع السلامة فعند العيب أولى.

وإذا وقع للموكل فكل من الوكيل والموكل الرد، أما الموكل فلأن الملك له، وأما الوكيل فلأنه أقامه مقام نفسه في العقد ولو احمقه، ويستثنى من ذلك ما إذا رضي الموكل بالعيب، وكذا إذا رضي الوكيل.

وليس للوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وكل فيه، كما ليس للوصي أن يوصي، نعم؛ قال الجوري: لو وكله في قبض دين فقبضه وأرسله مع بعض عباله إلى الموكل لم يضمن أو مع غيره ضمن، وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه أو لا يليق به فله التوكيل، عملاً بالعرف فإن المقصود من مثله الاستنابة.

ولو كثر وعجز عن الإتيان بكله، فالمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن، أي عن موكله لا عن نفسه على الأصح دون الممكن لعدم الضرورة إليه، وقيل: يوكل في الممكن، لأنه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل كما لو أذن صريحاً، والطريق الثاني: إطلاق وجهين في الكل، وعبارة «المحرر» بدل العجز عدم الإمكان.

ولو أذن في التوكيل وقال: وكل عن نفسك ففعل فالثاني وكيل الوكيل، لأنه مقتضى الإذن، والأصح أنه ينعزل بعزله وأنعزاله، أي:

يعزل الثاني بعزل الأول وبانعزاله أيضًا أي بموته وجنونه، وهذا بناء على أن الثاني وكيل الوكيل، ووجه مقابله مبني على أنه وكيل الموكل ولم يذكر في «المحرر» مسألة الانعزال، وَإِنْ قَالَ: وَكُلُّ عَنِّي فَالثَّانِي وَكَيْلُ الْمُوَكَّلِ، لأن التوكيل في التوكيل جائز اتفاقًا، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ، أي: بأن قال: وكلتك في كذا وأذنت لك في أن توكل فيه ولم يقل عنك ولا عني، فِي الْأَصَحِّ، لأن التوكيل تصرف بولاية الوكيل بإذن الموكل فيقع عنه.

والثاني: أنه وكيل الوكيل، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه، وهذا هو الأصح في نظيره في القاضي إذا قال لناثبه أستنب ولم يقل عني.

قُلْتُ: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَعْزَلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ، لأنه ليس وكيلا له؛ ولو سكت المصنف عن هذا لعلم من التفریح، ولكنه أراد زيادة إيضاح. وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوَكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكَّلَ أَمِينًا، رعاية لمصلحة الموكل، فإن وكل خائنًا لم يصح، لأنه خلاف المصلحة وظاهر إطلاق المصنف أنه لا يجوز توكيل الخائن وإن كان الموكل عين الثمن والمبيع منه، لأنها استنابة عن الغير وهو أحد احتمالي صاحب المطلب، إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكَّلُ غَيْرَهُ، أي غير الأمين فيتبع تعيينه لإذنه فيه، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، والله أعلم، لأنه أذن له بالتوكيل دون العزل، والثاني: نعم، لأن الإذن في التوكيل يقتضي توكيل الأمانة، فإذا فُسِّقَ لم يجوز استعماله فيملك عزله، وخصَّ الغزالي الجواز بما إذا قال: وكل عني. واستشكل بعضهم جواز العزل، كما قال ابن الرفعة: لأنه ليس وكيلا عنه فكيف يقدر على عزله، وقال بعض المتأخرين: ينبغي أن يفرع على أنه وكيل عن نفسه فيملك عزله؟ أو عن الموكل فلا يملك.



(فَصْلٌ)

قَالَ: بَع. لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنِ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، تبعاً

لتخصيصه، وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض، أي: أنه لا يتعين لاتفاق الغرض فيها، وهذا ما أورده جماعة وهو المنصوص، وهذا إذا لم يقدر الثمن، فإن قدره جاز البيع في غيره، أما إذا تعلق به غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر والنقد أجود، فإنه لا يجوز البيع في غيره جزماً إذا لم يقدر الثمن، ولو نهاه صريحاً عن البيع في غيره أمتنع قطعاً.

وإن قال بع بمائة لم يبع بأقل، أي: ولو بقيراط، وله أن يزيد، لأن ذلك زيادة خير، إلا أن يصرح بالتهي، لأن النطق أبطل حكم العرف، وقوله (وله) يفهم أنه لا يجب عليه البيع بالزيادة إذا كان هناك راغب؛ والأصح في «الروضة» خلافه، وهذا كله إذا لم يعين المشتري، فإن عينه لم يزد قطعاً؛ لأنه ربما قصد إرفاقه، قال الغزالي: إلا إذا علم خلافه بالقرينة ولو قال: اشتري عبد فلان بمائة فاشترى بأقل منها صح، وفرق الماوردي بأنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المائة، وفي الشراء مأمور بدفع مائة ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز. ولو قال: اشتري بهذا الدينار شاة ووصفها، فاشترى به شاتين بالصفة، فإن لم تساو واحدة ديناراً لم يصح الشراء للموكل، أي: وإن زادت قيمتها على الدينار لفوات ما وكل فيه، واحترز بقوله (ووصفها) عما إذا لم يصفها فإن التوكيل لا يصح، وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة، وحصول الملك فيهما للموكل، لأنه حصل المقصود وزاد خيراً فأشبه ما لو قال بع بخمسة فباع بعشرة، والثاني: لا تقع الشاتان معا للموكل؛ لأنه لم يأذن إلا في واحدة، بل إن اشترى في الذمة للموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل، وللموكل تقرير العقد فيهما على الأصح إذا عقد له أو بالعين فالوكيل فضولي، وقوله (وإن ساوته كل واحدة) هو طريقه، والأصح في «الروضة»: إن الشرط أن يكون إحداها فقط مساوية للدينار.

ولو أمره بالشراء بمعين فاشترى في الذمة لم يقع للموكل، لمخالفته، فإنه ألزم ذمة الموكل ما لم يأذن فيه ويقع العقد له وإن صرح بالسفارة، وكذا

عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ، للمخالفة؛ فإنه أمره بعقد يلزم مع بقاء المدفوع وتلفه فعقد عقدا يلزم مع بقاءه دون تلفه، وقد يكون غرض الموكل تحصيل المبيع على كل حال، والثاني: يصح، لأنه أقل غررا فقد زاد خيرا.

وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكَّلُ فِي بَيْعِ مَالِهِ، أي بأن قال: بع هذا العبد فباع غيره، أو الشَّرَاءِ بِعَيْنِهِ، فاشترى في الذمة، فَتَصَرَّفَهُ بَاطِلٌ، أما في الأولى: فلأن المالك لم يرض بإزالة ملكه عنه، وأما في الثانية: فكالبيع.

وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكَّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ، لأن الخطاب جرى معه وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقا لإذنه، فإذا خالف لغت نيته وصار كأجنبي يشتري لغيره في ذمته، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ، بَعْتُ فَقَالَ اشْتَرَيْتَ لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، أي وتلغوا التسمية لأنها غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه ولم يمكن صرفه إليه صار كأنه لم يسمه، والثاني: أن العقد باطل من أصله لامتناع إيقاعه عنه بالإضافة إلى الغير وهذا من فوائد القاعدة الأصولية أن الخصوص إذا بطل هل يبطل العموم؟

وَإِنْ قَالَ بَعْتُ مُوَكَّلَكَ زَيْدًا فَقَالَ اشْتَرَيْتَ لَهُ فَالْمَذْهَبُ بَطْلَانُهُ، لأن البيع عقد لا يمكن تعليقه بغير العاقد ولم تجر بينهما مخاطبة؛ بخلاف النكاح؛ فإنه لا يصح إلا كذلك فإنه سفارة محضة، وكذلك لو وكله في قبول نكاح زينب له فقبل نكاح حفصة لم يصح العقد للموكل ولا للوكيل، وقوله (فَالْمَذْهَبُ) كذا عبر به في «الروضة» وكذا هو في «المحرر». وعبارة الرافي في شرحه أنه ظاهر المذهب، وهي لا تشعر بحكاية خلاف البتة؛ ولم يذكر في «الروضة» تبعا للشرح ما يقابل ذلك؛ نعم؛ أفاد ابن الرفعة حكاية وجهين في ذلك عن الجويني فوجب إبدال المذهب بالأصح.



(فَصَلِّ)

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ، لأنها عقد إرفاق ومعونة؛ والضمان

مناف لذلك ومنفر عنه، فَإِنْ تَعَدَى ضَمِنَ، كغيره من الأمانة، وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ، لأنها أمانة وإذن في التصرف فلا يلزم من ارتفاع حكم العقد وهو الأمانة بطلانه كالرهن بخلاف الإيداع فإنه محض أتمان، والثاني: ينزل كالوديعة وهذا إذا تعدى بالفعل؛ فإن تعدى بالقول كما لو باع بغبن فاحش ولم يسلم لا ينزل جزماً، لأنه لم يتعد فيما وكل فيه؛ ذكره في «الكفاية» عن «البحر».

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَالرُّومِ الْعَقْدُ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرطُ، أَي كَالصَّرْفِ، الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكَّلِ، لَأَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْعَاقِدُ حَقِيقَةً، وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالِبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكَّلُ، عَمَلًا بِالْعَرَفِ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ وَحَقُّ الْبَائِعِ مَقْصُورٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالِبُهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتْهُ أَوْ قَالَ: لَا أَعْلَمُهَا، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ وَالْعَقْدُ مَعَهُ.

وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا طَالِبُهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكَّلَ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكَّلُ كَأَصِيلٍ، لِأَنَّ الْعَقْدَ لِلْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلَ قَابِلٌ فَأَلْزَمَانُهُمَا، وَخَيْرِنَا الْبَائِعِ فِي مَطَالِبَةٍ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا، فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ الْوَكِيلُ إِذَا غَرِمَ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَطَالِبَ الْمُوَكَّلَ لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ لَهُ وَالْوَكِيلَ مَعِينٌ.

وَالثَّلَاثُ: مُقَابَلُهُ وَرَجْحُهُ الرَّافِعِي فِي مَسْأَلَةِ خَلْعِ الْأَجْنَبِيِّ، وَالرَّابِعُ: إِنْ صَرَحَ بِالسَّفَارَةِ طَالِبُ الْمُوَكَّلِ وَإِلَّا فَلَا، وَإِذَا قَبِضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، لِحْصُولِ التَّلَفِ عِنْدَهُ، وَالثَّانِي: يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ، لِأَنَّهُ سَفِيرُهُ وَيَدُهُ كِيدُهُ، وَنَسَبُهُ الْقَاضِي حَسِينٌ إِلَى عَامَةِ الْأَصْحَابِ، وَالثَّلَاثُ: يَرْجِعُ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا لِلْمَعْنِيِّينَ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، لِأَنَّهُ غَرَهُ. قُلْتُ: وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ أِبْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ مَأْمُورٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَالثَّانِي: لَا، لِتَلَفِهِ تَحْتَ يَدِ الْوَكِيلِ، وَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ فِي

نظيره من الرهن بتخيير المشتري بين رجوعه على العدل وبين رجوعه على الراهن والقرار عليه.



(فَصْلٌ)

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، أَي وَلَوْ كَانَتْ بِجَعْلٍ لَضُرَرِ الْإِذْرَامِ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يَبْدُو لِلْمُوَكَّلِ فِي الْإِنَابَةِ أَوْ فِي إِتَابَةِ غَيْرِ ذَلِكَ الشَّخْصِ وَقَدْ لَا يَتَفَرَّغُ الْوَكِيلُ.

فروع: لو عقد بلفظ الإجارة فهي إجارة لازمة من الجانبين.

فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكَّلُ فِي حُضُورِهِ أَوْ قَالَ: أَي فِي حُضُورِهِ: رَفَعَتْ الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلَتْهَا أَوْ أَخْرَجَتْكَ مِنْهَا أَنْعَزَلَ، لِأَنَّهَا إِذَا عَقِدَ جَائِزًا كَمَا قَرَّرْنَاهُ فَيَنْفَسَخُ بِالْفَسْخِ، وَإِنَّمَا إِذْنٌ فَيَبْطُلُ بِرَجُوعٍ مِنْهُ الْإِذْنُ، فَإِنَّ عَزْلَهُ، وَهُوَ عَائِبٌ أَنْعَزَلَ فِي الْحَالِ، كَالطَّلَاقِ وَيُخَالِفُ الْقَاضِي لِتَعْلُقِ الْمَصَالِحِ الْكَلِيَّةِ بِهِ، كَذَا فَرَقَ الرَّافِعِيُّ، وَمَقْتَضَاهُ أَنَّ الْحُكْمَ فِي وَاقِعَةٍ خَاصَّةٍ حَكَمَهُ حُكْمُ الْوَكِيلِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبْرُ، كَالْقَاضِي، وَبِنَاهُمَا عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْحُكْمَ هَلْ يَكُونُ مَنْسُوخًا عَنِ الْمَكْلُفِينَ قَبْلَ بُلُوغِ الْفَسْخِ إِلَيْهِمْ إِذَا بَلَغَ الشَّارِعُ؟ وَهَذَا الْبِنَاءُ يَأْبَاهُ اخْتِلَافُ الصَّحِيحِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ عَزَلْتُ نَفْسِي أَوْ رَدَدْتُ الْوَكَالَةَ أَنْعَزَلَ، أَي سِوَاءَ كَانِ الْمُوَكَّلُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا، لِأَنَّهُ قَطَعَ لِلْعَقْدِ فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُضُورٍ مِنْ لَا يَعْتَبَرُ رِضَاهُ كَالطَّلَاقِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ بِصِيغَةِ الْأَمْرِ فَلَا، لِأَنَّهَا إِذْنٌ وَإِبَاحَةٌ كِإِبَاحَةِ الطَّعَامِ، وَيَنْعَزَلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ، لِأَنَّهُ لَوْ قَارَنَ مَنَعَ الْإِنْعِقَادَ إِذَا طَرَأَ قَطْعُهُ، وَالصَّوَابُ أَنَّ الْمَوْتَ لَيْسَ بِعَزْلِ كَمَا قَالَه صَاحِبُ «الْمَطْلَبِ» بَلِ الْوَكَالَةُ تَنْتَهِي بِهِ كَمَا قَلْنَا فِي النِّكَاحِ، وَفِي الْجُنُونِ الزَّائِلِ عَنِ قَرَبِ وَجْهِ بَعِيدٍ، وَمَنْ الْوَاضِحُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالنُّومِ وَإِنْ خَرَجَ بِهِ عَنِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ، وَكَذَا إِعْمَاءٌ فِي الْأَصْحَحِّ، كَالْجُنُونِ، وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ

بمن تولى عليه، وصححه الإمام، وقال القاضي: إنه ظاهر المذهب، وقال أبو علي الفارقي: المؤثر منه ما أثر في الصوم، وفي البحر وجه أن الخلاف إذا لم تطل مدته بحيث يولى عليه فإن طالت أنعزل.

فرع مستثنى: الأصح عدم أنعزال الوكيل في رمي الجمار بإغماء الموكل. **وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنِ مَلِكِ المُوَكَّلِ**، أي: بأن باع الموكل ما وكله في بيعه أو أعتقه لاستحالة بقاء الوكالة والحالة هذه وكذا إيجار الموكل في بيعه، **وإنكار الوكيل الوكالة لِنِسْيَانِ أَوْ لِعَرَضٍ فِي الإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلِ**، أي: لعدره، **فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ أَنْعَزَلَ**، لانتفائه، وقيل: لا ينعزل مطلقا كما صححوه في الموكل إذا أنكرها، ولو أنكر الخصومة وقد ادعى عليه بحق على موكله فقامت البينة بقبوله؛ فإنه لا ينعزل ولا تندفع عنه الخصومة إلا أن يعزل نفسه ذكره الجوري، **وَإِذَا اُخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَوْ صِفَتِهَا بِأَنَّ قَالَ وَكَلَّتَنِي فِي البَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشَّرَاءِ بَعِشْرِينَ**، فقال: **بَلْ نَقْدًا أَوْ بَعِشْرَةَ صَدَقِ المُوَكَّلُ بِيَمِينِهِ**، أما في الأولى: فلأن الأصل عدم الإذن، وأما في الثانية: لأن الأصل عدم الإذن فيما يدعيه الوكيل؛ والموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه. **وَلَوْ اشْتَرَيْتُ جَارِيَةً بَعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ المُوَكَّلَ أَمَرَهُ فَقَالَ بَلْ بَعِشْرَةَ**، أي: أذنت في عشرة، **وَحَلَفَ**، **فَإِنْ اشْتَرَيْتُ بَعِينَ مَالِ المُوَكَّلِ وَسَمَّاهُ فِي العَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ**، أي: بعد العقد: **اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ وَالمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ البَائِعُ**، أي: في كونه وكيلا وفي كون المال لغيره، **فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ**، لأنه ثبت بتسميته في الأولى، **وبتصديق البائع في الثانية أن المال والشراء للغير وثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو، وإذا بطل فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ، وَإِنْ كَذَّبَهُ**، يعني: البائع بأن قال: **إنما اشتريت لنفسك والمال لك، حَلَفَ عَلَيَّ نَفِي العِلْمِ بِالْوَكَالَةِ**، أي إن ادعى الوكيل علمه بها، **وَوَقَعَ الشَّرَاءَ لِلوَكِيلِ**، أي ظاهرا وسلم الثمن المعين إلى البائع وعزم الوكيل بدله للموكل، **وَكَذَا إِنْ اشْتَرَيْتُ فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمَّ المُوَكَّلُ**، أي ولكن نواه

فالجارية للوكيل والشراء له ظاهرا، وظاهر كلام المصنف وغيره أنه لا فرق في وقوع العقد للوكيل بين أن يصرح بالسفارة أم لا، ولا بين أن يصدق البائع الموكل أو يكذبه، وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ، أي: بأن قال: أنت مبطل في تسميته، فِي الْأَصَحِّ، كما لو أقتصر على النية، والثاني: أن الشراء يبطل من أصله، وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشَّرَاءُ، لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه.

وَحَيْثُ حَكِمَ بِالشَّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالمُوكَّلِ، أي يتلطف به، لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ: إِنْ كُنْتَ أَمَرْتَكُ بِعِشْرِينَ فَقَدْ بَعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ: أَشْتَرَيْتَ لِتَحَلَّ لَهُ، أي باطنا ولا يضر التعليق المذكور للضرورة إليه.

وَلَوْ قَالَ أَتَيْتَ بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوكَّلُ صُدِّقَ الْمُوكَّلُ، لأن الوكيل أقر عليه بما يبطل عليه ملكه مع أن الأصل فيما أدعاه عدم، وفي قَوْلِ الوَكِيلِ، لأن الموكل أقامه مقام نفسه فنفذ قوله عليه فيما هو إليه وصححه جماعة، ومحل الخلاف ما إذا وقع قبل العزل؛ فإن وقع بعده فلا يقبل قوله إلا بيينة قطعاً كما جزم به الرافعي؛ لأنه غير مالك للتصرف حينئذ، على أن كلام الماوردي يفهم جريان الخلاف مطلقاً، وَقَوْلُ الوَكِيلِ فِي تَلْفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ، أي من غير ضمان كالمودع، فإن أسنده إلى سبب ظاهر أقام البيينة وحلف على التلف به كالمودع، وَكَذَا فِي الرَّدِّ، لأنه قبض العين لحق المالك كالمودع، قال في «المطلب»: وهذا قبل العزل، وظاهر إطلاق المصنف تبعاً للرافعي عدم الفرق، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فأشبه المرتهن، والأصح: الأول؛ لأنه مؤتمن من جهة لا يضمن العين عند التلف فكان القول قوله في الرد كالمودع.

وَلَوْ أَدْعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوكَّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ، لأنه لم يأت منه فلا يقبل قوله عليه، وَلَا يَلْزَمُ الْمُوكَّلُ تَصَدِيقَ الوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ، لأنه

يدعي الرد على من لم يأت منه فليقم البينة عليه، والثاني: يلزمه، لأن يده كيده وبه أفتى ابن الصلاح وقال: إذا ادعى أنه أشهد وضاعت الحجة فلا ضمان. وَلَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ صُدَّقَ الْمُوَكَّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، لأن الأصل بقاء حقه، وإلا فالوكيل على المذهب، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيانتته بالتسليم بلا قبض والأصل عدمه، وقيل: القول قول الموكل، لأن الأصل بقاء حقه، وقوله: على المذهب ينبغي عوده إليهما كما صرح به الرافي.

وَلَوْ وَكَلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ قَضَيْتَهُ وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ صُدَّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ، لأن الأصل عدم القضاء، والأظهر أنه لا يصدق الوكيل على الموكل إلا ببينة، لأنه أمره بالدفع إلى من لم يأت منه فكان من حقه الإشهاد عليه، والثاني: يصدق؛ لأنه أتمنه فأشبه ما لو ادعى الرد عليه، فعلى الأظهر ينظران ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضرة الأصيل فلا رجوع للموكل عليه في الأصح، وإن دفع في غيبته رجع سواء صدقه الموكل بالدفع أم لا على الصحيح لتقصيره. فلو قال: دفع بحضرتك صدق الموكل بيمينه، جزم به الرافي؛ لأن الأصل عدم الحضور عند الدفع، وقال ابن الصباغ: عندي أن القول قول الوكيل بيمينه كما لو ادعى الرد عليه وأنكر. وفرق بينه وبين دعوى القبض على أحد القولين، فإنه في القبض يثبت على الموكل حقا لغيره وهنا يسقط عن نفسه الضمان كذا ذكره المتولي.

وَقِيمَ الْيَتِيمَ إِذَا أَدْعَى دَفَعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] فدل على أنهم لو جحدوا لا بد من بيينة، ويخالف الإنفاق فإنه يعسر إقامة البيينة عليه. والثاني: يقبل قوله مع يمينه لأنه أمين، وتحمل الآية على الإرشاد، ومراده بقيم اليتيم من يقوم بأمره أبا كان أو جدًا أو صبيًا أو حاكمًا، وقد فرضها الغزالي في الولي، والمصنف في الوصايا في الوصي وهنا في القيم.

وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ: لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الْأَصَحِّ، لِأَنَّ قَوْلَهُ فِي الرَّدِّ مَقْبُولٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ، وَالثَّانِي: لَهُ ذَلِكَ تَحَرُّزًا مِنَ الْاِخْتِلَافِ، وَالثَّلَاثُ: إِنْ أَقْتَضَى الْإِشْهَادُ تَأْخِيرَ التَّسْلِيمِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِلَّا فَلَآ، وَالرَّابِعُ: إِنْ كَانَ قَبْضُهَا بِالْإِشْهَادِ فَلَهُ وَإِلَّا فَلَآ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ، أَيْ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ بِالْأَخْذِ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى بَيْنَةِ الْأَدَاءِ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ عَلَى مَا صَحَّحَهُ الْبَغَوِيُّ وَأُورِدَهُ أَكْثَرُ الْمَرَاوِزَةِ وَالْمَاوَرِدِيِّ فَإِنَّ قَوْلَهُ فِي الرَّدِّ غَيْرٌ مَقْبُولٌ، وَالَّذِي أُورِدَهُ الْعِرَاقِيُّونَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَقُولَ: لَيْسَ لَهُ عِنْدِي شَيْءٌ وَيَحْلِفُ؛ وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَقَالَ: لَيْسَ لِلْغَاصِبِ التَّأْخِيرُ إِلَى الْإِشْهَادِ؛ لِأَنَّ التَّوْبَةَ وَالرَّدَّ وَاجِبَانِ فِي الْحَالِ.

فرع: المديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان إليه.
 وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَانِي الْمُسْتَحَقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ، أَيْ: الَّذِي عِنْدَهُ الْمَالُ فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مُحَقٌّ بِزَعْمِهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ يَعْنِي الدَّفْعَ، إِلَّا بَبَيِّنَةٍ عَلَيَّ وَكَالْتِهِ لِاحْتِمَالِ إِنْكَارِ الْمُوَكَّلِ، وَقَالَ الْمَزْنِيُّ: يَلْزَمُهُ لِعِرْتِفَاؤِهِ وَأَخْذِهِ مِنْ نَصِهِ فِيمَا إِذَا أَدْعَى وَارِثَهُ، وَالصَّحِيحُ تَقْرِيرُ النَّصِيِّنَ، وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي اعْتِرَافِهِ بِالْإِرْثِ صَارَ الْحَقُّ لِلْوَارِثِ وَحَصَلَ الْيَأْسُ عَنِ التَّكْذِيبِ بِخِلَافِ تِلْكَ، وَاحْتِرَازُ بِقَوْلِهِ (وَصَدَّقَهُ) عَمَّا إِذَا كَذَبَهُ، فَإِنَّهُ لَا يَكْلِفُ الدَّفْعَ إِلَيْهِ قَطْعًا.

وَلَوْ قَالَ أَحَاثِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ كَالْوَارِثِ فَإِنَّهُ اعْتَرَفَ بِانْتِقَالِ الْحَقِّ إِلَيْهِ، وَالثَّانِي: لَا يَجِبُ لَخَوْفِ إِنْكَارِ الْمُسْتَحَقِّ، وَاحْتِرَازُ بِقَوْلِهِ وَصَدَّقَهُ عَمَّا إِذَا كَذَبَهُ وَلَمْ تَكُنْ بَيْنَةً، فَلَهُ تَحْلِيْفُهُ إِنْ أَلْزَمَنَاهُ الدَّفْعَ وَإِلَّا فَكَمَا سَبَقَ فِي الْوَكِيلِ. قُلْتُ: وَإِنْ قَالَ: أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَيَّ الْمَذْهَبُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لِاعْتِرَافِهِ بِانْتِقَالِ الْحَقِّ وَيَأْسِهِ عَنِ الْإِنْكَارِ؛ وَفِيهَا قَوْلٌ مَخْرُجٌ مِنْ دَعْوَى الْوَكَالَةِ كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا، وَقَدْ سَبَقَ الْفَرْقُ، وَأَنَّ الْمَذْهَبَ تَقْرِيرُ النَّصِيِّنَ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ فِيهِمَا.

فروع منثورة نختم بها الباب :

لو وكله في التزويج من زيد فزوج من وكيل زيد صح بخلاف البيع؛ فإنه يقبل نقل الملك بخلافه قاله في «البيان». ولو ادعى الوكيل الوكالة فصدقه الخصم فمذهب الشافعي كما قال الروياني: إن الحاكم لا يسمع مخاصمتها لما فيه من إثبات الحجّة على صاحبها خلافا لابن سريح، ولو وكل في طلاق واحدة من نسائه لم يجز حتى يعين وفيه احتمال للروياني. ولو وكله بمطالبة زيد بحق. قال الروياني: ظاهر المذهب أن له قبضه. ووجه مقابله: أنه قد يرتضيه للطلب لا للقبض.



A vertical rectangular form with a decorative border. The border is composed of a dense, stippled pattern of small black dots. Inside the border, there are 15 horizontal lines that divide the space into 16 equal, empty rectangular sections. The lines are thin and black, and the sections are completely blank.

محتويات المجلد السابع ومسائله

- ٥ بابُ اٰخْتِلافِ الْمُتَبَايَعِيْنِ
- ٧ إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ثُمَّ اٰخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ... تَحَالَفَا
- ٩ فَيَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِبْطَاتِ قَوْلِهِ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ،
- ١٠ وَفِي قَوْلِ: بِالْمُشْتَرِي. وَفِي قَوْلِ: يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ. وَقِيلَ: يُفْرَعُ
- ١١ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِبْطَاتًا، وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ
- ١٢ فَيَقُولُ: مَا بَعْتُ بِكَذَا، وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا
- ١٣ وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضِيَا، وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ
- ١٥ ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَهُ قِيَمَتُهُ
- ١٧ وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ بِكَذَا. فَقَالَ: بَلْ وَهَبْتِيهِ. فَلَا تَحَالَفُ، بَلْ يَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ
- ١٨ وَلَوْ أَدْعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخِرُ فَسَادُهُ فَالْأَصَحُّ تَصْديقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِيَمِينِهِ
- ٢٠ وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيْبٍ لِيَرُدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ: لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ. صُدِّقَ
- ٢١ باب: الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ،
- ٢٢ فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ، وَلَهُ مُطالَبَةٌ
- ٢٣ وَإِنْ أْذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الإِذْنِ، فَإِنْ أْذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوِزْهُ،
- ٢٤ وَلَا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ، وَلَا يَتَصَدَّقُ وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِيقاعِهِ،
- ٢٥ وَيُقْبَلُ إِفْرارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ. وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الإِذْنَ
- ٢٧ فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتِ السَّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ
- ٢٨ وَلَوْ اشْتَرَى سَلْعَةً فَفِي مُطالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلافُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ
- ٣١ كِتَابُ السَّلَامِ
- ٤١ هُوَ بَيْعٌ مَوْصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ:
- ٤٢ أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ، فَلَوْ أُطْلِقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ

- ٤٣ وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا. وَلَوْ قَبَضَهُ وَأودَعَهُ الْمُسْلِمُ جَارًا،
- ٤٤ وَإِذَا فُسِّخَ السَّلْمُ ورَأْسُ الْمَالِ باقٍ اسْتَرَدَّهُ بَعِيْنِهِ، وَقِيلَ: لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ
- ٤٥ ورُؤْيِيَةُ رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ
- ٤٦ الثَّانِي: كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دَيْنًا فَلَوْ قَالَ: أَسَلَّمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثُّوبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ
- ٤٧ وَلَوْ قَالَ: أَشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْبًا صِفْتُهُ كَذَا بِهِذِهِ الدَّرَاهِمِ. فَقَالَ: بَعْتُكَ. أَنْعَقَدَ بَيْنَعًا،
- ٤٨ الثَّلَاثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسَلَّمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَوْ يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤَنَّةٌ
- ٥٠ وَيَصِحُّ حَالًا وَمُؤَجَّلًا، فَإِنْ أَطْلَقَ أَنْعَقَدَ حَالًا، وَقِيلَ: لَا يَنْعَقِدُ
- ٥١ وَيُسْتَرْطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ، فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ جَارًا ..
- ٥٤ وَإِنْ أَطْلَقَ حُومَلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ، فَإِنْ أَنْكَسَرَ شَهْرٌ حَسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلِ وَتَمَّ الْأَوَّلُ
- ٥٥ فَضْلًا: يُسْتَرْطُ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ،
- ٥٦ وَلَوْ أَسَلَّمَ فِيمَا يَعْطَمُ فَاَنْقَطَعَ فِي مَحَلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْأَظْهَرِ، فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ
- ٥٧ وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحَلِّ أَنْقَطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ
- ٥٨ وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ دَرْعًا، وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ
- ٥٩ وَلَوْ أَسَلَّمَ فِي مِائَةِ صَاعٍ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ،
- ٦٠ وَيُسْتَرْطُ الْوَزْنُ فِي الْبَطِيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَاءِ وَالسَّفْرَجَلِ وَالرَّمَّانِ. وَيَصِحُّ فِي
- ٦١ وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ، وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا،
- ٦٣ وَلَوْ أَسَلَّمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ
- ٦٤ وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا وَذِكْرُهَا فِي الْعَقْدِ
- ٦٥ وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضِطِ، كَعَتَابِيٍّ وَخَزٍّ وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلٍّ
- ٦٧ لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ. وَلَا يَصِحُّ فِيمَا نَدَرَ وَجُودُهُ كَلْحَمِ الصَّيْدِ
- فَرَعٌ: يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانَ فَيُسْتَرْطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتَرْكِيٍّ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضٍ،
- ٧٠ وَقَدَّهُ طَوْلًا وَقِصْرًا، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ،

- ٧١ ولا يُشترط ذكر الكحل والسمن ونحوهما في الأصح
- ٧٣ وفي الإبل والحيل والبغال والحَمِير الذكورة والأنوثة، والسُنُّ واللُونُ والنَّوْعُ
- ٧٥ وفي الطير النَّوْعُ والصَّغْرُ وكِبَرُ الجُثَّةِ
- ٧٦ وفي اللحم لحم بقرٍ أو ضأنٍ أو معزٍ ذكرٍ حصيٍّ رضيعٍ معلوفٍ أو ضدها من فخذٍ
- ٧٨ ويُقبلُ عظمه على العادة
- ٧٩ وفي الثياب الجنسُ والطولُ والعرضُ والغلظُ والدقةُ والصفافةُ والرقَّةُ والتعومةُ
- ٨٠ ومطلقه يُحملُ على الخام، ويجوزُ في المقصور، وما صُبغَ عزله قبل النسجِ
- ٨١ وفي التمر لونه ونوعه وبلده، وصغرُ الحَبَّاتِ وكبرها وعتقه وحدائته،
- ٨٣ والحِظَّةُ وسائرُ الحبوبِ كالتمرِ
- ٨٤ وفي العسلِ جبليٌّ أو بلديٌّ صينيٌّ، أو خريفيٌّ أبيضُ أو أصفرُ،
- ٨٥ ولا يُشترطُ العتقُ والحداثةُ. ولا يصحُّ في المطبوخِ والمشويِّ،
- ٨٦ ولا يضرُّ تأثيرُ الشمسِ. والأظهرُ منعه في رؤوسِ الحيوانِ،
- ٨٨ ولا يصحُّ في مختلفِ كبرمةٍ معمولةٍ وجلدٍ وكوزٍ وطسٍّ وقُمَّمٍ ومَنارَةٍ وطنجيرٍ
- ٨٩ ويصحُّ في الأسطالِ المربَّعةِ وفيما منها في قالبٍ
- ٩٠ فصل في مسائل مهمة متشورة تتعلق بما سبق
- ٩٠ ولا يُشترطُ ذكرُ الجودةِ والرداءةِ في الأصحِّ، ويُحملُ مطلقه على الجيدِ،
- ٩٣ فضلٌ: لا يصحُّ أن يُستبدلَ عن المسلمِ فيه غيرُ جنسه ونوعه،
- ٩٥ ولو أخضره قبلَ محله فامتنعَ المسلمُ من قبوله لغرضٍ صحيحٍ بأن كان حيواناً
- ٩٧ ولو وجدَ المسلمُ المسلمَ إليه بعدَ المجلِّ في غيرِ محلِّ التسليمِ لم يلزمه الأداءُ
- ٩٨ ولا يُطالبُهُ بقيمتهِ للحيلولةِ على الصحيحِ، وإن امتنعَ من قبوله هناك لم يجبرَ
- ١٠٠ فضلٌ: الإقراضُ مندوبٌ
- ١٠١ وصيغته أقرضتكَ، أو أسلفتكَ، أو خذهُ بمثله، أو ملكتكَه على أن تردَّ بدله

- ١٠٢ وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ
- ١٠٣ وَفِي الْمُفْرَضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ
- ١٠٥ وَمَا لَا يُسَلَّمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِفْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ
- ١٠٧ وَيَرُدُّ الْمِثْلَ فِي الْمِثْلِيِّ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلَ صُورَةً،
- ١٠٨ وَقِيلَ: الْقِيَمَةُ. وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ، وَلِلنَّقْلِ مُؤَنَّةٌ طَالِبَةٌ بِقِيَمَةِ بَلَدٍ
- ١٠٩ وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطٍ رَدُّ صَحِيحٍ عَنْ مُكْسَرٍ أَوْ زِيَادَةٍ، وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلا شَرْطٍ فَحَسَنٌ
- ١١١ وَلَوْ شَرَطَ مُكْسَرًا عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُفْرِضَهُ غَيْرُهُ لَعَا الشَّرْطُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ
- ١١٢ وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكْسَرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُفْرَضِ عَرَضٌ،
- ١١٣ وَيُمْلِكُ الْقَرْضُ بِالْقَبْضِ، وَفِي قَوْلٍ: بِالتَّصَرُّفِ
- ١١٥ وَلَهُ الرَّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ
- ١٢٧ كِتَابُ الرَّهْنِ
- ١٢٩ تعريف الرهن
- ١٣٠ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابٍ وَقَبُولٍ،
- ١٣١ فَإِنْ شَرَطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَفَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَوْ مَصْلَحَةً لِلْعَقْدِ كَالِإِشْهَادِ أَوْ مَا لَا عَرَضَ
- ١٣٢ وَلَوْ شَرَطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرَهُونَةً فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ
- ١٣٣ وَشَرَطَ الرَّهْنِ كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ
- ١٣٤ وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ، وَالْأَمُّ دُونَ وَلَيْدِهَا وَعَكْسُهُ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ وَيُوزَعُ
- ١٣٨ وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ، وَمُعْتَقِ الْعِتْقِ بِصِفَةٍ يُمَكِّنُ سَبْقَهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بِاطِلٍ عَلَى الْمَذْهَبِ
- ١٣٩ وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَإِنْ أَمَكَّنَ تَجْفِيفَهُ كَرَطَبٍ فَعَلَّ،
- ١٤٠ وَإِلَّا رَهْنَهُ بِدَيْنٍ حَالٌّ أَوْ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا
- ١٤١ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجَلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ. وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ
- ١٤٣ فصل: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرَهْنَهُ، وَهُوَ فِي قَوْلِ عَارِيَّةٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانٌ

- ١٤٤ فَيُسْتَرَطُّ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، وَكَذَا المَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الأَصَحِّ ..
- ١٤٥ فَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ . وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ المُرْتَهِنِ ،
- ١٤٦ فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا رُوجِعَ المَالِكُ لِلبَيْعِ . وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنُ
- ١٤٨ فَضْلٌ : شَرَطُ المَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَارْمًا
- ١٤٩ فَلَا يَصِحُّ بَعِينِ مَعْصُوبَةٍ وَمُسْتَعَارَةٍ فِي الأَصَحِّ وَلَا بِمَا سَيُفْرَضُهُ
- ١٥٠ وَلَوْ قَالَ : أَفْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ . فَقَالَ : أَفْرَضْتُ وَرَهَنْتُ .
- ١٥١ وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ كِتَابِيَّةٍ وَلَا بِجُعَلٍ جَعَالَةٍ قَبْلَ الفَرَاغِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ
- ١٥٢ وَيَجُوزُ بِالتَّمَنِّ مَدَّةَ الخِيَارِ ، وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرَهْنَهُ المَرْهُونَ
- ١٥٣ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ ، لَكِنْ لَا يَسْتَتِيبُ الرَّاهِنَ
- ١٥٤ وَلَوْ رَهْنًا وَدِيعةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَعْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْنُضِ زَمَنَ إِمْكَانِ
- ١٥٧ وَلَا يَبْرُئُهُ ارْتِهَانٌ عَنْ غَضَبٍ ، وَيَبْرُئُهُ إِيدَاعٌ فِي الأَصَحِّ
- ١٥٨ وَيَحْضَلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ القَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ المِلْكَ كَهَبَةِ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ
- ١٦٠ وَلَوْ مَاتَ عَاقِدٌ قَبْلَ قَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَحَمَّرَ عَصِيرٌ أَوْ أَبَقَ عَبْدٌ لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ
- ١٦٣ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ المُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ المِلْكَ ، لَكِنْ فِي إِعْتِقَاقِهِ أَقْوَالٌ
- ١٦٦ وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالِإِعْتِاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ
- ١٦٧ وَلَا رَهْنُهُ لغيرِهِ ، وَلَا التَّزْوِيجُ ، وَلَا الإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ،
- ١٧٠ فَإِنْ وَطِئَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَفِي نَفُوذِ الأَسْتِيْلَادِ أَقْوَالُ الإِعْتِاقِ ،
- ١٧٢ فَإِنْ لَمْ تُنْفَذْ فَانْفَكَ نَفَذَ فِي الأَصَحِّ ، فَلَوْ مَاتَتْ بِالوِلَادَةِ غَرِمَ قِيمَتُهَا رَهْنًا
- ١٧٣ وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ ، كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى ، لَا البِنَاءَ وَالغِرَاسُ ،
- ١٧٥ ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَ الانْتِفَاعُ بغيرِ أَسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ ، وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ ، وَيُشْهَدُ إِنْ أَنْتَهَمَهُ ،
- ١٧٧ وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ فَكَتَصَرَّفَ وَكَيْلِ
- ١٧٨ وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعْجَلَ المَوْجَلُ مِنْ تَمَنِّهِ لَمْ يَصَحَّ البَيْعُ

- ١٨٠ **فَصْلٌ: إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ**
- ١٨١ وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازٍ، أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّ عَلَى أَجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ
- ١٨٢ وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ، وَإِنْ تَشَاخَا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ
- ١٨٤ وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَلَا صَحَّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ، وَإِلَّا فَلَا
- ١٨٥ وَلَوْ شَرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ، ..
- ١٨٦ فَإِذَا بَاعَ فَالْثَمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ
- ١٨٧ وَلَوْ تَلَفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ
- ١٨٩ وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ ..
- ١٩٠ وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ،
- ١٩١ وَلَا يَسْقُطُ بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ، وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ
- ١٩٣ وَلَوْ شَرِطَ كَوْنُ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَ، وَهُوَ قَبْلَ الْمَحَلِّ أَمَانَةٌ
- ١٩٥ وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَرَانَ
- ١٩٥ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: جَهَلْتُ تَحْرِيمَهُ. إِلَّا أَنْ يَقْرَبَ إِسْلَامُهُ أَوْ يَنْشَأَ بِإِدْيَةِ بَعِيدَةٍ
- ١٩٦ وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ. وَلَوْ أَتَلَفَ الْمَرْهُونَ وَقَبِضَ بَدَلَهُ صَارَ
- ١٩٧ وَالخَصْمُ فِي الْبَدْلِ الرَّاهِنُ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ
- ١٩٨ فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ أَقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ، فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجَنَائِيَةٍ
- ١٩٩ وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِي، وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَةٍ مُنْفَصِلَةٍ كَثْمَرٍ وَوَلَدٍ
- ٢٠٠ فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الْأَجْلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيَعْتِ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيَعِ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ،
- ٢٠١ فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ
- ٢٠٣ **فَصْلٌ: جَنَى الْمَرْهُونُ قُدَمَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ**
- ٢٠٤ وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَأَقْتَصَّ بَطَلَ الرَّهْنَانِ، وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ
- ٢٠٥ فَإِنْ كَانَ مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتِ الْوَثِيقَةُ، أَوْ بِدَيْنَيْنِ

- ٢٠٦ وَلَوْ تَلَفَ الْمَرْهُونُ بِآفَةٍ بَطَلَ. وَيُنْفَكُ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ،
- ٢٠٧ وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بَدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِيٌّ مِنْ أَحَدِهِمَا أَنْفَكَ قِسْطُهُ،
- ٢٠٧ **فصل:** اِخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدَرَهُ صُدَّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنًا تَبْرَعًا،
- ٢٠٨ وَلَوْ أَدْعَى أَنَّهُمَا رَهْنَاهُ عَبْدُهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَقَهُ أَحَدُهُمَا فَانصَبَ الْمُصَدِّقُ رَهْنًا
- ٢٠٩ وَلَوْ أَقْرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ. فَلَهُ تَحْلِيفُهُ،
- ٢١١ وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الْآخَرَ صُدَّقَ الْمُنْكَرُ بِيَمِينِهِ
- ٢١٢ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يَغْرُمُ الْأَقْلَّ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ
- ٢١٣ وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِذَا حَلَفَ
- ٢١٤ وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَاعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ
- ٢١٦ **فصل:** مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرْكِيهِ تَعَلَّقَهُ بِالْمَرْهُونِ،
- ٢١٧ وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرَدَّ مَبِيعٌ بَعِيْبٌ فَلَا صَحَّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ
- ٢١٨ وَلَا خِلَافٌ أَنَّ الْوَارِثَ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ،
- ٢١٩ وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِزْثَ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ
- ٢٢٧ **كِتَابُ التَّفْلِيسِ**
- ٢٢٩ معنى التفليس
- ٢٣٠ مَنْ عَلَيْهِ دَيْوْنٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحَجَّرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ، وَلَا حَجَرَ
- ٢٣١ وَلَوْ كَانَتْ الدَّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفَقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجَرَ
- ٢٣٢ وَلَا يُحَجَّرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ، فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحَجَّرُ بِهِ حُجْرًا، وَإِلَّا فَلَا،
- ٢٣٣ فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ،
- ٢٣٤ وَأَشْهَدُ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحَذَرَ. وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَنَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ،
- ٢٣٥ فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوْ اشْتَرَى فِي الذَّمَّةِ
- ٢٣٦ وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ، وَلَوْ أَقْرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ

- ٢٣٧ .. ولو أَسَدَ وَجُوبُهُ إِلَى مَا بَعَدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ..
- ٢٣٨ .. وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ أَشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ،
- ٢٣٩ .. وَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الْحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالْأَضْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشَّرَاءِ
- ٢٤٠ .. وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ،
- ٢٤٢ .. فَضْلٌ: يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بَيْعَ مَالِهِ وَقَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ،
- ٢٤٣ .. وَلِيَبِعَ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ
- ٢٤٥ .. ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ أَشْتَرَى
- ٢٤٦ .. وَلَا يُسَلِّمُ مِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ. وَمَا قَبِضَ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقَائِهِ
- ٢٤٧ .. وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ
- ٢٤٨ .. فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ، وَقِيلَ: تُنْقِضُ الْقِسْمَةَ
- ٢٤٩ .. وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنَ ظَهَرَ
- ٢٥٠ .. وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يَقْسِمَ مَالَهُ، إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِيَ بِكَسْبٍ
- ٢٥٢ .. وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانِهِ وَمَنْصِبِهِ ...
- ٢٥٣ .. وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ، وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَعِمَامَةٌ وَمُكْعَبٌ
- ٢٥٥ .. وَيُتْرَكُ قُوْتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ
- ٢٥٦ .. وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ
- ٢٥٧ .. وَإِذَا أَدْعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا
- ٢٥٨ .. وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ،
- ٢٥٩ .. وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خَبْرَةٌ بَاطِنِهِ، وَلِيَقُلَّ: هُوَ مُعْسِرٌ. وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ
- ٢٦١ .. وَإِذَا نَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجْزُ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازِمَتُهُ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ
- ٢٦٢ .. وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنِ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوكَّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ،
- ٢٦٧ .. فَضْلٌ: مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ ...

- ٢٦٨ والأصح أن خياره على الفور، وأنه لا يحصل المسخ بالوطء والإعتاق والبيع
- ٢٧٠ وله الرجوع في سائر المعاوضات كالبيع، وله شروط منها: كون الثمن حالاً،
- ٢٧١ وأن يتعدّد حصوله بالإفلاس، فلو امتنع من دفع الثمن مع يسار أو هرب فلا فسخ
- ٢٧٢ وكون المبيع باقياً في ملك المشتري فلو فات أو كاتب العبد فلا رجوع ..
- ٢٧٣ ولو تعيب بأقّة أخذه ناقصاً، أو ضارب بالثمن أو بجناية أجنبي أو البائع
- ٢٧٤ وجناية المشتري كافة في الأصح،
- ٢٧٥ ولو تلف أحد العبدَيْن ثم أفلس أخذ الباقي وضارب بحصّة التالف
- ٢٧٦ ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن وصنعة فاز البائع بها،
- ٢٧٧ فإن كان الولد صغيراً وبذل البائع قيمته أخذه مع أمه، وإلا فباعان، وتصرف إليه
- ٢٧٨ واستتار الثمر بكمامه وظهوره بالتأبير قريب من استتار الجنين وانفصاله وأولى
- ٢٧٩ ولو عرس الأرض أو بنى فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها فعلا
- ٢٨٠ والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها، ويبقى الغراس والبناء للمفلس
- ٢٨٢ ولو كان المبيع جنطة فخلطها بمثلها أو دونها فله أخذ قدر المبيع من المخلوطة،
- ٢٨٣ ولو طحنها أو قصر الثوب فإن لم تزد القيمة رجع، ولا شيء للمفلس،
- ٢٨٤ ولو صبغه بصبغة فإن زادت القيمة بقدر قيمة الصبغ رجع، والمفلس شريك
- ٢٨٥ ولو اشتري منه الصبغ والثوب رجع فيهما، إلا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة
- ٢٨٧ **باب الحجر**
- ٢٨٩ منه حجر المفلس لحق الغرماء، والراهن للمرتهن، والمرضى للورثة،
- ٢٩١ بالجنون تتسلب الولايات واعتبار الأقوال، ويرتفع بالإفاقة، وحجر الصبي
- ٢٩٣ والبُلوغ باستكمال خمس عشرة سنة، أو خروج المنى،
- ٢٩٤ ووقت إمكانه استكمال تسع سنين،
- ٢٩٥ ونبات العانة يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر لا المسلم

- ٢٩٧ وتَزِيدُ الْمَرْأَةَ حَيْضًا وَحَبَلًا،
- ٢٩٩ والرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ فَلَا يَفْعَلُ مُحْرَمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ
- ٣٠٠ وَلَا يُبَدَّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحْشِ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرِ
- ٣٠١ وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهَ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيْقُ
- ٣٠٢ وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ
- ٣٠٣ وَيُسْتَرْطُ تَكَرُّرُ الْاِخْتِيَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ: بَعْدَهُ ...
- ٣٠٤ فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ
- ٣٠٤ فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجْرُ، وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا أَنْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ،
- ٣٠٥ وَقِيلَ: يُسْتَرْطُ فَكُ الْقَاضِي،
- ٣٠٦ فَلَوْ بَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجْرَ عَلَيْهِ،
- ٣٠٨ فَلَوْ فَسَقَ لَمْ يُحْجَرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحَحِّ،
- ٣٠٩ وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ، وَلَوْ طَرَأَ
- ٣١١ وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ وَهَبَةٌ وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنٍ
- ٣١٢ فَلَوْ اشْتَرَى أَوْ أَقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُودُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ
- ٣١٣ وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ، لَا التَّصَرُّفَ الْمَالِيَّ فِي الْأَصْحَحِّ،
- ٣١٦ وَلَا يَصِحُّ إِفْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الْأَطْهَرِ،
- ٣١٧ وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَبِالْقِصَاصِ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظَهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلِعَانٍ
- ٣١٨ وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الرِّكَاءَ بِنَفْسِهِ،
- ٣١٩ وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرَضٍ أُعْطِيَ الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةِ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ
- ٣٢٠ وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ
- ٣٢١ فَضْلٌ: وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيَّهُمَا ثُمَّ الْقَاضِي، وَلَا تَلِيُّ الْأُمِّ
- ٣٢٤ وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ،

- ٣٢٥ فروع
- ٣٣٢ فَيَبْنِي دُورَهُ بِالطَّيْنِ وَالْأَجْرُ لَا اللَّيْنِ وَالْحِصِّ
- ٣٣٣ وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ
- ٣٣٤ وَلَهُ يَبِيعُ مَالِهِ بِعَرَضٍ وَنَيْسَبَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَيْسَبَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ
- ٣٣٥ وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ
- ٣٣٨ **كِتَابُ الصُّلْحِ**
- ٣٤٢ تعريف الصلح
- ٣٤٣ هُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا: يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ، أَحَدُهُمَا صُلْحٌ
- ٣٤٤ وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ
- ٣٤٥ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ. فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرَّبَا اشْتَرَطَ قَبْضُ الْعَوَضِ
- ٣٤٦ وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ
- ٣٤٨ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسَ لَعَا، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ
- ٣٤٩ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشْرَةٍ حَالَةٍ عَلَى خَمْسَةِ مُؤَجَّلَةٍ بَرِيٍّ مِنْ خَمْسَةِ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ
- ٣٥٠ النَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدْعَى
- ٣٥١ وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ. وَقَوْلُهُ: صَالِحِي عَنِ الدَّارِ الَّتِي تَدْعِيهَا
- ٣٥٢ الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدْعَى وَأَجْنَبِيٍّ فَإِنْ قَالَ: وَكَلْنِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ
- ٣٥٣ وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ، وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ
- ٣٥٥ فَضْلٌ: الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ
- ٣٥٦ بَلْ يُشْتَرَطُ أَرْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُتَّصِبًا، وَإِنْ كَانَ مَمَرِ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ
- ٣٥٨ وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ جَنَاحٍ، وَأَنْ يَبْنِي فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً
- ٣٦٠ وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ. وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا
- ٣٦٢ وَأَهْلِهِ مَنْ نَفَذَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لاصَقَهُ جِدَارُهُ، وَهَلِ الْأَسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا

- ٣٦٣ وَلَيْسَ لغيرِهِمْ فَتْحُ بابِ إِلَيْهِ لِلإِسْتِظْراقِ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذا سَمَرَهُ فِي الأَصْحَحِّ . . .
- ٣٦٤ وَمَنْ لَهُ فِيهِ بابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرَبِ فَلِشْرَكَائِهِ مَنَعُهُ، فَإِنْ كانَ أَقْرَبَ
- ٣٦٥ وَمَنْ لَهُ دارانِ تَفْتَحانِ إِلى دَرَبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ أَوْ مَسْدُودٍ وَشارِعٍ فَفَتَحَ بابًا بَيْنَهُما
- ٣٦٧ وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحُ البابِ فَصالِحُهُ أَهْلُ الدَّرَبِ بِمالٍ صَحَّحَ، وَيَجوزُ فَتْحُ الكَوَاتِ
- ٣٦٩ وَالجِدَارُ بَيْنَ مالِكَيْنِ قَدْ يَحْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُما، وَقَدْ يَشْتَرِكانِ فِيهِ،
- ٣٧١ فَلَوْ رَضِيَ بِلا عِوضٍ فَهُوَ إِعارَةٌ، لَهُ الرُّجوعُ قَبْلَ البِناءِ عَلَيْهِ، وَكَذا بَعْدَهُ
- ٣٧٤ وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الجُدُوعِ والبِناءِ عَلَيْها بِعِوضٍ فَإِنْ أَجَرَ رَأْسَ الجِدَارِ لِلبِناءِ
- ٣٧٥ فَإِذا بَنى فَلَيْسَ لِمالِكِ الجِدَارِ نَقْضُهُ بِحالٍ، وَلَوْ أَنهَدَمَ الجِدَارُ فَأعادَهُ مالِكُهُ
- ٣٧٧ وَسِواءٌ كانَ الإِذْنُ بِعِوضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيانُ قَدْرِ المَوْضِعِ المَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولاً
- ٣٧٨ وَأما الجِدَارُ المُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِما وَضْعُ جُدُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الجَدِيدِ،
- ٣٧٩ وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيُسْنِدَ مَتاعًا لا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الأَجْنَبِيِّ
- ٣٨٠ وَلَيْسَ لَهُ إِجبارُ شَرِيكِهِ عَلَى العِمارةِ فِي الجَدِيدِ
- ٣٨٣ فَإِنْ أرادَ إِعادةَ مُنْهَدِمٍ بِاللَّهِ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ، وَيَكُونُ المُعادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ ما شاءَ
- ٣٨٤ وَلَوْ تَعاونا عَلَى إِعادَتِهِ بِنَقْضِهِ عادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كانَ، وَلَوْ أَنفَرَدَ أَحَدُهُما وَشَرَطَ لَهُ
- ٣٨٦ وَيَجوزُ أَنْ يُصالِحَ عَلَى إِجْراءِ المائِ وإِلْقاءِ التَّلجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مالٍ
- ٣٨٨ وَلَوْ تَنازَعَا جِدارًا بَيْنَ مِلْكَيْهِما فَإِنْ اتَّصَلَ بِنِباءٍ أَحَدِهِما بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُما بِنِباءٍ مَعًا
- ٣٨٩ فَإِنْ أَقامَ أَحَدُهُما بَيْنَهُ قُضِيَ لَهُ، وَإِلا حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُما،
- ٣٩٠ وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُما قُضِيَ لَهُ، وَلَوْ كانَ لِأَحَدِهِما عَلَيْهِ جُدُوعٌ لَمْ يَرَجَحْ، . . .
- ٣٩٢ وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ، فَيَنْظَرُ أَيُّمَكِنْ إِحْدائُهُ بَعْدَ العُلُوِّ
- ٣٩٧ كِتابُ الحِوَالَةِ
- ٣٩٩ تعريفُ الحِوالةِ
- ٤٠١ يُشْتَرَطُ لَها رِضا المُحِيلِ والمُحتالِ لا المُحالِ عَلَيْهِ فِي الأَصْحَحِّ

- ٤٠٢ ولا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ وَتَصِحُّ بِالذَّيْنِ اللَّازِمِ وَعَلَيْهِ
- ٤٠٨ وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبْلِ الدِّيَةِ
- ٤٠٩ وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ
- ٤١١ وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنِ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ دَيْنِ الْمُحِيلِ،
- ٤١٣ فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهْلَهُ الْمُحْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ
- ٤١٧ وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِتَمَنِيهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ أَوْ تَبَّتْ بَيْنِيَّةُ
- ٤١٨ وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيْنَةَ حَلْفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي
- ٤١٩ وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: وَكَلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي. وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ: أَحَلَّتْنِي
- ٤٢٥ **كِتَابُ الضَّمَانِ**
- ٤٢٧ معنى الضمان
- ٤٣٠ شَرُطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ،
- ٤٣١ وَضْمَانُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِفَلْسٍ كَشْرَائِهِ. وَضْمَانُ عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ
- ٤٣٢ وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قُضِيَ مِنْهُ
- ٤٣٦ وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ
- ٤٣٧ وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ
- ٤٣٩ وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا. وَصَحَّ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ
- ٤٤٠ وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ،
- ٤٤١ وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَيْعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ
- ٤٤٣ وَكَوْنُهُ لَازِمًا لَا كَنْجُومٍ كِتَابِيَّةً. وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ
- ٤٤٥ وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ إِلَّا مِنْ إِبْلِ الدِّيَةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا
- ٤٤٩ وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ فَلَا صِحَّهَ ..
- ٤٥١ **فَصْلٌ: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كِفَالَةِ الْبَدَنِ،**

- ٤٥٢ فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ
- ٤٥٤ وَتَصِحُّ بَدَنَ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ
- ٤٥٥ ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ، وَإِلَّا فَمَكَانُهَا،
- ٤٥٦ وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِإِلا حَائِلٍ كَمَتَعَلَبٍ، وَإِنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ
- ٤٥٧ فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهَلَ مَكَانَهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ، وَيُمْهَلُ مُدَّةً
- ٤٥٨ فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُسْ، وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمُهُ
- ٤٦٢ فَضْلٌ: يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالِاتِّزَامِ كَضَمِنْتَ دَيْنَكَ عَلَيْهِ
- ٤٦٣ أَوْ تَحَمَّلْتَهُ أَوْ تَقَلَّدْتَهُ أَوْ تَكَفَّلْتَ بِيَدَيْهِ، أَوْ أَنَا بِالْمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ
- ٤٦٣ وَلَوْ قَالَ: أَوْدَى الْمَالَ أَوْ أَحْضَرُ الشَّخْصَ. فَهُوَ وَعْدٌ،
- ٤٦٥ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِشَرْطٍ
- ٤٦٦ وَلَا تَوْقِيْتُ الْكَفَالَةِ. وَلَوْ نَجَزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ
- ٤٦٧ وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا
- ٤٦٨ وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ
- ٤٧١ وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ
- ٤٧٢ وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرَى الضَّامِنَ، وَلَا عَكْسَ
- ٤٧٣ وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ
- ٤٧٤ وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ،
- ٤٧٦ وَلِلضَّامِنِ الرَّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ
- ٤٧٧ وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطَّ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ
- ٤٧٩ وَلَوْ أَدَى مُكْسِرًا عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنْ مَائَةٍ بِتَوْبٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ
- ٤٨٠ وَمَنْ أَدَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِإِذْنِ ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ رَجَعَ،
- ٤٨٢ وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالِحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ

- ٤٨٢ ثم إِنَّمَا يَرْجِعُ الصَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ
- ٤٨٤ فَإِنْ صَدَقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ
- ٤٨٩ كِتَابُ الشَّرْكَةِ
- ٤٩٣ الشركة فيها ثلاث لغات
- ٤٩٥ هِيَ أَنْوَاعٌ: شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَالِينِ، وَسَائِرُ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا
- ٤٩٧ وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ. وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ،
- ٤٩٨ وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ. وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِي دُونَ الْمُتَقَوِّمِ،
- ٥٠٠ وَقِيلَ: تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ
- ٥٠١ وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ، وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسِ،
- ٥٠٢ وَالْحِيلَةَ فِي الشَّرْكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرَضِهِ بِبَعْضِ عَرَضِ
- ٥٠٣ وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا
- ٥٠٥ وَيَتَسَلَّطُ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلا ضَرَرٍ، فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلَا بَغْيًا نَقْدَ الْبَلَدِ
- ٥٠٦ وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْضِعُهُ بغيرِ إِذْنِ. وَلِكُلِّ فَسْخُوحُهُ مَتَى شَاءَ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ
- ٥٠٧ فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ
- ٥٠٧ وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِعْمَائِهِ
- ٥٠٨ وَالرَّبْحُ وَالْحُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوِيًا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوُتًا، فَإِنْ شَرَطَا
- ٥٠٩ وَتَنَفَّذَا التَّصَرُّفَاتِ، وَالرَّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ
- ٥١٠ وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ: هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ: هُوَ مُشْتَرِكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ. صُدِّقَ
- ٥١١ كِتَابُ الْوَكَالَةِ
- ٥١٩ شَرَطُ الْمُوَكَّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ. فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ
- ٥٢٠ وَشَرَطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ
- ٥٢١ وَشَرَطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكَّلُ: فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيِّمِلِكُهُ،

- ٥٢٣ وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيِّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ
- ٥٢٤ وَيُسْتَرْتَبُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظُ يَمْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا، أَوْ فَوَضْتَهُ إِلَيْكَ،
- ٥٢٥ فَضْلٌ: الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بغيرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَلَا بِنِسِيئَةٍ وَلَا بِغَبْنٍ
- ٥٢٧ وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ أَنْ يُوَكَّلَ بِإِذْنِ إِنْ تَأْتَى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ،
- ٥٢٨ فَضْلٌ: قَالَ: بَعِ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنِ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ فِي الْمَكَانِ
- ٥٣٠ وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكَّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشَّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ
- ٥٣١ وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ، فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلِزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ
- ٥٣٢ فَضْلٌ: الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ
- ٥٣٥ وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ: قَضَيْتَهُ وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِبَيِّنِهِ،
- ٥٣٦ وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ



A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 15 horizontal lines, creating 16 rows for text entry. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.

تقسيم مجلدات الكتاب

مقدمة التحقيق - مقدمة المصنف كتاب الطهارة حتى آخر باب الوضوء	المجلد الأول
باب مسح الخف كتاب الصلاة حتى آخر باب صفة الصلاة	المجلد الثاني
باب شروط الصلاة حتى آخر باب صلاة الجمعة	المجلد الثالث
باب صلاة الخوف حتى ترك الصلاة - كتاب الجنائز كتاب الزكاة حتى آخر باب زكاة الفطر	المجلد الرابع
باب من تلزمه الزكاة - كتاب الصيام - كتاب الإغتيكاف كتاب الحج حتى باب دخول مكة	المجلد الخامس
المبيت بمزدلفة حتى باب الإحصار والفوات كتاب البيع - باب الأصول والثمار	المجلد السادس
باب اختلاف المتبايعين كتاب السلم - كتاب الرهن - كتاب التفليس الحجر - الصلح - كتاب الخوالة - كتاب الضمان - كتاب الشركة - كتاب الوكالة	المجلد السابع
كتاب الإفراز - كتاب العارية - كتاب الفصم - كتاب الشفعة كتاب الفراض - كتاب المساقاة - كتاب الإجارة	المجلد الثامن
كتاب إحياء الموات - كتاب الوقف - كتاب الهبة - كتاب اللقطة كتاب اللقيط - كتاب الجعالة - كتاب الفرائض	المجلد التاسع
كتاب الوصايا - كتاب الوديعة - كتاب قسم الفيء والغنيمة - كتاب قسم الصدقات كتاب النكاح حتى باب ما يحرم من النكاح	المجلد العاشر
باب نكاح المشرك - كتاب الصداق - كتاب القسم والشؤز - كتاب الخلع كتاب الطلاق - كتاب الرجعة - كتاب الإيلاء - كتاب الظهار	المجلد الحادي عشر
كتاب الكفارة - كتاب اللعان - كتاب العدة - الاستبراء - كتاب الرضاع كتاب التفقات - كتاب الجراح	المجلد الثاني عشر
كتاب الديات - كتاب دعوى الدم والقسامة - كتاب البغاة - كتاب الردة - كتاب الزنا كتاب حد القذف - كتاب قطع السرقة باب قاطع الطريق - كتاب الأشربة - كتاب الصيال	المجلد الثالث عشر
كتاب السير - كتاب الجزية - كتاب الصيد والذبائح - كتاب الأضحية كتاب الأطعمة - كتاب المسابقة والمناضلة - كتاب الأيمان	المجلد الرابع عشر
كتاب التدرج - كتاب القضاء - كتاب القسمة - كتاب الشهادات - كتاب الدعوى والبيئات كتاب العتق - كتاب التدبير - كتاب الكتابة - كتاب أمهات الأولاد	المجلد الخامس عشر
الفهارس	المجلد السادس عشر

A vertical rectangular form with a speckled border. The interior is white and contains 15 horizontal lines, creating 16 rows for text entry. The lines are evenly spaced and extend across the width of the form.