

[1]

(الجزء الرابع عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب
ظاهر الرواية أتت * سنا وبالاصول أيضا سميت صنعها محمد الشيباني *
حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير
والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع
الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي
كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من
حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة
من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب الصرف) قال الشيخ الامام الاجل الزاهد
شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء
الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة
* نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحيحها حرف
الباء أولم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها *
ونوع منها ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات لامثال من
العروض كالتياب والدواب والمماليك * ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه
كالمكيل والموزون فانها إذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن
معينة فان صحيحها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف
الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة قال
الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن
عند العرف ما يثبت دينا في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في
الذمة ولهذا قلنا انها لاتتبع بالتعين وكان ثمنها على كل حال والعروض لا
تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا
تخرج به من أن تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة
ودينا أخرى فيكون ثمنها في حال مبيعا في حال والثمن في العرف ما هو
المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فإذا صحبه حرف الباء وكان دينا في
الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن وإذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعا لانه
يجوز أن يكون مبيعا بحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن
وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط
ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف
المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والاصل فيه
حديث ابن عمر رضى الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال انى أبيع الابل بالبيع فربما أبيع بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم أو
على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لان في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك العين والثمن دين في الذمة أو للقدره على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البديلين في المجلس وانه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي روينا فانه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل أي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولان هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف ما في ملك كل واحد منهما لى ملك صاحبه لان البديل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا أن يكون مملوكا لكل واحد منهما قبله ولان ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفا لما فيه من صرف مافى يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم مطلقا لان ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمي به لاستحقاق قبض البديلين في المجلس ولان هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقرونا بالعقد لان حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير وإذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس أحد البديلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولسنا نعى بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا فرسخ ثم تقابضا قبل أن يتفرقا أي يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس أو أغمى عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبى يوسف ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد لان الخيار بعدم الملك فيكون أكثر تأثيرا من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقى الخيار وكذلك شرط الاجل بعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقد وقد دل ما قلنا على الاخبار التي بدئ الكتاب بها فمنها حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا إلى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبيننا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضى الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء خسروانى قد احكمت صنعته فبعثني به لايبعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضى الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لاقيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لاقيمة

للصنعة في هذا الحالة شرعا كما لاقيمة للصنعة في المعارف والملاهي شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من أن تكون وزنية وإن اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع اناء من حديد باناءين فقال قد كانوا يبيعون لدرع بالادرع يعنى ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وانما قصد عمر رضى الله عنه بيعه ان يصرف الثمن إلى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضى الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبى جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفبتناع ورقهم العشرة بتعسة ونصف فقال لانفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضى الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عبارس رضى الله عنهما وأنه لاقيمة للجودة في النقود وان المفتى إذا تبين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذي يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خبير هلا بعت تمر ك بسلة ثم اشتريت بسلتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التفاضل قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف فقال من هذه إلى هذه يعنى من يدك إلى

[5]

يده وإن استنظر ك إلى خلف هذه السارية فلا تفعل وانما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض لان بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاتتار بالسارية يغيب عن بصره أيضا فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد افتراق عرفا وعن محمد بن سيرين انه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن تكون الفضة التى أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذ اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لان العقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الاجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر أما بيعها بالفضة فعلى أربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد في الوزن لان الجفن والحماثل فضل خال عن العوض فان مقابلة الفضة بالفضة في البيع تكون بالاجزاء وان كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بازاء الجفن والحماثل عندنا خلافا للشافعي وان كان لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فان الاصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالى

عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكا بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا بيد وسألت ابن عباس رضى الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت في حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضى الله عنه فأمرني رجل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يأمرني أن أسئلك عن الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شئ سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضى الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم إنا رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر ردي وأخذت هذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت فقال ان سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت ثم قال صلوات الله عليه هل لابعته بسبعة ثم ابتعت بسبعتمك تمرا فقال أبو سعيد رضى الله عنه الفضل في التمر ربا

[6]

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضى الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضى الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفي هذا دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضى الله عنهما عن فقواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضى الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضى الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضى الله عنه ما خرج ابن عباس رضى الله عنه في الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فعلم ان حرمة التفاضل مجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها ما في معناها فان أبا سعيد رضى الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شئ يكون نصا فيما هو في معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطالب المفتى بالدليل إذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضى الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج إليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضى الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابي ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فأمر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدري رضى الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ما هو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب إلى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما إلى شريح رضى الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدري مقدار الذهب الذي في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما إذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فيحتمل لا يعتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شئ فيكون بمقابلة الصنعة

ولاقيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله ابن أبي سلمة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

[7]

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرا بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اريتما فردا وفيه دليل ان للامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين إذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره في ذلك وان التفاضل حرام في بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلماذا قال صلى الله عليه وسلم اريتما فردا ولم يعاتبهما على ما صنعا لان نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتاني الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشترى بها غلة فجعلت أطلب الرجل الذي صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالي وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند انفاق الجنس لانه كان مقصود الاسود ان يشتري بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشتري بها دنانير ثم أمره بأن يشتري بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومسامحته في المعاملة وبين له الاسود أنه كغيره فيما هو مقصودي فلا يتكلف في طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعثت جام فضة بورق بأقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق إلى أهلها وخذ اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل وجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضى الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤد به وكان قصده بالسؤال في الابتداء أن يعلم سبب اقدمه على هذا العقد حتى إذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ما هو دون ذلك وعن أبي رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوعه فأبيعه قال وزنا بوزن فقلت انى أبيعه وزنا بوزن ولكن أخذ فيه أجر عمل فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكاثر شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لاقيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه في الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

[8]

ولاقيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطى والكاثر والشاهد فيه سواء أي في الماثم وهو نظير ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو

كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولاخير فيما بينهما فقلت انى سمعت ابن عباس رضى الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فمشي إليه أبو سعيد رضى الله عنه وأنا معه فقال له أسمع من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لافحده أبو سعيد رضى الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضى الله عنهما لأفتى به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما إذا اعتدل البدلان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقنا بالمماثلة وزنا والمماثلة إذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه إذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد لهم ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لان أبا سعيد رضى الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي إلى ابن عباس رضى الله عنهما بطريق الخشية لظهور الشفقة وان كان لو دعاه إلى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضى الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فانى أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانى أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خرجه إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضى الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخرية الاسدي فلما قدم ابن مسعود رضى الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضى الله عنه عامل عمر رضى الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقاية مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضى الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

[9]

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود إلى قوله لانه بين له الحق في مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج إلى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضى الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضى الله عنه عن الدراهم تكون معى لا تنفق في حاجتى فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتى واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشتر بالدنانير دراهم تنفق في حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لاقيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها وردتها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكرت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أنقاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولي له انطلق معى إلى السوق فإذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذ والا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن يصلح هذا قال نعم لا بأس بهذا انك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الاخر قبل القبض والاخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلماذا

جواز ابن عمر الاستبدال بالاجر ولكن بشرط أن يرضى به صاحب الحق ولكن لما أشكل على صاحب الحق سأله بقوله يصلح هذا فقال نعم أنك ولدت وأنت صغير أي جاهل لاتعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكأنه ما زح به هذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاشياء الستة وقال في آخره إذا اشترىتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك إذا اختلف النوعان وقال معاوية رضى الله عنها ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضى الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لحدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضى الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع إلى الحديث فلهذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستنبته في روايته ومعاوية رضى الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره في آخر الحديث وان اشترىتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضى الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لحدثن به لاني أتيقن بسماعه من

[10]

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه بقول معاوية رضى الله عنه بل أحدث به وان رغم أنف معاوية وعن أبى الاشعث الصنعاني قال خطبنا عبادة بن الصامت رضى الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم بيوعا لا يدري ماهى ألا وان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ألا وان الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وان الحنطة بالحنطة مدين بمدين ألا وان الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد أربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فانه قال انكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود الربا وفيه دليل على أن ما جرى فيه الربا من الاشياء المكيلة نصف صاع لان قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزيد أخذ والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضى الله عنه أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فانى أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وان استنظرك إلى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله لا يباع غائب بناجز أي نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما يثبت بالتفاوت في البدلين في القدر يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وان القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكنى عنه بقوله فان استنظرك إلى أن يدخل بيته وعن الشعبي رضى الله عنه قال لا بأس ببيع السيف المحلى بالدراهم لان فيه حمائله وجفته ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن الدراهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمايل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن ابراهيم قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف كالبيع يعنى

يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو
معنى قول علمائنا رحمهم الله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع
جديد في حق غيرهما ووجوب التقابض في المجلس من حق الشرع
فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن ابي ليلي قال

[11]

سمعت عمر رضي الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تبيعوا الدراهم
بالدرهمين فان ذلك ربا العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به
إلى السوق وليقل من يتناع سحق هذا الدرهم فليبتع به ما شاء والمراد
بقوله فان ذلك ربا العجلان أي ربا النقد وهو اشارة إلى ان الربا نوعان في
النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التي لا تنفق في حاجة
يقال ثوب سحق أي خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالربوف ولكن بعد
بيان عينها لينتفي الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن
ابراهيم انه لم يكن يرى بأسا باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق
بيعا كان أو قرضا أو كان يسعر يومه وبه تأخذ فيجوز الاستبدال بثمن المبيع
وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوي أن الاستبدال قبل القبض لا
يجوز وكأنه ذهب بذلك إلى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا
يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لا يقبل الاجل كبديل الصرف
وهو وهم منه فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية وما يسترد
في حكم عين المقبوض على ما نبينه في بابه والاستبدال بالمستعار قبل
الاسترداد جائز وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يشتري الرجل الثوب بدينار
الا درهم وبه تأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق
معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته بصير
المستثنى منه مجهولا أيضا والبيع بثمن مجهول لا يجوز وإذا اشترى الرجل
الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا بوزن جيدها ورديتها
ومصوغها وتبرها وبيضها واسودها في ذلك سواء للاحاديث التي رويتها
فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة
واسم الفضة يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيد وريته وتبره
ومصوغه نافقه وغير نافقه في ذلك سواء لانه لاقيمة للجودة والصنعة
فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا يجوز فيه شئ من الاجل
لما بينا أن التقابض واجب في مجلس العقد وترك أحد البديلين في المجلس
مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشترط ما ينافي
مقتضى العقد مبطل له وإذا اشترى فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر
منها ومع البيضاء ذهب أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا يجوز لان الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء
أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من السوداء بازاء البيضاء
مثل وزنها والباقي بازاء ما زاد ترجيحاً لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

[12]

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفاً محلي
بدراهم أكثر منها وزناً يجوز عندنا ولايجوز عند الشافعي واستدل فيه
بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها

بائني عشر ديناراً ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزناً أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد وإذا اشترى لجاماً مموها بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجزى الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى داراً مموها بالذهب بثمن مؤجل فإنه يجوز وإن كان يسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لأنه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهناً بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لأن عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجعل استيفاءه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك يبدل في الصرف وإذا كان حلى ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه إلا بضرر فاشترى رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر إذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضاً وقد بينا نظيره في السيف المحلى فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه إلا بضرر فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة في الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلاً بمثلاً عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد فالاحكام لاتبنى على ما لا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شر جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فإن وزنا بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحساناً لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى ان انعدام الدينية في البدلين شرط جواز العقد ثم إذا

[13]

انعدم ذلك بالتقابض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة وإن وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر أن كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهي المماثلة كان موجوداً عند العقد فإنه لا تأثير للوزن في احداث المماثلة وإنما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود الشرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحض من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكننا نقول قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل إلا بالوزن فيصير الوزن الذي هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفصل موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمحقق وتأثير الفصل في افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افتراقاً مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفصل بترك الوزن حتى افتراقاً يكون مفسداً وإن اشترى سيفاً محلى بفضة بدراهم بأكثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقابض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعص معناه إن

العقد فسد في حصة الحلية بترك التقابض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا في حصة الجفن والحمايل كما لا يجوز ابتداء البيع في الجفن والحمايل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية في المجلس جاز لان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فيصرف المقبوض إلى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق وإذا انصرف إليه فانما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية إلى أجل معلوم فهو جائز لانه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التأجيل فيه وإذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكأنه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض إلى آخر المجلس لا يصير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجاوز به لان الستوق والرصاص ليس من جنس الدراهم فيكون مستبدلا به لامستوقيا ولكن يردده وكان شريكا في الدينار بحصته لانه تبين أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى في هذا اللفظ فقال قوله كان شريكا في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك في مثل ذلك الدينار بالعشر لان النقود عندنا لاتتعين في العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقابض لو

[14]

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته الا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الاصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين بالدين حرام ولكن إذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فإذا لم يوجد كان العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في القبض بحكم الهبة وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ما سمي ودفعه إلى صاحبه قبل أن يتفرقا جاز لان كل واحد منهما يتلزم المسمى في ذمته بالعقد ودمته صالحة للالتزام فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد * قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم يكون موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه وإضافة السبب إلى محل لا يفيد حكمه لا يجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد صحيحا قال وليس هذا مثل بيع الرجل ما ليس عنده لان الدراهم والدينار ثمن وهو إشارة إلى ما بينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ما ليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك في السلع دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة وكذلك شراء تير الذهب بتير الفضة أو تير الفضة بتير الذهب وليس ذلك عند واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه إلى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمنا سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى انا

مصوغا أو قلب فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل
البيع وان كانا في المجلس بخلاف الدراهم والدنانير فانها إذا استحققت
قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل الصرف لان القلب
يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لاتتبعين فباستحقاق المقبوض من

[15]

الدراهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض إلى آخر المجلس لا يضر أما
استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى
أن حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك
العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرفنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل
البيع بخلاف النقود على ما نبينه وهذا إذا لم يجر المستحق العقد اما إذا
أجازه جاز العقد لان الاجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وعن أبي
يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لاجيز العقد فله أن يجيزه وان لم
يقبل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لانه يطلب من القاضي أن يقضي له
بملك متقرر وذلك مناف لسبب الازالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك
والنقود لاتتبعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا وتتبعين عند زفر
والشافعي حتى لو اشترى شيئا بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها
فليس له أن يأتي ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحققت لا يبطل
البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لان هذا تصرف صدر
من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلع وهذا بدل في عقد
معاوضة فيتعين بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها
وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلا
لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفا محله والدليل عليه أن النقود
تتبعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المعصوبة ورد مثلها
لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها
وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لان في
التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه إذا ملك العين كان أحق به من سائر
غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه
وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه مالا يرغب في غيره وأما
منفعة المشتري فمن حيث انه لا يطالب بشئ آخر إذا هلكت تلك العين في
يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في
الوكالة حتى لو دفع إليه الدراهم ليشتري بها شيئا فهلكت بطلت الوكالة
ويتعين في النذر أيضا والدليل على أنها تتعين في البيع أن الغاصب إذا
اشترى بالدراهم المعصوبة بعينها طعاما ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم
تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال
في الجامع إذا قال ان بعث هذا العبد بهذا الالف وبهذا الكر فيهما صدقة
فباعه بهما يلزمه التصديق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصديق
كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسألة كان الكرخي
يقول

[16]

النقود تتعين في العقود جوارا لاستحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصديق بالدرهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر ووجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها لصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلع ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف كما في السلع فان منع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبيع فربما نبيعها بالدرهم وناخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدرهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعيين النقد غير مقيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى في العقد ما يكون مقيد ألا ترى أن أصل العقد إذا لم يكن مقيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر الدراهم لا بعينها وليس في غير الدراهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هي والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الاسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا المعنى فعرفنا أن التعيين غير مقيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مقيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهي تتفاوت في الربح فكان تعيينها مقيدا في الجملة اما ما ذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكمل من العين لان بدون التعيين لا ينتقد العقص وبالتعيين ينتقض فانه إذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه وإذا ثبت دينا في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد بالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمنا والتمن ما يكون في الذمة كما قاله الفراء فإذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك ينافي موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في الثمن وجوبه

[17]

ووجوده معا بالعقد بخلاف السلع فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكا للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلع قيامها في ملك البائع الا في موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك في السلم حتى يجوز الشراء بتمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افترقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعلنا لما هو الحكم شرطا وهذا

تغيير محض فيكون مبطلا للعقد وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله أن التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لأن القبض لا يرد إلا على العين فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن إنما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان ديناً في الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشترياً للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها أما قبل الشراء إذا هلكت فإنما بطلت الوكالة عندنا لأنها غير لازمة في نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب الوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي مسألة الشراء بالدراهم المغصوب لا يتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلها ديناً ولكنه استعان في العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن فيه الخبث فهذا لا يحل له تناوله وفي مسألة الجامع لم يتعين الدراهم أيضاً بدليل أنه لا يلزمه التصديق بها ولكنه لما أضاف النذر اليهما مع أن الدراهم لا يتعين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كأنه قال إن سميت هذه الدراهم وهذا الكر في بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك ومالك الكر بنفس العقد والشروط في الاثمان تعتبر بحسب الامكان * قال وإذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سوداء ورضى بها البائع جاز ذلك لأن هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وإنما أبرأه عن الصفة حتى يجوز بالسود فكان مستوفياً بهذا الطريق لا مستبدلاً ومراده من السود المضروب

[18]

من النقرة السوداء إلا الدراهم التجارية حتى أنه لو باع ديناراً بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فإنه لا يجوز لأنه يكون استبدالاً لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض الدراهم فأراد أن يعطيه ضرباً آخر من الدينار سوى ما عينه لم يجز ذلك إلا برضاه فإن رضى به كان مستوفياً لا مستبدلاً لكون الجنس واحداً وقد بينا أن ما عينه لم يتعين وإنما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا إذا أعطاه ضرباً هو دون المسمى فإن أعطاه ضرباً هو فوق المسمى فلا حاجة إلى رضا مشتري الدينار به لأنه أوفاه حقه وزيادة الأعلى قول زفر فإنه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا في السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما نقد الناس في ذلك البلد لأن المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول وإذا كان بالكوفة فهو على دينار كوفية لأن الدراهم والدينار في البلدان تختلف وتتفاوت في العيار والظاهر أن في كل بلدة إنما يتصرف الإنسان بما هو النقد المعروف فيها فإذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد إلا أن يسمى ضرباً من ذلك معلوماً والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفياً ونحوه ومن الدراهم عطر بعثاً أو مؤبدياً ونحوه إذا كانت النقود في لرواج سواء لأنه لا يمكن ترجيح بعضه عند إطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولاً وهذا الجهالة تفضي إلى المنازعة فالمطالب يطالب بأعلى النقود والمطلوب بأدنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلماذا فسد العقد إذا لم يسميا ضرباً معلوماً وإن كان نقداً من ذلك معروفاً وشرطاً في العقد نقداً آخر فالعقد ينعقد على النقد المشروط لأن تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند

التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط اعتباره إذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لي كذا لشيء أفضل من النقد المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الردي حتى إذا حضرا كان أحدهما غير الآخر واختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنصف فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كإقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذي يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها * قال وإذا ابتاع الرجل سيفاً محلياً بفضة بعشرة دنانير

[19]

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشتري السيف من آخر وقبضه المشتري الآخر ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فانه برد السيف إلى المشتري الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وإذا بطل العقد الثاني رجع السيف إلى المشتري الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد شراؤه بالافتراق أيضا فلزمه رد المقبوض إلى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نقده الآخر جاز بيع الاوسط في السيف لانه باعه بعدم تمامه ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثاني بالتقبض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقى ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الاوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع إليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخاصمهم فانه يدفع إلى الاول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعيه رده وقد جاز البيع في نصفه فيضمن الاوسط نصف قيمة السيف للاول من الذهب كيلا يؤدي إلى الربا إذا ضمن قيمته من الدراهم * قال وإذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصا بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وان أبى لم يجبر على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا إذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البديلين في المجلس مستحقا وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان في المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببديل الصرف الدين الذي كان واجبا وبديل الصرف يجب قبضه ولايجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين ولو أضافا العقد

إليه في الابتداء جاز بأن يشتري بالعشرة التي عليه دينارا ويقبض الدينار في المجلس فكذلك إذا حولا العقد إليه في الانتهاء لانهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا وما لا يتوصل إلى المقصود الا به يكون مقصودا لكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين والعقد قد تم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضي العقد القائم بينهما حقهما وبملاك استدامته ورفعته فيملاك التصرف فيه بالتحويل من محل إلى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا العقد الاول ثم جداه مضافا إلى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بالاقالة يصير رد المقبوض مستحقا في المجلس والدليل عليه أنهما لو جعل بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وإنما الفرق بينهما على الطريق الاول أنهما يملكان تحويل العقد إلى ما كان يصلح منهما إضافة العقد إليه في الابتداء وذلك في الدين الذي سبق وجوبه على عقد الصرف دون ما تأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات إلى ان المقاصة أيضا تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبي سليمان مثل ما ذكر في الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو أضافا عقد السلم إلى رأس مال هو دين على المسلم إليه لم يجز ذلك إذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك إذا حولا العقد إليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لان ما يقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون ديننا بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدي البقية انتقص من الصرف بقدر ما بقى اعتبار للبعض بالكل والفساد لمعنى طارئ في بعض العقد لا يتعدى إلى ما بقى ولو وكل احدهما وكلا بالدفع والقبض جاز بعد أن يقبض الوكيل قبل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشتري من صاحبه شيئا بثمن الصرف قبل أن يقبضه لما في الاستبدال من تقويت القبض المستحق بالعقد في المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشتري به من غيره شيئا لان التصرف في الدين مع من عليه أقرب إلى النقود منه مع غيره فإذا لم يجز الاستبدال ببديل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز * وإذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض الابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف الابريق ويبطل نصفه اعتبارا للبعض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبعض لانه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البديل بخلاف ما إذا استحق نصف الابريق فانه يتخير فيما بقى منه لان التبعض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيرا أو هشما غير نافذ فله أن يرده بالعيب لانه بمطلق العقد استحق

صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطلوق والمنطقة
والسيف المحلى بمنزلة الابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد
العيب بالابريق لم يردده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع
الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفي الرد بعد حدوث
العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضا لان نقصان العيب من
التمن فإذا رجح به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة الابريق أقل من وزنه
من الفضة الا أن يكون الثمن دنائير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند
اختلاف الجنس وان لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف
الباقى على البائع حتى انكسر الابريق لزمه النصف الباقي بالعيب الحادث
عنده فيه ورجح بنصف الثمن لان العقد في النصف المستحق قد بطل. وإذا
اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة
دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببديل الصرف لا يجوز لان هذا
دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه في معنى الاستبدال وان استقرض
عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان
المقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض
من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض
البديل وانما الباقي لاحدهما على صاحبه بدل القرض وإذا اشترى عشرة
دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقى من العشرة فاراد الذي اشترى
منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله
ذلك لان العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه
مطعونة عيسى وقد بناها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا
مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقى ملكا له في يد صاحبه أو دينا
له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

[22]

الصرف فيجوز الاستبدال به كبديل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم
مستحق له بعقد الصرف والاستبدال ببديل الصرف قبل القبض لا يجوز. وإذا
كان لرجل على رجل ألف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر
بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه أن يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا
على مال متقوم وما في ذمته زيد لا يكون مالا متقوما في حق عمرو فلا
يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدرى متى
يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف إليه يتعين في العقد
وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه
الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قوله زفر الشراء بالدين من غير من عليه
الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف
إليه الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين
كان الشراء صحيحا يمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل
ذلك الدين في ذمة المشتري وهذا لانه إذا أضاف العقد إلى عين فانه انما
يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء
إلى الدين ولكننا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبديل وإذا ملك
بغير بدل لم يجز فإذا ملكه ببديل أولى ثم للفساد هنا طريقان أحدهما أنه
باضافة الشراء إلى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل إلى ان يخرج
ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدرى متى يخرج وشرط الاجل
المجهول مفسد للبيع والثاني انه شرط أن يكون ثمن المشتري في ذمة
غير المشتري مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين
ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا وإذا كانت الدراهم أو الدنانير

وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا ف جاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا إلى آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه ديننا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف إذا أخذها المستحق لان نقاص القبض بالاستحقاق من الاصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لان الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولا حدما بشرط خيار ثم أسقط الخيار ولكننا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

[23]

فالقبض الذي يبنى عليه يكون تاما أيضا وانما فيه خيار حكمي للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فإذا أسقط هذا الخيار بالاجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فانه يجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بالشرط على ما بينه في بابه ان شاء الله وان كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لان المودع هنا بائع الابريق فانه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغيره أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفي الاول المودع يشتري الدنانير لنفسه بالدراهم ثم نقد دراهم الوديعة ديننا عليه فكان مستقرضا فإذا أجازته صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى رجل عشرة دراهم ودينارا باثنى عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا أو درهما بدينارين أو درهمين فهو جائز عندنا استحسانا على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم (باب الخيار في الصرف) قال وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وان تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لانهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لان قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم أيضا ومعنى الغرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فإذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فانما افترقا بعد قبض تام وإذا افترقا قبل اسقاط الخيار فانما افترقا قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسد إذا زال قبل تفرقه يصير كأنه لم يكن خلافا لزفر وقد بيناه في البيوع وكذلك ان كان الخيار للبائع أو لهما طالت المدة أو قصرت وكذلك الاناء بالمصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يتخلص الا بكسر الطوق لان العقد في حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد في الكل لانه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم الا بضرر فاما اللجام المموه وما أشبهه فان شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التموية لا يتخلص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * وإذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينار بالف درهم واشتراط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى إلى ما بقى بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى إلى ما بقى لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقى وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تميز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط الاجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افرقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المقيد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى إلى ما بقى وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشتراهما بحنطة أو عرض واشتراط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشتراط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعنى كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الاثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم (باب البيع بالفلوس) وإذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع إليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز إذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افرقا عن عين يدين وذلك جائز في عين التصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افرقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هذا العقد أصلا لان من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكمل والموزون تتعين في العقد إذا عينت وإذا كانت بغير عينها فان لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لانه بيع ما ليس عند الانسان وان صاحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لانها ثمن وان كان بمقابلتها النقد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة إذا قابلها مالا يكون الاثما اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمننا للاشياء فانما يتعلق العقد بالقدر المسمى منها في الذمة ويكون ثمننا عين أو لم يعين كما في الدراهم والدنانير وان لم يتقابضا حتى افرقا بطل العقد لانه دين يدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكأنهما تفرقا قبل

التقايب وإذا كان الخيار مشروطا لاحدهما فتفرقا بعد التقايب فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البديل الذي من جانبه وقبض أحد البديلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريق انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه اما عند أبي حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليه البديل الذي من جانبه لا يملك البديل الذي من جانب صاحبه فاشترط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا وسا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقايبنا قبل التفريق أو لم يتقايبنا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افترقا عن عين يدين لان الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ما سبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعين فلهذا شرط هناك قبض أحد البديلين في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحما أو غير ذلك بعد أن يكون المبيع بعينه لان الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشترت مثل كذا فلسا بدرهم أو درهما بكذا فلسا لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقد عندنا صحبتها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام الملك في الثمن عند العقد ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غيرها مما يجوز بين الناس وان أعطاه بعينها فوجد فيها فلسا لا ينفق استبدله كما يستبدال الزيف في الدراهم لانه مادام ثمننا فانما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتعين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

[26]

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا وبيع قمممة بعينها بقمممتين بأعيانها يجوز فكذلك الفلوس وإذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين النافقة لانها لو كسدت قبل أن يقبض منها شيئا بطل العقد في الكل فكذلك إذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا للبعض بالكل وعلى قول زفر إذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكننا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمننا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية ففي حصة ما لم يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد العقد فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البديل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا المعنى * قال وإذا اشترى

مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفصل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد إلى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدانق فلوس أو بغيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أفحش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

[27]

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يتسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغوا اعتبار ذكر الوزن فيه بنفى ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم وأبو يوسف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذلك العدد في الاعلام على وجه لا يمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ. يوضح الفرق أن الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقمنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسه غير مضاف إلى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلماذا قال هو في الدرهم أفحش (رجل) أعطى لرجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد * قال فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع إليه الدرهم وقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة ففي قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع كله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الاحبة يكون ربا وعند أبي حنيفة إذا فسد العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع * قال رضي الله عنه الاصح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسألة في الاصل فانه قال وأعطني بنصفه الباقي درهما وإذا تكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسألة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقي درهم صغير فحينئذ يكون العقد واحدا لانه لم يتكرر ما به ينعقد العقد وهو قوله أعطني ولو قال أعطني كذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطا كان جائزا كله إذا تقابضا قبل أن يتفرقا لانه قابل الدرهم هنا بما سمي من الفلوس ونصف درهم الاقيراط فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي كله بازاء الفلوس * رجل باع درهما زائفا لا ينفق من رجل قد علم عيه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس إذا كان كل عشرين بدانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم صغير وزنه دانقان إذا تقابضا قبل التفرق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط فضة لم يجز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا في النهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف الستوق ولو قال بعني بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لانهما نوعان مختلفان وان باعه اياه بخمسة أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سمي يقع على الفضة دون الفلوس وان كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذاك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئا بدانق أو بدانقين أو بنصف درهم فهذا كله يقع على الفضة إلا ان يقرن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز والدرهم دين عليه لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس فبقى دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو جائز أيضا لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لانه مقبوض في يده بسبب فاسد وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع ينتقض استحسانا لانها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمنا وماليتها كانت بصفة الثمنية مادامت رائجة فبفوتها نفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائما أو قيمته ان كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن يكون لازما ويتخير البائع في نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والاول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوسا لان هناك بعد الكساد لا يجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن تجعل ثمنا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز وغيره وان اشترى فاكهة بدانق فلس والدانق عشرون فلسا فلم يرد الفلوس حتى غلت أو رخصت فعليه عشرون فلسا

لان بالغلاء والرخص لا يندعم صفة الثمنية وصار هو عند العقد بتسمية الدوانق مسميا ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله. وان اشترى فلوسا بدرهم فوجد فيها فلوسا لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقة وان لم يستبدله حتى افترقا لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوتا قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضا ما لم يتفرقا لان الدينية إلى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدراهم كما في الصرف وإذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض القبض فيه من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان دينان بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولايجوز في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقا لانه بمنزلة الزيوت في الدراهم وقد بينا في الصرف والسلم انه إذا وجد القليل زيوتا فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني إذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياسا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

[30]

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن أيدي الناس بخلاف ما اذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تندعم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شيء كما إذا غلت أو رخصت وهذا لان جواز الاستقراض في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من ان يكون من ذوات الامثال بخلاف البيع فقد بينا ان دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد يوضحه أن بدل القرض في الحكم كانه عين المقبوض إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسبية وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كانه غصب منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برد عينها فهنا أيضا يبرأ برد مثلها ثم عند أبي يوسف إذا وجبت القيمة فانما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد إذا وجبت القيمة فانما تعتبر قيمتها بأخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ما اذا أنلف شيئا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن أيدي الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد بأخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب الغصب وان استقرض دانق فلوسا أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه الامثل عدد الذي أخذ لان الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال

أقرضني دانيق حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدانيق فيه وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم بدينا فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر إلى غلاء الدراهم ولا إلى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالحاصل وهو أن المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الأمانال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفساد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شيء آخر فعليه أن يرد مثل المقبوض وكذلك ما بعد من الجوز والبيض وإن اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال تارة وبعد أخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلا وعددا وما فيه من خلاف زفر فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه لا

[31]

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الاصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المعتبرة في القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض في معنى العارية لان ما يسترده المقرض في الحكم كانه عين ما دفع إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسبية وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لان اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأني فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به الا مع بقاء عينه فأقرضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل عن عينه فأقرضه واعارته تملك لعينه وإذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل وانما يختلفون في اقراض الخبز فالمرؤى عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد انه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة افسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لان السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولايجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولايجوز عددا لانه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لانه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم انه سئل عن استقرض رغيفا فرد أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وانما استعظم محمد قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فإذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيه ما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد لتعارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقى استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا في الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباغيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت ديننا في الذمة اما عندي في السلم وعند الكل في النكاح والخلع والصلح في دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجب ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لموجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن في الجوارى لا يجوز الاستقراض كما لأجوز السلم على أحد القولين وعمل القول الذي يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود في الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لا يجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود لما يعمل فيه البذل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه. وحجتنا في ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجواري ولهذا تبين أنه لا يمكن اثبات الحيوان ديننا في الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة في المالية لانه لا يصار في المستهلكات إلى القيمة الا عند تعذر ايجاب الثمل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فإذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجر استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط المعادلة في المماثلة مع أنه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك في القرض ابتداء وعذره في الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البذل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة ففيما تنفصل المنفعة فيه عن العين تنأتى حقيقة الاعارة فلا حاجة إلى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت المال حتى روى انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباغيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول العصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه

رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرص فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد إذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والنياب الاستقراض فيها كالأستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في النياب فقالوا النياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك في النياب بذكر الوصف ممكن أما في باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في النياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لأنها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لأنها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك * ولايجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الاجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الاجل في القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والاجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة إلى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا إلى غاية بالابراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ملزما المتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الاجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان

[34]

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الاجل في القرض وبه يبين الجواب عن قوله هو دين لان بدل القرض في الحكم عين المقبوض إذ لو جعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابراء لانه بالابراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم الاجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه إلى مضي الاجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل في بدل العصب والمستهلك فيجوز عندنا ولايجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما مع الشافعي فالكلام ينبنى على أصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الاجل لان الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكننا نقول ماكان دينا على الحقيقة إذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالابراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الاجل في القرض فكذلك في بدل العصب وهذا لان المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو أردأ منه وذلك لا يكون ملزما * وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشترط الاجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم

العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرج المقرض عن ملكه ولكننا نقول المقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فإذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يردده إلى المقرض وهذا لانه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلا اعتبار انه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء إلى من في ذمته ولا اعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الاجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للاصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لان المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يردده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطا له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض * قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

[35]

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه إذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاواني من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لان منافعتها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يجر بيعه فيها وكذلك اللؤلؤ ولا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم (باب القرض والصرف فيه) قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضی الله عنهما قالت أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقا من تمر خبير وعشرين وسقا من شعير فقال لي عاصم بن عدی أعطيك تمرا هنا وأخذ تمرک بخير فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسالت عمر بن الخطاب رضی الله عنه فنهاني عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشترط ايفاء بدل له حمل ومؤنة في مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضی الله عنه أبي بن كعب رضی الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابي رضی الله عنه نخل بعجل فأهدى أبي بن كعب رضی الله عنه رطباً لعمر رضی الله عنه فرده عليه فلقبه أبي فقال أظننت اني أهديت اليك لاجل مالك ابعت إلى مالك فخذ فقال عمر لابي رضی الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ فان عمر رضی الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدي إليه لاجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضی الله عنه انه ما أهدي إليه لاجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة إذا كانت مشروطة في الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لانه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب إليه. بيانه في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فإذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا
وانما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما إذا كان
يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف
كالمشروط والذي يحكى انه كان لابي حنيفة على رجل مال فاتاه ليطالبه
فلم يقف في ظل جداره ووقف في الشمس لأصل له لان أبا حنيفة كان
افقه من ذلك فان الوقوف في ظل جدار الغير لا يكون انتفاعاً بملكه كيف
ولم يكن مشروطاً ولا مطلوباً وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول
الرجل للرجل أقرضني فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة
العينة وهو ان يبيعه ما يساوي عشرة بخمسة عشر لبيعه المستقرض
بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا في معنى قرض جر منفعة والاقراض
مندوب إليه في الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا
إلى الامتناع مما يدنو إليه والاقدام على ما نهوا عنه من الغرور ونحوه ورد
الاثار إذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذئاب البقر ذلتم حتى يطمع فيكم وعن
ابن عمرو الحسن رضي الله عنهما قال في الرجل يكون له على الرجل
دراهم فيعطيه دنائير يأخذها بقيمتها في السوق وهذا لان عند اختلاف
الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحداً كما ذكر ذلك عن
الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وقال انهم عن
شرطين في بيع وعن بيع وسلف وعن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم
يضمن وبه نأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة
بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيئاً ليقرضه أو يؤجله
في الثمن ليعطيه على ذلك ربها ويبيع مال يقبض عام دخله الخصوص في
غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهى عن البيع مع بقاء
الغرور في الملك المطلق للتصرف وذلك في المنقول دون العقار وقد
بيناه في البيع وعن ربح ما لم يضمن هو في معنى هذا فان المبيع قبل
القبض ليس في ضمان المشتري فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له *
وزاد في بعض الروايات عن بيع ما ليس عنده يعني ما ليس في ملكه بيانه
في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله اني ربما
أدخل السوق فاستجيد السلعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشعبي قال أقرض عبد
الله بن مسعود رضي الله عنه رجلاً دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه
فكره ذلك ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا الا من عرضه مثل دراهمي
وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه إذا لم يشترط ذلك عليه وقد
روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن
مسعود رضي الله عنه ان الرجل انما فعل ذلك لاجل القرض فلهذا كره وقد
رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل إلى
ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بلفاء فقال انه أوصي إلى في يتيم
فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتتر من ماله شيئاً ولا تستقر من منه شيئاً

وبه نأخذ فنقول ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول إذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئاً لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفي التهمة على نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضى الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضى الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً وبه نأخذ فنقول المنهى عنه هي المنفعة المشروطة اما إذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الاحسان بالاحسان وانما جزء الاحسان الاحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به إذا لم يكن مشروطاً وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما إذا كان مشروطاً فذلك مكروه والسفاح التي تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتحة بذلك فلا بأس به وان شرط في القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة * رجل باع من رجل عبداً بثمن مسمى إلى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لاحمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يحده بعد مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا في الموضع المشروط لان الشرط معتبر إذا كان مقيداً غير معتبر إذا لم يكن مقيداً وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الاجل فكذلك

[38]

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين في البيع مدة الاجل والمسألة بحالها ففيما له حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لان تعيين مكان التسليم فيما له حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم ما لم يأتى ذلك المكان واما مالا حملة له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الاجل المجهول لنفسه إلا أن يأتي ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم في الحال لان التسليم فيما لاحمل له ولا مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل في ضمنه فإذا لم يثبت كان الثمن حالا وإذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على أقل من وزنها فهو جائز لانه قبض البعض وبراءه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في الكل فكذلك في البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لا يتمكن في هذا التصرف معنى المبادلة وصحة البراء لا تستدعى القبض وهذا بخلاف ماله صالحه على أن أجله فيها شهراً لان التأجيل بعد الاقراض كالمقروض بالاقرض والمعنى الذي لاجله لا يلزم الاجل إذا اقترن بالاقرض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقرض وان صالحه على عشرة دنائير فهو جائز إذا كان بدا بيد لتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ما قبض بعضها يبرأ من حصة المقبوض

وعليه رد ما بقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لان ربا الفضل ينعقد عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجرى وتوهم الفضل كتحققه فيما يبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان في لفظ الصلح ما يدل على ان ما وقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا ان يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل ان يتفرقا لان الفلوس الرائجة لاتتبع عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه قابض الدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس بالدراهم ان قبض أحد البدين قبل الافتراق يكفى قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لاديننا

[39]

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من ان يكون دينا بدين فيكون هذا افتراقا عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلا ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت في ذمته ما هو في ذمته الاصيل وصلحه مع الاصيل جاز على الدنانير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك إذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا مائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يتملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له ان يرجع بتسعمائة على المكفول عنه (قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل) لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع آخر. ووجه ذلك أن الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكا جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف ربا * قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال إلى الطالب على عشرة دنانير ودفعها إليه كان جائزا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل إلى أن يؤدي والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يثاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ لانه انما اعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله ان يرجع به عليه كما لو اعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفيا منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاعماض والتجوز بدون الحق فإذا من لزمه الرد تخير بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفيا بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لادين عليه فان

رضى الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه
دراهم القرض بالدنانير هكذا

[40]

في رواية أبي سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي
حفص قال هذا قول أبي حنيفة أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير
بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسألة
تنبنى على ما بيننا في كتاب البيوع وإذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي
عليك في كره حنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسألة فكذلك في هذه إذ
لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح في
الوجهين جميعا باعتبار أنه أضاف الوكالة إلى ملكه فالدين في ذمة
المديون ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لأنه أمره بدفع
الدين إلى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع
المطلوب إلى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلكت قبل
أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع إليه مؤتمن لأنه قبض الدنانير
بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل إليه من ماله فإن صرفها
وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا
لأنه في القبض بحكم العقد عامل للامر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الأمر
حتى يأخذ منها حقه فإذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لأنه في هذا
الآخذ عامل لنفسه وإنما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه
ولو دفعه إليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك إذا قبضه
بأمره وإن قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله
لأنه بالبيع ممثّل أمره وإنما يكون ذلك إذا كان في القبض عاملا لنفسه
حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الأول فإن هناك أمره بالبيع للامر فكان
في القبض عاملا للامر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيعا
على أن يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
وسلف ولنهيته صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد بشرط فيه
منفعة لاحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك وإذا أقرض المرئى أو
استقرض فقتل على رده فقرضه الذي عليه دين في ماله أما أن تصرفه
قد بطل فبقى هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان
عليه أو لأن تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فإن توقف تصرفه لحق
الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فإن قيل أليس العبد
المحجور إذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ما لم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغي أن لا يكون
ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة

[41]

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤخذ
به بعد العتق فكذلك من المرئى يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في
المال يقدم على حق الورثة ولهذا يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا
الدين وما أقرضه المرئى فهو دين على صاحبه لأنه قبضه بشرط الضمان

وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والصبي والمعتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع * وإذا أقرض الرجل صبيًا أو معتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وبشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر. وإن أقرض عبداً محجوراً عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذي بينا وإن لم ينص عليه وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال كما في الوديعة. وإن وجد المقرض ماله بعينه عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه. وإذا باع الرجل دراهم بدراهم إلى أجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساحر ام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما أولى. والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فإن وجد دراهمه بعينها فللآخر أن يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض إلى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر أن يعطيه غيرها وهذا هو الاصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تتعين بالقبض وإن كانت لاتتبع بالعقد والله أعلم بالصواب (باب الرهن في الصرف) قال رحمه الله وإذا اشترى عشرة دراهم بدنانير ونقده الدنانير وأخذ بالعشرة رهناً يساويها فهلك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن برأس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم يقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفياً عين حقه من ماله الرهن لا مستبدلاً فلهذا بقى عقد

[42]

الصرف وكذلك لو اشترى سيفاً محلياً بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهناً فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهناً بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فانه يقضى له بالسيف لأن أخذ الرهن بالاعيان لا يجوز لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالاقبل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لانه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان. وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مقنص أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين في العقد في أنه جعله كالسيف في أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فإن هلك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لأن تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الاقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهناً بالثمن أو بالتمن لان الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم (باب الصرف في المعادن وتراب الصواعين) قال رحمه الله ذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية إذا هلك الرجل في البئر جعلوها عقلاً وإذا جرحته دبة

جعلوها عقله وإذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذي حقله الله تعالى في الارض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لانها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذي لا يفصح يسمى أعجميا والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لانه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة إذا رمحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لان ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لان في وسع الراكب أن يمنعه بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن فجبار لان سقوطه بعمل من يعالجه فيكون كالجاني على نفسه وفيه دليل لنا على وجوب الخمس في المعدن

[43]

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب المخلوق في الارض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان الركز هو الاثبات يقال ركز رمحه في الارض وكل واحد منهما مثبت في الارض خلقه أو وضعه وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم في قرية خربة فقال علي رضي الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم أحق بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدي خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك وستتمها لك فجعل الكل له وفيه دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ان واجد الكنز في ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الارض بعد ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك في الواحد إذا رآه محتاجا إليه وله أن يضع ذلك في بيت المال كما رواه عن علي رضي الله عنه في الحديث الآخر قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك فهو للذي وجدته فوجدوها كذلك فأدخل خمسها بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق ان رجلا وجد كنزا بالمدائن فدفعه إلى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت بغيه الكنكث يعني التراب فهل لا أخذ أربعة أخماس المال ودفع إليه خمسها وهذا مثل في العرب معروف للجانب المخطئ في عمله وهو مراد عائشة رضي الله عنها بما قالت يعني انه خاب وخسر لخبطه فيما صنع في دفعه الكل إلى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا يدفع إلى العامل الاقدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير إلى دبر خربة فوقعت فيه ثلثة فإذا استوقفة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها عليا رضي الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقي منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا دليل على جواز وضع الخمس في قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك إليه كما له أن يفعل بنفسه لان خمس الركاز في معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك في قرابة الغانمين جائز إذا كانوا محتاجين إليه وعن الحارث الأزدي قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبي بمائة شاة تباع فلامته أمي وقالت اشتريته بثلثمائة أنفسيها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فندم الرجل فاستقا له فأبى أن يقبله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فعالج الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأناه الاخر فقال خذ غنمك واعطني مالى فأبى عليه فقال

لاضرنك فأتى عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال علي رضي الله عنه إذ خمس ما وجدت للذي وجد الركاك قاما هذا فانما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على ان بيع المعدن بالعروض جائز وقوله بمائة شاة تباع أي كل شاة يتبعها ولدها وهي حامل بأخرى وهذا معنى ملامها اياه حيث قالت اشتريتها بثلاثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنتها وفيه دليل على ان المتصرف لا ينبغي له ان يبنى تصرفه على رأى زوجته فانه ندم بناء على رأيا ثم خرج له منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروه وخالفوه وفيه دليل على ان خمس الركاك على الواجد دون المشتري وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز في الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على انه لا ينبغي للمرء ان يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحقوق الضرر به كما ابتلى به هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسئئ ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لا خير في بيع تراب الصواعين وهو غرر مثل السمك في الماء وبه تأخذ فالمقصود ما في التراب من الذهب والفضة لا عين التراب فانه ليس بمتقوم وما فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا إذا لم يعلم هل فيه شئ من الذهب والفضة أم لا فان علم وجود ذلك فبيع شئ منه معين بالعروض جائز على ما بينه ان شاء الله وعن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد في الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهي لك وفيه دليل على ان الملتقط عليه التعريف في اللقطة وبظاهره يستدل الشافعي ويقول له ان يملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولكننا نقول مراده فاصرفها إلى حاجتك لانه صلى الله عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير ان ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها في الخرب العادي ففيها وفي الركاك الخمس والمراد بالركاك المعدن لانه عطفه على الكنز وانما يعطف الشئ على غيره لاعلى نفسه وكل من احتقر من المعدن فعليه خمس ما وجد وله أربعة اخماسه لما روينا من الاثر قال وأكره ان تتقاسموا التراب ولا أجزئه وان فعلوا حتى تخلص تقاسمونه على ما يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما في التراب وحقهم في ذلك سواء وعند قسمة التراب لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود إلى كل واحد منهم فهم في معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجز لانه لا يدري أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما في التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون

الذهب ربا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمتقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار إذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار إليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن من الذهب إذا اشتراه بذهب لم يجر وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس وإذا احتقر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقي في مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحرزها ويخرجها وتأويل حديث على رضى الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقي ولهذا قال على رضى الله عنه اد خمس ما وجدت من الركاز يعنى ما أحرزته وكذلك ان أعطاه رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشترط العوض عليه في اخراج المباح وذلك باطل فرجع في عوضه وما احتقر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس في ذلك * وان استأجر الرجل الاجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز إذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تفضي إلى المنازعة لما كان التراب معيناً معروفاً وله الخيار إذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار إذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجر لان المقصود ما في التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك في البعض ويقبل في البعض الآخر وينعدم في البعض وهذا الجهالة تفضي إلى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجر لتوهم الفضل فيما أعطاه وان

[46]

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار إذا رأى ما فيه. وإذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود ما فيه واستقرضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض وان كان استقرض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجر معناه أن الشرط لا يجوز لان في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول في مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمتقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجر تساويا أو تفاضلا لان المعقود عليه ما في التراب وبالمساواة في وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم (باب صرف القاضى) قال رحمه الله وحكم القاضى في الصرف وحكم وكيله وأمينه كحكم سائر الناس لانه فيما مباشر من العقود ليس بقارض وان كان قاضيا فمباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرة لاعلى وجه القضاء وان كان لليتيم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر

السوق لم يجز لانه ليس في هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصي فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة وإذا اشترى من مال اليتيم شيئاً لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيراً لليتيم أمضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلاً للآثر الذي روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسألة المذكورة في كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أبيه بعد موت الأب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقتة تحمله على أن لا يترك

[47]

النظر له فلا حاجة فيه إلى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواعين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدري لعل فيه من أحد النقيدين خاصة مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار إذا رآه وعلم ما فيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك إذا كان يعلم ان فيه ذهباً وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بينا نظيره في بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلى أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهباً وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرًا وبذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل إلى المثل والباقي بآراء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعاً على ما بينا في تراب الصواعين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعاً وبشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفريق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما فى التراب. ولو اشترى ذهباً وفضة لا يعلم وزنهما بفضة وذهب لا يعلم وزنهما جاز بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق اسم لما يخرج للجن من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول إليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه تأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولسنا تأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكاً له كان ديناً وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فإذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز في العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه لدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم (باب الاجارة في الصياغة) قال رحمه الله وان استأجر أجيراً بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة بصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلى والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

[48]

معلوم ببدل معلوم فلا تشترط المساواة بين الاجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة في الوزن لان ما يشترط له من الاجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك إذا استأجره ليخلص له ذهباً أو فضة من تراب الصواعين أو تراب المعادن إذا اشترط من ذلك شيئاً معلوماً لان مقدار عمله بعد تعيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا يمكن فيه منازعة وكذلك ان استأجره ليفضض له حلياً أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبدل بمقابلته معلوم وكذلك ان استأجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهب التمويه على الذي يأخذ الاجر فلا خير فيه لان مقدار ما يحتاج إليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولان العقد في ذلك صرف فلا بد من التقايض في المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرراً بغير ارض ذهب فهذا باطل إلا ان يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يردّه إليه ويقول موه به وكذلك ان استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لا يجوز إلا ان يتقايض لان العقد في الذهب صرف ولو استأجره بعرض أو بشئ من المكمل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة مسمى فهو جائز لان بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعاً والقبض في المجلس ليس بشرط في بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهي اجارة صحيحة فان عمله فقال المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لى وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه لانكاره القبض في بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه في متاعه الا أن يرضى أن يأخذ بقوله لانه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة ما زاد التمويه في متاعه وقد بينا نظائره في باب الاستصناع من كتاب الاجارات في مسألة الصياغ وان استأجره يحمل له مالا من أرض إلى أرض أو ذهباً أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره يبيع له ذلك شهراً فالمعقود عليه منافعه وهي معلومة ببيان المدة بخلاف ماله استأجره لبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لان الاجارة وردت على البيع والبيع ليس في وسعه فهو بمنزلة ماله استأجر إنساناً للتدريه ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يحفر له في هذا المعدن عشرة أذرع بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه كان فاسداً لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببيع ما يخرج من عمله فيكون

[49]

بمعنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو في المنفعة بعقد فاسد وان استأجر اثناء فضة أو حلى ذهب يوماً بذهب أو فضة جاز لان المستأجر منتفع به لبساً أو استعمالاً والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلاً للاجارة وانما يرد عقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة في الدراهم والدنانير لا تحقق ويكون ذلك قرصاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفاً محلى أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدراهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغاً يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد في هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه يملكه فيصير قابضاً كذلك ثم استأجره في اقامة

عمل معلوم في ذهب له ولان هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفي لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده وإذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض في الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرده عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لان الطوق في يده وهو غير راض بازالة يده عنه ما لم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الاول يريد به مسألة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكا لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين ما زاد من الذهب قائم في الطوق فالصائغ فيه كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه ما لم يصل إليه كمال العوض وان أمر الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرصا من عندك لم يجز لان الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصائغ عاملا في ملك نفسه ثم بائعا منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضا للذهب يخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملا له في ملكه فلهذا يستوجب الاجر عليه وفي مسألة الخاتم يفسد أيضا لعله أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

[50]

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم. (باب الغصب في ذلك) قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من أصله أن للجودة والصنعة في الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لاقية للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى إلى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه في الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله بضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا انما يكون شرطا في العقد فاما في ضمان المغصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الاصلين في كتاب البيوع والغصب والقول في الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لانه منكر للزيادة والمطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل نقصان بالكسر أو كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه متعذر فان الوزن ياق بعد الكسر ولاقيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمن النقصان كان أخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه في الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور إليه بالضمنان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشئ لان شرط التضمنين تضمين المكسور إليه فإذا أتى ذلك كان مبرئا له بخلاف الثوب إذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفي الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فإيجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدي إلى الربا فان قضى القاضى عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله

يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فان تملك الفضة المكسوة بالذهب والتقايبض في المجلس شرط في الصرف ولاجله يثبت حكم لربا فيه حتى لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقايبض ويان كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه في حكم التقايبض في المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفي الدار

[51]

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضي له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح في المجلس لان العقد فيه صرف. وحثنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضي على الغاصب برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك إذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس ببسب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك في المضمون شرطا لتقرر حقه في القيمة وشرط الشيء يتبعه وإذا كان باعتبار ما هو الاصل لا يجب التقايبض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك في البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلوجود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصة الصفائح في المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض في الصرف للتعيين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين في الابتداء وهذا لا يوجد في الغصب فالغصب والاستهلاك لا يردان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعيين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة. يوضحه انه لو انتقض القضاء بالاقتراق عن المجلس احتاج القاضي الي اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلاحا على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أو رفعا الامر إليه ولو أجل القيمة عنه شهر اجاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزر فر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل في الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لزر فر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل المغصوب والمستهلك عنده كبديل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالثمن في البيع وإذا استهلك أناء من نحاس أو حديد أو رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الامثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الأنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدي إلى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

[52]

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى يجوز بيع الواحد منه بالاثنين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف وإذا كسر اثناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه اياه فلا شئ لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسيور إليه وقد فوته بالاستهلاك ولو غصب اثناء فضة فكسره وصاعه شيئاً آخر فللمغضوب منه أن يأخذه عند أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمنه قيمة الاول مصوغاً وقد بينا المسألة في كتاب العصب وان غصبه دراهم أو دنانير فإذا بها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك المغضوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه وإذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعلية مثله لانه خلط المغضوب بماله خلطاً يتعذر على صاحبه الوصول إلى عينه فيكون مستهلكاً ضامناً لمثله والمخلوط يصير مملوكاً له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف في كل ما يخلط وقد بيناه في العصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطاً فعليه مثل ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطاً لا يمكن تمييزه أو سبك ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فجعلها عروة في قلادة فهذا استهلاك وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفاً من أوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من غير ذكر وقد غصبها مقصوداً بنفسه فإذا صار ذلك مستهلكاً بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير الساحة إذا أدخلها الغاصب في بناءه وإذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به المغضوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضى بالارداً ولو أبراه عن بعض القدر جاز فكذلك عن الصفة وفي الاجود أحسن الغاصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب إليه كما لو أرجح ولا يشترط رضا المغضوب منه بالاجود إلا على قول زفر وقد بيناه في البيوع وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقده الدنانير والدراهم قائمه في منزل الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

[53]

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانه مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه اثناء فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكاً لان ما اشرنا إليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضة مثلها بتأخير كان جائزاً عندنا خلافاً لزفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المغضوب في حكم المستهلك إذا كان لا يتوصل إلى عينه فما يقع الصلح عليه يكون بدل المغضوب المستهلك وليس هذا كالشئ القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائماً بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفاً ولايجوز الا بدأ بيد لان حقه في استرداد العين إذا كان قائماً بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاناء غائباً عنه فقال اشتريته منك بنسيئة فاني أكره ذلك إذا وقع

عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا انى استحسن في الصلح إذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه وما لا يتوصل إلى عينه فهو مستهلك حكما أما إذا كان ظاهرا أو هو مقر به فانى أكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف فان ما يجرى بينهما صرف بزعمهما فيؤاخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم (باب الصرف في الوديعة) قال رحمه الله وإذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعهما في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدينير لم يجر ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة امانة في بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض العصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاكها في يد المودع كهلاكها في يد المودع فإذا لم يحدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البديلين * وان أودعه سيفا محلى فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم وودع إليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شئ واحد وقد انتقض العقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

[54]

تميز البعض من البعض في التسليم من الضرر. وكذلك لو اشتراه بسيف محلى فدفعه إليه ولم يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شئ واحد * قال وكان ينبغي أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان في حلية أحدهما فضل أضيف ذلك إلى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لان العقد في الوجهين صحيح وصرف الجنس إلى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد وإذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لالعائنها بعد صحتها وإذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما بقى أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر في تمييز البعض من البعض في التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان في الحلية فضل أضيف الفضل إلى الحمائل من الجانب الآخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب والثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة واحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لان العقد في ذلك ليس بصرف وتميز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يتعدى إلى ما بقى ولو باع ثوبا ودينار بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانها جنسان قولها بجنسين فليس صرف البعض إلى

البعض بأولى من البعض فللمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فإذا
افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من
الذهب لان العقد في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل واحد من التويين
بصاحبه بالحصة التي سميت له ولاخيار له في ذلك لان عيب التبعض بفعل
كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل
واحد منهما

[55]

راضيا بعيب التبعض فلهذا لاخيار لهما في ذلك والله أعلم بالصواب (باب
الصرف في الوزنيات) قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا
يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لان شرط الجواز
المساواة في الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة
في المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعنى بهذا الدرهم فضة
مثل وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة
وزنا موجود. ولو اشترى مثقالى فضة ومثقالى نحاس بمثقال فضة وثلاثة
مناقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقى من الفضة
والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد
بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقى لان الصفر
موزون وقد بينا أن الحكم في مال الربا انه يقابل الشئ مثله من جنسه
فالحاصل أن حكم الربا في الفروع يثبت على الوجه الذي يثبت في الاصل
لانه انما يتعدى إلى الفرع حكم الاصل فكما أن في الذهب والفضة تثبت
المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك في الفروع وعلى هذا نقول
الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز
الا وزنا بوزن لان الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي يثبت في الاصل
وفي الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء في
ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وان افترقا قبل التقابض لم
يبطل البيع لان الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا في
اليوع الفرق بين الصرف وغيره من اليوع في الاموال الربوية في
اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالاسرب فهذا رصاص كله بوزن
ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس
بالنحاس الاحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس اثنان يدا بيد من قبيل ان
الشبه قد زاد فيه الصيغ فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة
الصيغ الذي في الشبه * قال ولاخير فيه نسيئة لانه نوع واحد وبزيادة
الصيغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولانه موزون متفق في المعنى والوزن
بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الابيض يدا بيد الشبه
واحد والصفر اثنان لما في الشبه من الصيغ ولا خير فيه نسيئة لانه موزون
متفق في المعنى وكذلك

[56]

الصفر الابيض لا بأس به واحدا منه باثنين من النحاس الاحمر لان الصفر
الابيض فيه رصاص قد اختلط به فباعتباره يجوز العقد ولاخير فيه نسيئة
لانه موزون كله. وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم

يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل ما لم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزنا بمنزلة التبر. وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع إليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فإذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمنا وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل أن يدفع إليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء بوزن فلا خير فيه لانه يبع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لابعده وإذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان ديننا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالفقد فاسد تقابضا في المجلس أو لم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو ما لم يصحبه حرف الباء فيكون بائعا ما ليس عنده لا على وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهى يوجب الفساد والله أعلم (باب الصرف في دار الحرب) قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاربا بين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربى في دار الحرب وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم مينة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله. وحجتهم حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه وقعت للمشركين حيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

[57]

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لأمان له سواء كان في دار الاسلام أو في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان ولايجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد ولان الكافر غير راض بأخذ هذا المال منه الا بطريق العقد منه ولو جاز هذا في دار الحرب لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر هبة * وحجتنا في ذلك ماروينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع إلى مكة وكان يربى وكان يخفى فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز وانما جعل الموضوع من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال محمد وبلغنا ان ابا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى ألم غلبت الروم قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا على أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا خطرك

فخاطبهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب إليهم فزد في الخطر وأبعد في الاجل ففعل أبو بكر رضي الله عنه وظهرت الروم على فارس فبعث إلى أبي بكر رضي الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب وأخذ النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبي بكر رضي الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك حيث لا يجرى أحكام المسلمين * ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة بأعلى مكة فقال له ركانة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه الحديث إلى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكريماً وهذا دليل على جواز مثله في دار الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئاً الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الاسباب ثم يتملك المال عليهم بالاخذ لا بهذه الاسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

[58]

الوجوه ما أمكن وأحسن الوجوه ما قلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم طلق لنا أموالهم فما عدا عذر الامان يضرب سبعا في ثمان وتأويل حديث ابن عباس أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيط للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا نقاتلهم لطمع المال وأما التاجران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز في دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا يندم معني الاحراز بالاستئمان إليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه إذا أتلفه وانما يتملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولايجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرج حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يردده والحكم فيها كالحكم في التاجرين أما على أصل أبي يوسف فقط فظاهر لانه لا يجوز هذا العقد بين المسلم والحربي فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالاخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يتملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربي وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام ألا ترى ان أحدهما لو أتلف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده ويقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقده حرمة ومن لم يعتقده فليثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا يؤمر أن يرد ما أخذه لان كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالاخذ فاما إذا ظهر المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذي أسلم لانه صار محرزا ماله بيده ويده أسبق إليه من يد الغانمي فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهما من صاحبه درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة إذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يتملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى نصارى نجران

من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب إلى مجوس هجر اما أن تدعوا الربا أو
تأذنوا بحرب من الله ورسوله فالتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون عدرا
بالامان وهذا لانه يثبت

[59]

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه
فمباشرتهم ذلك لا تكون عن تدين بل لفسق في الاعتقاد والتعاطي
فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم. وإذا تباع أهل الحرب بالربا في دار
الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقايضوا أو يقبض أحدهما
ثم اختصموا في ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء
العقد تمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل
للعقد والاصل فيه قوله تعالى وذرُوا ما بقى من الربا وسببه مروى عن
مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو عمرو بن عوف
يأخذون الربا من بنى المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه إلى
مكة أميرا فطلب بنو عمرو بن عوف ما بقى لهم من الربا وابتى ذلك بنو
المغيرة فاختصموا إلى عتاب رضى الله عنه فكتب فيه إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى الله عليه
وسلم إلى عتاب رضى الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم ما بقى من
الربا أو يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء
العقد وكذلك لو اختصموا بعد التقايض في دار الاسلام فانهم يؤمرون برد
ذلك لان التقايض بعد العصمة بالاحراز كان باطلا شرعا وكذلك المسلم
يباع الحربى بذلك في دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج إلى دارنا قبل
التقايض فان خاصمه في ذلك إلى القاضي أبطله وان كان تقايضا في دار
الحرب ثم اختصموا لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين
بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو
كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم (باب الصرف بين
المولى وعبده) قال رحمه الله وليس بين المولى وعبده ربا لقوله صلى
الله عليه وسلم لاربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبد
لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فاما جعل بعض ماله في بعض فلا
يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى
أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمانه ولا يسلم له ما لم
يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وساء كان اشترى منه درهما
بدرهمين أو درهمين بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سواء كان أقل أو
أكثر فعليه رد ما قبض لحق

[60]

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري
من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه
وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجرى الربا بينه وبين
مولاه كما يجرى بينه وبين غيره الوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك
العنان فيما ليس من تجارتها والوصى في الربا بمنزلة الاجانب لان

المبايعة تتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الاحرار في ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الاحرار فاما المتفاوضان إذا اشترى أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كمشخص واحد في التجارة كما يجرى بينهما لا يكون بيعا والله أعلم (باب الوكالة في الصرف) قال رحمه الله وإذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف في ذلك مباشرته لغيره ومباشرته لنفسه ألا ترى انه يستغنى عن اضافة العقد إلى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لاحدهما أن ينقرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه إلى الرأي ورأى الواحد لا يكون كراى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصه الباقي جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كأجنبي اخر وان وكله في ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذي قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقرانه من دراهمه وجده الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقابض فيما يدعى من الزيادة بعد ما أقر باستيفاء حقه وانما يرده على الوكيل باقراره واقاراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل بينة أو بأداء يمين ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الأمر وفي هذا نظر فان القابض إذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له إلى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذي عاقده انما يمين عليه فان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد إذا حلف لا إذا أتى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب مختل

[61]

والصحيح أنه إذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للأمر لانه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الأمر. وإذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لان الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر. وان وكله أن يشتري له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أو دنانير جاز على الأمر وجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الأمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة الا بمحض من الأمر وان اشتراه بشئ مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجر على الأمر لان مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع فإذا اشتراه بشئ آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له بيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجر كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لانه لم يخالف والوكيل انما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لانه فضته صارت دينا على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدرا حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده إلى صاحبه. وإذا وكل الرجل رجلا ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجر لانه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة في التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه لاقيمة

للتراب والعلم بالمساواة وزنا في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الأمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا ان كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفا محلى فباعه بنفسه فالبيع فاسد للاجل المشروط في الصرف ولاضمان على الوكيل لانه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقدا

[62]

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولاضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلى ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر يبطل البيع في حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز في حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه بيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض في المجلس وان كان لا ينزع إلا بضرر لم يجز شئ منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان بيعه ابتداء في هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبقى بخلاف الاول وان وكله أن يشتري له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها إلى الأمر فهي للأمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل في القبض عامل له وبالقبض ينتهي حكم العقد فيه فالكساد بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقبل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما إذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسرناه هنا فقال الوكيل بالخيار فإذا أخذها فهي لازمة له دون الأمر الا ان يشاء الأمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هي الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هي ثمن وذلك مقصود الأمر. وان وكله أن يشتري له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فللوكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فما دامت العين في يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للأمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الأمر استحسان ذلك الا أن يشاء الأمر وذكر في السير الكبير أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للأمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبي حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للأمر بمثل قيمة فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراءه للأمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسألة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسألة في قولهم كما أطلق في الكتاب فوجه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للأمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزماً للأمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش إلا أن يشاء الأمر وإن لم يجد بالعبد عيباً ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازته كما لو اشتراه لنفسه وهذا لأن المبيع تحول من جنس إلى جنس وتأثير ذلك في أثبات الخيار فوق تأثير العيب فإن أجازته كانت القيمة له دون الأمر لأن مقصوداً لأمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضاً بالوكيل بها لا يلزم الأمر إلا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشتري لأنها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له إذا رضى أن يأخذه فهو أحق به وإذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشتري وجدته صغيراً مموهاً بالذهب فاقرب به الوكيل لزم الوكيل لأن المشتري غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فإنه قبض عين ما يتناوله العقد ثم ادعى بعد ذلك فساد العقد لسبب لا يعرف في مثله لا يقبل قوله إلا بحجة وإقرار الوكيل حجة في حقه دون الأمر غير أن له أن يستحجف الأمر لأن الأمر لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وإن أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الأمر لأن البينة حجة في حق الأمر وكذلك إن رد عليه بآباء اليمين عندنا خلافاً لزرقي فإنه يجعل آباء الوكيل اليمين كإقراره بذلك ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فإن وكله أن يشتري له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتى كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغاً من الفضة جاز ذلك على الوكيل لأن المعقود عليه فات واختلف بدلاً والوكيل في اختيار قبض البدل كالعاقد لنفسه في حقه ولا يجوز ذلك على الأمر لأن المقصود للأمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الأمر إنما ينغذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده. قال وبرا منه بائع الطوق لأنه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فإذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يصدق بالفضل إن كان فيه لأنه غرم في الثمن حسن ما عاد إليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لا على ضمانه فيلزمه التصديق به وأكره للمسلم توكيل الذمي أو الحربى بان يصرف له دراهم أو دنائير وأجيزه إن فعل لأن مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا يتحرز

عن الحرام أما لاستحلاله ذلك أو لجهله به أو قصده إلى توكيل المسلم حراماً فلهذا أكره له ذلك وإذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأنه مال الموكل صرف بعضه في بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مقوفاً على الموكل شيئاً وإذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنائير وخط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الأمر لأنه في معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين في العوض الذي من جهد صاحبه مشتر ولأن تصرف الوكيل بالشراء بالمعين إنما لا ينغذ على الموكل للثمة فإنه من الجائر أنه عقد لنفسه فلما علم بالعين أراد أن يلزم ذلك

الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجر لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الأمر لم يجر كما لو صرفها الأمر بنفسه وهذا لانه لا فائدة في هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الأمر في الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الأمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل إذا فعل ذلك وإذا وكله بالف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكانا ففي أي ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها إلى الحيرة أو إلى البصرة أو إلى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الأمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيد به وفيما لاحمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففي أي مكان صرفها له كان ممثلا أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستاجر وخرج بها من الكوفة إلى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففي أي موضع باعه فهو ممثّل ولا ألزم الأمر من الآخر شيئا لانه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبي حفص أجزت البيع إذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع

[65]

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك إذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسألة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به أتفق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الاصح لانه لو اعتبر مطلق الامر حتى يجوز ببيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل إلى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفى الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجاب هذه المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز ببيعه في مكان آخر بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة ويمثل هذا قال في الكتابين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته في الاخراج إلى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له ببيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الأمر فعرفنا انه كالمغاصب في غير ذلك الموضع وان دفع إليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جائزا إذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بالف درهم بصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل إلى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة إذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعه ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تتناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه

إلى تلك الالف أو غيرها فيكون ممثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بعد التسليم إلى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما إذا هلكت قبل أن يصرفها إنما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة إذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد إذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجز له لان

[66]

الوكالة تعلقت بتلك العين فانها أضيفت إليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد وإذا وكله بألف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا فابو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك. والحاصل أنه يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأي ولو قال اشترى لى بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة أو بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز وان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفة لان الوكيل انما يصير ممثلا إذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فان كان ما اشترى مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الالف درهم بدنانير شامية فباعها بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الانفاق في حوائجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفة أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق فباعها بالشامية لا يجوز على الأمر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الصرف على الشامية والله تعالى أعلم (باب العيب في الصرف) قال رحمه الله وإذا اشترى سيفاً محلياً بدراهم أكثر مما فيه وتغابضاً وتفرقاً ثم وجد بالسيف عيباً في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالأقالة من حيث انه يعتمد التراضي والأقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التغابض به في المجلس لان الأقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فإذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لأنه صرف وفيما وراء ذلك لأن في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لأن ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لأن الرد بالقضاء فسخ من الاصل فإن للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن. ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا الفصل دون الاول * قال وله أن يؤجره بالثمن لأنه دين له في ذمته بسبب القبض فإن عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح في مثله كبذل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فإنه في حكم العين فإن كان حلى ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فإن أراد أن يرده دون الحلى لم يكن له ذلك إلا أن يرده كله أو يأخذه كله لأن الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولأن الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحدهما عيبا وهناك ليس إلا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوفة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الأبريق لأن العقد قد انتقض من الاصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البديلين فإن الستوفة والرصاص ليس من جنس الدراهم وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لأن عنده إذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الاصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبدله قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت في المغنم يوم القادسية طشتا لأدرى أشبه هي أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة ألفي درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فقال لا تلمني ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها منى فقال انى أخاف أن يسمع عمر رضي الله عنه انى بعثك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفي درهم فيرى انى قد صانعتك فيها قال فأخذها منى فاتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الارض وما زادني على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغنم وأنه ليس له أن يبيع بغير فاحش وان تصرفه فيه

كتصرف الاب والوصى في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه باع بغير فاحش وفيه دليل على أن الامام إذا بلغه عن عامله ما رضى به من عدل أو هبة فعله فإنه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فإن ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عما له في آفاق الارض وذلك لحسن سيرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء * وإذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لا يدري ما هو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لأن العقد تناول العين والمشار إليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة * وإذا اشترى اناء فضة فإذا هو غير فضة فلا يبيع بينهما

لان المشار إليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار إليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار إليه بالتسمية وبتخير المشتري للعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشترى سيفاً محلي على ان فيه مائة درهم بمائة درهم وتقابضا وتفرقا فإذا في السيف مائتا درهم فانه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالي عن المقابلة وهو الجفن والحمايل وان اشترى ابريق فضة بألف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فإذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري ان شاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار ما سمي منه وقد تبين أن ذلك نصف الابريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا للكل بألف درهم لانه ربا ولا بألفين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبعض الملك عليه فيما يضره التبعض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لو صرح بذلك لم يجر العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الابريق ولو كان اشترى الابريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والابريق مما يضره التبعض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه إذا أمكن دون الوزن المذكور * وان اشترى

[69]

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها مائتا درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فانما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فانه يضر التبعض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأتي أبيعه فلقيني أبو بكر رضى الله عنه فاشتراه منى فوضعت في كفة الميزان ووضعت أبو بكر رضى الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة إذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضى الله عنه قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضى الله عنه كان وكيفا في بيع الخخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان

كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقايبضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقايبض لان حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها إليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس * وإذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق

[70]

وجد بعد التقايبض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية إلى شهر لانه ثمن مبيع لو أبراه عنه جاز فكذلك إذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على ثوب وتقايبضا فهو جائز لان الباقي ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم (باب الصلح في الصرف) قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقايبضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقر البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز لان ما وقع عليه الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لفساد العقد فيه بفوات ما يقابله والقبض في المجلس ليس بشرط في مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير في أصل بدل العبد اليهما ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من الثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب وصف والثلث لا يقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العيب يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يلزمه رد قدر المحطوط دينا في ذمته ولا يضرهما ترك القبض فيه في المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله. ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثاني انما يصح بطريق الحط والحط من الثمن وهو الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينا فإذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا بدلين فإذا بطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها أو اشترط في الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره وإذا ادعى على رجل مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حاله أو إلى أجل أو بشرط خيار ثم افترقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الأبراء دون المبادلة فيكون في الأبراء محسنا من وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افترقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض في المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت إلى أجل أو فيها شرط خيار وافتراقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى وإذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباهما وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه في كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحیح العقد ممكن بان يجعل ما أخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض في عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الاب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الاب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد بيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه في المجلس وان قبض الاب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ما قبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا في المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة ما لم ينقد وجاز في حصة ما انتقض اعتبارا للبعض بالكل وجاز ما سوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه بيع لا صرف وإذا ادعى الرجل سيغا محلى بفضة في يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقي منه ثوبا قبل أن يفترقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق في المجلس والباقي حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر ما لم ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شيء واحد فإذا بطل العقد في بعضه بطل في كله وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز فإذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الاصل الذي قلنا ان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى. وإذا اشترى لرجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يرد له لقوات ما صار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار أقل أو أكثر من قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا كان الفضل مما لا يتغابن الناس في

مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسألة كتاب الصلح عن المعصوب المستهلك على أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضى الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهى مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فإذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند أبي حنيفة رضى الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفائت الذي استحقه بالعقد ولاربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض في المجلس شرط وانما يشترط ذلك إذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى لا يكون ديننا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز. وان كانت الدراهم أكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا على قولهما ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضى الله عنه لانه في الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا قبل القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق البراء وهو أنه أبراه عن جميع الدنانير

[73]

ونصف الدارهم ثم أجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز * قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أو لم يستهلكه ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح بطريق الحط أو بطريق أن ما وقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك ديننا على البائع واجبا بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح في مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن يقبضه قبل التفريق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا فيشترط القبض فيه قبل التفريق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن زاده مشترى القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان ما زاد مشترى القلب يلتحق بأصل العقد وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البديل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعينها وتفرقا قبل التقابض فهو جائز أيضا لان في حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفي حصة العيب وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا ثم وجد في الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم (باب الصرف في المرض) قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لا يجوز ذلك عند أبي حنيفة رضى الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا وصية للوارث وعندهما مضى الوصية في

الحط لافي نفس البيع كما في حق الاجنبي فإذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتي في كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى * ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك ببقية الورثة فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو مردود كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن أخذ مثل قيمة الدراهم من الدينير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل

[74]

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه ما رضي بزوال ملكه في الدراهم حتى يسلم له الدينير كلها فإذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضي به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية أخرى عنهما أن أصل العقد يبطل إذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك في الشفعة ان شاء * الله تعالى * وإذا باع المريض الف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا ما زاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك إذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشتري فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار في يد الورثة ويرد عليهم ما بقي من الالف وان شاء أخذ ديناره ويرد الباقي لانه ما رضي ان يمتلك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم وإذا اختار أخذ ديناره فلاشئ له من الالف بطرق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت في ضمن عقدا لصرف وقد بطل العقد فيبطل به ما في قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشتري أن يأخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقي من الالف بطريق الوصية ولم يجزه هنا لان الدينار مستهلك فلا فائدة في اثبات الخيار له لانه لا يعود إليه ما خرج من ملكه بعينه وكذلك لم يعطه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهذا قال يأخذ قيمة الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقي وكذلك إذا باع المريض سيفا قيمته مائة درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فابت الورثة أن يجيزوا كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه باكثر من ثلث ماله وهذا وما سبق في التخرج سواء وما تختص به هذه المسألة قيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشيء واحد لا يتأتى اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشتري بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون ذلك دينارا في تركة الميت ويبيع السيف حتى ينقد الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقي لان السيف مما يضره التبعض فيثبت الخيار لما لحقه من عيب التبعض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قائم يمكن

[75]

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبويض في الالف الاول ليس بعيب فلهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وان كان المشتري أيضا قد استهلك ما قبضه جاز له منه قيمة الدينار وثالث الباقي وغرم ثلث الباقي للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلث الباقي وغرم ثلث الباقي بعد قيمة الدينار لانه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فإذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم * مريض له تسعمائة درهم ولامال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعة فاجازة الورثة وردهم هنا سواء وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتسع الدينار لان عقد الصرف قد بطل في ثمانية اتسع الدينار بترك قبض ما يقابله في المجلس وانما بقى العقد في مقدار المائة والوصية بالمحابة كانت في ضمن العقد فانما يبقى فيما بقى فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه إلى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شئ له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشتري تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كله لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كأنه في الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحابة بقدر الثلث من ماله وذلك جائز. قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسألة إذا زيد في سؤالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستمائة درهم لان جملة مال المريض تسعمائة وانما تكون المحابة بقدر الثلث إذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان المريض وكل وكيلها فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال المشتري أنا أخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فإذا أراد المشتري إلى تمام تسعين دينارا للحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحابة وكان ذلك سالما له وإذا اشترى من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذي أعطى المائة أن يمسك المائة من الالف بمائة ويرد الفضل لان حقه في المائة التي أعطى وقد صار دينارا والذي في يده مال الميت فيكون له أن يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل والوصية له هنا لان الوصية

[76]

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا علي أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبى الورثة أن يجيزوا يخير صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية إذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا وإذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبى الورثة أن يجيزوا فالمشتري بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحابة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شئ من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المعاوضة فيما بقى لان ذلك يؤدي إلى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولاقيمة للصنعة

والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فإذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فإذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشتري ثلثا الابريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمته ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم (باب الاجارة في عمل التمويه) قال رحمه الله وإذا دفع لجاما أو حرزا إلى رجل ليموهه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضا على الدافع ويعطيه اجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها إلى ملكه فيصير قابضا لها بابطاله تملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استخلاف على فعل الغير فان قال موه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

[77]

أجر عملك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفردا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة الفصد صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه صار قابضا الفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر رد عينها فعليه رد مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لا يجاوز به ما سمي أي تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد في حصة الصرف فسد في الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد في حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك لا يوجب فساد الاجارة * قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل لبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه إذا قسمت الدنانير على أجر مثله وعلى المائة درهم فعلمت أنه حكم بصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع إليه ثوبا يكتب عليه كتاب بذهب معلوم باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الذهب صرف وكذلك لو شرط عليه أجره وثمانه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لا مستقرضا لانه سمي ما يقابله ثمنا فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب كذا وكذا على أن اعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض للدنانير وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم * وإذا دفع إليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة تم صقها قلبا ولك كذا ففعل فهو جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الأمر ثم استأجره للعمل في ملكه ببدل معلوم وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع إليه فضة وقال صغ لي من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن اعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة

العامل في يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي اثني عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة فقال المدفوع إليه بل كانت عشرة وأمرتني فزدت خمسة وفي القلب خمسة عشر فالقول قول المدفوع إليه أنه زاد خمسة لأن الخلاف في مقدار ما دفع إليه من الغصة فالدافع يدعى عليه الزيادة

[78]

والمدفوع إليه ينكر فاقول قوله مع يمينه ثم المدفوع إليه يدعى انه أمره أن يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الأمر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاد درهمن فوق ما أمره به فكان مخالفا لأمره صامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اقام العمل المشروط عليه وزاد فإذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال أجره ولو كان القلب محشوا لا يعلم وزنه ولا يعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل سلم القلب له وأعطاه الأمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده إذا كان ما زاد فيه وهو الخمسة بزعمه لا تصل إليه فإذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال الأمر كانت فضتي بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء وأمرتني أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع إليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك في صفته وان اختلفا في الاجر في المقدار بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر في ذمته أو الزيادة على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفاً بعد ما تفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالحياد قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الحياد دون الزيوف المردودة واستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد وهذا انما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبي حنيفة ان كان الرد بعيب الزيادة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كرا حنطة وقال اطحنها لي بدرهم فطحنها قبل أن يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وإنما طحن صاحب الحنطة حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق * ولو دفع إليه كرا حنطة وقال اقرضني نصف كرا واخبطه به ثم اطحنها لي بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط يملكه بأمرة فيكون الطحان عاملا له في حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع إليه لجاما وذهبا فقال موهه به وما

[79]

فضل فهو لك أجر لم يجر لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقى من الذهب فهو مردود على صاحبه * ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب في المجلس فللمشتري الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشتري تضمنين المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع إذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشتري تضمنين القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول أبي يوسف الاول هو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل إلى يده وكذلك قبض المبيع إذا كان عينا وباختياره تضمنين المحرق والقاتل لا تصل يده إلى شيء فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين في ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره أكثر من أن تتوجه له المطالبة على المحرق ببطل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببطل الصرف على انسان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل الصرف إلى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشتري حين اختياره تضمنينه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان باتلافه ولو كان أمره بالقبض في الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك إذا رضى بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيئا حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشتري أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصديق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمنينه

[80]

وذلك بعد الاتلاف وبعد ما وجب التصديق بالفضل فلا يظهر في ابطال حق الفقراء مع أن باب التصديق مبني على الاحتياط وهذا شيء يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر في حقه لافى حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع دينا للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فعرفنا أنه واجب للمشتري ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا محلى فيه خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيئا من حمائله أو جفنه فاختر

المشتري أخذ السيف وتضمن المفسد قيمة ما أفسده فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط في المجلس انما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختر المشتري امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختر المشتري امضاء العقد وتضمن المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدي القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شئ لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخر لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة الحلية للافتراق قبل القبض وفي حصة السيف لان الكل شئ واحد * ولو أسلم ثوبا في كر حنطة أو باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب باثنين فاختر مشتري القلب والمسلم إليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقصان من الهاشم في المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه في المجلس * رجل اشترى سيفا محلي فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختر المشتري إمضاء البيع وتضمن المحرق فنقد الثمن وقبض

[81]

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالباع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لانه باختيار تضمنين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زابت السيف فانتقاض العقد فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقى وفي قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لانه صار قابضا باختياره تضمنين المحرق وكذلك القول في السلم إذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختر المسلم إليه تضمنين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الاصل الذي بينا * وان اشترى سيفا محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهما أو بربح ده يازدة أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لان للحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان ينبغي أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة * قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مرابحة أو وضعية وذلك ينعدم إذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولانها جعلتا الربح في ثمن السيف ده دوازه فإذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازه ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لان البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سمي من الربح وان البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصدا ذلك وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لانها صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموه فلا بأس بالمرابحة فيه لان

التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما إذا باعه بربح نصف دينار فان الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وان باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لانه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لان الدرهم بقلبه مثل وزنه من القلب على ما عليه الاصل فان الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة اعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسمياه رأس المال ربحا

[82]

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحا رأس المال في عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجر لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يارده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد في حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الآخر وبفساد العقد في أحدهما لا يتمكن المفسد في الآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضا ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يارده فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويخرج قد المحطوط من أن يكون ثمنا فكأنه في الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع أو قبل أن يفترقا فسد البيع كله في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمنع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن درهما وسلمه إليه فسد العقد في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطا بعد العقد لاحدهما خيارا أو أجلا يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك في البيع إذا ذكر فيه شرطا فاسدا بعد العقد وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتى يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهم في ذلك أن الشرط والزيادة بيع في العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشيء مبطلا لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فإذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وبطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذي لاجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وإبقائه فكذلك يملكان تغيير وصفه لأن صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز إلى الفساد واليهما ذلك فما وقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور في أصل العقد ولو ذكر في أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك إذا ذكر بعد العقد ألا ترى أن أحد المتصارفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذي قلنا فكذلك إذا رده في بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط إبقاء العقد الاول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار إليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه إلى ذلك فصرف إلى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الاول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد ان ذلك بأصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشرناه وانما يفسد به العقد والفاقد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع إذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة فلهذا التحق بأصل العقد الا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط في سائر البيوع لان في صحة هذا الحط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك في تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده * ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جيمعا فان نصف الحط في الثوب وينتقص البيع في القلب في قول أبي حنيفة لانه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الاول عند أبي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفا محلى بمائة درهم وحبته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فيكون البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الاول فان القلب مع الثوب

شئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون في هذا تغيير ما نص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين ديناراً وتقابضاً ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنائير فهو جائز سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمناً فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البديل الذي من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة إذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضوع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوباً فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئاً كما لو كان مذكوراً في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق بأصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة يبطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكوراً في أصل العقد ولم يقبض حتى افترقا * ولو اشترى سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون درهماً وتقابضاً ثم زاد مشتري السيف درهماً أو ديناراً فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق بأصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده ديناراً

[85]

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير كأنه صارف سيفاً محلياً وديناراً بمائة درهم فخمسون درهماً من الثمن بمقابلة الحلية وتقسيم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لان العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس * ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوباً بعشرة ثم باعها بربح ده يارده أو بوضعية عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكهما بوضعية درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهماً كان جائزاً وكانت الفضة بمنثلها والثوب بما بقي لانه لم ينسب العشرين إلى رأس المال ولا إلى ما قام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفي بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقي بمقابل الثوب بخلاف الاول فهناك نص على بيع المرابحة فيهما وفي بيع المرابحة لا بد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب * ولو اشترى فضة بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى شيئاً بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى سيفاً بخمسين درهماً بحفنه وحمائله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهماً كان ذلك كله فاسداً لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل في حكم شيء واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والنفقة دنائير جاز لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى

فلسا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن بمن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البديل في المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان أخذ على سبيل العصب والقرض لانه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفيا لحقه لا مستقرضا ولا قابضا ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف إذا جعل بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه * ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحسانا لان قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع انما يجعل المنقود من ثمنهما لاجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق ولان في

[86]

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحیح العقد فيه في الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساده بعد الصحة أولى ولو نقد العشرة وقال هي من ثمنهما جميعا فهو مثل الاول لان الشئ يضاف إلى الشئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه وإيفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك إلى ثمن القلب وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو الملك فالقول في بيان جهته قوله * ولو كان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وقبض السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أو لم يرض فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه استحسنت فجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحاً بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك الطريق. يوضح ان الحلية والسيف شئ واحد وفي الشئ الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دينارين ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفاً وجفنا وحمائل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته وتركيبه ديناراً ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يارده وتقابضا كان ذلك جائزاً لان الجنس مختلف لا يظهر الفصل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه دينار وثوب لآخر يقوم بدینارين فباعهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يارده فان الربح بينهما على قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول بينهما أثلاثاً وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لآخر قيمته عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذي له الا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فهي له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فإليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل ان ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف القلب بخلاف ما تقدم إذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقد سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب إذا قبض ثمن القلب وهو في النصف عاقد وفي النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذي لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فإذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والعقد انما ينعقد على عينه لا على صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فإذا هي الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذراعان في الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لا تسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار * وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فإذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكننا نقول مثل وزنها في البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحاً وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوى من

تنصيب المتعاقدين عليه بخلاف الذراعان في الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة في ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جاز له نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكأنه باعه القلب بعشرين درهما ونقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهي المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب ولووزن في القلب صفة فان القلب مما يضره التبعض وفيما يضره التبعض الوزن صفة فان باختلاف الوزن

تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منه كلامه تفسيراً فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعاً كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزناً في الفصلين جميعاً وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما إذا كان وزنه خمسة مثاقيل * ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوباً بعشرين درهماً فنقده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقص البيع في نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنهما جميعاً فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ما صرح به بقى فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشئ إلى شئين والمراد أحدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما في السيف إذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شئ واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لا يسلم له بالطريق الذي نص عليه لان العقد يبطل في السيف ببطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نعلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولاوجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية * ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقداً من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسداً لانه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شئ واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان هذا في القلب

[89]

والثوب فسد البيع أيضاً في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفاً بمائة درهم على ان حليته خمسون درهماً وتقابضاً فإذا حليته ستون درهماً ولم يتفرقا فالمشتري بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وان شاء نقض البيع لانه لما سمي وزن الحلية خمسين درهماً فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فإذا ظهر أن الحلية ستون درهماً وبمقابلة كل درهم درهم شرعاً ظهر أن ثمن الحلية ستون درهماً ويكون ثمنها مائة وعشرة وينتخير المشتري لانه لزمه زيادة في الثمن وان كانا تفرقا فالبيع منتقص لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاص العقد في الحلية ينتقص في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف مائة درهم فان لم يتفرقا فان شاء زاده خمسين درهماً وأخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الابريق لان بيع نصف الابريق جائز فيمكن ايفاء العقد في نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضرراً في التسليم فإذا بطل العقد في البعض بطل في الكل * ولو اشترى سيفاً محلياً وزن حليته خمسون درهماً بعشرة دنانير وتقابضاً واقترباً فإذا في السيف مائة درهم فالبيع جائز لانه يصير بتسمية وزن الحلية مسمياً بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة

وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا في القلب نظيره * ولو اشترى قلب فضة
بدينار على أن فيه عشرة دراهم فإذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا
في الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها
التبعض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن إلا ترى إنه لو قال بعت
منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا
يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه ووكله آخر بيع الثوب فباعهما
جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار
و ثمن القلب الدراهم كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا
يشركه صاحب الثوب في ثمن القلب لان كل واحد منهما مسمى على حدة
وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن
عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا
التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعهما بعشرين درهما
صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان
المنقود ثمن القلب لان البائع واحد وهو

[90]

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا ومالو باعهما لنفسه سواء وإذا كان
المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصل
ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما في أصل القلب ألا
ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد
وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة
في ثمن الثوب فكذلك إذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله أعلم
بالصواب (كتاب الشفعة) قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة
وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء
الشفعة مأخوذة من الشفيع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد إلى عدد
أو شئ إلى شئ ومه شفاة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه
يضمهم بها إلى العابدين وكذلك الشفيع باخذه يضم المأخوذ إلى ملكه
فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى
ثبوت حق الشفعة لانه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه
وذلك لا يجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه
وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر
عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في ابطال ملكه عليه وليس
لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكننا نقول تركنا هذا
القياس بالاخبار المشهورة في الباب * والاصح أن نقول الشفعة أصل في
الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت
على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن
أصحابه رضوان الله عليهم. من ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الشفعة في كل شئ عقارا وربيع ومن ذلك ما بدأ محمد ابن
الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد
بن مالك رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له فقال خذ بأربعمائة أما
انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكني أعطيك بأربعمائة لاني سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من
أراد بيع ملكه فانه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة
قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه
سيورته ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة
فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين على انسان فطالب غريمه فقال أحسن إلى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقيه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا إذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزانى وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرر في الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادى إلى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى أيا جارتى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس عادو طارقه والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولكننا نقول في هذا ترك الحقيقة إلى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة في الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفي الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضي الله عنه عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه * وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفيعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه يقوم مقامه في الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن التيامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فإذا حضر وعلم به كان على شفيعته لان الحق بعد ما يثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبى سعيد الخدرى أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمي خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك * والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا انما

يتأتى على مذهبنا فاما الشافعي فلا يوجب الشفعة الا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه ينتظر بها وان كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا وهذا من أقوى ما يستدل به فانه لاشبهة في صحة هذا الحديث لان عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبي رباح اما مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن في اسناد هذا الحديث ولاوجه بحمل الحديث على الشريك فانه إذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وانما يكون مفيدا إذا كان المراد جارا هو شريك في الطريق * قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلاجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشعبي قال من بيعت شفيعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لان سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفيعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها أي لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكنى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه لشريد بن سويد رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفيعته ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

[93]

الله عليه وسلم فاستنشدني من أشعار الجاهلية فكلمنا أنشدت شيئا قال صلى الله عليه وسلم ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا في الشفعة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت لبس لاحد فيها شركة ولاقسم الا الجوار فقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفيعته ما كان فهذا يدل على أن المراد حقيقته لانه نفى الشركة في السؤال وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والانثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان أي يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة فيكون دليلا لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن ونحوها وهو قول أصحاب الطواهر ولكن ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ربح أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصراني بالشفعة وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه بعد هذا عن شريح أنه قال لاشفعة ليهودي ولا لنصراني ولا لمجوسي ويقول الثاني كان يأخذ ابن أبي ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكننا نأخذ بما قضى به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله

عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل على ان الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة وعن الحسن قال إذا اقتسم القوم الارضين ورفعوا سريا بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة في السرب تستحق به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة في نفس المبيع لان الحاجة إلى دفع الضرر البادى لسوء المجاورة يتحقق في الموضوعين جميعا وعن شريح قال الشفعة بالابواب فأقرب الابواب إلى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

[94]

للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ماروى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم إلى أقربهما منك بابا وهذا لان اطلاعه واطلاع اولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق وهذا تأويل ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في الهدايا ابداً بجارنا اليهودي فاما في الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي فان بين الملكين طريقاً نافذاً وذكر عن على وابن عباس رضى الله عنهما قال لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع إليه ابن ابي ليلى فانه كان في الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب إليه ابو العباس المهدي يأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملاً له ونحن أخذنا يقول عمر رضى الله عنه فقد أثبت الشفعة للجار حين قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الحديث متى صح عنه كان حجة على كل صاحبي رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما وعن ابن ابي ليلى والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع لحديث ابي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث ابي موسى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام في الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا معهود ينصرف إليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لتقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيب على نقي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا الممتلك عليه فيختص به الشريك دون الجار كالممتلك بالاستيلاء وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة

القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

[95]

بالاخذ بالاستيفاء والملك فيه وهذا لا يوجد في حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة في المنقولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول معتاد في كل وقت فاما العقار فيتخذ لاستيفاء الملك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو يحتاج إلى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه * وحثنا في ذلك ماروبنا من الاخبار ولا يعارضها مارووا فيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشئ بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع الشريك الذي لم يقاسم لا مزاحمة لاحد في الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور في حديث أبي هريرة رضى الله عنه فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفي الشفعة بالامرین جميعا فذلك دليل على انه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق وكان الموضوع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل بالملك اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك * وتحقيق هذا الكلام أن استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق في المنقولات ثم لا تجب الشفعة الا في العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار تفضي إلى المجاورة لانهما إذا اقتسما كانا جارين والشركة في المنقولات لا تفضي إلى المجاورة لانهما إذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة في الملك فإذا كان باعتبار الشركة التي تفضي إلى المجاورة يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع الضرر المتأذى بسوء المجاورة على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير لان جواره ليس بمستدام ولهذا لا يثبت في المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأذى الفصل به والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج إليه في المنقولات ولا شفعة فيما إذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقيين وانما يندفع عنهم

[96]

سوء مجاورة المشتري ولهذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في

حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليرتفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الاخرى أولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الاخرى بطريق نافذ بينهما حتى إذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك في حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بيننا أن الحاجة إلى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لا باع وأم مع الاخ لا باع إذا اجتمعا يترجح الاخ لا باع وأم في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة لا تستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة إذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فإذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لانه أمير قريبا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذي على ظهر هذا المنزل وباب دراه في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لاشفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم محجوبون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب في حقه الا أن حق الشريك كان مقدما فإذا سلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه إذا استحق أسقط حقه بالابراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغي للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع مع الشريك تمكن من أخذه فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

[97]

فيه دور فبيعت دار منها فأصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في النفاء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والنفاء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذا الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخرين الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخر ان الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به

نصفين فكذلك على أصلنا إذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضى الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود الحديث إلى أن جعل الوادي بين بنى عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بنى عذرة وإن هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالريح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالاولاد والالبان والاثمار في الاشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فإذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة * وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق * وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجواز أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

[98]

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك. ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما. وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فان حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فانه انما يحصل بقدر المال ألا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فانهما متولدة من العين فانما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل إذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بنقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم يوجد فان نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كنقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شئ مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفصيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في

استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة * ولا شفعة الا في الارضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير والكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن ابي ليلى فانه كان يقول لاشفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

[99]

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المعير والمستأجر ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج إلى الاخذ لدفع الضرر في الأتى عن نفسه وان لم يكن محتاجا إلى ذلك في الحال ويمثل هذا الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصى نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفيعته إذا أدرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع إذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفيعته إذا علم لهذا المعنى فانه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به وترك الطلب إنما يكون دليلا على الرضا أو التسليم بعد التمكن منه لاقبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء لانه من المعاملات وانما يبنى الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه * وإذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يملك الدار على المشتري كما ان المشتري يملكها على البائع. ولو كان الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن كان القول قول البائع كما قال صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع فكذلك المشتري مع الشفيع ولان الشفيع يدعى على المشتري وجوب تسليم الدار إليه عند احضار الالف والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس في معارضة حخته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان أقام البينة فقد أثبت ما ادعى من وجوب تسليم الدار إليه عند أداء الالف والمشتري ان أقام البينة فقد أثبت زيادة في الثمن بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن بينته والشفيع ينفي تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

[100]

وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشتري ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البيعة كانت بيعة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البيعة كانت البيعة بيعة الوكيل لأنها تثبت الزيادة وأظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البيعة كانت البيعة بيعة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولا يبي حنيفة طريقتان أحدهما حكاهما محمد عنه والآخرى حكاهما أبو يوسف فالتى حكاهما محمد أن المشتري صدر منه اقرار أن أحدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرئين جميعا. وبيان ذلك أن الشفيع أثبت بينته اقرار المشتري بالشراء بالف وهذا عليه والمشتري أثبت بينته اقراره بالشراء بالعين وهذا له وبه فارق البائع مع المشتري لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن أحدهما ما أثبتته بيعة وهو له والآخر ما أثبتته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة والاولى أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لا تنافي بين البيعتين في حق الشفيع الأتري أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بالعين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فعرفنا أنه لا تنافي بينهما في حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع إمكان العمل بالبيعتين فلا معنى للمصير إلى الترجيح فيجعل في حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولى مع العبد إذا اختلفا فقال المولى قلت لك إذا أدبت إلى العين فأنت حر وقال العبد قلت لي إذا أدبت إلى الفأ فأنت حر وأقاما البيعة فان البيعة بيعة العبد بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أي المالكين شاء بخلاف البائع مع المشتري إذا اختلفا لان هناك العمل بالبيعتين غير ممكن فالعقد الثاني في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشتري فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا فقد روي ابن سماعه عن محمد أن البيعة بيعة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا العذر فيما إذا كان الاختلاف بين البائع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو إذا اختلفا فقد نص في السير الكبير

[101]

على أن البيعة بيعة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبيعتين غير ممكن في حق المولى القديم لان الشراء الثاني ناسخ للاول فصرنا إلى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التى حكاهما أبو يوسف ان بيعة الشفيع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيعتان للالزام فالملزم من البيعتين يترجح كما في بيعة العبد مع بيعة المولى في مسألة التعليق * وبيان هذا انه إذا قبلت بيعة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار إليه بالف شاء أو أبى وإذا قبلت بيعة المشتري لا يجب على الشفيع شئ ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بيعة البائع والمشتري لان كل واحدة من البيعتين هناك ملزمة وكذلك بيعة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة وفي مسألة المشتري مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البيعة بيعة المولى القديم لانها ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة

وإذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهده وضمن ماله على المشتري لانه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن إليه فهو في حقه بمنزلة البائع مع المشتري * فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغي أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه * قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري وهو الشراء إذ يأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فإذا بقى السبب وتأكد بقبض المشتري لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكا على البائع لانه لا يملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا على المشتري مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهده على المشتري كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن إليه فعهده وضمن ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهده على البائع في الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهده المشتري على البائع فكذلك عهده الشفيع وللشافعي قولان في أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه إلى المشتري وعهده عليه لانه يتملك على المشتري بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارا كان أو منقولا وعلى القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهده على المشتري واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

[102]

بطلان البيع من الاصل وإذا نفى الشراء كان الشفيع متملكا على المشتري فعهده عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن إلى المشتري وعهده عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن إلى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري وعهده الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشتري لانكاره فإذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أولى وإذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشتري الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشتري فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم إلى المشتري وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشتري وذلك لا يتم الا بمحضر من المشتري فيشترط حضورهما لذلك وإذا أخذ الشفيع

من المشتري الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها إليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع إليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود وبأخذ أيضا من المشتري كتاب الشراء الذي عنده فذلك أحوط له فان أبى أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى إذا جحد البائع البيع يتمكن هو من اثبات حقه

[103]

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشتري جميع ما في هذا الكتاب وأجازه وأقر أنه لاحق له في هذه الدار ولا في ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة إليه وقبض البائع الثمن برضاها وضمن البائع الدرك لانه في الاخذ من يد البائع يحتاج إلى حضرتها وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجه فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشتري أيضا ليكون ذلك أحوط للشفيع * وإذا اشترى دارا بالف درهم إلى سنة وطلبها الشفيع إلى ذلك الاجل لم يكن له ذلك عندنا. وقال زفر والشافعي له ذلك لان الاجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف ولكننا نقول الاجل مدة بلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا لان تأثير الاجل في تأخير المطالبة وبه تبين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والاجل حق للمشتري على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون في ملاء الذمة فبرضا البائع يكون ماله في ذمة المشتري لا يكون رضا منه بكونه في ذمة الشفيع ولان الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري من المال فلا يثبت الاجل في حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حق المولى بدون الذكر إذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الاجل فإذا حل أخذها بالثمن حالا وإذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة في الحال حتى إذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الاجل في قول أبي حنيفة ومحمد وذكر ابن أبي مالك ان أبا يوسف كان يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفيعته * ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال وسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لعراضه عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشتري ودفع إليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجله لتقرر العقد بينهما وإذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الا أن يأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انهما إذا طلبا قضى القاضى لكل واحد منهما بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق في المحل فإذا سلم احدهما قبل القضاء بقى حق الآخر في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفا عنه ولى احدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. وإذا كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشتري واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض وان كان البائع واحدا والمشتري اثنين فله أن يأخذ حصة احدهما دون الآخر لانه يأخذ ملك المشتري بالشفعة فان كان المشتري واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به المشتري من حيث انه يتبعض عليه الملك وإذا كان المشتري اثنين فانما ملك كل واحد منهما النصف وليس في أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرازا بالآخر * يوضحه ان أخذه لدفع ضرر الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشتري لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا الاضرار به. وان كان المشتري اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب احدهما وروى الحسن عن أبى حنيفة قال إذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشتري فله ان يأخذ نصيب أحد البائعين لانه بالاخذ يتملك على البائع ولهذا كانت عهده على البائع والملك في حق البائعين متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشتري والملك في حقه مجتمع وان كان البائع واحدا والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك في حق البائع وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب فان المعتبر جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسر هـ هشام عن محمد ان الواحد إذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقد لغيره في باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه في أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشتري واحدا فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفيعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

يجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمة ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع أن المشتري فلان فقال قد سلمت له فإذا المشتري غيره فهو على شفيعته لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه مفيد كانه قال ان كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفيعه فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفيعته في نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة احدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر والبعض معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفيعه فان كان أكثر من الف فتسليمه صحيح

وان كان أقل فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له في الوجهين لانه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري فلا يكون له أن يأتي ذلك بعد الرضا به ولكننا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكأنه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى إذا كان الثمن أكثر من الف بل يزداد فاما إذا كان الثمن أقل من الالف فقد انعدم المعنى الذي كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ بالشفعة شراء وقد يرغب المرء في شراء شئ عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شئ مما يكال أو يوزن فسلم الشفعة فإذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفيعته لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا في حقه فكأنه قال سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فإذا ظهر أن الثمن كرا من حنطة فهو على حقه لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو شفيعته لان ماله مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لامثل له يأخذ بقيمته دراهم وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكبل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد مفيدا في حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفيعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

[106]

صحيح وعلى قول زفر هو على شفيعته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل التفاضل بينهما فكأنه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فإذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفيعته كما في المكيالات والموزونات ولكننا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والتمنية ومبادلة أحد النقيدين بالآخر يتيسر في العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا إذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشئ بالف درهم لا يرغب في شرائه أيضا بمائة دينار قيمتها الف درهم وما لا يكون مقيدا من التقييد لا يعتبر ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فإذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على شفيعته لان هذا التقييد مفيد في حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقويم الشئ بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى إذا كان الثمن دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فإذا قيمة العبد أكثر من ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن إذا كان مما لا مثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة فإذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه وإذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك الذي له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذي له في بعض الدار نصيب لان شركته أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق

ولان الموضوع الذي هو مشترك بين البائع وبينه لاحق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لابد أن يكون هو أحق في ذلك الموضوع بالاخذ بالشفعة وذلك في حكم شئ واحد فإذا صار أحدهم أحق بالتعويض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن وينتج حكم التحالف بين البائع والمشتري بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر مقدار الثمن في حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشتري وليس في جانب الشفيع الزام بل هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار في يد المشتري فقال البائع بعثها بالف درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بالفين فللشفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

[107]

البائع بعثها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بالفين ونقدته الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالفين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن إليه فإذا بدا فاقرب بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما إذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر قبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل إليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير ما لو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالفين ولا شئ له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في الامالى على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعثها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجه فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالفين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشتري فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعثها بالفين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشتري ولا الشفيع الا بالفين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل إليه كمال الثمن وإذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها إلا بالاف وأصل المسألة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المبتدأة فإذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمننا وانما ثمن الدار ما بقى فيأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بالف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشتري مائة فهو على شفيعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمننا فهو بمنزلة ما لو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشتري قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئاً لان هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع العين ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلاً بعد ان كان رابحاً أو خاسراً وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبوناً بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعاً بغير ثمن فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن التحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فان زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضاً يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئاً للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو وجد بيعاً مع البائع بأكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوى بينهما في بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفيعه ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة فان اختار الأخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الاول وان اختار الأخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لان المشتري الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه وإذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن إلى المشتري الاول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول وانما أوفاه من الثمن لان البيع الثاني قد انفسخ فان الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الاول إذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو خصم لانه يدعى حقه في العين الذي يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصماً له في ذلك كما إذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعى حقا على الموهوب له ولا في ملكه وانما يدعى حقه على المشتري الاول

في ملكه فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وانما يعود ملكه إذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز الا بحضرته وتام بيان هذه المسألة في المأذون وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفاً آخر بان رهناً أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن انما الثمن للمشتري الاول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقذ الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى ينقذه ثمنها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان المسمى من الصداق قد استحق فإذا اشترى

الرجل شقصا من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لان القسمة من تنمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشتري فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولانه لو نقض القسمة احتاج إلى اعادتها في الحال لان البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شئ يحتاج إلى اعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا إذا قسم بأمر القاضى فان كانت القسمة بينهما بالتراضى فالشفيع أن ينقض تلك القسمة لان في القسمة بالتراضى معنى المبادلة فهى كتصرف آخر من المشتري فالشفيع أن ينقضه وقد يفيد هذا النقص فرما يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فاما إذا كان القاضى هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضى وهو ما سلمه إلى المشتري فبأخذ الشفيع ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك وإذا قضى القاضى للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهى لازمة لا يتخلص منها الا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضى ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حال مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البائع وبعد البيع ليس للمشتري أن يتخلص منها الا باقالة برضاء البائع أو يعيب جده في الدار فكذلك حال الشفيع فان كانت في يد البائع فقضى القاضى بها على ثم سأل البائع أن يقيله فاقاله جازت الاقالة وهى للبائع وقد برى منها الشفيع والمشتري أما المشتري فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضى بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلانه قام مقام المشتري بعد ما قضى القاضى له بها بذلك البيع واقالة المشتري مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري

[110]

صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت في يدى المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشتري برهان منه في قول أبى حنيفة اما على الطريق الثاني قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشتري وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشتري بمنزلة عقد مبتدأ فيما بينهما ولهذا كانت عهده على المشتري فينبغي أن لا تجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبى حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفي قول محمد وأبى يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم في بيع العقار قبل القبض وبتلك المسألة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاهم على هذه الاقالة يتبعص حق المشتري وبصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع ثبت سابقا على ملك المشتري عنده فإذا قضى القاضى بحقه فملكه لا يبنى على ملك المشتري بل هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالعقد ألا ترى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت

المورث لانه يخلفه في ملكه فإذا قام الشفيع مقام المشتري في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذي اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله في الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك المشتري بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن وإذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة إذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بثنئ تباع فيه الدار حتى ينقد ذلك لم يجر بيع الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو وصى بوصية من ثمن الدار وهو

[111]

استحسان ذهب إليه أبو حنيفة (وفى القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعث بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لاتجزى فإذا ثبت في بعض الدار ثبت في كلها وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشتري بما لا يتشري به الاشفاص وإذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشترى جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح الفرق ان الاشفاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه إذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما إذا سلم ولم يرغب في الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راعبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبي يوسف على ضد هذا فقال إذا أجزى بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشترى الجميع فلا شفعة له وإذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع وإذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما لجميعها أما إذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما إذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واستيفاء فلا يتجزى اسقاطا أيضا ومالا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبي يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له في أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولان هذا منه اظهار الرغبة فيما يحتاج إليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفيعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما إذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما إذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفيعته كما لو سكت عن الطلب وإذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الارض بحصتها من الثمن إذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعي في الفصلين جميعا قولان

في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفي القول الآخر يأخذ الارض
بحصتها في الوجهين وأصل المسألة

[112]

في البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى
أن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن
وعند الشافعي يسقط في أحد القولين فكذلك فوات الوصف في يد
المشتري من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مراوحة على جميع الثمن
عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع
الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف
فإذا فات البناء من غير صنع أحد فقد فاته ما هو بيع فلا يسقط شيء من
الثمن فإذا فوته المشتري فقد صار مقصوداً يتناوله فلا بد من أن يكون
بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط
حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو
وهى منها حائط كان له أن يبيعها مراوحة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع
الثمن ان شاء وان هدم البناء بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة
الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن ولاحق
له في البناء لانه قد زایل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة
وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فإذا زال ذلك لم يكن له في البناء
حق ولو انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع
العقد وقيمة النقص لان الانهدام لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو
الاحتباس عنده والمحتبس هو النقص لانه زایل البناء بخلاف الاول فهناك
المشتري هو الذي قسم البناء ولهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة
البناء يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفاً والتمن ألف وقيمة
النقص مائة وقيمة الارض خمسمائة وقيمة التأليف أربعمائة ففي الانهدام
يسقط عنه قيمة النقص وفي الهدم يأخذ بحصة الارض لا غير وذلك
خمسمائة وكذلك ان كان المشتري قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه
أجنبي فاخذ المشتري قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامه
البناء له أن لو هدم بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذي هدم البناء
وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء
كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج بعد ذلك ما على الذي هدم
البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من الثمن فان
اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه حقا بملك
الارض بثالث الثمن والمشتري ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف
الثمن والقول في مثل هذا قول المشتري مع يمينه كما لو اختلفا في
مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي يوسف البينة

[113]

بينة المشتري لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما إذا اختلفا
في مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاه أبو يوسف عن أبي حنيفة
هناك البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشتري وعلى الطريقة
التي حكاه محمد هناك البينة بينة المشتري وهو قول محمد لان هناك انما

جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقي الاختلاف بينهما في قيمة البناء وفي بينة المشتري اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع إلى قيمته في الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها فيما مضى وإذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زایل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسليط من المشتري فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه في البناء مادام متصل بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشتري ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك إذا تصرف في البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في ابطال تصرف المشتري فيه وأذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشتري أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالابراء عن الدين وايقاع الطلاق والعناق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ماذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك إذا لم يعلم الشفيع به وإذا اتخذ المشتري الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبي حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتناق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

[114]

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصح خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجدا وهذا لانه في معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه المحدث ولو اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشتري هو الذي هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول الشافعي وجه قولهما ان المشتري بنى في ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له إذا بنى في الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء إذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فانه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا بناءه تضرر المشتري بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال

حقه وان لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة فيمقابلته يدخل في ملكه ما يعد له والضرر ببديل أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للارض بمنزلة الصبغ في الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري لان في ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتنا في ذلك أنه بنى في بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون وبيان الوصف أن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوى متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع إلى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعنى حق الاخذ باصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا إذا بنى لانه بنى هناك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء ألا ترى أنه

[115]

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق المشتري ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج إلى مؤنة ذلك لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافق وفي الزرع قياس واستحسان في القياس يقلع زرعه وفي الاستحسان لا يقلع لان لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس والبناء وأصله في المستعير يقلع بناؤه وعرسه لحق المعير ولا يقلع زرعه استحسانا وإذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجرى فيه الماء ولا يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل والشافعي في كتابه يدعى المناقضة علينا في هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه إذا احترق البناء لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع وإذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقة والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شئ من الثمن إذا فات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك إلى أن يتمكن من أخذه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري وبأخذها الشفيع بثلثي الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسألة قيمة البناء سواء في التخرج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ ما بقى بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لان الشفيع يدعى حق التملك عليه في الباقي بئمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فاسد البيع حق البائع لم ينقطع ولان في اثبات حق الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على

المعصية معصية فان سلمها المشتري للشفيع بالثمن الذي أخذها به
وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمي بغير قضاء في حكم البيع
المبتدا ولو باعه المشتري ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك إذا
سلمها للشفيع ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان
ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولا

[116]

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ فهذا مثله وإذا مات
الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة
عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسألة نظير الكلام في خيار
الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث
الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق
أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن
نقول مجرد الرأى والمشينة لا يتصور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته
ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشينة بين أن يأخذ أو يترك
ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب
إلى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بان
باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك
إذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به
الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبنى على صفة المالكية ولهذا
لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث
بانتقال ملك المورث إليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان
بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت إلى
الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر
قيام السبب عند البيع لاقبله وإذا مات المشتري والشفيع حتى فله الشفعة
لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم
يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقوما على
حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها
القاضي أو الوصي في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها
بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه
فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها أما لجهله بحق الشفيع أو بناء
على أنه ربما لا يطلب الشفعة فإذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه
قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف
المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة
عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع
بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك إذا تبرع بها بعد
موته بالوصية وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي
هذا اللفظ اشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقف بمجلس علم الشفيع به وهو
اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره عن

[117]

محمد انه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته وعلى هذا عامة مشايخنا الا أن هشاما ذكر في نوادره انه إذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكوته وكذلك قال كما إن سمع سبحان الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفيعه فهو على شفيعته وكذلك إذا قال بكم باعها ومتى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته وهو على حقه إذا طلب وقال ابن أبي ليلي ان طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفيعه وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلي كان يقول يحتاج الشفيع إلى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجواز هذا الجار فلا يطلب الشفيعه أو يتضرر به بطلت الشفيعه ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفيعه لم وثبها وفي رواية الشفيعه كمنشطة العقال ان أخذ بها تثبت والا ذهبت ولانه إذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشتري فانه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر ما لا يخفى الا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته إلى الرأي والتأمل فهو كالمحيرة لها الخيار مادامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولغظة الطلب لم يذكرها في الكتب والظاهر أنه باى لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبى يوسف أنه يذكر في طلبه البيع والسبب الذي يطلب به الشفيعه من جوار أو شركة فان طلبها فابى المشتري أن يدفعها إليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفيعه كان على شفيعته لانه أظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فإذا علم بالبيع وهو بمحض من المشتري فالجواب واضح وكذلك ان كان بمحض من الشهود ينبغى له أن يشهدهم على طلبه تم يتوجه إلى من في يده الدار أو إلى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على ماليته ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى له أن يطلب الشفيعه فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتي إلى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

[118]

هذا طلب المواثبة ثم يأتي إلى من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شئ أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفيعته وهذا قول أبى حنيفة وهو القياس. لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه إذا ترك ذلك شهرا بطلت شفيعته استحسانا لانه لو لم يسقط حقه تضرر به المشتري فانه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل وما دونه عاجل بدليل مسألة اليمين لتقسير حقه عاجلا فقضاؤه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبى يوسف إذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته حتى ان

كان القاضى يجلس في كل ثلاثة أيام فإذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفيعته وإن سلم الشفيعه على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضى بجواره ولكنه طمع في غيره مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفيعه ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفيعه لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفيعته بمال لان البيع تملك مال بمال وحق الشفيعه لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا بل لاقيمة للشفيعه على كل حال ولايجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له في المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبتل ملكه فاما الشفيع ليس يملك على المشتري شيئا قبل الاخذ فتسلمه الشفيعه ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة اوجه أحدهما أن يسلم على مال سمي والثاني أن يصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البذل وذلك جائز اعتبارا

[119]

للبعض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل لان حصه البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفيعته لانه ما رضى باسقاط حقه وانما أظهر الرغبة في أخذ مقدار ما يحتاج إليه من الدار فكان على شفيعته في جميع الدار ولو قضى القاضى للشفيع بالدار لشفيعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع بملكها ببدل بقضاء القاضى فكان حكمه كحكم مالهو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة إلى ان القاضى يقضى له بشفيعه قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف فاما محمد لا يقضى له بالشفيعه حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ إذا أدى الثمن فلا يقضى القاضى له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكننا نقول ما لم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضى له بالدار فالقاضى يقضى له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشتري أحق بامساكها إلى أن يستوفى الثمن فيدفع الدار إليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشتري وإذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطلب الشفيعه ويشهد على الطلب والغيبه لا تمنع صحة لاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه إلى من في يده الدار من غير تأخير ليطلب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج إلى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ بقدر المشتري وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فإذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا

شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج من البلد فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفيعته وان طال مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في طلب التقرير إذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري فربما لا يطفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فإذا ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فإذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه إذا رجع المشتري وإذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك بعد أن

[120]

بطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقه ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها وإذا اشترى دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة فإذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشتري أن يردّها عليه على أن يزيده في الثمن كذا ففعل ذلك فردّها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبي حنيفة أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمي فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان الاقالة لا تتعلق بالجائر من الشروط وهو تسمية الثمن بالفاسد من الشرط في الثمن لا يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ إذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من الثمن الاول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ إذا أمكن وإذا تعذر الامكان كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا جعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها زيادة في الثمن لان الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الاول فاما على قول الآخر بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدأ إذا أمكن وهنا يمكن جعله بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في الكتاب إذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط وكذلك لو طلب إليه المشتري أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المنتشرى تجوز مع البائع لانه قام مقام المشتري بعد ما قضى القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب (باب الشهادة في الشفعة) قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما يشهدان لانفسهما فثبوت البيع ثبت حقهما في الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشتري ولا شفعة لهما في ذلك بعد ما سلما الشفعة وان جحد المشتري الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما حق الاخذ على المشتري والزام العهدة اياه إذا أخذ من يده فلا تقبل شهادتهما غير أنهما يأخذانها باقرار البائع لان اقراره بالبائع موجب حق الشفعة للشفيع وان جحد المشتري كما لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وجد المشتري وحلف كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو متهم في حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كالمتهم في حق نفسه وان شهد ولد الشفيع ووالده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة فانهما أسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولاينهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبد المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من اصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله في كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبد أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للولى وإذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهد اثنان منهم أنهم جميعا باعوها من فلان وادعى ذلك فلان وجد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم في بيعهما فان للمشتري حق الفسخ إذا لم يثبت البيع في نصيب الثالث لانهما يشهدان على فعل باشره فانهم باشروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لاشاهدا وللشفيع أن يأخذ ثلثى الدار بالشفعة لان البيع في نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشتري الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لانهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة المشتري وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع في جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان أخذه بالشفعة يكون سعيا في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه ولانه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها إلى المشتري بعد ما التزم ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقدما وكذلك لاشفعة لمن بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ما جاز البيع فان شهد الأمر بالبائع مع أجنبي أن المشتري ردها على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الأمر في ذلك لكونه متهما في شهادته فالمشتري قبل هذا

إذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك إذا قبلت شهادته على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون في هذا تباعد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الأمر بالبائع على المشتري أنه باعها من غيره لا تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشراءه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفيعاء إذا اشترى الدار فهو على شفيعته فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار

لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتري فلا يكون ابطلا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم به من العهدة والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ماالتزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها وإذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان ماله لمولاه إذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك عبده لا يأخذ وإذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من مولاه إذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما إذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب فان شهد ابنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة في الوجه الاول والدار في يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين في ذلك وإذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه لاحق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كأجنبي آخر وان شهد ابنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك إذا شهدا به بعد ما سلمها إلى المشتري وقيل تأيل هذه المسألة ان الدار في يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بانه سلم

[123]

الشفعة للمشتري ليسقط حقه به في الاخذ من أبيهما فاما إذا كانت الدار في يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها إلى المشتري وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعد منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لاتقبل قلنا نعم ولكن هذا إذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما إذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا ترى ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لاتقبل وهذا لانهما يؤثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لا على أبيهما وإذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار في يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدان لابيهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها إلى المشتري فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو يشهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها إلى المشتري لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما في حادثة مرة لاتقبل شهادته فيها وان خرج

من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها إلى المشتري فاما بعد التسليم فلا منفعة لبيهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب إذا باعا دارا وقبضها المشتري ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فإذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسألة يتضح ما بينا من التأويل في المسألة الاولى وإذا شهد رجلان للبائع والمشتري سلما الدار قضيت بها للذي هي في يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما في دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فأنى أقضى بها للذي هي في يده وهذه مسألة التهاثر وقد بينا في كتاب الدعوى أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف تتهاثر البيئتان وعند محمد يقضى بالبيئتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسألة الشفيع

[124]

على الخلاف أيضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والاصح عند ان جواب مسألة الشفيع قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسألة التهاثر فان هناك محمد يقضى بالبيئتين بتاريخ بينة بين الشراء بين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهاثر لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفيع لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسألة أن تسليم المشتري الدار بالشفيع للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفيع لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفيع لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبيئتان متى تعارضتا وأحدهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لو أقام البينة على انه اشترى هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه يوضحه انما يجعل كان الامرين كانا فان كان الشفيع سلم الشفيع أولا ثم سلمها المشتري له فما لم يخرج من يده لايتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع إذا كانت في يديه وان كان المشتري سلمها إلى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفيعه فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا قضى بالدار لذي اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدي المشتري وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فأنى أسلمها للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفيع لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفيع لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار إلى الشفيع والثاني ان بنى البائع يتهمان في شهادتهما بتباعد الخصومة والعهد عن أبيهما لان المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها إلى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفيع إلى الشفيع فلهذا لا تقبل شهادة ابني البائع هنا وإذا سلم الشفيع الشفيع ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفيع قبل القبض وبعده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفيع يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والاقالة فسخ العقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولايجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدا

لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد
ولكننا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضى

[125]

بمنزلة البيع المبتدا في حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد
منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا
ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على
غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة في حق غيرهما فيتجدد به حق
الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان
قضاء القاضى بالرد فسخ وليس بعقد فان للقاضى ولاية فسخ العقد الذي
جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشتري حتى ردها
بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ من
كل وجه ألا ترى أن الراد ينفرد به من غير أن يحتاج إلى رضا أو قضاء
القاضى فهو نظير الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذي تدور
عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد إلى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع
الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا في قديم ملكه وإذا لم يعد إلى قديم ملكه
كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا فيتجدد به حق الشفيع والرد
بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه
الواهب ولو كان مشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار
الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى وإذا كان لرجل على
رجل دين يقربه أو يحجده فصالحه من ذلك على دار أو اشترى منه دارا
وقبضها للشفيع فيها الشفعة أما في الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين
أقدم على الشراء به وفي الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى
على زعم المدعى في حقه وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال
للسفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان اختلف هو
والشفيع في مبلغ ذلك الدين وحسبه فهو بمنزلة اختلاف المشتري
والشفيع في الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت إلى قول الذي كان عليه الحق
لانه صار قابضا لما عليه يدينه وقد بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول
له في بيان المقدار وإذا أقر الرجل أنه اشترى دارا بالف درهم فأخذها
الشفيع بذلك ثم ادعى البائع أن الثمن القان وأقام البينة فانه يؤخذ بينته
لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بالف أخرى لان الشفيع
انما يأخذها بالالف الذي سلمت به للمشتري وقد تبين انها سلمت له
بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم لانه صار مكذبا
في اقراره بقضاء القاضى فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين لانسان
واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبتته يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو
ادعى البائع انه باعها اياه بمائتي دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف
درهم وأقام البينة فانه يقضى له بذلك

[126]

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشتري بقدر ما
قبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع
على المشتري بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشتري على

الشفيع قيمة العرض الذي وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل وإذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفاً وبدأ باليمين على المشتري وقد بينا هذا في البيوع فإيهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن وبأخذها الشفيع به وأن اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع أن شاء لانهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع إذا صدق البائع وإن أقاما جميعاً البيعة كانت البيعة بينة البائع وبأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بين هذا وبين ما إذا كان الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو ما ادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشتري بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البيعة فبيعة البائع أولى بالقبول لانه يثبت به حق نفسه فإن كان الشفيع شفيعاً للدارين جميعاً أخذ كل واحدة منهما بقيمة الأخرى لان المعاوضة في الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعينة ولو كان لكل واحد منهما شفع أخذها بقيمة الأخرى فكذلك إذا اتخذ شفيعهما وإن كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احدهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيعا شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فإذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعاً للشهادة وإن كان أحد الشفيعين غائباً كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندري أن الغائب يطلب حقه أو لا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغيبه الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشتري من حيث تبعض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أو يدع وإذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وإن قال المشتري لا أعطيك إلا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت في جميع الدار وأكثر ما في الباب ان الغائب قد سلم له شفيعته فللحاضر أن يأخذ الكل وإذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرك سبيل لان

[127]

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفقة وإن لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لانه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن لانسان شيئاً لا يكون ضامناً لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشتري لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما إذا استحقها مستحق وإذا كفل رجلان للمشتري بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار إلى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة ابنه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابنيهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين في ذلك لاتقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشتري كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقران ما يصح بهما وإذا أشهد الشفيع شهوداً انه يأخذها بالشفعة ولم يحنى إلى المشتري ولا البائع ولا إلى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر

لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه
فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلهما ولم يسم له الثمن فهو بالخيار إذا
علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو
على خياره ما لم يتم أخذه بالشفعة وإذا شهد البائع على المشتري ان
الشفيع قد طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقر أنه علم به منذ
أيام وقال المشتري ما طلب الشفعة فشهادة البائعين باطلة وكذلك
شهادة أولادهما كما لو شهدا على المشتري بتسليم الدار إلى الشفيع
وهذا لانهما يقرران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة
عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه
لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبته بالبينة
وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائع انه علم منذ
أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أو في يد المشتري لان
هذا في المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لا
يكون شاهدا في هذا اما لانه خصم فيه أو لانه كان خصما فيه في وقت وإذا
كان الشفعاء ثلاثة فشهادتان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان
قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال
نحن نطلب فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما
مزاحمة الثالث معهما

[128]

وان قالوا قد سلمناها معه ولاين أحدهما شفعة أو لابنه أو لمكاتبه أو لزوجته
فشهادتهما باطلة لانه متهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه وكما لاتقبل
شهادته إذا زال بها المزاحمة عن نفسه فكذلك لاتقبل إذا زال المزاحمة
عن مكاتبه أو ابنه لانه بجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم (باب الشفعة
بالعروض) قال رحمه الله (وإذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها
بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان
المبيع مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى وقد تعذر هنا ايجاب
المسمى في حق الشفيع لانه لا مثل له من جنسه فوجب المصير إلى
الضمان الاصلى وهو قيمة نفسه ولان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما
يندفع الضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه وملكه عند الاخذ رقية
الدار وحجتنا في ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل
اما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى المالية فإذا كان الثمن مما له
مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وان كان مما لا مثل له من جنسه يأخذه
بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالعاصب عند تعذر رد العين برد المثل
فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشتري فقد
صار متقدما عليه في تملكها بهذا السبب وفي معنى التلف على المشتري
ما غرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد صار
متلغا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو أنلف ذلك حقيقة
ضمن المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد
قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء لغوات القبض المستحق بالعقد فان
العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد
عندنا و (قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل
بهلاك العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا
لانه لو كان العقد فاسدا في الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك
إذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود بالاخذ دفع ضرر
الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك أن بدل

الدار في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع مثبت

[129]

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقابلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك إذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البدل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شئ من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لاسبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشتري بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل لدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشتري بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفر ان كان أخذها بقضاء القاضي فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشتري قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشتري فبقيت الدار في يد المشتري بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رد عينها حين أخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشترية شراء فاسدا ولكننا نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشتري رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشتري على تسليم القيمة التي هي حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شئ آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة الألف وقيمة العبد ألف فانما سلم للمشتري مقدار الالف درهم فإذا لزمه للبائع عشرة ألف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يخفى وتسليمها بالشفعة إلى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا ترى أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر إليه فكما لا يجعل بيعا مبتدا إذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضي فكذلك إذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشتري دفعها إليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسماها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهي جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

[130]

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضوع الذي لا تكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بغير قضاء بمنزلة المبيع المبتدا بخلاف ما تقدم فقد كانت

الشفعة هناك واجبة حين أخذها الشفيع فلماذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشتري للبائع قيمة الدار لانه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجها عنها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لان كان مالكا للدار حين التصرف فنقد تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها وإذا اشترى دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض فان كان قائما بعينه يقوم في الحال فيتبين بقيمته في الحال قيمته عند العقد وان كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لانهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وان أقاما البينة فعلى طريقة أبي يوسف عن أبي حنيفة البينة بينة الشفيع لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن أبي حنيفة البينة بينة المشتري في هذه المسألة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان ما صدر من المشتري ههنا أقرار ان وهذا نظير ما إذا اختلفا في قيمة البناء الذي أحرقه المشتري وان اشترى بها بشئ مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع يأخذ بمثل الثمن الاول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل في العقد بصفة السلامة وانما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشراء الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد إلى العبد أو إلى الدار وإذا اشترى بناء دار على أن يعلقه فلا شفعة فيه من قبل أنه يشترى معه الارض والبناء بدون الارض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون الارض فان اتصال أحد الملكين بالآخر لا يكون اتصال تأييد وقرار والدليل عليه انه انما يستحق بالشفعة ما يستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الارض لا يستحق بالشفعة فاما من له بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحسبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الا تبعا للارض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا

[131]

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لاتتأى ما لم ينقض الكل وفي من الضرر على الشريك مالا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باعه جذعا في سقف وإذا أراد أن يشتري دارا بخادم فخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشتري يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشتري الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوي الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل ما يرغب في ذلك إذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أو لا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقى لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة

لابطال حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها إلى باب الدار عليه فيسلمها إليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقى منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فإذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار وإذا سقط الخيار بطلت شفيعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فإذا ضمن بطلت شفيعته أو يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فإذا رضى بذلك وسأومه بطلت شفيعته والاشتعال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكون قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبى يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الابراء ولللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالادن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية في أحد البديلين يمنع

[132]

انعقاد العقد وإذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لامثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعنى أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفيعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا مقدار حصته وإذا اشترى بيتا من دار علوه لآخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى فانما الشفعة للذي في داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبى يوسف في الامالى ان هذا استحسان وفي القياس لاشفعة لصاحب العلو وكذلك إذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفلى في القياس ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة إذا لم يكن معه أرض والارض وسقف السفلى كله لصاحب السفلى ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الارض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأيد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفلى أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله أعلم (باب الشفعة في الارضين والانهار) (قال رحمه الله والشريك في الارض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق) لقول على وابن عباس رضى الله عنهما لاشفعة الا لشريك لم يقاسم يعنى عند وجوده لاشفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى الله عليه وسلم إذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار

كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجرى فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب معنى هذا القول أن الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق ففي

[133]

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف في حد النهر الصغير أن يستقى منه قراحين أو ثلاثة فإن جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجرى فيه السفن وكل ماء يجرى فيه السفن من الانهار في معنى ذلك وما لا يجرى فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعه عن محمد أن الشركاء في النهر وان كانوا مائة أو أكثر فإن كان بحيث لا تجرى فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الاربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه إلى التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأى لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا أن يكون بحيث تجرى فيه السفن وإذا زرع المشتري الارض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لانه زرع في أرض غيره فهو أحق بها منه فهو كالعاصب إذا زرع الارض المعصوبة ولان المشتري كما لا يتمكن من ابطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه لان التأخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لان المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف العاصب ولان لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تأخر قليلا وإذا قلع زرع المشتري تضرر بابطال ملكه وماليتته وضرر التأخير دون ضرر الابطال فان كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقلع ذلك ويأخذ الارض لانه ليس لغراغ الارض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى إذا طلب الشفعة تأخر التسليم إليه إلى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشتري في زرعه ولكن لا يجوز ابطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري وفي التأخير لا إلى غاية معلومة ابطال وإذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك إذا اشترى مطلقا لان الارض لا تدخل في هذا الشراء والنخل بدون الارض كالبناء لا يستحق بالشفعة فان اشترىها باصولها ومواضعها من الارض ففيها الشفعة لانها تابعة للأرض في هذا الحال وكذلك ان اشترى زرعاً أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك الشفعة وان اشترىها مع الارض وجبت الشفعة في الكل استحسانا وفي القياس لا شفعة في الزرع لانه ليس من حقوق الارض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع الا بالذكر فهو كالمتاع

[134]

الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض ما لم يحصد وما كان من المنقول

متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالأبواب والشرب المركبة يوضحه أن الشفيع يقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري فلو أخذه كان أخذًا للمنقول بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع وإذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاشترى في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن إن شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمن لأن حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم إليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع يوضحه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجح إليه أبو يوسف أن المشتري يملك الأرض والنخل بجميع الثمن والشفيع إنما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لأن الحادث من الثمار بعد القبض لاحصة له من الثمن فإنه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري بعد الجذاز لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله أياها لايجل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما في يد المشتري كان يضمه إلى الأصل ويبيع الكل مرابحة فإذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان إلا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد إذا أخذها المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولاحق للشفيع فيها بعد الجذاز فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقطت عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وإن حضر الشفيع قبل أن يجدها المشتري أخذها مع الأشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاز هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لأن انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة

[135]

والأشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر في ذلك الوقت قيمة إلا شيئا يسيرا فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال أقسم الثمن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك وإذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فاشترى أو كان فيها زرع فادرك فللشفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن لأن حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالأرض والشجر بيع ما بقى الاتصال وإذا اشترى بينا ورحا ماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله إلا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لأن ما كان مركبا متصل بالأرض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا ترى أن الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لأنه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لأن من أصله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة

موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحثنا في ذلك ماروينا من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شئ ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه في الحال فقد تلحقه في الثاني وهو ما بعد الانهدام إذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجمة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع في الدار والارض فلا يستحق بالشفعة وإذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نعط أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه يبيع من ذلك الموضوع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف السمك الا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والتمر بعد الحصاد والجذاز وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدري أيجرى الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

[136]

(قال وكان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه انه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتى بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لانص بخلافه والنهي عن بيع العرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر وإذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأييد والقرار بل للادراك فهو اتصال يعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذكر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضوع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك إذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكرها أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لاتصاله في الحال والامتعة الموضوعة تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع إذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلمنا أنهما لم يقصدا ذلك وإذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقها لم يدخل فيها الثمر والزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقها فانما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا في شئ فلا يدخل بذكر الحقوق والمرافق وإذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فإذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكنيف والشاع وان لم

يقول بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل إلى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ تدخل إذا كان مفتحتها إلى الدار وعند

[137]

أبي يوسف ومحمد تدخل إذا كان مفتحتها إلى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار إذا كان مفتحتها إلى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لاتصال له بشئ آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو في البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر ما لم ينص على العلو لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو في هذا كالسفل وكان نظير بيتين أحدهما بجنب الاخر وهذا لان الشئ لا يكون من حقوق مثله فاما إذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه إذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشتري المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفي شراء الدار إذا كان لها طريقان أحدهما في السكة والاخر في دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذي في الدار الاخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقربة مثل الدار وان كان في الدار أو في القرية باب موضوع أو خشب أو حجر أو حص لم يدخل ذلك في البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الاشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها وإذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أو ساوم بها فقد بطلت شفيعته لان إقدامه على

[138]

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيلاء دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب مباشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن تفرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة وإذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد وهي من النقلات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجدها والبناء ليهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا في الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة لمعنى التبعية للارض وذلك لا يتحقق إذا ملكه بسبب غير السبب الذي ملك الارض به وإذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشتري شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له أن يأخذ ما قطع من ذلك وللشافعي قول أن حق الشفيع متى كان ثابتا في البناء والشجر فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكننا نقول بثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الاتصال بالارض فإذا زال ذلك قبل الاخذ لا يكون له فيه حق الاخذ كما لو زال جواره ولكن يطرح حصته من الثمن عن الشفيع لانه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع وإذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه إلى جنبه ولآخر أرض في أسفله إلى جنبه فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه إلى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تاييد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهي من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار فجيرانها من مفتحتها إلى مصبها شركاء في الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع والاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجرى النهر في أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك في المبيع مقدم علي الجار وإذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجره في أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب اسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم أستووا في سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

[139]

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فما لم يسيل الماء في أعلا النهر لا ينتهي إليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وانما يترجح على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحتها بين رجلين إلى ما كان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الاسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلماذا كان شريكه في اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء وإذا كان نهر لرجل فطلب إليه رجل ليكرى منه النهر إلى أرضه ثم بيع النهر الاول ومجره في أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى

بالشفعة لان الآخر مستعير ولاحق للمستعير في الشفعة إذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار وإذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحا ماء في بيت فباع صاحب النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الأرض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب الآخر لرجل آخر فطلبا الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب إلى الرحاء لان الرحاء لا تستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضا لها في ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم إليها أولى بالشفعة وهذا اشارة إلى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالأرض الا بالماء وإذا كان نهر لرجل خالصا له عليه أرض ولآخر عليه أراضي ولاشرب لهم فيه فباع رب الأرض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لاتصال ملكهم بالمبيع وان باع الأرض خاصة دون النهر فالملازق للأرض أولاهم بالشفعة لانه لاشركة بينهم في النهر والمبيع الأرض وهم جيران المبيع يعنى من يلازق أرضه الأرض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والأرض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق الأرض أولاهم بالشفعة في الأرض لاتصال ملكه بالأرض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق

[140]

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الأرض دون الطريق وهذا بمنزلة دارين ليميز أحدهما عن الآخر لان جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكا في الطريق أخذ شفيعته من الدار لان الشريك مقدم على الجار فكذلك ان كان شريكا في النهر أخذ بحصته من الأرض وكان أحق بهما جميعا من جيران الأرض والطريق والنهر سواء في كل شئ وقد بينا ذلك في أول الباب والله أعلم (باب الشفعة في الهبة) (قال رحمه الله أعلم بان الموهوب لا يستحق الشفعة الا على قول ابن ابي ليلى) فانه يقول يستحق بالشفعة إذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك إذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفي استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر البادى بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك لا يتجدد به وانما يبقى الوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك فان كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وان لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكننا نقول حق الشفعة انما يثبت له إذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذي به يملك المتملك فاما إذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا ان شاء سبب آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية بوضوح ان الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم السبب الذي باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى في التبرع لان الملك الذي يثبت للشفيع لا يكون حكم التبرع ولان الشفيع في المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فإذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالاخذ

ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع فان من اراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولا على جاره ولا أن يهبه من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل دارا على أن يهبه الآخر

[141]

ألف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابضا وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع إذ اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو بيع لازم له وان لم يقبض لان الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك إذا كان بشرط العوض فهو على وجهين ان قال قد أوصيت بداري بيعا لفلان بألف درهم ومات الموصى فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وان قال أوصيت له بان يوهب له على عوض الف درهم فهذا ومالو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وان وهب نصيبا من دار مسمى بشرط العوض وتقابضا لم يحز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لانه بر ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك ان كان الشيوع في العوض فيما يقسم وان وهب دار الرجل على أن ابراءه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لان المديون قابض للدين بدينه فقبض الدار تتم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار العوض قول الذي عوض لان الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك ولو وهبها بشرط الابراء مما يدعي في هذه الدار الاخرى وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لان التملك فيها تم بجهة المعاوضة وإذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضا فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصي والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب في قول أبي يوسف الاول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض إذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الآخر كل من لا تجوز هبته بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الاول ان هذا تمليك مال بمال يعادله شرطا فيصح من الاب والوصى كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التمليك وتحقيقه أن حق الصبي في المال لافي اللفظ وتصرف الاب والوصي مقيد شرعا بالاحسن والاصح لليتيم وذلك في أن يتوفر عليه المالية لافي لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يحز بالتعاطي من غير لفظ فإذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما في البيع بل

[142]

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض إلى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض إليه

وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصى بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مقلسه لا يدري أيصل إليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب ولوصي ولاية التبرع في مال اليتيم فباشترط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجر وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلاءه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب إذا حصل في غير محله فكذلك إذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة يبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فإذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقايض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فكذلك إذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم (باب الخيار في الشفعة) (قال رحمه الله وإذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشتري ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقى في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشتري صار أحق بالتصرف فيها فباختياره يتحقق الضرر المحوج للشفيع إلى الدفع عن نفسه وإذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشتري أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق

[143]

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقريره وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا إذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الاخذ بالشفعة وقد بينا المسألة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع وإذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع ببقاء ملكه أولى فان بيعت دار إلى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع وإذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتبارها فاقدم البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتيين

أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة له كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخي يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه إذا كان من أصله أنه لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستاجر والمستعير فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا فإذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي فانه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكننا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان إذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الاصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فلتحترز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فإذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الاولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما يملكها الآن فلا يصير بها جارا للدار الاخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار إلى جنبها والدار الثانية سالمة للمشتري لان أخذ الشفيع من يده لا ينفي ملكه من الاصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين

[144]

به انعدام السبب في حقه من الاصل حين أخذ بالشفعة وإذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ثلاثا لمشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشتري البيع وأبطل خياره سلم العبد للبائع فان أبي أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذي أخذها من الشفيع إلى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشتري للبيع واسقاطا لخياره في العبد بخلاف ما اذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لان البيع تصرف بينته واختياره فيكون دليل الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشتري ألا ترى انه كان له حق الاخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف ما لو حدث بها عيب عنده أو عرفت لان تعذر الرد عليه في هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقا على قبضه فلهذا لا يجعل ذلك اختيارا منه ويبقى هو في العبد على خياه فإذا فسخ العقد في العبد يجعل هذا بمنزلة ما لو انفسخ العقد فيه بالهلاك في يده قبل القبض فعليه أن يدفع إلى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لانها هي التي سلمت له بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لو كانت في يده ولو كانت الدار في يد البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري لانتقاض البيع بينهما حين أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار في يد المشتري فهلك العبد في يد البائع انتقض البيع ورد المشتري الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض في يد مشتري الدار ولو كان الخيار لبائع الدار فيها أو في العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتى يوجب البيع لان أحد المتعاقدين إذا شرط الخيار لنفسه في أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار في العوض الآخر وان كان الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ولا شفعة في ذلك الا أن يسقط خياره قبل مضي ثلاثة أيام وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لا تجب الشفعة حتى يسقط خياره أو يسقط

ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب
(باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره) (قال رحمه الله قال قد بينا
في النكاح ان المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

[145]

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان
الشفيع لا يتمكن من الاخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث
وأخذه لا يكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لاشفعة في
المجعول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس أو عضو لان
الشفيع لا يتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام
المتملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لا يستحق بالشفعة
وكذلك لو استأجر ابلا بدار لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لان
الشفعة ليست بمال في الحقيقة وإنما يجعل لها حكم المالية في جواز
العقد عليها للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار
على أن ردت عليها ألفا وذكرنا ان عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة في
حصة الالف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لا تجب
الشفعة في شئ لان البيع هنا بيع للنكاح (وإذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو
الاصل لا يوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره
مهرًا أو صالحها على أن يجعلها مهرًا لها أو أعطاها اياها مهرًا لم يكن فيها
شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما
ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد
العقد كالمسمى في العقد وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثلها دارا لان
البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على انه ملكها
الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار أو مما
وجب لها من المهر على الدار فللشفيع فيها الشفعة لان في لفظهما ما
يدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن
المهر الذي استوجب عليه والذي استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة
مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها
الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي لها مهرًا ثم اشترى به الدار
أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاها الدار مهرًا فان هناك لو طلقها
قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالمتعة وهنا لو طلقها قبل
الدخول لم يلزمها رد شئ من الدار على الزوج وإنما يلزمها من الدار ما
فرض القاضي مهرًا لها بحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على
ذلك وفي المسمى في العقد يعطيه نصف المسمى وإذا صالح من دم عمد
على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة في الدار في
قول أبي حنيفة لان الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا
يستحق بالشفعة فكذلك ما يتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا
من احدى عشر جزء بالف درهم لان الدار

[146]

تقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمة الدية ألا ترى انه إذا تعذر استيفاء
القود يجب المصير إلى الدية والدية عشرة آلاف فإذا جعلت كل ألف جزءا

كانت حصة الدم من الدار عشرة أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التي فيها القود وان صالحه من موضحتين احدهما عمد والاخرى خطأ على دار فلا شفعة فيها في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يأخذ الشفيع نصفها بخمسائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد القود فإذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس ألا ترى أن موجب موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلي عواقله وإذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لا تجب في البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل أو قياسا على المضارب إذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفي المال ربح فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار أن البيع كان له فلا تجب الشفعة في البيع أيضا وان صالح من كفاله بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ما ليس بمال الكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل في قصاص واحد أو مال ففي حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذي يطلب به فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذي صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك إذا فعله اجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض في الصلح الفاسد كما لاشفعة في البيع الفاسد وإذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه إلى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

[147]

المبتدئ وللاب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد ان قبضها المشتري أو لم يقبضها اما قبل القبض فليقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فليقاء حقه في استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار إلى جنبها فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفيعته في تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له إلى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولا شفعة للبائع فيها لانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالهو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشتري منه

لان جواره حدث بعد ملكه الدار وإذا اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها وبنائها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع لانه بنى في بقعة غيره أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد على صاحب الحق كالمشتري إذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق الثابت في الاصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له وعليه شرعا ثم بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلان ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى رأيت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لاوجه لمنعه فالمشتري إذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردّها بالعيب فلان يردّها بفساد البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في ملك نفسه بتسليط من له الحق فلا ينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف أن الحق في الاسترداد للبائع فهو الذي سلط المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع بقى معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

[148]

المشتري من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه وإذا عرفنا هذا فنقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع في الاسترداد قد انقطع فإخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان لاقرار لهذا البناء بالاتفاق بل رفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار في حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع في الاسترداد ولكن لاقرار له في حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشتري بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى وان شاء أبطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له فيأخذ بأى السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع لان البناء بيع للاصل وفي هذا القول اشكال فالشفيع إذا نقض البيع الثاني فقد صار ذلك كان لم يكن وقيل البيع الثاني يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثاني من الاصل ولكننا الجواب عنه أن البيع الثاني من الاصل الثاني صحيح مزيل لملك المشتري وانما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار إلى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول في ملكه بعد فيكون جاريا بملكه الدار الاخرى فان سلمها إلى المشتري بطلت شفيعته لانه أزال جواره باختياره

قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره محدث بعد بيع تلك
الدار وان اشتراها بخرم أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما
وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس
بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة
لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح
لان الخمر والخنزير في حقهم مال متقوم كالبعير

[149]

والشاة في حق المسلمين فان كان شفيعها نصراني أخذها بمثل الخمر
المشتري بها أو بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فيأخذها
الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى وفي الخنزير يأخذها
بقيمتها ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم
عاجز عن تملك الخمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر
النصراني عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل وعلى المسلم
بالقيمة فكذلك في حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها إلى
من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع
الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع
والمشتري في مقدار الثمن وإذا اشترى أرضا شراء فاسدا فزرعها
وعرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن
يأخذها بقيمتها في قياس قول أبي حنيفة لان العرس كالبناء فكما لا
ينقض بناء المشتري لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره وإذا انقطع
حق البائع في الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح
عنه من ذلك بقدر ما نقض الارض من عمل المشتري لانه في معنى المتلف
لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشتري حصة من الثمن في حق الشفيع
يطرح عنه بقدره كالبناء إذا أحرقه وعند أبي يوسف ومحمد يقلع الشجر
كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم
خاصمه البائع فيها فله القيمة في قياس قول أبي حنيفة لان تصرف
المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كما لو
بنى فيها المشتري بناء آخر وذكر هلال في كتاب الوقف أن حق البائع في
القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله
تعالى فهو نظير العتق في العبد الذي اشتراه شراء فاسدا ثم هذا تصرف
من المشتري في عين ما يملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك
إلى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع في الاسترداد فإذا تصرف فيه
بابطال الملك أولى فان باع نصفها بيعا صحيحا يرد النصف الثاني على
البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا
قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول
لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه وبين أن يأخذه بالبيع الثاني بالثمن
المسمى اعتبارا للبعض بالكل وإذا أخذه بالثمن الآخر يصدق المشتري
بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يغرم للبائع نصف القيمة
فالفصل حصل له بكسب حيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

[150]

(باب الشفعة في المريض) (قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيق الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من ابيه بهذا الثمن لم يحز وقد بينا أن الشفيق يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر ذلك في هذا الموضوع يوضحه اما أن يأخذها بالغبين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لو ارثه خصوصا إذا أخذها من يد البائع ولا وصية لو ارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيق ليس ذلك بثابت في حق المشتري فإذا تعذر الوجهان قلنا لاشفعة له أصلا وذكر في كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها بقيمتها إن شاء والأصح ما ذكرنا هنا فإنه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشتري للدار من أبيه وأجنبي شفيقها فإن كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيق فيها في قول أبي حنيفة وفي قولهما للشفيق فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولهما لانه ليس في تصرفه ابطال حق الورثة عن شئ مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه بدينه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للاجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشئ فكذلك مع الوارث يوضحه أنه إذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشئ من ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وأبو حنيفة يقول أثر بعض ورثته يعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إثارة البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك إذا قصد إثارة بالعين وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخلطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفى الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للغصاة عن سائر الورثة وذلك المعنى

[151]

يتحقق هنا فلماذا يمتنع بيعه منه بمثل قيمته وباكثر بخلاف الاجنبي فإنه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع إلى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثى ماله وليس في البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شئ من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واققراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشئ من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي إذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم في ديونهم لافي عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فإذا لم يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شئ مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا في صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء ويمثله لو باعه من دار به لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا إذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لاشفعة

للشفيع لان البيع فاسد وعند أبى يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبى حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر في موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لاوصية في تصرفه وفي البيع بالمحاباة وصية ألا ترى أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولاوصية لو ارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشترها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبى يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والاصح ما ذهب إليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته إذا طلب الموصي له وان الموصي له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فإذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا وإذا اشترى

[152]

المريض دارا بألفى درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبى حنيفة لان بيعه من الوارث لا يجوز عند أبى حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثنيا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبى يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك إذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي باشره المشتري إذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشتري دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشئ من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به قلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمي من الثمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكأنه أوجب الوصية بالمحاباة للمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فإذا كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها وإذا انعدمت مزاحمته كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة ماله وسلم أحد الشفيعين شفيعته وان باعها بالف درهم وهى تساوى ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشتري ان شئت فخذها بثلثي الالفين وان شئت فدرع لانه حاباه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم إلى تمام ثلثي الالفين الا أنه يتخير في

ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شئ له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلي الالفين وأى ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى إذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة البيع

[153]

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشتري يعمل في ابطال حقه لافي ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخا البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلي الالفين لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالفين إلى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالأجل باطل لان المحاباة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل في شئ ولكن يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو يؤدي الالفين حالة ليصل إلى الورثة كمال حقهم وأى ذلك فعل للشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشتري في حكم هذا البيع كما في الفصل الاول وهذا أظهر من ذلك فالأجل في الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشتري لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشتري ان شئت فعجل ألفين وان شئت فدع في قول أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثي قيمتها ويكون الباقي عليه إلى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسألة في كتاب العتاق وذكرنا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يملكه أصلا كما في الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند أبى يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعلق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الاجل ولهذا لو رجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الأبراء فعلى ذلك الاصل تنبنى هذه المسألة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع في هذه المسألة بعينها وأما الشفيع فالأجل لا يثبت في حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتى يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح ببيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت في حق الشفيع فهو مثله في حق المريض وإذا باع المريض دارا أو حابى فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض إذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفيعته به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار إذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

[154]

(باب تسليم الشفعة) (قال رحمه الله وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشتري حاضر أو غائب فتسليمه جائز) لأنه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه على نفسه ولا يتعدى تصرفه إلى محل وهو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشتري بالدار لأنه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءً وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته إلى ذلك بعد سقوط حقه في الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفيعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشتري للشفيع أنفقت عليها كذا في بنائها وإنى أوليكها بذلك وبالتمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم في موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولنى بذلك وإذا وكل وكيلًا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بان موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبي حنيفة يصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح في غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجح فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء ومحمد يقول في اقراره على الموكل بالتسليم بقول أبي حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة في مجلس القضاء ولايجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما إذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسألة في كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وأبي يوسف وفي الاستحسان يجوز اقراره في مجلس القاضي وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف الآخر اقراره صحيح في غير مجلس القاضي وفي مجلس القاضي كإقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فإذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما إذا سلم بنفسه فمن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمه الا أن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضي فيصح تسليمه في مجلس القاضي عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم في مجلس القاضي وغير مجلس القاضي وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلاً لان ذلك ضد ما فوض إليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

[155]

وأصل هذه المسألة في الاب والوصى إذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعاً لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصى كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصى صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ بتملك العين بالتمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا

يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف البراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لأنه إذا أخذها ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا تتوجه عليه العهدة وإذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فإذا سكت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي إذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الاب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح إذا كان مالكا للاخذ

[156]

فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ وتسليم أحد المتعاضين شفعة صاحبه في دار له خاصة من ميراث جاز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاضان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجعل أخذ أحدهما في الحكم كإحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب بالشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة إذا كان فيها ربح وإذا بيعت دار بجنب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح في حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب في بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل في مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال

دارا له خاصة والمضارب شفيعتها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون في ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها للمضاربة ففي مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق الاخذ بالشفعة وكذلك لا يأخذ الغير له وإذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعتها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالوا اشتراها

[157]

وإذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيما يأخذان بالشفعة كشخص واحد وإذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جاز ان كان عليه دين أولم يكن عليه دين لان هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض يعد له فان الثمن يبقى كسبا له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان العبد لو أخذها تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من الموكل وان كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد في الاخذ عامل لغرمائه للمولى والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب الأتري أنه بعد الاخذ لو باعها المولى جاز بيعه إذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه إذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب شفيعته جاز لانه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من صنيع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفيعته جاز أيضا وذكر في بعض نسخ الاصل إذا مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا لا معنى له لان الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه في الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا أن يكون موضوع هذا فيما إذا كان اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها إليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة بمنزلة بيعه وإذا اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع في ذلك لان الرد بخيار الرؤية فسخ من الاصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته في الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه أخذه اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك إذا أخذ دار بالشفعة بيعت بجنبها وإذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف درهم فبيعت دار إلى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان كل واحدة منهما مشغولة برأس المال والمضارب شريك في الربح ولا ربح في واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت في المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبيد لم ينفذ عتق المضارب في واحد منهما ولو كان في احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح وإذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جاز على ما اشترط لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترى بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ لدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعت بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج إليه منها فيكون على شفعتة فيها وإذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلف الشاهدين في المكان والزمان لا يوجب اختلافًا بينهما في المشهود به وإذا سلم الشفعة في منزل وهو شريك في الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيهما وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه ففيما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذ كما لو سلم في جميع المنزل وإذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشتري أن البيع كان يلجئة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الاول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا ترى انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فإذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى وإذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض بعد التقايب ثم أقر البائع والمشتري أنها كانت بيعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقايب بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أو في الهبة بشرط العوض انه كان بيعا وان سلمها في هبة بغير عوض ثم تصادقا أنها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب أو سلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فإذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حقه في الشفعة وإذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

باطل حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل الوجوب فالهبة بشرط العوض انما تصير كالبيع بعد التقايب وتسليم الشفعة قبل تقرير سبب الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع وإذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم وتقايبوا فذلك باطل في قول أبي حنيفة جائز في قولهما لان الشيع في الهبة بشرط العوض كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في كتاب الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلمتا إليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيع في الدار فالملك فيها

واحد وانعدام الشيوخ في الالف حين قبض كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز في قول أبى حنيفة لان الشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فإراد أخذ أحديهما دون الأخرى فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال زفر له أن يأخذ أحديهما دون الأخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة في مصر واحد أو مصرين في ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الأخذ في كل واحدة منهما وليس في أخذ أحديهما ضرر على المشتري لان أحديهما تنفصل عن الأخرى فهو كما لو كان العقد في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكننا نقول المشتري ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ أحديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري في حق البائع تفريق الصفقة بقبول العقد في أحديهما دون الأخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك في حق المشتري بخلاف ما إذا كان العقد في صفقتين وهذا لان الانسان قد يشتري دارين ورغبته ومنفعته في أحديهما فإذا أخذ الشفيع تلك دون الأخرى تضرر المشتري باختيار الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر في الكتاب أنه إذا كان شفيعا لأحديهما دون الأخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول في هذه المسألة له ان يأخذها جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له في أحديهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة على المشتري فيثبت حقه في الأخرى حكما لدفع الضرر عن المشتري ثم رجع فقال لا يأخذ

[160]

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في أحديهما بدون السبب وفي الأخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبى يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشترى عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمي وهو أنه لم يتمكن من أحديهما لانعدام السبب في أحديهما بخلاف ما إذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب (باب شفعة أهل البغى) (قال رحمه الله الباغى والعاذل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البغى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة في دار الاسلام وأنهم في ذلك كالمسلمين فاهل البغى في ذلك أولى الا أن العادل في عسكر أهل العدل والباغى في عسكر أهل البغى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيفا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطالحوا فهو على شفيعته إذا علم وإذا كان الشفيع في غير المصر الذي فيه الدار المبيعة فجاى إلى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البائع والمشتري فهو على شفيعته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له في ذلك لانه انما يتمكن من الأخذ في الموضوع الذي فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي فيه البائع والمشتري فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفيعته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشتري أو البائع ان كانت الدار في يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الأقرب وجاء إلى

الابعد بطلت شفيعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه وإذا كانوا في مصر واحدة فان ترك الاقرب وأتى الا بعد فاشهد عنده ففي القياس كذلك تبطل شفيعته لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفيعته لان المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكفي وإذا اتخذ المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد في ذلك وإذا اشترى رجل من أهل البغى دارا من

[161]

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البغى فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيفا فلا شفيع له لانه كان متمكنا من أن يبعث وكيفا فان كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفيع لانه ما ترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيفا يأخذ الشفيعه أبطلت شفيعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت أجعله على شفيعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله تبطل شفيعته بالاعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب (باب الوكالة في الشفيعه) (قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفيعه والخصومة فيها وكيفا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج إلى التوكيل في ذلك لقله هدايته في الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه) لانه يقيم البينة ليقتضى له بالوكالة ولا يقضي بينة قامت لا على خصم حاضر وإذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفيعه للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بينة انه اشتراها من صاحبها إذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفيعه باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فان من في يده عين إذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بمحضر من الخصم حتى إذا أقرت الدار فانكر ذلك أبطلت البيع والشفيعه وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يحلف بالله ما باعه الا أن تقوم عليه بينة بمحضر منه وهذه البينة مقبولة من الشفيع والمشتري جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه في الشفيعه وإذا طلب وكيل الشفيع له الشفيعه فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فانه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتى يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدهما) ما بينا (والثاني) وكيل صاحب الدين إذا طالب المديون بإيفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأني فانه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

[162]

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشتري إذا أراد الرد بالعيب فقال
البائع أريد يمين الموكل ما رضى بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر
المشتري فيحلف فابو يوسف يجعل مسألة الشفعة نظير مسألة العيب لان
في فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء
كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع إلى ملك البائع وفي
ظاهر الرواية سوى بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق
بعد الوجوب ولا ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشتري في المطالبة
فهنالك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه
بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه
بالفسخ لقيام السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن
نفسه لانه لا يطالب المشتري باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان
نكل لا يعود العقد وفي مسألة قضاء الدين لو أمر المديون بقضاء الدين لا
يتضرر بذلك ضررا ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه من استخلاف
الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسألة الشفعة فالمشتري لا
يتضرر بالقضاء بالشفعة من حيث ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه
في استخلاف الشفيع وإذا نكل رد عليه الدار فلهذا لا يتأخر القضاء
بالشفعة لاجل يمين الموكل وإذا قضى القاضي للوكيل بالشفعة فأبى
المشتري أن يكتب له كتاب كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود
كما أنه يقضى له بالشفعة وان كان المشتري ممتنعا من التسليم والانقياد
له فكذلك يكتب له حجة بقضائه وبشهاد على ذلك نظرا له وإذا كان في
سائر الخصومات يعطى القاضي المقضى له سجلا إذا التمس ذلك ليكون
حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك وإذا أقر المشتري بالشراء
وقال ليس لفلان فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذي وجبت له
بالشفعة من شركة أو جوار لانه لا يتوصل إلى اثبات حق الموكل الا باثبات
سببه فإذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان يقيم البينة على أن الدار
التي إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فإذا أقام البينة أن الدار التي
إلى جنب الدار المبيعة في يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له
فيها بهذه البينة فلا يدي تنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له
بالشفعة بذلك فكذلك إذا أثبت اليد بالبينة وأصل هذه المسألة ان المشتري
أنكر كون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فعلى ظاهر الرواية لا يقضى
القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبي يوسف أن
القول قول الشفيع في ذلك فيقضى له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق
معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

[163]

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضى الا بعلم
فالشاهد لا يجوز أن يشهد إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن
يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضى بالملك لذي اليد وبقضائه
بهذا يظهر استحقاق الشفعة وإذا كان يقضى لذي اليد بالملك إذا حلف مع
وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلان يجوز له القضاء بذلك في
موضع ليس هناك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك
باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا
للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه ليدفع بها
استحقاق المدعى وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه
وحاجة ذي اليد هنا إلى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا
يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت الملك بالبينة وهو نظير مالو طعن المشهود

عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج إلى إقامة البينة على الحرية لان ثبوت
حرية باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام وإذا وجد قتيل في دار انسان فانكر
على عاقلته كون الدار له يحتاج إلى اثبات الملك بالبينة ليقضي بالدية على
عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه
وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى إذا كان
الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لانهم متهمون في ذلك فانهم يشهدون
لحق الموكل ويشتون حق الاخذ للوكيل فلهذا الا تقبل في ذلك شهادة
الفريقين وان أقام البينة أن لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم
أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب
المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو في بعضها لا
يمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يعلم أن
صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو
استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة في الايمان وكذلك لو
قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى
للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان على الوكيل أنه سلم
عند غير القاضي ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا
بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبي حنيفة
لافي مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء إذا عزل القاضي
قبل أن يقضي به فهو باطل وهو مالو وجد في غير مجلس القاضي في
الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح في غير مجلس
القاضي فكذلك لا يصح إذا وجد في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضي
به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي أنه سلم

[164]

عند فلان القاضي ثم عزل أو انه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه
بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل
بمنزلة ابتداء التسليم منه فان كان من أقر بشئ يملك إنشائه يجعل
كالمنشئ لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسألة الرجوع لا مسألة تسليم
الشفعة فقد بينا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل وإذا شهد ابنا الوكيل أو
ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لانهما يشهدان
على أبيهما ولايجوز شهادته ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني
الوكيل لان ابني الوكيل يثبتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويثبتان له
حق الاخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائبا عن أبيهما ليأخذ الدار
بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار أن يخاصم في غيرها لان
الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا قيد الوكالة بالدار التي عينها وهو يثبت
الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضى الانسان بكون الغير نائبا عنه في بعض
الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان
ذلك جائزا لانه عمم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخاصم في كل
شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة
التوكيل بقبض علاته ولا يخاصم بدين ولاحق سوى الشفعة لتقييد الوكالة
بالشفعة الا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لانه لا يتوكل
إلى الخصومة بالشفعة الا بذلك فتتعدى الوكالة إليه ضرورة وإذا وكل رجل
رجلا يأخذ له دارا بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا
يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما اعلام
الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في
الشراء فلان لا يشترط ذلك في التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بالشروط

في الاخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع انما يأخذ الثمن الذي يملك المشتري الدار فيه فالوكيل بالاخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثر يوضحه أن الوكيل بالشراء إذا اشترى بأكثر من قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بغلاء الثمن أراد أن يلزم الامر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فاطهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كانما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلما لشفعته فإذا طلبها لغيره أولى ولما كان اظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

[165]

استوى فيه أن يكون المشتري حاضرا أو غير حاضر فان أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فان كان المشتري سلمها إليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لانه ظهر أنه كان مسلما شفعته ولكن تسليم المشتري إليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا فكأنه اشترها للامر بعد ما سلم الشفعة وان كان القاضي قضى بها فانها ترد على المشتري الاول لانه لما ظهر أنه كان مسلما شفعته تبين أن القاضي قضى على المشتري الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه وإذا كان للدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما إقامة مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند القاضي كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق احدهما يبقى حق الآخر في جميع الدار فإذا أخذها الوكيل له جاز وان قال عند القاضي قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال انما أطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولايهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لا تمنع الصحة ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالاخذ ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلهذا لا بد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ وإذا وكل الشفيع المشتري بالاخذ بالشفعة لم يكن له وكيفا في ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا يكون وكيفا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع بالاخذ بالشفعة جاز ذلك في القياس لان البائع بتسليم الدار إلى المشتري قد خرج من هذه الخصومة والتحق باجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شئ لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل في بعض ما قد تم به وهو البيع وإذا وكل الذمي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان الذمي هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت شهادتهما وأبطلت الشفعة لان الوكيل لو أقر بذلك جاز اقراره فان الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا فكذلك إذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لان شهادتهم على الذمي في اثبات كلامه حجة وإذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدعى يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لان الوكالة قد انتهت بالاخذ بالشفعة فبقيت الدار في يده أمانة والامين لا يكون خصما للمدعي

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردّها به ولا ينظر في ذلك إلى غيبة الذي وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع في يد الوكيل بالشراء فهو في حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه وإذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذه فان كان الشراء وقع بذلك أو باقل فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذي وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فإذا كان الثمن أكثر مما سمي فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع في الاخذ إذا كان المشتري إنسانا بعينه ولا يرغب إذا كان المشتري غيره فلهذا اعتبرنا تقييده وإذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباختبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أو شركة وإذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركهم في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة مالو كان بعض الشركاء في الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته في ذلك وان اشترى دارا بجارية وتقاضا ثم ولدت الجارية لاقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة في ابطال ما يحتمل النقص والقضاء بالشفعة يحتمل النقص كنفس البيع ثم بدعوي النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا في الاستحقاق نظيره فكذلك إذا أثبت الولد لامته وإذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ماكان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف إلى المتعارف وفي العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضي كل علة له أو يتبعتها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة في كل ميراث له وإذا وكله بماله ولم يرد على هذا ففي القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل في ذلك وفي الاستحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فإذا أطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين شك بلا بيينة وان قال تقاضي ديني أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقبضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه أو أجيده الذي هو في عياله بمنزلة مالو قبض

بنفسه ثم دفع إلى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالمودع في الوديعة وإذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسمى له ما عليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمي له وهو تقييد مقيد فقد يأتمن الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير وإذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لا يستطيع رده لانه ممثّل أمره فانه لا يتمكن من الاخذ بعد ما احترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله في الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم في هذا إذ لا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شئ بعينه إذا اشتراه بأكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة في حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل وإذا وكل رجلين بالشفعة فلاحدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلمتا جميعا لم يفهم القاضي كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء وإذا سلم أحدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره وإذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ما صنع بمنزلة ماله وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكيلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يجز صنع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ما صنع الوكيل الثاني على الامر لان ذلك وراء اجازة ما صنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان في حق الغير لا يسوى غيره

[168]

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز وإذا طلب المشتري من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفيعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابته إليه لم تبطل به شفيعته وهذا لان التأخير إنما جعله محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفيعته فإذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشتري من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم (باب شفعة أهل الكفر) (قال رحمه الله وإذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهي مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فيأخذها ب قيمته وان اشتراها بميتة أو دم فلا شفعة فيها لانه ليست بمال متقوم

في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمي إلى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذمي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عين تملك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفيعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تملك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدي الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

[169]

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد فالاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تملك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذهما بمثل تلك الخمر لان من أسلم من التعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين وإذا كان اسلام أحد المتعاقدين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لان حكم العقد في الخمر ينتهي بالقبض والاسلام لا يمنع قبض الدار فإذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من بعض ما المشتري وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الاول ويبطل البيع الثاني كما لو كان المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالخمر ذميا فاسلم وارثه بعد موته كان للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه وإذا اشترى الذمي من الذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فنقول ان كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلم معا بقى النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد من الاصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا فتخللت فانه يأخذ الخل ولا شئ له غيره فاما في المنصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لبعض الملك عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على أحد وهذا إذا كانت الخمر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها بغير شئ ولا سبيل له على الخل لان العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمرا في الذمة

فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

[170]

إذا كان البائع هو الذي أسلم دون المشتري أو أسلم البائع أولاً ثم المشتري فكذلك الجواب عند أبي يوسف فاما على ما رواه زفر وعاقبه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فنقول في النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع في هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض في يده حين تخللت فان شاء رضي بالتغير ويأخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمة الخمر وفي النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد وكانت الخمر بعينها تخير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير في ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فإذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتناوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل ففي المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر على مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخيير الذي بينا وإذا باع الذمي كنيسة أو بيعة أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البيعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها كجوازه في دراهم بخلاف المساجد في حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البيعة لله تعالى يجعلها معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك في حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء في ملك الغير ولا شئ له من ملك ذلك الموضع والشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصار ملكه بالدار المبيعة والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل إذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام في استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع في حائط من حيطان الدار أو الهوادي بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادي على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك في أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته في نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته في حقوق المبيع وإذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمي وثلثي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

[171]

المسلم العشر في حصته وبضاعف على الثلثي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة مالو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما بينا على ما تقدم بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي

إذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبي حنيفة ولكن هذا إذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها سلما فاخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما إذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردّها وفي غير هذا الموضوع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردّها بالعيب لان الخراج في الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فإذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما انقطع المشتري إذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردّها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردّها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالمالك في بعض الفصول وإذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جذعا منكسرا أو نخلة منكسرة أو عيبا يقنص الثمن فردّها كان الشفيع على شفيعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بنا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد يفسخ بأخذ الشفيع وهو ما إذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف إذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشتري سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها وإذا كان بالرد يعود إلى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فإذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما إذا اشترى المرتد دار لان توقف العقد عنده لحق المرتد فإذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة وإذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة فيه

[172]

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد مالحق بدار الحرب وبعد قسمة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضى وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب وإذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها وقتل في رده أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فلحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها من حيث أنه لا تستحق نفسها بالحاق حتى يسرق وان كانت لاتقبل وان كانت المرتدة بائنة للدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أو ماتت وان كان الشفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار على الردة إلا أن

يقضى له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شئ من الاوقات
ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيع والمرتب يلحق به كل ضرر فلا
يشغل القاضي بدفع الضرر عنه ما لم يسلم فان أبطل القاضي شفيعته ثم
أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه الاصرار به
وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان
وقفه القاضي حتى ينظر ثم أسلم فهو على شفيعته لان القاضي لم يبطل
حقه وانما امتنع من القضاء له بها فإذا أسلم فهو على حقه وهذا إذا كان
طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب إلى أن أسلم فلا شفعة
له لتركه طلب المواتية بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم
بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان
المالك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في
ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه
ومن أسلم من أولاه بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من
حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة
المستغرقة بالدين إذا بيعت دار بجانب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث
فيها الشفعة وإذا اشترى المرتد دارا من مسلم أو ذمی بخمر فالبيع باطل
ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود إلى الاسلام

[173]

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر
باعتبار البناء على اعتقاده والمترد غير مقرر على ما اعتقده فلا ينفذ
تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار
الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم
المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى
المستأمن من دار الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى
لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشتري لا يبطل
شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة
بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والامين لا يكون خصما لمن يدعى حقا
في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقيتها وإذا اشترى المسلم في
دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة
للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى في دار
الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم في دار
الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم وإذا
اشترى المسلم في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار
الحرب بطلت شفيعته لان لحوقه بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار
الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت وبموته تبطل شفيعته علم
بالشراء أو لم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق
المتأكدة ما هو أقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول
على الدار ولو استولى على ملك الحربي بطل به ملكه فلان يبطل به حقه
أولى وإذا اشترى الحربي المستأمن دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحقا
جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب
كموته فيما هو في دار الاسلام وان كان المشتري مع الشفيع في دار
الحرب فان كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفيعته
إذا علم لان المسلم والذمي من أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة
منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفيعته إذا لم يكن عالما بها فان دخل وهو يعلم
فلم يطلب حتى غاب بطلت شفيعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا

لدخوله دار الحرب وإذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر إلى دار الحرب أو إلى غيرها فهو على شفيعته إذا كان على طلبه لأن حقه قد يقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل فإن كان المشتري آخره مدة معلومة فهو على شفيعته عندهم جميعاً لأن عند محمد بمضي شهر إنما تبطل شفيعته لدفع الضرر عن المشتري فإذا كان هو الذي آخره فقد رضى بهذا الضرر

[174]

وان كان الشفيع حربياً مستأمناً فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلماً أو ذمياً فوكل مستأمناً من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفيعته لأن لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم (باب الشفعة في الصلح) (قال رحمه الله وإذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فإن كان الصلح على اقرار فلهم الشفعة في ذلك لأن المعطى في المال متملك في نصيب المدعى بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح على الإنكار فلا شفعة فيه لأن في زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يملك عليه شيئاً من الدار بهذا الصلح وفيما في يده يبنى الحكم على زعمه وهو بالاقدم على الصلح لا يصير مقراً بثبوت الملك للمدعى في المدعى ولو صالحه بغير اقرار سنل المصالح بينة على دعوى الذي صالحه فإن أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعى ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لأن المعطى للمال يقوم مقام المدعى وقد كان المدعى متمكناً من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضاً ولو صالحه على سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لأن المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضاً عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة بلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقاً والمنفعة ليست بمال مطلقاً وإذا ادعى حقا في دار فصالحه منه على دار فللشفيع فيها الشفعة لأن في زعم المدعى أنه يملك هذه الدار عوضاً عن ملكه في الدار الأخرى بالصلح والصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعى في حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه في الدار الأخرى والقول فيه قول المصالح الذي أخذ الدار بمنزلة ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فإن القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعى دينا أو ودیعة أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء على زعم المدعى وإذا صالح من سكنى دار أو صى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا شفعة

[175]

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت وإذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع في الغلط والدقة في مدة المنفعة لا تستحق بالاجارة فان استئجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لا يجوز فكذلك إذا وقع الصلح عليه رأيت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أكان يكون فيه الشفعة لاشفعة في شيء من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه إلى دار لم يكن الجار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء في ملكه وذلك لا يستحق بعقد مقصود ولهذا لا يجوز استئجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفي الكتاب أشار إلى حرف آخر قال ألا ترى أن المسيل لا يحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراد فانه لا يسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغي في القياس أن يأخذه بالشفعة ولكننا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف في دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذوع في الحائط والهواذى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أو الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أو رهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائع ففسخ البيع وجه قول زفر أنهما ينكران وجب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فإذا أنكره كان القول في ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

[176]

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يملك ابطاله فتصادقا عما يكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعى دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لان البيع لا يتعلق بالدين المضاف إليه بل بمثله دينا في الذمة بخلاف الصلح الا انه كان بيع المقاصة به فإذا تصادقا على أن لادين لم تقع المقاصة فبقى الثمن للبائع على المشتري والشفيع على شفيعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الاول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفيعته فهنا أولى والله أعلم (باب الشفعة اللقيط) (قال رحمه الله وليس للمنتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضي جعله قيما له في البيع

والشراء فيكون بمنزلة الوصي حينئذ في طلب الشفعة لوكيل اليتيم
وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان
شراء الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال الملتقط فان
أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له
فياخذها بالشفعة حينئذ فان كان الملتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال
اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على الملتقط في
الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على
اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على
بيت المال لان عاقلته بيت المال كما في جنايته بيده وان لم يسقط حتى
أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من
الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار
بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل في النصف
دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم (باب الشفعة في البناء وغيره)
قال (رحمه الله وإذا اشترى الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع
والمشترى فقال المشترى أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول
قول المشترى) لانكاره الشراء في البناء

[177]

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك في البناء وان أقاما
البينة فالبينة بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها
وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشترى بانه اشترى البناء وذلك
إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل
قول المشترى إذا كان محتملا حتى إذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس
لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما
أشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها
هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم
أنه أحدثه ولاقول للبائع في شيء من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط
والتحق بأجنبي آخر وان قال المشترى اشتريت البناء بخمسائة ثم
اشتريت الارض بعد ذلك بخمسائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففي
القياس القول للمشترى اشتريت البناء بخمسائة ثم اشتريت الارض بعد
ذلك بخمسائة أو قال اشتريت الارض بغير بناء بخمسائة ثم اشتريت
البناء بعد ذلك فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتها معا ففي
القياس القول قول المشترى لانه ينكر ثبوت حق الشفيع في البناء ألا ترى
أنه لو قال وهب لي البناء واشتريت الارض كان القول في ذلك قوله
فكذلك هنا ولكنه استحسنت فقال القول قول الشفيع هنا لان المشترى
أقربا لسبب المثبت لحق الشفيع في الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى
تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله
في ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولاقول للبائع في شيء من ذلك
فاما في الهبة هو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في السائل الشفيع
يدعى ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الارض بغير بناء وان قال
البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد
وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال
الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا
فان أقاما جميعا البينة فعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشترى لانه هو
المحتاج إليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات شيء بخلاف الظاهر وعند محمد
البينة بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كان الامرين

كانا إذ لا تنافي بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وإن ادعى المشتري أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

[178]

ما دعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له في النصف دون النصف فان قال المشتري وهب لى هذا البيت بطريقه إلى باب لدار وباعنى ما بقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها بألف درهم فالقول قول المشتري في البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه وبأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشتري أقر بوجود السبب الموجب لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الطريق فلا يثبت ما ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ماسوي البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان على ابطال شفعة الشفيع في سائر الدار لان شركته في الطريق سابقا على الشراء لا يظهر بقولهما حق الشفيع الا أن تقوم البينة على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من الجار ولو ادعى الشفيع أن المشتري هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشتري فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشتري منكر لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه * رجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وإنما يحال بشرائه بحدوته على أقرب الاوقات ما لم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقى من الدار لان شركته في الطريق تثبت قبل ثبوت شراء الآخر فيما بقى من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما في البيت وقضيت ببقية الدار للذي أقام البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له في بقية الدار ولا شفعة لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الامرين ظهرا ولا يعرف تاريخ بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازمتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما منذ شهر بألف درهم وأقام آخر البينة انه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة في الدار الاخرى لانه يثبت جواره سابقا على بيع الدار الاخرى ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما لم يثبت تاريخ في الشرائين يجعل كأنهما وقعا معا وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض

[179]

الا آخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق إذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الاخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصالح الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بحدوثه إلى أقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقته فالهبة مع القبض في افادة الملك كالشراء وإذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من ارباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى ولا طريق له في الدار فلاصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلاشفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت في الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما الشفعة في البيت للحار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فلهم الشفعة لقيام شركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشتري فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها لانقطاع الشركة في الطريق عند البيع الثاني وإذا كان الدرب غير نافذ وفي أقصاه مسجد خطبة وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر إلى الطريق الاعظم فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ الا ترى ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الاعظم لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب إلى الطريق الاعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك إذا لم يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا في ذلك الدرب ليصلوا في المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الاعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الاعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التي في أقصاها الوادي المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الاعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ الا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطريق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا إلى الطريق الاعظم وفي الموضوعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان في أقصى الدرب باب نافذ إلى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفناء إلى دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق إلى الدرب يخرج من باب آخر منها إلى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة لاهل الدرب الا بالجواز وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

[180]

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفي الاول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها إلى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابا في الدرب ولم يجعلوا له إلى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلاهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضوع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضوع قبل بناء المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ماكان

من الحق في الطريق لهذا الموضوع بخلاف مسجد الخطبة وإذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشتري تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه إليه ثم باعه ما بقي ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفيعه فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الاول لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فبااعتبار حقه يتمكن من نقص تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفيع معه فإذا أخذ نصف جميع الدار بالشفيعه كان النصف الباقي للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موضعا مقسوما أو وهب لم يجر ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج إلى قسمين وربما يتفرق نصيبه في موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشتري الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه وبسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول في المشترك لم يجر لدفع الضرر عن الشريك فإذا باع ما بقي من المشتري الاول فقد زال ذلك المعنى وإذا كانت دارا لرجل إلى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه إليه ثم باعه ما بقي من الدار فلا شفيعه فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفيعه لان ملكه متصل

[181]

بالمبيع اتصال تأييد فموضع الحائط من الارض داخل في البيع وإذا كان منزل لرجل في دار إلى جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفي الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار إلى باب الدار الاعظم والدار في درب غير نافذ وفي الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزلة فالشريك في الحائط أحق بالشفيعه في جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك في نفس المبيع لان حصة البائع من الحائط دخل في البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفيعه في الحائط سوى ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته في موضع معين وليس بشريك في جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق بالشفيعه في تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الروية أن الشركة في الحائط أظهر من الشركة في الطريق وإذا كان بالشركة في الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم هو الشفيعه فالشركاء في الطريق الذي في الدار أحق لشركة بينهم في الدار لان نصيب البائع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون في الطريق الذي قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص في درب غير نافذ فان أسلموا فالجيران الملاصقون للدار إلى هذا المنزل فيه شركاء في شفيعه هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع فحصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال في طريق واحد يكفي للجوار فلهذا أسنوا في استحقاق الشفيعه وقال أبو حنيفة في السكة التي ليس لها منفذ * باع رجل منهم

دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم في طريق خاص في الطريق فان كان زقافا فيه عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لأصحاب العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لأصحاب العطف خاصة دون أصحاب السكة وفي العطف المدور حقهم جميعا في ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف بمنزلة سكة في سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الاقصى فأصحاب تلك السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان بيعت دار في السكة الاولى كانت

[182]

الشفعة لأصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم في طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق في السكة الاقصى وإذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لاقرارته بثبوت حق الشفيع وان قال بعثها منه وسلمتها إليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرج من الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشتري الشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت في يد البائع فهي مملوكة للمشتري فلا يأخذها الشفيع الا بمحضرها * رجل ادعى أنه باع من هذه الارض خمسين جرينا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها إلى القاضى فابطل شفيعته لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشتري في مقدار المبيع وقضى القاضى بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفيعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جرينا بالثمن الذي بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الاولى ولا يكون تسليمها في أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان في الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة وإذا اشترى قوم أرضا فاقتموها دورا وتركوا منها سكة ممشى لهم وهى سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء في شفيعتها للشركة الخاصة بينهم في الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى في الشفعة هنا سواء لان شركتهم في الطريق من أول السكة إلى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشئ من السكة فلهذا كانوا في الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء في الفناء وهو الطريق الذي في السكة فيستوون في استحقاق الشفعة قال في الكتاب والشريك في الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة * رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها إلى موضع كذا أو ظن انها أبعد أو أقرب

ويدعى شفيعته حين علم فلا شفعة له علم أو لم يعلم لانه أسقط حقه بعد الوجوب وجهله بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه فجهله بمقدار حقه أولى * رجل أقام البينة أنه اشترى من رجل كل حق هو له في هذه الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم الا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلم جميعا كم نصيب البائع لا يجوز البيع لان البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يقوت مقصوده من البيع كجهل المشتري وفي ظاهر الرواية قال المشتري يتملك بالشراء فلا بد من أن يعلم بمقدار ما يملكه لانه يحتاج إلى القبض فإذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع انما يتملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى ان عدم الرؤية من المشتري يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وان لم يعلم المشتري كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أو لم يعلم فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة جائز في قول أبي يوسف والمشتري بالخيار إذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة * وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان ان نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجوز البيع يوضحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر في الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشتري إذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تفضى إلى تمكن المنازعة بينهما أما في الحال ان احتاج المشتري إلى قبض المبيع أو في ثانی الحال ان تقابلا البيع أو رده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة في المعقود عليه إذا كانت تفضى إلى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع وإذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردّها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وان كان المشتري قد رآها وبيّرا من عيوبها عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشتري لم يكن نائبا عن الشفيع فرؤيته ورضاه بالعيب لا تعتبر في حق الشفيع وإذا بنى الشفيع في الدار ثم استحققت من مدة رجوع الشفيع بالثمن على من كانت عهدهتة عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشتري إذا بنى ثم استحققت الدار ونقص بناؤه فانه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشتري مغرور بالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فإذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيع لم يصر مغرورا من جهة أحد لانه أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار إليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بايجاب البيع مسلط للمشتري على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شئ بل هو مجبر على تسليمها إليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله إلى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحققت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور وبمثله الجارية المأسورة إذا وقعت في سهم رجل فأخذها مولاهما بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطئ عقرها وقيمة الولد لانه وطنها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع في سهمه

بالقيمة التي أعطاه إياها ولا يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من وقعت في سهمه مجبرا على تسليمها إليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذي كانت وقعت في سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شئ بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك إذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغنم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشتركين ملكوها بالأحراز وقد ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة إلى المدعى بمنزلة البيع المبتدئ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لاسبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالأحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (تم الجراء الرابع عشر من كتاب المبسوط)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية