

فتح العزيز

عبد الكريم الرافي ج 10

[1]

فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للامام ابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافي المتوفى سنة 623 هـ * * الجزء العاشر دار الفكر بسم الله الرحمن الرحيم

[2]

(كتاب الرهن) قال (الباب الاول في أركانه وهى أربعة * الراهن والمرهون والمرهون به وصيغة الرهن (الركن الاول) المرهون وفيه ثلاثة شرائط (الاولى) أن يكون عيناً فلا يجوز رهن الدين ؟ * لان الرهن عبارة عن وثيقة دين في عين * وإذا كان عيناً لم يشترط (ح) فيه الافراز بل يصح رهن الشائع ويكون على المهايأة كما في شركاء الملك) * أصل الرهن مجمع عليه والكتاب والسنة متعرضان له قال تعالى (فرهن مقبوضة) (ورهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه من يهودى فتوفى وهى مرهونة عنده (1) * ووجه إدراج حجة الاسلام كلام الكتاب في الابواب الاربعة أن الرهن اما صحيح أو فاسد والصحيح منه إما جائز أو لازم وكيفما كان فقد يتفق المتعاقدان على كيفية العقد الجاري بينهما وقد يتنازعان فيه فالباب (الاول) فيما يعتبر في صحته (والثانى) في الرهن الجائر وأحكامه (والثالث) في اللازم وأحكامه

[3]

(والرابع) في التنازع * وقد عد أركان الرهن أربعة الراهن والمرهون به والصيغة والعاقدة ولو جمع بين المرهون والمرهون به وجعل ما يتعلق به العقد ركناً كما فعل في البيع وكما جعل من يصدر منه العقد ركناً لجاز * ولو فصل الثمن عن المبيع كما فعل ههنا لجاز ومثل هذا يرجع إلى مجرد رسم وترتيب والمقصود لا يختلف (الاول) المرهون وله شروط (أحدها) أن يكون عينياً أما الدين ففي جواز رهنه وجهان (أحدهما) الجواز تنزيلاً لما في الذمم منزلة الاعيان ألا ترى أنه يجوز شراء ما في الذمة وبيعه سلماً (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب المنع لان الدين غير مقدور على تسليمه * ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف في بيع الدين والرهن أولى بالمنع لانه لا يلزم الا بالقبض والقبض لا يصادف ما تناوله العقد ولا مستحقاً بالعقد والقبض في البيع يصادف مستحقاً بالعقد لان البيع سبب الاستحقاق ولا يشترط كون المرهون مفروزاً بل يصح المرهون الشائع سواء رهن من شريكه أو غيره وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا

يقبلها وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا يجوز رهنه من غير الشريك
وفى

[4]

رهنه من الشريك روايتان * لنا الحاق الرهن بالبيع والشائع بالمعزوز * ولو
رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة باذن الشريك صح وبغير إذنه
وجهان عن ابن سريح (أصحهما) عند الامام أنه يصح كما يصح بيعه (والثاني)
لا لانه ربما تنفق القسمة ويقع هذا البيت في نصيب صاحبه فيكون قد رهن
ملك غيره ويخلف البيع فانه إذا باع زال ملكه عن البيت واستحالت
المقاسمة معه وهذا أرجح عند صاحب التهذيب وادعى أن الحكم في البيع
مثله (وإذا قلنا بالوجه الاول) وانفقت القسمة كما قررناه فهو كتلف
المرهون أو يغرر قيمته فيه احتمالان للامام (أوجهما) الثاني إضافة
للقوات إليه وكيف ينزل منزلة الآفة السماوية وقد حصل له في قطر آخر
من الدار مثل ما كان له في ذلك البيت وعن الامام محمد بن يحيى توسط
بين الاحتمالين وهو أنه ان كان مختاراً في القسمة غرم القيمة وان كان
مجبوراً فهو كالقوات * ثم القبض في الرهن المشاع بتسليم الكل فإذا
حصل القبض جرت المهاية بين المرتهن والشريك في الرهن جريانها بين
الشريكين ولا بأس بتعيين اليد بحكم الشيوخ كما لا بأس به لاستيفاء *
الراهن المنافع * واعلم أن لفظ العين الذي توجم به هذا الشرط يطلق
بالمعنى المقابل للدين ويطلق بالمعنى المقابل للمنفعة وكل واحد من
المعنيين معتبر في المرهون (أما) بالمعنى الاول فقد عرفته (وأما) بالثاني
فقد ذكر ابن الصباغ وغيره أنه لو رهن بالدين سكنى دار مدة لم يصح لانه
إن كان

[5]

مؤجلاً فالمنافع تتلف إلى حلول الاجل وان كان حالاً فيقدر ما يتأخر قضاء
الدين بتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيناق * قال (الثانية ان لا
يمنتع اثبات يد المرتهن عليه كرهن المصحف (ح) والعبد (ح) المسلم من
الكافر فيه خلاف مرتب على البيع وكذا رهن الجارية الحسنة ممن ليس
بعدل فهو مكروه ولكن ان جرى فالاصح صحته) * فقه الشرط صورتان
(الاولى) في رهن العبد المسلم من الكافر طريقان (أحدهما) وبه قال ابو
اسحق والقاضي أبو حامد أنه على القولين في بيعه منه ان صحناه في
يدى عدل من المسلمين (والثاني) وبه قال صاحب الافصاح القطع بجوازه
لانه لا يد فيه للكافر ولا انتفاع وانما هو مجرد استيناق والظاهر جوازه
أثبت الخلاف أملاً ورهن المصحف منه يترتب على رهن العبد ورهن السلاح
من الحربي يترتب على بيعه منه (الثانية) عن الشيخ ابي علي رواية قول أن
رهن الجارية الحسنة لا يجوز إلا أن تكون محرماً للمرتهن والمذهب
المشهور جواز رهن الجوازي مطلقاً ثم ان كانت صغيرة لا تشتهي بعد
فهي كالعبد والا فان رهنت من محرم أو امرأة فذاك وان رهنت من رجل
أجنبي فان كان ثقة وعنده

[6]

زوجته أو جاريتها أو نسوة يؤمن معهن من الالمام بها فلا بأس أيضا والا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة أو عدل بالصفة المذكورة في المرتهن فان شرط وضعها عند غير من ذكرنا فهو شرط فاسد لما فيه من الخلوة بالاجنبية وخوف الفتنة والحق الامام بالصغر الحسنة مع دمامة الصورة لكن الفرق بينهما بين * ولو كان المرهون خنثى فهو كما لو كان جارية الا أنه لا يوضع عند المرأة (وقوله) في الكتاب ممن ليس يعدل يشعر بجواز الرهن من العدل بلا كراهة ولفظ الوسيط كالمصرح بذلك لكن المعظم ما قنعوا بالعدالة وشرطوا أن يكون معها ذا أهل كما سبق * وإذا عرفت الصورتين عرفت أن اعتبار هذا الشرط مختلف فيه وفي العبارة المذكورة لترجمته نظر والله أعلم * قال (الثالثة أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل * فلا يجوز رهن أم الولد * والوقف * وسائر راضي العراق من عبادان إلى الموصل طولا * ومن القادسية إلى حلوان عرضا * فانه وقف على اعتقاد الشافعي رضى الله عنه أوقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين بعد تملكها عنوة * وقال ابن سريج هي ملك * مقصود الرهن أو من مقاصده استيفاء الحق من ثمن المرهون عند الحاجة فيشترط قبوله للبيع

[7]

وما لا يجوز بيعه كالحر وأم الولد والمكاتب والوقف لا يجوز رهنه وذكر الشافعي رضى الله عنه والاصحاب رحمهم الله ههنا طرفا من الكلام في أرض الخراج ولا شك أنه دخيل في الباب وفي السير عودة إليه فنؤخره إليه وتقتصر الآن على حظ الرهن منه فنقول: سواد العراق وقف على المسلمين على الاظهر وكل أرض هي كذلك لا يجوز رهنها كسائر الوقوف وأبنيتها وأشجارها ان كانت من تربتها وغروسها التي كانت قبل الوقف فهي كالارض وان أحدثت فيها من غيرها جاز رهنها فان رهننت مع الارض فهو من صور تغريق الصفة في الرهن في وكذا رهن الارض مطلقا (ان قلنا) إن البناء والغراس يدخلان فيه وإذا صح الرهن في البناء والغراس فلا خراج على المرتهن وإنما هو على الراهن فانه مضروب على الارض فان أداه للمرتهن بغير اذنه فهو متبرع وإن أداه باذنه وبشرط الرجوع وإن لم يشترط الرجوع فوجهان جاريان في أداء دين الغير باذنه مطلقا وظاهر النص الرجوع (وقوله) عند حلول الاجل أي إذا كان الدين مؤجلا فان كان حالا فالشرط أن يكون قابلا للبيع في الحال (وقوله) وسائر أراضي العراق أي جميعها وقد مر نظيره * قال (ويجوز رهن الام دون ولدها إذ لا تفرقة في الحال * وعند البيع تباع الام دون الولد على رأي * ويقال هذه تفرقة ضرورية * وعلى رأي تباع معه * ثم يختص المرتهن بقيمة الام فتقوم الام

[8]

منفردة فإذا هي مائة ومع الولد فهي مائة وعشرون فنقول حصة الولد سدس কিفما اتفق البيع * وقيل ان الولد أيضا يقدر قيمته مفردا حتى نقل قيمته فتكون عشرة مثلا فيقال هو جزء من أحد عشر جزأ فيقسم على

هذه النسبة) * التفريق بين الام وولدها الصغير ممنوع منه وفى إفساده البيع قولان سبقا ويصح رهن أحدهما دون الآخر قال الشافعي رضى الله عنه لان ذلك ليس بتفرقة بينهما قيل معناه أن الرهن لا يوجب تفرقة لان الملك فيهما باق للراهن والمنافع له فيمكنه أن يأمرها بتعهد الولد وحصانته وإذا كان كذلك وجب تصحيح الرهن * ثم ما يتفق بعده من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن إليه وقيل معناه أنه لا تفرقة في الحال وإنما التفرقة يقع عند البيع وحينئذ يحذر منها بأن يبيعهما معا ومن قال بالاول لم يبال بأفراد أحدهما عن الآخر بالبيع إذا وقعت الحاجة إلى البيع (والاصح) التفسير الثاني وأنها يباعان جميعا ويوزع الثمن على قيمتهما وكيف يوزع قدم الامام على بيانه مسألة هي مقصودة في نفسها فنأتم به في تقديمها ثم نعود إلى هذه (أما) تلك المسألة فهي ما إذا رهن أرضا بيضاء ثم نبت فيها نخيل ولها حالتان (أحدهما) أن يرهن الارض ثم يدفن فيها النوي

[9]

أو يحملها السيل أو الطير إليها فتنبت فهي للراهن ولا يجبر في الحال على قلعها فلعله يؤدي الدين من موضع آخر فإذا مست الحاجة إلى بيع الارض نظر إن وفى ثمن الارض لو بيعت وحدها بالدين بيعت وحدها ولم تعلق النخيل وكذا لو لم تف به الا قيمة الارض وفيها الاشجار كقيمتها بيضاء وإن لم تف به ونقصت قيمتها بالاشجار فللمرتهن قلعها لبيع الارض بيضاء إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الارض فيباعان ويوزع الثمن عليهما * هذا إذا لم يكن الراهن محجورا بالافلاس فان كان كذلك فلا قلع بحال التعلق حق الغرماء بها بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما يقابل الارض يختص به المرتهن وما يقابل الاشجار يقسم بين الغرماء فان انتقصت قيمة الارض بسبب الاشجار حسب النقصان على الغرماء لان حق المرتهن في أرض فارغة وإنما منع من القلع لرعاية جانبهم فلا يهمل جانبه بالكلية (الحالة الثانية) أن تكون النوي مدفونة في الارض يوم الرهن ثم تنبت فان كان المرتهن جاهلا بالحال فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن فان فسخ فذاك وإلا فهو كما لو كان عالما وان كان عالما فلا خيار * وإذا بيعت الارض مع النخيل وزع الثمن عليهما والمعتبر في الحالة الاولى قيمة ارض فارغة وفى الثانية قيمة ارض مشغولة لانها كانت كذلك يوم الرهن * وفى كيفية اعتبار قيمة الاشجار وجهان نقلهما الامام في الحالتين (أظهرهما) أن الارض تقوم وحدها فإذا قيل هي مائة قومت مع الاشجار فإذا هي مائة وعشرون فالزيادة بسبب الاشجار عشرون وهى سدس المائة

[10]

والعشرين فيراعى في ثمنها نسبة الاسداس (والثانى) انا كما قومنا الارض وحدها نقوم الاشجار وحدها ثانية فإذا قيل هي خمسون عرفنا أن النسبة بالاثلاث * واعلم أن في المثال المذكور لايضاح الوجهين تكون قيمة الارض ناقصة بسبب الاجتماع لانا فرضنا قيمتها وحدها مائة وقيمة الاشجار وحدها ثابته خمسين وقيمة المجموع مائة وعشرين * عدنا إلى مسألة الام والولد * فإذا بيعا معا فأردنا التوزيع قال الامام فيه طريقان (أحدهما أن

التوزيع عليهما كالتوزيع على الارض والاشجار فتعتبر قيمة الام وحدها
وفى الولد الوجهان (والثانى) أن الام لا تقوم وحدها بل تقوم مع الولد
خاصة لانها رهننت وهى ذات ولد والارض وهنت بلا أشجار وهذا ما أورده
الاكثرون نعم لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنا وبيعا معا
فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها وصاحب الكتاب اقتصر على رواية الطريق
الاول لكن نقله الوجه الثاني ههنا وفى الوسيط يخالف منقول الامام لانه
قال تقدر قيمة الولد أيضا مفردا والوجه ما نقله الامام كما تقدر قيمة
الاشجار ثابتة لا مقلوعة ؟ (وقوله) حتى تقل قيمته أي هكذا يكون لكونه
ضائعا وتمثيله المسألة بما إذا كانت قيمة الولد عشرة يناسب ما نقله ومثل
فى الوسيط بما إذا كانت قيمة الولد خمسين وليس ذلك مع كون قيمتهما
مائة وعشرين على ما فرضه الامام فى الوجه الاول فإذا كانت وحدهما
مائة وكانت مع الولد مائة وعشرين استحال أن يكون الولد وحده خمسين
لضياعه *

[11]

قال (ورهن ما يتسارع إليه الفساد يدين مؤجل قبل حلول أجله صحيح ان
شروط البيع وجعل الثمن رهنا * وان شرط منعه فباطل * وان أطلق فقولان
* ولا خلاف أنه لو طرأ ما يعرضه للفساد أنه يباع ويجعل بدله رهنا) * إذا
رهن شيئا رطباً يتسارع إليه الفساد نظر إن أمكن تحفيفه كالرطب والعنب
صح رهنه وجفف وان لم يمكن كالثمرة التى لا يجفف والمرقة والريحان
والجمد فرهنه ان كان بدين حال يصح ثم أن بيع فى الدين أو قضى الدين
من موضع آخر فذاك والابيع وجعل الثمن رهنا كيلا يضيع ولا تفوت الوثيقة
فلو تركه المرتهن حتى فسد قال فى التهذيب ان كان الراهن أذن له فى
بيعه ضمن والا لم يضمن ويجوز أن يقال عليه رفع الامر إلى القاضي
ليبيعه * وان كان رهنه بمؤجل فله ثلاثة أحوال (إحداهما) أن يعلم حلول
الاجل قبل فساده فهو كرهنه بدين حال (والثانية) أن يعلم عكسه فان
شروط فى الرهن يبيعه عند الاشراف على الفساد وجعل ثمنه رهنا صح ولزم
الوفاء بالشرط وان شرط ألا يباع بحال قبل حلول الاجل فهو فاسد مفسد
للرهن لمنافضته مقصود الوثيقة وان لم يشترط هذا ولا ذاك فقولان
(أحدهما) وبه قال أبو حنيفة وأحمد يصح الرهن وبياع عند تعرضه للفساد
كما لو شرطه لان الظاهر أنه لا يقصد فساد ماله (والثانى) لا يصح لانه
مرهون لا يمكن استيفاء الحق منه عند المحل والبيع قبله ليس من
مقتضيات الرهن وهذا أصح عند أصحابنا العراقيين وميل من سواهم إلى
الاول وهو الموافق لنصه فى

[12]

المختصر (والثالثة) أن لا يعلم واحد من الامرين وكإنا محتملين فى جواز
الرهن المطلق قولان مرتبان على القولين فى القسم الثانى والصحة
ههنا أظهر * ولو رهن ما لا يتسارع إليه الفساد فطرأ أما عرضه للفساد قبل
حلول الاجل كما إذا ابتلت الحنطة وتعذر التحفيف فلا يفسخ الرهن بحال
وان منع الصحة فى الابتداء على قول كما أن إباق العبد يمنع صحة العقد
وإذا طرأ لم يوجب الانفساخ * ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون فى

الانفساخ وجهان كما في عروض الجنون والموت وإذا لم ينفسخ يباع ويجعل الثمن رهنا مكانه قال (ويجوز رهن العبد المرتد كما يجوز بيعه ورهن العبد الجاني بيني على جواز بيعه ونص الشافعي رضي الله عنه أن رهن المدبر باطل وفيه قول مخرج منقاس أنه صحيح وكذا رهن المعاق عتقه علي صفة وقيل إنه باطل إذا لا يقوى الرهن علي دفع عتق جرى سببه) * في الفصل أربع صور (أحداها) رهن العبد المرتد كبيعته وقد مر والمذهب صحتهما ثم إن كان المرتهن عالما برده فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن وإن كان جاهلا فله الخيار فإن قبل قبض القبض فله فسخ البيع وإن قبل بعده فهو من ضمان من ؟ فيه وجهان مقرران في البيع فإن جعلناه من ضمان الراهن فللمرتهن فسخ البيع وإن جعلناه من ضمان المرتهن فهو كما لو مات في يده فلا فسخ ولا ارش * ورهن العبد المحارب كبيعته (وقوله) ويجوز رهن العبد المرتد كما يجوز بيعه معلما بالواو لما قدمناه وبالزاي لان الموافق

[13]

ابن طاهر روي عن المزني المنع منهما (الثانية) رهن العبد الجاني مرتب على بيعه ان لم يصح بيعه فرهنه أولى وإن صح ففى رهنه قولان وفرقوا بينهما بان الجنابة العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجني عليه فإذا وجدت أولا منعت من ثبوت حق المرتهن * (التفريع) ان لم يصح الرهن ففداه السيد أو أسقط المجني عليه حقه فلا بد من استئناف رهن وإن صحناه فقد قال المسعودي إنه يكون مختارا للفداء كما سبق في البيع ويمثله أجاب الامام لكن ابن الصباغ قال لا يلزمه الفداء بخلاف ما في البيع والعتق لان محل الجنابة باق ههنا والجنابة لا تنافى الرهن ألا ترى انه لو جنى وهو مرهون تعلقت الجنابة به ولا يبطل الرهن وإذا صحنا الرهن والواجب القصاص ومنعناه والواجب المال فرهن والواجب القصاص ثم عفا المستحق على مال فيبطل الرهن من أصله أو هو كجنابة تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجنابة فيه وجهان (اختار) الشيخ أبو حامد أولهما وإذا قيل به فلو كان قد حفر بثرا في محل عدوان فتردى فيها انسان بعد ما رهن ففى تبين الفساد وجهان والفرق أنه في الصورة الاولى رهن وهو جان وههنا بخلافه (الثالثة) قال الشافعي رضي الله عنه ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا أي باطلا وللأصحاب في رهن المدبر طرق (أحدها) وبه قال ابن سريج انه على قولين مبنيين على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة (إن قلنا) بالاول صح الرهن (وإن قلنا) بالثاني لم يصح على الاصح كما لو رهن المعلق عتقه بصفة

[14]

يحتمل أن تتقدم على المحل ويحتمل ان تناخر (والثاني) القطع بالمنع لان السيد قد يموت فجأة فيبطل مقصود الرهن ولا يقف على موته لبيعته قبله ومن قال بهذا قال التدبير وإن جعل وصية فهو أكد من سائر الوصايا بدليل أنه ينتج بالموت والرهن ليس بصريح في الرجوع فجاز أن يؤثر في سائر الوصايا ولا يؤثر في التدبير (والثالث) القطع بجواز رهنه كبيعته * (التفريع) إن صحنا الرهن بناء على أنه وصية فيبطل التدبير ويكون بالرهن راجعا

عنه وهو اختيار المزني وان أبطلناه بناء على أنه تعليق عتق بصفة فالتدبير باق بحاله ولا يحصل الرجوع الا بتصرف مزيل للملك وكذا الحكم ان قلنا بالطريقة الثانية (وان قلنا) بالثالثة فالتدبير باق أيضا وهو مرهون مدبر فان قضى الراهن الدين من غيره فذاك وان رجع في التدبير وباعه في الدين بطل ؟ التدبير وان امتنع من الرجوع فيه ومن بيعه فان كان له مال آخر أجبر على قضائه منه وإلا فوجهان عن أبي اسحق (أصحهما) انه يباع في الدين ويفسخ التدبير (والثاني) انه يحكم بفساد الرهن ومن قال بهذا حمل

[15]

قول الشافعي رضى الله عنه وكان الرهن مفسوخا عليه * بقي الكلام في أن أظهر الطرق ماذا وفى أن الاظهر من صحة الرهن وفساده ماذا (أما) الاول فالحق ما ذكره صاحب الشامل وهو أن الطريق الاول أقرب الي القياس (والثاني) أقرب إلى النص (والثالث) أبعد الثالثة (أما) كون الاول أقرب إلى القياس فلان في كون التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة قولين معروفين وقضية كونه وصية صحة الرهن (وأما) كون الثاني أقرب إلى النص فلان كلامه في الام كالصريح في القطع بالمنع لانه قال ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا ولو قال رجعت عن التدبير ثم رهنه فقولان فخص القولين بما بعد الرجوع (وأما) الثاني فعامة الاصحاب مائلون إلى ترجيح البطلان كما نص عليه وربما وجهوه بأن العتق مستحق بالتدبير فلا يقوي الرهن على دفعه واختار الامام وصاحب الكتاب ترجيح الصحة قال الامام أما إذا قلنا إنه وصية فظاهر (وأما) إذا قلنا إنه تعليق عتق بصفة فلانه مع ذلك محسوب من الثلث بخلاف العتق المعلق النازل في حياة المعلق والدين محسوب من رأس المال *

[16]

ولو مات ولم يخلف إلا هذا العبد والدين مستغرق ولا رهن لصرفناه إلى الدين ولم نبال ارتفاع العتق فلا معنى لمنعه من الرهن لغرض العتق (وقوله) في الكتاب وفيه قول مخرج إنما سماه مخرجا لان المنصوص البطلان وهذا مخرج من أن التدبير وصية وطريقة القولين هي التي أوردها في الكتاب ويجوز الاعلام بالواو لغيرهما (الرابعة) المعلق عتقه بصفة نصوره على وجوه (أحدهما) أن يرهن بدين حال أو مؤجل يتيقن حلوله قبل وجود الصفة فهو صحيح ويباع في الدين فلو لم يتفق

[17]

بيعه حتى وجدت الصفة فيبنى على القولين في أن أمر الاعتبار في العتق المعلق بحالة التعليق أم بحالة وجود الصفة (ان قلنا) بالاول عتق وللمرتهن فسح البيع المشروط فيه الرهن ان كان جاهلا (وان قلنا) بالثاني فهو

كاعتاق المرهون وسيأتي (والثاني) أن يرهن بدين مؤجل يتيقن وجود الصفة قبل حلوله ففيه طريقان (عن صاحب الافصاح) أنه على القولين في رهن ما يتسارع إليه الفساد فعلى قول يباع إذا قرب أو ان وجود الصفة ويجعل ثمنه رهنا قال الامام وهذا البناء إنما ينتظم إذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند وجود الصفة حالة الرهن (أما) إذا لم نقل بذلك فلا نخاف تسارع الفساد إليه وقوات الوثيقة فيوجه الخلاف بشئ آخر وهو أن الرهن هل يصلح دافعا للعتق المستحق بالتعليق فتارة نقول نعم كالبيع وأخرى نقول لا لضعفه (والطريق الثاني) وهو المشهور القطع بالمنع لغوات مقصود الرهن قبل المحل وليس ذلك كرهن ما يتسارع إليه الفساد لان الظاهر من حال صاحب الطعام الرضا بالبيع عند خوف الفساد كيلا يضيع والظاهر من حال المعلق امضاء العتق (والثالث) ان لا يتيقن واحد من الامرين بل يجوز تقديم الصفة على حلول الدين وبالعكس فقولان (أصحهما) المنع لما فيه من الغرر (والثاني) وبه قال أبو حنيفة وأحمد أنه يصح لان الاصل استمرار الرق وقال القاضي أبو الطيب هذا

[18]

مخرج من تجويز رهن المدير بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة وعن صاحب الافصاح طريقة قاطعة بالمنع ههنا فهذا كلام الاصحاب في المسألة وقد عرفت منه فتوهم بالبطلان ويراد صاحب الكتاب يقتضى ترجيح الصحة ههنا والله أعلم * قال (ويصح الثمار بعد بدو الصلاح (والاصح) جوازه أيضا قبل بدو الصلاح وان لم يشترط القطع ولكن عند البيع يشترط القطع * وقيل لا يجوز الا بالتصريح بالاذن في شرط القطع عند البيع) * إذا رهن الثمار على الاشجار فاما أن يرهنها مع الاشجار أو وحدها (الحالة الاولى) أن يرهنها مع الاشجار فينظر ان كانت الثمرة مما يمكن تحفيقها صح الرهن سواء بدا الصلاح فيها أو لم يبد وسواء كان الدين حالا أو مؤجلا وإن كانت مما لا يمكن تحفيقها ولم نصح رهن ما يتسارع إليه الفساد فطريقان (أشبههما) أنه لا يصح في الثمار وفي الاشجار قولا تفريق الصفة (والثاني) يصح فيهما قولا واحدا وتكون الثمار تابعة للاشجار (الحالة الثانية) أن يرهنها وحدها فان لم يمكن تحفيقها فهو كرهن ما يتسارع إليه الفساد علي وجه الارض وإن أمكن تحفيقها فاما

[19]

أن يرهن قبل بدو الصلاح أو بعده (القسم الاول) أن يرهن قبل بدو الصلاح فان رهنها بدين حال وشرط قطعها وبيعها أو بيعها بشرط القطع جاز وان أطلق فقولان (أحدهما) لا يجوز كما لا يجوز بيعها مطلقا (وأصحهما) الجواز لان حق المرتهن لا يبطل باحتياحها وحق المشتري يبطل وأيضا فان الحلول قرينة نازلة منزلة شرط القطع * وان رهنها بدين مؤجل نظر ان كان يحل مع بلوغ الثمار أو ان الادراك أو بعده فهو كما لو كان حالا وان كان يحل قبل بلوغها أو ان الادراك فان رهنها مطلقا فقولان (أصحهما) أنه لا يصح لان العادة في الثمار الا بقاء إلى الادراك فأشبهه مالو رهن شيئا على أن لا يبيعه عند المحل الا بعد أيام (والثاني) يصح لان مقتضى الرهن البيع عند المحل فكأنه شرط يبيعه عند المحل * وان رهنها بشرط القطع عند

المحل فطريقان (منهم) من طرد القولين ووجه المنع التشبيه بما إذا باع بشرط القطع بعد مدة (ومنهم) من قطع بالجواز واليه أشار الشيخ أبو حامد وصاحب التهذيب * وعن صاحب القريب طريقة قاطعة بالمنع فيما إذا رهنها مطلقا كما إذا باعها (والقسم الثاني) أن يرهن بعد بدو الصلاح فيجوز بشرط القطع ومطلقا أن رهنها بدين حال أو مؤجل هو في معناه وأن رهنها بمؤجل يحل قبل بلوغها أو أن الإدراك فعلى ما ذكرنا في القسم الاول * إذا وقعت على هذا التفصيل عرفت أن مطلق قوله في الكتاب

[20]

ويصح رهن الثمار بعد بدو الصلاح على ما يجب تنزيهه (وقوله) وقبل هو القول الثاني * ومتى صح رهن الثمار على الأشجار قمونة السقى والجذاذ والتجفيف على الراهن دون المرتهن فإن لم يكن له شيء باع الحاكم جزءا منها وأنفق عليه * ولو توافق الراهن والمرتهن على ترك السقى جاز بخلاف علف الحيوان وحكى الرويانى عن بعض الأصحاب أنه يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان وادعى أنه الأصح وإذا أراد أحدهما قطع الثمرة قبل أو أن الجذاذ فلاحر أن يمتنع منه وبعد أو أن الجذاذ ليس له ذلك بل يباع في الدين أن حل وإلا أمسكه رهنا * (فرعان) (أحدهما) الشجرة التي تثمر في السنة مرتين يجوز رهن ثمرتها الحاصلة بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل خروج الثمرة الثانية وقبل اختلاطها بالاولى وإلا فإن شرط أن لا تقطع عند خروج الثانية لم يصح وإن شرط قطعها صح وإن أطلق فقولان فإن صححا أو رهن بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط ففي بطلان الرهن قولان كالقولين

[21]

في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض والرهن بعد القبض كالبيع قبله لأن المرتهن إنما يتوثق بعد القبض فهو والمرهون عنده كالبايع والمبيع محبوس عنده (فإن قلنا) يبطل الرهن فذاك (وإن قلنا) لا يبطل فلو أنفق قبل القبض بطل وفيه وجه سيأتي نظيره فيما إذا تخمر العصير قبل القبض وإن لم يبطل فإن رضى الراهن بأن يكون الكل رهنا أو توافقا على أن يكون الصف من الجملة مثلا رهنا فذاك وإن تنازعا في قدر المرهون فالقول قول الراهن مع يمينه كما لو اختلطت الحنطة المرهونة بحنطة أخرى للراهن * وقال المزني القول قول المرتهن مع يمينه لأن اليد له كما لو تنازعا في ملك * وأجاب الأصحاب بأن اليد تدل على الملك دون الرهن ألا ترى أنه لو قال من في يده المال رهنتيه وأنكر المالك كان القول قوله وذكر الرويانى في مسألة الحنطة أن طرد الخلاف محتمل لتعذر الفرق (الثاني) إذا رهن زراعا بعد اشتداد الحب نظر إن كان تري حياته من السنبله صح وإلا فقولان كما في البيع (والاصح) المنع * ولو رهنه وهو بقل فهو كما لو رهن الثمرة قبل بدو الصلاح وعن صاحب التلخيص أنه

[22]

لا يجوز إذا كان الدين مؤجلا قولاً واحداً وان صرح بشرط القطع عند المحل لان الزرع لا يجوز بيعه إذا تسنبل وقد يتفق الحلول في تلك الحالة ولان زيادة الزرع بالطول فهي كثمره تحدث وتختلط بالمرهون وزيادة الثمرة بكبر الحبة فهي كالسمن * قال (فان قيل هل يشترط أن يكون المرهون ملكاً للراهن (قلنا لا فقد نص الشافعي على أنه لو استعار الرهن جاز * وفي تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد قول * والاولى أن يقال هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن رهن محض وفيما بين المعير والمستعير رارية * وفيما بين المعير والمرتهن حكم الضمان أغلب فيرجع فيه مادام في يد الراهن * ولا يرجع بعد القبض على الاصح لانه ضمن له الدين في عين ملكه ويقدر على اجبار الراهن على فكه بأداء الدين لانه معير في حقه ان كان الدين حالا * وان كان مؤجلا فقولان * ولا يباع في حق المرتهن إلا إذا أعسر الراهن * ولو تلف في يد المرتهن فلا ضمان على أحد على الاصح * وان تلف في يد الراهن ضمن لانه مشتعير ولا صح

[23]

أنه يشترط في هذه الاعارة ذكر قدر الدين وجنسه ومن يرهن عنده لان معنى الضمان ظاهر فيه والغرض يختلف به) * لما كان حجة الاسلام يتكلم في هذا الركن في شرائط المرهون بحث عن أنه هل يشترط كون المرهون ملكاً للراهن والجواب الجملي أنه ليس بشرط على المذهب والتفصيلي أنه إذا استعار عبد الغير ليرهنه بدينه فرهنه فسيبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان فيه قولان (أحدهما) سبيل العارية لانه قبض مال الغير بأذنه لينتفع به ضرب انتفاع بأشبهه أو استعاره للخدمة (وأصحهما) أن سبيله سبيل الضمان ومعناه أنه ضمن دين الغير في رقية ماله كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره يصح وتكون ذمته فارغة وكما ملك أن يلزم ذمته دين الغير وجب أن يملك التزامه في عين ماله لان كل واحد منهما محل حقه وتصرفه * ولو قال المدبون لغيره ارهن عبدك بدينى من فلان فهو كما لو قبضه ورهنه (وقوله) في الكتاب وفي تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد قول أشار به إلى ما ذكره الامام من أن في العقد شبهها من

[24]

هذا وشبهها من ذاك وليس القولان في أنه يتمحض عارية أو ضمانا وانما هما في أن المقلب أيهما (وقوله) والاولى أن يقال هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن ليس للاشعار بتردد في هذه القضية ولكن أراد أنه لا ينبغى أن نحكم بتغليب أحد الطرفين على الاطلاق بل تفصيل التفصيل الذي ساقه (وقوله) وفيما بين المعير والمستعير إلى آخره غير مساعد عليه بل على قول الضمان المعير ضامن في عين ماله والمستعير مضمون عنه وليس ما بين المعير والمستعير عارية محضة على ما سنبين في التفريع ان شاء الله تعالى وذكر في الوسيط ان القولين مستخرجان من تردد الشافعي رضى الله عنه في أحكام المسألة لكن الشيخ أبا حامد في

آخرين نقلوهما عن الرهن الصغير منصوصين ثم لهما فروع كثيرة ذكر بعضها في الكتاب فنشرحه ونضم إليه ما يتفق (فمنها) أن على القولين جميعا هذا التصرف جائز ويخالف ما لو باع مال الغير لنفسه لان البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثلن والرهن استيثاق يحصل بما لا يملك كما يحصل

[25]

بالكفالة والاشهاد وعن ابن سريج أنا إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف لان الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض والعارية لا تلزم فعلى هذا يشترط في الرهن كون المرهون ملكا للراهن والصحيح) الاول الكلام في أن هذه العارية هل تلزم سيأتي ان شاء الله تعالى * ثم العارية قد تلزم كما إذا أعار بقعة لدفن ميت ودفن فيها (ومنها) لو أذن في رهن عبده ثم رجع عنه قبل الرهن أو بعده وقبل أن يقبضه المرتهن كان له ذلك (أما) على قول العارية فظاهر (وأما) على قول الضمان فلانه بعد لم يلزم ألا ترى أن المستعير مخير في فسخ الرهن قبل القبض وإذا لم يلزم في حقه وهو المديون فأولى أن لا يلزم في حق غيره (وأما) بعد قبض المرتهن فلا رجوع على قول الضمان وعلى قول العارية وجهان (أحدهما) وبه قطع الشيخ أبو محمد أن له أن يرجع جريا على مقتضى العارية (واظهرهما) وبه قال القاضي لا يرجع والا لم يكن لهذا الرهن معنى ولا يحصل به توثق * وعن صاحب التقريب انه إذا كان الدين مؤجلا ففي جواز الرجوع قبل حلول الاجل وجهان لاقبیه الاذن بمدة كما لو أعار للغراس مدة * ومتى حكمنا بالرجوع فرجع وكان الرهن مشروطا في بيع فللمرتهن فسخ البيع إذا كان جاهلا بالحال (ومنها) هل للمالك

[26]

اجبار الراهن على فك الرهن (أما) من قال له أن يرجع ويسترد المال متى شاء بناء على قول العارية فلا حاجة عنده إلى هذا (وأما) من لم يقل بذلك فإن قلنا انه عارية فله اجباره على الفك (وان قلنا) انه ضمان فان كان الدين حالا فكذلك لاستخلاص ملكه المشغول بوثيقة الرهن ولا يجرى على الخلاف في أن الضامن هل يملك اجبار الاصيل على الاداء لتبرئة ذمته بسببها للشغل الذي اثبت به اداء الدين وان كان مؤجلا فليس له اجباره عليه كمن ضمن ديننا مؤجلا لا يطالب الاصيل بتعجيله لتبرأ ذمته * ثم إذا حل الاجل وامهل المرتهن الراهن فللمالك أن يقول إما أن ترده إلى أو تطالبه بالدين ليؤدي فينك الرهن كما إذا ضمن ديننا مؤجلا ومات الاصل للضامن أن يقول أما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئني (وقوله) في الكتاب لانه معير في حقه ان كان الدين حالا هذا التعليل يقتضى القدرة على الاجبار سواء كان الدين حالا أو مؤجلا كما عرفته فكان الاحسن أن يقدم ويؤخر فيقول انه يقدر عليه ان كان الدين حالا لانه معير في حقه وان كان مؤجلا فقولان واطراد الوسيط قريب من ذلك * ثم وجه أحد القولين بانه معير (والثاني) بأن فيه الزام أداء الدين قبل لزومه (ومنها) إذا حل أجل الدين أو كان حالا قال الامام (ان قلنا)

انه ضمان فلا يباع في حق المرتهن ان قدر الراهن على أداء الدين الا باذن مجدد وان كان معسراً فتياع وان سخط المالك (وان قلنا) انه عارية فلا يباع الا باذن مجدد سواء كان الراهن موسراً أو معسراً قال وقياس طريق القاضى حيث حكم بلزوم الرهن على قول العارية تجوز بيعه عند الاعسار من غير مراجعة كما على قول الضمان وتابعه المصنف على ما ذكره ليعلم قوله الا إذا أعسر الراهن لما حكاه على قول العارية ولك أن تقول الرهن وان صدر من المالك فانه لا يسقط على البيع الا باذن جديد فان رجع ولم يأذن فحينئذ يباع عليه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى فإذا المراجعة لا بد منها * ثم إذا لم ياذن في البيع فقياس المذهب أن يقال ان قلنا انه عارية فيعود الوجهان في أنه هل يمكن من الرجوع (وان قلنا) انه ضمان ولم يؤد الدين الراهن فلا يمكن من الالباء ويباع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً كما لو ضمن في ذمته يطالب موسراً كان الاصيل أو معسراً * ثم إذا اتفق بيعه في الدين نظر ان بيع بقدر قيمته يرجع المالك على الراهن على القولين وان بيع باقل قدرًا تغابن الناس بمثله فعلى قول العارية يرجع بتمام القيمة وعلى قول الضمان لا يرجع الا بما بيع لانه لم يفض الضامن من الدين الا ذلك القدر وان بيع

بأكثر من القيمة يرجع بما بيع على قول الضمان وعلى قول العارية وجهان (ذهب الاكثرون) إلى أنه لا يرجع الا بالقيمة لان العارية بها تضمن (وقال) القاضى أبو الطيب يرجع بما بيع لانه ثمن مكله وقد صرف إلى دين الراهن وهذا أحسن واختاره ابن الصباغ والامام والقاضى الرويانى (ومنها) لو تلف في يد المرتهن (ان قلنا) انه عارية فعلى الراهن الضمان كما لو تلف في يده (وان قلنا) انه ضمان فلا شئ لانه لم يسقط الحق عن ذمته ولا شئ على المرتهن بحال لانه يمسكه رهنا لا عارية * وان تلف في يد الراهن فقد أطلق في الكتاب أنه يضمن لانه مستعير وفى تعليق الشيخ أبى حامد بناؤه على القولين كما لو تلف في يد المرتهن * ولو جنى في يد المرتهن فيبيع في الجنابة (فان قلنا) انه عارية فعلى الراهن القيمة وقال الامام هذا (إذا قلنا) أن العارية تضمن ضمان المعصوب والا فلا شئ عليه (وان قلنا) انه ضمان فلا شئ عليه في هذه الصورة وأشار في المختصر إلى القولين والى ترجيح قول الضمان فقال رضى الله عنه فلو أذن له في الرهن فرهنه فجنى فيبيع في الجنابة فأشبه الامرين أنه غير ضامن (ومنها) إذا قلنا انه ضامن وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما لاختلاف أغراض الضمان بذلك وذكر أبو علي

الزحاحى أنه أجاز في القديم السكوت عن ذكر الحلول والتأجيل وهل يجب بيان من يرهن عنده عن صاحب التقريب فيه وجهان (والاصح) الوجوب وعلى القولين إذا عين شيئاً من ذلك لم تجز مخالفته نعم لو عين قدراً جاز أن يرهن بما دونه ولو زاد فمنهم من قال يبطل في الزائد وفى المأذون قولاً تفريق الصفقة والصحيح البطلان في الكل للمخالفة كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش لا نقول يصح البيع في القدر الذي يساوى الثمن * وإذا قال المستعير أعزني لارهنه بألف أو من فلان فأعاره كان ذلك كتقيد المغير بنفسه على أظهر الوجهين تنزيلاً للاسعاف على الالتماس (ومنها) لو أعتقه المالك (فان قلنا) إنه ضمان فقد حكى الامام عن القاضى أنه ينفذ وتوقف فيما ذكره وذكر في التهذيب أنه كاعتاق المرهون وان قلنا) إنه عارية فعن القاضى أنه على الخلاف من اعتاق المرهون وهذا بناء على لزوم هذا الرهن على قول العارية وفى التهذيب أنه يصح ويكون رجوعاً وهو بناء على عدم اللزوم (ومنها) لو قال مالك العبد ضمننت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا قال القاضى يصح ذلك على قول الضمان ويكون كالأعارة للرهن قال الامام وفيه تردد من جهة أن

[30]

المضمون له لم يقبل ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالاعيان تقريباً له بالمرهون (وان قلنا) انه لا يعتبر في الضمان المطلق في الذمة * (فرع) لو قضى المالك الدين من مال نفسه انفك الرهن ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء باذن الراهن أو عدمه وسيأتى ذلك في باب الضمان فان اختلفا؟ في الاذن فالقول قول الراهن ولو شهد المرتهن للمالك قبلت شهادته لانه لا يجزبه نفعاً ولا يدفع ضرراً ولو رهن عبده بدين الغير دون اذنه جاز ولو بيع فيه فلا رجوع * قال (الركن الثاني المرهون به وله ثلاثة شرائط أن يكون ديناً ثابتاً لازماً * فلا يرهن بعين * لم يثبت بعد كقوله رهنك بما تقرضه مني أو بالثمن الذي التزمه بالشراء منك * ولو قال بعث منك العبد بألف وارتهنت الثوب به فقال اشتريت ورهنت جاز على الاصح * لان شرط الرهن في البيع جائز للحاجة فمزجه به أولى وأكد * ولكن ليتقدم من الخطابين والجوابين لفظ البيع * وليتأخر لفظ الرهن حتى يتأخر تمام الرهن عند تمام البيع) *

[31]

يشترط في المرهون ثلاثة أمور (أحدهما) أن يكون ديناً (أما) الاعيان المضمونة في يد الغير اما بحكم العقد كالبيع أو بحكم ضمان اليد كالمغصوب والمستعار والماخوذ على جهة السوم فالاصح انه لا يجوز بها لان عرض الرهن بيع المرهون واستيفاء الحق من ثمنه عند الحاجة ويستحيل استيفاء تلك الاعيان من ثمن المرهون ونقل الامام وجهاً انه يجوز الرهن بها بناء على تجويز ضمان الاعيان المضمونة والفرق على قول المذهب أن الضمان التزام في الذمة فلو لم تتلف العين بالمضمونة لم يجز الالتزام ضرراً وفى الرهن دوام الحجر في المرهون يجز ضرراً ظاهراً وعن مالك أن الرهن بالاعيان المضمونة جائز وعند أبى حنيفة انه يجوز بكل عين تضمن بالمثل أو القيمة والثانية كونه ثابتاً (أما) الذى لم

يثبت بعد فلا يجوز الرهن به كما إذا رهنه بما يستقرضه منه أو بثمن ما يشتره منه لأنه وثيقة حق فلا تتقدم على الحق كالشهادة وبهذا قال أحمد * وقال أبو حنيفة ومالك أنه جائز وحكاه القاضي ابن كج وجهها عن بعض الاصحاب إذا عين استقرضه (منهم) من قال لو تراهننا بالثمن ثم لم يتفرقا حتى تبايعا صح الرهن الحاقا للحاصل في المجلس بالمقترن بالإيجاب والقبول وعلى المذهب لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه كان مأخوذا على جهة سوم الرهن فإذا استقرض أو اشترى لم يصير رهنا الا بعقد جديد نص عليه الشيخ أبو حامد وغيره وفيه وجه أنه يصير رهنا * ولو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين بان قال بعثك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب فقال المشتري اشتريت ورهنت أو قال أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك فقال استقرضتها ورهنته فوجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص صحة الرهن لان شرط الرهن في البيع

[32]

والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذلك مزجه بهما بل أولى لان الوثيقة ههنا أكد فان الشرط ربما لا يفى به (والثاني) أنه فاسد وبه قال أبو اسحق وهو القياس لان أحد شقي الرهن متقدم على ثبوت الدين واحتج له بأنه لو قال لعبدك كاتبك على الف درهم وبعث منك هذا الثوب بكذا فقال قبلت الكتابة والبيع لا يصح البيع وأجيب عنه بفرقين (أحدهما) أن العبد لا يصير أهلا للمعاملة مع مولاه حتى تتم الكتابة (والثاني) أن الرهن من مصالح البيع والبيع ليس من مصالح الكتابة * ولو قال البائع ارتهنت وبعث وقال المشتري اشتريت ورهنت لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على أحد شقي البيع وكذا لو قال ارتهنت وبعث وقال المشتري ارهنت واشتريت لتقدم شقي الرهن على أحد شقي البيع وبهذا قال في الكتاب لكن يتقد الخطابين والجوابين إلى آخره معناه أن شرط الصحة تقدم خطاب البيع على خطاب الرهن وتقدم جواب البيع على جواب الرهن وان شئت قلت الشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع والآخر بعد شقي البيع * ولو قال بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب فقال البائع بعث وارتهنت فيبني على الخلاف في مسألة الاستيجاب والإيجاب * ولو قال البائع بعثك بكذا على أن ترهنني دارك به فقال المشتري اشتريت ورهنت فوجهان قال بعضهم يتم العقد بما جرى وذكر في التتمة أنه ظاهر النص وقال القاضي لا يصح بل يشترط أن يقول بعده ارتهنت أو قبلت لان الذي وجد منه شرط ايجاب الرهن لاستيجابه كما لو قال افعل كذا لتبيعي لا يكون مستوجبا للبيع وهذا أصح عند صاحب التهذيب وللأول أن يقول الصورة المشبه بها لا تناظر هذه لانه لم يصرح في تلك

[33]

الصورة بالالتماس وانما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل وهو الرغبة في البيع وههنا باع وشرط عليه الرهن وهو مشتمل على الالتماس أو أبلغ منه الا ترى أن أبا العباس الروباني حكى في الجرجانيات وجهها أن شرط الرهن في البيع يغني عن استئناف رهن بعد البيع ويكون الشرط بمنزلة الإيجاب ولقبول ويجوز اعلام قوله في الكتاب وليتقدم وليتأخر

بالواو للوجه المنقول عن رواية ابن كج وللوجه القائل بوقوع البيع في مجلس الرهن * قال (وكل دين لا مصير له إلى اللزوم كنجوم الكتابة لا يصح الرهن به * وما هو لازم أو مصيره إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار جاز الرهن به * وما أصله على الجواز لكن قد يصير إلى اللزوم كالجعل في الجعالة فيه وجهان * والاصح المنع لان سبب وجوده لم يتم قبل العمل فكأنه غير ثابت) * الامر الثالث كونه لازما والديون الثابتة ضربان (أحدهما) مالا مصير له إلى اللزوم بحال كنجوم

[34]

الكتابة فلا يصح الرهن به لان الرهن للتوثيق والمكاتب بسبيل من اسقاط النجوم متى شاء فلا معنى لتوثيقها وعند أبي حنيفة يصح الرهن بها (والثاني) غيره وهو مال لازم في حال الرهن أو غيره (والاول) يصح الرهن به سواء كان موصوفا بحالة الجواز أو لم يكن وسواء كان مستقرا كالقرض وارش الجناية أو ثمن المبيع المقبوض أو غير مستقر كالثمن قبل قبض المبيع الاجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول (وأما) الثاني فينظر ان كان الاصل في وصفه اللزوم كالثمن في مدة الخيار صح الرهن به أيضا لقرب حاله من اللزوم وأيضا فان شرط الرهن في البيع جائز مع أن الثمن غير ثابت بعد فهنا أولى قال الامام وهذا يتفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع وأما إذا جعلناه مانعا فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا شك في أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم تمض مدة الخيار * وان كان الاصل في وصفه الجواز كالجعل في الجعالة فوجهان (أحدهما) يصح الرهن به لانتهاء الامر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار (وأصحهما) المنع لان الموجب للجعل هو العمل

[35]

وبه يتم الموجب فكأنه لا ثبوت له قبل العمل وموضع الوجهين ما بعد الشروع في العمل وقبل تمامه (أما) التقييد بما بعد الشروع فلانه لا ثبوت للجعل قبل الشروع بحال وكيف يتخيل ذلك وليس ثم مستحق معين (وأما) التقييد بما قبل التمام فلان الجعل بعده لازم ثم لبيان أو بينى الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل ويقول ان لم يجوز الرجوع فقد لزم الجعل من قبله فيصح الرهن به فان لم يصح الرهن به * والرهن بعوض المسابقة بينى على أنها إجارة أو جعالة (ان قلنا) بالاول فالرهن به كالرهن بالاجرة (اون قلنا) بالثاني فهو كالرهن بالجعل * (فرع) يجوز الرهن بالمنافع المستحقة بالاجارة ان وردت على الذمة وتباع عند الحاجة وتحصل المنفعة من ثمنه وان كانت اجارة عين لم يجز لغوات الشرط الاول * (فرع) لا يجوز رهن الغلال بالزكاة ولا العاقلة بالدية قبل تمام الخول لغوات الشرط الثاني ويجوز بعده واعلم أن التوثيق بالرهن والضمان شديد التقارب فما يجوز الرهن به يجوز ضمانه وبالعكس

الا أن ضمان العهدة جائز ولا يجوز الرهن بها هذا ظاهر المذهب والفرق ما مر ومنهم من سوى بينهما في العهدة أيضا ووفى بتمام التلازم أما في طرف الاثبات فعن القفال وجه أنه يجوز الرهن بها كالضمان (وأما) في طرف النفي فيأتي في باب الضمان * قال ولا يشترط في الدين أن لا يكون به رهن بل تجوز الزيادة في قدر المرهون بدين واحد * وفي الزيادة في الدين على مرهون واحد * قولان * واختيار المزني جوازه (ح) * ليس من شرط الدين أن لا يكون به رهن بل يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنا بعد رهن ثم هو كما لو رهنهما معا ولو كان الشئ مرهونا بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهونا بها أيضا فقولان (القديم) وبه قال مالك والمزني أنه جائز كما تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد (والجديد) وبه قال أبو حنيفة أنه لا يجوز كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن وان وفى بالدينين جميعا فان أراد توثيقهما فسحا وله؟ نأ؟ فارهنا بالعشرين ويفارق الزيادة في الرهن بدين واحد لان

الدين شغل الرهن ولا ينعكس فالزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة في الدين شغل * ونقل القاضي ابن كج وغيره أن له في الجديد قولاً آخر كالقديم وسواء كان كذلك أم لا فالاصح المنع * ولو جنى العبد المرهون فقده المرتهن باذن الراهن على أن يكون العبد مرهونا بالفداء والدين الاول نص في المختصر على جوازه وللاصحاب طريقان (أظهرهما) القطع بالجواز لانه من مصالح الرهن من حيث إنه يتضمن استيفاءه (والثاني) أنه على القولين وبناهما بانون على أن المشرف على الزوال إذا استدرك وصين عن الزوال يكون استدراكه كازالته وإعادته أو هو؟ حص استدامة وفيه خلاف (إن قلنا) بالاول فكأنهما فكا الرهن واستأنفا (وان قلنا) بالثاني ففيه القولان وعلى هذا الاصل خرجوا الخلاف فيما إذا كان على الشجرة ثمرة غير مؤبرة فباعها واستثنى الثمار لنفسه هل يحتاج إلى شرط القطع وقد سبق * ولو اعترف الراهن بان المرهون بعشرين ثم ادعى أنه رهن أو لا بعشرة ثم رهن بعشرة أخرى ونازعه المرتهن فان فرعنا على القديم فلا ثمرة لهذا الاختلاف (وان قلنا)

بالجديد فالقول المرتهن مع يمينه لان اعتراف الراهن يقوى جانبه ظاهرا * ولو قال المرتهن في جوابه فسحنا الرهن الاول واستأنفنا بالعشرين رهنا فالقول قول المرتهن لاعتضاد جانبه بأقرار صاحبه أو قول الراهن لان الاصل عدم الفسخ فيه وجهان ميل الصيد لاني إلى أولهما (ولاصح) عند صاحب التهذيب الثاني الثاني ورتب عليه فقال لو شهد شاهدان أنه رهن بالف ثم الفين فلا يحكم انه رهن بالفين ما لم يصرح بالشهود بان الثاني كان بعد فسح الاول * ولو رهنه بعشرة ثم استقرض عشرة أخرى ليكون رهنا بهما واشهد شاهدين أنه مرهون بالعشرين فان لم يعلم الشاهدان

كيفية الحال شهدا بما سمعا وحكم الحاكم بأنه مرهون بالعشرين نعم لو قال عند الاشهاد كان مرهونا بعشرة فجعلته رهنا بعشرين ونقل الشاهدان ما سمعاه فهل يحكم بكونه رهنا بالعشرين إذا كان الحاكم ممن يذهب إلى القول الجديد حكى الامام عن صاحب التقريب فيه وجهين * وان عرفا كيفية الحال نظر ان كانا يعتقدان جواز اللاحق فهل لهما أن يشهدا بأنه مرهون بالعشرين أو يشهدان بما عليه الامر في الباطن فيه وجهان وان

[39]

كانا يعتقدان امتناع اللاحق لم يشهدا الا بما جرى في الباطن وفيه شئ بعيد وهذا التفصيل فيما إذا كانا يشهدان على نفس الرهن وفيه صور الجمهور (أما) إذا كانا يشهدان على اقرار الراهن فالوجه تجويله مطلقا * قال (الركن الثالث الصيغة، ولا يخفى اشتراط الايجاب والقبول فيه * وكل شرط قرن به مما بوافق مقتضى مطلقة * أولا يتعلق به عرض أصلا فلا يقدح * وما يغير موجه كشرط المنع من معه في حقه فهو مفسد * وما لا يغير مطلقة ولكن يتعلق به عرض كقوله بشرط أن ينتفع به المرتهن فقولان في فساد الرهن) *

[40]

الايجاب والقبول معتبران في الرهن اعتبارهما في البيع والحلاف المذكور ثم في المعاطاة والاستيجاب والايجاب عائد برمته ههنا ثم اعلم أن الرهن ينقسم الي ما شرط في عقد كما لو باع أو أجر بشرط الرهن بالثمن أو الاجرة أو أسلم بشرط الرهن بالمسلم فيه أو سمح ؟ بشرط الرهن بالصداق والى ما لا يشترط ويسمي رهن التبرع والرهن المبتدأ في القسم الاول إذا قال بعنك داري بكذا على ان ترهنني به عبدك فقال اشتريت ورهنت فقد قدمنا خلافا في أنه يتم الرهن أم لا بد وان يقول

[41]

بعده ارتهنت فعلى الاول يقوم الشرط مقام القبول كما يقوم الاستيجاب مقامه ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب اشتراط الايجاب والقبول بالواو للخلاف المذكور في المعاطاة ولما حكيناه عن الجرجانيات أن التشارط يغنى عن الايجاب والقبول * ثم يتعلق بالصيغة مسائل يشتمل الفصل على واحدة منها وهي أن الشروط في الرهن على ضربين (أحدهما) ما هو من قضايا الرهن فلا يضر التعرض له لا في رهن البرع ولا في الرهن المشروط في العقد وانما هو تصريح بمقتضى الرهن وذلك كقوله على أن يباع في دينك

[42]

وقت الحاجة أو يتقدم به عند تزاحم الغرماء أولا أبيعته الا بأذك (والثاني) ما ليس من قضاياه وهو الذي يتعلق بمصلحة العقد كالأشهاد أو الذي لا يتعلق به غرض كقوله بشرط أن لا يأكل الا الهريسة والحكم فيها على ما سبق في البيع واما غيرهما فهو على نوعين (أحدهما) ما يقع المرتهن ويضر الراهن كما إذا رهن عبدا بشرط أن برهن منه غيره أو بشرط أن لا ينفك الرهن بعد أداء الدين شهرا أو يكون منافع المرهون أو زوائده مملوكة للمرتهن فالشرط فاسد ثم ان كان الرهن

[43]

رهن تبرع فقولان (اصحهما) انه فاسد ايضا لما فيه من تغيير قضية العقد (والثاني) وبه قال أبو حنيفة انه لا يفسد لان الرهن تبرع من الراهن وهذا الشرط فيه تبرع آخر واحد التبرعين لا يبطل ببطلان الثاني كما لو افترضه الصحاح بشرط رد المكرة يلغو الشرط ويصح لقرض * وان كان الرهن مشروطا في بيع نظران لم يحز الشرط جهالة الثمن كما إذا شرط في البيع رهنا عن انه يبقى محبوسا عنده بعد أداء الثمن شهرا ففي إفساد الرهن القولان في رهن البرع فان فسد نفى فساد البيع

[44]

القولان في أن الرهن وسائر العقود المسقلة إذا شرطت في البيع على نعت الفساد هل تفسد البيع وقد ذكرناهما في باب البياعات المنهى عنها (فان قلنا) بصحة البيع فللبائع الخيار صح الرهن أو فسد لانه ان صح لا يسلم له الشرط وان لم يصح فلا يسلم له أصل الرهن ولو حاز الشرط جهالة الثمن كما إذا شرط في البيع رهنا بشرط أن يكون منافعه وزوائده المرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحقاؤه جزأ من الثمن وهو مجهول وإذا بطل البيع بطل الرهن والشرط لا محالة هذا ما نقله الربيع

[45]

واتفق عليه الجماهير * ووراءه كلامان (أحدهما) نقل المزني في المسألة أن للبائع الخيار في فسخ البيع وإثباته وحسبت انه ذهب إلى تصحيح العقد إذا حذف منه الشرط الفاسد واعترض عليه بأنه خلاف أصله في ان الفاسد لا خيار فيه والاصحاب خطؤه في نته ؟ وحسابه (والثاني) أن القاضي ابن كج حكى طريقة أخرى في أن في فساد الرهن قولين وان فسد ففي فساد البيع قولان كما سبق وكلام ثالث

[46]

حسن استدركه أصحابنا العراقيون وهو أن الحكم بالبطلان فيما إذا أطلق وقال منك هذا العبد بألف لترهن به دارك وتكون منفعتها لى فأما إذا قيد وقال تكون منفعتها لى سنة أو شهرا فهذا جمع بين البيع والاجارة في صفقة واحدة وقد سبق حكمه (النوع الثاني) ما ينفع الراهن ويضر المرتهن كما لو قال رهنك بشرط أن لا يتبعه عند المحل أو لا يتبعه بعد المحل إلا إذا مضى شهر أو الا بما أرضى أو بأكثر

[47]

من ثمن المثل فهو فاسد مفسد للرهن وفي كتاب القاضى ابن كج ان ابن خيران قال يجئ في افساد الرهن القولان المذكوران في النوع الاول وهو غريب والفرق على المذهب أن ما ينفع المرتهن يزيد في الوثيقة ويؤكد ما وضع العقد له وما نصره يحل به فان كان الرهن مشروطا في بيع عاد لقول في فساد بفساد الرهن المشروط فان لم يفسد فللبائع الخيار *

[48]

قال (وإذا قال رهنك الاشجار بشرط أن تحدث الثمار مرهونة ففي صحة الشرط قولان * ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن لزوم الوفاء به فرهن فله (و) والرجوع عنه * كما لو ظن أن عليه ديناً فأداه ثم تبين خلافه) *

[49]

في الفصل مسألتان (الاولى) زوائد المرهون غير مرهونة عند اطلاق الرهن كما سيأتي لكن لو رهن الشجرة بشرط أن تحدث الثمرة مرهونة أو الشاة بشرط أن يحدث النتاج مرهونا فقولان (قال في القديم) والرهن اللطيف يصح الشرط ويتعدى الرهن إلى الزوائد لان الرهن عند الاطلاق

[50]

انما لا يسري إلى الزوائد لضعفه فإذا قوي بالشرط سري (وقال) في الام لا يصح وهو الاصح لانها معدومة مجهولة فلا يصح الرهن فيها ومنهم من قطع بهذا وأول الاول حكاه القاضى ابن كج رحمه الله * (التفريع) ان صحناه ففي اكتساب العبد إذا شرط كونه مرهونا وجهان للشيخ أبى

محمد والاطهر المنع لانها ليست من أجزاء الاصل (وان أفسدناه) ففي
صحة الرهن خلاف له مخرجان (أحدهما)

[51]

القولان في فساد الرهن لفساد الشرط الذي ينفع المرتهن (وثانيهما) أنه
جمع في هذا الرهن بين معلوم ومجهول فيجئ فيه الخلاف الذي في
تفريق الصفة فان كان الرهن بهذا الشرط مشروطا في بيع فان صحنا
الشرط أو أفسدناه وصحنا الرهن صح البيع وللبائع الخيار وإلا ففي البيع
القولان في ان إفساد الرهن المشروط في البيع هل يفسد البيع وإذا
اختصرت قلت في المسألة أربعة أقوال

[52]

صحة الشرط والرهن والبيع وصحة البيع دونهما وصحتها دون الشرط
وبطلان الكل * ولو رهن وشرط كون المانع مرهونة فالشرط باطل ولا
يجري فيها القولان المذكوران في الزوائد * (فرع) لو اقترض بشرط أن
يرهن به شيئا وتكون منافعه مملوكة للمقرض فالقرض فاسد لانه جر
منفعة وإذا بطل بطل الرهن وان شرط كون المنافع مرهونة أيضا
فالشرط فاسد والقرض صحيح لانه لايجر منفعة وفي صحة الرهن القولان
اه (المسألة الثانية) لو قال أقرضتك هذا الالف بشرط أن ترهن به وبالالف
الذي لى عليك كذا أو بذلك الالف وحده فالقرض فاسد على ما مر في بابه *
ولو قال المستقرض أقرضنى ألفا على أن أرهن به وبالالف القديم الذي
لك على كذا أو بذلك الالف كذا فقد نقل الامام فيه ترددا بناء على أن
القول من المستقرض غير معتبر والاصح اعتباره والتسوية بين أن يصدر
الشرط من المقرض ويقبله المستقرض وبين عكسه وكذا لو باع بشرط أن
يرهن بالثمن والدين القديم أو بذلك الدين رهنا فالبيع باطل كما تقدم * إذا
تذكرت ذلك فلو رهن المستقرض أو المشتري كما شرط لم يخل اما أن
يعلم فساد ما شرط أو يظن صحته فان علم الفساد فينظر ان رهن بالالف
القديم صح وان رهن

[53]

بهما لم يصح بالالف الذي فسد قرضه لانه لم يملكه وانما هو مضمون في
يده للمقرض والاعيان لا يرهن بها وفي صحته بالالف القديم قولا تفريق
الصفة فان صح لم يوزع بل كان الكل مرهونا بالالف القديم لان وضع
الرهن على توثيق كل بعض من ابعاض الدين بجميع المرهون ولو تلف
الالف الذي فسد القرض فيه في يده صار ديننا في ذمته وصح الرهن
بالالفين حينئذ (وأما) عند ظن الصحة فإذا رهن بالالف القديم فعن القاضى
انه لا يصح الرهن كما لو أدي الف على ظن أنه عليه فتبين خلافه له
الاسترداد ويتبين بطلان الاداء وعن الشيخ أبي محمد وغيره صحته بخلاف

صورة الاستشهاد لان أداء الدين يستدعى سبق ثبوته وصحة الرهن لا تستدعى سبق الشرط * ولو رهن بالالفين وقلنا ان الصفقة تفرق فصحته بالالف القديم على هذا الخلاف وكذا لو باع بشرط بيع آخر فأنشأ البيع الثاني ظلانا صحة الشرط وقد ذكرنا هذه الصورة في موضعها وهذه الصورة والخلاف فيها تشبه بما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حتى فكان ميتا على رأي يجعل ظنه مانعا صحة الاقدام لانه ربما لم يبع لو عرف حقيقة الحال (وقوله) في الكتاب ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد أراد به صورة خلاف الشيخ والقاضي

[54]

على ما بينه في الوسيط لكنه اقتصر ههنا على جواب القاضي والمعني شرط عليه رهن في بيع فاسد بدين قديم (وقوله) فظن لزوم الوفاء به ليس المراد اللزوم الذي يفيد الاجبار فان الرهن المشروط لا يجبر عليه بحال ولكن المراد صحة الشرط ولو ازمها (وقوله) فله الرجوع يشعر بالصحة وتفويض الامر فيه إلى خيرة الراهن وهذا الظاهر غير معمول به بل أحد القائلين يلغيه والثاني يجعل سبيله سبيل سائر رهون حتى يلزم ولا يتمكن الراهن من الرجوع عنه * قال (ولو قال رهنتك الارض ففي اندراج الاشجار تحته * وكذا في اندراج الاس تحت الجدار * وفي اندراج المغرس تحت الشجرة قولان * وكذا في الثمار غير المؤبرة وفي الجنين واللبن في الضرع خلاف * وكذا في الصوف المستجز على ظهر الحيوان * وفي الاغصان الخلاف * ووجه الاخراج من اللفظ ضعف الرهن عن الاستنباع * نظر الفصل في جملة من الالفاظ المطلقة في المرهون وتمس الحاجة إلى البحث عما يدخل فيها ويخرج وحاصله صور (احدها) في اندراج الابنية والاشجار التي في الارض تحت رهن الارض مطلقا الخلاف الذي ذكرناه في البيع (الثانية) في دخول المغرس تحت رهن الشجر خلاف مرتب على

[55]

الخلاف في البيع والرهن أولى بالمنع لضعفه وفي معناه دخول الاس تحت الجدار وتدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة بحال وفي غير المؤبرة قولان وقال في الوسيط وجهان (أحدهما) تدخل كما في البيع (وأصحهما) أنها لا تدخل لان الثمار الحادثة بعد استقرار العقد لا يثبت فيها حكم الرهن فالموجودة عند العقد أولى وبهذا يفارق البيع (ومنهم) من قطع بعدم الدخول ونفى الخلاف * وعن أبي حنيفة تدخل الثمار في الرهن بكل حال بناء على أن رهن الشجرة دون الثمرة لا يصح ويجوز أن يعلم قوله وكذا في الثمار غير المؤبرة - بالواو - للطريقة المذكورة بل يجوز اعلام قوله قولان - بالواو - أيضا لان منهم من نفى الخلاف في المسائل كلها اما في اندراج الاشجار تحت رهن الارض فقد سبق في المبيع وأما في الاس والمغرس فللطريقة المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف في البيع وقد صرح بنقلها المتولي ولا يدخل البياض بين الاشجار تحت رهن الاشجار ان كان بحيث يمكن افراده بالانتفاع وان لم ينتفع به الا بتبعية الاشجار فكذلك على أشهر الطريقتين * وعن صاحب التقرير والشيخ أبي محمد أنه على

[56]

غالبا كاغصان الخلاف وورق الآس والفرصاد فيها القولان المذكوران في
الثمار التي لم تؤثر (الثالثة) في اندراج الجنين تحت رهن الحيوان الحامل
خلاف نعود لشرحه بعد والغرض من ذكره ههنا التنبيه علي تقارب مأخذ
الخلاف فيه والخلاف في الثمار غير الموبرة وأحد الخلافين مرتب على
الآخر والجنين أولا بالاندراج لانه لا يقبل التصرف على الانفراد فبالجرى أن
يكون تبعا وفي اللبن في الضرع طريقان عن أبي الحسين القطع بأنه
لا يدخل والمشهور انه على الخلاف * ثم هو عند بعضهم في مرتبه الجنين
وعند آخرين في مرتبة الثمار لتيقن وجوده وسواء أثبت الخلاف أم لا
فالظاهر أنه لا يدخل في الرهن وهو الذي أورده في التهذيب * وفي
الصوف على ظهر الحيوان طريقان (أحدهما) القطع بدخوله الحاقا بالاجزاء
والاعضاء نقله في التتمة (وأظهرهما) انه على قولين (أحدهما) الدخول
كالاغصان والاوراق في الشجر (وأصحهما) المنع كما في الثمار لان العادة
فيه الجز ونقل بعضهم بدل القولين وجهين وزاد وجها ثالثا وهو الفرق بين
الصوف القصير الذي لا يعتاد جزه وبين المنتهى الي حد يجر والمستجز
بكسر الجيم - البالغ أو ان الجز (وقوله) ووجه الاخراج من اللفظ ضعف
الرهن عن الاستتباع أي في كل صوره فاق الرهن فيها البيع *

[57]

(فروع) لو قال رهنتك هذا الحق بما فيه أو هذه الخريطة بما فيها وما فيهما
معلوم مرني صح الرهن في الطرف والمطروف والا لم يصح الرهن في
المطروف وفي الحق والخريطة قولا تفريق الصفة وما نص عليه في
المختصر من الصحة في الحق وعدمها في الخريطة فسببه انه وضع
المسألة في حق له قيمة يقصد مثله بالرهن وفي خريطة ليست لها قيمة
تقصد بالرهن وحينئذ يكون المقصود ما فيها وان كان اللفظ مضافا اليهما
جميعا وما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه يبطل فيهما جميعا وفي وجه
يصح الرهن فيهما جميعا وان كانت قليلة القيمة اعتبارا باللفظ ولو عكست
التصوير في الحق والخريطة كان الحكم بالعكس مما نص عليه ولا فرق ولو
قال رهنتك الطرف دو ما فيه صح الرهن فيه مهما كانت له قيمة وان قلت
لانه إذا افردته فقد وجه الرهن نحوه وجعله المقصود وان رهن الطرف ولم
يتعرض لما فيه نفيًا أو اثباتًا فان كان بحيث يقصد بالرهن وحده فهو
المرهون لاغير وان كان لا يقصد منفردا لكنه متمول فالمرهون الطرف
وحده أو مع المطروف فيه وجهان حكاهما الامام (أصحهما) أولهما ويحى
على قياسه وجهان فيما إذا لم يكن متمولا ان لرهن ينزل على المطروف
أو يلغى *

قال (الركن العاقد فلا يصح الا ممن يصح منه البيع * وفيه زيادة شرط وهو كونه من أهل التبرع * ولذلك لا يصح لولى الطفل أن يرهن ماله الا لمصلحة ظاهرة * وهو أن يشتري بمائة ما يساوي مائتين ولا يساوي المرهون أكثر من مائة حتى لو تلف لم يكن فيه مالا يجبره المشتري * الا إذا كان في وقت يجوز فيه الايداع خوفا من التهب فيجوز الرهن * وكذا المكاتب (و) والمأذون (و) ويجوز للولى الارتهان عند عسر استيفاء الحق أو تأجيله مهما باع بنسيئة مع الغبطة * ويجوز ان يرهن ستاره لحاجة ظاهرة في القوت حتى لا يفتقر إلى بيعه) * جتبر في المتعاقدين التكليف كما في البيع لكن الرهن تبرع فان صدر من أهل التبرع في سالة فذاك والا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة والاحتياط إذ مقصود هذه التوطئة التدرج إلى الكلام في ثلاثة فصول (أولها) رهن الولي مال الصبي والمجنون والمحجور عليه بالسفاهة وارتهاهه لهم مشترط بالمصلحة والاحتياط فمن صور الرهن على وجه المصلحة أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ويهرن به ما يساوي مائة من ماله فيجوز لانه إذا لم يعرض تلف ففيه غبطة ظاهرة وان تلف المرهون

كان في المشتري ما يخبره ولو لم يساعد البائع إلا برهن ما يزيد على مائة أعرض عن هذه العاملة لان الرهن يمنع من التصرف وربما يتلف فيتضرر به الطفل نعم لو كان المرهون مالا يتلف في العادة كالعقار فعن الشيخ أبى محمد الميل إلى تجويزه قال الامام وهو منقاس لكنه خلاف ظاهر المذهب (ومنها) إذا كان الزمان زمان نهب أو وقع حريق وخاف الولي على ماله فله أن يشتري عقارا ويهرن بالثمن شيئا من ماله إذا لم يتهاأ أدأؤه في الحال ولم يبع صاحب العقار عقاره الا بشرط الرهن وذلك لان الايداع المجرد في مثل هذه الحالة جائز ممن لا يمتد النهب إلى يده فهذه أولى * ولو استقرض شيئا والحالة هذه ورهن به لم يجز قاله الصيدلانى لانه يخاف التلف على ما يستقرضه خوفا على ما يرهنه وأنت بسبيل من أن تقول إذا لم يجد من يأخذه وديعة ووجد من يأخذه رهنا وكان المرهون أكثر من قيمة من الفرض وجب أن يجوز له الرهن (ومنها) أن يستقرض الولي له لحاجته الي النفقة أو الكسوة أو توفية ما يلزمه أولا صلاح ضياعه وممرتها ارتقاء بالارتفاع علاقته أو لحلول مائه من الدين المؤجل أو النفاق ؟ متاعه الكاسد فان لم يرتقب شيئا من ذلك فيبيع ما تعذر رهنه أولى

من الاستقراض (وأما) الارتهان فمن صور المصلحة فيه أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي فيرتهن به إلى أن يتيسر الاستيفاء (ومنها) أن يكون دينه مؤجلا أما بأن ورثه كذلك أو باع الولي ماله نسيئة بالغبطة ولا يجوز الاكتفاء بيسار المشتري بل لا بد من الارتهان بالثمن وفي النهاية رمز إلى خلاف ذلك أخذا من جواز ابضاع ماله وإذا ارتهن جاز ان يرتهن

بجميع الثمن وفيه وجه انه لا بد وان يستوفى ما يساوي المبيع نقدا وانما يرتهن ويؤجل بالاضافة إلى الفاضل (ومنها) ان يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب ويرتهن به أو بالثمن قال الصيدلاني والاولي الا يرتهن إذا كان المرهون مما يخاف تلفه لانه قد يتلف ويرفع الامر إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن وحيث جاز للولى الرهن فالشرط ان يرتهن من أمين يجوز الايداع منه ولا فرق في جميع ذلك بين الاب والجد والوصى والحاكم وأمينه نعم حيث يجوز الرهن والارتهان فلاب والجد أن يعاملا نفسيهما ويتوليا الطرفين وليس لغيرهما ذلك وإذا

[61]

وإذا تولى الاب الطرفين فكيفية القبض سنذكرها في رهن الوديعه من المودع (والفصل الثاني) رهن المكاتب وارتھانه جائز ان بشرط النظر والمصلحة كما ذكرنا في حق الطفل (ومنهم) من قال لا يجوز الرهن استقلالاً وبإذن السيد قولان بناء على أن الرهن تبرع وتفصيل صور الارتھان كما في الفصل الاول وفيه وجه آخر أنه لا يجوز له الاستقلال بالبيع نسيئة بحال وبإذن السيد يخرج على الخلاف في تبرعاته (الفصل الثالث) في المأذون فان دفع إليه السيد مالا ليتجر فيه فهو كالمكاتب إلا من وجهين (أحدهما) أن رهنه أولى بالمنع من جهة أن الرهن ليس من عقود التجارات وشبهه الامام باجارة الرقاب وفي نفوذها منه خلاف سبق في موضعه (والثاني) أن له البيع نسيئة بادن السيد بلا خلاف * وان قال له انجر بجاهك ولم يدفع إليه مالا فله البيع والشراء في الذمة حالا ومؤجلا وكذا الرهن والارتھان إذ لا ضرر فيه على السيد فان فضل في يده مال كان كما لو دفع إليه مالا (وقوله) في الكتاب إلا لمصلحة ظاهرة يجوز اعلامه بالواو لان القاضى ابن كج حكى وجها أنه لا يجوز رهن مال الطفل بحال من الاحوال (وقوله) الا إذا كان في وقت يجوز فيه الايداع هذا الاستثناء في نظم الكتاب يرجع

[62]

إلى اشتراط مساواة قيمة المرهون للدين فانه يجوز أن يكون في زمان النهب أكثر من الدين بل هو عذر يجوز الرهن على ما نلخص (وقوله) وكذا المكاتب والمأذون معلمان بالواو * (الباب الثاني في القبض والطوارئ قبله) قال (والقبض ركن في الرهن لا يلزم (م) الا به * وكيفيته في المنقول والعقار ما ذكرنا في البيع * ولا يصح إلا من مكلف * ويجوز للموتهن أن ينيب غيره إلا عبد الراهن وومتولده لان يدهما يد الراهن * ويستنيب مكاتب الراهن * وفي عبده المأذون خلاف) * كلام الباب يقع في قسمين (أحدهما) بيان اعتبار القبض وانه بم يحصل وممن يصح (أما) الاعتبار الاول فان القبض ركن في لزوم الرهن فلو رهن ولم يقبض كان له ذلك نعم لو كان مشروطا في بيع فللبائع الخيار وقال مالك يلزم الرهن بنفسه وعن أحمد مثله الا في المكيلات والموزونات * لنا أنه

[63]

عقد إرفاق يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالقرض (وأما) انه بم يحصل فسبيله في العقار المنقول ما تقرر في البيع ويعود الخلاف المذكور في أن التولية هل تكفي في المنقول ام لا بد من النقل وعن القاضى القطع بأنه لا تكفى التولية في الرهن لان القبض مستحق في البيع وههنا بخلافه ويتعلق بهذا الاصل فروع مذكورة في الفصل الذي بعد هذا الفصل (وأما) انه ممن يصح فهو الذي يصح منه العقد وتجرئ النيابة في القبض جربانها في العقد لكن لا يجوز للراهن اناة المرتهن لان الواحد لا يتولى طرفي القبض كما بينا في البيع وكما لا ينيب عبيه ولا مدبره ولا أم ولده لان يدهم يده ولا بأس بانابة مكاتبه لاستقلاله باليد والتصرف وفي عبيد المأذون وجهان (أحدهما) الجواز لانفراده باليد والتصرف (وأصحهما) المنع فانه عبيد القن وهو متمكن من الحجر عليه وهذا كله قد أشرنا إليه في البيع وعن الشيخ أبى على حكاية وجه ثالث

[64]

وهو أن المأذون إن لم تركبه الديون لم يجز انايته وان ركبته جاز لانقطاع سلطنة السيد عما في يده ومشايبته المكاتب * قال (ولو رهن من المودع نص أنه يفترق إلى إذن جديد * وفي الهبة من المودع نص انه يلزم * فقيل قولان بالنقل والتخريج * وقيل بالفرق لضعف الرهن * ثم لا بد (و) من مضي زمان يمكن المسير فيه إلى المبيت الذي فيه الرهن حتي يلزم * ونص الشافعي رضى الله عنه أنه لا يكون بيضا ما لم يصل إلى بيته * وقيل ان ذلك انما يشترط عند التردد في بقائه ليتيقن وجوده * والاصح (و) أنه لو باع من المودع دخل في ضمانه بمجرد البيع) *

[65]

في الفصل مسألتان (احدهما) لو أودع مالا عند انسان ثم رهنه منه فظاهر نصه انه لا بد من اذن جديد في القبض ولو وهبه منه فظاهر نصه انه يحصل القبض من غير إذن جديد وللأصحاب فيهما طريقان مشهوران وثالث غريب (أظهر) المشهورين أن فيهما قولين (أحدهما) أنه لا حاجة في واحد من العقدين إلى الاذن في القبض بل انشاؤهما مع الذي في يده المال يتضمن الاذن في القبض (وأصحهما) انه لا بد منه وبه قال أبو إسحق لان اليد الثابتة كانت غير جهة لرهن ولم يجر تمرض للقبض بحكم الرهن (والثاني) تقرير النصين والفرق أن الهبة عقد تملك ومقصوده الانتفاع والانتفاع

[66]

لا يتم الا بالقبض والرهن ثوبيق ؟ وانه حاصل دون القبض ولهذا لو شرط في الرهن كونه في يد ثالث جاز ولو شرط مثله في الهبة فسد وكانت الهبة ممن المال في يده رضى بالقبض (والثالث) الغريب حكاه القاضي ابن كج عن ابن خيران القطع باعتبار الاذن الجديد فيهما ومحاولة تأويل نصه في الهبة وسواء شرط اذن جديد في القبض أو لم يشترط فلا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتأنى فيه القبض لكن إذا شرط الاذن فهذا الزمان يعتبر من وقت الاذن فان لم يشترطه فهو معتبر من وقت العقد وقال حرملة لا حاجة إلى مضي هذا الزمان ويلزم العقد بنفسه والمذهب الاول لانا نجعل دوام

[67]

اليد كابتداء القبض فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض فعلى هذا لو كان المرهون منقولاً غائباً اعتبر مضي زمان يمكن المصير إليه ونقله وهل يشترط مع ذلك نفس المصير إليه ومشاهدته فيه وجهان (أحدهما) نعم ليتعين حصوله وثبوته وهذا ظاهر النص (وأصحهما) لا ويكتفي بأن الاصل بقاؤه واختلغوا في محل النص منهم من جعله احتياطاً ومنهم من حمله على ما إذا كان المرهون مما يتردد في بقائه في يده بأن كان حيواناً غير مأمون الانقلاب (أما) إذا نفيه فلا حاجة إليه ومن قال بهذا جعله وجهاً ثالثاً فارقاً فان شرطنا الحضور والمشاهدة فهل يشترط النقل أيضاً فيه وجهان (أحدهما) نعم

[68]

لان قبض المنقول به يحصل (والثاني) وهو أصحهما وقطع به طوائف من الاصحاب انه لا يشترط لان النقل انما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج ههنا وإذا شرطنا وراء مضي المدة شيئاً اما الحضور وحده أو مع النقل فهل يجوز أن يوكل فيه حكي الامام فيه وجهين (أصحهما) الجواز كما في ابتداء القبض ووجه المنع أن ابتداء القبض وهو النقل وجد من المودع فليصدر بثمنه منه * (فرعان) الاول لو ذهب إلى موضع المرهون فوجده قد خرج من يده نظر ان اذن له في القبض بعد العقد فله اخذه حيث وجده وان لم يأذن له لم يأخذه حتى يقبضه الراهن سواء شرطنا الاذن الجديد أو لم نشترطه هكذا قاله أبو الفضل بن عبيدان وكأنه صور فيما إذا علم بخروجه من يده قبل العقد (أما) إذا خرج بعده ولم نشترطه لاذن الجديد فقد جعلنا الرهن ممن في يده إذنا في القبض فليكن بمثابة مالو استأنف ادنا (الثاني) إذا رهن الاب مال الطفل من نفسه أو ماله من الطفل

[69]

ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض وجهان كالوجهين في اشتراط لفظي الايجاب والقبول وقد ذكرناهما في البيع * ان شرطناه فهو كما لو

رهن الودیعة من المودع فیعود الاختلاف المذكور وقصد الآن قبضا واقباضا نازل منزلة الاذن الجدید هناك (المسألة الثانية) إذا باع المالك الودیعة أو العاربة ممن فی یده فهل یعتبر زمان امكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان فیہ وجهان (أصحهما) نعم ثم القول فی اشتراط المشاهدة واشتراط النقل كما فی الرهن والهبة (والثانی) لا لان البیع یفید الملك فلا معنی مع اجتماع الملك والید لاعتبار شیء آخر وهل یحتاج الی الاذن فی القبض تقریبا علی الوجه الاول نظر ان كان الثمن حالا ولم یوفه لم یحصل القبض إلا إذا اذن البائع فیہ فان وفاه أو كان مؤجلا فعن الشیخ أبی علی رواية طریق انه كالرهن

[70]

(والمشهور أنه لا یحتاج إلیه والفرق أن البیع یوجب القبض) فدوام الید یقع عن القبض المستحق ولا استحقاق فی الرهن * ونعود إلی ما یتعلق بلفظ الكتاب (قوله) قولان بالنقل والتخیر المشهور عند مثبتی القولین فی العقیدین انهما حاصلان عن ضرب أحد النصین بالآخر علی ما هو سبیل النقل والتخیر وروی ابن عیدان أنه نص فی الهبة علی قولین فعلى هذا التصرف مخصوص بالرهن (وقوله) لضعف الرهن أراد به ما ذكرنا من تقاعده عن افادة الملك (وقوله) ثم لا ید من مضی زمان معلم - بالواو - لوجه حرمله (وقوله) یمكن المسیر ولم یسر یتنظم فیهما السین والصاد ولفظ الشافعی رضی الله عنه فی المختصر الصاد (وقوله) والاصح أنه لو باع من المودع إلی آخره یمكن حمله علی الخلاف المذكور فی أن مضی الزمان هل یعتبر لكن الاقرب أنه أراد الخلاف المذكور فی أن الاذن الجدید هل یعتبر لان ابراده فی الوسیط مشعر به وأیضا فانه لو حمل علی الاول لكان اختیاره علی خلاف اختیار المعظم لما ذكرنا

[71]

أنهم اعتبروا الزمان وعلی هذا فقوله مجرد البیع لم یرد به التجرد المطلق وإنما أراد البیع المجرد عن الاذن الجدید والله تعالی اعلم * قال (ولو رهن من الغاصب لم یبرأ (م ح ز) من ضمان الغصب * كما لو تعدي فی المرهون یجتمع الضمان والرهن * ولو أودع من الغاصب یبرأ * وفى براءته بالاجارة وتوكيله بالبیع وجهان وكذلك فی براءة المستعیر * وكذا لو صرح بابراء الغاصب مع بقائه فی یده) * إذا رهن المالك ماله من الغاصب أو المستعیر أو المستأجر أو الوکیل صح الرهن والقول فی افتقار لزومه إلی مضی زمان یتأتى فیہ القبض والی اذن جدید فی القبض علی ما ذكرنا فی رهن الودیعة من المودع ومنهم من قطع فی الغصب بافتقاره إلی اذن جدید لان یده غیر صادرة عن اذن المالك أصلا

[72]

ثم الرهن من الغاصب لا يبرئه عن ضمان الغصب وان تم ولزم خلافا لابي حنيفة وهو اختيار المزني واحتج الاصحاب بأن الدوام أقوى من الابتداء ودوام الرهن لا يمنع ابتداء الضمان فان المرتهن إذا تعدي في المرهون يصير ضامنا ويبقى الرهن بحاله فلان لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان كان أولى * إذا تقرر ذلك فلو أن المرتهن أراد البراءة عن الضمان فليرده إلى الراهن ثم له الاسترداد بحكم الرهن ولو امتنع الراهن من قبضه فله أن يجبره عليه قال الامام وفي كلام الشيخ أبي على ما يدل على أن للراهن أن يجبره على رده ثم يرده هو عليه ولكن القياس وبه قال القاضي انه ليس له ذلك إذ لا عرض له في تبرئة ذمة المرتهن * ولو أودع الغاصب المال المغصوب فوجهان (أحدهما) أنه لا يبرأ من الضمان كما في الرهن منه (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يبرأ لان مقصود الايداع الائتمان

[73]

والضمان والامانة لا يجتمعان ولهذا لو تعدى المودع في الوديعة ارتفعت الوديعة وبخالف الرهن لان الغرض منه التوثيق الا أن الامانة من مقتضاه وهو مع الضمان قد يجتمعان على ما بينا * ولو أحر العين المغصوبة منه فوجهان مرتبان على الايداع والاجارة أولى أن لا تفيد البراءة وهو الظاهر لانه ليس الغرض منها الائتمان بخلاف الوديعة * ولو وكله ببيع العبد المغصوب أو اعتاقه فوجهان مرتبان على الاجارة وأولى بعدم افادة البراءة لان في عقد الاجارة تسليطا على القبض والامساك والتوكيل بخلاف ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب وجهان في مسألتي الاجارة والتوكيل - بالواو - للطريقة القاطعة بالمنع المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف واليهما أشار الاكثرون وفي معني الاجارة والتوكيل ما إذا قارضه على المال المغصوب أو كانت جارية فزوجها منه * ولو صرح ببراء الغاصب عن ضمان الغصب والمال باق في يده ففي براءته وصيرورة يده يد أمانة وجهان مبنيان على القولين في الالبراء

[74]

عما لم يجب ووجد سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف (والظاهر) عدم حصول البراءة * وربما استشهد من قال بعدم البراءة في الصورة السابقة بهذه الصورة فقال انشاء عقود الامانات ليس بأكد من التصريح بالالبراء فإذا لم تحصل البراءة به فتلك العقود أولى (وأما قوله) وكذا في براءة المستعير فصورته ما إذا رهن المعير العارية من المستعير ولزم الرهن كما سبق ففي البراءة عن ضمان العارية وجهان عن حكاية صاحب التقريب (أصحهما) أنه لا يبرأ كما لا يبرأ عن ضمان الغصب (والثاني) يبرأ لان ضمان العارية اخف أمرا من ضمان الغصب لان اليد فيها مستندة إلى رضي المالك * ورهن المقبوض على سبيل السوام والشراء الفاسد من المستام والمشتري كرهن العارية من المستعير * قال (أما الطوارئ قبل القبض * فكل ما يزيل الملك فهو رجوع * والتزويج ليس برجوع * واجارته جوع (ان قلنا) إنها تمنع من البيع * والتدبير رجوع على النص * وعلى التخريج لا) *

[75]

القسم الثاني من الباب القول في الطوارئ التي يتأثر العقد بطورها قبل القبض وهي ثلاثة أنواع (الاول) ما ينشئه الراهن من التصرفات وكل ما يزيل الملك كالبيع والاعتاق والاصداق وجعله أجرة في اجارة فإذا وجد قبل القبض فهو رجوع عن الرهن وفي معناه الرهن والهبة من غيره مع القبض وكتابة العبد ووطئ الجارية من الاحبال والوطئ من غير احبال ليس برجوع وكذا التزويج إذ لاتعلق له بمورد الرهن بل رهن المزوجة ابتداء جائز (وأما) الاجارة ان قلنا ان رهن المكري وبيعه جائز فهو كالتزويج وإلا فهي رجوع وحكى الامام وجها آخر أنها ليست برجوع بحال كما لو دبر العبد المرهون والنص أنه رجوع وخرج الربيع قولاً أنه ليس برجوع ولهذا مأخذان (احدهما) البناء على النص والتخريج في رهن المدبر (والثاني) توجيه التخريج باسكان الرجوع عن التدبير ووجه النص وهو الاظهر بمنافاة مقصود التدبير لمقصود الرهن واشعاره بالرجوع ولا يخفى عليك بعد معرفة هذه الصور ان (قوله) في الكتاب وما لا يزيل كالتزويج ليس بوجوع غير معلول به على اطلاقه (وان قوله) وجارته رجوع يجوز اعلامه - بالواو - والله تعالى أعلم *

[76]

قال (والنص أنه يفسخ بموت الراهن ولا يفسخ بموت المرتهن * فقيل قولان بالنقل والتخريج لتردد الرهن بين البيع الجائز والوكالة * وقيل بالفرق لان ركن الرهن من جانب الراهن المعين وهو متعلق حق الورثة والغرماء * وركنه من جانب المرتهن دينه وهو باق بحاله بعد وفاته والظاهر أنه لا يفسخ بجنون العاقدين * وبالحر عليهما بالتبذير) * (والنوع الثاني) ما يعرض للمتعاقدين من الحالات وفيه ثلاث صور (إحداها) نص في المختصر أن الرهن لا يبطل بموت المرتهن قبل القبض ونقل نص أنه يبطل بموت الراهن وفيهما طرق (أظهرهما) أن في موتهما قولين نقلاً وتخريجا (أحدهما) أنه يبطل بموت كل واحد منهما لانه عقد جائز والعقود الجائزة ترتفع بموت العاقدين كالوكالة (وأصحهما) أنه لا يبطل لان مصيره إلى اللزوم فلا يتأثر بموتها كالبيع في زمان الخيار (والثاني) تقرير النصين وبه قال أبو إسحق وفرقوا بأن المرهون بعد موت الراهن ملك الورثة ومتعلق حق الغرماء ان كان له غريم آخر وفي استيفاء الرهن اضرار بهم وفي صورة موت المرتهن يبقى الدين كما كان وانما ينتقل الاستحقاق فيه الي الورثة وهم محتاجون إلى الوثيقة حاجة مورثهم (والثالث) القطع بعدم البطلان سواء مات الراهن أو المرتهن وبه قال القاضى

[77]

أبو حامد * ومن قال بهذا أول ما نقل في موت الراهن * وإذا أبقينا الرهن قام ورثة الراهن مقامه في الاقباض وورثة المرتهن مقامه في القبض

ووراء هذا في المسألة شيان (أحدهما) اختلف المثبتون للقولين في موضعهما فقال ابن أبي هريرة موضع القولين رهن التبرع (وأما) الرهن المشروط في البيع فإنه لا يبطل بالموت قطعان لتأكده بالشرط واقتراؤه بالبيع اللازم فلا يبعد أن يكتسب منه صفة اللزوم وقال أبو الطيب بن سلمة القولان جاريان في النوعين وهو المشهور وسواء قلنا بالبطلان أو قلنا إنه لا يبطل ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط فيثبت الخيار في البيع (والثاني) لك أن تستخرج الخلاف في طرف موت الراهن من أصل سيأتي وهو أن التركة التي تعلق بها ديونه حكمها حكم المرهون أم لا (إن قلنا) نعم فقد أخذ جميع التركة حكم المرهون ولغا العقد السابق (وإن قلنا) لا يبقى الرهن لظهور فائدته ويجوز أن يعكس فيقال إن قلنا يأخذ حكم المرهون بقي الرهن لتأكده بما عرض وإن قلنا لا لغا العقد السابق كيلا يتضرر الورثة * (الصورة الثانية) لوجن أحد المتعاقدين

[78]

أو أغمى عليه قبل القبض ترتب ذلك على الموت (إن قلنا) لا يؤثر الموت فالجنون أولي (وإن قلنا) يؤثر ففي الجنون وجهان (فإذا قلنا) لا يبطل الرهن فإن جن المرتهن قبض الرهن من ينصبه القاضى فيما في ماله فإن لم يقبضه الراهن وكان الرهن مشروطا في بيع فعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة * وإن جن الراهن فإن كان الرهن مشروطا في بيع وخاف القيم فسخ؟ المرتهن لو لم يسلمه والحظ في الامضاء سلمه وإن لم يخف أو كان الحظ في الفسخ لم يسلمه وكذا لو كان الرهن رهن تبرع هكذا اطلقوه وهو محمول على ما إذا لم تكن ضرورة ولا غبطة لانهما يجوزان رهن مال المجنون ابتداء فالاستدامة أولي (الثالثة) لو طرأ الحجر على أحدهما لسفه أو فلس فهو لو كما طرأ الجنون لكن الخلاف فيه بالترتيب لان السفه لا يوجب سقوط العبارة رأسا والجنون بوجه * قال (وفى انفساخه بانقلاب العصير خمرا * وبابق العبد وجنابته وجهان أيضا * ولا يجوز اقباضه وهو خمر فلو انقلب خمرا بعد القبض خرج عن كونه مرهونا * فإذا عاد خلا عاد مرهونا (و) *

[79]

(النوع الثالث) ما يعرض في المرهون وفيه صور (إحداهما) أنه لورهن عصيرا وأقبضه فانقلب في يد المرتهن خمرا فلا نقول بانها مرهونة وللأصحاب عبارتان قالت شردمة يتوقف أن عاد خلا بان أن الرهن لم يبطل والابان انه يبطل وقال الجمهور يبطل الرهن لخروجه عن كونه الا ولا خيار للمرتهن إن كان الرهن مشروطا في بيع لحدوثه في يده ثم إذا عاد خلا يعود الرهن كما يعود الملك وحكى القاضى ابن كج عن أبى الطيب بن سلمة أنه يجئ فيه قول آخر أنه لا يعود الرهن إلا بعقد جديد وادعى أنه مذهب أبى حنيفة وكان هذا النقل لم يبلغ القاضى الحسين فقال على سبيل الاحتمال يجوز أن يجعل هذا على قياس عود الخبث ويخرج فيه مثل ذلك الخلاف (والمذهب الاول) وهو عود الرهن وتبين بذلك أنهم لم يريدوا؟ يبطلان الرهن اضمحلال أثره بالكلية وإنما أرادوا ارتفاع حكمه مادامت الخمرية * ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن فدبغ جلدتها فوجهان

(أحدهما) وبه قال ابن خيران واختاره القاضى الرويانى أنه يعود الرهن كما لو انقلبت الخمر خلا (وأظهرهما) عند

[80]

الأكثريين لا يعود لان ماليته مجلوبة بالصنعة والمعالجة وليس العائد ذلك المالك * ولو انقلب العصير المرهون خمرا قبل القبض ففى بطلان الرهن البطلان الكلى وجهان (أحدهما) نعم لاختلال المحل في حال ضعف الرهن وجوازه (والثانى) لا كما لو تخمر بعد القبض وقبضه ايرا - الاثمة ترجيح هذا الوجه لانهم قرنوا هذا الخلاف من الخلاف في صورة عروض الجنون أو بنوه عليه فقالوا ان ألحقنا الرهن بالوكالة بطل بعروض الجنون وانقلابه خمرا قبل القبض وان ألحقناه بالبيع الجائر لم يبطل وقد مر أن الثانى أظهر قال في التهذيب وعلى الوجهين لو كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للمرتهن الخيار لان الخل انقص من العصير ولا يصح الاقباض في حال الشدة ولو فعل وعاد خلا فعلى الوجه الثانى لا بد من استئناف قبض وعلى الاول لا بد من استئناف عقد * ثم القبض فيه على ما ذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمرا قبل القبض *

[81]

(فرع) إذا انقلب المبيع خمرا قبل القبض فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلا على ما ذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمرا بعد القبض (الصورة الثانية) إذا جنى العبد المرهون قبل القبض وتعلق الارش برفقته وقلنا رهن الجاني ابتداء فاسد فعن الشيخ أبى على أن فى بطلان الرهن وجهين الحاقا للجناية بتخمير العصير والجامع عروض الحالة المانعة من ابتداء الرهن قبل استحكام العقد وهذه الصورة أولى بانه لا يبطل الرهن فيها لدوام الملك في الجاني بخلاف الخمر (الثالثة) إذا أبى العبد المرهون قبل القبض قال الامام يلزم على مساق ما سبق تخريج وجهين فيه لانتهاؤ المرهون إلى حالة يمنع ابتداء الرهن فيها (وقوله) في الكتاب وجنابته وجهان يجوز أعلامه بالواو لان الخلاف في صورة الجناية يتفرع على منع رهن الجاني (أما) إذا جوزناه لا يأتي هذا الخلاف بحال (وقوله) عاد مرهونا معلم بالواو لما قدمناه * قال (والتخليل بالقاء الملح فيه (ح) حرام لحديث أبى طلحة * وبالامساك غير محرم * وكذا بالنقل من ظل إلى شمس على (الاصح) *

[82]

أشار في المختصر إلى منع التخليل في هذا الموضوع وتأسى به أكثر الاصحاب فذكروا مسائله ههنا وأول ما ينبغى أن يعرف أن الخمر قسمان خمر محترمة وهى التى اتخذ عصيرها لتصير خلا وانما كانت محترمة لان اتخاذ الخل جائر بالاجماع ولن ينقلب العصير إلى الحموضة الا بتوسط

الشدة فلو لم تحترم واريقت في تلك الحالة لتعذر ايجاد الخل وخمرة غير محترمة وهى التي اتخذ عصيرها لغرض الخمرية وفى كل واحد من القسمين ثلاث مسائل (احداها) تخليل الخمر بطرح العصير أو الخل أو الخبز الحار أو غيرها فيها حرام والخل الحاصل نجس وبه قال أحمد خلافا لابي حنيفة وعن مالك روايتان (احدهما) كمذهبننا (والاخرى) انه يكره ولكن لو فعل جاز * لنا ما روى عن أنس رضى الله عنه

[83]

قال (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتخذ الخمر خلا قال لا) (1) وروى أن أبا طلحة رضى الله عنه (سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندي خمور لايتام فقال ارقها فقال فأخللها قال لا) (2) وإذا حرم التخليل كان الخل الحاصل نجسا لان الفعل الحرام لا يستباح به الغير المحظور كاصطياد المحرم وأيضا فان المطروح في الخمر ينجس بملاقاتها وتستمر نجاسته إذ لا مزيل لها ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهرا بخلاف آخر الدن ولا فرق في هذه المسألة بين المحترمة وغيرها وحكى الامام عن بعض الاصحاب جواز تخليل المحترمة لانها غير مستحقة للاراقة والمذهب الاول وفى حديث أبى طلحة رضى الله عنه

(1) (حديث) أنس سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتخذ الخمر خلا قال لا مسلم من حديثه * (2) (حديث) أن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندي خمور لا يتام فقال أرقها قال لا أخللها قال لا: أحمد وأبو داود والترمذي من حديث أنس وقد روى من حديث أنس عن أبى طلحة وأصله في مسلم (تنبيه) روى البيهقى من حديث جابر مرفوعا ما أفقر أهل بيت من آدم فيه خل وخير خلکم خل خمرکم وفى سننه المغيرة بن زياد وهو صاحب مناكير وقد وثق والراوى عنه حسن بن قتيبة ؟ قال الدار قطني متروك وزعم الصغاني أنه موضوع وتعقبته عليه وقال ابن الجوزى في التحقيق لا أصل له قال البيهقى أهل الحجاز يسمون خل العنب خل الخمر *

[84]

كانت تلك الخمور محترمة لانها كانت مباحة متخذة قبل ورود التحريم وهل يفرق بين الطرح بالقصد وبين أن يتفق بغير قصد كطرح ريح فيه اختلاف للاصحاب مبني على أن المعنى تحريم التخليل أو نجاسة المطروح فيه والا ظهر أن لا فرق هذا إذا كان الطرح في حال التخمر أما إذا طرح في العصير بصلا أو ملحا واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد فوجهان (أحدهما) انه إذا تخلل كان طاهرا لان ما لاقاه إنما لاقاه قبل التخمر فطهر بطهارته كأجزاء الدن (والثانى) لا لان المطروح فيه ينجس عند التخمر وتستمر نجاسته بخلاف أجزاء الدن للضرورة قال في التهذيب وهذا أصح ولو طرح العصير على الخل وكان العصير غالبا ينغمر الخل فيه عند الاشتداد فهل يطهر إذا انقلب خلا فيه هذان الوجهان ولو كان الغالب الخل وكان يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس (المسألة)

[85]

الثانية) امسك الخمر المحترمه إلى أن تصير خلا جائز والتي لا تحترم تجب اراقنتها لكن لو لم يرقها حتى تخلت فهي طاهرة أيضا لان النجاسة والتحريم انما ثبتا للشدة وقد زالت هذا ما به الفتوى وحكى الامام رضى الله عنه عن بعض الخلافيين انه لا يجوز امسك الخمرة المحترمة بل يعرض عن العصير إلى أن يصير خلا فان أتفقت منا اطلاعه وهو خمر ارقناه وذكر الحناطي وجها انه لو أمسك التي لا تحترم حتى تخلت لم تحل ولم تطهر لان امساکها حرام فلا يستفاد به نعمة ومتى عادت الطهارة بالتخلل فتطهر اجزاء الطرف أيضا للضرورة وفي البيان أن الداركي قال ان كان الطرف بحيث لا يتشرب شيئا من الخمر كالقوارير طهر وان كان مما يتشرب لم يطهر ولنذهب الاول وكما يطهر ما يلقى الخل بعد التخليل

[86]

يطهر ما فوقه الذي أصابته الخمر في حالة الغليان ذكره القاضى الحسين وأبو الربيع الايلافى (الثالثة) لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالا للحموضة فوجهان (أحدهما) لا تطهر كما لو طرح فيها شيئا وبهذا قال أبو سهل الصعلوكى (وأصحهما) أنه يطهر لزوال الشدة من غير نجاسة تخلفها وهذا في غير المحترمة وفي المحترمة ؟ أولى بالجواز * واعلم أنه ليس في لفظ الكتاب تعرض لانقسام الخمر إلى محترمة وغيرها (وقوله) التخليل بالقاء الملح فيه حرام يمكن اجراؤه فيه على اطلاقه على ما بيناه لان الامسك حرام في غير المحترمة والاراقه واجبة والكلام في انه لو اتفق الامسك وتخلت هل تطهر هذا هو المشهور والذي في طريق الصيدلانى من تجوز الامسك على قصد أن لا يصير

[87]

خلا وعدم وجوب الاراقه فهو مما يستغرب فإذا هو مخصوص بالمحترمة لكنه غير مستحسن من جهة النظم لانه علي خلاف ما قبله وما بعده وليس في اللفظ ما يدل عليه * (فرع) عن الشيخ أبى علي ذكر تردد في بيع الخمرة المحترمة بناء على التردد في طهارتها وقد حكيناه في باب النجاسات والعناقيد إذا استحالت أجواف حباتها خمرا فعن القاضى وغيره ذكر وجهين في جواز بيعها اعتمادا على طهارة طاهرها في الحال وتوقع فائدتها في المال وطردوهما في البيضة المستحيل باطنها دما والمذهب المنع *

[88]

* (الباب الثالث في حكم المرهون بعد القبض) * > قال (وهو وثيقة لدين المرتهن في عين الرهن تمنع الراهن من كل ما يقدر فيه والنظر في أطراف ثلاثة (الاول) جانب الراهن * وهو ممنوع عن كل تصرف قولى يزيل الملك كالبيع والهبة * أو يزاحم حقه كالرهن من غيره * أو ينقص كالتزويج * أو يقلل الرغبة كالأجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين) * صدر الباب يشير إلى مقدمة مرشده إلى ضبط الاطراف التي يتضمنها والى جهة اقتضاء الدين لها وهى أن الرهن وثيقة لدين المرتهن في غير الرهن أو بدله وإنما تحصل الوثيقة بالحجر عن الراهن وقطع سلطنة كانت له ليتحرك للاداء وتجدد سلطة المرتهن لم يكن ليتوسل بها إلى الاستيفاء ثم هذه الوثيقة ليست دائمة بل لها غاية ينتهى عندها وكلام الباب فيما ينقطع من سلطنة الراهن وفيما يحدث من سلطنة المرتهن وفى غاية الرهن فهى ثلاثة أطراف والذي يشتمل عليه الفصل من الطرف الاول ان الراهن يمنع من كل تصرف يزيل الملك وتنقل لمال الغير كالبيع والهبة ونحوهما لانا لو صححناها لغات الوثيقة ومنع مما يزاحم المرتهن في مقصود الرهن وهو الرهن من غيره ومن كل تصرف ينقص المرهون وتعلل ؟ الرغبة فيه كالتزويج فان الرغبة في الجارية الخلية فوق الرغبة في المزوجة وعند أبى

[89]

حنيفة يجوز التزويج (واما) الاجارة فينظر فان كان الدين حالا أو كان مؤجلا لكنه يحل قبل انقضاء مدة الاجارة فعن بعض الاصحاب فيما رواه ابن القطان بناء صحة الاجارة على القولين في جواز بيع المستأجر ان جوزناه صحت الاجارة والا فالمشهور بطلانها قطعا (أما) إذا لم يجوز بيع المستأجر فظاهر (وأما) إذا جوزناه فلان الاجارة تبقى وان صح البيع وذلك مما يقلل الرغبة ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور منهم وقال فى التثمة يبطل فى الاجل وفى الزائد على الاجل قولا تفريق الصفقة * وان كان الاجل يحل مع انقضاء مدة الاجارة أو بعدها صحت الاجارة ثم لو أتفق حلول الدين قبل انقضائها بموت الراهن فوجهان (أحدهما) أن تنفسخ الاجارة رعاية لحق المرتهن فانه أسبق ويضارب المستأجر

[90]

بالاجرة المدفوعة مع الغرماء (والثانى) وهو اختيار أبى الحسين أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الاجارة كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفى المعتدة حق السكنى جمعا بين الحقين وعلى هذا يضارب المرتهن بدينه مع الغرماء فى الحال * ثم إذا انقضت المدة وبيع المرهون قضى باقى دينه فان فضل شئ فهو للغرماء * هذا كله فيما إذا أجر المرهون من غير المرتهن (أما) إذا أجره منه فيجوز ولا يبطل به الرهن وكذا لو كان مكري منه ثم رهنه منه يجوز فلو كانت الاجارة قبل تسليم الرهن ثم سلمه عنهما جميعا جاز ولو سلم عن الرهن وقع عنهما جميعا لان القبض فى الاجارة مستحق كذا قاله فى التهذيب ولو سلمه عن الاجارة لم يحصل قبض الرهن وعند أبى حنيفة الرهن والاجارة لا يجتمعان والمتأخر منهما يرفع المتقدم ويبطله * لنا أن الاعارة من المرتهن لا تبطل

الرهن فكذا الاجارة (وقوله) في الكتاب كل تصرف قولى أفهم بالقول ان ما يمنع منه الرهن من التصرفات بعضها قولى وبعضها ليس بقولى فانه قدم التصرفات القولية ثم تعرض لغيرها كالوطئ ويجوز اعلام قوله كالاجارة

[91]

التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين بالواو للطريقة التي قدمناها وفي هذه اللفظة شئ فان الاجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين تارة تنقضي مدتها بعد حلول الدين وتارة معه والثانية صحيحة فكان الاولى ان يقول كالاجارة التي لا تنقضي مدتها بعد حلول الدين واعلم ان ما قدمناه من منع الراهن من البيع ونحوه من التصرفات والحكم بابطالها هو المذهب الجديد وعلى القديم الذي يجوز وقف العقود تكون هذه التصرفات موقوفة على الانفكاك وعدمه ومال الامام الى شئ آخر وهو بخريجها ؟ على الخلاف في بيع المفلس ماله وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى * قال (وفي الاعناق ح) ثلاثة أقوال يفرق في الثالث بين الموسر والمعسر * فان نفذنا غرمانه وان لم ينفذ فالاقيس ان لا يعود العتق ان اتفق فكاك الرهن * وحكم التعليق مع الصفة في دوام الرهن حكم الانشاء * فان وجدت الصفة بعد فكاك الرهن نفذ على الاصح *

[92]

الفصل يتضمن مسألتين (مسألة) في اعتناق الراهن العبد المرهون منجزا (ومسألة) في تعليق اعتناقه (أما) الاولى فالمنقول عن القديم ومختصر المزني الجزم بأنه لا ينفذ ان كان الراهن معسرا وقولان ان كان موسرا وعن الجديد الجزم بنفوذه ان كان موسرا وان كان معسرا فقولان فإذا ضرب البعض ببعض خرجت ثلاثة أقوال (أحدها) انه لا ينفذ بحال لان الرهن عقد لازم حجر به الراهن على نفسه فلا يتمكن من ابطاله مع بقاء الدين (والثاني) ينفذ لانه اعتناق صادف الملك فأشبهه اعتناق المستاجر والزوجة وبه قال أبو حنيفة وأحمد الا أن أبا حنيفة يقول يستبقى العبد في قيمته ان كان الراهن معسرا (والثالث) وهو الاصح وبه قال مالك انه ان كان موسرا نفذوا لا فلا تشبيها لسريان العتق إلى حق المرتهن بسرياته من نصيب أحد الشريكين إلى الآخر والمعني فيه ان حق الوثيقة لا يتعطل ولا يتأخر إذا كان موسرا *

[93]

(التفريع) ان قلنا لا ينفذ فالرهن بحاله فلو انفك بابراء أو غيره فقولان أو وجهان (أظهرهما) انه لا يحكم بنفوذه أيضا لانه لا يملك اعتناقه فأشبهه ما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال الحجر (والثاني) يحكم بنفوذه لان المانع من النفوذ في الحال حق المرتهن وقد زال وقطع قاطعون بالثاني

والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبدا ثم انفك الحجر عنه ولم يتفق بيع ذلك العبد هل يعتق وان بيع في الدين ثم ملكه يوما لم يحكم بالعتق ومنهم من طرد فيه الخلاف المذكور في الصورة الاولى وعن مالك أنه يحكم بنفوذ العتق في الصورتين وان قلنا ينفذ العتق مطلقا فعلى الراهن قيمته باعتبار يوم الاعناق ثم ان كان موسرا أخذت منه في الحال وجعلت رهنا مكانه وان كان معسرا انظر إلى اليسار فإذا أيسر أخذت منه وجعلت رهنا ان لم يحل الحق بعد وان حل

[94]

طولب به ولا معنى للرهن هكذا قاله أصحابنا العراقيون ولك أن تقول كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال وقد يكون بالمؤجل فكذلك قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهنا وان حل الحق إلى أن يتيسر استيفاؤه وبتقدير صحة التفصيل الذي ذكره وجب أن يجرى مثله في القيمة التي تؤخذ من الموسر ثم قال الامام ومهما بدل القيمة على قصد المغرم صارت رهنا ولا حاجة إلى عقد مستأنف والاعيان مقصد المؤدى ومتى كان المعتق موسرا أو التفريع على القول الثاني أو الثالث ففي وقت نفوذ العتق طريقان (أحدهما) وهو الذي أورده القاضى ابن كج أنه على الاقوال في وقت نفوذ العتق في نصيب الشريك إذا أعتق الشريك نصيبه ففي قول يتعجل وفي قول يتأخر إلى أن يغرم القيمة وفي قول يتوقف فإذا غرم أنفدنا العتق يقينا (وأظهرهما) القطع بنفوده في الحال والفرق أن العتق ثم يسرى إلى ملك الغير ولا بد من تقدير انتقاله إلى المعتق فجاز أن يقول انما ينتقل إذا استقر ملك الشريك ويده على العوض واعتاق الراهن يصادف ملكه * (وأما المسألة الثانية) فينظر ان علق عتق المرهون بفكاك الرهن نفذ عند الفكاك لان مجرد التعليق لا يضر بالمرتهن وحين ينزل

[95]

العتق لا يبقى له حق وان علق بصفة أخرى فان وجدت قبل فكاك الرهن ففيه الاقوال المذكورة في التنجيز وان وجدت بعده فوجهان (أصحهما) النفوذ لانه لا يبطل حق المرتهن (والثانى) لا ينفذ أيضا لا للتعليق مطلقا كالتنجيز في قول والوجهان شبهتان بالخلاف فيما إذا قال العبد لزوجه ان فعلت كذا فأنت طالق ثلاثا ثم عتق ثم فعلته هل تقع الطلقة الثالثة لكن ذلك الخلاف جار وان علق بالعتق فقال ان عتقت فأنت طالق ثلاثا فلا خلاف في تعليق العتق بالفكاك أنه ينفذ عند الفكاك قال الامام والفارق أن الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد ومحل العتق مملوك للراهن وانما منع لحق المرتهن ولعلك لاتنقاد لهذا الفرق وتقول العتق غير مملوك للراهن كما أن الطلقة الثالثة غير مملوكة للعبد ومحل الطلاق مملوك للعبد كما أن محل العتق مملوك للراهن فلا فرق والله أعلم * (فرعان) أحدهما لو رهن نصف عبده ثم أعتق نصفه نظر ان أضاف العتق إلى النصف المرهون ففيه الخلاف وان أضافه إلى النصف الآخر أو أطلق عتق ما ليس بمرهون وهل يسرى إلى

المرهون ان جوزنا اعتاق المرهون فنعم والا فوجهان (أصحهما) انه يسرى أيضا لان أقصى مافى الباب تنزيل المرهون منزلة ملك الغير والعتق يسرى إلى ملك الغير وعلى هذا هل يفرق بين الموسر والمعسر قال في النهاية قال المحققون نعم وفى التتمة انه يسرى سواء كان له مال آخر أو لم يكن لانه ملكه (الثاني) في وقف المرهون طريقان (أحدهما) أنه كالعتق لما فيه من الغرر والتعليق الذى لا يقبل النقص (وأظهرهما) القطع بالمنع ويفارق العتق لقوة العتق بالسراية وغيرها وقال المتولى (ان قلنا) الوقف لا يحتاج إلى القبول فهو كالعتق (وإن قلنا) يحتاج إليه فيعتق بالمنع وهذه طريقة ثالثة والله أعلم * قال (ويمنع من الوطئ خيفة الاحبال المنقص * والاحوط (و) حسم الباب وان كانت صغيرة (و) أو آيسة (و) * فان فعل فالولد نسيب * والاستيلاد مرتب (و) على العتق وأولى بالنفوذ لانه فعل * وقيل بنقيضه لان العتق منجز * ثم إذا انفك فالاصح عود الاستيلاد) * عرفت من قبل أن المذهب الصحيح جواز رهن الجوارى على الاطلاق وعلى هذا فلو كانت الجارية المرهونة بكرا فليس للراهن وطؤها بحال لان الافتضاص ينقص قيمتها وان كانت ثيبا

فكذلك في سن تحبل لانهار ربما حبلت فتفوت الوثيقة أو تتعرض للهلاك في الطلق ولنقصان الولادة فليس له أن يقول أطأ وأعزل لان الماء قد يسبق وان كانت في سن لا تحبل لصغر أو إياس فوجهان (قال) أبو إسحق له أن يطأها كسائر الانتفاعات التى لا تضر بالمرتهن وهذا اختيار القاضى ابن كج وقال ابن أبى هريرة والاكثرون يمنع من وطئها احتياطا لجسم الباب إذ العلوق ليس له وقت معلوم وهذا كما أن العدة تجب على الصغيرة والآيسة وان كان القصد الاصلى استبراء الرحم ويجرى الوجهان فيما إذا كانت حاملا من الزنا لانه لا يخاف من وطئها الحبل نعم غشيان مثل هذه المرأة مكروه على الاطلاق فلو خالف ما ذكرناه ووطئ فلا حد ولا مهر ولكن عليه ارش البكارة إذا افتض أما أنه لا حد ولا مهر فلانه أصاب ملكه وبخالف ماله ووطئ المكاتبه حيث يغرم المهر لها لان المكاتبه قد استنقلت

واضطرب الملك فيها اوزال ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها ولو وطئ المرهونة أجنبي كان المهر للسيد وأما وجوب ارش البكارة فلان لافتضاص إتلاف جزء ثم ان شاء جعله رهنا وان شاء صرفه إلى أداء الدين وإذا أولدها فالولد نسيب حرولا قيمة عليه لان المرتهن لاحق له في ولد المرهونة بحال وهل تصير أم ولد له فيها الاقوال المذكورة في الاعتاق ثم منهم من جعل الخلاف بالترتيب واختلغوا في كيفية فقال أبو إسحق والاكثرون الاستيلاد أولى بالنفوذ لانه فعل والافعال أقوى وأشد نفوذا ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ إعتاقهما وينفذ استيلاد المريض من رأس المال واعتقاه من الثلث وقال آخرون الاستيلاد أولى بعدم النفوذ

لانه لا يفيد حقيقة العتق وانما يثبت به حق العتق وحق العتق دون حقيقة العتق المنجزة فكان العتق أولى بالنفوذ ومنهم من امتنع من الترتيب وسوى بينهما التعارض المعنيين وبه قال الشيخ أبو حامد

[99]

ويخرج من هذه الاختلافات ثلاثة طرق كما أفصح بها صاحب التتمة (أظهرها) طرد الخلاف (والثاني) القسط بنفوذ الاستيلاء (والثالث) القسط بعدمه * (التفريع) ان قلنا ينفذ الاستيلاء فعليه القيمة والحكم على ما مر في العتق وان قلنا لا ينفذ فالرهن بحاله فلو حل الحق وهى حامل بعد لم يجز بيعها لانها حامل بحر وفيه وجه آخر وقد ذكرنا ذلك في البيع فإذا ولدت فلا تباع حتى تسقى ولدها اللبأ وإذا سقته ولم توجد مرضعة فلا تباع حتى توجد مرضعة خوفا من أن يسافر بها المشتري لو بيعت فيهلك الولد وإذا وجدت مرضعة فتباع الجارية ولا يبالي

[100]

بالتفريق بين الام والولد للضرورة فان الولد حر وبيعه ممتنع * ثم ان كان الدين يستغرق قيمتها بيع ؟ كلها والا بيع منها بقدر الدين وان أفضى التشقيص إلى نقصان رعاية لحق الاستيلاء وبخالف ما إذا اتفق مثل ذلك في العبد القن بأن كانت قيمته مائة وهو مرهون بخمسين وكان لا يشتري نصفه إلا بأربعين ويشتري الكل بمائة حيث يباع الكل دفعا للضرر عن المالك وان لم يوجد من يشتري البعض بيع الكل للضرورة * وإذا بيع منها بقدر الدين انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاء وتكون النفقة على المشتري والمستولد بحسب النصيبين والكسب بينهما كذلك ومهما عادت إلى ملكه بعد

[101]

ما بيعت في الدين فهل يحكم بنفوذ الاستيلاء فيه طريقان (أظهرهما) أنه على قولين كما لو استولد جارية الغير بالشبهة ثم ملكها اختار المزني أنه لا يحكم به (والمذهب) المنصوص انه يحكم وفي مثل هذه الصورة في الاعتناق ذكرنا أن الاظهر عدم نفوذ العتق والفرق ان الاعتناق قول يقتضى العتق في الحال فإذا رد لغا بالكلية والاستيلاء فعل لا يمكن رده وانما منع حكمه في الحال لحق الغرماء فإذا زال حق الغير عمل عمله (والطريق الثاني) القسط بنفوذ الاستيلاء لوقوعه في الملك بخلاف استيلاء جارية الغير بالشبهة * ولو انفك الرهن عنها ولم يتفق بيعها بعد الاستيلاء ومنهم من خرجه على الخلاف المذكور فيما إذا بيعت ثم عادت إليه وعلى الخلاف المذكور في نظيره من الاعتناق (والمذهب) الاول ويفارق ماذا بيعت وعادت لان الملك ههنا هو الملك الذي تصرف فيه ويفارق الاعتناق لما سبق

[102]

وليس للراهن أن يهب هذه الحاربة للمرتهن وانما تباع في الحق للضرورة وهذا معنى قول الائمة ان الاستيلاء ثابت في حق الراهن والخلاف في أنه هل يثبت في حق المرتهن والله أعلم * (وقوله) في الكتاب مرتب على العتق يجوز اعلامه بالواو للطريقة الثانية للترتيب وكذا قوله والاصح عود الاستيلاء للطريقة النافية للخلاف وليس لفظ العود ههنا مستعملا في حقيقته فانه يستدعى ثبوتاً في الابتداء وزوالاً وليس الاستيلاء كذلك * قال (ولو ماتت بالطلاق فعليه القيمة لانه مهلك بالاحبال * وكذا إذا وطئ أمة الغير بشبهة ولا يضمن الزوج زوجته به * وكذلك الزانى بالحره لان الاستيلاء كأنه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية علي الرحم والحره لا تدخل تحت اليد والا فمجرد السبب ضعيف * ولذلك قيل على رأى يجب أقصى القيم من يوم الاحبال إلى الموت * وقيل يعتبر يوم الاحبال * وقيل يوم (ح) الموت

[103]

ولا يمنع من الانتفاع (ح) بسكنى الدار * أو استكساب العبد * أو استخدامه * أو انزاع الفحل على الاناث ان لم ينقص قيمته) * إذا ماتت الجارية التي أولدها الراهن بالولادة والتفريع على أن الاستيلاء غير نافذ فعليه قيمتها لتكون رهنا مكانها لانه تسبب إلى إهلاكها بالاحبال لاعن استحقاق والضمان كما يجب بالمباشرات يجب بالاسباب كحفر البئر ونحوه وعن أبى على الطبري وغيره وجه أنه لا تجب عليه القيمة لان إضافة الهلاك إلى الوطئ بعيدة واحالته على علل وعوارض تقتضي شدة الطلق أقرب وأظهر والمذهب المشهور الاول * ولو أولد أمة الغير بالشبهة وماتت بالولادة ففي وجوب القيمة هذا الخلاف ولو كانت حرة ففي وجوب الدية وجهان (قال) الامام أقيسهما الوجوب لان طريق وجوب الضمان لا يختلف بالرق والحرية (وأشهرهما) المنع

[104]

لان الوطئ سبب ضعيف وانما أوجبنا الضمان في الامة لان الوطئ استيلاء عليها والعلوق من آثاره فادمنا به اليد والاستيلاء كما إذا نغر المحرم صيدا فبقى نغاره إلى التغير والهلاك والحره لا تدخل تحت اليد والاستيلاء ولو أولد امرأة بالزنا وهي مكرهه فماتت بالولادة فقد روي الشيخ أبو حامد في وجوب الضمان قولين حرة كانت أو أمة (أحدهما) يجب لما سبق (وأصحهما) المنع لان الولادة في الزنا لاتنضاف إلى وطئه لان الشرع قطع سبب الولد عنه ولا خلاف في عدم وجوب الضمان عند موت الزوجة من الولادة لتولد الهلاك عن مستحق وحيث أوجبنا الضمان في الحره فهو الدية مضروبة على العاقلة وحيث أوجبنا القيمة فالاعتبار بأية قيمة فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) باقصى القيم من يوم الاحبال إلى الموت تنزيلا له منزلة الاستيلاء
والغصب (وثانيها) وبه قال ابن

[105]

أبى هريرة بقيمة يوم الموت لان التلف حينئذ متحقق (وأصحهما) بقيمة
يوم الاحبال لانه سبب التلف فصار كما لو جرح عبدا قيمته مائة وبقي
مثخنا حتى مات وقيمه عشرة فان الواجب مائة ويقال ان ابن أبى هريرة
ألزم هذه المسألة فمنعها وطرد قياسه ولا يخفى بعده * ولو لم تمت
الجارية ونقصت قيمتها بالولادة فعليه الارش ليكون رهنا معها وله ان
يصرف القيمة أو الارش إلى قضاء الحق ولا يرهن * قال (ولا يمنع من
الانتفاع (ح) بسكنى الدار أو استكساب العبد أو استخدامه أو انزاء الفحل
علي الاناث ان لم ينقص قيمته) * افتتح الكلام في نوع آخر من تصرفات
الراهن وهو ما سوى الوطئ من الانتفاعات وجملته ان المنافع التي لا يضر
استيفؤها بالمرتهن لا تعطل من المرهون بل هي مستوفاة للراهن خلافا
لابي حنيفة حيث قال هي معطلة وروى في الشامل عن مالك مثل مذهبنا
وعن أحمد

[106]

اختلاف رواية * لنا ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال (الظهر يركب إذا
كان مرهونا وعلى الذى يركبه نفقته) (1) وروى أنه قال (الراهن محلوب
ومركوب) (2) وفى الفصل صور (احداها) يجوز السكنى في الدار وركوب
الدابة واستكساب العبد ولبس الثوب المرهونة إلا إذا كان مما ينقص
باللبس (الثانية) الفحل المرهون يجوز انزأؤه على الاناث كالركوب إلا إذا
أثر ذلك في القيمة والانثى يجوز الانزاء عليها كذلك ان كان يحل الدين قبل
ظهور الحمل أو تلد قبل حلول الدين فأن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل
الولادة فان قلنا الحمل لا يعرف جاز أيضا لانها تباع مع الحمل وان قنا
بفارق وهو الصحيح لم يجز لانه لا يمكن بيعها دون الحمل والحمد غير
مرهون (الثالثة) لبس للراهن أن يبني في الارض المرهونة ولا أن يغررس
لانه ينقص قيمة الارض

(1) (حديث) الظهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذى يركبه نفقته البخاري ن م حديث
الشعبي ؟ عن أبى هريرة به وأنتم منه ولفظه الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبس
الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة ورواه ابو داود بلفظ
يحب مكان يشرب * (2) (حديث) الرهن مركوب ومحلوب الدار قطني والحاكم من طريق
الاعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة واعل بالوقف وقال ابن أبى حاتم قال أبى رفاع
مرة ثم ترك الرفع بعد رج الدار قطني ثم البيهقي رواية الشافعي عن سفيان عن
الاعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة *

وفي النهاية ذكر وجه أنه يجوز ان كان الدين مؤجلا وزرع ما ينقص قيمة الارض لاستيفاء قوتها ممنوع وما لا ينقص ان كان بحيث يحصد قبل حلول الاجل فلا منع منه ثم ان تأخر الادراك لعارض ترك إلى الادرك وان كان بحيث يحصد بعد الحلول أو كان الدين حالا منع منه لنقصان الرغبة في الارض المزروعة وعن الربيع حكاية قول أنه لا يمنع منه لكن يجبر على القلع عند الحلول إن لم يف بيعها مزروعة دون الزرع بالدين وفي هذا إتفات إلى أن الارض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا ولو خالف ما ذكرناه فغرس أو زرع حيث منعناه منه فلا يقلع قبل حلول الاجل فلعله يقضى الدين من موضع آخر وفيه وجه أنه يقلعه وبعد حلول الدين ومساس الحاجة إلى البيع يقلع ان كانت قيمة الارض لاتقى بدينه وتزداد قيمتها بالقلع نعم لو صار الراهن محجوزا عليه بالافلاس ففي القلع وجهان بخلاف مالو نبت النخل من النوى في حميل السيل حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة لانا منعناه ههنا فخالف كذا قاله الامام *

قال (ويمنع عن المسافرة به لعظم الحيلولة كما يمنع زوج الامة عن السفر بها * بخلاف الحر فانه يسافر بزوجه * وان أمكن استكساب العبد في يده لم ينتزع من يده جمعا بين الحقين * ومهما انتزع فعليه الاشهاد * إلا أن يكون عدالته ظاهرة ففي تكليفه ذلك خلاف) * أصل الفصل أن اليد على المرهون مستحقة المرتهن فانها الركن الاعظم وفي التوثق مما لا منفعة به مع بقاء عينه كالنقود والحبوب لا تزال يد المرتهن عنه وإن أمكن تحصيل الغرض مع بقاءه في يد المرتهن يصار إليه جمعا بين الحقين وإنما تزال يده عند اشتداد الحاجة إليه * إذا عرفت ذلك فان كان العبد محترفا وتيسر استكسابه هناك ولم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب وان أراد استخدام أو الركوب أو شيئا من الانتفاعات التي يحوج استيفؤها إلى إخراج من يده فعن رواية صاحب التقريب قول قديم أنه لا يخرج من يده ولانوهن وثيقته والمشهور أنه يخرج ثم ينظر إن استوفى تلك المنافع بأعارة من عدل أو إجارة بالشرط الذي سبق فله ذلك وان أراد استيفائها بنفسه قال في الام له ذلك ومنع منه في القديم فحمل حاملون الاول على الثقة المأمون جوده والثاني على غيره فأجراهما مجرون قولين مطلقين ووجهوا الثاني بما يخاف من جوده وخيانتة لو سلم

إليه والاول بان ماله استيفؤه بغيره له استيفؤه بنفسه وبشبه أن يكون هذا اظهر وينفرع عليه ما نقله امام الحرمين وصاحب الكتاب وهو أنه ان وثق المرتهن بالتسليم فذاك والا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع فان كان مشهور العدالة موثوقا به عند الناس فوجهان (اشبههما) أنه يكتفى بظهور حاله ولا يكلف الاشهاد في كل اخذه لما فيه من المشقة ويزداد في أخذ الجارية للاستخدام نظر آخر وهو أن الراهن انما يمكن منه

إذا أمن غشيانه اياها بأن كانت محر ماله أو كان ثقة وله اهل كما تقدم نظيره ثم ان كان اخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدام استيفاؤها فذاك فان كان لمنفعة تستوفى في بعض الاوقات كالاستخدام والركوب فتستوفى نهارا وترد إلى المرتهن ليلا * وليس للراهن أن يسافر بالمرهون بحال طال سفره أم قصر لما فيه من الخطر والحيلولة القوية من غير ضرورة ولمثل هذا منع زوج الامة من المسافرة بها وانما جاز لسيدها أن يسافر بها لحقه المتعلق بالرقبة ولئلا يتكاسل في تزويجها ويجوز للحر أن يسافر بزوجه رعاية لمصالح النكاح التي لها فيها

[110]

الحظ * الوافر واعلم أن لفظ الكتاب ههنا وفي الوسيط يدل على أنه لا ينزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وان طلب الراهن منه الخدمة ولم يتعرض الاكثرون لذلك وقضية كلامهم أن له أن يستخدم مع إمكان الاستكساب والله تعالى أعلم * (فرع لا تزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن للانتفاع لان ملك المشتري غير مستقر قبل القبض وملك الراهن مستقر وهل يستكسب في يده للمشتري أم تعطل منافعه فيه اختلاف للاصحاب * قال (وكل ما منع منه فإذا أذن المرتهن جاز لان الحق لا يعدوهما * ثم إذا أذنه في العتق سقط الغرم عنه * وفي البيع قبل حلول الاجل يمنع (ح) تعلقه بالثمن * وله الرجوع قبل البيع وكذا إذا أذن في الهبة ووهب ولم يقبض فله الرجوع * ولو شرط في الاذن في البيع جعل المثن رهنا لم يجز ذلك في الاصح لانه نقل للوثيقة * ولو شرط أن يجعل حقه من الثمن فسد الاذن (و) لانه أذن بعوض فاسد * بخلاف ماله شرط لو كيله أجره من ثمن ما يبيعه إذ ليس العوض ههنا في مقابلة الاذن) *

[111]

الفصل يشتمل على قاعدتين (إحداهما) التصرفات التي يمنع منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت باذن المرتهن نفذت فإذا أذن له في الوطئ حل له الوطئ ثم إن وطئ ولم يحبل فالرهن بحاله وان أحبل أو أعتق أو باع بالاذن نفذت هذه التصرفات وبطل الرهن * ويجوز أن يرجع المرتهن عن الاذن قبل تصرف الراهن كما يجوز للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل فإذا رجع فالتصرف بعده كما لو لم يكن إذن ولو أذن في الهبة والاقباض ورجع قبل الاقباض صح وامتنع الاقباض لان تمام الهبة بالاقباض ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار فرجع المرتهن فوجهان (أحدهما) يصح رجوعه لان العقد لم يلزم بعد كالهبة قبل الاقباض (وأصحهما) المنع لان مبنى البيع على اللزوم والخيار دخيل وانما يظهر اثره في حق من له الخيار وفي الهبة الركن الاقوى انما هو الاقباض * ولو

[112]

رجع المرتهن ولم يعلم به الراهن فتصرف ففي نفوذه وجهان مبنيان على أن الوكيل هل ينزل بالعزل قبل بلوغ الخبر (الاصح) الانعزال * ومهما أحبل أو أعتق أو باع وقال فعلته بالأذن وأنكر المرتهن فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم الاذن وبقاء الرهن فان حلف فهو كما لو تصرف بغير اذنه وان نكل فحلف الراهن فهو كما لو تصرف باذنه فان نكل فهل يرد اليمين على الجارية أو العبد فيه طريقان (إحدهما) وبه قال ابن القطان فيه قولان كما لو نكل الوارث عن يمين الرد هل يحلف الغرماء (وأشبههما) وبه قال أبو إسحق وأبو حامد القطع بالرد لأن الغرماء يثبتون الحق للميت

[113]

أولا والجارية والعبد يثبتان لانفسهما ولو وقع هذا الاختلاف بين المرتهن وورثة الراهن حلفوا يمين الرد على البت وهل يثبت اذن المرتهن برجل وامرأتين حكى القاضي ابن كج فيه وجهين والقياس المنع كالوكالة والوصاية ولو حصل عند الجارية المرهونة ولد فقال الراهن قد وطئتها باذنك فأنت بهذا الولد منى وهي أم ولد وقال المرتهن بل هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بعد أن يسلم له المرتهن أربعة أمور (أحدها) الاذن في الوطئ (والثاني) أنه وطئ (والثالث) أنها ولدت (والرابع) أنه مضى مدة امكان الولد منه فان لم يسلم الاذن فقد ذكرنا أن القول قوله وان لم يسلم أنه وطئ وسلم الاذن فوجهان (الذي) ذكره المعظم أن القول قوله أيضا لأن الاصل عدم الوطئ وبقاء الرهن (وقال) القاضي

[114]

ابن كج والامام الاصح أن القول قول الراهن لأنه أخبر عما ما يقدر على انشائه وان سلمهما وقال ما ولدته ولكن التقطته فالقول قوله وعلى الراهن البينة على الولادة أيضا ولو سلم الولادة وانكر مضى الامكان فالقول قوله أيضا ومهما سلم الامور الاربعة فالقول قول الراهن من غير يمين لأنه إذا أقر بأن الولد منه لم يقبل رجوعه فكيف يحلف عليه ولو لم يتعرض المرتهن لهذه الامور منعاً وتسليماً واقتصر على انكار الاستيلاء فالقول قوله أيضا وعلى الراهن اثبات هذه الوسائط (الثانية) إذا أعتق أو وهب باذن المرتهن بطل حقه من الرهن سواء كان الدين حالا أو مؤجلاً وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه ولو باع ما يلزمه والدين مؤجل فكذلك خلافا لابي حنيفة حيث قال يلزمه أن يرهن ثمنه مكانه أو يقضى الدين * لنا القياس على الاعتاق والهبة ولو كان الدين حالا قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع في عرضه لمجئ وقته ولو أنه في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه فقولان سواء كان الدين حالا أو مؤجلاً (أحدهما) يصح الاذن والبيع وعلى الراهن الوفاء بالشرط وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعاً كما لو أئلف المرهون فجاز أن ينتقل إليه شرطاً (وأصحهما) عند المحاملي وصاحب الكتاب أنها فاسدة (أما) الشرط فلان الثمن مجهول عند الاذن فأشبهه ما إذا أذن بشرط أن يرهن به مالا آخر مجهولاً وإذا بطل الشرط بطل

الاذن فإنه وقف الاذن على حصول الوثيقة في البذل وإذا بطل الاذن بطل البيع ولو أذن في الاعتاق وشرط جعل القيمة رهنا أو في الوطن بهذا الشرط ان أحيل ففيه القولان ولو أذن في البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه وهو مؤجل فالمنصوص فساد الاذن والبيع لفساد الشرط * وقال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد يصح الاذن والبيع ويجعل الثمن رهنا مكانه وعن أبي اسحق تخريج قول من المسألة السابقة واحتج المزني بأن فساد الشرط لا يوجب فساد الاذن والبيع ألا ترى أنه لو وكل وكيلًا ببيع عبده على أن له عشر ثمنه يصح الاذن والبيع مع أن الشرط فاسد لكون الاجرة مجهولة ويرجع الوكيل إلى اجرة المثل وأجاب الاصحاب بأن الموكل لم يجعل لنفسه في مقابلة الاذن شيئًا وإنما شرط للوكيل جعلًا مجهولًا فاقترن الفساد عليه وههنا المرتهن شرط لنفسه شيئًا في مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق فإذا فسد فسد ما يقابله ولهذا المعنى قدح قادحون في تخريج أبي اسحق وقالوا الشرط صحيح في المسألة الاولى على قول فصح الاذن المقابل له وههنا المرتهن شرط لنفسه شيئًا في مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق فالشرط فاسد بالاتفاق فلا يمكن تصحيح ما يقابله ولو اختلفا فقال المرتهن أذنت في البيع بشرط أن ترهن الثمن وقال الراهن بل أذنت مطلقًا فالقول قول المرتهن كما لو اختلفا في أصل الاذن * ثم ان كان الاختلاف قبل البيع فليس له البيع وان كان بعده وحلف المرتهن

فان صححنا الاذن فعلى الراهن رهن الثمن والا فان صدق المشتري المرتهن فالبيع مردود وهو مرهون كما كان وان كذبه نظر ان أنكر أصل الرهن حلف وعلى الراهن أن يرهن قيمته وان أقر بكونه مرهونًا وادعى مثل ما ادعاه الراهن فعليه رد المبيع ويمين المرتهن حجة عليه أيضا قال الشيخ أبو حامد ولو أقام المرتهن بينة على أنه كان مرهونًا فهو كما لو أقر المشتري به والله أعلم (وقوله) في الكتاب لانه نقل للوثيقة ليس تعليلاً لقول المنع خاصة وانما أشار به إلى كلام ذكره الامام وهو أن الخلاف في المسألة يترتب على الخلاف في رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين المؤجل فان منعناه بذلك لصرنا إلى امتناع نقل الوثيقة من عين إلى عين فعلى هذا لا يجوز الاذن بشرط النقل وان صححناه وقد احتملنا نقل الوثيقة فيجوز شرطه فهذا ما أراده إلا أن لك أن تمنع قوله إذا منعنا رهنه بالدين المؤجل فذلك لمصيرنا إلى امتناع نقل الوثيقة من عين إلى عين ونقول بل ذلك لامتناع النقل من غير التعرض للنقل ولهذا يصح رهنه بالدين المؤجل بشرط البيع عند الاشراف على الفساد وههنا وجد التعرض للنقل * (فرع) منقول عن الام لو أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب فلا ضمان عليه لتولده من مأذون فيه كما لو أذن في الوطن وأحيل بخلاف ما إذا ضرب الزوج زوجته

أو الامام انسانا تعزيرا لان المأذون فيه هناك ليس مطلق الضرب وانما هو ضرب التأديب وههنا أيضا لو قال أدبه فضربه حتى هلك فعليه الضمان * قال (والتركة إذا تعلقت بالديون أنها كالمرهون في منع التصرف فيه * وقيل أنه كالعبد الجاني * فان منع منه فظهر دين يرد العوض بالعيب بعد تصرف الورثة ففي بيعه بالنقص خلاف) لا شك في أن الديون على المتوفى تتعلق بتركته وفي كون ذلك التعلق مانعا أو أمن الارث خلاف ذكرناه في الزكاة وبيننا أن الاصح أنه لا يمنع وعلى هذا في كفيته قولان ويقال وجهان (أحدهما) أنه كتعلق الارش برقبة الجاني لان كل واحد منهما يثبت شرعا من غير اختيار المالك (والثاني) أنه كتعلق الدين بالمرهون لان الشارع انما أثبت هذا التعلق نظر للميت لتبرا ذمته فاللائق به الا يسلط الوارث عليه وهذا أظهر فيما ذكره الامام وغيره فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر لم يصح سواء جعلناه كالعبد الجاني أو كالمرهون ويحيى في هذا الاعتناق خلاف وان كان موسرا نفذ في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الارش ولم يعد في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الدين بالمرهون وحكى الشيخ ابو علي وجهها ثالثا وهو أنهما موقوفان ان قضى الوارث الدين تبينا النفوذ والا فلا ولا فرق بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو أقل منها

على أظهر الوجهين كما هو قياس الديون والرهن (والثاني) أنه ان كان الدين أقل فقد تصرف الوارث إلى أن لا يبقى الا قدر الدين لان الحجر في مال كثير بشئ حقير بعيد وإذا حكمنا ببطلان تصرف الوارث فلو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين بان كان قد باع شيئا وأكل ثمنه فرد بالعيب ولزم رد الثمن أو تردى مترد في بئر كان قد احتفرها عدوانا فوجهان (أحدهما) أنه يتبين فساد التصرف الحاقا لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدم سببه (وأظهرهما) أنه لا يتبين لانه كان مسوغا لهم طاهرا فعلى هذا ان أدى الوارث الدين فذك والافوجهان (أظهرهما) أنه يفسخ ذلك التصرف ليصل المستحق إلى حقه (والثاني) لا يفسخ ولكن يطالب الوارث بالدين ويجعل كالضامن وعلى كل حال فللوارث ان يمسك عين التركة ويؤدى الديون من خالص ماله نعم لو كانت الديون أكثر من التركة فقال الوارث أخذها بقيمتها والتمس الغرماء بيعها على توقع زيادة رغب فوجهان بنوهما على أن السيد يفدى العبد الجاني بأرش الجناية أو بأقل الامرين من قيمته وأرش الجناية والاصح أن المجاب هو الوارث لان الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من القيمة وفي تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج خلاف يتفرع على ما مر أن الدين هل يمنع الميراث إن منعه نبت التعلق والا فلا (وقوله) ففي بيعه بالنقص خلاف أراد به أنا هل نتبين الفساد على

ما هو مبين الوسيط ويمكن حمله على الخلاف في أنا هل نفسه تفرعا على الصحة واللفظ أقرب إليه ولا يخفى أنه ليس لهذا الفصل كبير تعلق بباب الرهن ولا شبه منه بهذا الموضع لكن صاحب الكتاب اقتدى بامام الحرمين في إبداع هذا الباب إلا أنه رسمه فرعا في آخره * قال (الطرف الثاني) * جانب المرتهن * وهو مستحق إدامة اليد ولا تزال يده الا لاجل الانتفاع (ح) نهارا ثم يرد عليه ليلا * ولو شرط التعديل على يد ثالث لينقوا كل واحد به جاز * ثم ليس للعدل تسليمه إلى أحدهما دون إذن صاحبه * فان فعل ضمن للآخر * ولو تغير حاله بالفسق أو بالزيادة فيه فلكل واحد طلب التحويل منه إلى عدل آخر * اليد في الرهن بعد لزومه مستحقة للمرتهن فان قوام التوثق بها ولا تزال يده للانتفاع كما سبق ثم يرد إليه ليلا وان كان العبد ممن يعمل بالليل كالحارس فيرد إليه نهارا ولو شرطا في الابتداء وضعه في يد ثالث جاز فربما لا يثق أحدهما بالآخر يثقان به لو شرط وضعه عند اثنين فان نصا على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ أو على أن يحفظاه معا في حرز اتبع الشرط وان أطلقا فوجهان لابن سريج (أصحهما) أنه ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ كما لو أوصي إلى رجلين أو وكل رجلين بشئ لا يستقل أحدهما فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما (والثاني) يجوز الانفراد كيلا يشق عليهما فعلى هذا ان اتفقا

[120]

على كونه عند أحدهما فذاك وان تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وان كان مما لا ينقسم حفظه هذا مدة وهذا مدة ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني ثم أراد أحدهما أن يرد مافى يده على صاحبه ففي جوازه وجهان لابن سريج وجه المنع أن المشقة قد أندفعت بما جرى وإذا أراد العدل وضع الراهن عنده رده اليهما أو إلى وكيلهما فان كان غائبين ولا وكيل فهو كرد الوديعة وسيأتي وليس له دفعة إلى أحدهما دون إذن الآخر فان فعل ضمن واسترد منه ان كان باقيا وان تلف في يد المدفوع له نظر ان دفعه إلى الراهن رجح المرتهن بكمال قيمته وان زادت على حقه ليكون رهنا مكانه ويغرم من شاء من العدل والراهن والقرار على الراهن فان غرم العدل فله ان يكلف الراهن قضاء الدين لفك المأخوذ منه وان دفعه إلى المرتهن فللراهن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن قيمته ليكون رهنا والقرار على المرتهن فان كان الحق حالا والدين من جنس القيمة وقع الكلام في التقاض ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن فلو رده إليه برئ وحكى الامام في النهاية وجهها أنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو بأذن جديد للعدل في أخذه والمذهب الاول وكذلك الجواب لو غصب الوديعة من المودع أو العين المكراة من المكتري أو الرهن من المرتهن ثم رد إليهم ولو غصب اللقطة من الملتقط لم يبرأ بالرد إليه ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد فوجهان لانهما مأذونان من

[121]

جهة المالك لكنهما ضامنان ولو اتفق المتراهنان علي نقل الرهن إلى يد عدل آخر جاز فان طلبه أحدهما فلا يجاب إلا أن يتغير حاله بفسق أو بضعف

عن الحفظ أو يحدث بينه وبين أحدهما عداوة فيطلب نقله فحينئذ ينقل إلى يد آخر يتفقان عليه فإن تشاحا وضعه الحاكم عند من يراه فلو كان من وضعه عنده فاسقا في الابتداء فازداد فاسقا فهو كما لو كان عدلا ففسق وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه وكذا لو كان في يد المرتهن فتغير حاله أو مات كان للراهن نقله وفي النهاية نقل وجه أنه إذا مات المرتهن لا تزال يد ورثته ولكن إذا لم يرص الراهن بيدهم ضم القاضى إليهم مشرفا

[122]

وإذا ادعى العدل هلاك الرهن في يده أو رده فالقول قوله مع يمينه كالمودع ولو أنلف الرهن عمدا أخذت منه القيمة ووضع عند آخر ولو أتلفه مخطئا أو أتلفه غيره أخذت القيمة ووضع عند هكذا ذكره الاكثرون وفرقوا بينه وبين ما إذا كان ماذونا في بيعه حيث لا يتمكن من بيع القيمة المأخوذة بان

[123]

المأذون في بيع شئ لا يكون ماذونا في بيع بدله والمستحفظ في شئ يكون مستحفظا في بدله وهذا غير محل الكلام ولضعفه ذهب الامام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد وقياسه أن يقال لو كان الرهن في يد المرتهن فاتلف وأخذ بدله كان للراهن الا يرضى بيده في البدل (وقوله) في

[124]

الكتاب فان تغير حاله بالفسق لا يمكن صرف الكناية فيه إلى العدل في قوله ثم ليس للعدل تسليمه لان العدل لا يكون فاسقا حتى يتغير حاله بالزيادة فيه بل هي منصرفه إلى الثالث في قوله علي يد ثالث وما أشبه ذلك *

[125]

قال (وللمرتهن استحقاق البيع تقديما به على الغرماء عند حلول الدين ولكن لا يستقل به دون اذن الراهن * بل يرفع إلى القاضى حتى يطالب الراهن أو يكلفه البيع * ولو أذن للعدل وقت الرهن في البيع لم يجب مراجعته ثانيا على الاصح * ولو ضاع الثمن في يد العدل فهو أمانة

[126]

فان سلم إلى المرتهن باذن الراهن ولكن أنكرا تسليمه فهو ضامن * فان صدقه الراهن ففي ضمانه لتقصيره في الاشهاد خلاف * ولا يبيع العدل الا بثمن المثل * فان طلب بزيادة في مجلس العقد حول العقد إلى الطالب *

[127]

المرتهن يستحق بيع المرهون عند الحاجة ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء وانما يبيعه الراهن أو وكيله باذن المرتهن فلو لم يأذن المرتهن وإن أراد الراهن بيعه وأبى المرتهن قال له القاضي ائذن في بيعه وخذ حقه من ثمنه أو ابراه وإن طلب المرتهن البيع وأبى الراهن ولم يقبض الدين أجبره الحاكم على قضائه أو

[128]

البيع إما بنفسه أو بوكيله فان أصر باعه الحاكم وعند أبى حنيفة لا يبيعه ولكن يحبس الراهن حتى يبيع ولو كان الراهن غائبا أثبت الحال عند الحاكم حتى يبيعه فان لم تكن بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة له أن يبيع

[129]

ويأخذ حقه من ثمنه ثم في الفصل مسائل (احداها) لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه فباع في غيبة الراهن فوجهان (أحدهما) وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه يصح البيع كما لو أذن له في بيع مال آخر (وأصحهما) المنع لانه يبيعه لغرض نفسه فيكون متهما في الاستعجال وترك النظر وان باعه بحضوره صح لانقطاع التهمة هذا ظاهر النص حيث قال ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق أن يبيعه لم يجر أن يبيع لنفسه الا بأن يحضر رب الرهن وفيه وجه أنه لا يصح أيضا لانه توكيل فيما يتعلق بحقه فعلى هذا لا يصح توكيله ببيعه أصلا ويتفرع عليه أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن فان كان الرهن مشروطا في بيع فالبيع باطل وان كان رهن تبرع فعلى القولين في الشروط الفاسدة التابعة للمرتهن أنها هل تبطل الرهن وعلى الاول وهو المذهب في نص لفظ الرهن في الاذن تفصيل المذكور في الكتاب من بعد * واذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة كاذن الراهن للمرتهن وكذا اذن السيد للمجنبي عليه في بيع العبد الجاني قاله الشيخ أبو حامد والله أعلم * واعلم أن صاحب الكتاب قدر صحة البيع في المرتهن مفروغا منه متفقا عليه وتكلم في أنه لا يستقبل به المرتهن كذلك ساق الامام وأول النص الذي سبق على شئ آخر سنذكره ان شاء الله

تعالى (الثانية) إذ وضع الرهن عند عدل بشرط أن يبيعه عند المحل جاز ثم في اشتراط مراجعة الراهن وتجديد اذنه

[130]

عند البيع وجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة يشترط لانه قدر يكون له عرض في استبقاء المرهون ويريد قضاء الحق من غيره (وأصحهما) عند الامام وصاحب الكتاب وبه قال أبو إسحق لا يشترط لان الاصل دوام الاذن الاول (وأما) المرتهن فجواب العراقيين أنه لا بد من مراجعته ويحصل اذنه ثانيا ولم يجرؤا فيه الخلاف ووجهه بان المرهون انما يباع لا يصال حقه إليه وذلك يستدعى مطالبته بالحق فراجع ليعرف أنه مطالب أو مهمل أو مبرا وقال الامام لا خلاف في أن المرتهن لا يراجع لان عرضه تقوية الحق بخلاف الراهن فانه قد يستبقى العين لنفسه فتأمل بعد احدي الطريقتين عن الاخرى ولو عزل الراهن العدل قبل البيع انعزل وبه قال أحمد كسائر الوكلاء في سائر الاعمال * وقال مالك وأبو حنيفة لا ينعزل ولو عزل المرتهن فوجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص أنه ينعزل كما لو عزله الراهن لانه يتصرف لهما جميعا (وأظهرهما) وبه قال أبو إسحق لا ينعزل لانه وكيل الراهن إذ المرهون له واذن المرتهن شرط جواز التصرف ولا كلام في أنه لو منعه من البيع لم يبع وكذلك لو مات أحدهما (وإذا قلنا لا ينعزل بعزل المرتهن فلو عاد إلى الاذن جاز البيع ولم يشترط تجديد توكيل من الراهن قال في الوسيط ومساق هذا أنه لو عزل الراهن ثم عادو وكل افتقر إلى تجديد اذن

[131]

للمرتهن ويلزم عليه أن يقال لا يعتد باذن المرتهن قبل توكيل الراهن ولا بأذن المرأة للتوكيل قبل توكيل الولي اياه والكل محتمل (والثالثة) إذا باع العدل وأخذ الثمن فهو أمين والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن وبه قال أحمد خلافا لابي حنيفة ومالك حيث قالاهو من ضمان المرتهن * لنا أن الثمن ملك الراهن والعدل أمينه فما تلف في يده يكون من ضمان المالك ولو تلف الثمن في يد العدل ثم خرج الرهن مستحقا فالمشترى بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل وبين أن يرجع على الراهن * ولو كان العدل قد باع بأذن الحاكم لموت الراهن أو غيبته وتلف الثمن وخرج المرهون مستحقا فللمشترى الرجوع في مال الراهن ولا يكون العدل طريقا للضمان في أصح الوجهين لانه نائب الحاكم والحاكم لا يطالب فكذلك نائبه (والثانى) يكون طريقا كالوكيل والوصى * وإذا ادعى العدل تلف الثمن في يده قبل قوله مع يمينه فان ادعى تسليمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع يمينه * وعن أبي حنيفة أن القول قول العدل مع يمينه وإذا حلف المرتهن أخذ حقه من الراهن ويرجع الراهن على العدل وان كان قد أذن له في التسليم نعم لو أذن أولا وصدقه في التسليم فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن أيضا لتقصيره بترك الاشهاد (والثانى) لا لا اعتراف الراهن بانه امتثل ما أمره به والمرتهن ظالم فيما يأخذه وبهذا قال ابن الوكيل والوجهان فيما إذا أطلق الاذن في

التسليم (فاما) إذا شرط عليه الاشهاد فتركه ضمن بلا خلاف وإذا ضمن بترك الاشهاد فلو قال اشهدت وماتت شهودي وصدقه الراهن فلا ضمان وان كذبه فوجهان نشرجهما مع ما يناسب هذه الصورة في الضمان ان شاء الله تعالى (الرابعة) إذا جاز للعدل البيع لم يبع الا بثمن المثل أو بما دونه في قدر ما تتعابن به الناس وليكن ذلك من نقد البلد حالا فان أجل بشئ من هذه الشروط لم يصح البيع وعن القاضى أبى حامد حكاية وجه أنه لو باع نسيئة صح ولا اعتبار به ولو سلم إلى المشتري صار ضامنا ثم للمبيع حالتان (احدهما) أن يكون باقيا فيستردد ويجوز للعدل بيعه بالأذن السابق وان صار مضمونا عليه فإذا باعه وأخذ الثمن لم يكن الثمن مضمونا عليه لانه لم يتعد فيه (الثانية) أن يهلك في يده فان كان قد باع بغير نقد البلد أو نسيئة فالراهن بالخيار في تغريم من شاء من العدل أو المشتري كمال قيمته وان باع بدون ثمن المثل فقولان (أصحهما) وبه قيل أبو إسحق ان الحكم كذلك لانه أخرجه من يده على وجه غير متبوع (والثاني) أنه ان غرم العدل حط النقصان الذي كان محتملا في الابتداء مثاله لو كان ثمن مثله عشرة وكان يتعابن فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرّم تسعة ويأخذ الدرهم الباقي من المشتري هكذا نقلوه وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع بغير نص نقد البلد والنسيئة

وان اتفق النص على القولين في الغبن وبؤيده أن صاحب التهذيب في آخرين جعلوا كبقية تغريم الوكيل إذا باع على أحد هذه الوجوه وسلم على الخلاف وسووا بين الصور الثلاث ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وبين سائر الوكلاء وعلى كل حال فالقرار على المشتري لحصول الهلاك عنده * (فرع) لو قال أحد المتراهنين بعه بالدراهم وقال الآخر بالدنانير لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الأذن لكن يرفعان الأمر إلى الحاكم ليبيع بنقد البلد ثم ان كان الحق من جنس نقد البلد فذاك وإلا صرف نقد البلد إليه ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز (الخامسة) إذا باع بثمن المثل ثم زاد راغب قبل التفريق فليفسخ العقد وليبيعه منه فان لم يفعل فوجهان (أحدهما) أن البيع لا يفسخ لان حصول الزيادة غير موثوق به (وأصحهما) الانفساخ لان مجلس العقد كحالة العقد وليس له أن يبيع بثمن المثل وهناك من يبذل زيادة فعلى هذا لو بدا للراغب نظر إن كان قبل التمكّن من البيع منه فالبيع الاول بحاله وان كان بعده فقد ارتفع ذلك البيع فلا بد من بيع جديد وفي طريقة الصيدلانى أنه إذا بدا له بان البيع بحاله كما لو بذل الابن الطاعة لابيّه في الحج وجعلناه مستطيعا به ثم رجع من الطاعة قبل أن يحج أهل بلده فأنا نتبين عدم الوجوب ولو لم يفسخ العقد في البيع الاول وباع من الراغب ففي كونه فسحا لذلك البيع ثم في صحته في نفسه خلاف سبق في البيع وأشار الامام في المسألة إلى شئ آخر وهو أن الوكيل بالبيع لو باع ثم فسح البيع هل يمكن من البيع مرة أخرى فيه خلاف

والامر بالبيع من الراغب ههنا جواب على أنه يتمكن منه أو مفروض فيما إذا صرح بالأذن بذلك وأكثر هذه المسائل يطرد في جميع الوكالات * قال (وعلى الراهن مؤنة المرهون * وأجرة الاصطبل * وعلف الدابة * وسقى الاشجار * ومؤنة الجذاذ من خاص ماله على الاصح وقيل انه يباع فيه جزء من المرهون * فان كان بحيث تهلكه النفقة يباع كما يفعل بما يتسارع إليه الفساد * ولا يمنع الراهن من القصد والحجامة والختان * ويمنع من قطع سلعة فيه خطر) * مؤونات الرهن التي بها يبقى الرهن كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة على الراهن لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن من راهنه له غرمه وعليه غنمه (1)) قوله من راهنه أي من ضمان راهنه وفي معناه سقى

(1) حديث لا يعلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه. ابن حبان في صحيحه والدار قطني والحاكم أو البيهقي من طريق زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعا لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه وأخرجه ابن ماجه من طريق اسحاق بن راشد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن انتهى من سنن ابن ماجه وأخرجه الحاكم من طرق عن الزهري موصولة أيضا ورواه الاوزاعي ويونس وابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد مرسلًا ورواه شافعي عن ابن أبي فديك وابن أبي شيبة عن وكيع وعبد الرزاق عن الثوري كلهم عن أبي ذئب كذلك ولفظه لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه قال الشافعي غنمه زيادته وغرمه هلاكه وصحح أبو داود والبزار والدار قطني وابن القطان إرساله وله طرق في الدار قطني البيهقي كلها ضعيفة وصحح ابن عبد البر

الاشجار والكروم ومؤونة الجذاذ وتحفيف الثمار وأجرة الاصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به المرتهن أو العدل وأجرة من يرد العبد من الابق وما أشبه ذلك ثم حكى الامام والمتولي وجهين في أن هذه المؤنات هل يجبر الراهن عليها حتى يقوم بها من خالص ماله (أصحهما) الاجبار استبقاء لوثيقة المرتهن (والثاني) عن الشيخ أبي محمد وغيره أنه لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضى جزءا من المرهون بحسب الحاجة * وقد قرع الامام على هذا أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الاجل ألحق بما يفسد قبل الاجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا ولك أن تقول هذا اما أن يخلق بما لا يتسارع إليه الفساد ثم عرض ما أفسده أو بما يتسارع إليه الفساد لا وجه للاول لان العارض ثم اتفاق غير متوقع والحاجة إلى هذه المؤنات معلومة محققة وان كان الثاني لزم اثبات الخلاف المذكور في رهن ما يتسارع إليه الفساد في رهن كل ما يحتاج إلى نفقة أو مكان يحفظ فيه وأنه بعيد وبه يظهر ضعف الوجه من أصله وإذا قلنا بالاصح فلو لم يكن للراهن شئ أو لم يكن حاضرا باع بالحاكم جزءا من المرهون واكتفى به بيتا يحفظ فيه الرهن هكذا قاله الائمة وقد مر في مؤنة السقى والجذاذ والتجفيف مثله وأما المؤنات الدائمة فيشبهه أن يقال حكمها حكم مالو هرب الجمال وترك الجمال المكثرا أو

عجز عن الانفاق عليها هذه احدى مسألتني الفصل (والثانية) أنه لا يمنع
الراهن من أن يفعل بالمرهون ما فيه منفعته كفصد العبد وحجامة وتوديع
الدابة وبزغها والمعالجة بالادوية والمراهم لكن لا يجبر عليها بخلاف
النفقة وأجرى صاحب التتمة الوجهين في المداواة ثم ان كانت المداواة
فيما يرجى نفعه ولا يخاف منه عائلة فذاك وان كان يخاف فعن أبي اسحق
أن للمرتهن المنع منه وقال أبو على الطبري لا يمنع ويكتفى بأن الغالب
منه السلامة واختاره القاضي أبو الطيب ويجرى الخلاف في قطع اليد
المتأكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر فان كان الخطر في الترك دون
القطع فله القطع وليس له قطع سلعة وأصعب لاخطر في تركها إذا خيف
منه ضرر فان كان الغالب السلامة ففيه الخلاف وله أن يختن العبد والامة
في وقت اعتدال الهواء ان كان يندمل قبل حلول الاجل لانه أمر لا بد منه
والغالب فيه السلامة وان لم يندمل وكان فيه نقص لم يجز ذلك لو كان
به عارض يخاف

معه من الختان ووراء هذه صورتان (إحدهما) له تأبير النخل المرهونة ولو
ازدحمت وقال أهل البصر تحويلها أنفع جاز تحويلها وكذا لو رأى قطع بعض
لصالح الاكثر ثم ما يقطع منها لو يحف يبقى مرهونا بخلاف ما يحدث من
السعف ويجف فان الراهن يختص بها وينزل منزلة الثمار وما كان طاهرا
منها عند الرهن قال في التتمة فهو مرهون وقال في الشامل لافرق
(الثانية) لا يمنع من رعي الماشية في وقت الامن وتاوي ليلا إلى يد
المرتتهن أو العدل وإذا أراد الراهن أن يبعد في طلب النجعة وبالقرب ما
يبلغ منها مبلغا فللمرتتهن المنع والا فلا منع وتأى إلى يد عدل ينفقان عليه
أو ينصبه الحاكم وان أراد المرتتهن ذلك وليس بالقرب ما يكفي فلا منع
وكذا لو أراد نقل المتاع من بيت غير محرز إلى محرز ولو بيعا بهما المكان
وأرادا الانتقال نظر ان انتقالا إلى أرض واحدة فلا اشكال والا جعلت
الماشية مع الراهن وحتاط ليلا كما سبق (وقوله) في الكتاب وأجرة
الاصطبل معلم بالحاء لان عنده مؤنة البيت والاصطبل علي المرتتهن ان لم
يزد الرهن على قدر الدين فان زاد فقسط الزيادة على الراهن ويمثله
أجاب في المداواة وأجرة رد الأبق (وقوله) على الاصح يتعلق به من خالص
ماله لا بأصل لزوم المؤنة عليه فالمقابل للاصح قوله وقيل يباع إلى آخره *
قال (والمرهون أمانة ح) في يده * ولا يسقط ح) بنلفه شئ من الدين *
ولو أذن له في الغراس بعد شهر فهو بعد الغراس عارية مضمونة * وان
شروط أن يكون مبيعا منه بعد شهر بالدين فهو بعد الشهر مضمون لانه مبيع
بيعا فاسدا * وللفساد حكم الصحة في ضمان العقود * لو ادعى المرتتهن
تلغا أو ردا فهو كالمودع عند المراوزة * والقول قوله * وطرردوا ذلك في
المستأجر * وكل يد هي غير مضمونة * وقال العراقيون يختص ذلك بالوديعة
وبالوكيل بغير أجرة * ومن عداهما يطلب بالبينة قياسا لان المودع وقع
الاعتراف بصدقه وأمانته دون غيره * والمرتتهن من الغاصب عند المراوزة
كالمودع من الغاصب يطالب ولا يستقر الضمان عليه وان تلف في يده *
وكذا المستأجر بخلاف المستعير والمستام *

وعند العراقيين في مطالبتهم وجهان * ثم في قرار الضمان بعد المطالبة وجهان آخران) * في الفصل أصلاً وفروع (أحد) الأصليين أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا يسقط بتلفه شيء من الدين ولا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدى فيه وبهذا قال أحمد * وقال أبو حنيفة هو مضمون بالاقبل من قيمته أو الدين فإن كانت قيمته أقل سقط بتلفه من الدين بقدر قيمته والا سقط الدين ولا يضمن الزيادة وقال مالك ما يظهر هلاكه كالحيوان والعقار والأشجار أمانة وما يخفى هلاكه كالنقود والعروض مضمون بالدين لأنه يتهم فيه * لنا أن بعض المرهون أمانة فكذلك كله كالوديعة وأيضاً فإن الرهن شرع وثيقة الدين فهلاك محله لا يسقطه كموت الكفيل وإذا برئ الراهن عن الدين بآداء أو ابراء أو حوالة كان الرهن أمانة أيضاً في يد المرتهن ولا يصير مضموناً عليه إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة وقال ابن الصباغ ينبغي أن يكون المرتهن بعد الأبراء كمن طير الريح ثوباً إلى داره حتى يعلم المرتهن به أو برده لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة (والأصل الثاني) أن كل عقد يقتضى صححة الضمان فكذلك فاسده ومالا يقتضى صححة الضمان فكذلك فاسده (وأما) الطرف الأول فلان الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه (وأما) الثاني فلان من أثبت اليد أثبت عن اذن المالك ولم يلزم بالعقد ضماناً ولا يكاد يوجب التسليم والتسليم إلا من معتقدي الصحة (وأما) الفروع فأربعة (أحدها) لو أعار المرهون من

المرتهن لينتفع به ضمنه وعند أبي حنيفة يخرج عن كونه مضموناً بناء على أن العارية غير مضمونة ولو رهنه أرضاً وأذن له في الغراس بعد شهر فهي بعد الشهر عارية وقبله أمانة حتى لو غرس قبله قلع ولو غرس بعده فسيأتي الحكم في العارية (وقوله) في الكتاب وهو بعد الغراس عارية يجب تأويله لأنه بعد الشهر عارية غرس أو لم يغرس (وثانيها) لو رهن منه مالا على أنه إذا حل الاجل فهو مبيع منه أو على أن يكون مبيعاً منه بعد شهر فالرهن والبيع فاسدان (أما) الرهن فلكونه مؤقتاً (وأما) البيع فلكونه مشروطاً ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع وبعده مضموناً لان البيع عقد ضمان ونقل وجهها في النهاية أنه إنما يصير مضموناً إذا أمسكه عن جهة البيع أما إذا أمسكه عن موجب الرهن فلا والمذهب الأول فلو كان أرضاً فغرس فيه المرتهن أو بنى قبل دخول وقت البيع قلع مجاناً وكذا لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع وإن كان جاهلاً لم يقلع مجاناً لوقوعه باذن المالك وجهله بعدم الجواز فيكون الحكم كما لو غرس من المستعير ورجع المعير (وثالثها) إذا ادعى المرتهن تلف الرهن في يده قبل قوله مع يمينه وعن مالك أنه ان خفى هلاكه لم يقبل * وإن ادعى رده إلى الراهن فطريقة العراقيين من أصحابنا أن القول قول الراهن مع يمينه ولا يقبل قول المرتهن إلا ببينة لأنه أخذ لمنفعة نفسه

فأشبهه المستعير وبخالف دعوى التلف لانه لا يتعلق بالاختيار فلا يتساعد فيه البينة قالوا وكذا الحكم في المستأجر إذا ادعى الرد * ويقبل قول المودع والوكيل بغير الجعل مع اليمين لانهما أخذوا المال بمحض غرض المالك وقد أتممتها فليصدقهما وفي الوكيل بالجعل والمضارب والاجر المشترك إذا لم يضمه ذكرنا وجهين (أحدهما) أنهم مطالبون بالبينة لانهم أخذوا لغرض أنفسهم في الاجرة والربح (وأصحهما) أنه يقبل قولهم مع ايمانهم لانهم أخذوا العين لمنفعة المالك وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين بخلاف المرتهن والمستأجر وهذه الطريقة هي التي سلكها أكثر الاصحاب سيما قدماؤهم وتابعهم القاضي الروياني وذهب بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم أن كل أمين يصدق في دعوى الرد كالمودع قالوا ولا عبرة بمنفعته في الاخذ كما لا عبرة بها في وجوب الضمان عند التلف بخلاف المستعير والمستام واعرف في لفظ الكتاب من الفرع شيئين (أحدهما) أنه سوى بين التلف والرد وساق الطريقتين في دعواهما جميعا وليس كذلك بل الكل مطبقون على تصديقه في دعوى التلف وانما الاختلاف في الرد * واعلم أن قولنا يقبل قوله في التلف نريد به القبول في الجملة وله تفصيل نذكره في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى (والثاني) أنه لم يحك طريقة العراقيين بتمامها ولم يستوعب مواضع الوفاق والخلاف بالذكر ولفظه في تخصيص التصديق بالمودع والوكيل بغير جعل لا يستمر الا على أحد الوجهين الذين نقلوهما (وقوله) لان المودع وقع الاعتراف بصدقه وأمانته لا يتضح به الفرق إذ لا بعد في أن يقال كل أمين يقع الاعتراف بصدقه وأمانته والذي ذكره في الفرق أن الوديعة ائتمان محض لا غرض للاخذ فيها كما

[141]

مر (ورابعها) لو رهن الغاصب المغضوب من انسان فتلف في يد المرتهن فللمالك تضمين الغاصب وفي تضمين المرتهن طريقان قا العراقيون فيه وجهان لابن سريج (أحدهما) أنه لا يطالب بالضمان لان يده يد امانة (وأصحهما) أنه يطالب لتفرغ يده على يد الغاصب وعدم ائتمان المالك إياه وعلى هذا فيستقر الضمان عليه أم يرجع على الغاصب فيه وجهان (أحدهما) يستقر لحصول التلف عنده فينزل التلف منزلة الاتلاف في المغضوبات (وأظهرهما) أنه يرجع لتعريض الغاصب إياه وعدم التعدي منه هذه طريقة وعن المراوزة القطع بالمطالبة وعدم الاستقرار والطريقان جاريان في المتسأجر من الغاصب والمودع منه والمضارب والذي دفع المغضوب إليه ووكله ببيعه وكل ذلك فيما إذا جهلوا كونه مغضوبا فان علموا فهم غاصبون أيضا والمستعير منه والمستام فيطالبان ويستقر عليهما الضمان لان يد كل واحد منهما يد ضمان وهذه الصور تعود في الغصب (وقوله) في الكتاب وعند العراقيين في مطالبتهم وجهان يرجع إلى المرتهن والمستأجر والمودع دون المستعير والمستام (ومن) الفروع التي تدرج في الفصل أنه لو رهن بشرط أن يكون مضمونا على المرتهن يفسد الشرط والرهن ثم لا يكون مضمونا عليه (ومنها) لو قال خذ هذا الكيس واستوف حقه منه فهو امانة في يده قبل أن يستوفى حقه فإذا استوفى حقه منه كان مضمونا عليه ولو قال وفيه دراهم خذ بدراهمك وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر أو كانت أكثر من دراهمه لم يملكه ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد وان كانت معلومة ويقدر حقه ملكها ولو قال خذ هذا العبد بحقك ولم يكن سليما فقبل ملكه وان لم يقبله وأخذه دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد *

قال (والمرتهن ممنوع من كل تصرف قولا وفعلا فان وطئ فهو زان * وان ظن الاباحة فواطئ بالشبهة * فان اذن له الراهن وعلم التحريم فزان * وقيل مذهب عطاء في اباحة الجوارى بالاذن شبهة * وان ظن حلا فواطئ بالشبهة * وفي وجوب المهر عليه وقيمة الولد عليه وجهان من حيث ان الاذن ضعيف الاثر في الوطئ بدليل المفوضة) * ليس للمرتهن في المرهون سوى حق الاستيثاق (أما) البيع وسائر التصرفات القولية الانتفاعات وسائر التصرفات العقلية فهو ممنوع من جميعها ولو وطئ الجارية المرهونه لم يخل إما أن يطاء بدون اذن الراهن أو باذنه (الحالة الاولى) ان يطاء بدون اذنه فهو كما لو وطئ غير المرهونة وان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حر نسيب وعليه قيمته للراهن وان لم يظن ذلك ولم يدع جهلا فهو زان يلزمه الحد كما لو وطئ المستاجر الجارية المكراهة ويجب المهر إن كانت مكروهة وان كانت مطاوعة لم يجب على الاصح وهذا الخلاف بتوجيهه مذكور في الغصب وان ادعى الجهل بالتحريم لم يقبل إلا أن يكون حديث العهد بالاسلام أو نشأ في بادية بعيدة عن بلاد المسلمين فقبل قوله لدفع الحد وحكى المسعودي في قبوله لثبوت النسب خلافا للاصحاب وأجرى مسألة في حرية الولد ووجوب المهر والاصح ثبوت الكل لان الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية وإذا سقط الحد وجب المهر (والثانية) أن يطاء باذنه فان علم أنه حرام فظاهر المذهب أنه يجب عليه الحد وفيه وجه أنه لا يجب لاختلاف العلماء فان عطاء بن أبي رباح رضى الله عنه كان يجوز وطئ الجارية باذن مالکها وان ادعى الجهل بالتحريم فوجهان (أحدهما) أنه لا يقبل إلا أن يكون حديث العهد بالاسلام أو من في معناه كما في الحالة الاولى (وأصحهما) وبه قال القاضي أبو الطيب أنه يقبل ويرفع الحد وان نشأ بين المسلمين لان التحريم بعد الاذن لما خفى على عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يبعد

خفاؤه على العوام وإذا اندفع الحد فهل يلزمه المهر (أما) إذا كانت مطاوعة فلا لانضمام اذن المستحق إلى طواعيتها (وأما) إذا كانت مكروهة فقولان (أحدهما) أنه لا يجب أيضا لان مستحق المهر قد اذن فاشبه ما لو زنت الحرة (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة يجب لان وجوب المهر حيث لا يجب الحد حق الشرع فلا يؤثر فيه الاذن كما أن المفوضة تستحق المهر بالدخول مع تفويضها وان كان قد أولدها بوطنه فالولد حر نسيب وفي وجوب قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه على القولين في المهر (وأصحهما) الوجوب جزما والفرق أن الاذن في الوطئ رضا باتلاف المنفعة وليس رضا بالاحبال جزما وأيضا فان الاذن لا أثر له في حرية الولد وانما الموجوب له ظن الواطئ فحسب ولا تصير الجارية أم ولد للمرتهن بحال وإن ملكها يوما من الدهر ففيه قولان إذا كانت الصورة صورة ثبوت النسب (وقوله) في الكتاب فهو زان يمكن اعلامه بالحاء لانه لا حد عليه في رواية عن أبي حنيفة (وقوله) فان ظن اباحته فواطئ بالشبهة غير مجرى على اطلاقه بل المراد ما إذا كان حديث العهد

[144]

بالاسلام أو من في معناه (وأما) قوله وفي وجوب المهر وقيمة الولد وجهان ففيه نظران (أحدهما) أن الخلاف في المهر قولان لا وجهان وقد نص عليهما في المختصر (والثاني) أنه أجاب بطريقة اثبات الخلاف في القيمة والاصح عند الأئمة الطريقة النافية للخلاف ويجوز إعلام القيمة بالواو إشارة إليها * (فرع) زعم المرتهن بعد الوطئ أن الراهن قد باعها منه أو وهبها وأقبضها فانكر الراهن فالقول قوله مع يمينه فإن حلف فهي والولد رقيقان له ثم لو ملكها يوما من الدهر فهي أم ولد له والولد حر لا قراره السابق كما لو أقر بحرية عبد الغير ثم اشتراه فان نكل الراهن وحلف المرتهن فالولد حر وهي أم ولد له * قال (وهذه الأحكام تثبت في غير الرهن وبدله الواجب بالجناية على المرهون إذ يسرى

[145]

إليه حق الرهن حتى لا ينفذ ابراء الرهن استقلالا ولا ابراء المرتهن إذ لا دين له * ولا يسرى إلى الكسب والعقر (ح) والزيادات العينية (ح) كاللبن والولد (ح) والصوف والثمرة (ح) * فان كان الولد محتنا حالة البيع والعقد كان تابعا * وان كان محتنا في احدى الحالتين ففي تبعيته خلاف) * مقصود هذه البقية بيان ما يتعلق به حق الوثيقة وتثبت فيه أحكامها ولا شك في تعلقه بعين الرهن والكلام وراءها في بدل الرهن وزوائد المرهون * (الفصل الأول) في بدله * ومهما جنى على المرهون وأخذ من الجاني الارش انتقل حق الرهن إليه كما ينتقل الملك لقيامه مقام الاصل ويجعل في يد من كان الاصل في يده من المرتهن أو العدل والى ان يؤخذ هل يقال بانه مرهون (قال) قائلون لا لانه دين والديون لا تكون مرهونة فإذا تعين صار مرهونا والحالة المتخللة كتخمر العصير وتخلله بعده وقال آخرون هو مرهون كما كان لانه مال بخلاف الخمر ومنعوا خروجه عن كونه مرهونا بخروجه عن كونه عنبا وانما المسلم أنه لا يرهن

[146]

الدين ابتداء والخصم في بدل المرهون انما هو الراهن لانه المالك كما لو جنى على العبد المستأجر أو المودع يكون الخصم فيها المالك فلو قعد عن الخصومة فقولان في ان المرتهن هل يخاصم قال في التهذيب (اصحهما) عند الاصحاب وبه قال القفل انه لا يخاصم قال ورأيت بخط شيخي أن للمرتهن أن يدعى ويخاصم فيه وكذلك المستأجر إذا ادعى العين وقال لمن في يده انها ملك فلان اجرها منى وانما لا يدعى المستأجر القيمة لان حقه لا يتعلق بها قال وهو القياس وإذا خاصم فللمرتهن أن يحضر خصومته لتعلق حقه بما يأخذه ثم ان اقربه الجاني أو اقام الراهن البينة أو حلف بعد نكول المدعى عليه تثبت الجناية وان نكل الراهن فهل يحلف المرتهن فيه قولان كما إذا نكل المفلس هل يحلف الغرماء وإذا تبنت الجناية فان كانت

عمدا فللراهن ان يقبض ويبطل حق المرتهن وان عفا عن القصاص مطلقا
ثبت المال ان قلنا مطلق العفو يوجب المال والا لم يجب وهو الاصح هكذا
قاله صاحب

[147]

التهديب وان عفا على أن لا مال (فان قلنا) إن موجب العمد أحد الامرين لم
يصح عفوه عن المال وان قلنا) أن موجبه القود (فان قلنا) إن مطلق العفو
لا يوجب المال لم يجب شئ (وان قلنا) يوجبه فوجهان (أحدهما) يجب لحق
المرتهن (وأصحهما) المنع لان القتل لم يوجبه وإنما يجب بعفوه المطلق أو
بعفوه على المال وذلك نوع اكتساب منه وليس عليه الاكتساب للمرتهن
وان لم يقبض في الحال ولم يعف ففى اجباره على أحدهما طريقان
(أحدهما) يجبر ليكون المرتهن على ثبت من أمره (والثاني) ان قلنا موجب
العمد أحد الامرين اجبر (وان قلنا) موجب القود لم يجبر لانه يملك اسقاطه
فتأخيره أولى بان يملكه * وان كانت الجناية خطأ أو عفا ووجب المال فعفا
عن المال لم يصح عفوه لحق المرتهن وفيه قول أن العفو موقوف ويؤخذ
المال في الحال لحق المرتهن فان انفك الرهن رد إلى الجاني وبان صحة
العفو والا بان بطلانه ولو أراد الراهن أن يصالح عن الارش الواجب على
جنس آخر لم يجز إلا باذن المرتهن فإذا أذن صح وكان المأخوذ مرهونا هكذا
نقلوه ولك أن تقول قد مر أنه إذا أذن في البيع والدين مؤجل فباع يرتفع
الرهن ولا يكون الثمن رهنا وأنه إذا أذن بشرط أن يكون الثمن رهنا ففي
كونه رهنا قولان وقياسه أن يكون المصالح عليه كذلك لان الصلح بيع ولو
أبرأ المرتهن الجاني لم يصح لانه ليس بمالك وهل يسقط حقه عن الوثيقة
بهذا البراء فيه وجهان (أحدهما) نعم

[148]

ويخلص المأخوذ المراهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة (وأصحهما) لا
لانه لم يصح ابراءه فلا يصح ما يتضمنه البراء كما لو وهب المرهون من
انسان لم يصح ولا يبطل الرهن * (الفصل الثاني) في زوائد المرهون وهي
إما متصلة كسمن العبد وكبر الشجرة والثمرة فتتبع الاصل في الرهن أو
منفصلة كالثمره والولد واللبن والبيض والصوف فلا يسرى إليها الرهن وبه
قال أحمد وعند أبي حنيفة يسرى وقال مالك الولد مرهون والثمرة غير
مرهونة * لنا القياس على ولد الجارية الجانية فان الارش لا يتعلق به
بالاتفاق وكمان أن هذه الزوائد غير مرهونة فكذلك مهر الجارية إذا وطئت
بالشبهة بل أولى لانه غير حاصل من نفس المرهون وعند أبي حنيفة هو
مرهون ايضا ولا خلاف في أن كسب العبد المرهون ليس بمرهون هذا في
الزوائد الحادثة بعد الرهن ولو رهن حاملا أو مست الحاجة إلى البيع وهي
حامل بعد فيباع كذلك في الدين لانا ان قلنا الحمل يعلم فكأنه صرح برهونها
والا فقد رهنا والحمل محض صفة ولو ولدت قبل البيع فهل الولد رهن فيه
قولان مبنيان على أن الحمل هل يعلم (ان قلنا) لا فهو كالحادث بعد العقد
(وان قلنا) نعم فهو رهن يباع مع الام كما لو رهن شيئين وزاد الشيخ أبو
محمد فقال ان قلنا نعم ففي كونه مرهونا قولان لضعف الرهن عن
الاستتباع وقد سبق نظائره فان قلنا الولد لا يكون مرهونا فلو صرح في

العقد وقال رهنها مع حملها قال الامام فيه تردد للاصحاب والظاهر أنه لا يكون مرهونا أيضا إذ لو جاز ذلك لجاز افراده ولو حبلت بعد الرهن وكانت حاملا عند الحاجة إلى البيع (فان قلنا) الحمل لا يعلم بيعت حاملا وهو كزيادة متصلة (وان قلنا)

[149]

يعلم لم يكن الورد مرهونا وتعذر بيعها لان استثناء الحمل لا يمكن ولا سبيل إلى بيعها حاملا ويوزع الثمن على الام والحمل لان الحمل لا تعرف قيمته * فلورهن نخلة فاطلعت فطريقان (احدهما) ان بيعها مع الطلع على قولين كما في الحمل (والثاني) القطع بان الطلع غير مرهون لانه يمكن افراده بالعقد فلا يجعل بيعا فإذا قلنا انه غير مرهون تباع النخلة ويستثنى الطلع بخلاف الجارية الحامل ولو كانت مطلعة وقت الرهن ففي دخول الطلع ما سبق في الباب الاول فان أدخلناه فحاء وقت البيع وهو طلع بعد بيع مع النخل ولو أبرت فطريقان (احدهما) ان الحكم كما إذا ولدت الحامل (والثاني) القطع ببيعه مع النخل لانه معلوم مشاهد وقت الرهن (وقوله) في الكتاب والزيادات العينية أراد به الزيادات الحادثة من العين لا كالكسب والمهر (وقوله) حالة الرهن والبيع يقتضى اعتبار نفس العقد في مقارنة الولد وحدوته بعده والامر على ما يدل عليه ظاهره وكذا القول في سائر الزوائد وحكى الامام وجها آخر ان الاعتبار بحالة القبض لان الرهن به يتم * (فرع) أرش الجنابة على المرهونة وافتصاص البكر مرهونان بدل جزء من المرهون وليس من الزوائد *

[150]

(فرع) لو ضرب الجارية المرهونة ضارب فالقت جنيئا ميتا فعلى الضارب عشر قيمة الام ولا يكون مرهونا لانه بدل الولد وإن دخلها نقص لم يجب بسببه شئ آخر ولكن قدر أرش النقصان من العشر يكون رهنا وان القته حيا ومات ففيما يجب على الجاني قولان (أصحهما) قيمة الجنين حيا وأرش نقص الام ان انتقصت فعلى هذا القيمة للراهن والارش مرهون (والثاني) أكثر الامرين من أرش النقص أو قيمة الجنين فعلى هذا إن كان الارش أكثر فالأخوذ رهن كله وان كانت القيمة أكثر فقدر الارش من الأخوذ رهن والبهيمة المرهونة إذا ضربت فالقت جنيئا ميتا فلا شئ على الضارب سوى أرش النقصان ان نقصت ويكون رهنا * قال (الطرف الثالث في فك الرهن وهو حاصل بالتفاسخ * وفوات عين المرهون بأفة سماوية * ويلتحق به ما إذا جني العبد وبيع في الدين فانه فات بغير بدل * وكما يقدم حق المجني عليه على حق المالك يقدم على حق المرتهن) * الرهن ينفك باسباب (أحدها) الفسخ منهما أو من المرتهن وحده فان الرهن جائز من جهته (والثاني) تلف المرهون بأفة سماوية ولو جني العبد المرهون لم يبطل الرهن بمجرد الجنابة ولكن ينظر أتعلق الجنابة باجنبي أم بالسيد (القسم الاول) أن تتعلق باجنبي فيقدم حق المجني عليه لان حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن متعلق بذمة الراهن وبالرقبة وأيضا فان حق المجني عليه متقدم

على حق المالك فأولى أن يتقدم على حق المستوثق ثم ان أوجبت الجناية القصاص واقتص المجني عليه بطل الرهن وان أوجبت المال أو عفا على مال بيع العبد في الجناية وبطل الرهن أيضا حتى لو عاد إلى مالك الراهن لم يكن هنا إلا بعقد جديد * ولو كان الواجب دون قيمة العبد بيع منه بقدر الواجب وبقي الباقي رهنا فان تعذر بيع البعض أو انتقص بالتشقيص بيع الكل وما فضل من الثمن عن الارش يكون رهنا ولو عفى المجني عليه عن المال أو فداء الراهن بقي العبد رهنا كما كان وكذا لو فداء المرتهن ثم في رجوعه على الراهن ما ذكرناه في رهن أرض الخراج وعند أبي حنيفة ضمان جناية المرهون على المرتهن بناء على أن المرهون مضمون عليه فان فداء المرتهن بقي رهنا ولا رجوع له بالفداء وان فداء السيد أو بيع في الجناية سقط دين المرتهن ان كان بقدر الفداء أو دونه وهذا كله فيما إذا جنى العبد بغير إذن السيد أما إذا أمره السيد بذلك نظر ان لم يكن مميزا أو كان أعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان وهل يتعلق المال برقبته فيه وجهان يذكران في موضعهما والاطهر المنع (وإذا قلنا) يتعلق ببيع في الجناية فعلى السيد أن برهن قيمته مكانه وإذا جنى مثل هذا العبد فقال السيد أنا أمرته بذلك لم يقبل قوله في حق المجني عليه بل يباع العبد فيها وعلى السيد القيمة لاقرارته وان كان العبد مميزا يعرف أنه لا يطاع السيد فيه بالغا كان أو غير بالغ فهو كما لو لم يأذن السيد إلا أنه يأثم بما فعل وإذا عرفت ما ذكرناه لم يخف عليك أن قوله وبيع في الدين أراد به دين الجناية فان الغرض فيما إذا نسبت الجناية إلى السيد والا فلا يكون الفوات بغير بدل *

قال (فان جنى على عبد السيد أو السيد نفسه فله القصاص كما للاجنبي * وليس له الارش والبيع إذ لا يستحق شيئا على عبد نفسه * ولو جنى على عبد أبيه وانتقل إليه بموته ففي استحقاقه الفك خلاف لانه في حكم الدوام * وان جنى على آخر له مرهون من غير هذا المرتهن فله قتله * وان فات حق المرتهن فان عفا على مال تعلق حق مرتهن القتل بالعبد * وان عفا بغير مال فهو كعفو المحجور عليه * ولو أوجب أرشا فلمرتهن القتل أن يطلب بيعه في حقه * وان كان القتل أيضا مرهونا عنده فهو فوات محض في حقه إلا أن يكون القتل مرهونا بدين آخر يخالف هذا الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر) * (القسم الثاني) أن تتعلق الجناية بالسيد وفيه مسائل (أحداها) إذا جنى العبد المرهون على طرف سيده عمدا فله القصاص للزجر والانتقام وهو أحوج إلى ذلك من الاجانب فان اقتص بطل الرهن وان عفا على مال أو كانت الجناية خطأ فعن ابن سريج أنه يثبت المال ويتوصل الراهن به إلى فك الرهن (والمذهب) أنه لا يثبت لان السيد لا يثبت له على عبده مال ويبقى الرهن كما كان وان جنى على نفسه عمدا فللوارث القصاص فان عفا على مال أو كانت الجناية خطأ ففي ثبوت المال قولان منقولان عن الام (أحدهما) يثبت لان الجناية ههنا

حصلت في ملك غير الوارث فجاز أن يثبت له المال كما ثبت للاجنبي
(وأصحهما) أنه لا يثبت أيضا لانه لو ثبت لثبت على مملوكه والقولان عند

[153]

أبى هريرة والشيخ أبى حامد مبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم
يتلقاها الوارث من القتل (ان قلنا) بالاول ثبت المال لاستفادته في جناية
على الغير (وان قلنا) بالثاني لا يثبت لانه لم يثبت للقتيل حق يتلقى منه
وأبى الجمهور هذا البناء وقالوا قضية القولين أن لا يثبت شئ (أما) إذا قلنا
بالتلقى فظاهر (وأما) إذا قلنا بالقول الآخر فلانه كما يمنع ابتداء اثبات
المال للمالك في ماله دما وأما يمتنع ابتدائه للمالك ابتداء (الثانية) لو جنى
على طرف من يرثه السيد كأبيه وابنه عمدا فله القصاص وله العفو على
مال ولو جنى خطأ ثبت المال فان مات قبل الاستيفاء وورثه السيد
فوجهان (أصحهما) عند الصيدلاني والامام أنه كما انتقل إليه سقط ولا
يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين كما لا يجوز له ابتداءه والثاني
وهو الذي أورده العراقيون أنه لا يسقط وله بيعه فيه كما كان للمورث
ويحتمل في الاستدامة مالا يحتمل في الابتداء وشبه الاصحاب الوجهين
بالوجهين فيما إذا ثبت له دين على عبد غيره ثم ملكه يسقط أو يبقى حتى
يتبعه به بعد العتق واستبعد الامام هذا التشبيه وقال كيف يكون الاستحقاق
الطارئ

[154]

على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق ثم أجاب بأن الدين إذا
ثبت لغيره فنقله إليه بالارث إدامة لما كان كما أن ابقاء الدين الذي كان له
على عبد الغير بعد ما ملكه إدامة لما كان فانتظم التشبيه من هذا الوجه
والى هذا المعنى أشار صاحب الكتاب بقوله لانه في حكم الدوام * ولو
كانت الجناية على نفس مورثه وكانت عمدا فللسيد الاقتصاص فان عفا
على مال أو كانت خطأ بنى ذلك على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم
يتلقاها عن المورث (ان قلنا بالاول) لم يثبت (وان قلنا) بالثاني فعلى
الوجهين فيما إذا جنى على طرفه ثم انتقل إليه بالارث (الثالثة) لو قتل
عبدا آخر للمراهن نظر ان لم يكن المقتول مرهونا فهو كما لو جنى على
السيد والحكم في القن والمدبر وأم الولد سواء وان كان مرهونا أيضا فله
حالتان (إحدهما) أن يكون مرهونا عند غير مرتهن القاتل فان قتل عمدا
فللسيد الاقتصاص ويبطل الرهنان جميعا وان عفا على مال أو كان القتل
خطأ وجب المال متعلقا برقبة العبد لحق مرتهن القتل فان السيد لو أتلف
المرهون لغرم حق المرتهن فلان يتعلق الغرم بعبده كان أولى وان عفا
بغير مال (فان قلنا) موجب العمد أحد الامرين وجب المال ولم يصح عفو
عنه الا برضى المرتهن (وان قلنا) موجب القود (فان قلنا) مطلق العفو لا
يوجب المال لم يثبت شئ (وان قلنا) يوجب فوجهان قال

في التهذيب (أصحهما) أنه لا يثبت أيضا لان القتل غير موجب على هذا التقدير فعفوه المطلق أو على مال نوع اكتساب للمرتهن وان عفا مطلقا (فان قلنا) مطلق العفو يوجب المال يثبت عليه المال كما لو عفا على مال (وان قلنا) لا يوجب صح العفو وبطل رهن مرتهن المقبول وبقي القاتل رهنا كما كان والحكم في عفو المفلس المحجور عليه كالحكم في عفو الراهن والراهن محجور عليه في المرهون كما أن المفلس محجور عليه في جميع أحواله ثم مهما وجب المال نظر ان كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فوجهان (أحدهما) أنه ينقل القاتل إلى يد مرتهن القاتل ولا يباع لأنه لا فائدة فيه (وأظهرهما) وهو اختيار القاضي الحسين أنه يباع ويجعل الثمن في يده لان حقه في مالية العبد لا في العين وأيضاً فقد رغب راعب بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بتلك الزيادة وان كان أكثر من قيمة القاتل فعلى الوجه الاول ينقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القاتل وعلى الثاني يباع منه قدر الواجب ويبقى

الباقى رهنا فان تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقيص بيع الكل وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل * واعلم أن الوجهين انما يظهر ان فيما إذا طلب الراهن النقل وطلب مرتهن القاتل البيع ففي وجه يجاب هذا وفي وجه يجاب ذلك أما إذا طلب الراهن البيع ومرتهن القاتل النقل فالجواب الراهن لأنه لا حق لصاحبه في عينه ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقتين فهو المسلوب لا محالة ولو اتفق الراهن ومرتهن القاتل على النقل قال الامام ليس لمرتهن القاتل المناقصة فيه وطلب البيع وقضية التوجيه الثاني لظاهر الوجهين أن له ذلك (الحالة الثانية) أن يكون مرهونا عند مرتهن القاتل أيضا فان كان العبدان مرهونين بدين واحد بعد انتقصت الوثيقة ولا مستدرك كما لو مات أحدهما وان كان مرهونين بدينين نظر في الدينين أيختلفان حلولا وتأجيلا أم لا يختلفان (أما) في القسم الاول فله أن يتوثق لدين القاتل بالقتيل لأنه ان كان الحال دين القاتل فقد بريد الوثيقة بالمؤجل ويطالب الراهن بالحال في الحال وان كان الحال دين المقبول فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال وكذا الحكم لو كانا مؤجلين وأحد الاجلين أطول (وأما) القسم الثاني فينظر أبين الدينين اختلاف في القدر أم لا ان لم يكن بينهما اختلاف في القدر كعشرة وعشرة فان كان العبدان مختلفا القيمة وكانت قيمة القاتل أكثر لم

تنقل الوثيقة وان كانت قيمة القاتل أكثر نقبل منه قدر قيمة القاتل إلى دين القاتل وبقي الباقي رهنا بما كان وان كانا متساويين في القيمة بقي القاتل مرهونا بما كان ولا فائدة في النقل وان كان بين الدينين اختلاف كعشرة وخمسة نظر ان تساوى العبدان في القيمة أو كان القاتل أكثرهما قيمة فان كان المرهون بأكثر الدينين القاتل فله توثيقه بالقاتل وان كان

المرهون بأقلهما القليل فلا فائدة في نقل الوثيقة وان كان القليل أقلهما قيمة فان كان مرهونا بأقل الدينين فلا فائدة في نقل الوثيقة وان كان مرهونا بأكثرهما نقل من القاتل قدر قيمة القليل إلى الدين الآخر وحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع ويقام ثمنه مقام القليل أو مقام عينه مقامه فيه الوجهان السابقان (وقوله) في الكتاب وله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر يوافق أظهر الوجهين منهما (وقوله) بدين يخالف هذا الدين قد يبحث عنه فيقال ظاهره يقتضى تأثير اختلاف الدينين في الجنس كالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل وكذلك يقتضى تأثير اختلافهما في الاستقرار وعدم الاستقرار كما إذا كان أحدهما عوض ما يتوقع رده بالعيب أو صدافاً قبل الدخول فهل الأمر كذلك أم لا (الجواب) أما الأول فان صاحب الكتاب صرح في الوسيط بتأثير اختلاف الجنس وهو متجه في المعنى لكن الشافعي رضى الله عنه نص على خلاف وبه قال الاصحاب على طبقاتهم وأما الثاني فان كان القاتل مرهونا بالدين المستقر فلا معنى لنقل الوثيقة وان كان مرهونا بالآخر ففي الشامل ان أبا اسحق حكى فيه وجهين والاكثرون لم يعتبروا سوى ما قدمناه من وجوه الاختلاف والله أعلم * (فرع) لو تساوى الدينان في الاوصاف وحكمنا بأن الوثيقة لا تنقل فلو قال المرتهن أنى لا آمنه

[158]

وقد جنى فيبعوه وضعوا ثمنه مكانه هل يجاب إليه روي الامام فيه وجهين * (فرع) لو جنى على مكاتب السيد ثم انتقل الحق إليه بموته أو عجزه فهو كما لو انتقل من المورث وقد مر * قال (وينفك الرهن أيضاً بقضاء كل الدين * فان قضى بعضه بقى كل المرهون مرهونا ببقية الدين * وكذا إذا رهن عبيدين وسلم أحدهما كان مرهونا بحملة الدين (ح) * وكذا لو تلف أحدهما إلا أن يتعدد العقد والصفقة أو مستحق الدين أو المستحق عليه فينفصل أحدهما عن الآخر ولا ينظر إلى تعدد الوكيل واتحاده * وفي النظر إلى تعدد الملك في المرهون المستعار من شخصين خلاف مهما قصد بقضائه فك نصيب أحدهما * وإذا مات الراهن فقضى أحد ابنيه نصف المدين لم ينفك (و) نصيبه * ولو تعلق دين باقرار الورثة بالتركة فقضى واحد نصيبه ففي انفكاك الحصة قولان) * (الثالث) من أسباب انفكاك الرهن براءة الذمة عن الدين بتمامه اما بالقضاء أو الابراء أو الحوالة أو الاقالة المسقطلة للثمن المرهون به أو المسلم فيه المرهون به ولو اعتاض عن الدين عينا ارتفع الرهن أيضا لتحول الحق من الذمة إلى العين ثم لو تلفت العين قبل التسليم بطل الاعتياض ويعود الرهن كما عاد الدين قاله في التتمة ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن كما أن حق الحبس

[159]

يبقى ما بقى شيء من الثمن ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقى شيء من المال وهذا لان الرهن وثيقة لجميع الدين وكل جزء منه كالشهادة ولو رهن عبيدين وسلم أحدهما كان المسلم مرهونا بجميع الدين خلافا لابي حنيفة رحمه الله أنه لو سلمهما ثم تلف أحدهما كان الباقي رهنا بجميع الدين

فيقس عليه ولو رهن دارا فانهدمت بعد القبض فالنقض والعرضة مرهونان بجميع الدين وانما الغرض انفكاك الرهن في بعض المرهون دون بعض بأحد أمور (أولها) تعدد العقد كما ادارهن أحد نصفى العبد بعشرة في صفقة ونصفه الآخر في صفقة أخرى (وقوله) وان تعدد العقد والصفقة لفظان مترادفان وقد يؤكد بمثلهما (والثاني أن يتعدد المستحق للدين كما إذا رهن رجل من رجلين بدينهما عبدا بينهما صفقة واحدة ثم برئت ذمته عن دين أحدهما بأداء أو ابراء ينفك من الرهن بقسط دينه خلافا لابي حنيفة حيث قال لا ينفك شيء حتى يؤدي دينهما جميعا ولا يخفى وجه قولنا في المسألة ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب أو مستحق الدين مع الحاء بالواو لان عن صاحب التقریب روايه وجه غريب أنه إذا اتحد جهة الدينين كما لو أتلف عليهما مالا أو ابتاع منهما لم ينفك شيء بالبراءة عن دين أحدهما وإنما ينفك إذا اختلفت الجهتان (والثالث) ان يتعدد من عليه الدين كما لو رهن رجلان من رجل بدينه عليهما فإذا أدى أحدهما نصيبه أو برأه المستحق انفك نصيبه وعن أبي حنيفة فيما رواه الصيدلاني وغيره أنه لا ينفك حتى يبرئا عن حقه جميعا وجوز هذا الرهن وان لم يجوز رهن المشاع (والرابع) لو وكل رجلان رجلا ليرهن عبدهما من زيد بدينه عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين ما عليه فعن بعض الاصحاب تخريجه على قولين

[160]

سندكرهما على الاثر والصحيح الحزم بأنه ينفك نصيبه ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده قال الامام لان مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده ومهما تعدد المستحق أو المستحق عليه فقد تعدد الدين ويخالف ما نحن فيه البيع والشراء حيث ذكرنا خلافا في أن الاعتبار في تعداد الصفقة واتحادها بالمتبايعين أو الوكيل لان الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر (الخامس) إذا استعار عبدا من مالكية لرهنه فرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد به الشيوغ من غير تخصيص بحصة لم ينفك من الرهن شيء وان قصد أداءه عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه فقولان (أحدهما لا ينفك كما لو استعاره من واحد (والثاني) ينفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه والمعنى فيه النظر إلى تعدد الملك وقطع النظر عن العاقد وفي عيون المسائل ما يدل على أن هذا أظهر القولين ولو كان لشخصين عبداً تماثلا القيمة فاستعارهما للرهن فرهنهما ثم قضى نصف الدين ليخرج أحدهما عن الرهن فطريقان (قيل) يخرج لانضمام تعدد المحل إلى تعدد المالك (والاصح) طرد القولين وإذا قلنا بالانفكاك فلو كان الرهن مشروطا في بيع فهل للمرتهن الخيار إذا كان جاهلا بأنه لمالكين فيه رأيان نسبهما الاكثرون إلى ابن سريج وحكاهما أبو بكر الفارسي قولين (أصحهما) أن له الخيار لان مقتضى الرهن المطلق أن لا ينفك

[161]

شيء منه إلا بعد أداء جميع الدين ولم يحصل ذلك ونقل المحاملى وغيره في أصل المسألة قولا ثالثا وهو أن المرتهن ان كان عالما بأن العبد لمالكين فللراهن فك نصيبه بأداء نصف الدين وان كان جاهلا لم يكن للراهن فكه إلا بأداء الكل قال الامام ولا نعرف لهذا وجها فان عدم الانفكاك لاتحاد الدين

والعاقدین وهذا لا یختلف بالعلم والجهل وإنما أثر الجهل الخیار علی ما
بیناه * ولو استعار من رجلین ورهن من رجلین كان نصیب كل واحد من
المالكین مرهونا من الرجلین فلو أراد فك نصیب أحدهما بقضاء نصف دین
كل واحد منهما فعلى القولین ولو أراد فك نصف العبد بقضاء دین أحدهما
فله ذلك بلا خلاف ولو استعار اثنان من واحد ورهنا من واحد ثم قضی
أحدهما ما علیه انفك النصف لتعدد العاقد هذا هو المنقول وقد یخطر
بالبال أنه إذا تعدد المالك واتحد العاقد ینظر إلى تعدد المالك علی رأی
فلم لا ینظر إلى اتحاده إذا اتحد المالك وتعدد العاقد ویجوز أن یجاب عنه
بأننا انما نلاحظ جانبه بما ینفعه لا بما یضره *

[162]

(فرع) قال فی التهذیب لو استعار لبرهن من واحد فرهن من اثنین أو
بالعکس لا یجوز (أما) فی الصورة الأولى فلانه لم یؤذن (وأما) بالعکس
فلانه إذا رهن من اثنین ینفك بعض الرهن بأداء دین أحدهما وإذا رهن من
واحد لا ینفك بشئ إلا بأداء الجمیع ونقل صاحب التتمة وغيره فی الطرفین
الجواز والأول أصح (والسادس) لو رهن عبدا بمائة ثم مات عن اثنین
فقضی أحدهما حصته من الدین هل ینفك نصیبه من الرهن عن صاحب
التقرب أنه علی قولین (أحدهما) ینفك كما لو رهن فی الابتداء اثنان
(وأصحهما) وبه قطع قاطعون أنه لا ینفك لان الرهن فی الابتداء صدر من
واحد وأنه انما أثبت وثيقة قضیتها حبس كل المرهون إلى أداء كل الدین
فوجب ادامتها ولو مات من علیه الدین وتعلق الدین بتركته فقضی بعض
الورثة نصیبه من الدین قال الامام لا یبعد أن ینفك انفكاً نصیبه من الرهن
علی قولین بناء علی أن أحد الورثة لو أقر بالدین وأنكر الباقون هل یلزم
المقر أداء جمیع الدین من حصته من التركة وعلی هذا البناء فالاصح
الانفك لان الجدید لا یلزمه أداء جمیع الدین مما فی یده من التركة وأیضا
فان تعلق الدین بالتركة إذا مات الراهن (إما) أن ینفك

[163]

کتعلق الرهن أو كتعلق الارش بالجاني (إن) كان الاول فهو كما لو تعدد
الراهن (وان) كان الثاني فهو كما لو جني العبد المشترك فادی احد
الشريکین نصیبه ینقطع التعلق عنه (واعلم) أن الحكم بانفكاً نصیبه إنما
یظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعلق الملاك ولو كان الموت مسبقاً
بالمريض فیکون التعلق سابقاً علی ملك الورثة فان للدين أثراً بینا فی
الحجر علی المريض فیشبه أن ینفك القول فی انفكاً نصیبه كما مر فی
الصورة السابقة (وقوله) فی الكتاب باقرار الورثة قید قد ذكره ههنا وفي
الوسیط وصورة المسألة غنية عنه فان التعلق لا یختلف بین أن ینفك ثبوت
الدین بالبينة أو بالاقرار ولم یتعرض صاحب النهاية لهذا القید * قال
(ومهما انفك نصیب أحدهما فله أن ینقسم المرتهن بعد اذن الشريك
الراهن بناء علی الاصح فی أن حكم القسمة فی مثل هذا حكم الاقرار لا
حكم البیع) * إذا كان المرهون لماكن وانفك الرهن فی نصیب أحدهما بأداء
أو ابراء وأراد الذى انفك نصیبه القسمة نظر ان كان المرهون مما ینقسم
بالاجزاء كالمكيلات والموزونات قال الشافعی رضی الله عنه كان للذى

انفك نصيبه أن يقاسم المرتهن باذن شريكه وان كان مما لا ينقسم
بالاجزاء كالتياب والعبيد قال اصحابنا العراقيون لا يجاب إليه ومثاله أن
يرهننا عبيدين مشتركين متساويا القيمة وانفك الرهن عن نصف كل عبد
فأراد من انفك نصيبه أن ينفرد بعبد وينحصر الرهن في عبد فأن كان
المرهون ارضا مختلفة الاجزاء كالدار وطالب من انفك نصيبه القسمة
قالوا على الشريك أن

[164]

يساعد وفي المرتهن وجهان (أظهرهما) أن له أن يمتنع لما في القسمة
من التشقيص وقلة الرغبات وهذا ما ضمنه العراقيون طرقيهم وزاد آخرون
منهم أصحاب القفال فقالوا تجوز القسمة حيث جوزناه مبني على أن
القسمة افراز حق فاما إذا جعلناها بيعا فهي بيع المرهون بغيره وهو
فيمتنع ثم إذا جوزنا القسمة فسيبيل الطالب أن يراجع الشريك فان ساعده
فذاك والا رفع الامر إلى القاضى ليقسم ونقل الصيدلانى وجهها أنه لا حاجة
إلى اذن الشريك في المتمثلات لان قسمتها قسمة اجبار والمذهب الاول
* فلو قاسم المرتهن وهو مأذون من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع
المالك جاز والا فلا وإذا منعناها فلو رضى المرتهن فالمفهوم من كلام
المعظم صحتها وقال الامام لا يصح ولو رضى لان رضاه انما يؤثر في فك
الرهن أما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهنا فلا وهذا اشكال قوى
(وقوله) في الكتاب وله أن يستقسم المرتهن بعد اذن الشريك الآخر يوافق
اللفظة التى نقلناها عن الشافعي رضى الله عنه والقسمة في الحقيقة
انما تجرى مع الشريك لانه المالك لكن لما كان المرهون في يد المرتهن
وكان فصل الامر معه أهون حسن القول بانه يقاسمه بذن المالك (وقوله)
بناء على الاصح سيأتي في موضعه في أن حكم القسمة في مثل هذا حكم
الافراز يعنى بقوله في مثل هذا المكيلات ولموزونات ونحوهما وفيه النص

[165]

الذى نقلناه وقد بين ذلك في الوسيط وكان في خاطره ههنا الا أنه أغفل
ذكره ثم القول بأن الاصح فيها قول الافراز غير مساعد عليه كما سيأتي
في موضعه ثم أطبقوا على تجويز القيمة ههنا وجعلوا تأثير قولنا إنها بيع
في افتقارها إلى إذ المرتهن والله أعلم * ولو أراد الراهنان القسمة قبل
انفكاك شئ من المرهون فعلى التفصيل الذى بيناه ولو رهن واحد من
اثنين وقضى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقى فيه الرهن فعلى
اشتراط رضى الذى بقى رهنه ما ذكرناه والله أعلم * قال (ولو قال
للمرتهن بيع المرهون لى واستوف الثمن لى ثم استوفه لنفسك فعلى
استيفائه لنفسه تردد من حيث اتحاد القايض والمقبض * وان قال بعه لى
واستوف الثمن لنفسك فسد استيفاءه وكان مضمونا في يده لانه استيفاء
فاسد فأشبهه الصحيح في الضمان * ولو قال بيع لنفسك بطل الاذن إذا كيف
يبيع ملك غيره لنفسه * ولو قال بيع مطلقا فالاصح صحته وتنزيله على البيع
للراهن) *

[166]

وجه انتظام هذه المسائل في هذا الموضوع ان الدين تارة يقضى من غير المرهون وأثره الانفكاك على ما تقرر وتارة يقضى منه بأن يباع فيه وقد مر بيان أنه متى يباع ومن يبيعه وأنه لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه ماذا حكمه وبتكلم الآن في صيغة اذنه ببيان صور (أحداها) لو قال للمرتهن بع المرهون لى واستوف الثمن ثم استوفه لنفسك صح منه البيع والاستيفاء للراهن ثم لا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والامساك لان قوله ثم استوف لنفسك مشعر باحداث فعل فيه فلا بد اذن من اذن جديد لو قيل جديد على ما هو بيان القبض في المقدرات ولو كانت الصيغة ثم أمسكه لنفسك فلا بد من احداث فعل أيضا أم يكفي مجرد الامساك حكى الامام فيه وجهين وقال أولهما أظهرهما ثم إذا استوفاه لنفسه ففيه وجهان ذكرناهما في نظائر المسألة في البيع لاتحاد القايض والمقبض فان صحناه برئت ذمة الراهن

[167]

عن الدين والمستوفى من ضمانه وان أفسدناه وهو الاصح لم يبرأ ولكن يدخل المستوفى في ضمانه أيضا لان القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان (الثانية) لو قال بعه واستوف الثمن لنفسك صح البيع ولم يصح استيفاء الثمن لانه لما لم يصح قبض الراهن لا يتصور منه القبض لنفسه وههنا كما قبضه يصير مضمونا عليه (الثالثة) لو قال بعه لنفسك فقولان (أصحهما) أن الاذن باطل ولا يتمكن من البيع لانه لا يتصور أن يبيع الانسان مال غيره لنفسه (والثانى) حكاه صاحب التقريب أنه يصح اكتفاء بقوله بع والغاء لقوله لنفسك وأيضا فان السابق إلى الفهم منه الامر بالبيع لغرضه وهو التوسل به إلى وفاء الدين (الرابعة) لو أطلق وقال بعه ولم يقل لى ولا لنفسك فوجهان (أصحهما) صحة الاذن بالبيع ووقوعه للراهن كما لو قال لاجنبى بعه (والثانى) المنع وعلوه بمعنيين (أحدهما) أن البيع

[168]

مستحق للمرتهن بعد حلول الحق والكلام مفروض فيه وإذا كان كذلك تقييد الاذن به وصار كأنه قال بعه لنفسك (والثانى) أنه متهم في ترك النظر استعجالا للوصول إلى الدين وعلى التعليلين لو كان الدين مؤجلا فقال بعه صح الاذن لعدم الاستحقاق والتهمة فان قال مع ذلك واستوف حقه من ثمنه جاءت التهمة ولو قدر له الثمن لم يصح على التعليل الاول ويصح على الثانى وكذا لو كان الراهن حاضرا عند البيع قال الامام ومن قال بالمنع أول قوله في المختصر ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضر رب الرهن وقال معناه إلا أن يخصره الراهن فيبيعه وهذا ما وعدت أن أذكره من تأويله والله أعلم *

< * (الباب الرابع في النزاع بين المتعاقدين) * > قال (وهو في أربعة أمور (العقد الاول) ومهما اختلفا فيه فالقول قول الراهن إذ الاصل عدم الرهن * فلو ادعى المرتهن أن النخيل التي في الارض مرهونة مع الارض فللراهن أن ينكر رهنها أو وجودها ويحلف ان لم يكذبه الحس في انكار الوجود فان كذبه واستمر على انكار الحس جعل نا كلا عن اليمين ورد على المرتهن الا أن يعدل إلى نفي الرهن فيحلف عليه * التنازع في باب الرهن يفرض في أمور (أحدها) أصل العقد فإذا قال رب الدين رهنتي كذا وأنكر المالك أو رهنتي عبدك فقال بل ثوبي فالقول قول الراهن مع يمينه لان الاصل عدم

الرهن وكذا لو اختلفا في قدر المرهون به فقال الراهن رهنته بالف وقال المرتهن بل بالفين وبه قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك أن القول قول من قيمة المرهون أقرب الي ما يقوله * ولو اختلفا في قدر المرهون فكذلك القول قول الراهن ومن صورة أن يرهن ارضا فيها أشجار ثم قال الراهن رهنت الارض دون ما فيها وقال المرتهن بل بما فيها وكذا لو قال هذه الاشجار مرهونة منى كالارض وأنكر الراهن ولو قال رهنتها مع الارض يوم رهن الارض وقال الراهن ان هذه الاشجار أو بعضها لم تكن يوم رهن الارض وانما أحدثتها بعدها نظر ان كانت الاشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن فالمرتهن كاذب والقول قول الراهن بلا يمين وان كانت بحيث لا يتصور حدوثها فالراهن كاذب ثم ان سلم في معارضتها أنه رهن الارض بما فيها كانت الاشجار مرهونة كما يقول المرتهن ولا حاجة

إلى التحليف فيها وان زعم رهن الارض وحدها أو رهن ما سوى الاشجار المختلف فيها أو اقتصر على نفي الوجود فلا يلزم من كذبه في انكار الوجود كونها مرهونة فيطالب بجواب دعوى الراهن فان استمر على انكار الوجود واقتصر عليه جعل نا كلا وردت اليمين على المرتهن وان رجع إلى الاعتراف بالوجود وأنكر رهنها قبل انكاره وعرض عليه اليمين لجواز كونه صادقا في نفي الرهن وان كذب في نفي الوجود * ولو كانت الاشجار بحيث تتحمل الوجود يوم رهن الارض والحدوث بعده قالقوا قول الراهن لما مر فإذا حلف هي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الاحكام وقد بينها من قبل وهذا كله تفريع على الاكتفاء منه بانكار الوجود وهو الصحيح لان في انكار الوجود يوم الرهن انكار ما يدعيه المرتهن وهو رهنها مع الارض وفيه وجه سيأتي في نظائر المسألة في الدعاوي أنه لا بد من انكار الرهن صريحا * واعلم أن الحكم بتصديق الراهن في هذه الصورة مفروض فيما إذا كان اختلفا في رهن تبرع (فاما) إذا اختلفا في رهن مشروط في بيع فالجواب أنهما يتحالفان كما في سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه الاختلاف (وأما) لفظ الكتاب فقوله فالمراهن أن ينكر رهنها أو

وجودها لدى الرهن معناه أنه يقع منه بكل واحد من الإنكارين ويعتد به جواباً ولك أن تعلم قوله أو وجودها - بالواو - للوجه الذي حكيناه (وقوله) قبله فلو ادعى المرتهن أن النخل التي في الأرض مرهونة مع الأرض أي رهنها يوم رهن الأرض والا فلو اقتصر على دعوى رهنها لم يكن إنكار وجودها يوم رهن الأرض يكتفى به الجواب إذ لا يلزم أن تكون موجودة يومئذ أن لا تكون مرهونة (وقوله) فإن كذبه واستمر على إنكار الحس أي اقتصر على كلامه الأول بعد ما طالبناه بجواب دعوى الرهن على ما أوضحتها *

[172]

قال (ولو ادعى على رجلين رهن عبيدهما عنده فلاحدهما أن يشهد على الآخر إذا انفرد بتكذيبه * ولو ادعى رجلان على واحد فصدق أحدهما فهل له أن يشهد للمكذب فيه وجهان بينين على أنه هل يشاركه فيما سلم له لو لم يشهد) * إحدى صورتى الفصل أن يدعى رجل على رجلين أنهما رهننا منه عبيدهما الفلاني بمائة واقبضاه فإن أنكر المدعى عليهما الرهن أو الرهن والدين والدين جميعاً فالقول قولهما مع اليمين فإن صدق أحدهما دون الآخر فنصيب المصدق رهن بخمسين والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه فلو شهد المصدق للمدعى على شريكه المكذب قبلت شهادته لأنها شهادة على الغير ليس فيها دفع ضرر ولا جلب نفع فإذا شهد معه آخر أو حلف المدعى معه ثبت الرهن في الكل ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رهن وشهد عليه فوجهان ويقال قولان (أحدهما) وبه قال الشيخ أبو حامد أنه لا تقبل شهادة واتحد منهما لأن المدعى يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم بالحدود وطعن المشهود له في الشاهد يمنع قبول شهادته له (والثاني) تقبل وبه قال الأكثرون ولأنهما ربما نسياً وإن تعمداً فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق ولهذا لو تخاصم رجلان في شيء ثم شهدا في حادثة تقبل شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم فعلى هذا إذا حلف مع كل واحد منهما أو أقام شاهد آخر ثبت رهن الكل وعن أبي الحسن بن القطان الذي شهد أولاً تقبل شهادته دون أن الذي شهد آخراً لأنه انتهض خصماً منتقماً والثانية ادعى رجلان على واحد أنك رهنتنا عبدك هذا بمائة واقبضناه فإن صدقهما أو كذبهما لم يخف الحكم وإن صدق أحدهما دون الآخر فنصف العبد مرهون عند المصدق ويحلف الآخر وهل تقبل شهادة المصدق على المكذب للمكذب (أطلق) مطلقون أنها لا تقبل وقال القاضي ابن كج تقبل وحكى الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين بناء على أن الشريكين

[173]

إذا ادعى حقاً أو ملكاً بابتياح أو غيره فصدق المدعى على أحدهما دون الآخر يستبد المصدق بالنصف المسلم أو يشاركه الآخر فيه وفيه وجهان (إن قلنا) إنه يستبد المصدق بالنصف قبلت شهادته للشريك والا فلا لأنه يدفع بشهادته زحمة الشريك عن نفسه والكلام في الأصل المبني عليه يذكر في الصلح إن شاء الله تعالى والذي ينبغي أن يفتى به فيما نحن فيه القبول إن كان الحال لا يقتضي الشركة والمنع أن اقتضت الشركة لأنه دافع وذكر في

التهديب أنه ان لم ينكر الا الرهن قبلت شهادته للشريك وان أنكر الدين والرهن فحينئذ يفرق بين أن يدعى الارث أو غيره ولك أن تقول كما أن الاستحقاق في الدين يثبت بالارث تارة وبغيره أخرى فكذلك استحقاق الرهن فليجز التفصيل وان لم ينكر إلا الرهن * (فرع) منصوص عليه في رواية الربيع ادعى زيد وعمرو على ابي بكر أنهما رهنا عبدهما المشترك بينهما بمائة فصدق احد المدعين ثبت ما ادعاه وكان له على كل واحد منهما ربع المائة ونصف نصيب كل واحد منهما مرهونا به وان صدق أحد الاثنين زيدا والآخر عمرا ثبت الرهن في نصف العبد لكل واحد من المدعين في ربه فربع المائة لان كل واحد منهما يدعى على الاثنين نصف العبد ولم يصدق إلا أحدهما ثم لو شهد أحد الاثنين على الآخر قبلت شهادته ولو شهد أحد المدعين للآخر فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية والمسألة ظاهرة من جهة المعنى لكن في فهمهما وتصورها تعقيد حكى الصيدلاني أن ابن سريج قال ما انتهيت إليها الا احتجت إلى الفكرة في صورتها حتى اثبتها على حاشية الكتاب *

[174]

(فرع) منصوص عليه في المختصر ادعى رجلان على واحد فقال كل واحد منهما رهنتني عبدك هذا وأقبضتنيه نظر ان كذبهما جميعا فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما يمينا وإن كذب أحدهما وصدق الآخر قضى بالرهن للمصدق وهل للمكذب تحليفه فيه قولان (أصحهما) لا قاله في التهذيب وهما مبنيان على أنه لو أقر بمال لزيد ثم أقر به لعمر وهل يغرم قيمته لعمر وفيه قولان وكذا لو قال رهنت هذا من زيد وأقبضته ثم قال لا بل رهنته من عمرو وأقبضته هل يغرم قيمته للثاني ليكون رهنا عنده (إن قلنا) يغرم فله تحليفه فربما يقر ويأخذ القيمة (وان قلنا) لا يغرم يبني على أن النكول ورد اليمين بمثابة الاقرار أو البينة (إن قلنا) بالاول لم يحلف لان غايته أن ينكل فيحلف وذلك مما لا يفيد شيئا كما لو أقر (وان قلنا) بالثاني حلفه فان نكل فحلف اليمين المردودة فغيما يستفيد به وجهان (أحدهما) يقضى له بالرهن وينتزع من الاول وفاء بجعله كالبينة (وأصحهما) انه يأخذ القيمة من المالك لتكون رهنا عنده ولا ينتزع المرهون من الاول

[175]

لانا وان جعلناه كالبينة فانما نجعل ذلك بالاضافة إلى المتداعيين ولا نجعله حجة على غيرهما وان صدقهما جميعا نظر ان لم يدعى السابق أو ادعاه كل واحد منهما وقال المدعى عليه لا أعرف السابق منكما وصدقاه فوجهان (أحدهما) أنه يقسم الرهن بينهما كما لو تنازعا ملكا في يد ثالث واعترف صاحب اليد لهما بالملك (وأصحهما) انه يحكم ببطلان العقد كما إذا زوج وليان من شخصين ولم يعرف السابق منهما وان ادعى كل واحد منهما السابق وان الراهن علم بصدقه وانه بقي علمه بالسبق فالقول قوله مع يمينه فان نكل ردت اليمين اليهما فان حلف أحدهما دون الآخر قضى له وان حلفا أو نكلا تعذر معرفة السابق وعاد الوجهان وان صدق أحدهما في السابق وكذب الآخر قضى للمصدق وهل يحلفه المكذب فيه القولان

السابقان وحيث قلنا يقضى للمصدق فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب
فان كان فقولان

[176]

(أحدهما) وهو اختيار المزني أخيرا أن يده ترجع على تصديق الراهن الآخر
وتقتضي له بالرهن (وأصحهما) أن المصدق مقدم لان اليد لادلالة لها على
الرهن ألا ترى أنه لا تجوز الشهادة بها على الرهن ولو كان العبد في
أيديهما معا لمصدق مقدم في النصف الذي هو في يده وفي النصف
الآخر قولان والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض لا بسبق العقد
حتى لو صدق هذا في سبق العقد وهذا في سبق القبض فالمقدم الثاني *
(فرع) دفع متاعا إلى رجل وأرسله إلى غيره ليستقرض منه الدافع ويرهن
المتاع به ففعل ثم اختلفا فقال المرسل إليه استقرض مائة ورهن المتاع
بها باذنك وقال المرسل لم أذن له الا في

[177]

خمسين نظرا ان صدق الرسول المرسل فالمرسل إليه مدع عليهما على
المرسل بالاذن وعلى الرسول بالاخذ فالقول قولهما في نفي ما يدعيه
وان صدق المرسل إليه فالقول في نفي الزيادة قول المرسل ولا يرجع
المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل لانه
مظلوم بقوله وان لم يصدقه رجع عليه هكذا ذكروه وفيه إشكال لان
الرسول وكيل الرسل ويقبضه يحصل الملك للموكل حتى يغرّم له ان تندي
فيه ويسلمه إليه ان كان باقيا وإذا كان كذلك فرجوع المرسل إليه ان كان
بناء على توجه العهدة على الوكيل فليرجع وان صدقه في دفع المال إلى
المرسل كما يطالب البائع الوكيل بالشراء بالثمن وان صدقه في تسليم
المبيع إلى الموكل وان كان الرجوع لان للمقرض أن يرجع في عين القرض
مادام باقيا فهذا ليس بتعريض ورجوع ملف وانما يسترد عين المدفوع
فيحتاج إلى اثبات كونه في يده ولا يكفي فيه عدم التصديق بالدفع إلى
المرسل وان كان غير ذلك فلم يرجع إذا لم يصدقه ولم يوجد منه تعد عليه
ولا على حقه والله أعلم قال (الامر الثاني في القبض والقول فيه أيضا
قول الراهن * وكذا ان وجدناه في يد المرتهن إذا قال الراهن غصبته (و) *
ولو قال أخذته وديعة أو عارية أو بجهة أخرى مع الاذن فوجهان وانه اعترف
بقبض مأذون فيه من الراهن وأراد صرفه عنه * فلو أقيمت الحجة على
إقراره بقبض الرهن فقال كنت غلظت فيه تعويلا على كتاب الوكيل أو
إقامة على رسم القبالة (و) فله أن يحلف المرتهن على نفيه * وان قال
تعمدت الكذب فلا يسمع (و) ولا يمكن من التحليف) * الامر الثاني مما
يعرض فيه التنازع في القبض وفيه مسألتان (إحدهما) إذا تنازعا في قبض

[178]

المرهون نظر ان كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في أصل الرهن وان كان في يد المرتهن وقال أقبضيه عن الرهن وأنكر الراهن نظر ان قال غصبتيه فالقول قوله أيضا لان الاصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه في القبض وان ادعى قبضه عن جهة أخرى مأذون فيها سوى الرهن فان قال أود عتكة أو أعرت أو اكرتت أو اكرتته من فلان ما كراه منك فوجهان (أحدهما) أن القول قول المرتهن لانهما اتفقا على قبض مأذون فيه وأراد الراهن أن يصرفه إلى جهة أخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج إلى القبض (أصحهما) وهو المنصوص أن القول قول الراهن لان الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه في القبض عن الرهن وفي النهاية حكاية وجه بعيد فيما إذا قال غصبتيه أيضا أن القول قول المرتهن استدلالا باليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك ويجرى مثل هذا التفصيل فيما إذا اختلف البائع والمشتري في القبض حيث كان للبائع حق الحبس ؟ إلا أن الاظهر ههنا الحكم بحصول القبض إذا كان المبيع عند المشتري وادعى البائع أنه إعارة أو أودعه لتقوى اليد بالملك وهذا يتفرع على أن حق الحبس لا يبطل بالإيداع والإعارة عند المشتري وفيه وجهان ولو سلم الراهن أنه اذن له في قبضه عن جهة الرهن ولكن قال رجعت قبل أن قبضته وقال المرتهن لم ترجع فالقول قوله لان الاصل عدم الرجوع ولو قال الراهن لم تقبضه بعد وقال المرتهن قبضته فقد نقل فيه اختلاف نص عن الام واتفق الاصحاب على تنزيلهما على حالين ان كان المرهون في يد الراهن فالقول قوله وان كان في يد المرتهن فالقول قوله لان اليد قرينة دالة على صدقة (الثانية)

[179]

إقرار الراهن باقبضا المرهون مقبول ملزم لكن بشرط الامكان حتى لو قال رهنته اليوم دارى بهمدان واقبضتها إياه وهما بقزوين فهو لاغ ولو قامت الحجة على اقراره في محل الامكان فقال لم يكن إقرارى على حقيقته فحلفوه أنه قبض نظر ان ذكر لاقراره تأويلا كما إذا قال كنت أقبضته بالقول وطلبت أنه يكفي قبضا أو القى إلى كتاب عن سان وكيلي أنه أقبض ثم خرج مزورا أو قال أشهدت على رسم القبالة قبل تحقيق القبض فله تحليفه وان لم يذكر تأويلا فوجهان (عن) أبي اسحق أنه لا يمكن من التحليف ولا يلتفت إلى قوله الثاني لمناقضته الاول) وقال ابن خيران وغيره يمكن منه وهو ظاهر النص لانا نعلم أن الوثائق في الغالب يشهد عليها قبل تحقيق ما فيها فأى حاجة إلى تلفظه بذلك وهذا أصح عند العراقيين والاول أصح عند المراوزة وهذا إذا قامت الحجة على إقراره اما إذا أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه فعن الشيخ أبي محمد عن القفال أنه لا يمكن من التحليف وان ذكر لاقراره تأويلا لانه لا يكاد يقر عند القاضى الا عن تحقيق وقال غيره لافرق لشمول الانكار ولو شهد الشهود على نفس الاقباض فليس له التحليف بحال وكذا لو شهدوا على إقراره فقال ما أقررت لانه تكذيب للشهود * ولو كان الرهن مشروطا في البيع فقال المشتري وفيت وأقبضت ثم تلف الرهن فلا خيار لك في البيع وأقام على إقراره بالقبض حجة فأراد المرتهن تحليفه فهو كما ذكرنا في اقراره الراهن وطلبه يمين المرتهن وقس على هذا

ما إذا قامت البينة على إقراره لزيد بألف فقال إنما أقررت وأشهدت ليقرضني ثم إنه لم يقرضني فحلفوه وسائر النطائر (وقوله) في الكتاب فله أن يحلف المرتهن على نفيه قد أعلم بالواو لأنه روى في الوسيط إذا كذب نفسه في إقراره ثلاثة أوجه المنع المطلق وتمكينه من التحليف مطلقا والفرق بين أن يذكر سببا وتأويلا وبين أن يقول كذبت عمدا ولا يعتذر لكن المنع المطلق قل من رواه (وقوله) على نفيه أي على نفي ما يدعيه من التأويل وليس ذلك على معنى أنه يتعين محلفا عليه بل له تحليفه على القبض كما مرو ينبغي أن يكون التحليف على نفي ما يدعيه من التأويل فيما إذا نازعه المرتهن في تأويله ونفاه أما إذا لم يتعرض له وأقتصر على قوله قبضت فيقنع منه بالحلف عليه وقوله فلا يسمع ولا يمكن من التحليف يجوز اعلامه بالواو لأنه أراد ما إذا قال كذبت عمدا ولم يعتذر بشيء وقد بان الخلاف فيه * قال (الامر الثالث في الجناية فإذا اعترف الجاني وصدقه الراهن دون المرتهن أخذ الارش وفاز به * وإن صدقه المرتهن أخذ الارش وكان رهنا عنده إلى قضاء الدين * فإذا أقضى من موضع آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد * وإن جنى العبد واعترف به المرتهن فالقول قول الراهن * ولو قال

الراهن أعتقته أو غصبته قبل أن رهنت أو كان قد جنى وأضاف إلى معين مجنى عليه ففيه ثلاثة أقوال * كما في تنفيذ عتقه لأنه مالك لا تهمة فيه * فإن قلنا لا يقبل فيحلف المرتهن على نفي العلم * فإن حلف هل يغرم الراهن للمقر له يبتني على قولي الغرم بالحيلولة * وإن نكل يرد اليمين على الراهن أو على المقر له قولان * وكل واحد من المرتهن والمقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله * وإن ردنا * على الراهن فنكل فهل للمقر له الحلف لكيلا يبطل حقه بنكول غيره فيه قولان * وإن قلنا يقبل إقراره فهل للمرتهن تحليفه فيه وجهان * فإن حلفناه فنكل وحلف المرتهن اليمين المردودة ففائدة حلفه تقرير العبد في يده أو أن يغرم الراهن له قولان * ولو كان المقر به الاستيلاء فيزيد أن المستولدة تحلف إذا نكل الراهن وإن حرية الولد والنسب تثبت لا محالة * الثالث مما يتنازعان فيه الجناية إما على المرهون أو به (أما) القسم الاول فإذا جنى على العبد المرهون فجاء انسان وأقر بأنه الجاني فإن صدقه المتراهنان أو كذباه لم يخف الحكم وإن صدقه الراهن وحده أخذ

الارش وفاز به وليس للمرتهن التوثق به وإن صدقه المرتهن وحده أخذ الارش وكان مرهونا فإن اتفق قضاء الدين من غيره أو أبرأ المرتهن فوجهان (أصحهما) أنه يرد الارش إلى المقر (والثاني) يجعل في بيت المال لأنه مال ضائع لا يدعيه أحد إذ المرتهن انقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه والمقر معترف بان أداءه كان واجبا عليه وللصورة أخوات تذكر

في مواضعها ان شاء الله تعالى (القسم الثاني) الجناية من المرهون والنزاع في جنائته اما أن يقع بعد لزوم الرهن أو قبله (الحالة الاولى) ان يتنازعا في جنائته بعد لزوم الرهن فإذا أقر المرتهن بانه جنى وساعده العبد أو لم يساعده لم يقبل قوله على الراهن بل القول قول الراهن مع يمينه لان الملك له وضرر الجناية يعود إليه وإذا بيع في دين المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن إليه باقراره السابق واحتجوا بان العبد ان لم يكن جانباً فلا حق فيه لغير المرتهن وان كان جانباً فلا يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه به وإذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على ملك المشتري ولو أقر الراهن بجنائته وأنكر المرتهن فالقول قوله لان الاصل عدم الجناية وبقاء الرهن وإذا بيع في الدين فلا شئ للمقرأ له على الراهن لان الراهن لا يغرم جناية المرهون ولم يتلف بالرهن شيئاً للمقر له لكون الرهن سابقاً على الجناية وليس كما لو أقر بجناية أم الولد حيث يغرم للمقر له وان سبق الاستيلاء الجناية لان السيد يغرم جناية أم الولد وذكر القاضي ابن كج وجهها آخر أنه يقبل اقرار الراهن وبيع العبد في الجناية ويغرم الراهن للمرتهن (الحالة الثانية) أن يتنازعا في جنائته قبل لزوم

[183]

الرهن وفيها مسألتان (احدهما) أقر الراهن بانه كان قد أتلف مالا أو جنى على نفس جناية توجب المال فينظر ان لم يعين المجني على أو عينه ولكنه لم يصدقه ولم يدع ذلك فالرهن مستمر بحاله وان عينه وادعاه المجني عليه نظر ان صدقه المرتهن بيع في الجناية وللمرتهن الخيار ان كان ذلك الرهن مشروطاً في بيع وان كذبه فاصح القولين وبه قال ابو حنيفة واختاره المزني أنه لا يقبل قوله صيانة لحق المرتهن (والثاني) يقبل لانه مالك فيما أقر به فلا تنقذ تهمة في إقراره وقال من نصر الاول فيه تهمة ومواطأة للمقر له والتدرج إلى دفع الرهن والقولان كالقولين فيما إذا أقر العبد بسرقة مال ونفذه في القطع هل ننفذه في المال لانه بهذا الاقرار يضر بنفسه فلا ينفي التهمة ويجرى القولان فيما لو قال كنت غصبته أو اشتريته شراء فاسداً أو بعته قبل أن رهنته أو وهبته وأقبضته وفيما لو قال كنت أعتقته قال الشيخ أبو حامد ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد ودعواه بخلاف سائر الصور وفي الاقرار بالعتق قول ثالث أنه ان كان موسراً نفذ والا فلا تنزيراً للاقرار بالاعتاق منزلة الاعتاق ونقل امام الحرمين هذا القول الفارق في الصور كلها وجعلها على ثلاثة أقوال وتابعه المصنف * (التفريع) إن قلنا لا يقبل اقرار الراهن فالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه يحلف علي نفى العلم بالجناية وإذا حلف واستمر الرهن فهل يغرم الراهن للمجني عليه فيه قولان قال الاثمة (أصحهما) أنه يغرم وهو اختيار المزني كما لو قتله لان حال بينه وبين حقه (والثاني) لا يغرم لانه أقر في رقبة العبد بما لم يقبل اقراره فكأنه لم يقر والقولان كالقولين فيما إذا أقر بالدار لزيد ثم أقر بها لعمره هل يغرم ؟

[184]

لعمر ويعبر عنهما بقولي الغرم للحيلولة لانه بالاقرار الاول حال بين من اعترف باستحقاقه ثانياً وبين حقه (فان قلنا) يغرم طولب في الحال ان

كان موسرا وان كان معسرا فإذا أيسر وفيما يغرم المجني عليه طريقان (قال) أبو إسحق وطائفة أصح القولين أنه يغرم الأقل من قيمته وأرش الجناية (وثانيهما) أنه يغرم الارش بالغ ما بلغ وقال الاكثرون ومنهم أبو الحسن يغرم الأقل بلا خلاف كما أن أم الولد لا تغدى إلا بالأقل إذا جنت لامتناع البيع بخلاف العبد القن (وان قلنا لا يغرم الراهن فان بيع في الدين فلا شئ عليه لكن لو ملكه يوما فعليه تسليمه في الجناية وكذا لو انفك الرهن عنه فهذا إذا حلف المرتهن فان نكل فعلى من ترد اليمين فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) على الراهن لانه المالك للعبد والخصومة تجرى بينه وبين المرتهن (وأصحهما) على المجني عليه لان الحق فيما أقر له والراهن لا يدعى لنفسه شيئا وهذا الخلاف عن الشيخ أبي محمد مبني على أنه لو حلف المرتهن هل يغرم الراهن للمجني عليه (ان قلنا) نعم يرد على المجني عليه لان الراهن لا يستفيد باليمين المردودة شيئا والمجني عليه يستفيد بها اثبات دعواه وسواء قلنا ترد اليمين على الراهن أو المجني عليه فإذا حلف المردود عليه بيع العبد في الجناية ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع إن كان الرهن مشروطا في بيع لان اقرار الراهن إذا لم يقبل لا يفوت عليه شيئا وانما يلزم الفوات من النكول ثم ان كان الارش يستغرق قيمة العبد بيع كله والا بيع منه بقدر الارش وهل يكون الباقي رهنا فيه وجهان (أصحهما) لا لان اليمين المردودة كالبينة أو كإقرار المرتهن بانه كان

[185]

جانيا في الابتداء فلا يصح الرهن في شئ وإذا رددنا على الراهن فنكل فهل يرد الآن على المجني عليه فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) نعم لان الحق له فلا ينبغي أن يبطل بنكول غيره (وأشبههما) لا لان اليمين لا ترد مرة بعد مرة فعلى هذا نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن وهل يغرم الراهن للمقر له فيه القولان وان رددنا على المجني عليه فنكل قال الشيخ أبو محمد وغيره تسقط دعواه وتنتهي الخصومة وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه وإذا لم يرد لم يغرم له الراهن قولاً واحداً ويحال بالحيلولة على نكوله هذا تمام التقرير على أحد القولين في أصل المسألة وهو أن الراهن لا يقبل اقراره (أما) إذا قلنا إنه يقبل اقراره فهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين فيه قولان أو وجهان (أحدهما) أنه لا يحلف وهو اختيار القاضي أبي الطيب لان اليمين للزجر والتخويف ليرجع عن قوله ان كان كاذبا وههنا لا سبيل له إلى الرجوع (وأصحهما) عند الشيخ أبي حامد ومن نحا نحوه أنه يحلف لحق المرتهن وعلى هذا فيحلف على البيت لانه يحلف على الاثبات وسواء قلنا لا يحلف أو قلنا يحلف فيباع العبد في الجناية إما كله أو بعضه على ما مر وللمرتهن الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن فان نكل حلف المرتهن لانا انما حلفنا الراهن لحقه فالرد يكون عليه وما فائدة حلفه فيه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره (أصحهما) أن فائدته تقرير الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات (والثاني) أن فائدته أن يغرم الراهن قيمته ليكون رهنا مكانه ويباع العبد في الجناية باقرار الراهن وإن قلنا بالأول فهل يغرم الراهن للمقر له لانه بنكوله حال بنيه

وبين حقه فيه ما سبق من القولين وان قلنا بالثاني فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن فيه وجهان ينظر في أحدهما إلى حصول الوثيقة في الثاني إلى غير المشروط لم يسلم وهو الاصح وان نكل المرتهن بيع العبد في الجناية ولا خيار له في البيع ولا غرم على الراهن وإذا عرفت تفريع القولين فيما لو أقر بالجناية ففس به تفريعهما وأقر بالبيع أو الغصب ونحوهما قبل الرهن ولو أقر بالعتق وقلنا إنه لا يقبل اقراره فالمنصوص أنه يجعل ذلك كانشاء الاعناق حتى تعود فيه الاقوال لان من ملك

انشاء أمر قبل اقراره فيه ونقل الامام في نفوذه وجهين وإن حكمنا بنفوذ الانشاء لانه ممنوع من الانشاء تبرعا وان نفذناه إذا فعل وهذا كما أن اقرار السفية بالطلاق مقبول كانشائه ولو أقر باتلاف مال ففي قبوله وجهان لانه ممنوع من الاتلاف شرعا ففي مسألة الاقرار بالخيار كلامان (أحدهما) جميع ما ذكرناه في المسألة مبنى على أن رهن الجاني لا يجوز اما إذا جوزناه فعن بعض الاصحاب أنه يقبل اقراره لا محالة حتى يغرم للمجني عليه ويستمر الرهن وقال آخرون يطرد فيه القولان ووجه عدم القبول أنه يحصل بلزوم الرهن لان المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن أخذ الغرامة من الراهن (والثاني) أنه لو أقر بجناية توجب القصاص لم يقبل اقراره على العبد ولو قال ثم عفا على مال كما لو أقر بما يوجب المال (المسألة الثانية) رهن الجارية الموطوءة جائز ولا يمنع من التصرف لاحتمال الحمل فإذا رهن جارية فانت بولد ينظر إن كان الانفصال لدون ستة أشهر من يوم الوطئ أو لاكثر من اربع سنين فالرهن بحاله والولد مملوك له غير لاحق به وان كان لسته أشهر فاكثر إلى اربع سنين فقال الراهن هذا الولد منى وكنت وطنئها قبل لزوم الرهن نظر ان صدقه المرتهن أو قامت عليه به بينة فهي أم لود له والرهن باطل وللمرتهن فسخ البيع الذي شرط فيه رهنها وان كذبه المرتهن ولا بينة ففي قبول اقراره لثبوت الاستيلاء قولان كما لو أقر بالعتق ونظائره والتفريع كما مر وعلى كل حال فالولد حر ثابت النسب عند

الامكان ولو لم يصادف ولدا في الحال وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ففيه هذا التفصيل والخلاف (وقوله) في الكتاب وكل واحد من المرتهن أو المقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله هذا في حق المقر له مفرع على قول التفرع من قولى الغرم بالحيولة (أما) المرتهن فليس له غرم تفريعا على قولنا أنه لا يقبل اقرار الراهن حتى يفرض بطلانه بنكوله نعم على قولنا يقبل اقرار الراهن ينتهى التفريع إلى أن يغرم له الراهن القيمة على رأى كما سبق وذلك هو الذى يبطل بنكوله فإذا كان الاحسن أن يذكر هذا بعد التفريع على القولين جميعا لافى آخر

التفريع على الاول (وقوله) فهل للمرتهن تحليفه وجهان ذكرنا أن بعضهم رواهما قولين وان قوله قولان في المسألة بعدها يرويهما بعضهم وجهين والاولى أن يرويهما جميعا قولين أو وجهين أو يروى في الاولى قولين وفي الثانية وجهين فاما تفريع القولين على الوجهين فهو مما يستبعد (وقوله)

[189]

مريدا ان المستولدة تحلف أي إذا فرعنا على أن المجني عليه يحلف في مسألة الجناية فهنا يحلف المستولدة فانها تقع في رتبته وفي العتق يحلف العبد * (فرع) لو أقر بجناية ينقص ارشها عن قيمة العبد ومبلغ الدين فالقول في مقدار الارش على الخلاف السابق ولا يقبل فيما زاد على ذلك لظهور التهمة وقيل بطرد الخلاف فيه * (فرع) لو باع عبدا ثم أقر بأنه كان قد غصبه أو باعه أو بأنه اشتراه شراء فاسدا لم يلتفت إلى قوله لأنه اقرار في ملك الغير والاقرار في ملك الغير مردود ظاهر ويخالف اقرار الراهن فانه في ملكه وعن بعض الاصحاب اجزاء الخلاف فيه والمذهب الاول وحينئذ يكون القول قول المشتري فان نكل فالرد على المدعى أو على المقر البائع حكى القاضى ابن كج فيه قولين * ولو اجر عبدا ثم أقر بأنه كان قد باعه أو أجره أو أعتقه ففيه الخفا المذكور في الرهن لبقاء الملك * ولو كاتبه ثم أقر بما لا يصح معه الكتابة فان القاضى ابن كج أجرى الخلاف فيه وقال الشيخ ابو حامد وغيره لا يقبل بحال لان المكاتب بمنزلة من زال الملك عنه والله أعلم *

[190]

قال (الامر الرابع فيما يفك الرهن فلو أذن المرتهن في البيع ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالقول قوله (و) لان الاصل أن لا يبيع ولا رجوع فيتعارضان ويبقى أن الاصل استمرار العقد * ولو قال الراهن ما سلمته من المال كان عن جهة الدين الذي به الرهن فانفك وادعى المرتهن أنه عن جهة غيره فالقول قول الراهن * وكذا في كل ما يدعى من قصوده في الاداء فانه أعرف بنية نفسه * ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين فعلى وجه يوزع على الجهتين * وعلى وجه يقال له اصرف الآن إلى ما شئت * وكذا في جميع نظائره) * الامر الرابع مما يتنازع فيه المتراهنان ما يفك الرهن وذكر فيه صورتين (احدهما) إذا أذن المرتهن في بيع الرهن وبيع الراهن ورجع المرتهن عن الاذن ثم اختلفا فقال المرتهن رجعت قبل ان بعث فلم

[191]

يصح بيعك ويبقى المال رهنا كما كان وقال الراهن بل رجعت بعد البيع فوجهان (أظهرهما) عند الاكثرين أن القول قول الراهن لان الاصل عدم

رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه والاصل عدم بيع الرهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى أن الاصل استمرار الرهن (؟ الثاني) أن القول قول الراهن لتقوى جانبه بالاذن الذي سلمه المرتهن وتوسط في التهذيب بين الوجهين فقال ان قال الراهن أولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه وان قال المرتهن أولا رجعت عما أدنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الراهن حين أخبر لم يكن قادرا على الانشاء ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الرجوع (الصورة الثانية) إذا كان عليه دينان باحدهما رهن دون الآخر فسلم إليه

[192]

الفا ثم اختلفا فقال من عليه الدين سلمته عما به الرهن وقال المستحق بل عن الآخر فالقول قول الدافع مع يمينه لانه أعرف بقصده وكيفية أدائه ولا فرق بين أن يختلفا في مجرد النية أو في اللفظ أيضا بان يقول قد ذكرت أنه عن هذا الدين وخلفه الآخر وكذا الحكم لو كان باحدهما كفيل أو كان أحدهما حالا أو ثمن مبيع وهو محبوس به فقال سلمته عنه وأنكر صاحبه قال الائمة والاعتبار في أداء الدين يقصد المؤدى حتى لو ظن المستحق انه بودعه عنده وطن من عليه الدين الاداء تبرأ ذمته ويصير المؤدى ملكا للمستحق فان كان عليه دينان فادى عن أحدهما بعينه وقع عنه وان أدى عنهما يقسط على الدينين وان لم يقصد في الحال شيئا فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة أنه يوزع على الدينين إذ ليس أحدهما أولى من الآخر (وأظهرهما) وبه قال ابو اسحق انه يراجع حتى يصرفه اليهما أو إلى

[193]

أيهما شاء كما إذا كان له مالان حاضر وغائب ودفع دراهم إلى المستحقين ذكاة وأطلق له صرفها إلى من شاء منهما وتردد الصيدلاني في حكاية الوجه الاول أنه يوزع على قدر الدينين أو على المستحقين بالسوية وعلى هذا القياس نظائر المسألة كما إذا تبايع مشتركان درهما بدرهمين وسلم الفضل من التزمه ثم اسلما إن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وإن قصد تسليمه عن الاصل فلا شئ عليه وإن قصد تسليمه عنهما وزع عليهما وسقط ما بقى من الفضل وان لم يقصد شيئا ففيه الوجهان * ولو كان لزيد عليه مائة ولعمر ومثلها فوكلا وكيلا بالاستيفاء فدفع المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمر وذاك وان أطلق فعلى الوجهين ولو قال خذه وادفعه إلى فلان أو اليهما فهذا توكيل منه بالاداء وله التعبير ما لم يصل إلى المستحق ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مائة وكل واحد منهما مائة نظر ان قصد أحدهما أو قصدهما فالامر على ما قصد وان أطلق فعلى الوجهين ولو اختلفا فقال المبرئ أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن أو الكفيل وقال المديون بل عن الآخر فالقول قول المبرئ مع يمينه والله أعلم * هذا شرح ما أورده في باب النزاع وقد يختلف المتراهنان في أمور آخر (منها) ما اندرج فيما قبله من أبواب الرهن (ومنها) ما إذا اختلفا المتراهنان في قدم عيب الرهن وحدوثه إذا كان مشروطا وقد ذكرناه في

كتاب البيع * ومن فروع هذا الباب ما إذا رهنه عصيرا ثم اختلفا بعد القبض فقال المرتهن

[194]

قبضته وقد تخمر فلى الخيار في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن وقال الراهن بل صار عندك خمرا فقولان (أصحهما) ان القول قول الراهن مع يمينه لان الاصل بقاء المبيع والمرتهن يتدرج بما يقوله إلى الفسخ (والثاني) وبه قال أبو حنيفة والمزني أن القول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم القبض الصحيح ولو زعم المرتهن أنه كان خمرا يوم العقد وكان الشرط بشرط رهن فاسد فمنهم من طرد القولين وعن ابن أبي هريرة القطع بأن القول قول المرتهن وماخذ الطريقتين أن فساد الرهن هل يوجب فساد البيع (ان قلنا لا) خرج على القولين (وان قلنا) نعم فالجواب ما قاله ابن أبي هريرة لانه ينكر أصل البيع والاصل عدمه ويمكن أن يخرج على الخلاف (وان قلنا) أن فساد الرهن يوجب فساد البيع على الخلاف فيما إذا اختلف التبايعان في شرط مفسد وقد مر ثم ههنا فائدتان (احدهما) خرج مخرجون القولين على أن المدعى من يدعى أمرا خفيا والمدعى عليه من يدعى أمرا جليا والمدعى من لو سكت ترك والمدعى عليه من لم لو سكت لم يترك هذا أصل معروف في موضعه (فان قلنا) بالاول فالمدعى الراهن لانه قد يدعى جريان القبض الصحيح والاصل عدمه فيكون القول قول المرتهن (وان قلنا) بالثاني فالمدعى المرتهن لانه لو سكت لترك والراهن لا يترك لو سكت فيكون القول قول

(قوله) روى أن عطاء بن أبي رباح كان يجوز وطئ الجارية المرهونة باذن مالکها قال عبد الرزق أنا ابن جريح أخبرني عطاء قال يحل الرجل وليدته لغلامه أو ابنه أو أخيه أو أبيه والمرأة لزوجها ما أحب أن يفعل ذلك وما بلغني عن ثبت وقد بلغني أن الرجل يرسل وليدته إلى صيفه ثم روى بسنده عن طاوس أنه قال هو أحل من الطعام فان ولدت فولدها للذي أحلت له وهي لسيدتها الاول وأنا ابن جريح أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع طاوسا يقول قال ابن عباس إذا أحلت المرأة للرجل أو ابنته أو أخته له جاريتها فليصحبها وهي لها وأنا معمر قال قيل لعمر بن دينار في ذلك فقال لا تعار الفروج *

[195]

الراهن (والثانية) استنبط القاضى الحسين من القولين الجواب في فرعين (أحدهما) سلم العبد المشروط رهنه ملغوبا في ثوب ثم وجد ميتا فقال الراهن مات عندك وقال المرتهن بل كان ميتا قال في المصدق منهما القولان (والثاني) اشترى مائعا وجاء بطرف فضه البائع فيه فوجدت فيه فأرة ميتة فقال البائع انها كانت في طرفك وقال المشتري بل أقبضتني وفيه الفأرة فيمن يصدق القولان ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحا أو فاسدا * (خافمة) ليس للراهن أن يقول أحضر المرهون وأنا أؤدى دينك من مالى بل لا يلزمه الاحضار بعد الاداء أيضا وانما عليه التمكين كالمودع والاحضار وما يحتاج إليه من مؤنه على رب المال ولو احتاج إلى بيعه في الدين لم يكن عليه

[196]

قال < * (كتاب التفليس) * > (إتماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة على قدر المال سبب لضرب الحجر (ح) على المفلس بدليل الحديث وفى إتماس المفلس دون الغرماء وإتماس الغرماء بدين يساوى المال أو يقرب منه خلاف والديون المؤجلة لأجر بها (و) ولا يحل الأجل بالفلس (على الأصح) * التفليس النداء على المفلس وإشهاره بصفة الإفلاس ولفظ الإفلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخت أي صار أصحابه خبثاء لأن ماله صار فلوسا وزبوا ولم يبق ماله خطر أو كقولهم أذل الرجل إذا صار في حال يذل فيها لأنه صار إلى حالة يقال ليس معه فلس أو يقال فيها لم يبق معه إلا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن إذا وصل إلى السهل والحزن لأنه انتهى أمره وتصرفه إلى الفلوس هذا في اللغة (وأما) في الشرع فقد قال الأئمة رحمهم الله المفلس من عليه ديون لا يقى بها ماله ومثل هذا الشخص يجوز للحاكم الحجر عليه بالشرائط التي نذكرها وإذا حجر عليه ثبت حكمان (أحدهما) تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر الغرماء ولا تراحمهم الديون الحادثة كما سيأتي إن شاء الله تعالى (والثاني) أن من وجد عند المفلس عين ماله كان أحق به من غيره * ولو مات مفلسا قبل أن يحجر عليه تعلقت الديون بالتركة على ما مر بيانه ولا فرق بين المفلس وغيره (وأما) الحكم الثاني فإنه يثبت ويكون بموته مفلسا كالحجر عليه وقال مالك يحجر عليه وثبت التعلق والرجوع ولكنهما لا يثبتان بالموت وحكى أصحابنا عن أحمد رضى الله عنه مثل مذهبا ورأيت في كتب بعض أصحابه أن مذهبه كمذهب مالك (وأما) أبو حنيفة فإنه قال ليس للحاكم الحجر عليه فإن فعل وأمضاه حاكم نفذ في امتناع التصرف عليه ولكن لا رجوع للبائع في عين متاعه * وجه المذهب ما روى عن كعب بن مالك رضى الله عنه (أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وباع عليه ماله) (1) وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه

(1) (حديث) كعب بن مالك أنه صلى الله عليه وسلم حجر ؟ على معاذو باع عليه ماله: الدار قطنى و الحاكم والبيهقى من

[197]

صلى الله عليه وسلم قال (إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء) (1) ويروى عنه أنه قال (في مفلس أتوه به هذا الذى قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد بعينه) (2) ومن جهة المعنى أنه عقد معاوضة يدخله الفسخ بالاقالة فدخله الفسخ بتعذر العوض كما لو تعذر المسلم واحترزوا بالوصف عن الحوالة والخلع ثم ههنا مباحثات (إحداها)

لاشك أن التعلق المانع من التصرف يفتقر ثبوته إلى توسط حجر القاضى عليه وهل الرجوع إلى

طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه بلفظ حجر عن معاذ ماله وباعه في دين كان عليه وخالفه عبد الرزاق وعبد الله بن المبارك عن معمر فارسلاه ورواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرزاق مرسلًا مطولًا وسمى ابن كعب عبد الرحمن قال عبد الحق المرسل أصح من المتصل وقال ابن الطلاع في الأحكام هو حديث ثابت وكان ذلك في سنة تسع وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم فقالوا يا رسول الله بعه لنا قال ليس لكم إليه سبيل (تنبيه) قوله وباعه الضمير يعود عليه المال وأخرجه البيهقي من طريق الواقدي وزاد أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه بعد ذلك إلى اليمن ليخبره وروى الطبراني في الكبير أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حج بعث معاذًا إلى اليمن وأنه أول من أتجر في مال الله وفي الباب عن أبي سعيد أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال تصدقوا عليه فلم بلغ؟ وفاء دينه فقال خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك أخرجه مسلم * (1) (حديث) أبي هريرة إذا أفلس الرجل وقد وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء: متفق عليه ومعظم اللفظ لمسلم من طريق بشير بن نهيك عنه ولهما من طريق أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث وغيره بلفظ من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره * (2) (حديث) أبي هريرة أنه قال في مفلس أتوه به هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم إما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه الحديث * أبو داود والشافعي

[198]

عين المبيع كذلك أو هو مستغن عن الحجر ان كان الاول فما وجه قوله صلى الله عليه وسلم (أبما رجل مات أو أفلس) الحديث أثبت الاحقية بمجرد الافلاس وان كان الثاني فلم جعل صاحب الكتاب الرجوع حكما للحجر حيث قال ثم للحجر أحكام أربعة وهو أحدها وعلى هذا التقدير يكون الرجوع حكم الافلاس لا حكما للحجر (والجواب) الذي يدل عليه كلام الاصحاب ههنا تعريضا وتصريحا افتقار الرجوع إلى توسط الحجر كافتقار تعلق الديون بالمال ولفظ الكتاب مطابق له إلا أن ما حكيناه في تفريع الاقوال عند اختلاف المتبايعين في البداية بالتسليم يشعر باستغنائه عن الحجر فراجعه إن لم تذكر والمعتمد الاول والحديث يحتمل وجوها من الاوئل (منها) أن يريد بالافلاس الحجر فعبر بالسبب عن المسبب فان الافلاس سبب الحجر (ومنها) أن يضمم الحجر فيه (ومنها) أن يقال لفظ الحديث الاحقية وهذا اللفظ يصدق بالتمكين من الرجوع بسلوك الاسباب المفضية إليه ومن جعلتها طلب الحجر فإذا مجرد الافلاس يفيد الاحقية (الثانية) فيما نقلناه عن الائمة في تفسير المفلس قيدان (أحدهما) المديونية (والآخر) ان

والحاكم من طريق ابن أبي ذئب عن أبي المعتمر عن عمر بن خلدة عنه أبو المعتمر قال أبو داود والطحاوي وابن المنذر هو مجهول ولم يذكر ابن أبي حاتم له إلا راويا واحدا وهو ابن أبي ذئب وذكره ابن حبان في الثقات وهو للدارقطني والبيهقي من طريق أبي داود الطيالسي وروى ابن حبان والدارقطني وغيرهما من طريق الثوري في حديث أبي بكر عن أبي هريرة اللفظ الذي ذكره المصنف (فائدة) قال ابن عبد البر هذا الحديث لا يرويه غير أبي هريرة وحكى البيهقي مثل ذلك عن الشافعي ومحمد بن الحسن وفي اطلاق ذلك نظر لما رواه أبو داود والنسائي عن سمرة بلفظ من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به ولا بن حبان في صحيحه من طريق فليح عن نافع عن ابن عمر بلفظ إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به *

[199]

يكون ماله قاصرا عن الوفاء بالديون والقيد الاول لا بد منه لجواز الحجر
وأما الثاني فيجوز أن يقال إنه لا حاجة إليه بل مجرد الدين يكفي لجواز
الحجر منعاً له من التصرفات فيما عساه يحدث له باصطياد وانهاج ؟
والظفر بركاز وغيرها فان كان كذلك فليفسر المفلس بالذي ليس له مال
يفى بديونه لينتظم من لامال له أصلاً ومن له مال قاصر وإنما يراد
بالمفلس في المشهور من لا مال له فانه بمجردة لا يؤثر في هذه الاحكام
بحال (الثالثة) قوله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات أو أفلس يقتضى
ظاهره ثبوت الرجوع وان كان مال الميت وافيا بالديون فهذا الظاهر هل
هو معمول به أم لا (الجواب) أثبت الاصطخري الرجوع بمجرد الموت أخذاً
بهذا الظاهر والمذهب المنع لتيسر الوصول إلى الثمن كما في حال الحياة
والخبر محمول على ما إذا مات مفلساً لانه روى في بعض الروايات * أنه
صلى الله عليه وسلم قال (أيما رجل

[200]

مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ما لم يختلف وفاء)
وإذا تقررت هذه التمهيدات فالكلام بعد في أنه متى يحجر عليه قال حجة
الاسلام التماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة على قدر المال سبب
لضرب الحجر على المفلس وفيه قيود (أولها) الالتماس ولا بد منه وليس
للقاضى أن يحجر عليه من غير التماس لان هذا الحجر لمصلحة الغرماء
والمفلس وهم ناظرون لانفسهم فلا يتحكم الحاكم عليهم نعم لو كانت
الديون لمجانين أو أطفال أو محجورين بالسفه لولى القاضى الحجر
لمصلحتهم من غير التماس ولا يحجر لدين الغائبين لانه لا يستوفى مالهم
في الذمم وإنما تحفظ أعيان أموالهم (وثانيها) كون الالتماس من الغرماء
وفيه مسألتان (أحدهما) لو التمس بعضهم دون بعض نظران كان دين
المتمس قدراً يجوز الحجر عليه لذلك القدر أجبوا ثم لا يختص الحجر بهم
بل يعم أثره الكل وان لم يكن فوجهان (الأظهر) المنع وعن الشيخ أبى
محمد أنه يحجر ولا يضيع حقه بتكاسل غيره (الثانية) لو لم يلتمس أحد منهم
والتمس المفلس فوجهان (أحدهما) لايجاب إليه لان الحرية والرشد
ينافيان الحجر وإنما يصار إليه إذا حقت طلبية الغرماء (وأظهرهما) الاجابة
لان له غرضاً فيه ظاهراً وقد روى (أن الحجر على معاذ رضى الله عنه كان
بالتماس منه دون طلب الغرماء) (وثالثها) كون الديون حالة فان

[201]

كانت مؤجلة فلا حجر بها سواء كان له ما يفى بها أو لم يكن لانه لا مطالبة
في الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة وان كان البعض حالا
والبعض مؤجلاً نظران كان الحال قدراً يجوز الحجر به حجر والا فلا وإذا
حجر عليه فهل يحل ما عليه من الديون المؤجلة فيه قولان (أحدهما) نعم

وبه قال مالك لان الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الاجل كالمتوفى (وأصحهما لا لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل ما يقضى به الدين وهذا المقصود غير ثابت بخلاف صورة الموت فان توقع الاكتساب قد يبطل وهذا ما اختاره المزني ونقله عن الاملاء وعن الشيخ أبى محمد ترتيب هذين القولين على القولين في أن من عليه الدين المؤجل لو جن هل يحل عليه الاجل وان الحلول في صورة الجنون أولى لان المجنون لاستقلال له كالميت وله قيم ينوب عنه كما ينوب الوارث عن الميت ورأى الامام الترتيب بالعكس أولى لان قيم المجنون له أن يناع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة فإذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداء فلان لا يقطع الاجل دواما كان أولى * (التفريع) إذا قلنا بالحلول قسم المال بين أصحاب هذه الديون وأصحاب الديون الحالة في الابتداء كما لو مات وان كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن متاع وهو قائم عند المفلس فلاصحابه الرجوع إلى عين متاعه كما لو كان حالا في الابتداء وعن القاضي أبى الطيب أن أبا اسحق قال فائدة الحلول أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه ويكون محفوظا له إلى مضي المدة فان وجد المفلس وفاء فذاك والا فحينئذ يفسخ وقيل لافسخ حينئذ ايضا بل لو باع بثمن مؤجل وحل الاجل ثم أفلس المشتري وحجر عليه فليس للبائع الفسخ والرجوع إلى المبيع لان المبيع بالثمن المؤجل يقطع حق البائع عن المبيع بالكلية ولهذا لا يثبت فيه حق الحبس للبائع والاصح الاول (وان قلنا) بعدم

[202]

الحلول بيع ماله وقسم على اصحاب الديون الحالة ولا يدخر لاصحاب الديون المؤجلة شئ ولا يدام الحجر بعد القسمة لاصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجر بها ابتداء وهل يدخل في البيع الامتعة المؤجلة الاثمان فيه وجهان (أصحهما) نعم كسائر أموال المفلس وليس لبائعها تعلق بها. لانه لا مطالبة في الحال وعلى هذا فان لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الاجل ففي جواز الفسخ الآن وجهان (والثاني) أنها لا تباع فانها كالمرهونة بحقوق بائعها بل يتوقف إلى انقضاء الاجل فان انقضت والحجر باق ثبت حق الفسخ وان أطلق فكذلك ولا حاجة إلى إعادة الحجر بل عزلها وانتظار حلول الاجل كابقاء الحجر بالاضافة إلى البيع ونقل الامام وجهها آخر أنه لا بد من إعادة الحجر ليثبت حق الفسخ وذكر أيضا تفريعا على القول الاول وجهين في أنه لو لم يكن عليه إلا ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر هل يجابون (أحدهما) نعم فانهم يتوسلون به إلى الحلول أو المطالبة (وأصحهما لا لان طلب الحجر فرع طلب الدين وعسر تخليصه فلا يتقدم عليه ويصح اعلام قوله في الكتاب والديون المؤجلة لا حجر بها بالواو للوجه الاول (ورابعها) كون الديون زائدة على قدر أمواله فان كانت متساوية والرجل كسوب ينفق

[203]

من كسبه فلا حجر وان ظهرت أمارات الافلاس بان لم يكن كسوبا وكان ينفق من ماله أو لم يف كسبه بنفقته فوجهان (أحدهما) يحجر عليه كيلا يضع ماله في النفقة والديون إذا ساوت المال فستزيد عن قريب

(والثاني) أنه لا يحجر لان الوفاء حاصل وهم متمكنون من المطالبة في الحال وهذا أصح عند العراقيين وذكر الامام أن المختار هو الاول ويجرى الوجهان فيما إذا كانت الديون أقل وكانت بحيث يغلب على الظن انتهاؤها إلى حد المساواة ومنه إلى الزيادة لكثرة النفقة وهذه الصورة أولى بالمنع وإذا حجرنا في صورة المساواة فهل لمن وجد عين ماله عند المفلس والرجوع فيه وجهان (أصحهما) نعم لاطلاق الحديث (والثاني) لا تتمكنه من استيفاء الثمن بكماله وهل تدخل هذه الاعيان في حساب أمواله وإثمانها في حساب ديونه فيه وجهان (أصحهما) عند العراقيين الادخال وذكر في التتمة أن الوجهين مبنيان على الوجهين في جواز الرجوع في الصورة السابقة ان لم يثبت الرجوع أدخلت رجاء الوفاء وان أثبتناه فلا * والله أعلم قال (ثم للحجر أربعة أحكام (الاول) منع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر كالعق * والبيع * والرهن * والكتابة * ولا يخرج عتقه على عتق الراهن لان تنفيذه ابطال لما انشئ الحجر له * ثم لو فضل العبد المعتق أو المبيع بعد قضاء الدين ففي الحكم بنفوذه خلاف * فان قلنا ينفذ فليقتض الدين من غيره ما أمكن * أما مالا يصادف المال كالنكاح والخلع * واستيفاء القصاص * وعفوه * واستلحاق النسب * ونفيه باللعان * واحتطابه * واتهايه * وقبوله الوصية فهي صحيحة * وكذا شراؤه على الاصح * وكذا اقراره * الا أن ما يتعلق منه بالمال يؤاخذ به بعد فك الحجر ولا يقبل على الغرماء * ولو أقر في عين المال أنه وديعة عنده أو غصب أو عارية ففيه قولان في القديم * ومنه خرج قول أن الاقرار المرسل بالدين أيضا يوجب قضاءه في الحال من ماله إذ لا تهمة فيه) *

[204]

عرفت أن من حكم الحجر منع المفلس من التصرف والمستحب للحاكم إذا حجر عليه أن يشهد عليه ليحذر الناس من معاملته ثم في السبب الذي ذكره صاحب الكتاب لما يمنع منه قيود (أحدها) كون التصرف مصادفا للمال والتصرف ضربان انشاء وإقرار (الضرب الاول) الانشآت وهي نوعان (أحدهما) ما يصادف المال وينقسم إلى تحصيل كالاحتطاب والانتهاج وقبول الوصية ولا يخفى أنه لا يمنع عنه لانه كامل الحال وغرض الحجر منعه مما يضر الغرماء لا غير وإلى تفويت فينظر ان تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية صح فان فضل المال نفذ والا فلا وان كان غير ذلك فاما أن يكون مورده عين المال أو مافى الذمة (القسم الاول) يكون مورده عين المال كالبيع والهبة والرهن والاعتاق والكتابة وفيها قولان (أحدهما) أنها موقوفة فان فضل ما تصرف فيه عن الدين إما لارتفاع القيمة أو لابراء بعض المستحقين نفذناه والا بان أنه كان لغوا ووجهه أنه محجور عليه لحق الغير فلا يلغى تصرفه كالمريض (وأصحهما) وبه قال مالك واختاره المزني أنه لا يصح شئ منها لتعلق حق الغرماء بتلك الاموال كتعلق حق المرتهن وأيضا فانه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراعاة مقصود الحجر كالسفيه وان شئت قلت هذه التصرفات غير نافذة في الحال فان فضل ما تصرف فيه وانفك الحجر فهل ينفذ حينئذ فيه قولان وايراد صاحب الكتاب يوافق هذه العبارة وجعل الشيخ أبو محمد الخلاف في هذه التصرفات

على الترتيب فقال العتق أولى بالنفوذ لقبوله الوقف وتعلقه بالاقرار وتليه الكتابة لما فيها من المعاوضة ثم البيع والهبة لانهما لا يقبلان التعليق واختلفوا في محل القولين فمن قاصرين لهما على ما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه فان فعل ذلك لم ينفذ تصرفه قولا واحدا واحتجوا بأن الشافعي رضى الله عنه قال إذا جعل ماله لغرمائه فلا زكاة عليه ومن طاردين لهما في الحاليتين وهو الاشتهار قال هؤلاء وتجب الزكاة عليه على أظهر القولين مادام ملكه باقيا والنص محمول على ما إذا باعه منهم فان نفذناه بعد الحجر وجب تأخير ما تصرف فيه وقضاء الدين من غيره فلعله يفضل فان لم يفضل نقضنا من تصرفاته الاضعف فالأضعف والاضعف الرهن والهبة لخلوهما عن العوض ثم البيع ثم الكتابة ثم العتق قال الامام فلو لم يوجد راعب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق وقال الغرماء بيعوه ونجزوا حقنا ففيه احتمال وغالب الظن أنهم يجابون وذكر الشيخ ابو اسحق رحمه الله أنه يحتمل أن ينقض من تصرفاته للأخر كما في تبرعات المريض إذا زادت على الثلث وأعلم أن ما ذكرنا في البيع مفروض في بيعه من غير الغرماء فان باع منهم فسيأتي (القسم الثاني) ما يرد على ما في الذمة كما إذا اشترى بئمن في الذمة أو باع طعاما سلما فيصح ويثبت في ذمته وستكلم في أنه متى يؤدي وكيف يؤدي وروى الامام قولا آخر أنه لا يصح شراؤه كالسفيه والمذهب المشهور الاول (النوع الثاني) مالا يصادف المال فلا يمنع منه وذلك كالنكاح والطلاق والكلام في أن مؤنات نكاحه كيف توفى نذكر ذلك في موضعه وإذا صح منه الطلاق مجانا صح الخلع منه بطريق الاولى وكذا يصح منه استيفاء القصاص والعفو عنه واستلحاق النسب ونفيه باللعان والقول في استيفائه القصاص وعفوه عنه معاد في كتاب القصاص (الضرب الثاني) الاقارير فان أقر بمال لم يحل إما أن يقر بمال في الذمة أو بعين مال ان كان الاول نظران أقر بدين لزمه قبل الحجر اما عن معاملة أو دين أو اتلاف لزمه

ما أقر به وفى قبوله في حق الغرماء قولان (وجه) عدم القبول وبه قال مالك ان حقه تعلق بماله من المال وفى القبول إضرار بهم لمزاحمته إياهم (وجه) القبول وهو الاصح القياس على ما إذا ثبت بالبينة وعلى ما إذا أقر المريض بدين يزاحم المقر له غرماء الصحة وهذا لان ضرر الاقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء فلا تهمة فيه * وان أسنده إلى ما بعد الحجر نظر إن قال عن معاملة لم يقبل في حق الغرماء وان قال عن اتلاف أو عن جنابة فاصح الطريقين أنه كما لو أسند لزمه إلى ما قبل الحجر (والثاني) أنه كما لو قال عن معاملة وان أقر بدين ولم يسنده فقياس المذهب التنزيل على الاقل وجعله كما لو أسنده لزمه إلى ما بعد الحجر * وان أقر بعين مال بغيره وقال غصبت منه أو استعرتة أو أخذته سوما فقولان كلقولين فيما لو أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحج لكن إذا قلنا تم فأثره أن يزاحم المقر له الغرماء وههنا يسلم المقر له بحاله وعلى الثاني ان فصل سلم إليه والا فالغرم في ذمته والفرق بين الانشاءات حيث رددناها في الحال جزما وقلنا الاصح أنه لا يحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضا وبين الاقارير حيث قبلناها في حق المفلس جزما وفى حق الغرماء أيضا على أصح القولين أن مقصود الحجر منعه من التصرف فيناسبه الغاء

ما ينشئه والاقرار اخبار عما مضى والحجر لا يسلب العبارة عنه فلو أقر بما
يوجب عليه قصاصا أو حدا قبل وأجرى عليه حكمه فان كان المقر به سرقة
توجب القطع قبل في القطع وفي رد المسروق القولان السابقان
والقبول ههنا أولى لبعث الاقرار عن التهمة وإذا أقر بما يوجب القصاص
فعفا المستحق على مال قال في التهذيب هو كما لو أقر بدين جنابة وقطع
بعض شارحي المختصر بالقبول لانتفاء التهمة وهذا القائل ينبغي أن يطرد
ما ذكره في الصورة * الاولى

[207]

(فرع) لو ادعى مدع على المفلس مالا لزمه قبل الحج وأنكر المفلس ولم
يحلّف فحلّف المدعى (ان قلنا) النكول ورد اليمين كالبينية زاحم الحالف
الغزماء (وان قلنا) كالاقرار فعلى القولين ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب
(قوله) ولا يخرج عتقه على عتق الراهن إلى آخره أراد به أن الخلاف
المذكور في نفوذ اعتاق الراهن في الحال لا يجيء ههنا لان الحجر لم ينشأ
الا للمنع من تفويت المال والتنفيذ يعكس على مقصود الحجر بالابطال وفي
الرهن المقصود الاصلى توثيق حق المرتهن فانه يحصل ببديل المرهون كما
يحصل بعينه (وقوله) أما مالا يصادف المال كالنكاح إلى أن قال واحتطابه
وانتهابه وقبول الوصية ففيه كلام من جهة أن الاحتطاب والانتهاج وقبول
الوصية يصادف المال لا محالة وكذا الشراء وليس تصحيحها لانها لا تصادف
المال بل لانها تحصل الملك لا ازالته وان قيل المراد أنها لا تصادف المال
الموجود عند الحجر فهذا صحيح ولكن يصادفه المال الموجود عند الحجر
حينئذ يصير قيذا واحدا وذلك خلاف ما ذكره في الوسيط وأورده ههنا
وقوله في مسألة الاقرار بالعين ففيه قولان في القديم ومنه خرج قوله
في أن الاقرار المرسل بالدين الذي يوجب قضاؤه في الحال من ماله
ادلتهمه أراد به أن القولين جميعا المذكوران في كتبه القديمة وان الاصحاب
خرجوا في الاقرار بالدين مصل ذلك إذ لافرق وهذا شئ قلد فيه امام
الحرمين فانه كذلك أورده ولم ينسب الجمهور القولين في الاقرار بالعين
إلى القديم واما الحكم بالتحريم في الاقرار بالدين فعجيب مع نصه في
المختصر على القولين جميعا حيث قال وان أقر بدين وزعم أنه لزمه قبل
الوقت ففيه قولان (أحدهما) أنه جائز كالمريض يدخل على غرمانه وبه
أقول (والثاني) أن اقراره لازم له في مال ان حدث له أو يفضل عن غرمانه
وقد

[208]

تعرض للقولين في مسألة أخرى قبل هذه ومعلوم أن النص مغن عن
التحريم (وقوله) الاقرار المرسل بالدين أي المطلق لا كالاقرار بالعين فانه
يتعلق بمعين ولو حذف لفظ المرسل لم يضر * قال (والمال الذي يتجدد بعد
الحجر هل يتعدى إليه الحجر فيه خلاف * ومن باع بعد الحجر منه شيئا ففي
تعلقه بعين متاعه ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يعلم إفلاسه أو يجهل
* فان قلنا لا يتعلق به فيصير على وجه إلى أن يقضى ثمنه بعد فك الحجر
فانه دين جديد فلا يقضى من المال القديم كما يلزمه بضممان أو اقرار أو
إتلاف * وعلى وجه يضارب به لان ثمن المبيع في مقابلة ملك جديد استفيد

منه * وأجرة الكيال والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر يقدم على سائر الديون) * القيد الثاني كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحجر أما المتجدد بعد الحجر باصطياد أو اتهاب أو قبول وصية ففي تعدي الحجر إليه ومنعه من التصرف وجهان نقلهما القاضي ابن كج والامام (أحدهما) لا يتعدى لان الحجر على المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده فلا يتعدى إلى غيره كما حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها (وأصحهما) التعدي ومقصود الحجر أيضا ل حقوق المستحقين إليهم وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر وإذا اشترى شيئا وفرعنا على الصحيح وهو صحة شرائه ففيه مثل هذا الخلاف وهل للبائع الخيار والتعلق بغير مناعه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) نعم لتعذر الوصول إلى الثمن (والثاني) لا أما إذا كان عالما فكما لو اشترى سلعة وهو عالم بعيبها وأما إذا كان جاهلا فلتقصيره بترك البحث مع سهولة الوقوف عليه فان الحاكم يشهر أمر المحجور عليه

[209]

(وأصحهما) أنه ان كان عالما فلا خيار له وان كان جاهلا فله الخيار والرجوع إلى عين ماله ويقرب من هذا ما إذا باع من عبد بغير اذن مولاه وفرعنا على صحة البيع من المفلس المحجور عليه هل يزاحم الغرماء بالثمن فيه وجهان فان الثمن يتعلق بذمته يباع به بعد العتق فان كان عالما ففي ثبوت الخيار وجهان وان كان جاهلا ثبت وإذا لم يثبت له الرجوع في البيع من المفلس المحجور عليه فهل يزاحم الغرماء بالثمن فيه وجهان (أصحهما) لا لانه حاث بعد الحجر برضا مستحقه والديون التي هذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الاولين فعلى هذا يصبر ان فضل منهم شئ أخذه والافالي أن يجد (والثاني) نعم لانه وان كان ديناً جديداً فهو في مقابلة ملك جديد فلما زاد المال جاز أن يزيد الدين بخلاف الصداق الذي لزمه بنكاح بعد الفليس ودين ضمنه فانه لا مقابل له * (فائدة) ذكر في النهاية والبسيط أن البائع يضارب الغرماء في المبيع المستفاد منه لا في جميع أموال المفلس لان دينه ثبت مع ثبوت الملك فيه فلا أقل من المشاركة في هذا القدر * ثم انه امتزج مقصود الفصل في نظم الكتاب بالكلام في الديون الحادثة وكيفية أدائها وهي ثلاثة أقسام (أحدها) ما يلزم باختيار مستحقه فان كان في مقابله شئ كثمن المبيع فقد ذكرناه والا فلا خلاف في أن مستحقه لا يضارب الغرماء بل يصبر إلى انفكاك الحجر (والثاني) ما لزم بغير اختيار المستحق كأرش الجناية وغرامة الاتلاف فوجهان (أحدهما) ويحكى عن القاضي الحسين أنه لا يضارب به لتعلق حقوق الأدميين الاولين بأعيان أمواله فصار كما لو جني الراهن ولا مال له غير المرهون ولا يزاحم المجني عليه المرتهن (وأصحهما) ولم يورد العراقيون غيره أنه يضارب به لانه لم يوجد منه تقصير فيبعد تكليفه الانتظار (الثالث) ما يتجدد بسبب مؤنات المال كأجرة الكيال والوزان والحمال والمنادى والدلال وكري البيت الذي يوضع فيه المتاع فهذه المؤنات مقدمة على ديون الغرماء لانها لمصلحة الحجر وايصال حقوق المستحقين إليهم

[210]

ولو لم نقدمها لما رغب أحد في تلك الاعمال وهذا إذا لم يوجد متبرع فان وجد أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس إليها (وقوله) في الكتاب كما يلزم بضمان أو إقرار أو اتلاف هذا في الاقرار جواب علي عدم القبول في حق الغرماء وفي الاتلاف على الاول من الوجهين المذكورين في غرامات المتلفات وقد مر أن الاصح عند الاكثرين في المسألتين خلاف ما أجاب به فاعلمهما بالواو واعلم ما فيهما ثم في اضافة اللزوم إلى الاقرار نوع تساهل لان الاقرار اخبار ولا يلزم وانما يظهر * قال (ولو اشترى شيئاً قبل الحجر فله رده بالعيب على وفق الغبطة * فان كانت الغبطة في ابقائه فلا كما في ولى الطفل * ولو حجر عليه في مدة الخيار فله التصرف بالفسخ والاجازة في العقد المتقدم من غير تقييد (و بشرط الغبطة لان الامر فيه لم يستقر بعد فليس تصرفاً مبتدأ) * القيد الثالث كون التصرف مبتدأ وفيه مسألتان (احدهما) لو اشترى قبل الحجر شيئاً فوجده بعد الحجر معيباً فله رده إذا كانت الغبطة في الرد وليس ذلك كما لو باع وهو مغبوط لان الفسخ

[211]

ليس تصرفاً مبتدأ وانما هو من أحكام البيع السابق ولو احقه والحجر لا ينعطف على ما مضى فان منع من الرد عيب حادث لزم الارش ولم يملك المفلس اسقاطه وان كانت الغبطة في ابقائه بان كان معيباً أكثر قيمة من الثمن لم يكن له الرد لما فيه من تفويت المال بغير عوض ولهذا نص الشافعي رضى الله عنه على أنه إذا اشترى في صحته شيئاً ثم مرض ووجده معيباً فامسكه والغبطة في رده كان المقدار الذي ينقصه العيب معتبراً من الثلث وكذلك ولى الطفل إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً لا يرده إذا كانت الغبطة في ابقائه ولا يثبت له الارش في هذه الصورة لان الرد غير ممتنع في نفسه وانما المصلحة تقتضي الامتناع منه (الثانية) قال الشافعي رضى الله عنه لو تبايعا بالخيار ثلاثاً فافلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء أي دون رضاهم وللأصحاب ثلاثة طرق (أظهرها) الاخذ بظاهر النص وتجوز الفسخ والاجازة في الفسخ المتقدم سواء وقع على وفق الغبطة أو على خلافها لانه ليس بتصرف مستحدث وانما يمنع المفلس من التصرفات المنشأة (والثاني) أن تجوز

[212]

كل واحد منهما مقيد بشرط الغبطة كما في الرد بالعيب وذكر القاضي ابن كج والمسعودي أنه تخريج من نصه فيمن عقد بشرط الخيار ثم مرض مرضاً مخوفاً فجاز أو فسخ على خلاف الغبطة يعتبر ذلك من الثلث وان في تلك الصورة تخريجاً مما نحن فيه أيضاً وتحكى هذه الطريقة عن أبي علي الطبري وابن القطان ومن نصر الاول فرق بين الرد بالعيب وبين الفسخ والاجازة بان العقد في زمن الخيار متزلزل لاثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال إذ يضعف تعلقه به بخلاف ما إذا خرج معيباً وإذا ضعف التعلق جاز أن لا يعتبر شرط الضبطة والفرق بينه وبين مسألة المريض أن حجر المريض أقوى ألا ترى أن امضاء الورثة تصرف المريض قبل الموت لا يفيد شيئاً وامضاء الغرماء واذنهم فيما يفعله المفلس يفيد الصحة والاعتبار

(والثالث) أن كل واحد منها ان وقع على وفق الغبطة فهو صحيح والا فالنظر إلى الخلاف في الملك في رمن الخيار والى أن الذى أفلس أيهما فان أفلس المشتري وقلنا الملك للبائع فللمشتري الاجازة و الفسخ اما الاجازة فلانها جلب ملك (وأما) الفسخ فلا يمنع دخول شئ في ملكه الا انه يزيل (وان قلنا) الملك للمشتري فله الاجازة لانه يستديم

[213]

الشئ في ملكه وان فسخ لم يجر لما فيه من ازالة الملك فان أفلس البائع فان قلنا الملك له فله الفسخ لانه يستديم الملك وليس له الاجازة لانه يزيله وان قلنا الملك للمشتري فللبائع الفسخ والاجازة كما ذكرنا في طرف المشتري * واعلم أنه لو خرج مخرج من نصه في المسألة الثانية خلافا في المسألة الاولى وقال لا يتقيد الرد بالعيب بشرط الغبطة لانه ليس بعقد مستحدث لم يكن مبعدا * قال (وإذا كان له دين وله شاهد واحد فيحلف * وكذا إذ ردت عليه اليمين * فان نكل فالنص أن العريم لا يحلف والمفلس حي * فلو كان ميتا فقولان منصوصان * فمنهم من سوى ومهم ؟ من فرق بان صاحب الحق قائم فنكوله يوهم أمرا) * من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رجل وأقام عليه شاهداً وحلف معه ثبت الحق وجعل في سائر تركاته وان لم يحلف معه أو لم يكن شاهداً أو نكل المدعى عليه عن اليمين ولم يحلف الوارث اليمين المردودة فهل يحلف الغرماء فيه قولان (القديم) نعم لانه ذو حق في التركة فاشبه الوارث (والجديد) لا لان حقه فيما يثبت للميت أما اثباته للميت فليس إليه ولهذا لو أوصى لانسان بشئ فمات

[214]

قبل القبول أو لم يقبله وارثه لم يكن للعريم القبول ولو ادعى المفلس المحجور عليه ديناً والتصوير كما ذكرنا ففي حلف الغرماء طريقان (أحدهما) طرد القولين (والثانى) القطع بالمنع والفرق من وجهين (أحدهما) أن الحق للمفلس فامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة وفي الصورة الاولى لم يبق صاحب الحق وانما يحلف الوارث بناء على معرفته بشأن الموروث وقد يكون الغرماء أعرف به (والثانى) أن غرماء الميت أيسون عن حلفه فمكنوا من اليمين كيلا يضيع الحق وغرماء المفلس غير أيسين عن حلفه قال الامام والطريقة الثانية أصح وحكى عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء ونقل بعضهم مسألة عن الفقهاء وعن الاكثرين القطع بمنع الدعوى ابتداء وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في الصورة الاولى والمفلس في الثانية ولا فرق بين أن يكون المدعى عينا أو ديناً قاله

[215]

القاضي ابن كج وفرع على قولنا ان الغرماء يخلفون فرعين (أحدهما) أنه لو حلف بعضهم دون بعض استحق الحالفون بالقسط كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت (والثاني) لو حلفوا ثم أبرؤا عن ديونهم فالمحلف عليه يكون لهم ويغلو الأبراء ويكون للمفلس أو يبقى علي المدعى عليه ولا يستوفى أصلا فيه ثلاثة أوجه * قال (ولو أراد سفر فلمن له دين حال منعه * وليس لمن له دين مؤجل منعه * ولا طلب الكفيل ولا طلب الأشهاد (و) * من عليه الدين إذا أراد أن يسافر نظر ان كان الدين حالا فلصاحبه منعه حتى يقضى حقه قال الأئمة وليس هذا منعا من السفر كما يمنع السيد العبد والزوج الزوجة ولكن يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس الحكم ومطالبته حتى يوفى الحق وان كان مؤجلا نظر ان لم يكن السفر مخوفا فلا منع إذ لا مطالبة وليس له طلب رهن ولا كفيل أيضا وهو المضيع لحق نفسه حيث رضى بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل وليس له أن يكلفه الأشهاد أيضا ولا فرق بين أن يكون حلول الاجل قريبا أو بعيدا فان أراد أن يسافر معه ليطالبه عند حلوله فله ذلك بشرط أن لا يلزمه ملازمة الرقيب وقال مالك إذا علم حلول الاجل قبل رجوعه فله أن يطالبه بكفيل وعن صاحب التقریب نقل وجه أن له طلب الأشهاد لان المستحق يتوثق به ولا ضرر فيه على المديون وان كان السفر مخوفا كالجهاد

[216]

وركوب البحر ففيه وجوه (أصحها) أنه لا مانع أيضا إذ لا مطالبة في الحال (والثاني) ويحكى عن أبي سعيد الاصطخري أنه يمنعه إلى أن يؤدي الحق أو يعطى كفيلا لانه في هذا السفر بعرض نفسه للهلاك فيضيع حقه (والثالث) ان لم يخلف وفاء ما عليه منعه وان خلفه فلا اعتماد اعلى حصول الحق منه وفي سفر الجهاد وجه آخر ان المديون ان كان من غير المرتزقة منع وان كان منهم لا يمنع لان وجوه معاشتهم وأكسابهم منه * واعلم ان القاضي الروياني اختار مذهب مالك فقال له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف وفي السفر البعيد عند قرب الحلول في هذا الزما لفساد الطرق وانقطاع القوافل وعجز الحكام عن استيفاء الحقوق بالكتب الحكمية وإن شئت فاعلم قوله ولا طلب الكفيل مع الميم بالواو * قال (الحكم الثاني في بيع ماله وقسمته وعل بالقاضي أن يبادر إليه كيلا تطول مدة الحجر * ويقسم على نسبة الديون * ويبيع بحضرة المفلس * ولا يسلم مبيعا قبل قبض الثمن * ولا يكلف الغرماء حجة على أن لا غريم له سواهم * ويعول على أنه لو كان لظهر مع استفاضة الحجر * فان ظهر بعد القسمة فلا تنقض القسمة بل يرجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب * ولو خرج المبيع مستحقا فكذلك يرجع على كل واحد بجزء من الثمن * فان كان قد بيع في حالة الفليس فيرد تمام الثمن * أو يضارب فيه خلاف * ووجه الاكمال أنه من مصالح الحجر * هذا الحكم الثاني وان كان ثابتا في حق المفلس المحجور على ولكن لا اختصاص له بالمحجور بل كما يبيع الحاكم مال المفلس المحجور ويقسمه بين الغرماء فكذلك غيره من المديونين إذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغرماء وعند أبي حنيفة لا يبيع الحاكم ماله بل يحبس حتى يبيع وسلم أن يصرف أحد النقيدين في الآخر * لنا القياس على ما سلمه وأيضا حديث معاذ

رضى الله عنه الذي قدمناه وروى أن عمر رضى الله عنه خطب الناس وقال (ألا أن ألا سيفع أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فادان معترضاً فأصبح وقد ربن به فمن كان له عليه دين فليحضر فانا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه هذا رجل من جهينة ذكر أنه كان يشتري الرواحل ويسرع السير فيسبق الحاج فأفلس) (1) وقوله) أذان أي استقرض (وقوله) معترضاً أي اعترض الناس فاستدان ممن أمكنه (وقوله) ربن أي وقع فيما لا يستطيع الخروج منه قال أبو عبيد كلما عليك فقد ران بك ورائك * إذا تقرر ذلك فإذا حجر الحاكم على المفلس فالمستحب أن يبادر إلى بيع ماله وقسمته حتى لا تطول مدة الحجر ولا يفرط في الاستعجال كيلا يطمع فيه بثمن بخس ويستحب أن يبيع بحضرة المفلس أو وكيله لانه أنفى للتهمة وأطيب لقلب المفلس والمشتريين وليخبر بصفات المتاع وانه بكم اشتراه فتكون الرغبة فيه أكثر وليطلع على عيب ان كان به لبيع على وجه لا برد

(1) (حديث) عمر في اسيفع جهينة ياتي قريباً *

وكذلك يفعل إذا باع المرهون ويستحب أيضاً إحضار مستحقي الدين ويقدم بيع المرهون في حق المرتهن ان كان في ماله مرهون ويبيع العبد الجاني في حق المجني عليه ليعجل حقهما فان فضل شئ كان مع سائر أمواله للغرماء وان بقي من دين المرتهن شئ ضرب به سائر الغرماء ويبيع من ماله أو لا ما يخاف عليه الفساد كيلا يضيع ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات ثم العقارات وانما يؤخرها لانه لا يخشى عليها الهلاك والسرقة ويشهر بيعها فيظهر الراغبون ويبيع كل شئ في سوقه فان طالبيه في سوقه أكثر ويجب أن يبيع ثمن المثل من نقد البلد حالاً ثم ان كانت الديون من غير جنس ذلك النقد ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم صرفه إلى جنس حقهم والا جز صرفه إليهم إلا أن يكون سلماً ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن نص عليه الشافعي رضى الله عنه وقد ذكرنا فيما إذا تنازع المتبايعان في البدأة بالتسليم أقوالاً فعن ابن سريج أن ما ذكره ههنا جواب على قولنا أن البدأة للمشتري ويحى عند التنازع قول آخر وهما أنهما يخيران معا ولا يحى قولنا لا يخير واحد منهما حتى يبدأ أحدهما فان الحال لا يحتمل التأخير ولا قولنا إن البدأة بالبائع فان من يتصرف للغير فلا بد وان يحتاط وعن أبى الحسين أنه تجب البدأة ههنا بتسليم الثمن بلا خلاف ثم لو خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن وكيف يضمن سنذكره ان شاء الله تعالى وما يقبض الحاكم من أثمان أمواله على التدرج ان كان يسهل قسمته عليهم فالأولى أن لا يؤخره وان كان يعسر لقلته وكثرة الديون فله أن يؤخر ليجمع فان أبو التأخير ففى النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم والظاهر خلافه فإذا تأخرت القسمة فان وجد من يقترض منه فعل ويشترط فيه الامانة واليسار وان لم يجد أودعه عند أمين ولا يشترط فيه اليسار والتورع ممن يرضاه الغرماء فان اختلفوا أو عينوا من ليس يعدل

فالرأى للحاكم ولا يقنع بمن ليس بعد ولو تلف شئ من الثمن في يد العدل
فهو من ضمان المفلس سواء كان في حياة

[219]

المفلس أو عند موته وعند أبي حنيفة ما تلف بعد موته فهو من ضمان
الغرماء والله أعلم * بقى في الفصل مسألتان (إحدهما لا يكلف عند
القسمة الغرماء إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم ويكتفى بأن الحجر
قد استفاض واشتهر فلو كان ثم غيرهم لظهر وطلب حقه ويؤيده أن عمر
رضى الله عنه اكتفى باشتهار أمر الجهني في خطبته ولم يكلف الغرماء
البينة هذا ما نقله الامام عن صاحب التقريب ثم قال لا فرق عندنا بين
القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة (فإذا قلنا) في القسمة على
الورثة لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث غيرهم كذلك في القسمة
على الغرماء وللغارق أن يفرق بين البائعين بان الورثة على كل حال أصيب
من الغرماء وهذه شهادة علي النفي يعسر مدرکها فلا يلزم من اعتبارها
حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان الضبط أعسر * وإذ اجرت
القسمة ثم ظهر غريم آخر فالظاهر أن القسمة لا تنقض ولكن يشاركهم
من ظهر بالحصه لان المقصود يحصل به وفيه وجه أنها تنقض فيسترد
المال ممن أخذ ويستأنف القسمة وهذا كما لو اقتسم الورثة التركة ثم
ظهر دين ففي نقض القسمة اختلاف (فان قلنا) بعدم النقص فلو قسم
ماله على غريمين لاحدهما عشرون وللآخر عشرة فاخذ الاول عشرة
والثاني خمسة ثم ظهر غريم ثالث بثلاثين استرد من كل واحد منهما نصف
ما أخذ ولو كان دين كل واحد منهما عشرة وقسم المال بينهما نصفين ثم
ظهر غريم ثالث بعشرة رجع على كل واحد منهما

[220]

بثلت ما أخذ فان أتلف أحدهما ما أخذ وكان معسرا لا يحصل منه شئ
فوجهان (أظهرهما) أن الغريم الذي ظهر لا يأخذ من الآخر شطرا ما أخذ
وكانه كل المال ثم لو أيسر المتلف أخذ ما منه ثلث ما أخذه وقسماء بينهما
(والثاني) أنه لا يأخذ منه الا ثلث ما أخذه وثلث ما أخذه المتلف دين له عليه
ولو أن الغريم الثالث ظهر وقد ظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر
صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الاولان فان فضل شئ فهو
مقسوم على الثلاثة بقسطه هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديما فان
كان حادثا بعد الحجر فلا يشارك الاولين في المال القديم وإن ظهر مال
قديم وحادث مال باحتطاب وغيره فالقديم للقديما خاصة والحادث للكل
(المسألة الثانية) لو خرج شئ مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقا والثمن
غير باق فهو كدين ظهر والحكم ما مضى وإن باع الحاكم ماله وظهر
الاستحقاق بعد قبض الثمن وتلفه فرجوع المشتري في مال المفلس ولا
يطالب الحاكم به ولو نصب الحاكم أمينا حتى باعه ففي كونه طريقا
وجهان كما ذكرنا في العدل الذي نصبه القاضى لبيع الرهن ثم رجوع
المشتري في طريق المفلس ورجوع الامين (إن قلنا) إنه طريق للضمان
وغرم كيف يكون

فيه قولان (عن) رواية الربيع وحرمله انه يضارب مع الغرماء لانه دين في ذمة المفلس كسائر الديون (والثاني) أنه يتقدم على سائر الغرماء لانا لو قلنا بالمضاربة لرغب الناس عن شراء مال المفلس فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها من المؤمن ونسب الا كثرون هذا القول إلى رواية المزني لكن منقولة في المختصر يشعر بالقولين جميعا وذكر المسعودي أن القولين مأخوذان منه والثاني أرجح عند عامة الاصحاب ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب فيه خلاف بالواو لان الامام حكى طريقة أخرى قاطعة بالتقديم وأيضا فان العراقيين حكوا طريقة أخرى وهى تنزيل الروائين على حالين ان كان الرجوع قبل قسمة المال بين الغرماء يقدم وان كان بعد القسمة واستئناف الحجر بسبب مال تجدد فهو أسوة الغرماء * قال (ثم يترك عليه دست ثوب يليق بحاله حتى خفه وطيلسانه إن كان حطهما عنه يزرى بمنصبه * ولا يترك مسكنه وخادمه * بل يبقى له سكني يوم واحد ونفقته ونفقة زوجته وأولاده * وكذا ينفق عليهم مدة الحجر * ونص في الكفارة أنه يعدل إلى الصيام * وان كان له مسكن وخادم فقيل بمثله في الديون * والفرق أن الكفارة لها بدل وحقوق الله على المساهلة) * مقصود الفصل الكلام فيما يباع على المفلس من أمواله وما يترك له وفيه مسائل (إحداها) ينفق الحاكم على المفلس إلى الفراغ من بيع ماله وقسمته وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والاقارب لانه موسر ما لم يزل ملكه وكذا كسوتهم بالمعروف هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات وكيف ينفق على زوجته قال الامام لا شك ان نفقته نفقة المعسرين وفي البحر للقاضي الرويانى أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين وهذا قيلس الباب ولو كان ينفق نفقة المعسرين لما أنفق على الاقارب (الثانية) بيع مسكنه وخادمه وان كان محتاجا إلى من يخدمه لزمانته أو كان منصبه يقتضى

خادما ونص في الكفارات المرتبة أنه يعدل إلى الصيام وان كان له مسكن وخادم ولا يلزمه صرفهما إلى الاعناق فمنهم من خرج منه قولا في الديون والمذهب تقرير النصين والفرق من وجهين (أحدهما) أن الكفارة لها بدل ينتقل إليه والدين بخلافه (وثانيهما) أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وحقوق الأدميين على الشح والمضايقة قال الامام والمسكن أولى بالابقاء من الخادم فينتظم أن يرتب الخلاف ويقال فيهما ثلاثة أوجه في الثالث يبقى المسكن دون الخادم (فان قلنا) بالابقاء فذلك إذا كان لائقا بالحال دون النفيس الذي لا يليق به ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الاصطخري أنه إن كان ثمينا بيع والا فلا (الثالثة) يترك له دست ثوب يليق بحاله من قميص وسراويل ومنديل ومكعب وان كان في الشتاء زاد جبة وتترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة يلبسها فوق القميص إن كان اللائق بحاله لبسها لان حطها عنه يزرى بمنصبه وتوقف الامام في الخف والطيلسان وقال ان تركهما لا يخرم المروءة وذكر ان الاعتبار بما يليق بحاله في افلاسه لا في بسطته وثروته لكن المفهوم من كلام الاصحاب أنهم لا يساعدونه عليه ويمنعون قوله إن تركهما لا يخرم المروءة

ولو كان يلبس قبل الافلاس فوق ما يليق بمثله رددناه إلى اللائق بحاله ولو كان يلبس دون اللائق تقثيرا لم يزد عليه في الافلاس ويترك لعياله من الثوب كما يترك له ولا يترك الفرش والبسط نعم يسامح باللبد والحصير القليل القيمة قال الائمة والفرق بين الثياب وبين الخادم والمسكن حيث لم يتركه عليه في ظاهر المذهب أن الخادم عنه غنيمة (وأما) المسكن فانه يسهل استئجاره وان تعذر سكن الرباط والمسجد والثياب قلما تستأجر (الرابعة) يترك له قوت يوم القسمة وكذلك لمن عليه نفقته لانه موسر في اوله ولا يزيد على نفقة ذلك اليوم فانه لاضبط بعده وذكر في الكتاب أنه يبقى له سكنى ذلك اليوم

[223]

أيضا وهذا مستمر على قياس النفقة وان لم يتعرض له غيره وكل ما يترك إذا وجد في ماله يشتري إذا لم يوجد * قال (ثم ان بقي شئ من الدين فلا يستكسب (م) * وفي إجارة مستولده والضيعة الموقوفة عليه خلاف مأخذه أن المنفعة ليست مالا عتيدا وانما هو اكتساب) * من قواعد الباب أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل وان لم يمكن من تفويت ما هو حاصل حتى لو جنى على المفلس أو على عبده جان فله القصاص ولا يلزم العفو على المال قال وان كانت الجناية موجبة للمال فليس له ولا لوارثه أن يقبل العفو دون إذن الغرماء ولو كان قد أسلم في شئ فليس له أن يقبض مسامحا ببعض الصفات المقصودة المشروطة الا باذنه ولو كان قد وهب هبة تقتضي الثواب وقلنا انها تقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بما شاء وتكليفه طلب الزيادة تكليف بتحصيل ما ليس بحاصل (وان قلنا) إنه يتقدر بالمثل لم يجر الرضا بما دونه ولو زاد على المثل لم يجب القبول * إذا تقرر ذلك فليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الاجرة والكسب إلى بقية الديون * وقال أحمد رضى الله عنه يلزمه ذلك ولو امتنع اجره القاضى * وعن مالك أنه ان كان ممن يعتاد اجارة نفسه لزمه * لنا قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) حكم

[224]

بالانظار ولم يأمره بالاكتساب وأيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم (لما حجر على معاذ رضى الله عنه لم يزد على بيع ماله) (1) ولو كانت له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه فوجهان (أحدهما) أنهما يؤجران لان المنافع اموال كالأعيان فيحصل بدلها للدين (والثانى) لان المنافع لا تعد اموالا حاضرة ولو كان كذلك لوجب اجارة المفلس نفسه ولوجب بها الحج والزكاة فعلى الاول يؤاجر مرة بعد أخرى إلى أن ينقضى الدين لان المنافع لا نهاية لها وقضية ادامة الحجر إلى فناء الدين ولان هذا كالمستعير ومال الامام إلى ترجيح الوجه الثانى لكن في تعاليق العراقيين ما يدل على أن الاول أظهر * قال (ثم إذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فيفك الحجر * أم يحتاج إلى فك القاضى فيه خلاف * وكذا لو تطابقوا على رفع الحجر لان الظاهر أن الحق لا يعدوهم ولكن يحتمل أن يكون وراءهم غريم * والظاهر أن بيعه ماله من غير الغرماء لا يصح وان كان باذنه * ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه ففيه خلاف لان سقوط الدين يسقط الحجر على رأى) * إذا قسم

الحاكم مال المفلس بين الغرماء فينفك الحجر أم يحتاج إلى فك القاضى فيه وجهان

(1) (قوله) روى أنه صلى الله عليه وسلم انما حجر على معاذ بالتماس منه دون طلب الغرماء (قلت) هذا شئ ادعاه امام الحرمين فقال في النهاية قال العلماء ما كان حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم على معاذ من جهة استدعاء غرمائه والا شبه أن ذلك جرى باستدعائه وتبعه الغزالي وهو خلاف ما صح من الروايات المشهورة ففي المراسيل لابي داود التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك امامان واه الدار قطني أن معاذ اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلمه ليكلم غرماءه فلا حجة فيها أن ذلك الائتماس الحجر وانما فيها طلب معاذ الرفق منهم وبهذا تجمع الروايات

[225]

(أحدهما) أنه ينفك لان الحجر لحفظ المال على الغرماء وقد حصل هذا الغرض فيزول الحجر (وأظهرهما) أنه لا بد من فك القاضى لانه حجر لا يثبت الا باثبات القاضى ولا يرتفع الا برفعه كالحجر على السفية والمعنى فيه أنه يحتاج إلى نظر واجتهاد كحجر السفية هذا إذا اعترف الغرماء بان لا مال سواه أما إذا ادعوا مالا آخر فالجواب ما سيأتي ان شاء الله تعالى في الحكم الثالث * ولو اتفق الغرماء على رفع الحجر عنه فقد حكى الامام في ارتفاعه مثل هذا الخلاف عن الاصحاب (وجه) الارتفاع أن الحجر لهم فهم في امواله كالمرتهن في حق المرهون (ووجه) عدم الارتفاع أنه يحتمل أن يكون وراءهم غريم غائب فلا بد فيه من نظر الحاكم واجتهاده * ولو باع المفلس ماله من غريمه يدينه ولا يعرف له غريما سواه فوجهان (قال) صاحب التلخيص يصح بيعه لان الحجر عليه لدين ذلك الغريم فإذا رضى وبرئت ذمته من الدين وجب أن يصح (والاظهر) وبه قال أبو زيد أنه لا يصح من غير مراجعة القاضى لان الحجر على المفلس لا يقتصر على الغريم المفلس ؟ بل يثبت على العموم ومن

[226]

الجائز أن يكون له غريم آخر والوجهان مفرعان على أن بيع المفلس من الأجنبي لا يصح فان صح فهذا أولى ولو حجر عليه بديون جماعة وباع أمواله منهم بديونهم فعلى هذا الخلاف ولو باع ماله من غريمه الواحد بعين أو ببعض دينه فهو كما لو باع من الأجنبي لان ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر بخلاف ما إذا باع بكل الدين فانه يسقط الدين فإذا سقط الدين ارتفع الحجر * ولو باع من أجنبي بأذن الغرماء لم يصح أيضا وقال الامام يحتمل أن يصح كما يصح بيع المرهون بأذن المرتهن وأقام صاحب الكتاب ما ذكره وجهها فقال والاطهر أن بيع ماله من غير الغرماء أي من الوجهين (وقوله) لان سقوط الدين يسقط الحجر على رأى هو الرأى الذاهب إلى أنه إذا فرقت أمواله وقبضت الديون ارتفع الحجر عنه فإذا قلنا بذلك

* (حديث) * ايما رجل باع متاعا فافلس الذى باعه ولم يقض ؟ البائع من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به وان كان قد اقتضى من ثمنه شيئا فهو اسون ؟ الغرماء ذكر الرافعى بعد انه حديث مرسل وهو كما قال فقد اخرج مالك وأبو داود من حديث أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مرسلا ووصله أبو داود من طريق أخرى وفيها اسماعيل بن عياش إلا أنه رواه عن الزبيدى وهو شامى قال أبو داود المرسل أصح (قلت) واختلف على اسماعيل فاخرجه ابن الجارود من وجه آخر عنه عن موسى ابن عقيب عن الزهري موصولا وقال الشافعى حديث أبى المعتمر أولى من هذا وهذا منقطع وقال البيهقى لا يصح وصله ووصله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك وذكر ابن حزم أن عراك بن مالك رواه أيضا عن أبى هريرة وفي غرائب مالك وفي التمهيد أن بعض أصحاب مالك وصله عنه

[227]

صحنا البيع من الغريم بالدين لتضمنه البراءة من الدين ولك أن تقول وجب أن لا تجزم بصحة البيع وان قلنا بان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تفتقر إلى تقدم ارتفاع الحجر أم لا تفتقر فان افتقرت وجب أن تجزم بعدم الصحة للدور فانه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين ولا يسقط الدين ما لم يصح البيع وان لم تفتقر فعابية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما إذا قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا بعد ولد هل تطلق بالثاني وفيما إذا قال العبد لزوجته ان مات سيدى فانت طالق طلقين وقال السيد لعبده إذا مت فانت حر ثم مات السيد فهل له نكاحها قبل الزوج واصابة ولهما نظائر * قال (الحاكم الثالث) حبسه إلى ثبوت اعساره * وللقاضى ضربه ان ظهر عناده باخفاء المال * فان أقام بينة على اعساره سمع في الحال (ح م) * وأنظر الي ميسرة * وليشهد من يخبر باطن حاله فانه شهادة على النفى قبلت للحاجة * ثم للخصم أن يحلفه مع الشهادة * فان لم يطلب فهل يجب على القاضى أدبا في قضائه في خلاف * وان لم يجد بينة وقد عهد له مال فلا يقبل قوله * وان لم يعهد فقبل ان القول قوله لان الاصل عدم اليسار * وقيل لابل الاصل في الحر الاقتدار * وقيل ينظر ان لزمه الدين باختياره فالظاهر ان لا يلتزم الا عن قدرة * فان لم يقبل يمينه فان كان غريبا فليوكل القاضى به من يسأل عن منشئه

[228]

ومنقلبه حتى يغلب على طنه افلاسه فليشهد كيلا يتخذ الحبس عليه) * هذا الحكم أيضا ليس من آثار الحجر وخواصه بل هو في حق غير المحجور أظهر على ما سنبينه ان شاء الله تعالى * واعلم ان المديون إذا ثبت اعساره لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل إلى أن يوسر على ما قال الله تعالى (فنظرة إلى ميسرة) وقال أبو حنيفة للغريم ملازمته ولكن لا يمنعه من التكسب * وان كان له مال فقد ذكرنا أنه يؤمر ببيع ماله وان امتنع باعه الحاكم عليه وهل يحجر عليه فيه وجهان (أظهرهما) أنه يحجر إذا التمسه الغرماء كيلا يتلف ماله (والثانى) لا لان عمر رضى الله عنه لم يحجر علي الجهنى * فان أخفى ماله حبسه القاضى حتى يظهره روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (لى الواحد يحل عرضه وعقوبته) (1) قال المفسرون أراد بالعقوبة الحبس والملازمة فان لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره وان كان ماله ظاهرا فهل يحبسه بامتناعه قال في

التتمة فيه وجهان الذي عليه عمل القضاة الحبس ويدل عليه ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (حبس رجلاً أعتق شقماً له من عبد في قيمة الباقي) (2) وإن ادعى أنه قد تلف ماله وصار معسراً

(1) (حديث) لى الواجد ظلم وعقوبته حبسه * أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه وعلقه البخاري ولكن لفظه عند الطبراني في الاوسط لى الواجد يحل عرضه وعقوبته وقال لا يروى عن الشريد إلا بهذا الاسناد تفرد به ابن أبى دليمة * (2) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً أعتق شقماً له في عبد في قيمة الباقي * البيهقي من طريق أبى مجازان عبداً كان بين رجلين فاعتق أحدهما نصيبه فحبسه النبي صلى الله عليه وسلم حتى باع فيه غنيمه له قال وهذا منقطع قال وروى من وجه آخر عن القاسم بن عبد الرحمن عن جده عبد الله ابن مسعود وهو ضعيف لأنه من طريق الحسن بن عماره قال ورواه الثوري عن ابن أبى ليلى ؟ عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى مجاز (فائدة) في مشروعية الحبس حديث أخرجه أبو داود والنسائي من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار ثم خلا سبيله

[229]

فعليه البينة ثم ان شهد الشهود على التلف قبلت شهادتهم ولم يعتبر فيهم الخبرة الباطنة وان شهدوا على اعساره قبلت بشرط خيرتهم الباطنة قال الصيدلاني ويحمل قولهم انه معسر على أنهم وقفوا على تلف المال * وان ادعى المديون أنه معسر لا شئ له أو قسم مال المحجوز على الغرماء وبقي بعض الديون وزعم أنه لا يملك شيئاً آخر وأنكر الغرماء نظر ان لزمه الدين في مقابلة مال كما إذا ابتاع أو استقرض أو باع سلماً فهو كما لو ادعى هلاك المال فعليه البينة وان لزم لا في مقابلة مال فثلاثة أوجه (أصحها) أنه يقبل قوله مع اليمين لان الاصل العدم (والثاني) أنه لا يقبل ويحتاج إلى البينة لان الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً قل أم كثر (والثالث) أنه ان لزمه باختياره كالصداق والضمان لم يقبل قوله وعليه البينة وان لزمه لا باختياره كارش الجنایات وغرامة المتلفات قبل قوله مع اليمين والفرق ان الظاهر أنه لا يشغل ذمته ولا يلتزم مالا يقدر عليه ثم الكلام في فصلين (أحدهما) في البينة القائمة على الاعسار وهى مسموعة وان تعلقت بالنفى لمكان الحاجة كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء وعن مالك أنها لا تسمع والنظر في أنها متى تسمع وما صفة

[230]

الشهود وعددهم وصيغة شهادتهم أمامتى تسمع فهى مسموعة وان قامت في الحال خلافاً فالأبى حنيفة حيث قال لا تسمع الا بعد مدة ثم هي مقدرة في رواية بشهر وفي أخرى بشهرين وربما ضبطوا بما يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له مال لظهره ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وطباعهم (وأما) الصفة فما يعتبر في الشهود مطلقاً يذكر في الشهادات ويعتبر مع ذلك كون الشهود من أهل الخبرة الباطنة بطول الجوار وكثرة المجالسة والمخالطة فان الاموال تخفى ولا يعرف تفصيلها الا بامثال ذلك ثم إن عرف القاضى أنهم من أهل الخبرة الباطنة فذاك

والاجاز له أن يعتمد على قولهم أنا بهذه الصفة ذكره في النهاية وأما العدد فشاهدان كما في سائر الامور وفي كتاب الفورانى والمتولى أنه لا تقبل هذه الشهادة الا من ثلاثة لما روي (أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان جائحة أصابت ماله وسأله أن يعطيه من الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه) (1) والمذهب الاول والحديث محمول على الاستظهار والاحتياط (وأما الصيغة فهي أن يقولوا هو معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ولو أضافوا إليه وهو ممن تحل له الصدقة جاز ولا يشترط قال في التتمة ولا يقتصرون على أنه لا يملك له حتى لا تتمحض شهادتهم نفيا لفظا ومعنى ويحلف المشهود له مع البينة لجواز أن له مالا في الباطن والشهود

(1) (حديث) أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم جائحة أصابته فسأله أن يعطيه من الصدقة فقال حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه * الحديث مسلم من حديث قبيصة بن مخارق الهلالي قال تحملت حمالة فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ثم قال يا قبيصة أن المسألة لا تحل إلا لثلاثة فذكر كرمطولا وفيه رجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة *

[231]

اعتمدوا الظاهر وغالب الظن وعن أبى حنيفة أنه لا يحلف وبه قال أحمد وهذا التحليف مستحق أو مستحب فيه قولان ويقال وجهان (الاصح) الاستحقاق وهو ظاهر نصه في المختصر (وقال) الشيخ أبو حامد الاصح الاستحباب وهو ظاهر نصه في حرمله والاملاء وعلى التقديرين فهل يتوقف على استدعاء الخصم فيه وجهان (أحدهما) لا كما لو كانت الدعوى على ميت أو غائب وعلى هذا فهو من أداب القضاة (وأظهرهما) نعم كيمين المدعى عليه (الفصل الثاني) انا حيث قلنا يقبل قوله مع يمينه فيقبل في الحال كما لو أقام البينة فتسمع في الحال قال الامام ويحتمل ان يقال يتأنى القاضى ويبحث عن باطن حاله ولا يقنع بقوله بخلاف ما إذا أقام البينة وحيث قلنا لا يقبل قوله الا بالبينة فادعى ان الغرماء يعرفون إعساره فله تحليفهم على نفى المعرفة فان نكلوا حلف وثبت إعساره وان حلفوا حبس ومهما ادعى ثانيا وثالثا انه بان لهم إعساره فله تحليفهم قال في التتمة الا أن يظهر للقاضى انه يقصد الايذاء أو اللجاج وإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية فلو كان غريبا لا يتأنى له إقامة البينة فينبغي أن يوكل به القاضى من يبحث عن منشئه ومتقلبه

[232]

ويفحص عن أحواله بحسب الطاقة وإذا غلب على ظنه افلاسه شهد به عند القاضى كيلا تتخذ عليه عقوبة الحبس ومتى ثبت الاعسار وخلاه الحاكم فعاد الغرماء بعد ايام وادعوا أنه استفاد مالا وأنكر فالقول قوله وعليهم البينة فان أتوا بشاهدين قالوا رأينا في يده مالا يتصرف فيه أخذه الغرماء فان قال أخذته من فلان وديعة أو مضاربة وصدقه المقر ولا حق للغرماء

فيه وهل لهم تحليفه على أنه لم يواطئ المقر وأنه أقر عن تحقيق فيه وجهان (أصحهما) المنع لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معني لتحليفه وان كذبه المقر له صرف إليهم ولا يلتفت إلى اقراره لانسان آخر وان كان المقر له غائبا وقف حتى يحضر الغائب فان صدقة أخذه والا أخذه الغرماء (وأما) لفظ الكتاب فقوله وان أقام بينة على اعساره سمعت معلم - بالواو - وقوله في الحال - بالحاء - لما مر وقوله للخصم أن يحلفه مع الشهادة - بالحاء - والالف - ثم هو جواب على ان اليمين مستحقة فيصح إعلامه - بالواو - أيضا ويوضحه قوله فهل يجب على القاضى أدنا في قضائه فانه جعل الوجوب معروفا عنه وبتكلم في أنه هل يشترط له طلب الخصم قال الامام والخلاف فيما إذا سكت فاما إذا قال لست أطلب يمينه ورضيت باطلاقه فلا خلاف في أنه لا يحلف * قال (والصحيح أنه يحبس في دين ولده لانه لو لم يحبس فيؤدى إلى أن يفر ويمتنع عن الاداء ويعجز عن الاستيفاء) * في حبس الوالدين بدين الولد وجهان (أصحهما) عند صاحب الكتاب أنه يحبس والا لاقر وامتنع عن الاداء وحينئذ يعجز الابن عن استيفاء الدين ويضيع حقه (الثاني) لا يحبس لان الحبس نوع عقوبة

[233]

ولا يعاقب الوالد بالولد قال في التهذيب وهذا أصح ولمن قال به أن يمنع عجز الابن عن الاستيفاء بل إذا ثبت له مال عند القاضى أخذه قهرا وصرفه إلى دينه وعلى الوجهين لا فرق بين دين النفقة وغيرها ولا بين أن يكون الولد صغيرا أو غيره وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يحبس الا في نفقة الولد إذا كان صغيرا أو زمنا فيمكن اعلام قوله يحبس بالحاء لذلك * قال (الحكم الرابع الرجوع (ح) إلى عين المبيع لقوله عليه السلام (أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه) * ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان (العوض) (والمعوض) (والمعاوضة) (أما العوض) وهو الثمن فله شرطان (الاول) أن يتعذر استيفاؤه بالافلاس فلو وفى المال به فلا رجوع * وإن قدمه الغرماء فله الرجوع لان فيه منة وعرر ظهور غريم آخر * ولا رجوع (و) إذا تعذر بامتناعه بل يستوفيه القاضى * ولو انقطع جنسه ومنعنا الاعتياض عن الثمن فله الفسخ كما في انقطاع المسلم فيه (الثاني) الحلول ولا رجوع الا إذا كان الثمن حالا ولا يحل الاجل بالفلس على الاصح *

[234]

من حجر عليه بالافلاس ووجد من باع منه ولم يقبض الثمن وعين متاعه عنده فقد ذكرنا أن له أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله وهل يكون هذا الخيار على الفور فيه وجهان (أحدهما) لا كخيار الرجوع في الهبة من الولد (وأصحهما) نعم لانه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر فليكن على الفور كخيار العيب وخيار الحلف فعلى هذا إذا علم الحجر ولم يفسخ بطل حقه من الرجوع وعن القاضى الحسين أنه لا يمنع تأقيته بثلاثة أيام كما هو أحد الاقوال في خيار المعتقة تحت رقيق وفى الشفعة وهل يفتقر هذا الخيار إلى إذن لحاكم أم يستند به الفاسخ فيه وجهان (أحدهما) انه يفتقر إلى إذنه لانه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالاعسار (وأشبههما) أنه لا حاجة إليه لانه

ثابت بالسنة الصحيحة فصار كخيار العنق ولوضوح الحديث ذهب الاصطخري إلى أنه لو حكم حاكم بالمنع من الفسخ نقض حكمه ولا يحصل الفسخ ببيع البائع واعتاقه ووطنه الجارية المبيعة علي أصح الوجهين وتلغو هذه التصرفات وصيغة هذه التصرفات * وصيغة الفسخ كقوله فسخت البيع

[235]

ونقضته ورفعته لا يخفى * ولو اقتصر على قوله رددت الثمن أو فسخت البيع فقد حكى الامام فيه اختلافا للاصحاب ووجه المنع بان حق الفسخ فيه أن يضاف إلى المرسل ثم إذا انفسخ العقد ثبت مقتضاه والاصح الاكتفاء به ثم حق الرجوع للبائع لا يثبت علي الاطلاق بل هو مشروط بشروط يجب معرفتها ولا يختص الرجوع بالبيع بل يجرى في غيره من المعاوضات ويتبين الغرض بالنظر في العوض المتعذر تحصيله والمعوض المسترجع والمعاوضة التي بها انتقل الملك إلى المفلس فلذلك قال وتعلق الرجوع بثلاثة أركان والعوض والمعوض والمعاوضة (وقوله) أما العوض فهو الثمن يعني في البيع ويقاس عليه العوض في سائر المعاوضات ويعتبر فيه شيان (أحدهما) أن يتعذر استيفاؤه بسبب الافلاس وفيه صور (أحدهما) إذا كان ماله واقفا بالديون وحجر القاضي عليه تفريعا على جواز ذلك ففي ثبوت الرجوع وجهان (أحدهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يرجع لأنه يصل إلى الثمن (والثاني) يرجع لأنه لو رجع لما أمن أن يظهر غريم آخر يزاحمه فيما أخذ (الثانية) لو قال الغرماء نفسخ لتقدمك بالثمن لم يلزمه الاجابة خلافا لمالك لان فيه تحمل منه وأيضا فرما يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ وفيه وجه أنه لا يبقى له الرجوع تخريبا مما إذا حجر عليه الحاكم وفي ماله وفاء ولو قالوا نؤدى الثمن من خالص أموالنا أو تبرع به أجنبي فليس عليه الاجابة أيضا ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر لم يزاحمه في المأخوذ * ولو مات المشتري فقال الوارث لا ترجع حتى أقدمك على الغرماء يلزمه القبول أيضا ولو قال أؤدى الثمن من مالى فوجهان (أحدهما) وبه أجاب في التتمة أن عليه القبول وترك الفسخ لان الوارث خليفة المورث فله تخلص المبيع (الثالثة) لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار أو هرب أو مات مليئا وامتنع الوارث من التسليم فاصح الوجهين أنه لا فسخ لأنه لم يوجد عيب الافلاس

[236]

والتوصل إلى الاستيفاء بالسلطان ممكن فان فرض عجز عن النذور فذلك مما لا عبرة به (والثاني) له الفسخ لتعذر الوصول إلى الثمن ولو كان قد ضمن الثمن ضامن فان ضمن بأذن المشتري فليس له الرجوع على المشتري لانه ليس بمتبرع على المشتري والوصول من يده كالوصول من يد المشتري وان ضمن بغير إذنه فوجهان (في أحدهما) يرجع كما لو تبرع متبرع بالثمن (وفي الثاني) لا لان الحق قد تقرر في ذمته وتوجهت المطالبة عليه بخلاف المتبرع * ولو أعير من المشتري ما يرهنه بالثمن فرهنه فعلى الخلاف (وأما) قوله فلو انقطع جنسه ومنعناه الاعتياض عن الثمن فله الفسخ كما في انقطاع المسلم فيه فاعلم أن هذه المسألة هي كالغريبة في الباب وأذكر سبب ايرادها فيه بعد بيان فقها أنا ذكرنا قولين

في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة فان منعنا الاستبدال عنه وانقطع
جنسه كان كانقطاع المسلم فيه وانقطاع المسلم فيه أثره ثبوت حق
الفسخ في أصح القولين والانفساخ في الثاني فكذلك ههنا وان جوزنا
الاعتياض والاستبدال فلا تعذر في استيفاء عوض عنه (وقوله) فله الفسخ
اقتصار منه على ذكر أصح القولين (وأما) سبب الايراد في هذا الموضوع
فامر ان (أحدهما) أنه لما جعل الشرط التعذر بسبب الافلاس تكلم في
التعذر بغير هذا السبب كامتناع المشتري وانقطاع جنس الثمن وبين حكم
كل قسم منها (والثاني) أن الاصحاب احتجوا على ثبوت حق الفسخ
بالافلاس القياس على تعذر تحصيل المسلم فيه بالانقطاع والجامع أنه أحد
عوضي العقد فقيل لهم لو كان الثمن كالمسلم فيه لا يقتضى انقطاعه ما
يقتضى المسلم فيه فأجابوا بما حكيناه أنه ان جاز الاستبدال فلا تعذر والا
فلا فرق (الثاني) كون الثمن حالا فلا رجوع إذا كان الثمن مؤجلا لانه لا
مطالبة في الحال (وقوله) ولا يحل الاجل بالفلس على الاصح مكرر قد
ذكره مرة في أول الباب (وقوله) ولو حل أجله قبل انفكاك الحجر فقد
ذكرناه ثم وبيننا أن من الاصحاب من

[237]

قال لو حل الاجل وهو محجور عليه لم يكن للبائع الفسخ والرجوع أيضا
ويجوز أن يعلم قوله فلا رجوع الا إذا ان الثمن حالا بالواو لوجه اثبتناه هناك
تغريبا على أن الديون المؤجلة تحل بالفلس وأعلم قوله في أول الفصل
الرجوع إلى عين المبيع بالحاء لما مر من مذهب أبي حنيفة * قال (وأما
المعاوضة فلها شرطان (الاول) أن تكون معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ
في النكاح والخلع والصلح بتعذر استيفاء العوض * ويثبت في الاجارة
والسلم فيثبت الرجوع إلى رأس المال عند الافلاس ان كان باقيا *
والمضاربة بقيمة المسلم فيه ان كان تالفا * ثم يشتري بقيمته جنس حقه
* ولا يجوز الاعتياض عن المسلم فيه * وإذا أفلس المستأجر بالاجرة رجع
المكرى إلى عين الدابة أو الدار المكراه * فان كان في بادية نقله إلى مأمّن
بأجرة مثله يقدم بها على الغرماء * وان كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد
الفسخ بأجرة يقدم بها على الغرماء إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق
الغرماء وان أفلس المكرى بعد تعيين ما أكراه فلا فسخ بل يقدم المستأجر
بالمنفعة لتعلق حقه بعين الدابة كما يقدم المرتهن * وان كانت الاجارة
واردة على الذمة فله الرجوع إلى الاجرة إذا بقيت بعينها أو المضاربة
بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة * يعتبر في المعاوضة التي يملك بها
المفلس شيئا (أحدهما) أن تتمحض معاوضة وقصد صاحب الكتاب بهذا
القيد اخراج بعض التصرفات وادخال بعضها أما المخرج فقد قال فلا يثبت
الفسخ في النكاح والخلع والصلح لتعذر استيفاء العوض وهذا قد يتجاوز
عنه لاعتقاده أنه في غاية الوضوح لكن فيه وقفة منكرة لانه ان أراد به أن
المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق ولا الزوج

[238]

الخلع ولا العاقى الصلح بتعذر استيفاء العوض فهو مستمر في الصورتين
الاخيرتين لكنه في النكاح ينبي على الخلاف في أن الاعسار بالصداق هل

ثبت الفسخ والقول في ذلك الخلاف والاصح منه موضعه باب الاعسار وان اراد به ان الزوج لا يفسخ النكاح إذا لم تسلم نفسها وتعذر الوصول إليها فهذا واضح لكن لا يفرض مثله في الخلع والعفو إذ ليس العوض في الخلع الا البيونة وفي العفو الا براءة الذمة عن القصاص ؟ وهذا لا يتصور فيه التعذر مع صحة الخلع والعفو* وأما المدخل فهو السلم والاجارة فانهما معاوضتان مخضتان أما السلم فإذا أفلس المسلم إليه قبل توفية المسلم فيه لم يخل اما أن يكون رأس المال باقيا أو تالفا أو بعضه باقيا وبعضه تالفا (الحالة الاولى) أن يكون باقيا فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كما ذكرنا في البائع فان اراد ان يضارب مع الغرماء بالمسلم فيه ولا يفسخ فستتكم في كيفية المضاربة ان شاء الله تعالى (الثانية) أن يكون رأس المال تالفا فوجهان (أحدهما) ويحكى عن أبي اسحق أن للمسلم فسخ العقد والمضاربة مع الغرماء برأس المال لانه تعذر عليه الوصول إلى تمام حقه فليمكن من فسخ السلم كما لو انقطع جنس المسلم فيه وهذا ما أورده القاضي ابن كج والصيدلاني وعلى هذا فهل يحق قول حاكم بانفساخ السلم كما في انقطاع المسلم فيه (قيل) نعم اتماما للتنشيه (وقيل) لا لانه ربما حصل باستقراض وغيره بخلاف صورة الانقطاع (وأصحهما) أنه لا يفسخ كما لو افلس المشتري بالثمن والمبيع تالف وليس كالانقطاع لان ثم إذا فسخ رجع إلى رأس المال بتمامه وههنا إذا فسخ ليس له الا المضاربة برأس المال ولو لم يفسخ لضارب بالمسلم فيه فإنه أنفع لان الغالب زيادة قيمة المسلم فيه على رأس المال فعلى هذا يقول المسلم فيه ويضارب المسلم بقيمته مع الغرماء فإذا عرفت حصته نظر إن كان في المال من جنس المسلم فيه صرف إليه والا اشترى بحصته منه وسلم إليه فان الاعتياض عن المسلم فيه ممتنع هذا إذا كان رأس المال تالفا ولم يكن جنس المسلم فيه منقطعا فان كان تالفا وانقطع جنس المسلم فيه ففي وجه ليس للمسلم فسخ العقد أيضا لانه لا بد من المضاربة فسخ أو لم يفسخ وان فسخ فبرأس المال والا فبالمسلم فيه وانما يفسخ بالافلاس حتى يتخلص عن المضاربة (والاصح) أنه يثبت حق الفسخ

[239]

ههنا لان الفسخ بالانقطاع يثبت في حق غير المحجور عليه وما يثبت في حق غيره يثبت في حقه كالرد بالعيب وفيه فائدة فان ما يخصه لو فسخ لصرف إليه في الحال عن جهة رأس المال وما يخصه لو لم يفسخ لا يصرف إليه بل يوقف إلى أن يعود المسلم فيه فيشترى به * ثم ههنا فرعان (أحدهما) إذا قومنا المسلم فيه فوجدنا قيمته عشرين وأفرزنا من المال للمسلم عشرة لكون الديون ضعف المال فرخص السعر قبل الشراء ووجدنا بالعشرة جميع المسلم فيه فوجهان (أحدهما) وهو ما أورده ابن الصباغ أنا نرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته أجزاء فيصرف إليه خمسة والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء وذلك لان الموقوف لم يدخل في ملك المسلم بل هو باق على ملك المفلس وحق المسلم في الحنطة الا في ذلك الموقوف فإذا صارت القيمة عشرة فليس دينه الا ذلك (والثاني) وهو ما أورده في التهذيب أن يشترى به جميع حقه ويسلم إليه اعتبارا بيوم القسمة والموقوف وان لم يملكه المسلم لكنه صار كالمرهون بحقه وانقطع حقه عن غيره من الحصص حتى لو تلف قبل التسليم لم يتعلق بشئ مما عند الغرماء وكان حقه في ذمة المفلس ولا خلاف في أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم كان الفاضل للغرماء وليس له أن

يقول ما زاد لى ولو وقفنا في الصورة المعروضة عشرة فعلا السعر ولم نجد القدر الذى كنا نتوقعه الا باربعين فعلى الوجه الاول بان أن الدين أربعون فيسترجع من سائر الحصص ما تتم به حصص الاربعين وعلى الثاني لا يزاحمهم وليس

[240]

له الأما وقف له وقد نسب صاحب النهاية الوجه (الثاني) إلى الجماهير والاول إلى القاضى الحسين وعكس أبو سعد المتولى فنسب (الثاني) إلى القاضى والله أعلم * الثاني لو تضاربوا وأخذ المسلم بما خصه قدرا من المسلم فيه وارتفع الحجر عنه ثم حدث له مال وأعيد الحجر واحتاجوا إلى المضاربة ثانيا قومنا المسلم فيه فإن وجدنا كقيمته أولا فذاك وان زادت فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة وإن نقصت فإلّا اعتبار بالقيمة الثانية أم بالاولى فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) الاول قال الامام ولا أعرف للثاني وجهها ولو كان المسلم فيه ثوبا أو عبدا بحصة المسلم يشتري منه شقص للضرورة وإن لم يوجد فللمسلم الفسخ (الحالة الثالثة) ان يكون بعض رأس المال باقيا وبعضه تالفا فهو كما لو تلف بعض المبيع دون بعض وسنذكره ان شاء الله تعالى (وأما) الاجارة فنتكلم في افلاس المستأجر ثم في افلاس المكري (القسم الاول) افلاس المستأجر والاجارة على نوعين (أحدهما) الاجارة الواردة على العين فإذا اجر أرضا أو دابة وأفلس الستأجر قبل تسليم الاجرة ومضت المدة فللمكري فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع في الاجارة منزلة الاعيان في البيع وذكر الامام أن صاحب التقريب حكى قولاً أنه لا يثبت الرجوع في المنافع تترك منزلة الاعيان القائمة إذ ليس لها وجود مستقر والمذهب الاول فان لم يفسخ واختار مضاربة الغرماء فله ذلك وحيث ان كانت العين المستأجرة فارغة أجزها الحاكم على المفلس وصرف الاجرة إلى الغرماء ولو كان التفليس بعد مضى بعض المدة فللمكري فسخ الاجارة في المدة الباقية والمضاربة مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة بناء على أنه لو باع عبدين فتلف أحدهما ثم افلس يفسخ البيع في الباقي ويضارب بثنى التالف وإذا افلس مسأجر الدابة في خلال الطريق وحجر عليه ففسخ المكري لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء لانه لصيانة ماله وايصاله إلى الغرماء فاشبه أجرة الكيال والحمال وكري المكان المحفوظ فيه ثم في المأمن يضعه عند الحاكم ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم فوجهان المذكوران في نظائره ولو فسخ والارض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر نظر ان استحصد

[241]

الزرع فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض والا فان اتفق المفلس والغرماء على قطعه قطع وان اتفقوا على التبقية إلى الادراك فلهم ذلك بشرط أن يقدموا المكري بأجرة المثل لبقية المدة محافظة للزرع على الغرماء وان اختلفوا فاراد بعضهم القطع والبعض التبقية فعن أبى اسحق أنه يراعى ما فيه المصلحة (والمذهب) أنه ينظر ان كان له قيمة لو قطع

فيجاب من يريد القطع من المفلس والغرماء إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ولا عليهم الصبر إلى أن ينمو ماله فعلى هذا لو لم يأخذ المكري أجره المدة الماضية فهو أحد الغرماء فله طلب القطع وان لم يكن له قيمة لو قطع فيجاب من يريد التبعية إذ لا فائدة لطلب القطع فيه وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم يكن للمقطوع قيمة فالسقى وسائر المؤن ان تطوع الغرماء أو بعضهم أو اتفقوا عليها علي اقدار دينونهم فذاك وان أنفق عليها بعضهم ليرجع فلا بد من اذن الحاكم أو اتفاق الغرماء والمفلس وإذا حصل الاذن قدم المنفق بقدر النفقة لانه لا صلاح لزرع وكذا لو أنفقوا على قدر الديون ثم ظهر غريم آخر قدم المنفقون بما أنفقوا وهل يجوز الانفاق عليه من مال المفلس فيه وجهان (أظهرهما) الجواز (ووجه) المنع أن حصول الفائدة موهوم (والنوع الثاني) الاجارة على الذمة ونزيد فيها النظر إلى هذه الاجارة هل تعطى حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس أم لا (ان قلنا لا فهي كالاجارة على العين (وان قلنا) نعم فلا أثر للافلاس بعد التفرق لصيرورة الاجرة مقبوضة قبل التفرق ولو فرض التغليس في المجلس فان أثبتنا خيار المجلس ففيه غنية عن هذه الخيار والا فهي كما في اجارة العين (القسم الثاني) افلاس المكري والكلام في اجارة العين ثم في الاجارة على الذمة (أما) النوع الاول فإذا أجر دابة أو دارا من انسان ثم أفلس فلا فسخ للمستأجر لان المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم حق المرتهن وكما لو باع شيئا ثم أفلس فان المشتري أحق بما اشتراه ثم إذا طلب الغرماء بيع العين المستأجرة يفرع ذلك على جواز بيع المستأجر ان معناه لم يجبهم وعليهم الصبر إلى انقضاء المدة وان جوزناه اجبوا ولا مبالاة بما ينقص من

[242]

ثمنه بسبب الاجاره إذ ليس على الغرماء الصبر إلى أن يزداد مال المفلس (وأما) النوع الثاني فإذا التزم في ذمته نقل متاع من بلد إلى بلد ثم أفلس نظر ان كانت الاجرة باقية في يد المفلس فله فسخ الاجارة والرجوع إلى عين ماله وان كانت تالفة فلا فسخ كما لا فسخ والحالة هذه عند افلاس المسلم إليه على الاصح ويضارب المستأجر الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة وهي اجرة المثل كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه ثم ان جعلنا هذا النوع من الاجارة سلما فما يخصه بالمضاربة من مال المفلس لا يجوز تسليمه إليه لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه فينظر ان كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبعيض كما إذا كان الملتزم حمل مائة من فينقل بالحصصه بعض المائة وان لم يقبل التبعيض كما إذا كان الملتزم قسارة ثوب أو رياضة دابة أو حمل المستأجر إلى بلد ولو نقل إلى نصف الطريق لبقى ضائعا قال الامام للمستأجر الفسخ بهذا السبب والمضاربة بالاجرة المبدولة وان لم يجعل هذا النوع من الاجارة سلما سلمت الحصصه بعينها إليه لجواز الاعتياض هذا إذا لم يسلم عينا لاستيفاء المنفعة الملتزمة منها فاما إذا التزم النقل في ذمته ثم سلمه دابة لينقل بها ثم أفلس فيبني على أن الدابة المسلمة هل تتعين بالتعيين أم لا وفيه وجهان يذكران في الاجاره (ان قلنا) تتعين فلا فسخ ويقدم المستأجر بمنفعتها كما لو كانت معينه في العقد (وان قلنا لا تتعين فهو كما لو لم يسلم (وأما) لفظ الكتاب فقوله فيثبت الرجوع إلى رأس المال أي في السلم (وقوله) أو المضاربة بقيمة المسلم في ان كان تالفا يجوز اعلامه بالواو للوجه الذاهب إلى ثبوت الفسخ عند التلف أيضا (وقوله) ثم يشتري بقيمته أي بحصة المسلم مضاربا

بقيته (وقوله) رجع المكري مرقوم بالواو بالواو لما مر (وقوله) ترك زرعه بعد الفسخ باجرة أي إذا لم يستحصد وانفقوا على ابقائه كما أوضحناه والمراد من الاجرة أجره المثل (وقوله) أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة أي لا يضارب ليأخذ عين ما يخصه لكن ليصرف ما يخصه إلى المنفعة التي يستحقها وهذا جواب على تنزيل الاجارة في الذمة منزلة السلم فان لم يفعل ذلك لم يحتج إلى تحصيل المنفعة فيجوز أن يعلم بالواو لذلك وقياس ما مر في السلم مجئ وجه في ثبوت حق الفسخ وان كانت الاجرة تالفة لتعذر حصول المستحق بتمامه واعلام قوله أو المضاربة بالواو *

[243]

(فرع) استقرض مالا ثم أفلس وهو باق في يده فللمستقرض الرجوع (أما) إذا قلنا انه لا يملك بالقبض فلانه بسبيل من الرجوع من غير حجر وافلاس فمعهما أولى (وأما) إذا قلنا انه يملك فلانه مملوك ببدل تعذر تحصيله فاشبه المبيع * (فرع) باع مالا واستوفى ثمنه وامتنع من تسليم المبيع أو هرب هل للمشتري الفسخ كما لو أبق العبد المبيع أم لا لانه لا نقصان في نفس المبيع فيه وجهان منقولان في التثمة * قال (الشرط الثاني للمعارضة أن تكون سابقة على الحجر * احترزنا به عما يجرى سبب لزومه بعد الحجر كما إذا باع المفلس المحجور عليه هل يتعلق بعين ماله وقد ذكرناه * وكذلك لو أفلس المكري والدار في يد المكري فانهدمت ثبت له الرجوع إلى الاجرة * وهل يزاحم به الغرماء فيه وجهان وكذا لو باع جارية بعبد فتلفت الجارية في يد المفلس المحجور فرد بائعها العبد بالعيب فله طلب قيمة الجارية قطعاً * وهل يتقدم بالقيمة أو يضارب بها وجهان * (والاصح أنه يضارب) * هذا الشرط مغفول عنه في أكثر النسخ سيما في القديمة منها لكنه الحق بالكتاب من الوسيط لانه وعد به حيث قال أما المعاوضة فلها شرطان والصواب أن تثبت الملحق بالمتن على ما يناسب نظم الكتاب ثم نشرحه (أما) الملحق فهو قد سبق الشرط الثاني أن تكون المعاوضة سابقة على الحجر فلو باع من المفلس المحجور شيئاً فقد ذكرنا الخلاف في تعلقه بعين متاعه ولو أفلس المكري والدار في يد المشتري فانهدمت أفله الرجوع بالاجرة وفي مزاحمته الغرماء بها وجهان * ولو باع جارية بعبد فتلفت في يد المفلس ورد بائعها العبد بعيب فله طلب قيمة الجارية قطعاً ويتقدم بها أو يضارب فيه وجهان (أصحهما) أن يضارب * (وأما) الشرح فاعلم أن فيه ثلاث مسائل (الاولى) إذا باع شيئاً من المفلس المحجور وصحناه فقد ذكرنا في ثبوت حق الفسخ والرجوع خلافاً (فان) قلنا لا رجوع فقد شرطنا فيه سبق المعاوضة على الحجر (الثانية) إذا أجر داراً وسلمها إلى المكري وقبض الاجرة ثم أفلس وحجر عليه فقد ذكرنا ان الاجارة مستمرة بحالها فان انهدمت في اثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى منها ويضارب المستأجر مع الغرماء بحصة ما بقى منها ان كان الانهدام قبل

[244]

قسمة المال بينهم وان كان بعد القسمة فوجهان (وجه) المنع أنه دين حدث بعد القسمة فصار كما لو استقرض (ووجه) المضاربة وهو الاصح أنه دين أسند إلى عقد سبق الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدمت قبل القسمة (الثالثة) باع جارية بعيد وتقابضا ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه وهلكت الجارية في يده ثم وجد بائعها بالعبد عيبا ورده فله طلب قيمة الجارية لا محالة وكيف يطلب فيه وجهان عن القاضى الحسين (أصحهما) أنه يضارب كسائر أرباب الديون (والثانى) أنه يتقدم على سائر الغرماء بقيمتها لانه أدخل في مقابلتها عبدا في مال المفلس وهذان الوجهان في الكيفية يخالفان الوجهين في رجوع من باع منه بعد الحجر شيئا بالثمن (إذا قلنا لا يتعلق بعين متاعه فانا في وجه نقول يضارب وفى وجه نقول يصير إلى أن يستوفى الغرماء حقوقهم ولا نقول بالتقدم بحال وكان الفرق أن الدين ثم حادث بعد الحجر وههنا مستند إلى سبب سابق على الحجر فإذا انضم إليه ادخال شئ في ملك المفلس أثر في التقديم على رأى * قال (أما العوض فله شرطان (الاول) أن يكون باقيا في ملكه * فلو هلك فليس له الا المضاربة بالثمن * وكذا (و) لو زادت القيمة على الثمن * والخروج عن ملكه كالهلاك * وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك * ولو عاد إلى ملكه بعد الزوال رجع إليه في أظهر القولين) * يعتبر في المبيع ليرجع البائع إليه شرطان (أحدهما) بقاءه في ملك المفلس فلو هلك لم يرجع قال صلى الله عليه وسلم (فصاحب المتاع أحق بمتاعه) إذا وجده بعينه جعل وجدانه شرطا في الاحقية ولا فرق بين أن يكون الهالك بأفة سماوية أو بحناية جان وبين أن تكون قيمته مثل الثمن أو أكثر وليس له الا مضاربة الغرماء بالثمن وعن رواية الشيخ أبى محمد وجه أنه إذا زادت القيمة ضارب بها دون الثمن واستفاد بها زيادة حصته ولو خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو اعتاق أو وقف فهو كما لو هلك وليس له فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع له رد هذه التصرفات لان حق الشفيع كان ثابتا حين تصرف المشتري لانه يثبت بنفس البيع وحق الرجوع لم يكن ثابتا حين تصرف لانه انما يثبت بالافلاس والحجر ولو كاتب العبد أو استولد الجارية فلا رجوع أيضا ولو دبر أو علق العتق على صفة فله الرجوع وإن أجره فلا رجوع إن لم يجوز بيع المستأجر وإن

[245]

جوزناه فان شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر والاضارب بالثمن ولو رهنه قدم حق المرتهن ولا رجوع وكذا لو جنى العبد المبيع فالمجنى عليه أحق ببيعه فان قضى حق المرتهن أو المجنى عليه ببيع بعضه فالبائع واجد لباقي المبيع وسيأتى حكمه * وان انفك عن الرهن أو برئ عن الجناية فله الرجوع كما لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد رهنه ثم انفك الرهن له الرد * وتزويج الجارية لا يمنع الرجوع وأحرام البائع يمنعه إذا كان المبيع صيدا ولو حجر عليه بعد ما زال ملكه ثم عاد نظر ان عاد بلا عوض كالهبة والارث والوصية ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع لانه وجد متاعه بعينه (والثانى) لا يرجع لان هذا الملك متلقى من غيره ولانه تخلت حالة لو صادفها الافلاس والحجر لما رجع فليستصحب حكمها وهذا الخلاف كما ذكرنا في مثله من الرد بالعيب وتعرضنا لهذه الصورة ونحوها هناك وفى سلسلة الشيخ أبى محمد أن الوجهين فيما نحن فيه مبنيان على الوجهين في رجوع الواهب فيما إذا زال ملك الولد وعاد وأنهما في الهبة مبنيان على الوجهين فيما إذا زال ملك المرأة وعاد هل يرجع المطلق بالنصف وأن الخلاف فيهما جميعا مبني على قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده إذا جاء رأس الشهر فانت حرثم باعه واشتراه فجاء رأس الشهر هل يعتق ولك

أن تقول بناء الوجهين على القولين المنصوصين واستخراجهما منهما منقول قويم وأما بناء صورة من صور الوجهين على أخرى مع استوائهما في المعنى فليس باولى من القلب والعكس وإن عاد الملك إليه بعوض كما لو اشتراه نظر إن وفر الثمن على البائع الاول والثاني فكما لو عاد بلا عوض وإن لم يوفر وقتنا بثبوت الرجوع للبائع لو عاد بلا عوض فالاول اولى بالرجوع لمسبق حقه أو الثاني لقرب حقه أو يستويان ويضارب كل واحد منهما بنصف الثمن فيه ثلاثة أوجه وعجز المكاتب وعوده إلى الرق كانفكاك الرهن أو كعود الملك بعد زواله فيه طريقان (أجاب) في البسيط منهما بالاول ووجه الثاني مشابهة الكتابة بزوال الملك وافادتها استقلال المكاتب والتحاقه بالاحرار (وقوله) في الكتاب في أظهر القولين غير محمول على قولين منقولين في هذه المسألة بخصوصها لاطباق النقلة على أن الخلاف فيها وجهان لا قولان لكن الائمة فهموا من اختلاف قوله

[246]

في نظير المسألة قولين فيما يضبط المسائل وهو أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد فكأنه أراد بالقولين ذلك والله أعلم * قال (الثاني أن لا يكون متغيرا * فان تغير بطريقتان عيب فليس له أن يقنع أو يضارب بالثمن * إلا أن يكون بجناية أجنبي فله المضاربة بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لبارش الجناية إذ قد يكون ذلك كل القيمة عند قطع اليدين وذلك لا يعتبر في حق البائع * وجناية المشتري كجناية الأجنبي على أحد الطريقتين) * أن لم يتغير المبيع عما كان فللبائع الرجوع لا محالة وإن تغير فربما منع ذلك التغير الرجوع وربما لم يمنع على ما سيتضح تفصيله وبين بذلك أنه ليس الشرط انتفاء نفس التغير بل انتفاء بعض التغيرات وبيان التفصيل المشار إليه أن التغير إما أن يكون بالنقصان أو بالزيادة (القسم الاول) التغير بالنقصان وهو على ضربين (أحدهما) نقصان ما لا يتقسط الثمن عليه ولا يفرد بالعقد وهو المراد بالعيب وربما عبر عنه بنقصان الصفة فينظر ان حصل ذلك بأفة سماوية فالبائع الخيار ان شاء رجع إليه ناقصا وقنع به وإن شاء ضارب مع الغرماء بالثمن كما لو تعيب المبيع في يد البائع يخير المشتري بين أخذه معيبا بجميع الثمن وبين الفسخ والرجوع بالثمن ولا فرق بين أن يكون النقصان حسيا كسقوط بعض الاعضاء والعمى أو غير حسى كنسيان الحرفة والاباق والزنا وفى كتاب القاضى ابن كج أن من اصحابنا من أثبت قولا آخر أنه يأخذ المعيب ويضارب مع الغرماء بما نقص كما سنذكره في الضرب الثاني من النقصان وهو غريب * وإن حصل بجناية جان فذلك الجاني إما أجنبي أو البائع أو المشتري إن كان الجاني أجنبيا فعليه الارش اما غير مقدر أو مقدر بناء على أن جرح العبد مقدر وللبيع أن يأخذه معيبا ويضارب الغرماء بمثل نسبه ما انتقص من القيمة من الثمن وإنما ضارب ههنا بشئ لان المشتري أخذ بدلا من النقصان وكان ذلك مستحقا للبائع لو بقى فلا يحسن تضييعه عليه وإنما اعتبرنا في حقه نقصان القيمة دون التقدير الشرعي لان التقدير إنما أثبتته الشرع في الجنایات والاعواض

[247]

تتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة ولو اعتبرنا في حقه المقدر لزمننا أن نقول إذا قطع الجاني يديه وغرم تمام القيمة يرجع البائع إلى العبد مع تمام القيمة أو تمام الثمن وهذا محال فننظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين ونقول يضارب البائع الغرماء بمثل نسبته من الثمن ولو قطع احدي يديه وغرم نصف القيمة وكان الناقص في السوق ثلث القيمة يضارب البائع بثلث الثمن ويأخذه وعلى هذا القياس * وان كان الجاني البائع فهو كما لو كان الجاني اجنبيا لان جنايته جنابة على ما ليس بمملوك له ولا هو في ضمانه وان كان الجاني المشتري فطريقان (أظهرهما) عند الامام أن جنايته كجنابة الأجنبي أيضا لان اتلاف المشتري قبض واستيفاء منه على ما مر في موضعه وكانه صرف جزءا من المبيع إلى عرضه (والثاني) أن جنايته كجنابة البائع على المبيع قبل القبض من حيث انه مأخوذ منه غير مقرر في يده فعلى هذا يحصل في جنايته قولان (أحدهما) أنها كجنابة الأجنبي (وأصحهما) أنها كالأفة السماوية هذا ما أورده صاحب التهذيب وغيره ولا يخطر بالبال أن حق تشبيه جنابة المشتري هاهنا بجنابة البائع قبل القبض تشبيه جنابة البائع هاهنا بجنابة المشتري حتى يقال كأنه استرجع بعض المبيع إذ ليس له الفسخ والاسترجاع الا بعد حجر الحاكم عليه وليس قبل الحجر حق ولا ملك * قال (وان تغير بقوات بعض المبيع كاحد العبدین رجع إلى القائم وضارب بثمان التالف * ونقصان وزن الزيت بالاغلاء تغير صفة أو تلف جزء فيه وجهان) * الضرب الثاني نقصان ما يقسط الثمن عليه ويصح افراده بالعقد كما لو اشترى عبيدين أو ثوبين

[248]

فتلف أحدهما في يد المشتري ثم افلس وحجر عليه فللبائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصته عن التالف بل لو بقى جميع المبيع وأراد البائع فسخ المبيع في نصفه مكن منه لانه انفع للغرماء من الفسخ في الكل فهو كما لو رجع الاب في نصف ما وهب يجوز وعن القاضي أبى حامد وأبى الحسين أن من الاصحاب من ذكر قولين في أنه إذا أخذ الباقي يأخذه بحصته من الثمن أو يأخذه بجميع الثمن ولا يضارب بشئ وذكر الامام أن أصحاب هذه الطريقة طردوها في كل مسألة تضاهيها حتى لو باع سيفا وشقصا بمائة يأخذ الشقص بجميع المائة على قول قال وهذا عندي قريب من خرق الاجماع * هذا إذا تلف أحد العبيدين ولم يقبض شيئا من الثمن أما إذ باع عبيدين متساويين في القيمة بمائة وقبض خمسين فتلف أحدهما في يد المشتري ثم افلس فقولان (القديم) أنه لا رجوع له إلى العين بل يضارب بباقي الثمن مع الغرماء لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (أيما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به) (1) وان كان قد اقتضى من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء (والجديد) أنه يرجع واحتج له بان الافلاس سبب يعود به كل العين إليه فجاز أن يعود بعضه كالفرقة في النكاح قبل الدخول يرد بها جميع الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى وأما الحديث فهو مرسل وعلى هذا فيما يرجع نص في الام أنه يرجع في جميع العبد الباقي بما بقى من الثمن وله فيما إذا أصدقها أربعين شاه وحال عليها الحول فاخرج الشاه ثم طلقها قبل الدخول قولان (أحدهما) يرجع بأربعين وهو قياس نصه ههنا (والثاني) أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاه المخرجة واختلفوا ههنا على طريقين (أحدهما) تخريج القول والثاني وطرد القوين ههنا وعلى هذا (فاظهرهما) أنه يأخذ جميع العبد الباقي بما بقى من الثمن ويجعل ما قبضه من الثمن في مقابلة التالف كما لو رهن

عبدین بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدین كان الآخر مرهونا بما بقى من الدين والمعنى الجامع أن له التعلق بكل العين إذا بقى كل الحق فليثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق (والثاني) وهو اختيار المزني أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقي من الثمن ويضارب الغرماء بنصفه لان الثمن يتوزع على المبيع بالمقبوض والباقي يتوزع كل واحد منهما على العبدین (والطريق الثاني) القطع بالمنصوص والفرق بينه وبين الصداق أن الزوج إذا لم يرجع إلى عين الصداق أخذ القيمة بتمامها والبائع ههنا لا يأخذ الثمن بل يحتاج إلى المضاربة ولو قبض بعض الثمن ولم يتلف شئ من المبيع ففي الرجوع القولان القديم والجديد وعلى الجديد يرجع إلى المبيع بقسط الباقي من الثمن فلو قبض نصف الثمن رجع في نصف العبد المبيع أو العبدین المبيعين * (فرعان) أحدهما قد ذكره في الكتاب إذا أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه ثم أفلس فوجهان (أحدهما) أنه كما لو تعيب المبيع وكان الزائل صفة التفل (1) فعلى هذا يرجع إليه ويقنع به (وأصحهما) أنه بمثابة تلف بعض المبيع كما لو أنضب فعلى هذا لو ذهب نصفه أخذ بنصف الثمن وضارب مع الغرماء بالنصف وان ذهب ثلثه أخذ بثلثي الثمن وضارب معهم بالثلث ومن قال بالوجه الاول فالشرط ان يطرده في اغلاء الغاصب الزيت المغصوب وليس له ذكر هناك بل لم يتعرض له المعظم ههنا واقتصرنا على الوجه الثاني نعم لو كان مكان الزيت العصير فقد اجابوا ههنا وفي

الغصب بوجهين ورجحوا التسوية بينه وبين الزيت ووجه الفرق أن الذاهب من العصير ماء لامية له والذاهب من الزيت متمول وإذا قلنا بالتسوية فلو كان العصير المبيع أربعة أرطال قيمتها ثلاثة دراهم فأغلاها حتى عادت إلى ثلاثة أرطال فيرجع إلى الباقي ويضارب بربع الثمن للذاهب ولا عبرة بنقصان قيمة المغلى كما إذا عادت قيمته إلى درهمين وان زادت قيمته بان صارت أربعة فيبنى على أن الزيادة الحاصلة بالصفة أثر أم عين (ان قلنا) أثر فاز البائع بما زاد (وان قلنا) عين فعن القفال أن الجواب كذلك وعن غيره أن المفلس يكون شريكا له بالدرهم الزائد وان بقيت القيمة ثلاثة كما كانت فيكون بقاؤها بحالها مع نقصان بعض العين لازاديات الباق بالطبخ فان جعلنا هذه الزيادة أثرا فاز بها البائع وان جعلناها عينا فكذلك عند القفال وقال غيره يكون المفلس شريكا بثلاثة أرباع درهم لان هذا القدر هو قسط الرطل الذاهب وهو الذى زاد بالطبخ في الباقي هذا ما يستمر على القواعد ولصاحب التلخيص في المسألة كلام غلطوه فيه * (الفرع الثاني) لو كان المبيع دارا فانهدمت ولم يهلك شئ من النقص فهذا النقصان من قبيل الضرب الاول كالعمى ونحوه ولو هلك بعضه باحراق أو غيره فهو من الضرب الثاني هكذا اطلقوه ولك أن تقول وجب أن يطرد فيه الخلاف الذى ذكرناه في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض أنه كالتعيب أو تلف احد العبدین * قال (أما التغير بالزيادة فالمتصلة من كل وجه لاحكم لها بل تسلم للبائع مجانا * والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه ولكن ان كان صغيرا فعليه أن يبذل قيمة الولد حذرا من التفريق فان أبى

بطل حقه على رأى من رأى الرجوع (و) * وبيعت الام الولد على رأى *
وصرف

[251]

إليه نصيب الام على الخصوص * وإذا تفرخ البيض المشتري أو نبت البذر
بالزراعة فقد فات المبيع على الاظهر (و) وهذا موجود جديد) * القسم
الثاني التغير بالزيادة وهي نوعان (أحدهما) الزيادة الحاصلة لامر خارج
وهي على ثلاثة أضرب (أحدها) المتصلة من كل وجه كالسمن وتعلم الحرفة
وكبر الشجرة فلا عبرة بها وللبائع الرجوع من غير أن يلتزم بالزيادة شيئاً
وعلى هذا حكم هذه الزيادة في جميع الابواب الا في الصداق فان الزوج لا
يرجع إذا طلق قبل الدخول إلى النصف الزائد الا برضى المرأة وسبب
مفارقة سائر الاصول يذكر هناك (والثاني) الزيادة المنفصلة من كل وجه
كثمرة الشجرة واللبن والولد فيرجع في الاصل وتسلم الزوائد للمفلس
نعم لو كان الولد صغيراً فوجهان (أحدهما) أنه ان بذل قيمة الولد أخذه مع
الام والا ضارب بالثمن وبطل حقه من الرجوع لامتناع التفريق (وأصحهما)
أنه ان بذل قيمته فذاك والا بيعاً معاً وصرف ما يخص الام إلى البائع وما
يخص الولد للمفلس وههنا مباحة وهي انا ذكرنا وجهين فيما إذا وجد الام
معيبة وهناك ولد صغيراً أنه يترك الرد وينتقل إلى الارش ويحتمل التفريق
للضرورة وفيما إذا رهن الام دون الولد أنهما يباعان معاً ويحرم التفريق
ولم يذكرهما فيما نحن فيه احتمال التفريق وانما احتالوا في دفعه فيجوز أن
يقال يحق وجه التفريق ههنا أيضاً لكنهم لم يذكروه اقتصاراً على الاصح
ويجوز أن يفرق بان مال المفلس

[252]

كله مصروف إلى الغرماء فلا وجه لاحتمال التفريق مع امكان المحافظة
على جانب الراجع وكون ملك المفلس مزلزلاً من الاول ولو كان المبيع بذراً
فزرعه المشتري ونبت أو بيضة فتفرخت في يده ثم أفلس فوجهان
(أحدهما) أنه ليس له الرجوع إليه لان المبيع قد هلك وهذا شئ جديد له اسم
جديد (والثاني) يرجع لانه حدث من عين ماله أو هو عين ماله اكتسب هيئة
أخرى فصار كالودي إذا صار نخلاً (والوجه الاول) هو اختيار صاحب الكتاب
وبه قال القاضي ابن كج وأبو الطيب والاصح عند أصحابنا العراقيين
وصاحب التهذيب الوجه الثاني وستري في كتاب الغصب ما يؤيده ويجرى
مثل هذا الخلاف في العصير ذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل ولو اشترى
زرعاً أخضر مع الارض ففلس وقد اشتد الحب فقد قيل بطرد الوجهين
وقيل بالقطع بالرجوع * واعلم أنا إذا قلنا بثبوت الرجوع في هذه الصورة
جعلنا هذه التغيرات من القسم الذي نحن فيه وإذا لم نقل بثبوته جعلنا
هذه التغيرات خارجة عن الاقسام المذكورة والتقسيم الحاوي لها أن يقال
التغير ينقسم إلى ما يقبل المبيع عما هو عليه ويجدد اسماً ومسمى وإلى
غيره وفيه تقع الاقسام المذكورة * قال (وان كانت الجارية المبيعة حاملاً
فولدت قبل الرجوع ففي تعلق الرجوع به قولان * ولو حبلت بعد البيع
فالصحيح تعدى الرجوع إلى الجنين * وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين
وأولى بالاستقلال) * الضرب الثالث الزيادة المتصلة من وجه دون وجه

كالحمل ووجه اتصاله ظاهر ووجه انفصاله استقلاله وانفراده بالحياة
والموت وكثير من الاحكام وجملة القول فيه أنه أن حدث الحمل بعد الشراء

[253]

وانفصل قبل الرجوع فحكم الولد ما مر في الفصل السابق وان كانت حاملا
عند الشراء وعند الرجوع جميعا فهو كالسمن ويرجع البائع فيها حاملا وان
كانت حاملا عند الشراء وولدت قبل الرجوع ففي تعدي الرجوع إلى الولد
قولان بناهما الاصحاب على الخلاف في أن الحمل هل يعرف أم لا (ان قلنا)
نعم وهو الاصح رجح كما لو اشترى شينين (وان قلنا لا يبقى الولد للمفلس
وربما وجه قول التعدي بان الولد كان موجودا عند العقد ملكه المشتري
بالعقد فوجب أن يرجع إلى البائع بالرجوع وقول المنع بانه ما لم ينفصل
تابع ملحق بالاعضاء فكذلك تبع في البيع أما عند الرجوع فهو شخص
مستقل بنفسه فيفرد بالحكم وكأنه وجد حين استقل وان كانت حائلا عند
الشراء حاملا عند الرجوع فقولان موجهان بطريقين (أشهرهما) البناء على
أن الحمل هل يعرف (ان قلنا) لأخذها حاملا (وان قلنا) نعم ففي التهذيب
وجه انه لا رجوع له ويضارب الغرماء والاصح أنه له الرجوع في الام ولا حق
له في الولد كما لو كان منفصلا (والثاني) توجيه تعدي الرجوع فالى الولد
أن الحمل يتبع الجارية حال البيع فكذلك فذ حال الرجوع وتوجيه المنع بان
البائع يرجع إلى ما كان عند البيع أو حدث فيه من الزيادات المتصلة ولم
يكن الحمل موجودا ولا سبيل إلى غيره من الزيادات المنفصلة لاستقلاله
وانفراده بكثير من الاحكام ثم قضية المأخذ الاول أن يكون الاصح اختصاص
الرجوع بالام لان الاصح أن الحمل يعرف وكذلك ذكر بعض شارحي المفتاح
الا أن الاكثرين مالوا إلى ترجيح القول الآخر كما رجحه صاحب الكتاب
وذكروا أنه المنصوص فليوجه بالمأخذ الثاني وإذا قلنا باختصاص الرجوع
بالام فقد ذكر الشيخ أبو محمد أنه يرجع فيها قبل الوضع فإذا ولدت فالولد
للمفلس وقال الصيدلاني وغيره يصبر إلى انفصال الولد ولا يرجع في
الحال ثم الاحتراز عن التفريق بين الام والولد طريقة ما مر

[254]

واعلم أن استتار الثمرة بالاكمة وظهورها بالتأبير قريبان من استتار
الجنين وظهوره بالانفصال وفيها الاحوال الاربع المذكورة في الجنين
(أولها) أن يشتري نخيلا وعليها ثمرة غير مؤبرة وكانت عند الرجوع غير
مؤبرة (وثانيها) أن يشتريها ولا ثمار عليها غير مؤبرة ثم كانت لها ثمار عند
الرجوع مؤبرة أو مدركة أو مجذوة فالحكم فيها كما ذكرنا في الحمل
(وثالثها) إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة وعند الرجوع مؤبرة
فطريقان (أحدهما) أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا
كانت حاملا عند البيع ووضعت قبل الرجوع (والثاني) القطع بأنه يأخذه
الثمرة لانها وان كانت مستترة فهي مشاهدة موثوق بها قابلة للافراد
بالبيع فكانت أحد مقصودي العقد فيرجع فيها رجوعه في النخيل وان شئت
عبرت عن الطريقين بأننا ان قلنا يأخذ الولد فالثمرة أولى بالاخذ والا
فقولان (ورابعها) إذا كانت النخلة حائلا عند الشراء فاطلعت عند المشتري
ثم جاء وقت الرجوع وهي غير مؤبرة فقولان (رواية) الربيع أنه لا يأخذ

الطلع لانه يصح افراده بالبيع فلا يجعل تبعا كالثمار المؤبرة (ورواية)
المزني وحرمله أنه يأخذه مع النخيل لانه يقع في البيع فكذلك في الفسخ
وفيه طريقة أخرى قاطعة بانه لا يأخذ الطلع لما ذكرنا من الوثوق به
واستقلاله قال الشيخ أبو حامد وعلى هذا القياس أمر الثمرة التي لم تؤبر
فحيث أزال الملك باختياره بعوض استتبع ما لم يؤبر من الثمار وان زال
قهرا بعوض فهو كما في الشفعة والرد بالعيب فالاستتباع على هذين
القولين وان زال لا بعوض اختيارا أو قهرا كما في الرجوع في الهبة ففيه
القولان (وقوله) في الكتاب وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى
بالاستقلال يشير إلى طريقة القطع في الثمار تارة بالاثبات وأخرى
بالنفي كما بيناه وحكم سائر الثمار وما يحتحق بالمؤبر وما يلتحق بغير
المؤبرة قد

[255]

اتضح في البيع ويتفرع على منقول المزني وهو الاظهر أنه لو جرى التأبير
وفسخ البائع البيع ثم قال البائع فسخت قبل التأبير والثمار لى وقال
المفلس بل بعده فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل عدم الفسخ
حينئذ وبقاء الثمار له وعن أبي الحسين أن بعضهم ذكر قولاً آخر أن القول
قول البائع لانه أعرف بتصرفه وقال المسعودي يخرج قول إن المفلس
يقبل قوله من غير يمين بناء على أن النكول ورد اليمين كالاقرار وإنه لو
اقر لما قبل اقراره والمذهب الاول وإنما يحلف على نفي العلم بسبق
الفسخ على التأبير لا على نفي السابق فان حلف بقاء الثمار له وان نكل
فهل للغرماء ان يحلفوا فيه الخلاف المذكور فيما إذا ادعى المفلس دينا
على غيره وأقام شاهدا ولم يحلف معه هل يحلف الغرماء (فان قلنا لا
يحلفون وهو الاصح أو قلنا يحلفون فنكلوا عرضت اليمين على البائع فان
نكل فهو أحق كما لو حلف المفلس وان حلف فان جعلنا اليمين المردودة
بعد النكول كالبينة فالثمار له وان جعلناها كالاقرار فيخرج على القولين
في قبول اقرار المفلس في مزاحمة المقر له للغرماء فان لم يقبله صرف
الثمار إلى الغرماء كسائر الاموال فان فضل شئ أخذه البائع بحلفه * هذا
إذا كذب الغرماء البائع كما كذبه المفلس وان صدقوه لم يقبل اقرارهم
على المفلس بل إذا حلف بقاء الثمار له وليس لهم المطالبة بقسمتها
لانهم يزعمون أنها ليست ملكا له وليس له التصرف فيها لمكان الحجر
واحتمال أن يكون له غريم آخر نعم له إجبارهم على أخذها ان كانت من
جنس حقوقهم أو ابراء ذمته عن ذلك القدر على ظاهر المذهب كما لو جاء
المكاتب بالنجم فقال السيد إنه معصوب فيقال له خذ أو أبره عنه وفيه
وجه أنهم لا يجبرون على أخذها بخلاف المكاتب لانه يخاف العود إلى الرق
لو لم يؤخذ منه وليس على المفلس كثير ضرر فإذا أجبروا على أخذها
فأخذوها فللبائع أخذها منهم لاقرارهم وان لم يجبروا وأقسم سائر أمواله
فله طلب فك الحجر

[256]

إذا قلنا انه لا يرتفع ولو كانت من غير جنس حقوقهم فبيعت وصرفت ثمنها
إليهم تفرعا على الاجبار لم يتمكن البائع من أخذه منهم لانهم لم يقرؤا له

بالثمن وعليهم رده على المشتري فان لم يأخذ فهو مال ضائع ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع على صيغة الشهادة وشرطها أو عدل واحد وحلف البائع معه قبلت الشهادة وقضى له هكذا أطلق الشافعي رضي الله عنه وعامة الاصحاب وأحسن بعض الشيوخ الشارحين للمختصر فحمله على ما إذا شهد الشهود قبل تصديق البائع أو بعده وقلنا انهم لا يجبرون على اخذ الثمار والا فهم يدفعون بالشهادة ضرر اخذها وصياعها عليهم بأخذ البائع ولو صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمار ولو أراد بعضهم قسمتها على الكل فوجهان (قال) أبو إسحق رحمه الله له ذلك لو صدقوه جميعا وقال الاكثرون لا لان من صدق البائع يتضرر بالاخذ لان البائع يتضرر بأخذ ما أخذه منه والمفلس لا يتضرر بان لا يصرف إليه لامكان الصرف إلى المكذبين بخلاف ما إذا صدقه الكل وإذا صرف إلى المكذبين ولم يف بحقوقهم فيضاربون المصدقين في سائر الاموال ببقية ديونهم مؤاخذه لهم بزعمهم أو بجمع ديونهم لان زعم المصدقين أن سائر ديون المكذبين لم تتأد وفيه وجهان (أظهرهما) وهو المنصوص أولهما وجميع ما ذكرناه فيما إذا كذب المفلس البائع أما إذا صدقه نظران صدقه الغرماء أيضا قضى له وان كذبوه وزعموا أنه أقر عن مواطأة جرت بينهما فعلى القولين فيما إذا أقر بعين مال أو بدين لغيره (وان قلنا لا يقبل للبايع تحليف الغرماء قبل أنهم لا يعرفون فسخه على التأبير ومنهم

[257]

من قال هو على القولين السابقين في أن الغرماء هل يحلفون والاول أصح لان اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء وثم ينوبون عن المفلس واليمين لا تجري فيها النياية (ذنايه) النظر في انفصال الجنين وفي ظهور الثمار بالتأبير إلى حال الرجوع دون الحجر لان ملك المفلس باق إلى أن يرجع البائع * قال (ولو بقيت الثمرة للمشتري فعلى البائع ابقاؤها إلى الجذاز * وكذا ابقاء زرعه من غير أجرة (و) * حيث يثبت الرجوع في الثمار فلو كانت قد تلفت فرجع في الشجرة فيطالب بجزء من الثمن للثمرة بطريق المضاربة * ويعرف قدره باعتبار أقل (و) القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض لان ما نقص قبل القبض لم يدخل في ضمان المشتري * ويعتبر للشجرة أكثر القيمتين على الاظهر (و) تقليلا للواجب على المشتري) * في الفصل مسألتان (إحداهما) مهما رجع البائع في الاشجار المبيعة وبقيت الثمار للمشتري إما لحدوثها بعد البيع أو لظهورها قبل الرجوع أو على أحد القولين في الحالة الثالثة والرابعة فليس له قطعها بل عليه ابقاء الثمرة إلى الجذاز وكذا لو رجع في الارض المبيعة وهى مزروعة بزرع المشتري ترك الزرع إلى الحصاد لانه لم يتعد بالزرع حتى يقلع زرعه وهذا كما إذا اشترى أرضا مزروعة ليس للمشتري أن يكلف البائع قلع الزرع ثم إذا بقى الزرع ابقاه بغير أجرة بخلاف ما إذا اشترى أرضا وزرع فيها المكثري ثم افلس وفسخ المكثري الاجارة حيث قلنا يترك الزرع إلى الحصاد باجرة المثل والفرق من وجهين (أشهرهما) أن المستاجر دخل في الاجارة على أن يضمن للبايع المنافع فالرمناه بدلها والمشتري دخل في الشراء على أن تحصل له المنافع بلا عوض فلم يحسن الزامه بدلها (واقفها) أن مورد البيع الرقبة وأنها تحصل له بالفسخ وان لم يأخذ

الاجرة ومورد الاجارة المنافع فإذا لم يتمكن من استيفائها ولم يمكن من أخذ بدلها خلا الفسخ عن الفائدة ولم يعد إليه حقه وعن صاحب التقريب أن ابن سريج خرج قولاً أن للبائع طلب اجرة المثل لمدة بقاء الزرع كما لو بنى المشتري أو عرس كان للبائع الإبقاء بالاجرة كما سيأتي ان شاء الله تعالى ثم الكلام فيهما إذا طلب الغرماء أو المفلس القطع قبل الجذاذ وقبل الحصاد على ما مر في فصل الاجارة (الثانية) إذا ثبت الرجوع في الثمار (إما) بالتصريح ببيعها مع الاشجار وهى مؤبرة على أحد القولين في الحالة الثالثة والرابعة ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشتري ثم أفلس فالبائع يأخذ الاشجار بحصتها من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار وسبيل التوزيع أن تقوم الاشجار وعليها الثمار فيقال قيمتها مائة وتقوم وحدها فيقال قيمتها تسعون فيضارب بعشر الثمن فان اتفق في قيمتها انخفاص وارتفاع فالاعتبار في قيمة الثمار بالاقل من قيمتها يوم العقد ويوم القبض لانها ان كانت يوم القبض اقل فما نقص قبله من ضمان البائع فلا يحسب على المشتري وان كانت يوم العقد اقل فالزيادة حصلت في ملك المشتري وتلفت فلا تعلق للبائع بها نعم لو كانت العين باقية رجع فيها تابعة للاصل وعن صاحب التقريب أن بعضهم قال باعتبار قيمة يوم القبض واحتسب الزيادة للبائع بعد التلف كما أنها لو بقيت العين لحصلت له وهذا ظاهر نصه في المختصر إلا أن الجمهور حملوه على ما إذا كانت قيمة يوم القبض اقل أو لم تختلف القيمة فبنوا اضافتها إلى هذا اليوم أو إلى هذا اليوم (وأما) الاشجار ففيها وجهان (أظهرهما) عند صاحب الكتاب وهو الذى أورده الصيدلانى وغيره أن الاعتبار فيها بأكثر القيمتين لان المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع فنقصانه عليه وزيادته للمشتري ففيما يأخذه البائع

يعتبر الاكثر ليكون النقصان محسوباً عليه كما أن فيما يبقى للمشتري أو يضارب البائع بثمنه يعتبر الاقل ليكون النقصان محسوباً عليه (والثانى) وهو الذى نقله صاحب التهذيب والتتمة أن الاعتبار بقيمة يوم العقد سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما أما إذا كانت أكثرهما فكما ذكرنا في الوجه الاول (وأما) إذا كانت أقلهما فلان ما زاد بعد ذلك من جملة الزيادات المتصلة وعين الاشجار باقية فيفوز بها البائع ولا تحسب عليه قال الامام ولصاحب الوجه الاول أن يقول نعم البائع يفوز ولكن يبعد ان يفوز بها وهى حادثة في ملك غيره ثم لا يحسبها من المبيع فإذا فاز بها فليقدر كأنها وجدت يوم البيع ولنبيين اختلاف قيمة الاشجار والثمار بالتمثيل فنقول كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرة وقيمة الثمرة خمسة فلو لم تختلف القيمة لاخذ الشجرة بثلاثي الثمن فصارت الثمرة بالثلث ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عشرة يوم القبض فكما لو كانت القيمة بحالها على المشهور وعلى الوجه البعيد يضارب بنصف الثمن ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفاً يضارب بخمس الثمن ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت فالحكم على الوجه الثانى كما لو بقيت بحالها وعلى الاول كذلك إن نقصت وان زادت فكانت خمسة عشر فيضارب بربع الثمن ثم ذيل الامام المسألة بكلامين مستفادين (أحدهما) إذا اعتبرنا في الثمار اقل القيمتين فان كانتا متساويتين لكن وقع بينهما نقصان نظر إن كان بمجرد انخفاص

السوق فلا عبرة به وان كان لعيب طراً وزال فكذلك على الظاهر كما أنه يسقط بزواله حق الرد وان لم يزل العيب لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق قال والذي أراه أن في هذه الصورة تعتبر قيمة يوم العيب دون البيع والقبض لان النقصان الحاصل من ضمان البائع والارتفاع بعده في ملك المشتري لا يصلح جائزاً له (والثاني) إذا اعتبرنا في الاشجار أكثر القيمتين فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مائة ويوم القبض خمسين ويوم رجوع البائع مائتين فالوجه القطع باعتبار المائتين

[260]

ولو كانت قيمتها يوم العقد ويوم القبض ما ذكرنا ويوم الرجوع مائة اعتبرنا يوم الرجوع على أن ما طراً من زيادة وزال ليس ثابتاً يوم العقد حتى نقول انه وقت المقابلة لا يوم أخذ البائع حتى يحسب عليه ولك أن تقول هذا ان استقام في طرف الزيادة تخريجا على ما سبق ان ما فاز به البائع من الزيادات الحادثة عند المشتري يقدر كالموجود عند البيع فلا يستقيم في طرف النقصان لان النقصان الحاصل في يد المشتري كعيب حدث في المبيع وإذا رجع البائع إلى العين المبيعة لزمه القناعة بها ولا يطالب المشتري للعيب بشئ والله تعالى أعلم * وينبغي أن تعرف أن سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشئيين المبيعين واختلفت القيمة وأراد الرجوع في الباقي على ما ذكرنا في الاشجار والثمار بلا فرق * قال (أما الزيادة الملتحقة بالمبيع من خارج ينظر ان كان عينا محضا كما لو بني المشتري أو غرس فعلى ثلاثة أقوال * أحدها أنه فاقد عين ماله * والثاني أنه يباع الكل فيوزع به على نسبة القيمة * والاصح أنه يرجع إلى العين ويتخير في الغراس بين أن يبذل قيمته وبين أن يغرم أرش النقصان أو يبقى بأجرة) * (النوع الثاني) من الزيادات هي الملحقة بالمبيع من خارج وتنقسم إلى عين محضة وإلى صفة محضة وإلى ما يتركب منهما (القسم الاول) العين المحضة ولها ضربان (أحدهما) أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع كما إذا اشترى أرضاً فغرس فيها أو بني ثم أفلس قبل توفية الثمن * وأعلم أن منقول المصنف وشيخه في المسألة يخالف منقول جمهور الاصحاب على طبقاتهم فنذكر منقولهم الذي عليه الاعتماد ثم نعود إلى ما نقلناه قال الاصحاب

[261]

إذا اختار البائع الرجوع في الارض نظر ان اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتفريغ الارض وتسليمها بيضاء رجع فيها وهم يستقلون بالقلع وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء لتملكها مع الارض فإذا قلعوا الغراس والبناء وجب تسوية الحفر من مال المفلس فان حدث في الارض نقص بالقلع وجب أرش النقص في ماله ويضارب البائع به أو يقدم على سائل الديون في المهذب والتهذيب أنه يقدم لانه لتخليص ماله واصلاحه وذكر الشيخ ابو حامد انه يضارب مع الغرماء * وان قال المفلس يقلع وقال الغرماء يأخذ القيمة من البائع لتملكه أو بالعكس أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء قال القاضي ابن كج يجاب من في قوله المصلحة وان امتنعوا جميعاً من القلع لم يجبروا عليه لانه حين بني وغرس لم يكن متعدياً وحينئذ

ينظر ان رجح على ان يملك البناء والغراس مع الارض بقيمتها أو يقلع ويغرم ارش النقص فله ذلك لان الضرر يندفع عن الجانبين بكل واحد من الطرفين والاختيار فيهما إليه وليس للمفلس والغرماء الامتناع من القبول لان مال المفلس معرض للبيع فلا يختلف عرضهم بين أن يملكه البائع أو يشتريه أجنبي ويخالف هذا ما إذا زرع المشتري الارض وأفلس ورجح البائع في الارض حيث لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة ولا من القلع وغرامة الارش لان للزرع امدا ينتظر يسهل انتظاره والغراس والبناء للتأيد وان أراد الرجوع في الارض وحدها وابقاء البناء والغراس للمفلس والغرماء نقل المزمى ان له الرجوع وانه قال في موضع آخر لا يرجع وللأصحاب طريقان (أصحهما) وبه قال المزمى وابن سريج وأبو إسحق أن في المسألة قولين (أحدهما) وهو اختيار المزمى أن له أن يرجع كما لو صبح الثوب المشتري ثم أفلس يرجع البائع في

[262]

الثوب ويكون المفلس شريكا معه بالصبح (وأصحهما) المنع لما فيه من الضرر فان الغراس بلا أرض والبناء بلا مقرر ولا ممر ناقص القيمة ولرجوع انما يثبت لدفع الضرر بخلاف مسألة الصبح فان الصبح كالصفة التابعة للثوب (والثاني) تنزيل النصين على حالين وله طريقان (عن القاضي أبي حامد) في آخرين انه قال حيث يرجع أراد ما إذا كانت الارض كثيرة القيمة والبناء والغراس مستحقين بالاضافة إليها وحيث قال لا يرجع أراد ما إذا وكانت الارض مستحقرة بالاضافة اليهما والمعنى في الطريقين اتباع الأقل للاكثر ومنهم من قال حيث قال يرجع أراد ما إذا رجح في البياض المتخلل بين الابنية والاشجار وضارب للباقي بقسطه من الثمن يمكن منه لانه ترك بعض حقه في العين فإذا فرعنا على طريقة القولين فان قلنا ليس له الرجوع في الارض وابقاء البناء والغراس للمفلس فالبايع يترك الرجوع ويضارب مع الغرماء بالثمن أو يعود إلى بذل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة رش النقص وان مكناه منه فوافق البائع الغرماء وباع الارض منهم حتى باعوا البناء والغراس فذاك وطريق التوزيع ما بينها في الرهن وان ابي فهل يخير فيه قولان (أحدهما) نعم كما في مسألة الصبح (وأصحهما) لان أفراد البناء والغراس بالبيع متأة بخلاف الصبح وإذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقى للبائع ولاية التملك بالقيمة والقلع مع غرامة الارش وللمشتري الخيار في البيع ان كان جاهلا بحال ما اشتراه ذكره الصيدلاني وغيره هذه طريقة الجمهور واما الامام فان محصول ما ذكره في المسألة أربعة أقوال (أحدها) انه فاقد عين ماله ولا رجوع بحال لان الرجوع في الارض ينقص قيمة البناء والغراس (والثاني) أن الارض والبناء يباعان معا دفعا للخسران عن المفلس كما يفعل بالثوب المصبوغ (والثالث) انه يرجع في الارض ويتخير بين ثلاث خصال تملك البناء والغراس بالقيمة أو قلعهما مع غرامة ارش النقصان أو ابقاؤهما باجرة المثل يأخذها من ملكيهما وإذا عين واحدة من هذه الخصال

[263]

فاختار المفلس والغرماء غيرها أو امتنعوا من الكل فوجهان في ان يرجع إلى الارض ويقلع مجاناً أو يجبرون علي ما عينه (والرابع) حكاة عن رواية العراقيين انه ان كانت قيمة البناء اكثر فالبائع فاقد عين ماله وان كانت قيمة الارض اكثر فواجد وتابعه صاحب الكتاب وغيره من أصحابه واقتصروا على الاقوال الثالثة الاول وانت إذا تأملت هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد وتصفحك عن كتب علمائنا ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة قضيت منه العجب وقلت ليت شعري من اين أخذت هذه الاقوال ثم حفظت لسانك استعمالاً للدب والله أعلم وبه التوفيق * (فرع) اشترى الارض من رجل والغراس من آخر وغرسها فيها ثم أفلس فلكل واحد منهما الرجوع إلى عين ماله ثم إذا رجعا فان أراد صاحب الغراس البيع مكن منه وعليه تسوية الحفر وارش نقص الارض إن نقصت وان أرادها صاحب الارض فكذلك ان ضمن ارش النقص

[264]

والا فوجهان (أحدهما) المنع لانه غرس بحق فلا يقلع من غير غرامة كما لو كان للمفلس (والثاني) الجواز لانه باع الغراس مقلوعاً فبأخذها كذلك * قال (فان لم تقبل الزيادة التمييز كما لو خلط مكيلة زيت بمكيلة من جنسه أو أردأ منه رجع (و) البائع إلى مكيلة واحدة * وان خلط بأجود فهو فاقد على قول * وبيع على قول وبوزع على نسبة القيمة * وعلى قول يقسم المكيل على نسبة القيمة * والفرق بينه وبين الارداً أن ما حصل من نقصان الصفة يمكن أن يجعل عيناً في حق البائع فيقال له اما أن تقنع بالمبيع يعيب أو تضارب * وتضييع جانب المشتري لا وجه له هذا هو النص * ونقل عن ابن سريج لتسوية * (الضرب الثاني) ألا تكون الزيادة قابلة للتمييز كخلط ذوات الامثال بعضها ببعض فإذا اشترى صاع حنطة وخلطه بصاع حنطة أو مكيلة زيت وخلطه بمكيلة زيت ثم أفلس نظران كان المخلوط به مثل المبيع فللبائع الفسخ وتملك مكيلته من المخلوط وطلب القسمة فان طلب البيع فهل يجاب إليه فيه وجهان (أصحهما) لا كما لا يتمكن الشركاء من ان يطالب بعضهم بعضاً بالبيع (والثاني) نعم لانه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه وبالبيع يصل إلى بدل حقه وقد يكون له عرض فيه فيباع الكل ويصرف نصف الثمن إليه

[265]

وان كان المخلوط أردأ من البيع فله الفسخ والرجوع إلى حقه من المخلوط أيضاً ولكن في كيفيته وجهان نقلهما العراقيون وتابعهم صاحب التهذيب (أحدهما) وبه قال أبو إسحق ان المكيلتين تباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين لانه ان أخذ مكيلة منه نقص وان أخذ أكثر من مكيلة لزم الربا فعلى هذا لو كان المبيع يساوي درهمين والمخلوط به درهما قسم الثمن بينهما أثلاثاً (وأصحهما) أنه ليس له إلا أخذ مكيلة منه والمضاربة مع الغرماء لانه نقصان حصل في البيع فاشبه تعيب العبد والثوب * وان كان المخلوط به أجود فقولان (أحدهما) وهو اختيار المزني أن له الفسخ والرجوع إلى حقه من المخلوط كالخلط بالمثل والارداً وأيضاً فانه لو اشترى ثوباً وصبغه أو سويقاً فله لا ينقطع حق الرجوع فكذلك ههنا

(وأصحهما) أنه لا رجوع وليس له الا المضاربة بالمثل لان الرجوع إلى عين المبيع منعذر ههنا حقيقة وحكما (أما) حقيقة فلاختلاط (وأما) حكما فلان في هذا الخلط لا يكمن من المطالبة بالقسمة بأخذ مكيلة من المخلوط لما فيه من الاضرار بصاحب الاجود بخلاف ما إذا كان الخلط بالمثل والارداً فان المطالبة بالقسمة والمأخوذ بمثابة الاول حكما قال الشافعي رضى الله عنه في تقرير هذا القول ولا يشبهه يعني ما نحن فيه الثوب يصبغ والسويق يلت لان عين ماله فيه زيادة والذائب إذا اختلط انقلب حتى لا توجد عين ماله ومعناه أن الاختلاط إذا حصل لم تكن الاشارة إلى شئ من المخلوط بانه المبيع فكأنه هلك بخلاف الثوب المصبوغ والسويق الملتوت ومن هذا الفرق خرج مخرجون في الخلط بالمثل والارداً قولاً آخر أنه ينقطع به حق الرجوع وايد ذلك بأن الحنطة المبيعة لو انها الت عليها حنطة أخرى قبل القبض يفسخ العقد على قول تنزيلا له منزلة التلف والاطهر القطع بأن الخلط بالمثل والارداً لا يمنع الرجوع على ما سبق ويفارق اختلاط المبيع قبل القبض لان الملك غير

[266]

مستقر فلا يبعد تأثره بما لا يتأثر به الملك المستقر * وإذا فرعنا على الخلط بالاجود على قول الرجوع ففي كفيته قولان (أصحهما) أنه يكون شريكا كما في صبغ الثوب (والثاني) عن رواية الربيع والبويطى أن نفس المكيلتين يقسم بينهما باعتبار القيمة فإذا كانت المكيلة المبيعة تساوي درهما والمخلوط بهما درهمن أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة وربما يخرج هذا الخلاف على أن القسمة بيع أو افراز حق (ان قلنا) بالاول لم يقسم عين الزيت لما في هذه القسمة من مقابلة مكيلة بثلثي مكيلة (وان قلنا) بالثاني فيجوز وكأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه ومن الاصحاب من ينقل بدل القولين الآخرين وجهين وينسب الاول إلى أبي اسحق وإذا ترك الترتيب والتنزيل حصل في الخلط بالاجود ثلاثة أقوال كما ذكر في الكتاب (أصحها) أنه فاقد عين ماله (والثاني) أنه يرجع فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمتين (والثالث) أنه يقسم المكيلتان على نسبة القيمتين (وأما) قوله ونقل عن ابن سريج التسوية بين الخلط بالاجود والارداً فالسابق الي الفهم من ظاهره التسوية في طرد الاقوال الثلاثة وليس المراد ذلك وانما المراد التسوية في طرد القولين الآخرين حتى يقول إذا ساوى المبيع درهمن والمخارط ؟ به درهما يباعان على قول ويكون ثلثا الثمن للبائع والثلث للمفلس وفي قول يقسم عين المخلوط فيصرف ثلثاه إلى البائع والثلث إلى المفلس والاول هو الذي قدمنا حكايته عن أبي اسحق ولا أقول إن القول بكونه فاقد عين ماله لا مجال له في الخلط بالارداً كيف وقد قدمنا أن بعضهم خرجه ولكن لا تعلق له بابن سريج والمنقول عن في النهاية والوسيط ما بيناه والفرق بين طرف الاجود حيث نظرنا فيه إلى الفسخ وبين طرف الارداً حيث الزمناه القناعة بمكيلة من المخلوط على ظاهر المذهب وأصح في الكتاب * ونختم المسألة بذكر شيئين (أحدهما) قال الامام إذا قلنا

[267]

الخلط يلحق المبيع بالمفقود فلو كان أحد الخليطين كثيرا والآخر قليلا لا تظهر به زيادة في الحس وبيع مثله بين المكيلين فان كان الكثير للبائع فالوجه القطع بكونه واحدا عين ماله وان كان الكثير للمشتري فالظاهر كونه فاقدا (والثاني) لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع كالزيت والشيرج فلا فسح وهو بمثابة ماله ونف المبيع قال الامام وفيه احتمال سيما على قولنا ببيع المخلوط وقسمة الثمن * قال (وان كانت الزيادة عينا من وجه ووصفا من وجه كما لو صيغ الثوب فان لم تزد قيمته فلا أثر له * وان زاد فالمشتري شريك (ح) بذلك القدر الذي زاد * الا إذا كانت الزيادة أكثر من قيمة الصيغ فالزيادة على قيمة الصيغ صفة محضة * وفي الصفة المحضة في طحن الحنطة ورياضة الدابة وقصارة الثوب وكل ما يستأجر على تحصيله قولان * (أحدهما) أنه يسلم للبائع فهو كالزيادة المتصلة من السمن وغيره * (والثاني) كالصبيغ لانها عمل محترم متقوم * بخلاف ماله صدر من الغاصب فانه عدوان محض * فعلى هذا للاجير حق الحس * ولو تلف الثوب في يد القصار سقطت أجرته) * هذا الفصل يشتمل على القسمين الباقيين من أقسام الثاني من الزيادات وتقديم المؤخر منهما في لفظ الكتاب اليق بالشرح فنقدمه ونقول (القسم الثاني) الصفة المحضة فإذا اشترى حنطة فطحنها أو ثوبا فقصره أو خاطه بخيوط من نفس الثوب ثم أفلس فللبائع الرجوع إلى عين ماله ثم ينظر إن لم تزد قيمته فلا شركة للمفلس فيه وان نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه وان زادت فقولان (أحدهما) واختاره المزني أن الزيادة بهذه الاعمال تجري مجرى الأثار ولا شركة للمفلس فيها لانها صفات تابعة حصلت بفعله فهي كسمن الدابة بالعلف وكبير الودي بالسقى والتعهد وأيضا فان القصارة تزيل الوسخ وتكشف عما فيه من البياض فلا تقتضي الشركة كما لو كان المبيع لوزا فكسره وكشف اللب وزادت به القيمة (وأصحهما) أنها تجري مجرى الاعيان ويصير المفلس شريكا فيها لانها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم فوجب الاتضاع عليه بخلاف الغاصب لان فعله غير محترم وبخالف سمن الدابة بالعلف وكبير الودي بالسقى لان القصار إذا عمل عمله صار الثوب

[268]

مقصورا لا محالة والسقى والعلف يوجدان كثيرا ولا يحصل السمن والكبير فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل هو محض صنع الله عزوجل ولهذا لا يجوز الاستئجار على تسمين الدابة وتكبير الودي ويجوز الاستئجار على القصارة ويجري القولان فيما لو اشترى دقيقا فخبره أو لحما فسواه أو شاة فذبحها أو أرضا فحضر من تربتها لبنا أو عرصة وآلات البناء فبني فيها دارا ثم أفلس وعن أبي اسحق أن تعليم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة لا تلحق بها ولا تجري مجرى الاعيان قطعاً لانه ليس بيد المعلم ولا الرائض الا التعليم وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض فكان كالتسمين ونحوه ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة وابن القطان أيضا (والاصح) وبه قال ابن سريج وصاحب التلخيص والقاضي أبو حامد أنها من صور القولين لانها أعمال يجوز الاستئجار عليها ومقابلتها بالعوض وضبط صور القولين أن يصنع بالمبيع ما لا يجوز الاستئجار عليه فيظهر به أثر فيه وانما اعتبرنا ظهور الأثر فيه لان حفظ الدابة وسياستها عمل يجوز الاستئجار عليه ولا تثبت به الشركة لانه لا يظهر بسببه أثر على الدابة ثم الأثر تارة يكون صفة محسوسة كالطحن والقصارة وتارة يكون من قبيل الاخلاق كالتعليم والرياضة * إذا عرفت القولين ومحلها (فان

قلنا) بالاول أخذ البائع المبيع وفاز بزيادته (وان قلنا) بالثاني فيباع ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد في قيمته مثاله قيمة الثوب خمسة وبلغت بالقصارة ستة يكون للمفلس سدس الثمن فلو ارتفعت القيمة بالسوق أو انخفضت فالزيادة والنقصان بينهما على قدر هذه النسبة ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة بان صار مثل ذلك الثوب لا يؤخذ غير مقصور الا بستة ويشترى مقصورا بسبعة فليس للمفلس الا سبع الثمن والزيادة حصلت في الثوب ولو زادت قيمة القصارة دون الثوب بان كان مثل هذا الثوب يشترى مقصورا بسبعة ويؤخذ غير مقصور بخمسة فللمفلس سبعان من الثمن وعلى هذا القياس * ويجوز للبائع ان يمسك المبيع ويمنع من بيعه ويبدل للمفلس ما زاد بسبب الاعمال كذا نقل صاحب التهذيب وغيره كما انه يبذل قيمة الغراس والبناء ومنع في التتمة منه لان الصفة لا تقابل بعوض (واما) قوله فعلى هذا

[269]

فللاخير حق الحبس إلى آخره فهو اشارة إلى فرعين لاتعلق لهما بالمفلس (أحدهما) إذا استأجر للقصارة أو الطحن فعمل الاجير عمله هل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الاجرة (فان قلنا) القصارة وما في معناها آثار فلا (وان قلنا) انها أعيان فنعم كما أن البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وهذا ما اختاره الاكثرون واحتجوا به للقول الثاني موهمين كونه مجزوما به (والثاني) إذا تم القصار والطحان العمل وتلف محل العمل في يده (فان قلنا) بالاول استحق الاجرة وكانه وقع مسلما بالفراغ (وان قلنا) بالثاني لم يستحق لانه تلف قبل التسليم كما يسقط الثمن بتلف المبيع في يد البائع وهذا الفرع قد أعاده في الكتاب في باب الاجارة (القسم الثالث) ما هو عين من وجه وصفه من وجه كصبيغ الثوب ولت السوق وما أشبههما فإذا اشترى ثوبا وصيغه ثم أفلس نظر ان لم ترد القيمة بالصبيغ أو نقصت فالحكم على ما مر في القسم الثاني وان زادت فاما أن تزيد بقدر قيمة الصبيغ كما إذا كان الثوب يساوي أربعة الصبيغ درهمين وكانت قيمته مصبوغا ستة فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب ويكون المفلس شريكا بالصبيغ فيباع ويكون الثمن بينهما اثلاثا وكيف تنزيل الشركة بينهما أنقول كل الثوب للبائع وكل الصبيغ للمفلس كما لو عرس الارض أو نقول يشتركان فيهما جميعا بالاثلاث لتعذر التمييز كما في خلط الزيت حكى صاحب التهذيب فيه وجهين (الحالة الثانية) أن تكون الزيادة أقل من قيمة الصبيغ كما إذا كانت قيمته مصبوغا خمسة فالنقصان يحال على الصبيغ لانه هالك في الثوب والثوب قائم بحاله إذا بيع قسم الثمن بينهما أخماسا أربعة أخماس للبائع وخمسة للمفلس (الحالة الثالثة) أن تكون الزيادة أكثر من قيمة الصبيغ كما إذا كانت قيمته مصبوغا مائة فما زاد على قيمتها إنما زاد بصنعة الصبيغ فيبنى على أن القصارة ونحوها من الاعمال آثار أم أعيان (ان قلنا) إنها أعيان فالزيادة بالصبيغ للمفلس وذلك مثل قيمة الثوب فيجعل الثمن بينهما نصيفين (وان قلنا) إنها آثار فقد حكى الامام أن الشيخ أبا على ذكر في الشرح أن البائع يفوز بها على ما هو سبيل الزيادات المتصلة وحينئذ يكون الثمن بينهما أرباعا ثلاثة أرباع للبائع والرابع للمفلس قال وكنت أودان نقص أثر الصفة على الثوب والصبيغ حتى يجعل الثمن بينهما اثلاثا ويكون ثلثاه للبائع والثلث

للمفلس لان الصفة اتصلت بالثوب والصبيغ جميعا وهذا الذي قلناه هو الذي أوردته الشيخ في شرح القروع وصاحب التهذيب والاكثرون وفي كتاب ابن كج نقل الوجهين معا * ولو ارتفعت القيمة بعد الصبيغ فبلغت ستة عشر مثلا أو وجد من اشتراه بهذا المبلغ ففي كيفية القسمة هذه الوجوه الثلاثة والربح بكل حال يقسم بحسب قسمة الاصل * وإذا عرف القدر الذي يستحقه المفلس من الثمن فان شاء البائع تسلمه ليخلص له الثوب مصبوغا فله ذلك ومنع صاحب التتمة منه كما ذكرنا في القسم الثاني * هذا كله فيما إذا صبيغ الثوب المشتري بصبيغ من عنده أما إذا اشترى ثوبا وصبيغا من انسان وصبيغه به ثم أفلس فللبائع فسخ البيع والرجوع اليهما الا أن تكون القيمة بعد الصبيغ كقيمة الثوب بعدها قبل الصبيغ أو دونها فيكون فاقد الصبر وان زادت القيمة بان كانت قيمة الثوب أربعة وقيمة الصبيغ درهمين والثوب مصبوغا يساوي ثمانية فعلى الخلاف في أن الصباغات آثار أم أعيان (ان قلنا) بالاول أخذهما ولا شركة للمفلس (وان قلنا) بالثاني فالمفلس شريك بالربح * ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته والصبيغ من آخر بدرهمين وهما قيمته وصبيغه به وأراد البائع الرجوع فان كان الثوب مصبوغا لا يساوي أكثر من أربعة فصاحب الصبيغ فاقد ماله وصاحب الثوب واجد ماله بكماله ان لم ينقص عن أربعة وناقصا ان لم يبلغ وان كانت قيمته بعد الصبيغ ثمانية (فان قلنا) ان الاعمال آثار فالشركة بين البائعين كما هي بين البائع والمفلس إذا صبيغه بصنيع نفسه تفريعا على هذا القول (وان قلنا) أعيان فنصف الثمن لبائع الثوب وربعه لبائع الصبيغ وربعه للمفلس * ولو اشترى صبيغا وصبيغ به ثوبا كان له فللبائع الرجوع ان زادت قيمته مصبوغا على ما كانت قبل الصبيغ والا فهو فاقد وإذا رجع فالقول في الشركة بينهما على ما مر * واعلم أن جميع ما ذكرناه في القسمين مفروض فيما إذا باشر المفلس القسارة والصبيغ وما في معناه بنفسه أو استأجر أجيرا ووفاه الاجرة قبل التفليس أما إذا حصلها باجير ولم يوفه أجرته فسنذكر حكمه في الفصل الذي يلي هذا الفصل ان شاء الله تعالى * (فرع) حكم صبيغ الثوب كما في البناء والغراس ولو قال المفلس والغرماء نقلعه ونعزم نقصان الثوب قال القاضي ابن كج لهم ذلك (وقوله) في الكتاب عند ذكر الصبيغ وان زاد فالمشتري

شريك بذلك القدر الذي زاد يجوز إعلامه بالواو لان محل القطع بالشركة ما إذا كان الصبيغ مما يمكن فيه التمييز والاستخلاص اما إذ لم يمكن التمييز وصار مستهلكا فعن القاضي أبي حامد وجه انه ينزل منزلة القسارة والطحن حتى يكون للبائع تبعا للثوب على أحد القولين * قال (ولو كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة القسارة خمسة والاجرة درهم وأفلس قبل توفية الاجرة فيقدم (و) الاجير بدرهم والبائع بعشرة وأربعة للغرماء وان كانت الاجرة خمسة وقيمة القسارة درهم اختص الاجير بالدرهم الزائد وضارب بالاربعة ولا يقال (و) للاجير اقنع بما وجدته من القسارة أو ضارب بكل الاجرة فان القسارة وان شبهت بالصبيغ فليست عينا يمكن ايراد الفسخ عليها) * إذا اشترى ثوبا واستأجر قصارا فقصره ولم يوف أجرته حتى أفلس (فان قلنا) القسارة أثر فليس للاجير الا المضاربة بالاجرة مع الغرماء وللبائع الرجوع في الثوب المقصور ولا شئ عليه لما زاد وعن

صاحب التلخيص أن عليه أجرة القصاره وكأنه استأجره وغلطه الاصحاب فيه (وان قلنا) انها عين نظر ان لم تزد قيمته مقصورا على ما كان قبل القصاره فهو فاقد عين ماله وان زادت فلكل واحد من البائع والاجر الرجوع إلى عين ماله فان كانت قيمة الثوب عشرة والاجرة درهما والثوب المقصور يساوي خمسة عشر رجعا ويبيع بخمسة عشر وصرف منها عشرة إلى البائع ودرهم إلى الاجير والباقي للغرماء ولو كانت الاجرة خمسة دراهم والثوب بعد القصاره يساوي أحد عشر فان فسخ الاجير الاجارة فعشرة للبائع ودرهم للاجير ويضارب مع الغرماء بأربعة وان لم يفسخ فعشرة للبائع ودرهم للمفلس ويضارب مع الغرماء بخمسة ولا يخفى من نظم الكتاب أن الجواب في الصورتين مقصور على قول العين وانهما معطوفتان على قوله من قبل فعلى هذا للاجير حق الحبس ولو تلف الثوب في يد القصار سقطت أجرته (وقوله) ولا يقال للاجير إلى آخره اشارة إلى سؤال وجواب مشهورين في هذا المقام (أما) السؤال فهو انا إذا جعلنا القصاره عينا فزادت بفعله خمسة وجب أن يكون الكل له كما لو زاد المبيع زيادة متصلة وان كانت أجرته خمسة ولم يحصل بفعله الا درهم وجب ألا يكون له الا ذلك لان من وجد عين ماله ناقصة ليس له الا القناعة بها والمضاربة مع الغرماء (والجواب) أنه لا شك في أن القصاره صفة تابعة للثوب ولا نعى بقولنا ان القصاره

[272]

عين أنها في الحقيقة تفرد بالبائع والاخذ والرد كما يفعل بسائر الاعيان ولو كان كذلك جعلنا الغاصب شريكا للمالك إذا قصر الثوب كما جعلناه شريكا إذا صبغه انما المراد أنها مشبهة بالاعيان من بعض الوجوه لان الزيادة الحاصلة بها متقومه مقابلة بالعوض فكما لا تضيع الاعيان على المفلس لا تضيع الاعمال عليه وأما بالاضافة إلى الاجير فليست القصاره مورد الاجارة حتى يرجع إليها بل مورد الاجارة فعلة المحصل للقصاره وذلك الفعل يستحيل الرجوع إليه فيجعل الحاصل بفعله لاختصاله به متعلق حقه كالمرهون في حق المرتهن أو نقول هي مملوكة للمفلس مرهونة بحق الاجير ومعلوم أن الرهن إذا ارادت قيته على الدين لا يأخذ المرتهن منه الا قدر الدين وإذا نقصت لا يتأدى به جميع الدين * وأعلم قوله ولا يقال للاجير اقنع بالواو لانه حكى في الوسيط أن بعض الاصحاب قضى بأنه ليس له الا القناعة بالقصاره أو المضاربة على ما هو قياس الاعيان ولم أعثر على هذا النقل لغير المصنف لكن ذكر القاضي ابن كج ان أبا الحسين خرج وجهين في أنه لو قال الغرماء للقصار خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء وصاحب هذا الثوب هل يجبر عليه وان الاصح الاجبار وهذا بالقياس على البائع إذا قدمه الغرماء بالثمن فكان هذا القائل يعطى القصاره حكم الاعيان من كل وجه * ولو كانت قيمة الثوب المشتري عشرة واستأجر صباغا فصبغه بصبغ قيمته درهم وصارت قيمته خمسة عشر فالاربعة الزائدة على القيمتين حاصلة بصفة الصبغ فيعود فيه القولان في أنها أثر أم عين فإذا رجع كل واحد من البائع والصباغ إلى ماله بيع بخمسة عشرة وقسم على احد عشر ان جعلناها أثرا فللبائع عشرة وللصباغ واحد لان الزيادة تابعه وهذا الاصح يطبق على قولنا ان القصاره مرهونة بحقه إذ ليس للمرتهن التمسك بغير المرهون إذا أدى حقه بوجه طالبا وان جعلناها عينا عشرة منها للبائع ودرهم للصباغ وأربعة للمفلس يأخذها الغرماء ولو كانت المسألة بحالها ويبيع بثلاثين لارتفاع السوق أو للظفر براغب قال ابن الحداد للبائع عشرون وللصباغ درهما وللصباغ ثمانية

وقال غيره يقسم الكل على احد عشر عشرة للبائع وواحد للصباع ولا شئ للمشتري قال الشيخ أبو على الاول جواب على قولنا انها عين (والثانى) على أنها أثر ويمثله لو كانت قيمة الثوب عشرة واستأجر على قصارته بدرهم وصارت قيمته مقصورا خمسة عشر ثم اتفق بيعه بثلاثين

[273]

ذكر الشيخ أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريعا على قول العين أنه يتضاعف حق كل واحد منهم كما قاله ابن الحداد في الصبغ واستدرك الامام فقال ينبغي أن يكون للبائع عشرون وللمفلس تسعة وللقصار درهم كما كان ولا يضعف حقه لما مر أن القصار غير مستحقة للقصار وإنما هي مرهونة بحقه وقد أشار الشيخ أبو على إلى مثل هذا المعنى في مسألة الصبغ واعتذر عنه ابن الصبغ بأنه قال كأنه باع الصبغ بدرهم فتوزع الزيادة على الصبغ والثوب وهذا العذر وان لم يكن واضحا كل الوضوح إذ ليس استئجار الصبغ مجرد شراء الصبغ فلا مساع له في القصاره فإذا الاستدراك الذى ذكره الامام فيه فقيه والله أعلم * (فرع) لو أخفى المديون بعض ماله ونقص الظاهر عن قدر الديون فحجر الحاكم عليه ورجع أصحاب الامتعة إلى أمتعتهم وقسم الحاكم ما بقى بين الغرماء ثم بان صنيعه لم ينقص شئ من ذلك لان للقاضى بيع أموال الممتنع وصرف الثمن إلى ديونه والرجوع إلى عين المال بامتناع

(حديث) ان عمر خطب الناس وقال ألا ان الاسيفع اسيفع جهينة قد رضى من دينه وامانته أن يقال سبق الحاج الحديث مالك في الموطأ بسند منقطع أن رجلا من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرجع أمره إلى عمر ابن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الاسيفع فذكره وفيه الا انه اذان معرضا فاصبح وقد دين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة فقسّم ماله بين غرمائه ثم اياكم والدين فان أوله هم وأخره حرب ووصله الدار قطني في العلل من طريق زهير ابن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر وهو عند مالك عن بن دلاف

[274]

المشتري من اداء الثمن فمختلف فيه فإذا اتصل به حكم حاكم نفذ قاله في التتمة وفيه توقف لان القاضى ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع فكيف يجعل حكمه بناء على ظن آخر حكما بالرجوع بالامتناع * (فرع) من له الفسخ بالافلاس لو ترك الفسخ على مال لم يثبت المال وهل يبطل حقه من الفسخ ان كان جاهلا بجوازه فيه وجهان كما سبق نظيرهما في الرد بالعيب وبالله التوفيق *

عن أبيه أن رجلا ولم يذكر بلالا قال الدار قطني والقول قول زهير ومن تابعه وقال ابن أبى شيبة عن عبد الله بن ادريس عن العمري عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف عن أبيه عن عمه بلال بن الحارث المزني فذكر نحوه وقال البخاري في تاريخه عمر بن عبد

الرحمن بن عطية ؟ ابن دلاف المزني المدني روى عن أبي امامة وسمع اياه انتهى واخرج البيهقي الفضة من طريق مالك وقال رواه ابن عليه عن أيوب قال نبئت عن عمر فذكر نحو حديث مالك وقال فيه فقسم ماله بينهم بالحصص (قلت) وقد رواه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب قال ذكر بعضهم كان رجل من ؟ جهينة ؟ فذكره بطوله ولفظه كان رجل من جهينة يتناع الرواحل فيغلى بها فدار عليه دين حتى أفلس فقام عمر على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال الا لا يغرنكم صيام رجل ولا صلاته ولكن انظروا إلى صدقه إذا حدث وإلى أمانته إذا أئتمن وإلى ورعه إذا استعنى ثم قال لا أن الا سيضع أسيفع جهينة فذكر نحو سياق مالك قال عبد الرزاق وأنا ابن عيينة اخبرني زياد عن ابن دلاف عن أبيه مثله وروى الدار قطني في غرائب مالك من طريق عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن جده قال قال عمر فذكره نحو سياق أيوب إلى قوله استعنى ولم يذكر ما بعده من قصة الا سيضع وقال رواه ابن وهب عن مالك فلم يقل في الاسناد عن جده

[275]

(كتاب الحجر) قال (أسباب الحجر خمسة الصبا والرق والجنون والفلس (ح) والتبذير (ح) * وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشيد) * جرت العادة بذكر أصناف المحجورين ههنا وهو لائق بترجمة الباب فان الترجمة مطلق الحجر وأحسن ترتيب فيه ما ساقه أصحابنا العراقيون ومن تابعهم، قالوا الحجر على الانسان نوعان (حجر) شرع للغير (وحجر) شرع لمصلحة نفسه والنوع الاول خمسة أضرب (أحدها) حجر المفلس لحق الغرماء (وثانيها) حجر الراهن لحق المرتهن (وثالثها) حجر المريض لحق الورثة (ورابعها) حجر العبد لحق السيد والمكاتب لحق السيد وحق الله تعالى (وخامسها) حجر المرتد لحق المسلمين * وهذه الاضرب بأسرها خاصة لا تعم جميع التصرفات بل يصح من هؤلاء المحجورين الاقرار بالعقوبات وكثير من التصرفات ولها أبواب مفارقة مذكورة في مواضعها (والنوع الثاني) ثلاثة أضرب (أحدها) حجر الجنون ويثبت بمجرد الجنون ويرتفع بالافاقة وتسلب به الولايات واعتبار الاقوال رأسا ومن عامله أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه فالمالك هو الذي ضيعه وما دام باقيا يجوز له استرداده قال في التتمة من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله فهو كالصبي المميز (والثاني) حجر الصبي والاصل الغاء تصرفاته وعباراته ومنها ما يصح وفاقا أو خلافا كعبادته واسلامه واحرامه وتديبره وعتقه ووصيته وايصاله الهدية واذنه في دخول الدار فمنها ما مر بيان حكمه ومنها ما سيأتي (والثالث) حجر السفه المبذر والضرب الاول أعم من الثاني أعم من الثالث ومقصود الباب الكلام في هذه الاضرب

[276]

الثلاثة والثالث معظم المقصود والاصل فيها قوله تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) فالسفيه على ما قيل المبذر والضعيف الصبي والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله * وقال تعالى (وابتلوا الينامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا) الآية * وقد روى (أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا سبخة بثلاثين الفا فبلغ ذلك عليا رضى الله عنه فعزم أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر له ذلك فقال الزبير رضى الله عنه أنا شريكك فلما سأل علي عثمان الحجر على عبد الله قال

عثمان كيف أحرر علي من كان شريكه الزبير (1) (قلت) دلت القصة على أنهم كانوا متفقين على جواز الحجر بالتبذير وأنه كان مشهورا فيما بينهم (وقوله) في الكتاب والفلس والتبذير معلمان بالحاء (أما) الفلس فلما سبق في التفليس (وأما) التبذير فلان عنده لا ينشأ الحجر على من بلغ رشيدا ثم صار سفيها *

(1) (حديث) أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا سبعة بثلاثين الفا فبلغ ذلك عليا فعزم علي أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر ذلك له فقال الزبير أنا شريكك فلما سأل علي عثمان الحجر على عبد الله قال كيف أحرر علي من كان شريكه الزبير البيهقي من طريق أبي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن أبيه به ولم يذكر المبلغ ورواه الشافعي عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف به قال البيهقي يقال أن أبا يوسف تفرد وليس كذلك ثم أخرجه من طريق الزبير المدني القاضي عن هشام نحوه لكن عين أن الثمن ستمائة ألف وروى أبو عبيد في كتاب الاموال عن عفان عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال قال عثمان لعلي الا تأخذ علي يدي ابن أخيك يعني عبد الله بن جعفر وتحجر عليه اشترى سبعة بستين الف درهم ما يسرنى انها لي بعلى (تنبيه) قول المصنف ثلاثين الفا لعله من النسخ والصواب ستين

[277]

وان بلغ مفسدا لماله لا يسلم المال إليه حتى يكمل خمسا وعشرين سنة فحينئذ يسلم (وقوله) وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد هكذا يطلقه بعض الاصحاب ومنهم من يقول حجر الصبي ينقطع بمجرد البلوغ وليس ذلك خلافا محققا بل من قال بالاول أراد الاطلاق الكلي ومن قال بالثاني أراد الحجر المخصوص بالصبي وهذا اولى لان الصبا سبب مستقل بالحجر وكذلك التبذير وأحكامهما متغايرة ومن بلغ وهو مبدر فحكم تصرفه حكم تصرف السفیه لا حكم تصرف الصبي والقول في أن الاطلاق الكلي متى يحصل إذا بلغ رشيدا أو سفيها سيأتي من بعد * قال (والبلوغ باستكمال خمس عشرة سنة ح م) للغلام والحارية * أو الاحتلام * أو الحيض للمرأة ح * أو نبات ح العانة في حق صبيان الكفار فانه أمانة فيهم و لعسر الوقوف على سنهم * وفي صبيان المسلمين وجهان * للبلوغ أسباب (منها) ما يشترك فيه الرجال والنساء (ومنها) ما يختص بالنساء (أما) القسم الاول فمنه السن فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية فقد بلغ * روى عن ابن عمر رضی الله عنهما قال (عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في جيش يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يقبلني ولم يرني بلغت وعرضت عليه من قابل عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورأني بلغت) (1) وعن

(1) (حديث) ابن عمر عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم في جيش وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني ولم يرني بلغت وعرضت عليه من قابل وأنا ابن خمس عشرة فجازني ورأني بلغت متفق عليه وعندهما في الاول يوم احد وفي الثاني في الخندق دون قوله ولم يرني بلغت فيها وقد رواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي بالزيادة ونقل عن ابن صاعد انه استعربها وفي رواية للبيهقي عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة والباقي نحو الصحيحين والمراد بقوله وأنا ابن أربع عشرة أي طعنت فيها ويقوله وأنا ابن خمس عشرة أي استكلتها ؟ لان عروة أحد كانت في شوال سنة ثلاث والخندق كان في جمادى سنة خمس وقيل كان الخندق في شوال سنة أربع وقال الواقدي في المغازي كان ابن عمر في الخندق ابن خمس عشرة واشف منها

أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأقيمت عليه الحدود) (1) وفيه وجه أن البلوغ يحصل بنفس الطعن في السنة الخامسة عشر وإن لم يستكملها لأنه حينئذ يسمى ابن خمس عشرة سنة (والمذهب) الأول وهذا التوجيه ممنوع (وقوله) باستكمال خمس عشرة سنة لفظ الاستكمال معلم بالواو لهذا الوجه (وقوله) خمس عشرة سنة بالحاء والميم (أما) الحاء فلان عنده بلوغ الغلام بثمانى عشرة سنة وفى الجارية روايتان (إحدهما) كذلك (والثانية) بسبع عشرة سنة (وأما) الميم فلانه يروى عنه أن البلوغ لا يحصل بالسن وإنما النظر فيه إلى الاحتلام (والسبب الثانى) الاحتلام قال الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم) (2) والحلم لا يتعلق بخصوص الاحتلام بل هو منوط بمجرد خروج المنى ويدخل وقت إمكانه باستكمال سبع سنين ولا عبرة بما ينفصل قبل ذلك وفيه وجهان آخران ذكر الامام كل واحد منهما في موضع من كتابه (أحدهما) أنه يدخل بمضى ستة أشهر من السنة العاشرة (والثانى) أنه إنما يدخل بتمام العاشرة وهذه الوجوه كالوجوه في أقل سن الحيض لكن العاشرة ههنا بمثابة العاشرة ثم لان في النساء حدة في الطبيعة وتسارع إلى الادراك وهكذا يكون النبات الضعيف بالإضافة إلى القوى والاعتماد فيه على الوجدان بعد البحث كما في الحيض * ولا فرق في افادة خروج المنى البلوغ بين الرجال والنساء كما في السن وفيه وجه أنه لا يوجب بلوغهن لأنه

(1) (حديث) انس إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأقيمت عليه الحدود البيهقى في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف وقال الغزالي في الوسيط تبعاً للامام في النهاية رواء الدار قطني باسناده فله ؟ في الافراد وغيرها فانه ليس في السنن المذكورا وذكره البيهقى في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا اسناد وقال انه ضعيف * (2) (حديث) رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ الحديث أبو داود وغيره عن على وتقدم في الصلاة

نادر فيهن ساقط العبرة * وعلى هذا قال الامام الذى يتجه عندي أن لا يلزمها الغسل لانه لو لزم لكان حكماً بأن الخارج منى والجمع بين الحكم بأنه منى وبين الحكم بأنه لا يحصل به البلوغ متناقض * ولك أن تقول إن كان التناقض مأخوذاً من تعذر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ فنحن لا نعني بلزوم الغسل سوى ما نعنيه بلزوم الوضوء على الصبى إذا أحدث فبالمعنى الذى أطلقنا ذلك ولا تكليف نطلق هذا وان كان غير ذلك فلا بد من بيانه * (واعلم) أنا إذا قلنا إن خروج المنى لا يوجب البلوغ في حق النساء صارت أسباب البلوغ ثلاثة أقسام المشتركة بين الرجال والنساء وما يختص بالرجال وما يختص بالنساء وهو خروج المنى والله أعلم * (والسبب الثالث) إنبات العانة يقتضى الحكم بالبلوغ في حق الكفار خلافاً لابي حنيفة * لنا ماروى (أن سعد بن معاذ حكم في بني قريظة فقتل مقاتلتهم وسبى

ذاريهم فكان يكشف عن مؤثر المراهقين فمن أنبت منهم قتل ومن لم ينبت جعل في الزراري) وعن عطية

(1) (حديث) أن سعد بن معاذ حكم في بنى قريظة فقتل مقاتلتهم وسبى ذاريهم فكان يكشف عن مؤثر المراهقين فمن أنبت منهم قتل ومن لم ينبت جعل في الذراري متفق عليه دون قصة الانبات من حديث أبي سعيد وروى البزار من حديث سعد ابن أبي وقاص أن سعد بن معاذ حكم على بنى قريظة أن يقتل منهم كل من جرت عليه المواصي وسيأتي في الذي بعده (تنبه) ينبغي أن يقرأ قوله يكشف بالضم على البناء لما لم يسم فاعله لأن سعدا مات عقب الحكم ولم يتول تغنيشهم ويؤيد ذلك أن الطبراني روى في الكبير والصغير من حديث أسلم الانصاري قال جعلني النبي صلى الله عليه وسلم على أسارى قريظة فكشف انظر في فرح الغلام فان رأيت قد أنبت ضربت عنقه وان لم أره قد أنبت جعلته في مغنم المسلمين زاد في الصغير لا يروى عن أسلم الا بهذا الاسناد (قلت) وهو ضعيف

[280]

القرطبي قال (عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله وكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي) ثم هو بلوغ حقيقة أو هو دليل البلوغ وأمارته فيه قولان (أحدهما) أنه بلوغ حقيقة كسائر الاسباب (وأظهرهما) على ما قاله الامام وهو الذي أورده صاحب الكتاب أنه أماره بلوغ لان البلوغ غير مكتسب وهذا شئ يستعجل بالمعالجة (فان قلنا) بالاول فهو بلوغ في حق المسلمين أيضا كسائر الاسباب لا فرق فيها بين المسلم والكافر (وان قلنا) انه أماره في حق المسلمين وجهان (أظهرهما) أنه لا اعتبار به لان مراجعة الآباء في حق المسلمين والاعتماد على أخبارهم عن تواريخ المواليد سهل بخلاف الكفار فأنهم لا اعتماد على قولهم ولان المسلمين ربما استعجلوا بالمعالجة رفعا للحجر واستفادة الولايات والكفار لا يتهمون بمثله لانهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية (والثاني) وبه قال مالك وأحمد أنه يجعل أماره في حقهم أيضا لان الاشكال قد يقع في حق المسلمين أيضا ويدل عليه ما روى (أن غلاما من الانصار شيب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر لحددتك) (2) ثم العبرة بالشعر الخشن الذي يحتاج في ازالته إلى

(1) (حديث) عطية القرطبي عرضنا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة وكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله فكنت ممن لم ينبت فخلي سبيلي أصحاب السنن من حديث عبد الملك ابن عمير عنه بلفظ ومن لم ينبت لم يقتل وفي رواية جعل في السبي والترمذي خلى سبيله وله طرق أخرى قال الاعن عطية وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم وقال على شرط الصحيح وهو كما أنهما لم يخرجا لعطية وماله الا بهذا الحديث الواحد * (2) (حديث) أن غلاما من الانصار شيب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر حددتك قال أبو عبيد في الغريب ثنا ابن علية عن اسماعيل بن أمية عن محمد بن يحيى بن حبان ان عمر رفع إليه غلام ابتهر جارية في شعره فقال انظروا إليه فلم يجده؟ أنبت فدرأ عنه الحد قال أبو عبيد والابتهاج ان يقذفها بنفسه فيما فعل بها كاذبا ورواه عبد الرزاق عن الثوري عن ابوب بن موسى عن محمد بن يحيى بن حبان قال ابتهر ابن أبي الصعبة بامرأة في شعر فذكر نحوه وذكر الدار قطني في التصحيف أن الثوري صحف فيه وان الصواب أن غلاما لابن أبي صعصعة

الحلق (وأما) الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر فلا أثر له * وفي شعر الأبط وجهان (أحدهما) أن إنباته كنبات شعر العانة وبه قال القاضي الحسين وآخرون قال الامام لان إنبات العانة يقع في أول تحرك الطبيعة في الشهوة ونبات الأبط يتراخى عن البلوغ في الغالب فكان أولى بالدلالة علي حصول البلوغ (والثاني) وهو الاصح علي ما ذكره صاحب التتمة أنه لا أثر له في البلوغ لانه لو أثر لما كشفوا عن المؤثر لحصول الغرض من غير كشف العورة * ونبات اللحية والشارب فيهما هذان الوجهان لكن صاحب التهذيب فرق فألحق شعر الأبط بشعر العانة ولم يلحق به اللحية والشارب * ولا أثر لتقل الصوت ونهود الثدي وبتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة كما لا أثر لاخترار الشارب وفي التتمة طرد الخلاف فيها (وأما) القسم الثاني وهو ما يختص بالنساء فشيئين (أحدهما) الحيض في وقت الامكان بلوغ واحتج له بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لاسماء بنت أبي بكر (إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار إلى الوجه والكفين) (1) علق وجوب الستر بالمحيض

(1) (قوله) روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لاسماء بنت أبي بكر إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار إلى الوجه والكفين أبو داود من حديث خالد بن دريك عن عائشة أن اسماء بنت أبي بكر دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها وقال فذكره وقد أعله أبو داود بالانقطاع وقال أن خالد بن دريك لم يدرك عائشة ورواه في المراسيل من حديث هشام عن فتادة مرسلًا لم يذكر خالد ولا عائشة وتفرد سعيد بن بشير وفيه مقال عن فتادة بذكر خالد فيه وقال ابن عدي أن سعيد بن بشير قال فيه مرة عن أم سلمة بدل عائشة ورجح أبو حاتم أنه خالد بن دريك أن عائشة مرسل وله شاهدًا أخرجه البيهقي من طريق ابن لهيعة عن عياض بن عبد الله سمع ابراهيم بن عبيد بن رفاعة عن أبيه أنه عن أسماء بنت عميس أنها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة وعندها أختها عليها ثياب شامية الحديث

وذلك نوع تكليف وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تقبل صلاة حائض الا بخمار (1) أشعر بانها بالحيض كلفت بالصلاة (والثاني) الحبل يوجب البلوغ لانه مسبوق بالانزال لكن الولد لا يستيقن ما لم تضع فإذا وضعت حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشئ لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فان كانت مطلقة فأنت بولد يلحق الزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق * (فرع) الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره ماء وهو على صفة المنى ومن فرجه دم وهو على صفة الحيض فهل نحكم ببلوغه فيه وجهان (أصحهما) نعم لانه إما ذكر وقد أمني أو أنثى وقد حاضت (والثاني) لا لتعارض الخارجين واسقاط حكم كل واحد منهما حكم الآخر ولهذا لا يحكم والحالة هذه بالذكورة ولا بالانوثة هذا ما نسبة القاضي ابن كج إلى ظاهر نص الشافعي * وان وجد أحد الأمرين دون الثاني أو أمني وحاض من الفرج فجواب عامة الاصحاب أنه لا يحكم ببلوغه لجواز ان يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه وقال الامام وهو الحق ينبغي أن يحكم بالبلوغ بأحدهما كما يحكم بالذكورة والانوثة ثم ان ظهر خلافه غيرنا الحكم وكيف ينتظم منا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثى ولا نحكم بأنه قد بلغ *

[283]

قال (وأما الرشيد فهو أن يبلغ صالحا في دينه مصلحا لديناه * فإذا اختل أحد الامرين استمر الحجر (م ح و) * ومهما حصل انفك الحجر (و) * فلو عاد أحد المعنيين لم يعد الحجر لان الاطلاق الثابت لا يرفع الا بيقين كما أن الحجر الثابت لا يرفع إلى بيقين * فلو عاد الفسق والتبذير جميعا يعود الحجر أو يعاد على أظهر الوجهين * ثم يلى القاضي امره أو وليه في الصبي فيه وجهان * وكذا في الجنون الطارئ بعد البلوغ * وصرف المال إلى وجوه البر ليس بتبذير * فلا سرف في الخير * وصرفه إلى الاطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (و) * فإذا انضم إليه الفسق أوجب الحجر) * أول ما ينبغى أن يعرف في الفصل أولا معنى الرشيد المذكور في قوله تبارك وتعالى (فان أنستم منهم رشدا) وقد فسره الشافعي بالصلاح في الدين مع اصلاح المال ويدل عليه ما روى عن ابن عباس أنه قال معناه (رأيتم منهم صلاحا في دينهم وحفظا لاموالهم) وروى مثله عن الحسن ومجاهد والمراد من الصلاح في الدين أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط به العدالة ومن اصلاح المال أن لا يكون مبدرا وصرف المال إلى وجود الخير في الصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد والمدارس وما أشبهها ليس بتبذير ولا سرف في الخير كما لا خير في السرف وعن الشيخ أبي محمد أن الصبي إذا بلغ وهو مفطر في الانفاق في هذه الوجوه فهو مبدر وان عرض له ذلك بعد ما بلغ مقتصدا لم نحكم

(1) (حديث) ابن عباس في قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا معناه رأيتم منهم صالحا في دينهم وحفظا لاموالهم البيهقي من طريق علي بن أبي طلحة عنه أتم من هذا (قوله) وروى مثله عن مجاهد والحسن أما أثر مجاهد فرواه الثوري في جامعه عن منصور عنه وأما أثر الحسن فاسنده البيهقي من طريق يزيد بن هرون عن هشام بن حسان عنه

[284]

بصيرورته مبدرا * وتضييع المال بالقائه في البحر أو باحتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها تبذير وكذا الانفاق في المحرمات * وصرفه إلى الاطعمة النفيسة التي لا يليق اتخاذها بحاله هل يكون سفها وتبذيرا (قال) الامام وصاحب الكتاب نعم للعادة (وقال) الاكثرون لا لان المال يطلب لينتفع به وبلتذ به وكذا القول في التجميل بالثياب الفاخرة والاكثر من شراء الغايات والاستمتاع بهن وما أشبه ذلك * وبالجملة فالتبذير على ما نقله معظم الاصحاب محصور في التضييعات والانفاق في المحرمات * ولا بد من اختبار الصبي ليغرف حاله في الرشيد وعدمه ويختلف ذلك باختلاف طبقات الناس فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة وولد الزارع في أمر الزراعة والانفاق على العوام فيها والمحترف فيما يتعلق بحرفته والمرأة في أمر القطن والعزل وحفظ الاقمشة وصون

الاطعمة عن الهرة والفأرة وما أشبهها من مصالح البيت * ولا تكفى المرة الواحدة في الاختيار بل لا بد من مرتين وأكثر على ما يليق بالحال ويفيد غلبة الظن بكونه رشيدا وفي وقت الاختيار وجهان (أحدهما) ما بعد البلوغ لان تصرفه في الصبا غير نافذ (وأظهرهما) أنه قبله لقوله تعالى (وابتلوا اليتامي) واسم اليتيم انما يقع على غير البالغ وعلى هذا فكيف يختبر فيه وجهان (أصحهما) أنه يدفع إليه قدرا من المال ويمتحنه في المماكسة والمساومة فإذا آل الامر إلى عقد عقده الولي لان تصرف الصبي لا ينفذ (والثاني)

[285]

يصح منه العقد أيضا في هذا الغرض للحاجة * وقد أشرنا في أول البيع إلى هذا * ولو تلف المال المدفوع إليه للاختبار في يده فلا ضمان على الولي * إذا تقرر ذلك ننظر ان بلغ الصبي غير رشيد إما لاختلاف الصلاح في الدين أو اصلاح المال بقى محجورا عليه ولم يدفع إليه المال * وقال أبو حنيفة ان بلغ مفسدا للمال منع حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة كما سبق وان بلغ مصلحا لماله دفع المال إليه ونفذ تصرفه وان كان فاسقا وبه قال مالك فيمن بلغ فاسقا ونقل المتولي مثل مذهبهما عن بعض أصحابنا * وجه ظاهر المذهب أن الآية اعتبرت الرشد والصلاح ماخوذ من تفسير الرشد * ثم يتصرف في ماله ويستديم الحجر عليه من كان يتصرف قبل البلوغ أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما * وان بلغ رشيدا دفع إليه المال وينفك الحجر عنه بنفس البلوغ والرشد أو يحتاج إلى فك القاضى فيه وجهان (أرجحهما) عند صاحب التهذيب أنه يحتاج إلى فك القاضى لان الرشد مما يعرف بالنظر والاجتهاد وبروي هذا عن ابن أبي هريرة رضى الله عنه (والثاني) وبه أجاب صاحب الكتاب وهو الاصح عند الامام والمتولي ويحكي عن ابن سريج أنه ينفك عنه لانه حجر لم يثبت بالحاكم فلا يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر المجنون يزول بمجرد الافاقه وهذا أولى والا لاطبق الناس على طلب الفك في أوائل البلوغ ولا يحدوه أهم مهماتهم ثم قال المفرعون على الوجه الاول أنه كما ينفك بفك القاضى ينفك بفك الاب والجد وفي الوصي والقيم وجهان وهذا يطعن في توجيههم اياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد (وإذا قلنا لا يزول حتى يزال فتصرفه قبل ازالة الحجر كتصرف من أنشئ الحجر عليه بالسفه الطارئ بعد البلوغ ويجرى الخلاف فيما إذا بلغ غير رشيد ثم صار رشيدا وإذا حصل الرشد

[286]

فلا فرق بين الرجل والمرأة وبين أن تكون المرأة مزوجة أو لا تكون وقال مالك رحمه الله لا يدفع المال إلى المرأة حتى تنكح فإذا نكحت دفع إليها باذن الزوج ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث إلا باذن الزوج ما لم تصر عجوزا * ولو عاد التبذير بعد ما بلغ رشيدا لم يطلق ولم يمكن من التصرف وكيف الحال فيه وجهان (أحدهما) أنه يعود الحجر بنفس التبذير كما لو جن (وأصحهما) أنه لا يعود ولكن يعاد ومن الذى يعيده لا خلاف في أن للقاضى أن يعيده وعن أبي يحيى البلخى فيما نقل ابن كج رحمه الله تعالى أنه يعيده الاب والجد أيضا والمشهور تخصيصه بالقاضى لانه في محل الاجتهاد

* ولو عاد الفسق دون الاتفاق في المعاصي وسائر وجوه التبذير (فان قلنا) اقتران الفسق بالبلوغ لا يقتضى ادامة الحجر وهى الطريقة المنقولة على وفاق أبى حنيفة ومالك رحمهما الله فلا يحجر (وان قلنا) يقتضيهما فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن سريج أنه يحجر عليه كما يستدام به الحجر وكما لو عاد التبذير (وأصحهما) وبه قال أبو إسحق لا يحجر لان الاولين لم يحجروا على الفسقة ويخالف الاستدامة لان الحجر ثم كان ثابتا والاصل بقاء وههنا ثبت الاطلاق والاصل بقاءه فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاستصحاب الاكتفاء به لبراءة الاصل ويخالف التبذير فانا نتحقق به تضييع المال وبالفسق لا يتحقق فانه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وان كان فاسقا ومقصود هذا الحجر صيانة المال ولا يجرى في عود الفسق الوجه الذاهب إلى مصيره محجورا بنفس التبذير قال الامام رحمه الله فإذا حجر على من طرأ عليه السفه ثم عاد رشيدا (فان قلنا) الحجر عليه لا يثبت الا بضرب القاضى فلا يرفع إلا برفعه (وان قلنا) يثبت بنفسه ففى زواله الخلاف المذكور فميا إذا بلغ رشيدا * ومن الذى يلى أمر من حجر عليه بالسفه بالطارئ (ان قلنا) انه لا بد من ضرب القاضى فهو الذى يليه (وان قلنا) أنه يصير محجورا عليه بنفس السفه فوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ (أحدهما) أنه يلى أمره الاب ثم الجد كما فى حالة الصغر وكما إذا بلغ مجنونا (والثانى) يليه القاضى لان ولاية الاب قد زالت فلا تعود والاول أصح فى صورة

[287]

عروض الجنون والثانى أصح فى صورة عروض السفه فلان السفه وزواله مجتهد فيه يحتاج إلى نظر الحاكم * ونعود إلى ما يتعلق بالفاظ الكتاب (قوله) فان اختل أحد الامرين استمر الحجر ينتظم اعلامه بالميم والحاء والواو لما ذكرنا فيما إذا بلغ مصلحا لماله فاسقا (وقوله) مهما حصل أي كلاهما انفك الحجر معلم بالواو للوجه الصائر إلى أنه لا بد من فكه وكذا قوله لم يعد الحجر للوجه الذى مر فى عود الحجر عند عود التبذير (وقوله) لان اطلاق الثابت لا يرتفع الا بتيقن الرشد ولا يتيقن الرشد مع واحد من الامرين والاطلاق ههنا متيقن فلا يعاد الحجر الا بتيقن احتلال الرشد وذلك يعود للمعنيين جميعا وهذا قريب من لفظه فى الوسيط وقضية خروج الصلاح فى الدين واصلاح المال عن أن يكون حقيقة الرشد واعتبارهما للاستدلال بهما على حصول الرشد * واعلم أن كلام المصنف ههنا وفى الوسيط مصرح بأن عود مجرد الفسق والتبذير لا أثر له وانما المؤثر فى عود الحجر أو اعادته عود الفسق والتبذير جميعا وليس الامر كذلك بل الاصحاب رضى الله عنهم مطبقون على أن عود التبذير وحده كاف فى عود الحجر أو اعادته كما سبق بيانه (وقوله) ثم يلى أمره القاضى أو وليه فى الصبى فيه وجهان موضع الوجهين ما إذا قلنا ان الحجر يعود بنفسه أما إذا قلنا ان القاضى هو الذى يعيده فهو الذى يلى أمره بلا خلاف (وقوله) فصرف المال إلى وجوه الخير ليس بتبذير يمكن اعلامه بالواو للتفصيل المنقول عن الشيخ أبى محمد (وقوله) فى الصرف إلى الاطعمة النفيسة انه تبذير يجب اعلامه بالواو ومعرفته ان الاظهر عند

[288]

الائمة رحمهم الله خلاف ما ذكره (وقوله) فإذا انضم الفسوق إليه أوجب الحجر بناه على ما قدمه من اعتبار اجتماع الامرين وقد عرفت أن الصحيح المعتمد خلافه * (فرع) ولو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة فهل يحجر عليه حجرا خاصا في ذلك النوع فيه وجهان لبعدها اجتماع الحجر والاطلاق في الشخص الواحد (فرع) الشحيح على نفسه جدا مع اليسار قال في البيان فيه وجهان عن الصيمري والاصح المنع * قال (ثم فائدة الحجر سلب استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء (و) والاقرار بالدين (م) وكذا الهبة وفي سلب عبارته عند التوكيل به خلاف وعليه بيتني صحة قبوله الوصية والهبة ولا حجر عليه فيما لا يدخل تحت الحجر كالطلاق والظهار والخلع واستلحاق النسب ونفيه والاقرار بموجب العقوبات لانه مكلف والولى لا يتولى ذلك فلا بد وأن يتولاه بنفسه (والاصح) أنه لا يقبل اقراره باتلاف مال الغير كالصبي وينعقد احرامه بالحج ثم يمنع الزاد ان لم يكن فرضا عليه ثم حكمه حكم المحصر أو المحرم المفلس حتى لا يتحلل الا ببقاء البيت فيه خلاف) * الغرض الان الكلام فيما ينفذ من السفه المحجور عليه من التصرفات وما لا ينفذ وفي مسائل (إحداها) لا يصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالى كالبيع والشراء والاعتاق والكتابة والهبة والنكاح ولا فرق بين أن يشتري بعين ماله أو في الذمة وفي شرائه في الذمة وجه ضعيف تخريجا من شراء العبد بغير اذن مولاه والمذهب الاول لان هذا الحجر انما يشرع نظرا للمبذر وذلك يقتضى الرد حالا ومالا والحجر على العبد لحق المولى فلا يمتنع التصحيح بحيث لا يضر بالمولى وإذا باع وأقبض استرد من المشتري فلو تلف

[289]

في يده ضمن فلو اشترى وقبض واستقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ومن أقبضه فهو الذى ضيعه ولوليه استرداد الثمن ان كان قد أقبضه ولا فرق بين أن يكون من عامله عالما بحاله أو جاهلا إذ كان من حقه أن يتجنب ولا يعامل الا عن بصيرة وكما لا يجب الضمان في الحال لا يجب بعد رفع الحجر لان هذا الحجر ضرب لمصلحته فأشبهه الصبي لكن الصبي لم ياتم والسفيه ياتم لانه تكلف وفيما إذا أتلفه بنفسه وجه أنه يضمن عند رفع الحجر عنه وهذا كله فيما إذا استقل بهذه التصرفات أما إذا اذن له الولي نظر ان أطلق الاذن فهو لغو وأن عين له تصرفا أو قدر العوض فوجهان (أصحهما) عند المصنف أنه يصح كما لو اذن له في النكاح وهذا لان المقصود أن لا يضر بنفسه ولا يتلف ماله فإذا اذن الولي أمن من المحذور (والثاني) وهو الاصح عند صاحب التهذيب المنع كما إذا اذن للصبي ويخالف النكاح لان المال فيه تبع ومقصود الحجر حفظ المال عليه على أن الامام رحمه الله أشار إلى طرد بعضهم الخلاف في النكاح (فان قلنا) لا يصح فقد سلينا بالحجر عبارته (وان قلنا) يصح فالمسلوب هو الاستقلال وعلى الوجهين يخرج ما إذا وكله غيره بشئ من هذه التصرفات هل يصح عقده للموكل وبما إذا إتهب وقبل الهبة لنفسه ولو أودعه انسان شيئا فلا ضمان عليه لو تلف عنده ولو أتلفه فقولان كما لو أودع صبيا (الثانية) لو أقر بدين معاملة لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده كالصبي وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر وجه أنه يقبل تخريجا من الخلاف في أن المفلس إذا أقر بدين سابق على الحجر هل يراحم المقر له الغرماء ولو أقر باتلاف مال أو حناية توجب المال فقولان (أحدهما) يقبل لانه لو أثبتنا الغصب أو الاتلاف يضمن فإذا أقر به يقبل (وأصحهما) الرد كما لو أقر بدين معاملة ولا يؤخذ بعد فك الحجر عنه بما أقر به ورددناه ولو أقر بما يوجب

عليه حدا أو قصاصا قبل لانه مكلف ولا تعلق لهذا الاقرار بالمال متى يتأثر بالحجر ولو أقر بسرقة توجب القلع قبل قوله في القلع وفي المال قولان كالعبد إذا أقر بسرقة هذا إن قلنا لا يقبل اقراره بدين الاتلاف (فان قلنا) فأولى أن يقبل ههنا ولو أقر بقصاص فعفى المستحق على مال فالصحيح ينوب المال لانه يتعلق باختيار الغير لا باقراره ولو أقر بنسب ثبت النسب وينفق على الولد

[290]

الذي استلحقه من بيت المال ولو ادعى عليه دين معامله لزمه قبل الحجر وأقام عليه بينة سمعت وان لم يكن بينة (فان قلنا) أن النكول ورد اليمين كالبينة سمعت (وان قلنا) كالاقرار فلا لان غايته أن يقرروا قراره غير مقبول (الثالثة) يصح منه الطلاق لانه لا يدخل تحت حجر الولي وتصرفه الا ترى ان الولي لا يطلق أصلا بل المحجور عليه يطلق بنفسه إذا كان مكلفا كالعبد وأيضا فإن الحجر لابقاء ماله عليه والبضع ليس بمال ولا هو جار مجري الاموال الا ترى أنه لا ينتقل إلى الورثة ولا يمنع المريض من ازالة المال عنه وإذا صح الطلاق مجانا فالخلع أولى بالصحة وكذلك يصح منه الطهار والرجعة ونفى النسب باللعان وما أشبهه لان هذه العقود لا تعلق لها بمال ولو كان السفية مطلقا مع حاجته إلى النكاح سري بجارية فان تبرم منها أبدلت (الرابعة) حكم السفية في العبادات حكم الرشيد لكنه لا يفرق الزكاة بنفسه فلو أحرم بغير اذن الولي انعقد احرامه ثم ينظر ان أحرم بحج التطوع وزاد ما يحتاج إليه للسفر على نفقته المعهودة ولم يكن له في الطريق كسب يقى بتلك الزيادة فللولي منعه ثم كيف سبيله نقل الامام رحمه الله وجهين (الاصح) الذي أورده الاكثرون أنه كالمحصر حتى يتحلل بالصوم إذا جعلنا لدم الاحصار بدلا لانه محجور في المال (والثانى) أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بمحصر بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة لا يتحلل الا تلفاء البيت وان لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة أو كان يكتسب في الطريق ما يقى بالزيادة لم يمنعه الولي بل ينفق عليه من ماله ولا يسلمه إليه بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق وان أحرم بحجة مفروضة كحجة الاسلام والحجة المنذورة قبل الحجر أنفق عليه الولي كما ذكرنا قال في التتمة والحجة المنذورة بعد الحجر كالمندورة قبله إن سلكتنا بالنذر مسلك واجب الشرع والا فهى كحجة التطوع ولو نذر التصدق بعين مال لم ينعقد وفي الذمة ينعقد ولو حلف انعقد يمينه ويكفر عند الحنث بالصوم كالرفيق * قال (وولى الصبى أبوه أو جده وعند عدمهما الوصى فان لم يكن فالقاضي ولا ولاية للام (و) ولا يتصرف الولي الا بالعبطة ولا يستوفى قصاصه (ح) ولا يعفو عنه ولا يعتق ولا يطلق بعوض

[291]

وغير عوض ولا يعفو عن حق شفعته الا لمصلحته فلو ترك فليس له الطلب بعد البلوغ على الاصح (و) وله أن يأكل بالمعروف من ماله ان كان فقيرا وان كان غنيا فليستعفف) * هذه البقية لسائر من يلى أمر الصبى وفي معناه المجنون وانه كيف يتصرف أما الذى يليه فهو الاب ثم الجد كما في ولاية النكاح فان لم يكونا فالولى المنصوب من جهتهما فان لم يكن

فالولاية للقاضي أو من ينصبه القاضي (وظاهر) المذهب أن لا ولاية للام كما ليس لها ولاية النكاح وعن أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أن لها ولاية المال بعد الاب لجد وتقدم على وصيهما لزيادة شفقتها (وأما) كيفية التصرف فالقول الجملي فيه اعتبار العبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وفي الفصل صور (منها) يجوز للولي أن التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن فيه مصلحة لنقل الخراج أو جور السلطان أو أشرف الموضع على البوار لم يحز ويجوز أن يبني له الدور والمساكن ويبني بالاجر دون اللبن والجص ولا يبني باللبن والطين لقلة بقائه وذكر القاضي الروباني رحمه الله أن كثيرا من الاصحاب رحمهم الله جوزوا البناء له على عادة البلد كيف كانت قال وهو الاختيار ولا يبيع عقاره الا للحاجة مثل أن لا يكون له ما يصرفه إلى نفقته وكسوته وقصرت غلته عن الوفاء بهما ولم يجد من يقرضه أو لم ير المصلحة فيه والعبطة مثل أن يكون يقبل الخراج أو يرغب شريك أو جار باكثر من ثمن المثل وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن وله بيع ماله نسيئة وبالعرض إذا رأى المصلحة فيه فإذا باع نسيئة زاد على ثمنه نقدا وأشهد عليه وارتهن به رهنا وافيا فان لم يفعل ضمن هكذا قاله المعظم وروى الامام وجهها في صحة البيع إذا لم يترهن وكان المشتري مليا وقال الاصح الصحة ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن ونجوزه اعتمادا على ذمة الملى ولا يحتاج الاب إذا باع مال ولده من نفسه نسيئة أن يترهن من نفسه بل يؤتمن في حق ولده وإذا باع الاب والجد عقاره فيرفع الامر إلى القاضي أسجل على بيعه ولم يكلفه أثبات الحاجة أو العبطة فإذا بلغ الصبي وادعى على الاب أو الجد بيع ماله من غير مصلحة فالقول قولهما مع اليمين

[292]

وعليه البينة وان ادعاه على الوصي أو الامين فالقول قوله في العقار وعليهما البينة وفي غير العقار وجهان (أظهرهما) أنها كالعقار والفرق عسر كالأشهاد في كل قليل وكثير يبيعه ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولى وبين العقار وغيره ودعواه على المشتري من الولي كهي على الولي وليس للوصي والامين بيع ماله من نفسه ومال نفسه منه روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم) (1) وللاب والجد ذلك وبيع مال أحد الصغيرين من الآخر وهل يشترط أن يقول يبتع واشتريت كما لو باع من غيره أم يكتفى باحدهما فيقوم مقامهما كما أقيم الشخص الواحد مقام اثنين فيه وجهان تعرضنا لهما في أول البيع وإذا اشترى الولي للطفل فليشتر من ثقة وحيث أمر بالارتهان لم يقم أخذ الكفيل مقامه (ومنها) لا يستوفي القصاص المستحق له لانه ربما يرغب في العفو ولا يعفو لانه ربما يختار الاستيفاء تشفيا ولا يعتق عبده لا بعوض ولا مجانا ولا يكاتبهم ولا يهب أمواله لا بشرط الثواب ولا دونه إذ لا يقصد بالهبة العوض ولا يطلق زوجته لا مجانا ولا بعوض ولو باع شريكه شخصا مشفوعا فيأخذ ويترك بحسب المصلحة فان ترك بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد أخذه فوجهان (أصحهما) انه لا يمكن كما لو أخذ بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد رده (والثاني) يمكن لانه لو كان بالغا لكان له الاخذ وافق المصلحة أو خالف والاخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الولي فلا يفوت عليه في تصرف الولي (ومنها) ليس للولى أخذ أجرة ولا نفقة من المال الصبي ان كان غنيا وان كان فقيرا فان قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته قال الله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف)

الاية وفي تعليق الشيخ أبى حامد رحمه انه يأخذ أقل الامرين من قدر النفقة وأجرة المثل والقول في انه هل يستبد بالاخذ يأتي في كتاب النكاح

(1) (قوله) روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يشتر الوصي من مال اليتيم لم أجده وقد أخرج البيهقي من طريق زهير بن أبى اسحق عن صلة بن زفر قال كنت جالسا عند ابن مسعود فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال يا أبا عبد الرحمن اشترى هذا قال ماله قال إن صاحبه أوصى إلى قال لا تشتريه ولا تستقرض من ماله

[293]

ان شاء الله تعالى * وهل عليه الضمان فيما أخذ كالمضطر إذا أكل الطعام أم كالامام إذا أخذ الرزق من بيت المال فيه قولان وللولى أن يخلط ماله بمال الصبى ويواكله قال الله تعالى (فان تخالطوهم فاخوانكم) وقاس ابن سريج على ما إذا خلط المسافرون ازوادهم وتناهدوا وقال لعل هذا أولى بالجواز وان تفاوتوا في الاكل لان كلا منهم من أهل المسامحة هذه صور الكتاب وشرحها (ومنها) يجب عليه أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف ويخرج من ماله الزكاة وارش الجنایات وان لم تطلب ونفقة القريب بعد الطلب (ومنها) أن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله سافر وإذا كان الطريق مخوفا لم يسافر به وان كان امنا فوجهان (الذي) أورده الاصحاب رحمهم الله من العراقيين المنع كالمسافرة بالوديعة (والثانى) وهو الاصح الجواز لان المصلحة تقتضى ذلك والولى مأمور بالنظر بخلاف المودع وإذا كان له أن يسافر كان له أن يبعثه على يد أمين (ومنها) أنه ليس لغير القاضى اقراض مال الصبى الا عند ضرورة نهب أو حريق وإذا أراد سفرا ويجوز للقاضى الاقراض وان لم يعرض شئ من ذلك لكثرة شغاله وسوى أبو عبد الله الحناتلى رحمه الله بين القاضى وغيره ولايجوز ايداعه مع امكان الاقراض في أصح الوجهين فان عجز عنه فله الايداع ويشترط فيمن يودع عنده الامانة وفيمن يقرضه الامانة واليسار جميعا واذ أقرض فان رأى أن يأخذ به رهنا أخذ والا تركه والله أعلم *

[294]

(كتاب الصلح) (وفيه ثلاثة فصول) قال (الفصل الاول في أركانه وهو معاوضة له حكم البيع إن جرى على غير المدعى فالصلح لا يخالف البيع الا في ثلاث مسائل (الاولى) قال صاحب التلخيص يجوز الصلح على ارض الجنایات ولا يصح بلفظ البيع وأنكر الشيخ أبو على وغيره وقال ان كان معلوم القدر والصفة جاز باللفظين والا امتنع (ح) بالمقطين وان علم القدر دون الوصف كافل الدية ففى كلا اللفظين خلاف (الثانية) أن يصلح عن بعض المدعى فهو جائز فيكون بمعنى هبة البعض ولفظ البيع لا ينوب منابه في هذا المقام وقيل أنه بلفظ الصلح أيضا لا يصح (الثالثة) إذا قال ابتداء لغيره من غير سبق خصومة صالحني من دارك هذه على ألف ففيه خلاف إذ لفظ البيع واقع فيه ولا يطلق لفظ الصلح لافى الخصومة) * فسر الائمة رحمهم الله الصلح في الشريعة بالعقد الذى ينقطع به خصومة المتخاصمين وليس ذلك على سبيل التحديد ولكنهم أردوا ضربا من

التعريف مشيرين إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالبا والمخاصمات والمزاحمات المحوجة إلى المصالحة تارة تقع في الاملاك وتارة في المشتركات كالشوارع وغيرها والتعامل تارة يقع بالصلح وتارة بظهور جانب أحد المتنازعين باختصاصه بما يشعر بالاستحقاق فلا شتباك هذه الامور بعضها ببعض نسلك في الباب في كلام الشافعي رضى الله عنه للاصحاب رحمهم الله مع احكام الصلح المعقود لها الفصل (الاول) بيان المشتركات التي يقع فيها التزاحم صور يترجح فيها جانب أحد المتنازعين أو يظن رجحانه وقد عقد صاحب الكتاب لهما الفصل الثاني والثالث والاصل في الصلح ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا أحل حراما أو حرم حلالا) (1) ووقفه على عمر رضى الله عنه اشهر وعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن

(كتاب الصلح) (1) (حديث) أبى هريرة الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا أحل حراما أو حرم حلالا * أبو داود ابن حبان والحاكم من طريق الوليد بن رباح عنه بتمامه ورواه أحمد من حديث سليمان ابن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبى هريرة دون الاستثناء وفي الباب عن عمر وبن عوف وغيره كما سيأتي قريبا

[295]

عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا والصلح جائز) (1) إذا عرفت ذلك فالصلح إما أن يجرى بين المتداعيين أو بين المدعى واجنبي والقسم الاول على وجهين (احدهما) صلح المعاوضة وهو الذى يجرى على غير العين المدعاة كما إذا ادعى دارا فاقربها المدعى عليه وصالحه بها على عبد أو ثوب وهذا الضرب حكمه حكم البيع وان عقد بلفظ الصلح وتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب والشفعة والمنع من التصرف قبل القبض واشترط القبض ان كان المصالح عنه والمصالح عليه متوافقين في علة الربا واشترط التساوى في معيار الشرع إن كانا من جنس واحد من أموال الربا وجريان التخالف عند الاختلاف ويفسد بالغرر والجهل والشروط الفاسدة فساد البيع وكذا إذا صالح منها على منفعة غير معلومة جاز وكان هذا الصلح اجارة كأنه استأجر الدار والعبد بالعين المدعاة فيثبت فيه أحكام الاجارات (الضرب الثاني) صلح الحطيطة وهو الجارى على بعض العين المدعاة كما إذا صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها أو من العبد على أحدهما فهذا هبة بعض المدعى ممن هو في يده فيشترط القبول ومضى امكان مدة القبض وفى اشتراط الاذن الجديد في القبض الخلاف المذكور في باب الرحمن ويصح بلفظ الهبة ما في معناها وهل يصح بلفظ الصلح فيه وجهان (أحدهما) لأن الصلح يتضمن المعاوضة ومحال أن يعامل الانسان ملك نفسه ببعضه (وأظهرهما) الصحة لان الخاصية التى يفترق إليها لفظ الصلح هو سبق الخصومة

* (قوله) * ووقف هذا الحديث على عمر اشهر * البيهقى في المعرفة من طريق أبى العوام البصري قال كتب عمر إلى أبى موسى فذكر الحديث وفيه والصلح جائز فذكره بتمامه ورواه في السنن من طريق أخرى إلى سعيد بن أبى بردة قال هذا كتاب عمر إلى أبى موسى فذكره فيه وسيأتي في كتاب القضاء تاما ان شاء الله * (1) (حديث) كثير بن

[296]

وقد حصلت ثم هو منزل في كل موضع ما يقتضيه الحال كلفظ التملك ولا يصح هذا الضرب بلفظ البيع وهذه إحدى المسائل الثلاث التي ذكر صاحب الكتاب أن الصلح يخالف البيع فيها وذلك على الوجه الاظهر (وأما) إذا قلنا انه لا يصح بلفظ الصلح أيضا فلا فرق بين اللفظين (والمسألة الثانية) ذكر ابن القاص في التلخيص انه إذا صالحه من ارش الموصحة على شئ معلوم جاز إذا علما قدر أرشها ولو باع لم يجز وخالفه معظم الاصحاب في افتراق اللفظين وقالوا ان كان الارش مجهولا كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط لم يجز الصلح عنه ولا بيعه وان كان معلوم القدر والصفة كالدرهم والدنانير إذا ضبطت في الحكومة جاز الصلح عنها وجاز بيعها ممن عليه وان كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر في السلم كالابل الواجبة في الدية ففي جواب الاعتياض عنها بلفظ الصلح ولفظ البيع جميعا وجهان ويقال قولان (أحدهما) انه يصح كما لو اشترى عينا ولم يعرف صفاتها (وأظهرهما) فيما ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسي المنع كما لو أسلم في شئ ولم يصفه وهذا في الجراحة التي لا توجب القود أما في النفس أو فيما دونها فالصلح عنها مني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا وسياتي في موضعه ان شاء الله تعالى (والمسألة الثالثة) لاشك انه لو قال من غير سبق خصومة بعنى دارك هذه بكذا فباع يصح ولو قال والحالة هذه صالحني عن دارك هذه بالف فعن الشيخ أبي محمد فيه ذكر وجهين (أحدهما) الصحة لان مثل هذا الصلح معاوضة فسواء عقد بهذه القطة أو بهذه اللفظة (وأظهرهما) المنع لان مثل هذا الصلح معاوضة لا يطلق ولا يستعمل الا إذا سبقت خصومة فعلى هذا يخالف الصلح البيع وكان هذا الخلاف مفروض فيما إذا استعملا لفظ الصلح ولم ينوبا أو أحدهما شيئا فاما إذ استعملا ونوبا البيع فانه يكون كناية بلاشك ويكون على الخلاف المشهور في انعقاد البيع بالكنايات والقياس عود مسائل الاستثناء في الصلح الذي ذكرنا انه اجارة بلا فرق واعد الان إلى البحث عن لفظ الكتاب ونظمه (قوله) الفصل الاول في أركانه اركان الصلح على المعهود من كلام صاحب الكتاب المتصالحان والمصالح عليه والمصالح عنه وليس في الفصل

[297]

تعرض لها ولشروطها وانما الذي يتضمنه بيان الصحيح والفاسد وان الصحيح منه من أي قبيل هو فاذن الفصل ببيان الاحكام أشبه منه بالاركان وقوله والصلح لا يخالف البيع الا في ثلاث مسائل (اما) أن يحمل على كل صلح أو على الصلح المذكور قبل هذا الكلام وهو الصلح الجارى على غير المدعى وظاهر أن الاول غير مراد لانواع الصلح التي ليست بنوع ولو أراد ذلك لما احتاج إلى تقييد ما قبله بقوله ان جرى على عين المدعى والثاني فيه توقف أيضا لان إحدى المسائل الثلاث ما إذا صالح على بعض المدعى والصلح على بعض المدعى لا يندرج في الصلح على غير المدعى حتى يستثنى منه الا أن يراد بالعين كلما يصدق ان يقال انه ليس هو دون الخارج

عن الذات لكنه بعيد عن الفهم في مثل هذه المواضع وربما يوجد في مض
النسخ ان جرى على عين المدعى

[298]

بدل غير المدعى وهو فاسد لان الصلح على كل المدعى لا معني له وعلى
بعضه لا يكون بيعا البتة ولو كان مكانها ان جرى على العين المدعاة ليكون
قسما لقوله من بعد وان صالح عن الدين ويتضح استثناء المسألة
المذكورة لكان أحسن لكن الصلح في مسألة الصلح عن الارش صلح عن
الدين فلا يدخل حينئذ حتى يستثنى مخالفة الصلح البيع لانه لا ينحصر في
الصور الثلاث بل من صورها الصلح عن القصاص فانه صحيح ولا مجال
لفظ البيع فيه (ومنها) قال صاحب التلخيص لو صالحنا أهل الحرب من
أموالهم على شئ ناخذه منهم جاز ولا يقوم مقامه البيع واعترض عليه
القفال بأن تلك المصالحة ليست مصالحة عن أموالهم على شئ ناخذه
وانما نصالحهم وناخذ منهم للكف عن دمايهم وأموالهم وهذا قويم لكنه لا
يخدش مخالفة اللفظين لان لفظ البيع لا يجرى في أمثال تلك المصالحات
(وقوله) فانكر الشيخ أبو على ذلك هذا قد ذكره الشيخ على أحسن وجه كما
هو دأبه لكنه ليس مبتدئا بهذا الكلام حتى ينسب إليه بل الأئمة رحمهم الله
ذكروه قبله منهم الشيخ القفال و (قوله) والا امتنع باللفظين بجوز إعلانه
بالحاء لان عند أبي حنيفة يجوز الصلح عن المجهول أرشاً كان أو غيره وبه
قال أحمد رحمه الله * لنا القياس على المصالح عليه فانه لا بد وان يكون
معلوما بالاتفاق (وقوله) وقيل إنه بلفظ الصلح أيضا لا يصح أي لا بد من
لفظ الهبة لانه غير صحيح أصلا * قال (وأما الصلح عن الدين فهو كبيع
الدين فان صالح على بعضه فهو ابراء (و) عن البعض ولو صالح من حال
على مؤجل أو مؤجل على حال أو صحيح على مكسر أو مكسر على صحيح
فهو فاسد لانه وعد من المستحق أو المستحق عليه لا يلزم الوفاء به ولو
صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حال فهو فاسد لانه نزل عن القدر
للحصول على زيادة صفة ولو صالح عن ألف حال على خمسمائة مؤجل
فهو ابراء عن خمسمائة ووعد في الباقي لا يلزم) * (النوع الثاني) عن
الدين وله ضربان (أحدهما) صلح المعاوضة وهو الجاري على غير الدين
المدعى فينظران

[299]

صالح على بعض اموال الربا على ما يوافق في العلة فلا بد من قبض
العوض في المجلس ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على أصح الوجهين
وان كان دينا صح الصلح في أصح الوجهين ولكن يشترط التعيين في
المجلس ولا يشترط القبض بعد التعيين في أصح الوجهين وكل ما ذكرناه
موجها في البيع للدين ممن عليه الدين (وقوله) في الكتاب فهو كبيع الدين
اشارة إلى هذه الجملة (والضرب الثاني) صلح الحطيطة وهو الجاري على
بعض الدين المدعى فهو ابراء عن بعض الدين فان استعمل لفظ ابراء
أوما في معناه كما إذا قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف الذي عليك
وصالحتك عن الباقي برئت ذمته عن ما أبرأه منه ولم يشترط القبول وفيه
وجه بعيد مضطرد في كل ابراء ولا يشترط قبض الباقي في المجلس وان

اقتصر على لفظ الصلح فقال صالحتك عن الالف الذى لى عليك على خمسمائة فوجهان كتغيرها في صلح الحطيطة في العين (والاصح) الصحة ثم هل يشترط القبول فيه وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن عليه الدين وهبته منك والاطهر اشتراطه لان اللفظ في وضعه يقتضيه ولو صالح منه على خمسمائة معينة فالوجهان جاريان ورأى الامام وجه الفساد ههنا أظهر لان بعض الخمسمائة يقتضى ؟

[300]

كونها عوضا وكون العقد معاوضة فيصير بائعا لالف بخمسمائة ولصاحب الوجه الاول أن يمنعه ويقول الصلح منه على البعض المعين إبراء واستيفاء للباقي ولا يصح هذا الضرب بلفظ البيع كما في نظيره من الصلح عن العين ولو صالح من ألف حال على ألف مؤجل أو من ألف مؤجل على ألف حال فهو لاغ لانه في الصورة الاولى وعد من رب المال بالحساق الاجل وفي الثانية من المديون بأسقاط الاجل والاجل لا يلحق ولا يسقط نعم لو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق سقط الاجل بما جرى من الايفاء والاستيفاء وكذلك الحكم في الصحيح والمكسر * ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حالة فهذا الصلح فاسد لانه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحلول في الباقي والصفة بانفرادها لا تقابل بالعوض ثم صفة الحلول لا تلتحق بالمال المؤجل وإذا لم يحصل ما نزل عن القدر لتحصيله لم يصح النزول ولو صالح عن ألف حال على خمسمائة مؤجلة فهذا ليس فيه شائبة المعاوضة ولكنه مسامحة من وجهين (أدهما) حط بعض القدر (والثاني) الحاق الاجل بالباقي والاول سائغ فيبرأ عن خمسمائة والثاني وعد لا يلزم فله أن يطالبه بالباقي في الحال * (فروع) (أحدها) قال أحد الوارثين لصاحبه تركت نصيبي من التركة اليك فقال قبلت لم يصح ويبقى حقه كما كان لانها ان كانت أعيانا فلا بد فيها من تملك وقبول وان كان فيها دين عليه فلا بد من ابراء ولو قال صالحتك من نصيبي على هذا الثوب فان كانت التركة أعيانا فهو صلح عن العين وان كانت ديونا عليه فصلح عن الدين وان كانت على سائر الناس فهو بيع الدين من غير من عليه فالصلح باطل في الدين وفي العين قولا تفريق الصفقة * (الثاني) له في يد غيره الف درهم وخمسون دينار افضالجه منه على الفى درهم لا يجوز كذا لو مات عن اثنين والتركة الفا درهم ومائة دينار وهى في يد أحدهما فصالحه الآخر عن نصيبه على الفى درهم يجوز الفرق انه إذا كان الحق في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه فيجعل مستوفيا لاحد الالفين معتاضا بالآخر عن الدينانير وإذا كان معيننا كان الصلح عنه اعتياضا وكانه باع الف درهم وخمسين دينارا بالفى درهم وهو من صور مدعجوة

[301]

ونقل الامام عن القاضى الحسين في صورة الدين أيضا المنع تنزيلا له على المعاوضة (الثالث) صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة فهو اعارة الدار منه يرجع عنها متى شاء وليس بمعاوضة لان الرقبة والمنافع ملكه ومحال أن يعتاض بملكه عن ملكه وإذا رجع عن الاعارة لم يستحق أجره المدة التى مضت كما هو قضية العارية ونقل القاضى ابن كج وجهها

انه يستحق لانه جعل سكني الدار في مقابلة رفع اليد عنها وانه عوض فاسد فيرجع إلى أجر المثل ولو صالحه عنها على ان يسكنها سنة بمنفعة عبده سنة فهو كما لو اجر داره بمنفعة عبده سنة * (الرابع) صالحه عن الزرع الاخضر بشرط القطع جاز ودون هذا الشرط لا يجوز ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الارض فلا حاجة إلى شرط القطع في أصح الوجهين ولو كان التنازع في نصف الارض ثم اقر المدعى عليه وتصالحا عنه على شئ لم يجزوا ان شرطه القطع كما لو باع نصف الزرع مشاعا لا يحرز شرط القطع أو لم يشترط * قال (هذا كله في الصلح على الاقرار فأما الصلح على الانكار فال يصح (ح) كما إذا قال صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك أو صالحني مطلقا فان قال بعني الدار التي تدعيها فهو اقرار فيصح وان قال صالحني عن الدار فالظاهر انه ليس باقرار والصلح باطل وفي صلح الحطيطة على الانكار في العين وجهان لانه في حكم الهبة للبعض بزعم صاحب اليد وكذا الخلاف في صلح الحطيطة في الدين) * (الوجه الثاني) من وجهي الصلح الجارى بين المتداعيين هو الصلح الجارى على الانكار فينظر ان جري على غير المدعى باطل خلافا لابي حنيفة ومالك وأحمد *

[302]

لنا القياس على ما إذا انكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شئ وصورة الصلح على الانكار أن يدعى عليه دارا مثلا فينكر ثم يتصالحان على ثوب أو دين ولا يكون طلب الصلح منه اقرار لانه ربما يريد قطع الخصومة هذا إذا قال صالحني مطلقا وكذا لو قال صالحني عن دعواك الكاذبة أو قال صالحني عن دعواك بل الصلح عن الدعوى لا يصح مع الاقرار أيضا لان مجرد الدعوى لا يعتاض عنها ولو قال بعد الانكار صالحني عن الدار التي ادعتها فوجهان (أحدهما) انه اقرار لانه طلب منه التملك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني (وأصحهما) انه ليس باقرار لان الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخصومة فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعى لا غير فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلحا على الانكار ولو قال بعنيها أو هبها منى فالمشهور انه اقرار ودونه صريح في التماس التملك وعن الشيخ أبى حامد انه كقوله صالحني وفي معناه ما إذا كان التنازع في جارية فاق زوجها ولو قال اجرني أو أجرني فأولى أن لا يكون اقرار ولو أبرأ المدعى المدعى عليه وهو منكر وقلنا لا يفتقر الابراء إلى القبول صح الابراء بخلاف الصلح لانه مستقل بالابراء فلا حاجة فيه إلى تصديق الغير ولهذا لو أبرأه بعد التحليف صح ولو صالحه لم يصح * وان جرى الصلح على الانكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين فوجهان (أحدهما) وبه قال الفقهاء انه صحيح لان المتصالحين متوافقان على أن النصف مستحق للمدعى اما المدعى فانه يزعم استحقاق الكل وأما المدعى عليه فانه سلم والنصف له بحكم همته منه وتسليمه إليه فاذن الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق (والثاني) وبه قال الاكثرون انه باطل كما لو كان على غير المدعى قالوا ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة فالقول قول الدافع ألا ترى أنه لو دفع إليه دراهم وقال دفعتها عن الدين الذي به الرهن وانكر القابض أو دفع إلى زوجته دراهم وقال دفعتها عن الصداق وقالت بل هي هدية فالقول قول الدافع وإذا كان كذلك فالدافع يقول

انما بذلت النصف الدفع الاذى حتى لا يرفعنى إلى القاضى ولا يقيم على بينة زور * وان كان المدعى دينا وتصالحا على بعضه على الانكار نظر ان صالحه عن الف على خمسمائة مثلا في الذمة لم يصح لان في التصحيح تقدير الهبة وايراد الهبة على ما في الذمة ممتنع وان أحضر خمسمائة وتصالحا من المدعى عليها فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين ان لم يصح ذلك فهذا أولى وان صح ففيه وجهان والفرق أن ما في الذمة ليس ذلك المحضر المعين وفي الصلح عليه معنى المعاوضة ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الانكار واتفق الناقلون على أن وجه البطلان هاهنا ارجح * ولو تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على الانكار أو على الاقرار ذكر القاضي ابن كج أن القول قول من يدعى الانكار لان الاصل أن لا عقد ولك أن تخرجه على الخلاف الذى سبق في نزاع المتعاقدين في أن العقد الجارى بينهما كان صحيحا أو فاسدا * قال (وان جاء أجنبي وصالح من جهة المدعى عليه وقال هو مقر صح نظرا إلى توافق المتعاقدين وان قال هو منكر ولكنه مبطل في الانكار فالنظر إلى مباشر العقد وهو مقر أو إلى من له العقد وهو منكر فيه خلاف ولو صالح لنفسه وزعم أنه قادر على الانتزاع فالأظهر (و الصحة) * (القسم الثاني) من قسمي الصلح ما جرى بين المدعى وبين الأجنبي وذلك اما أن يكون مع اقرار المدعى عليه ظاهرا أو دونه (الحالة الاولى) أن يكون مع اقراره ظاهرا فاما أن يكون المدعى عينا أو دينا ان كان عينا

وقال الأجنبي ان المدعى عليه وكلنى في مصالحتك له علي نصف المدعى أو على هذا العبد من ماله فتصالحا عليه صح الصلح وكذا لو قال وكلنى لمصالحتك عنه على عشرة في ذمته ثم ان كان صادقا في الوكالة صار المدعى للمدعى عليه والا فهو شراء الفضولي وقد سبق حكمه وتعريفه وان قال أمرنى بالمصالحة له على هذا العبد من ملكي فصالحه عليه فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير وقد مر الخلاف في أنه يصح أو لا يصح وان صح فما يعطيه قرض أو هبة ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله أو بدين في ذمته صح كما لو اشتراه وعن الشيخ أبى محمد انه على وجهين كما إذا قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى ولا جواب صالحني من دارك هذه علي الف لانه لم يجر مع الأجنبي خصومة فيه قال وهذه الصورة أولى بالصحة لان اللفظ مرتب على دعوى وجواب فيكتفى فيه في استعمال لفظ الصلح * وان كان المدعى دينا وقال وكلنى المدعى عليه بمصالحتك على نصفه أو على هذا الثوب من ماله فصالحه وصح ولو قال على هذا الثوب وهو ملكى فوجهان (أحدهما) انه لا يصح لانه يبيع دينا بعين (والثانى) يصح ويسقط الدين كما لو ضمن دينا وأدى عنه عوضا * ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته فهو ابتاع دين في ذمة الغير وقد بينا حكمه في موضعه (والثانية) أن يكون انكاره ظاهرا فإذا جاء الأجنبي وقال اقر المدعى عليه عندي ووكلتى في مصالحتك له الا أنه لا يظهر اقراره خيفة أن تنتزعه فصالحه صح لان قول الانسان في دعوى الوكالة مقبول في البيع والشراء وسائر المعاملات وان قال الأجنبي هو منكر ولكنه مبطل في الانكار فصالحني له على عبدى هذا لتقطع الخصومة

بينكما فصالحه فوجهان (أظهرهما) على ما قاله الامام أنه غير صحيح لانه صلح دافع لمنكر (والثاني) يصح لان المتعاقدين متوافقان والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد هذا إذا كان المدعى عينا فان كان ديناً فطريقان (أحدهما) انه على الوجهين (وأصحهما) القطع بالصحة والفرق انه لا يمكن تمليك الغير بغير إذنه وان قال هو منكر وأنا أيضا لا أعلم صدقك وصالحه مع ذلك لم يصح سواء كان المصالح عليه له أو للمدعى عليه كما لو جرى الصلح مع المدعى عليه وهو منكر وان قال هو منكر ومبطل في الانكار فصالحني لنفسي بعدي هذا أو بغيره في ذمتي لاخذ منه فان كان المدعى ديناً فهو ابتياع دين في ذمة الغير وان كان عينا فهو شراء غير الغاصب المغصوب فينظر في قدرته على الانتزاع وعجزه وحكم الجانبين مبين في أول البيع فلو صالحه وقال انا قادر على الانتزاع فوجهان (أظهرهما) انه يصح اكتفاء بقوله (والثاني) لان الملك في الظاهر للمدعى عليه وهو عاجز عن انتزاعه قال الامام والوجه أن يفصل فيقال ان كان الأجنبي كاذباً فالعقد باطل باطنا وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه الوجهان وان كان صادقاً حكم بصحة العقد باطنا وقطع بمؤاخذته لكن لا تزال يد المدعى عليه الا بحجه (وقوله) في الكتاب وإن جاء أجنبي وصالح من جهة المدعى عليه وقال هو مقرر صح نظرا إلى توافق العاقدين اراد

الحالة الثانية وهي أن يكون الصلح مع انكار المدعى عليه ظاهراً على ما أفصح به في الوسيط ويمكن حمله من جهة اللفظ على الحالة الاولى أيضا (وقوله) في المسألة بعده ففيه خلاف محمول على ما إذا كان المدعى عينا وان اراد تعميم الخلاف في العين والدين كان جواباً على أحد الطريقتين ويجوز اعلام قوله خلاف - بالواو - لما سبق * (فرع) جار مجرى المثال لما ذكرنا * ادعى مدع على ورثة ميت داراً من تركته وزعم أن الميت غصبها منه واقروا به جاز لهم مصالحته فان دفعوا إلى واحد منهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه جاز وكان عاقداً لنفسه ووكيلاً عن الباقيين ولو قالوا لواحد صالحه عينا على ثوبك فصالح عنهم فان لم يسمهم في الصلح فالصلح يقع عنه وان سماهم فوجهان في أن التسمية هل تلغى ان لم تلغ فالصلح يقع عنهم والثوب هبة منهم أو قرض عليهم فيه وجهان وان صالحه أحدهم على مال دون اذن الباقيين ليملك جميع الدار جاز وان صالح لتكون الدار له ولهم جميعاً لغى ذكرهم وعاد الوجهان في أن الكل يقع له أو يبطل في نصيبهم ويخرج في نصيبه على الخلاف في التفريق والله أعلم * قال (وإذا أسلم الكافر على عشر نسوة ومات قبل التعيين صح اصطلاحهن في قسمة الميراث مع التفاوت في المقدار وكان مسامحة وصح مع الجهل للضرورة ولا يصح الصلح على غير التركة لانه معاوضة من غير ثبوت في استحقاق المعوض) * إذا أسلم الكافر على اكثر من أربع نسوة يختار أربعاً منهن على ما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى فان مات قبل الاختيار والتعيين يوقف الميراث بينهما فان اصطلاحن على الاقسام على تفاوت أو تساومكن منه * واحتج مجوزوا الصلح على الانكار بهذه المسألة لان كل واحدة منهن تنكر نكاح من سواها وسوى ثلاث معها

فالصلح الجارى بينهن صلح على الانكار قال الاصحاب هن بين أمرين إن اعترفن بشمول الاشكال فليست واحدة منهن بمنكرة لغيرها ولا مدعية لنفسها في الحقيقة وإنما تصح القسمة والحالة هذه مع الجهل بالاستحقاق للضرورة وتعدر التوقف لا

[307]

إلى نهاية وان زعمت كل واحدة منهن الوقوف على اختيار الزوج إياها فكل من أخذت شيئاً تقول الذى أخذته بعض حتى وسامحت الباقيات بالباقي وتبرعت والمالك غير ممنوع من التبرع وقد ذكرنا فيما إذا ادعى على غيره عينا فانكر ثم تصالحا على حطيطة من قبل وجهين فمن صححه احتج بهذه المسألة وقال إن الاقتسام الجارى بينهن صلح على الحطيطة ومن لم يصححه فرق بان المال في يد المدعى عليه وفصل الامر ممكن بتحليفه وههنا استتوت الاقدام ولا طريق إلى فصل الامر سوى اصطلاحهن ولو اصطلحن على أن تأخذ ثلاث أو أربع منهن المال الموقوف ويبدلن للباقيات عوضاً من خالص مالهن لم يجز لان الصلح هكذا بذل عوض مملوك في مقابلة ما لم يثبت ملكه ومن أخذ عوضاً في معاوضة لا بد وأن يكون مستحقاً للمعوض فإذا لم يكن الاستحقاق معلوماً لم يجز أخذ العوض عليه ولا يخفى عليك مما أجرته في المسألة السبب الداعي إلى إيرادها في هذا الموضوع * واعلم أن جميع ما ذكرناه مبني على وقف المبرات لهن وفيه كلام آخر مذكور في نكاح المشركات وفي نظائر المسألة ما إذا طلق إحدى امرأته ومات قبل البيان وقفنا لهما الربع أو الثمن واصطلحنا وما إذا ادعى اثنان وديعة في يد الغير وقال المودع لا أدري انه لا يكما وما إذا تداعيا داراً في يدهما وأقام كل واحد منهما بينة ثم اصطلحا أو في يد ثالث وقلنا لا تتساقط البيتان بالتعارض فاصطلحا * قال (الفصل الثاني في النزاحم على الحقوق في الطريق والحيطان والسقوف (أما) الطرق فالشوارع على الاباحة كالموات الا فيما يمنع الطروق فلكل واحد (ح) أن يتصرف في هوائه بما لا يضر بالمارة ولا يمنع الحمل مع الكنيسة وكذلك يفتح إليه الابواب والاطهر (و) جواز عرس شجرة وبناء دكة إذا لم يضيق الطريق أيضاً) *

[308]

عرض الفصل الكلام في المزاحمات والتصرفات الواقعة في المشتركات إما اشتراك عموم كالطرق أو خصوص كالجدران والسقوف (أما) الطريق فينقسم إلى نافذ وغيره (القسم الاول) النافذ وهو الذى أرادته بالتنازع فالناس كلهم يستحقون المرور فيه وليس لاحد أن يتصرف فيها بما يبطل المرور لأن يشرع جناحاً أو يتخذ على جدرانه سبابطاً يضر بالمارة وان لم يضر فلا يمنع منه وبه قال مالك وقال ابو حنيفة لا اعتبار بالضرر وعدمه ولكن ان خاصمه إنسان فيه نزع وان لم يضر والا ترك وقال أحمد لا يجوز اشراع الجناح بحال الا إذا أذن فيه الامام * لنا اتفاق الناس على اشراع الاجنحة في جميع الاعصار من غير انكار وأيضاً (فان النبي صلى الله عليه وسلم نصب بيده ميزاباً في دار العباس رضى الله عنه) (1) فنقيس الجناح عليه ونرجع في الضرر وعدمه إلى حال الطريق فان كان صيقاً لا يمر فيه

الفرسان والقوافل فينبغي أن يكون مرتفعا بحيث يمر المار تحته منتصبا وان كانوا يمرون فيه فلينته الارتفاع إلى حد يمر تحته الراكب منتصبا بل المحمل مع الكنيسة على رأسه على البعير لانه وان كان نادرا فقد يتفق ولا يشترط الزيادة عليه على الصحيح وقال أبو عبيد بن حريوة بشرط أن يكون بحيث يمر الراكب منصوب الرمح وضعفه النقلة بالاتفاق وقالوا وضع أطراف الرماح على الاكتاف ليس بعسير * ويجوز لكل أحد أن يفتح إلى الشارع من ملكه الابواب كيف شاء (وأما) نصب الدكة وعرس الشجرة فان تضيق الطريق به وضر بالمارة فهو ممنوع منه وإلا فوجهان (أحدهما) الجواز كالجنح الذي لا يضر بهم (والثاني) المنع لان المكان المشغول بالبناء والشجر لا يتأتى فيه الطروق وقد تزدهم المارة ويعسر عليهم

(1) (حديث) انه صلى الله عليه وسلم نصب بيده ميزابا في دار العباس أحمد من حديث عبيد الله بن عباس قال كان للعباس ميزاب على طريق عمر فلبس ثيابه يوم الجمعة فاصاب به منه ماء بدم فامر بقلعه فاتاه العباس فقال والله انه للموضع الذي وضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ابن أبي حاتم انه سأل اباة عنه فقال هو خطأ ورواه البيهقي من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة و لفظ أحدها والله ما وضعه حيث كان الا رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده و أورده الحاكم في المستدرک وفي اسناد عبد الرحمن بن زيد بن اسلم وهو ضعيف و سيأتي في الديبات ان شاء الله

[309]

المراقبة فيصطكون بهما وأيضا فانه إذا طالت المدة أشبه مكان البناء والغراس الاملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه بخلاف الاجنحة ويحكى الوجه الاول عن اختيار القاضى وهو أظهر عند المصنف ولم يورد في التهذيب سواه لكن أصحابنا العراقيون والشيخ أبا محمد أجابوا بالثاني واليه مال الامام وهو أقوى في المعنى ولا يجوز ان يصالح عن اشراع الجناح على شئ أما إذا صالحه الامام فلان الهواء لا يفرد بالعقد وانما يتبع القرار كالحمل مع الام وأيضا فلانه إن كان مضرا فما يمنع الضرر لا يجوز بالعوض كالبناء الرفيع في الطريق وان لم يكن مضرا فهو جائز وما يتحقه الانسان في الطريق لا يجوز أن يؤخذ منه عوض كالمروور وأما إذا صالحه واحد من الرعية فللمعنى الاول وأيضا فلانه ليس بالمستحق ولا هو نائب المستحقين * ولو أشرع جناحا لا ضرر فيه ثم انهدم أو هدمه فاشرع آخر في محاذاته جناحا لا يمكن معه اعادة الاول جاز كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه بجوز لغيره الارتفاع به هكذا قالوه ولك أن تقول المرتفق بالعقود لمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع وانما يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة كما سيأتي في إحياء الموات فقياسه أن لا يبطل حقه بمجرد الانهدام والهدم بل يعتبر اعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن اعادته * اما لفظ الكتاب فقوله والشوارع على الاباحة كالموات معناه أنها منفكة عن الملك والاختصاص كالموات والاصل فيها الاباحة وجواز الانتفاع الا فيما يقدر في مقصودها وهو الطريق ويستوي في الحكم الجواد الممتدة في الصحارى والبلاد قال الامام وصيرورة الموضع شارعا له طريقان (أحدهما) أن يجعل الانسان ملكه شارعا وسبيلا مسبلا (والثاني) أن يحيى جماعة خطة قرية أو بلدة ويتركوا مسلكا نافذا بين الدور والمساکن ويفتحوا إليه الابواب ثم حكى عن شيخه ما يقتضى طريقا ثالثا وهو أن يصير موضع من الموات جادة ميتا يطررها الرفاق فلا يجوز تغييره وانه كان يتردد في بيان الطريق التي يعرفها الخواص

ويسلكونها وكل موات يجوز استطراره ولكن لا يمنع من احيائه وصرف الممر عنه فليس له حكم الشوارع (وقوله) فما لا يضر بالمارة لك فيه مباحة وهى أن هذه اللفظة ولفظ عامة الاصحاب تقتضي المنع من كل ما يضر بالمرور ثم الاكثرون في الفرق بين المضر

[310]

وغير المضر لم يتعرضوا الا للانخفاض والارتفاع ومعلوم أن جهة الاضرار لا تنحصر في الارتفاع والانخفاض بل منع الضياء واطلام الموضع يضر بالمرور أيضا فهل هو مؤثر أم لا والجواب أن طائفة من الائمة منهم ابن الصباغ ذكروا أنه غير مؤثر لكن قضية المعنى وظاهر لفظ الشافعي رضى الله عنه وأكثر الاصحاب تأثيره وقد نص عليه منصور التميمي في المستعمل حيث قال ووجه اضراره يعني الجناح شدة تطامنه أو منعه الضياء وفى التتمة أنه ان انقطع الضوء بالكلية أثر وإن انتقص فلا مبالاة به (وقوله) ولا يمنع المحمل مع الكنيسة في بعض النسخ الجمل مع الكنيسة وهو صحيح أيضا أي مع الكنيسة فوق المحمل المحمول على الجمل * قال (والسكة المنسدة الاسفل عند العراقيين كالشوارع وعند المراوزة هي ملك مشترك بين سكان السكة وشركة كل ساكن هل ينحط من باب داره إلى أسفل السكة فيه تردد ولا يجوز اشراع الجناح وفتح باب جديد الا برضاهم ورضاهم اعارة يجوز الرجوع عنه ولو فتح باب دار أخرى في داره التى هي في سكة مفسدة الاسفل أو فتح من تلك الدار بابا ثانيا في السكة فوق الباب الاول تردد لانه يكاد يكون زيادة على الانتفاع المستحق وأما فتح السكوفة فلا منع منه) * القسم الثاني غير النافذ كالسكة المنسدة الاسفل وبتكلم فيها في ثلاثة أمور (أولها) اشراع الجناح ولا خلاف في أن اشراع الجناح إليها غير جائز لغير أهل السكة وفيهم وجهان قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه لكل منهم الاشرع إذا لم يضر بالباقيين لان كلا منهم له الارتفاق بقرارها فليكن له الارتفاق بهوائها كالشارع وعلى هذا فلو كان مضرا ورضى أهل السكة جاز لان الحق لهم بخلاف مثله في الشارع فان رضى جميع المسلمين منعذرا لتحصيل وذكرنا لاكثرون منهم القاضى ابو حامد وأبو الطيب الطبري انه لا يجوز الا برضاهم تضرروا أم لا لان السكة مخصوصة بهم فلا يتصرف فيها دون رضاهم وهذا كما أنه لا يجوز اشراع الجناح إلى دار الغير رضاه وان لم يتضرر ويحكى هذا عن أبي حنيفة وعلى الوجهين لا يجوز لهم أن يصالحوه على شئ لما مر أن الهواء تابع فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا وكذا الحكم في صلح ملك صاحب الدار عن الجناح المشروع إليها ونعني بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جداره

[311]

السكة من غير نفوذ باب وهل الاستحقاق في جميعها لجميعهم أو شركة كل واحد مختص بما بين رأس السكة وباب داره ولا يتخطى عنه فيه وجهان (أظهرهما) وهو الذى أورده القاضى ابن كج اختصاص كل واحد منهما بما بين رأس السكة وباب داره لان ذلك القدر هو محل تردده ومروره وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السكة ووجه (الثاني) أنهم ربما احتاجوا إلى

التردد والارتفاع بجميع الصحن لطرح الاثقال عند الاخراج والادخال وهذا الخلاف يظهر تأثيره على الصحيح في منع اشراع الجناح الا برضاهم فعلى القول باشتراك الكل في الكل يجوز لكل واحد من أهل السكة المنع وعلى الوجه الآخر انما يجوز المنع لمن يوضع الجناح بين بابه ورأس السكة دون من بابه بين موضع الجناح ورأس السكة ويظهر تأثيره على قول الشيخ أبى حامد أيضا في أن الذى يستحق المنع إذا كان الجناح مضرا من هو لكنهم لم يذكروه * ولو اجتمع المستحقون فسدوا باب السكة فجواب المعظم لا منع لانهم يتصرفون في ملكهم وقال أبو الحسن العبادي يحتمل أن يقال يمنعون لان أهل الشارع يفرعون إليها إذا عرضت رحمة ولا شك في أنه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقيين السد ولو سدوا متوافقين لم يستقل بعضهم بالفتح ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم جاز ولو أراد أهل رأس السكة قسم رأس السكة بينهم منعوا لحق من يليهم ولو أراد أهل الاسفل قسمة الاسفل فوجهان بناء على أن أهل الرأس هل يشاركونهم في الاسفل ثم ما ذكرنا من سد الباب وقسمة الصحن مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد فان كان فيها مسجد قديم أو حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق إليه فلا يمنعون منه استدركه القاضى ابن كج وعلى قياسه لا يجوز الاشراع عند الضرر وإن رضى أهل السكة لحق سائر الناس (وثانيها) فتح الباب وليس لمن لا باب له في السكة احداث باب إلا برضاء أهل السكة كلهم لتضررهم اما

[312]

بمرور الفاتح عليهم أو بمرورهم على الفاتح فلو قال افتح إليها بابا للاستضاءة دون الاستطراق أو قال اقتحه واسمره فوجهان (أصحهما) عند أبي القاسم الكرخي أنه يمكن لان منه لانه لو رفع جميع الجدار لتمكن منه فلان يمكن من رفع بعضه كان أولى (والثانى لا يمكن لان الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق فعساه يستدل به على الاستحقاق ولو كان له فيها باب وأراد أن يفتح غيره نظر ان كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة فلمن الباب المفتوح بين رأس السكة وداره المنع وفيمن داره بين الباب ورأس السكة وجهان بناء على كيفية الشركة لما مر في الجناح وان كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة فان سد الاول وجعل مكانه الباب المفتوح فلا منع لانه ينقص حقه وان لم يسد فعلى ما ذكرنا فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة لان الباب الثانى إذا انضم إلى الاول أورث زيادة رحمة الناس وروث الدواب في السكة فيتضررون به وفى النهاية طرد طريقة أخرى جازمة بانه لا يمنع للذين يقع الباب المفتوح بين دراهم ورأس السكة لان الفاتح لا يمر عليهم وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع كفتح باب وسد باب * ولو كانت له داران تنفذ احدهما إلى الشارع وباب الاخرى إلى سكة منسدة فاراد فتح باب من

[313]

أحديهما إلى الاخرى هل لاهل السكة منعه فيه وجهان (أظهرهما لا لان المرور مستحق له في السكة ورفع الحائل بين الدارين يصرف مصارف

الملك فلا يمنع (والثانى) نعم لانه يثبت للدار الملاصقة للشارع ممرا في السكة ويزيد فيما استحقه من الانتفاع ولو كان باب كل واحد من الدارين في سكة غير نافذة وأراد فتح الباب من إحدهما إلى الاخرى جرى الوجهان في ثبوت المنع لاهل السكتين هكذا نقل الامام * وأعلم أن موضع الوجهين ما إذا سد باب إحدى الدارين وفتح الباب بينهما لغرض الاستطراق أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه فلا منع وحيث منعنا من فتح الباب إلى السكة المنسدة فصالحه على مال جاز بخلاف الصلح على اشراع الجناح لانه بذل مال في مقابلة الهواء المجرد ثم قال في التتمة إن قدروا مدة فهو إجارة وإن أطلقوا أو شرطوا التأييد فهو بيع جزء شائع من السكة وتنزيله منزلة أحدهم وهو كما لو صالح غيره عن إجراء نهر في أرضه على مال يكون ذلك تمليكا للنهر ولو أراد فتح باب من داره في دار غيره فصالحه عنه مالك الدار على مال ويكون ذلك تمليكا للنهر ولو أراد فتح باب من داره في دار غيره فصالحه عنه مالك الدار على مال يصح ويكون ذلك كالصلح عن إجراء الماء على السطح ولا يملك شيئا من الدار والسطح لان السكة لا تراد الا للاستطراق فائبات الا استطراق فيها يكون نقلا للملك والدار والسطح ليس القصد منه الاستطراق وإجراء الماء والله أعلم * (وثالثها) فتح المنافذ والكوات للاستضاءة لامنعه منه بحال لمصادفة الملك بل له أن يرفع جداره ويجعل مكانه شبাকা * ولنعد إلى لفظ الكتاب (قوله) والسكة المنسدة الاسفل عند العراقيين كالشوارع إلى آخره يقتضي الحاق العراقيين لها بالشوارع في الانفكاك عن الملك وجواز اشراع الجناح وذهب المراوزة إلى أنها ملك السكان وليس الامر على الظاهر فان أئمتنا العراقيين لم يلحقوها بالشارع من كل وجه وكيف وطرفهم ناصة على اختصاصها بالسكان وأنها ملكهم وعلى أنه يجوز اشراع الجناح المضر إليها باذن السكان والحكم في الشارع بخلافهم فاذن هو محمول على تجويزهم اشراع الجناح الذي لا يضر إليها من غير اعتبار الرضا والمراوزة يمنعون منه ومع هذا التأويل فليس العراقيون مطبقين على تجويزه بل هل منقسمون إلى مجوز ومانع ألا ترى أن القاضى أبا الطيب منعه وهو عراقى (وقوله لا يجوز اشراع

[314]

الجناح وفتح باب جديد الا برضاهم أي برضا من اثبتنا له الشركة في السكة وقصد بهذا الكلام التفريغ على الرأى الذى نسيه إلى المراوزة على ما بينه في الوسيط لكن لا يخلو إما أن يكون المراد فتح باب من الدار التى لها باب في هذه السكة أو الفتح من الدار التى لها في السكة باب قديم إن كان الثانى فقد ذكره من بعد حيث قال أو فتح من تلك الدار بابا ثانيا في السكة وان كان الاول فالعراقيون لا يخالفون فيه حتى يجعل ذلك تفريعا على أحد الوجهين وكذا اشراع الجناح انما يجوز دونه لمن له حق الطروق في السكة لا لغيره (وقوله) ورضاهم اعارة يجوز الرجوع فيه أراد به ما ذكره الامام لانه لو فتح من لآباب له في السكة بابا برضا أهلها كان لآهلها الرجوع مهما شاءوا ولا يلزمون بالرجوع شيئا بخلاف مالو أعار الارض للبناء ثم رجع فانه لا يقلع البناء مجانا وهذا لم أجده لغيره والقياس أن لا فرق والله أعلم (وقوله) فوق الباب الاول أراد مما يلى رأس السكة على ما ذكره في الوسيط وموضع الخلاف فيه ما إذا لم ينسد الباب القديم ويمكن حمله على ما إذا كان فوقه مما يلى آخر السكة على ما مر * (فرع) قال القاضى الرويانى في التجربة إذا كان بين داريه طريق نافذ يحفر تحته سردابا من أحدهما إلى الاخرى وأحكم الارح لم يمنع قال وبمثله أجاب الاصحاب فيما

إذا لم يكن نافذاً لان لكل واحد دخول هذا الرقاق كطروق الدرب النافذ
وغلط من قال بخلافه واعتذر الامام عن جواز دخولها بأنه من قبيل
الاباحات المستفادة من قرائن الاحوال * قال (أما الجدار إن كان ملك
أحدهما فلا يتصرف الآخر فيه الا بأمره فان استعاره لوضع جذعه لا يلزمه
(م) الاجابة في القول الجديد فان رضى فمهما رجع كان له النقص بشرط
أن يغرم النقص وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالاجرة للمستقبل) * الجدار
بين الملكين قد يختص بأحد المالكين وقد يملكه المالكان على الاشتراك
(القسم الاول) الجدار المخصوص بأحد المالكين هل للآخر وضع الجذوع
عليه من إذن مالكة فيه

[315]

قولان (القديم) وبه قال مالك وأحمد نعم يجبر عليه لو امتنع لما روى عن
أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنعن
أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره قال فنكس القوم رؤسهم فقال أبو
هريرة رضى الله عنه مالى أراكم عنها معرضين والله لارمينها بين
أكتافكم (1) أي لاضعن هذه السنة بين أظهركم (والجديد) وبه قال أبو
حنيفة أنه ليس له ذلك ولا يجبر المالك لو امتنع لانه انتفاع بملك الغير
فاشبه البناء في أرضه والحمل على بهيمته والحديث يحمل على
الاستحباب لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل مال امرئ مسلم
الا بطيب نفس منه (2) (التفريع) الاجبار على القديم مشروط بشروط
(أحدها) أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع الجذوع عليه (الثاني) أن لا يزيد
الجارفى

(1) (حديث) أبى هريرة لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره قال فنكس القوم
فقال أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لا رمينها بين أكتافكم، أي لا رمين هذه
السنة بين أظهركم * متفق عليه ورواه الشافعي من ذلك الوجه ورواه أبو داود والترمذي
وابن ماجه قال الترمذي حسن صحيح وفى الباب عن ابن عباس ومجمع بن جارية (قلت)
وهما في ابن ماجه (تنبيه) قال عبد الغنى بن سعيد كل الناس يقوله خشبه بالجمع الا
الطحاي فانه يقول بلفظ الواحد (قلت) لم يفلد الطحاي الا ناقلا عن غيره قال سمعت
يونس بن عبد الاعلى يقول سألت ابن وهب عنه فقال سمعت من جماعة خشبة على لفظ
الواحد قال وسمعت روح ابن الفرج يقول سألت أبا يزيد والحارث بن مسكين ويونس بن
عبد الا على عنه فقالوا خشبة بالنصب والتنوين واحدة ورواية مجمع تشهد لمن رواه بلفظ
الجمع ولفظه " أن أخوين من بنى المغيرة لقيا مجمع بن جارية الانصاري ورجالا كثيرا
فقالوا نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع جار جاره أن يعرز خشبا في
جداره " وكذلك رواية ابن عباس وقد أخرجها البيهقي من طريق شريك عن سماك عن
عكرمة عنه بلفظ إذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على حائطه فلا يمنعه * (2) (حديث)
لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه * الحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس لا
يحل مال امرئ مسلم الا ما أعطاه بطيب نفس منه ذكره في حديث طويل ورواه الدار
قطني من طريق مقسم عن ابن عباس نحوه في حديث وفى اسناده العرزمى وهو ضعيف
ورواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي من حديث أبى حميد الساعدي بلفظ لا يحل = <

[316]

ارتفاع الجدار ولا يبنى عليه أزجا ولا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار أو يضربه (والثالث) أن لا يملك شيئا من جدران البقعة التي يريد تسقيفها أولا يملك الا جدارا واحدا فان ملك جدارين فليسقف عليهما وليس له اجبار صاحب الجدار وصاحب النهاية لم يعتبر هذا الشرط هكذا ولكن قال الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت وهو يحتاج إلى جانب رابع (فاما) إذا كان الكل للغير فانه لا يضع اجذوع عليها قولاً واحداً ثم نقل عن بعض الاصحاب انه لم يعتبر هذا الشرط هكذا واعتبر في التتمة مثل ما ذكره الامام وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك الا جانباً أو جانبين أيضاً والمشهور ما تقدم (وإن قلنا) بالجديد فلا بد من رضا المالك وإذا رضى فاما أن يرضى من غير عوض أو بعوض إن رضى بغير عوض فهو إغارة يمكن من الرجوع عنها قبل وضع الجذوع والبناء عليه وبعده وجهان (أصحهما) أن له الرجوع أيضاً كما في سائر العواري وإذا رجع فلا كلام

لامرء أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم " وهو من رواية سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبي حميد وقيل عن عبد الرحمن عن عمارة بن حارثة عن عمر بن يثربى رواه احمد والبيهقي وقوى ابن المدينى رواية سهيل وفي الباب عن ابن عمر بلفظ لا يحلبن احد ماشية احد بغير اذنه) الحديث متفق عليه وعن عبد الله بن مسعود رفعه (حرمة مال المؤمن كحرمة ربه) أخرجه البزار من رواية عمر بن عثمان عن أبي شهاب عن الاعمش عن أبي وائل عنه وقال نفرد به أبو شهاب وروى الدار قطني من حديث انس بلفظ المصنف وفيه الحارث بن محمد الفهرى رواية عن يحيى بن سعيد الانصاري مجهول وله طريق اخرى عنده عن حميد عن انس والراوي عنه داود بن الزبير فان متروك الحديث ورواه احمد والدار قطني ايضا من حميد حديث ابي حرة الرقاشى عن عمه وفيه على بن زيد بن جدعان وفيه ضعف ورواه ابو داود والترمذي والبيهقي من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن ابيه عن جده بلفظ لا يأخذ احدكم متاع أخيه لا عباو لا جادا) الحديث قال احمد هو يزيد بن اخت نمر لا اعرف له غيره نقله الاثرم وقال البيهقي اسناده حسن وحديث ابي حميد اصح ما في الباب

[317]

في انه لا يمكن من القلع مجاناً وفائدة رجوعه فيه وجهان المذكوران في الكتاب (أظهرهما) انه بخير بين أن يبقى بأجرة وبين أن يقلع ويضمن ارش النقصان كما لو أعاره أرضاً للبناء قال في التهذيب إلا أن في إغارة الأرض له خصلة أخرى وهي تملك البناء بالقيمة وليس لمالك الجدار ذلك لان الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء والجدار تابع فلا يستتبع والذي رواه الامام عن حكاية القاضي انه ليس له الا الاجرة ولا يمكن من القلع أصلاً لان ضرورة القلع تتداعى إلى ما هو خالص مال المستعير لان الجذوع إذا ارتفعت أطرافها من جدار لم تستمسك على الجدار الثاني (والوجه الثاني) وبه أجاب العراقيون انه ليس له الرجوع أصلاً ولا يستغيد به القلع ولا طلب الاجرة للمستفيل لان مثل هذه الاعارة إنما يراد بها التأيد فاشبه ما إذا أعار لدفن ميت لا يمكن من نبشه ولا من طلب الاجرة فعلى هذا لو رفع صاحب الجذوع الجذوع هل له إعادتها من غير اذن جديد فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو حامد واصحابه ولو سقطت بنفسها فكذلك والاصح المنع وكذا لو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لان الاذن لا يتناول الامرة واجدة وان بناه بغير تلك الآلة فلا خلاف في أنه لا يعيد إلا باذن جديد لانه جدار آخر وان رضى بعوض فذلك قد يكون على سبيل البيع وقد يكون على سبيل الاجارة وستكلم فيهما من بعد * ولو صالحه على مال لم يجز ان فرعنا على قول

الاجبار لان من ثبت له حق لا يؤخذ منه عوض عليه وان فرعنا على القول الآخر صح وليس ذلك كالصلح عن إشراع الجناح لانه صلح على الهواء المجرد * قال (وإن كان مشتركا فلكل واحد منع صاحبه من الانتفاع دون رضاه فلو تراضيا على القسمة طولا أو عرضا جاز ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض إذ يتعذر الانتفاع بوضع الجدوع وكذا في نصف الطور (و) وكل العرض وإذا جرت بالتراضى أقرع في الصورة الاخيرة والاولى التخصيص لكل وجه بصاحبه في الصورة الاولى حتى لا تقضى القرعة بخلافه ولا مانع (و) في الاساس من الاجبار على قسمته) *

[318]

(القسم الثاني) الجدار المشترك والكلام في ثلاثة أمور يشتمل الفصل على اثنين منها (الاول) الانتفاع به وليس لاحد الشريكين أن يند فيه وتدا أو يفتح فيه كوة أو يترب الكتاب يترا به دون اذن الشريك كسائر الاملاك المشتركة لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع بها ويستثنى من الانتفاعات ضربان (أحدهما) لو أراد أحدهما أعني الشريكين وضع الجدوع عليه ففي اجبار الآخر الخلاف المذكور في القسم الاول بطريق الاول (والثاني) مالا يقع فيه المضايقة من الانتفاعات لكل واحد منهما الاستقلال به كالاستناد واسناد المناع عليه يجوز مثله في الجدار الخالص للجار وهو كالاستنشاء بسراج الغير والاستقلال بجدار الغير ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد فهل يتمتع عن الاصحاب فيه ترددا لانه عناد ومن الضرب الثاني ما إذا بنى في ملكه جدارا متصلا للجدار المشترك بحيث لا يقع ثقله عليه (الثاني) قسمته اما في كل الطول ونصف العرض أو في نصف الطول وكل العرض ولا يفهم من الطول ارتفاعه عن الارض فذلك سمك وانما طول الجدار امتداده من زاوية البيت إلى الزاوية الاخرى مثلا والعرض البعد الثالث فإذا كان طوله عشرة أطرع والعرض ذراعا فقسمته في كل الطول ونصف العرض هكذا ليكون لكل واحد نصف ذراع في طول عشر وقسمته بالعكس أن يجعل هكذا ليصير لكل واحد خمسة اذرع في عرض ذراع وأي واحد من النوعين تراضيا عليه جاز لكن كيف يقسم نقل بعض شارحي المختصر فيه وجهين (أحدهما) انه يعلم بعلامة ويخط برسم (والثاني) انه يشق وينشر بالمناشير وينطبق على هذا الثاني ما ذكره العراقيون انهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الاول لم يجبهما إلى ذلك لان شق الجدار في الطول اتلاف له وتضييع ولكنهما يباشران القسمة بأنفسهما ان شاءا وهو كما لو هدماه واقتسما النقص وان طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر نظر ان طلب النوع الاول من القسمة فظاهر المذهب انه لا يجاب إليها وذكر الامام وطائفة أن له معنيين (أحدهما) انا لو اجبرنا لاقرعنا والقرعة ربما تغير الشق الذي يلي دار يد لعمره وبالعكس فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له (والثاني) انه لا يتأتى فيه فصل محقق لان غايته رسم خطين بين الشقين ومع ذلك

[319]

فإذا بنى أحدهما على ما صار له تعدى الثقل والتحامل إلى الشق الآخر وضعف الامام المعنى الثاني بما مر أن هذه القسمة جائزة بالتراضى وذلك

يدل على أن رسم الخط كاف في القسمة والمفاضلة وما ذكره توجيهها واعتراضا مبنى على الاكتفاء بالعلامة وترك الشق والقطع وهو الاول من الوجهين المنقولين في حالة التراضي وعن صاحب التقريب وجه أنه يجاب الطالب ويجبر الممتنع لكن لا يقرب بل يخصص كل واحد بما يليه (وأما النوع الثاني وهو قسمة نصف الطول في كل العرض فجائز بالتراضي أيضا وفي الاجبار عليه وجهان أما الذين اعتبروا الشق والقطع فانهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب اتلاف بعض الجدار ولا اجبار مع الاضرار (والثاني) أن الضرر والنقصان في هذا النوع هين فاشبهه قسمة الثوب الصفيق (وأما المكتفون برسم الخط والعلامة فبنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول جرى الاجبار لان كل واحد منهما ينأتى له الانتفاع بما يصير إليه (وإن قلنا) بالثاني فلا لتعذر المفاضلة المحققة والاشبه من الوجهين كيف فرض التوجيه مع الاجبار وهو الذي أورده في الكتاب هذا في قسمة الجدار نفسه (أما) إذا انهدم وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جدار لم يبين عليها بعد فطلب أحدهما قسمتها في كل الطول ونصف العرض (فإن قلنا) في الجدار أن الطالب لمثل هذه القسمة يجاب ويخصص كل واحد بالشق الذي يليه من غير قرعة فكذلك ههنا وبه قال أبو الطيب بن سلمة (وإن قلنا) لا يجاب ثم فههنا وجهان بنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول لم يجب (وإن قلنا) بالثاني أجب وإن طلب قسمتها في نصف الطول وكل العرض أجب لفقد المعاني المذكورة في الجدار وإذا بني الجدار وأراد أن يكون عريضا زاد فيه من عرض بيته والله أعلم بالصواب * وإذا عرفت ذلك فاعلم قوله في الكتاب ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض - بالواو - وكذا قوله وكذا في نصف الطول وكل العرض (وأما) قوله إذا جرت بالتراضي أقرع في الصورة الاخيرة والاولى تخصيص كل وجه بصاحبه في الصورة الاولى وفي الصورة الاخيرة القسمة في نصف الطول وكل العرض والاولى هي القسمة في كل الطول ونصف العرض ولا يفهم من قوله الاولى التخصيص بعينه على رأى ذهابا إلى أن

[320]

المراد من الاولى من خلاف في المسألة فإن أحدا لم يذكر فيها خلافا بل أطلقوا الجواز للقسمة عند التراضي والمعود في القسمة القرعة فإن ما أراد الارشاد إلى أن الشريكين ينبغي أن يصيرا إلى التخصيص من غير قرعة فيبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذي يلي صاحبه بما لصاحبه في الشق الذي يليه تحرزا عن تضييع المال (وأما) قوله ولا مانع في الاساس من الاجبار على قسمته فالمراد من الاساس عرصة الجدار وجوابه واضح في القسمة في نصف الطول وكل العرض وأما في الطول ونصف العرض فالذي أجاب به احد الوجهين وفيه وجه آخر كما قدمنا والاصح عند العراقيين وغيرهم ما أجاب به والله أعلم * قال (والقول الجديد أنه لا يجبر (م ح) على العمارة في الاملاك المشتركة لانه ربما يتضرر بتكليفه العمارة نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع لانه عناد محض ثم ان أعاد الجدار بالنقص المشترك عاد ملكا مشتركا كما كان ولو تعاونوا على العمل فكمثل ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له صح وكان سدس النقص عوضا عن عمله المصادق لملك الشريك وإذا انهدم العلو والسفل وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفلى على العمارة فله أن يعمر بنفسه فان عمر فليس (و) له منع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله ولا أن يغرمه (و) قيمة ما بناه من الجدار والسقف ومن له حق إجراء الماء في ملك الغير فلا يجبر على العمارة بحال) * (الامر الثالث) العمارة فإذا هدم أحد

الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه لاستهدامه أو من غير استهدامه ففى التهذيب وغيره أن النص اجبار الهادم على اعادته وان القياس أنه يغرم النقصان ولا يجبر على البناء لان الجدار ليس بمثلى ولو استهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا اما لاستهدامه أو لغير استهدامه ثم امتنع أحدهما عن العمارة فقولان (القديم) وبه قال مالك واحمد في المشهور عنهما أنه يجبر الممتنع على العمارة دفعا للضرر عن الشركاء وصيانة للاملاك المشتركة عن التعطيل (والجديد) أنه لا يجبر كما لا يجبر على زراعة الارض المشتركة وكما ان طالب العمارة قد يتضرر بامتناع الشريك فالشريك

[321]

يتضرر بتكليف العمارة ويجرى القولان في النهر المشترك والقناة والبيئر المشتركين إذا امتنع أحد الشركاء من التنقية والعمارة وهل يجبر وعند ابي حنيفة يجبر في النهر والقناة والبيئر ولا يجبر في الجدار ولو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت فليس لصاحب السفل اجبار صاحب العلو على اعائه وهل لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعاده السفل لينبى عليه فيه القولان ومنهم من قال القولان فيما إذا انهدم أو هدماه من غير شرط اما إذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط ان يعيده اجبر عليه قولا واحدا ويجرى الخلاف فيما إذا طلب احدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما هل يجبر الاخر على مساعدته * (التفريع) إن قلنا بالقديم وأصر الممتنع أنفق الحاكم عليه من ماله فان لم يكن له مال استقرض عليه أو اذن للشريك في الانفاق عليه من ماله ليرجع علي الممتنع إذا وجد له مال فان استقل به هل له الرجوع أشار المزني فيه إلى قولين وعن الاصحاب فيه طرق (أظهرها) وبه قال ابن خيران وابن الوكيل القطع بعدم الرجوع وحمل الرجوع على ما إذا أنفق بالاذن (والثاني) أن القول بعدم الرجوع تفريع على القديم الذي عليه نفع وبه قال ابن القبطان (والثالث) أنا إن قلنا بالقديم رجح لا محالة (وان قلنا) بالجديد فقولان ونقل الامام وجها فارقا بين أن يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم فلا يرجع اولا يمكنه فيرجع والى هذا منعه ثم إذا أعاد الطالب البناء نظر إن أعاده بالآلة القديمة فالجدار بينهما كما كان في السفل في الصورة الاخرى لصاحب السفل كما كان وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه وان بناه بألة من عنده فالبناء له ويتمكن من نقضه ولو قال الشريك لا تنقض وأنا أغرم لك نصف القيمة لم يجز له النقض لانا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة فلان نجبره على الاستدامة كان أولى (وان قلنا) بالجديد فلو أراد الشريك المطالب الانفراد بالعمارة نظر إن أراد عمارة الجدار بالنقض المشترك وأراد صاحب العلو إعادة السفل بنقض صاحب السفل أو بألة مشتركة فبالآخر منعه وان أراد بناءه بألة من عنده فله ذلك

[322]

ليصل إلى حقه كما لو سقطت جدوعه الموضوعه على الجدار المشترك ينفرد باعادتها ثم المعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء فلو قال شريكه لا تنقض الجدار لاغرم لك نصف القيمة أو قال صاحب السفل لا

تنقض لاغرم لك القيمة لم تلزمه اجابته على هذا القول كابتداء العمارة ولو قال صاحب السفلى انقض ما أعدته لابنيه بألة نفسي فان كان قد طالبه بالبناء فلم يجب لم يجب الآن إلى ما يقوله وان لم يطالبه وقد بني علوه عليه فكذلك لايجب ولكن له أن يملك السفلى بالقيمة ذكره في المذهب وان لم يبن عليه العلو بعد أجيب صاحب السفلى ومهما بني الثاني بألة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالعلو بفتح كوة وعرز وتد ونحوهما وليس له منع صاحب السفلى من السكنى فان العرصه ملكه وعن صاحب التقريب وجه في المنع من السكنى أيضا والمذهب الاول * ولو أنفق على البئر والنهر فليس له منع الشريك من سقى الزرع والانتفاع بالماء وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين ولو كان للمتنع على الجدار الذى انهدم جذوع وأراد عاداتها بعد ما بناه الطالب بألة نفسه فعلى الثاني تمكينه أو نقض ما أعاده يبنى معه الممتنع ويعيد جذوعه والله أعلم * بقى في الفصل صورتان (احداها) إذا بان أن الجدار المشترك لو انفرد احدهما بأعدته بالنقض المشترك يعود مشتركا كما كان فلو تعاونا على أعادته كئن أولى أن يعود مشتركا فلو شرطا مع التعاون زيادة لاحدهما لم يجر لانه شرط عوض من غير معرض فانهما متساويان في العمل وفى الجدار وعرضته وعن صاحب التقريب وجه أنه يجوز ذلك لتراضيهما حتى لو باع أحد شريكي الدار على السواء نصيبه من الدار بثالث الدار من نصيب صاحبه قال يصح وتصير الدار بينهما اثلاثا واستبعد الامام ما ذكره وقال لو باع أحدهما نصفه بنصف صاحبه لم يقدر ذلك بيعا ولم ترتب عليه أحكام البيع وهذه الصورة قد ذكرناها في البيع وبيننا أن الاظهر فيها الصحة وقياسه صحة بيع أحدهما نصفه بالثلث من نصف الآخر ولا يلزم منه صحة الشرط فيما نحن فيه لان الموجود هو البناء بشرط الزيادة لاحدهما ومجرد الشرط والرضى بالتفاوت لا يغير كيفية الشركة القديمة الا أن البناء بالاذن والشرط يقام مقام البيع والاجارة للمسائل المذكورة على الاثر ولو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك باذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان جاز والسدس الزائد يكون في مقابلة عمله في النصف الآخر هكذا

[323]

أطلقوه واستدرك الامام فقال هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقص في الحال لتكون الاجرة عتيدة فاما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء لم يصح فان الاعيان لا تؤجل ولك أن تزيد فتقول التصوير وان وقع فيما ذكره وجب أن يكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جزءا من الرقيق المرتضع في الحال والقاطف الثمار جزءا من الثمار المقطوفة في الحال ونظائرهما لان عمله يقع على ما هو مشترك بينه وبين غيره وسياتى الكلام فيها في الاجارة ولو بناه أحدهما بألة نفسه باذن الآخر بشرط أن يكون ثلثا الجدار له فقد قابل ثلثا الآلة المملوكة له وعمله فيه بسدس العرصه المبنى عليها وفى صحة هذه المعاملة قولان لجمعهما بين مختلفى الحكم وهما البيع والاجارة ولا يخفى ان شرط الصحة العلم بالآلات وبصفات الجدار فانه يعود فيها النظر إلى شرط ثلث النقص في الحال أو بعد البناء (الثانية) إذا كان له حق اجراء الماء في ملك الغير فانهار ذلك الملك لم يجب على مستحق الاجراء مشاركته في العمارة لان العمارة تتعلق بتلك الاعيان وهى لمالكها لا يشترك المستحق الاجراء فيها وان كان الانهدام بسبب الماء ففيه احتمال عند الامام قال والظاهر أنه لاعماره عليه أيضا لانه ليس بمالك والانهدام تولد من مستحق ولنتكلم الآن فيما يحتاج إليه من الفاظ الكتاب (قوله لا يجبر على العمارة في الاملاك

المشتركة يجوز اعلامه بالميم والالف بل بالحاء أيضا لما قدمناه من مذاهبهم (وقوله) نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع يشعر بتمكينه من العمارة سواء عمر بالنقص المشترك أو بخاص ملكه وقد صرح بذلك في الوسيط وكذا الامام لكن الظاهر من النقل ما قدمناه وهو أنه ان أعاد بأله نفسه فلا منع وان أراد العمارة بالنقص المشترك فلصاحبه المنع إذا فرعنا على الجديد وهو المتواتر من جهة المعنى فانه المالك وقد يريد صرفه إلى غير تلك العمارة (وقوله) وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له ظاهره التصوير فيما إذا شرط السدس الزائد بعد البناء لانه حينئذ يسمى جدارا لكن عرفت في المباحثة التي مرت أن ذلك غير جائز فليؤول اللفظ (وقوله) وإذا تهدم السفل والعلو وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل اشارة إلى أن القولين في الاجبار على

[324]

العمارة في الاملاك المشتركة يجريان في أن صاحب السفل هل يجبر على إعادة السفل الخالص له (وقوله) فله أن يعمر بنفسه فيه مثل هذا الكلام الذي ذكرناه في قوله نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا منع (وقوله) فليس له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله إن حمل على ما إذا أعاد بالنقص المشترك فذاك وان أجرى إطلاقه فليحمل الانتفاع على السكنى في عرصته فان الانتفاع بالجدار غير سائغ على ما تقدم ثم ليعلم بالواو للوجه المحكى عن صاحب التقريب (وقوله) ولان أن يعمره مفرع عن نظم الكتاب على القول الجديد في مسألة السفل والعلو والحكم بعدم الرجوع على ظاهر المذهب لا يختلف بالقولين * قال (أما السقف الحائل بين العلو والسفل يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه وان كان مشتركا للضرورة وكذا ان كان مستخلصا لصاحب السفل وانما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفه من غيره فيصح (ز) هذه المعاملة وهي بيع فيها مشابهة الاجارة ولايجوز بيع حق الهواء لاشراع جناح من غير أصل يعتمده البناء ويجوز بيع حق مسيل الماء ومجراه وحق الممر وكل الحقوق المقصودة على التأييد ويجب أن يذكر قدر البناء وكيفية الجدار لاختلاف العرض في تناقله ولو باع حق البناء على الارض لم يجب (و) ذكر ذلك ومهما هدم صاحب السفل السفل لم يفسخ البيع لانه مخالف للاجارة ولكن يغرم له قيمة البناء للحيلولة فإذا أعاد السفل استرد القيمة) * كما أن الجدار الحائل بين مالكين تارة يكون مشتركا بين المالكين وتارة يكون خالصا لاحدهما فكذلك السقف الحائل بين العلو والسفل المملوك كل واحد منهما لواحد قد يكون مشتركا بينهما وقد يكون خالصا لاحدهما وحكم القسمين في الانتفاع يخالف حكمهما في الجدار فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الاثقال عليه على الاعتياد ولصاحب السفل الاستغلال والاستئجار به لانا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع وهل لصاحب السفل تعليق الامتعة فيه (أما) ما ليس ثقيلا يتأثر السقف به كالثوب وبحوه فلا منع به بل هو كالاستناد إلى الجدار (وأما) غيره ففيه وجهان

[325]

(أحدهما) أنه غير جائز إذ لا ضرورة فيه بخلاف الاستقلال (وأظهرهما) انه يجوز على الاعتياد تسوية بين صاحب العلو وصاحب السفلى في تجويز تثقيب السقف وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أن التعليق الجائز هو الذي لا يحتاج إلى إثبات وتدفعى السقف (وأظهرهما) أنه لا فرق وقال الشيخ أبو محمد (فان قلنا) إنه ليس له اثبات الوتد والتعليق منه فليس لصاحب العلو عرز الوتد في الوجه الذي يليه إذ لا ضرورة إليه وإن جوزناه لصاحب السفلى ففي جوازه لصاحب العلو وجهان لندرة حاجته إليه بخلاف التعليق * إذا تقرر ذلك فتصوير القسم الاول هو أن يكون السقف مشتركا بينهما وأما إذا كان خالصا لأحدهما فصورة خلوصه لصاحب العلو أن يكون لرجل جداران متقابلان فيأذن لغيره في وضع الجدوع عليهما والبناء على تلك الجدوع بعوض أو غير عوض فإذا فعل ذلك كان السقف لصاحب العلو وصورة خلوصه لصاحب السفلى أن يأذن لغيره في البناء على سقف ملكه بعوض أو بغير عوض فيبني عليه والى هذا أشار بقوله وإنما يتصور ذلك أن يبيع صاحب السفلى حق البناء على سقفه من غيره ولما جرى ذكر هذا التصرف وهو من المسائل المقصودة في الباب اندفع في بيانه وبيان ما يناسبه ونحن نشرحه في مسألتين ولا نبالي بما يحتاج إليه من تقدير مؤخر في سياق الكتاب وتأخير مقدم (المسألة الاولى) اذن المالك لغيره في البناء على ملكه قد يكون بغير عوض وهو الاعارة وقد يكون بعوض فمن صورته أن يكرى أرضه أو رأس جداره أو سقفه مدة معلومة بأجرة معلومة فتجوز وسبيله سبيل سائر الاجارات (ومنها) أن يأذن فيه بصيغة البيع وبين الثمن فهو صحيح خلافا للمزني ولا يبي حنيعة أيضا فيما حكاه القاضى الرويانى ثم يتصور ذلك بلفظتين (أحدهما) أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم (والثانية) ان يبيع حق البناء على ملكه والاولى هي لفظة الشافعي وعامة الاصحاب رحمهم الله والثانية لفظة الامام وصاحب الكتاب ويتلخص الغرض بمباحثتين (أحدهما) أن المراد من اللفظتين شئ واحد وان كان ظاهر اللفظ يشعر بالمغايرة لان بيع العلو للبناء أما ان يراد به جملة السقف فليخرج على

[326]

التفصيل الذى مر في البيع وأيضا فانهم صوروا فيما إذا اشترى لبنى عليه ومن اشترى شيئا انتفع به بحسب الامكان ولم يحتج إلى التعرض للانتفاع به (والثانية) ما حقيقة هذا العقد أبيع هو أم اجارة ان كان يباعا فليعد ملك عين كسائر البيوع فان كان اجارة فليشترط التأقيت كسائر الاجارات (والجواب) أن الاصحاب اختلفوا فيه فقال قائل هو بيع ويملك المشتري به مواضع رؤس الاجذاع وهذا يدفع الالتزام لكنه مشكل لما ذكرنا في المباحثة الاولى (والصحيح) أنه لا تملك به عين وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أنه اجارة وإنما لم يشترط تقدير المدة لان العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة وإذا اقتضت الحاجة التأييد أبد على خلاف سائر الاجارات والتحق بالنكاح ونسب صاحب البيان هذا الوجه إلى ابن الصباغ (وأظهرهما) أنه ليس باجارة محضة ولكن فيه شائبة الاجارة وهى أن المستحق به منفعة وشائبة البيع وهى أن الاستحقاق فيه على التأييد فكأن الشرع نظر إلى أن الحاجة تمس إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في مرافق الاملاك وحقوقها مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في الاعيان فجوز هذا العقد واثبت فيه شيئا من البيع وشيئا من الاجارة وهذا معنى قوله في الكتاب وهى بيع فيه مشابهة الاجارة وإذا قلنا انه لا تملك به عين فلو عقد بلفظ الاجارة ولم يتعرض للمدة فوجهان (أشبههما) أنه ينعقد أيضا لانه يخالف في قضية

كما يخالف الاجارة في أخرى فإذا عقد بلفظ الاجارة في أخرى فإذا انعقد بلفظ البيع لتوافقهما في قضية انعقد بلفظ الاجارة لتوافقهما في أخرى فإذا جرت هذه المعاملة وبنى المشتري عليه لم يكن للبائع أن يكلفه النقص ليغرم له أرش النقصان * ولو انهدم الجدار والسقف بعد بناء المشتري عليه وأعاد مالكة فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها ولو انهدم قبل البناء فللمشتري البناء عليه إذا أعاده وهل يجبره على إعادته فيه الخلاف السابق ولو هدم صاحب السفلى أو غير السفلى قبل بناء المشتري فعلى الهادم قيمة حق البناء لانه حال بينه وبين حقه بالهدم فإذا أعاد مالك السفلى استرد الهادم القيمة لان الحيلولة قد ارتفعت فلا يغرم أجره البناء لمدة الحيلولة ولو كان الهدم بعد

[327]

البناء قالقياس أن يقال (إن قلنا) إن من هدم جدار الغير يلزمه إعادته فعليه إعادة السفلى والعلو (وان قلنا) يلزمه أرش النقص فعليه أرش نقص الآلات وقيمة حق البناء للحيلولة بالجملة فلا تنفسخ هذه المعاملة بما يعرض من الهدم والانهدام من جهة التحاقها بالبيع ثم سواء جرى الاذن في البناء بعوض أو لا بعوض فيجب بيان قدر الموضع المبنى على طولاً وعرضاً ويجب مع ذلك إن كان البناء لى الجدار أو والسطح بيان سمك البناء وطوله وعرضه وكون الجدران منسدة أو خالية الا جواف وكيفية السقف المحمول عليها لان الغرض يختلف ولا يحتمل الجدار أو السقف كل شئ وحكى القاضى الرويانى وجها أنه إذا أطلق ذكر البناء كفى وحمل على ما يحمله المبنى على ولا يشترط التعرض لوزن ما بينه على لان الاعلام في كل شئ على ما يليق به ويعتاد فيه وعن الشيخ أبى محمد أن بعضهم يشترطه ولو كانت الآلات حاضرة أغنت مشاهدتها عن كل وصف وتعريف وان أذن في البناء على أرضه لم يجب ذكر سمك البناء وكيفته لان الارض تحمل كل شئ وفيه وجه آخر يذكر مع الاول في باب الاجارة أنه يجب لان بتقدير القلع والتفريغ عند انقضاء مدة الاجارة أو الرجوع عن الاعارة تطول مدة التفريغ وتقصر بحسب كبر النقص وقلته ويختلف الغرض بذلك * (فرع) ادعى بينا في يد غيره فاقر له به وتصالحا على أن يبنى المقر على سطحه جاز ذلك وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء ولو كان تنازعهما في سفله والعلو مسلم للمدعى عليه فاقر للمدعى بما ادعى وتصالحا على أن يبنى المدعى على السطح ويكون السفلى للمدعى عليه جاز وذلك بيع السفلى بحق البناء على العلو (المسألة الثانية) من احتاج إلى اجراء ماء في أرض الغير لم يكن له اجبار صاحب السطح والارض عليه وروى البندنيجى وغيره عن القديم قولاً أنه يجبر والمذهب الاول فان أذن فيه باعارة أو بيع أو اجارة جاز ثم في السطح لابد من بيان الموضع الذي يجرى

[328]

عليه الماء والسطوح التى ينحدر منها لماء إليه ولا باس بالجهل بالقدر من ماء المطر لان ذلك مما لا يمكن معرفته وهذا عقد جوز للحاجة وإذا أذن وبين ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء فان كان عارية فهو رجوع وان كان بيعاً أو اجارة فللمشتري أو المستأجر ثقب البناء واجراء الماء فيه وأما في

الارض فقد قال في التهذيب لا حاجة في العارية إلى بيان لانه إذا شاء رجع والارض تحمل ما يحمل وان أجر وجب بيان موضع الساقية وطولها وغرضها وعمقها وتقدير المدة قال في الشامل ولا بد وأن تكون الساقية محفورة فان المستأجر لا يملك الحفر وان باع وجب بيان الطول والعرض وفي العمق وجهان بناء على أن المشتري يملك موضع الجريان أو لا يملك الاحق الاجراء وايراد الناقلين يميل إلى ترجيح الاول وهذا إذا كان لفظ البيع بعث منك مسيل الماء فان قال حق مسيل الماء فكذلك صور الفعال فهو كبيع حق البناء ويحى في حقيقة العقد ما مر في بيع حق البناء وفي المواضع كلها ليس له دخول الارض بغير اذن مالكها الا أن يريد تنقية النهر وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر والمأذون في اجراء ماء المطر ليس له القاء الثلج ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه ولا أن يجري فيه ماء يغسل به ثيابه وأواني بل لا يجوز أن يبالغ على ترك الثلوج على السطح أو اجراء الغسالات على مال لان الحاجة لا تدعوا إلى مثله وفي الارض ضرر ظاهر (والثاني) مجهول والمأذون في القاء الثلج ليس له اجراء الماء وتجاوز المصالحة على قضاء الحاجة في حق الغير على مال وكذا على جمع الرمل والقمامة في ملكه وهي اجارة يراعى فيها شرائطها وكذا المصالحة عن البيوتة على سطح الجار ثم لو باع مستحق البيوتة منزله فليس للمشتري أن يبيت عليه بخلاف ما إذا باع مستحق اجراء الماء على سطح الغير مدة بقاء داره فانه يستحق المشتري الاجراء بقية المدة لان اجراء الماء من مرافق الدار دون البيوتة (وقوله) في الكتاب ولا يجوز بيع حق الهواء لاشراع الجناح هذه المسألة احتج بها المزني للمنع من بيع حق البناء وفرق الاصحاب بان ذاك اعتياض عن مجرد الهواء وحق البناء تعلق بعين الموضع المبنى عليه حتى لو صالحه عن موضع الجدوع المشرعة على جداره صح ولهذا يجوز اكراء المالك للبناء بالاتفاق ولا يجوز اكراء الهواء وكل حق

[329]

يتعلق بغير مجرى الماء والممر فهو كحق البناء بلا فرق (وقوله) حق مسيل الماء ومجره اللفظتان متقاربان ويمكن حمل المسيل على الموضع الذي ينحدر إليه الماء ويقف إلى النضوب والمجرى على الموضع الذي يجري فيه الماء (وقوله) وكل الحقوق المقصودة على التأيد فيه اشعار بان الحقوق المتعلقة بالاعيان لما كانت مقصودة على التأيد الحقت بالاعيان حتى استغنى العقد الوارد عليها عن التافيت. (فرع) خرجت أغصان شجرته إلى هواء ملك الجار * للجار أن يطالبه بازالتها فان لم يفعل فله تحويلها عن ملكه فان لم يمكن فله قطعها ولا يحتاج فيه إلى اذن القاضى وفيه وجه ضعيف ولو صالحه على ابقائها بعوض لم يجز أن يستند الغصن إلى شئ لانه اعتياض عن مجرد الهواء وان استند إلى جدار فان كان بعد الجفاف جاز وان كان رطباً فلا لانه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره وعن طائفة من بصري أصحابنا أنه يجوز وما ينمو يكون تابعا وانتشار العروق كانتشار الاغصان وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار قاله الاصطخري * قال (الفصل الثالث في التنازع وفيه ثلاث مسائل (الاولى) لو ادعى على رجلين دارا وهى في يدهما فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالح المصدق على مال فأراد المكذب أخذه بالشفعة ان ادعى عليهما عن جهتين جاز وان ادعى عن جهة واحدة من أرث أو شراء فلا لانه كذبه في استحقاقه فالصالح باطل بقوله وفيه وجه أنه ياخذ) * كلام الفصل في ثلاث مسائل (الاولى) إذا ادعى رجل على رجلين دارا في أيديهما فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبت له

النصف باقرار المصدق والقول قول المكذب في انكاره فلو صالح المدعى
المقر على مال فاراد المكذب أخذه بالشفعة هل له ذلك اختلف طرق
الناقلين في الجواب

[330]

قال الشيخ أبو حامد وقوم ان ملكها في الظاهر بسببين مختلفين فله ذلك
لانه لا تعلق لاحد الملكين بالآخر وان ملكها بسبب واحد من إرث أو شراء
فوجهان (أحدهما) المنع لان الدار يزعم المكذب أنها ليست للمدعى فان
في ضمن إنكاره تكذيب المدعى في نصيب المقر أيضا وحينئذ يكون الصلح
باطلا (وأظهرهما) ان له الاخذ لحكما في الظاهر بصحة الصلح وانتقال
الملك إلى المقر ولا يبعد انتقال نصيب أحدهما إلى المدعى دون الآخر ان
ملكاه بسبب واحد وهذا الطريق هو الذي أورده الامام والمصنف في
الوسيط لكنهما جعلنا أظهر الوجهين المنع وفي اصل الطريقة أشكال لانا
لانحكم بالملك الا بظاهر اليد ولا دلالة لليد على اختلاف السبب وايجاده
فيما يعرف الحاكم الاختلاف والاتحاد والى قول من يرجع ومن الذي يقيم
البينة عليه وقال صاحب الكتاب ههنا ان ادعى عليهما من جهتين فللمكذب
الاخذ بالشفعة وان ادعى عن جهة واحدة ففيه الوجهان وفيه وقفات أيضا
وقصور عن الوفاء بالجواب لان المدعى ليس من شرطه التعرض لسبب
الملك وبتقدير تعرضه فلا يلزم من تكذيبه المدعى في قوله ورثت هذه
الدار زعم أنه لم يرث نصفها وقال ابن الصباغ ان اقتصر المكذب على انه لا
شئ لك في يدى أو لا يلزمنى تسليم شئ اليك أخذ بالشفعة وان قال مع
ذلك وهذه الدار ورثناها ففيه الوجهان وهذا أقرب الطرق على أن قوله
ورثناها لا يقتضى بقاء نصيب الشريك في ملكه بل يجوز انتقاله إلى
المدعى فليقطع بجواز الاخذ بالشفعة الا أن يتعرض لكون الشريك مالكا
في الحال * هذا إذا ادعى رجل على رجلين ولو ادعى رجلان دارا في يد
رجل فأقر لاحدهما بنصفها نظر ان ادعىا أنهما ورثاها شارك المكذب
المصدق فيما سلمه المدعى عليه لان الارث يقتضى شيوع الشركة بين
الورثة فما يخلص يكون بينهما وصار كما لو تلف بعض الشركة وحصل البعض
هذا إذا لم يتعرضا لقبض الدار أما إذا قالا قبضناها وورثناها ثم عصبتها منا
فوجهان (منهم) من قال بشاركه أيضا لان ايجاب الارث الشيوع لا يختلف
ويحكى هذا عن أبي حنيفة ومالك رضى الله عنهما لان الشركة إذا حصلت
في يد الورثة صار كل واحد منهم قابضا لحقه وانقطع حقه عنه عما في

[331]

يد الآخرين ألا ترى انه يجوز أن يطراً الغصب على نصيب أحدهما خاصة بان
تزال يده فان المغصوب لا يكون مشتركا بينهما وان ادعى الاستحقاق بجهة
غير الارث من شراء وغيره ان لم يقولا اشترينا معا أو اتهبنا معا لم يشارك
المكذب المصدق بل هو كما لو عين هذا جهة وهذا غيرها وان قالا اشترينا
معا أو اتهبنا معا وقبضنا فوجهان (أظهرهما) وبه قال الشيخ أبو حامد
وأصحابه وتابعهم القاضى الحسين إن الحكم كما ذكرنا في الارث (والثانى)
ويحكى عن أبي على بن أبي هريرة والطبري وبه قال القاضى ابن كج
والشيخ أبو محمد انه لا يشاركه لان تعدد المشترى يقتضى تعدد العقد فهو

كما لو ملكا بعقدين ولو لم يتعرضا لسبب الاستحقاق أصلا فلا شركة بحال نص عليه في المختصر وحيث قلنا بالشركة في هذه الصورة فلو صالح المصدق المدعى عليه عن المقربة على مال نظر ان صالح باذن الشريك صح والا بطل في نصيب الشريك وفي نصيبه قولا تفريق الصفقة وعن بعض الاصحاب تصحيح الصلح في جميع المقربة لنوافق المتعاقدين وتقارهما وهو ضعيف ولو ادعى دارا في يده فأقر لاحدهما بجميعها فالجواب انه ان وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن اقرارا لصاحبه بان قال هذه الدار بيننا وما أشبه ذلك شاركه صاحبه فيها وان لم يوجد بل اقتصر على دعوى النصف نظر ان قال بعد اقرار المدعى عليه بالكل الكل لى سلم الكل له ولا يلزم من ادعائه النصف إلا يكون الباقي المحواران (كذا بالاصل فحرر لا تساعده البينة في الحال الا على النصف أو يخاف الجحود الكلى لو ادعى الكل وان قال النصف الآخر لصاحبي سلم إليه وان لم يثبت لنفسه ولا لصاحبه فيترك في يد المدعى عليه أو يحفظه القاضى أو يسلم إلى صاحبه الذى يدعيه فيه أوجه (أصحها) أولها وهى بتوجيهها تذكر في موضعها * قال (الثانية تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فهو في أيديهما فلو كان وجه الجدار أو الطافات أو معاقد القمط إلى أحدهما لم يجعل (م) صاحب يد لان كونه حائلا بينهما علامة ظاهرة للاشتراك فلا يغير بمثله وكذلك (ح) لو كان لاحدهما عليه جذوع بخلاف مالو شهدت بينة لاحدهما بالملك في الجدار يصير (و) صاحب يد في الاس إذ ليس فيه علامة الاشتراك وكذا راكب الدابة مع

[332]

المتعلق بلجامها مختص باليد إذ ليس ثمت علامة قوية في الاشتراك فالركوب ظاهر في التخصيص أما وضع الجذوع فزيادة ارتفاع فهو كزيادة الاقمشة في الدار وكذلك إذا تنازع صاحب العلو والسفل في السقف فهو في يدهما (ح م) الا إذا كان بحيث لا يمكن احداثه بعد بناء العلو فيكون متصلا بجدار صاحب السفل اتصال ترصيف وهو علامة اليد وكذا الجدار المتنازع فيه إذا اتصل بأحدهما اتصال ترصيف كان هو صاحب اليد * في المسألة صورتان (إحدهما) إذا تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فله حالتان (الاولى) أن يكون متصلا ببناء أحدهما دون الآخر اتصالا لا يمكن احداثه بعد بنائه فيرجح جانبه لان اتصاله به امارة ظاهرة على يده وتصرفه وصورته أن يدخل نصف لبنات من الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ونصف من جداره الخاص في المتنازع فيه ويتبين ذلك في الروايات وكذلك إذا كان لاحدهما أزج لا يتصور احداثه بعد تمام الجدار بان أميل من مبدأ ارتفاعه عن الارض قليلا قليلا وإذا ترجح جانبه حلف وحكم بالجدار له الا أن تقوم بينة على خلافه ولا يحصل الرجحان بان يوجد الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار لامكان احداثه بعد بناء الجدار بنزع طوية وادراج أخرى ولو كان الجدار المتنازع مبنيا على خشبة طرفها في ملك أحدهما وليس منها في ملك الثاني شئ فالخشب لمن طرفها في ملكه والجدار المبنى عليها تحت يده ظاهرا قال الامام وليس المسألة خالية عن الاحتمال (والثانية) أن لا يكون متصلا ببناء أحدهما خاصة بل يكون متصلا بينائهما جميعا أو منفصلا عنهما فهو في أيديهما فان أقام أحدهما بينة قضى له والا حلف كل واحد منهما للاخر فان حلفا أو نكلا جعل الجدار بينهما بظاهر اليد وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى للحالف بالكل وعلى (كذا بالاصل فحرر) ؟ م يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يسلم له أو على الجميع لانه ادعى الجميع فيه وجهان (أظهرهما) الاول وتكلم

الشافعي رضي الله عنه في هذا الموضوع في أمرين عدهما بعضهم من أسباب ترجيح أحدهما قال: ولا نظر إلى من إليه الخوارج والدواخل ولا أنصاف اللين ولا معاهد القمط *

[333]

قال المفسرون لكلامه المراد بالخوارج الصور والكتابات المتخذة في ظاهر الجدار بلبينات تخرج بخص أو أجر وبالداخل الطاقات والمحاريب في باطن الجدار وبانصاف اللين أن يكون الجدار من لبينات مقطعة فتجعل الاطراف الصحاح إلى جانب وموضع الكسر إلى جانب ومعاهد القمط يكون في الجدران المتخذة من القصب أو الحصر وأغلب ما يكون ذلك في الستور بين السطوح فتشدد بحبال أو خيوط وربما تجعل عليها خشبة معترضة ويكون العقد من جانب والوجه المستوى من جانب وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله * وقال مالك رحمه الله بثبت الترجيح بالخوارج والدواخل وبأن تلى الاطراف الصحيحة من اللينات ملكه (وأما) في معاهد القمط فنقل الشيخ الصيدلاني والمسعودي عن مذهبه أنه يرجح جانب من يلى ملكه الوجه المستوى منها لأنه أحسن وهذا قياس ما ذكرنا من أنصاف اللينات ونقل غيرهما أنه يرجح جانب من يلى معاهد القمط ملكه وربما وجهوه بأنه إذا كان المعاهد إليه فالظاهر أنه وقف في ملكه وعقده * لنا أن كونه حائلا بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا تعير بهيئة الاسباب الضعيفة التي معظم القصد منها الزينة كالتحصيص والتزويق (والثاني) لو كان لاحد هما عليه جذوع لم يرجح جانبه به وبه قال أحمد خلافا لابي حنيفة ومالك * واحتج لهما بأن الجارين لو تنازعا في الجدار وشهدت بيته لاحدهما وقضى بها يصير المشهود له صاحب يد في الاس فإذا اقتضى الجدار على الاساس الترجيح ففي الاساس وجب أن يقتضى الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار وأيضا فان صاحب الجذوع مسئول عن الجدار يدا وتصرفا فرجح جانبه وان كان للاخر تعلق به كما لو تنازعا دابة وأحدهما ركبها والاخر اخذ بلجامها أو ثوبا وأحدهما لابسه والاخر أخذ بطرفه * لنا أن وضع الجذوع لا يدل على اليد والملك لوجهين (أحدهما) أن من العلماء من جوز وضع الجذوع على جدار الغير بغير إذن المال فلعل مفتيا أفتى به له (والثاني) أنه لو دل عليهما لا ستوى فيه القليل والكثير ألا ترى أن كون جميع الثوب في يد الانسان وكون طرف منه في يد واحد وبالعكس مالا يدل عليهما يستوى فيه القليل والكثير كالتحصيص والتزويق وقد

[334]

سلم أبو حنيفة رضي الله عنه أن الجذع الواحد لا يقتضى الترجيح وفي الجذعين الخلاف عنه * إذا تقرر ذلك كان وضع الجذوع زيادة انتفاع من أحدهما كما إذا تنازعا دارا في يدهما وأقمشة أحدهما فيه أكثر لا يرجح جانبه (وأما) مسألة الاس فان الامام وصاحب الكتاب صوراهما كما ذكرنا ولم ينقلا فيها خلافا والعراقيون احتجوا لابي حنيفة بانهما إذا تنازعا في العرصة يعنى بالعرصة ههنا الاس وهما متفقان على أن الجدار لاحدهما حيث يجعل صاحب الجدار صاحب اليد في العرصة فاعلم أن غرض الاحتجاج حاصل بهذا القدر وتصور اقامة البينة مستغنى عنه ثم أنهم في الجواب

نقلوا في المسألة وجهين للاصحاب فان منعنا فذاك وان سلمنا وهو الاظهر فالفرق من وجهين (أحدهما) أن الجدار على العرصة دليل اليد والملك فيها لانه لم يجوز أحد البناء في عرصة الغير ووضع الجذوع بخلافه على ما مر (والثاني) أن علامة الاشتراك ظاهرة في الجدار فانه كالجزء من كل واحد من الدارين فليس في العرصة علامة لاشتراك فاذن مسألة الاس كما لو تنازعا دارا لا يسكنانها ولا حدهما فيها أمتعة ومسألة وضع الجذوع كما لو تنازعا دارا يسكنانها ولا حدهما فيها أمتعة زائدة (وأما) مسألة الدابة فهي ممنوعة بل هما سواء على قول أبي اسحق وعلي التسليم وهو المذهب فالفرق أن الركوب يقتضى اليد والملك وهو أقوى فافتضى الترجيح ووضع الجذوع قد بينا أنه لا يقتضى اليد والازج المبنى على رأس الجدار بعد تمامه على الامتداد كالسقف لامكان احداثه بعد بناء الجدار فإذا جعلنا الجدار في أيديهما وحلغا لم ترفع الجذوع بل تترك بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق (الصورة الثانية) السقف المتوسط بين علو أحدهما وسفل الآخر كالجدار المتوسط بين الملكين فإذا تداعيا نظر ان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فيجعل في يد صاحب السفل لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف فان أمكن احداثه بعد بناء العلو بان يكون السقف عاليا فيثقب وسط الجدار وتوضع رؤس الجذوع في الثقب فيصير البيت بيتين فهو في أيديهما لاشتراكهما في الانتفاع به فانه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل وبهذا قال أحمد* وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل

[335]

وبه قال مالك في رواية والاشهر عنه أنه لصاحب العلو (وأما) لفظ الكتاب فقوله في أول المسألة فهو في أيديهما يعنى إذا لم يتصل بملك أحدهما اتصال ترصيف وقد استدرك ذلك وبينه في آخر صورة التنازع في السقف (وقوله) لم يجعل صاحب اليد معلم بالميم ويمكن أن يقرأ قوله أو معاهد القمط بالرفع عطفا على الوجه وبالجر عطفا على الجدار ولا يختلف الحكم عندنا لكن إذا حاولنا الاشارة إلى مذهب مالك وأخذنا برواية المسعودي والصيدلانى فالوجه أن يقرأ بالجر (وقوله) وكذلك لو كان لاحدهما عليه جذوع بالحاء (وقوله) يصير صاحب يد في الاس يجوز اعلامه بالواو لان الخلاف الذي أورده العراقيون في الصورة التي ذكرناها جار ههنا بلا فرق وكذلك قوله مختص باليد للوجه المنقول عن أبي اسحق (وقوله) في مسألة السقف فهو في أيديهما معلم بالحاء والميم لما مر من مذهبهما* قال (الثالثة) علو الخان لواحد وسفله لآخر وتنازعا في العرصة ان كان المرقى في أسفل الخان فالعرصة في يدهما وان كان في دهليز الخان فوجهان)* علو الخان لواحد وسفله لآخر وتنازعا في العرصة أو الدهليز لم يخل أما أن يكونا المرقى في صدر الخان أو الدار أو الدهليز أو الوسط أو خارجه والخان والدار بجانب العرصة جعلت العرصة والدهليز بينهما لان لكل واحد منهما فيها يدا وتصرفا من الطروق ووضع الامتعة وغيرهما قال الامام وكان لا يبعد أن يقال ليس لصاحب العلو الا حق الممر وتجعل الرقية لصاحب السفل ولكن لم يصر إليه أحد من الاصحاب وان كان المرقى في الدهليز أو في الوسط فمن أول الباب إلى المرقى بينهما وفيما وراء ذلك وجهان (أصحهما) أنه يجعل لصاحب السفل لانقطاع الآخر عنه واختصاصه بصاحب السفل يدا وتصرفا (والثاني) إنه يجعل بينهما لانه قد ينتفع به صاحب العلو بالقاء الامتعة فيه وطرح القمامات وان كان المرقى خارجا عن خطة الخان والدار فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال

ولو كانت المسألة بحالها فتنازعا في المرقى وهو غير خارج فينظر إن كان في بيت لصاحب السفلى فهو في يده وإن كان في

[336]

غرفة لصاحب فهو في يده وإن كان منصوبا في موضع المرقى فقد حكى القاضى ابن كج أن الأكثرين صاروا إلى أنه لصاحب العلو لعود منفعته إليه وإن ابن خيران ذهب إلى أنه لصاحب السفلى وهذا هو الوجه كسائر منقولات الدار وإن ثبت الأول فليخرج وجه في اندراج السلم الذى لم يسمر تحت تبع الدار وإن كان المرقى مثبتا في موضعه كالسلم المسمر والاشباب المعقودة فهو لصاحب العلو لعود فائدته إليه وكذا إذا كان مثبتا من لبن أو أجر إذا لم يكن تحته شئ وإن كان تحته بيت فهو بينهما كسائر السقوف وإن كان تحته موضع حب أو جرة فوجهان (عن) أبى اسحق وابن أبى هريرة وغيرهما أنه كما لو كان تحته بيت والأصح أنه يجعل لصاحب العلو لظهور بنائه لغرض صاحب العلو وضعف منفعة صاحب السفلى والله عزوجل أعلم *

[337]

(كتاب الحوالة) قال (وهى معاملة صحيحة) لقوله صلى الله عليه وسلم مطلق الغنى ظلم فإذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل) والنظر في شرائطها وأحكامها * أما الشرائط (فالاول) رضا المستحق للدين والمستحق عليه (و) إيجابا وقبولا * ورضا المحال عليه لا يشترط (ح) لانه محل التصرف * وهل يشترط أن يكون على المحال عليه دين فيه وجهان * فإن لم يشترط فحقيقة تجوز الضمان بشرط براءة الاصيل * وعند ذلك يشترط رضاه لا محالة) * أصل الحوالة مجمع عليه وبدل عليه من جهة الخبر ماروى الشافعي رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (مطلق الغنى ظلم فإذا اتبع أحدكم على ملى فليتب) ويروى (وإذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل) (1) وهو معنى اللفظ الاول قال في الصحاح ويقال اتبع فلان بفلان إذا أحيل له عليه والتبى الذى لك عليه مال ثم الأشهر من الرواية (فإذا أحيل أحدكم) بالفاء فعلى التقدير الاول هو مع قوله (مطلق الغنى ظلم) جملتان لا تعلق للثانية بالاولى لقوله صلى الله عليه وسلم (العارية مردودة والزعيم الغارم) (2) وعلى الثاني يجوز أن يكون المعنى في الترتيب أنه إذا كان المطلق ظلما من الغنى فإذا أحيل بدينه فإن الظاهر أنه يحترز عن الظلم ولا يمتل ثم الامر في قوله فليتب أو فليحتل أمر استحباب وعن أحمد رضى الله عنه أنه للوجوب * وأعلم أنه إذا كان لزيد عليك عشرة ولك على عمرو مثلها فأحلت زيدا على عمرو فانت محيل

(كتاب الحوالة) (1) (حديث) الشافعي عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغنى ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملى فليتب متفق عليه من حديث مالك ورواه أصحاب السنن إلا الترمذي من حديث أبى الزناد أيضا وأخرجه من طريق همام عن أبى هريرة ورواه أحمد والترمذي من حديث ابن عمر نحوه (قوله) ويروى فإذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل ويروى وإذا أحيل بالواو وهو أشهر وهو

بمعنى الاول هي رواية لاحمد صحيحة وأما بالواو فهي في مسلم وغيره (تنبيه) قال الخطابي أصحاب الحديث يقولون فليتبع بالتشديد وهو غلط وصوابه فليتبع بتاء ساكنة خفيفة * (2) (حديث) العارية مردودة والزعيم غارم سيأتي بعد قليل

[338]

وزيد محتال وعمرو محال عليه وقد كان لزيد عليك دين ولك على عمرو دين وجرت بينك وبين زيد مرضاة بها انتقل حقه إلى عمرو فهذه ستة أمور لا بد منها في وجود الحوالة ويشترط في صحتها أمور (منها) ما يرجع للدينين (ومنها) ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة وصاحب الكتاب حاول جمع الشروط وأعرض عن تفصيل ما يفتقر إليه وجود الحوالة لوضوحه واكتفى بما بينه في سائر العقود * وأول ما نذكره أصل تشديد التوغل في مسائل الكتاب وهو أن الحوالة استيفاء حق أو بيع أو اعتياض وفيه وجهان أو قولان منسوبان إلى ابن سريج وغيره (أحدهما) أنها استيفاء حق كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل واقرضه المحال عليه ووجهه أنها لو كانت معاوضة لجاز أن يحيل بالشئ على أكثر منه أو أقل ولما جاز التفريق قبل القبض إذا كانا طعامين أو نقدين (وأظهرهما) وقد نص عليه في باب بيع الطعام أنها بيع لأنها تبديل مال بمال فان كل واحد من المحيل والمحتال يملك بها ما لم يملكه وهذا حقيقة المعاوضة وليس فيها استيفاء حق ولا اقراض محقق فلا يقدران وعلى هذا فهو بيع ماذا بماذا في كتاب القاضى ابن كج أن القاضى أبا حامد خرجه على وجهين (أحدهما) أنها بيع عين بعين والابطلت للنهي عن بيع الدين بالدين وكان هذا القائل نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه كالمنافع في إجازات الاعيان (والثاني) وهو المنقول أنها بيع الدين بالدين فان حق الدين لا يستوفى من غير الشخص ولغيره أن يوءديه عنه واستثنى هذا العقد عن النهى لحاجة الناس مسامحة وارفاقا ولهذا المعنى لم يعتبر فيه النقابض كما في القرض ولم يجر فيه الزيادة والنقصان لأنه ليس بعقد مما كسه كلقرض وقال الامام وشيخه لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعين (الاستيفاء والاعتياض) والخلاف في أن أيهما أغلب إذا عرفت ذلك فشرح الشرط الاول إن تقول لا تصح الحوالة إلا برضى المستحق للدين وهو المحتال وللمستحق عليه وهو المحيل (أما) رضى المحتال عليه فلان حقه في ذمه المحيل فلا ينفك إلا برضاه كما إن الاعيان المستحقة للشخص لا تبدل إلا برضاه (وأما) رضى المحيل فلان له ايفاء الحق من حيث شاء فلا نعين عليه بعض الجهات قهرا وهل يشترط رضى المحال عليه ينظر إن كانت

[339]

الحوالة على من عليه دين للمحيل فوجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة يشترط رضاه لأنه أحد أركان الحوالة فأنشبه المحيل والمحتال لان الناس يختلفون في ايفاء والاستيفاء وبهذا قال الاصطخري والزيبرى وعن ابن القاص أنه منصوص عليه في الام (وأصحبهما) وهو المذكور في الكتاب وبه قال مالك وأحمد لاجاه إلى رضى المحال عليه لأنه محل الحق والتصرف فصار كما إذا باع عبدا لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن

يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء وكبلا وبنوا الوجهين على أن الحوالة اعتياض واستيفاء (فان قلنا) بالاول فلا يشترط لانه حق المحيل فلا يحتاج فيه إلى رضی الغير (وان قلنا) الثاني فيشترط تعذر اقرضه من غير رضاه وان كانت الحوالة على من لادين عليه لم تصح دون رضاه لانا لو صححناها لالزمناه قضاء دين الغير قهرا وان رضی ففي صحة الحوالة وجهان بناهما الجمهور على الاصل المذكور (وان قلنا) انها اعتياض لم تصح لانه ليس على المحال عليه شئ حتى نجعله عوضا عن حق المحيل (وان قلنا) استيفاء فتصح كأنه أخذ المحتال حقه وأقرضه من المحال عليه وبهذا قال ابن الحداد وقال الامام الصحيح عندي تخريجه على الخلاف في أنه هل يصح الضمان بشرط براءة الاصيل بل هذه الصورة عين تلك الصورة فان الحوالة تقتضي براءة المحيل فإذا قبل الحوالة فقد التزم على ان يبرئ المحيل وهذا ذهب منه إلى براءة المحيل وجعلها أصلا مفروغا عنه لكن فيه وجهان نقلهما القاضي ابن كج (أحدهما) أنه يبرأ على قياس الحوالات وهذا ما أورده الصيدلاني وأخذ به الامام (والثاني) هو الذي أورده الاكثرون أنه لا يبرأ وقبول الحوالة ممن لادين عليه ضمان مجرد ثم فرعوا فقالوا (ان قلنا) لا تصح هذه الحوالة فلا شئ على المحال عليه فان تطوع وأداه كان كما لو قضى دين الغير (وان قلنا) يصح فهو كما لو ضمن فيرجع على المحيل ان أدى باذنه وكذلك ان أدى بغير اذنه على أظهر الوجهين لجريان الحوالة باذنه وقبل الاداء هل يرجع على المحيل فيه وجهان بناء على أن المحيل هل يبرأ (ان قلنا) يبرأ فنعم لانتقال الملك إلى ذمته بمجرد الحوالة (وان قلنا) لا يبرأ فلا ضمان كما أن الضامن لا يرجع على المضمون

[340]

عنه قبل الاداء وان طالبه المحتال بالاداء فله مطالبة المحيل بتخليصه وهل له ذلك قبل مطالبة المحتال فيه وجهان كالوجهين في مطالبة الضامن ولو أبرأ المحتال لم يرجع على المحيل بشئ ولو قبضه المحتال ثم وهبه منه ففي الرجوع وجهان ينظر في أحدهما إلى أن الغرم لم يستقر عليه وفي الثاني إلى أنه عاد إليه بتصريف مبتدأ قبل الدخول ولو ضمن عنه ضامن لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه المال أو من ضامنه ولو أحال المحتال على غيره نظر ان أحاله على من عليه دين رجع على محيله بنفس الحوالة لحصول الاداء بها وان أحال على من لا دين عليه لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحال عليه (وأما) لفظ صاحب الكتاب فقوله المستحق عليه أعلمه بعضهم بالواو لانا إذا جوزنا الحوالة على من لادين عليه فلو قال من لادين عليه للمستحق أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فقبلت صحت الحوالة فاذن لا يشترط ههنا رضی المحيل وانما يشترط رضی المحال والمحال عليه (وقوله) ايجاباً أشار به إلى أن المعتبر وان كان هو الرضى الا أن طريق الوقف على تراضيهما انما هو الايجاب والقبول على ما مر في البيع ولو قال المحتال احلني على فلان فقال أحلت ففيه الخلاف المذكور في نظيره في بيان الاستحباب والايجاب في البيع وفي جرجانيات ابى العباس الروياني طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد لان الحوالة اجيزت رفقا بالناس فيتسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها ورضى المحال عليه لا يشترط معلم بالحاء والواو (وقوله) فان لم يشترط تحقيقه تجويز الضمان بشرط براءة الاصيل إلى حقيقة عدم الاشتراط فلو صرفنا الكناية إلى هذا العقد لكان الوجه أن يقال فحقيقته الضمان بشرط براءة الاصيل لان حقيقة العقد لا تكون تجويز الضمان بل لو كانت لكانت نفس الضمان * قال (الثاني أن يكون الدين لازماً أو مصيره إلى اللزوم * فتصح (و) الحوالة

على الثمن في مدة الخيار فان فسخ البيع انقطعت الحوالة * وفي نجوم
الكتابة خلاف * قيل يحال بها ولا يحال عليها *

[341]

الدين ينقسم إلى ما ليس بلازم وإلى ما هو لازم أما غير اللازم ففيه
مسألتان مذكورتان في الكتاب (إحدهما) الثمن في مدة الخيار هل تجوز
الحوالة به بان يحيل المشتري البائع على رجل وعليه بان يحيل البائع رجلا
على المشتري فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن القاضي أبي حامد انه لا
يجوز لانه ليس بلازم (وأصحهما) الجواز لانه صائر إلى اللزوم والخيار
عارض فيه فيعطى حكم اللازم وفي التتمة أن هذا الخلاف مبنى على أن
الحوالة معاوضة أو استيفاء (أن قلنا) معاوضة فهي كالتصرف في المبيع
في زمان الخيار (وان قلنا) استيفاء فتجوز (وان قلنا) بالمنع فهل ينقطع به
الخيار فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو على في شرح الفروع (أحدهما) لا
لحكمنا ببطلانه وبتنزيلنا إياه منزلة العدم (وثانيهما) نعم لان التصرف في
عوض العقد يتضمن الرضا وابطال الخيار (وان قلنا) بالجواز فالذي أورده
الامام وصاحب الكتاب أنه لا يبطل الخيار ولو اتفق فسخ البيع انقطعت
الحوالة لانها انما صحت على تقدير اقتضاء البيع إلى اللزوم فإذا لم يقصد
إليه ارتدت الحوالة ومنقول الشيخ ومختاره بطلان الخيار لان قضية الحوالة
اللزوم فلو بقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها وكانت هذه الحوالة
كالحوالة على النجوم * واعلم أنا إذا قضينا ببطلان الخيار ففيما إذا حال
البائع المشتري على ثالث بطل خيارهما جميعا لتراضيهما وفيما إذا حال
البائع رجلا على المشتري لا يبطل خيار المشتري الا إذا فرض منه قبول
ورضى (الثانية) إذا حال السيد غريما له على مكاتبه بالنجوم ففيه وجهان
(أحدهما) وبه قال الحلبي أن الحوالة جائزة لان النجوم دين ثابت على
المكاتب فاشبهه سائر الديون (وأصحهما) المنع لان النجوم غير لازمة على
المكاتب وله اسقاطها متى شاء فلا يمكن الزامه الدفع إلى المحتال ولو
أحال المكاتب السيد على انسان فجواب الاكثرين صحة الحوالة لان ما
أحاله عليه مستقر والكتابة لازمة من جهة السيد فمتى أدى المحال عليه
وجب على السيد القبول وقيل بالمنع من هذا الطرف أيضا إذا جمعت بين
الصورتين حصلت ثلاثة أوجه على ما ذكر في الكتاب (أحدها) جواز احالة
المكاتب بالنجوم واحالة السيد على النجوم وهذا منسوب في النهاية إلى
ابن سريج (وثانيها) منعهما جميعا

[342]

وبه قال القاضي ولم يذكر في التهذيب غيره (وأظهرها) جواز احالة
المكاتب بها ومنع احالة السيد عليها ولو كان للسيد على مكاتبه دين معاملة
فاحالة عليه قال في التتمة يبنيني على أنه لو عجز نفسه هل يسقط ذلك
الدين (ان قلنا) نعم لم يصح والاصحت ومما يدخل في هذا القسم الجعل
في الجعالة والقياس أن يحث في الحوالة به وعليه ولا فرق بين أن ينفق
الدينان في سبب الوجوب أو يختلفان كما إذا كان أحدهما ثمنا والآخر أجرة
أو قرضا أو بدل متلف وكل دين جوزنا الحوالة به وعليه من القسمين فذلك
إذا كان مثليا كالاثمان ؟ والحبوب وان كان متقوما كالثياب والعبيد فوجهان

(أصحهما) وبه قال ابن سريج أنه كالمثلى لثبوته في الذمة ولزومه (والثاني) المنع لان المقصود من الحوالة ايصال المستحق إلى الحق من غير تفاوت وهذا الغرض لا يتحقق فيها لامثل له ولايد من العلم بقدر المحال به وعليه وصفتهما نعم لو أحال باقل الدية أو عليها وفرعنا على جواز الحوالة في المتقومات فوجهان أو قولان بناء على جواز المصالحة والاعتياض عنها والاصح المنع للجهل بصفاتهما * قال (الثالث أن يكون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا * فلو كان بينهما تفاوت يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة لم يجر * وان لم يفتقر بل أجبر على قبوله كإداء الجيد عن الردئ جاز (و) * وان افتقر إلى الرضا دون المعاوضة ففيه خلاف (و) * كان الفصل السابق مسوقا لبيان الصفات المشروطة في كل واحد من الدينان فالغرض الآن بيان الشروط بالدينين وفيه صور (أحداها) يجب أن يكون الدينان من جنس واحد ولو أحال بالدرهم على الدينير أو بالعكس لم يصح (أما) إذا جعلنا الحوالة استيفاء فلان مستحق الدرهم إذا استوفاه وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه إلى الدينير (وأما) إذا جعلناها معاوضة فلائنها وان كانت معاوضة فليس هي على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشتراط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة كما في القرض قال صاحب التتمة ونعني بقولنا ان هذه الحوالة غير صحيحة أن الحق لا يتحول

[343]

بها من الدينير إلى الدرهم وبالعكس ولكنها إذا جرت فهي حوالة على من لادين عليه والحكم فيها ما مر (والثانية) يجب أن يتساويا في القدر فلا يحال بخمسة على عشرة ولا بعشرة على خمسة لما ذكرنا أن هذا العقد لم يوضع لتحصيل زيادة أو حط شيء وانما وضع ليصل كل واحد من المستحقين إلى حقه وفي الا حالة بالقليل على الكثير وجه أنها جائزة وكان المحيل تبرع بالزيادة (والثالثة) في اشتراط تساويهما في الحلول والتأجيل وجهان (أصحهما) الاشتراط الحاقا للوصف بالقدر (والثاني) يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال لان للمحيل أن يجعل ما عليه فإذا أحال به على الحال فقد عجل ولا يجوز أن يحيل بالحال على المؤجل لان حق المحتال حال وتأجيل الحال لا يلزم ولو كانا متأجلين باجلين مختلفين لم تجز الحوالة بينهما على الوجه الاول وعلى الثاني يحال بالمكسر على الصحيح ويكون المحيل متبرعا بقيد الصحة ولا يحال بالصحيح على المكسر والا كان المحتال تاركا صفة الصحة رتبوه ليحيله المحيل ويخرج على هذا حوالة الاردا على الاجود وبالعكس في كل جنس (وقوله) في الكتاب فلو كان بينهما تفاوت إلى آخره تفصيل ما أجمله بقوله أن يكون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا ومثال ما يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة أن يختلف الجنس فيكون على أحدهما درهم وعلى الآخر دينير فان الاستبدال باحد الجنسين عن الآخر اعتياض محض (وقوله) وان لم يفتقر بل أجبر على قبوله كإداء الجيد عن الردئ فهو مثل أداء الصحيح عن المكسر وتعجيل المؤجل حيث يجبر المستحق على القبول وهذا الكلام يتفرع على الصحيح في أن المديون إذا أتى باجود مما عليه من ذلك النوع يجبر المستحق على قبوله وفيه خلاف قد سبق في باب السلم (وقوله) ان افتقر إلى الرضا دون المعاوضة فهو كإداء الردئ عن الجيد فانه يجوز قبوله ولا يكون ذلك معاوضة هذا بيان ما ذكره وفيه رواية خلاف للاصحاب في جواز الحوالة بالجيد على الردئ والاشارة إلى الجرم تجوز

حوالة الردئ على الجيد وهو يخالف نقل الجمهور في الطرق وربما تجد في كتاب ابواقه * قال (أما حكمها فبراءة المحيل (ح) عن دين المحال وتحول الحق إلى المحال عليه وبراءة ذمة المحال عليه من دين المحيل * فلو أفلس المحال (ح) عليه أو جحد لم يكن (ح) للمحتال الرجوع

[344]

على المحيل إذا حصلت البراءة مطلقة * ولو كان الافلاس مقرونا بالحوالة وهو جاهل فالظاهر ثبوت الخيار * إذا جرت الحوالة بشرطها برئ المحيل عن دين المحتال وتحول حق المحتال إلى ذمة المحيل عليه وبرئ المحال عليه عن دين المحيل حتى لو أفلس المحال عليه ومات أو لم يمت أو جحد وحلف لم يكن للمحتال الرجوع على المحيل كما لو اخذ عوضا عن الدين وتلف في يده وبهذا قال مالك وأحمد وذهب أبو حنيفة الي أنه يرجع فيما إذا مات مفلسا وفيما إذا جحد وحلف * واحتج الشافعي رضى الله عنه بوجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المروى في أول الباب تعرض للملاءة فقال (إذا احيل أحدكم على ملئ فليحتل) ولا يمكن المحتال من الرجوع لما كان فتأخره للملاءة كبير فائدة (والثاني) أن الحوالة اما أن يتحول بها الحق عن المحيل أو لا يتحول ان تحول فقد برئت ذمته فوجب ألا يعود إليه كما لو أبرأه وان لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضمان فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الافلاس والجحد ففي صحة الحوالة وجهان وان صحت ففي صحة الشرط وجهان حكاهما القاضى ابن كج * هذا إذا طرأ الافلاس أما إذا كان مقرونا بالحوالة وجهله المحتال نظر إن لم تجر بشرط الملاءة فالمشهور أنه لا رجوع للمحتال ولا خيار له وما يلحقه من الضرر فهو نتيجة ترك التفحيص فصار كما لو اشترى شيئا وكان مغبونا فيه ونقل الامام وجهها انه يثبت له الخيار تداركا لما لحقه من الخسران كما لو اشترى شيئا فبان معيبا وبهذا قال مالك وان شرط ملاءة المحال عليه فبان مفلسا فان قلنا بثبوت الخيار عند الاطلاق فههنا أولى وان منعنا ثم فما الحكم نقل المزني انه لا يرجع فانكره ابن سريج من قول الشافعي رضى الله عنه وقال يرجع كما لو اشترى عبدا بشرط انه كاتب فبان خلافه ثبت له الخيار وعامة الاصحاب على صحة نقل المزني واختاروا عدم الرجوع لانه لو ثبت الرجوع بالحلف في شرط اليسار لثبت الرجوع عند الاطلاق لان الاعسار نقص في الذمة كالعيب في المبيع يثبت الخيار سواء شرطت السلامة عنه أو لم تشترط ويخالف بشرط الكتابة فان فواتها ليس بنقصه وانما هو عدم فضيلة وإذا جمع بين صورتى الاطلاق والاشتراط حصل في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين الصورتين وقد جمع الامام الوجوه هكذا وقرب التردد في المسألة من التردد في أن

[345]

الحوالة استيفاء أو اعتياض فقول صاحب الكتاب فالظاهر من ثبوت الخيار أراد من هذه الوجوه على ما هو مبين في الوسيط وترجيح الوجه الصائر إلى ثبوت الخيار يخالف اختيار علما الاصحاب سيما في حالة الاطلاق فاعرف ذلك (فرعان) أحدهما صالح مع أجنبي عن دين على عين ثم جحد الأجنبي وحلف هل يعود إلى من كان عليه الدين قال القاضى الحسين نعم

ويفسخ الصلح وعن حكاية الشيخ أبي عاصم انه لا يعود * (الثاني) خرج المحال عليه عبدا فان كان لاجنبي وللمحيل دين في ذمته صحت الحوالة كما لو أحال على معسر وتبعه المحتال بعد العتق وهل له الرجوع على المحيل فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسرا وأولى بان يرجع وان كان عبدا للمحيل فان كان له في ذمته دين بان ثبت قبل أن يمكله وفرعنا على انه لا يسقط إذا ملكه فهو كما لو كان لاجنبي وان لم يكن في ذمته فالحوالة عليه حوالة على من لا دين عليه فان صححتها وقلنا انها ضمان فهذا ضمان العبد * عن سيده بآذنه وسيأتي حكمه في الضمان ولا يخفى فيما ذكرنا حكم مالو كان لاجنبي ولم يكن للمحيل عليه دين * قال (ولو أحال المشتري بالثمن على انسان فرد عليه المبيع ففي انفساخ الحوالة قولان (و) أظهرهما أنها تنقطع فان كان ذلك قبل قبض المبيع فأولى بأن تنقطع وإن كان بعد قبض المحتال مال الحوالة فأولى بأن لا تنقطع فلو أحال البائع على المشتري فأولى بأن لا ينقطع وهو الظاهر لانه تعلق الحق بثالث ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابه الاستيفاء والاعتياض فان قلنا لا يفسخ فالمشتري (و) مطالبة البائع بتحصيله ليغرم له بدله أو بتسليم بدله إليه في الحال إذا لم يكن قد قبض البائع بعد مال الحوالة * وإن قلنا يفسخ ولم يكن قد قبض فليس له القبض فان فعل فالاصح (و) انه لا يقع عن المشتري لان الحوالة انفسخت والاذن الذي كان ضمنا له لا يقوم بنفسه) * المسائل المذكورة من هذا الموضوع إلى آخر الباب من تخريجات المزني على أصول الشافعي رضى الله عنه وتحريه وصورة مسألة الفصل ما إذا اشترى عبدا بمائة مثلا واحال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم

[346]

اطلع على عيب قديم العبد فرده. قال المزني في المختصر تبطل الحوالة ونقل عنه في الجامع الكبير انها لا تبطل وللأصحاب ثلاثة طرق (أحدها) ان في بطلان الحوالة قولين (أظهرهما) عند القاضي ابن كج وصاحب الكتاب وغيرهما أنها تبطل وتنقطع وهما مبنيان على أن الحوالة إستيفاء أو اعتياض (أن قلنا) أنها استيفاء انقطعت لان الحوالة على هذا التقدير نوع ارفاق ومسامحة فإذا بطل الاصل بطل هبة الارفاق التابعة له كما لو اشترى شيئا بدراهم مكسرة وتطوع بآداء الصحاح ثم رده بالعيب فانه يسترد الصحاح ولا يقال يطالب بمثل الكسر ليبقى التربع بصفة الصحة (فان قلنا) انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل من الثمن ثوبا ثم رد المبيع بالعيب فانه لا يبطل الاستبدال بل يرجع بمثل الثمن على أن القاضيين أبا الطيب والرويانى منعا هذه المسألة وجعلها كمسألة الحوالة وقد تقدمت المسألة في فصول الرد بالعيب (والطريق الثاني) وبه قال ابو اسحق وابن أبى هريرة وأبو الطيب بن سلمة القطع بالبطلان وتكلم هؤلاء فيما نقل عن الجامع الكبير فعن القاضي أبى حامد أنه قال نظرت في نسخ منه فلم أجد خلاف ما في المختصر (والثالث) وبه قال صاحب الافصاح القطع بعدم البطلان وربما أول أصحاب الطريقين الاخيرين وجمعوا بين نصي المزني بوجوه (أحدها) حمل ما في المختصر على ما إذا كان العيب بحيث لا يمكن حدوته في يد المشتري أو كان يمكن حدوته الا أن البائع أقر بعدمه وحمل ما في الجامع على ما إذا ثبت قدمه بالبينة ورده والفرق أن في الحالة الاولى اعترف البائع بسقوط الثمن عند الفسخ (وأما) في الحالة الثانية فانه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوى المشتري (والثاني) حمل الاولى على ما إذا تذكر ذلك فانه إذا لم

يذكر لا ينبغي أن يعود إليه لبراءة ذمته عن حقه ظاهرا (والثالث) أن نص
البطلان مفرغ على أن الحوالة تفتقر إلى رضی المحال عليه فان الحوالة
له حينئذ تتم بالثلاثة فلا تنقطع بموافقة اثنين (والرابع) حمل نص البطلان
على ما إذا كانت الحوالة على من لا دين عليه ورضي المحال عليه فانه إذا
سقط الثمن انقطع تطوعه وسقطت المطالبة عنه ثم ههنا نظران
(أحدهما) هل تفترق الحال بين ما إذا كان الرد بالعيب بعد

[347]

قبض المبيع أو قبله حتى صاحب النهاية عن بعض الاصحاب أن محل
الخلاف ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع فان كان قبله انقطعت الحوالة بلا
خلاف لكون المبيع معرض للانفساح وعدم تأكده ولهذا جعلنا الفسخ قبل
القبض ردا للعقد من أصله على رأي ثم زيف ذلك وقضي بطرد القولين
في الحالين وهذا قضية إطلاق عامة الاصحاب * واعلم أن قضية الطرفين
معا تجوز الاحالة بالثمن قبل قبض المبيع لكنه قبل القبض غير مستقر
وقد اشتهر في كتب السلف من أئمتنا أن من شرط الحوالة استقرار ما
يحال به ويحال عليه وللمسعودي اشارة إلى منع الحوالة بالثمن قبل قبض
المبيع لانه غير مستقر واستشهد عليه أن المزني تعرض في صورة
المسألة للمبيع واشترطه وانما فعل ذلك لهذا المعنى والله أعلم (النظر
الثاني) هل تفترق الحال بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة
أو قبله وفيه طريقان (أحدهما) أن الحوالة لا تنقطع إذا اتفق الرد بعد
القبض جزما والخلاف مخصوص بما إذ كان ذلك قبض القبض والفرق تأكد
الامر بالقبض فتبرأ ذمة المحال عليه وهذا ما أورده أصحابنا العراقيون
والشيخ أبو علي (والثاني) طرد القولين في الحالين وهو اختيار صاحبي
التهديب والتتمة والاكثرين وهذا كله فيما إذا أحال المشتري البائع على
رجل ولو أحال البائع رجلا على المشتري فمنهم من طرد القولين وقطع
الجمهور بانه لا تنقطع الحوالة وسواء قبض المحتال مال الحوالة من
المشتري أو لم يقبضه والفرق أن الحوالة ههنا تعلق بها حق غير
المتعاقدين وصار كما لو اشترى عبدا بجارية وقبضه وباعه ثم وجد بائع
العبد بالجارية عيبا فردها لا يفسخ البيع الثاني لانه تعلق به حق ثالث فاذن
القولان مخصوصان بالصورة السابقة ولنفرع عليهما (ان قلنا لا تبطل
الحوالة فلا يطالب المشتري أن يحال عليه بحال ولكن يرجع علي البائع
فيطالبه ان كان قد قبض مال الحوالة ولا يتعين حقه فيما أخذ بل له ابداله
لبقاء الحوالة صحيحة وان لم يقبضه فله أن يقبضه وهل للمشتري الرجوع
عليه قبل قبضه فيه وجهان (أحدهما) نعم لان الحوالة كالمقبوضة الا ترى
أن المشتري إذا أحال البائع بالثمن سقط حق الحبس والزوج إذا أحال
المرأة بالصداق سقط حق حبسها (واصحهما) عند

[348]

الصيدلاني وغيره أنه لا يرجع لانه لم توجد حقيقة القبض وان كان للحوالة
حكم القبض والغرامة انما تكون بحسب القبض (فان قلنا لا يرجع
المشتري عليه قبل أن يقبض فله مطالبته بتحصيل مال الحوالة لرجوع عليه
لان البائع انما يملك مطالبة المحال عليه من جهته فكيف يمنعه من

المطالبة مطلقا وفيه وجه بعيد أنه لا يملك المطالبة بالتحصيل أيضا (وان قلنا) تبطل الحوالة فان كان قد قبض المال من المحال عليه فليس له رده عليه لانه قبض باذن المشتري ولو رده لم تسقط مطالبة للمشتري عنه بل حقه الرد على المشتري ويتعين حقه فيما قبضه فان كان تالفا فعليه بدله وان لم يكن قبضه فليس له قبضه لانه عاد إلى ملك المشتري كما كان ولو خالف وقبض لم يقع عنه وفي وقوعه عن المشتري وجهان عن الشيخ أبي محمد (أحدهما) يقع لانه كان مأذونا في القبض بجهة فان بطلت تلك الجهة بقى أصل الاذن (وأصحهما) المنع لان الحوالة قد بطلت والوكالة عقد آخر يخالفها وإذا بطل عقد لم ينعكس عقداً آخر وقرب الشيخ هذا الخلاف من الخلاف الذي مر في أن من يحرم بالظهر قبل الزوال هل تنعقد صلته نفلا (وأما) في صورة احوالة البائع على المشتري إذا فرغنا على الصحيح وهو أن الحوالة لا تبطل برد المشتري المبيع بالعيب فان كان المحتمل قد قبض الحق من المشتري رجع المشتري على البائع وان لم يقبضه يرجع المشتري علمه أولا يرجع الا بعد القبض فيه الوجهان السابقان * ثم نتكلم فيما تحتاج إليه من الفاظ الكتاب (قوله) في صورة المسألة ورد عليه المبيع يشتمل؟ الرد بالعيب والمخالف والاقالة وغيرها وهو مستمر على اطلاقه فلا فرق بين الرد بالعيب وغيره وقيل قولان يجوز اعلامه بالواو للطريقين النقيين للخلاف (وقوله) فاولى أن لا ينقطع أشار بالترتيب المذكور في الصورتين إلى ما شرحنا من الطريقين (وقوله) فيما إذا أحوال البائع على المشتري فاولى بان لا ينقطع وهو الظاهر مع قوله فلولى أن لا ينقطع لما قدمنا في مواضع لان أولوية الترتيب لا تغيد الرجحان وانما تغيد كون الحكم الموصوف بالاولوية أرجح منه في الصورة المرتب عليها (وقوله) ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابهة الاستيفاء والاعتياض يوافق ما ذكره الامام أن فيها شيها من كل واحد منهما والكلام في التعليل

[349]

(وقوله) فان قلنا لا يصح أي في المسألة الاولى وهو احوالة المشتري البائع بالثمن (وقوله) فللمشتري مطالبة البائع بتحصيله إلى آخره يمكن نفسه من عزله أو يقول أعزم لي وله أو يقول تسهلا خذتم أعزم لي وأريد أن لا رجوع قبل أن يقبض مال الحوالة بوجهين (أحدهما) أن يقال المعنى أن له أن يطالبه بأحد أمرين (أما) التحصيل لي عزم وأما الغرم في الحال وهذا يخرج متفقا عليه من الخلاف الذي رويناه (فان قلنا) له الرجوع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة فله أن يقول خذه لتعزم لي وان رضيت بدمته فتشأنك فأعزم لي (والثاني) هو الاشبه أن معناه أن له مطالبته بتحصيله (ان قلنا) لا رجوع عليه قبل أن يقبض أو يتسلم بدله إليه في الحال (ان قلنا) انه يرجع إليه قبل القبض وعلى التقديرين فيصح اعلام قوله فللمشتري مطالبة البائع بالواو لما قدمنا من الوجه البعيد (وقوله) لان الحوالة انفسخت بالاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه ظاهر هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشركة أو لو كانه فالاذن الصمى يبقى ويصح التصرف على ما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى ويمكن أن يقال الحوالة تنقل الحق إلى المحتمل فإذا صار الحق له ملكا قبضه لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما عقدان مختلفان فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر بخلاف الشركة والوكالة فان التصرف هناك واقع للاذن فان بطل خصوص الاذن جار أن يبقى عمومه هذا ما سبقت الاشارة إليه * (فرغ) قال ابن الحداد في المولدات إذا أحوال الزوج زوجته على غريمه

بالصداق ثم طلق قبل الدخول لم تبطل الحوالة وللزوج أخذها بنصف المهر قال من شرح كتابه المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع على غريمه (ان قلنا لا تبطل الحوالة هناك فهناك أولى (وان قلنا) تبطل ففي البطلان في نصف الصداق ههنا وجهان والفرق أن البطلان سبب حادث ولا استناد له إلى ما تقدم بخلاف الفسخ والصداق أثبت من غيره ولهذا لو زاد الصداق زيادة متصلة لم يرجع في نصفه إلا برضاها بخلاف ما إذا كانت في المبيع ولو أحالها ثم ارتدت قبل الدخول أو فسخ أحدهما النكاح بعيب آخر ففي بطلان الحوالة هذان الوجهان والاطهر لا تبطل ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق في صورة الطلاق وبجميعه في الردة والفسخ بالعيب وإذا قلنا بالبطلان فليس لها مطالبة المحال عليه

[350]

وتطالب الزوج بالنصف في الطلاق أي ولا تطالب بشئ في الردة ولا بالعيب كذا قاله الشيخ أبو علي والمسألة جميعها من كلامه * قال (ولو كان المبيع عبدا فأحيل بالثمن على المشتري فقال العبد أنا حر الاصل وصدوقه جميعا بطلت الحوالة وإن صدقه البائع والمشتري دون المحتال لم يكن قولهما حجة عليه فتبقى الحوالة في حقه) * صورتها أن يبيع عبدا ويحيل غريمه بالثمن على المشتري ثم يتصاقد المتبايعان على أنه حر الاصل أما ابتداء أو زعم العبد أنه حر فصدقه نظران وافقهما المحتال بطلت الحوالة لاتفاقهم على بطلان البيع وإذا لم يكن بيع لم يكن على المشتري ثمن وإذا بطلت الحوالة رد المحتال ما أخذ على المشتري وبقي حقه على البائع كما كان وإن كذبهما المحتال فاما أن تقوم بينة على الحرية أولا تقوم فإن قامت بطلت الحوالة كما لو تقارروا وهذه البينة يتصور ان يقيمها العبد ويتصور أن تبتدئ الشهود على سبيل الحسبة قال صاحب التهذيب ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان لانهما كذباها بالدخول في البيع وكذلك ذكر القاضى الرويانى وان لم تكن بينة فلهما تحليف المحتال على نفي العلم فان حلف بقية الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما عليه حجة فإذا نفيت الحوالة فله أخذ المال من المشتري وهل يرجع المشتري على البائع المحيل في التهذيب أنه لا يرجع لانه يقول ظلمنى المحتال بما أخذ والمظلوم لا يرجع الا على من ظلمه وقال الشيخ أبو حامد والقاضى ابن كج والشيخ أبو علي يرجع لانه قضى دينه باذنه وعلى هذا فيرجع إذا دفع المال إلى المحتال وهل يرجع قبله فيه الوجهان السابقان فان نكل المحتال حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف لانه ليس للمشتري اقامة البينة وما ذكرناه في صورة الاقرار من المحال وقيام البينة من بطلان الحوالة مفروض فيما إذا وقع التعارض لكون الحوالة بالثمن فان لم يقع وزعم البائع ان الحوالة بدين آخر له على المشتري نظران أنكر المشتري أصل الدين فالقول قوله مع يمينه وان سلمه وأنكر الحوالة به فهل نعتبر قول من يدعى جريان الحوالة على الصحة أو قول من يدعى فسادها فيه خلاف مذکور في نظائره *

[351]

قال (فرع إذا جرى لفظ الحوالة وتنازعا فقال أحدهما أردنا بها الوكالة وقال الآخر بل الحوالة فقولان في أن القول قول من * ينظر في أحدهما إلى ظاهر اللفظ * وفي الثاني إلى تصديق من يدعى إرادة نفسه ونيته فانه أعلم بها * ولو لم يتفقا على جريان لفظ ولكن قال مستحق الدين أحلتني وقال من عليه الدين وكلتك باستيفاء ديني منه فالقول قول من عليه الدين في نفي الحوالة * ثم ان لم يكن قد قبض فليس له ذلك لانه انعزل بانكار الوكالة واندفعت الحوالة بانكار من عليه الدين * وله مطالبته بالمال إذا اندفعت الحوالة حتى لا يضيع حقه * وفيه وجه آخر انه لا يطالب لانه اعترف ببراءته بدعوى الحوالة * أما إذا قال المستحق وكلتي فقال لا بل أحلتك فان لم يكن قد قبض فقد امتنع عليه القبض * وان كان بعد القبض فالصحيح (و) انه يمتلكه الآن وان لم يملك عند القبض) * إذا كان لزيد عليك مائة ولك على عمرو مثلها فوجد زيد منك ما يمكنه من قبض ما على عمرو ثم اختلفتما فله صورتان (أحدهما) أن تقول لزيد وكلتك بقبضه لي وقال زيد بل أحلتني عليه فينظر ان اختلفتما في أصل اللفظ فزعمت الوكالة بلفظها وزعم زيد الحوالة بلفظها فالقول قولك مع يمينك لان الاصل استمرار حق زيد عليك وحقك على عمرو وان اختلفتما على جريان لفظ الحوالة وقلت أردت به التسليط بالوكالة فوجهان (المنسوب) إلى ابن سريج أن القول قول زيد مع يمينه لشهادة لفظ الحوالة (وقال) المزني وساعده عليه اكثر الاصحاب ان القول قولك مع يمينك ويحكى هذا عن ابي حنيفة ووجهه ما ذكرناه في الصورة الاولى وايضا فان اللفظ محتمل لما يقوله وانت اعرف ببيتك فأشبهه ما إذا قلت له أقبض ثم اختلفتما في المراد فان القول قولك وعن القاضي الحسين القطع بالوجه الاول وحمل كلام المزني على ما إذا اختلفتما في أصل اللفظ وذكرهما إذا قلت له اقبض وفسرته بالوكالة انك لا تحتاج إلى اليمين لاشعار اللفظ بالنيابة قال الائمة وموضع الوجهين ما إذا كان اللفظ الجارى بينكما احلتك بمائة على عمرو فأما إذا قلت بالمائة التي لك على بالمائة التي على عمرو فهذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة

[352]

فالقول قول زيد بلا خلاف (التفريع) ان جعلنا القول قول زيد فإذا حلف ثبتت الحوالة وبرئت ذمته وإذا جعلنا القول قولك في الصورة الاولى أو يقرأ معا على الوجه الآتى في الصورة الثانية فحلفت نظر أقبض زيد ما على عمرو أم لا أن قبضه برئت ذمة عمرو لتسليمه ما عليه إلى الوكيل أو المحتال وحكى الامام وجهها ضعيفا عن رواية صاحب التقريب انه لا يبرؤ في صورة انفاقكما على جريان لفظ الحوالة والمشهور الاول ثم ينظر ان كان المقبوض باقيا فعليه تسليمه اليك وهل له أن يطالبك بحقه فيه وجهان (أحدهما) لا واختاره الشيخ أبو حامد لاعترافه ببرأتك بدعوى الحوالة (وأصحهما) عند ابن الصباغ وصاحب التتمة وغيرهما أن له المطالبة لانه ان كان وكيلا فحقه باق عليه وان كان محتالا فقد استرجعت ماله ظلما فلا وجه لتضييع حقه قال الشيخ أبو حامد وما ذكرنا من وجوب التسليم والوجهين في الرجوع من حيث الظاهر فاما بينه وبين الله تعالى فانه إذا لم يصل إلى حقه منك فله امساك المأخوذ لانه ظفر بجنس حقه من ملكك وأنت ظالم له وان كان المقبوض تالفا فمقول الاكثرين انه إذا لم يكن التلف بتقصير منك لا يضمن لانه وكيل بقولك والوكيل أمين وليس له أن يطالبك بحقه لانه قد استوفاه بزعمه وهلك عنده وقال في التهذيب انه يضمن لانه قد ثبتت وكالته والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن وان لم

يقبض زيد ما على عمرو فليس له القبض بعد حلفك لان الحوالة قد اندفعت
بيمينك وصار زيد معز ولا عن الوكالة بانكاره ولك ان تطالب عمرا بما كان
لك عليه وهل لزيد مطالبتك بحقه فيه الوجهان ان المذكور فيما إذا كان قد
قبض وسلم المقبوض اليك واستدرك صاحب البيان فقال ينبغي أن لا
يطالب هنا وجها واحدا لاعترافه بان حقه على عمرو وان ما تقبضه أنت من
عمرو ليس حقا له بخلاف ما إذا كان قد قبض فان حقه قد تعين في
المقبوض فإذا أخذته أخذت ماله (الصورة الثانية) أن تقول لزيد احلتك على
عمرو ويقول زيد بل وكلتني بقبض ما عليه وحقي باق ويظهر تصوير هذا
الاختلاف عند افلاس عمرو فينظر ان اختلفتما في أصل اللفظ فالقول
قول زيد مع يمينه وان اتفقتما على لفظ الحوالة جرى الوجهان ان
المذكوران في الصورة

[353]

الاولى ههنا على العكس فعلى المنسوب إلى ابن سريج القول قولك مع
يمينك وعلى القول المنسوب إلى المزني وغيره القول قول زيد والتوجيه
ما مر فإذا قلنا أن القول قولك فحلفت برئت ذمتك من دين زيد ولزيد
مطالبة عمرو أما بالوكالة أو الحوالة وما يأخذه يكون له لانك تقول أنه حقه
وعلى زعمه هو لك وحقه عليك فيأخذه بحقه وحيث قلنا أن القول قول زيد
فحلف نظر ان لم يكن قبض المال من عمرو فليس له القبض لان قول
الموكل ما وكلتك يتضمن عزله لو كان وكيلاً وله مطالبتك بحقه وهل لك
الرجوع إلى عمرو فيه وجهان لانك اعترفت بنحول ما كان عليه إلى زيد
ووجه قولنا نعم وهو اختيار القاضى ابن كج أن زيدا ان كان وكيلاً فان لم
يقبض بقى حقه وان كان محتالاً فقد ظلمك بأخذ المال منك وما على
عمرو حقه فلك أن تأخذه عوضاً عما ظلمك به وان كان قد قبض المال من
عمرو فقد برئت ذمة عمرو ثم ان كان المقبوض باقياً فقد حكى في
الوسيط وههنا وجهين (أحدهما) أنه يطالبك بحقه ورد المقبوض عليك
(والثانى) وهو الصحيح أنه يملكه الآن وان لم يملكه عند القبض لانه حبس
حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه وبشبهه أن لا يكون فيه خلاف محقق بل له أن
يرده ويطلب بحقه وله أن يأخذه بحقه وان كان تالفاً نظر ان كان قد تلف
بتفريط منه

[354]

فلك عليه الضمان وله عليك حقه وربما يقع في النقص وان لم يكن منه
تقصير فلا ضمان لانا إذا صدقناه في نفي الحوالة كانت يده يد وكالة
والوكيل أمين وروى الامام وجها آخر أنه يضمن لان الاصل فيما يتلف في
يد الانسان من ملك غيره الضمان ويلزم من تصديقه في نفي الحوالة
ليبقى حقه تصديقه في تثبيت الوكالة ليسقط عنه الضمان وهذا كما أنه إذا
اختلف المتبايعان في قدم العيب وحدوثه وصدقنا البائع بيمينه السابقة
والله أعلم (وقوله) في الكتاب في أول الفرع إذا جرى لفظ الحوالة إلى
قوله فقولان يتضمن الصورتين جميعاً فعلى رأى يتبع فيهما ظاهر اللفظ
وعلى رأى يصدق من أخبر عن نيته وارادته أما في طرف الايجاب أو
القبول ويجوز أن يعلم قوله فقولان بالواو كما سبق عن القاضى الحسين

(والاخرى) من طريق حاتم بن حريث كلاهما عن ابي امامة وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه وقد وثقه عثمان الدارمي (تنبيه) أكثر الفاظهم العارية مؤداة وفي لفظ بعضهم زيادة والمنيحة مردودة ولم أره عندهم بلفظ العارية مردودة كما كرره المصنف ووقع في بعض النسخ عن ابي قتادة بدل ابي امامة وهو من تحريف النسخ وقد رواه ابن ماجه والطبراني في مسند الشاميين من طريق سعيد بن ابي سعيد عن انس وأخرجه ابن عدي من حديث ابن عباس في ترجمة اسماعيل بن زياد السكوني وضعفه ورواه أبو موسى المديني في الصحابة من طريق سويد بن حيلة وقد قال الدار قطني لا تصح له صحبة وحديثه مرسل قال وبعضهم يقول له صحبة ورواه الخطيب في التلخيص من طريق بن لهيعة عن عبد الله بن حبان النبي عن رجل عن آخر منهم قال انى لتحت ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم بصيبي لعابها ويسيل على جرنها حين قال فذكره * (2) (حديث) ابي سعيد كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم من دين قالوا نعم درهمان قال صلوا على صاحبكم فقال على يا رسول الله هما على وأنا لهما ضامن فقام فصلى عليه ثم أقبل على على وقال جزاك الله عن الاسلام خيرا

[357]

وروي أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال هل على صاحبكم من دين قالوا نعم ديناران فقال أبو قتادة رضى الله عنه هما على يا رسول الله فصلى الله النبي صلى الله عليه وسلم (1) ثم نقل العلماء أن هذا كان في أول الاسلام ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم بصلى على من لم يخلف وفاء من المديونين لان صلاته صلى الله عليه وسلم شفاعة موجبة للمغفرة ولم يكن حينئذ في الاموال سعة فلما فتح الله الفتوح قال النبي صلى الله عليه وسلم أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم (2)

وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. الدار قطني والبيهقي من طرق باسانيد ضعيفة وفي آخره مامى مسلم فك رهان أخيه الا فك الله رهانه يوم القيمة وفي جميعا أن الدين كان دينارين وفيه زيادة فقال بعضهم هذا لعل خاصة أم للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة (تنبيه) وضح أن قوله درهمان وهم لكن وقع في المختصر بغير اسناد أيضا درهمان * (قوله) وجاء في رواية أن عليا لما قضى عنه دينه قال الآن بردت عليه جلده (قلت) المعروف أن ذلك قيل لابي قتادة كما سيأتي * (1) (حديث) أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلى عليها فقال هل على صاحبكم من دين فقالوا نعم ديناران فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله قال فصلى عليه صلى الله عليه وسلم البخاري من حديث سلمة بن الاكوع مطولا وفيه أن الدين كان ثلاثة دنانير ورواه احمد وأبو داود والنسائي وابن حبان من حديث جابر وفيه أن الدين كان دينارين وزاد أحمد الدار قطني والحاكم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له لما قضى دينه الآن بردت عليه جلده وفي رواية قبره ورواه النسائي والترمذي وصححه من حديث ابي قتادة بدون تعيين الدين ابن ماجه واحمد وابن حبان من حديثه بتعيينه سبعة عشر درهما وفي رواية لابن حبان ثمانية عشر وروي ابن حبان أيضا من حديث ابي قتادة أن الدين كان دينارين وروي في ثقانه ؟ من حديث ابي امامة نحو ذلك وابهم الغائل قال فقال رجل من القوم أنا أقصيهما عنه * (قوله) وفي رواية أنه لما ضمن أبو قتادة الدينارين عن الميت قال النبي صلى الله عليه وسلم هما عليك حق الغريم وبرئ الميت قال نعم فصلى عليه رواه الدار قطني بنحوه والبيهقي بلفظه وفي آخره عنده لأن بردت عليه جلده * (2) (قوله) ثم نقل العلماء أن هذا كان في أول الاسلام فلما فتح الله الفتوح قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم سيأتي واضحا من حديث ابي هريرة وهو عند احمد في حديث جابر المتقدم

[358]

ونقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته (من خلف مالا أو حقا فلورثته ومن خلف كلا أو دينا فكله إلى ودينه علي قيل يا رسول الله وعلى كل امام بعدك قال وعلى كل امام بعدى) (1) وقد ضمن حجة الاسلام مسائل الضمان في باين (أحدهما) في أركان صحة الضمان (والثاني) في أنه إذا صح فما حكمه وهذا ترتيبه في أغلب الابواب (أما) الاركان فأولها المضمون عنه وهو الاصيل ولا يشترط رضاه لصحة الضمان وفاقا أذ يجوز اداء دين الغير بغير اذنه فالتزامه في الذمة أولى بالجواز ويدل عليه أنه يصح الضمان عن الميت ومعلوم أنه لا يتصور منه الرضا والدليل على صحته ما قدمناه من ضمان علي وأبي قتادة رضى الله عنهما ولا فرق بين أن يخلف الميت وفاء أو لا يخلف فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبحث عن ذلك وبهذا قال مالك وأحمد * وعند أبي حنيفة لا يصح الا إذا خلف وفاء أو كان به ضامن وساعدنا فيما إذا ضمن عنه في حياته ثم مات وهو معسر أنه لا يبطل الضمان وهل يشترط معرفة المضمون عنه لصحة الضمان فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يشترط كما لا يشترط ليعرف حاله ولأنه هل يستحق اصطناع المعروف إليه وهذا أما أورده الصيدلاني (وأصحهما) أنه لا يشترط كما لا يشترط رضاه * وأعلم أن الشافعي رضى الله عنه قال في مسألة ضمان الميت ولو ضمن دين ميت بعد ما تعرفه وتعرف لمن هو فالضمان في ذلك لازم واختلفوا فيما يعودالها إليه في قوله بعد ما يعرفه بحسب اختلافهم في اشتراط معرفة المضمون عنه فمن شرطها قال هي عائدة إلى الميت المضمون عنه ومن لم يشترطها قال هي عائدة إلى الدين إذ لا بد

(1) (قوله) ونقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته من خلف مالا أو حقا فلورثته ولمن خلف كلا أو دينا فكله إلى ودينه علي قيل يا رسول الله وعلى كل امام بعدك قال وعلى إمام بعدى صدر هذا الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي هريرة ومن قوله قيل يا رسول الله إلى آخره سبق المصنف إلى ذكره القاضي حسين والامام والغزالي وقد وقع معناه في الطبراني الكبير من حديث داذان عن سلمان قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقدي سبايا المسلمين ونعطي سائلهم ثم قال من ترك مالا فلورثته من ترك دينا فعلى وعلى الولاة من بعدى من بيت مال المسلمين وفيه عبد الغفار بن سعيد الانصاري متروك ومتهم أيضا

[359]

من معرفة جنسه وقدره وهو الصحيح ويدل على أنا أبا بكر الفارسي نقل هذا النص بعينه في عيون المسائل وأنه قال في توجيهه لأنه عرف ما ضمنه ولمن ضمنه * قال (الركن الثاني المضمون له وفي اشتراط معرفته وجهان * فان شرطت ففي اشتراط رضاه وجهان * فان شرط ففي اشتراط قبوله وجهان * وهذا لان الضمان تجديد سلطة له لم تكن فلم يجز الا بآذنه بخلاف المضمون عنه) * المضمون له هو مستحق الدين وفي اشتراط معرفته وجهان (أحدهما) أنه لا يشترط لأنه لم يقع التعرض والبحث عنه في ضمان علي وأبي قتادة رضى الله عنهما (أصحهما) أن لا بد أن يعرف الضامن لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديدا وتسهيلا والاعراض تختلف بذلك والضمان مع اهماله غرر وضرر من غير ضرورة وعلى هذا ففي اشتراط رضاه وجهان (قال) الاكثرون لا يشترط لان الضمان محض التزام وليس موضوعا على قواعد المعاقبات وقال صاحب الافصاح والقاضي ابن كج يشترط لان الضمان يحدد له سلطنة

وولاية لم تكن ويبعد أن يملك بتمليك الغير شيئا من غير رضاه وبهذا قال أبو حنيفة الا أنه قال لو التمس المريض من الورثة أن يضموا دينه فأجابوا صح وان لم يرض المضمون له (وإذا قلنا) باشتراط رضاه ففي اشتراط قبوله وجهان (وجه) الاشتراط أنه يملك في مقابلة تمليك الضامن فيعتبر فيه القبول كسائر التمليكات والتملكات (والاصح) أنه لا يشترط وفرقوا بينه وبين سائر التملكات بأن الضمان لا يثبت ملك شئ جديد وإنما يتوثق به الدين الذي كان ممولكا وهذا يشكل بالرهن فإنه لا يفيد الا التوثيق ويعتبر فيه القبول وعن الشيخ أبي محمد تقريب هذا الخلاف من الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة لان كل واحد منهما يحدد سلطة لم تكن فان شرطنا القبول فليكن بينه وبينه وبين الضمان مثل ما بين الايجاب والقبول في سائر العقود وإن لم نشترط فيجوز أن يتقدم الرضي على الضمان وان تأخر عنه فهو اجازة أن جوزنا وقف العقود ذكره الامام وفرع على قولنا لا يشترط رضاه فقال إذا ضمن بغير رضاه فينظر إن ضمن بغير اذن المضمون عنه فالمضمون له بالخيار ان شاء طالب الضامن

[360]

وان شاء تركه وان كان الضمان باذنه فحيث قلنا يرجع الضامن على المضمون عنه يتخير المضمون له على قبوله لان ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه وحيث قلنا لا يرجع فهو كما لو قال لغيره أد ديني ولم يشترط الرجوع وقلنا انه لا يرجع وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول فيه وجهان بناء على أن المؤدى يقع فداء أو موهوبا ممن عليه الدين (ان قلنا) بالثاني لم يكن له الامتناع وهو الاشهر هذا بيان الخلاف في اشتراط معرفة المضمون له دون معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبين الضامن وزاد الامام وجها رابعا وهو اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له وفي طريقة الصيدلاني ما يقتضيه وهو غريب * قال (الركن الثالث الضامن ويشترط فيه صحة العبارة وأهلية التبرع * ويصح (م) ضمان الزوجة دون اذن الزوج * وفي ضمان الرقيق دون اذن السيد وجهان * فان صح فيتبع به إذا عتق * فان ضمن بالاذن فيتعلق بكسبه في وجه * ولا يتعلق به في وجه ويفرق بين المأذون في التجارة وغيره في وجه) * ضبط من يصح ضمانه بان يكون صحيح العبارة أهلا للتبرع (أما) صحة العبارة فيخرج عنه الصغير والمجنون والمغمى عليه والمبرسم الذي يهذى فلا يصح ضمانهم كسائر التصرفات ولو ضمن ضامن ثم قال كنت صيبا يوم الضمان وكان محتملا فالقول قوله مع يمينه وكذا لو قال كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق أو أقام عليه بينة والا فالقول قول المضمون له مع يمينه وفي ضمان السكران الخلاف في سائر تصرفاته لا يصح ضمانه والاخراس الذي أشارته مفهومه والاخراس الذي ليست له إشارة مفهومة يصح ضمانه بها كبيعها وسائر تصرفاته وعن أبي الحسين أن من الاصحاب من ابطله وقال لا ضرورة إلى الضمان بخلاف سائر التصرفات ولو ضمن بالكتابة فوجهان سواء أحسن الإشارة أم لا (اظهرهما) الصحة وذلك عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود ويجرى الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات (وأما) أهلية التبرع فإنه قصد بها التحرز عن المحجور عليه بالسفه ونحافيه نحو الامام بحيث قال المحجور عليه وان كان تصح عبارته عند اذن وليه فضمانه مردود من قبل أنه تبرع وتبرعات المبرم مردودة ولا يصح من الولي الاذن فيها * واعلم أن القول بكون الضمان تبرعا إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع فاما حيث ثبت فهو اقراض لا محض تبرع وبدل

عليه ان القاضي الرواباني حكى في البحره عن نص الشافعي رضى الله عنه انه إذا ضمن في مرض الموت بغير اذن من عليه الحق فهو محسوب من ثلثه وان ضمن باذنه فهو محسوب من رأس المال لان للورثة ان يرجعوا على الاصيل وهو وان لم يكن تبرعا فلا يصح من المحجور كالبيع وسائر التصرفات المالية فان اذن فيه الولي فليكن كما لو اذن في البيع (أما) المحجور عليه بالفلس فضمانه كشرائه ثم في الفصل مسألتان (إحدهما) ضمان المرأة صحيح خلية كانت أو مزوجة ولا حاجة إلى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وعن مالك انه لا بد من اذنه (الثانية) في ضمان العبد بغير اذن سيده مأذونا كان في التجارة أو لم يكن وجهان عن ابن سريج (أحدهما) وبه قال ابو اسحاق انه صحيح ويتبع به بعد العتق لانه لا ضرر فيه على السيد فصار كما لو أقر باتلاف مال وكذبه السيد (وأصحهما) وبه قال الاصطخري انه باطل لانه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وان ضمن باذن سيده صح ثم ان قال اقضه مما تكتسبه أو قال للمأذون اقضه من المال الذي في يدك قضى منه وان عين مالا أمر بالقضاء منه فكمثل وان اقتصر على الاذن في الضمان فان لم يكن العبد مأذونا له في التجارة فوجهان (أحدهما) انه يكون في ذمته إلى أن يعتق لانه انما اذن في الالتزام دون الاداء (وأضهرهما) انه يتعلق بما يكتسبه بعد الاذن كما لو اذن له في النكاح يتعلق المهر باكتسابه وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه غريب انه يتعلق برقبته وان كان مأذونا له في التجارة فيتعلق بدمته أم كيف الحال فيه وجهان رتبهما الامام على الوجهين في غير المأذون واولى بان لا يحال على الذمة لاشعار ظاهر الحال بخلافه وعلى هذا فيتعلق بما يكتسبه من بعد اذنه وبما في يده من الربح الحاصل أم بهما وبرأس المال أيضا فيه وجوه أشبهها الثالث والوجه التي وردهما صاحب الكتاب فيما إذا ضمن بالاذن تخرج من الترتيب الذي أشار إليه الامام فعلى رأى إن كان مأذون له تعلق بكسبه والا لم يتعلق الا بالذمة وحيث قلنا يؤدي مما في يده فلو كان عليه ديون ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج (أحدهما) أن المضمون له يشارك الغرماء لانه دين لزم باذن المولى فاشبهه سائر الديون (والثاني) أن الضمان لا يتعلق بما في يده أصلا لانه كالمرهون بحقوق الغرماء (والثالث) أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين

وهذا إذا لم يحجز القاضي عليه فان حجز باستدعاء الغرماء لم يتعلق الضامن بما في يده لا محالة والمدبر وأم الولد كالقن في الضمان وكذا من بعضه حر وبعضه رقيق وان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة أو كانت وضمن في نوبة السيد وان لم يكن بينهما مهايأة كما لو اشترى بنفسه شيئا ويجوز ان يخرج على الخلاف في المؤمن والاكساب النادرة أنها هل تدخل في المهايأة وضمان المكاتب بغير إذن السيد كضمان القن وبالاذن قالوا هو علي الخلاف في تبرعاته * (فرع) إذا ضمن العبد باذن السيد وأدى مال الضمان في رقه فحق الرجوع للسيد وان أداه بعد ما عتق فحق الرجوع لعبد في أصح الوجهين ووجه الثاني أن مال الضمان كالمستتني عن اكتسابه فلا يستحقها بالعتق ولو ضمن العبد شيئا لسيدة عن أجنبي لم يصح لانه يؤديه

من كسبه وكسبه لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه ولو ضمن لاجنبي عن سيده فإذا لم ياذن السيد فهو كما لو ضمن عن اجنبي وان ضمن باده صح ثم ان أدى قبل العتق فلا رجوع له وان أدى بعده ففي رجوعه على السيد (وجهان) بناء على الوجهين فيما لو أجر عبده ثم أعتقه ففي أثناء المدة هل يرجع باجرة المثل لبقية المدة * قال (الركن الرابع المضمون به وشرطه أن يكون حقا ثابتا (م ح و) لازما (م ح و) معلوما (م ح و) واحترزنا بالثابت عن ضمان دين سيلزم ببيع أو قرض بعده فانه لا يصح (م ح) في الجديد وفي ضمان ما سبق سبب وجوبه ولم يجب كنفقة الغد للمرأة قولان في الجديد * وضمن العهدة للمشتري صحيح (و) بعد قبض الثمن لاجل الحاجة إلى معامل الغرباء وكذلك ضمان نقصان الصنعة ورداءة الجنس في المبيع * وفي صحة ضمان عهدة تلحق بالعيب أو بالفساد من جهة أخرى لا بخروجه مستحقا وجهان * فان صح صريحا ففي اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة وجهان) * يشترط في الحق المضمون ثلاث صفات كونه ثابتا ولازما ومعلوم الصفة (الاولى) الثبوت وفيه

[363]

مسائل (إحداها) إذا ضمن دينا لم يجب بعد ويستحب كقرض أو بيع وما أشبههما ففيه طريقان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (وأشهرهما) وبه قال ابن سريج أنه على قولين (القديم) أنه يصح لانه قد تمس الحاجة إليه وهذا كما أنه جوز في القديم ضمان نفقة يوم المستقبل ؟ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك (والجديد) المنع وبه قال أحمد لان الضمان لو تبعه الحق فلا يسبق وجوب الحق كالشهادة (والثاني) وهو اختيار الشيخ أبي حامد القطع بالمنع وبخالف ضمان النفقة على القديم تجب بالعقد فضمنها ضمان واجب لا غير واجب والمذكور في الكتاب هو الطريقة الاولى ويجوز اعلام قوله على الجديد بالواو للثانية واعلام قوله لا يصح بالحاء والميم لما ذكرنا وذكر الامام أمورا مفرعة على القديم (أحدها) إذا قال ضمنت لك ما تبع من فلان فباع الشيء بعد الشيء كان ضامنا لكل لان (ما) من أدوات الشرط فتقتضى التعميم بخلاف ما إذ قال إذا بعث من فلان فانا ضامن من حيث لا يكون ضامنا الا ثمن ما باعه أولا لان (إذا) ليست من أدوات الشرط (الثاني) إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهنا أولى والا فوجهان وكذا معرفة المضمون عنه (الثالث) لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدين على الاصيل وليست له الرجوع بعد لزومه (وأما) قبله فعن ابن سريج أن له أن يرجع وقال غيره لا لان وضع الضمان على اللزوم (وإذا قلنا) بالجديد فلو قال أقرض فلانا كذا وعلى ضمانه فاقرضه قال القاضى الرويانى في المذهب أنه لا يجوز وعن ابن سريج تجوزة لانه ضمان مقرون بالقرض (المسألة الثانية) ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة صحيحة سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين وكذا ضمان الادام ونفقة الخادمة وسائر المؤن ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل لانها تجب بطلوع الشمس وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين (ان قلنا) بالاول وهو القديم صح (وان قلنا) بالثاني فلا وهو الاصح هكذا نقل عامة الاصحاب وأشار الامام إلى أنه على قولين مع تفرعنا على أن ضمان ما لا يجب باطل لان سبب وجوب النفقة على تعاقب الايام ناجز

وهو النكاح وهذا ما أورده المصنف وقال وفي ضمان ما سبق سبب وجوبه ولم يجب إلى آخره وفيه اشكال لان سبب وجوب النفقة إما النكاح أو التمكين في النكاح ان كان الاول فالنفقة واجبة فكيف قال ولم يجب وان كان الثاني فالسبب غير موجود ويجوز أن يقال في الجواب المراد من سبب الوجوب ههنا ما تقرر به الوجوب بل المراد منه الأمر الذي إذا وجد استعقب الوجوب ظاهرا عند وجود أمر آخر وبيان ذلك بأنهم نقلوا قولين فيما إذا ضمن أرش الجناية وما يتولد منها ومعلوم أن الجناية ليست سببا لما يتولد منها الا على هذا التفسير اما عند قولنا سبب الوجوب النكاح والتمكين فنعنى به ما يقترن به الوجوب فإذا جوزنا ضمان نفقة المستقبل فله شرطان (أحدهما) أن يقدر مدة أما إذا أطلق لم يصح فيما بعد الغد وفيه وجهان أحدا من الخلاف فيما إذا قال أشرت كل شهر بدرهم ولم يقدر هل يصح في الشهر الاول (والثاني) أن يكون المضمون في نفقة المعسرين وان كان المضمون عنه موسرا أو متوسطا لانه ربما يعسر وفي التثمة وجه آخر أنه يجوز ضمان نفقة الموسرين والمتوسطين لان الظاهر استمرار ماله وضمنان نفقة القريب للمدة المستقبلية لا يجوز وفي ضمان نفقة اليوم وجهان والفرق أن سبيلها سبيل البر والصلة لاسبيل الديون ولهذا تسقط بمضي الزمان وضيافة الغير (المسألة الثالثة) من باع شيئا فخرج مستحقا فعليه رد الثمن ولا حاجة فيه إلى شرط والتزام قال القفال ومن الحماقة اشتراط ذلك في العيالات (1) وان ضمن عنه ضمن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقا فهذا ضمان العهدة ويسمى ضمان الدرك ايضا (أما) ضمان العهدة فقد قال في التثمة إنما سمي به لالتزمه ما في عهدة البائع رده ويجوز أخذه من شئئين آخرين (أحدهما) قال في الصحاح يقال في الأمر عهدة أي لم يحكم بعد وفي عهدة أي ضعف فكان

الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج فيه من غرم (والثاني) قال العهدة الرجعة يقال أبيعك الملسى لعهدة أي تتلمس وينقلب فلا يرجع إلى الضامن التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة (وأما) الدرك فقد قال في الصحاح الدرك التبعة تسكن وتحرك وفي التثمة انه سمي ضمان الدرك لا لتزامه الغرامة عند إدراك المستحق من ماله وفي صحة هذا الضمان طريقان (أظهرهما) أنها على قولين (أحدهما) خرجه ابن سريج وغيره أنه لا يصح لانه ضمان ما لم يجب ولانه لا يجوز الرهن به فكذلك الكفيل (وأصحهما) وهو نصه في آخر كتاب الاقرار أنه صحيح وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد لأطباق الناس عليه وإيداعه الصكوك في جميع الاعصار والمعنى فيه أن الحاجة تمس إلى معاملة من لا يعرف من الغرماء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق فيحتاج إلى التوثق (والثاني) القلم بالصحة حكاه القاضي ابن كج عن أبي اسحق وابن القطان وأجيب عن توجيه قول المنع بانه إذا بان الاستحقاق بان ان رد الثمن كان واجبا ألا انا كنا لا نعرفه (وأما) الرهن فالكلام فيه قد مر في كتاب الرهن* (التفريغ) ان قلنا بالصحة فذاك إذا ضمن بعد قبض الثمن أما قبله فوجهان (أحدهما) الصحة لان الحاجة تدعوا إليه اذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثمن الا بعد الاستيثاق (وأصحهما) المنع لان الضمان انما يضمن ما يدخل

في ضمان البائع ويلزمه رده وقبل القبض لم يتحقق ذلك وكما يصح ضمان
العهد للمشترى يصح ضمان نقصان الصنعة للبائع بان جاء المشتري
بصنعة ووزن بها الثمن فاتهمه البائع فيها فضمن ضامن النقصان ان كانت
ناقصة وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع في أن المؤدى هل هو من
الضرب الذي يستحقه فإذا خرج ناقصا أو ردينا طالب البائع الضامن
بالنقصان وبالضرب المستحق إذا رد المقبوض على المشتري ولو اختلف
البائع والمشتري في نقصان الصنعة صدق البائع بيمينه فإذا حلف طالب
المشتري بالنقصان ولا يطالب الضامن على أقيس الوجهين لان الاصل
براءة ذمته فلا يطالب الا إذا اعترف بالنقصان أو قامت بينة عليه ولو
اختلف البائع والضامن في نقصانها فالمصدق الضامن على أصح الوجهين
لان الاصل براءة ذمته بخلاف المشتري فان ذمته كانت

[366]

مشغولة بحق البائع والاصل بقاء الشغل * واعلم أن الائمة صوروا ضمان
نقصان الصنعة والرداءة في الثمن كما أوردناه قالوا هذا الضمان للبائع
كضمان العهد للمشتري وحكى هذا صاحب الكتاب في الوسيط فاما ههنا
فانه قال وكذا ضمان نقصان الصنعة ورداءة الجنس في المبيع فصور
ضمان الرداءة في المبيع وهذا يمكن فرضه فيما إذا باع وشرط كونه من
نوع كذا فخرج المبيع من نوع أردأ منه ثبت للمشتري الخيار والرجوع بالثمن
وإذا ضمن ضامن كان له الرجوع على الضامن أيضا وكذا نقصان الصنعة
يمكن تصوير ضمانه في المبيع بان باع بشرط أنه كذا منا فانه إذا خرج دونه
يبطل المبيع على قول ويثبت للمشتري الخيار على قول كما مر فإذا ضمنه
ضامن رجع بالثمن عليه وفي صورتين يكون الضمان للمشتري كضمان
العهد ولو ضمن عهدا الثمن لو خرج المبيع معيبا فرده أو بان فساد المبيع
بسبب غير الاستحقاق لتخلف شرط معتبر في المبيع واقتران شرط فاسد
ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يصح (أما) في خروجه معيبا فلان وجوب رد
الثمن على البائع ههنا بسبب حادث وهو الفسخ فالظمان سابق عليه
فيكون ظمان ما لم يجب (وأما) في ظهور الفساد بغير الاستحقاق فلان
هذا الضمان انما جوز للحاجة وانما تطهر الحاجة في الاستحقاق ولان
التحرز عند ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد
ممكن (والثاني) يصح لان الحاجة قد تمس إليه أيضا في معاملة الغرماء
ومن لا يوثق بالظفر به كما تمس إلى الضمان بسبب الاستحقاق وذكر في
التتمة أن المذهب هو الوجه الاول لكن أصحابنا العراقيين أجابوا بالثاني
ورواه عن ابن سريج ونفى صاحب البيان الخلاف فيه (فان قلنا) بالصحة
إذا ضمن ذلك صريحا فقد حكى الامام وصاحب الكتاب وجهين في اندراج
تحت مطلق ضمان العهد ونحن تجمع ما يطالب به ضامن العهد في فصل
محتوش بفصلين وبضمن ثلاثتها بقية مسائل الباب * (فصل أول) من
الفاظ هذا الضمان أن تقول للمشتري ضمننت لك عهدته أو دركه أو خلاصك
منه ولو قال ضمننت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يستقل بتخليصه بعد
ظهور الاستحقاق

[367]

ولو ضمن عهدة الثمن و خلاص المبيع معالم يصح ضمان الخلاص وفى العهدة قولا تفريق الصفة ولو شرط فى المبيع كفيلا بخلاص المبيع بطل بخلاف ما لو شرط كفيلا بالثمن ويشترط أن يكون قدر الثمن معلوما للضامن فان لم يكن فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوما فى المراجعة ويجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقا بعد تسليم المسلم فيه وقبله لا يجوز فى أصح الوجهين ولايجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقا لان المسلم فيه فى الذمة والاستحقاق لا يتصور فيه وإنما يتصور فى المقبوض وحينئذ يطالب المسلم بمثله لا برأس المال * (فصل ثان) إذا ظهر الاستحقاق فالمشترى يطالب من شاء من البائع والضامن ولا فرق فى الاستحقاق بين أن يخرج معصوبا وبين أن يخرج شقفا قد ثبت فيه الشفقة ببيع سابق فاخذه الشفيع بذلك المبيع ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ففى مطالبة الضامن وجهان (أحدهما) يطالب كما لو خرج مستحقا (والثانى) لا للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع إلى استرداد الثمن لان السابق إلى الفهم من ضمان العهدة هو الرجوع بسبب الاستحقاق ولو خرج المبيع معيبا فرده المشتري ففى مطالبة الضامن بالثمن وجهان وأولى بان لا يطالب وبه قال المزني وابن سريج لان الرد ههنا سبب حادث وهو مختار فيه فاشبه ما إذا فسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايلا وهذا إذا كان العيب مقرونا بالعقد أما إذا حدث فى يد البائع بعد العقد ففى التتمة انه لا يطالب الضامن بالثمن وجها واحد لانه لم يكن سبب رد الثمن مقرونا بالعقد ولم يوجد من البائع تفريط فيه وفى العيب الموجود عند البيع سبب الرد مقرونا بالعقد والبائع مفرط بالاخفاء وما لحق بالاستحقاق على رأى المبيع قبل القبض وبعد قبض الثمن وانفسخ العقد فهل يطالب الضامن بالثمن إن قلنا انه ينفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا من حينه كالرد بالعيب ولو خرج بعض المبيع مستحقا ففى صحة البيع فى الباقي قولا تفريق الصفقة ان قلنا يصح فاختر المشتري إن قلنا يختر بجميع

[368]

الثمن لم يطالب الضامن بشئ وان قلنا يختر بالحصة طالبه بحصة المستحق من الثمن وان فسخ طالب بحصة المستحق من الثمن ومطالبته بحصة الباقي من الثمن كمطالبته عند الفسخ بالعيب وان قلنا لا يصح ففى مطالبته بالثمن طريقان (أحدهما) انه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه (والثانى) القمع بتوجيه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق وهذا كله فيما إذا كانت صيغة الضمان شيئا مما ذكرنا فى الفصل الاول اما إذا كان قد عين جهة الاستحقاق فقال ضمننت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقا لم يطالب بجهة أخرى * (فصل ثالث) اشترى أرضا وبنى فيها أو غرس ثم خرجت مستحقة وقلع المستحق البناء والغراس فهل يجب ارش النقصان على البائع وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا فيه خلاف مذكور فى الكتاب فى آخر الغصب والظاهر وجوبه وهو الذى حكاه القاضى أبو القاسم الصيمري عن الشافعي رضى الله عنه فى علل الشروط * وحكى عن أبى حنيفة ان كان البائع حاضرا رجع المشتري بقيمة البناء والغراس عليه قائما ثم المستحق ان شاء أعطى البائع قيمته مقلوعا وان شاء أمره بقلعه وان كان البائع غائبا قال المستحق للمشتري ان شئت اعطيتك قيمته مقلوعا والا فقلعه رجع على المشتري بقيمته على البائع مقلوعا لانه سلمه إليه مقلوعا وإذا قلنا بوجوب الارش على البائع فلو ضمنه ضامن نظر ان كان قبل ظهور الاستحقاق لم يصح لانه مجهول ولانه ضامن ما ليس بواجب

وان كان بعد الاستحقاق وقبل القلع فكمثل * وقال ابو حنيفة يصح في الصورتين وان ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوما صح وان ضمن ضامن عهدة الارض وأرث نقض البناء والغراس في عقدة واحدة لم يصح في الارش وفي العهدة قولا تغريق الصفة ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلا فهو كما لو شرط في البيع رهنا فاسدا وذكر جماعة من الاصحاب أن ضمان نقض البناء والغراس كما لا يصح من غير البائع لا يصح من البائع وهذا ان أريد به أنه لغو كما لو ضمن العهدة لوجوب الارش عليه من غير الزام فهو مستمر على ظاهر المذهب والا فهو ذهاب منه إلى أنه لا أرش عليه والله أعلم *

[369]

قال (واحترزنا باللازم عن نجوم الكتابة فلا يصح ضمانها * ويصح (و) ضمان الثمن في مدة الخيار إذ مصيره إلى اللزوم * وفي ضمان الجعل في الجعالة (وجهان) * (الصفة الثانية) اللزوم في الديون والديون الثابتة ضربان (أحدهما) مالا مصير له إلى اللزوم بحال مثل نجوم الكتابة فلا يصح ضمانها كما لا يصح الرهن بها هذا هو المشهور وفيه وجه أنه يصح وبه قال أبو حنيفة ومم أحد هذا الوجه عن الشيخ أبي محمد أن ابن سريج خرجه على ضمان ما لم يجب ووجد سبب وجوبه وذكر القاضي ابن كج أنه مأخوذ من تجويز ضمان الجعل في الجعالة على أحد الرأيين ولو ضمن انسان عن المكاتب عين نجوم الكتابة نظر ان ضمنه لاجنبي صح وإذا عزم رجع على المكاتب إذا كان الضمان بآذنه وان ضمنه لسيده يبني ذلك على أن الدين هل يسقط بعجزه وهو على وجهين (إن قلنا) نعم لم يصح الضمان للنجوم في الاصح (والضرب الثاني) ماله مصير إلى اللزوم فينظر ان كان لازما في حال الضمان صح ضمانه سواء كان مستقرا أو لم يكن كالمهر قبل الدخول والتمن قبل قبض المبيع لحاجة التوثيق ولا نظر إلى احتمال سقوطه كما لانظر إلى احتمال سقوط المستقر بالابراء والرد بالعيب وما أشبههما وان لم يكن لازما حال الضمان فهو على قسمين (أحدهما) ما الاصل في وضعه اللزوم كالتمن في مدة الخيار في ضمانه وجهان (أحدهما) المنع لانه ليس بلازم (وأصحهما) وقد قطع به بعضهم الجواز لانه ينتهي إلى اللزوم بنفسه عن قريب فيحتاج فيه إلى التوثيق ثم فيه نظران (أحدهما) أن الخلاف على ما ذكره صاحب التتمة مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أولهما أما إذا كان للبائع وحده صح ضمانه بلا خلاف لان الدين لازما في حق من عليه (والثاني) اشار الامام إلى ان تصحيح الضمان مفرغ على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع (أما) إذا منعه فهو ضمان ما لم يثبت بعد وقد ذكر مثل هذا الاستدراك في الرهن على ما مر (والثاني) ما الاصل في وضعه الجواز كالجعل في الجعالة فيه وجهان كما ذكرنا في صحة الرهن به وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه على ما بيناه ثم وضمان مال المسابقة يبني على انها جعالة أو إجارة ان كان إجارة صح والا فهو كضمان الجعل *

[370]

قال (واحترزنا بالمعلوم عن ضمان المجهول وهو باطل (ح) على الجديد * وكذلك الابراء (ح) عن المجهول * والصحيح جواز ضمان ابل الدية كما يجوز الابراء عنها * ولو قال ضمننت من واحد إلى عشرة فاشهر القولين الصحة) * (الصفة الثالثة) كونه معلوما وفيها صور (احداها) في ضمان المجهول طريقان كالمطريقين المذكورين في ضمان ما لم يجب ووجه الجديد أنه اثبات مال في الذمة يعقد فأنشبه البيع والاجارة (وإذا قلنا) بالقديم وبه قال أبو حنيفة ومالك فالشرط أن تتأى الاحاطة به بأن يقول أنا ضامن لثمن ما بعث من فلان وهو جاهل به فان معرفته متيسرة (أما) إذا قال ضمننت لك شيئا مما لك على فلان فهو باطل لا محالة والقولان في صحة ضمان المجهول جاريان في صحة الابراء عن المجهول بطريق الاولى لان الضمان التزام والابراء اسقاط وذكروا في الابراء مأخذين (أحدهما) الخلاف في صحة شرط البراء من العيوب فان العيوب مجهولة الانواع والاقدار (والثاني) أن الابراء محض اسقاط كالاتفاق أو هو تملك للمديون مافى ذمته ثم إذا ملكه سقط وفيه رأيان (ان قلنا) اسقاط صح الابراء عن المجهول وهو قول أبي حنيفة ومالك (وان قلنا) تملك لم يصح وهو ظاهر المذهب وخرجوا على هذا الاصل مسائل (منها) لو عرف المشتري قدر الدين ولم يعرف المبرأ عنه وسنذكره في الوكالة فان في الكتاب تعرضا له هناك (ومنها) لو كان له دين على هذا ودين على هذا فقال أبرأت أحدكما (ان قلنا) انه اسقاط صح وأخذ بالبيان (وان قلنا) تملك لم يصح كما لو كان في يد كل واحد منهما عبد فقال ملكت أحدهما العبد الذي في يده (ومنها) لو كان لابييه دين على انسان فأبرأه هو ولا يعلم موت مورثه (وان قلنا) انه اسقاط صح كما لو قال لعبد أبيه اعنتك هو يعلم موت الاب (وان قلنا) تملك فهو كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي وهو ميت (ومنها) أنه لا يحتاج إلى القبول ان جعلناه اسقاطا وان جعلناه تملكنا فنص ابن سريج انه لايد من القبول وظاهر المذهب أنه لا حاجة إليه لانه ان كان تملكنا فالمقصود منه الاسقاط وقد نص على هذا في كتاب

[371]

الايمان فان اعتبرنا القبول ارتد بالرد وان لم نعتبره ففي ارتداده بالرد وجهان وهذه المسائل مخرجة على المأخذ المذكور أوردها صاحب التتمة مع اخوات لها واحتج للرأي الذاهب إلى كونه تملكنا بأنه لو قال للمديون ملكتك مافى ذمتك صح وبرئت ذمته عن غير نية وقرينة ولو لا أنه تملكنا لافتقر إلى نية أو قرينة كما إذا قال لعبدك ملكتك رقتك أو لزوجته ملكتك نفسك يحتاج إلى النية * (فرع) لو جاء المغتاب إلى من اغتابه فقال انى اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فوجهان (أحدهما) انه يبرأ لان هذا اسقاط محض فصار إذا كما عرف أن عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفي عن القصاص يصح (والثاني) لان المقصود حصول رضاه والرضا بمجهول لا يمكن وتخالف مسألة القصاص لان العفو على القصاص مبني على التغليب والسراية واسقاط المظالم غير مبني عليه (الصورة الثانية) ضمان أروش الجنائيات صحيح ان كان دراهم أو دنائير وفي ضمان ابل الدية إذا لم تجوز ضمان المجهول وجهان ويقال قولان (أحدهما) المنع لانها مجهولة الصفة واللون (والثاني) انه صحيح أيضا لانها معلومة السن والعدد والرجوع في اللون والصفة إلى غالب ابل البلد ولان الضمان تلو الابراء والابراء عنها صحيح فكذا الضمان وهذا الاظهر ومنهم من قطع به ثم إذا كان الضمان بحيث يقتضى الرجوع فيرجع بالحيوان أو بالقيمة قال الامام لا يمتنع ان يجرى فيه الخلاف

المذكور في اقراض الحيوان ولايجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة لانها غير ثابتة بعد (الثالثة) إذا منعنا ضمان المجهول فلو قال ضمنت مالك على فلان من درهم إلى عشرة ففيه قولان على ما رواه الغزالي والصيدلاني ووجهان على ما رواه الامام وآخرون (أحدهما) أنه لا يصح لما فيه من الجهالة (وأظهرهما) الصحة لان المنع من ضمان المجهول لما فيه من الغرر وإذا ثبتت الغاية الملتزمة فقد وطن نفسه عليها وانتقي الغرر (وإذا قلنا) بالصحة وكان له عليه عشرة أو أكثر يلزمه عشرة ادخالا للطرفين في الملتزم أو ثمانية اخراجا لهما أو تسعة ادخالا للطرف الاول لانه مبدأ الا لتمام فيه أوجه سيعود مثلها في

[372]

الاقرار قال في التهذيب والاصح الاول ولو قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح وكان ضامنا لثمانية وان لم يعرف ففي صحته في الثمانية قولان أو الوجهان ولو قال ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان وهو لايعرف مبلغها فهل يصح في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال فيه وجهان كما لو قال أجرتك كل شهر بدرهم هل يصح في الشهر الاول وهذه المسائل بعينها جارية في الابرار فإذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله في أول الركن ثابتا لازما معلوما ينتظم أعلام ثلاثتها - بالحاء والميم والواو - وأنه يدخل في الضبط المذكور في الزكاة فيجوز ضمانها عن هي عليه وفي تجربة الروياني ذكر وجه آخر أنه لا يجوز لانها حق الله تعالى فاشبه الكفالة بنذب الشاهد لاداء الشهادة وعلى الصحيح هل يعتبر الاذن عند الاداء قال فيه وجهان (أظهرهما) الاعتبار ويجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمم كالاموال * قال (ويصح و) كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة أو عبد أبق أو من عليه عقوبة لأدمي على الاظهر لانه حق كالدين فلا يشترط كونه مالا * وكذلك ضمان عين المعصوب والمبيع * وكل ما يجب مؤنة تسليمه دون الوديعة والامانات * وتصح كفالة البدن ممن ادعى عليه وان لم تقم عليه البينة بالدين إذ الحضور مستحق عليه * ومعناها الزام احضاره وتصح الكفالة ببدن الميت إذ قد يستحق احضاره لاداء الشهادة (على صورته) * الكلام في هذا الموضع إلى آخر الركن في كفالة البدن وتسمى كفالة الوجه أيضا وأما أوردها في هذا الموضع لاستعنائها عن المضمون فان الشئ المضمون قد يكون حقا على الشخص وقد يكون نفس الشخص ولفظ الكتاب في أول الباب عند ذكر الاركان في بعض النسخ وهي ستة وذلك على عد كفالة البدن ركننا برأسها وكذلك أورد في الوسيط ركن الصيغة هو الركن السادس وفي بعض النسخ وهي خمسة وركن الصيغة هو الركن الخامس وهذا أحسن * وفقه الفصل أن الشافعي رضى الله عنه نص في أكثر المواضع على أن كفالة البدن صحيحة وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله وذكر في الدعوى والبيئات أن كفالة البدن ضعيفة وللأصحاب طريقتان (أشهرهما) وبها قال

[373]

المزني وأبو إسحق أن فيها قولين (أصحهما) الصحة لاطباق الناس عليها في الاعصار ومساس الحاجة إليها (الثاني) المنع لانها ضمان ما لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه (والثانية) القطع بالصحة وحمل ما ذكره في الدعاوى على ضعفها من جهة القياس ويتفرغ على القول بصحتها مسائل وتفرعات يشتمل الفصل منها على مسألتين (إحدهما) فيمن يتكفل ببدنه وتجاوز الكفالة ببدن من عليه مال ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال لان الكفالة بالبدن لا بالمال وفيه وجه أنه يشترط بناء على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه ويشترط أن يكون ذلك المال بحيث لو ضمنه لصح حتى لو تكفل انسان ببدن المكاتب للنجوم التي عليه لم يصح لانه لو ضمن النجوم لم يصح فالكفالة بالبدن للنجوم أولى أن تصح ذكره العراقيون وغيرهم (أما) إذا كان عليه عقوبة فينظر ان كانت من حقوق الأدميين كالقصاص وحد القذف فقد نص في اللعان أنه لا يضمن رجل في حد ولا لعان وعن نقل المزني في الجامع الكبير أنه قال تجوز الكفالة بمن عليه حق أوحد واختلف الاصحاب فيه على طرق (أظهرها) ويحكي عن ابن سريج أنه على قولين (أحدهما) الجواز لانه حق لازم فاشبه المال ولان الحضور مستحق عليه فجاز التزام احضاره (والثاني) المنع لان العقوبات مبنية على الدفع فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسعها وعن الشيخ أبي حامد بناء القولين على أنه إذا مات المكفول ببدنه هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين (ان قلنا) نعم لم تصح الكفالة ههنا لانه لم يمكن مؤاخذه بما عليه (وان قلنا) لاصحت كما لو تكفل ببدن من عليه مال وقضية هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظهر وهو اختيار القفال وصاحب الكتاب وادعى القاضى الرويانى أن المذهب المنع (والطريق الثاني) القطع بالجواز وحمل ما ذكره في اللعان على الكفالة بنفس الحد (والثالث) القطع بالمنع لانه لا تجوز الكفالة بما عليه فلا تجوز الكفالة ببدنه رواه القاضى الرويانى في اللعان وان كانت العقوبة من حدود الله تعالى فالمشهور أنه لا تصح الكفالة ببدنه لانها للتوثيق وحدود الله تعالى يسعى في دفعها ما أمكن وعن أبى الطيب بن سلمة وابن خيران طرد القولين فيه والخلاف في هذا الباب شبيه

[374]

بالخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى * هذا حكم من عليه مال أو عقوبة وضبط الامام والمصنف من يكفل ببدنه بما يدخل فيه هذان وغيرهما فقال حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه وبكل من يلزمه حضوره مجلس الحكم عند الاستعداد أو يستحق احضاره تجوز الكفالة ببدنه ويخرج على هذا الضبط صور (منها) الكفالة ببدن امرأة يدعى رجل زوجيتها صحيحة لان الحضور مستحق عليها وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته وقال في التتمة الظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من عليه القصاص لان المستحق عليها لا يقبل النيابة (ومنها) لو تكفل ببدن عبد أبى لمالكه عن ابن سريج أنه يصح ويلزمه السعي في رده ويحى فيه مثل ما حكيناه في الزوجه (ومنها) الميت قد يستحق احضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه وإذا كان كذلك فتصح الكفالة ببدنه ولو تكفل ببدن حى فمات فسيأتى ان شاء الله تعالى (ومنها) الصبي والمجنون قد يستحق احضارهما لاقامة الشهادة على صورتهما في الاتلافات وغيرها فتجوز الكفالة بها ثم ان كفل باذن وليهما فله مطالبة الولي باحضارهما عند الحاجة وان تكفل بغير اذنه فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير اذنه (ومنها) قال الامام لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة فالكفالة باطلة

لان من بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد في الخصومات والكفيل فرع المكفول بيده فإذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الاحضار على الكفيل واعلم أن الحق الذي تجوز بسببه الكفالة إن ثبت على المكفول بيده باقرار أو بينة فذاك وأن لم يثبت لكنه ادعى عليه فلم ينكر وسكت صحت الكفالة أيضا وإن أنكر فوجهان (أحدهما) أنها لا تصح لأن الاصل أن لاحق عليه وقد تأيد ذلك بصريح انكاره والكفالة بيدن من لاحق عليه باطلة (وأصحهما) الجواز لان الحضور مستحق عليه فجاز التزام احضاره ومعظم الكفالات في الخصومات إنما يتفق قبل ثبوت الحقوق وتجاوز الكفالة بيدن الغائب والمحبوس وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز للمعسر

[375]

ضمان المال * وقال أبو حنيفة لا يجوز ويجب أن يكون المكفول بيده معينا فلو كفل بيدن أحد هذين لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين (المسألة الثانية) في ضمان الاعيان - إذا ضمن عينا لمالكها وهى في يد غيره نظر ان كانت مضمونة عليه كالمغصوب والمستعار والمستام والامانات إذا خان فيها فله تصويران (أحدهما) أن يضمن رد أعيانها (والمشهور) تخرجه على قولى كفالة الأبدان ومنهم من قطع بالجواز مع اثبات الخلاف في كفالة الأبدان والفرق أن حضور الخصم ليس مقصودا في نفسه وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال فالتزام المقصود أولى بالصحة من التزام لذريعة وإن جوزنا وبه قيل أبو حنيفة وأحمد فردها برئ من الضمان وإن تلفت وتعذر ردها فهل عليه قيمتها فيه وجهان كالوجهين في وجوب الغرم على الكفيل إذا مات المكفول بيده فإن أوجبنا فيجب في المغصوب أقصى القيم أم قيمته يوم التلف لان الكفيل لم يكن متعبدا حتى الامام فيه وجهين ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد بيد البائع جرى الخلاف في الضمان ان صحناه وتلف انفسخ البيع فان لم يوف المشتري الثمن لم يطالب الضامن بشئ وإن كان قد وفاه عاد الوجهان في أن الضامن هل يغرم فان غرمانه فيغرم الثمن أو أقل الامرين من الثمن وقيمة لمبيع فيه وجهان (أظهرهما) أولهما (والتصوير الثاني) أن يضمن قيمتها لو تلفت قال في التهذيب يبني ذلك على أن المكفول بيده إذا مات هل يغرم الكفيل الدين (إن قلنا) نعم صح ضمان القيمة لو تلفت العين والالم يصح وهو الاصح وأيضا فان القيمة قبل تلف العين ليست بواجبة فيكون ضمان ما لم يجب وإن لم تكن مضمونة العين على صاحب اليد كلوديعة ومال الشركة والمال في يد الوكيل والوصى لم يصح ضمانها لأنها غير العين مضمونة ولا مضمون الرد وإنما الذى يجب على الامين مجرد التخلية ولو تكفل بيدن العبد الجاني حناية توجب المال فهو كما لو ضمن عينا من الاعيان (ومنهم) من جزم بالمنع والفرق أن العين المضمونة مستحقة ونفس العبد ليست بمستحقة وإنما المقصود تحصيل الارش من بدله وبدله مجهول ولو باع ثوبا بشئ أو درهم معينة فضمن ضامن عهدة المبيع حتى إذا خرج مستحقا رد عليه الثمن وهو قائم في يد البائع فهذا من صور ضمان الاعيان وإن تلف في يد البائع فضمن قيمته فهو كما لو كان الثمن في الذمة وضمن العهدة ولو رهن ثوبا من انسان ولم يقبضه فضمن رجل تسليمه لم يصح لان ضمانه ضمان ما ليس بلازم (أما) لفظ الكتاب فقد وقع في ترتيبه بعض

التغيير لا عن غفلة لكنه اكتفى بالشرح (وقوله) وتصح كفالة البدن معلم - بالواو - (وقوله) عن كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم هو الضبط الذي ذكره الامام (وقوله) على الاظهر أي في من عليه عقوبة لآدمي ولم يقصد صرف الخلاف إلى الزوجة والعبد الأبق على ما هو واضح في الوسيط كما أسلفنا فيهما ما يقتضى الخلاف فيجوز اعلام الزوجة والعبد - بالواو - (وقوله) من عليه عقوبة لآدمي يصح اعلامه - بالالف - لان أحمد لا يجوز الكفالة ببدنه (وقوله) ولا يشترط كونه ما لا ليس مسألة أخرى بل هو تنمة وايضاح لما سبق (وقوله) وكذا ضمان عين المصوب معلم - بالواو - * قال (ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي شرط أراده المستحق أو أباه الا أن يكون دونه يد جليلة مانعة فلا يكون تسليمًا * ويلزمه اتباعه في غيبته أن عرف مكانه * فان مات أو هرب أو اختفى فالصحيح انه لا يلزمه شئ * وقيل يلزمه الدين ان قامت به البينة (فان قلنا لا يلزمه شئ سوى الاحضار فلا تجوز الكفالة دون رضا المكفول ببدنه وتجاوز الكفالة ببدن الكفيل كما يجوز ضمان الضامن * فإذا مات المكفول له انتقل الحق إلى ورثته على الاظهر * ومهما حضر بنفسه برئ الكفيل كما لو أدى الاصيل (الدين) * في الفصل مسائل مفرعة على صحة الكفالة بعضها مصرح به وبعضها مشار إليه (الاولى) ان عين في الكفالة مكانا للتسليم تعين وان أطلق ففي التنمة أنه كما لو أطلق السلم ولم يعين مكان التسليم وقال الامام وغيره يحمل على مكان الكفالة ولا يجئ فيه ذلك الخلاف وسواء جاء الخلاف أم لا فالظاهر جوازه وحمله على ذلك المكان فلو أتى الكفيل بالمكفول به في غير المكان المستحق جاز قبوله وله أن يمتنع ان كان له فيه غرض بأن كان قد عين مجلس الحكم أو بقعة يجد فيها من عينه على خصمه فسلمه الكفيل في مكان آخر وان لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله فان امتنع رفعه إلى الحاكم ليستلم عنه فان لم يكن حاكم أشهد عليه شاهدين أنه سلمه إليه (الثانية) يخرج الكفيل عن العهدة

بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم طلبه المستحق أو لم يطلبه بل أباه بشرط أن لا يكون هناك حائل كيد سلطان أو متغلب وحبس الحاكم بالحق لا يمنع صحة التسليم لا مكان احضاره ومطالبته بالحق ولو حضر المقر له به وقال سلمت نفسي اليك عن جهة الكفيل برئ الكفيل كما يبرأ الضامن بإداء الاصيل الدين ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه إليه ولا أحدا من جهته حتى قال القاضي الحسين لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل وكذا لو سلمه اجنبي لا عن جهة الكفيل ولو سلمه عن جهة الكفيل فان كان بآذنه فهو كما لو سلمه بنفسه وإن كان بغير إذنه فليس على المكفول له القبول لكن لو قبل برئ الكفيل ولو كفل برجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ عن حق الآخر كما لو ضمن لشخصين دينين فأدى دين أحدهما ولو كفل رجلان لرجل فجاء به احدهما وسلمه إلى المكفول له نقل صاحب التهذيب انهما ان كفلا على الترتيب وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه سواء قال سلمت عن صاحبي أو لم يقل وان كفلا معا فوجهان قال المزني يبرأ صاحبه كما يبرأ المسلم أما إذا أدى أحد الضامنين الدين يبرأ جميعا وقال ابن سريج والاكثر لا يبرأ كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما لا

ينفك الآخر ويخالف أداء أحدهما الدين فإنه يوجب براءة الاصيل وإذا برئ الاصيل برئ كل ضامن وإن كانت المسألة بحالها وكفل كل واحد من الكفيلين بدين صاحبه ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه فعلى ما ذكره المزني يبرأ كل واحد منهما عن كفلة صاحبه وكفالة الذي كفلا به وعلى ما ذكره ابن سريج يبرأ المسلم عن كفالة صاحبه وكفالة الذي كفلا به ولما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم يبرأ أيضا بأبراء المكفول له المكفول به ولو قال المكفول له لاحق لى قبل المكفول به أو عليه فوجهان عن ابن سريج (أحدهما) أنه يبرأ الاصيل والكفيل (والثاني) أنه يراجع فإن فسر بنفى الدين فذاك وإن فسر بنفى الشركة والوديعة ونحوهما قبل قوله فإن كذابه حلف (الثالثة) إذا غاب المكفول بدينه نظر إن غاب غيبة منقطعة والمراد منها أن لا يعرف موضعه وينقطع خبره فلا يكلف الكفيل بأحضاره لعدم الامكان وإن عرف موضعه فإن كان دون

[378]

مسافة القصر فعليه إحضاره لكنه يمهل مدة الذهاب والاياب لاتباعه فإن مضت المدة ولم يحضره حبس حينئذ وإن كان على مسافة القصر فوجهان (أظهرهما) أنه كما لو كان دون مسافة القصر وكما لو كان مال المديون غائبا إلى هذه المسافة يؤمر بأحضاره (الثاني) أنه لا يطلب به الحاقا لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة كما أنه لو غاب غيبة منقطعة * ولو كان غائبا حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة وما حكينا عن الامام في كفالة من بالبصرة جواب علي أنه لا يلزم الاحضار لان الكفالة حينئذ لا فائدة فيها فتبطل ولو مات المكفول به ففي انقطاع طلب الاحضار عن الكفيل وجهان (أصحهما) انه لا ينقطع بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صورته كما لو تكفل ابتداء بدين الميت (والثاني) ينقطع حملا للاحضار الملتزم على حال الحياة فإنه الذي يخطر بالبال غالبا وهل يطلب الكفيل بمال فيه وجهان (أصحهما) لا وبه قال أبو حنيفة لانه لم يلتزمه وهذا كما لو ضمن ضامن المسلم فيه فانقطع لا يطالب برد رأس المال (والثاني) وبه قال ابن سريج ويحكي عن مالك أنه يطالب لان الكفالة وثيقة فيستوفى الحق منها إذا تعذر تحصيله ممن عليه كالرهن وعلى هذا فالمطالبة بالدين أو بالاقبل من الارش وقيمة العبد وإن هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم أو توارى فالخلاف في مطالبة الكفيل بالمال مرتب على حال الموت وأولى بأن لا يطالب إذا لم يحصل اليأس عن إحضاره ولو تكفل بدين رجل وشرط عليه أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين (فإن قلنا) إنه يغرم عند الاطلاق فلا بأس والابطلت الكفالة (الرابعة) ظاهر المذهب أن الكفالة بغير رضا الكفول به لا تصح ومنهم من قال تصح والخلاف مبنى على أن الكفيل هل يغرم عند العجز (إن قلنا) لا لم تصح لانه إذا تكفل بغير إذنه لا يمكنه إحضاره إذ لا يلزم الاجابة فلا تفضى الكفالة إلى مقصودها وإن قلنا نعم صحت وبغرم المال عند العجز فتظهر فائدة الكفالة وعن صاحب التقريب حكاية وجه أنها تصح (وإن قلنا) إنه لا يغرم عند العجز وسنبيته إن شاء الله تعالى في التفريع وتصح الكفالة

[379]

من غير رضا المكفول له ويجرى فيه الوجه المذكور في اعتبار رضا المضمون له في ضمان المال قال الامام إذا تقرر ذلك فان كفل برضا المكفول به وأراد احضاره بطلب المكفول له نظر ان قال احضر خصمى فللكفيل مطالبته بالحضور وعليه الاجابة لا بسبب الكفالة ولكن لانه قد وكله باحضاره وان لم يقل ذلك ولكن قال اخرج عن حقى فهل له مطالبته المكفول به فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا كما لو ضمن بغير اذنه مالا وطلب المضمون له الضامن فانه لا يطالب الاصيل وذكر علي هذا أنه يحبس واستبعده الائمة لانه حبس على مالا يقدر عليه (والثانى) نعم لان المطالبة بالخروج عن العهدة تضمن التوكيل والاحضار ومن هذا خرج الذى حكاه صاحب التقريب فانه إذا طالب الكفيل المكفول بالحضور فتظهر الفائدة (الخامسة) لو تكفل ببدن الكفيل كفيل جاز لانه تكفل ببدن من عليه حق لازم وكذا لو تكفل بذلك الكفيل الكفيل آخر ولا حصر كما في ضمان المال ثم مهما برئ الكفيل الاول برئ كل من بعده ولو برئ الآخر لم يبرأ من قبله ولو برئ بعض الكفلاء المتوسطين برئ من بعده دون من قبله (السادسة) في موت المكفول له ثلاثة أوجه عن ابن سريج (أظهرها) ابقاء الكفالة وقيام ورثته مقامه كما لو ضمن له المال (والثانى) أنها تنقطع لانها ضعيفة فلا نحكم بثبوتها (والثالث) ان كان له وصى أو عليه دين بقيت الكفالة لان الوصي نائبه وتمس حاجته إلى قضاء الدين وان لم يكن وصى ولا دين انقطعت (وقوله) في الكتاب ويلزمه اتباعه في عينه يجوز إعلامه - بالواو - لاحد الوجهين المذكورين فيما إذا كانت الغيبة إلى مسافة القصر (وقوله) لا يلزمنى شئ يجوز إعلامه - بالميم - وكذا اعلام قوله يلزمه الدين - بالحاء - (وقوله) فان قلنا لا يلزمه شئ سوى الاحضار فلا يجوز - بالواو - للوجه الذى حكاه صاحب التقريب أنها جائزة دون رضاه (وان قلنا) لا يجب على الكفيل شئ سوى الاحضار (وقوله) ومهما حضر بنفسه برئ الكفيل يحتاج إلى تقييد معنى حضر وسلم نفسه عن جهة الكفيل *

[380]

قال (الركن الخامس الصيغة وهى قوله ضمننت وتكفلت وتحملت * وما ينبئ عن اللزوم * ولو قال أودى أو أحضر لم يكن ضامنا ولو شرط الخيار في الضمان فسد * ولو علقه بمجئ الشهر فسد * (ح) * ولو علق الكفالة بالبدن بمجئ الشهر أو بوقت الحصاد ففيه خلاف لانه بنى على المصلحة ولايجوز تعليق الابراء كما لا يجوز تعليق ضمان المال * ولو نجز كفالة البدن وشرط التأخير في الاحضار شهرا جاز للحاجه * ولو شرط الاجل في ضمان المال الحال ففيه خلاف * ولو ضمن المؤجل حالا ففى فساد الشرط وجهان * فان فسد ففى فساد الضمان وجهان * ولو تكفل بعضو من بدنه صح فى الكل على وجه * وفسد على وجه * وصح ان كان العضو لا يبقى البدن دونه على وجه (الا فلا) * المقصود الكلام فى صيغة الضمان وما يفترن بها من الشروط والتعليقات وفيه مسائل نضرب فيها كل واحد من ضمان المال وكفالة البدن بسهم (الاولى) لايد من صيغة دالة على التزام كقوله ضمننت لك ما على فلان وأنا بهذا المال أو باحضار هذا الشخص كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل وفى البيان وجه فى لفظ القبيل أنه ليس بصريح ويطرد فى الحميل وما ليس بمشهور ولو قال حل عن فلان والدين الذى لك عندي فهذا ليس بصريح فى الضمان خلافا لابي حنيفة فيما رواه صاحب البيان وذكر وجهين فيما إذا قال دين فلان إلى ولو قال أودى المال أو أحضر الشخص فهذا بالتزام وانما هو وعد ولو كان قد تكفل ببدن انسان فابراه المكفول له ثم وجده ملازما للخصم فقال خله وأنا على ما كنت عليه

من الكفالة حكم ابن سريج بكونه كفيلا لانه اما مبتدئ بالكفالة بهذا اللفظ أو مخبر عن كفالة واقعة بعد البراءة (الثانية) لو شرط الضامن الخيار لنفسه لم يصح لانه ينافى مقصود الضمان ولا حاجة إليه فان الضامن على يقين من الغرم ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر لان الخيرة في لبراء والمطالبة إليه أبدا وكذا الحكم في الكفالة وعن أبي حنيفة أن شرط الخيار لا يبطلها لكنه يلغو ولو علق الضمان بوقت أو غيره فقال إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت أو ان لم يؤد ما لك غدا فانا ضامن لم يصح لانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه وهذا كما أنه لا يقبل التأقيت بان يقول أنا ضامن إلى شهر فإذا مضى ولم أغرم فانا برئ وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب جاز التعليق لان

[381]

من ضرورة الضمان قبل الوجوب تعليق المقصود بالوجوب وبه قال أبو حنيفة فيما رواه صاحب البيان قال الامام ويحيى في تعليق البراء القولان بطريق الاولى فان البراء اسقاط قال وكان لا يمتنع من جهة القياس المسامحة به في الجديد أيضا لان سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الايجاب والقبول خروج الخطاب والجواب بسببه عن النظم اللائق بهما فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعناق فإذا فرعنا على القديم فلو قال إذا بعث عبدك بالف فانا ضامن للثمن فباعه بالفين فعن أبي يوسف أنه يصير ضامنا لالف لان مقصود الضامن أن الزيادة على الالف غير ملزمة ولا عرض له في قدر الثمن وجعله صاحب التقريب وجها لنا قال ابن سريج لا يكون ضامنا لشيء لان الشرط وهو البيع بالف لم يتحقق ولو باعه بخمسائة ففي كونه ضامنا لها الوجهان ولو قال إذا أقرضته عشرة فانا ضامن لك فأقرضه خمسة عشر فهو ضامن لعشرة على الوجهين لان من أقرض خمسة عشر فقد أقرض عشرة والبيع بخمسة عشر ليس بيعا بعشرة وان أقرضه خمسة فعن ابن سريج تسليم كونه ضامنا لها قال الامام وهو خلاف قياسه لان الشرط لم يتحقق ولو علق كفالة البدن لمجئ الشهر فان جوزنا تعليق ضمان المال فهذا أولى وان منعنا منه ففيه وجهان كالخلاف في تعليق الوكالة والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة فتتبع فيها الحاجة وان علقها بحصاد الزرع فالوجهان بالترتيب وأولى بالمنع لانضمام الجهالة لوقت حصوله إلى التعليق فان علقها بقدم زيد فالوجهان بالترتيب وأولى بالمنع للجهل باصل حصول القدوم والحصاد يحصد تقدم أو فأخر فان جوزنا فإذا وجد الشرط المعلق عليه صار كفيلا وهذه الصورة وترتيبها عزاها الامام إلى ابن سريج ولو أفت كفالة البدن فقال أنا كفيل به إلى شهر فإذا مضى برأت فيه وجهان وفي التهذيب قولان (أظهرهما) المنع كما في ضمان المال ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الاحضار شهرا جاز للحاجة وكذا في الوكالة وتوقف الامام فيه من جهة أن المعتد في الباب الحضور والحضور ناجز إذ المدعى مهما أراد أحضره فكان شرط التأخير فيه كشرط التأجيل في ضمان المال الحال وسنذكره على الاثر إن شاء الله تعالى وسياق المصنف ما رآه وجهها في الوسيط فاعلم بذلك قوله ههنا

[382]

جاز للحاجة - بالواو - وإذا قلنا بظاهر المذهب فلو أحضره قبل مضي المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله فينظر هل له غرض من الامتناع مثل أن تكون بينته غائبة أو دينه مؤجلا أم لا وحكم القسمين على ما ذكرنا فيما إذا سلمه في غير المكان المعين ولو شرط لاحضاره أجلا مجهولا كالحصاد ففي صحة الكفالة وجهان نقلهما العراقيون (أصحهما) المنع (وبالثاني) قال ابو حنيفة (الثالثة) لو ضمن الدين الحال حالا أو أطلق لزمه الدين حالا وان ضمن الدين المؤجل مؤجلا بذلك الاجل أو أطلق لزمه كذلك فإن ضمن الحال مؤجل إلى أجل معلوم فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح الضمان لكون الملتزم مخالفا لما على الاصيل (وأصحهما) الصحة لان الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الكيفية للحاجة وعلى هذا فالذي يوجد لعامة الاصحاب انه يثبت الاجل ولا يطالب الا كما لزم ولا يقول التحق الاجل بالدين الحال وإنما يثبت عليه مؤجل ابتداء ولا يبعد الحلول في حق الاصل دون الكفيل كما لو مات الاصيل وعليه الدين المؤجل وادعى الامام اجماع الاصحاب على ان الاجل لا يثبت وان في فساد الضمان لفساده وجهان (أظهرهما) الفساد ولو كان الدين مؤجل إلى شهرين فهو كما لو ضمن مؤجلا إلى ولو ضمن المؤجل حالا والتزم التبرع بالتعجيل مضوما إلى التبرع باصل الضمان فوجهان كما في عكسه والاصح الصحة وعلى هذا فهل عليه الوفاء بشرط التعجيل فيه وجهان (أحدهما) نعم كأصل الضمان (وأشبههما) لا كما لو التزم الاصيل التعجيل وأيضا فإن الضامن فرع الاصيل فينبغي أن يكون بالذمة مضاهيا لما على الاصيل وعلى هذا فالاجل يثبت في حقه مقصودا أم تبعا لقضاء حق المشابهة نقل في النهاية فيه وجهين وتظهر فائدتهما فيما لو مات الاصيل والحالة هذه وعكس صاحب التقريب فقال في صحة شرط التعجيل وجهان فإن فسد ففي إفساد الضمان وجهان وهو قريب وله نظائر في الشرط الفاسد * ولو ضمن المؤجل إلى شهرين فهو كما لو ضمن المؤجل حالا (وقوله)

[383]

في الكتاب وشرط الاجل في ضمان المال الحال فيه خلاف أي في إفساده الضمان هذا إذا راعينا طريقة الاكثرين وحكي في الوسيط وجهين في ثبوت الاجل ووجهين في فساد الضمان به إذا لم يثبت الاجل كما حكاها الامام فيمكن على طريقته أن يريد بقوله فيه خلاف أي في ثبوته (الرابعة) لو تكفل ببدن فلان أو نفسه أو جسمه صح وكذا لو قال بروحه ذكره في التهذيب ولو تكفل بعضو من أعضائه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب واختاره ابن الصباغ أنه باطل كما لو أضاف البيع والاجارة إلى بعض الاعضاء ويخالف الطلاق والعناق لانهما مبنيان على الغلبة والسراية (والثاني) أنه يصح لانه لا يمكن تسليمه بحال إلا بتسليم الكل ويجوز أن يحتمل فيه ما لا يحتمل في البيع ونحوه للحاجة (وثالثها) ان كان عضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب والكبد والدماغ صح وان كان مما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح قال في التهذيب وهذا أصح (رابعها) انما يعبر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة إذا تكفل به صح وما لا يعبر به عن الجميع كاليد والرجل إذا أضاف به لم يصح أورده الفقهاء في شرح التلخيص وقال انه الاصح وفي قوله لا يعبر باليد عن الجملة في أحد الوجهين كما سيأتي في موضعه والوجه بمثابة سائر الاعضاء فيما أورده المعظم وفي النهاية تصح الاضافة إليه جرما لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه والجزء الشائع كالنصف والثلث كالجاء الذي لا يبقى البدن دونه فيجئ فيه وجهان والله أعلم * ونختم الباب بفروع هي

منهائته ونراعى الاختصار * ضمن عن رجل الفا وشرط للمضمون له أن يدفع إليه كل شهر درهما ولا يحسبه من مال الضمان فالشرط باطل وفي بطلان الضمان وجهان ذكرهما القاضي ابن كج ولو كفل دينا

[384]

أو كفل بدين انسان ثم ادعى أنه كفل ولا حق على المضمون عنه أو المكفول به فالقول قول المكفول له لان الضمان والكفالة لا تكون الا بعد ثبوت الحق وهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين فيه وجهان عن ابن سريج (فان قلنا) بالاول فنكل حلف الكفيل وسقطت المطالبة عنه ولو أقر أنه ضمن أو كفل وأنكر المضمون له الشرط بنى ذلك على تبعض الاقرار (ان قلنا لا يتبعض فالقول قول الضامن مع يمينه (وان قلنا) يتبعض فالقول قول المضمون له ولو ادعى الكفيل أن المكفول به برئ من الحق وارتفعت الكفالة وأنكره المكفول له فالقول قول المكفول له مع يمينه فان نكل وحلف الكفيل برئ وان لم يبرأ يمينه المكفول به ولو قال تكفلت بدين زيد فان جئتك به وإلا فانا كفيل بدين عمرو لم يجز (أما) كفالة زيد فلانه لم يلتزمها وكأنه قال كفلت بدين هذا أو ذاك (أما) كفالة عمرو فبناء على أنها معلقة ولو قال قائل للمكفول له ابرئ الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به فعن ابن سريج أنه يصح لانه نقل الضمان إلى نفسه كما لو أحال الضامن المضمون له على غيره وقال الاكثرون لا يصح لانه تكفل بشرط ابراء الكفيل وأنه فاسد والكفالة بدين الاجير المعين صحيحة ومن غرم الكفيل عند العجز عن التسليم لم يصحها لانه إذا مات انفسخ العقد وسقط لحق قاله في التتمة والله أعلم (الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح) قال (وله أحكام (الاول) يجوز (م) مطالبة الضامن من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه * ومهما أبرئ الكفيل * وان أبرئ الكفيل لم يبرأ الاصيل * ولو كان الدين مؤجلا فمات الاصيل لم يطالب الكفيل لانه حي) *

[385]

مقصود الباب بيان ما يترتب على الضمان الصحيح من الآثار والاحكام (فمنها) أنه يتجدد للمضمون له جواز مطالبة الضامن ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه بل يختر في مطالبتهم ومطالبة واحد منهما لان غرض العقد التوثيق وعن مالك رضى الله عنه أنه لا يطالب الضامن الا إذا عجز عن تحصيله من الاصيل لغيبة أو اعسار هذا إذا أطلق الضامن (أما) إذا ضمن بشرط براءة الاصيل ففي صحته وجهان عن ابن سريج (أشبههما) المنع لانه قرن به شرطا يخالف مقتضى الضامن (والثاني) يصح كما روى أنه لما ضمن أبو قتادة رضى الله عنه الدينارين عن الميت قال النبي صلى الله عليه وسلم (هما عليك حق الغريم وبرئ الميت فقال نعم فصلى عليه) (فان قلنا) بالصحة ففي صحة الشرط وجهان يشتمل الخلاف في براءة المحيل إذا أحال على من لا دين عليه وصحنا هذه الحوالة وقد مر ذلك وقد يعكس الترتيب فيقال في صحة الشرط إن فسد ففي فساد الضمان وجهان وإذا صحنا العقد والشرط برئ الاصيل وكان للضامن الرجوع عليه في الحال ان ضمن باذنه لانه حصل براءة ذمته كما لو أدى ومهما أبرأ مستحق الدين الاصيل برئ الضامن لسقوط الحق كما لو أدى الاصيل الدين أو أحال

الاصيل مستحق الدين علي انسان أو أحوال المستحق غريمه عليه وكذلك
بيراً ببراءة ضامن الضامن ولو أبرأ الضامن لم يبرأ الاصيل لان ابراءه
اسقاط للوثيقة وذلك لا يقتضى سقوط أصل الدين كفك الرهن وبيراً
الضامن من الضمان ببراء المضمون له ولا يبرأ الضامن ببراء ضامن
الضامن كما ذكرنا في الضامن والاصيل * ولو ضمن ديناً مؤجلاً فمات
الاصيل وحل عليه الدين لم يحل على الضامن لانه حتى يرتفق بالاجل وخرج
ابن القطان أنه يحل على الضامن أيضاً لانه فرع الاصيل وعلى المذهب لو
آخر

[386]

المستحق المطالبة كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الاصيل في
الحال أو ابراء ذمته لانه قد تهلك التركة فلا يجد مرجعاً إذا غرم وعن رواية
الشيخ أبي علي وجه أنه ليس للضامن هذه المطالبة ولو مات الضامن حل
عليه الدين فان أخذ المستحق المال من تركته لم يكن لورثته الرجوع على
المضمون عنه قبل حلول الاجل ونقل القاضي ابن كج وجهاً آخر أنه لا يحل
على الضامن كما لا يحل على الاصيل * قال (الثاني أن للضامن اجبار
الاصيل على تخليصه ان طولب * وفي مطالبته بالتخليص قبل أن يطالب
خلاف * وكذا في قدرته على المطالبة بتسليم المال إليه حتى يؤديه بنفسه
فيخرج عن العهدة) * أصل مسائل الفصل وجهان خرجهما ابن سريج في
أن مجرد الضمان هل يثبت حقا للضامن على الاصيل ويوجب علقه بينهما
أم لا ففي وجه يوجب لانه اشتغلت ذمته بالحق كما ضمن فليثبت له عوضه
على الاصيل وفيه وجه لا لانه لا يفوت عليه قبل الغرم شئ فلا يثبت له شئ
إلا بالغرم * إذا عرفت ذلك فلو طالب المضمون له الضامن بآداء المال كان
له إن يطالب الاصيل بتحصيله ان ضمن بالاذن كما أنه يعرّمه إذا غرم وعن
الفعال وجه أنه لا يملك مطالبته والمشهور الاول * وهل يطالبه بالتخليص
قبل أن يطالب فيه وجهان (أحدهما) نعم كما لو استعار عبد الغير للرهن
ورهنه كان للمالك المطالبة بالفك (وأصحهما) لا لانه لم يعرّم شيئاً ولا
توجهت عليه طلبية ويخالف الرهن فانه محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر
ومعني التخليص أن يؤدي دين المضمون له ليبرأ ببراءته الضامن وفي

[387]

تمكن الضامن من تعريم الاصيل قبل أن يعرّم حيث ثبت له الرجوع وجهان
ذكرهما الشيخ أبو محمد والامام بناء على الاصل المذكور إن أثبتنا له حقا
على الاصيل بمجرد الضمان فله أخذه والا فلا (وقوله) في الكتاب وكذا في
قدرته على المطالبة بتسليم المال إليه حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن
العهدة محمول على هذه الصورة وأنه يستظهر بالمأخوذ ويؤدي الدين إما
منه أو من غيره فيخرج عن العهدة وظاهر اللفظ يشعر بأخذه منه ليباشر
آداءه نيابة عنه ويستفيد بعين البراءة لكن الحمل عليه بعيد لبعده الخلاف في
الاخبار على الانابة وأيضاً فانه ليس له ذكر في كتب الأئمة ولكن الوجهان
في تمكينه من التعريم مفرعاً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضى به دين
الاصيل هل يملكه فيه وجهان بناء على الاصل السابق فان دفعه الاصيل
ابتداءً من غير اجبار ومطالبة (فان قلنا) يملكه فله التصرف فيه كالفقير إذا

أخذ الزكاة المعجلة لكن لا يستقر ملكه عليه الا بالغرم حتى لو أبرأه
المستحق كان عليه رد ما أخذه كرد الزكاة المعجلة إذا هلك المال قبل
الحول (فان قلنا لا يملكه فعليه رده ولو هلك عنده ضمن كالمقبوض
بالشرط الفاسد ولو دفعه إليه وقال اقصد به ما ضمننت عنى فهو وكيل
الاصيل والمال أمانة في يده ويخرج على ذلك الاصل صور أخرى (منها) أن
الضامن هل يحبس الاصيل إذا حبس المضمون له الضامن ان أثبتنا العلقه
بين الضامن والاصيل يجوز للضامن حبسه وبه قال أبو حنيفة وإلا فلا وهو
الاصح (ومنها) لو أبرأ الضامن الاصيل عما سيغرم

[388]

ان أثبتنا العلقه في الحال صح البراء والاخراج على البراء عما لم يجب
ووجد سبب وجوبه (ومنها) لو صالح الضامن الاصيل عن العشرة التي
سيغرمها على خمسة ان اثبتناها في الحال صح الصلح وكأنه اخذ عوض
بعض الحق وأبرأ عن الباقي والالم يصح (ومنها) لو ضمن ضامن عن الاصيل
للضامن شيئاً مما ضمن والاصح في الكل المنع ولو شرط في ابتداء
الضمان أن يعطيه الاصيل ضامناً ففي صحة الشرط الوجهان ان صح فان
وفي الاصيل وأعطاه ضامناً فذاك والا فلا فسخ للضمان وان فسد فسد به
الضمان على أصح الوجهين * قال (الثالث الرجوع ومن أدى دين غيره بغير
إذنه لم يرجع * وان أدى بشرط الرجوع وإذنه رجع * وان أدى بالاذن دون
شرط الرجوع فوجهان * والضامن يرجع ان ضمن وأدى بالاذن * وان
استقل بهما لم يرجع * وان ضمن دون الاذن وأدى بالاذن فالصحيح أنه لا
يرجع وان ضمن بالاذن وأدى بغير الاذن عن مطالبة فيرجع (و) وان ابتداء
فوجهان) * الغرض الآن بيان الموضوع الذي يستحق الضامن الرجوع على
الاصيل بالمغروم والذي لا يستحق وقدم عليه الكلام في ان من أدى دين
الغير من غير ضمان متى يرجع وتفصيله أنه ان أداه بغير إذن المديون لم
يكن له الرجوع لانه متبرع بما فعل وبخالف مالو أوجر طعامه للمضطر حيث
يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعاً بل يجب عليه اطعام
المضطر استبقاء لمهجنه وبخالف الهبة فان في اقتضائها الثواب خلاف
يذكر في موضعه لان الهبة متعلقة باختيار المتهد ولا اختيار للمديون ههنا
وعن مالك ثبت له الرجوع الا إذا أدى العدو دين العدو فانه يتخذه ذريعة إلى
ايدائه بالمطالبة

[389]

وأن أداه باذن المديون فان جرى بينهما شرط الرجوع والا فوجهان
(أحدهما) لا رجوع لانه لم يوجد منه الا الاذن في الاداء وليس من ضرورة
الاداء الرجوع (وأصحهما) الرجوع بناء على المعتاد في مثله من المعاملات
وأفاد الشيخ أبو محمد ههنا كلامين (أحدهما) تقريب هذا الخلاف من الخلاف
في ان الهبة المطلقة هل تقتضي الثواب وترتيبه عليه والحكم بالرجوع
أولى من الحكم بالثواب ثم لان الهبة مصرحة بالتبرع والاداء خلافه ولان
الواهب مبتدئ بالتبرع والاداء ههنا مستوف بالاستدعاء الذي هو كالقرينة
المشعرة بالرجوع (والثاني) أن في الهبة فارقاً بين أن يكون الواهب ممن
يطمع مثله في ثواب مثل المتهد أولاً يكون فيخرج وجه ثالث مثله ههنا

(وأما) الضامن فله أربعة أحوال (أولها) أن يضمن باذن الاصيل ويؤدى باذنه فيرجع عليه لانه صرف مال إلى منفعة الغير بأمره فاشبه ما إذا قال اعلف دابتي فاعلقها وعن ابى حنيفة أنه يرجع إذا قال اضمن عني وادعني (أما) إذا لم يقل عني فلا يرجع إلا إذا كان بينهما مخلطة شركة أو زوجية أو نحوهما ولا فرق في ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أولاً يشترط قال الامام ويحتمل في القياس أن ينزل الاذن في الضمان والاداء منزلة الاذن في الاداء من غير ضمان حتى يقول ان شرط الرجوع ثبت والا فعلى الخلاف وفى كلام صاحب التقريب رمز إليه (وثانيها) أن يضمن ويؤدى بغير اذنه فلا رجوع له على الاصيل خلافاً لمالك وأحمد * واحتج الاصحاب بحديث علي وأبى قتادة (بان النبي صل الله عليه وسلم صلى على الميت بعد ضمانهما ولو كان لهما الرجوع لما صلى لبقاء الدين) وأيضاً فإنه عليه السلام قال (الآن بردت جلده عن النار) ولو بقى الدين لما حصل التبريد (وثالثها) أن يضمن بغير اذنه ويؤدى باذنه ففي وجه يرجع لانه اسقاط الدين عن الاصيل باذنه (والاصح) المنع لان اللزوم بالضمان ولم ياذن فيه ورتب الوجهين في النهاية

[390]

على الوجهين فيما إذا أدى دين الغير باذنه من غير ضمان ومن غير شرط الرجوع وقال هذه الصورة أولى بان يمتنع الرجوع لان الاذن في الاداء بعد اللزوم بالضمان في حكم اللغو وأبدي احتمالين فيما إذا أذن في الاداء بشرط الرجوع والحالة هذه (أحدهما) يرجع كما لو أذن في الاداء بهذا الشرط من غير ضمان ووجه الثاني أن الاداء استحق الضمان والمستحق بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق (والرابعة) أن يضمن بالاذن ويؤدى بغير الاذن ففيه وجهان عن ابن سريج ووجه ثالث عن أبى اسحق (أحد) وجهى ابن سريج وهو الاصح المنصوص أنه يرجع لان لاصل في الباب الالتزام وقد صادفه الاذن فيلتقي به (والثاني) لا يرجع لان الغرم حصل بغير اذن الاصيل وانما لم يقصد الا التوثيق بالضمان (والثالث) وهو الذى ذكره ابو اسحق أنه ان أدى من غير مطالبة أو عن مطالبة ولكن أمكنه مراجعة الاصيل واستئذانه فلم يفعل لم يثبت له الرجوع لانه لم يكن مضطراً الى الاداء وان لم يمكن مراجعته لكونه غائباً أو محبوساً فله الرجوع (وأما) ما ذكره في الكتاب أنه ان كان الاداء عن مطالبة فيرجع فان ابتداء فوجهان فان فقهه ما ذكرناه في الوجه الثالث الا أنه رأى الرجوع فيما إذا كان الاداء عن مطالبة كما لظاهر المقطوع به وتخصيص ذكر الخلاف بما إذا ابتداء بالاداء وعلم أن العرف غير منوط بمجرد كونه مطالباً أو مبتدئاً بل المطالب الذى يحضر في المراجعة كالمبتدئ على ما سبق فليضم في قوله عن مطالبة العبد المحتاج إليه * (فرع) حوالة الضامن رب الدين علي انسان وقبوله حوالة رب الدين عليه ومصالحتهما عن الدين على عوض وصيرورة الدين ميراث للضامن كالاداء في ثبوت الرجوع وعدمه *

[391]

قال (ولو صالح المأدون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين رجع على الاصح * ولو صالح الضامن عن الف بعبد يساوى تسعمائة يرجع

بتسعمائة على وجه وعلى وجه بالالف لان المسامحة جرت معه ولو سومح الضامن بخط قدر من الدين أو صفته لم يرجع الا بما بذل) * قد بان في الفصل السابق موضع أصل الرجوع والنظر بعده فيما يرجع به فان كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته رجح به وان اختلف الجنس فالكلام في المأذون في الاداء من غير ضمان ثم في الضمان (أما) الاول فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه إذا أثبتنا له الرجوع لو صالح رب المال على غير جنسه فهل له الرجوع أو لا فيه ثلاثة أوجه (أصحها) نعم لان مقصوده أن يبرئ ذمته وقد فعل (وثانيها) لا لانه انما أذن في الاداء دون المصالحة (وثالثها) الفرق بين أن يقول أد ما على من الدناينر مثلا فال يرجع وبين أن يقتصر على قوله أد ديني أو ما على فيرجع (فان قلنا) بالرجوع فيما يرجع حكمه ما يذكر في الضمان (أما) الضامن فلو صالح على غير الجنس يرجع بلا خلاف لان بالضمان ثبت الحق في ذمته ثبوته في ذمة الاصيل والمصالحة معاملة مبنية عليه بخلاف المأذون من غير ضمان ثم ينظر ان كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين لم يرجع بالزيادة لانه متطوع بها وان لم تكن أكثر كما لو صالح من ألف على عبد يساوى تسعمائة فوجهان وقيل قولان (أصحهما) أنه لا يرجع الا بتسعمائة لانه لم يغرم سواها (والثاني) يرجع بالالف لانه قد حصل براءة الذمة بما فعل

[392]

ومسامحة رب الدين جرت معه ولو أنه باع العبد بالف وتقاصا فالرجوع بلا خلاف لانه ثبت في ذمته الف ذكره في التهذيب ولو قال للمضمون له بعث منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان ففي صحة البيع وجهان حكاهما الاستاذ أبو منصور البغدادي فان صححنا فيرجع بما ضمنه أم بالاقل مما ضمنه ومن قيمة العبد قال فيه وجهان (وأما) الصفة فان كان المؤدى خيرا كما لو أدى الصحاح عن المكسرة لم يرجع بالصحاح وان كان بالعكس ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس عن الشيخ أبي محمد القطع بانه يرجع بما أدى وهذا ما يقتضيه نظم الكتاب والفرق أن غير الجنس يقع عوضا والمكسرة لا تقع عوضا عن الصحاح فلا يبقى الا عارية حق الايفاء والاستيفاء قاله الامام وينتقل بالرجوع مسائل آخر نوردتها موجزين (منها) لو ضمن عشرة وادى خمسة وأبراه رب الدين عن الباقي لم يرجع الا بالخمسة المغرومة وتبقى الخمسة الاخرى على الاصيل لما مر أن ابراء الضامن لا يوجب براءة الاصيل ولو صالحه من العشرة على الخمسة فلا يرجع الا بالخمسة أيضا لكن يبرأ الضامن والاصيل عن الباقي وان كان صلح الحطيطة أبرأ في الحقيقة لان لفظ الصلح يشعر بقناعة المستحق

[393]

بالقليل عن الكثير بخلاف ما إذا صرح بلفظ الابراء هكذا أورده الشيخان الفراء والمتولي ولو قال قائل لفظ الصلح يتضمن القناعة بالقليل ممن جرى الصلح معه أم على الاطلاق (والثاني) ممنوع لم يتضح الجواب (ومنها) ضمن ذمى لذمى ديننا عن مسلم ثم تصالحا على خمر فهل يبرأ المسلم لان المصالحة بين الذميين أولا يبرأ كما لو دفع الخمر بنفسه فيه وجهان (ان قلنا) بالاول ففي رجوع الضامن على المسلم وجهان ان اعتبرنا بما أدى لم

يرجع بشئ وان اعتبرنا بما أسقط رجح بالدين (ومنها) ضمن عن الضامن
وأدى الثاني فرجوعه على الاول كرجوع الضامن على الاصيل فيراعى
الاذن وعدمه وإذا لم يكن له الرجوع على الاول لم يثبت بادائه الرجوع
للاول على الاصيل لانه لم يغرر ولو ثبت له الرجوع على الاول فرجع رجح
الاول على الاصيل إذا وجد شرطه فلو أراد الثاني أن يرجع على الاصيل
ويترك الاول نظران كان الاصيل قد قال له اضمن عن ضامني ففي
رجوعه عليه وجهان كما لو قال لانسان أد ديني فادى وليس هذا كما لو قال
لانسان أد ديني فادي وليس هذا كما لو قال لانسان اقض دين فلان ففعل
حيث لا يرجع على الأمر لان الحق لم يتعلق بذمته وان لم يقل له اضمن عن
ضامني فان كان الحال بحيث لا يقتضى الرجوع للاول على الاصيل لم يرجع
الثاني عليه وان كان يقتضيه فكذلك في أصح الوجهين لانه لم يضمن عن
الاصيل ولو أن الثاني ضمن عن الاصيل أيضا فلا رجوع لاحد الضامنين على
الآخر وانما الرجوع للمؤدى على الاصيل ولو ضمن عن الاول والاصيل
جميعا فإذا أدى كان له أن يرجع على أيهما شاء وان رجح بالبعض على هذا
وبالبعض على ذلك تم للاول الرجوع

[394]

على الاصيل بما غرم إذا وجد شرطه (ومنها) على زيد عشرة ضمنها اثنان
كل واحد منهما خمسة وضمن احدهما عن الآخر فلرب الدين مطالبة كل
واحد منهما بالعشرة نصفها على الاصيل ونصفها على الضامن الآخر فان
أدى أحدهما جميع العشرة رجح بالنصف على الاصيل وبالنصف على صاحبه
وهل له الرجوع بالكل على الاصل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم فيه
الوجهان وان لم يؤد الا خمسة فينظر ان أداها عن الاصيل أو عن صاحبه أو
عنهما يثبت الرجوع بخمسة (ومنها) ضمن الثمن فهلك المبيع قبل القبض
أو وجد به عيبا فرده أو ضمن الصداق فارتدت المرأة قبل الدخول أو
فسخت بعيب نظر ان كان ذلك قبل أن يؤدى الضامن برئ الضامن والاصيل
وان كان بعده فان كان بحيث يثبت له الرجوع رجح بالمغروم على الاصيل
وضمن رب الدين للاصيل ما أخذ ان كان هالكا وان كان باقيا يرد عينه وهل
له امساكه ورد بدله فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بعيب وعين
دراهمه عند البائع فاراد امساكها ورد مثلها (والاصح) المنع وانما يغرر
الاصيل دون الضامن لان في ضمن الاداء عنه اقراضه وتمليكه اياه وان كان
بحيث لا يثبت له الرجوع فلا شئ للضامن على الاصيل وعلى المضمون له
رد ما أخذه وعلى من يرد هو كما لو تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول
ويجئ حكمه في موضعه (ومنها) أدى الضامن الدين ثم وهبه رب المال منه
ففي رجوعه على الاصيل وجهان مبنيان على القولين فيما لو وهبت
الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول (ومنها) له علي رجلين عشرة
وضمن كل واحد منهما

[395]

للآخر ما عليه فلا شك أن رب الدين يطالبهما أو شاء منهما بالعشرة فان
أدى احدهما جميع العشرة برئنا جميعا وللمؤدى الرجوع بالخمسة ان كان
التصوير في حالة ثبوت الرجوع وان أدى كل واحد منهما خمسة عما عليه

فلا رجوع وان أداها عن الآخر فلكل واحد الرجوع على الآخر ويجئ خلاف
التفاض فان أدي أحدهما خمسة ولم يؤد الآخر شيئاً فان أداها عن نفسه
برى المؤدى عما كان عليه وصاحبه عن ضمانه وبقي على صاحبه ما كان
عليه ضامناً له وان أداها عن صاحبه رجع عليه بالمعروم وبقي عليه ما كان
صاحبه ضامناً له وان أداها عنهما فلكل واحد نصف حكمه وإن أدى ولم
يقصد شيئاً فيقسط عليهما أو يقال اصرفه إلى ما شئت فيه وجهان سبق
نظيرهما في آخر الرهن ومن فوائد الوجهين أن يكون بنصيب أحدهما رهن
فإذا قلنا له صرفه إلى ما شاء فصرفه إلى نصيبه انفك الرهن والالم ينفك
ولو اختلفا فقال المؤدى أديت عما على وقال رب الدين بل أديت عما على
صاحبك فالقول قول المؤدى مع يمينه فإذا حلف برئ عما كان عليه لكن
لرب الدين مطالبته بخمسة لانه اما صادق فالاصل باق على أو كاذب
فالضمان باق وعن بعض الاصحاب أنه لا مطالبة له لانه إما أن يطالب عن
جهة الاصلية وقد صدق الشرع المؤدى في الرأفة عنها أو عن جهة الضمان
وقد اعترف رب الدين بأنه أدى عنها * هذا حكم الاداء في المسألة ولو أبرأ
رب الدين أحدهما عن جميع العشرة برئ الاصيل والضامن وبيراً الآخر عن
الضمان دون الاصيل ولو أبرأ أحدهما عن خمسة نظر إن أبرأه عن الاصيل
برئ عنه وبرئ صاحبه عن ضمانه وبقي عليه ضمان ما على صاحبه وان
أبرأه عن الضمان برئ عنه وبقي عليه الاصل وبقي على صاحبه الاصل
والضمان وان أبرأه عن الخمسة عن

[396]

الجهتين جميعاً سقط عنه نصف الاصل ونصف الضمان وعن صاحبه نصف
الضمان وبقي عليه الاصل ونصف الضمان فيطالبه بسبعة ونصف وبطالب
المبرأ عنه بخمسة وان لم ينو عند الابراء شيئاً فيحمل على النصف أو يخير
ليصرف إلى ما شاء فيه الوجهان ولو قال المبرئ أبرأت عن الضمان وقال
المبرأ عنه بل عن الاصل فالقول قول المبرئ (ومنها) ادعى على رجل أن
له عليه وعلى فلان الغائب الف درهم عن ثمن عبد باعه منهما واقبضه أو
عن جهة اخرى وان كل واحد منهما ضمن عن الآخر ما عليه وأقام على ذلك
بينة وأخذ الالف من الحاضر قال المزني في المختصر يرجع الحاضر بنصف
الالف على الغائب (واعترض) عليه بان البينة اما تقام عندا الانكار وإذا أنكر
كان مكذباً للبينة زاعماً ظلم المدعى عليه بما اخذه وكيف يرجع على الغائب
بما ظلم به (واجاب) الاصحاب عنه بان لا نسلم بان البينة انما تقام عند
الانكار بل يجوز ان يقر الحاضر ويقدم المدعى البينة للاثبات على الغائب
ثم هب انه لم يقر لكن البينة لا تستدعى الانكار بخصوصه بل للانكار أو ما
يقوم مقامه وهو السكوت فلعله كان ساكناً ثم هب استدعاءها للانكار لكن
لا تستدعى الانكار منه بخصوصه بل يكفى صدور الانكار من وكيله في
الخصومات فلعل البينة اقيمت في وجه وكيله المنكر ثم هب انه انكر لكنه
ربما انكر الضمان وسلم البيع وهذا الانكار لو كان مانعاً لكان مانعاً
للرجوع بجهة غرامة المضمون ومن الجائز ان يكون هذا الرجوع باعتبار ان
المدعى ظلمه وأخذ ما على الغائب منه وللظالم مثل المأخوذ على الغائب
فياخذ حقه بما عنده والذاهبون إلى شئ من هذه التأويلات سلموا انه لو
وجد التكذيب القاطع لكل احتمال يمتنع الرجوع وهو الاصح على ما ذكره
المسعودي والامام (ومنه)

من قال لا يمتنع الرجوع وان وجد صريح التكذيب وبه قال ابن خيران لان البينة ابطلت حكم انكاره فكأنه لم ينكر وهذا كما لو اشترى عبدا فادعى مدع انه ملكه وان بائعه غصبه فقال في الجواب لابل كان ملكا لبائعي وانه الآن ملكي فاقام المدعى بينة يرجع المشتري على البائع وان أقر بالملك على أن في هذه الصورة أيضا خلاف وسيأتى في موضعه ان شاء الله تعالى * قال (هذا الكلام إذا أشهد على الاداء * فان قصر في الاشهاد ولم يصدق لا يرجع وان صدقه المضمون عنه فلا يرجع أيضا في وجه لانه لم ينفعه أدائه * وان صدقه المضمون له رجع في أظهر الوجهين لان اقراره أقوى من البينة مع انكاره * ولو أشهد رجلا وامرأتين جاز * وفي رجل واحد ليحلف معه خلاف خوفا من قاض حنفي * وفي المستورين خلاف * ولو ادعى موت الشهود وأنكر المضمون عنه أصل الاشهاد فوجهان في أن القول قول من لتقابل القولين) * كل ما مر من رجوع المأذون في الاداء والضامن على الاصيل مفروض فيما إذا أشهد على الاداء ولا فرق بين اشهاد رجلين أو رجل وامرأتين ولو شهد واحد اعتمادا على أن يحلف معه فوجهان (أصحهما) أنه يكفي لان الشاهد مع اليمين حجة كافية لاثبات الاداء (والثاني) لأنهما قد يترافعان إلى حنفي لا يقضى بشاهد ويمين فكان ذلك ضربا من التقصير ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فوجهان (أحدهما) أنه كما لو لم يشهد لان الحق لا يثبت بشهادتهما (وأولاهما) الاكتفاء لانه لا اطلاع له على الباطن فكان معذورا أو لا يكفي اشهاد من يعرف طعنه عن قريب لانه لا يقضى إلى المقصود (أما) إذا

أدى من غير اشهاد فينظر ان أدى في غيبة الاصيل فهو مقصر بترك الاشهاد إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات لو جحد رب الدين ولا رجوع له على الاصيل ان كذبه وان صدقه فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة أنه يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته باذنه (وأظهرهما) منع الرجوع وبه قال ابو اسحق لانه لم يؤد بحيث ينتفع به الاصيل فان رب الدين منكر وطلبته بحالها وهل يحلف الاصيل إذا كذبه قال في التهمة يبنى على أنه لو صدقه هل يرجع عليه (ان قلنا) نعم حلف على نفى العلم بالاداء (وان قلنا) لا فينبني على أن النكول ورد اليمين كالقرار أو كالبينة (ان

قلنا) بالاول لم يحلف لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع (وان قلنا) بالثاني حلفه طمعا في أن ينكل ويحلف فيكون كما إذا أقام البينة ولو كذبه الاصيل وصدقه رب المال فوجهان (أحدهما) انه لا رجوع له ولا ينهض قول رب المال حجة على الاصيل (وأظهرهما) ثبوت الرجوع لسقوط لطلبة باقراره واققراره أقوى من البينة مع انكاره فان أدى في حضور الاصيل فقد حكى الشيخ أبو حامد وآخرون وجها انه لا يرجع كما لو ترك الاشهاد في غيبته وظاهر المذهب

المنصوص انه يرجع لانه في الغيبة مستبد بالامر فعليه الاحتياط والتوثيق
فإذا كان الاصيل حاضرا فهو اولى بالاحتياط والتقصير وترك الاشهاد
منسوب إليه وإذا توافق الاصيل والضامن على انه اشهد ولكن مات الشهود
أو غابوا ثبت له الرجوع لانه أتى بما عليه ونقل الامام وجهها بعيدا انه لا
رجوع إذا لم ينتفع بادائه إذ القول قول رب الدين في نفي الاستيفاء ولو
قال الضامن اشهدت وماتوا فانكر الاصيل الاشهاد ففيه وجهان (اصحهما)
ان القول قول الاصيل لان الاصل عدم الاشهاد (والثاني) ان القول قول
الضامن لان الاصل عدم التقصير ولانه قد يكون صادقا وعلى تقدير الصدق
يكون منعه من الرجوع اضرازا فليصدق للضرورة كما يصدق الصبي في
دعوى البلوغ إذ لا يعرف الا من جهته ولو قال اشهدت فلانا وفلانا فكذبا
فهو كما لو لم يشهد ولو قال لا تدري وربما نسينا ففيه تردد للامام ومتى
لم يقم البينة على الاداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها فان أخذ
المال من الاصيل فذاك وان أخذه من الكفيل مرة أخرى لم يرجع بهما لانه
مظلوم باخذها ولا يرجع الا على من ظلمه وبم يرجع فيه وجهان (أحدهما)
انه لا يرجع بشئ (أما) بالمبلغ الاول فلانه قصر عند أدائه بترك الاشهاد
(وأما) الثاني فلا عترافه بأنه مظلوم

[400]

(وأظهرهما) انه يرجع لانه غرم لآبراء ذمته فعلى هذا هل يرجع بالاول لانه
المبرئ للذمة أو بالثاني لانه المسقط للمطالبة فيه وجهان (خاتمة) قال
في التلخيص لو كان على رجل تسعون درهما فجاء مريض فضمن عنه
بأمره ولا مال له غيره ومات من عليه الحق ولم يترك الا خمسة وأربعين
درهما ومات الضامن كان لصاحب الحق بمطالبة ورثة الضامن بستين
درهما ويرجع ورثة الضامن على الميت بثلاثين ويرجع صاحب الحق على
الميت بخمسة عشر درهما هذا لفظه * واعلم ان الضمان في مرض الموت
إذا كان بحيث يثبت الرجوع ووجد الضامن مرجعا فهو محسوب من رأس
المال وان كان بحيث لا يثبت الرجوع أو لم يجد مرجعا كموت الاصيل معسرا
فهو محسوب من الثلث وهذا قد مر طرف منه في أوائل الضمان وبه تعرف
انه لم يشترط في صورة المسألة موت الاصيل ومتى وقت تركه الاصيل
بثني الدين فلا دور لان صاحب الحق ان أخذ الحق من تركه الضامن رجوع
ورثته بثلثيه في تركه الاصيل وان أخذ تركه الاصيل وفضل شئ أخذه من
تركه الضامن ويقع تبرعا لان ورثة الضامن لا يجدون مرجعا وان لم تف
التركة بالثلثين فقد يتفق الدور في المسألة كالصورة المنقولة عن
التلخيص وهي أن يضمن المريض تسعين ويموت وليس له الا تسعون
ويموت الاصيل وليس له الا خمسة وأربعون فصاحب الحق بالخيار ان شاء
أخذ تركه الاصيل بتمامها وحينئذ لا يقع دور أيضا وله مطالبة ورثة الضامن
بثلاثين درهما ويقع تبرعا إذا لم يبق للاصيل تركه حتى يفرض فيها رجوع
فان اراد الاخذ من تركه الضامن لزم الدور لان ما يغرمه ورثة الضامن يرجع
إليهم بعضه من جهة انه يصير المغروم دينا لهم على الاصيل فيضاربون به
مع صاحب الحق في تركته ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة
التركة زيادة المغروم ومن زيادة المغروم زيادة الراجع وطريق استخراج
أن يقال يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن شيئا ويرجع إليهم مثل نصفه
لان تركه الاصيل نصف تركه الضامن فيبقى عندهم تسعون الا

نصف شئ وهو يعدل مثلى ما تلف ناقصان والتالف نصف شئ ومثلا شئ فإذا تسعون الا نصف شئ يعدل شينا فإذا اخترنا وقابلنا عدل تسعون شينا ونصفا فيكون الشئ شئين فبان لنا أن المأخوذ ستون وحينئذ يكون الستون ديننا لهم على الاصيل وقد بقى لصاحب الحق ثلاثون فيتضاربون في تركته بسهمين وسهم وتركته خمسة وأربعون يأخذ منها للورثة ثلاثين وصاحب الحق خمسة عشر ويتعطل باقى دينه وهو خمسة عشر ويكون الحاصل للورثة ستين ثلاثون بقيت عندهم وثلاثون أخذوها من تركة الاصيل وذلك مثلا ما تلف ووقع تبرعا وهو ثلاثون ولو كان التصوير كما مر لكن تركة الاصيل ثلاثون لقلنا يأخذ صاحب الحق شينا ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه لان تركة الاصيل ثلث تركة الضامن فبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثى شئ يعدل مثلى التالف بالضمان وهو ثلثا شئ فمثلاه شئ وثلث فاذن تسعون الا ثلثى شئ يعدل شينا وثلثا فإذا اخترنا وقابلنا عدل تسعون شئين فيكون الشئ جميعه خمسة وأربعون وذلك ما أخذه صاحب الحق صار ديننا لورثة الضامن على الاصيل وبقى لصاحب الحق عليه خمسة واربعون أيضا فيضاربون في تركته بسهم وسهم يحصل بينهما مناصفة ولو كان تركة الاصيل ستين فلا دور بل لصاحب الحق أخذ تركة الضامن كلها بحق الرجوع ويقع الباقي تبرعا ثم قال في التلخيص ولو كانت المسألة بحالها

وكان قد ضمن أيضا عن الضامن ضامن ثان ومات الضامن الثاني ولم يترك الا ستين درهما أيضا كان لصاحب الحق أن يطالب ورثة أيهما شاء فان طالب به ورثة الضامن الاول كان كالمسألة الاولى يأخذ منه ستين ومن ورثة من كان عليه أصل المال خمسة عشر ويرجع ورثة الضامن الثاني علي ورثة الذى كان عليه الحق بثلاثين وان طالب ورثة الضامن الثاني أخذ منهم سبعين درهما ومن ورثة من كان عليه الاصل خمسة عشر ويرجع ورثة الضامن الثاني على الضامن الاول بأربعين درهما ويرجع الضامن الاول في مال من عليه أصل الحق بثلاثين (أما) قوله إن طلب ورثة الضامن الاول كان كالمسألة الاولى معناه أنه لا يأخذ منهم الا ستين ويأخذ من تركة الاصيل خمسة عشر كما في الصورة السابقة لكن لا يتلف من ماله شئ ههنا بل يطالب بالباقي وهو خمسة عشر ورثة الضامن الثاني (أما) جوابه فيما إذا طلب ورثة الضامن الثاني فقد غلطه الاصحاب فيه من جهة أنه أتلف من مال الثاني ثلاثين لانه أخذ منهم سبعين وأثبت لهم الرجوع بأربعين وكان الباقي عندهم عشرين فالمجموع ستون ولم يتلف من مال الاول الا عشرة لانه أخذ منهم أربعين وأثبت لهم الرجوع بثلاثين ومعلوم أن الضامن الثاني إنما ضمن لهم تسعين عمن يملك تسعين والاول ضمن تسعين عمن يملك خمسة وأربعين وكيف يؤخذ من الثاني أكثر مما يؤخذ من الاول ثم اختلفوا في الصواب فقال الاستاذ أبو منصور في الوصايا يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن الثاني خمسة وسبعين ويرجعون بمثلها على ورثة الاول ويرجع ورثة الاول على ورثة الاصيل بتركته وهو خمسة واربعون فيكون جملة ما معهم ستين خمسة عشر من الاصيل والباقي من العوض وذلك مثلا الثلاثين التالفة عليهم ولم يثبت

لصاحب الحق مطالبة ورثة الثاني بكمال الدين وقال القفال والاكثرون له مطالبة ورثة الثاني بجميع الدين ثم هم يرجعون على ورثة الاول بخمسة وسبعين يتلف عليهم خمسة عشر للضرورة ويرجع ورثة الاول بها على ورثة الاصيل بتركته كما ذكره الاستاذ وقال الامام رحمه الله كان الاستاذ اعتقد أن الضمان الاول لا يصلح الا في قدر لو رجع معه في تركة الاصيل لما زاد التالف من تركته على ثلثها وإذا لم يصح ضمانه فيما زاد لم يصح ضمان الثاني عنه والآخرين قالوا انما لا يؤخذ أكثر من الثلث بحق الورثة لكنه صحيح في الجميع متعلق بدمته فيكون ضمان الثاني عنه فيما زاد كالضمان عن المعسر ويجب أن يكون هذا الخلاف جاريا في مطالبتهم بتتمة التسعين إذا طالب أولا ورثة الضامن الاول وان لم يذكر ثم وإن أخذ المستحق أولا تركة الاصيل برئ الضامنان عن نصف الدين ثم المستحق على جواب الاكثرين ان شاء أخذ من ورثة الاول ثلاثين ومن ورثة الثاني خمسة عشر من أخذ الكل من ورثة الاول ولا رجوع وان شاء أخذها من ورثة الثاني وهم يرجعون على ورثة الاول بثلاثين فيصل إلى تمام حقه بالطريقين وعلى جواب الاستاذ ليس له من الثاني الا ثلاثين ان شاء أخذها من ورثة الاول ولا يرجع وان شاء أخذ من ورثة الثاني وهم يرجعون على ورثة الاول *

(كتاب الشركة) قال (شركة العنان معاملة صحيحة وأركانها ثلاثة (الاول) العاقدان ولا يشترط فيهما الا أهلية التوكيل والتوكل فان كل واحد متصرف في مال نفسه ومال صاحبه باذنه) * عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (يقول الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما) (1) يعني ان البركة تنزع من مالهما وروى (ان السائب كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل المبعث وافتخر بشركته بعد المبعث فلم ينكر عليه وأن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين) (2) واعلم أن كل حق ثابت بين شخصين فصاعدا على الشيوع يقال انه مشترك بينهم وذلك

(كتاب الشركة) (1) (حديث) أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يقول الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن؟ أحدهما صاحبه فا؟ اخان أحد هما صاحبه خرجت من بينهما أبو داود من حديث أبي هريرة وصححه الحاكم وأعله ابن القمطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبي حيان وقد ذكره ابن حبان في الثقات وذكر أنه روى عنه أيضا الحرث بن يزيد لكن أعله الدار قطني بالارسال فلم يذكر فيه ابا هريرة وقال إنه الصواب ولم يسنده غير ابن همام بن الزبير قان وفي الباب عن حكيم بن حزام رواه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب والترهيب * (2) (حديث) أن السائب بن يزيد كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل المبعث وافتخر بشركته بعد المبعث كذا وقع عنده وقوله بن يزيد وهم وإنما هو السائب بن أبي السائب رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم عنه إنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم في أول الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح قال مرحبا باخي وشريكي لا يدارى ولا يمارى لفظ الحاكم وصححه ولا بن ماجه كنت شريكا في الجاهلية ورواه أبو نعيم في المعرفة والطبراني في الكبير من طريق قبس = <

ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال كالقصاص وخذ القذف وكمنفعة كلب الصيد المتلقى من مورثهم وإلى ما يتعلق بمال وذلك أما عين مال ومنفعة كما لو غنموا مالا أو اشتروه أو ورثوه (وأما) مجرد المنفعة كما لو استأجروا عبداً أو وصى لهم بمنفعة كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه (وأما) حق يتوصل به إلى مال كالشفعة الثابتة بجماعة وكل شركة أما أن تحدث بلا اختيار كما في الارث أو باختيار في الشراء وليس مقصود الباب الكلام في كل شركة بل في الشركة التي تحدث باختيار ولا في كل ما تحدث بالاختيار بل في التي تتعلق بالتجارات وتحصيل الفوائد والأرباح وهي أربعة أنواع (منها) شركة العنان ومما أخذت اللفظة (قيل) من عنان الدابة أما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان (وأما) لأن الآخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان والأخرى معلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله (وقيل) هي من قولهم عن الشيء إذا ظهر أما لأنه ظهر لكل واحد منهم مال صاحبه وأما لأنه أظهر وجوه الشركة ولذلك اتفقوا على صحتها وقيل من المعانة وهي المعاوضة لأن كل واحد منهما يخرج ماله في معاوضة أخرج الآخر ثم تكلم صاحب الكتاب على عادته في أركان هذه الشركة ثم في أحكامها (فأحدها) المتعاقدان والمعتبر فيهما أهلية التوكيل والتوكل على ما سيذكر في باب الوكالة فإن كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال في ماله بحق الملك وفي غيره بحق أذنه فهو وكيل عن صاحبه وموكل له بالتصرف وتكره مشاركة الذمي ومن لا يحترز عن الربا* قال (الثاني الصيغة وهي ما تدل على الأذن في التصرف والأظهر أنه يكفي قولهما اشتركتا إذا كان يفهم المقصود منه عرفاً)*

= ابن السائب وروى أيضاً عن عبد الله بن السائب قال أبو حاتم في العلل وعبد الله ليس بالقويم

لا بد من لفظ يدل على الأذن في التصرف والتجارة فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فذاك ولو قالوا اشتركتا واقتصر عليه فهل يكفي ذلك لتسطلهما على التصرف من الجانبين فيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن أبي علي الطبري نعم لفهم المقصود عرفاً وبهذا قال أبو حنيفة (والثاني لا لقصور اللفظ عن الأذن واحتمال كونه اخباراً عن حصول الشركة في المال ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف إلا ترى أنهما لو ورثا مالا لا يتصرف فيه أحدهما إلا بأذن صاحبه والوجه الأول أظهر عند صاحب الكتاب (والثاني) أصح عند القاضي ابن كج وصاحب التهذيب والأكثري ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في جميع المال ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في جميع المال ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه وكذا لو أذن لصاحبه في

التصرف في الجميع وقال أنا لاتصرف الا في نصيبي ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه ثم ينظر في المأذون فيه ان عين جنسا لم يصح تصرف المأذون في نصيب الأذن من غير ذلك الجنس وان قال تصرف واتجر فيما شئت من أجناس الاموال جاز وفيه وجه أنه لا يجوز الاطلاق بل لا بد من التعيين *

[407]

قال (الثالث المال وإشارة النص إلى أنه لا بد وأن يكون نقدا كالقراض لان مقصوده التجارة والا قيس أنه يجوز في كل مال مشترك * والاشتراك بالشيوع هو الاصل ويقوم مقامه الخلط الذي يعسر معه التمييز فانه يوجب الشيوع * ولا يكفي (ح) خلط الصحيح بالقراض * ولا السمسمة بالكتان * ولا عند (ح) اختلاف السكة * وكذا (ح) كل اختلاف يمكن معه التمييز فان الشيوع لا يحصل معه * وليتقدم (ح) الخلط على العقد * فلو تراخى ففيه خلاف * ولا يشترط (و) تساوى المالين في القدر ولا العلم بالمقدار حالة العقد * الركن الثالث المال المعقود عليه وفيه مسائل (أحداها) لا خلاف في جواز الشركة في النقدين (وأما) سائر الاموال فالمتقومات لا تجوز الشركة عليها وفي المثليات قولان وقيل يقال وقال وجهان (أحدهما) المنقول عن رواية البوطى وأبى حنيفة أنه لا يجوز كما لا يجوز في المتقومات وكما لا يجوز القراض الا في النقدين (وأصحهما) وبه قال ابن سريج وأبو إسحق يجوز لان المثلى إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فاشبهه النقدين وليس المثلى كالمتقوم لانه لا يمكن الخلط في المتقومات وربما يتلف مال أحدهما ويبقى مال الآخر فلا يمكن الاعتداد بتلفه عنهما وفي المثليات يكون التالف بعد الخلط تالفا عنهما جميعا ولان قيمتهما ترتفع وتنخفض وربما تنقص قيمة مال احدهما دون الآخر وتزيد فيؤدى إلى ذهاب الربح في رأس المال أو دخول بعض رأس المال في الربح ويخالف القراض لان حق العامل محصور في الربح فلا بد من تحصيل رأس المال لتوزيع الربح وفي الشركة لا حاجة بل كل المال موزع عليهما على قدر ماليهما ولفظ النقدين عند اطلاقنا تجوز الشركة فيهما نعى به الدراهم والدنانير المضروبة وأما غير المضروبة من التبر والحلى والسبائك فقد أطلقوا منع الشركة فيها وبمثلها أجاب

[408]

القاضى الرويانى في الدراهم المغشوشة وحكى فيها خلاف ابى حنيفة لكن يجوز بناء الحكم في التبر على انه مثلى أم لا وفيه خلاف ستعرفه وماخذه في كتاب العصب فان جعل متقوما لم تجز الشركة عليه والا ففيه الخلاف في المثليات (وأما) الدراهم المغشوشة فقد حكى صاحب التتمة في جواز القراض عليها خلافا مبنيا على جواز التعامل بها فقد الحقنا المغشوش بالخالص فإذا جاء الخلاف في القراض ففي الشركة أولى على أن صاحب العدة ذكر أن الفتوى أنه تجوز الشركة فيها إذا استمر في البلد رواجها * واعلم أن ما ذكرنا في المسألة من تجويز الشركة ومنعها نريد فيما إذا أخرج هذا قدرا من ماله وذاك قدرا جعلاهما رأس المال ويمكن

فرض الشركة على غير هذا الوجه في جميع الاموال على ما سيأتي (المسألة الثانية) إذ أخرج رجلان كل واحد منهما قدار من المال الذي تجوز الشركة فيه فارادا الشركة فلا بد أن يخلطا المالين لا يتأتى معه التمييز والا فلو تلف مال أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه ويقدر اثبات الشركة في الباقي فلا تجوز الشركة عند اختلاف الجنس أن يكون من أحدهما دراهم والآخر دنانير ولا عند اختلاف الصفة كما إذا اختلفت السكة أو أخرج أحدهما صحاحا والآخر مكسرة أو صحاحا متقومة أو أخرج أحدهما دراهم عتيقة أو بيضاء والآخر جديدة أو سوداء وفى البيض والسود وجه عن الاصطخري وإذا جوزنا الشركة في المثليات وجب تساويهما جنسا ووصفا أيضا فلا تكفى خلطة الحنطة البيضاء بالحمراء لامكان التمييز وان عسر وعن الشيخ أبى على أن الاستاذ أبا اسحق ذكر وجهها في الاكتفاء به لعد الناس مثل ذلك خلطا وينبغى أن يقدم الخلط على العقد والاذن فان تأخر فالأظهر المنع إذ لا اشتراك عند العقد (والثانى) يجوز إذا وقع في مجلس العقد لان المجلس كنفس العقد فان تأخر لم يجر على الوجهين ومال الامام رحمه الله إلى تجويزه لما سبق أن

[409]

الشركة توكيل وتوكل ولو وجد التوكيل والتوكل والملكان متميزان ثم فرض الاختلاط لم تنقطع الوكالة نعم لو قيد الاذن بالتصرف في المال المنفرد فلا بد من تجديد الاذن ولو ورثا عروضاً أو اشتريها فقد ملكاها شائعة وذلك أبلغ من الخلط بل الخلط انما اكتفى به لافادة الشيوخ فإذا انضم إليه الاذن في التصرف تم العقد ولهذا قال المزني والاصحاب الحيلة في الشركة في العروض المتقومة ان ابيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه تجانس العرضان أو اختلفا ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما فيتقايضان وبأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف وفى التتمة أنه يصير العرضان مشتركين ويملكان التصرف بحكم الاذن الا أنه لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً وهو ناص وقضية اطلاق الجمهور ثبوت الشركة واحكامها على الاطلاق وهو المذهب ولو لم يتبايعا العرضين ولكن باعاهما بعرض أو نقد ففى صحة البيع قولان قد مر ذكرهما في تفريق الصفقة ويعودان باكثر من ذلك الشرح في الصداق فان صاحب الكتاب ذكر المسألة هناك

[410]

فان صححنا كان الثمن مشتركاً بينهما إما على التساوى أو التفاوت بحسب قيمة العرضين فاذن كل واحد منهما للآخر في التصرف (الثالثة) ظاهر المذهب أنه لا يشترط تساوى المالين في القدر بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين وعن الانماطى أنه يشترط التساوى لان الربح يحصل بالمال والعمل وكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع تساوى المالين لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوى في العمل وهل يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين بان يعرف أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى فيه الوجهان (أظهرهما) أنه لا يشترط إذا أمكن معرفة من بعد وهو المذكور في الكتاب وماخذ الخلاف انه إذا كان بين رجلين مال مشترك وكل

واحد منهما جاهل بقدر حصته فاذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال أو في نصيبه هل يصح الاذن فيه وجهان (أحدهما لا لانه لا يدري فيما يأذن والمأذون لا يدري ماذا يستفيد بالاذن (وأظهرهما) نعم لان الحق لا يعدوهما وقد تراضيا وعلى هذا تكون الاثمان بينهما مبهما كالمتنمات (واما) لفظ الكتاب فقوله

[411]

واشارة النص الا أنه لا بد وأن يكون نقدا يجوز حمله على ما قدمنا ذكره في رواية البويطى رحمه الله الا أن الظاهر انه قصد به ما ذكره الامام من أن منقول المزني المنع والمراد منه قوله في المختصر والذي يشبهه مذهب الشافعي رضى الله عنه أن الشركة لا تصح في العروض ولا فيما يرجع عند المفاضلة إلى قيمته وهذا له اشعار بالمنع لكن بعضهم حمل لفظ العروض على المتقومات وعلى هذا الكلام ذهب إلى

[412]

جواز الشركة في المثليات لانه يرجع عند المفاضلة إلى مثله لا إلى القيمة (وقوله) والاقيس أنه يجوز في كل مال مشترك أي عروض كانت أو غيرها وأراد بالمشارك ما ثبت فيه الحقان على الشيوع وذلك تارة ثبت ابتداء كما في الموروث بالخلط الدافع للتمييز لايحابه الشيوع ولو كان لهما ثوبان والتنسبا عليهما لم يكف ذلك لعقد الشركة فان المالين متميزان وإنما أبهم الامر بينهما (وقوله) فلو تراخا ففيه خلاف والاشبه أنه لم يرد به الوجهين فيما إذا وقع الخلط في المجلس وإنما أراد اقامة وجهين مما ذكره المعظم ومال إليه الامام رحمه الله لانه لم يتعرض للمجلس ههنا ولا في لوسيط ولاله ذكر في النهاية *

[413]

(فرع) قال أصحابنا العراقيون ومن تابعهم إذا جوزنا الشركة في المثليات فان استوت القيمتان كانا شريكين على السواء وان اختلفا كما إذا كان لاحدهما كرحنطة قيمته مائة والآخر قيمته خمسون فهما شريكان الثلثين والثلث وهذا مبني على قطع النظر في المثليات عن تساوى الاجزاء في القيمة والا فليس هذا الكر مثلا فذلك الكر والكلام في المثليات مستوفى في الغصب * (فرع) لاحدهما دنائير ولآخر دراهم وابتاعا شيئا بهما يقوم ما ليس بنقد البلد منهما بما هو نقد البلد فان استويا في القيمة فالشركة على التساوى والا فعلى الاختلاف * قال (ولا تصح شركة الابدان (م ح) وهى شركة الدالين والجمالين إذ كل واحد متميز بملك منفعتة فاخص بملك بدلها، ولا شركة المفاوضة (ح م) وهى أن يشتركا فيما يكتسبان من مال ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد إذ كل من اخص بسبب اخص بحكمه غرما وغنما *

[414]

ولا شركة الوجوه (ح) وهى أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه * بل كل الثمن لمالك المثل * وله أجر المثل * عرض الفصل الكلام فيما سوى شركة العنان من الشرك وهى ثلاثة (أحدها) شركة الابدان وهى أن يشترك الدالان أو الحمالان أو غيرهما من المحترفة على ما يكتسبان ليكون بينهما على تساو أو تفاوت وهى باطلة سواء اتفقا في الصنعة أو اختلفا كالخياط والتجار لان كل واحد منهما مميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده وهكذا لو اشتركا في ماشيتهما وفى متميزة ليكون الدر والنسل بينهما فانه لا يصح وعند أبى حنيفة يصح اتفقت الصنعتان أو اختلفتا وعن صاحب التقريب أن لبعض الاصحاب وجها كمذهبه وقال مالك رحمه الله تصح بشرط اتحاد الصنعة وسلم أبو حنيفة

[415]

ومالك أنه لا تجوز الشركة في الاصطياد والاحتطاب وأحمد جوزهما أيضا وإذا قلنا بظاهر المذهب وهو البطلان فإذا اكتسبا شيئا نظر إن انفرد عمل أحدهما عن الآخر فلكل واحد منهما كسبه وإلا فالحاصل مقسوم بينهما على قدر أجرة المثل لا كما شرط (الثانية) شركة المفاوضة وهى أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل لهما من غنم وهى باطلة خلافا لابي حنيفة رحمه الله حيث قال تصح بشرط أن يستعملا لفظ المفاوضة فيقولوا تفاوضنا أو اشتركنا شركة المفاوضة وإن استويا في الدين والحرفة فلو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا أو أحدهما حرا والآخر مكاتبا لم يصح وإن استويا في قدر رأس المال وأن لا يملك واحد منهما من جنس رأس المال الا ذلك القدر ثم حكمها عنده أن ما اشتراه أحدهما يقع مشتركا إلا ثلاثة أشياء قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسرى بها وإذا ثبت لأحدهما شفعة شارك صاحبه وما ملكه أحدهما بآرث أو هبة لا يشاركه الآخر فيه فان كان فيه شئ من جنس رأس المال فسدت شركة المفاوضة وانقلبت إلى شركة العنان وما لزم أحدهما بغصب أو بيع فاسد أو اتلاف كان مشتركا الا الجناية على الحر وكذا بدل الخلع والصداق إذا لزم أحدهما لم يؤخذ به الآخر ووجه المذهب في المسألة ظاهر قال الشافعي رضى الله عنه في اختلاف العراقيين ولا أعرف شيئا في الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة يعني لما فيها من أنواع الغرر والجهالة الكثيرة

[416]

(فرع) لو استعملا لفظ المفاوضة وأراد اشركة العنان جاز نص عليه وهذا يقوى تصحيح العقود بالكنايات (الثالثة) شركة الوجوه وقد فسرت بمعان (أشهرها) أن صورتها أن يشترك رجلان وحيهان عند الناس ليتبعا في الذمة إلى أجل على أن ما يتبعا كل واحد منهما يكون بينهما فيبتعا

ويؤديا الاثمان فما حصل فهو بينهما (والثاني) أن يتناع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى حامل وبشرط أن يكون الربح بينهما (والثالث) أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده ولا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما وهذا تفسير القاضى ابن كج والامام ويقرب منه ما ذكره صاحب الكتاب وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له وهي على المعاني باطلة إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند المفاصلة ثم ما نشتره أحدهما في الصورة الاولى والثانية فهو له يختص به وربحه وخسرانه ولا يشاركه فيه الاخر الا إذا كان قد صرح بالاذن في الشراء بما هو بشرط التوكيل في الشراء وقصد المشتري توكيله وعند

[417]

أبى حنيفة رحمه الله يقع المشتري مشتركا بمجرد الشركة وان لم يوجد قصد من المشتري ولا اذن من صاحبه (وأما) الصورة الثالثة فهي ليست بشركة في الحقيقة وانما هي قراض فاسد لاستبداد المالك باليد فان لم يكن المال نقدا زاد الفساد وجها آخر وأما ما أورده في الكتاب فحاصله الاذن في البيع بعوض فاسد فيصح البيع من المأذون ويكون له أجرة المثل وجميع الثمن للمالك واعلم أنه انما عقب أركان شركة العنان بذكر أنواع الشركة الفاسدة لانه قد تبين في خلال الاركان اشتراط شيوع رأس المال وارتفاع التمييز فأراد الاشارة إلى فساد هذه الانواع لاختلال هذا الشرط وتميز ما هو رأس المال فيها أو ما هو في شبه رأس المال ويتعلق بهذه القاعدة صور اخر مخصصة ؟ في البويطى (منها)

[418]

لواحد بغلة ولاخر راوية تشار كأمع ثالث ليسقى الثالث الماء ويكون الحاصل بينهم ؟ فهو فاسد لانها منافع أبدان متميزة فلو جروا عليه وأسقى الثالث الماء فلمن يكون الماء نقل صاحب التخليص وآخرون فيه اختلاف قول ولم يحمد المعظم تلك الطريقة وانما ارتضوا تفصيلا ذكره ابن سريج وهو ان كان الماء مملوكا للمستقى أو مباحا لكنه قصد به نفسه فهو له وعليه لكل واحد من صاحبيه أجرة المثل أيضا وان قصد به الشركة فهو على الخلاف في جواز النية في تملك المباحات وسنذكره في الوكالة فان لم تجوز فهو للمستقى وعليه أجرة المثل لصاحبه أيضا وان جوزنا وهو الاصح فالماء بينهم وفي كيفية الشركة وجهان (أحدهما) أنه يقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم لانه حصل بالمنافع المختلفة وهذا

[419]

ما أورده الشيخ أبو حامد ويحكى عن نصه في البويطى (وأصحهما) عند الشيخ أبى علي ولم يورد القفال غيره انه يقسم بينهم بالسوية اتباعا

لقصده فعلى هذا للمستقى أن يطالب كل واحد من صاحبيه بثالث أجرة
منفعته لانه لم ينصرف منها إليه الا الثلث وكذلك يرجع كل واحد من
صاحبي البغلة والزاوية على كل واحد من الاخير والمستقى بثالث أجرة
منفعة ملكه وعلى الوجه الاول لا تراجع بينهم في الاجرة ولو استأجر رجل
راويته من صاحبها والبغلة من صاحبها والمستقى يحمل الماء وهو مباح
نظر ان انفراد كل واحد بعقد صح والماء للمستأجر وان جمع بين الكل في
عقد واحد ففي صحة الاجارة قولان كما لو اشترى عرضا لرجل وعرضا
لآخر منهما يثنى ؟ واحد ان صحنا وزعت الاجرة المسماة على أجور

[420]

الامثال والا فلكل واحد أجرة المثل عليه ويكون الماء للمستأجر صحنا
الاجارة أو أفسدناها (أما) إذا صحناها فظاهر (وأما) إذا أفسدناها فلان
منافعهم مضمونة بأجرة المثل ذكره الامام فان نوى المستقى نفسه
وفرعنا على فساد الاجارة فعن الشيخ أبى على أنها تكون للمستأجر أيضا
وتوقف الامام فيه لان منفعته غير مستحقة للمستأجرين وقد قصد نفسه
فليكن الحاصل له وموضع القولين ما إذا وردت الاجارة على عين المستقى
والبغلة والراوية فأما إذا أزم ذمتهم نقل الماء صحت الاجارة لا محالة إذ
ليست ههنا اعيان مختلفة يفرض جهالة في أجورها وانما على كل واحد
منهم ثلث العمل (ومنها) لو اشترك أربعة لاحدهم بيت ولآخر حجر راحا
ولآخر بغلة تديره والرابع يعمل في الرحا على

[421]

أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم فهو فاسد ثم إن استأجر مالك الحنطة
العامل والآلات من مالها وأفرد كل واحد بعقد لزمه ما سمي لكل واحد
منهم وان جمع بين الكل في عقد واحد فان أزم ذمتهم الطحن صح العقد
وكانت الاجرة بينهم أرباعا يتراجعون بأجرة المثل لان المنفعة المملوكة
لكل واحد منهم قد استوفى ربعها حيث أخذ ربع المسمى وانصرف ثلاثة
أرباعها إلى أصحابه يأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل وان استأجر عين
العامل وأعيان الآلات ففيه القولان المذكوران في أن الصورة السابقة إن
أفسدنا الاجارة فلكل واحد أجرة مثله وان صحناها وزع المسمى عليهم
ويكون التراجع بينهم على ما سبق وان أزم المالك للحنطة ذمة العامل
الطحن لزمه وعليه إذا استعمل

[422]

مالاصحابه أجرة المثل لهم إلا أن يستأجرها بعقد صحيح فعليه للمسمى
(ومنها) لوأحد البذر ولآخر آلة الحرث ولآخر الارض واشتركوا مع رابع ليعمل
ويكون الزرع بينهم فالزرع لصاحب البذر وعليه لاصحابه أجرة المثل قال
في التتمة فلو أصاب الزرع أفة ولم يحصل من الغلة شئ فلا شئ لهم

لانهم لم يحصلوا له شيئاً ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر * قال (وحكم الشركة تسليط كل واحد على التصرف بشرط الغبطة مع الجواز حتى يقدر كل واحد على العزل * وتنسخ بالجنون والموت) * هذا أول القول في أحكام الشركة والفصل ينظم حكمين (أحدهما) أن الشركة بالمعنى المعقود لهذا الباب إذا تمت ووجد الاذن من الطرفين تسلط كل واحد من الشريكين على التصرف وسيل تصرف الشريك كسبيل تصرف الوكيل فلا يبيع نسيئة ولا يغير نقد البلد ولا يبيع ولا يشتري بالغبن الفاحش إلا إذا اذن الشريك فان خالف وباع بالغبن الفاحش لم يصح في نصيب الشريك

[423]

وفى نصيبه قولا تفريق الصفقة إن لم نفرقها بقى المبيع على ملكهما والشركة بحالها وان فرقناها انفسخت الشركة في المبيع وصار مشتركا بين المشتري والشريك الذي بطل في نصيبه وان اشترى بالغبن نظر ان اشترى بعين مال الشركة فهو كما لو باع وان اشترى في الذمة لم يقع وعليه توفير الثمن من خالص ماله * وليس لاحدهما أن يسافر بمال الشركة ولا أن يبضعه بغير اذن صاحبه فان فعل ضمن (الثاني) الشركة جائزة ولكل واحد منهما فسخها متى شاء لما سبق أن حقيقتها التوكل فلو قال أحدهما للآخر عزلك عن التصرف أولا تتصرف في نصيبى اعزل المخاطب ولا يعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول ولو قال فسخت الشركة انفسخ العقد قال الامام يعزلان عن التصرف لارتفاع العقد وأشار إلى أن ذلك مجزوم به لكن صاحب التتمة ذكر ان اعزلهما مبنى على أنه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة أم لا بد من التصريح بالاذن (ان قلنا) بالاول فإذا ارتفع العقد اعزلا (وان قلنا) بالثاني وكانا قد صرحا بالاذن فلكل واحد منها التصرف إلى أن يعزلا وكيف ما كان فلائمة متطابقون على ترجيح القول بانعزلهما وأيد الامام الوجه الذاهب إلى أن لفظ

[424]

الشركة بمجردة يسلمهما على التصرف فيه وكما تنفسخ الشركة بالفسخ بموت أحد المتعاقدين وجنونه واعمائه كالوكالة ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ولا هناك وصية فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة ان كان بالغارث شيدا وان كان موليا عليه لصغر أو جنون فعلى وليه ما فيه الحظ والمصلحة من الامرين وانما يقرر الشركة بعقد مستأنف وان كان على الميت دين فليس للوارث تقرير الشركة الا إذا قضى الدين من موضع آخر وان كان هناك وصية نظر ان كانت الوصية لمعين فهو كاحد الورثة وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة حتى تخرج الوصية ثم هو كما لو لم تكن وصية * قال (ويتوزع الربح والخسران على قدر المال * فلو شرطا تفاوتا بطل الشرط وفسد العقد * ومعنى الفساد أن كل واحد يرجع على صاحبه بأجرة عمله في ماله ولو صح لما رجع * ولو شرط زيادة ربح لمن اختص بمزيد عمل ففي صحة الشرط خلاف * ومن حكمها كون كل واحد أمينا القول قوله فيما يدعيه من تلف وخسران * إلا

إذا ادعى هلاكاً بسبب ظاهر فعليه إقامة البينة على السبب * ثم هو مصدق في الهلاك به * والقول قوله فيما اشتراه اقصد به نفسه أو مال الشركة * (فإن قال) كان من مال الشركة فخلص لى بالقسمة فالقول قول صاحبه في انكار القسمة *

[425]

من أحكام الشركة كون الربح بينهما على قدر المالكين شرطاً أو لم يشترطاً تساويًا في العمل أو تفاوتاً فإن شرطاً التساوي في الربح مع التفاوت في المال فهو فاسد وكذا لو شرطاً التفاوت في الربح مع التساوي في المال نعم لو اقتص أحدهما بمزيت عمل وشرط له مزيد ربح ففيه وجهان (أحدهما) صحة الشركة ويكون القدر الذي يناسب ملكه له بحق الملك والزائد يقع في مقابلة العمل ويتركب

[426]

العقد من الشركة والقراض (وأصحهما) المنع كما لو شرطاً التفاوت في الخسران فإنه يلغو أو يتوزع الخسران على المال ولا يمكن جعله مشتركاً وقراضاً فإن العمل في القراض بيع مختص بمالك المالك وههنا يتعلق بملكه وملك صاحبه * وعند أبي حنيفة رضى الله عنه يجوز تغيير نسبة الربح بالشرط ويكون الشرط متبعاً لنا القياس على طرود الخسران فإنه يسلم توزيعه على قدر المالكين وإن شرط خلافه وإذا

[427]

فسد لم يؤثر ذلك في فساد التصرفات لوجود الاذن ويكون * الربح على نسبة المالكين ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله على ما ذكره في الكتاب وتفصيله أنهما إما أن يكونا متساويين في المالكين أو متفاوتين إن تساويًا فاما أن يتساويًا في العمل أيضاً فنصف عمل كل واحد منهما يقع في ماله فلا يستحق به أجرة والنصف الآخر الواقع في مال صاحبه يستحق عليه

[428]

مثل بدله عليه فيقع في التقاص وإن تفاوتاً في العمل بأن كان عمل أحدهما يساوي مائة وعمل الآخر مائتين فإن كان عمل المشروط له الزيادة أكثر فنصف عمله مائة ونصف عمل صاحبه خمسون فيبقى له خمسون بعد التقاص وإن كان عمل صاحبه أكثر ففي رجوعه بالخمسين على المشروط

له الزيادة وجهان (أحدهما) الرجوع وهو ظاهر ما أجاب به الشيخ أبو حامد
كما لو فسد القراض

[429]

فيستحق العامل أجره المثل (وأصحهما) المنع ويحكى عن أبي حنيفة رحمه
الله لانه عمل وجد من أحد الشريكين لم يشترط عليه عوض والعمل في
الشركة لا يقابله عوض بدليل ما إذا كانت الشركة صحيحة فزاد عمل
أحدهما فانه لا يستحق على الآخر شيئاً ويجرى الوجهان فيما إذا فسدت
الشركة واختص أحدهما باصل التصرف والعمل هل يرجع بنصف أجره عمله
على الآخر (وأما)

[430]

إذا تفاوتا في المال بان كان لاحدهما الف ولآخر الفان فاما أن يتفاوتا في
العمل أو يتساويا فان تفاوتا بان كان عمل صاحب الاكثر أكثر بان كان عمله
يساوى مائتين وعمل الآخر مائة فثلثا عمله في ماله وثلثه في مال صاحبه
وعمل صاحبه على العكس فيكون لصاحب الاكثر ثلث المائتين على صاحب
الاقل ولصاحب الاقل ثلث المائة على صاحب الاكثر وقدرهما واحد فيقع
في التقاص فان كان عمل

[431]

صاحب الاقل في ماله وثلثاه في مال شريكه وثلثا عمل صاحبه الاكثر في
ماله وثلثه في مال شريكه فلصاحب الاقل ثلثا المائتين على صاحب الاكثر
وهو مائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم ولصاحب الاكثر ثلث المائة على
صاحب الاقل وهو ثلاثة وثلاثون وثلث فيبقى بعد التقاص لصاحب الاقل
مائة على الآخر وان تساويا في العمل فلصاحب الاقل ثلثا المائة على
صاحب الاكثر

[432]

ولصاحب الاكثر ثلث المائة عليه فيكون الثلث بالثلث قصاصا يبقى لصاحب
ثلث المائة ثلاثة وثلاثون وثلث (وقوله) في الكتاب فلو شرطا تفاوتا بطل
الشرط معلم بالحاء لما عرفت أن أبا حنيفة رحمه الله يصححه (وقوله)
فسد العقد هذا المشهور ونقل الامام رحمه الله اختلافا للاصحاب

[433]

رحمهم الله في أن الشركة تقصد بهذا الشرط أو يطرح الشرط والشركة بحالها لنفوذ التصرفات ويوزع الربح على المالكين ولم يتعرض غيره لحكاية الخلاف بل جزموا بنفوذ التصرفات ويوزع الربح على المالكين ولوجوب الاجرة في الجملة ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح فبعضهم يطلق

[434]

لفظ الفساد وبعضهم يمنع منه لبقاء أكثر الاحكام (وقوله) ومعني الفساد إلى آخره أشار به إلى أن أثر الفساد بالرجوع بالاجرة فان الشركة لو كانت صحيحة لما ثبت استحقاق الاجرة ويجوز إعلام قوله يرجع بالاجرة بالحاء لان عنده لا رجوع بها لصحة الشرط وما ذكرنا من معني الفساد عند تعيين

[435]

نسبة الربح جار في سائر أسباب الشركة نعم قال الامام رحمه الله لو لم يكن بين المالكين شيعو وخلط فلا شركة ههنا على التحقيق وثمان كل واحد من المالكين يختص بمالكة ولا يقع مشتركاً والكلام في الصحة والفساد إنما يكون بعد حصول تعيين الشركة فان جرى توكيل من الجانبين لم يخف حكمه وينبغي على الخلاف المذكور فيما إذا شرط زيادة ربح لمن اختص بمزيد عمل *

[436]

(فرعان) أحدهما إذا جوزنا ذلك فلو لم يشترطاه ولا اشترط توزيع الربح على قدر المالكين بل أطلقا فعن صاحب التقريب والشيخ أبي محمد ذكر خلاف في أن الربح يتوزع على المالكين وتكون زيادة العمل تبرعا منه أو يثبت للزيادة أجرة تخريجا على ما إذا استعمل صناعا ولم يذكر له أجرة

[437]

(الثاني) إذا شرطا زيادة ربح لمن زاد عمله ففي اشتراط استبداده باليد وجهان وكذا لو شرطا انفراد أحدهما بالعمل في وجه يشترط كما في القراض وفي وجه لا جريا على قضية الشركة والخلاف في جواز اشتراط زيادة ربح بمن زاد عمله جار فيما إذا اشترطا انفراد أحدهما بالتصرف وجعلا له زيادة ربح وفي وجه يجوز ههنا ولا يجوز فيما إذا اشتركا في أصل

العمل لانه لا يدري بأى عمل حصل فيحال به على المال أورده في الوسيط *

[438]

قال (ومن حكمها كون كل واحد أميناً القول قوله فيما يدعيه من تلف وخسران * إلا إذا ادعى هلاكاً بسبب ظاهر فعليه إقامة البينة على السبب * ثم هو مصدق في الهلاك به * والقول قوله فيما اشتراه أقصد به نفسه أو مال الشركة * فإن قال كان من مال الشركة فخلص لى بالقسمة فالقول قول صاحبه في انكار القسمة) *

[439]

في الفصل مسألتان (إحدهما) من أحكام الشركة أن يد كل واحد من الشريكين يد أمانة كيد المودع والوكيل ولو ادعى رد المال إلى شريكه قبل قوله كالمودع والوكيل بغير جعل ولو ادعى خسراناً أو تلفاً فكذلك كالمودع إذا ادعى التلف وكل واحد من الشريكين والمودع إذا أسند التلف إلى سبب ظاهر طوّل بالبينة

[440]

عليه فلو أقامها صدقاً في الهلاك به وسيأتى ذكره في الوديعة فإذا ادعى أحد الشريكين خيانة على الآخر لم تسمع الدعوى حتى يبين قدر ما خان به فإذا تبين سمعت والقول قول المنكر مع يمينه (الثانية) في يد أحد الشريكين مال واختلفا فقال من في يده أنه لى وقال الآخر بل هو من مال الشركة وهذا

[441]

يقع عند ظهور الريح فيه أو قال المشتري اشتريته من الشركة وقال الآخر بل لنفسك وهذا يقع عند ظهور الخسران فالصدق المشتري لانه أعرف بمقصده ولو قال صاحب اليد قسمنا مال الشركة وهذا مختص بى وقال الآخر لم نقسم بعد وهو مشترك فالقول قول نافي القسمة لان الاصل بقاء الشركة وعلى مدعى القسمة البينة ولو كان في أيديهما أو في أيديهما أو في يد أحدهما مال وقال كل واحد منهما هذا نصيبي من

[442]

مال الشركة وأنت نصيبك حلف كل واحد منهما وجعل المال بينهما
فان حلف أحدهما دون الآخر قضى له * قال (وإذا باع أحد الشريكين باذن
الآخر عبدا مشتركا ثم أقر الذي لم يبع أن البائع قبض الثمن كله وهو جاحد
فالمشترى برئ من نصيب المقر لاققراره * وللبيع طلب نصيبه من
المشترى * فان استحلغه المقر فحلف أنه لم يقبض سلم له ما قبض * وان
نكل حلف الخصم واستحق * ولو كانت

[443]

المسألة بحالها ولكن أقر البائع أن الذي لم يبع قبض الثمن كله لم يقبل
اقرار الوكيل على الموكل وبرئ المشتري من مطالبة المقر بان شريكي
قبض إذا كان شريكه أيضا مأذونا من جهته * ولم يبرأ من مطالبة الجاحد
فله أخذ نصيبه من المشتري) * إذا كان بين اثنين عبد فباعه أحدهما باذن
الآخر وكان البائع مأذونا في قبض الثمن أيضا أو قلنا إن الوكيل بالبيع
يملك قبض الثمن ثم اختلف الشريكان في القبض فذلك يصور على وجهين

[444]

(أحدهما) أن يقول الشريك الذي لم يبع للذي باع قبضت الثمن كله فسلم
إلى نصيبي ويساعد المشتري على أن البائع قبض وينكر البائع فيبرأ
المشترى عن نصيب الذي لم يبع لاعترافه بان البائع الذي هو وكله بالقبض
قد قبض ثم ههنا خصومة بين البائع والمشتري وخصومة بين الشريكين
وربما تقدمت الاولى على الثانية وربما تأخرت فان تقدمت خصومة البائع
والمشترى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن وادعى المشتري أنه
أداه نظر ان قامت للمشتري بينة على الاداء اندفعت المطالبة عنه فان
شهد له الشريك الذي لم يبع لم تقبل شهادته في نصيبه لانه لو ثبت ذلك
لطالب المشهود عليه

[445]

بحقه وذلك جر نفع ظاهر وفي قبولها نصيب الآخر قولان بناء على أن
الشهادة هل تتبع كما لو شهد أنه قذف أمه وأجنبية هل تقبل في حق
الاجنبية وان لم تكن بينة فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض فان
حلف أخذ نصيبه من المشتري ولا يشاركه الذي لم يبع فيه لاققراره بأنه أخذ
الحق من قبل وزعمه أن ما أخذه الآن أخذه ظلما وان نكل وحلف المشتري
انقطعت المطالبة عنه وان نكل المشتري أيضا فعن ابن القطان وجه أنه لا
يؤاخذ بنصيب البائع لانا لا نحكم بالنكول والمذهب خلافه وليس هذا حكم

بالنكول وأن ما هو مؤاخذة له باقراره بلزوم المال بالشراء ابتداء ثم إذا انفصلت خصومة البائع والمشتري فلو جاء الشريك

[446]

الذي لم يبع يطالب الذي باع بحقه بزعمه أنه قبض الثمن فعليه البينة ويصدق البائع أنه لم يقبض الا نصيبه بعد الخصومة الجارية بينهما فان نكل البائع حلف الذي لم يبع وأخذ منه نصيب نفسه ولا يرجع البائع به على المشتري لان بزعمه أن شريكه ظلمه بما فعل ولا يمنع البائع من الحلف ونكوله عن اليمين في الخصومة مع المشتري لانها خصومة أخرى مع خصم آخر هذا إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري وتلتها خصومة الشريكين فإذا تقدمت خصومة الشريكين فادعي الذي لم يبع قبض الثمن على البائع وطالبه بحقه فعليه البينة ولا تقبل شهادة المشتري له بحال لانه يدفع عن نفسه فان لم

[447]

يكن له بينة حلف البائع أنه ما قبض فان نكل حلف الذي لم يبع وأخذ نصيبه من البائع ثم إذا انفصلت خصومة الشريكين فلو طالب البائع المشتري بحقه وادعى المشتري الاداء فعليه البينة فان لم تكن بينة حلف البائع وقبض حقه فان نكل حلف المشتري وبرئ ولا يمنع البائع من أن يحلف ويطلب من المشتري حقه نكوله في الخصومة الاولى مع شريكه وعن حكاية الشيخ أبي علي أنه يمنعه بناء على أن يمين الرد كالبينة أو كإقرار المدعى عليه ان كانت كالبينة فكأنه قامت البينة على قبضة جميع الثمن وإن كانت كالأقرار فكأنه أقر بقبض جميع الثمن وعلى التقديرين يمتنع عليه مطالبة المشتري وهذا ضعيف باتفاق الاثمة لان اليمين انما تجعل كالبينة أو كالأقرار في حق المتخاصمين وفيما فيه تخاصمهما لا غير ومعلوم أن الشريك انما يحلف على أنه قبض نصيبه فانه الذي يطالب به فكيف

[448]

يؤثر بيمينه في غيره وعلى ضعفه فقد قال الامام رحمه الله القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري ونكل البائع وحلف المشتري اليمين المردودة حتى يقال ثبت للذي لم يبع مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة لكون يمين الرد بمنزلة البينة أو الاقرار والله أعلم * فهذا أحد وجهي اختلاف الشريكين في القبض (والوجه الثاني) أن يقول الشريك البائع للذي لم يبع قبضت الثمن كله وصدقه المشتري فأنكر الذي لم يبع فله حالتان (إحدهما) أن يكون الذي لم يبيع مأذونا من جهة البائع في قبض الثمن فيبرأ المشتري عن نصيب البائع لا اعترافه بأن وكيله قد قبض ثم تعرض خصومتان كما في النزاع الاول فان تخاصما الذي لم يبع والمشتري

فالقول قول الذي لم يبيع في نفى القبض فيحلف ويأخذ نصيبه ويسلم له
المأخوذ وان تخاصم البائع والذي لم يبيع حلف الذي لم يبيع فان نكل حلف
البائع وأخذ منه نصيبه ولا رجوع له على المشتري وكل ذلك كما مر في
النزاع الاول ولو شهد البائع للمشتري على القبض لم تقبل لانه يشهد
لنفسه على الذي لم يبيع والحالة الثانية أن لا يكون الذي لم يبيع مأذونا من
جهة البائع في القبض فلا تبرأ ذمة المشتري عن شئ من الثمن أما عن حق
الذي لم يبيع فلانه منكر في القبض ومصداق في انكاره بيمينه وأما عن الذي
باع فلانه لم يعترف

[449]

بقبض صحيح ثم لا يخلو إما أن يكون البائع مأذونا من جهة الذي لم يبيع في
القبض أولا يكون مأذونا أيضا (القسم الاول) أن يكون مأذونا فله مطالبة
المشتري بنصيبه من الثمن ولا يتمكن من مطالبته بنصيب الذي لم يبيع لانه
لما أقر بقبض الذي لم يبيع نصيبه فقد صار معزولا عن وكالته ثم إذا تخاصم
الذي لم يبيع والمشتري فعلى المشتري البينة على القبض وان لم تكن
البينة فالقول قول الذي لم يبيع فإذا حلف ففيمن يأخذ حقه منه وجهان
(قال) المزني وابن القنص وآخرون إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري
وان شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري لان الصفقة
واحدة فكل جزء من الثمن شائع بينهما فان أخذ بالحصص الثانية لم يبق مع
البائع إلا ربع الثمن ويفارق هذا ما إذا كان الذي لم يبيع مأذونا في القبض
حيث لا يشاركه البائع فيما يأخذه من المشتري لان زعمه أن الذي لم

[450]

يبيع ظالم فيما أخذه فلا يشاركه فيما ظلم به قال ابن سريج وغيره ليس له
الأخذ حقه من المشتري ولا يشارك البائع فيما أخذه لان البائع قد انعزل
عن الوكالة بأقراره وأن الذي لم يبيع قبض حقه فما يأخذه بعد الانعزال
يأخذه لنفسه خاصة وهذا الكلام استحسنته الشيخ أبو حامد والشيخ أبو علي
لكن أبو علي قال انه وان انعزل فالمسألة تحتل وجهين بناء على أن
مالكي السلعة إذا باعها بصفقة واحدة هل ينفرد أحدهما بقبض حصته من
الثمن وجهان (أحدهما) لا بل إذا انفرد بأخذ شئ يشاركه

[451]

الآخر فيه كما أن الحق الثابت للورثة لا ينفرد بعضهم باستيفاء حصته منه
ولو فعل شاركه الآخرون فيه وكذلك لو كاتبها عبدهما صفقة واحدة لم
ينفرد أحدهما بأخذ حقه من النجوم (والثاني) نعم كما لو باع كل واحد منهما
نصيبه بعقد مفرد ويخالف الميراث والكتابة فانهما لا يثبتان في الاصل
بصفة التجزئ إذ لا ينفرد بعض الورثة ببعض أعيال التركة ولا تجوز كتابة

بعض العبد فلذلك لم يجر التجزئ في القبض ولو شهد البائع للمشتري على أن الذى لم يبع قد قبض الثمن فعلى المزني

[452]

لا تقبل شهادته لان يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه وعلى ما ذكره ابن سريج تقبل (والقسم الثاني) أن لا يكون البائع مادونا في القبض قال أصحابنا العراقيين للبائع مطالبه المشتري بحقه ههنا وما يأخذه يسلم له وتقبل ههنا بشهادة البائع للمشتري على الذى لم يبع وقياس البناء الذى ذكره الشيخ أبو على عود الخلاف في مشاركة صاحبه فيما أخذه تخرج قبول الشهادة على الخلاف ويجوز أن يستفاد من جوابهم ترجيح الوجه الصائر إلى الاصل المبني عليه أن كل شريك ينفرد بقبض

[453]

حصته على أنى رأيت في فتاوي الحناطى حكاية وجه أن أحد الموارثين أيضا إذا قبض من الدين قدر حصته لم يشاركه الآخر الا أن ياذن له المديون في الرجوع عليه أولا يجد ما لا سواه هذا فقه السمالة واعلم ان المزني أجاب في الوجه الثاني من اختلاف الشريكين بان المشتري يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض لانه في ذلك أمين وظاهر هذا يشعر بسقوط نصيب الذى لم يبع

[454]

كما أن في الوجه الاول من اختلافهما يسقط نصيب الذى لم يبع والاصحاب فيما اطلقه فرقتان فغلطه فرقة منها ابن سريج وابو اسحق وقالت إنه نقل هذه المسألة من كتب أهل العراق فانهم يقبلون إقرار الوكيل على الموكل باستيفاء الثمن والبائع وكيل الذى لم يبع فيسقط باقراره أن الموكل قد قبض حقه (فأما) قول أصل الشافعي رضى الله عنه فان اقرار الوكيل على الموكل غير مقبول فلا يسقط باقرار البائع حق لدى لم يبع (وفرقة) أولت كلامه وهم قولان عن ابن أبى هريرة وغيره أنه ما أراد بقوله برئ المشتري من نصف الثمن البراءة المطلقة وانما أراد براءة المطلقة وانما أراد براءة مطالبه البائع بالنصف لان زعمه أن شريكه قد قبض حقه فلا يمكنه المطالبة به (ومنهم) من حمله على ما إذا كان الذى لم يبع مادونا من جهة البائع في القبض أيضا فإذا أقر البائع بان شريكه قبض وقد أقر بقبض وكيله فعلى هذا فالنصف الساقط هو نصيب المقر كما في الاختلاف الاول * واعلم أن المسألة لا اختصاص لها بالشركة المعقود لها الباب وانما هي موضوعة في مطلق الشركة (وقوله) في الكتاب فان نكل حلف الخصم واستحق

أي نكل البائع وحلف الذي لم يبع واستحق نصيبه على شريكه (وقوله) في الصورة الثانية لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل الوكيل ههنا هو الذي باع والموكل هو الذي لم يبع وقوله برئ المشتري من مطالبة المقر بان شريكه قبض إلى آخره قد يوهم مغايرة هذه اللفظة لقوله في الصورة السابقة المشتري يبرأ من نصيب المقر لاقراره فرق بينهما في هذا الحكم ولا فرق وليس في تغاير اللفظين فقه (وقوله) ولم يبرأ من مطالبة الجاحد كالشرح والايضاح لما مر والا ففى قوله لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل ما يفيد أنه إذا لم يقبل اقرار البائع عليه ففى حقه ومطالبته بحالهما ويجوز أن يقال قوله يقبل اقرار الوكيل على الموكل إشارة إلى القاعدة الكلية في الوكلاء والموكلين (وقوله) ولم يبرأ من مطالبة الجاحد بيان قياس تلك القاعدة وثمرتها فيما نحن فيه *

(فرع) تناسى في ختم الكتاب به المزني والاصحاب وإن لم يكن له كبير اختصاص بالباب عبد بين رجلين غصب غاصب نصيب أحدهما بأن نزل نفسه منزله وأزال يد صاحبه يصح من الذي لم يغصب نصيبه بيع نصيبه ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا من الغاصب ولو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه جميع العبد في عقد واحد بطل في نصيب الغاصب وصح في نصيب المالك لا يخرج على الخلاف في تفريق الصفقة لان الصفقة تتعدد بتعدد البائع وسهم من قال ينبنى القول في نصيب المالك على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقا ينصرف إلى نصيبه أو يشيع وفيه وجهان وهذه المسألة المذكورة في الكتاب في باب العتق (فإن قلنا) ينصرف إلى نصيبه صح بيع المالك في نصيبه (وإن قلنا) بالشيوع يبطل البيع في ثلاثة أرباع العبد وفي ربه قولان ولا ينظر إلى هذا البناء فيما إذا باع المالكان معا وأطلقا ولا يجعل كما إذا أطلق واحد منهما بيع نصف العبد لان هناك تناول العقد الصحيح جميع العبد *