

شبكة مشكاة الإسلامية

المجموع شرح المذهب

الإمام محيي الدين النووي

ج 13

[1]

التكملة الثانية المجموع شرح المذهب الجزء الثالث عشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

[3]

بسم الله الرحمن الرحيم قال المصنف رحمه الله: باب بيع المرابحة (من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وأقل منه وبأكثر منه، لقوله صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم " ويجوز أن يبيعها مرابحة، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول: ثمنها مائة، وقد بعته برأس مالها وربح درهم في كل عشرة، لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يارده وده دوازده (1) ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال: بعته بمائة وعشرة ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول: رأس مالها مائة، وقد بعته برأس ماله ووضع درهم (2) من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال: بعته بمائة إلا عشره، ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة، فإن كان مما لا تختلف أجزاءه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيه منه بحصته، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدین قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما، ولهذا لو اشترى سيفا وشقصا بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم أخذ الشفيح الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته.

(1) قوله لا يرى بأساً بده يارده وده دوازده " ده عشرة بالفارسية، ويارده أحد عشر ودوازده اثنا عشر، أي لا يرى بأساً أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر أو بإثنى عشر (2) قوله " ووضع درهم " أي حط درهم. يقال وضع له في البيع من الثمن أي حط عنه

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه ومن والاه، وبعد
فيقول محمد نجيب المطيعي عفا الله عنه بهذا القيل: (الشرح) الحديث
أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبادة ابن الصامت
بلفظ " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر
بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد " ورواه أبو داود بنحوه وفي
آخره " وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا "
وحديث عبد الله بن مسعود سبق تخريجه، وابن مسعود هو سادس من
أسلم روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم 84 حديثا اتفق الشيخان
على 64 منها وانفرد البخاري بـ 20 ومسلم بـ 35 وكان يشبه النبي صلى الله
عليه وسلم في سمته وهديه، ولي القضاء بالكوفة وبيت مالها في خلافة
عمر وصدرها من خلافة عثمان أما أحكام الفصل فإن المراجعة بصورتها
المعروفة جائزة بالاتفاق، ولكن كره ذلك ابن عباس وابن عمر، ولم يجوزها
اسحاق بن راهويه، واتفقوا على أنه إذا اشترى بثمان مؤجل لم يجز بمطلق
بل يجب البيان. وقال الاوزاعي: يلزم العقد إذا أطلق وبثت الثمن في ذمته
مؤجلا، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد يثبت للمشتري الخيار إذا
لم يعلم بالتأجيل، ووجه هذه المسائل بواعث مختلفة بينهم بين مشدد
ومخفف على البائع أو على المشتري بحسب مداركهم فالشافعي يجيز بيع
السلعة برأس مالها أو أقل منه أو أكثر من البائع وغيره قبل نقد الثمن
وبعده. وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد لا يجوز بيعها من بائعها بأقل من
الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في المبيع الاول، ويجوز أن يبيع ما
اشتراه مرابحة بالاتفاق، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح قال في
مجمع الابحر " المرابحة بيع ما يشراه بما يشراه به وزيادة، والتولية بيعه بلا
زيادة ولا نقص، والوضعية بيعه بأنقص منه " قلت ويجوز أن يضيف إلى
الثمن الاول نفقات الصناعة والطراز والنقل مع بيانها وإيضاحها لمن
يبناها

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به
البيع، فإن اشترى بثمان ثم حط البائع عنه بعضه، أو ألحق به زيادة، نظرت
فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما
حط عنه، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد، لان البيع استقر بالثمن الاول، فالحط
والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن، وإن كان ذلك في مدة
الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة. وقال أبو علي
الطبري: إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لان المبيع قد
ملكه بالثمن الاول فلم يتغير بما بعده، والمذهب الاول لانه وإن كان قد
انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به. وإن
اشترى ثوبا بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم، قال هو
على بثلاثة عشر، أو قام على بثلاثة عشر وما أشبه ذلك، ولا يقول
اشتريت بثلاثة عشر، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر، لان ذلك كذب وإن قال
رأس مالي ثلاثة عشر ففيه وجهان " أحدهما لا يجوز أن يقول لان رأس
المال هو الثمن، والثمن عشرة " والثاني " يجوز لان رأس المال ما وزن
فيه، وقد وزن فيه ثلاثة عشر، وإن عمل فيه ذلك بيده قال: اشتريته

بعشرة، وعملت فيه ما يساوي ثلاثة. ولا يقول هو على بثلاثة عشر، لان عمله لنفسه لا أجرة له. ولا يتقوم عليه وإن اشترى عينا بمائة ووجد بها عيبا وحدث عنده عيب آخر فرجع بالارش وهو عشرة دراهم. قال هي على بتسعين أو تقوم على بتسعين، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة، لان الرجوع بالارش استرجاع جزء من الثمن، فخرج عن أن يكون الثمن مائة، ولا يقول اشتريتها بتسعين، لانه كذب، وإن كان المبيع عبدا فجنى ففداه بأرش الجنابة لم يصف ما فداه به إلى الثمن، لان الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يصف إلى الثمن كعلف البهيمة، وإن جنى عليه فأخذ الارش ففيه وجهان: (أحدهما) انه لا يحط من الثمن قدر الارش، لانه كما لا يضيف ما فدى به

[6]

الجنابة إلى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجنابة عن الثمن (والثاني) أنه يحط لانه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب وإن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لان العقد لم يتناوله، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنا كان موجودا حال العقد حط من الثمن، لان العقد تناوله وقابله يقسط من الثمن، فأسقط ما قابله، وإن أخذ ولدا كان موجودا حال العقد، فإن قلنا ان الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة، وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئا، وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق، لان الاجل يأخذ جزءا من الثمن، فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالاجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لانه دلس عليه بما يأخذ جزءا من الثمن. فثبت له الخيار، كما لو باعه شيئا وبه عيب ولم يعلمه بعيبه. وإن اشترى شيئا بعشرة وباعه بخمسة، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن، فإن اشترى عشرة وباع بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة، ولا يحط ما ربح من الثمن، لان الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به، وذلك عشرة، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله، لانه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد، فإذا قصده كره، فان أخبر بالعشرين في بيع المرابحة جاز لان يبعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة فجاز أن يخبر بما اشترى به منه، فان علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار، لان شراؤه بعشرين صحيح (الشرح) قوله " لان ذلك كذب " هذا جريا على قاعدة " تبايعا وقولوا لا خلاية " وحديث ابن مسعود لا تحل الخلاية لمسلم " وعلى هذا يقول أبو حنيفة لا يقول شريكه بكذا، وإنما يقول قام على بكذا. وقال في مجمع البحر " ولا يضم نفقته ولا أجر الراعي أو الحارس أو بيت الحفظ فان ظهر للمشتري خيانة في المرابحة خير في أخذه بكل ثمنه، وعند أبي يوسف يحط من الثمن قدر الخيانة مع حصتها من الربح وعند محمد يخبر. اهـ

[7]

وقد عنى شيخ الاسلام ابن تيمية في فتاواه الكبرى بهذا النوع من الخديعة فأبطل العقد وحمل على مجيزه بالرأى والقياس وفي الترغيب في الصدق عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " التاجر الصدوق الامين مع النبيين والصديقين والشهداء " رواه الدارمي وقال لا علم لى

به أن الحسن سمع من أبي سعيد. وقال أبو حمزة: هذا هو صاحب ابراهيم بن ميمون الاغور. ورواه الحاكم والترمذي وحسنه. وفى هذا الحديث بحث طويل سنعرض له في كنز العمال إن شاء الله تعالى قوله " ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن " كذا هو مقرر في المذهب أنه لا يراجح إلا على الثمن الاخير، وعند أبي حنيفة تمتنع المراجعة إذا شراه ثانية بأقل مما باعه أولاً، وعند الصحابين محمد وأبي يوسف موافقة المصنف من جواز المراجعة على الثمن الاخير. (فائدة) إذا اشترى مديون مأذون بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر أو بالعكس، فإنه يراجح على عشرة، لان العقد بينهما وإن كان صحيحاً ولكن له شبهة العدم، لان العبد ملكه، وما في يده لا يخلو عن حقه، فصار كأنه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير. وقولنا " مديون " فمن باب أولى أن يراجحه مع عدم الدين لوجود ملك المولى فيه بالاجماع، والمكاتب كالعبد المأذون له. أما المضارب بالنصف لو شرى بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يراجح رب المال اثني عشر ونصف، ويراجح بلا بيان لو اعورت المبيعة أو وطئت وهى ثيب، أو أصاب الثوب قرص فأرة أو حرق نار، فلا يجب عليه البيان عند أبي حنيفة. أي لا يجب أن يقول إني شريتها سليمة بكذا فأعورت في يدي، أو أصاب الثوب قرص فأرة مثلاً، لان جميع ما يقابله الثمن قائم، لان الفأنت وصف فلا يقابله شئ من الثمن إذا فات بلا صنع أحد. هذا فيما يتعلق ببيان الثمن قبل العيب. أما العيب نفسه فيجب بيانه بالكتاب والسنة والاجماع لحديث العداء بن خالد الذي رواه الجماعة، كتب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم

[8]

" هذا ما باع محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثه ولا غائلة " فيجب بيان العيب بغير أن يبين أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه العيب، وهذا كله فيما إذا كان العيب يسيراً. أما إذا كان العيب كبيراً كثيراً يتعابن الناس فيه فإنه لا يجوز بيعه مراجعة. أما إذا وطئت وهى بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان، وإن اشترى بنسيئة وراجح بلا بيان خير المشتري، فان أتلفه ثم علمه لزم كل ثمنه، وكذا التولية. وهو أن يقول: ولنى ما اشتريته بالثمن، فقال وليتك، صح إذا كان الثمن معلوماً لهما فإن جهله أحدهما لم يصح (فائدة) لو اشترى ثوبين صفقة كلا بخمسة لا يجوز بيع أحدهما مراجعة بخمسة بلا بيان، لانه لو كان واحداً جاز بيع نصفه مراجعة اتفاقاً، ولو باع بالزائد على الخمسة لا يجوز. ولا يصح بيع المقول قبل قبضه، ويصح في العقار، خلافاً لمحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة. ومن اشترى كيلياً لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله، ويكفى كيل البائع بعد العقد بحضرة المشتري لا في غيبته، ومثل ذلك الوزنى والعددي لا المدروع ولا المقيس بالامتار أو الباردة، فقد مر في كلام السبكي رحمه الله في عدم وجوب ذلك في الاثواب المنضدة المختومة لما يترتب على قياسها من تكسير وإتلاف ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك فيراجح ويولى على كل ذلك إن زيد، وعلى ما بقى إن حط، قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا قال رأس المال مائة وقد بعته برأس المال وبيع درهم في كل عشرة أو ببيع ده يارده، فالثمن مائة وعشرة، وان قال بعته برأس المال ووضع ده يارده، فالثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم لان معناه بعته بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً، فسقط من تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم، لانها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس

المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً، فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم. وإن قال بعثك على وضع درهم من كل عشرة ففي الثمن وجهان " أحدهما " أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني رحمه الله " والثاني " أن الثمن تسعون درهماً، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري، وهو الصحيح، لأن المائة عشر مرات عشرة، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون (الشرح) هذه الصور التي عرض لها المصنف تناولنا حكمها في الفائدة السابق ذكرها. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال: أخطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح. وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر أن البيع باطل، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة، وهذا كان مجهولاً حال العقد، فكان العقد باطلاً، والمذهب الأول، لأن البيع عقد على ثمن معلوم، وإنما سقط بعضه بالتدليس، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب. وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان: (أحدهما) أنه مائة وعشرة، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء، كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً. (والثاني) أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حظ الزيادة كالشفعة والتولية، وبخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد، وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة

فإن قلنا أن الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال. وهذا أكثر من رأس فثبت له الخيار. وإن قلنا أن الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أن له الخيار، لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني، وأن الثمن غيره، وإن كان قد خان في الأول فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني، فثبت له الخيار (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه لا خيار له، لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر، وهذا زيادة ونفع، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين، فلا وجه للخيار. ومنهم من قال: إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له، وإن ثبتت بالبيعة فهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان، لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته، فلم يتهم في خيانة أخرى. وإذا ثبتت بالبيعة كان متهماً في خيانة أخرى فثبت له الخيار. قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً، لانا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع، والضرر لا يزول بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً لم يملك الفسخ، فإن قلنا لا خيار له، أو قلنا له الخيار فاختر البيع فهل يثبت للبائع

الخيار ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار، لانه لم يرض الا الثمن المسمى وهو مائة وعشرة، ولم يسلم ذلك (والثانى لا خيار له لانه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك (الشرح) قوله " فالبيع صحيح " هذا قول عند الاصحاب أو وجه، وعند الحنابلة كراهة بعض ما مر جوازه عند الشافعية وأصحاب أبى حنيفة. قال ابن قدامة في المغنى: وان قال بعتك برأس مالى فيه، وهو مائة، وأربح في كل عشرة درهما. أو قال: ده يازده أو ده داوزه فقد كرهه أحمد، وقد رويت كراهته

[11]

عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار. وقال إسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجر، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب. قال ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، ولان رأس المال معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة دراهم. ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفا، ولان فيه نوعا من الجهالة، والتحرز عنها أولى. وهذه كراهة تنزيه والعقد صحيح، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب: كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم. وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل إذا ثبت هذا فنقول: متى باع شيئا برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح، لانه زيادة في الثمن، فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما، وبهذا قال الشافعي في الجديد، وبه قال الثوري وابن أبى ليلى وقال أبو حنيفة: هو مخير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياسا على المعيب وحكى الشافعي في أحد قوليه أنه إذا باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدرا كان مبيعا به، وبالزيادة التي أتفقا عليها، والمعيب كذلك عند الحنابلة فإن له أخذ الارش، ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقرر. وهل للمشتري خيار ؟ فعند الشافعي في أحد قوليه نعم لان المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضا، ولانه ربما كان له عرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو وكبلا أو غير ذلك. والمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح، وبين تركه قولا واحدا. نقله حنبل قال في المغنى: وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له (قلت) وهو مخالف للإمام كما قاله حنبل والقول الآخر عند الشافعية لا، لانه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بتسعة

[12]

وتسعين فقد زاده خيرا، فلم يكن له خيار، كما لو اشتراه على أنه معيب فيان صحيحا، أو أمي فيان صانعا، أو كاتبا، أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين. وأما البائع فلا خيار له، لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك. وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها فحط له بائعها من ثمنها بعد لزوم العقد أخبر بثمنها قبل أن يحط البائع منها. قال الشافعية

وأصحاب أحمد وأبى حنيفة: له أن يخبر بالثمن الاول لا غير، ولان ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضا وقال أبو حنيفة: يلحق بالعقد وبخبر به في المراجعة أما إذا كان هذا الحط في مدة الخيار وقبل لزوم العقد وجب الاخبار به في المراجعة باتفاق. وفي تغيير السلعة بنقص، كأن تتغير بتلف بعضها أو بولادة أو عيب أو أخذ البائع بعضها كالصوف واللبن الموجود ونحو ذلك فإنه يخبر بالحال على وجهه، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه. وقال أبو الخطاب من الحنابلة يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي، لان أرش العيب عوض ما فات به، فكان ثمن الموجود هو ما بقى، وفي أرش الجناية وأرش العيب، قال الشافعي يحطهما من الثمن ويقول تقوم على بكذا، لانه صادق فيما أخبر به، فأشبهه ما لو أخبر بالحال على وجهه فأما ان جنى المبيع فقدها المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المراجعة لان هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة، فأشبهه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري، وانما هو مزيل لنقصه بالجناية، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهه الدواء كما قلنا. وأما الـ ؟ ؟ ير بالزيادة فكالزيادة في نمائها وسمنها أو تعلم صنعة أو ولادة أو ثمرة مجتناة، أو كسب عمل يدوي، فهذا إن أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لانه القدر الذي اشتراها به. وإن أخذ النماء المنفصل كالولد أو الثمرة المجتناة أو استخدم الامة أو وطئ الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبين الحال لان ذلك بمثابة الخدمة. وروى

[13]

ابن المنذر عن احمد أنه يلزمه تبين ذلك كله. وهو قول اسحاق. وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مراجعة، وفي الولد والثمرة لا يبيع مراجعة حتى يبين ولانه موجب العقد. وعند ابن قدامة من الحنابلة أنه إن كان صادقا من غير تغريب جاز، كما لو لم يزد، ولان الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المراجعة بدون ذكره كالغلة. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أخبر أن الثمن مائة وريحه عشرة، ثم قال أخطأت والثمن مائة وعشرة لم يقبل قوله، لانه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمى فلم يقبل، كما لو أقر له بدين. وإن قال: لى بينة على ذلك لم تسمع، لانه كذب بالاقرار السابق بينته فلم تقبل. فإن قال أحلفوا لى المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة، ففيه طريقان (أحدهما) أنه إن قال ابتعته بنفسى لم يحلف المشتري لان إقراره يكذبه، وإن قال ابتاعه وكيل لى فطنت أنه ابتاع بمائة وقد بان لى أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف لانه الآن لا يكذبه إقراره. (والثانى) أنه يبنى على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه، فإن قلنا إنه كالبينة لم يعرض اليمين، لانه إذا نكل حصلنا على بينه، والبينة لا تسمع. وإن قلنا: انه كالأقرار عرضنا اليمين، لانه إذا نكل حصلنا على الاقرار، وإقراره مقبول (الشرح) ثم انتقل المصنف رحمه الله إلى التغير بالزيادة: ومن التغير بالزيادة أن يعمل فيها عملا، كأن يقصرها تجميلا لها أو يرفوها أو يحكيها، فهذه متى أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالحال على وجهه. وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراجعة، أو اشترى اثنان شيئا فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مراجعة بالثمن الذى أداه فيه،

فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، كالتياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه. هكذا نص عليه أحمد فقال: كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه، لا يبيع احدهم مرابحة إلا أن يقول: اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه. وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي قال الشافعي: يجوز بيعه بخصته من الثمن، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته، بدليل ما لو كان المبيع شقفاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بخصته من الثمن. ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيباً رده بخصته من الثمن. وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به قال ابن قدامة: ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين، وأحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجر هذا فيه، فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه، وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه. وكونه لا طريق له سوى التقويم، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذته الناس طريقاً لاسقاطها فيؤدى إلى تفويتها بالكلية، وههنا له طريق وهو الأخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة. هكذا ملخصاً من السبكي وابن الرفعة وشارح المنهاج من الشافعية وابن قدامة وابن عساكر والخرفي من الحنابلة ومجمع الأبحر ومراقي الفلاح من الحنفية، والبغية والكفاية والشرحين الكبير والصغير من المالكية، ونيل الأوطار وفتح الباري وشرح القسطلاني على البخاري والفتاوى الكبرى لابن تيمية والمحلى لابن حزم من كتب المحدثين قال المصنف رحمه الله: (باب النجش والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، وتلقى الركبان والتسعير، والاحتكار) ويحرم النجش، وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره، والدليل عليه ما روى

ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش، ولأنه خديعة ومكر، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالباع صحيح، لأن النهي لا يعود إلى الباع فلم يمنع صحته، كالباع في حال النداء، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس. وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان. (أحدهما) أن له الخيار بين الإمساك والرد، لأنه دلس عليه فثبت له الرد، كما لو دلس عليه بعب (والثاني) لا خيار له، لأن المشتري فرط في ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع الشرح: - هذا الباب يشتمل على الأنواع الآتية: (النجش) وهو في اللغة بفتح النون وسكون الجيم بعدها شين معجمة، وهو تنفير الصيد واستنارته من مكانه ليصا. يقال: نجشت الصيد أنجشته - من باب نصر - وفي الشرع الزيادة في السلعة ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان في الاثم، ويقع ذلك بغير علم المشتري، فيستفيد الناجش، وقد يختص به البائع، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر بذلك غيره. قال الشافعي: النجش أن يحضر السلعة بتاع فيعطى بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتدى به السوام، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه. وقال ابن قتيبة " النجش الختل والخديعة " ومنه قيل للصائد ناجش، لأنه يخل الصيد (1)

(1) في حاشية الاصل " الناجش الذي يحوش الصيد. والنجش أن تريد في البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك، وفي الحديث لا تناجشوا

[16]

قال ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله، واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك، ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك، وهو قول أهل الظاهر، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صنعه، والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار وهو قول الحنفية، وقد انفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقدم، وقد فسره ابن عبد البر وابن حزم وابن العربي بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ووافقهم على ذلك لبعض المتأخرين من الشافعية وهو تقييد للنص بغير مقتض للتقييد. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجئ إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول: افسخ فإنى أبيعك أجود منه بهذا الثمن، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولان في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع، لما ذكرناه في النجش. (الشرح) أما حديث ابن عمر فقد رواه البخاري ومسلم. وأما حديث أبي هريرة فهو متفق عليه، وللنسائي: من طريق ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يتناع أو يذر". وفي رواية أحمد عن ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له " وقد تابعت أحاديث النهي عن أبي هريرة عند الشيخين وعن عقبة بن عامر عند مسلم. وقوله صلى الله عليه وسلم: لا يبيع، الأكثر بإثبات الياء على أن لا نافية، ويحتمل أن يكون استثناء من الحكمين، ويحتمل أن يختص بالآخر، والخلاف في ذلك وبيان الراجح مستوفى في الاصول. ويدل على الثاني في خصوص هذا المقام رواية البخاري التي ذكرناها

[17]

(قوله) لا يخطب الرجل إلخ " وسيأتى الكلام على الخطبة في المناكحات إن شاء الله تعالى. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويحرم أن يدخل على سوم أخيه، وهو أن يجئ إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده لبيع منه، أو يجئ إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسم على سوم أخيه، ولان في ذلك إفساداً أيضاً وإنجاشاً فلم يحل، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له، جاز لغيره أن يطلبه، لانه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان. أحدهما: يحرم والثاني لا يحرم، كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه، وأما إذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء أن يطلبها وي زيد في ثمنها،

لما روى أنس رضى الله عنه عن رجل من الانصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ذلك له فقال. ما عندي شيء، اذهب فأنتي بما كان عندك، فذهب فجاء بحلس وقدر، فقال يا رسول الله هذا الحلس والقدر، فقال من يشتري هذا الحلس والقدر، فقال رجل أنا أخذهما بدرهم، فقال من يزيد على درهم، فسكت القوم. قال من يزيد على درهم، فقال رجل أنا أخذهما بدرهمين، قال: هما لك، ثم قال ان المسألة لا تحل إلا لثلاثة لذي دم موجه، أو فقر مدقع، أو غرم مقطع، ولان في النداء لا يقصد رجلا بعينه، فلا يؤدي إلى النجس والافساد. (الشرح) قوله " ولا يسوم " صورته أن يأخذ شيئا ليشتريه فيقول المالك رده لبيعك خير منه بثمنه، أو يقول للمالك. استرده لاشتره منك بأكثر، وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن، وركون أحدهما إلى الآخر. فان كان ذلك

[18]

تصريحا فقد قال في فتح الباري لا خلاف في التحريم، وان كان ظاهرا ففيه وجهان في المذهب. وقال ابن حزم: إن لفظ الحديث لا يدل على اشتراط الركون، وتعقب بأنه لابد من أمر مبين لموضع التحريم في السوم لان السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد لا يحرم اتفاقا كما حكاه في الفتح عن ابن عبد البر فتعين أن السوم المحرم ما وقع فيه قدر زائد على ذلك، وأما صورة البيع على البيع، والشراء على الشراء فهو ان يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار: افسخ لبيعك بأنقص، أو يقول للبائع افسخ لاشترى منك بأزيد. قال في فتح الباري: وهذا مجمع عليه. وقد اشترط بعض الشافعية في التحريم أن لا يكون المشتري مغبونا غينا فاحشا وإلا جاز البيع على البيع، والسوم على السوم لحديث: الدين النصيحة. وأجيب عن ذلك بأن النصيحة لا تنحصر في البيع على البيع والسوم على السوم لانه يمكن أن يعرفه ان قيمتها كذا فيجمع بذلك بين المصلحتين كذا في الفتح. قال الشوكاني: وقد عرفت أن أحاديث النصيحة أعم مطلقا من الاحاديث القاضية بتحريم أنواع من البيع فيبنى العام على الخاص. واخلغوا في صحة البيع المذكور فذهب الجمهور إلى صحته مع الاثم وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده في إحدى الروايتين عنهم وبه حزم ابن حزم في المحلي وابن تيمية في فتاواه الكبرى. والخلاف يرجع إلى ما تقرر في الاصول من أن النهى المقتضى للفساد هو النهى عن الشيء لذاته، ولو صف ملازم لا لخارج. وأما حديث أنس فقد رواه احمد والترمذي وحسنه وقال لا يعرفه إلا من حديث الاخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عنه، وأخرجه أيضا أبو داود والنسائي، وأعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي، ونقل عن البخاري أنه قال لم يصح حديثه، ولفظ الحديث عند أبي داود وأحمد " أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه، فقال رجل هما على بدرهم، ثم قال آخرهما على بدرهمين " وفيه " إن المسألة لا تحل إلا لاحد ثلاثة "

[19]

والجلس بكسر الحاء المهملة وسكون اللام كساء رقيق يكون تحت بردعة البعير قاله الجوهري، والجلس البساط أيضا ومنه حديث كن جلس بيتك حتى يأتيك يد خاطئة أو ميتة قاضية " كذا في النهاية لابن الاثير قوله " فيمن يزيد " فيه دليل على جواز بيع المزايمة وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي صلى الله عليه وسلم. وحكى البخاري عن عطاء أنه قال أدركت الناس لا يرون بأسا في بيع المغنم فيمن يزيد، ووصله ابن أبي شيبة عن عطاء ومجاهد وروى هو وسعيد بن منصور عن مجاهد قال لا بأس ببيع من يزيد، وكذلك كانت تباع الاخماس. وقال الترمذي عقب حديث أنس المذكور: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأسا ببيع من يزيد في الغنائم والموارث. قال ابن العربي لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب واحد والمعنى مشترك. قال الامام الشوكاني: ولعلمهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني قيذا لحديث أنس المذكور ولكن لم ينقل أن الرجل الذي باع عنه صلى الله عليه وسلم القدر والجلس كانا معه من ميراث أو غنيمة فالظاهر الجواز مطلقا، إما لذلك، وإما للاحق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجا مخرج الغالب لانهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايمة، وممن قال باختصاص الجواز بهما الاوزاعي وإسحاق. ثم قال الشوكاني رحمه الله تعالى: وروى عن النخعي أنه كره بيع المزايمة، واحتج بحديث جابر الثابت في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال في مدبر " من يشتريه منى، فاشتره نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم " وأعرضه الاسماعيلي فقال ليس في قصة المدبر بيع المزايمة، فإن بيع المزايمة أن يعطى به واحد ثمنا ثم يعطى به غيره زيادة عليه، نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من حديث سفيان بن وهب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع المزايمة لكن في اسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

[20]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويحرم أن يبيع حاضر لباد، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد، فإذا باع اتسع، وإذا لم يبع ضاق، فيجئ إليه سمسار فيقول لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا، وأزيد في ثمنها " لما روى ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنه قال. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد " قلت ما لا يبيع حاضر لباد؟ قال لا يكون سمسارا " وروى جابر رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " فإن خالف وباع له صح البيع، لما ذكرناه في النحش، فإن كان البلد كبيرا لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لأن المنع لخوف الاضرار بالناس، ولا ضرر ههنا. (الشرح) حديث ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ. أخرجه الجماعة إلا الترمذي. وقوله " حاضر لباد " الحاضر ساكن الحضر والبادى ساكن البادية. قال في القاموس: الحاضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية، والحضارة الإقامة في الحضر، وتبدي أقام في البادية، والنسبة بداوى وبدوي، وبدا القوم خرجوا إلى البادية وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة إلا البخاري، وفي مسند أحمد من طريق عطاء بن السائب عن عكيم بالعين المهملة ابن أبي يزيد عن أبيه حدثني أبي قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استنصح الرجل فلينصح له " ورواه البيهقي من حديث جابر مثله قال

الشافعي في الام بعد سوق الحديثين، حديث ابن عمر وحديث جابر " وليس في النهى عن بيع حاضر لباد بيان معنى " والله أعلم لم نهى عنه، إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالاسواق، ولحاجة الناس إلى ما قدموا به. ومستثقلي المقام فيكون أدنى إلى ما يبيع الناس من سلعهم، ولا بالاسواق فيرخصوها لهم، فنهوا - والله أعلم - لئلا يكون سببا لقطع ما يرحى من رزق المشتري من أهل

[21]

البادية لما وصفت من إرخاصه منهم. فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه، لان البيع لو كان مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلى هو أو باد مثله بيعها، فيكون كسدا لها، وأحرى أن يرزق مشتريه منه بإرخاصه إياها بإكسادها بالامر الاول من رد البيع وغرة البادى الآخر، فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجز فيه - والله أعلم - إلا ما قلت من ان بيع الحاضر للبادى جائز غير مردود، والحاضر منهى عنه. اه والشوكانى يرى أن أحاديث الفصل تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادى من غير فرق بين أن يكون البادى قريبا له أو أجنبيا، وسواء كان في زمن الغلاء أو لا، وسواء كان يحتاج إليه أهل البلد أم لا، وسواء باعه له على التدرج أم دفعة واحدة. وقالت الحنفية: انه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر. وقالت الشافعية ووافقهم الحنابلة أن الممنوع إنما هو أن يجرى البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال فيأتيه الحاضر فيقول: ضعه عندي لابيعة لك على التدرج بأعلى من هذا السعر. وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري " فجعلوا الحكم منوطا بالبادى ومن شاركه في معناه قالوا وانما ذكر البادى في الحديث لكونه الغالب فألحق به من شاركه في عدم معرفة السعر من الحاضرين، وجعلت المالكية البداوة قيدا. وعن مالك لا يلتحق بالبدوى في ذلك الا من كان يشبهه، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والاسواق فليسوا داخلين في ذلك. وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهى للتحريم إذا كان البائع عالما، والمبتاع مما تعم الحاجة إليه، ولم يعرضه البدوى على الحضري، ولا يخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه الامور من التخصيص بمجرد الاستنباط. وقد ذكر ابن دقيق العبد فيه تفصيلا حاصله أنه يجوز التخصيص به حيث يظهر المعنى لا حيث يكون خفيا على أن الشوكانى رحمه الله من مجتهدي الهادوية يتردد في قبول هذه القاعدة

[22]

التي أخذ بها الجمهور فيقول: فاتباع اللفظ أولى ولكنه - أي الاستنباط - لا يطمئن خاطر إلى التخصيص به مطلقا، ثم يقول: فالبقاء على ظواهر النصوص الاولى فيكون بيع الحاضر للبادى محرما على العموم، وسواء كان بأجرة أم لا. وروى عن البخاري أنه حمل النهى على البيع بأجرة لا بغير أجرة، فإنه من باب النصيحة. وروى عن عطاء ومجاهد وأبى حنيفة أنه يجوز بيع الحاضر للبادى مطلقا، وتمسكوا بأحاديث النصيحة. وروى مثل ذلك عن

الهادى وقالوا: إن أحاديث الباب منسوخة. واستظهروا على الجواز بالقياس عن توكيل البادى للحاضر فإنه جائز، وردد الشوكاني رفضه لهذا الجواز بقوله ويجاب عن تمسكهم بأحاديث النصيحة بأنها عامة مخصصة بأحاديث ثم قال: فإن قيل إن أحاديث النصيحة وأحاديث الباب بينها عموم وخصوص من وجه، لأن بيع الحاضر للبادى قد يكون على غير وجه النصيحة، فيحتاج حينئذ إلى الترجيح من خارج كما هو شأن الترجيح بين العموميين المتعارضين، فيقال المراد بيع الحاضر للبادى - الذى جعلناه أخص مطلقا - هو البيع الشرعى بيع المسلم للمسلم الذى بينه الشارع للامة، وليس بيع الغش والخداع داخلا في مسمى هذا البيع الشرعى، كما أنه لا يدخل فيه بيع الربا وغيره مما لا يحل شرعا، فلا يكون البيع باعتبار ما ليس بيعا شرعيا أعم من وجه حتى يحتاج إلى طلب مرجح بين العموميين، لأن ذلك ليس هو البيع الشرعى ويجاب عن دعوى النسخ بأنها إنما تصح عند العلم بتأخر النسخ، ولم ينقل ذلك، ويرفض الشوكاني القياس لأنه فاسد الاعتبار لمصادمته النص، ثم يجعل حكم البيع حكم الشراء مستندا إلى ما أخرجه أبو عوانة في صحيحه عن ابن سيرين قال: لقيت أنس بن مالك فقلت لا يبيع حاضر لباد، أنه يتم أن يبيعوا أو يتناعوا لهم؟ قال نعم، قال محمد " صدق " أنها كلمة جامعة على أن الشافعى رضى الله عنه في صحيحه للبيع مع الاثم يستدل بالحديث نفسه ولا يستدل بقياس أو قرينة فيقول، فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه. لأن البيع لو كان يكون

[23]

مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادى الا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته إلى آخر ما أورد في الام، وسبق نقله قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويحرم تلقى الركبان، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يتلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجلب، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق " ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعب. وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان " أحدهما " أن لهم الخيار للخبر " والثانى " لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس، وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقى فرأى القافلة فهل يجوز أن يتناع منهم؟ فيه وجهان " أحدهما " يجوز، لأنه لم يقصد التلقى " والثانى " لا يجوز، لأن المنع من التلقى للبيع، وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقى فلم يجز (الشرح) أما فصل تحريم تلقى الركبان فإن حديث ابن عمر رواه الشيخان ورواه أيضا من طريق عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع " ورواه الجماعة الا البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ " نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق " وقد ذكره الشافعى في الام بسنده. أما لغات الفصل فقوله " بكساد " من باب قتل كسادا لم ينفق لقله الرغبات، فهو كاسد وكسيد، ويتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله، وكسدت السوق فهى كاسد بغير هاء في الصحاح، وبالهاء في التهذيب، ويقال أصل الكساد الفساد.

قوله " الجلب " بفتح اللام مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة. قوله " الركبان " جمع راكب، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الارزاق والبضائع. وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عددا ركباناً، ولا مفهوم له، بل لو كان الجالب عددا مشاة أو واحداً، راكباً أو ماشياً لم يختلف الحكم. أما الاحكام ففي هذه الاحاديث دليل على أن التلقى محرم، وقد اختلف في هذا النهى هل يقتضى الفساد أم لا؟ فقيل يقتضى الفساد وقيل لا، وهو الظاهر وقد عقب الشيخ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (الجد) في كتابه المنتقى على حديث أبي هريرة بقوله: وفيه دليل على صحة البيع قال الشوكاني رحمه الله تعالى: لان النهى ههنا لامر خارج، وهو لا يقتضيه كما تقرر في الاصول، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف. قال الشافعي في الام: وقد سمعت في هذا الحديث - يعنى حديث أبي هريرة بعد أن ساقه أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا السلع - فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً. ففي هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشتراها فالبيع جائز، غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لان تلقيها حين يشتري من البدوى قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرر له يوجد النقص من الثمن، فإذا قدم صاحب السلعة فهو بالخيار بين انفاذ البيع ورده ولا خيار للمتلقي لانه هو الغار لا المغرور. اه قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية " ومن المنكرات تلقى السلع قبل أن تحيى إلى السوق، فان النبي صلى عليه وسلم نهى عن ذلك لما فيه من تعريض البائع، فانه لا يعرف السعر فيشتري منه المشتري بدون القيمة، ولذلك أثبت له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار إذا دخل السوق، ولا نزاع في ثبوت الخيار له مع الغبن. وأما ثبوته بلا غبن ففيه عن أحمد روايتان

(إحدهما) يثبت وهو قول الشافعي لظاهر الحديث (والثانية) لا يثبت لعدم الغبن، ولذلك ثبت الخيار للمشتري المسترسل إذا غبن، وفي الحديث " غبن المسترسل ربا " وفي تفسيره قولان (أحدهما) أنه الذي لا يعرف قيمة السلعة (والثاني) وهو المنصوص عن أحمد أنه الذي لا يماكس، بل يسترسل إلى البائع ويقول: أعطني هذا. وليس لاهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبعوا المسترسل بغيره. وهذا مما يجب على والى الحسبة إنكاره، وهذا بمنزلة تلقى السلع، فان القادم جاهل بالسعر. ثم قال ابن القيم: ومن هذا تلقى سوقة الحجيج الجلب من الطريق، وسبقهم إلى المنازل يشترون الطعام والعلف ثم يبيعونه كما يريدون فيمنعهم والى الحسبة من التقدم لذلك حتى يقدم الركب، لما في ذلك من مصلحة الركب ومصلحة الجالب، ومتى اشتروا شيئاً من ذلك منعهم من بيعه بالغبن الفاحش ومن ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم " أن يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " قيل لابن عباس: ما معنى قوله لا يبيع حاضر

لباد؟" قال " لا يكون له سمسارا ". وهذا النهى لما فيه من ضرر المشتري فان المقيم إذا وكله القادم في بيع سلعة يحتاج الناس إليها، والقادم لا يعرف السعر أضرب ذلك بالمشتري كما أن النهى عن تلقى الجلب لما فيه من الاضرار بالبائعين، أه (قلت) وقد ذهب إلى الاخذ بظاهر الحديث الجمهور فقالوا لا يجوز تلقى الركبان، واختلفوا هل هو محرم أو مكروه فقط. وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة أنه أجاز التلقى وتعبه الحافظ ابن حجر بأن الذى فى كتب الحنفية أنه يكره التلقى فى حالتين (الاولى) أن يضر بأهل البلد (والثانية) أن يلبس السعر على الواردين. والتنصيص على الركبان فى بعض الروايات خرج مخرج الغالب، وحكم الماشى حكم الراكب من غير فرق. دليلنا حديث أبى هريرة المذكور فان فيه النهى عن تلقى الجلب من غير فرق. وكذلك حديث ابن مسعود المذكور، فان فيه النهى عن تلقى البيوع. وقد أوضحنا فى الخيار قول ابن القيم، ونزيدك إيضاحا بما قاله الشوكاني. قال:

[26]

اختلفوا هل يثبت له الخيار مطلقا أو بشرط أن يقع له فى البيع عين، ذهبت الحنابلة إلى الاول وهو الاصح عند الشافعية هو الظاهر، وظاهره أن النهى لاجل صنعة البائع، وإزالة الضرر عنه، وصيانته ممن يخدمه. قال ابن المنذر: وحمله مالك على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة، وإلى ذلك جنح الكوفيون والاوزاعي، قال: والحديث حجة للشافعي لانه أثبت الخيار للبائع لا لأهل السوق أه. وقد احتج مالك ومن معه بما وقع فى رواية من النهى عن تلقى السلع حتى تهبط الاسواق، وهذا لا يكون دليلا لمدعاهم لانه يمكن أن يكون ذلك رعاية لمنفعة البائع، لانها إذا هبطت الاسواق عرف مقدار السعر فلا يخدم ولا مانع من أن يقال: العلة فى النهى مراعاة نفع البائع، ونفع أهل السوق. واعلم أنه لا يجوز تلقىهم للبيع منهم، كما لا يجوز للشراء منهم لان العلة التى هى مراعاة نفع الجالب أو أهل السوق أو الجميع حاصلة فى ذلك، ويدل على ذلك ما رواه البخاري بلفظ " لا يبيع " فإنه يتناول البيع لهم والبيع منهم، وظاهر النهى المذكور فى الباب عدم الفرق بين أن يتدئ المتلقى الجالب بطلب الشراء أو البيع أو العكس، وبشرط بعض الشافعية فى النهى أن يكون المتلقى الجالب بطلب الشراء أو البيع أو العكس، وبشرط بعض الشافعية فى النهى أن يكون المتلقى هو الطالب، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقى قاصدا لذلك، فلو خرج للسلام على الجالب أو للفرجة أو لحاجة أخرى، فوجدهم فباعهم لم يتناوله النهى ومن نظر إلى المعنى لم يفرق، وهو الاصح عهد الشافعي، وبشرط امام الحرمين فى النهى أن يكذب المتلقى فى سعر البلد ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل. وبشرط المتولي من الاصحاب (1) أن يخبرهم بكثرة المثونة عليهم فى الدخول، وبشرط المصنف رحمه الله تعالى أن يخبرهم بكساد ما معهم. قال الشوكاني: والكل من هذه الشروط لا دليل عليه، والظاهر من النهى أيضا أنه يتناول المسألة القصيرة والطويلة، وهو ظاهر إطلاق الاصحاب.

(1) إذا قلت: الاصحاب أو اصحابنا فى عزو الاقوال قصدت الائمة من فقهاء المذهب.

وقال بعض المالكية: ميل، وقال بعضهم أيضا: فرسخان، وقال بعضهم يومان، وقال بعضهم: مسافة قصر، وبه قال الثوري، وأما ابتداء التلقى فقول الخروج من السوق، وإن كان في البلد، وقيل الخروج من البلد وهو قول أصحابنا، وبالأول قال أحمد وإسحاق والليث والمالكية. وقول المصنف رحمه الله تعالى " ولان هذا تدليس وغرر " قلت: التدليس كتم البائع عيب السلعة من المشتري وإخفائه ويقال أيضا: دلس دلسا من باب ضرب والتشديد أشهر في الاستعمال، قال الأزهرى: سمعت أعرابيا يقول: ليس لى في الأمر وليس ولا دلس: أي لا خيانة ولا خديعة، والدلسة بالضم الخديعة أيضا، وقال ابن فارس وأصله من الدلس وهو الظلمة. أما التدليس عند المحدثين فهو إما تدليس في الإسناد وهو بأن يروى عن معاصر ما لم يحدثه به ويأتى بلفظ يوهم إتصالا كعن، وأن وقال فإذا قال الراوى عن فلان فإن كان يروى ذلك عن شخص لم يعاصره أو عاصره وثبت أنه لم يلاقه جزمنا بأن روايته منقطعة، وإن كان معاصرا له - ولم نعلم ان كان لقبه أو لا، أو علمنا أنه لقبه ولكن كان الراوى مدلسا توقفنا في روايته ولم نحكم لها بالاتصال إلا إذا ثبت اللقاء والتحديث. وأما تدليس الأشياخ أن يسمى شيخه أو شيخ شيخه باسم أو كنية أو لقب غير ما اشتهر به وعرف وذلك لستر ضعفه وفي ذلك تفصيل عند المحدثين. أما الغرر فهو في اللغة الخطر، وعرته الدنيا غرورا أي خدعته فهي غرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة، وفي اصطلاح الفقهاء كل بيع يحتمل فيه غبن المبتاع لحديث أبى هريرة الذي رواه الجماعة إلا البخاري " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر " وحديث ابن مسعود عند أحمد وفي روايته يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع، وقال البيهقي. فيه ارسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه على ابن مسعود كما قال ذلك الدارقطني في العلل والخطيب وابن الجوزى ولغظه لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر " وقد روى أبو بكر بن أبى عاصم عن عمران بن حصين حديثا مرفوعا وفيه النهى عن بيع السمك في الماء وهو شاهد لهذا.

وقد مر في أول البيوع من شرح المهذب تفسير وتفصيل بيع الحصاة، وهو أن يقول بعثك من هذه الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمى الحصاة أو في الارض ما انتهت إليه الحصاة. والغرر ثبت النهى عنه في أحاديث منها المذكور عن أبى هريرة وابن مسعود ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني، ومن جملة بيع الغرر بيع السمك في الماء، وبيع الطير في الهواء، وبيع المعدوم، وبيع المجهول، وبيع الغائب، وبيع الأبق وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه. قال النووي النهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جدا، ويستثنى من بيع الغرر أمران أحدهما ما يدخل في المبيع تبعا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه، والثانى ما يتسامح بمثله، أما لحقارته، أو للمشقة في تمييزه ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين بيع أساس البناء واللبن في ضرع الدابة والحمل في بطنها والقطن المحشو في الجبة اهـ (قلت) ومن جملة الغرر بيع حبل الحبله فقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه أحمد ومسلم والترمذي من حديث ابن عمر، وفي رواية عند أبى داود لفظها أكثر تفصيلا

منهم حيث فيها " نهى عن بيع حبل الحبله، وحبل الحبله أن تنتج الناقه ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت " وعند الشيخين رواية أكثر تفصيلا من أبي داود لفظها " كان أهل الجاهلية يتناعون لحوم الجزور إلى حبل الحبله، وحبل الحبله أن تنتج الناقه ما في بطنها ثم يحمل التي نتجت فنهاهم صلى الله عليه وسلم عن ذلك. والاحاديث المذكورة تقضى ببطلان البيع لان النهى يستلزم ذلك كما تقرر في الاصول. قال شيخ الاسلام ابن تيمية الحفيد: ومن القواعد التي أدخلها قوم من العلماء في العرر المنهى عنه أنواع من الايجارات والمشاركات، كالمساقاة والمزارعة ونحو ذلك. فذهب قوم من الفقهاء إلى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل، بناء على أنها نوع من الاجارة، لأنها عمل بعوض، والاجارة لا بد أن يكون فيها الاجر معلوما لأنها كالثمر.

[29]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يحل للسلطان التسعير، لما روى أنس رضى الله عنه: قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس: يا رسول الله سعر لنا، فقال عليه السلام: إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر، وإنى لا رجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبني بمظلمة في نفس ولا مال (الشرح) أما فصل تحريم التسعير على السلطان فإن حديث أنس رواه أبو داود والترمذي وصححه. أما لغات الفصل فإن التسعير جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشئ وأسعرته بالالف لغة، ويقال له سعر إذا زادت قيمته، وليس له سعر إذا أفرط رخصه والجمع أسعار مثل حمل وأحمال. أما أحكام الفصل فقد قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة: وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب فأما القسم الاول فمثل رواية أنس (التي ساقها المصنف) فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم. وقد ارتفع السعر - إما لقله الشئ - وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها، إكراه بغير حق وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهذا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به.

[30]

قال ابن القيم رحمه الله تعالى: ومن ذلك أن يلزم ألا يبيع الطعام أو غيره من الاصناف إلا ناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب: فهذا من البغى في الارض والفساد، والظلم الذي يحبس به قطر السماء وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء، لانه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه، فلو سوغ

لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا، كان ذلك ظلما للناس، ظلما للبائعين، الذين يريدون بيع تلك السلع: وظلما للمشتريين منهم. فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع، وحقيقته الزامهم بالعدل ومنعهم من الظلم، وهذا كما أنه لا يجوز الاكراه على البيع تغير حق، فيجوز أو يجب الاكراه عليه بحق، مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب، والنفقة الواجبة، ومثل البيع للمضطر إلى طعام أو لباس. ومثل الغراس والبناء الذي في ملك الغير فان لرب الارض أن يأخذه بقيمة المثل، ومثل الاخذ بالشفعة، فان للشفيع أن يمتلك الشقص بثمنه قهرا. وكذلك السراية في العتق، فانها تخرج الشقص من ملك الشريك قهرا، وتوجب على المعتق المعاوضة عليها قهرا. وكل من وجب عليه شئ من الطعام واللباس والرقيق والمركوب - بحج أو كفارة أو نفقة - فمتى وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه. وأجبر على ذلك، ولم يكن له أن يمتنع حتى يبذل له مجانا، أو بدون ثمن المثل. ثم عقد ابن القيم فصلا آخر قال: ومن ههنا منع غير واحد من العلماء كأبي حنيفة وأصحابه القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالاجرة أن يشتركوا، فانهم إذا اشتركوا، والناس يحتاجون إليهم، أغلوا عليهم الاجرة، ثم قال: (قلت) وكذلك ينبغي لوألى الحسبة أن يمنع مغسلي الموتى والحمالين لهم من الاشتراك، لما في ذلك من إغلاء الاجرة عليهم، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم، كالشهود والدلائل وغيرهم، على أن في شركة الشهود مبطلا

[31]

آخر، فإن عمل كل واحد منهم متميز عن عمل الآخر، لا يمكن الاشتراك فيه، فان الكتابة متميزة والتحمل متميز والاداء متميز، لا يقع في ذلك اشتراك ولا تعاون، فبأى وجه يستحق أحدهما أجره عمل صاحبه ؟ وهذا بخلاف الاشتراك في سائر الصنائع فانه يمكن أحد الشريكين أن يعمل بعض العمل والآخر بعضه، ولهذا إذا اختلفت الصنائع لم تصح الشركة على أحد الوجهين، لتعذر اشتراكهما في العمل، ومن صححها نظر إلى أنهما يشتركان فيما تتم به صناعة كل واحد منهما من الحفظ والنظر إذا خرج لحاجة، فيقع الاشتراك فيما يتم به عمل كل واحد منهما، وإن لم يقع في عين العمل. وأما شركة الدالين ففيها أمر آخر، وهو أن الدلال وكيل صاحب السلعة في بيعه، فإذا شارك غيره في بيعها كان توكيلا له فيما وكل فيه، فان قلنا ليس للوكيل أن يوكل، لم تصح الشركة، وان قلنا له أن يوكل صحت. فعلى والى الحسبة أن يعرف هذه الامور ويراعيها، ويراعى مصالح الناس، وهيئات وهيئات، ذهب ما هنالك. والمقصود أنه إذا منع القسامون ونحوهم من الشركة: لما فيها من التواطؤ على إغلاء الاجرة، فمنع البائعين الذين توأطئوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى. وكذلك يمنع والى الحسبة المشتريين من الاشتراك في شئ لا يشتريه غيرهم، لما في ذلك من ظلم البائع. وأيضا فإذا كانت الطائفة التي تشتري نوعا من السلع أو تباعها، قد توأطئوا على أن يهضموا ما يشترونه، يشتروه بدون ثمن المثل، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة. كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان، وقد قال تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ثم قال ابن القيم رضى الله عنه: ولا ريب أن هذا أعظم إثما وعدوانا من تلقى السلع، وبيع الحاضر للبادي، ومن النجش ثم عقد ابن القيم فصلا لتسعير الاجور خلص منه إلى أن الناس يحتاجون

إلى صناعة طائفة متخصصة، كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك، فلولى الامر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك. والمقصود أن هذه الاعمال متى لم يقم بها إلا شخص واحد صارت فرضاً معيناً عليه، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم، صارت هذه الاعمال مستحقة عليهم، يجبرهم ولى الامر عليها بعوض لمثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم، كما إذا احتاج الجند المرصدون للجهد إلى فلاحة أرضهم. وألزم من صناعته الفلاحة أن يقوم بها، ألز؟ الجند بأن لا يظلموا الفلاح. كما يلزم الفلاح بأن يفلح. ولو اعتمد الجند والامراء مع الفلاحين ما شرعه الله ورسوله وجاءت به السنة وفعله الخلفاء الراشدون، لاكلوا من فوقهم ومن تحت أرجلهم، ولفتح الله عليهم بركات من السماء والارض، وكان الذى يحصل لهم من المغل أضعاف ما يحصلونه بالظلم والعدوان، ولكن يأبى جهلهم وظلمهم الا أن يرتكبوا الظلم والاثم، فيمنعوا البركة وسعة الرزق، فيجتمع لهم عقوبة الآخرة ونزع البركة في الدنيا (فإن قيل) وما الذى شرعه الله ورسوله، وفعله الصحابة، حتى يفعله من وفقه الله؟ قيل المزارعة العادلة التى يكون فيها المقطع والفلاح على حد سواء من العدل لا يختص أحدهما عن الآخر بشئ من هذه الرسوم التى ما أنزل الله بها من سلطان (1) وهى التى خربت البلاد، وأفسدت العباد، ومنعت الغيث وأزالت البركات، وعرضت أكثر الجند والامراء لاكل الحرام. وإذا نبت الجسد على الحرام فالنار أولى به.

(1) يصف الفقيه ابن القيم حال البلاد الشامية والمصرية على عهد أمراء المماليك حين يسخرون الفلاحين في خدمة الارض ويستغل المقطعون أو ذووا الاقطاعات جهود الفلاحين أسوأ استغلال، تمنص الارض عرقهم، ويأكلون هم وطبقتهم ثمرات هذا العرق، حتى ألهم الله ابن القيم أن يلهب ظهورهم بسوط الشرع كما ألهبوا ظهور الفلاحين بسياط الجيروت، فمرحى لابن القيم مرحى؟ " المطيعى "

ومضى ابن القيم في هذا الاستطراد من أمور المساقاة والمزارعة والجمالة ما ندعه لسوقه في موطنه، لانه يقول: وهذه المسألة ذكرت استطراداً، والا فالمقصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات - كالفلاحين وغيرهم - اجبروا على ذلك بأجرة المثل، وهذا من التسعير الواجب، فهذا تسعير في الاعمال. وأما التسعير في الاموال، فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهد وآلات فعلى أربابه أن يبيعه بعوض المثل ولا يمكنوا من حبسه الا بما يريدونه من الثمن، والله تعالى قد أوجب الجهد بالنفس والمال، فكيف لا يجب على أرباب السلاح بذله بقيمته؟ ومن أوجب على العاجز ببذنه أن يخرج من ماله ما يحج به الغير عنه ولم يوجب على المستطيع بماله أن يخرج ما يجاهد به الغير فقوله ظاهر التناقض. وهذا أحد الروايتين عن أحمد وهو الصواب ثم قال الفقيه العلامة مستطرداً (فصل) وانما لم يقع التسعير في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة

لانهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكرة، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد، بل يشتريه الناس من الجالين، ولهذا جاء الحديث " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " وكذلك لم يكن في المدينة حائك، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها. ثم قال (فصل في التسعير) وقد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين (احدهما) إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأعلى من ذلك فإنه يمنع من ذلك عند مالك، وهل يمنع من النقصان؟ على قولين واحتج مالك رحمه الله بما رواه في موطنه عن يونس بن نسيب عن سعيد بن المسيب " أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زيباً له بالسوق. فقال له عمر " اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا "

[34]

قال مالك: لو أن رجلاً أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس، لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت، وأما أن يقول للناس كلهم لا تبعوا إلا بسعر كذا فليس ذلك بالصواب، وذكر حديث عمر بن عبد العزيز في أهل الأبله، حين حط سعرهم لمنع البحر، فكتب: " خل بينهم وبين ذلك، فإنما السعر بيد الله ". قال ابن رشد في كتاب البيان: أما الجلابون فلا خلاف في أنه لا يسعر عليهم شيء مما جلبوه، وإنما يقال لمن شذ منهم فباع بأعلى مما يبيع به العامة: أما أن تبيع بما تبيع به العامة، وأما أن ترفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبي بلعة، إذ مر به وهو يبيع زيباً له في السوق فقال له " اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا " لانه كان يبيع بالدرهم الواحد أقل مما كان يبيع به أهل السوق. وأما أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون ممن الجلابين وغيرهم جملة، ويبيعون ذلك على أيديهم مقطوعاً مثل اللحم. والادم، والفواكه، فقيل: انهم كالجلابين، لا يسعر لهم شيء من بياعانهم، وإنما يقال لمن شذ منهم وخرج عن الجمهور: اما أن تبيع كما يبيع الناس واما أن ترفع من السوق، وهو قول مالك في هذه الرواية. وممن روى عنه ذلك من السلف عبد الله بن عمر، والقاسم بن محمد. وسالم ابن عبد الله قيل انهم في هذا بخلاف الجالين، لا يتركون على البيع باختيارهم إذا أغلوا على الناس، ولم يقتنعوا من الربح بما يشبه. وعلى صاحب السوق الموكل بمصلحته أن يعرف ما يشترون به، فيجعل لهم من الربح ما يشبه، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك. ويتفقد السوق (1) أبداً، فيمنعهم

(1) في كلام ابن رشد هنا ما يرسم صورة صادقه لما يقوم به مفتشو وزارة التموين في القضاء على السوق السوداء واختزان السلع وحجبها عن محتاجها لآغلاء سعرها واحتكارها وهي ظاهرة يظنون أنها حضارية عصرية وهم في الحقيقة لم يبلغوا شأوا الاسلام في رسم أسباب العدل والرحمة وبأحبذا لو أخذ الناس في طرائق العيش أخذ أسلافهم لانعدم الجشع الأشعبي بين التجار.

[35]

من الزيادة على الربح الذي جعل لهم فمن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك في رواية أشهب، واليه ذهب ابن حبيب. وقال به ابن المسيب ويحيى بن سعيد، والليث وربيعة، ولا يجوز عند أحد من العلماء أن يقول لهم لا تبعوا الا بكذا وكذا، ربحتم أو خسرتم، من غير أن ينظر إلى ما يشترون به ولا أن يقول لهم فيما قد اشتروه لا تبعوه الا بكذا وكذا، مما هو مثل الثمن أو أقل. وإذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون، لم يتركهم أن يعلوا في الشراء وان لم يزيدوا في الربح على القدر الذي حدد لهم، فإنهم قد يتساهلون في الشراء إذا علموا أن الربح لا يفوتهم. وأما الشافعي فإنه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضى الله عنه " أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة بسوق المصلى، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما، فقال له: مدين لكل درهم، فقال له عمر: قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زبيبا، وهم يغترون بسعرك، فأما أن ترفع في السعر وأما أن تدخل زبيك البيت، فتبعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطبا في داره فقال: ان الذى قلت لك ليس عزمة منى، ولا قضاء انما هو شئ أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع ". قال الشافعي: وهذا الحديث مستقصى وليس بخلاف لما رواه مالك. ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه. وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول. لان الناس مسلطون على أموالهم. ليس لاحد أن يأخذها أو شيئا منها بغير طيب أنفسهم الا في المواضع التى تلزمهم. وهذا ليس منها. وعلى قول مالك فقال أبو الوليد الباجى: الذى يؤمر به من حط عنه أن يلحق به. هو السعر الذى عليه جمهور الناس. فإذا انفرد منهم الواحد والعدد اليسير يحط السعر أمر باللاحق بسعر الناس أو ترك البيع فان زاد في السعر واحد أو عدد يسير. لم يؤمروا باللاحق بسعره. لان المراعى حال الجمهور. وبه تقوم المبيعات. وهل يقام من زاد في السوق - أي في قدر المبيع بالدرهم - كما يقام من نقص منه ؟

[36]

قال ابن القصار من المالكية: اختلف أصحابنا في قول مالك " ولكن من حط سعرا " فقال البغداديون: أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية، وقال قوم من البصريين: أراد من باع ثمانية، والناس يبيعون خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم، وربما أدى إلى الشغب والخصومة. قال: وعندى أن الامرين جميعا ممنوعان، لان من باع ثمانية - والناس يبيعون خمسة - أفسد على أهل السوق بيعهم، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة. قال أبو الوليد الباجى: ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق. وأما الجالب، ففي كتاب محمد - يعنى ابن الحسن - لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس. وقال ابن حبيب: ما عدا القمح والشعير يسعر الناس وإلا رفعوا، وأما جالب القمح والشعير، فيبيع كيف شاء، الا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق، ان أرخص بعضهم تركوا، وان أرخص أكثرهم، قيل لمن بقى اما أن تبع كيبيعهم، واما أن ترفعوا. قال ابن حبيب: وهذا في المكيل والموزون، مأكولا كان أو غيره، دون مالا يكال ولا يوزن، لانه لا يمكن تسعيره، لعدم التماثل فيه. قال أبو الوليد: هذا إذا كان المكيل والموزون متساويا، فإذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون. وأما المسألة الثانية التى تنازعوا فيها من التسعير، فهى أن يحذ لاهل السوق حدا لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب فهذا منع منه الجمهور. حتى مالك نفسه في المشهور عنه. ونقل المنع أيضا عن ابن عمر وسالم

والقاسم بن محمد. وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين: لحم الضأن بكذا ولحم الابل بكذا. وإلا أخرجوا من السوق. قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به. ولكن أخاف أن يقوموا من السوق. واحتج أصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم ولا يجبر الناس على البيع. وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشتري.

[37]

وأما الجمهور فاحتجوا بما رواه أبو داود وغيره من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال " جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله سعر لنا، فقال: بل أدعو الله، ثم جاءه رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا، فقال بل الله يرفع ويخفض، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليست لاحد عندي مظلمة " قالوا ولان إجبار الناس على ذلك ظلم. وأما صفة ذلك عند من جوزه، فقال ابن حبيب: ينبغي للامام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشئ وحضر غيرهم، استظهارا على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون: فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامه سداد حتى يرضوا به، ولا يجبرهم على التسعير ولكن عن رضى. قال أبو الوليد الباجى: ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشتريين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا، بما لا ربح لهم فيه، أدى ذلك إلى فساد الاسعار وإخفاء الاقوات وإتلاف أموال الناس قال شيخ الاسلام (1) ابن تيمية (الحفيد) فهذا الذى تنازعوا فيه، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع. قال ابن القيم: ومن احتج على منع التسعير مطلقا بقول النبي صلى الله عليه وسلم " إن الله هو المسعر القابض الباسط، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس لاحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال " قيل له هذه قضية معينة وليست لفظا عاما، وليس فيها أن أحدا امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه، ومعلوم أن الشئ إذا قل رغب

(1) قصدنا بالحفيد شيخ الاسلام واسمه أحمد، لقبه تقي الدين، كنيته أبو العباس بن عبد الحليم بن عبد السلام وهو ابن تيمية الجد فاسمه عبد السلام، كنيته أبو البركات، لقبه مجد الدين

[38]

الناس في المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبه - كما جرت به العادة، ولكن الناس تزايدوا فيه - فهنا لا يسعر عليهم وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصاة من العبد المشترك فقال: من أعتق شركا له في عبد - وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل، لا وكس ولا شطط، فأعطى شركاءه حصصهم

وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ " فَلَمْ يُمْكِنِ الْمَالِكُ أَنْ يَسَاوِمَ الْمَعْتَقَ بِالَّذِي يَرِيدُ فَإِنَّهُ لَمَّا وَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَمْلِكَ شَرِيكَهُ الْمَعْتَقَ نَصِيْبَهُ الَّذِي لَمْ يَعْتَقْهُ لِتَكْمِيلِ الْحَرِيَةِ فِي الْعَبْدِ، قَدَرَ عَوَضَهُ بِأَنْ يَقُومَ جَمِيعُ الْعَبْدِ قِيْمَةً عَدْلٍ وَيُعْطِيَهُ قِسْطَهُ مِنْ الْقِيْمَةِ، فَإِنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ فِي نِصْفِ الْقِيْمَةِ، لَا فِي قِيْمَةِ النِّصْفِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ وَصَارَ هَذَا الْحَدِيثُ أَصْلًا فِي أَنْ مَا لَا يُمْكِنُ قِسْمَةُ عَيْنِهِ فَإِنَّهُ يَبَاعُ وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِكَاءِ ذَلِكَ، وَيَجْبِرُ الْمَمْتَنِعَ عَلَى الْبَيْعِ. وَحَكَى بَعْضُ الْمَالِكِيَّةِ ذَلِكَ إِجْمَاعًا. وَصَارَ ذَلِكَ أَصْلًا فِي أَنْ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْمَعَاوِضَةُ أُجْبِرَ عَلَى أَنْ يَبَاعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، لَا بِمَا يَرِيدُ مِنَ الثَّمَنِ. وَصَارَ ذَلِكَ أَصْلًا فِي جَوَازِ اخْرَاجِ الشَّيْءِ مِنْ مَلِكٍ صَاحِبِهِ قَهْرًا يَثْمَنُهُ لِلْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ كَمَا فِي الشَّفْعَةِ، وَأَصْلًا فِي وَجُوبِ تَكْمِيلِ الْعَتَقِ بِالسَّرَابَةِ مَهْمَا أُمْكِنَ. وَالْمَقْصُودُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّارِعُ يُوْجِبُ اخْرَاجَ الشَّيْءِ عَنْ مَلِكٍ مَالِكِهِ بِعَوَضِ الْمِثْلِ، لِمَصْلَحَةِ تَكْمِيلِ الْعَتَقِ، وَلَمْ يُمْكِنِ الْمَالِكُ مِنَ الْمَطَالِبَةِ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْقِيْمَةِ، فَكَيْفَ إِذَا كَانَتْ الْحَاجَةُ بِالنَّاسِ إِلَى التَّمَلُّكِ أَعْظَمَ، وَهَمُّ إِلَيْهَا أَعْوَزَ؟ مِثْلُ حَاجَةِ الْمَضْطَرِّ إِلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَاللِّبَاسِ وَغَيْرِهِ. وَهَذَا الَّذِي أَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ تَقْوِيمِ الْجَمِيعِ قِيْمَةَ الْمِثْلِ، هُوَ حَقِيقَةٌ التَّسْعِيرِ. كَذَلِكَ سَلَطَ الشَّرِيكَ عَلَى انْتِزَاعِ الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ فِيهِ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي بِثَمَنِهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ بِهِ لَا بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ لِأَجْلِ مَصْلَحَةِ التَّكْمِيلِ لِوَاحِدٍ فَكَيْفَ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ ذَلِكَ؟ فَإِذَا جُوزَ لَهُ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ لَا بِمَا شَاءَ الْمُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ لِأَجْلِ هَذِهِ الْمَصْلَحَةِ الْجَزْئِيَّةِ، فَكَيْفَ إِذَا اضْطُرَّ إِلَى مَا عِنْدَهُ مِنْ طَعَامٍ وَشَرَابٍ وَلِبَاسٍ وَأَلَّةٍ حَرْبٍ؟ وَكَذَلِكَ إِذَا اضْطُرَّ الْحَاجُّ إِلَى مَا عِنْدَ النَّاسِ مِنْ آلَاتِ السَّفَرِ وَغَيْرِهَا، فَعَلَى

[39]

وَلَى الْأَمْرِ أَنْ يَجْبِرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، لَا بِمَا يَرِيدُونَهُ مِنَ الثَّمَنِ، وَحَدِيثُ الْعَتَقِ أَصْلٌ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ. ثُمَّ عَقَدَ ابْنُ الْقَيْمِ فَصْلًا نَخْتَمُ بِهِ بَحْثَنَا فِي التَّسْعِيرِ قَالَ: (فَصَلِّ) فَإِذَا قَدَرَ أَنْ قُومًا اضْطُرُّوا إِلَى السَّكْنَى فِي بَيْتِ إِنْسَانٍ لَا يَجِدُونَ سِوَاهُ، أَوْ النَّزُولَ فِي خَانِ مَمْلُوكٍ، أَوْ اسْتِعَارَةَ ثِيَابٍ يَسْتَدْفِئُونَ بِهَا، أَوْ رَحَى لِلطَّحْنِ، أَوْ دَلْوًا لِنَزْعِ الْمَاءِ، أَوْ قَدْرًا أَوْ فَاسًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَجِبَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِذَلِكَ بِلَا نِزَاعٍ، لَكِنْ هَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهِ أَجْرًا، فِيهِ قَوْلَانِ لِلْعُلَمَاءِ، وَهَمَا وَجْهَانِ لِأَصْحَابِ أَحْمَدَ. وَمَنْ جُوزَ لَهُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ حَرَمَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ زِيَادَةً عَلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ قَالَ شَيْخُنَا - يَعْنِي شَيْخَ الْإِسْلَامِ ابْنَ تَيْمِيَّةٍ -: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ مَجَانًا، كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ. قَالَ تَعَالَى (فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ)، الَّذِينَ هُمْ يَرَاءُونَ، وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ) قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَغَيْرُهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ: هُوَ إِعَارَةُ الْقَدْرِ وَالِدَلْوِ وَالْفَاسِ وَنَحْوِهَا، وَفِي الصَّحِيحِينَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَذَكَرَ الْخَيْلُ - قَالَ " هِيَ لِرَجُلٍ أَجْرٌ، وَلِرَجُلٍ سِتْرٌ، وَعَلَى رَجُلٍ وَزْرٌ. فَأَمَّا الَّذِي هِيَ لَهُ أَجْرٌ فِرَجُلٍ رِبْطُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَأَمَّا الَّذِي هِيَ لَهُ سِتْرٌ، فِرَجُلٍ رِبْطُهَا تَغْنِيًا وَتَعَفْفًا، وَلَمْ يَنْسِ حَقَّ اللَّهِ فِي رِقَابِهَا، وَلَا فِي ظَهْرِهَا " وَفِي الصَّحِيحِينَ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيْضًا " مَنْ حَقَّ الْأَبْلُ إِعَارَةُ دَلْوِهَا، وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا " وَفِي الصَّحِيحِينَ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ نَهَى عَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ " أَيَّ عَنِ أَخْذِ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ، وَفِي الصَّحِيحِينَ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ " لَا يَمْنَعَنَّ جَارُ جَارِهِ أَنْ يَغْرَزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ " وَيَمْضَى شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فَيَقُولُ كَمَا يَحْكِيهِ عَنْهُ تَلْمِيذُهُ وَصَنُو حَيَاتِهِ وَعِلْمُهُ: وَلَوْ أَحْتَاجَ إِلَى إِجْرَاءِ مَائِهِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ لِمُصَاحِبِ الْأَرْضِ، فَهَلْ يَجْبِرُ عَلَى ذَلِكَ. رَوَيْتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، وَالْأَجْبَارِ قَوْلَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَقَدْ قَالَ جَمَاعَةٌ

من الصحابة والتابعين " إن زكاة الحلى عاريتة، فإذا لم يعره فلا بد من زكاته " وهذا وجه في مذهب أحمد.

[40]

قال ابن القيم عقب هذا (قلت) وهو الراجح، وأنه لا يخلو الحلى من زكاة أو عارية والمنافع التي يجب بذلها نوعان، منها ما هو حق المال كما ذكرنا في الخيل والابل والحلى، ومنها ما يجب لحاجة الناس. وأيضا فإن بذل منافع البدن تجب عند الحاجة، كتعليم العلم، وإفتاء الناس، وأداء الشهادة والحكم بينهم والجهاد، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك من منافع الابدان. وكذلك من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة وجب عليه أن يخلصه، فإن ترك ذلك - مع قدرته - أثم وضمنه، فلا يمتنع وجوب بذل منافع الاموال للمحتاج. وقد قال تعالى (ولا يَأْبُ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ) وقال تعالى (ولا يَأْبُ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا) وللفقهاء في أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال، وهي أربعة أوجه في مذهب أحمد (أحدها) أنه لا يجوز مطلقا (والثاني) أنه يجوز عند الحاجة (والثالث) أنه لا يجوز الا أن يتعين عليه (والرابع) أنه يجوز، فإن أخذه عند التحمل لم يأخذ عند الاداء. والمقصود أن ما قدره النبي صلى الله عليه وسلم من الثمن في سراية العتق هو لاجل تكميل الحرية، وهو حق الله تعالى وما احتاج إليه الناس حاجة عامة، فالحق فيه لله. وذلك في الحقوق والحدود. قال ابن القيم " فأما الحقوق فمثل حقوق المساجد ومال الفئ والوقف على أهل الحاجات، وأمواال الصدقات والمنافع العامة، وأما الحدود فمثل حد المحاربة والسرقه والزنا وشرب الخمر المسكر وحاجة المسلمين إلى الطعام واللباس وغير ذلك مصلحة عامة، ليس الحق فيها لواحد بعينه، فتقدير الثمن فيها بثلث المثل على من وجب عليه البيع أولى من تقديره لتكميل الحرية، لكن تكميل الحرية وجب على الشريك المعتق، ولو لم

[41]

يقدر فيها الثمن لتضرر بطلب الشريك الآخر، فإنه يطلب ما شاء، وهنا عموم الناس يشتررون الطعام والثياب لانفسهم وغيرهم. فلو مكن من عنده سلع يحتاج الناس إليها أن يبيع بما شاء كان ضرر الناس أعظم، ولهذا قال الفقهاء " إذا اضطر الانسان إلى طعام الغير، وجب عليه بذله له بثلث المثل " وأبعد الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعي، ومع هذا فإنه يوجب على من اضطر الانسان إلى طعامه أن يبذله له بثلث المثل، وتنازع أصحاب الشافعي في جواز تسعير الطعام إذا كان بالناس إليه حاجة، ولهم فيه وجهان. وقال أصحاب أبي حنيفة لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، على اعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن أبي حبسه وعزره على مقتضى رأيه، زجرا له ودفعا للضرر عن الناس قالوا فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعديا فاحشا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سعره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة. وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر حيث لا يرى الحجر على الحر ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه

غير مكره عليه قالوا: وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه. على الخلاف المعروف في بيع مال المدين وقيل يبيع ههنا بالاتفاق، لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام والسعر لما علا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وطلبوا منه التسعير فامتنع، لم يذكر أنه كان هناك من عنده طعام امتنع من بيعه، بل عامة من كان يبيع الطعام إنما هم جالبون يبيعونه إذا هبطوا السوق، ولكن نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد، أي أن يكون له سمسارا. وقال " دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض "

[42]

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادى الجالب للسلعة، لانه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أعلى الثمن على المشتري فنهاه عن التوكل له، مع أن جنس الوكالة مباح لما في ذلك من زيادة السعر على الناس، ونهى عن تلقي الجلب وجعل للبائع إذا هبط السوق الخيار، ولهذا كان أكثر الفقهاء على أنه نهى عن ذلك لما فيه من ضرر البائع هنا، فإذا لم يكن قد عرف السعر، وتلقاه المتلقى قبل إتيانه إلى السوق اشتراه المشتري بدون ثمن المثل فعينه، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم لهذا البائع الخيار. ثم فيه عن أحمد روايتان كما تقدم، إحداهما: أن الخيار يثبت له مطلقا، سواء غبن أو لم يغبن وهو ظاهر مذهب الشافعي. والثانية: أنه إنما يثبت عند الغبن وهى ظاهر مذهب الحنابلة. وقالت طائفة: بل نهى عن ذلك لما فيه من ضرر المشتري إذا تلقاه المتلقى فاشترى منه، ثم باعه، وفى الجملة. قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والشراء الذى جنسه حلال حتى يعلم البائع بالسعر، وهو ثمن المثل، ويعلم المشتري بالسلعة. وصاحب القياس الفاسد يقول: للمشتري أن يشتري حيث شاء، وقد اشترى من البائع كما يقول، فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر، ولكن الشارع راعى المصلحة العامة، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل، فيكون المشتري غارا له. وألحق أحمد ومالك بذلك كل مسترسل، فإنه بمنزلة الجالب الجاهل بالسعر فتبين أنه يجب على الانسان ألا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف، وهو ثمن المثل، وإن لم يكونوا محتاجين إلى الاتباع منه، لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو غير مماكسين، والبيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى، وقد لا يرضى، فإذا علم أنه غبن ورضى فلا بأس بذلك. وفى السنن " أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الارض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأمره أن يقبل

[43]

بدلها أو يتبرع له بها فلم يفعل فأذن لصاحب الارض أن يقلعها، وقال لصاحب الشجرة: إنما انت مضار ". وصاحب القياس الفاسد يقول لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها ولا يجوز لصاحب الارض أن يقلعها، لانه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإجبار على المعاوضة عليه، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها لما في ذلك من مصلحة صاحب

الارض بخلاصه من تأذنه بدخول صاحب الشجرة، ومصصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الارض بقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأبسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه. والمقصود: أن هذا دليل على وجوب البيع عند حاجة المشتري. وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره؟ والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها - كمنافع الدور. والطحن والخبز، وغير ذلك.. حكم المعاوضة على الاعيان. وبعد فقد استعرضنا ملخصا وافيا مركزا لما عرض له ابن القيم وشيخه. قال ابن القيم: وجماع الامر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير. سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط. وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل. وبالله التوفيق. وقد قال الشوكاني في المنتقى في باب النهى عن التسعير: وقد استدل بالحديث وما ورد في معناه على تحريم التسعير، وأنه مظلمة، ووجهه أن الناس مسيطرون على أموالهم والتسعير حرج عليهم والامام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لانفسهم والزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وإلى هذا ذهب جمهور العلماء. وروى عن مالك أنه يجوز للامام التسعير وأحاديث الباب ترد عليه. ثم قال يشرح وجهة نظره في منع التسعير: وفي وجه

[44]

للسافعية جواز التسعير في حالة الغلاء. وهذا الرأي في نظره مردود وما أوردناه فيه القول الفصل الذي يجعل التسعير يدور مع المصلحة حيث دارت ويقيد ولي الامر بمراعاة طرفي المتبايعين واحقاق العدل بينهما وعدم تغليب طرف على آخر قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويحرم الاحتكار في الاقوات، وهو أن يتناع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه. ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم، وليس بشئ. لما روى عمر رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " وروى معمر العدوى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يحتكر الا خاطئ " فدل على أنه حرام. فأما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لانه في معنى الجالب وقد روى عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر بالمدينة الا خاطئ، وأنت تحتكر؟ قال ليس هذا الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها، فأما أن يأتي الشئ وقد اتضع فيشتره، ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه، فذلك خير وأما غير الاقوات فيجوز احتكاره، لما روى أبو امامة رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام، فدل على أن غيره يجوز، ولانه لا ضرر في احتكار غير الاقوات فلم يمنع منه. (الشرح) أما فصل الاحتكار فحديث عمر رضى الله عنه، رواه ابن ماجه بلفظ " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والافلاس " وفي اسناده الهيثم بن رافع، قال أبو داود

روى حديثاً منكراً قال الحافظ الذهبي: هو الذي خرجه ابن ماجه، يعنى هذا، وفى اسناده أيضاً أبويحيى المكى، وهو مجهول.

[45]

وللحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح، كحديث سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوى " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر إلا خاطئ " رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم. وحديث معقل بن يسار قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعظم من النار يوم القيامة رواه أحمد والطبراني في معجميه الكبير والاولسط، وفى إسناده زيد بن مرة أبو المعلى، قال في مجمع الزوائد: ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح. وحديث أبي هريرة قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين هو خاطئ " رواه أحمد والحاكم وزاد " وقد برئت منه ذمة الله " وفى إسناده أبو معشر، وهو ضعيف، وقد وثقه بعضهم. وحديث ابن عمر مرفوعاً " الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون " رواه ابن ماجه والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلى والعقيلي في الضعفاء وضعف إسناده الحافظ ابن حجر. ومنها حديث آخر عند ابن عمر عند أحمد والحاكم وابن أبي شيبة والبخاري وأبي يعلى بلفظ " من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه " زاد الحاكم " وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله " وفى إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة، والاول مختلف فيه والثاني قال ابن حزم إنه مجهول، وقال غيره: معروف، ووثقه ابن سعد، وروى عنه جماعة، واحتج به النسائي. قال الحافظ ابن حجر: ووهب ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات وحكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه منكرا. أما أحكام الفصل: فهذه الاحاديث بمجموعها لا شك أنها تنتهض حجة للاستدلال على عدم جواز الاحتكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها، وأخذت بمجموعها، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطئ كاف في إفادة عدم الجواز، لان الخاطئ هو المذنب العاصى وهو

[46]

فاعل من خطئ من باب علم إذا أثم في فعله قاله أبو عبيدة وقال: سمعت الازهرى يقول: خطئ إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد. قال الاصحاب من الشافعية: إن المحرم إنما هو احتكار الاقوات خاصة لا غيرها، ولا مقدار الكفاية منها، وإلى ذلك ذهب الزيدية أيضاً. وذهب الشوكاني إلى أن الاحاديث ظاهرها يحرم الاحتكار من غير فرق بين قوت الأدمى والدواب، وبين غيره، والتصريح (بالطعام) في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة، ويمكن الرد عليه بأن المقرر في قواعد الاصول أن المطلق يحمل على المقيد وأن العام يحمل على الخاص الا أن الشوكاني يخرج من هذا المأرق بقوله أنه من باب التنصيص على فرد من الافراد التى يطلق عليها المطلق، وذلك لان نفي الحكم عن غير الطعام انما هو لمفهوم اللقب، وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح

للتقييد على ما تقرر في الاصول أيضا. ويفرق العلماء بين الاحتكار والادخار، فالاحتكار اختزان السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المخزن في رفع سعرها لقلّة المعروض منه أو انعدامه، فيتسنى له أن يغلبيها حسبما يشاء وهذا حرام بالاجماع في ضرورات الحياة. مكروه في كمالياتها. ويمكن أن يلحق بالاقوات ما يترتب على احتكاره من تلف وهلاك يصيب الناس، كاحتكار الثياب في وقت البرد الشديد مع حاجة الناس إليه، وحبس وسائل النقل للجنّد في ابان الجهاد لما في ذلك من اضعاف لقوة المسلمين واتاحة الفرصة لتفوق العدو عليهم وغلبيته. أما الادخار فقد قال ابن رسلان في شرح السنن ولا خلاف في أن ما يدخره الانسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به اه. ويقول الشوكاني نقلا عن أئمة الشافعية: انما المحرم هو احتكار الاقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها، ويدل على ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطى كل واحدة من زوجته مائة وسق من خبير.

[47]

قال ابن رسلان في شرح السنن: وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخر لاهله قوت سنتهم من تمر وغيره. قال أبو داود: قيل لسعيد - يعني ابن المسيب - فإنك تحتكر. قال ومعمّر كان يحتكر. وكذا في صحيح مسلم: قال ابن عبد البر وآخرون: إنما كانا - يعني ابن المسيب ومعمرا - يحتكران الزيت، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه. وكذلك حملة الشافعي وأبو حنيفة وآخرون. قال الشوكاني: ويدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله في حديث معقل " من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم " وقوله في حديث أبي هريرة " يريد أن يغلب بها على المسلمين " قال أبو داود: سألت أحمد بن حنبل ما الحكمة. قال ما فيه عيش الناس، أي حياتهم وقوتهم. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله - يعني أحمد بن حنبل - يسئل عن أي شئ الاحتكار، فقال إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره. وهذا قول عمر وقال الأوزاعي، المحتكر من يعترض السوق، أي ينصب نفسه للتردد إلى الاسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكره. قال السبكي " الذي ينبغي أن يقال في ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم. وإن كانت الاسعار رخيصة وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى " قال القاضي حسين والرويانى " وربما يكون هذا حسنة لانه ينفع به الناس " وقطع المحاملى في المقنع باستحبابه. قال أصحاب الشافعي " الاولى بيع الفاضل عن الكفاية " قال السبكي " أما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة في أن يبيعه إليهم وقت حاجتهم إليه فينبغي أن لا يكره، بل يستحب. قال الشوكاني " والحاصل أن العلة إذا كانت هي الاضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار الا على وجه يضر بهم، ويستوى في ذلك القوت وغيره لانهم يتضررون بالجميع " وقال الغزالي في الاحياء " ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهى

[48]

إليه وان كان مطعوما وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد مسد شئ من القوت في بعض الاحوال، وان كان لا يمكن المداومة عليه فهو في محل النظر فمن العلماء من طرد التحريم في السمن والعسل والشيرج والجبن والزيت وما جرى مجراه. وقال السبكي " إذا كان في وقت قحط كان في ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها اضرار، فينبغي أن يقضى بتحريمه، وإذا لم يكن اضرار فلا يخلو احتكار الاقوات عن كراهة. وقال القاضي حسين " إذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فكره لمن عنده ذلك امساكه " قال السبكي " ان أراد كراهة تحريم فظاهر، وان أراد كراهة تنزيهه فبعيد. وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال " ليس في التمر حكرة " وحكى أيضا عن سفيان أنه سئل عن كبس القوت فقال " كانوا يكرهون الحكرة " والكبس بفتح الكاف واسكان الباء الموحدة، والقوت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية، وهو اليابس من القضب. قال الطيبي " ان التقييد بالاربعين يشير إلى حديث ادخار الطعام أربعين يوما، اليوم غير مراد به التحديد " قال الشوكاني " ولم أجد من ذهب إلى العمل بهذا العدد " ونختم هذا الفصل بما أورد الامام النووي رضى الله عنه في شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر بن عبد الله مرفوعا " من احتكر فهو خاطئ " قال النووي قال اهل اللغة " الخاطئ بالهمز هو العاصي الآثم " وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار في الاقوات خاصة، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال بل يدخره ليغلو ثمنه. فأما إذا جاءه من قريبه أو اشتراه في وقت الرخص وادخره، أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته إلى أكله، أو ابتاعه لبيعه في وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه. قال وأما غير الاقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال، هذا تفصيل مذهبنا قال العلماء " والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند انسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس.

[49]

وأما ما ذكر في الكتاب - يعنى في صحيح مسلم - عن سعيد بن المسيب ومعمر راوي الحديث أنهما كانا يحتكران، فقال ابن عبد البر وآخرون: إنما كانا يحتكران الزيت، وحملنا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه والغلاء، وكذا حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون. وهو الصحيح والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع) " إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، ولم تكن بينة تحالفا، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه قال " لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم، لكن اليمين على المدعى عليه " فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه بيع بالف والمشتري مدعى عليه بيع باليمين، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما مدعى عليه ولا بينة فتحالفا، كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر على المدعى درهما " (فصل) قال الشافعي رحمه الله في البيوع: يبدأ بيمين البائع. وقال في الصداق: إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج، والزوج كالمشتري. وقال في الدعوى والبيانات إن بدأ بالبائع خير المشتري، وإن بدأ بالمشتري خير البائع، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري، فمن أصحابنا من قال فيها ثلاثة أقوال (أحدها) يبدأ بالمشتري، لان جنبته أقوى، لان المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى (والثاني) يبدأ بمن شاء منهما لانه لا

مزية لاحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا، كما لو تداعيا شيئا في يديهما (والثالث) أنه يبدأ بالبائع وهو الصحيح، لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع، والمبتاع بالخيار " فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع، ولأن جنبته أقوى لانه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى. ومن أصحابنا من قال هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف

[50]

الزوج في الصداق لان جنبته أقوى من جنبه الزوجة، لان البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى، وها هنا جنبه البائع أقوى لان المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان بالبائع بالتقديم أولى، والذي قال في الدعوى والبيئات ليس بمذهب له، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده لانه موضع اجتهاد فقال: إن حلف الحاكم البائع باجتهاده خير المشتري، وإن حلف المشتري خير البائع " (الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه مسلم في صحيحه بلفظ " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى " وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه. هكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحهما مرفوعا من رواية ابن عباس. وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم قال الامام النووي رضى الله عنه في شرح مسلم: قال القاضى عياض رضى الله عنه، قال الاصيلي لا يصح مرفوعا، إنما هو قول ابن عباس، كذا رواه أيوب ونافع الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضى الله عنهما، قال القاضى قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعا هذا كلام القاضى. قال النووي (قلت) وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعا. قال الترمذي حديث حسن صحيح. وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعى، واليمين على من أنكر " أه أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان " وزاد ابن ماجه " والبيع قائم بعينه " وكذلك أحمد في رواية " والسلعة كما هي " وللدارقطني عن أبي وائل عن عبد الله قال " إذا اختلف البيعان والبيع مستهلك فالقول قول البائع " قال ابن تيمية الجد. ورفع الحديث إلى النبي

[51]

صلى الله عليه وسلم. ولاحمد والنسائي عن أبي عبيدة: وأناه رجلان تبايعا سلعة فقال " هذا أخذت كذا وكذا. وقال هذا بعث بكذا وكذا، فقال أبو عبيدة: أتى عبد الله في مثل هذا فقال: حضرت النبي صلى الله عليه وسلم في مثل هذا فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك " وحديث ابن مسعود أخرجه أيضا الشافعي من طريق سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبيدة

عن أبيه عبد الله ابن مسعود، وقد اختلف فيه على اسماعيل بن أمية. ثم على ابن جريح، وقد اختلف في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه. ورواه من طريق أبي عبيدة أحمد والنسائي والدارقطني، وقد صححه الحاكم وابن السكن، ورواه أيضا الشافعي من طريق سفيان ابن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود، وفيه أيضا انقطاع، لان عون لم يدرك ابن مسعود. ورواه الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده. وفيه اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة. ورواه أبو داود من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده عن ابن مسعود وأخرجه أيضا من طريق محمد بن أبي ليلي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن عبد الله بن مسعود، ومحمد بن أبي ليلي لا يحتج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه. ورواه ابن ماجه والترمذي، من طريق عون بن عبد الله أيضا عن ابن مسعود، وهو منقطع قال العلامة ابن القيم: وأما الحديث المشهور على السنة الفقهاء " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " فهذا قد روى ولكن ليس له إسناد في الصحة والشهرة مثل غيره، ولا رواه عامة أصحاب السنن المشهورة، ولا قال بعمومه أحد من علماء الأمة، إلا طائفة من فقهاء الكوفة مثل أبي حنيفة وغيره فإنهم يرون دائما اليمين في جانب المنكر، حتى في القسامة يخلفون المدعى عليه ولا يقضون بالشاهد واليمين، ولا يردون اليمين على المدعى عند النكول، واستدلوا بعموم الحديث.

[52]

ثم ساق ابن القيم نماذج من أحكام الرسول صلى الله عليه وسلم توافق معنى هذا الحديث في المعاملات: ولا تأخذ به في الجنایات. قال البيهقي: وأصح إسناد روى في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده، ورواه أيضا الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن، قال الحافظ ابن حجر: ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف في سماعه من أبيه. ورواية التراد رواها أيضا مالك بلاغا والترمذي وابن ماجه بإسناد منقطع ورواه أيضا الطبراني بلفظ " البيعان إذا اختلفا في البيع ترادا " قال الحافظ ابن حجر: رواه ثقات لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح يعني الراوى له عن فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال: وما أظنه حفظه، فقد جزم الشافعي أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول. ورواه أيضا النسائي والبيهقي والحاكم من طريق عبد الرحمن ابن قيس بالاسناد الذي رواه عنه أبو داود كما سلف، وصححه من هذا الوجه الحاكم، وحسنه البيهقي، ورواه عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده بلفظ: إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، ولا بينة لاحدهما تحالفا " ورواه من هذا الوجه الطبراني والدارمي، وقد انفرد بقوله: والسلعة قائمة، محمد بن أبي ليلي وهو ضعيف لسوء حفظه. قال الخطابي: إن هذه اللفظة يعني: والسلعة قائمة، لا تصح من طريق النقل مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب، لان أكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة، كقوله تعالى (في حجوركم) ولم يفرق أكثر الفقهاء بين القائم والتالف انتهى. قال ابن عبد البر إن هذا الحديث منقطع إلا أنه مشهور الاصل عند جماعة تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيرا من فروعه، وأعله ابن حزم بالانقطاع وتابعه عبد الحق، وأعله ابن القطان بالجهالة في عبد الرحمن وأبيه وجده.

وقال الخطابي: هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله، وذلك يدل على أن له أصلاً وإن كان في إسناده مقال، كما اصطلاحوا على قبول لا وصيه لوارث وإسناده فيه ما فيه اه. أما لغات الفصل: فقوله (جنبته) أي جانبه، و (البضع) بضم الباء الموحدة وسكون الضاد المعجمة وجمعه أبيض مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع وقيل البضع مصدر أيضا مثل السكر والكفر. وأبضعت المرأة إبضاعاً وزوجتها وتسنأمر النساء في أبضاعهن، ويقال ملك بضعها أي جماعها، والبضاع الجماع وزنا ومعنى، وهو اسم من باضعها مباحة. أما أحكام الفصل. فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتبايعين اختلاف في قدر الثمن ولا بينة تحالفاً، هذا ما وجدته من مسائل الاتفاق في هذا الفصل. وأما ما اختلفوا فيه، فمن ذلك قول الامام الشافعي إنه يبدأ بيمين البائع، وهو ما عبر عنه المصنف بقوله. ولان جنبته أقوى، أما أبو حنيفة وبعض الاصحاب من الشافعية أنه يبدأ بيمين المشتري. ويبدو أن اختلاف المتبايعين يجعل كل واحد منهما يريد أن يكون له الحظ الاوفر من حكم القاضى لنفسه دون أخيه ومثل ذلك أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، فقال البائع بعثك بعشرين، وقال المشتري بل عشرة ولاحدهما بينة حكم بها وإن لم يكن لهما بينة تحالفاً وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك في رواية عنه، وشريح، وفي رواية عن مالك القول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر، لان البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشتري، والقول قول المنكر. وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان. قال ابن قدامة في المعنى ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً، وأن القول قول البائع مع يمينه، فإذا حلف فرضى المشتري بذلك أخذ به، وإن أبى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما، لان في ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، ولا بينة لاحدهما تحالفاً " ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فان البائع يدعى عقدا بعشرين ينكره المشتري،

والمشتري يدعى عقدا بعشرة ينكره البائع، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما. قال الرملي في نهاية المحتاج شرح المنهاج عند الاختلاف في قدر الثمن أو صفة المبيع: والاصح تصديق البائع أو الاجل بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع أو قدره كشهرا أو شهرين، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة، مثلاً بدرهم، فيقول: بل مدين ولا بينة لاحدهما يعول عليها، فيشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لاطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط، أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفاً، لخبر مسلم (اليمين على المدعى) وكل منهما مدع ومدعى عليه اه. وأما ما استند إليه القائلون بعدم التحالف كابن المقرئ في بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ في زمنه فقد رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق. فإذا اختلفا في الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما سيأتي من كلام المصنف، فإذا كان لاحدهما بينة قضى بها، فإن كان لهما بينتان مؤرختان بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالاولى منهما، ولو اختلفا في الثمن أو المبيع بعد

القبض مع الاقالة أو التلف الذي يفسخ به العقد فلا تحالف، بحلف مدعى النقص، لانه غارم، ولهذا زاد بعضهم قيدها، وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع احترازا عما ذكر. وأورد على الضابط اختلافهما في عين المبيع والتمن معا مثل: بعتك هذه السيارة الركوب بمائة دينار فيقول: بل النقل بمائتي دينار فلا تحالف جزما إذا لم يتواردا على شئ واحد، مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كفيته فيحلف كل على نفى ما ادعى عليه على الاصل. قال الشافعي في مختصر المزني بعد أن أورد حديث ابن مسعود من طريق سفيان ومالك الذي رواه مالك بلاغا - يعنى قال: بلغني عن ابن مسعود إلخ. قال الشافعي " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " فإذا تبايعا عبدا فقال البائع: بألف والمشتري بخمسائة فالبائع

[55]

يدعى فضل الثمن، والمشتري يدعى السلعة بأقل من الثمن، فيتحالفان، فان حلفا معا قيل للمشتري: أنت بالخيار في أخذه بألف أو رده، ولا يلزمك ما لا تقر به، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له. قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم وهما متصادقان على البيع ومختلفان في الثمن بنقص البيع، ووجدنا الفأنت في كل ما نقص فيه القائم منتقضا فعلى المشتري رده إن كان قائما أو قيمته إن كان فائتا، كانت أقل من الثمن أو أكثر. قال المزني: يقول: صارا في معنى من لم يتبايع، فيأخذ البائع عبده قائما أو قيمته متلفا، قال: فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صاحبه - يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف - وقال لا أعلم ما قالوا إلا خلاف القياس والسنة. قال والمعقود إذا تناقضا والسلعة قائمة تناقضاه وهى فائته، لان الحكم أن يفسخ العقد فقايم وفائت سواء. قال المزني، ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن يؤمر البائع بدفع السلعة، ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته، فان غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة، فإذا دفع أطلق عنه الوقف، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته ولا يدع الناس يتمنعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم اه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والاثبات، لانه يدعى عقد وينكر عقدا، فوجب أن يحلف عليهما، ويجب أن يقدم النفي على الاثبات. وقال أبو سعيد الاصطخري: يقدم الاثبات على النفي كما قدمنا الاثبات على النفي في اللعان، والمذهب الاول. لان الاصل في اليمين أن يبدأ بالنفي، وهى يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ ههنا أيضا بالنفي، ويخالف اللعان فانه لا أصل له في البداية بالنفي، وهل يجمع بين النفي والاثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان.

[56]

أحدهما: يجمع بينهما بيمين واحدة، وهو المنصوص في الام، لانه أقرب إلى فصل القضاء فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف، ولقد باع بألفين ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف، فان نكل

المشتري قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا. والثاني أنه يفرد النفي بيمين والاثبات بيمين، لانه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين، ولانا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الاثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي، وذلك لا يجوز. فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين، فان نكل المشتري حلف البائع أنه باع بألفين، وقضى له، فان حلف المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف. فان نكل قضى للبائع، وان حلف فقد تحالفا (الشرح) هذا الفصل بين كيفية اليمين ومضمونها لان كل واحد من المتبايعين ينطوى موقفه على حالتي اثبات ونفى ومن ثم ينبغي أن يكون حلفه مشتملا على أركان الدعوى من اثبات ونفى فمثلا المبتدئ باليمين يحلف ما بعته بعشرة وانما بعته بعشرين، فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع، والا يحلف ما اشترته بعشرين، وانما اشترته بعشرة وبهذا قال الشافعي في الام. وقال أبو حنيفة يبتدئ بيمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم " فالقول ما قال البائع " وفي لفظ " ما قال البائع. والمشتري بالخيار " رواه أحمد ومعناه أن شاء أخذ وإن شاء حلف ولان البائع أقوى جنبه. لانهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه. فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر من وجه فيتساويان في هذا الوجه. والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء. وإذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه. وان نكل البائع حلف المشتري وقضى له. وان حلفا جميعا لم يفسخ البيع لان العقد صحيح.

[57]

والتحالف لا يفسخ العقد، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، لكن إن رضی أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الخيار. أما على المذاهب تفصيلا فهل يستحب الحلف من البائع أو لا أم المشتري على أربعة أقوال (أصحها) يبدأ في اليمين بالبائع لان جانبه أقوى بعود المبيع الذي هو المقصود بالذات إليه بالفسخ الناشئ عن التحالف، ولان ملكه على الثمن قد تم بالعقد، وملك المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض، ولانه يأتي بصورة العقد، وصورة المسألة أن المبيع معين والثمن في الذمة، ومن ثم بدئ بالمشتري في عكس ذلك لانه أقوى حينئذ، ويخير الحاكم بالبداءة بأيهما أداه إليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو في الذمة. والزوج في الصداق كالبائع، فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له، ولان أثر التحالف يظهر في الصداق إلا في البضع وهو باذله فكان كبائعه، والخلاف في الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (الثاني) يبدأ في اليمين بالمشتري لقوة جانبه بالمبيع، وهو قول أبي حنيفة ووجه عند الاصحاب باعتبار أن رب السلعة في الحال هو المشتري، وللحديث: فالقول ما يقول رب السلعة. (الثالث) يتساويان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فلا ترجيح فيتخير الحاكم فيم يبدأ به منهما (الرابع) يقرع بينهما فمن قرع بدئ به. وذلك لان القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح. قال الغزالي في الوجيز: أما كيفية اليمين فالبداءة بالبائع، وفي السلم بالسلم إليه وفي الكتابة بالسيد، لانهما في رتبة البائع، وفي الصداق بالزوج لانه في رتبة بائع الصداق، وأثر التحالف يظهر فيه لا في البضع. وقيل انه يبدأ بالمشتري وهو مخرج، وقيل يتساويان فيقدم بالقرعة أو برأى القاضى. اهـ وفي كيفية اليمين أقوال: (أحدها) أن يجمع بين النفي والاثبات بيمين

واحدة مطلقا، والصيغة التي اتفقوا عليها أن يقول: والله ما بعث بكذا
ولقد بعث بكذا. ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا، ولقد اشتريت
بكذا، أو يأتي بلفظ (وإنما) بدل (ولقد)

[58]

وأباه بعضهم لما فيه من إبهام اشتراط الحصر، وفي رأى شمس الدين
الرملي - وهو الملقب بالشافعي الصغير لا يكفى قوله ما بعث إلا بكذا،
لان الايمان لا يكتفى فيها باللوازم، بل لابد من الصريح. لان فيها نوعا من
التعبد، ومن هنا كان قولنا ثانيا وهو: (ثانيها) أن يبدأ بالنفى ثم الاثبات بيمين
واحدة لكليهما (ثالثها) أن يبدأ بالاثبات ثم بالنفى بيمين واحدة لكليهما، لانه
دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين (رابعها) أن يبدأ بالنفى بيمين ثم
بالاثبات بيمين أخرى، وهو المستحب في قول الرملي في نهاية المحتاج
(خامسها) أن يبدأ بالاثبات بيمين ثم بالنفى بيمين أخرى (سادسها) أن يبدأ
بما شاء منهما بيمين والآخر بيمين أخرى والصواب أن يبدأ القاضى - إذا
ترافعا إليه أو أحدهما - بيمين البائع وحسبه في ذلك أن يقول والله ما بعث
بكذا ولقد بعث بكذا، والله تعالى أعلم على أن الاختلاف يشمل المبيع
والثمن، لان قوله إذا اختلف المتبايعان مع حذف المتعلق مشعر بالتعميم
في مثل هذا المقام، على ما قرره علماء المعاني، فيعم الاختلاف في
المبيع وفي الثمن وفي كل أمر فرج اليهما، وفي سائر الشروط
المعتبرة، والتصريح بالاختلاف في الثمن في بعض الروايات، كما وقع في
أحاديث الباب لا ينافى هذا العموم المستفاد من الحذف وفي حديث ابن
مسعود عند أحمد " فالقول ما يقول صاحب السلعة " وصاحب السلعة هو
البائع كما وقع التصريح به في سائر الروايات، فلا وجه لما روى عن البعض
من أن رب السلعة في الحال هو المشتري والاختلاف بين المتبايعين في
أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع فإذا حلف المشتري فقد
تحالفا ولا يكون لهما خلاص من هذا النزاع إلا التفاسخ على أن سبب
الاختلاف بين الفقهاء هو قوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى
واليمين على المدعى عليه " لانه يدل بعمومه، على أن اليمين على
المدعى عليه والبينة على المدعى من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعا
والآخر مشتريا

[59]

أو لا. وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبينة
على المشتري من غير فرق بين أن يكون البائع مدعى أو مدعى عليه، فبين
الحديثين عموم وخصوص من وجه، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق. وهى
حيث يكون البائع مدعى فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الامور الخارجية،
وحديث " أن اليمين على المدعى عليه " رواه أحمد ومسلم، وهو أيضا في
صحيح البخاري في الرهن وفي باب اليمين على المدعى عليه. وفي تفسير
آل عمران. وأخرجه الطبراني بلفظ " البينة على المدعى واليمين على
المدعى عليه " وأخرجه الاسماعيلي بلفظ: ولكن البينة على الطالب
واليمين على المطلوب. وأخرجه البيهقي بلفظ " لو أعطى الناس بدعواهم
لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعى واليمين على

من أنكر " وهذه الالفاظ كلها في حديث ابن عباس ممن رام الترجيح بين
الحديثين لا يصعب عليه ذلك قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا
تحالفا وجب فسخ البيع لانه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف وهل يفسخ
بنفس التحالف أم لا. فيه وجهان (أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف كما
يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولان بالتحالف صار الثمن
مجهولا والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن يفسخ (والثاني) أنه لا
يفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لان العقد في الباطن
صحيح لانه وقع على ثمن معلوم فلا يفسخ بتحالفهما، ولان البينة أقوى
من اليمين. ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم يفسخ البيع،
فلان لا يفسخ باليمين أولى. وفي الذي يفسخه وجهان (أحدهما) أنه
يفسخه الحاكم لانه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب
(والثاني) انه يفسخ بالمتعاقدين لانه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من
المتبايعين كالرد بالعيب (الشرح) قوله " وإذا تحالفا وجب فسخ البيع "
لسبق قولنا إنه يشجب التراضي المنصوص عليه في قوله عزوجل " عن
تراص منكم " ولقولنا: والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا
علاج له إلا يمين البائع،

[60]

إذا حلف البائع ثم حلف المشتري فلا يكون لهما مناص من التفاسخ
ليخرجا من محارج النزاع. ولكن هل يفسخ بنفس التحالف أم لا؟ وجهان
(أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف لانه ذروة النزاع المفضى إلى الفسخ
كما يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، واللعان من العقود التي
تفسخ بالتحالف فيقع الفسخ ظاهرا وباطنا، لانه فسخ لاستدراك الظلامة،
ولان الثمن بعد التحالف صار مترددا بين ادعاءى كل من المتبايعين مما
يسبغ عليه جهالة تخل بالعقد خلاا ينقضه، لان الثمن حينئذ يصير مجهولا لا
مجهولا، لانه معلوم عندهما باطنا، ولكن عراه التجهيل باختلافهما عليه إن
كان الاختلاف في مقدار الثمن. وكذلك اختلافهما في مقدار المبيع كما
سيأتي إن شاء الله تعالى، ولان الثمن عوض عن المبيع فلا يثبت العقد مع
جهالة الثمن (والثاني) أنه لا يفسخ بمجرد التحالف ولكن بفسخه قصدا
بعده، وهو المنصوص في الذهب. قال المزني في المختصر في باب
اختلاف المتبايعين: والمعقول إذا تناقضاه والسلعة قائمة تناقضاه وهى
فائنة لان الحكم أن يفسخ العقد ففائم وفائت سواء. ولنا أن العقد لا
يفسخ بنفس الحالف، لان كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك فلم
يجز أن تكون موجهة لفسخ الملك لانهما ضدان فعلى هذا لو فسخه
المتبايعان فأيهما فسخ صح اعتبارا بفسخ العيوب التي تكون موقوفة على
المتعاقدين دون غيرهما والوجه الثاني: أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم
كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لانها عن اجتهاد. فعلى هذا لو فسخه
المتبايعان لم يفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم بعد تحالفهما عنده،
وتخير كل منهما في قبول قول الآخر، فإن قبل صح البيع قال الشافعي
في الام فيما يتعلق باختلاف المتبايعين: " وإذا تباع الرجلان عبدا وتفرقا
بعد البيع ثم اختلفا، فقال البائع: بعك على أنى بالخيار ثلاثا. وقال
المشتري بعننى ولم تشترط خيارا تحالفا، وكان المشتري بالخيار في
فسخ البيع، أو يكون للبائع الخيار وهذا والله أعلم كاختلافهما

في الثمن، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار، وأنه لم يقر بالبيع إلا بخيار، وكذلك لو ادعى المشتري الخيار كان القول فيه هكذا. اهـ ومرادنا من سوق هذا النص: قوله رضي الله عنه: نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن. والنقض هنا نقض الظاهر، أما النقض في الباطن فلا، لأنه يمكن أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سنته. وذلك هو قول المصنف (لان العقد في الباطن صحيح) قوله " ولان البينة أقوى من اليمين " لانها مقدمة عليه ولانه بقيامها لا يسوغ اليمين لان وسائل الاثبات إذا كانت كتابية وممهورة بخاتم أو توقيع البائع أو المشتري أو كليهما كان لا محل لليمين هنا ولان العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من التراضي بين ذوي أهلية للتعاقد، ويكفي أن نقول: انه يجب أن يقع التراضي على الامور الثلاثة وهي: ماهية العقد، والمبيع، والثمن فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الارادتان إلى البيع والشراء، أما إذا لم تتقابل الارادتان في هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثاني عقداً آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر، وإذا قصدنا معا إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعا. ومن هنا كان اتفاق الارادتين على الشيء المبيع ذاته، كان العقد صحيحا باطنا وظاهرا، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق التقاء إرادتهما على عقده. أما إذا كانت هناك بينة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى، فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين، فإذا تعذر على القاضى ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البينة المقدمة إليه، كما لو كانت وثيقة مزورة، أو شهادة مفتعلة، أو أمارات لا ينتهض لاقناعه بتوفر العناصر الأساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعي لصحة العقد أمر بفسخه، وهل يأمر بفسخه على الفور؟ أم على التراخي؟ الصحيح أنه إذا خشى تلف المبيع، أو فوات مصلحة تتعلق بنفوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور. أما إذا ترتب على التراخي عدم ما ذكرنا مع توقع تقدم أحد

طرفي النزاع أو كليهما بالبينة أو (المستندات) كان له إصدار الحكم مع توقيت حينه بتأجيل النطق به إلى الوقت المناسب مناسبة مطابقة لجميع الاحوال مع اتقاء المضارة. وعنى عن البيان أن عوض المبيع لا يشترط أن يكون نقداً مع الرجوع إلى أحكام الربويات التي مرت للمصنف والشارحين النووي والسبكي رحمهما الله. ورجح ابن الرقعة أن لا يكون فسخ القاضى على الفور، ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه بالعيب وبقاء المنازعة، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف في وجود المقتضى بخلافه. ومنازعة الاسنوى في قياس ما تقرر على الاقالة الذي نقله المزني والبيوطى وأقراه. بأن كلا لو قال - ولو بحضور صاحبه بعد البيع: فسخته، لم يفسخ ولم يكن إقالة، إذ لا تحصل الا ان صدرت بإيجاب وقبول، بشرطه المار مردودة بان تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به. أي بلفظ الاقالة، فالقياس صحيح، وأن لكل الابتداء بالفسخ، وبه صرح الرافعى على ما سيأتي قال الرملي في النهاية، وهو الملقب بالشافعي الصغير، رحمه الله تعالى: وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف، لان البينة أقوى من اليمين. وللخبر الثاني فإن تخيره فيه بعد

الحلف صريح في عدم الانفساخ به ولو أقام كل منهما بينة لم يفسخ،
فبالتحالف أولى. بل إن أعرضنا عن الخصومة أعرض عنهما ولا يفسخ، وإن
تراضيا على ما قال أحدهما أقر العقد وينبغي للحاكم ندينهما للتوافق ما
أمكن. ولو رضى أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر الآخر عليه. والآن لم
يتفقا على شيء واستمرا على النزاع، فيفسخانه أو أحدهما، لأنه فسخ
لاستدراك الظلامة، فأشبه الفسخ بالعيب، أو الحاكم لقطع المنازعة. ثم
فسخ الحاكم والصادق منهما ينفذ ظاهرا وباطنا كالأقالة، وغيره ينفذ
ظاهرا فقط. ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا، ولا يشكل عليه ما مر
من إلحاقه

[63]

بالعيب، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف في وجود
المقتضى ثم. قال: وقيل إنما يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه كالفسخ
بالعنة، وكأنهم اقتصروا في الكتابة على فسخ الحاكم احتياطا لسبب العتق
المنتشوف إليه الشارع وبعده أيضا على أوجه الوجهين لبقاء ملكه، بل قضية
تعليلهم جوارزه بعد الفسخ إذا لم يزل به ملك المشتري وهو كذلك على أن
لليمين فوائد: (منها) تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب،
فيحمله ذلك على الاقرار بالحق. (ومنها) القضاء عليه بنكوله عنها على ما
قدمنا من القضاء عليه إذا نكل عن اليمين. (ومنها) انقطاع الخصومة
والمطالبة في الحال، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر، ولكنها
لا تسقط الحق، ولا تبرئ الذمة باطنا ولا ظاهرا فلو أقام المدعى بينة بعد
حلف المدعى عليه، سمعت وقضى بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعى
فنكل (1)، ثم أقام المدعى بينة، سمعت وحكم بها (ومنها) اثبات الحق بها
إذا ردت على المدعى أو أقام شاهدا واحدا. (ومنها) تعجيل عقوبة الكاذب
المنكر لما عليه من الحق، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع، فيشتفى
بذلك المظلوم عوض ما ظلمه بإصاعة حقه.

(1) نكل عن الشيء امتنع عنه خوفا أو جبا، ومشروعية اليمين هنا لحكمة كبرى، وهي
إعطاء المتخاصمين فرصة من الوقت يراجع فيها ضميره إذا كان على غير الحق.

[64]

ومنها أن تشهد قرائن الحال بكذب المدعى، فمذهب مالك أنه لا يلتفت إلى
دعواه، ولا يحلف له، وهذا اختيار الاصطخري من الشافعية، ويخرج على
مذهب أحمد مثله، وذلك مثل أن يدعى الدنيئ استئجار أمير أو ذي هيئة وقدر
لعلف دوابه، وكنس بابه، ونحو ذلك. وروى عن شيخ الاسلام ابن تيمية أنه
كان عند نائب السلطان في دمشق (1) يجلس إلى جانبه، فادعى بعض
الحاضرين أن له قبل ابن تيمية ودبعة، وسأل اجلاسه معه واحلافه فقال
لقاضي المالكية - وكان حاضرا - أتسوع هذه الدعوى؟ وتسمع، فقال: لا،
فقال ابن تيمية: فما مذهبك في مثل ذلك، قال تعزير المدعى. قال ابن
تيمية: فاحكم بمذهبك، فأقيم المدعى وأخرج. (فرع) إذا أقيمت الدعوى

وقدمت البينة لا يفسخ العقد الا بصدور حكم القاضى بالفسخ وهنا كان عدم انفساخه باليمين أولى. وقوله: وفى الذى يفسخه وجهان، وعند الحنابلة طريقتان. اولهما: وهو الاصح عند الشافعي وأصحابه أن الذى يفسخه هو الحاكم لانه مجتهد فيه، أعنى لان أمر النزاع محل اجتهاد فافتقر إلى من يبذل وسعه، ومن يبلغ بعلمه واحاطته تغطية عناصر النزاع، ومن هنا افتقر أمر الفسخ إلى الحاكم كما يفتقر فسخ النكاح بالعيب إليه. قال ابن قدامة فى المغنى: ويحتمل ان يقف الفسخ على الحاكم، وهو ظاهر مذهب الشافعي، لان العقد صحيح وأحدهما ظالم، وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه فى الحكم،

(1) كانت مصر والشام والحجاز واليمن يحكمها سلطان واحد مقره فى القلعة بمصر وله نائب على دمشق ونائب على حلب ونائب على الحجاز ونائب على اليمن وذلك على عهد المماليك الايوبيه وهم أبناء قلاوون.

[65]

فأشبهه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان، وجهل السابق منهما اه. وأما الوجه الثانى على المذهب أو الطريق الاصح عند أحمد فهو أن يفسخه المتعاقدان، لانه يقع منهما صحيحا كالرد بالعيب، وكل ما كان فيه استدراك للظلمة وهو ظاهر الحديث واذعان له " أو بترادان البيع " وظاهره استقلالهما بذلك، وفى قصة بيع ابن مسعود الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة، فقال عبد الله: بعتك بعشرين ألفا. فقال الاشعث اشترت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، والمبيع قائم بعينه، فالقول قول البائع، أو بترادان البيع " قال فإنى أرد البيع، رواه سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبى ليلى عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابن مسعود، ومن هنا لا يتوقف ذلك على فسخ الحاكم، الا إذا لجأ أحدهما إلى المرافعة لديه. وحديث عبد الملك بن عبيدة قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع، ثم كان المشتري بالخيار، ان شاء أخذ وان شاء ترك " وهذا ظاهر عند الحنابلة فى أنه يفسخ من غير حاكم، لانه جعل الخيار إليه، فأشبهه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب، ولانه هنا لا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق. ويمكن أن يرد على مفهوم هذين الخبرين على هذا النحو بما يأتى: أولا: ان متعلق النزاع بين ابن مسعود والاشعث هو رقيق الامارة، والامارة كانت لعبد الله بن مسعود، فكان هو بمثابة القاضى الذى طبق النص، وأوضحه لصاحبه، إذ لم يكن بهما من حاجة إلى حاكم وصاحب الشأن، حاكم ثقة يحمل الدليل اللائح فلا يفيد الخبر استقلال المتبايعين بالفسخ عند التحالف وليس نصا قاطعا فى هذا المفهوم. ثانيا: خبر عبد الملك بن عبيده لا يفيد ذلك أيضا - أعنى ليس دليلا على استقلال المتبايعين بالفسخ دون الرجوع إلى القاضى - فان الخبر ينص بمنطوقه ومفهومه أيضا على عكس ذلك، فقوله (استحلف) دليل على طلب الحلف

[66]

المستفاد من السين والتاء، ولا يكون الطلب إلا من غيرهما، وليس سوى الحاكم هو الذى يستحلف البائع والله أعلم. (مسألة) قال الشافعي في باب المكاتب: إذا اختلف الزوجان في المهر وتحالفا بدأت بالزوج اه. قلت: وهذا مخالف لقاعدة البدء بالبائع لان الزوج يحل محل المشتري. وقال الشافعي في كتاب الدعوى والبيئات وآداب القضاء: إن بدأ البائع باليمين خير المشتري، وإن بدأ بها المشتري خير البائع. قلت: وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيهما شاء. ولعل أقوال الشافعي في الام جعلت الاصحاب يخرجون المسألة على الاقويل الثلاثة المعروفة. أحدها: ان يبدأ الحاكم بإحلاف البائع لانه أقوى جانباً. والثانى: بإحلاف المشتري لانه أقوى جانباً لمشابهته الزوج. والثالث: وهو أصح الاقوال عند الاصحاب أن الحاكم يبدأ بإحلاف البائع قبل المشتري ويمكن أن يجاب عن اختلاف الاقويل بأن ظاهر النص في البيوع بإحلاف البائع قبل المشتري وظاهر النص في الصداق بإحلاف الزوج قبل الزوجة، والفرق بينهما أن تحالفهما في البيع برد المبيع إلى يد بائعه فبدئ بإحلافه، وتحالفهما في المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع، وهو بعد التحالف على ملكه فبدئ بإحلافه. وأما ما قاله الشافعي في الدعوى والبيئات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشتري جاز، وإن أداه اجتهاده إلى تقديم البائع جاز، لان تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد دون النص، فجاز أن يؤدي الاجتهاد إلى تقديم كل واحد منهما، وليس كاللعان الذى ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه فإذا ثبت أن يبدأ بيمين البائع على ما شرحنا من المذهب فهل تقديمه في اليمين من طريق الاولى إلى طريق الاستحقاق؟ على وجهين. أحدهما: أن تقديمه على طريق الاستحقاق، فإن قدم عليه المشتري لم يجر الا أن يؤدي اجتهاد الحاكم إلى ذلك.

[67]

والوجه الثانى: تقديمه على طريق الاولى، فإن قدم عليه المشتري جاز وان لم يؤده اجتهاده إليه ولما كان الحاكم منصوباً لاستيفاء الحقوق وقطع الخصام، ولانه مجتهد، يجب تسليم المبيع والتمن إليه حتى إذا قضى بينهما سلم المبيع اما إلى المشتري واما رده إلى بائعه وسلم الثمن اما إلى البائع واما رده إلى المشتري. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا فسح أو انفسخ فهل يفسخ ظاهراً وباطناً أم لا فيه ثلاثة أوجه، أحدها يفسخ ظاهراً وباطناً لانه فسح بالتحالف فوق ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان، ولانه فسح بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب. والثانى: أنه يفسخ في الظاهر دون الباطن، لان سبب الفسخ هو الجهل بالتمن، والتمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر، فلما اقتصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اقتص البطلان بالظاهر دون الباطن. والثالث: أنه ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لانه يمكنه أن يصدق المشتري، وبأخذ منه الثمن، ويسلم إليه المبيع، فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم، فلم يفسخ البيع، وان كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً، لانه تعذر عليه أخذ الثمن، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله، كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله. فإن قلنا: ان الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع إلى ملك البائع والى تصرفه. وان قلنا: ان الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرت، فإن كان البائع هو الظالم لم يجر له قبض المبيع والتصرف فيه، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع إليه، وان كان مظلوماً لم يجر له التصرف في المبيع بالوطن والهبة، لانه على ملك

المشترى، ولكن يستحق البايع الثمن في ذمة المشتري، ولا يقدر على أخذه منه فبيع من المبيع بقده، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئا من ماله.

[68]

(الشرح) العقد له ظاهر وهو الايجاب والقبول والتفاضل من الماديات الظاهرة أما الباطن فهو التقاء ارادة كل من المتبايعين، ووجود العلم بحقيقة النزاع ولكن في ضمير كل منهما. ومن هنا إذا انفسخ العقد بصورة مما أسلفنا فهل يفسخ ظاهرا وباطنا؟ أم ظاهرا فقط؟ على ثلاثة أوجه عند الشافعية، ووجهان عند أصحاب أحمد، ووجه عند أحمد. أولها: ينفذ الفسخ ظاهرا وباطنا بهذا التحالف، كفسخ النكاح باللعان. ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فوقع ظاهرا وباطنا وهو كالمعيب. أو فسخ عقد بالتحالف. وهذا الوجه هو ظاهر كلام أحمد بن حنبل. ثانيها: ينفذ الفسخ في الظاهر دون الباطن لان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن والتمن معلوم في ضميرهما مجهول في الظاهر. ولان انفساخ العقد سببه الجهالة بالثمن. ولان الجهالة قاصرة على الظاهر دون الباطن انحصر الانفساخ في ظاهر العقد واختص البطلان بالظاهر. وكان العقد في الباطن صحيحا. وكان القاضى الذي يحاسب المتبايعين على هذا التحالف والنزاع هو الله رب العالمين. وكأى عقد من العقود التى في ذمة المسلم واجبة الوفاء يكون للعقد طرفان ظاهران وطرف آخر في الباطن يعلمه الذى لا تخفى عليه خافية. ولقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وهو الذى يتولى جزاء الناكثين والناقضين بغير حق يسوغ لهم النقص. ولأنه لو أراد أحد طرفي النزاع أن يوافق الآخر على رأيه ويتنازل عن دعواه. فأنهما لا يفتقران إلى عقد جديد أو ايجاب وقبول آخرين. ومن هنا يتحرك العقد المنقذ من ضميرهما إلى تنفيذ وامضاء في الظاهر ولأنه يحرم عليه أمام الله التصرف في المبيع ان كان طالما لصاحبه. وهذا الوجه هو وجه عند أصحاب أحمد أيضا. قال أبو الخطاب من الحنابلة: ان كان البايع طالما لم يفسخ القدر في الباطن لانه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب. فان كان المشتري طالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البايع عن استيفاء حقه. فكان له الفسخ. كما لو أفلس المشتري.

[69]

قال الماوردي في الحاوي (1) في المجلد الخامس من النسخة الخطية بمصر، وهى ذات الاربعة والعشرين مجلدا بالخزانة العربية لا يفسخ العقد بنفس التحالف لان كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك لانهما ضدان، فعلى هذا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف؟ فيه وجهان (أحدهما) أن الفسخ يكون لكل واحد من المتبايعين، فأيهما فسخ صح اعتبارا بفسخ العيوب التى تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرها والوجه الثانى أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين، لانها عن اجتهاد، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم يفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بغير تحالفهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما،

كما يعرض على الثاني بعد تخير الاول، ثم يفسخه بينهما حينئذ، فلو تراضيا بعد تحالفهما صح البيع وهل يقع الفسخ ظاهرا أو باطنا؟ ويقع في الظاهر دون الباطن، على ثلاثة أوجه (أحدها) أن الفسخ قد وقع ظاهرا وباطنا، سواء كان البائع ظالما أو مظلوما، كالفسخ باللعان، وكالفسخ عند تحالف الزوجين في نكاح الولي. فإن ذلك يقع ظاهرا وباطنا، كذلك في البيع، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل في سائر أحواله وإن كانت جارية جاز أن يطأها والوجه الثالث: أن الفسخ يقع في الظاهر دون الباطن، سواء كان البائع ظالما أو مظلوما لانهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن لقوله صلى الله عليه وسلم " إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر " فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قيل له: إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله

(1) المجلد الخامس من النسخة الخطية بدار الكتب تحت رقم 82 فقه شافعي على أن هناك نسخة خطية أخرى تقع في أربعة عشر مجلدا تحت رقم 83 وهي غير كاملة.

[70]

أنك كاذب، وأن المشتري صادق، فليس لك أن تتصرف في المبيع بوجه لانه ملك لغيرك، وأنت غير ممنوع من ثمنه فإن تصرفت فيه كنت كمن تصرف في ملك غيره متعديا، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشتري كاذب فالمبيع للمشتري وأنت ممنوع من ثمنه فليس لك أن تطأه إن كان المبيع جارية وأن لا تهب، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه أو أي شيء من ماله فيتبع السلعة لتصل إلى حقه من ثمنها وفي المتولي لبيعها، والثاني تولاه الحاكم، فإذا بيعت فإن كان الثمن بقدر حقه فلك أخذ حقه، وإن كان أكثر من حقه فعليك رد الباقي، وإن كان الثمن أقل من حقه فالباقي دين لك في ذمة المشتري والوجه الثالث: ان كان البائع مظلوما والمشتري ظالما وقع الفسخ في الظاهر والباطن. وقد أشار إلى هذا الوجه أبو إسحاق المروري تعليقا بأن الملك للمشتري بالعقد، وان كان لم ينتقل ملكه. وان كان ظالما صار بالظلم مانعا من ثمنها فصار أسوأ حالا من الجنس الذي يزال ملكه بالاولى لتعذر الثمن. فكذلك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول إلى الثمن. فعلى هذا إن كان البائع مظلوما فقد وقع الفسخ ظاهرا وباطنا وجاز للبائع إذا عادت السلعة إليه أن يتصرف كيف شاء. اه قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري، تحالفا وفسخ البيع بينهما، لان التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب ان يثبت التحالف، فإذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب قيمته يوم التلف (والثاني) تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك. وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب، لان البائع لا يدعيه فلم يجب، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه، والمذهب الاول. لانه بالفسخ سقط اعتبار السلعة، فالقول قول المشتري لانه غارم. فكان

القول قوله كالغاصب، فإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيبا فرده واختلفا في الثمن. فقال البائع الثمن ألف، وقال المشتري الثمن ألفان فالقول قول البائع، لان البيع قد انفسخ، والمشتري مدع، والبائع منكر، فكان القول قوله (الشرح) إذا هلكت السلعة في يد المشتري واختلفا في الثمن تحالفا، ولا اعتبار باليد، إلا أن يكون تلفها قبل القبض. أما إذا كان تلفها بعد القبض وتلفت في يد المشتري فأبو حنيفة يرى أنه إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد لزوم العقد فالقول قول المشتري ولا تحالف لان تلف السلعة يمنع من التحالف ويوجب قبول قول المشتري لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة تحالفا أو ترادا. فشرط التحالف بقاء السلعة فاقضى عدم قيام التحالف مع تلف السلعة. قال ولانه فسح ثبت مع نقل المبيع، فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد بالعيب. قال ولانه تلف عن عقد صحيح فوجب أن يبقى عند الفسخ قال: إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد لزوم العقد، فهل يستمر العقد أو يفسخ؟ قال ولان المبيع أقبض وصار في يد المشتري فهو مضمون على مشتريه بالثمن، فلو جاز تحالفهما بعد الثمن لصار مضمونا عليه بالقيمة دون الثمن. وهذا مما يناهى ضمان العقد. ولنا أن الدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع نقل السلعة وتلفها ما روى في الخبر: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " وقد مر لنا بيان طريقه ودرجته وتقييد العمل به، وكل واحد من المتبايعين منكر ومدع، لان البائع يقول بعت بألف ولم أبع بخمسائة، ويقول المشتري عكس ذلك، فكل واحد منهما يجوز أن يقيم البينة والبينة إنما تسمع من المدعى دون المنكر، فدل على أن كل واحد منهما مدع منكر فوجب أن يتحالفا، لان التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب أن يثبت التحالف

ويدل على ذلك أيضا الحديث الذي رواه الشافعي وغيره عن ابن مسعود " إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار " ولم يفرق بين بقاء السلعة وتلفها. فإن قيل: فقد شرط بقاء السلعة في التحالف في الخبر الآخر، فصار هذا الاطلاق محمولا على ذلك التقييد، كما حملتم إطلاق العتق في كفارة الظهار على تقييد العتق في كفارة القتل، قيل: هذا ليس من المقيد الذي يحمل إطلاق جنسه عليه لان إطلاق خبر ربما يوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها فصار قوله: إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا مع استواء الحكم في قيامها وتلفها، قيل: يحتمل وجوها: أحدها: البينة على حكم التحالف مع التلف، لان بقاء السلعة يمكن معه اعتبار قيمتها، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه، ومع التلف لا يمكن فلما سقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة، كان وجوب التحالف مع تلفها أولى. والثاني: أنه نص على بقاء السلعة، إسقاطا لاعتبار اليد، بخلاف مالك، حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفهما مع زوال السلعة، لان تلفها قد يكون مكتملا للعقد - كان قبل القبض - وبقاؤها ليس يبطل العقد معه، فيتحالفا مع بقائها، ولا يتحالفا مع تلفها. فإن قيل: فلا

دلالة لكم في هذا الخبر لانه جعل القول قول البائع، وأنتم لا تقولون به، قيل قد جعل المشتري بعده بالخيار، ومن جعل القول قول البائع على الاطلاق لم يجعل للمشتري خيارا، وإذا ثبت خيار المشتري بعد يمين البائع فخياره في قبول السلعة بما حلف عليه البائع، أو يحلف بعده، ويفسخ البيع، وكذا نقول في تحالفهما. وإنما خص رسول الله صلى الله عليه وسلم البائع بالذكر لانه المبتدئ باليمين ويدل عليه المسألة من طريق المعنى أنه اختلاف في صفة عقد بيع صحيح فاقضى أن يوجب التحالف فإذا كانت السلعة قائمة، ولان ما يوجب فسخ العقد يستوى فيه الباقي والتالف كالاتحقاق، ولانه فسخ لا يفترق إلى تراضيهما. فإذا صح مع تراد الاعيان صح مع تراد القيم.

[73]

وإذا اشترى عبدا تجارية وتقايبضا ثم تلفت الجارية فوجد بالعبد عيبا فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها. وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بحديث ابن مسعود فقد مضى في معارضته الخبر الذي رواه الشافعي. وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب مما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالافوق فلم يفسخ، وليس كذلك في اختلافهما، لان كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف، فجاز أن يتحالف مع التلف، ولا وجه لقوله: إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ، كما لا تقبل ابتداء العقد. وإن إقالة العبد الأبق لا تصح ولا تقبل الإقالة، كما لا يقبل ابتداء العقد، لانه يقول فيمن ابتاع عبدا وقتل في يد البائع إن المشتري بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن، أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد، فقد جعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كذلك فيما جعلناه أصلا معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيبا أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية فجعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كما قبل التلف. وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فحكم الاصل غير مسلم فلم نسلم. وأما الجواب عن قولهم ان المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيبا لان الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذي هو الثمن، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن. ومقصد الفصل أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري تحالفا وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع ان كان متقوما، وان كان مثليا وجب على المشتري مثله. وهذا هو قول الشافعي، ومالك وأحمد في احدى روايتيهما " ومتى تعتبر قيمته، وهل يقوم من حين قبضه، أم يقوم من حين هلاكه ؟ وجهان.

[74]

أحدهما: يقوم، وتجب قيمته يوم التلف. وقد مر بيان ذلك في هلاك السلعة في البيع الفاسد. فإذا زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك خلافا لابي علي بن خيران بناء على قاعدة عدم إعطاء البائع ما ليس يدعيه وليس بمذهب. (مسألة) إذا كان الهلاك معنويا بأن وقف المشتري

المبيع أو أعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحه - كما سيأتي في
المكانة إن شاء الله تعالى - أو كان حسيًا كأن مات لزمه قيمته إن كان
متقومًا، وكثيرًا ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعًا، ولو تلف
بعضه رد الباقي وبذل التالف وهذه القيمة هي قيمة يوم التلف في أظهر
الاقوال كما رجحه الرملي في نهاية المحتاج، وإن كان المصنف رحمه الله
ذكر قولًا ثانيًا وهو وجوب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم
التلف. وموضوع الفسخ العين، والقيمة بدل عنها، ثم تعتبر عند فوات
أصلها، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الارش بأقل قيمتي العقد
والقبض، والنظر إليها هناك لا للغرم بل ليعرف منها الارش، وهنا المغروم
القيمة فكان اعتبار حالة الاتلاف أليق. قاله الرافعي. وجعل الرملي القول
الأول للمصنف قولًا ثانيًا عنده فقال: والثاني: قيمة يوم القبض لأنه يوم
دخوله في ضمانه. والثالث: أقل القيمتين يوم العقد والقبض. وجعل
الرملي القول الثاني للمصنف قولًا رابعًا فقال: والرابع: أقصى القيم من
يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم. إن تعيب -
أي أصابه عيب - رده مع أرشته وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون
على المشتري بالقيمة، فكان بعضه مضمونًا ببعضها. (مسألة) فرق بين
اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين ما لو باع عينا فردت عليه عيب وقد تلف
الثمن المتقوم بيد البائع فإنه يضمنه بالأقل من العقد إلى القبض بأن
سبب الفسخ هنا حلف البائع، فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف.

[75]

وتم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد، فتعين
النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض. (مسألة) وطئ الثيب ليس بعيب
فلا أرش له، وإن كان قد رهنه أي المبيع خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار
فكاكه، ولا ينافى ذلك ما ذكر في الصداق أنه لو طلقها قبل الوطئ وكان
الصداق مرهونًا، وقال: أنتظر الفكاك للرجوع فلها إجباره على قبول نصف
القيمة لما عليها من خطر الضمان، فقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة،
لأننا نقول: المطلقة قد حصل لها كسر بالطلاق، فناسب جبرها بإجابتها
بخلاف المشتري وذلك للرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر. وإن كان قد
أجره رجوع فيه مؤجرًا، ولا ينتزعه من يد المكثري حتى تنقضي المدة
والمسمى للمشتري، وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت
الفسخ إلى انقضاءها، ولو كان زكاة معجلة - وتعيب - فلا أرش أو جعله
المشتري مثلًا - صداقًا - وتعيب في يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر
فلا أرش فيه، ولو دبره المشتري لم يمنع رجوع البائع أخذاً مما ذكره
المصنف في الفليس على ما سيأتي من أنه لا يمنع فيه. قال في الحاوي:
إذا فسخ البيع وجب رد السلعة على بائعها سواء قيل: إن الفسخ قد وقع
ظاهرًا وباطنًا، أو قد وقع في الظاهر دون الباطن، فإن كانت السلعة تالفة
فلا يخلو حالها من أحد أمرين إما أن تكون مما لها مثل أو مما لا مثل لها،
فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها وفي اعتبار القيمة وجهان.
أحدهما: وقت التلف. والثاني: مما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت
التلف، فإن اختلفا في قدر القيمة فالقول قول المشتري مع يمينه اعتبارًا
بها في ذمته، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما
ادعاه واستحقاق المبيع، وإن كانت السلعة المبعة مما له مثل كالحنطة
والشعير ففيه وجهان. أحدهما: عليه رد مثله كالمغصوب. والثاني وهو
الأصح أن عليه غرم قيمته لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه
بالعوض دون المثل بخلاف العصب

قال: فأما ما أخذه المشتري من المبيع قبل الفسخ من غلة أو ثمرة أو نتاج فكله على ملك المشتري لا يلزمه رد شيء منه على البائع، لأنه كان مالكا حين استغله، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ. اهـ وإن تقايلا، وأعفى كل منهما صاحبه من التزامه، أخذ البائع سلعته وأخذ المشتري ثمنه، فإذا اختلفا في الثمن، فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري ألفان فالقول قول البائع، لأنه لا يربطهما عقد لانفساخ البيع، فيكون المشتري بمجرد فسخ البيع مدعيا عليه البينة، فإن أتى بالبينة كان القول قوله، فإن لم تكن له بينة كان القول قول البائع لأنه منكر بيمينه. ومثل ؟ ؟ ؟ ؟ ؟ ل الرد بالعيب، وذلك إذا اختلفا في الثمن، فإن العقد بمجرد الرد بالعيب يعد منسوخا وينسحب على كل منهما من الوصف ما ذكرناه في التقايل فالمشتري مدع عليه البينة والمشتري منكر. قال ابن قدامة رحمه الله: وإذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان. إحداهما: يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والآخرى قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر، وهذا قول النخعي والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث " والسلعة قائمة ". فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها، ولانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري، واستحقاق عشرة في ثمنها، واختلفا في عشرة زائدة، البائع يدعيها والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه، ففيما عداه يبقى على القياس. ووجه الرواية الأولى عموم قوله " إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع. والمشتري بالخيار ". وقال أحمد: ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هرون، قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي، لم يقولوا هذه الكلمة، ولكنها في حديث معن، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر، فيشرع اليمين كحال لقيام السلعة،

وما ذكره من المعنى يبطل بحال قيام السلعة، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها. وقولهم تركناه للحديث. قلنا ليس في الحديث تحالفا. وليس ذلك بثابت في شيء من الاخبار قال ابن المنذر. وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه. اهـ، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعديته بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه، بل يثبت الحكم بالبينة، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة، فمع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه، كما له ذلك في حال بقاء السلعة، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقايض تقاضا وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه، لأنه لا فائدة من يمين البائع ولا فسخ البيوع، لان الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له

اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة ويحتمل أن يشرع
لتحصيل الفائدة للمشتري، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة
مثلها موصوفا بصفاتهما، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع
يمينه لانه غارم، والقول قول الغارم وأن تقابلا المبيع أو رد بعبء بعد قبض
البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه
المشتري بعد انفساخ العقد، فأشبه ما لو اختلفا في القبض. قال المصنف
رحمه الله تعالى: (فصل) وان مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لانه
يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى
المال، وان كان البيع بين وكيلين

[78]

واختلفا في الثمن، ففيه وجهان (أحدهما) يتحالفان لانهما عاقدان فتحالفوا
لمالكين (والثاني) لا يتحالفان لان اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما
فيرجع. والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه
(الشرح) اعلم أن هذا الفصل يتضمن ما يقع من الاختلاف بين من يحل محل
المتبايعين والحال محل المتبايعين أما أن يكون وارثا وأما أن يكون وكيلًا
وفى هذه الحال يقوم الوارث مقام الموروث قولًا واحداً أما الوكيلان
فوجهان (أحدهما) يتحالفان كالمالكين والوارثين (والثاني) لا يتحالفان
لعدم وقوع الظلم من أحدهما للآخر وقد يموت أحد المتبايعين وله وكيل
فيحرق عليه الوجهان، أو وارث فهو حال محل الموروث في الظلامة
والتحالف، فكما أن الوارث يأخذ مال موروثه فله أن يأخذ ما عساه يكون
حقا له، ويلزمه ما عساه يصير لازما عليه قال المصنف رحمه الله: (فصل)
وان اختلفا المتبايعان في قدر المبيع تحالفا لما ذكرنا في الثمن. وان
اختلفا في عين المبيع بأن قال البائع " بعثك هذا العبد بألف. وقال
المشتري بل اشتريت هذه الجارية بألف " ففيه وجهان (أحدهما) يتحالفان
لان كل واحد منهما يدعى عقدا يتكره الآخر، فأشبه إذا اختلفا في قدر
المبيع (والثاني) أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية
ويحلف المشتري أنه ما اشتري العبد. وهو اختيار أبي حامد الاسفرايني
رحمه الله، لانهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية، فكان القول
فيه قول من ينكر كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً والآخر جارية من
غير عقد، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن،
فإن كان العبد في يده أقر في يده، وان كان في يد البائع ففيه وجهان
(أحدهما) يجبر المشتري على قبضه، لان البينة قد شهدت له بالملك
(والثاني) لا يجبر لان البينة شهدت له بما لا يدعيه، فلم يسلم إليه، فعلى
هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه

[79]

(فصل) وإن اختلفا في شرط الخيار أو الاجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا
لما ذكرناه في الثمن، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان، بناء
على القولين في شرط الخيار في الكفالة. أحدهما: أن القول قول من
يدعى الصحة، لان الاصل عدم ما يفسد. والثاني: أن القول قول من يدعى
الفساد، لان الاصل عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك، فإن

اختلفا في الصرف بعد التفريق، فقال أحدهما: تفرقنا قبل القبض، وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض، ففيه وجهان، أحدهما أن القول قول من يدعى التفريق قبل القبض، لأن الاصل عدم القبض، والثاني أن القول قول من يدعى التفريق بعد القبض، لأن الاصل صحة العقد، وإن اختلفا بعد التفريق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض، وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان. أحدهما أن القول قول من يدعى التراضي، لأن الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد، والثاني أن القول قول من يدعى الفسخ لأن الاصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف، فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث عندك، فالقول قول البائع، لأن الاصل عدم العيب فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع، وقال البائع: الذي بعته غير هذا فالقول قول البائع لأن الاصل سلامة المبيع، وبقاء العقد، فكان القول قوله، فإن اشترى عيبين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان، أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع. لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذي يقر به كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن. فإن القول قول المشتري، لأنه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به، والثاني. أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله فإن باعه عشرة أقفرة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان. أحدهما: أن القول قول المشتري، لأن الاصل أنه لم يقبض جميعه.

[80]

والثاني: أن القول قول البائع، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفى جميعه فجعل القول قول البائع. (الشرح) اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين، أحدهما أن يختلفا في أصل العقد، والثاني في صفته، فإن كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائع بعته هذا الشيء بألف فيقول الآخر ما اشتريت، أو يقول المشتري: اشتريت منك هذا الشيء بألف، ويقول المالك: ما بعته، فالقول قول منكر العقد مع يمينه بائعا كان أو مشتريا إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ولا تحالف بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم " البينة على من ادعى ". وإن كان اختلافهما في صفة العقد، كاختلافهما في قدر الثمن أو صفته أو في قدر المثلن أو في صفته. والضرب الثاني أن يكون اختلافهما مما قد يخلو من العقد كاختلافهما في الاجل وفي قدره أو في الخيار أو في قدره أو في الرهن أو في التمييز أو في عينه. فأما الضرب الاول وهو أن يكون اختلافهما مما يكون يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته فقد مر تفصيل ذلك في الفصول السابقة، وأما ما يكون من اختلاف في قدر المثلن أو صفته، فالاختلاف في صفة المثلن أن يقول البائع، بعته عبدا، ويقول المشتري. بل جارية، فإن كان اختلافهما فيما ذكرنا وشبهه فقد اختلف الفقهاء في العقد على خمسة مذاهب قد جئنا عليها في الفصول السابقة قال في نهاية المحتاج ما حاصله: وإن اختلفا في الاجل بأن أثبتة المشتري ونفاه البائع، أو قدره كشهرا أو شهرين، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة مثلا بدرهم، فيقول. بل مدين به ولا بينة لآحدهما يعول عليها، فشميل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لاطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لكونهما أرحتا بتاريخين متفقين تحالفا لخبر مسلم " اليمين على المدعى عليه " ولا يشكل الخبران المتقدمان لأنه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهى حلف

المشتري أيضا فأخذنا بها وشمل كلامه ما لو وقع الاختلاف في زمن الخيار فيتخالفان، وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنسائي والاذرعي

[81]

وغيرهم، وقد قال الشافعي والاصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوارها في حق الرقيق، وفي القراض والجمالة مع جوارهما من الجهتين، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كابن المقرئ في بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ في زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق. والاختلاف في الاجل أو الرهن أو في قدرهما أو في شرط الخيار أو غير ذلك من الشروط لصحة ففيها للفقهاء طريقان. أحدهما: وهو قول الشافعي يتخالفان، لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن. والثاني: القول قول من ينفي ذلك مع يمينه، وهو أبي حنيفة، لان الاصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كأصل العقد لانه منكر، والقول قول المنكر، فإن اختلفا في شرط يفسد العقد فقال: بعثك بخمر، أو خيار مجهول، فقال: بعثني بنقد معلوم أو خيار ثلاث، فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه، لان ظهور تعاطى المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد، وإن قال بعثك مكرها، فأنكره فالقول قول المشتري، لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع، وإن قال بعثك وأنا صبي فالقول قول المشتري، كل ذلك قول الشافعي وأحمد والثوري وإسحاق، إلا أن الشافعي يسوى بين المسلم والكافر في تعاطى الصحة. قالوا: لان المتبايعين اتفقا على أصل العقد، واختلفا فيما يفسده، فكان القول قول مدعى الصحة. ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لانه الاصل. وهو قول بعض اصحاب الشافعي، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين: أحدهما: أن الاصل عدمه، وههنا الاصل بقاءه. والثاني: أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح، وها هنا ما ثبت أنه كان مكلفا، وإن قال. بعثك وأنا مجنون. فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري. لان الاصل عدمه. وإن ثبت أنه كان مجنونا فهو لصبي.

[82]

قال شمس الدين الرملي: ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود وادعى الآخر فساده لانتفاء ركن، أو شرط على المعتمد، كان ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما في فتاوى الشيخ، فالاصح تصديق مدعى الصحة بيمينه غالبا، مسلما كان أو كافرا، لان الظاهر في العقود الصحة، وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد في الجملة. ومن غير الغالب ما لو باع ذراعا من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع، وادعى المشتري شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضا لان ذلك لا يعلم إلا من جهته، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضا لانه الغالب، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن، أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضا كما ذكره الرويانى. ثم قال: وأما كلام الاصحاب في الجنایات والطلاق فليس من الاختلاف في صحة العقد

وفساده، وفارق ما ذكرناه ما سيأتي في الضمان بأن المعاوضات بحتاط فيها غالباً، والظاهر أنها تقع بشروطها وفي البيان للعمرائي: لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه، ويؤخذ من ذلك أن من وهب في مرضه شيئاً فادعت ورثته غيبة عقله حال الهبة لم يقبلوا إلا إن علم له غيبة قبل الهبة وادعوا استمرارها إليها وحزم بعضهم بأنه لا بد في البينة بغيبة العقل - إن تبين ما غاب به - أي لثلاث تكون غيبته بما يؤاخذ به كسكر تعدى به، وما لو قال المرتهن: أدنت في البيع بشرط رهن الثمن. وقال الراهن بل مطلقاً، فالمصدق المرتهن، كما قاله الزركشي وغيره. وهو كما قال، ولكن ليس هذا مما نحن فيه، لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائيهما ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك صدق بيمينه، ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض صدق بيمينه، ولو صبه في ظرف المشتري فظهرت فيه فأرة فادعى كل أنها من عند الآخر صدق البائع لدعواه الصحة، ولأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن، والأصل أيضاً براءة البائع كما في نظيره من السلم إذا اختلفا

[83]

هل قبض المسلم إليه رأس المال قبل التفرق أو بعده؟ فلو أقاما في المسئلين بنتين قدمت بينة مدعى الصحة. وقول ابن أبي عصرون إن كان مال كل بيده حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود. وقال الرملي: ولو اشترى عبداً مثلاً معيناً وقبضه فجاء بعد معيب ليرده فقال البائع " ليس هذا المبيع " صدق البائع بيمينه، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد، وفي مثله في المبيع في الذمة والسلم بأن قبض المشتري أو المسلم المدفوع عما في الذمة ثم أحضر معيباً ليرده، فقال البائع أو المسلم إليه ليس هذا المقبوض يصدق المشتري والمسلم بيمينه في الأصح أنه المقبوض عملاً بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم إليه إلى وجود قبض صحيح، ويجرى ذلك في الثمن، فيحلف المشتري في المعين، والبائع فيما في الذمة، ومقابل الأصح يصدق المسلم إليه كالبيع ولو قبض المبيع مثلاً بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله في الكيل أو الوزن عادة صدق بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولانهما اتفقا على القبض والقابض يدعى الخطأ فعليه البينة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة، ولو باع شيئاً فظهر كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف، كان قال الابن " باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعدياً " وقال الموكل " باع وكيلي مالي متعدياً " وقال المشتري " لم يتعد الولي ولا الوكيل " صدق المشتري بيمينه، لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة. انتهى أما لغات الفصل فالشقص القطعة من الأرض والطائفة من الشيء. قوله فإن باعه عشرة أقدرة من صبرة فالقفيز مكيال. قال في الصحاح هو ثمانية مكايك والجمع أقدرة وقفران، قال والمكوك مكيال هو ثلاث كيلجات. والكيلجة منا وسبعة أثمان منا، والمنا رطلان، ويمكن بهذا أن نعرف أن الكيلجة هي الكيلو بلغة العصر فيكون القفيز أربعة وعشرين كيلو جراماً تقريباً بالوزن، وقد مر في قاعدة مدعجوة أن الوزن مقدم على الكيل لأنه أدق وأعدل إلا ما كان أطراد الكيل فيه لخفته تجعله غير صالح للوزن، فينطبق عليه قاعدة الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن.

قال الشافعي في باب جماع السلف في الوزن: والميزان مخالف للمكيال في بعض معانيه والميزان أقرب من الاحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال، لان ما يتجافى ولم يتجاف في الميزان سواء: لانه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه، والمتجافى في المكيال يتباين تبايناً بينا فليس في شيء مما يوزن اختلاف في الوزن، ثم قال الشافعي: فإن قال قائل: كيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم؟ قلنا: الله أعلم، أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه، فأما ما قل منه فيباع كيلاً والجملة الكثيرة تباع وزناً، ودلالة الاخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه. قال عمر رضى الله عنه لا أكل سمنا ما دام يباع بالواقى، وتشبه الاواقى أن تكون كيلاً. اه قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال. فيه ثلاثة أقوال. أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة، لان التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لاحدهما على الآخر دراهم، وللآخر عليه دنائير. والثاني لا يجبر واحد منهما، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه، لان على كل واحد منهما حقاً في مقابلة حق له، فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل. والثالث. أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري وهو الصحيح، لان حق المشتري متعلق بعين، وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجنابة مع غيرها من الديون، ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع، ومن أصحابنا من قال. المسألة على قول واحد، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه، وما سواه من الاقوال ذكره الشافعي عن غيره، ولم يختره، فعلى هذا ينظر فيه

فان كان المشتري موسراً نظرت، فان كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال وإن كان في داره أو مكانه حجر عليه في المبيع، وفي سائر أمواله، إلى أن يدفع الثمن لانه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه، فيضر بالبائع. وان كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة للبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله، لان عليه ضرراً في تأخير الثمن، فجاز له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس المشتري، وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان. أحدهما ليس له أن يختار عين ماله، لانه في حكم الحاضر. والثاني له أن يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد، وان كان المشتري معسراً ففيه وجهان. أحدهما. تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها، والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لانه تعذر الثمن بالاعسار. فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وان كان الثمن معيناً ففيه قولان. أحدهما يجبران. والثاني لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض. (الشرح) في هذا الفصل بيان حكم اختلافهما عند البيع بثمن في الذمة فيه ثلاثة أقوال

عند المصنف (أصحابها) يجبر البائع على تسليم السلعة ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن. وذلك أنهما ان تمانعا أجبر الحاكم كل واحد منهما على احضار ما عليه من مبيع أو ثمن ثم ينصب عليهما أمينا عدلا يأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده إليه. حتى إذا صار الجميع معه سلم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع. قال الماوردي. وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القداح. وقال أبو إسحاق المروزي. يجعل هذا والقول الاول واحدا. وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل. وامتنع سائر أصحابنا ممن جعلهما واحدا، وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه. قلت: والقول الاول الذي أراد أبو إسحاق المروزي مزجه بقول سعيد بن سالم القداح هو قول المصنف. أحدها يجبر البائع على تسليم المبيع والمشتري على تسليم الثمن ثم أعطى كل

[86]

واحد منهما ماله دفعة واحدة في لحظة واحدة لتساوي الوجوب في التسليم وعدم اختصاص أحدهما بقدر أكثر من الاذعان من صاحبه، وامتنع أكثر الاصحاب من جعلهما قولا واحدا لما يأتي: (أولا) لان حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصف المشتري في المبيع (ثانيا) إن الدفع والتسليم في القول الاول إلى الحاكم وكان بحكمه، وها هنا الحكم منه في ذمة الامين والامر بالتسليم منه ومن هنا كان قول المصنف: من الاصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال يذكرنا بقول الماوردي فيه أربعة أقوال. ذلك القول الرابع هو تعيين الامين العدل. وهذا القول وإن كان قولا رابعا عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة فيما إذا كان عرضا بعرض أو عينا بعين. قال ابن قدامة في المغنى: وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن. وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن، فإن كان عينا أو عرضا بعرض جعل بينهما عدل، فيقبض منهما ثم يسلم اليهما، وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق، وهو قول ثان للشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لان البائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن. ثم قال رأيه الذي يدل على موافقته لما ذهبنا إليه من تساوي المبيع، سواء أكان الثمن عينا أم نقدا فقال ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده. ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة، ويخالف

[87]

الرهن فإنه لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن، والتسليم ها هنا يتعلق به مصلحة عقد البيع. وأما إذا كان الثمن عينا فقد تعلق الحق بعينه أيضا

كالمبيع فاستويا. وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه. اه قوله " وما سواه من الاقوال " ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره، فعلى هذا ينظر فيه. (قلت) الذي في المزمي يدل على اختيار الشافعي لهذا الرأي وتعبيره بكلمة (أحب الشافعي من أقاويل) قال المزمي في باب اختلاف المتبايعين " وإذا قال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض " " ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن البائع يدفع السلعة ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة، فإذا دفع أطلق عنه الوقف، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس، والبائع أحق بسلعته، ولا يدع الناس يتمنعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم " قوله " وإن كان غائبا " قال الماوردي: وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة، فهذا في حكم الحاضر، وينتظر له حضور ماله بعد الحجر عليه في المبيع وسائر ماله، فإذا حضر الثمن فك حجره وأطلق تصرفه (والثاني) أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله لبعده عنه، وأنه في حكم المعسر. (والثالث) أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين. (أحدهما) ينتظر حضور ماله، كما لو كانت على أقل من يوم وليلة، ويجزر عليه في المبيع حتى يحضر الثمن (والوجه الثاني) لا ينتظر لبعده المسافة، وأنها في حكم ما زاد على الثلاث، فعلى هذا ما الذي يستحقه البائع إذا لم ينتظر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع

[88]

بغير ماله وبين أن يصير بالثمن في ذمة المشتري إلى حين وجوده (والوجه الثاني) أن حكم المفلس منفي عنه لوجود المال، وإن بعد منه، ولكن تباع السلعة المبعة ليصل البائع إلى حقه منها، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه. وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشتري. وإن بيعت بأقل كان الباقي ديناً للبائع في ذمة المشتري. (قلت) فإن هرب المشتري ولم يكن له مال فسخ البيع لانه إذا جاز فسخه مع حضوره للاعسار ففي هربه أولى. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن باع من رجل عينا فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر البائع على تسليم شيء من البيع، لانه محبوس بدين، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن (والثاني) أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لان كل واحد منهما عوض عن الآخر، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابله، وبخالف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين، وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لانه أحضر جميع ما عليه من الثمن، فوجب تسليم ما في مقابله من المبيع، كما لو اشترى عينا وأحضر ثمنها. والله أعلم (الشرح) هذا الفصل يبنى على أن العقد إذا لزم في الصفقة كلها كان بعض ما أداه المشتري من ثمنها غير مسوغ لتجزئ المبيع بقدر ما أدى المشتري فلا يجبر على تسليم ما يقابله أم يجبر على تسليم ما يساوي ما أداه المشتري؟ فيقع الثمن منجماً والمبيع منجماً: وذلك لمخالفته الرهن، لانه إذا احتجز الصفقة عنده كلها في مقابلة ما بقي من الثمن فقد أشبه الرهن (قلت) إذا ترتب على تجزئ الصفقة تلف باقيها أو نقصه نقصاً يخس بثمنها كما لو أدى بعض الثمن من كتاب له

أجزاء مطبوعة فإذا أخذ ما يساوى ما أداه من الثمن من أجزاء ترتب على ذلك خرم الكتاب عند البائع لم يجبر البائع على تسليم بعض الكتاب وجاز له حبسه حتى يستوفى الثمن كله. والله أعلم

[89]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل أما أن يكون ثمرة أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرت، فإن كان تلفه بأفة سماوية انفسخ البيع، لانه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبدا فذهبت يده بأكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن، وإن اختار الامساك أمسك بجميع الثمن، لأن الثمن لا ينقسم على الاعضاء فلم يسقط بتلفها شئ من الثمن، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان. (أحدهما) أنه ينفسخ البيع لانه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو تلف بأفة سماوية. (والثاني) أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض، فإن كان عبدا فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته فإن أتلفه البائع ففيه طريقان. قال أبو العباس فيه قولان كالأجنبي. وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولا واحدا لانه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضمونا عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمه بالقيمة، فإن كان عبدا فقطع البائع يده ففيه وجهان. قال أبو العباس " المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ويرجع بالثمن وإن شاء أجاز ورجع على البائع بنصف القيمة " وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجاز له ولا شئ له لانه جزء من المبيع فلا يضمه البائع بالقيمة قبل القبض، كما لو ذهب بأكلة فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأن الائلاف كالقبض، ولهذا لو أعتقه جعل اعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه، فإن كان عبدا فقطع يده لم يجر له أن يفسخ لانه نقص بفعله، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على

[90]

المشتري بأرش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن كانت على الشجر نظرت فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان (أحدهما) أنها تتلف من ضمان المشتري، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما ينقل (والثاني) أنها تتلف من ضمان البائع، لما روى جابر رضى الله عنه إن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن بعث من أخيك تمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق "

وروى جابر أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم " أمر بوضع الجوائح " فان قلنا بهذا فاختلغا في الهالك فقال البائع الثلث، وقال المشتري النصف، فالقول قول البائع، لان الاصل عدم الهلاك، وإن بلغت الثمار وقت الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري، لانه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها، والله أعلم (الشرح) حديث جابر الاول رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. وحديث جابر الثاني رواه الشافعي في الام. قال سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرا في طول مجالستي له، لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه " أمر بوضع الجوائح لا يزيد على أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين. ثم زاد بعد ذلك " وأمر بوضع الجوائح " قال الشافعي، قال سفيان: وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاما قبل وضع الجوائح لا أحفظه، فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لاني لا أدري كيف كان الكلام. وفي الحديث أمر بوضع الجوائح. أخبرنا سفيان عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله " قلت " وحديث " أمر بوضع الجوائح " رواه مسلم وأحمد والنسائي وأبو داود. وروى عن أنس وعائشة، وقد مر في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. قال الربيع، أخبرنا الشافعي قال أخبرنا مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة أنه سمعها تقول: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان

[91]

رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وأقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع عنه فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا، فسمع بذلك رب المال، فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله " هو له " أما لغات الفصل فالآفة العاهة، وقد إيف الزرع بالبناء للمجهول أي أصابته آفة فهو مئوف على وزن مقول ومعوف، والجوائح جمع جائحة، وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها. يقال حاجهم الدهر واجتاحهم بتقديم الجيم على الحاء فيها إذا أصابهم بمكروه عظيم والأكلة أما الاحكام فقال الشافعي، قال سفيان في حديثه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم في وضع الجوائح: ما حكيت فقد يجوز أن يكون الكلام الذي لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلاح على النصف. وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعا حضا على الخير لا حتما، وما أشبه ذلك ثم قال الشافعي وحديث مالك عن عمرة مرسل. وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلا، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه - والله تعالى أعلم - دلالة على أن لا توضع الجائحة لقولها " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا " ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال (قال) ولو لم يكن سفيان وهن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه، فأما أن يوضع الثلث فصاعدا ولا بوضع ما دون الثلث فهذا لا خير ولا قياس ولا معقول. فان قال قائل: فما منعك أن تجعل ثمرة النخل قياسا على ما وصفت من كراء الارض، وأنت تجيز بيع ثمر النخل فيترك إلى غاية في نخله كما تجيز أن يقبض الدار ويسكنها إلى مدة.

قال: فقيل له: إن شاء الله الدار تكثرى سنة ثم تهدم من قبل تمام السنة مخالفة للثمرة تقبض من قبل أن سكنها ليس بعين ترى إنما هي بمدة تأتي، فكل يوم منها يمضى بما فيه وهى بيد المكترى يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها والثمرة إذا ابتعت وقبضت وكلها فى يد المشتري يقدر على أن يأخذها كلها من ساعته، ويكون ذلك له، وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غايه يكون له فيها أخذه قبلها وقد يكون رطباً يمكنه أخذه وبيعه وتبيسه، فيتركه ليأخذه يوماً بيوم رطباً ليكون أكثر قيمة إذا فرقه فى الأيام وأدوم لاهله فلو زعمت أنى أضع الجائحة بعد أن يربط الحائط كله أو أكثره ويمكن فيه أن يقطع كله فيباع رطباً، وإن كان ذلك أنقص لمالك الرطب أو ببس تمر، وإن كان ذلك أنقص على مالكة زعمت أنى أضع عنه الجائحة وهى تمر، وقد ترك قطعه وتمييزه فى وقت يمكنه فيه إجراره. ثم قال: وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير حناية آدمى. ثم قال الشافعى: وكان سببها أن يكون جملة القول فيه أن يكون الثمر المبيع فى شجره المدفوع إلى مبتاعه من ضمان البائع حتى يستوفى المشتري ما اشترى منه لا يبرأ البائع من شئ منه حتى يأخذه المشتري أو يؤخذ بأمره من شجره، كما يكون من ابتاع طعاماً فى بيت أو سفينة كله على كيل معلوم، فما استوفى المشتري برئ منه البائع، وما لم يستوف حتى يسرق أو تصيبه آفة فهو من مال البائع، وما أصابه من عيب فالمشتري بالخيار فى أخذه أو رده وجعل الشافعى المشتري مسئولاً عن المبتاع إذا كان مسلطاً عليه مسيطراً على المبيع، وليس على البائع من الضمان شئ ما دام يملك أخذها وقطعها وبقائها فلو تلفت - فى يد البائع بأفة سماوية - فلا ضمان على البائع، لان المشتري مقصر فى قبضها، وفى الابواب السابقة من البيوع مزيد تفصيل فليرجع إليها.

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب السلم السلم جائز لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أجله الله فى كتابه وأذن فيه فقال " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ". (فصل) ولا يصح السلم الا من مطلق التصرف فى المال لانه عقد على مال فلا يصح الا من جائز التصرف كالبيع: قال الشافعى رحمه الله: ويصح السلم من الاعمى. قال المزني رحمه الله أعلم من نطقه أنه أراد الاعمى الذى عرف الصفات قبل أن يعمى. قال أبو العباس هذا الذى قاله المزني حسن، فأما الاكمه الذى لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لانه يعقد على مجهول ويبيع المجهول لا يصح، وقال أبو إسحاق يصح السلم من الاعمى وإن كان أكمه لانه يعرف الصفات بالسماع (الشرح) قال الشافعى رحمه الله فى باب السلم والمراد به السلم: قال الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل " إلى قوله " وليتق الله ربه " قال الشافعى: فلما أمر الله عزوجل بالكتاب ثم رخص فى الاشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً، احتتمل أن يكون فرضاً وأن يكون دلالة، فلما قال الله جل ثناؤه: فرهان مقبوضة والرهن غير الكتاب

والشهادة، ثم قال " فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه " دل كتاب الله عزوجل على أن أمره بالكتاب ثم الشهود ثم الرهن إرشادا لا فرضا عليهم، لان قوله " فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته " إباحة لان يأمن بعضهم بعضا، فيدع الكتاب والشهود والرهن، قال: وأحب الكتاب والشهود لانه إرشاد من الله ونظر للبائع والمشتري، وذلك أنهما ان كانا أمينين فقد يموتان أو أحدهما، فلا يعرف حق البائع على المشتري فيتلف على البائع أو ورثته حقه، وتكون التباعة على المشتري

[94]

في أمر لم يردده، وقد يتغير عقل المشتري فيكون هذا والبائع، وقد يغلط المشتري فلا يقر فيدخل في الظلم من حيث لا يعلم ويصيب ذلك البائع فيدعى ما ليس له فيكون الكتاب والشهادة قاطعا هذا عنهما وعن ورثتهما، ولم يكن يدخله ما وصفت انبغى لاهل دين الله اختيار ما نديهم الله إليه إرشادا، ومن تركه فقد ترك حزما وأمرأ لم أحب تركه من غير أن أزعم أنه محرم عليه بما وصفت من الآية بعده. قال الشافعي: قال الله عزوجل " ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله " يحتمل أن يكون حتما على من دعى للكتاب، فإن تركه تارك كان عاصيا، ويحتمل أن يكون كما وصفنا في كتاب جماع العلم: على من حضر من الكتاب أن لا يعطلوا كتاب حق بين رجلين، فإذا قام به واحد أجزأ عنهم، كما حق عليهم أن يصلوا على الجنائز ويدفنونها فإذا قام بها من يكفيها أخرج ذلك من تخلف عنها من المائم ولو ترك كل من حضر من الكتاب خفت أن يأنموا، بل كأنى لا أراهم يخرجون من المائم، وأبهم قام به أجزأ عنهم وهذا أشبه معانيه به والله تعالى أعلم. أما حديث ابن عباس فقد قال الشافعي: أخبرنا سفيان عن أيوب عن قيادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: أشهد إلى آخر ما أورده المصنف هكذا موقوفا على ابن عباس ورواه سعيد بن منصور أيضا هكذا أما لغات الفصل: فان السلم بفتحين هو الاستسلام، وسلم إليه الشئ بتشديد اللام تسليما فتسلمه أي أخذه. والتسليم بذل الرضا بالحكم. والتسليم أيضا السلام وأسلم في الطعام أسلف فيه، والتسالم التصالح، ولمادة السنين واللام والميم معانيها الكثيرة من السلامة والسلامى والسلم واستلام الحجر ما مكانه معاجم اللغة. وقال الماوردي: السلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، والاكمه هو الذى يولد أعمى. وفى الاصطلاح الفقهي: السلم أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلما وسلفا وهذا السلف يهمز ويجرد فيقال: أسلف وسلف، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع.

[95]

أما الكتاب فقد ذكرناه والمصنف من آية الدين ولفظها يصلح للسلم ويشمله بعمومه. وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم ". وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال " أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن

بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى فسألتهما عن السلف ؟ فقالا كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت: أكان لهم ؟ أم لم يكن لهم زرع ؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك ". وفي رواية عند الترمذي والنسائي وابن ماجه " كنا نسلف على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر في الحنطة والشعير والزيت والتمر وما نراه عندهم " عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره " رواه أبو داود وابن ماجه. وعن ابن عمر رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أسلم شيئاً فلا يشترط على صاحبه غير قضائه " وفي لفظ " من أسلف في شئ فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله " رواهما الدارقطني، وفي إسناده عطية العوفى، قال ابن المنذر لا يحتج بحديثه وهو وارد في عموم السلم متابع لهذا العموم. وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، قلت: وخالف سعيد بن المسيب في جوازه. وقد اتفق الأئمة - ما عدا ابن المسيب - على أن السلم يصح بسنة شروط أن يكون في جنس معلوم، بصفة معلومة ويقدر معلوم وبأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحملة مؤونة لكن أبا حنيفة يسمي هذا التابع شرطاً وباقي الأئمة يسمونه لازماً. قوله لا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع، أي أنه لا يصح إسلام الكافر

[96]

في الرقيق المسلم كما سبق في سرح المجموع للنووي ورد النووي على الماوردي في تصحيحه له وتبعه السبكي، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر في البيوع ومثل ذلك كل ما يمتنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم في السلاح من الحربى. أما صحة السلم من الاعمى الذى يعرف الصفات إذا كان عماء مسبوفاً بإبصار أو كان أكمه يعرف الصفات بكثرة السماع فإنه إذا كان الامر كذلك، فان بيان ذلك ما يأتي: إذا عرفنا أن التنازع والاختلاف يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الابصار فلان يقع في السلم أولى، ولان يقع التنازع مع فقدان البصر أيسر، وأيسر منه وقوعه مع الاكمه. ولذلك استشكل بعض فقهاء الشافعية صحة السلم من الاعمى واتفقوا على أنه إذا صح سلمه فانه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله، ويرد اشكال آخر وهو اشتراط معرفة المتعاقدين الصفات، ويمنع هذا الاشكال بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه التصور، والاعمى يتصورها كذلك، وينبغى لاشتراط صحة العقد وجوه عدلين بمحل التسليم أو أكثر، ويكتب العقد بلغة يفهمها العاقدان وعدلان ثم يقع الختم به بعد كل ذلك، ليكون مناطاً عند التنازع وليست الكتابة واجبة في قول الشافعي، وانما هي اذعان مباح لقوله تعالى " فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل " وقوله تعالى " وأشهدوا إذا تباعتم ". ونعود إلى آية الدين فنقول عما تناولته من أحكام مستندين إلى تفصيل السنة لما أجملته فنقول: في هذه الآية اثنتان وأربعون مسألة. الاولى: قال سعيد بن المسيب. بلغني أن أحدث القرآن بالعرش آية الدين. وقال ابن عباس. هذه الآية نزلت في السلم خاصة. قال القرطبي. معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية، وقد استدل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل في القروض على ما قال مالك إذا لم يفصل بين القرض وسائر العقود في المدائنات، وخالف في ذلك الشافعية. وقالوا: الآية ليس فيها جواز التأجيل في سائر الديون وانما

فيها الامر بالاشهاد إذا كان دينا مؤجلا، ثم يعلم جواز التأجيل في الدين
وامتناعه بدلالة أخرى.

[97]

(الثانية) قوله تعالى " بدين " للتأكيد، وحقيقة الدين عبارة عن معاملة كان
أحد العوضين فيها نقدا والآخر في الذمة نسيئة. وقد بين الله هذا المعنى
بقوله " إلى أجل مسمى " (الثالثة) قوله تعالى " إلى أجل مسمى " قال
ابن المنذر: دل قوله تعالى على أن السلم إلى الاجل المجهول غير جائز
(الرابعة) حد العلماء السلم فقالوا هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة
بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم (الخامسة) السلم
والسلف عبارتان عن معنى واحد، والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى
من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك، فإن صاحب رأس
المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل
إبانها لينفقه عليها، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه
الفقهاء بيع المحاويج، فإن جاز حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه
المصلحة، ولم يكن لاستثناء ما ليس عندك فائدة. (السادسة) شروط السلم
المنفق عليها والمختلف فيها وهي تسعة، ستة في المسلم فيه وثلاثة في
رأس مال السلم. أما الستة التي في المسلم فيه، فإن يكون في الذمة،
وأن يكون موصوفا، وأن يكون مقدرا، وأن يكون مؤجلا، وأن يكون الاجل
معلوما، وأن يكون موجودا عند محل الاجل وأما الثلاثة التي في رأس مال
السلم فإن يكون معلوم الجنس مقدرا نقدا. وهذه الشروط الثلاثة منفق
عليها إلا النقد فخالف فيه المالكية قال ابن العربي في أحكام القرآن: وأما
الشرط الاول وهو أن يكون في الذمة فلا إشكال في أن المقصود منه كونه
في الذمة لانه مداينة. ولولا ذلك لم يشرع فينا ولا قصد الناس إليه ربحا
ورفقا، وعلى ذلك اتفق الناس. بيد ان مالكا قال لا يجوز السلم في العين
إلا بشرطين (أحدهما) أن يكون قرية مأمونة (والثاني) أن يشرع في أخذه
كاللبن من الشاة والرطب من النخلة، ولم يقل ذلك أحد سواه وهاتان
المسئلتان صحيحتان في الدليل لان التعيين امتنع في السلم مخافة
المزابنة والغرر لثلا يتعذر عند المحل

[98]

(السابعة) ليس من شرط السلم أن يكون المسلم إليه مالكا للمسلم فيه
لما رواه البخاري عن محمد بن المجالد قال: بعثنى عبد الله بن شداد وأبو
بردة إلى عبد الله ابن أبي أوفى - إلى قوله (قلت) إلى من كان أصله عنده ؟
قال: ما كنا نسألهم عن ذلك. ثم بعثنى إلى عبد الرحمن بن أبزي فسألته
فقال: كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يسلفون على عهد النبي
صلى الله عليه وسلم ولم نسألهم ألهم حرث أم لا ؟ وشرط أبو حنيفة
وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الاجل، مخافة أن يطلب المسلم
فيه فلا يوجد فيكون ذلك غررا، وخالفه سائر الفقهاء، وقالوا المراعى
وجوده عند الاجل وشرط الكوفيون والثوري أن يذكر موضع القبض فيما له
حمل ومؤنة، وقالوا السلم فاسد إذا لم يذكر موضع القبض. وقال الاوزاعي
هو مكروه. وعند المالكية لو سكتوا عنه لم يفسد العقد، ويتعين موضع

القبض، وبه قال أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث لحديث ابن عباس وليس فيه ذكر المكان الذي يقبض فيه السلم، ولو كان من شروطه لبينه النبي صلى الله عليه وسلم كما بين الكيل والوزن والاجل، ومثله حديث ابن أبي أوفى (الثامنة) حديث أبي سعيد مرفوعاً " من أسلف في شئ فلا يصرفه إلى غيره " وفيه عطية العوفى. وقد أخذ به مالك، مستدلاً بأنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع طعام قبل أن يستوفى، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك (التاسعة) قوله تعالى " فاكتبوه " يعنى الدين والاجل، وقد أمرنا بالكتابة لثلاث نسي. روى أبو داود الطيالسي في مسنده عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن يوسف بن مهران عن ابن عباس قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول الله عزوجل " إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " إلى آخر الآية " إن أول من جحد آدم، إن الله أراه ذريته، فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره، فقال يا رب من هذا. قال هذا ابنك داود. قال يا رب فما عمره، قال ستون سنة قال يا رب زد في عمره. قال لا إلا أن تزيد من عمرك، قال وما عمري. قال

[99]

ألف سنة، قال آدم فقد وهبت له أربعين سنة. قال فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته، فلما حضرته الوفاة جاءت الملائكة. قال انه بقى من عمري أربعون سنة. قالوا انك قد وهبتها لابنك داود. قال ما وهبت لاحد شيئاً. قال فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته، في رواية، وأتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة، خرجه أيضاً الترمذي وفي قوله تعالى " فاكتبوه " إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له المغربية عنه للاختلاف المتوهم بين المتعاملين، المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعهما إليه (العاشرة) هل الكتابة في الديون واجبة، اختيار الطبري وجوبها. وقال ابن جريج " من اذان فليكتب، ومن باع فليشهد " وقال الشعبي كانوا يرون أن قوله " فإن أمن " ناسخ لأمره بالكتب. وحكى نحوه ابن جريج، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الالفاظ، ثم خففه الله تعالى بقوله (فإن أمن بعضكم بعضاً). وقال الجمهور الأمر بالكتابة ندب إلى حفظ الاموال، وإزالة الريب، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف له في دينه، وحاجة صاحب الحق. (الحادية عشرة) قوله " وليكتب بينكم كاتب بالعدل " قال عطاء وغيره واجب على الكاتب أن يكتب. وقال الشعبي وذلك إذا لم يوجد كاتب سواه، فواجب عليه أن يكتب (الثانية عشرة) قوله تعالى " بالعدل " أي بالحق والمعدلة أي لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل، وإنما قال بينكم ولم يقل أحدكم، لأنه لما كان الذي له الدين يتهم في الكتابة الذي عليه الدين، وكذلك العكس، شرع سبحانه كاتباً غيرهما يكتب بالعدل، لا يكون في قلبه ولا قلمه انحياز لأحدهما (الثالثة عشرة) الباء في قوله تعالى " بالعدل " متعلقة بقوله " وليكتب " وليست متعلقة بكاتب لأنه كان يلزم أن يكتب الوثيقة كاتب عدل في نفسه، وقد يكتبها صبي وعبد إذا فقهوا، أما المنتصبون للكتابة - من الكتبة العموميين - فلا يجوز الترخيص لهم بالكتابة إلا إذا كانوا عدولاً مرضيين. قال مالك لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل في نفسه مأمون، لقوله تعالى " وليكتب بينكم كاتب بالعدل "

الرابعة عشرة: قوله تعالى " ولا ياب كاتب أن يكتب " نهى الله الكاتب عن الالباء، فقال الربيع واجب على الكاتب إذا أمر أن يكتب، وقال الحسن: ذلك واجب عليه في الموضوع الذي لا يقدر عليه كاتب غيره فيضرب صاحب الدين إن امتنع، فإن كان كذلك فهو فريضة، وإن قدر على ذلك غيره فهو سعة إذا قام به غيره، وحكى المهدوي عن الربيع والضحاك أن قوله: ولا ياب منسوخ بقوله ولا يضار كاتب ولا شهيد " وللقرطبي بحث لطيف في ذلك حيث يقول: هذا - الوجوب - يتمشى على قول من رأى أو ظن أنه قد كان واجب في الاول على من اختاره المتبايعان أن يكتب، وكان لا يجوز له أن يمتنع حتى نسخه قوله تعالى " ولا يضار كاتب ولا شهيد " وهذا بعيد، فانه لم يثبت وجوب ذلك على من أراده المتبايعان كائنا من كان، ولو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستئجار بها لان الاجارة على فعل الفروض باطلة، ولم يخلف العلماء في جواز أخذ الاجرة على كتب الوثيقة. الخامسة عشرة: قوله تعالى " كما علمه الله فليكتب " المعنى كتبها كما علمه الله، أي فليفضل كما أفضل الله عليه. السادسة عشرة: قوله تعالى " وليممل الذي عليه الحق " وهو المديون المطلوب يقر على نفسه بلسانه، والاملاء والاملال لغتان أمل وأملى، فأمل لغة الحجاز وبنى أسد، أما تميم فنقول: أملت، وجاء القرآن باللغتين " فهي تملى عليه بكرة وأصيلا " وأمره تعالى بالتقوى فيما يمل، ونهاه عن أن يبخس شيئا من الحق، والبخس النقص. السابعة عشرة: قوله " فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل فالذي عليه الحق إما مستقل بنفسه فهذا يمل، وإما سفيه مهلهل الرأى في المال لا يحسن الاخذ لنفسه ولا الاعطاء مأخوذ من الثوب السفيه وهو الخفيف النسيج الثامنة عشرة: والضعيف قد مر في بابى البيوع والربا مزيد إيضاح له في سوق حديث أبى داود والترمذي عن أنس أن رجلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كان يتناع وفي عقله ضعف، فأتى أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا نبى الله

أحجر على فلان فانه يتناع وفي عقله ضعف فدعاها النبي صلى الله عليه وسلم فسلم فنهاه عن البيع، فقال: يا رسول الله انى لا أصير عن البيع ساعة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ان كنت غير تارك فقل: ها وها ولا خلافة " وهذا الرجل هو حبان بن منقذ الانصاري والد يحيى وواسع ابني حبان وذكره البخاري في التاريخ. التاسعة عشرة: والذي لا يستطيع أن يمل كالاخرس والعمى، والابله وما أشبه ذلك واختلاف العلماء فيمن يخدم في البيوع وعمدتهم في ذلك الروايات المستفيضة لقصة حبان بن منقذ واختصاصه بالخيار ثلاثا كما أورد ذلك النووي في الجزء الثامن من المجموع الموافية عشرين: قوله تعالى " فليممل وليه بالعدل " ذهب الطبري إلى أن الضمير في " وليه " عائد على الحق، وأسند في ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل هو عائد على الذي عليه الحق وهو الصحيح، وكيف تشهد البيعة على شئ وتدخل مالا في ذمة السفيه باملاء الذي له الدين، الا أن يمل صاحب الحق ويسمع الذي عجز عن الاملاء إذا لم يعجز عن الاعتراف إذا تحيف صاحب الحق الحادية والعشرون: قوله " فليممل الذي عليه الحق " يدل على أنه مؤتمن فيما يورده ويصدره، وسيأتى في الرهن قبول قول الراهن مع يمينه إذا اختلف هو والمرتهن في مقدار الدين والرهن قائم ان

شاء الله تعالى. الثانية والعشرون: إذا ثبتت صفة الولي كان اقراره جائز على يتيمه كما سيأتي في الرهن والغرائض ان شاء الله تعالى. الثالثة والعشرون: فساد تصرف الصبي والمحجور عليه وفسخه كما سيأتي في الحجر ان شاء الله تعالى. الرابعة والعشرون: قوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " اختلف الناس هل هي فرض أو ندب، والصحيح أنها ندب. قال الشافعي في باب السلم وأحب الشهادة في كل حق لزم من بيع وغيره نظرا في المتعقب لما وصفت وغيره من تغير العقول. الخامسة والعشرون: قوله تعالى " شهيدين " كل ما يترتب على الشهادة من الحقوق المالية والبدنية والحدود جعل لها شهيدين ما عدا الزنا.

[102]

السادسة والعشرون: قوله تعالى " من رجالكم " نص في رفض الكفار والصبيان والنساء والعبيد، واختار القاضي أبو إسحاق المرزوي أن المراد به الاحرار لنقص الرق وأجاز الشعبي والنخعي في الشئ اليسير وقوله " من رجالكم " يعنى الذين يتدأينون ولهم إرادة كاملة في التصرف، ولا يتفق هذا مع الرقيق وفي الشهادة بحث سيأتي. السابعة والعشرون: قوله تعالى " فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان " وفي شهادة المرأة فيما لا يحسن الشهادة فيه غيرها بحث سيأتي إن شاء الله تعالى. الثامنة والعشرون. جواز شهادة الصبي عند بعض الفقهاء لشهادة الصبيان في الجراح، وهو قول مالك فيما إذا لم يختلفوا ولم يفتروا في شهادتهم على الكبير أما شهادتهم فيما بينهم فقد قضى بها عبد الله بن الزبير، ومنع الشافعي شهادة الصبيان وكذلك أبو حنيفة وأصحابه وسيأتي مزيد إن شاء الله تعالى. التاسعة والعشرون. عند الشافعي ومالك لما جعل الله سبحانه شهادة امرأتين بشهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه وسيأتي حكم اليمين في الشهادة واختلاف الفقهاء في ذلك. الموفية ثلاثين. شهادة النساء محصورة في المال المحض من غير خلاف. لان حقوق الاموال أحفظ من حقوق الابدان، ولا تقبل شهادتهن في النكاح والطلاق المحضين على تفصيل سيأتي. الحادية والثلاثون. قوله تعالى " ممن ترضون من الشهداء " هذه الآية وان كان الخطاب فيها لجميع الناس ولكن المتلبس بحكمها هم ولاة الامور. الثانية والثلاثون. يدل أيضا قوله تعالى " ممن ترضون من الشهداء " على أن في الشهود من لا يرضى، على تفصيل سيأتي. الثالثة والثلاثون. الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة شريفة هي قبول قول الغير على الغير، ولذا شرط فيها الله تعالى الرضا والعدالة، لانه يحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته. الرابعة والثلاثون: " أن تضل إحداهما " والضلال عن الشهادة نسيان جزء منها وذكر جزء، ومن نسى الشهادة جملة فليس يقال. ضالا.

[103]

الخامسة والثلاثون. " فتذكر " خفف الذال والكاف ابن كثير وأبو عمرو وعليه فيكون المعنى أن تردّها ذكرًا في الشهادة وفيه بعد، إذ لا يحصل في مقابلة الضلال الذي معناه النسيان الا الذكر، وهو معنى قراءة الجماعة بالتشديد. السادسة والثلاثون. قوله تعالى " ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا "

قال الحسن جمعت هذه الآية أمرين وهما ألا تأبى إذا دعيت إلى تحصيل الشهادة، ولا إذا دعيت إلى أدائها قاله ابن عباس وفي استدعائهم أو المجئ إليهم، قال الشافعي في باب السلم. ويحتمل أن يكون فرضا على من حضر الحق أن يشهد منهم من فيه الكفاية للشهادة، فإذا شهدوا أخرجوا غيرهم من المائم، وان ترك من حضر الشهادة خفت جرحهم بل لا أشك فيه، وهذا أشبه معانيه به والله أعلم السابعة والثلاثون. أداء الشهادة مندوب إذا لم يدع لقوله صلى الله عليه وسلم " خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها " فإذا خيف ضياع الحق وجب أدائها بغير استدعاء لقوله تعالى " وأقيموا الشهادة لله " وقوله تعالى " الا من شهد بالحق وهم يعلمون " وفي الحديث " انصر أخاك ظالما أو مظلوما ". الثامنة والثلاثون. من وجبت عليه شهادة فلم يؤدها، وترتب على ذلك الذهاب بحق من الحقوق سقطت عدالته فلا يصح أدائه الشهادة بعد ذلك، قال في الام. فأما من سبقت شهادته بأن شهد أو علم حقا لمسلم أو معاهد فلا يسعه التخلف عن تأدية الشهادة متى طلبت منه في موضع مقطع الحق. التاسعة والثلاثون. قوله تعالى " ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله " فهذا النهى عن السامة انما جاء لتردد المدائنة عندهم فخيف عليهم أن يملوا الكتابة، ويقول أحدهم. هذا قدر يسير لا احتياج إلى كتابته، فأكد الله تعالى حفظ القليل والكثير. الموفية الاربعين. قوله تعالى " ذلكم أقسط عند الله " يعنى أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه ذلك أعدل وأحفظ. الحادية والاربعون. قوله تعالى " وأقوم للشهادة " دليل على أن الشاهد لا يؤدي الا ما يعلم، فإذا لم يعلم قال: هذا خطى ولا أذكر الآن ما كتبت.

[104]

الثانية والاربعون: قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) في هذه الآية رفع الجناح عن عدم الكتابة في كل مبايعة بنقد، يدا بيد، وقد مر في البيوع المرسلة. الثالثة والاربعون: قوله تعالى " تديرونها بينكم " يقتضى التقايض والبيئونة بالمقبوض، ولا يتسنى ذلك في الرباع والارض وكثير من الاشياء الثمينة لا يقبل البيئونة ولا يغاب عليه، لذلك حسن الكتابة فيها، ولحقت في ذلك مبايعة الدين والسلم. قال الشافعي: البيوع ثلاثة، بيع بكتاب وشهود وبيع برهان وبيع بأمانة وقرأ هذه الآية، وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد، وإذا باع بنسيئة كتب الرابعة والاربعون، قوله تعالى " وأشهدوا " سبق بيان ذلك في أول الباب. وقد روى عن ابن عباس أنه قال لما قيل له إن آية الدين منسوخة. قال لا والله، إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ. قال الطبري: والاشهاد إنما جعل للطمأنينة، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقا، منها الكتاب ومنها الرهن ومنها الاشهاد، ولا خلاف بين علماء الامصار أن الرهن مشروع بطريق النذب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الاشهاد، وما زال الناس يتبايعون حضرا وسفرا، وبراً وبحرا، وسهلا وجبلا من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير نكير، ولو وجب الاشهاد ما تركوا النكير. اه. وقد مر تفصيل ذلك في البيوع وما ورد فيه من الاحاديث الخامسة والاربعون " ولا يضار كاتب ولا شهيد " قد تشمل هذه الآية درء كل ما يؤدي إلى مضارة الشاهد. كأن يوقف أمام الحكام زمنا يلحقه من جرائم مضارة، أو يخطب بلهجة تنم عن ازدرائه وخذش حياته إن كان من أهل الفضل والعلم، فإذا دعى الشاهد إلى الشهادة واعتذر بمشاغله، فلا يهان أو يعنف، أو يكره على الشهادة السادسة والاربعون " وان تفعلوا فإنه فسوق بكم " يعنى مضارة الشاهد، قال سفيان الثوري: إن أذية الكاتب والشاهد إذا كانا مشغولين معصية

وخروج عن الصواب من حيث المخالفة لامر الله. وقوله " بكم " أي فسوق حال بكم

[105]

السابعة والاربعون: قوله تعالى " واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شئ عليم " وعد من الله بأن من اتقاه علمه وجعل في قلبه نورا يفهم به ما يلقي إليه. وقد يجعل في قلبه فرقانا وفيصلا بين الحق والباطل. والله تعالى أعلم والحق أن هذه الايات في السلف بلغت من شمول الاحكام واستيعاب صور العمل مع السنة الشريفة ما جعل الشافعي يقول، قال الشافعي: وما كتبت من الاثار بعدما كتبت من القرآن والسنة والاجماع ليس لان شيئا من هذا يزيد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قوة ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يوهنها، بل هي التي قطع بها العذر، ولكننا رجونا الثواب في ارشاد من سمع ما كتبنا، فإن فيما كتبنا بعض ما يشرح قلوبهم لقبوله، ولو تنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا في الاستغناء بكتاب الله عزوجل ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم وما احتاجوا إذا أمر الله عزوجل بالرهن في الدين إلى أن يقول قائل هو جائز في السلف، لان أكثر ما في السلف أن يكون ديننا مضمونا. اه قال المصنف رحمه الله: (فصل) وينعقد بلفظ السلف والسلم، وفي لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال لا ينعقد السلم بلفظ البيع، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعا ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس، لان السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه، ومنهم من قال ينعقد لانه نوع بيع يقتضى القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف (الشرح) هذا الخلاف لفظي، لان صورة السلم يمكن أن تكون نوعا من أنواع البيوع مستثنى منها بإطلاق لفظ السلف أو السلم عليه، ولا يؤثر الخلاف اللفظي في جوهره إلا أنهم قضوا في حالة ما إذا عقد بلفظ البيع ولم يقبضه في المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلما. وكلام الشافعي في السلم في كل أنواعه يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيع فيه بعض ما هو ممنوع في صور البيوع الاخرى ومنع فيه بعض ما أبيع في البيوع الاخرى. قال الشافعي في (باب السلف في السلعة بعينها حاضرة أو غائبة)

[106]

ولو سلف رجل رجلا مائة دينار في سلعة بعينها على أن يقبض السلعة بعد يوم أو أكثر كان السلف فاسدا، ولا تجوز بيوع الاعيان على أنها مضمونة على بائعها بكل حال، لانه لا يمتنع من فوتها ولا بأن لا يكون لصاحبها السبيل على أخذها متى شاء هو لا يحول بائعها دونها إذا دفع إليه ثمنها، وكان إلى أجل لانها قد تلف في ذلك الوقت، وإن قل، فيكون المشتري قد اشترى غير مضمون على البائع بصفة موجودة بكل حال يكلفها بائعها، ولا ملكه البائع شيئا بعينه يتسلط على قبضه حين وجب له وقد ر على قبضه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وبثبت فيه خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه.

(الشرح) حديث المتبايعان بالخيار رواه الشيخان عن ابن عمر وحكيم بن حزام ورواه الشيخان وأصحاب السنن الا ابن ماجه بلفظ " البيع والمبتاع، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أبو داود عن أبي برزة، وعن سمرة عند النسائي، وعن ابن عباس عند ابن حبان. أما الاحكام فإنه لا يجوز في عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه أن يكون في جنس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم وتسليم رأس المال في المجلس وتسمية مكان التسليم. قوله: ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض، وذلك العوض هو رأس المال وهو الثمن الذي يجب تسليمه في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفرق منه وقبل لزومه لان لزومه كالتفرق إذ لو تأخر لكان في معنى بيع الدين بالدين ان كان رأس المال في الذمة، ولان في السلم غررا، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف، ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو الزماه بطل العقد

[107]

وكذلك إذا سلم بعضه بطل فيما لم يقبض، وفيما يقابله من المسلم فيه، وصح في الباقي بقسطه، كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض فيؤخذ منه ثبوت الخيار هذا ما أخذ به الرملي عن صاحب الانوار وخالف فيه السبكي، ولو اختلفا فقال المسلم: أقبضتك بعد التفرق، وقال المسلم إليه: قبله، ولا بينة صدق مدعى الصحة، كما علم مما مر فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه، لانها مع موافقتها للطاهر ناقلة والاخرى مستصحبة " ولا يكفي قبض المسلم فيه الحال في المجلس عن قبض رأس المال لان تسليمه فيه تبرع، وأحكام البيع لا تبني على التبرعات وكذا لو قال: أسلمت اليك المائة التي في ذمتك مثلا في كذا فإنه لا يصح السلم. قال الرملي: فلو أطلق رأس المال عن تعيينه في العقد، كأسلمت اليك دينارا في ذمتي في كذا ثم عين وسلم في المجلس قبل التخيير جاز، أي حل العقد وصح، لان المجلس حريم العقد فله حكمه. فلو أحال المسلم به المسلم إليه أو عكسه على ثالث له عليه دين فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم ذلك في بابه.. أعنى الحوالة - فإذا قبضه المحيل وهو المسلم إليه في الصورة الاولى في المجلس نص عليه ليعلم منه حكم ما لم يقبض فيه بالاولى فلا يجوز، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتمل بعد قبضه بإذنه له وسلمه في المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم إليه، لان الانسان في ازالة ملكه لا يصير وكيلا لغيره، لكن المسلم إليه حينئذ وكيل للمسلم في القبض فياخذه منه ثم يرده كما تقرر، ولا يصح قبضه من نفسه خلافا للفعال. قال: ولو قبضه المسلم إليه وأودعه المسلم وهما بالمجلس جاز، ولو رده إليه قرضا أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من تناقض فيه، لان تصرف أحد المتعاقدين في مدة خيار الآخر انما يمتنع إذا كان مع غير الآخر، ولان صحته تقتضي اسقاط ما ثبت له من الخيار أما معه فيصح، ويكون ذلك اجازة منهما. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز مؤجلا للآية ويجوز حالا لانه إذا جاز مؤجلا فلان يجوز حالا وهو من الغرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم إذا كان موجودا عند المحل،

لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمرة السنيتين والثلاث فقال أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنيتين والثلاث ويجوز السلم في الموجود لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلان يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الغرر. (الشرح) قوله: للآية قصد قوله تبارك وتعالى " إلى أجل مسمى " أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة. أما الأحكام فجوازه مؤجلا أمر مجمع عليه، أما جوازه حالا فجمهور المذاهب على خلافه، ويستدلون بحديث ابن عباس " إلى أجل معلوم " على اعتبار الاجل في السلم شرطا وفقهاء المذهب لم يختلفوا على جوازه حالا وهم يجيبون على استدلال المخالفين بأن ذكر الاجل في الحديث ليس للاشتراط، بل معناه ان كان لاجل فليكن معلوما، وتعقيب بالكتابة فان التأجيل شرط فيها، واجيب بالفرق لان الاجل في المكاتب شرع لعدم قدرة العبد غالبا، واستدل المخالفون بما أخرجه الشافعي عن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ". واجيب بأن هذا يدل على جواز السلم إلى أجل، ولا يدل على أنه لا يجوز الا مؤجلا، واستدل المخالفون بما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه قال لا تسلف إلى العطاء ولا إلى الحصاد واضرب أجلا ". واجيب بأن هذا ليس بحجة لانه موقوف على ابن عباس وكذلك يجاب عن قول أبي سعيد الذي علقه البخاري، ووصله عبد الرزاق بلفظ " السلم بما يقوم به السعر ربا ولكن السلف في كيل معلوم إلى أجل ". وقد اختلف الأئمة في مقدار الاجل من ساعة إلى الميسرة ولو بلغت سنين، والحق ما ذهبنا إليه من عدم اعتبار الاجل لعدم ورود دليل يدل عليه، وأما ما يقال من أنه يلزم مع الاجل أن يكون بيعا للمعدوم ولم يرخص فيه الا

في السلم ولا فارق بينه وبين البيع الا الاجل، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة، وذلك كاف. قوله: ويجوز السلم في الموجود إلخ قلت: قال ابن رسلان أما المعدوم عند المسلم إليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف في جوازه اه. وقد اختلف العلماء في جواز السلم فيما ليس بموجود في وقت السلم إذا أمكن وجوده في وقت حلول الاجل، فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه قالوا ولا يضر انقطاعه قبل الحلول، وقال أبو حنيفة لا يصح فيما ينقطع قبله بل لا بد أن يكون موجودا من العقد إلى المحل، فلو أسلم في شيء فانقطع في محله لم يفسخ عند الجمهور وفي وجه عندنا يفسخ، واستدل أبو حنيفة ومن معه بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر " أن رجلا أسلف رجلا في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئا فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ماله، ثم قال لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه " وهذا نص في التمر وغيره يقاس عليه، ولو صح هذا الحديث لكان المصير إليه أولى لدلالته على المطلوب بخلاف حديث عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى فليس فيه الا مطنة الاقرار منه صلى الله عليه وسلم، ولكن حديث ابن عمر هذا في اسناده مجهول فإن أبا داود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن أبي اسحاق عن رجل

نجرانى عن ابن عمر ومثل هذا لا حجة فيه. ولو صح هذا الحديث لحمل على بيع الاعيان أو على السلم الحال الذى يقول به أصحابنا، أو على ما قرب أجله. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالاتمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجوارى والاصواف والاشعار والاختشاب والاحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج وغير ذلك من الاموال التى تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار، وروى عبد الله بن أبى أوفى قال كنا نسلف ورسول الله صلى الله عليه وسلم فينا في الزيت والحنطه، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه

[110]

ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنقدت الابل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعير إلى ابل الصدقة. وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس إذا كان ذرعا معلوما إلى أجل معلوم فلا بأس، وعن أبى النضر قال سئل ابن عمر رضى الله عنه عن السلم في السرقة قال لا بأس والسرقة الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالاخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالاخبار لانه في معناه. (الشرح) حديث ابن عباس في الثمار، وحديث عبد الله بن أبى أوفى مر ذكرهما في أول الباب مع تخرجهما، أما حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما فقد رواه أبو داود في سننه، وله شاهد عند سعيد بن منصور في سننه عن أبى معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد " أن عليا باع بعيرا يقال له: عصيفر بأربعة أبعرة إلى أجل " والاثران عن ابن عباس وابن عمر رواهما أصحاب السنن أما لغات الفصل فقوله: الاشعار جمع شعر والواحدة شعرة والمقصود هنا ما ينبت على جلود المعز والوبر ما ينبت على جلود الابل، وقوله: فنقدت الابل أي ذهبت ولم يبق منها شئ، وقوله: قلاص جمع قلوص وهو من الابل بمنزلة الشابة من النساء، وقوله: الكرابيس جمع كراباس وهو نسيج خشن، وقوله: السرقة هي شقوق الحرير. أما الاحكام: فقوله: في كل مال يجوز بيعه خرج بذلك الخمر والخنزير والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان، وقوله: وتضبط صفاته، يعنى مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتهما قال الشافعي في باب ما يجوز من السلف: وأن يشترط عليه أن يسلفه فيما يكال كيلا أو فيما يوزن وزنا ومكيال وميزان معروف عند العامة، فأما ميزان يريه إياه أو مكيال يريه فيشترطان عليه فلا يجوز وذلك لانهما لو اختلفا فيه أو هلك لم يعلم ما قدره، ولا يبالي كان مكيالا قد أبطله السلطان أو لا إذا كان معروفا وان كان تمرا قال: تمر صيحاني أو بردى أو عجوه أو جنيب أو صنف من التمر

[111]

معروف فإن كان حنطة، قال شامية أو ميسانية أو مصرية أو موصلية أو صنفا من الحنطة موصوفا، وان كان ذرة قال: حمراء، ثم قال: وان كان في بعير قال: بعير من نعم بنى فلان ثنى غير مودن نقى من العيوب سبط

الخلق أحمر مجفر الجنين الخ، وهذه الدواب يصفها بنتاجها وجنسها وألوانها وأسنانها وأنسابها وبراءتها من العيوب إلا أن يسمى عيبا يتبرأ البائع منه ثم قال: وهكذا النحاس يصفه أبيض أو شبيها أو أحمر، ثم قال: وأقل ما يجوز فيه السلف من هذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهل العلم ان ؟ ؟ ؟ ؟ ف المسلف والمسلف، فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلفة التي سلف فيها جاز السلف، وكذلك قال الشافعي في باب السلف في الكيل: ولا خير في السلف في مكيل إلا موصوفا، ثم قال في السلف الذرة: والذرة كالحنطة توصف بجنسها ولونها وجودتها ورداءتها وجدتها وعتقها وصرام علم كذا أو عام كذا ومكيلتها وأجلها، فإن ترك من هذا شيئا لم يجر، وقال لا يجوز السلف في الحنطة في أكمامها وما يكون من الذرة في حشرها لان الحشر والاكمام غلافان فوق القشرة التي هي من نفس الحبة التي هي انما هي للحبة بقاء لانها كمال خلقها كالجلد تكمل به الخلقة لا يتميز منها إلى أن قال: فإن شبه على أحد بأن يقول في الجوز واللوز يكون عليه القشر فالجوز واللوز مما له قشر لا صلاح له إذا رفع الا بقشره، لانه إذا طرح عنه قشره ثم ترك عجل فساده. وقال: وان سلف في وزن ثم أراد اعطاء كيلا لم يجر من قبل أن الشئ يكون خفيفا ويكون غيره من جنسه أثقل منه فإذا أعطاه اياه بالمكيال أقل أو أكثر مما سلفه فيه فكان أعطاه الطعام الواجب متفاضلا أو مجهولا، وانما يجوز أن يعطيه معلوما، فإن أعطاه حقه فذلك الذي لا يلزمه غيره، وان أعطاه حقه وزاده تطوعا منه على غير شئ كان في العقد فهذا نائل من قبله، فإن أعطاه أقل من حقه وأبراه المشتري مما بقى عليه فهذا شئ تطوع به المشتري فلا بأس به. وقال في تفريع الوزن من العسل: فإن سلف في عسل فجاءه بعسل رقيق أريه أهل العلم بالعسل، فإن قالوا: هذه الرقة في هذا الجنس من هذا العسل عيب

[112]

ينقص ثمنه لم يكن عليه أن يأخذه. وإن قالوا هكذا يكون هذا العسل. وقالوا رق لحر البلاد أو لعله غير العيب في نفس العسل لزمه أخذه وقال: ألا ترى أنى لو أسلمت في سمن ووصفته ولم أصف جنسه فسد من قبل أن سمن المعزى مخالف سمن الضأن، وأن سمن الغنم كلها مخالف البقر والجواميس، فإذا لم تقع الصفة على الجنس فسد السلف وقال في باب السلف في السمن: والسمن فيه ما يدخن وما لا يدخن، فلا يلزم المدخن لانه عيب. وقال في السلف في الزيت: وما اشترى وزنا بطروفه لم يجر شراؤه بالوزن في الظروف لاختلاف الظروف، وأنه لا يوقف على حد وزنها إلى أن قال: وإن لم يراضيا وأراد اللازم لهما وزنت الظروف قبل أن يصب فيها الادام ثم وزنت بما يصب فيها ثم يطرح وزن الظروف، وإن كان فيها زيت وزن فرغت ثم وزنت الظروف ثم ألقى وزنها من الزيت، وما أسلف فيه من إلام فهو له صاف من الرب والعكر وغيره مما خالف الصفاء. (قلت) والظرف يشبه العلب التي يباع فيها الزيت في زماننا هذا وقال في السلف في اللبن: يجوز السلف في اللبن كما يجوز في الزبد. ويفسد كما يفسد في الزبد بترك أن يقول ما هو ما عز أو ضأن أو بقر، وإن كان إبلا أن يقول: لبن غواد أو أوراك، ويقول في هذا كله لبن الراعية والمعلقة لاختلاف البان الرواعى والمعلقة، وتفاضلها في الطعم والصحة واليمن، فأى هذا سكت عنه لم يجر معه السلم، ولم يجر إلا بأن يقول " حليبا " أو يقول " لبن يومه " لانه يتغير في غده. وقال في السلف في الجبن رطبا وبابسا: والسلف في الجبن كالسلف في اللبن لا يجوز إلا بأن

يشترط صفته حين يومه - إلى أن قال - ولا خير فيه إلا بوزن - إلى أن قال -
ويشترط فيه حين ماعز أو بقر أو ضائن - إلى أن قال - وكل ما كان عيبا في
الجبن عند أهل العلم من إفراط ملح أو حموضة طعم أو غيره لم يلزم
المشترى.

[113]

وقال في الصوف والشعر: ولا خير في أن يسلم في صوف غنم بأعيانها،
ولا شعرها إذا كان ذلك إلى يوم واحد فأكثر وذلك أنه قد تأتى الأفة عليه
فتذهبه أو تنقصه، إلى أن قال: ولا خير في أن يسلم في ألبان غنم بأعيانها
ولا زبدها ولا سمنها ولا لبنها ولا جنبها. قال البلقينى: المراد ألا يسلم في
صوف غنم معينة أو شعرها أو في غير معينة غير الصوف والشعرا ه. قال
الشافعي: ولا بأس أن تسلف في شئ ليس في أيدي الناس حين تسلف
فيه إذا شرطت محله في وقت يكون موجودا فيه بأيدي الناس. وقال في
صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز: من أسلف في لحم فلا يجوز فيه
حتى يصفه: لحم ماعز خصى أو ذكر ثنى فصاعدا أو جدى رضيع أو قطيم
إلى أن قال: ويشترط الوزن إلى أن قال: وإن شرط موضعا من اللحم وزن
ذلك الموضع بما فيه من العظم لان العظم لا يتميز من اللحم كما يتميز
التبن والمدر والحجارة من الحنطة (وقاسه على النوى في التمر). وقال
الشافعي في الام كثيرا عن لحم الوحش والحيتان والرءوس والاكارع
والسلف في العطر وزنا ومتاع الصيادلة واللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب
الجوهر والتبر غير الذهب والفضة وشمع الشجر والطين الارمني وطين
البحيرة والمختوم إلى أن وصل إلى السلف في الحيوان قال: أخبرنا مالك
عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم استسلف بكرا فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرني
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكرة، فقلت: يا رسول
الله إنى لم أجد في الابل إلا جملا خيارا رباعيا، فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم " أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء " فهذا الحديث
الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أخذ وفيه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ضمن بعيرا بصفة وجنس وسن فكالدانير بصفة
وضرب ووزن، وكالطعام بصفة وكيل،

[114]

وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضى أفضل مما عليه متطوعا من غير
شرط، وفيه أحاديث سوى هذا. ثم روى بإسناده عن أبي الزبير عن جابر
قال: جاء عبد فبايع رسول الله صلى الله عليه وسلم على الهجرة ولم
يسمع أنه عبد، فجاء سيده يريده، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " بعه "
فاشتراه بعدين أسودين، ثم لم يبايع أحدا بعده حتى يسأله: أعبد هو أم
حر؟ قال وبهذا نأخذ، وهو إجازة عبد بعدين، وإجازة أن يدفع ثمن شئ في
يده فيكون كقبضه. ثم روى الشافعي بإسناده " أن النبي صلى الله عليه
وسلم بعث مصدقا له فجاءه بظهر مسان، فلما رآه النبي صلى الله عليه
وسلم قال: هلكت وأهلكت، فقال يا رسول الله إنى كنت أبيع البكرين
والثلاثة بالبعير المسن يدا بيد، وعلمت من حاجة النبي صلى الله عليه

وسلم إلى الظهر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم فذاك إذن " ومذهبنا أنه لا ربا في الحيوان، وإنما النهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحيلة مما كان أهل الجاهلية يتبايعونه، وهو مفصل في أبواب الربا التي سبقت في موطنها. (فرع) اختلف الفقهاء في السلم في الحيوان، فروى لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي. وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني، لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: إن من الربا أبوابا لا تخفى، وإن منها السلم في السن " ولان الحيوان يختلف اختلافا متباينا فلا يمكن ضبطه، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن، مثل أزج الحاجبين، أكحل العينين، أقى الانف أشم العينين، أهدب الاشغار ألمى الشفة، بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه قال ابن المنذر: وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهرى والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وحكاه الجوزجاني عن عطاء والحكم،

[115]

لان أبا رافع قال " استسلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا " رواه مسلم وقد سقناه عن الام قبل فاما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان. قال الشعبي " انما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لانهم اشترطوا نتاج فحل معلوم. رواه سعيد ابن منصور. وقد روى عن علي أنه باع جملا يدعى عصيفير بعشرين بعيرا إلى أجل، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا قال الشافعي " وان كان السلف في خيل أجزاء فيها ما أجزاء في الابل وأحب إن كان السلف في الفرس أن يصف شيبته مع لونه، فإن لم يفعل فله اللون بهيما وان كان له شية فهو بالخيار في أخذها وتركها، والبائع بالخيار في تسليمها وإعطائه اللون بهيما " إلى أن قال " وان أتى على السن واللون والجنس أجزاء، وإن ترك واحدا من هذا فسد السلف " إلى أن قال " ولا يحل أن يسلف في ذات رحم من الحيوان - على أن يوفأها وهى حبلى - من قبل أن الحمل مالا يعلمه إلا الله، وأنه شرط شيئا فيها ليس فيها، وهو شراء مالا يعرف، وشراؤه في بطن أمه لا يجوز، لانه لا يعرف ولا يدري يكون أم لا. ولا خير في أن يسلف في ناقة ومعها ولدها موصوفا ولا في وليدة ولا في ذات رحم من حيوان كذلك. ولكن ان أسلف في وليدة أو ذات رحم من الحيوان بصفة ووصف بصفة، ولم يقل ابنها أو ولد ناقة أو شاة، ولم يقل ولد الشاة التي أعطاها جاز، وسواء أسلفت في صغير أو كبير موصوفين بصفة وسن تجمعهما أو كبيرين كذلك قال ولو سلف في ذات لبون على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه جائز. وإذا وقع عليه أنها لبون كانت له واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها، انما هو شئ يخلقه الله عزوجل فيها، كما يحدث فيها البعر وغيره، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسدا كما يفسد أن يقول أسلفك في ناقة يصفها، ولبن معها غير مكيل ولا موصوف قال وكل ما أسلف من حيوان وغيره وشرطت معه غيره فإن كان المشروط

معه موصوفا يحل فيه السلف على الانفراد فسد السلف، ولا يجوز أن يسلف في حيوان موصوف من حيوان رجل بعينه أو بلد بعينه ولا نتاج ماشية رجل بعينه، ولا يجوز أن يسلف فيه إلا فيما لا ينقطع من أيدي الناس كما قلنا في الطعام وغيره. قال الشافعي في باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسيئة أو يصلح منه إثنان بواحد. فخالفنا بعض الناس في الحيوان فقال لا يجوز أن يكون نسيئة أبدا " قال وكيف أجزتم أن جعلتم الحيوان ديناً وهو غير مكيل ولا موزون، والصفة تقع على العبدین ومعهما دنائير وعلى البعيرين وبينهما تفاوت في الثمن؟ قال نقلناه، قلنا أولى الأمور بنا أن نقول به بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في استسلافه بعيراً وقضائه إياه، والقياس على ما سواها من سنته، ولم يختلف أهل العلم فيه. قال فاذا ذكر ذلك (قلت) أما السنة النص، فإنه استسلف بعيراً. وأما السنة التي استدللنا بها فإنه قضى بالدية مائة من الأبل، ولم أعلم المسلمين اختلفوا أنها بأسنان معروفة، وفي مضي ثلاث سنين، وأنه صلى الله عليه وسلم افتدى كل من لم يطلب عنه نفساً من قسم له من سبى هوازن بإبل سماها ست أو خمس إلى أجل قال " أما هذا فلا أعرفه " قلنا فما أكثر ما لا تعرفه من العلم. قال أفتأبى؟ قلت نعم ولم يحضرنى إسناده. قال ولم أعرف الدية من السنة. قلت وتعرف مما لا تخالفنا فيه أن يكاتب الرجل على الوصفاء بصفة، وأن يصدق الرجل المراه العبيد والأبل بصفة؟ قال نعم. وقال ولكن الآية تلزم الأبل، إبل العاقلة وسن معلومة وغير معينة، ولو أراد أن ينقص من أسنانها سناً لم تجز، فلا أراك إلا حكمت بها مؤقتة، وأجزت فيها أن تكون ديناً. وكذلك أجزت في صداق النساء لوقت وصفة، وفي الكتابة لوقت وصفة. ولو لم يكن رويها فيها شيئاً إلا ما جامعنا عليه من أن الحيوان يكون ديناً في هذه المواضع الثلاث أما كنت محجوجاً بقولك لا يكون الحيوان ديناً وكانت علتك فيه زائلة؟

قلت: قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناً في السلف والدية، ولم تخالفنا في أنه يكون في موضعين آخرين ديناً في الصداق والكتابة، فإن قلت: ليس بين العبد وسيده ربا، قلت: أيجوز أن يكاتبه على حكم السيد، وعلى أن يعطيه ثمرة لم يبد صلاحها، إلى أن قال، قال الشافعي: وقلت لمحمد بن الحسن: أنت أخبرتني عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي البحري أن بنى عم لعثمان أتوا واديا فصنعوا شيئاً في إبل رجل قطعوا به لبن إبله، وقتلوا فصالها، فأتى عثمان وعنده ابن مسعود فرضى بحكم ابن مسعود فحكم أن يعطى بواديه إبلا مثل إبله وفصالا مثل فصاله فأنفذ ذلك عثمان فيروى عن ابن مسعود أنه يقضى في حيوان بحيوان مثله ديناً لأنه إذا قضى به بالمدينة وأعطيه بواديه كان ديناً ويزيد أن يروى عن عثمان أنه يقول بقوله، وأنتم تروون عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أسلم لعبد الله بن مسعود في وصفاء أحدهم أبو زائدة مولانا، فلو اختلف قول ابن مسعود فيه عندك فأخذ رجل ببعضه دون بعض ألم يكن له قال: بلى، قلت: ولو لم يكن فيه غير اختلاف قول ابن مسعود؟ قال: نعم قلت فلم خالفت ابن مسعود ومعه عثمان ومعنى السنة والاجماع؟ قال: فقال منهم قائل فلو زعمت أنه لا يجوز السلم فيه ويجوز

إسلامه، وأن يكون دية وكتابة ومهرا وبعيرا ببعيرين نسيئة، قلت: فقله إن شئت قال: فإن قلته؟ قلت يكون أصل قولك لا يكون الحيوان دينا خطأ بحاله. قال فإن انتقلت عنه؟ قلت فأنتم تروون عن ابن عباس أنه أجاز السلم في الحيوان، وعن رجل آخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، قال: إنا لنرويه. قلت: فإن ذهب رجل إلى قولهما أو قول أحدهما دون قول ابن مسعود أيجوز له؟ قال: نعم قلت: فإن كان مع قولهما أو قول أحدهما القياس على السنة والاجماع؟ قال فذلك أولى أن يقال به، قلت أفتجد مع من أجاز السلم في الحيوان القياس فيما وصفت؟ قال نعم. وقال الشافعي في السلف في الثياب: فإن شرطه صفيقا تخينا لم يكن له أن يعطيه دقيقا وإن كان خيرا منه. لان في الثياب علة أن الصفيق التخين يكون أدفا في البرد

[118]

وأكن في الحر، وربما كان أبقى فهذه علة تنقصه، وإن كان ثمن الادق أكثر فهو غير الذي أسلف فيه وشرط لحاجته. وتكلم الشافعي عن السلف في الاهدب والجلود فلم يجزه سلما ولا بيعا إلا منظورا إليه، قال. وذلك أنه لم يجز لنا أن نقيسه على الثياب لانا لو قسناه على الثياب لم يحل إلا مدروعا مع صفته، وليس يمكن فيه لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال وسيأتى في الفصل التالي إن شاء الله. وأجاز الشافعي السلف في الخشب وأجازه خشبا بخشب، بناء على قاعدة لا ربا فيما عدا الكيل والوزن من المأكول والمشروب كله والذهب والورق، وما عدا هذا فلا بأس بالفضل في بعضه على بعض يدا بيد ونسيئة، سلما وغير سلم كيف كان إذا كان معلوما، والسلف في الخشب مدروعا ومقيسا بالسنتى أو البوصة أو المتر، وفي الكثير منها بالطن والمتر والقليل منها بالوزن والقياس. وتكلم الشافعي عن السلف في الحجارة والارحية وغيرها حتى تكلم على أصنافها ومنع أن يسلف في أنقاض البيوت للمجازفة وعدم الدقة في قدرها أما السلف في العدد فقد جعله الشافعي لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذي يضبط سنه وصفته وجنسه والثياب التي تضبط بجنسها وحليتها وذرعها والخشب الذي يضبط بجنسه وصفته وذرعه وما كان في معناه ولم يجز الشافعي السلف في البطيخ ولا القثاء ولا الخيار ولا الرمان ولا السفرجل ولا الموز ولا الجوز ولا البيض - أي بيض كان، دجاج أو حمام أو غيره - ولا البرتقال ولا اليوسفي، وكذلك ما سواه مما يتبايعه الناس عددا وما كان في معناه لاختلاف العدد، واختلافه في الوزن لان بعضها قد بزن الكيلو منها عددا يختلف بعضه عن بعض فلا يضبط بعدد ولا وزن، وما كان مما لا يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون مجهولا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالكيل والوزن كأن يقال أسلفتك في طن من الموز المغربي بزن اثني عشر ألف أصبع أو طن من البطيخ لا تزيد جباته على مائتين من النوع الفلاني، لان هذه الانواع كلما قل عددها وزنا دل ذلك على كبر حجمها وجودة نوعها غالبا، وتلحق بالمأكول من

[119]

البقول حيث قال: وإن كان منه شئ يختلف صغاره وكباره لم يجز إلا أن يسمى صغيرا أو كبيرا كالقنبيط تختلف صغاره وكباره، وكالفجل وكالجزر وما اختلف صغاره وكباره في الطعم والتمن اه. وكذلك لا يجوز وزنا في القصب عدا ويجوز وزنا على الصفة التي أسلفناها كل ذلك فور قطعه، ولو حفظ شئ من ذلك بالثلاجات فزاد وزنه من فعل الرطوبة فسد السلف. وإن جف في الشمس فنقص ذلك من وزنه أو من مذاقه فسد السلف ولا يجوز السلف فيما يفسد من تلقاء نفسه بمرور الزمن، إذا لم يتميز عن حديث العهد بصنعه كالا سمنت فإنه يفسد من تلقاء نفسه فلا يصلح للبناء ولا يمكن تمييزه من الصالح للبناء للاتفاق في الصفات الظاهرة والله تعالى أعلم. (تنبيه) تركنا التفصيل في الطين والزجاج والحجارة لما يمكن للفقهاء أن يعرف حكمها مما سقناه من تفصيل في أشياء كثيرة يؤخذ بقواعدها العامة ويقاس عليها وخشية الاطالة والله الموفق. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وأما ما يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لانه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز، قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز السلم في النبل لان دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروز والمرجان لان صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف ولا يجوز السلم في الجلود لان جلد الاوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رفته وغلظه ولانه مجهول المقدار لانه لا يمكن زرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لانه لا يضبط رفته وغلظه ويجوز في الورق لانه معلوم القدر معلوم الصفة. (الشرح) قوله: الفيروز والمرجان صغار اللؤلؤ، والرق بفتح الراء وتشديد القاف جلد رقيق يكتب عليه.

[120]

أما أحكام الفصل في باب السلف في الالهب والجلود: ولا يجوز السلف في جلود الابل ولا البقر ولا أهب الغنم ولا جلد إهاب من رق ولا غيره ولا يباع إلا منظورا إليه، قال: وذلك أنه لم يجز أن نقيسه على الثياب لانا لو قسناه عليها لم يحل إلا مذروعا مع صفته، وليس يمكن فيه الذرع لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال، ولو ذهبنا نقيسه على ما أجزنا بصفة لم يصح لنا، وذلك أنا إنما نجيز السلف في بعير من نعم بنى فلان ثنى أو جذع موصوف فيكون هذا فيه كالذرع في الثوب، ويقول: رباع وبازل، وهو في كل سن من هذه الاسنان أعظم منه في السن قبله حتى يتناهى عظمه وذلك معروف مضبوط كما يضبط الذرع وهذا لا يمكن في الجلود - إلى أن قال رحمه الله: - هكذا الجلود لا حياة فيها وإنما تفاضلها في تخانتها وسعتها وصلابتها، ومواضع منها، فلما لم نجد خيرا نتبعه ولا قياسا على شئ مما أجزنا السلف فيه لم يجز أن نجيز السلف فيه. أما الجواهر الثمينة فقد قال الشافعي رحمه الله في باب السلف في اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجواهر لا يجوز عندي السلف في اللؤلؤ في الزبرجد ولا في الياقوت ولا في شئ من الحجارة التي تكون حليا من قبل أنى لو قلت: سلفت في لؤلؤة مدرجة صافية وزنها كذا وكذا وصفتها مستطيلة ووزنها كذا، كان الوزن في اللؤلؤة مع هذه الصفة تستوى صفاته وتباين، لان منه ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل والجودة، وكذلك الياقوت وغيره، فإذا كان هكذا فيما يوزن كان اختلافه لو لم يوزن في اسم الصغير والكبير أشد اختلافًا. ولو لم أفسده من قبل الصفاء، وإن تباين وأعطيته أقل ما يقع عليه اسم الصفاء أفسد من حيث وصفت، لان بعضه أثقل من بعض، فيكون

الثقيلة الوزن بينا وهي صغيرة وأخرى أخف منها وزنا يمثل وزنها وهي كبيرة، فيتباينان في الثمن تباينا متفاوتا ولا أضبط أن أصفها بالعظم أبدا إذا لم توزن اه. قال النووي في المنهاج، ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو ولدها. وخرج بقوله " اللؤلؤ الكبار " الانواع الصغيرة الدقيقة التي لا تستعمل في

[121]

الزينة، وإنما التي تطلب للتداوي، وضبطها الجويني بسدس دينار، ولا يصح في العقيق كما قال الماوردي، بخلاف البللور، فإنه لا يختلف، ومعياره إن كان مسطحا بقياس مساحته وسمكه. (فرع) السلف في الرؤوس والاكارع فيها قولان (أحدهما) لا، وهو أحد قولى الشافعي وقول أبى حنيفة لعدم انضباطه بكيل أو وزن، ولا عدد منفرد. وذلك قد يشتبه ما يقع عليه اسم الصغير وهو متباين، وما يقع عليه اسم الكبير وهو متباين. (والقول الثاني) نعم. وهو قول أحمد ومالك والاوزاعي وأبى ثور، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه، فجاز السلم فيه كبقية اللحم، وهو أحد القولين عند الشافعي. قال في الام: ولا يجوز عندي السلف في شئ من الرؤوس من صغارها ولا كبارها ولا الاكارع - إلى أن قال - ولو تحامل رجل فأجازه لم يجز عندي أن يؤمر أحد بأن يجيزه إلا موزونا. ثم قال ولا جازته وجه يحتمل بعض مذاهب أهل الفقه ما هو أبعد منه، اه قوله " ويجوز في الورق " قلت إذا كان السلم فيه في نوع مقدور عليه للناس جاز، ولا يجوز أن يسلم في ورق يابانى حيث لا يوجد الا (راكنا (1)) ولا يسلم في وزن من الورق الراكنا لا يقوم المصنع بإشاعته في السوق وتمكين من إرادته من نيله. وصفات الورق ومصادره وأوزانه وأحجامه في زماننا هذا ينبغي أن يتحرز التجار فيها، وأكثرهم يشيع بينهم السلم في تجارة الورق، فلا يصح إلا موصوفا بوزنه وبلده ولونه وعلامته (2) ان قدر عليه، وإلا فسد السلم، لان العلم إما بالرؤية وإما بالوصف - لأنه في الذمة - فينبغي مراعاة ما ذكرنا وهو متفق عليه عند الشافعي وأحمد ومالك وأبى حنيفة قولاً واحداً

(1) ورق أبيض مصنوع في الجمهورية العربية المتحدة، حرسها الله (2) العلامة التي يقال لها الماركة كالنوريجار والفيريانو والمانيفولد والسنانيه والطبع إلى آخر أصناف الورق التي لا حصر لها

[122]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لان عمل النار فيه يختلف فلا يضبط، واختلف أصحابنا في اللبأ المطبوخ، فقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله لا يجوز لان النار تعقد أجزاءه فلا يضبط، وقال القاضى أبو الطيب الطبري رحمه الله يجوز لان ناره لينة. (الشرح) قوله لا يجوز فيما عملت فيه النار " وهو قول الاصحاب. قال النووي رحمه الله تعالى: ولا يصح في المخبوز والمشوى، ولا يضر تأثير الشمس، والاطهر منعه في رعوس الحيوان والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علقته عدم انضباط تأثير النار فيها، وإلا لو أمكن

انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم في الصابون والسكر والفانيد واللبأ والديس، وقد نبه النووي على تصحيح ذلك في كتابه التنبيه في كل ما دخلته نار خفيفة، ومثل بعض المذكورات، وإن خالف في ذلك ابن المقرئ تبعاً للاسنوي، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم في الآجر المطبوع. قال الشرييني الخطيب في المعنى من كتب المذهب: وعليه يفرق بين بابي الربا والسلم بضيق باب الربا. فإن قيل قول النووي كغيره " إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد. وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر " أجب بأن مراده اللطيفة المضبوطة، كما عبرت به، وصرح الامام ببيع الماء المغلى بمثله، فيصح السلم فيه وفي ماء الورد لان ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره وكذلك أجازوا السلم في العسل المصفى بالنار، لان تصفيته بها لا تؤثر، لان ناره لطيفة للتمييز. ويجوز في الشمع والقند - وهو السكر الخام - والخزف والفحم وقول النووي " والاطهر منعه في رءوس الحيوان " وذلك لاحتوائها على

[123]

أجزاء مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها - ويتعذر ضبطها - أي حرارة الشمس وتأثيرها. وقد منع النووي السلم في البرمة المعمولة، وهي القدر، ولا يصح في القمقم والطنجير والكوز والطلست أو الطلشت ونحوها كالاباريق والخابية والاسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها اما لاختلاف الاجزاء في الدقة والغلط فتكون كالجلد، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها، أما الجلد المقطع فقد قال الشرييني الخطيب في المعنى يجوز فيها وزنا لانضباطها لان جملتها مقصودة، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً، ولا يصح في الرق لما ذكر. (مسألة) إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم، فهل يصح في البرمة المصبوبة في قالب؟ الراجح جوازه. قال الاشموني " والمذهب جواز السلم في الاواني المتخذة من الفخار " وهذا محمول على ما إذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاءه اختلافاً يصعب وصفه منضبطاً، وذلك لان المعمولة هي التي تحفر بالآلات. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالثغالية والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التي فيها الشعير لانه لا يعرف قدر كل جنس منه، ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التي فيها الزوان لان ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك عرر من غير حاجة فمنع صحة العقد، ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة، كخل التمر وفيه الماء والجبن، وفيه الانفحة والسمنك المملوح، وفيه الملح، لان ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز في الادهان المطيبة، لان الطيب لا يخالطه وانما تعبق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لانه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لانه بمنزلة صبغ الاصل، ولا يجوز في ثوب عمل فيه غير غزله كالقرفوبى لان ذلك لا يضبط، واختلف أصحابنا

[124]

في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال لا يجوز لانهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية، ومنهم من قال يجوز لانهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما، وفي السلم في الرؤوس قولان، أحدهما يجوز لانه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم، والثاني لا يجوز لانه يجمع أجناسا مقصودة لا تضبط بالوصف، ولان معظمه العظم وهو غير مقصود (الشرح) قوله " الغالية " طيب مختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر، وأول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك " والنند " بفتح النون نوع من الطيب معرب، وهو من العود كما في المصباح، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود، أما الزوان فهو حب يخالط الحنطة فيكسيها رداءة، والمعجون خليط كثيف من الطيب، والقوس معروف أما الاحكام فقد قال الشافعي في باب السلف في الشئ المصلح لغيره: كل صنف حل السلف فيه وحده فخلط منه شئ بشئ غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزاله بحال سوى الماء، وكان الذي يخلط به قائما فيه، وكان مما يصلح فيه السلف، وكانا مختلطين لا يتميزان، فلا خير في السلف فيهما من قبل أنهما إذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا، فكنت قد أسلفت في شئ مجهول، وذلك مثل أن أسلم في عشرة أرطال سويق لوز فليس يتميز السكر من دهن اللوز، ولا اللوز إذا خلط به أحدهما، فيعرف القابض المبتاع كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز. فلما كان هكذا يباعا كان مجهولا، وهكذا إن أسلم إليه في سويق ملتوت مكبل، لاني لا أعرف قدر السويق من الزيت. والسويق يزيد كياله باللغات، ولو كان لا يزيد كان فاسدا، من قبل أنى ابتعت سويقا وزيتا والزيت مجهول، وإن كان السويق معروفا. اه (قلت) ويجوز أن يسلف في لحم مقدد كالبسطرمة إذا تحدد صنفا من الحيوان، وكونها سميئة أو حمراء مع فصل ما يغشاها من البهار، ويفسد السلم إذا أخفى هذا البهار أوصافها، ويعفى عنه إذا لم يخف أوصافها، لانه كالملاح في السمك المملح وهو مما يصلحه فجاز به. ويعفى عن مس الشمس له والاطهر منعه

[125]

في رءوس الحيوان لتعدد أجزائها وأشجارها كما نص على ذلك النووي في المنهاج. ولا يجوز في لحم مشوى أو مطبوخ (أولا) لدخوله النار (وثانيا) لخفاء أوصافه ولعدم تقدير ما أخذت منه النار. وخالف أصحاب أحمد ومالك والاوزاعي وأبو ثور، فجعلوا حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ما عدا بعض الحنابلة وهو ضعيف عندهم ويجوز في الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف إن كانت هذه الاصناف خالصة من الخلط، أو كان خلطها مما يمكن تقديره وضبطه بدقة. على أن يذكر في العقد النوع والبلد الذي ينسج فيه ان اختلف به الغرض. وقيل يعنى ذكر النوع عنه وعن الطول، وهو اختيار الشريبي الخطيب، على أن يذكر الطول والعرض والغلط والدقة، والصفافة والرقعة، والنعومة والخشونة، لاختلاف الغرض بذلك. وذكر في البسيط اشتراط اللون في الثياب. وقال الاذرعى هو متعين في الثياب كالحرير والقز والوبر. وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر خلقه، وهو عزيز، وتختلف الاغراض والقيم بذلك، ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج. قال الماوردي يجوز إذا بين ما صبغ به وكونه في الشتاء أو الصيف واللون وبلد الصبغ أما المصبوغ بعد النسج فقد ذهب النووي في المنهاج إلى أنه الاقبس وليس الاصح، والاصح منعه، وبه قطع الجمهور، وهو المنصوص في البويطى، وفرق في الام بينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بأن الغزال إذا صبغ ثم نسج يكون السلم في الثوب، وإذا صبغ بعد

النسج فكأنه أسلم في الثوب والصبيغ معا والصبيغ مجهول. وهو قول أصحاب أحمد. قال الماوردي: ولا يجوز السلم في الكتان على خشبه ويجوز بعد دقه، أي وبعد نقضه. ويجوز أن يكون قصده النقص، فيذكر بلده وطوله ونعومته وخشونته، ويصح السلم في التمر ولا يصح في المكنوز منه كالعجوة في القواصر كما نقله الماوردي عن الأصحاب، ولو أسلم في تمر منزوع النوى ففي صحته وجهان في الحاوي يظهر منهما الصحة

[126]

قال النووي: والحنطة كسائر الحبوب كالتمر، أعنى في الشروط المطلوبة فيبين نوعها كالشامي والمصري والصعيدي والبحيري، وأبيض أو أحمر أو أسمر. قال السبكي وعادة الناس اليوم - أي على عهد ربه الله تعالى لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها، وهي عادة فاسدة مخالفة لنص الشافعي والأصحاب، فينبغي أن يبينه عليها. اهـ والأصحاب أحمد في ذكر الصفات واستقصائها، قال ابن قدامة: ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ يتعذر تسليم المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها ظاهرا. قلنا: يجمعنا مع القائلين بذلك ما هو مقرر عندنا وعندهم من اشتراط أن يكون السلم في عام الوجود عند المحل، فإذا تحقق هذا مع الصفات كلها مستقصاة صح السلم. أما إذا تعذر وجوده عاما فلا يصح التعاقد ابتداء، والصفات التي نذكرها إنما ترد إذا كان لذكرها أثر في القيمة أو الثمن أو الجودة أو الرداءة، فيبطل الخلاف، والله أعلم قال النووي في المنهاج: ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده. اهـ وإذا رجعنا إلى تفصيل الصفات في المسلم فيه عند ابن قدامة رحمه الله وجدناه يقول: ويصف البر بأربعة أوصاف، النوع، فيقول سبيلة أو سلموني، والبلد فيقول حورانى أو بلاقوى أو سمالى، وصغار الحب أو كباره. وحديث أو عتيق وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى، وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب (قلت) وبهذا قلنا. قال النووي بعد ذلك الصفات في الحيوان تفصيلا، وكله على التقريب. اهـ قوله والخف وكذلك النعل بالاولى لعدم انضباط أجزائها، ولأن النعل يشتمل على الجلد وغير الجلد من القماش والورق والخيط والمواد اللاصقة. لان بها ظهارة وبطانة وحشوا، والعقد لا يعنى بذكر أوضاعها وأقذارها. قال الشريبنى الخطيب في المغنى.

[127]

وأما الخفاف المتخذة من شئ واحد ومثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالثياب المخيطة والامتعة، وكذلك لا يجوز السلم في القسى - جمع قوس ويجمع على أقواس - وهي تصنع من خشب وعظم وعصب وكذلك النبل المربش - بفتح الميم وكسر الراء - لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة، وتعذر ضبطه، وهو أحد القولين عند الحنابلة، أما النبل قبل خرطه وتربيشه فيصح لتيسر ضبطه قولا واحدا. ولا يصح السلم في الكشك - وهو بفتح الكاف، وتنطقه العامة بكسرها - لعدم ضبط حموضته. ولا يصح السلم في الخبز وذلك عند أكثر الأصحاب، وإن صح

عند مالك والشافعي وأحمد وأبى ثور والاوزاعي بناء على اعتبار أن ما مسته النار لا يفارق ما لم تمسه النار إذا انضبط، قال الاصحاب في الخبر: لا يصح لتأثير النار فيه تأثيرا لا ينضبط، ولأن ملحه يقل ويكثر، والقول الثاني صحته، وصححه الشافعي ومن تبعه، وحكاه المزني عن النص الصحة لأن ناره مضبوطة والملح غير مقصود والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز السلم في الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية وأختها لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف، وفي الجارية الحامل طريقان: أحدهما لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول. والثاني: يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الام كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون قولان. أحدهما لا يجوز لأنه سلم في شاة ولبن مجهول والثاني: يجوز لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول في بيع شاة لبون. (الشرح) فقد قال النووي - خلافا للمصنف - ويصح السلم في الطير ويذكر النوع والصغر، وكبر الجثة.

[128]

قال الشرييني في شرح المنهاج: والسن إن عرف، ويرجع فيه للبائع كما في الرقيق، والذكورة أو الانوثة إن أمكن التمييز وتعلق به الغرض. (فرع) قال الاذرعى: الظاهر أنه لا يجوز السلم في النحل، وإن جوزنا بيعه، لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل وأنه يجوز السلم في أوزة وأفراخها، ودجاجة وأفراخها إذا سمى عددها. قال الرملي وتابعه تلميذه الشرييني وما قاله في هذه مردود، يعنى في الاوزة والدجاجة وأفراخها إذ هي داخله في قولهم: حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها. قوله لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول " قال الشافعي: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهى من الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحيلة، والمضامين ما في ظهور الجمال والملاقيح ما في بطون الاناث وحبل الحبله بيع كان أهل الجاهلية يتبايعونه، كان الرجل يتباع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج ما في بطنها. قال الشافعي ولا خير في أن يسلم في جارية بصفة على أن يوفأها وهى حبلى، ولا في ذات رحم من الحيوان على ذلك من قبل أن الحمل لا يعلمه الا الله اه. قوله " وفي السلم في شاة لبون قولان " قال الشافعي في باب صفات الحيوان إذا كانت ديناء: ولو سلف في ذات در على أنها لبون كان فيها قولان، أحدهما أنه جائز، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له، كما قلنا في المسائل قبلها، وإن تفاضل اللبن كما يتفاضل المشى والعمل. والثاني لا يجوز ممن قبل أنها شاة بلبن لأن شرطه ابتياع له، واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها، إنما هو شئ يخلقه الله عزوجل فيها كما يحدث في البعر وغيره، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسدا، كما يفسد أن يقول. أسلفك في ناقة يصفها ولبن معها غير مكيل ولا موصوف، وكما لا يجوز أن أسلفك في وليدة حبلى، وهذا أشبه القولين بالقياس والله أعلم اه. (فرع) قال النووي في المنهاج: ولا يصح السلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو ولدها اه.

ويلحق بالجارية وولدها والشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وفي السلم في الاواني المختلفة الاعلى والاسفال كالابريق والمنارة والكراز وجهان (أحدهما لا يجوز لانها مختلفة الاجزاء فلم يجر السلم فيها كالجلود (والثاني) يجوز لانها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة، واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال لا يجوز وهو قول أبى القاسم الداركي رحمه الله لانه لا يضبط، والثاني يجوز لانه يذكر النوع والنعومة والجوذة فيصير معلوما ولا يجوز السلم في العقار لان المكان فيه مقصود والتمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة. (الشرح) قوله: الكراز - بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاي - زنة غراب وorman، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس. أما الاحكام فقد قال النووي رحمه الله تعالى: ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطلسى وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها، ويصح في الاسطال المربعة وفيما صب منها في قالب. قلت: عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب اختلاف بعض الآنية من حيث شكلها وقوامها ففي البرمة المعمولة وهى المحفورة بألة وفي الابريق الذى يختلف اسفله عن أعلاه في سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلا قليلا قليلا ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبره إلى الامام كرقبة الاوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلا، وقد يكون له غطاء متحرك، وفي الكراز كذلك إتساع من أسفل وضيق من وسطه وأعلاه، وفي الطلسى أو الطلسيت حافة كالطوق تندلى من طرفه الاعلى مع اختلاف في أسفله عن أعلاه. كل هذه الاصناف التى وصفناها هل يجوز فيها السلم ؟ قولان. أصحابنا: لا، وذلك لعدم استطاعة المتعاقدين تحديد وصفها بالعبارة، وهذا قول أصحاب أحمد. أما الاسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قول واحد.

قال ابن قدامة: وإن أسلم في الاواني التى يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز اه. قلت لا يشترط ذكر الجيد أو الردئ في العقد ويحمل مطلقه على أجودها (فرع) اختلف الاصحاب في الدقيق فذهب أبو القاسم الداركي إلى عدم الجواز لانه لا يضبط، والقول أنه يجوز لامكان ذكر النعومة والجوذة والنوع وبذلك يصير معلوما مقدورا عليه، فلو أسلم في دقيق (علامة أو زيرو (1)) جاز لانضباط النوع وإمكان القدرة عليه لدى عامة الناس فإذا تعذر ذلك على الناس فسد السلم فيه والله أعلم. (فرع) استحدثت في أزماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم كالمذياع والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تليفزيون) من بعيد والثلاجة الكهربائية والغسالة الكهربائية وكل نوع من هذه الانواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الاجزاء ما يصعب على المتعاقدين ضبطه، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزاءه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خبيرين بأسرارها كوكيل لمؤسسة لصنع الاجهزة أو توزيعها جاز السلم بينهما، أما إذا لم يكن عليهما بدقائق هذه الاجهزة بحيث يمكن تغيير مصباح، أو محرك جيد ووضع بدله أقل جوذة أو قديما فسد السلم لانعدام العلم والاحاطة بدقائق الجهاز

ويؤخذ من قول الشافعي في الام في باب لحم الوحش جواز سؤال أهل العلم به، فان بينوا عيبا رد بالعيب، وإلا فلا. (فرع لا يجوز السلم في أنواع الاثاث إذا كان يشتمل على الحشايا والاسلاك اللولبية والقطن والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك لعدم إمكان انضباطه وتشابه الردئ منها بالجيد والله أعلم.

(1) الدقيق العلامة أو الزبرو وهو أجود الدقيق وأعلاه صنفاً وبصنع منه الفطائر وأنواع الحلوى.

[131]

(فرع) العقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة إلى نواصي الطرقات إلى واجهة في ميدان فسيح مما يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه، وقد يكون مكان مكتظ بالسكان والاهلين وهو أقل سعرا من مكان لا كثافة فيه بالاهلين، ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة في الذمة أمرا مستحيلا، ومن ثم لا يجوز السلم في العقار كما قال المصنف. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز السلم إلا في شئ عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل فان أسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتا لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن زيد بن سعة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا محمد هل لك أن تبيعني تمرا معلوما إلى أجل معلوم من حائط بنى فلان فقال لا يا يهودى ولكن أبيعك تمرا معلوما إلى كذا وكذا من الاجل ولانه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد. (الشرح) حديث عبد الله بن سلام مر ذكره في البيوع وبيان درجته وفى بابيه لانس في الطبراني في الكبير والبخاري وفيه موسى بن عبيدة الريدى وهو ضعيف أورده الهيثمى في مجمع الزوائد، وزيد بن سعة كان من أخبار اليهود، أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم مشاهد كثيرة وتوفى في غزوة تبوك مقبلا إلى المدينة روى عنه عبد الله بن سلام، وكان عبد الله بن سلام يقول: قال زيد بن سعية - بالياء - ما من علامات النبوة شئ الا وقد عرفته في وجه محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم، وهذه الرواية وقعت قبل أن يسلم زيد، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل ليهودى بعد اسلامه: يا يهودى فعرف أنها كانت قبل اسلامه. أما أحكام الفصل: فإنه مكمل لما سبق أن بيناه من أقوال الفقهاء في أن السلم لا يصح في شئ يندر وجوده، ونتيجة لذلك لا يصح الا في عام الوجود مأمون

[132]

الانقطاع في المحل المحدد لتسليمه فيه وفى الوقت المعين، فإن كان موسميا - أعنى يكثر في وقت من العام إلى أجل ما. ثم يقل في الاسواق أو يندر أو ينقطع فيصح السلم فيه إلى موسم الذى يكثر فيه ويعم الاسواق ويصح السلم في الاصناف المستوردة في وقت السلم، وتعرض

السفن في البحار للمخاطر نادر الحدوث، وهو أشبه بتعرض القوافل التي تحمل السلع في الماضي لمخاطر الطريق، ولم يمنع ذلك من السلم، أما وقت الحروب فيمتنع السلم فيها، والله تعالى أعلم. قال النووي: ولو أسلم فيما يعم فانقطع في محله لم يفسخ على الاظهر، فيتخير المسلم بين فسخه وبين الصبر حتى يوجد، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا خيار قبله في الاصح. اهـ أما السلم في الصيد فقد أجازته الشافعي في لحمه كلحم الانيس. قال في الام: ولحم الوحش كله كما وصفت من لحم الانيس إذا كان ببلد يكون بها موجودا لا يختلف في الوقت الذي يحل فيه بحال جاز السلف فيه. وإذا كان يختلف في حال ويوجد في أخرى لم يجز السلف فيه إلا في الحال التي لا يختلف فيها. قال ولا أحسبه يكون موجودا في بلد إلا هكذا. وذلك أن من البلدان ما وحش فيه وإن كان به منها وحش فقد يخطئ صائده ويصيبه. والبلدان وإن كان منها ما يخطئه لحم يجوز فيه في كل يوم أو بها بعض اللحم دون بعض، فإن الغنم تكاد أن تكون موجودة والابل والبقر، فيؤخذ المسلف البائع بأن يذبح فيوفى صاحبه حقه، لان الذبح له ممكن بالشراء، ولا يكون الصيد له ممكنا بالشراء فيه في الوقت الذي يتعذر فيه لحم الانيس أو شئ منه في الوقت الذي يتعذر فيه، لم يجز في الوقت الذي يتعذر فيه، ولا يجوز السلف في لحم الوحش إذا كان موجودا ببلد إلا على ما وصفت من لحم الانيس أن يقول: لحم طيبي أو أرنب أو تبتل أو بقر وحش أو حمر وحش أو صنف بعينه ويسميه صغيرا أو كبيرا، ويوصف اللحم كما وصفت، وسمينا أو منقيا كما وصفت في اللحم لا يخالفه في شئ يكون معه لحمه غير طيب، شرط صيد كذا دون صيد كذا، فإن لم بشرط سئل أهل العلم به، فإن كانوا يبينون في بعض اللحم الفساد، فالفساد عيب ولا يلزم

[133]

المشترى، فإن كانوا يقولون: ليس بفساد ولكن صيد كذا أطيب فليس هذا بفساد، ولا يرد على البائع، ويلزم المشتري قال الشافعي: ويجوز السلم في لحم الطير كله لسن وسمانة وإنقاء ووزن غير أنه لا سن، وإنما يباع بصفة مكان السن بكبير أو صغير، وما احتمل أن يباع مبعضا بصفة موصوفة وما لم يحتمل أن يبيع لصغره وصنف طائره وسمانته وأسلم فيه بوزن لا يجوز أن يسلم فيه بعدد وهو لحم، إنما يجوز العدد في الحى دون المذبوح، والمذبوح طعام إلا يجوز الا وزنا، وإذا أسلم في لحم طير وزنا لم يكن عليه أن يأخذ في الوزن رأسه ولا رجليه من دون الفخذين، لان رجليه لا لحم فيهما، وأن رأسه إذا قصد اللحم كان معروفا أنه لا يقع عليه اسم اللحم المقصود قصده. انتهى قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، فإن كان في مكيل ذكر كيلا معروفا، وإن كان في موزون ذكر وزنا معروفا، وإن كان في مذروع ذكر ذرعا معروفا، فإن علق العقد على كيل غير معروف كملء زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لان المعقود عليه غير معلوم في الحال لانه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه. وذلك عرر من غير حاجة فمنع صحة العقد، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه، وإن أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز لان القصد أن يكون معلوما والعلم يحصل بذلك، وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقتاء والبطيخ والبقل والرءوس إذا جوزنا السلم

فيها أسلم فيها بالوزن. وقال أبو إسحق يجوز أن يسلم في الجوز كيلا لانه لا يتجافى في المكيال والمنصوص هو الاول. (الشرح) حديث ابن عباس مر ذكره، وقد رواه الجماعة بصيغة الاخبار لا بصيغة الانشاء كما ساقه المصنف ولفظه " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم

[134]

المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " أما الاحكام فقوله: فإن كان مكيلا ذكر كيلا معلوما، أعنى معروفا للناس، ولو كان السلطان قد أبطله، الا أن الناس ظلوا يتعاملون به فيما بينهم كان السلم فيه صحيحا، ولا يصح في كيل أو وزن غير معروفين للناس، ولو كان السلطان فرضهما ولكن الناس لم يتعاملوا بهما، والعبرة بشيوع المكيال والميزان عند عامة الناس، فإذا أعطى السلطان مهلة للناس لتصفية ما عندهم من موازين ومكاييل وحددها بأجل ينتهى فيه العمل بهذه المكاييل وجب على الناس طاعة للسلطان ألا يسلفوا في المكيال أو الميزان اللذين تحدد أجل العمل بهما إلا فيما قبل مهلة الابطال لاحتمال أن يتعرضوا للعقاب عند المخالفة قوله " وان كان في مذروع " أي كان القياس فيه بالذراع، ومثله المتر والياردة والقدم في عصرنا هذا، ويجرى على المقياس ما يجرى على الميزان والمكيال. (فرع) لا يجوز أن يسلم في المذروع وزنا، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم. اه وفيما عدا المكيل والموزون والمذروع فعلى ضربين، معدود وغيره، فالمعدود نوعان (أحدهما) لا يتباين كثيرا كالبيض والبقل والبرءوس من الانواع التي ذكرها المصنف، لان القنأ والبطيخ يباعان في زماننا هذا بالوزن في أكثر البلدان، فيسلم في الانواع المذكورة عددا، وقد نص الفقهاء على جواز السلم في الجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا. قال النووي: ويشترط الوزن في البطيخ والبادنجان والقنأ والسفرجل والرمان، ويصح في الجوز واللوز بالوزن في نوع يقل اختلافه، وكذا كيلا في الاصح. قال السبكي: ويجوز الكيل والوزن في البندق واللوز والفستق، قال ولا أظن فيهما خلافا (قلت) ويجوز في المشمش كيلا ووزنا وان اختلف نواه كبيرا وصغرا. والله أعلم

[135]

فالذي لا يتباين كثيرا من المعدود يسلم فيه عددا، وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي. وقال الشافعي يسلم في البيض والجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجر عددا كالبطيخ، فإن فيه الكبير والصغير ولاصحاب أحمد قول أنه إذا كان التفاوت يسيرا ويذهب باشتراط الكبر والصغر والوسط، ذهب التفاوت وان بقى شئ يسير عفى عنه، ويفارق البطيخ فإن التفاوت فيه كبير فلا ينضبط بالعدد (الضرب الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقنأ والخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عددا وينضبطه بالصغر والكبر لانه يباع هكذا، وهو قول أحمد ومالك (والثاني) لا يسلم فيه

الا وزنا، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد، لانه يختلف كثيرا ويتباين جدا فلم يمكن تقديره بغير الوزن، فتعين تقديره به. والله أعلم (فرع) لا يجوز أن يسلم في ثمره بستان بعينه، ولا قرية صغيرة، لانه لا يؤمن تلفه وانقطاعه. قال ابن المنذر: ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالأجماع من أهل العلم، وممن حفظنا أنه قال ذلك الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق، وهو مذهب أحمد. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز حتى يصف السلم فيه بالصفات التي تختلف بها الاثمان كالصغر والكبر، والطول والعرض، والدور والسمك، والنعومة والخشونة، واللين والصلابة، والرقعة والصفافة، والذكورية والانوثية، والثبوبة والبكارة والبياض والحمرة، والسواد والسمره. والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة، وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الاثمان، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة، وان شرط الاجود لم يصح العقد، لانه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه، وان شرط الارداً ففيه قولان (أحدهما) لا يصح لانه ما من ردي إلا ويجوز أن يكون

[136]

دونه ما هو أردأ منه فيصير كالأجود، والثاني أنه يصح لانه ان كان ما يحضره هو الارداً فهو الذي أسلم فيه، وان كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم. وإن أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن، وشرط أن يكون وزنه قدراً معلوماً ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني لانه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلا نادراً فيصير كالسلم في جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده (والثاني) أنه يجوز، لان الشافعي رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في أنية وشرط وزناً معلوماً جاز فكذلك ههنا. (الشرح) هذا الفصل أحكامه مستوفاة في باب تسليم المسلم فيه بعد هذا الباب وإن كان المطلوب هنا عدم جواز العقد خالياً من ذكر الصفات في المسلم فيه، وقد مر بك تفصيل هذا. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ولان الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالمكيل والوزن وسائر الصفات والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهورة العرب وشهورة الفرس وشهورة الروم وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان، فإن أسلم إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح لان ذلك غير معلوم لانه يتقدم ويتأخر، وان جعله إلى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الاول منهما. ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين، والمذهب الاول لانه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الاول، فإن قال إلى يوم كذا كان المحل إذا طلع الفجر. فإن قال إلى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال، فإن قال محله في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا ففيه وجهان: قال أبو علي ابن أبي هريرة: يجوز ويحمل على أوله، كما لو قال لامرأته أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فإن الطلاق يقع في أولها (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح لان ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة، فإذا لم يبين كان مجهولاً ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل مجهول وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم. فان ذكر شهوراً مطلقاً حمل على

شهور الالهة لان الشهور في عرف الشرع شهور الالهة فحمل العقد عليها فان كان العقد في الليلة التي رؤى فيها الهلال اعتبر الجميع بالالهة وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهرا بالعدد وجعل الباقي بالالهة فان أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد وان أطلق ففيه وجهان. (أحدهما) لا يصح لانه أحد محلى السلم فوجب بيانه كالمؤجل (والثاني) أنه يصح ويكون حالا لان ما جاز حالا ومؤجلا حمل اطلاقه على الحال كالثمن في المبيع وان عقد السلم حالا ثم تجعله مؤجلا أو مؤجلا فجعله حالا أو زاد في أجله أو نقص نظرت فان كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لان العقد استقر فلا يتغير وان كان قبل التفرق لحق بالعقد، وقال أبو علي الطبري إن قلنا ان المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الاول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن. (الشرح) حديث ابن عباس سبق تخريجه وضبطه لفظا. أما لغات الفصل: فشهور العرب هي المحرم وصفر وربيع الاول وربيع الآخر وجمادى الاولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة أما شهور الفرس فقد كان معمولا بها في الدولة العباسية وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان، والمهرجان بكسر الميم نزولها برج الحمل اما الشهور الرومية فهي كانون الثاني (يناير) وشباط (فبراير) وأذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الاول (أكتوبر) وتشرين الثاني (نوفمبر) وكانون الاول (ديسمبر) وهذه اسماؤها بالسريانية والفرنجية. أما الاحكام، فقد قال النووي في المنهاج: فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز، وإن أطلق حمل على الهلالي، فإن انكسر شهر حسب الباقي بالالهة، وتمم الاول ثلاثين. قلت: بشرط لصحة السلم في شهور الفرس معرفة المسلمين بها فان كانت قد أهملت وترك الناس العمل بها كما هو واقع في زماننا لا يصح التوقيت بها في السلم، والعبرة بمعرفتها لدى المسلمين، ولذلك قال الشرييني في المغنى: يجوز بعيد

الكفار (كالكريسماس) وكفصح النصرى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون، ولو عدلان منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم اه. قال الرملي في النهاية: نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم اه. نعم لو انعقد في أول ليله آخر الشهر اكتفى بالاشهر بعده بالالهة، وان نقص بعضها ولا يتمم الاول مما بعدها لانها مضت عربية كوامل، هذا إن نقص الشهر الاخير، والا لم يشترط انسلاخه، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ. فإذا قال: أسلفتك إلى شهر ربيع أو جمادى ولم يبين أي الربيعين أو أي الجماديين، حمل على الاول أعنى على ربيع الاول وعلى جمادى الاولى، وكذلك إذا قال إلى العيد فان كان بعد الفطر وقبل الاضحى تحمل على الاضحى، وان كان بعد الاضحى حمل على الفطر، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين، والمذهب الاول، وهو اختيار المصنف والنووي والرملي والشرييني أرجح

ودليل ذلك أنه نص على أنه إذا جعله إلى النفر حمل على النفر الاول والله أعلم: كل هذا لان العلم بالاجل شرط فلو قال: إلى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس لم يصح، ولو قال: أول فصل الشتاء وقصدا يوم الثاني والعشرين من كانون الثاني وهو أول الشتاء على ما قرره علماء الهيئة، أو قال: أول فصل الربيع، وقصدا الحادي والعشرين من آذار، أو أول فصل الصيف وقصدا الثاني والعشرين من حزيران، أو أول الخريف وقصدا الثالث والعشرين من تشرين الاول لم يصح لاحتمال أن يجحد أحدهما، ولان أول الفصل قد يبلغ الشهر أو أكثر فلم يصح الا على قول على بن أبي هريرة في حمل الاطلاق على الاول قياسا على النفر والعيد وربيع وجمادى وهو قياس غير مقبول عند الاصحاب. فإذا قال: إلى أول أو آخر رمضان، قال الامام والبعوى: ان قال إلى أول أو آخر رمضان ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف كما في النفر

[139]

قال في الشرح الصغير: وهو الاقوى. وقال السبكي: وهو الصحيح، ونقله الاذرعى عن ذكر وغيره عن نص الام وقال: إنه الاصح نقلا ودليلا. وقال الزركشي: إنه المذهب، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله، فان قال: إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم، وكذا الماوردي. وقال الرملي: وما ذكرناه آخر بعد الصحة من حمله على الجزء الاول من كل نصف رأى مرجوع في آخره، أما على الراجح فيحمل على آخر جزء منه، ولو قال: في رمضان لم يصح. لانه جعل جميعه طرفا فكأنهما قالوا: يحل في جزء من أجزائه وهو مجهول، وإنما جاز ذلك في الطلاق، لانه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به، فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف. وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام، وإنما قبله بنحو العيد لانه وضع لكل من الاول والثاني بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الطرف على أزمته، لانه لم يوضع لكل منهما بعينه، بل لزم من مبهم منها اه. وقال الشافعي في الام: وكذلك لو قال: أجلك فيه شهر كذا أوله وآخره لا يسمى أجلا واحدا، فلا يصلح حتى يكون أجلا واحدا، ولو سلفه إلى شهر كذا، فإن حبسه فله كذا كان بيعا فاسدا، وإذا سلف فقال: إلى شهر رمضان من سنة كذا كان جائزا والاجل حين يرى هلال شهر رمضان أبدا حتى يقول: إلى انسلاخ شهر رمضان أو مضيه أو كذا وكذا يوما يمضى منه إلى أن قال: ولو قال إلى عقب شهر كذا كان مجهولا فاسدا. وكلام المصنف مشعر ببطلان العقد إذا أطلق الشهر ولم يحدد اليوم خلافا لابي على بن أبي هريرة لان الاطلاق في الشهر يقع على جميع أجزائه وإذا أطلق في السنة يقع على جميع أجزائها وقد رفض الاصحاب هذا القول. (فرع) إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه قبل محله - بكسر الحاء - أي وقت حلول الاجل فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح، كأن كان حيوانا يحتاج لمؤنة

[140]

ونفقة إلى حلول الاجل، أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل - فيما يظهر - أو وقت إغارة لو قبلها هلكت، أو كان يريد أكله طريا في محله إن كان في لحم ونحوه - وكان المؤدى في ذلك كله يريد أن يفوت على المسلم مصلحة أو يلحق به ضررا - لم يجبر على قبوله. وإن كان للمؤدى غرض صحيح، كفك رهن، أو براءة ضامن - كما لو كان المسلم فيه توقع عليه حيز وأراد استشكال هذا الحيز، ثم يرفع قضية استرداد لتسليم المسلم فيه المحجوز عليه للمسلم، أو كان يخاف انقطاع الجنس عند حلول الاجل، أو كان المسلم ليس له غرض صحيح في الامتناع، أو كان يريد الحاق الضرر بالمؤدى، أو كان المؤدى يريد مجرد ابراء الذمة، أجبر المسلم لان امتناعه حينئذ للتعنت. وفي حالة ارادة مجرد ابراء الذمة فما قررناه فيها هو أظهر القولين والثانى لا يجبر للمنة، وسيأتى مزيد في باب تسليم المسلم فيه ان شاء الله تعالى. (فرع) إذا أطلق المتعاقدان في محل - بكسر الحاء - السلم فلم يذكر وقتا ولم يحددا أجلا انصرف إلى كونه حالا، لان ما جاز حالا ومؤجلا حمل اطلاقه على الحال، وهذا هو قول الشافعي وابن المنذر وأبى ثور. (فرع) إذا أراد أحدهما أن يجعل الحال مؤجلا، أو أراد أن يزيد في الاجل نظرت، فان كان ذلك بعد التفريق وهو لزوم العقد لم يلحق بالعقد، لان العقد استقر فلا يتغير. وإذا أراد أحدهما أن يجعل المؤجل حالا - نظرت - فان كان ذلك من المؤدى وهو المسلم إليه، أجرنا عليه ما قلناه فيما إذا حضر المسلم فيه قبل محله في فرع سبق من هذا الفصل، وإن كان بنقص في الاجل وكان ذلك بعد لزوم العقد أو بعد التفريق فلا يلحق بالعقد لان العقد قد استقر، وإن كان ذلك كله، أعنى الزيادة في الاجل أو النقصان فيه أو جعله حالا، قبل التفريق أو قبل لزوم العقد لحق ذلك بالعقد والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أسلم في جنسين إلى أجل أو في جنس إلى أجلين ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يصح لان ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر وما يقابل

[141]

أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز (والثانى) أنه يصح وهو الصحيح لان كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الاعيان ودليل القول الاول يبطل بيع الاعيان فانه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما. (الشرح) إذا أسلم في جنسين إلى أجل، وصورة ذلك أن يسلم دينارا في قميص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة، فقد جوزه مالك وأحد القولين عند الشافعي ومنعه أحمد، والقول الآخر عند الشافعي، والقول المجيز يحتج بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الاعيان لما يشتمل عليه من مباني وغيرها على النحو الذى سبق في بيع الاعيان وهو كما لو بين ثمن أحدهما. ويقول المانعون إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفردا بثمن مجهول، ولان فيه غررا أثر مثله في السلم ويمثل هذا عللوا معرفة صفة الثمن وقدره، والوجه الاخر أنه لا يشترط لانه لما جاز أن يسلم في شئ واحد إلى أجلين، ولا يبين ثمن كل واحد منهما، كذا ههنا، قال ابن موسى ولا يجوز أن يسلم خمسة دنائير وخمسين درهما في كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن، والاولى صحة هذا، لانه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما وأمكن معرفة ثمن كل منهما ما دام موصوفا بصفاته من ثمن مثله في أجله، كذلك إذا أسلف في جنس واحد إلى أجلين فقد قال الشافعي: إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قولان. أحدهما لا

يصح، لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز، قلت: ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل واحد جاز في أجلين، وقد أجازته أحمد وأصحابه في أكثر من أجلين إلى أجل، كبيع الأعيان، فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجح بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا عن المقبوض، لانه مبيع واحد متمثل الاجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله والله تعالى أعلم.

[142]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه: (أحدها) يجب بيانه لانه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات (والثاني) لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان (والثالث) أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه لانه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه لانه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها. (الشرح) قال النووي رحمه الله تعالى " المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم أو يصلح، ولحملة مؤنة اشترط محل التسليم وإلا فلا. قال الرملي في النهاية المذهب أنه إذا أسلم سلما حالا أو مؤجلا وهما بموضع لا يصلح للتسليم، أو سلما مؤجلا وهما بمحل يصلح له ولكن لحمله، أي المسلم فيه مؤنة اشترط بيان محل. بفتح الحاء، أي مكان التسليم للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الامكنة في ذلك، وإلا بأن كان صالحا للتسليم، والسلم حال أو مؤجل، ولا مؤنة لحمل ذلك إليه فلا يشترط ما ذكر، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه، فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع، لان السلم لما قبل شرطا يقتضى تأخير التسليم، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له، ولو أبعده منه، ولا أجرة له فيما يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تنمة التسليم الواجب، ولا يثبت للمسلم، خيار ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال، ولو لخلص ضامن وفك رهن خلافا للبلقيني ومن تبعه (قلت) والمسألة فيها ثلاثة أوجه عند المصنف في الصلح فقط وستة طرق عند الرملي في الصالح وغيره، وسبعة عند الشيراملسي، فالمنصوص الاشتراط وعدمه، فقليل هما مطلقا، وقيل هما في حالين. قيل في غير الصالح ومقابله. وقيل هما في الصالح، ويشترط في غيره. وقيل هما فيما لحمله مؤنة، ولا يشترط في مقابله

[143]

وقيل هما فيما ليس لحمله مؤنة، ويشترط في مقابله. والمدار هنا على ما يليق بحفظ المال والمؤن، والغالب استواء المحلة فيهما. ويشهد لذلك قولهم: المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محله فيهما، ولهذا قالوا: لو قال تسلمه لى في بلد كذا وهى غير كبيرة كفى إحضاره في أولها وإن بعد عن منزله، أو في أي محل شئت منه صح ما لم يتسع، ومنى اشترط التعيين فتركه لم يصح العقد، ومن ثم عرف صحة كلام ابن الرفعة: إن محل

قولهم السلم الحال يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقا حيث كان صالحا له، وإلا كان أسلم في كثير من الشعير وهما سائران في البحر، فالظاهر اشتراط التعيين كما هو ظاهر كلام الأئمة، وإن توقف فيه بعضهم، إذ هو ظاهر، وحزم به غيره لأن من شرط الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه في الحال، وحينئذ فلا فرق بين الحال والمؤجل إذا لم يكن الموضع صالحا في اشتراط التعيين. ويدل عليه كلام الماوردي أيضا، والكلام في السلم المؤجل. أما الحال فيتعين فيه موضع العقد للتسليم، أي إذا كان صالحا وإلا اشترط بما فيه من التفصيل، وحينئذ فقد افرق الحال والمؤجل من بعض الوجوه، وذلك كاف في صحة المفهوم. وقد اختلف أئمة المذاهب في تعيين مكان الايفاء، فقال ابن المنذر لا يشترط تعيين مكان الايفاء. وحكاه عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث. وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم " في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم " ولم يذكر مكان الايفاء، فدل على أنه لا يشترط وفي الحديث الذي فيه " ان اليهودي أسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أما من حائط بنى فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى " رواه ابن ماجه ولم يذكر مكان الايفاء، ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه مكان الايفاء كبيع الاعيان وقال الثوري: يشترط ذكر مكان الايفاء، وهو القول الثاني للشافعي، وقال الاوزاعي هو مكروه، لأن القبض يجب بحلولة ولا يعلم موضعه حينئذ، فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا، وقال أبو حنيفة وهو قول أصحابنا: إن كان لحمله ثبوت وجب شرطه، وإلا فلا يجب، لأنه إذا كان لحمله ثبوت اختلف فيه

[144]

الغرض بخلاف مالا ثبوت فيه، وقال ابن أبي موسى: ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء، وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن، وان لم يذكره كان الايفاء مكان العقد، فإذا ترك ذكره كان مجهولا، وان لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكان العقد، فاكتفى بذلك عن ذكره. وللفقهاء أقوال حول هذا أجملناها بما يوفى المقصود والله أعلم قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم: أسلفوا في كيل معلوم، والاسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سمي سلما لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلما فلم يصح، ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه، ويجوز أن يكون معينا، فإن كان في الذمة نظرت فإن كان من الائتمان حمل على نقد البلد، وان كان في البلد نقود حمل على الغالب منها، وان لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم. وان كان رأس المال عرضا وجب بيان الصفات التي تختلف بها الائتمان لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه، وان كان رأس المال معينا ففيه قولان (أحدهما) يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن ينسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يردده (والثاني) لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لا يقتضى رد المثل فوجب أن تغنى المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والتمن في البيع وان كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها، فعلى القولين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وان قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم (الشرح) الحديث

هو حديث ابن عباس الذي دار عليه أكثر الفصول السابقة وأضحاه بلفظه وتخرجه فيما سبق، أما الأحكام فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد لان الأسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة. وقال الخرقى من الحنابلة: ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق

[145]

قوله: ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس خلافا لابن المنذر الذي قال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام إلى أجل لم يصح اه. وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي وعن ابن عمر أنه قال لا يصح ذلك، وذلك لان المسلم فيه دين، فإن جعل الثمن دينا كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك، قلت وقد مر بك في أول الباب مناقشة هذا الرأي. والمهم في هذا جواز أن يكون رأس المال في الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس بعد تعيينه، فإن كان ما في الذمة من الاثمان حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد أكثر من نقد حمل على النقد الغالب فيها وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم، وما دام رأس المال حاضرا في المجلس فإن المشاهدة تغنى عن ذكر صفاته ومقداره، كما لو كان رأس المال من الجواهر والاحجار الكريمة مما يصعب وصفه، فإن كان من الجواهر الثمينة وقلنا بأنه يجب ذكر صفاته لم يجر أن يكون ذلك رأس مال لتعذر وصفه، وإن قلنا لا يجب جاز لمشاهدته في المجلس. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب تسليم المسلم فيه) إذا حل دين السلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمرا لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الاطلاق. فإن أحضر حشفا أو رطبيا لم يقبل منه، فإن كان رطبيا لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الاطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ، وإن كان طعاما لزمه ما نقى من التبن، فإن كان فيه قليل تراب نظرت، فإن كان أسلم فيه كيلا قبل منه لان القليل من التراب لا يظهر في الكيل، وإن كان أسلم فيه وزنا لم يقبل منه لانه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه، وإن كان عسلا لزمه ما صفى من الشمع، فإن أسلم إليه في ثوب فأحضر ثوبا أجود منه لزمه قبوله، لانه

[146]

أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله، فإن جاءه بالاجود وطلب عن الزيادة عوضا لم يجر لانه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع، فإن أتاه بثوب ردي لم يجيز على قبوله لانه دون حقه، فإن قال خذ وأعطيك للجودة درهما لم يجر لانه بيع صفة ولانه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فان أسلم في نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلي عن البرنى والهروي عن المروى ففيه وجهان. قال أبو إسحاق لا يجوز لانه غير الصنف الذي أسلم فيه فلم يجر أخذه عنه كالزبيب عن التمر. وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجوز لان النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد. ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر، ويضم

أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة. فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثلث، والعقد يقتضى أن يكون الثمن غير المثلث والثاني أنه يجوز لأن الثمن هو الذي سلم إليه والمثلث هو الموصوف، وإن سلم إلى محل فأحضر المسلم فيه قبله أو شرط أن يسلم إليه في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان فامتنع المسلم من أخذه، نظرت فإن كان له غرض صحيح في الامتناع من أخذه بأن يلزمه في حفظه مؤن أو عليه في حمله مشقة أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه، وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه، والدليل عليه ما روى أن أنسا رضى الله عنه كاتب عبدا له على مال إلى أجل فجاءه بمال قبل الاجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر (رض) فأخذه منه وقال له: اذهب فقد عتقت، ولأنه زاده بالتقديم خيرا فلزمه قبوله. وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال: أنقصني من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجز لأنه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع، ولأن هذا في معنى ربا الجاهلية، فإنه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين: زدنى في الاجل زدك في الدين. (الشرح) الخبر الذي ساقه المصنف عن أنس المذكور في الفصل لم أحفظه بهذه الصورة، وإنما الذي أحفظه ما رواه الاثرم عن أبي بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين إني كاتب على كذا وكذا واني أيسرت بالمال فأنتبه به

[147]

فرغم أنه لا يأخذها الا نجوما، فقال عمر: يابى ؟ وأمر عامله على بيت المال: فخذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأد إليه نجوما في كل عام وقد عتق هذا، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، ورواه عثمان بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعا والذي ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخاري عن موسى بن أنس " أن سيرين - أبا محمد وإخوته - سأل أنس بن مالك المكاتب، وكان كثير المال، فأبى، فانطلق إلى عمر فقال: كاتبه، فأبى فضربه عمر بالدرية وتلا عمر: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " وأحايث أخرى من باب المكاتب ستأتي في الباب إن شاء الله تعالى. أما لغات الفصل: فالبسر من ثمر النخل ما قبل الرطب وبقية لغات الفصل في الاحكام أما أحكام الفصل: فإنه إذا حل دين المسلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمرا، قال الشافعي رحمه الله تعالى: فليس على المسلم أن يأخذه إلا جافا. قال أصحابنا: ولم يرد بهذا أن يكون مشمسا وإنما أراد به إذا بلغ إلى حالة الادخار فعليه أن يأخذه، وهو إذا وقع عليه اسم الجفاف، وإن لم يتناه جفافه، وإن كان المسلم فيه رطبا لزمه ما يقع عليه اسم الرطب، ولا يلزمه أن يقبل بسرا ولا مذنيا، ولا منصفاء، ولا مشدخا، فأما المذنب فهو الذي أرطب في أذنايه لا غير. وأما المنصف فهو الذي صار نصف بسره رطبا ونصفها بسرا. وأما المشدخ فذكر الشيخ أبو حامد أن المشدخ هو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطبا فلا يلزمه قبوله لأنه لا يتناول اسم الرطب وإن تناوله فيكون رطبا مفتوتا. وقيل: إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكسى صوف غليظ وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب، يفعلون ذلك استعجالا لاكل الرطب من البسر قبل الارطاب، ولعل الشيخ أبا حامد أراد أنهم يضربون البسر بالخشب ليصير طعمه طعم الرطب، وإن كان المسلم فيه طعاما لزمه أن يدفع إليه طعاما نقياً من الشعير والزوان وعقد التبن، لأن هذه الاشياء تنقصه عن الكيل والوزن. وإن كان فيه قليل تراب

أو شئ من دقاق التبن - نظرت - فان أسلم فيه كيلا لزمه قبوله، لان ذلك لا يؤثر في الكيل، وإن أسلم فيه وزنا لم يلزمه قبوله لان ذلك يؤثر في الوزن فيكون المقبوض دون حقه.

[148]

فإذا أسلم إليه في شئ فأتى المسلم إليه بالمسلم فيه لم يخل من ثلاثة أحوال: إما أن يأتيه بالمسلم فيه على الصفة المشروطة. وإما أن يأتيه بأردأ منه. وإما أن يأتيه بأعلى منه. فإن أتى به على الصفة المشروطة وعلى صفة المسلم فيه، بأن أسلم إليه في طعام جيد فأتاه بطعام يقع عليه اسم الجيد، وإن كان غيره أجود منه لزمه أن يقبل منه وإن أتاه بأردأ من المسلم فيه، بأن أتاه بطعام ردي لم يلزمه قبوله، لانه دون ما شرط، وإن قال المسلم إليه: خذ هذا وأعطيتك عن الجودة عوضاً لم يجز، لانه بيع جزء من المسلم فيه قبل القبض، وإن أتاه بأعلى من المسلم فيه فلا تخلو الزيادة من أربعة أحوال: إما أن تكون زيادة في الصفة، أو في العدد، أو في الجنس، أو في النوع، فإن كانت الزيادة في الصفة مثل أن يسلم إليه في طعام ردي فجاءه بطعام جيد، فإن رضى المسلم إليه بتسليمه عما في ذمته لزم المسلم قبوله، لانها زيادة لا تتميز أي لا تنفصل عن الطعام لانها صفة فيه. فإذا رضى المسلم إليه بتسليمها لزم المسلم قبولها كما لو أصدق إمرأته عينا فزادت في يدها زيادة تتميز، ثم طلقها قبل الدخول، ورضيت المرأه بتسليم نصف العين مع زيادتها فإن الزوج يلزمه قبولها. وإن لم يتطوع المسلم إليه بتسليمها بل طلب عن الجودة عوضاً لم يصح لان الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد، وإن كانت الزيادة في العدد مثل أن يسلم إليه خمسة أرادب من القمح فجاءه بعشرة أرادب من القمح لم يلزمه المسلم قبول ما زاد على الخمسة، لان ذلك ابتداء هبة فلم يجبر على قبولها. وإن كانت الزيادة في الجنس مثل أن يسلم إليه ذرة فأعطاه عن الذرة قمحا أو عدسا لم يلزمه قبول ذلك، فإن قبله لم يصح لما روى أبو سعيد الخدري رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره. وإن كانت الزيادة في النوع مثل أن يسلمه على قمح هندي فجاءه بقمح شامي، أو ذرة صفراء فجاءه عنها بذرة بيضاء، فحكى الشيخ أبو حامد وجهين، أحدهما

[149]

يلزم المسلم قبوله، وهذا الوجه يستند أصحابه إلى دلالة قول الشافعي رحمه الله وأصل ما يلزم المسلف قبول ما سلف فيه هو أن يأتيه به من جنسه، وهذا قد أتى به من جنسه، ولانه قد أعطى من جنس حقه، وفيه زيادة لا تتميز، فأشبهه ما لو أسلم في نوع ردي فأعطاه من ذلك النوع جيداً، فإنه يلزمه قبوله، ولانه يمكنه إكمال نصاب الزكاة به. والوجه الثاني لا يلزمه قبوله، لانه لم يأت به على الصفة التي اشترط عليه فلا يلزمه قبوله، كما لو أتاه بجنس آخر، وهذا الوجه يقول أصحابه: إنه يجوز أن يقبله إن رضى بغير إلزام لانه من جنس حقه. قال العمراني في البيان: قال القاضي أبو الطيب: الوجهان في الجواز، فأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجهاً واحداً، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق في المذهب، وإن أسلم إليه

بذرة بيضاء فجاهه عنها بذرة حمراء فلا يلزمه قبولها وجها واحدا. قال
العمرائي: وهل يلزمه قبولها. يحتمل أن يكون على وجهين اه. قلت، وقوله
- أعنى المصنف رحمه الله في الفصل - وان أسلم إلى محل الخ " قلت: ان
أسلم إليه في شئ إلى محل فجاهه المسلم إليه به قبل المحل فامتنع
المسلم من قبضه، فان كان المسلم فيه مما يلحقه التغير والتلف إلى
وقت المحل، بأن كان لحما أو رطبا، أو من أنواع الفواكه الرطبة لم يلزم
المسلم قبوله، لان له غرضا في تأخيره أن يحتاج إلى أكله أو اطعامه في
ذلك الوقت، وكذلك إذا كان المسلم فيه حيوانا لم يلزمه قبوله قبل المحل
لانه يخاف عليه التلف، ويحتاج إلى العلف إلى ذلك الوقت. وان كان لا يخاف
التغير ولا التلف ولكن يحتاج إلى مكان يحفظ فيه وكان يلزمه عليه مؤنة
حفظه كالقمح والقطن لم يلزمه قبوله، لان عليه ضررا في المؤنة في
حفظه إلى وقت المحل، فان كان يحتاج إلى مؤنة في حفظه كالحديد
والنحاس وغيرها من المعادن وكانت مغلقة محفوظة مأمونة يلزمه قبوله.
لانه لا ضرر عليه في قبوله، فان لم يقبله قبله الحاكم، لحديث أبي بكر بن
حزم الذي رواه الاثرم

[150]

ورواية عثمان بن منصور عن عمر وعثمان، وحديث أبي سعيد المقبري
الذي رواه الدارقطني بنحو حديث أبي بكر بن حزم. وان سأل المسلم
المسلم إليه أن يقدم المسلم فيه قبل المحل لم يلزم المسلم إليه تقديمه،
لان ذلك يبطل فائدة التأجيل. فان قال السلم إليه: أنقصني من الدين حق
أقدمه لك ففعل لم يصح القبض لانه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع. فان
جاء المسلم إليه بالمسلم فيه بعد حلول الدين على صفته فامتنع المسلم
من قبضه قال له الحاكم: اما أن تقبضه أو يبرأ المسلم إليه منه، وان كان
غرض، وسواء كان للمسلم غرض في الامتناع أو لا غرض له، لان للمسلم
إليه غرضا في الدفع، وهو أن يبرأ مما عليه من الحق، وقد حل الحق، فان
لم يفعل المسلم ذلك قبضه الحاكم عنه، وبرئ المسلم إليه، لان الحاكم
ينوب عن الممتنع، ولا يملك الحاكم الابراء لانه لا نظر للمسلم في الابراء
عنه ولا حظ له في حفظ ماله عنده. (فرع) إذا تعين موضع التسليم باطلاق
العقد أو بالشرط لانه إذا أطلق العقد تعين موضع التعاقد وإذا اشترط
موضعا بعينه فقد تعين بالشرط فإذا جاءه به في غير ذلك الموضع لم يلزمه
قبوله، ولم يجز له أخذ الاجرة، لان بدل العوض عن المسلم فيه لا يجوز،
فكذلك في تسليمه في موضع. وان جعله نائبا عنه في حمله إلى ذلك
الموضع، لم يكن المسلم قابضا له بهذه النيابة، بل يفترق إلى تسليمه في
الموضع المعين أو في غيره إذا رضى المسلم بذلك. قال المصنف رحمه
الله: (فصل) وان أسلم إليه في طعام بالكيل أو اشترى منه طعاما بالكيل
فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض، لان المستحق قبض بالكيل
فلا يصح قبض بغير الكيل، فان كان المقبوض باقيا رده على البائع ليكيله
له، وان تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه، لانه قبض عن حقه، وان
ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله، لان الاصل أنه لم يقبض الا ما ثبت
باقراره، فان باع الجميع قبل الكيل لم يصح، لانه لا يتحقق أن الجميع له،
وان باع منه القدر الذي

يتحقق أنه له ففيه وجهان (أحدهما) يصح، وهو قول أبي إسحاق، لأنه دخل في ضمانه فنقد بيعه فيه كما لو بالكيل (والثاني لا يصح، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، وهو المنصوص في الصرف، لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد، فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه، فإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه فإن كان ما يدعيه قليلا قبل منه، وإن كان كثيرا لم يقبل لأن القليل يخس به، والأصل عدم القبض والكثير لا يخس به فكان دعواه مخالفا للظاهر فلم يقبل. (الشرح) إذا أسلم إليه في شيء كيلا فأعطاه إياه وزنا، أو أسلم فيه وزنا فأعطاه كيلا لم يصح القبض، لأن الكيل والوزن يختلفان، لأن الرزين الرصين الثقيل يقل كيله ويكثر وزنه، والخفيف يقل وزنه ويكثر كيله، وهذا ما اتفق عليه أئمتنا وأئمة المذاهب. قال ابن قدامة في المعنى من الحنابلة: ولا يقبض المكيل إلا بالكيل، ولا الموزون إلا بالوزن، ولا يقبضه جزافا ولا بغير ما يقدر به، لأن الكيل والوزن يختلفان، فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا، فيقدره بما أسلم فيه، وبأخذ قدر حقه ويرد الباقي، وبطالب بالعوض، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره؟ على وجهين - مضى ذكرهما في بيع الأعيان - وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه اهـ. وقال الشافعي رضي الله عنه: لو أعطاه طعاما فصدقه في كيله لم يجز، فإن قبض فالقول قول القابض مع يمينه، وجملة ذلك أنه إذا كان له في ذمة رجل طعام أو اشترى منه عشرة أقفزة (1) من صبرة (2) بعينها، فسلم إليه من عليه الطعام طعاما من غير كيل، وأخبره بكيله فصدقه على كيله أو لم يصدقه لم يجز له

(1) القفيز مكيال معتبر عندهم كانوا يقولون عنه: إنه ثمانية مكايك. (2) الصبرة الكومة من أي شيء وقد نجد في أسواق القرى من يبيعون التمر أو العنب أكواما جزافا بغير كيل ولا وزن فهذه هي الصبرة.

قبضه بغير كيل، لأن المستحق عليه القبض بالكيل، فإذا قبض من غير كيل لم يصح القبض. فإن كان الطعام باقيا رده على البائع ثم يكيله على المسلم، فإن كان أكثر من حقه كانت الزيادة للمسلم إليه، فإن تلف الطعام في يد القابض قبل أن يكال عليه، تلف من ضمانه، لأنه قبضه لنفسه، فإن اتفقا على قدره فلا كلام. وإن اختلفا في قدره، فادعى القابض أنه كان دون حقه، وادعى مالك الطعام أنه قدر حقه أو أكثر فالقول قول القابض مع يمينه، سواء ادعى نقصانا قليلا أو كثيرا، نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الصرف، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق فلا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا من القدر الذي يقربه القابض، فإن قيل: كيف سمعت دعوى القابض في النقصان، وقد قال الشافعي رضي الله عنه في المسألة فيصدقه في كيله؟ قلنا: لم يرد الشافعي رحمه الله أنه اعترف بصحة الكيل، وإنما هو قبول قول المخبر، وحمله قوله على الصدق، فإذا بان له خلافه سمعت دعواه. قال الشيخ أبو حامد فيما نقله عنه العمراني في البيان: إذا ثبت هذا: فإنه يكون قبضا فاسدا، فإن المسلم إذا قبضه وكان قدر حقه وزيادة عليه، فإنه يملك قدر حقه بالقبض، وينقل

الضمان إليه، وتبرأ ذمة البائع عنه اهـ. وهل يجوز للقابض التصرف فيه نظرت. فان أراد أن يتصرف في الجميع لم يجز، لان للبائع فيه تعلقا، لانه ربما إذا كيل، خرج زيادة على قدر ما يستحق القابض، فلم يصح تصرفه في الجميع، فان أراد أن يبيع منه قدر ما يتحقق أنه له بان باع نصف قفيز منه وله قفيز ففيه وجهان: الاول: قال أبو إسحاق: يصح، لان ذلك الشيء في ملكه وانتقل الضمان إليه. ويعلم أنه قدر حقه فجاز بيعه فيه. الثاني: قال أبو على بن أبي هريرة لا يصح بيعه، وهو المنصوص في الصرف عند الشافعي في الام، لان العلقه باقية بينه وبين البائع فيه، لان ماله غير متميز عن مال البائع فلم يصح بيعه.

[153]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لان الحوالة بيع، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض. وإن قال لي عند رجل طعام فأحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري، وهذا لم يجز فيه الصاعان، وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشتري، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان: (أحدهما) يصح لانه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله (والثاني) لا يصح لانه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له، ويخالف الوكيل فانه قبضه لموكله، فان قلنا ان قبضه لا يصح اکتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم، وإن قلنا ان قبضه يصح كاله للمسلم، فان قال احضر معي حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لانه قبضه لنفسه قبضا صحيحا، ولا يصح للمسلم لانه دفعه إليه من غير كيل، وان اکتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان. (أحدهما) لا يصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، وهذا يقتضى كيلا بعد كيل، وذلك لم يوجد (والثاني) أنه يصح لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه. (الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطني أما الاحكام فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: ولو أسلم في طعام وباع طعاما آخر فأحضر المشتري من اکتاله من بائعه وقال: أكتاله لك. لم يجز، لانه بيع الطعام قبل القبض. واختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، فمنهم من قال: صورتها أن يسلم

[154]

زيد إلى عمرو في طعام، فلما حل الاجل باع زيد الطعام الذي له في ذمه عمرو من خالد قبل قبضه، فان هذا لا يصح، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره " ولان بيع الطعام المشتري قبل القبض لا يصح، وان كان معيناً، فبان لا يصح فيه قبل القبض أولى. قال وتعليقه يدل عليه، لانه باع ذلك الطعام من آخر. وقال أكثر أصحابنا: ما ذكره القائل صحيح في الفقه،

ولكن ليس هذا صورة المسألة التي ذكرها الشافعي رضى الله عنه، وإنما صورتها لزيد طعام في ذمة عمرو وسلم، وفي ذمة زيد لخالد طعام سلم. فقال زيد لخالد: احضر اكتيال مالى عند عمرو لاكتاله لك فانه لا يصح، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري " ولو كان الشافعي يريد على ذلك الطعام لقال: وباع ذلك الطعام آخر، ولانه قال بعدها، ولو قال أكتاله لنفسى وحده بالكيل لم يجر، ولو كان قد باعه لم يكن لحضوره واكتياله لنفسه معنى قالوا وأما تعليقه فانما أراد أن هذا مثل بيع الطعام قبل القبض، لانه يقبضه قبل أن يضمه بقبضه خالصا له، كما لا يجوز بيعه قبل قبضه. إذا ثبت هذا ففيه خمس مسائل (الاولى) يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتاله لك، فاكتاله زيد لخالد من عمرو فلا يصح القبض لخالد وجها واحدا لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري، وهذا لم يجر فيه الصاعان، ولانه لا يستحق على عمرو شيئا فلم يصح القبض له منه وهل يصح القبض لزيد من عمرو؟ فيه وجهان بناء على القولين في السيد إذا باع نجوم المكاتب وقلنا لا يصح البيع فقبض النجوم، فهل يعتق المكاتب؟ فيه قولان، فان قلنا يصح قبض زيد ما كاله لخالد مرة ثانية. وان قلنا لا يصح قبض زيد لنفسه رد الطعام إلى عمرو ليكيهه لزيد ثم يكيهه زيد لخالد، فان اختلف زيد وعمرو في المقبوض فالقول قول زيد مع يمينه، وانما يقبل قوله مع اليمين

[155]

إذا كان ما يدعيه محتمل، فأما إذا ادعى تفاوت كثيرا لم يقبل قوله، لان هذا القدر لا يتفاوت كثيرا، وهكذا لو اختلف زيد وخالد فيما قبض خالد فالقول قول خالد مع يمينه، إذا كان ما يدعيه تفاوتنا يسيرا. وإن كان تفاوتنا كثيرا لم يقبل قوله، لان مثل ذلك لا يتفاوت (المسألة الثانية) أن يقول زيد لخالد اذهب فاكتل لنفسك من عمرو ففعل، فإن قبض خالد لنفسه لا يصح وجها واحدا: لانه لا شئ له في ذمة عمرو وهل يصح قبض خالد من عمرو لزيد؟ على الوجهين طبقا لما ذكرناه في المسألة الاولى. (المسألة الثالثة) أن يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتال من عمرو لنفسى ثم يأخذ بذلك الكيل فحضرا فاكتاله زيد لنفسه ثم سلمه زيد إلى خالد جزافا من غير كيل صح قبض زيد لنفسه، لانه قبضه لنفسه قبضا صحيحا، ولا يصح قبض خالد من زيد لانه قبضه من غير كيل (المسألة الرابعة) إذا اكتاله زيد لنفسه من عمرو، ثم كاله زيد لخالد مرة ثانية صح القبضان، لان الطعام قد جرى فيه الصاعان (المسألة الخامسة) أن يكتاله زيد لنفسه من عمرو ثم يسلمه إلى خالد عما عليه له وهو في المكيال، فان قبض زيد لنفسه من عمرو صحيح، وهل يصح قبض خالد من زيد؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لحديث جابر " حتى يجرى فيه الصاعان " وهذا يقتضى كيلا بعد كيل (والثانى) يصح لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، بدليل أنه لو أسلم إليه بذهب طعاما، فابتدأ المسلم إليه وكاله للمسلم صح، ولو كان الطعام في الذهب عند المسلم فسلمه إليه صح، فكذلك ها هنا. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وان دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال اشتر لى بها مثل مالك على واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه، وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب، فان قال اشتر لى واقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لانه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره في قبض حق نفسه

(الشرح) الاحكام: لو كان لزيد في ذمة عمرو طعام من سلم فدفعت عمرو إلى زيد دراهم وقال اشتر بها لنفسك طعاما مثل الطعام الذي لك على ففعل لم يجز، لان الدراهم ملك لعمرو فلا يجوز أن تكون عوضا. ملكا لزيد، فإن اشترى الطعام بقيمة الدراهم لم يصح الشراء، وان اشترى زيد الطعام بدراهم في ذمته ثم سلم تلك الدراهم عما في ذمته صح الشراء لنفسه ولا تبرأ ذمته بتسليم تلك الدراهم لانه لا يملكها وعليه ضمانها. وإن قال عمرو لزيد اشتر بها لى طعاما واقبضه لنفسك فإن الشراء يصح لعمرو لانه اشتراه له، ولا يصح القبض لزيد لانه لا يصح أن يكون قابضا لنفسه. من نفسه. وهل يصح القبض لعمرو؟ فيه وجهان كالوجهين في المسألة قبلها. (فرع) وان كان لزيد في ذمة عمرو طعام من جهة القرض، ولخالد في ذمة زيد طعام من جهة السلم، وأحال زيد خالدا بالطعام الذي له عليه على عمرو لم تصح الحوالة، لان خالدا يبيع طعامه الذي له على زيد من السلم بالطعام الذي لزيد من جهة القرض، وقد بينا أن بيع المسلم فيه قبل القبض لا يصح، فالفساد هنا من جهة خالد، فإن كان الطعامان من جهة القرض، فهل تصح الحوالة بهما فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يصح. وهو الصحيح. لان بيع العوض قبل القبض يصح، وكل واحد قرض، وكل واحد منهما مستقر في الذمة فجاز أن يعتاض من ذمة إلى ذمة بخلاف السلم، والباقي لا يصح لان الحوالة لو صحت في الطعام إذا كان من جهة القرض لصحت. وان كانت من جهة البيع كالدراهم والدنانير لما جازت الحوالة بهما، إذا كانا من جهة القرض جازت أيضا إذا كانا من جهة البيع، فلما لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع إذا كان من جهة القرض (فرع) ولا تجوز التولية والشركة في المسلم فيه قبل القبض، والشركة أن يقول لغيره أشركتك في النصف المسلم فيه بنصف الثمن، فيكون ذلك يباع لنصف المسلم فيه. والتولية أن يقول " وليتك بجميع الثمن أو وليتك نصفه بنصف الثمن "

(فرع) ذكر الشافعي في الصرف أربع مسائل: الاولى: لو كان في ذمة رجل لغيره طعام، فسأل من عليه الطعام من له الطعام أن يبيعه طعاما بشرط أن يقبض ماله عليه منه فباعه منه بهذا الشرط، فالبيع باطل، لان هذا تباع بمقتضى العبد فأبطله. الثانية: إذا اشترى منه طعاما مطلقا وسها أن يقبضه منه صح البيع لانه يبيع مطلق. الثالثة: أن يقول من له الطعام لمن عليه: اقض مالي عليك على أن أبيعك فقضاه صح، لان هذا قبض مستحق عليه، فإذا قضاه وقع عن المقبوض والقابض بالخيار، بين أن يبيعه منه أو لا يبيعه، لان هذا وعد وعده، فكان بالخيار في الوفاء به. الرابعة: أن يقول من له الطعام: اقضني أكثر مما أستحقه، أو أجود منه بشرط أن أبيع منه فقضاه كذلك لم يصح القبض، لان هذا مستحق عليه فكان قبضا فاسدا، فيجب عليه أن يرد الزيادة، وإن قضاه من غير جنس حقه رده وأخذ قدر حقه من جنسه، ثم إن شاء باعه منه، وإن شاء لم يبيعه والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا فله أن يرده لان اطلاق العقد يقتضى مبيعا سليما فلا يلزمه قبول المعيب فان رد ثبت

له المطالبة بالسليم لانه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالارش لانه لا يمكنه رده ناقصا عما أخذ ولا يمكن اجباره على أخذه مع العيب فوجب الارش. (الشرح) الاحكام: إذا قبض المسلم المسلم فيه فوجد به عيبا فهو بالخيار بين أن يرضى به معيبا وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليما، لان إطلاق العقد يقتضى التسليم، فإذا أخذ المعيب ورده رجع إلى الذي في ذمة المسلم إليه، وإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم إليه بأخذه معيبا فلا يثبت للمسلم المطالبة بالارش وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس للمسلم المطالبة بالارش لان رجوعه بالارش

[158]

أخذ عوض عن الجزء الفائن، وبيع المسلم فيه لا يجوز، دليلنا أنه عوض يجوز رده بالعيب فإذا سقط الرد لحدوث عيب ثبت له الرجوع بالارش كبيع الاعيان وأما قوله: إن الرجوع بالارش أخذ عوض عن الجزء الفائن، وبيع المسلم فيه لا يجوز مثل القبض فغير صحيح، لان بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح، وقد جاز أخذ الارش عنه، ولان ذلك فسخ العقد في الجزء الفائن، وليس ببيع، ولهذا يكون بحسب الثمن المسمى في العقد. قال المصنف رحمه الله: (فصل) فان أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يفسخ لان المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزا من صبرة فهلكت الصبرة (والثاني) أنه لا يفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذ لان المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين فقدم في العام الاول ما يجب له في العام الثاني جاز وما في الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبدا فأبق. (الشرح) الاحكام: إذا سلم في شئ مؤجل إلى وقت: الغالب فيه وجود المسلم فيه في ذلك الوقت فجاء ذلك الوقت ولم يوجد ذلك الشئ كالثمرة إذا انقطعت أو تعذر القبض حتى نقد ذلك الشئ المسلم فيه، ففيه قولان، أحدهما يفسخ السلم، لان المعقود عليه قد تعذر تسليمه فانفسخ العقد كما لو اشترى منه قفيزا من صبرة فتلفت الصبرة قبل القبض، ولانه لو أسلم إليه في ثمرة بلد معين كبغداد أو أسيوط صح السلم، ولم يكن للمسلم إليه أن يدفع إليه من ثمرة غير أسيوط أو بغداد، فكذلك إذا أسلم إليه في ثمرة عام يكن له أن يدفع إليه من ثمرة غير ذلك العام. والقول الثاني لا يفسخ السلم ولكن يثبت للمسلم الخيار بين أن يفسخ العقد وبين أن لا يفسخ ويصبر إلى أن يوجد المسلم فيه، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح،

[159]

لان المعقود عليه في الذمة لم يتلف، بدليل أنه لو أسلم إليه في الرطب من ثمرة عامين فقدم المسلم إليه في العام الاول ما يجب فيه، وفي العام الثاني جاز، وإن انقطع بعض المسلم فيه ووجد البعض، فان قلنا: السلم

ينفسخ إذا عدم جميع المسلم فيه انفسخ السلم ها هنا في قدر المفقود من المسلم فيه، وهل ينفسخ في الموجود منه فيه طريقان كما قلنا فيمن اشترى بقرتين فتلفت إحداهما قبل القبض، من أصحابنا من قال: فيه قولان، ومنهم من قال لا ينفسخ قولاً واحداً. فإذا قلنا: ينفسخ فلا كلام، وإذا قلنا لا ينفسخ ثبت للمسلم الخيار في الفسخ، لان الصفقة تفرقت عليه، فان فسح فلا كلام، وإن لم يفسح أخذ الموجود، وهل يأخذه بجميع الثمن أو بحصته؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. قلت: وعلى قياس ما ذكره المصنف أنه يأخذه بحصته من الثمن وهو رأس مال السلم قولاً واحداً، فإذا قلنا: يأخذه بحصته فهل للمسلم إليه الخيار؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ. وإن قلنا: ان المسلم فيه إذا انقطع جميعه لا ينفسخ، بل يثبت للمسلم الخيار، ثبت له أيضاً هنا الخيار ليأخذ بعض حقه، فان اختار فسح السلم في المفقود والموجود جاز ليفرق حقه عليه، وان اختار أن يفسح السلم في المفقود ويفره في الموجود فهل له ذلك؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة، فان قلنا: يجوز فسح السلم في المفقود، فيكم يأخذ الموجود؟ فعلى ما مضى من قولنا حكاية عن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) يجوز فسح عقد السلم بالاقالة لان الحق لهما فجاز لهما الرضا باسقاطه فإذا فسحاً أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسح في القول الآخر رجع المسلم إلى رأس المال فان كان باقياً وجب رده وان كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم إليه، فان أراد أن يسلمه في شئ آخر لم يجز لانه بيع دين بدين وان أراد أن يشتري به عيناً نظرت فان كان تجمعهما علة واحدة في الربا كالدرهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد أن

[160]

يبع أحدهما بالآخر عيناً بعين وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدرهم بالحنطة والثوب بالثوب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عيناً بعين ان يتفرقا من غير قبض (والثاني لا يجوز، لان المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه، والله تعالى أعلم. (الشرح) الاحكام: الاقالة فسح وليست ببيع على المشهور من المذهب سواء كان قبل القبض وبعده، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لانه يقول: هي بيع في حق غير المتعاقدين، فتثبت بها الشفعة، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان قبل القبض فهي فسح، وإن كان بعد القبض فهي بيع، وقال مالك رحمه الله: هي بيع بكل حال. وحكى القاضي أبو الطيب أنه قول قديم للشافعي رحمه الله، وأما أبو حامد فحكاه وجهاً لبعض أصحابنا. دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسحاً كالرد بالعيب. إذا ثبت هذا: فإن سلم رجل إلى غيره شيئاً في شئ ثم تقايلاً في عقد السلم صح، وقد وافقنا مالك رحمه الله على ذلك وهذا من أوضح دليل على أن الاقالة فسح، لانها لو كانت بيعاً لما صح في المسلم فيه قبل القبض، كما لا يصح بيعه، وإن أقاله في بعض المسلم فيه صح في القدر الذي أقاله. وقال ابن أبي ليلى. يكون إقالة في الجميع. وقال ربيعة ومالك لا يصح. دليلنا أن الاقالة مندوب إليها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم " من أقال نادماً في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة " وما جاز في جميع المبيع جاز في بعضه كالإبراء والانظار، وإن أقاله بأكثر من الثمن أو بأقل منه إلى جنس آخر لم تصح الاقالة. وقال أبو حنيفة تصح الاقالة، ويجب رد الثمن المسمى في العقد، دليلنا أن المسلم والمشتري

لم يسقط حقه من المبيع الا بشرط العوض الذي شرطه، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الاقالة، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط العوض الذي شرطه، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الاقالة، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط أن يبيعه سيارته بألف.

[161]

(فرع) وإن ضمن ضامن عن المسلم إليه المسلم فيه ثم ان الضامن صالح المسلم عما في ذمة المسلم إليه بمثل رأس مال السلم يصح الصلح، ولان الضامن لا يملك المسلم فيه فيعوض عنه، فأما إذا أكد المسلم إليه بمثل رأس مال السلم، قال أبو العباس صح الصلح وكان إقالة، لان الاقالة هو أن يشتري ما دفع ويعطى ما أخذ. وهذا مثله (فرع) وإذا انفسخ عقد السلم بالفسخ أو لانفساخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم إليه، ورجع المسلم إلى رأس مال السلم، فإن كان باقيا أخذه، وإن كان تالفا رجع إلى مثله إن كان له مثل، وإن كان لا مثل له رجع إلى قيمته، وإن أراد أن يسلم في شيء آخر لم يجز لانه بيع دين بدين. وإن أراد أن يأخذ ما هو من جنسه جاز أن يأخذ مثله، ولم يجز أن يأخذ أكثر منه ولا أقل منه، ولا يصح أن يتفرقا قبل قبضه، وإن أراد أن يأخذ عنه من غير جنسه إلا أنه لا يصح أن يتفرقا قبل قبضه كما قلنا في البيع، وإن أراد أن يأخذ منه عوضا ليس من أموال الربا، كالثياب والدواب، أو كان رأس المال من غير أموال الربا صح ذلك أيضا وهل يشترط فيه القبض قبل التفرق؟ فيه وجهان أحدهما: أنه يشترط ذلك، فلا يفترقان والعوض المعوض في ضمان واحد والثاني لا يشترط ذلك، كما لو اشترى أحدهما بالآخر، وإن اختلفا في قدر رأس مال السلم فالقول قول المسلم إليه مع يمينه، لان الاصل براءة ذمته مما زاد على ما أقر به، وإن اختلفا في قدر المسلم فيه أو الاجل أو في قدره تحالفا، وإن اختلفا على الاجل واختلفا في انقضائه وادعى المسلم انقضاء الاجل، وادعى المسلم إليه بقاءه فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لان الاصل بقاءه. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: * (باب القرض) * القرض قرينة مندوب إليه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم

[162]

قال " من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه " وعن أبي الدرداء رضى الله عنه أنه قال " لان أقرض دينارين ثم يردها ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما " وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالوا " قرض مرتين خير من صدقة مرة " (فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف لانه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ولا ينعقد الا بالايجاب والقبول لانه تملك آدمى فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة، بلفظ القرض والسلف لان الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد على بدله. فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه، فإن التملك من غير ذكر عوض هبة في

الظاهر وان قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا، فان لم يطل
الفصل جاز لان الظاهر أنه قصد الايجاب، وان طال الفصل لم يجز حتى
يعيد لفظ القرض لانه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل. (الشرح)
حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ " من نفس عن مؤمن
كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة. ومن يسر
على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة. ومن ستر مسلما ستره الله
في الدنيا والآخرة. والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه. ومن
سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة. وما اجتمع
قوم في بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى وينتدروسونه بينهم
الا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة، وذكرهم الله
فيمن عنده، ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه " وفى حديث طويل عن
ابن عمر رضى الله عنه " ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة
من كرب يوم القيامة. ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة "

[163]

رواه البخاري ومسلم، والاثر عن أبي الدرداء في مسند أحمد. وأما ما روى
عن ابن مسعود فقد جاء مرفوعا وموقوفا بلفظ " ما من مسلم يقرض
مسلم قرضا مرتين إلا كان كصدقها مرة " المرفوع رواه ابن ماجه. وفى
إسناده سليمان بن بشير وهو متروك. وقال الدارقطني " الصواب أنه
موقوف على ابن مسعود " وأما حديث أنس فقد أخرجه ابن ماجه مرفوعا
وفيه " الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بنمانية عشر " وفى إسناده خالد
بن يزيد بن عبد الرحمن الشامي. قال النسائي " ليس بثقة " وهو باب من
أبواب البر لقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى " وقد كان القرض
خيرا من الصدقة لانها قد تدفع إلى من هو غنى عنها، أما القرض فلا يسأله
إنسان إلا وهو يحتاج إليه. أما اللغات، فالقرض القطع والقرض في المكان
العدول عنه، ومنه قوله " وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال، وقرضت
الوادي جزته، وقرض فلان مات، وقرضت الشعر نظمته. قال ابن دريد "
وليس في الكلام يقرض على وزن ينصر البتة. وإنما الكلام على وزن
يضرب، والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه، والجمع قروض،
واستقرض طلب القرض واقترض أخذه. ولانه قطع له من ماله قطعة. أما
الاحكام، فإن القرض مندوب إليه، يعنى مأمور به من غير إيجاب. ولا يصح
القرض الا من جائز التصرف في المال، لانه عقد على المال فلا يصح الا
من جائز التصرف فيه كالبيع. ولا يصح الا بالايجاب والقبول، لانه تملك
أدى فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع والهبة. وفيه احتراز من العتق،
وينعقد بلفظ القرض والسلف لانه قد ثبت له عرف الاستعمال، ويمكن
انعقاده بما يؤدي معنى ذلك. فإن قال ملكتك هذا على أن ترد إلى بدله كان
قرضا. وان قال ملكتك هذا ولم يذكر البدل فهو هبة، وان اختلفا فيه
فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه، ولان التملك من غير عوض
هبة.

[164]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع، بقى الدين بغير رهن، وإن كان الرهن مشروطا في البيع ثبت للبائع الخيار، بين أن يمضى البيع من غير رهن أو يفسخه، لأنه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة، ولم تسلم له، فيثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء. (الشرح) الاحكام: إذا امتنع الراهن من الاقباض أو انفسخ عقد الرهن قبل القبض نظرت، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد بقى الدين بغير رهن، ولا خيار للمرتهن، وإن كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه، لأنه دخل في البيع بشرط الوثيقة ولم تسلم له الوثيقة، فثبت له الخيار. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا أقبض الراهن الرهن تلزم العقد من جهته، ولا يملك فسخه لأنه عقد وثيقة، فإذا تم لم يجر فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان، ولأننا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة، وسقط فائدة الرهن. (الشرح) الاحكام: إذا قبض الراهن الرهن لزم من جهته فلم يملك فسخه قال ابن الصباغ: وهو اجماع لا خلاف فيه، ولأنه يراد للوثيقة فلو جاز له الفسخ لم يحصل بذلك وثيقة، وإذا قبض الرهن فانه يكون وثيقة بالدين وبكل جزء منه فإذا رهنه عيين بألف وقبضتهما المرتهن ثم تلفت احدهما كان الباقي رهنا بجميع الالف، وبه قال أبو حنيفة فيما روى عنه في الاصول، وروى عنه في الزيادات أن الدين يتقسط على الرهن. وروى عن أحمد أن العقد يفسخ في التالفة إذا كان قبل القبض ويبقى في الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما وانما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقاله، والراهن مخير بين

[165]

يراد للفسخ وكل واحد منهما يملك فسخ القرض متى شاء، فلا معنى لاثبات الخيار ولو أقرضه شيئا إلى أصل ما يلزم الاجل وكان حالا، وهكذا لو كان له عنده له ثمن حال فأجله، أو كان مؤجلا فزاد في أجله لم يلزم ذلك وقال مالك يدخل الاجل في ابتداء القرض بأن مقبوضه إلى أجل، ويدخل في انتهائه بأن يقرضه حالا ثم يؤجله له فيتأجل. ووافقنا أبو حنيفة أن الاجل لا يدخل في القرض. وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل دليلنا على مالك رحمه الله تعالى أن الاجل يقتضى جزءا من القرض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلم يجر شرط الاجل فيه وأما الدليل على أبى حنيفة فقولته صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " وتأجيل الحال ليس في كتاب الله تعالى فكان باطلا، ولأنه حق مستقر فلم يتأجل بالتأجيل كالقرض وقولنا " مستقر " احتراز من الثمن في مدة الخيار، ولأنه إنظار تبرع فلم يلزمه، كالمرأة إذا وجدت زوجها عينا فأجلته ثم رجعت من ذلك، فإن لها ذلك وقال أصحاب أحمد لا يجوز له الرجوع لان العقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك. وقال الشافعي رحمه الله، له ذلك، لان كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجودا كالمغصوب والعارية. (فرع) يجوز شرط الرهن في القرض، لان النبي صلى الله عليه وسلم " رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيرا لاهله " ولحديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم " اشترى طعاما من يهودى إلى أجل ورهنه درعا من حديد " وفى رواية " توفى ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعا من شعير " أخرجهما البخاري ومسلم: ولاحمد والنسائي وابن

ماجه مثله من حديث ابن عباس قال ابن تيمية أبو البركات " وفيه من
الفقه جواز الرهن في الحضر ومعاملة أهل الذمة " وسيأتى تفصيل ذلك
في الرهن

[166]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان
(أحدهما) أنه يملكه بالقبض لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف
الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد
القبض على المستقرض فان اقترض أباه وقبضه عتق عليه (والثاني) أنه لا
يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لانه لو ملك قبل التصرف لما جاز
للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض
فان اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه، واختلف أصحابنا فيمن
قدم طعاما إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالاخذ
(والثاني) أنه يملكه بتركه في الفم (والثالث) أنه يملكه بالبلع (والرابع) أنه لا
يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام. (الشرح) الاحكام: متى يملك
المستقرض العين التي استقرضها ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا
يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تتلف في يده، لان المقرض
له أن يرجع في العين ولان المستقرض له أن يردّها، ولو ملكها المستقرض
بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيوانا كانت
نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض. قوله: فان اقترض أباه.
قال أحمد: أكره قرضهم، وقال ابن قدامة يحتمل كراهية تنزيهه، ويصح
قرضهم، وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح
قرضه كسائر الحيوان، ويحتمل أن أراد كراهة التحريم، فلا يصح قرضهم،
اختاره القاضي، ويصح قرض العبيد دون الاماء، وهو قول مالك والشافعي
إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن، لان الملك بالقرض ضعيف وسيأتى
بيان ذلك إن شاء الله. ومنهم من قال: يملكها المستقرض بالقبض. قال
الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح، لانه بالقبض يملك التصرف فيها في جميع
الوجوه، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ، وبما لا
حظ فيها.

[167]

وأما الرجوع في العين المقترضة، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض
أن يردّها على المقرض، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهي في يد
المستقرض ؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن
يرجع فيها، ومنهم من قال للمقرض أن يرجع فيها بكل حال، وهو
المنصوص عليه في الام. ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من
ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف، ألا ترى أن الاب إذا وهب لابنه
هبة وأقبضه اياها فإن الابن قد ملكها، وللاب أن يرجع فيها، وكذلك إذا
اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا، فإن لكل
واحد منهما أن يرجع في سلعته، وان كانت ملكا للآخر، ويبطل بما لو
تصرف هذا المستقرض بالعيب المستقرض ثم رجعت إليه، فإن للمقرض
أن يرجع فيها، ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكا للعين وقت

التصرف فيها، فعلى هذا إذا اقترض حيوانا وقبضه كانت نفقته على المستقرض، وإن اقترض وقبضه عتق عليه. (فرع) واختلف أصحابنا فيمن قدم إلى غيره طعاما، وأباح له أكله حتى يملكه المقدم إليه، فمنهم من قال. يملكه بالتناول، فإذا أخذ لقمة بيده ملكها، كما إذا وهبه شيئا وأقبضه إياه، فعلى هذا لو أراد أن المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك. ومنهم من قال: يملكه بتركه في الغم، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ما لم يتركه المقدم إليه في فمه. ومنهم من قال لا يملكه الا بالبلع. والرابع الذي حكاه المصنف أنه لا يملكه بالاكل، بل بأكله وهو على ملك صاحبه، فإذا قلنا ان المقدم إليه ملكه بأخذه باليد أو بتركه في الغم، فهل له أن يبيع لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك فيه وجهان، قال عامة أصحابنا لا يجوز له ذلك، لانه أباح له انتفاعا مخصوصا، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوبا لم يكن له أن يعيره. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: له أن يفعل به ما شاء من وجوه

[168]

التصرفات مثل البيع والهبة لغيره، لانه ملكه، فهو كما لو وهبه شيئا وأقبضه إياه قال ابن الصباغ، وهذا الذي قالاه لا يحنى على أصولهما، لان من شرط الهبة عندهما الايجاب والقبول والاذن بالقبض إلا أن يتضمنها لقوله، ولم يوجد ذلك ها هنا، ولان الاذن بالتناول انما تضمن إباحة الاكل فلا يصح أن يحصل به الملك، ولو كان ذلك صحيحا لجاز له تناول جميع الذي قدم إليه، ويتصرف به إلى بيته، وكذلك إذا قلنا بتركه في فمه فانه لم يحصل الاكل المأذون فيه، وإنما يملكه بالبلع. قال: وعندى أن بالبلع يبطل معنى الملك فيه، ويصير كالتالف. قال: والوجه في ذلك أن يكون إذنا في الاتلاف لا تملك فيه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لانه عقد تملك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان القرض يقتضى رد المثل وما لا يضبط بالوصف لا مثل له (والثاني) يجوز لان ما لا مثل له يضمه المستقرض بالقيمة والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز إلا في مال معلوم القدر فان أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاما لا يعرف كيله لم يجر لان القرض يقتضى رد المثل فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء. (الشرح) الاحكام: يصح القرض في كل عين يصح بيعها وتضبط صفتها كما قلنا في السلم، وأما ما لا يضبط بالصفة كالجواهر وما عملت فيه النار، فهل يصح قرضها؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما يجب رده بالقرض فيما لا مثل له فان قلنا: يجب رد القيمة جاز قرض هذه الاشياء، وان قلنا: يجب رد المثل فيها لم يجر قرضها وبأى توجيههما في رد المثليات. (فرع) قال الصيمري: ولا يجوز قرض الدراهم المزيفة، ولا الزرنيخية ولا المحمول عليها، ولو تعامل بها الناس، فلو أقرضه دراهم أو دنائير ثم حرمت لم يكن له الا ما أقرض، وقيل: قيمتها يوم حرمت، ولا يصح القرض الا في

[169]

مال معلوم، فان أقرضه دراهم غير معلومة الوزن أو طعاما غير معلوم الكيل لم يصح، لانه إذا لم يعلم قدر ذلك لم يمكنه القضاء. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطاها. وقال المزني رحمه الله يجوز لانه عقد يملك به المال فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الاول لانه عقد ارفاق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطئ كالعارية ويخالف البيع والهبة فان الملك فيهما تام لانه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك والملك في القرض غير تام لانه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطئ في ملك غير تام وذلك لا يجوز وأن أسلم جارية في جارية ففيه وجهان قال أبو إسحاق لا يجوز لانا لا نأمن أن يطاها ثم يردها عن التي تستحق عليه فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها. ومن أصحابنا من قال. يجوز وهو المذهب لان كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع. (الشرح) الاحكام: يجوز قرض غير الجوارى من الحيوان فالعبيد والانعام وغيرهما مما يصح بيعها ويضبط وصفها، وقال أبو حنيفة لا يصح قرضها وبنى ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح. دليلنا ما روى أبو رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " استسلف من أعرابي بكرا فأمرني أن أقضيه فقلت: لم أجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا فقال اقضه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء رواه الجماعة إلا البخاري، ولان ما صح أن ثبت في الذمة مهرا صح أن يثبت فيها قرضا كالثياب. وأما استقراض الجوارى فيجوز ذلك لم لا يحل له وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كغيرها من الحيوان، ولا يجوز لمن يحل له وطؤها. وقال المزني وابن داود وابن جرير الطبري يجوز. وحكى الطبري عن بعض أصحابنا الخراسانيين أنه يجوز قرضها ولا يحل للمستقرض وطؤها.

[170]

دليلنا أنه عقد ارفاق لا يلزم كل واحد من المتعاقدين فلم يملك به الاستمتاع كالعارية، فقولنا عقد ارفاق احتراز من البيع إذا اشترى جارية تجارية ووجد كل واحد بما صار إليه عيبا فان لكل واحد منهما أن يطا جاريته وليس بعقد ارفاق، ولا ينتقض بالرجل إذا وهب لابنه جارية، لان الهبة تلزم جهة الموهوب، ولا تلزم جهة الواهب، ويقول ابن قدامة من الحنابلة وانا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك، فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار. وقولهم متى شاء المقترض ردها، ممنوع. فاننا إذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الامة، وانما يرد قيمتها، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله، ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطاها ثم يردها بالمقابلة أو يعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، وروى عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد ارفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه فان شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، لان مقتضى القرض رد المثل فإذا شرط

النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يجز كما لو شرط
الزيادة (والثانى) يجوز، لان القرض جعل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة
يخرج به عن موضوعه فلم يجز وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه
فجاز فان بدأ المستقرض فزاده أورد عليه ما هو أجود منه أو كتب له
سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع رضى الله عنه قال استسلف
رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا فجاءته

[171]

إبل الصدقة فأمرني أن أقضى الرجل بكرا، فقلت لم أجد في الابل إلا جملا
خيارا رباعيا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه " فإن خياركم
أحسنكم قضاء " وروى جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال: كان لى على
رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فقضاني وزادني، فإن عرف لرجل
عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض، ففي إقرضه وجهان: (أحدهما) لا
يجوز إقرضه إلا أن يشترط رد المثل لان المتعارف كالمشروط ولو شرط
الزيادة لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة (والثانى) أنه يجوز وهو المذهب لان
الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد، فإن شرط في
العقد شرطا فاسدا بطل الشرط. وفي القرض وجهان (أحدهما) انه يبطل
لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: كل قرض جر منفعة فهو ربا،
ولانه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض
(والثانى) أنه يصح، لان القصد منه الارفاق، فإذا زال الشرط بقى الارفاق.
(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقد رواه ابن خزيمة
والحاكم وابن حبان بلفظ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع " وقد
رواه من طريق ابن عمر صاحب المنتقى وقال رواه الخمسة ابن ماجه،
فخطأ الشوكاني روايته عن ابن عمر وقال الصحيح اثبات الواو، فتكون
رواية عن عبد الله بن عمرو. وبذلك تستقيم الروايات، فإن عمرو بن شعيب
جد أبيه عبد الله بن عمرو. والله تعالى أعلم. أما لغات الفصل فقوله:
سفتجة فارسية، وهى ما يقال لها بالعامية (كمبيالة) وقوله " بكرا " هي
الثنى من الابل، وفى قول أبى عبيد أنه من الابل بمنزلة الغنى من الناس.
وقوله " خيارا " أعنى مختارا عند الطلب وقضاء الامور أما الاحكام: فلا
يجوز بيع وسلف، وهو أن يقول: بعتك هذه الدار بمائة على أن تقرضني
خمسين، لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده " نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيعتين في بيعة. وعن ربح ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك "

[172]

ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها في بلد آخر، ويكتب له بها
صحيفة (كمبيالة) فيأمن خطر الطريق ومثونة الحمل، وهو مذهبنا، وخالفنا
أحمد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطى من
أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق. وفى
المعنى مزيد بيان. ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد ارفاق. دليلنا أن
أمن الطريق منفعة، وكل قرض جر نفعاً فهو ربا. ولا يجوز أن يقرضه شيئا
بشرط أن يرد عليه درهمين، ولان هذا ربا عند تماثل البدلين فهو كالبيع فلا
يجوز فيه التفاضل عند التماثل. نعم ان كان ذلك في غير أموال الربا

كالثياب والحيوان ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يجوز لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنعدت الابل، فأمرني أن أخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل، وهذا استسلاف مربيك في أبواب السلم (والثاني لا يجوز وهو المذهب للحديث " كل قرض جر منفعة فهو حرام " ولأن هذا زيادة لا يقابلها عوض فلم يصح، كما لو باعه داره بمائة على أن يعطيه مائة وعشرة، ولأنه لو اشترط زيادة في الجودة لم يصح، فلان لا يجوز اشتراط الزيادة في العود أولى. وأما الخبر في الحيوان فهو وارد في السلم بدليل أنه قال: كنت أخذ البعير بالبعيرين إلى أجل، والقرض لا يدخل الاجل وان أقرضه شيئا وشرط أن يرد عليه دون ما أقرضه، ففيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما لا يجوز لان مقتضى القرض رد المثل، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرط الزيادة. (والثاني) يجوز لان القرض جعل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه فلم يجر وشرط النقصان لا يخرج عن موضوعه فجاز. والله تعالى أعلم. (فرع) إذا اقترض من غيره درهما فرد عليه درهمين، أو درهما أجود منه كأن أخذ منه جنيتها مصريا فرد عليه جنيتها استرلينا، أو باع منه داره أو كتب له

[173]

بدراهمه صحيفة (كميالة) إلى بلد آخر من غير شرط ولا جرت للمقرض عادة بذلك جاز. ومن أصحابنا من قال لا يجوز ذلك في أموال الربا ويجوز في غيرها، وليس بصحيح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرض نصف صاع فرد صاعا واقترض صاعا فرد صاعين، واقترض من الاعرابي بكرا فرد عليه أجود منه وقال صلى الله عليه وسلم " خيار الناس أحسنهم قضاء " وقال جابر رضى الله عنه: كان لى على رسول الله صلى الله عليه وسلم دين فقضاني وزادني ولأنه متطوع بالزيادة فجاز، كما لو وصله بها كصلة. وكذلك لو اقترض رجل شيئا فرد أنقص مما أخذ وطابت نفس المقرض بذلك، فإن كان الرجل معروفا إذا اقترض رد أكثر مما اقترض أو أجود منه، فهل يجوز إقرضه مطلقا، فيه وجهان (أحدهما لا يصح إقرضه إلا بشرط أن يرد عليه مثل ما أخذ لان ما علم بالعرف كالمعروف بالشرط (والثاني) وهو الصحيح أنه يجوز إقرضه من غير شرط لان الزيادة مندوب إليها في القضاء، فلا يمنع من جواز العقد فأما ما كان معروفا من جهة العرف فلا يمنع جواز الاقراض. ألا ترى أنه لو وجدت عادة رجل أنه إذا اشترى من إنسان تمرا أطعمه منه أو أطعم البائع من غيره لم يضر ذلك بمنزلة المشروط في بطلان البيع منه قال العمراني: وان أقرضه شيئا بشرط فاسد بأن أقرضه إلى أجل أو أقرضه درهما بدرهمين بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " وهل يبطل القرض، فيه وجهان (أحدهما) يبطل. فعلى هذا لا يملك المقرض، لان القرض انما وقع بهذا الشرط، فإذا بطل الشرط بطل العقد كالبيع بشرط فاسد (والثاني لا يبطل لان القرض عقد ارفاق، فلم يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقال في المعنى " ان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجر لافضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه، وان كان في غيره لم يجر أيضا، وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وفي الوجه الآخر يجوز لان القرض جعل للرفق بالمستقرض، وشرط النقصان لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة. اه

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل، لان مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل، وفيما لا مثل له وجهان (أحدهما) يجب عليه القيمة، لان ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمتلفات (والثاني) يجب عليه مثله في الخلقة والصورة، لحديث أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقضى البكر بالبكر، ولان ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعدد فلم يقبل منه الا القيمة لانها أحصر، وهذا عقد أجزى للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف، فإن اقترض الخبز وقلنا يجوز اقراض ما لا يضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان (أحدهما) مثل الخبز (والثاني) ترد القيمة فعلى هذا إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لان ميناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق (والثاني) لا يجوز لانه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز (الشرح) الاحكام: وإذا أقرض شيئا له مثل كالحيوب والادهان والدرهم والدنانير وجب على المقرض رد مثلها لانه أقرب إليه، وان اقترض منه مالا مثل له كالتياب والحيوان ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته، وهو اختيار للشيخ أبي حامد ولم يذكر غيره، لانه مضمون بالقيمة في الاتلاف، فكذلك في القرض (والثاني) يضمه بمثله في الصورة، وهو اختيار القاضي أبي الطيب الطبري لحديث أبي رافع رضى الله عنه قضاء البكر، ولان طريق القرض الرفق فسومح فيه بذلك، ألا ترى أنه يجوز فيه النسبة فيما فيه الربا، ولا يجوز ذلك في البيع بخلاف المتلف فإنه متعدد، فأوجب عليه القيمة لانها أحصر قال ابن الصباغ فإذا قلنا يجب القيمة فإن قلنا انه يملك بالقبض وجبت القيمة حين القبض، وان قلنا انه لا يملك الا بالتصرف وجبت عليه القيمة أكثر ما كانت من القبض إلى حين التلف، وان اختلفا في قدر القيمة أو صفة المثل فالقول قول المستقرض مع يمينه لانه غارم.

(فرع) واما إقراض الخبز، فإن قلنا: يجوز قرض مالا يضبط بالصفة كالجواهر جاز قرض الخبز، وإن قلنا لا يجوز قرض مالا يضبط بالوصف ففي قرض الخبز وجهان (أحدهما) لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة كغيره مما لا يضبط بالوصف (والثاني) يجوز. قال ابن الصباغ: لاجماع أهل الامصار على ذلك، فإنهم يقترضون الخبز، فإذا قلنا. يجوز. فإن قلنا يجب فيما لا مثل له رد مثله في الصورة رد مثل الخبز وزنا. وإن قلنا يجب رد قيمة مالا مثل له رد قيمة الخبز فعلى هذا إن شرط أن يرد مثل الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يصح، لان الرفق باقتراض الخبز لا يحصل إلا بذلك (والثاني) لا يصح كما لا يجوز بيع الخبز بالخبز والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه، فان طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لانه لا ضرر عليه في أخذها فوجب أخذها فان أقرضه طعاما بمصر فلقية بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه لان الطعام بمكة أعلى فان طالبه المستقرض بالاخذ لم يجبر

على أخذه لان عليه مؤنة في حمله فان تراضيا جاز لان المنع لحقهما وقد رضيا جميعا، فان طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لانه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لانه يستحقه بمصر فان أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضا جاز لان ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه والله أعلم. (الشرح) قال الشافعي في الصرف: فإذا اقترض طعاما بمصر فلقية بمكة وطالبه، لان عليه ضررا في نقل الطعام من مصر إلى مكة، ولان الطعام بمكة أكثر قيمة، وإن طالبه المستقرض بأخذه لم يلزم المقرض أخذه لان عليه مؤنة في حمله إلى مصر، وإن تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما، وإن طالب المقرض

[176]

المستقرض بقيمة طعامه بمكة أجبر المقرض على دفع قيمة الطعام، لان الطعام بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته. قال الشيخ أبو حامد: ويأخذ قيمة الطعام بمصر يوم المطالبة لا بمكة، لانه إنما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة، وهكذا إن غصب منه طعاما بمصر، أو أسلم إليه بطعام مصر فلقية بمكة كان الحكم فيه كالحكم في القرض، الا أن الغاصب إذا دفع القيمة للطعام بمكة، وكان الطعام باقيا لم يملكه الغاصب، بل إذا رجع إلى مصر رد الطعام الذي غصبه واسترجع القيمة، فإذا كان في ذمته له دراهم أو دينار من قرض أو غصب أو سلم بمصر فطالبه بقضائها في مكة وجب عليه القضاء لانه ليس لنقلها مؤنة، ولا يختلف باختلاف البلد. (فرع) وان اقترض من رجل شيئا وقبضه وتصرف فيه أو أتلفه ثم أراد أن يعطيه عن بدل القرض عوضا جاز لانه مستقر في الذمة، لا يخشى انتقاصه بهلاكه فجاز تصرفه فيه قبل القبض كالمبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه، فإنه غير مستقر يخشى انتقاصه بهلاكه، وحكمه في اعتبار القبض حكم ما يأخذ عوضا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد مضى بيانه، وان كانت العين المقرضة باقية في يد المقرض فانه لا يجوز أخذ العوض عنها، لانا ان قلنا: ان المقرض قد ملكها بالقبض فلا يجوز أخذ العوض، لان ملك المقرض قد زال عن العين، ولم يستقر بدلها في ذمة المقرض، لان للمقرض أن يرجع في العين، وان قلنا ان المقرض لا يملك العين الا بالتصرف لم يجز للمقرض أخذ بدل العين، لان ملكه عليه ضعيف بتسليط المقرض عليه. هكذا قال ابن الصباغ والله تعالى أعلم

[177]

قال المصنف رحمه الله: كتاب الرهن ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عزوجل " وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فلهان مقبوضة " ويجوز في الحضر لما روى أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيرا لأهله. (الشرح) حديث أنس رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه وبعد: - فالرهن بفتح الراء وسكون الهاء الاحتباس من قولهم: رهن الشيء إذا دام وثبت، ومنه قوله تعالى " كل نفس بما كسبت رهينة " وفى الشرع جعل مال وثيقة على دين

ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه ويطلق أيضا على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر، وأما الرهن بضمين فالجمع، ويجمع أيضا على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب، وقرئ بهما. وقوله: عند يهودى هو أبو الشحم كما بينه الشافعي والبيهقي من طريق جعفر ابن محمد عن أبيه " أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعا عند أبى الشحم اليهودي رجل من بنى ظفر، في شعير " وأبو الشحم بفتح المعجمة وسكون المهملة كنيته، وظفر بفتح الظاء والفاء بطن من الاوس وكان حليفا لهم، وضبطه بعض المتأخرين بهمزة ممدودة وموحدة مكسورة اسم فاعل من الالباء وكأنه التيس عليه بأبى اللحم الصحابي. وفى الحديث الذى روته عائشة رضى الله عنها عند البخاري ومسلم ولاحمد والنسائي وابن ماجه مثله " توفى صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعا من شعير " في رواية الترمذي والنسائي من هذا التوجه " بعشرين " وقال في فتح الباري: لعله كان دون الثلاثين فحبر الكسر تارة وألغى الجبر أخرى والرهن مجمع على جوازه، وفيها أيضا دليل على صحة الرهن في الحضر وهو

[178]

قول الجمهور، والتقييد بالآية في السفر " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة " خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له لدلالة الاحاديث على مشروعيته في الحضر، وايضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج إلى الرهن غالبا إلا فيه، وخالف مجاهد والضحاك فقالا لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر، والاحاديث ترد عليهم. وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن الرهن في الحضر لم يكن له ذلك، وإن تبرع به الراهن جاز، وحمل أحاديث الباب على ذلك. قال العمرانى في البيان: دليلنا على جوازه في الحضر ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اقترض من أبى الشحم اليهودي ثلاثين صاعا من شعير لاهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة، ورهن عنده درعه فكانت قيمتها أربعمئة درهم، ففى هذا الخبر فوائد (منها) جواز الرهن لان النبي صلى الله عليه وسلم رهن. (ومنها) جواز الرهن في الحضر، لان ذلك كان بالمدينة وكانت موطن النبي صلى الله عليه وسلم. (ومنها) أنه يجوز معاملة من في ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال والحرام، لان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اليهودي، ومعلوم أن اليهود يستحلون ثمن الخمر ويربون. (ومنها) أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن، لان النبي صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة. (ومنها) أن البراء يصح وأن يقبل المبرأ، لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضى الله عنهم وأرضاهم مثل عثمان وعبد الرحمن رضى الله عنهما وأرضاهما إلا لانه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه، فلو كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ لكان لا تقبل البراءة فعدل النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليهودي الذى يعلم أنه يطالبه بحقه، ولانه وثيقة في السفر فجازت في الحضر كالضمان والشهادة اه. وقال ابن المنذر لا نعلم أحدا خالف في الرهن في الحضر إلا مجاهدا قال:

[179]

لبس الرهن إلا في السفر لان الله تعالى شرط السفر في الرهن. قال الشافعي رحمه الله، بعد أن ساق قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل " وقوله تعالى " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " قال: فكان بينا في الآية الأمر بالكتاب في الحضر والسفر، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين ولم يجدوا كاتباً فكان معقولا - والله أعلم - فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطاً لملك الحق بالوثيقة والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا، ولا أن يأخذوا رهناً لقول الله عزوجل " فإن أمن بعضكم بعضاً " فكان معقولا أن الوثيقة في الحق في السفر والاعواز غير محرمة - والله أعلم - في الحضر وغير الاعواز، ولا بأس بالرهن في الحق الحال والدين في الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافاً، ثم أورد أحاديث رهن النبي صلى الله عليه وسلم درعه عند أبي الشحم. ثم قال: والدين حق لازم، فكل حق مما يملك، أو لازم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم، فلو ادعى رجل على رجل حقاً فأنكره وصالحه ورهنه به رهناً كان الرهن مفسوخاً لانه لا يلزم الصلح على الإنكار اه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يصح الرهن إلا من جازر التصرف في المال لانه عقد على المال فلم يصح إلا من جازر التصرف في المال كالبيع. (الشرح) الاحكام لا يصح الرهن إلا من جازر التصرف في المال، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه، فلا يصح منه الرهن لانه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع. وقال الشافعي رضى الله عنه: كل من جاز بيعة من بالغ حر غير محجور عليه جاز رهنه ومن جاز له أن يرهن أو يرتهن من الاحرار فإذا جازت هبته في ماله جاز له رهنه بلا نظر، ولا يجوز أن يرتهن الاب لابنه، ولا ولى اليتيم له، إلا بما فيه فضل لهما. وبصح الرهن بكل حق لازم في الذمة كديون السلم، وبديل القرض، وثمان المبيعات، وقيم المتلفات، والأجرة والمهر وعوض

[180]

الخلع والارش على الجاني، وأما الدية على العاقلة - فإن كان قبل الحول لم يصح لانه لم يجب عليهم شيء، وإن كان بعد حلول الحول صح قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر، ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجنابة وغرامة المتلف، لانه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبديل القرض ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لان الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعوض، والمعوض في الكتابة هو الرقبة، وهى باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالاداء فلا حاجة به إلى الرهن، ولان الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه. فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أخذ الرهن به لانه مال شرط في عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة (والثاني) يجوز لانه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار. وأما مال السبق والرمى ففيه قولان (أحدهما) أنه كالأجارة فيجوز أخذ الرهن به (والثاني) أنه كالجعالة فيكون على الوجهين. وأما العمل في الأجارة فانه ان كانت الأجارة على عمل الاجير فلا يجوز أخذ الرهن به، لان القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر، وعمله لا يمكن استيفاءه من غيره، وإن كانت الأجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به، لانه يمكن استيفاءه من الرهن بأن يباع ويستاجر بثمنه من يعمل

(الشرح) قال الشيخ أبو حامد: ويحكى عن بعض الناس أنه قال، لا يصح الرهن إلا في دين السلم وهو خلاف الاجماع اه قلت: قد يكون الدين في الذمة ثمنا، وقد يكون فيها مثمنا، ولانه حق ثابت في الذمة فجاز أخذ الرهن كالسلم، ويجوز أخذ الرهن بالدين الحال، لان النبي

[181]

صلى الله عليه وسلم رهن درعه ببدل القرض، وهو حال ولا يصح، ولا يصح الرهن بدين الكتابة. وقال أبو حنيفة يصح. دليلنا أنه وثيقة يستوفى منها الحق فلم يصح في دين الكتابة كالضمان، ولان الرهن إنما جعل لكي يستوفى منه من له الحق إذا امتنع من عليه الحق وهذا لا يمكن في الكتابة، لان للكاتب أن يعجز نفسه أي وقت شاء. ويسقط ما عليه، فلا معنى للرهن به. وأما الرهن بمال الجعالة بأن يقول: من رد لي حصاني الجمامح فله دينار، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد؟ فيه وجهان. أحدهما لا يصح وهو اختيار أبي علي الطبري والقاضي أبي الطيب لانه حق غير لازم، فهو كمال الكتابة والثاني: يصح لانه يؤول إلى اللزوم فهو كالثمن في مدة الخيار وأما مال السبق والرمى فإن كان بعد العمل صح أخذ الرهن به، وإن كان قبل العمل. فإن قلنا إنه كالأجارة صح أخذ الرهن به، وإن كان قبل العمل، فإن قلنا انه كالأجارة صح أخذ الرهن به. وان قلنا إنه كالجعالة فعلى الوجهين في الجعالة. وأما العمل في الاجارة فهل يصح أخذ الرهن به، ينظر فيه فان كانت الاجارة على عمل الاجير بنفسه لم يصح أخذ الرهن به لانه لا يمكن استيفاء عمله من الرهن، وان كانت الاجارة على تحصيل عمل في ذمته صح أخذ الرهن به، لانه يمكن استيفاء العمل به من الرهن لانه يباع الرهن ويستأجر منه من يعمل (فرع لا يصح أخذ الرهن باليمين والاجرة والصداق و عوض الخلع. - إذا كان معيناً - ولا بالعين المغصوبة ولا المعارة، ولا بالعين المأخوذة بالسوم. وقال أبو حنيفة: كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها، وأراد بذلك أن ما كان مضموناً بمثله أو قيمته جاز أخذ الرهن به، لان المبيع لا يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد، ويجوز عنده أخذ الرهن بالمهر وعوض الخلع لانه يضمن بمثله أو قيمته. دليلنا أنه قبل هلاك العين في يده يثبت في ذمته دين فلا يصح أخذ الرهن به كالمبيع.

[182]

وعند أحمد ومالك مثل ما عند أبي حنيفة. قال ابن قدامة: فإذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة. اه وقال الشافعي رضى الله عنه لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن، والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لانه لا تنافى بينهما، بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان الغصب، وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه، لانه أحد حالتى الرهن. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع، ويعوض القرض بعد القرض، ويجوز عقده مع العقد على الدين، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض، لان الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته، فأما شرطه قبل العقد

فلا يصح لان الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله، (الشرح) الاحكام:
يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، مثل أن يقرضه شيئا أو يسلم إليه في
شئ فيرهنه بذلك لانه وثيقة بالحق بعد لزومه فصح كالشهادة والضمان.
ويجوز شرط الرهن مع ثبوت الحق بأن يقول: بعثك هذا بدينار في ذمتك
بشرط أن ترهنني كذا، أو أقرضك هذا بشرط أن ترهنني كذا، لان الحاجة
تدعو إلي شرطه في العقد، فإذا شرط هذا الشرط لم يجب على المشتري
الرهن، أي لا يجبر عليه، ولكن متى امتنع مه ثبت للبائع الخيار في فسخ
البيع ولا يجوز عقد الرهن قبل ثبوت الحق. مثل أن يقول: رهنتك هذا على
عشرة دراهم تقرضنيها، أو على عشرة أبتاع بها منك. وقال مالك وأبو
حنيفة رحمهما الله تعالى: يصح دليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجر أن يتقدم
عليه كالشهادة بأن تقول: اشهدوا أن له على ألفا أقرضها منه غدا

[183]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز أخذ الرهن على الاعيان
كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم، لانه إن رهن
على قيمتها إذا تلفت لم يصح، لانه رهن على دين قبل ثبوته، وإن رهن
على عينها لم يصح، لانه لا يمكن استيفاء العين من الرهن. (الشرح)
الاحكام: إن نقلت السفينة لقوم في البحر متاعا وخافوا الغرق، فقال رجل
لغيره ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه، فإن كان المتاع غير معلوم لم
يصح أخذ الرهن به قبل الالتقاء لانه رهن بدين قبل وجوبه، وهل يصح
الضمان به؟ فيه وجهان حكاهما الصيمري. أحدهما لا يصح الرهن به ولا
الضمان به. وهذا هو المشهور لان القيمة لا تجب قبل الالتقاء. والثاني:
يصحان، ويمكن أن يكون للمسألة وجه ثالث: يصح الضمان ولا يصح الرهن.
وأما إذا ألقاه في البحر وجبت القيمة في ذمة المستدعي وصح أخذ الرهن
بها والضمان لانها دين واجب فإذا رهنه المضمون، كالمغصوب والعارية
والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم لم يصح عندنا، وعند أصحاب
أحمد ومالك وأبي حنيفة صح وزال الضمان. ولانه مأذون له في إمساكه
رهنًا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو
أبراه من ضمانه، ويقولون عن التنافي بينهما انه ممنوع لان الغاصب يده
عادية يجب عليه إزالتها، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له، ويد المرتهن
يد أمانة، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضمانة، وهم ينقضون قول
الامام الشافعي رضى الله عنه في قوله لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم
الرهن، والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافى بينهما، بدليل
أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان،
فكذلك ابتداءه لانه أحد حالتى الرهن

[184]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن، لان
العقد لحظه، لا حظ فيه للراهن، فجاز له فسخه إذا شاء، فأما من جهة
الرهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله عزوجل: فرهن مقبوضة،
فوصف الرهن بالقبض، فدل على أنه لا يلزم إلا به، ولانه عقد إرفاق يفتقر
إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة، فإن كان المرهون في

يد الرهن لم يجز للمرتهن قبضه إلا بإذن الراهن. لان للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فان كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن انه لا يصير مقبوضا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن، وقال في الاقرار والمواهب إذا وهب له عينا في يده صارت مقبوضة من غير إذن، فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة وجوابه في الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين. (أحدهما لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن في القبض لانه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى أذن مستأنف. (والثاني) أنه يفتقر وهو الصحيح لانه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الاذن، كما لو لم تكن العين في يده، وقولهم: إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح، لان النقل يراد ليصير في يده، وذلك موجود، والاذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب، وذلك لا يحصل إلا بإذن، ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما، فقال في الهبة لا تفتقر إلى الاذن، وفي الرهن يفتقر، لان الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الاذن لقوته والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الاذن لضعفه، والصحيح هو الطريق الاول، لان هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الاذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد على عين رهنا واجارة وأذن له في القبض عن الرهن والاجارة صار مقبوضا عنهما، فان أذن له في القبض عن الاجارة دون الرهن لم يصير مقبوضا عن الرهن، لانه لم يأذن له في قبض

[185]

الرهن، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الاجارة صار مقبوضا عنهما لانه أذن له في قبض الرهن، وقبض الاجارة لا يفتقر إلى الاذن لانه مستحق عليه (الشرح) الاحكام، لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال، بل متى ما شاء فسخه لانه عقد لحسابه أو لحظه فيجاز له إسقاطه متى شاء كالبراء من الدين. وأما من جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض سواء كان مشروطا في عقد أو غير مشروط، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك رحمه الله تعالى: يلزم من جهة الراهن بالايجاب والقبول، فمن رهن شيئا أجبر على إقباضه، وكذلك قال في الهبة. دليلنا: قوله تعالى " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة " فوصف الرهن بالقبض، فدل على أنه لا يكون رهنا إلا بالقبض، كما أنه وصف الرقبة المعتوقة بالاعيان ثم لا يصح على الكفارة الا عتق رقبة مؤمنة، ولانه عقد إرفاق احتراز من البيع، فانه عقد معاوضة، وقولنا: من شرطه القبول، احتراز من الوقف. إذا ثبت هذا: فالعقود على ضربين. ضرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والاجارة والنكاح والخلع. وضرب جائز من الطرفين كالوكالة والشركة، والمضاربة والرهن قبل القبض، والضمان، والكتابة، والله تعالى أعلم، قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أذن له في قبض ما عنده لم يصير مقبوضا حتى يمضى زمان يتأتى فيه القبض، وقال في حرمة لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل، والمذهب الاول، لان القبض انما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء، ولهذا لو استأجر دارا لم يحصل له القبض في منافعها الا بالاستيفاء، أو بمضى زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك ههنا، فعلى هذا ان كان المرهون حاضرا فبان يمضى زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك، وان كان غائبا، فبان يمضى هو أو وكيله وبشاهده ثم يمضى من الزمان ما يتمكن فيه من القبض، وقال أبو إسحاق: ان كان مما ينتقل كالحياوان لم يصير مقبوضا الا بان يمضى إليه لانه يجوز أن يكون

قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضى فيه إليه من موضع الاذن إلى موضع القبض، فأما ما لا ينتقل فانه لا يحتاج إلى المضى إليه بل يكفي أن يمضى زمان لو أراد أن يمضى ويقبض أمكنه، ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضا، كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض، والمنصوص هو الاول وما قال أبو إسحاق لا يصح لانه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الامكان ففي غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك، وما قال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح، لانه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق امكان القبض وبخالف الوكيل، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره، والثقة بخلافه. (الشرح) الاحكام، ان عقد الرهن على عين في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضها الا بإذن الراهن، لان للراهن أن يفسخ الرهن مثل القبض فلم يجز للمرتهن اسقاط حقه من ذلك بغير اذنه. وان كانت العين المرهونة في يد المرتهن وديعة أو عارية فان الرهن يصح، لانه إذا صح عقد الرهن على ما في يد الراهن، فلان يصح على ما بيد المرتهن للراهن أولى. (الشرح) فأما القبض فيها فقد قال الشافعي في الام في باب ما يتم به الرهن من القبض فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع، ولا مملوك المنفعة له ملك الاجارة لم يجز أن يكون رهنا الا بما أجازة الله عزوجل به من أن يكون مقبوضا. وإذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه، وكذلك لو أذن له في قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان ذلك له لما وصفت من أنه لا يكون رهنا الا بأن يكون مقبوضا، وكذلك ما لم يتم الا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التي لا تجوز الا مقبوضة وما في معناها، ولو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن كان المرتهن والغرماء فيه أسوة سواء اه. وقال فيما يكون قبضا في الرهن: وإذا أقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن

وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام باقرار الراهن ودعوى المرتهن. ولو كان الرهن في الشقص غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار، لانه قد يقبض له وهو غائب عنه فيكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له. اه وقال أيضا " إذا وهب له عينا في يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الاذن بالقبض " واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال لا يلزم واحد منهما الا بالقبض ولا يصح قبضهما الا بالاذن، وما قال الشافعي رحمه الله في الهبة، فأراد إذا أذن، وأضمر ذلك، وصرح به في الرهن. ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى وخرجهما على قولين. أحدهما لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن بالقبض، ولانه لما لم يفتقر إلى اذن مستأنف لم يفتقر إلى اذن. والثاني: يفتقر إلى الاذن. قال المصنف: وهو الصحيح. قلت: لانه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل الا باذن، كما لو كانت العين في يد الراهن. ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما، فقال في الهبة لا

يفتقر إلى الاذن بالقبض فيها، وفي الرهن لابد من الاذن بالقبض فيه، لان الهبة عقد اقوى يزيل الملك، فلم يفتقر إلى الاذن فيها، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فافتقر إلى الاذن بالقبض فيه. إذا ثبت هذا: فرهنه ما عنده فانه لا يحتاج إلى نقله بلا خلاف على المذهب، وهل يحتاج إلى الاذن بالقبض على الطرق المذكورة وسواء قلنا: يفتقر إلى الاذن فلا بد من مضي مدة يتباين فيها القبض في مثله ان كان مما ينتقل فيمضي زمان يمكنه نقله، وان كان مما يخلى بينه وبينه فيمضي زمان يمكنه التولية فيه. قال الشيخ أبو حامد: وحكى عن حرمة نفسه أنه قال لا يحتاج إلى مضي مدة، بل يكفي العقد والاذن، إذا قلنا: انه شرط إلى العقد لا غير - إذا قلنا ان الاذن ليس بشرط - لان يده ثابتة عليه، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض، وهذا غلط، لان القبض لا يحصل الا بالفعل أو بالامكان، ولم يوجد

[188]

واحد منهما، فعل هذا إن كان المرهون معه في المجلس أو بقره وهو يراه أو يعلم به فإن القبض فيه مضي مدة لو قبضه فيها أمكنه، وإن كان الرهن في صندوق في البيت وهو في البيت وتحقق كونه فيه فقبضه أن بمضي مدة لو أراد أن يقوم إلى الصندوق ويقبضه أمكنه، وإن كان الرهن غائبا عن المجلس بأن يكون في البيت والمرتهن في المسجد أو السوق، فنقل المزني عن الشافعي رحمه الله أنه لا يصير مقبوضا حتى يصير المرتهن إلى منزله والرهن فيه، فقال المصنف: هذا فيما يزول بنفسه مثل العبد أو البهيمة، فأما ما لا يزول بنفسه مثل الثوب والدار فلا يحتاج إلى أن يصير إلى منزله، ويكفي أن يأتي عليه زمان يمكنه القبض فيه قال القاضي أبو الطيب: وقد نص الشافعي على مثل ذلك في الام، لان ما يزول بنفسه لا يعلم مكانه، وأما الشيخ أبو حامد فقال غلط أبو إسحاق، وقد نص الشافعي رحمه الله في الام على أنه لا فرق بين الحيوان وغيره. ولانه يجوز أن يحدث على غير الحيوان التلف من سرقة أو حريق أو عرق فهو بمنزلة الحيوان وحكى المصنف أن من أصحابنا من قال أخبره ثقة بأنه باق على صفته بمضي زمان يتأتى فيه القبض، وليس بشئ لانه يجوز أن يكون قد تلف بعد رؤية الثقة. قال الشافعي رحمه الله لا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله. قال أصحابنا: هذا الكلام يحتمل تأويلين: (أحدهما) أن هذه مسألة مبتدأة، أي أن القبض لا يحصل في الرهن إلا أن يقبضه المرتهن أو وكيله، يقصد بهذا بيان جواز الوكالة في القبض لان القبض هو نقله من يد الراهن إلى يد المرتهن، وهو لا يوجد إلا بحضور المرتهن أو وكيله، وقد فرغ الشافعي رحمه الله على هذا في الام أن المرتهن لو وكل الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح لانه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره على نفسه في القبض. والتأويل الثاني أن هذا عطف على المسألة المتقدمة إذا رهنه ودبعة عنده غائبة عنه فلا يكون مقبوضا حتى يرجع المرتهن أو وكيله ويشاهدها. قالوا وهذا أشبه لانه اعتبر مجرد الحضور لا غير، وإنما يكفي ذلك فيما كان عنده، وأما ما كان في يد المرتهن فلا بد من النقل فيه. والله أعلم

[189]

(فرع) إذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن ومضت مدة يتأتى فيها القبض صار مقبوضا عن الرهن ولا يزول عن الغاصب ضمان النصب إلا بالرهن يسلمه إلى المعصوب منه عن الضمان في أحد الوجهين. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزني رحمهم الله تعالى: يزول ضمان الغصب عن المرتهن دليلنا: أنه لم يتخلل بين الغصب والرهن أكثر من عقد الرهن وقبضه. والرهن لا ينافي الغصب لانهما قد يجتمعان، بأن يرتهن عينا ويتعدى فيها، فإن ارتهن عارية في يده وأذن له في قبضها عن الرهن صح وكان له الانتفاع بها لأن الرهن لا ينافي ذلك، ويكون ضمان العارية باقيا عليه، فإن منعه المعير من الانتفاع فهل يزول عن المستعير الضمان؟ فيه وجهان: (أحدهما) يزول لأنها خرجت عن أن تكون عارية (والثاني) لا يزول عنه الضمان لأن يده لم تزل، وإن أودعها المعير عند المستعير، والمعصوب منه عند الغاصب، فهل يزول عنه الضمان، فيه وجهان (أحدهما) لا يزول عنه الضمان لبقاء يده (والثاني) يزول لأن الإيداع ينافي الغصب والعارية وقال الشافعي: والقبض في العبد والثوب مما يحول يأخذه مرتهنه من يد راهنه، وقبض مالا يحول من أرض أو دار أن يسأله بلا حامل. وهذا كما قال: القبض في الرهن كالقبض في البيع، فإذا رهنه ما ينقل مثل الدراهم والثياب فقبضها كان له أن يتناولها وينقلها من مكان إلى مكان. وكذلك إذا رهنه بهيمة فقبضها له أن يسوقها أو يقودها من مكان إلى مكان، وكذلك صبرة جزافا أو مكيالا من صبرة وقبضه بالكيل، وإن رهنه مالا ينقل كالارض والدكان والدار فالقبض فيها أن يزول الراهن يده عنها بأن يخرج منها ويسلمها إلى المرتهن ولا حائل بينه وبينها، فإن كانا في الدار وخرج الراهن منها صح القبض. وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها، لانه إذا كان في الدار فيده عليها فلا تصح التخلية، وهذا ليس بصحيح لأن التخلية تحصل بقوله ويرفعه يده عنها ألا ترى أن بخروجه من الدار لا تزول يده عنها، ويدخول دار غيره لا تثبت يده عليها، ولانه بخروجه محقق لقوله، فلا معنى لاعادة التخلية، هكذا ذكره ابن الصباغ، وإن خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار فقط

[190]

وقال أبو حنيفة لا لأنها مشغولة بملك الراهن، وكذلك يقال في دابة عليها حمل، لو رهنه الحمل دون الدابة وهو عليها صح، لأن كل ما كان قبضا في البيع كان قبضا في الرهن. وقال أبو حنيفة: إذا رهنه سرح دابة ولجامها وسلمها بذلك لم يصح القبض، وهذا يناقض قوله في الحمل (فرع) ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز. قال الصيمري: ولو قال الراهن للمرتهن وكل عنى رجلا ليقبضك أو ليقبض وكيلك عنى جاز، ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز (فرع) قال الشافعي، والاقرار بقبض الرهن جائز إلا فيما لا يمكن في مثله اه (قلت) وهذا كما إذا أقرا بزمان أو مكان لا يمكن صدقهما فيه، كأن زعما أنهما تراهنا دارا بيافا وهما في القاهرة وبيافا في يد اليهود لم يصح، أما إذا أقرا أنهما تراهنا دارا اليوم بأسوان وهما في القاهرة وأمكن انتقالهما بالطائرة وعودتهما صح والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لأن الأذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له، وإن أذن له ثم جن أو أغمى عليه لم يجز أن يقبضه لانه خرج عن أن يكون من أهل الأذن ويكون الأذن في القبض إلى من ينظر في ماله، فإن رهن شيئا ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت فإن باعه أو جعله مهرا في نكاح أو أجرة في إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبدا فكاتبه أو

أعتقه انفسخ الرهن، لان هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن، فان دبره فالمنصوص في الام أنه رجوع. وقال الربيع فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً. وهذا من تخريجه، ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير، فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين. والصحيح هو الاول، لان المقصود بالتدبير هو العتق، وذلك ينافي الرهن، فجعل رجوعاً كالبيع والكتابة، فان رهن ولم يقبض، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعاً على المنصوص، لان المقصود منه ينافي الرهن.

[191]

وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعاً لانه يمكنه الرجوع فيه. وان كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعاً لان التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعاً في الرهن وإن كان داراً فأجرها نظرت، فإن كانت الاجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً لانها لا تمنع البيع عند المحل، فلم ينفسخ بها كالتزويج، وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، فإن قلنا إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً لانه لا يمنع البيع عند المحل، وإن قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعاً لانه تصرف ينافي مقتضى الرهن فجعل رجوعاً كالبيع. (الشرح) الاحكام: إن رهن عينا وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجع الراهن عن الاذن لم يكن للمرتهن قبضها، لانه إنما يقبضها بأذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه، وإن رهنه شيئاً ثم جن الراهن أو أعمى عليه أو أفلس أو حجر عليه لم يصح إقباضه الراهن ولا يكون للمرتهن قبضه لانه لا يصح قبضه إلا بأذن الراهن، وقد خرج عن أن يكون من أهل الاذن. وكذلك إذا أذن له في القبض فقبل أن يقبض طراً على الراهن الجنون أو العمى أو الحجر بطل إذنه بذلك ولا يبطل الرهن بذلك. إذا ثبت ما ذكرناه فان الولي على المجنون والمعمى عليه ينظر فان كان الحظ باقباض الرهن مثل أن يكون شرطاه في بيع يستضير بفسخه وما أشبه ذلك أقبضه عنهما، وان كان الحظ في تركه لم يقبضه، وان كان للمحجور عليه غرماء غير المرتهن قال ابن الصباغ: لم يجز للحاكم تسليم الرهن إلى من رهنه عنده قبل الحجر لانه ليس له أن يتدئ عقد الرهن في هذه الحالة، فكذلك تسليم الرهن. (فرع) وان رهن عنده غيره رهننا ثم تصرف فيه الراهن قبل القبض نظرت فان باعه أو أصدقه أو جعله عوضاً أو رهنه وأقبضه، أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه بطل عقد الرهن لانه يملك فسخ الرهن قبل القبض فجعلت هذه التصرفات اختياراً منه للفسخ، فان كانت أمة فزوجها أو عبداً فزوجه لم يبطل الرهن لان التزويج لا ينافي الرهن، ولهذا يصح رهن الامة المزوجة والعبد المزوج، وان اجرا الرهن، فان قلنا يجوز بيع المستأجر لم ينفسخ الرهن بالاجارة، وان قلنا

[192]

لا يجوز بيع المستأجر، فان كانت مدة الاجارة تنقضي قبل حلول الدين لم ينفسخ الرهن. وإن كان الدين يحل قبل انقضاء مدة الاجارة انفسخ الرهن بها، وإن دبر الراهن العبد المرهون فالمنصوص أن الرهن ينفسخ (فرع) استدامة القبض في الرهن ليس بشرط في الرهن. وقال أبو حنيفة ومالك: الاستدامة شرط فيه. دليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته

شرطاً كالهبة مع أبى حنيفة والقرض مع مالك قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن: إذا مات المرتهن لم يفسخ. وقال في التفليس: إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن، فمن أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولاً آخر أن الرهن يفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن، وجوابه في المرتهن إليه، وجعلهما على قولين. أحدهما يفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال، فانفسخ بموت العاقد، كالوكالة والشركة. والثاني لا يفسخ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار. ومنهم من قال يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المرتهن، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة، فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين، فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن. ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولاً واحداً، لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال، فلان لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في التفليس لاجته فيه لأنه لم يرد أن الرهن يفسخ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة (الشرح) الأحكام: وإن عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض فقد نص الشافعي أن الرهن لا يفسخ بموت المرتهن بل الراهن بالخيار بين أن

[193]

يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم. وحكى الداركي أن الشافعي رحمه الله قال في موضع آخر: إن الرهن يفسخ بموت الراهن قبل التسليم واختلف أصحابنا في المسألة على ثلاثة طرق، فمنهم من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) يفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز يبطل بالموت كالوكالة والشركة. (والثاني) لا يفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد ينول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار. ومنهم من قال: يفسخ بموت الراهن ولا يفسخ بموت المرتهن، لأن بموت الراهن يحل الدين المؤجل عليه، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان للمرتهن أسوة الغرماء، ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن، وإن لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة، فلا وجه لتسليم الرهن به. وليس كذلك المرتهن، فإن ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية إلى الاستيثاق بالرهن. ومن أصحابنا من قال لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولاً واحداً، لأن الرهن إذا لم يفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال، فلان لا يبطل بموت الراهن - والعقد قد يلزم من جهته - بعد القبض أولى. وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركي وقال: بل كلام الشافعي رحمه الله يدل أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن لأنه قال في الام: وإذا رهن عند رجل شيئاً ثم مات الراهن قبل أن يقبض الرهن، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وإن لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقبض الرهن المرتهن أو يبقيه، وإن مات أحدهما بعد القبض لم يفسخ الرهن بلا خلاف، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه لأن الرهن لازم جهة من الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والاجارة. والله أعلم

[194]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كتب إليه وهو غائب أقرضتك هذا، أو كتب إليه بالبيع ففيه وجهان: (أحدهما) ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة (والثاني) لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة، كما لو كتب وهو حاضر. وقول القائل الأول أن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول (الشرح) الأحكام: إن كتب إليه وهو غائب إلى آخر الصورة التي حكاها المصنف في انعقاد القرض وصحته وجهان، أصحهما ينعقد، لأننا قلنا في الفصل قبله: ويمكن انعقاده بما يؤدي معنى ذلك، ولأنه عقد ارفاق وقربة. قال ابن قدامة: والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص فوجب الإبقاء على الإباحة. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط، لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط، ولا يجوز شرط الاجل فيه لأن الاجل يقتضى جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الاجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لاهله، ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقه فجاز في القرض كالرهن. (الشرح) الحديث رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه عن أنس. أما الأحكام فإنه لا يثبت في القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط، لأن الخيار

[195]

إقباض الباقية وبين منعها، وإن كان بعد القبض لآخرى فقد لزم الرهن فيها، ولو تلفت أحدهما بعد فلا خيار للبائع إذا كان الرهن مشروطاً ببيع، لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار، فإذا تلف بعضه أولى. دليلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بالحق وبكل جزء منه كما لو مات وخلف تركه وديناً عليه، فإن التركة محبوسة بالدين وبكل جزء منه، ولأنه وثيقه بحق فكان وثيقه بالحق وبكل جزء منه كالشهادة والضمان، فإذا قضى الراهن الدين أو أبراه منه المرتهن - والرهن في يد المرتهن بقى في يده أمانة. وقال أبو حنيفة: إن قضاه الرهن كان الرهن مضموناً على المرتهن، وإن أبراه المرتهن أو وهبه ثم تلف الرهن في يده لم يضمه استحساناً لأن البراءة والرهن لا يقتضى الضمان وكان هذا منا منه لأن القبض المضمون عنده لم يحول ولم يبرئه منه قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا ينفك من الرهن شئ حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محصنة، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه، كالشهادة والضمان، فإن رهن اثنان عند رجل عينا بينهما بدين له عليهما فبرئ أحدهما، أو رهن رجل عند اثنين عينا بدين عليه لهما فبرئ من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شطريها عاقدان فهما عقدان، فلا يقف الفكك في أحدهما على الفكك في الآخر، كما لو فرق بين العقدين، وإن أراد الراهنان في المسألة الأولى أن يقتسما أو الراهن في المسألة الثانية أن يقاسم المرتهن الذي لم يبرأ من دينه نظرت، فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن، وإن كان مما ينقص قيمته ففيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز من غير رضا المرتهن، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه (والثاني) يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لاحق له فيه. (الشرح) الأحكام: إن أسلم في طعام فأخذ به رهناً ثم تقايلاً عقد

السلم برئ المسلم إليه من الطعام ووجب عليه رد رأس مال المسلم،
وبطل الرهن لان

[196]

الدين الذي ارتهن به قد بطل، ولا يكون له حبس الرهن إلى أن يأخذ رأس المال لانه لم يرهنه به، وإن اقترض منه ألفا ورهنه بها رهنا ثم أخذ المقرض بالألف عينا سقطت الألف عن ذمة المقرض وبطل الرهن، وإن تلفت العين في يد المقرض قبل أن يقبضها المقرض انفسخ القضاء وعاد الرهن والقرض لانه متعلق به وقد عاد. قال الشيخ أبو حامد: وإن باع من رجل كره (1) طعام بألف درهم إلى أجل وأخذ بالثمن رهنا فإذا حل الاجل أو كان حالا فللبائع أن يأخذ منه بدل الثمن دنائير، فإذا أخذها انفسخ الرهن، وإن تفرقا قبل القبض بطل القضاء، وعاد الثمن إلى ذمة المشتري، ويعود الرهن لان الرهن من حق ذلك الثمن فسقط بسقوطه فإذا عاد الثمن عاد بحقه، وإن ابتاع منه مائة دينار بألف درهم في ذمته ودفع عن الدراهم رهنا صح، فإن تقابضا في المجلس صح الصرف، وانفك الرهن، وإن تفرقا من غير قبض بطل الصرف والرهن. (فرع) وإن كان للرجل على رجلين دين فرهناه ملكا بينهما مشاعا جاز، كما لو باعا ذلك منه، فإذا أقضاه أحدهما ما عليه له أو أبرأ المرتهن أحدهما انفك نصف الرهن، لان الصفقة إذا حصل في أحد شطريها عاقدان فهما عقدان فلا يقف الفكك في أحدهما على الفكك في الآخر، فإن طلب من انفك نصيبه القسمة نظرت، فإن كان الرهن مما لا تتساوى أجزاءه كالثياب والحيوان أو كانا دارين فأراد من انفك نصيبه أن يجعل كل دار سهما لم يجر ذلك من غير إذن المرتهن، لان ذلك منافلة، والرهن يمنع من ذلك. وإن كان الرهن مما يتساوى أجزاءه كالطعام فله مطالبته بقسمته لانه لا ضرر على المرتهن بذلك، وهكذا إذا كانت الارض متساوية الاجزاء فهي كالطعام وإن كان الرهن تنقص قيمته بالقسمة كالحجرة الواحدة، إذا قسمتها نصفين أو الشقة إلى شقتين فهل للمرتهن أن يمتنع؟ فيه وجهان. أحدهما: له أن يمتنع لان

(1) الكره واحد الاكراه ما يخزن فيه القمح ومنه قول العامة عن غرفة في البيت فيها مخزونه من الطعام (غرفة الكراه) وصوابه السكر أو الاكراه.

[197]

الضرر يدخل عليه بذلك (والثاني) ليس له أن يمتنع لان المرهون عنده النصف فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لاحق له فيه. وهذا نقل البغداديين من أصحابنا. وقال المسعودي: إن قلنا إن القسمة قدر النصيبين جازت القسمة، وإن قلنا إنها بيع لم يجر، وإن رهن رجل ملكا له عند رجلين بدين لهما عليه فقبض أحدهما دينه أو أبراه أحدهما عن دينه انفك نصف الرهن، لان في أحد شطري الصفقة عاقدان فهما كالعقدين، والحكم في القسمة ما مضى قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان قبل القبض نظرت فإن كان في رهن

عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع، وان كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه، لانه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار، فإن لم يعلم بالعبث حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ، لانه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده، ولا يثبت له الارش، لان الارش بدل عين الجزء الفائت، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله، فإذا فات بعضه لم يجب بدله. والله أعلم (الشرح) الاحكام، إذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان موجودا في يد الراهن نظرت فان كان الرهن غير مشروط في عقد البيع فلا خيار في فسخ البيع لان الراهن متطوع بالرهن، فان كان الرهن مشروطا في عقد البيع ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع، لانه لم يسلم له الشرط، وان لم يعلم بالعبث حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يثبت له الخيار لانه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ، ولا يثبت له أرش العيب كما ثبت للمشتري أرش العيب، والفرق بينهما أن المبيع يجبر البائع على إقباضه فأجبر على دفع الارش، والراهن لا يجبر على إقباض الرهن فلم يجبر على دفع الارش

[198]

وبهذا قال أحمد وأصحابه وابن المنذر. ولان المبيع لو تلف جميعه في يد البائع قبل التسليم لوجب عليه ضمانه بالثمن. وها هنا لو تلف الرهن في يد الراهن قبل التسليم لم يجب عليه بدله. ولانا لو قلنا لا أرش للمشتري لاسقطنا حقه، وها هنا لا يسقط حق المرتهن لان حقه في ذمة الراهن، قال الشيخ أبو حامد: فلو باعه شيئا بشرط أن يرهنه عبيدين فرهنهما عنده وأقبضه أحدهما وتلف عند المرتهن وامتنع الراهن من إقباض الثاني أو تلف في يد الراهن لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لانه لا يمكن رد العبد الذي قبض فيمضى البيع بلا رهن، والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: * (باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز) * ما لا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد، والكلب والخنزير لا يجوز رهنه، لان المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه. (الشرح) الاحكام: كل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتهائه كالمشاع، فإنه استثنى من هذه القاعدة فيجوز رهن المشاع لذلك. وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبتى والاوزاعي وسوار والعنبري وأبو ثور، وقال أصحاب الرأي لا يصح إلا أن يرهنها من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد، لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع ولنا أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع

[199]

قابل لذلك، والغريب أن أصحاب الرأي يمنعون هذا ويجيزون رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية قال المصنف رحمه الله: (فصل) وما يسرع إليه الفساد من الاطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فسادها، لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه، فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه، وإن أطلق ففيه قولان: (أحدهما) لا يصح وهو الصحيح، لأنه لا يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجز رهنه كأم الولد. (والثاني) يصح. وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهنا، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط. والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فسادها، فيصير كما لو شرط ذلك، ولو شرط ذلك جاز رهنه، فكذلك إذا أطلق، فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان، من أصحابنا من قال فيه قولان، كما لو أفردته بالعقد، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأنه تابع للشجر، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة (الشرح) الأحكام: إن رهنه شيئاً رطباً يسرع إليه الفساد، فإن كان مما يمكن تحفيفه كالرطب والعنب صح رهنه ووجب على الراهن مئونة تحفيفه، كما يجب عليه مئونة حفظه وعلف الحيوان، فإن احتاج إلى تلاجة ليحفظ فيها كان على الراهن استهلاك التلاجة من الثلج أو الكهرباء، وإن كان مما لا يمكن تحفيفه أو حفظه في التلاجة نظرت فإن رهنه بحق حال أو مؤجل قبل فسادها صح الرهن لأن الغرض يحصل بذلك وإن شرط الراهن أن لا يباع إلا بعد حلول الحق لم يصح الرهن لأنه يتلف ولا يحصل المقصود، وإن أطلقاً ذلك ففيه قولان (أحدهما) يصح الرهن، فإذا خيف عليه الفساد بيع وجعل ثمنه رهناً: لأن العقد يبنى على عرف الناس،

[200]

وفى عرفهم أن المالك لا يترك من ماله ما يخلف عليه الفساد ليفسد (والثاني) لا يصح الرهن وهو الصحيح. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه، لأنه لا يمكن بيعه في الدين. وقال أبو علي الطبري رحمه الله: إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه، وإن علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين، ويجوز أن لا توجد، ففيه قولان (أحدهما) يصح لأن الأصل بقاء العقد وأمكان البيع، ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون (والثاني) لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن. (الشرح) الأحكام، إن علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ففيه ثلاث مسائل (الأولى) إذا قال " إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، وكان قد رهنه بحق حال أو مؤجل قبل مجئ رأس الشهر فيصح الرهن قولاً واحداً، لأنه يمكن استيفاء الحق من ثمنه. (الثانية) أن يرهنه بحق مؤجل توجد الصفة قبله، فقد قال عامة أصحابنا لا يصح قولاً واحداً. وقال أبو علي الطبري فيه قولان، كرهن ما يسرع إليه الفساد، والصحيح هو الأول، لأن الطعام الرطب الظاهر من جهة الراهن يبيعه إذا خيف عليه الفساد وجعل ثمنه رهناً، والظاهر ممن علق عتق عبده على صفة أنه أراد إيقاع العتق بذلك (الثالثة) إذا علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين، ويجوز أن يحل الدين قبلها، بأن يقول إذا قدم زيد فأنت حر. وإذا دخلت الدار أو كلمت زيدا فأنت حر، فهل يصح رهنه ها هنا بعد ذلك؟ فيه قولان (أحدهما) يصح الرهن لأن وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه (والثاني) لا يصح، لأن

الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، هذا قول عامة أصحابنا. وقال أبو على في الافصاح لا يصح رهنه قولا واحدا لانه عقد الرهن على غرر.

[201]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) واختلف أصحابنا في المدير. فمنهم من قال لا يجوز رهنه قولا واحدا، لانه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن. ومنهم من قال: يجوز قولا واحدا لانه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن. ومنهم من قال. فيه قولان، بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة، فان قلنا: إنه وصية جاز رهنه، لانه يجوز الرجوع فيه بالقول، فجعل الرهن رجوعا. وان قلنا: إنه عتق بصفة لم يجز رهنه، لانه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك. قال أبو إسحاق، إذا قلنا: إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له: أترجع في التدبير؟ فان اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختار فإن كان له مال غيره قضى منه الدين، ويبقى العبد على التدبير، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان. (أحدهما) أنه يحكم بفساد الرهن، لانا إنما صححنا الرهن لانا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن (والثاني) أنه يباع في الدين وهو الصحيح، لانا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الاموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه، لانه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعا، لان المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان. (أحدهما) يصح كما يصح بيعه (والثاني) لا يصح لان فيه إضرارا بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنا. (الشرح) الاحكام: قال الشافعي رحمه الله " ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا " وجملة ذلك أنه إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد. فاختلف

[202]

أصحابنا في صحة الرهن على ثلاث طرق، فمنهم من قال: إن قلنا. إن التدبير وصية صح الرهن وبطل التدبير، لان الوصية يجوز فيها بالقول، فجعل الرهن رجوعا. وإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة لم يصح، لانه لا يصح الرجوع فيه، الا بتصرف يزيل الملك، قالوا: وقول الشافعي: كان الرهن مفسوخا أراد على هذا القول، ومنهم من قال لا يصح الرهن قولا واحدا، وعليه يدل ظاهر قوله في الام، لانه قال: إذا دبر عبده ثم رهنه كان الرهن مفسوخا، ولو قال: كنت رجعت قبل الرهن عن التدبير فهل يصح الرهن فيه قولان، وهذا نص في أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولا واحدا، ولانا - وان قلنا: ان التدبير وصية - الا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية ومنهم من قال: يصح الرهن قولا واحدا، ولا يبطل التدبير، لان الشافعي رحمه الله قال: كل ما جاز بيعه جاز

رهنه كالمدير يجوز بيعه قولاً واحداً فكذلك رهنه. قال ابن الصباغ:
والطريقة الأولى أصح، والثانية: ظاهر كالأمة، والثالثة: مخالفة للنص
والقياس. فإذا قلنا: بالطريقة الأولى، وأن الرهن يصح - إذا قلنا، أن التدبير
وصية - فإن التدبير يبطل، وهو اختيار المزني، فإن قضى الحق من غيره
فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت إلا بتدبير ثان أو عتق، وإن لم يقضه من
غيره بيع العبد بالموت إلا بتدبير ثان أو عتق، وإن لم يقضه من غيره بيع
العبد في الدين، وإن قلنا بالطريقة الثانية أن الرهن صحيح والتدبير صحيح
نظرت، فإن حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقى العبد في الدين،
وإن لم يختَر الرجوع فيه، فإن كان له مال غير العبد أجبر على قضاء الدين
وبقى العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غير فقيه وجهان من أصحابنا
من قال: يحكم بفساد الرهن، لانا إنما صححنا الرهن رجاء أن يرجع في
التدبير فيباع، وتأول قول الشافعي " كان الرهن مفسوخاً " على هذا
للموضع، ومنهم من قال: يباع في الدين، وهو الصحيح. لأنه إذا حكمنا بصحة
الرهن لم يتعقبه الفساد بامتناع الراهن، ومن حكم الرهن أن يباع في
الدين.

[203]

(فرع) وإن رهن عبده ثم دبره فإن دبره قبل أن يقبض كان فسخاً للرهن
على المنصوص، وعلى تخريج الربيع لا يكون فسخاً له، وقد مضى ذكره،
وإن أقبضه ثم دبره قال الشافعي رحمه الله أوقفت التدبير، فإن حل الحق
وقضى الدين من غير الرهن خرج العبد من الرهن وكان مديراً، وإن لم
يقضه من غيره - وإن باعه - صح وبطل التدبير، وإن لم يختَر الرجوع في
التدبير - فإن كان له مال غير - أجبر على قضائه منه وبقي العبد على
التدبير، وإن لم يكن له مال غير العبد بيع في الدين وبطل التدبير، وإن مات
الراهن قبل قضاء الدين فقد حل الدين بموته، وإن خلف تركة تفي بالدين
عن العبد قضى الدين منها وعتق العبد من ثلث ما بقى، وإن لم يكن له مال
غيره، فإن كان الدين يستغرق قيمته بيع العبد في الدين، وإن كانت قيمته
أكثر من الدين بيع منه بقدر الدين، وعتق ثلث ما بقى بالتدبير، فإن أجاز
الورثة عتق باقيه. (مسألة) وما صح رهنه صح رهن جزء منه مشاعاً سواء
كان مما ينقسم كالدار والأرضين، أو مما لا ينقسم كالجواهر، وسواء رهنه
من شريكه أو من غيره وقد مضى تفصيل الخلاف فيه والرد على أبي
حنيفة وأصحاب الرأي في أول الباب فراجع وتتمة القول: إن كان بين
رجلين عمارة فيها شقق فرهن أحدهما نصيبه من شقة من غير شريكه
فإن كان باذن شريكه صح الرهن، وإن كان بغير إذنه ففقيه وجهان. (أحدهما)
يصح كما يصح بيعه (والثاني لا يصح، لأن في ذلك ضرراً على الشريك لأنهما
قد يقتسمان فتقع هذه الشقة في حق شريكه فيكون قد رهن ملك غيره
بغير إذنه بخلاف البيع، فإنه إذا باع زال ملكه فيه، ولا يملك المقاسمة على
ما باع. إذا ثبت هذا: ورهن سهماً مشاعاً في عين بينه وبين غيره - فإن كان
مما لا ينقل - فإن الراهن يخلى بينه وبين المرتهن سواء حضر الشريك أو
لم يحضر، وإن كان مما ينقل كالجواهر والبضائع والدواب وما أشبهها فإن
القبض لا يحصل إلا بالنقل، ولا يمكنه تناولها إلا باذن الشريك، فإن رضى
الشريك تناولها،

وإن امتنع - فإن رضى المرتهن أن يكون في يد الشريك - جاز، وناب عنه في القبض، وإن تنازعا فإن الحاكم ينصب عدلا، وهو ما يسمى في العرف الحاضر حارسا أميناً يكون في يده لهما، وإن كان مما له أجرة ومنفعة (رسوم أتعاب) كانت عليهما. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه: لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين، فلم يجز رهنه، كالطير الطائر والعبد الأبق، فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حى فباعه أو رهنه، ثم بان أنه قد مات قبل العقد. فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد، وهو لاعب فلم يصح. ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبهه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت (الشرح) سبق للنووي رحمه الله أن أخذ على المصنف تعريفه لغير بالالف واللام، فكان الأصح ثم الإفصح أن يقول " مال غيره " وإن كان سلفنا السبكي رحمه الله تعالى تجوز في استعمالها في شوطه في التكملة. أما الأحكام فإنه لا يجوز رهن مال غيره بغير اذنه لأنه لا يقدر على تسليمه، فهو كما لو رهنه سمكة في البحر، وإن كان في يده مال لمن يرثه فباعه أو رهنه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان قد مات قبل البيع والرهن ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يصح، لأنه باع ورهن مالا يعتقده ملكه فكان متلاعبا في ذلك فلم يصح (والثاني) يصح لأنه بان أنه ملكه، قال الشيخ أبو حامد. وهكذا لو وكل رجلا يشتري له شيئا بعينه فباعه الموكل أو رهنه قبل الشراء وقال بعثك هذا الشيء إن كان لى فبان أنه كان له، وإن كان له مال في صندوق وقد رآه المرتهن فرهنه أو باعه وهو لا يتحقق كونه فيه، ثم بان أنه كان فيه، فعلى الوجهين المنصوص أنه لا يصح. (فرع) وإن رهنه سكنى دار لم يصح، لأن الدين إن كان مؤجلا فالمنافع تنلف إلى وقت الحلول، وإن كان الدين حالا لم يحصل الاستيناق، والرهن لا يلزم

إلا بالقبض، والقبض لا يمكن في السكنى إلا بإتلافه، فكأنه رهنه مالا يمكنه إقباضه، فإن قال أردت به إن أجرتها كانت الأجرة رهنا لم يصح أيضا لأنه لا يدري بكم يؤجرها فكان باطلا، أما في المساكن التي تحددت أجرتها بأوامر السلطات والحكام طبقا لقواعد المثلية أو نفقات البناء أو غير ذلك من مراعاة العدل بين الناس، فقد تعين للمرتهن قدر إجارتها، فصح أن تكون الأجرة من قيمة الرهن. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن رهن مبيعا لم يقبضه نظرت، فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون، فإن رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع (والثاني) يصح، وهو المذهب، لأن الرهن لا يقتضى الضمان فجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع (الشرح) الأحكام: إن اشترى عينا فرهنها قبل أن يقبضها - فإن كان قبل أن يدفع الثمن لم يصح الرهن لأنها مرهونة بالثمن. وكذلك إن رهنها بثمانها لم يصح لأنها قد صارت مرهونة به، وإن نقد الثمن ثم رهنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض، كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والترويج. (والثاني) يصح، وهو الصحيح لأن الرهن لا يقتضى الضمان على المرتهن فصح فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وفي رهن الدين وجهان

(أحدهما) يجوز، لانه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين (والثانى لا يجوز لانه لا يدرى هل يعطيه أم لا، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد. (الشرح) الاحكام، وفى بيع الدين المستقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه ثلاثة أوجه (أحدها لا يصح واحد منها، لانه غير مقدور على تسليمه

[206]

فلم يصح كالسبك فى الماء (والثانى) يصح الجميع منها وهو اختيار ابن الصباغ، لان الذمم تجرى مجرى الاعيان، ألا ترى أنه يصح أن يشتري بنمن فى ذمته ويبيع فيها، كما يجوز أن يشتري الاعيان وبيعها، الا أن البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض. وفى الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض، ولا يصح الرهن لان البيع والهبة يصحان، ويلزمان من غير قبض، ولا يصح الرهن لان البيع والهبة تملك فجرى مجرى الحوالة بخلاف الرهن. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن، لان ما استحق يعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كبيع ما باعه، وإجارة ما أجره، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففیه قولان. قال فى القديم " يجوز " وهو اختيار المزني. لانه إذا جاز أن يكون مرهونا بألف ثم يصير مرهونا بخمسمائة جاز أن يكون مرهونا بخمسمائة، ثم يصير مرهونا بألف. وقال فى الجديد لا يجوز لانه رهن مستحق بدين، فلا يجوز رهنه بغيره، كما لو رهنه عند غير المرتهن، فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن، وشرط على الراهن أن يكون رهنا بالدين والارث، ففیه طريقان، من أصحابنا من قال هو على القولين، ومنهم من قال يصح ذلك قولاً واحداً، والفرق بين الارث وبين سائر الديون أن الارث متعلق بالرقبة، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلم يحز رهنه به، ولان فى الرهن بالارث مصلحة للراهن فى حفظ ماله، وللمرتهن فى حفظ وثيقته، وليس فى رهنه بدين آخر مصلحة، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدى العبد بقيمته فى الجناية ليقبض عليه، وان كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله. (الشرح) الاحكام، إذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الاول لم يصح الرهن الثانى. لان ما استحق يعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كما لو باع عينا من زيد

[207]

ولزم البيع ثم باعها من عمرو، ففوله يعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض، ومن إجارة ما أعاره وقوله لا يجوز أن يعقد عليه مثله " احتراز من عقد الإجارة على الرهن، فإنه يصح بغير إذن المرتهن. وقوله: من غير إذن من له الحق، لان المرتهن لو أذن فى رهنه من غيره صح، وان رهن رجلاً عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده بألف أخرى ففیه قولان. قال فى القديم " يصح " وبه قال مالك وأبو يوسف رحمهم الله تعالى، لانه لما جاز أن يزيد فى الحق الواحد رهناً آخر جاز أيضاً أن يرهن الرهن الواحد بحق آخر. ولان الرهن وثيقة كالضمان، فلما جاز أن يضمن من غيره حقا ثم يضمن عنه حقا جاز فى الرهن مثله. وقال فى الجديد لا يصح " وبه قال

أبو حنيفة لانه رهن لازم بدين آخر، كما لو رهنه عند غيره، وفيه احتراز من رهنه قبل القبض، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الاول ثم يرهنه بالالفين، فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بألفين كان كالاقرار صحيحا في الظاهر والباطن على القديم. وأما على الجديد فيكون رهننا بالالفين حكما ظاهرا. وأما في الباطن فلا يكون الامر مرهونا بألف، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف، وادعى المقر له أنه رهنه بهما معا فالقول قول المقر له مع يمينه، لان الظاهر صحة الاقرار. وإن شهد شاهدان على عقد الرهين ثم أرادا أن يقيما الشهادة، فإن كانا يعتقدان صحة القول الجديد شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف، فإن كانا يعتقدان صحة القول القديم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين، ويطلقا ذلك، لانهما يعتقدان صحة ما يشهدان به (والثاني) لا يجوز أن يشهدا الا على ما وقع عليه العقدان، لان الاجتهاد في ذلك إلى الحاكم قال المصنف رحمه الله: (فصل) وفي رهن العبد الجاني قولان. واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق، فمنهم من قال القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز

[208]

قولا واحدا. ومنهم من قال القولان في جناية الخطأ، فأما في جناية العمد فيجوز قولا واحدا. ومنهم من قال القولان في الجميع، وقد بنا وجوههما في البيع (فصل) ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والطير الطائر، لانه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين فلم يصح رهنه (فصل) وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه، لان الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن، فإذا لم يجر بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول (الشرح) في رهن العبد الجاني قولان وفي موضع القولين ثلاث طرق مضى ذكر ذلك في البيع، ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الأبق، ولا رهن عبد من عبد كما لا يجوز بيع ذلك (فرع) إذا قال رهنك هذا الصندوق بما فيه، أو هذا البيت بما فيه، أو هذه الحقيبة بما فيها فقد نص الشافعي رحمه الله في الام أن الرهن لا يصح بما في هذه الاشياء، قال الشيخ أبو حامد: وهل يصح الرهن في الحق بضم الحاء المهملة. والبيت والجراب والخريطة، فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة، وان قال: رهنك هذا الحق دون ما فيه. وهذا البيت دون ما فيه، أو هذا الجراب دون ما فيه، أو هذه الخريطة دون ما فيها صح الرهن في هذه الاشياء دون ما فيها. وإن قال رهنك هذا الحق أو هذا البيت أو هذا الجراب أو هذه الخريطة ولم يقل دون ما فيه ولا بما فيه، فنص الشافعي رحمه الله أن الرهن يصح في البيت والحق والجراب، ولا يصح في الخريطة، والخريطة وعاء من آدم وغيره تشرح على ما فيها كما في الصحاح، وفي ديارنا يسمى أهل الريف كيسا خشن النسج يطوونه على فلوسهم خريطة. قال لان الحق والبيت والجراب لها قيمة تقصد في العادة. والخريطة ليس لها قيمة مقصودة في العادة، وانما المقصود ما فيها. قال الشيخ أبو حامد: ولاصحابنا في هذا تخطيط. ومنصوص الشافعي رحمه الله ما ذكرته.

[209]

(فرع) قال الشافعي رحمه الله: وإن رهنة أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ، لأنها غير مملوكة، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو سعيد الاصطخري أراد الشافعي رحمه الله بذلك سواد العراق، وذلك أن أمير المؤمنين عمر (رض) افتتحها وأخرجها من أيدي المجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثا، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالأرض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض، ومنهم من لم يطيب نفسا إلا بعوض ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هي في يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومة لا إلى غاية، فعلى هذا لا يجوز بيعها أو رهنها، وهذا ظاهر النص وقال أبو العباس بن سريج: لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هي في يده، وجعل منها جعلا هو الخراج الذي يؤخذ منهم، فيجوز بيعها ورهنها لأن الناس من وقت أمير المؤمنين إلى وقتنا هذا يبيعونها وابتاعونها من غير منكر. وأما قول الشافعي رحمه الله فمحمول عليه لو أوقف الامام أرضا وضرب عليها الخراج، فإن قيل فهذا الذي قلموه في فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعا لا يصح على مذهب الشافعي ولا غيره، ولأن الاجارة لا تجوز إلى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة، وكذلك البيع لا يجوز إلى أجل غير معلوم، ولا بثمن غير معلوم. فالجواب أن هذا إنما لا يصح إذا كانت المعاملة في أموال المسلمين، فأما إذا كانت في أملاك المشركين فيصح، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعدي الأبق فإن له عبدا وثوبا وهما غير موصوفين لم يكن هذا جعلا صحيحا، ولو قال الامام من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية كان جعلا صحيحا اه. فإن كان في الخراج بناء أو غراس، فإن كان محدثا في أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفردا، وإن باعه أو رهنه مع أرض الخراج - وقلنا لا يصح بيعها ورهنها بطل في الأرض، وهل يصح في البناء والغراس؟ فيه قولان، بناء على القولين في تفريق الصفقة، وقد مضى ذكر ذلك، وإن كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه.

[210]

وقال الشافعي رحمه الله: فإن أدى عنه الخراج كان متطوعا لا يرجع به إلا أن يكون دفع بأمره فيرجع، وهذا كما قال: إذا رهن أرضا من أرض الخراج وأجرها فإن الخراج الذي يجب في الأرض يجب على رهن الأرض الذي رهنها وأجرها، فإن دفع المرتهن أو المستأجر الخراج الواجب فيها نظرت، فإن كان بغير أمر من وجب عليه أو قضى الدين عن غيره بغير إذنه لم يرجع عليه بشئ. وقال مالك رحمه الله: يرجع عليه. دليلنا: أنه متطوع بالدفع عنه فلم يرجع بشئ كما لو وهبه شيئا، وإن قضى بأذنه وشرط عليه البذل. والثاني لا يرجع عليه بشئ وهو اختيار ابن الصباغ لأن الشافعي رحمه الله قال: ولو دفع ثوبا إلى قصار فقصره لا أجرة له لأنه لم يشرطها له، ولأنه لم يشرط الرجوع فلم يرجع عليه بشئ كما لو وهبه شيئا، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان. (أحدهما) لا يصح لانه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع. (والثاني) أنه يصح لانه إن كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة وإن كان بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل وثيقته والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط

القطع. (الشرح) الاحكام: إذا رهنه نخلا وعلينا طلع مؤبر لم يرهنه الثمرة صح الرهن في النخل دون الثمرة لانه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر، ولم يرهنه الثمرة صح الرهن في النخل دون الثمرة، لانه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر، ولم يشترط دخوله في البيع لم يدخل، فكذلك في الرهن، وان كان عليها طلع غير مؤبر،

[211]

ولم يشترط دخوله في الرهن ولا خروجه من الرهن فهل يدخل الطلع في الرهن المنصوص أنه لا يدخل. قال الربيع وفيه قول آخر أنه يدخل كالبيع، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان. (أحدهما) يدخل في الرهن كما قلنا في البيع (والثاني) لا يدخل وهو الصحيح كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن، ومنهم من قال لا يدخل قولا واحدا وهو اختيار أبي حامد لما ذكرناه. وقال أبو حنيفة: تدخل الثمرة في الرهن بكل حال بخلاف قوله في البيع، وهذا ليس بصحيح، لان البيع أقوى من الرهن، فإذا لم تدخل الثمرة في البيع، فلان لا تدخل في الرهن أولى. وان قال. رهنتك النخل والثمرة صح، سواء كان قبل التأبير أو بعده كما قلنا في البيع، ثم ينظر فيه، فإذا رهن ذلك بحق حال أو بمؤجل يحل قبل ادراك الثمرة أو مع ادراكها صح ذلك، لانه لا يمكن استيفاء الحق منها، وان كان الحق مؤجلا لا يحل الا بعد ادراك الثمرة نظرت في الثمرة، فان كان مما يمكن استصلاحها وتحفيفها كالتمر والزبيب صح ذلك، ولزم الراهن مؤنة تحفيفها، وان كانت ثمرة لا يمكن تحفيفها كالتفاح والكمثرى، فمن أصحابنا من قال. فيه قولان كما قلنا في رهن ما يسرع إليه الفساد، ومنهم من قال. يصح الرهن قولا واحدا لان الثمرة تابعة للاصول فصح رهنها كما يجوز بيع الثمرة التي يبدو صلاحها مع الاصول، ولا يجوز بيعها مفردة. فإذا قلنا. يبطل الرهن في الثمرة فهل يبطل في الاصول، يبنى على القولين في تفريق الصفة، وقد مضى ذكره، وان رهنه الثمرة مفردة، فان كان بعد بدو صلاحها فهو بمنزلة رهن الاشياء الرطبة، وقد مضى ذكره، وان كان قبل بدو صلاحها سواء كانت قد أبرت أو لم تؤبر - فان كان الدين حالا وشرط القطع صح الرهن، كما يصح البيع، وان لم يشترط القطع ففيه قولان، أحدهما لا يصح الرهن كما لا يصح البيع. والثاني يصح الرهن، لان رهنه بالدين الحال يوجب القطع، وصار كما لو شرط القطع، وان رهنها بدين مؤجل، فان كان بشرط القطع فقد قال ابن الصباغ كان بمنزلة رهن البقول والفواكه.

[212]

وذهب أصحاب أحمد إلى صحة الرهن في الثمرة دون الاصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع، وكذلك الزرع الاخضر وهو اختيار القاضى منهم وذكره ابن قدامة. قال أصحابنا، أطلق جواب ذلك. وإن رهنها مطلقا ففيه ثلاثة أقوال، (أحدها) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع (والثاني) يصح، لان البيع إنما لم يصح لما فيه من الغرر، وليس في الرهن غرر، لانه يتلف إن تلف مال صاحبه (والثالث) نقله المزني إن شرط القطع عند حلول الاجل صح. وإن أطلق لم يصح. إذا أن الاطلاق يوجب بقاءه إلى حال الجذاد. وذلك تأخير للدين عن محله. هذا ترتيب ابن الصباغ كما حكاه العمراني في

البيان. وأما الشيخ أبو حامد فذكر أنها على القولين الاولين شرط القطع أو لم شرط قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن الحمل الظاهر، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع. وإن لم يشترط القطع ففيه قولان (أحدهما) أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه (والثاني) أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه (الشرح) إذا رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الاولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل. ومثال ذلك النباتات الزاحفة، وهي التي يمتد شجرها على الارض كالبادنجان والقثاء والخيار والدباء والبطيخ، وإذا كانت شجرة تحمل في السنة

[213]

حملين فرهن الشجرة والحمل الاول أو رهن الحمل الاول منفردا نظرت، فإن كان بحق حال أو بمؤجل يحل قبل حدوث الثمرة الثانية صح الرهن، وكذلك ان رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية إلا أنهما اشترطا أنه إذا خيف اختلاط الثانية بالاولى قطعت الاولى، أو كانت الثانية إذا اختلطت بالاولى تميزت عنها، فإن الرهن صحيح، لان الرهن لا يختلط بغيره، وان رهنه بحق مؤجل لا يحل الا بعد حدوث الثانية ولا يتميز احدهما عن الاخرى فذكر أبو حامد وابن الصباغ أن الرهن لا يصح، لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الرهن لأنه يختلط بغيره فيصير مجهولا. وذكر المصنف أنها على قولين " أحدهما " لا يصح الرهن لما ذكرناه " والثاني " يصح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك الثمرة للمرتهن، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه، فلم يحكم ببطلان الرهن، قال الشيخ أبو حامد: فإذا رهنه لحق حال فتوانى في قطع الثمرة الاولى حتى حدثت الثانية، واختلطت ولم تتميز ففيه قولان " أحدهما " يبطل الرهن، لان الرهن قد صار مجهولا، لاختلاطه بما ليس برهن " والثاني " لا يبطل لأنه كان معلوما عند العقد، وعند حلول الحق فلا يبطل بالجهالة الحادثة، فإذا قلنا يبطل فلا كلام، وإذا قلنا لا يبطل، قلنا للراهن أتسمح بترك الثمرة الثانية لتكون رهنا. فإن سمح فلا كلام، وإن لم يسمح، فإن اتفقوا على قدر الاولى فلا كلام، وإن اختلفا في قدر الاولى فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الاولى، وسواء كانت الثمرة في يده أو في يد المرتهن اه وقال المزني: إن كانت الثمرة في يد المرتهن فالقول قوله مع يمينه. قال العمراني، وهذا غلط لانهما اتفقا على أن الحادثة ملك الراهن، وإنما يختلفان في قدر المرهون منهما، فكان القول قول الراهن مع يمينه لأنه مدعى عليه. (فرع) وإذا رهنه ثمرة قال الشافعي رحمه الله تعالى: على الراهن سقيها وصلاحتها وجدادها وتشميسها، كما يكون عليه نفقة العبد. وقال في موضع آخر ليس عليه تشميسها. قال أصحابنا: ليس التشميس على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال عليه التشميس إذا بلغت الثمرة أو ان الجذاد قبل حلول الحق،

والذى قال ليس عليه التشميس إذا كان الحق قد حل مع تكامل صلاح الثمرة لأنها تباع في الحق، وليس لاحدهما أن يطالب بقطعها قبل أو أن قطعها إلا برضى الآخر، لأن على كل واحد منهما ضررا بقطعها قبل وقت قطعها فلم يجز ذلك من غير رضاهما. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما، فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الام والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الام تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن. (الشرح) الاحكام: إذا رهن الجارية ولها ولد صغير من زوج، أو زنا ولم يرهن الولد معها صح الرهن، لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يكون فيه تفرقة بينهما فإذا حل الحق فإن قضى الراهن الدين من غير الرهن انفسخ الرهن، وإن لم يقضه وكان الولد صغيرا يومئذ بيعت الجارية والولد، لأنه لا يجوز التفرقة بينهما، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، فما قابل الام تعلق به حق المرتهن، وما قابل الولد تعلق به حق الراهن. قال الشيخ أبو حامد: وكيف ذلك أن يقال: كم قيمة هذه الجارية ولها ولد دون ولدها؟ لأنها إذا كانت ذات ولد كانت قيمتها أنقص، فإن قيل قيمتها مثلا مائة، قيل فكم قيمة ولدها؟ فإن قيل خمسون، تعلق حق المرتهن بثلثي ثمنهما، وللراهن ثلث ثمنهما. وهذا إذا علم المرتهن بولد حال الرهن أو بعد ورضى به. وإن لم يعلم ثم علم ثبت له الخيار في فسخ البيع المشروط به الرهن. وأما إذا رهنه جارية حايلا ثم حملت في يد المرتهن من زوج أو زنا، فإن الولد خارج من الرهن، فإذا أراد البيع بيعت الجارية وولدها الصغير، ويكون للمرتهن حصتها من الثمن، وللراهن حصة الولد، وكيفية التقسيط أن يقال: كم قيمة هذه الجارية خالية من الولد ثم يقسم الولد ويقسم الثمن على قدر قيمتها.

والفرق بينهما أن المرتهن رضى في الاولة بكون الجارية التي لها ولد صغير رهنا وها هنا لم يرض بكونها لها ولد صغير رهنا. وهذا كما قال الشافعي رحمه الله: إذا رهن أرضا فحدث فيها نخل وشجر، إذا بيعت الارض والشجر برضاهما فإن الارض تقوم بيضاء لا شجر فيها. اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وفي جواز رهن المصحف وكتب الاحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان. قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان كالبيع " أحدهما " يبطل " والثانى " يصح ويجبر على تركه في يد مسلم. وقال أبو على الطبري في الافصاح يصح الرهن قولاً واحداً ويجبر على تركه في يد مسلم، ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر، وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم. (الشرح) الاحكام: أما المصحف فقد روى عن أحمد روايتان، الاولى لا أرخص في رهن المصحف " والثانية " إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه " ومن هنا كان لمذهبه قولان. أما أصحابنا فقد جعلوا في رهن المصحف وكتب الفقه والحديث والعبد المسلم من الكافر طريقين. قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان " أحدهما " لا يصح " والثانى " يصح ويوضع ذلك على يد مسلم - كقولهم في البيع - وقال أبو على في الافصاح: يصح الرهن قولاً واحداً ويوضع على يد مسلم، لأن الكافر لا يملك الرهن بخلاف البيع. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن شرط في الرهن شرطا ينافى

مقتضاه مثل أن يقول: رهنتك على أن لا أسلمه أو على أن لا يباع في الدين أو على أن منفعته لك، أو على أن ولده لك، فالشرط باطل لقوله صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، ولو كان مائة شرط " وهل يبطل الرهن؟ ينظر فيه، فإن كان الشرط نقصانا في حق المرتهن كالشرطين الأولين، فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله، وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان: أحدهما يبطل الرهن وهو الصحيح، لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله، كما لو شرط نقصانا في حق المرتهن، والثاني أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقي العقد بأحكامه، فإذا قلنا إن الرهن يبطل، فإن كان الرهن مشروطا في بيع فهل يبطل البيع؟ فيه قولان:

[216]

أحدهما: أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح. والثاني: أنه يبطل وهو الصحيح، لأن الرهن يترك لاجله جزء من الثمن، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لاجله، وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا، فيصير الثمن مجهولا. والجهل بالثمن يفسد البيع. (الشرح) الحديث رواه البزار والطبراني عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ " كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط ". أما الأحكام فإنه إذا اشترط المترهنان شرطا نظرت، فإن كان يقتضيه كأن شرطا أن يباع المرهون في الدين عند حلول الدين أو أن يباع بثمان المثل أو على أن منفعته للراهن صح الشرط والرهن، لأن العقد يقتضى ذلك، فكان هذا الشرط تأكيدا، وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد - فلا يخلو - إما أن يكون نقصانا في حق المرتهن أو زيادة في حقه، فإن كان نقصانا في حقه مثل أن رهنه رهنا على أن لا يباع في الدين، أو على أن لا يباع إلا بأكثر من ثمن مثله، أو على أن لا يباع إلا بما يرضى به الراهن فالشرط باطل، لأنه يناقض مقتضى العقد، ويبطل الرهن، لأنه يمنع مقصود الرهن، وإن كان الرهن زيادة في حق المرتهن كان يرهنه شيئا بشرط أن يباع قبل محل الحق، أو على أن يباع بأى ثمن كان، وإن كان أقل من ثمن المثل، فالشرط باطل لأنه يناقض مقتضى الرهن. وهل يبطل الرهن؟ فيه قولان. أحدهما: يبطل الرهن، وهو اختيار الشيخ المصنف لأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأبطله كما لو كان نقصانا في حق المرتهن والثاني لا يبطل، لأن المقصود من الرهن الوثيقة، وهذه الشروط لا تعقد في الوثيقة، لأنها زيادة في حق المرتهن بخلاف الشروط التي تقتضي نقصانا في حق المرتهن، فإذا قلنا: الرهن غير مشروط في بيع بقى الدين بغير شرط، وإن شرط ذلك في البيع، بأن قال بعثك سيارتي هذه بألف على أن ترهنني دارك هذه بألف على أن لا تباع في الدين، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان.

[217]

(أحدهما لا: لأن البيع ينعقد منفردا عن الرهن فلم يبطل البيع ببطلان الرهن، كالصداق في النكاح لأنه قد يتزوجها من غير صداق ثم يفرض لها

صداقا بعد ذلك ثم لا يفسد النكاح لفساد الصداق. وان قارنه فكذلك الرهن مع البيع (والثانى) يبطل البيع وبه قال أبو حنيفة لانه بشرط فاسد قارن عقد البيع فأفسده كما لو باعه شيئا بشرط أن لا يسلمه. (فرع) إذا قال لغيره بعنى سيارتك هذه بألف على أن أركبك داري هذه، ويكون منفعة الدار لك، فإن كانت منفعة الدار مجهولة المدى كان الرهن والبيع باطلين قولاً واحداً، لانه باع السيارة بألف وبمنفعة مدة غير معلومة والبيع بثمن مجهول باطل لان منفعة الدار جزء من الثمن وإن كانت منفعة الدار معلومة فقد قال القاضى أبو الطيب في مثل هذه الصورة: هذه صفقة بيعا وإجارة فهل يصحان؟ فيه قولان. وقال أبو حامد: شرط منفعة المرهون للمرتهن باطل لانه يناهى مقتضاه وهل يبطل به الرهن؟ فيه قولان لانه زيادة في حق المرتهن، فإذا قلنا: إنه باطل فهل يبطل البيع؟ فيه قولان. فإذا قلنا: ان الرهن صحيح، أو قلنا انه باطل ولا يبطل البيع ثبت للبائع الخيار في البيع، لانه لم يسلم له فأشروط، وهذا ظاهر كلام الشافعي رحمه الله تعالى. وان قال لغيره: بعنى سيارتك بألف على أن يكون داري رهنا به ومنفعتهما رهنا أيضا به، فإن المنفعة لا تكون رهنا، لانها مجهولة، ولانه لا يمكن اقباضها فإذا بطل رهن المنفعة فهل يبطل الرهن في أصل الدار؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة. فإذا قلنا: ان الرهن لا يفسد في أصل الدار لم يفسد البيع، ولكن ثبت للبائع الخيار، لانه لم يسلم له جميع الرهن. وان قلنا: يفسد في أصل الدار فهل يبطل البيع؟ فيه قولان. (فرع) وان كان لشخص على آخر ألف بغير رهن فقال من عليه الألف بعنى سيارتك هذه بألف على أن أعطيك داري رهنا بها وبالالف الذى لك على بغير رهن، فقال: بعتك كان البيع باطلا، لان ثمن السيارة مجهول لانه باعها

[218]

بألف ومنفعة، وهو أن يعطيه رهنا بالالف التى لا رهن بها، ولانه بيعتان فيبيعة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما سبق في كتاب البيوع. (فرع) إذا قال لغيره، أقرضنى ألف جنيه على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا وتكون منفعة لك، فأقرضه فالقرض باطل لانه قرض جر منفعة، وهكذا لو كان عليه ألف بغير رهن فقال له أقرضنى ألفا على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا بها، وبالالف التى لا رهن، فأقرضه فالقرض فاسد، لانه قرض جر نفعاً، والرهن باطل فيهما، لان الرهن انما يصح بالدين ولا دين له في ذمته. وان قال: أقرضنى ألفا على أن أركبك داري به وتكون منفعة رهنا بها أيضا لم يصح شرط رهن المنفعة، لانها مجهولة، ولانه لا يمكن اقباضها، فإذا ثبت أنه لا يصح هذا الشرط، فانه زيادة في حق المرتهن، وهل يبطل به الرهن فيه قولان. (فرع) لو رهنه شيئا وشرط على المرتهن ضمان الرهن، فان الرهن غير مضمون عليه على ما يأتي بيانه، ويكون هذا شرطا فاسدا لانه يخالف مقتضاه، وهل يفسد الرهن بهذا الشرط؟ من أصحابنا من قال: يفسد قولاً واحداً لان ذلك نقصان في حق المرتهن. قال أبو على في الافصاح: هل يبطل الرهن؟ فيه قولان، لان شرط الضمان يجرى مجرى الحقوق الزائدة في الرهن لانه لم ينقص حق المرتهن. قال ابن الصباغ: والاول أصح. (فرع) قال ابن الصباغ: إذا أقرضه ألفا برهن وشرط أن يكون نماء الرهن داخل فيه فالشرط باطل في أشهر القولين. وهل يفسد الرهن؟ فيه قولان، لانه زيادة في حق المرتهن. وأما القرض فصحيح، لانه لم يجر منفعة، وانما الشرط زيادة في حق الاستيناق، ولم يثبت. (فرع) إذا كان له دين مستقر في ذمته متطوع بالرهن به فقال:

رهنتك هذه النخلة على أن ما تثمر يكون داخلا في الرهن، أو هذه الماشية على أن ما ينتج داخل في الرهن، فهل يصح الرهن في الثمرة والنتاج؟ فيه قولان.

[219]

(أحدهما) يصح الرهن فيهما، لانهما متولدان من الرهن، فجاز أن يكونا رهنا معا (والثاني لا يصح الرهن فيهما، وهو الصحيح لانه رهن معدوم ومجهول. فعل هذا فهل يبطل الرهن في النخلة والماشية فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة. وان قال: بعثك سيارتي هذه بألف على أن ترهنني نخلتك هذه على أن ما تثمر داخل في الرهن. فان قلنا: يصح الرهن في الثمرة صح البيع. وان قلنا لا يصح الرهن في الثمرة. فان قلنا لا يبطل الرهن في النخلة لم يبطل البيع في السيارة. ولكن ثبت لبائعها الخيار، لانه لم يسلم جميع الرهن المشروط. وان قلنا يبطل الرهن في النخلة فهل يبطل البيع في السيارة. فيه قولان. فان قلنا لا يبطل ثبت للبائع الخيار. لانه لم يسلم له جميع الرهن المشروط فيحصل في هذه المسألة أربعة اقوال (أحدها) يصح الرهن في الكل ويصح البيع (والثاني) يبطل الرهن والبيع صحيح. وللبيع الخيار والله أعلم. (فرع) إذا اشترى سلعة بشرط أن يجعلها رهنا بالثمن فالرهن باطل لانه رهن ما لا يملك والبيع باطل. لانه رهن ما لا يملك والبيع باطل. لانه في معنى من باع عينا واستثنى منفعتها. فكان باطلا. ولان هذا شرط يمنع كمال تصرف المشتري. لان من اشترى شيئا فله أن يبيعه وبهبه. والرهن يمنع ذلك فأبطل البيع. وسواء شرطا أن يسلمها البائع إلى المشتري ثم يرهنها منه أو لم بشرط. تسليمها إليه فالحكم واحد لما ذكرناه. وان كان لرجل على آخر دين إلى أجل فقال من عليه الدين: رهنتك دراجتي هذه بدينك لتزيدني في الاجل لم يثبت الاجل المزيد لان التأجيل لا يلحق بالدين. والرهن باطل. لانه جعله في مقابلة الاجل. وإذا لم يسلم له الاجل لم يصح الرهن. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن. ويجوز أن يجعل في يد عدل لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك. فان كان المرهون أمة لم توضع الا عند امرأة أو عند محرم لها. أو عند من له زوجة لقوله صلى الله عليه وسلم

[220]

لا يخلون أحدكم بإمرأة ليست له بمحرم، فان ثالثهما الشيطان " فان جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك، لانه حصل عند العدل برضاها، فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد بنقله، فان اتفقا على النقل إلى غيره جاز لان الحق لهما، وقد رضيا فان مات العدل أو اختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختلف والرهن عنده فاختلف الراهن. ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الامر إلى الحاكم فيجعله عند عدل، فان جعل الرهن على يد عدلين. فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان. أحدهما لا يجوز لان ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية والثاني: يجوز لان في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة. فعلى

هذا ان اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز. وان تشاحا نظرت. فان كان مما لا ينقسم جعل في حرز لهما. وان كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه فان اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لو سلم إليه قبل القسمة جاز. فكذلك بعد القسمة. والثاني لا يجوز لانهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفردا بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم. (الشرح) الحديث مر في كتاب الصلاة وقبله في كتاب الحيض. وفي كتاب الحج بجميع طرقه ورواياته وأصحهن رواية الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامرأة الا مع ذي محرم " أما الاحكام: فانهما إذا شرطا في البيع رهن معلوم أو موصوف نظرت فان شرطا أن يكون الرهن على يد عدل جاز وان شرطا أن يكون على يد المرتهن صح، لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك. وان أطلقا ذلك ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد. أحدهما أن الرهن باطل لان كون الرهن في يد أحدهما ليس بأولى من الآخر فإذا لم يذكر ذلك بطل الرهن. والثاني: يصح الرهن ويدفع إلى الحاكم ليجعله على يد عدل ان اختلفا فيمن يكون عنده.

[221]

وإن كان الرهن جارية ولم يشترطا كونها عند أحد قال الشيخ أبو حامد: صح الرهن وجها واحدا، وجعل على يد امرأة ثقة، لانه ليس لها جهة يوضع فيها غير هذا بخلاف غير الجارية، فان شرطا أن تكون هذه الجارية عند المرتهن أو عند عدل نظرت، فان كان محرما لها جاز ذلك. قال القاضي أبو الطيب: وكذلك ان كانت صغيرة ولا يشتهي مثلها جاز تسليمها إلى المرتهن أو العدل لانه لا يخشى عليها منه، وإن كانت كبيرة فاشترطا وضعها على يد المرتهن والعدل وليس بذى محرم لها: فان كانت له زوجة أو جارية قال الشيخ أبو حامد: وفي داره نساء تكون هذه المرهونة معهن جاز تركها معه لانه لا يخشى عليها أن يخلو بها. فان لم يكن له زوجة ولا جارية لم يجز وضعها على يده للحديث، فإذا شرطوا ذلك بطل الشرط ولم يبطل الرهن، ولان هذا الشرط لا يؤثر في الرهن ويسرى هذا على الخنثى المشكل على تفصيل بين أن يكون كبيرا أو صغيرا لا حاجة بنا للاطالة في هذا لعدم الحاجة إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد عدل ثم أقر أن العدل قد قبض الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن لان الحق لهما دون العدل، فان رجع أحدهما وصدق العدل أنه لم يقبض لم يقبل رجوعه لانه إقراره السابق يكذبه. وان أقر الراهن والعدل بالقبض وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن، لان الاصل عدم القبض، ولا يقبل قول العدل عليه لانه يشهد على فعل نفسه وان قبض العدل الرهن باذن المرتهن صح، وبه قال أبو حنيفة، وقال ابن أبي ليلى لا يصح توكيل العدل في القبض، دليلنا أن من اشترى شيئا صح أن يوكل في قبضه فكذلك في الرهن وإذا حصل الرهن عند العدل باتفاق المتراهنين فان نقله إلى عدل غيره جاز وان أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يجز من غير رضا الآخر، لانه حصل في يده برضاها فلا يخرج عن يده إلا برضاها، فان دعا أحدهما إلى نقله وامتنع الآخر رفع الامر إلى الحاكم، فان كان العدل ثقة لم ينقل عنه، وان تغير عن الامانة أو حدث بينه وبين أحدهما عداوة جاز للحاكم نقله إلى غيره

وإذا كان الرهن عند المرتهن فمات أو أحيل بجنابة أو فلس أو حجر عليه نقل الرهن من يده إلى غيره. ولا يجوز للعبد حفظه ولا بيعه سواء بأجر أم بغير أجر عندنا وعند أصحاب أحمد وإذا أراد العدل رد الرهن على المتراهنين فإن كانا حاضرين رده عليهما، ويجب عليهما قبوله، لأنه أمين متطوع فلا يلزمه المقام على ذلك، فإن امتنعا من أخذه رفع الأمر في ذلك إلى الحاكم ليحبرهما على تسليمه، فإن رده العدل على الحاكم قبل أن يرده عليهما ضمن العدل وضمن الحاكم، لأنه لا ولاية للحاكم على غير ممتنع. وكذلك إن أودعه العدل عند ثقة، قال ابن الصباغ جاز، فإن امتنع أحدهما فرفعه إلى الآخر ضمن، وإن كانا غائبين، فإن كان للعدل عذر. مثل أن يريد سفرا أو به مرض يخاف منه أو قد عجز عن حفظه دفعه إلى الحاكم وقبضه الحاكم أو نصب عدلا ليكون عنده، وإن لم يكن هناك حاكم جاز أن يرفعه إلى ثقة ومع وجود الحاكم فيه وجهان يذكران في الودعة إن شاء الله، وإن لم يكن له عذر في الرد، فإن كانت غيبتهما إلى مسافة يقصر فيها الصلاة وقبض الحاكم منه أو نصب عدلا ليقبضه، لأن للحاكم أن يقضى عليهما فيما لزمهما من الحقوق، فإن لم يكن حاكم أودعه عند ثقة، وإن كانت غيبتهما إلى مسافة لا يقصر فيها الصلاة، فهو كما لو كانا حاضرين، فإن كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا لم يجز تسليمه إلى الحاضر، وكان كما لو كانا غائبين، فإن رد على أحدهما في موضع لا يجوز له الرد إليه. قال الشيخ أبو حامد: ضمن الآخر قيمته وذكر المسعودي أنه إن رد على الراهن ضمن للمرتهن الأقل من قيمة الرهن وقدر الدين الذي رهن به، وإن رده على المرتهن ضمن الراهن قيمته. قال العمراني: وهذا التفصيل حسن قال ابن الصباغ: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل وتجب عليه رده إليه، فإذا رده إليه زال الضمان عنه. ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدي لم يزل عنه الضمان، لأن الاستئمان قد بطل. قال العمراني في البيان: إذا تركا الرهن في يد عدلين فهل لاحدهما أن يفوض نحفظ جميعه إلى الآخر فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك، لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بأمانتهما جميعا

فهو كما لو أوصى إلى رجلين فليس لاحدهما أن يتفرد بالتصرف، فعلى هذا عليهما أن يحفظا الرهن في حرز يدهما عليه، أما بملك أو عارية أو اجارة، وإن سلم أحدهما جميعه إلى الآخر ضمن نصفه (والثاني) يجوز لأن عليهما مشقة في الاجتماع على حفظه، فإن كان مما لا ينقسم جاز لاحدهما أن يسلمه إلى الآخر، وإن كان مما ينقسم فاقسما فهل لاحدهما أن يسلم إلى الآخر ما حصل بيده بعد القسم؟ فيه وجهان، أحدهما يجوز لأنه لو سلم إليه ذلك قبل القسمة صح، فكذلك بعد القسمة، والثاني لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كما لو قسمه المتراهنان بينهما. اهـ (قلت) وقال أبو يوسف ومحمد: إذا رضى أحدهما بامسك الآخر - فيما يمكن قسمته جاز. وقال أبو حنيفة: إن كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امسك جميعه، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما. وقال أصحاب أحمد، إن المتراهنين إذا لم يرضيا إلا بحفظهما لم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا يتفرد أحدهما بالتصرف. وقالوا في المشقة أنه يمكن لكل واحد منهما أن يضع قفله على المخزن فلا يشق عليهما ذلك،

فكان كالقول عندنا. أما مذهبنا فدليلة أن المالك لم يرض إلا بأمانتهما فلم يكن لاحدهما أن ينفرد بحفظه جميعه كالوصية. وإذا وضع الرهن على يد عدل ووكلاه في بيعه عند حلول الدين صح التوكيل ولا يكون هذا تعليقا للوكالة على شرط، وإنما هو تعليق التصرف. قال ابن الصياغ: وإذا حل الحق لم يجز للعدل أن يبيعه حتى يستأذن المرتهن، لأن البيع لحقه فإذا لم يطالب به لم يجز بيعه، فإذا أذن المرتهن ذلك فهل يحتاج إلى استئذان الراهن ليحدد له الاذن؟ فيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة: لا بد من استئذانه كما يفتقر إلى تجديد اذن المرتهن، ولأنه قد يكون له غرض في أن يقضى الحق من غيره. وقال المصنف لا يفتقر إلى استئذانه لأنه الاذن الاول كاف ويفارق المرتهن لأن البيع يفتقر إلى مطالبة بالحق. وأما غرض الراهن فلا اعتبار به لأنه ما لم يغير الاذن الاول فهو

[224]

راض به. وإن عزل الراهن العدل انعزل ولم يجز له البيع وبه قال أحمد رحمه الله وقال مالك وأبو حنيفة لا ينعزل. دليلنا أن الوكالة عقد جائز فانعزل بعزله كسائر الوكالات، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان، من أصحابنا من قال: ينعزل لأن الشافعي رحمه الله قال: ولكل واحد منهما منعه من البيع، ولأنه أحد المتراهنين فملك عزل كالراهن. وقال أبو إسحاق لا ينعزل لأنه وكيل الراهن فلا ينعزل بعزل غيره، وتأول كلام الشافعي رحمه الله أنه أراد أن لكل واحد منهما منعه من البيع، لأن للمرتهن أن يمنعه من البيع، لأن البيع إنما يستحق بمطالبتة، فإذا لم يطالب به ومنع منه لم يجز، فأما أن يكون فسحا فلا. قال الشيخ أبو حامد في تعليقه. إذا كان الرهن مشروطا أن يكون في يد عدل ووكل العدل في بيعه ولم يقبضه فلا يجوز للعدل أن يبيعه في محل الحق لأنه وكله في بيعه رهنا وهذا رهن لم يلزم لأنه لم يقبضه، اللهم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه. وذكر الطبري في العدة أنه إن وكله في بيعه رهنا لم يكن له بيعه لأنه لا يصير رهنا إلا بالقبض، فإن كان له الاذن في بيعه مطلقا كان له أن يبيعه، لأن للوكيل بيع الشيء وهو في يد الموكل. ويجوز أن يتراهن المسلمان على يد ذمي أو ذميان على يد مسلم أو المسلم والذمي على يد مسلم أو ذمي جاز، أما إذا اقترض مسلم من ذمي ورهنه خمرا ووضعها على يد ذمي ووكلاه في بيعه لم يصح، لأنه بيع خمرا على مسلم. وكذلك الذميان إذا تراهنوا ووضعوا الخمر على يد مسلم ووكلاه في البيع فباعه لم يصح لأنه بيع خمرا من مسلم، وإن اقترض ذمي من مسلم ورهنه خمرا وجعله على يد ذمي ووكلاه في بيعه فباعه فهل يجبر المسلم على قبض حقه منه؟ فيه وجهان. (أحدهما لا يجبر، لأنه ثمن خمرا وثمر الخمر محرم على المسلم (والثاني) يجبر، فيقال له. إما أن تأخذه، وإما أن تبرئه من قدره من الدين، لأن أهل الذمة إذا تقاضوا في ثمن الخمر وما أشبهه من العقود الفاسدة أقرروا عليها وصار ذلك مالا من أموالهم.

[225]

(فرع) إذا وكل العدل في بيع الرهن وكان الثمن في يده كان ضمانه على الراهن إلى أن يصل ليد المرتهن، وبه قال أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة هو

من ضمان المرتهن، دليلنا أن العدل وكيل الراهن في البيع، والثمن ملك الراهن وكان من ضمانه كالموكل في غير الرهن، فإن تلف الثمن في يده وخرج المبيع مستحقاً، فعلى من يرجع المشتري ننظر في العدل، فإن أطلق البيع ولم يذكر أن يبيعه على ذمة الراهن رجع المشتري على العدل، لأن الظاهر أنه باع مال نفسه فلزمه الضمان بحكم الظاهر، وإن ذكر عند البيع أنه يبيعه على حساب الراهن أو صدقه المشتري على ذلك، فإن المشتري يرجع بالعهد على الراهن دون العدل، فإن العقد له، فإن قبض العدل الثمن وسلمه إلى المرتهن ثم وجد المشتري بالرهن عيباً، فإن لم يذكر العدل أنه يبيعه للراهن فإن المشتري يرجع بالثمن على العدل ويرجع العدل على الراهن، لأنه وكيله، ولا يسترجع الثمن من المرتهن. لأن الرهن لما بيع حصل ثمنه للراهن وهو مالكة، وعندما أخذه المرتهن فقد استوفى دينه من ملك الراهن فزال حينئذ ملك الراهن عنه، فإن لم يكن للعدل ولا للراهن مال غير الرهن بيع وقضى حق المشتري من ثمنه وما بقى يكون ديناً للمشتري على العدل وللعدل على الراهن، ولليبحث تنمة في البيوع فليراجع. والله تعالى أعلم. إذا شرطاً أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل، فإذا حل الحق لم يجز للمرتهن بيع الرهن إلا أن يحضر الراهن، وهل يبطل الرهن بهذا الشرط قولان لأنه زيادة في حق المرتهن، وقد مضى ذكر مثل ذلك، فأما إذا رهنه رهناً صحيحاً وأقبضه إياه فلما حل الحق وكل الراهن المرتهن يبيع الرهن لم تصح الوكالة وإذا باع المرتهن كان البيع باطلاً، وبذلك قال أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة: يصح التوكيل والبيع. دليلنا أنه توكيل يجتمع فيه عرضان متضادان، وذلك أن الراهن يريد التأي في البيع للاستقصاء في الثمن، والمرتهن يريد الاستعجال في البيع ليستوفى دينه فلم يجز كما لو كان قد وكله ببيع الشيء من نفسه، فإن كان الراهن حاضراً فهل يصح بيع المرتهن بأذن فيه وجهان

[226]

(أحدهما) يصح، وهو ظاهر النص قال في الام " إلا أن يحضر رب الرهن " ولأنه بحضوره سمع تقدير الثمن فانتفت التهمة عن المرتهن فصح بيعه (والثاني) وهو اختيار الطبري في العدة أنه لا يصح البيع لأنه توكيل فيما يتعلق به حقه فلم يصح، كما لو كان غائباً، ويجب عن قول الشافعي رحمه الله " إلا أن يحضر رب الرهن " بقوله معناه فيبيعه بنفسه، ألا ترى أنه قال " فإن امتنع أمره الحاكم ببيعه، فإن قيل هلا قلتم يصح البيع وإن كانت الوكالة فاسدة كما قلتم في سائر الوكالات الفاسدة، فالجواب أن الوكالة الفاسدة إنما يصح البيع فيها لأن الفساد غير راجع إلى الأذن، وإنما هو راجع إلى معنى في العوض. وها هنا الفساد راجع إلى الأذن نفسه فهو كما لو وكله أن يبيع من نفسه فباع. والله أعلم قال المصنف رحمه الله: (باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل، وما يملكه الراهن وما لا يملكه) ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز، كالشجر والتمر واللبن والولد والصوف والشعر، لا يدخل في الرهن، لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن الرهن من رهنه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه " والنماء من الغنم فوجب أن يكون له. وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً " الرهن محلوب ومركوب " ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالأجارة، فإن رهن نخلا على أن ما يتميز داخل في الرهن، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن، فالمنصوص في الام أن الشرط باطل وقال في الامالي القديمة:

لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهنا كان مذهباً، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار، والمذهب الأول وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح، بخلاف أساس الدار فإنه موجود، ولكنه شق رؤيته فعفى عن الجهل به

[227]

وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه، فإن كان شجراً فقد قال في الرهن لا يدخل فيه، وقال في البيع يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بناها في البيوع، وإن كان ثمرنا نظرت، فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل في الرهن، لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك، فلان لا يدخل في الرهن وهو لا يزيل الملك أولى، وإن كان ثمرنا غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقان، من أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يدخل فيه قياساً على البيع (والثاني) لا يدخل فيه وهو الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد، ومنهم من قال لا يدخل فيه قولاً واحداً. ويخالف البيع، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه، ولان البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه واختلف أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلف، فمنهم من قال: هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن. ومنهم من قال أنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار، وإن كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد. وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً، وما قاله الربيع من تخريجه. (الشرح) الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر. أما الحديث فقد رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة رضى الله عنه بلفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول " الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة " وفى لفظ رواه أحمد " إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته " وللدارقطني والحاكم وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً " الرهن مركوب ومحلوب " وقال ابن أبي حاتم، قال أبو " رفعه " يعنى أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد. ورجح البيهقي أيضاً الوقف

[228]

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء: هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين (أحدهما) التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه (والثاني) تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة. قال ابن عبد البر: هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها، وأثار ثابتة لا يختلف في صحتها، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ لا تحلب ماشية إمري بغير إذنه " قال الشوكاني: ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد

الا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع. وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبنى العام على الخاص، والنسخ لا يثبت الا بدليل يقضى بتأخر النسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الامكان. وقال الاوزاعي والليث وأبو ثور، انه يتعين حمل الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون، فيباح حينئذ للمرتهن، وأجود ما يحتج به للجمهور حديث أبي هريرة الذي رواه الشافعي والدارقطني وقال: هذا اسناد حسن متصل لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه " وفي أحاديث هذا الباب تفصيل في كتب الحديث. أما لغات الفصل فالأس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب ومثله أغصان الخلف. أما الاحكام: فإنه إذا رهنه أرضا فيها بناء أو شجر فان شرط دخول ذلك في الرهن أو قال. رهنتها بحقوقها دخل البناء والشجر في الرهن مع الارض، وهكذا ان قال. رهنتك هذا البستان أو هذه الدار دخل الشجر والبناء في الرهن وان قال رهنتك هذه الارض وأطلق فهل يدخل البناء والشجر، فيه ثلاث طرق ذكرها المصنف في البيع، وان باعه شجرة أو رهنها منه صح البيع والرهن في الشجرة، وهل يدخل قرارها في الرهن والبيع، ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن قرارها لا يدخل في الرهن وجها واحدا. وهل يدخل في البيع فيه وجهان، وذكر الطبري في العدة أن البيع والرهن على وجهين.

[229]

(أحدهما لا يدخل لان المسمى في العقد هو الشجرة، وهذا ليس بشجر. فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن للمشتري أن يغرر مكانها غيرها. والثاني) يدخل فيه قرار الشجرة، لان قوام الشجرة به، فهو كعروق الشجرة تحت الارض، فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان للمشتري أن يغرر مكانها. وأما نماء الرهن فضريان: موجود حال الرهن، وحادث بعد الرهن، فأما الموجود حال الرهن، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه. واختلف أصحابنا في ورق التوت وأغصان الخلف والأس، فمنهم من قال: هو كالأغصان من سائر الاشجار فيدخل في الرهن. ومنهم من قال هو كالثمار من سائر الاشجار وقد سبق بيانه. وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصوص أنه لا يدخل في الرهن، وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل، فمن أصحابنا من قال: في الصوف قولان، ومنهم من قال لا يدخل قولا واحدا، وما ذكره البيع من تخريجه. وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والثمرة واللبن وسائر منافعها فاختلف أهل العلم فيه. مذهبا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل في الرهن وللراهن أن ينتفع بالرهن، وقال قوم من أصحاب الحديث: نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه فإن كان الراهن هو الذي ينفق عليه فالنماء ملك له. وقال أحمد: الرهن ملك للمرتهن فله حليه وشربه، وقال أبو حنيفة: الثمرة والولد واللبن الحادث بعد الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل في الرهن. وقال أيضا، ليس للراهن ولا للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تنلف، وقال مالك: الولد الحادث يكون رهنا كقول أبي حنيفة. وأما الثمرة فلا تكون رهنا كقولنا. دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه " وقد رواه الشافعي والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن حبان وابن ماجه وصحح أبو داود والبخاري والدارقطني إرساله عن سعيد بن المسيب. فمن قال إنه ملك للمرتهن فقد خالف نص الحديث.

وروى الشعبي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من رهن دابة فعليه نفقتها وله ظهرها وتاجها " ولان الرهن ملك للراهن فكان نماؤه ملكا له كما لو لم يكن مرهونا، وعلى أبي حنيفة ما روى الاعمش عن أبي هريرة مرفوعا " الرهن مخلوب ومركوب للراهن " وبالإجماع بيننا وبين أبي حنيفة أنه مخلوب ومركوب للمرتهن، فثبت أنه مخلوب ومركوب للراهن وحديث " الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه " وغنمه نماؤه، فمن قال انه رهن فقد خالف الأحاديث، ولان الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر إلى الولد كالأجارة، ولان الرهن حق تعلق بالرقبة ليستوفى من ثمنها، فلم يسر إلى الولد كأرش الجنابة. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الارض، لقوله صلى الله عليه وسلم " الرهن مخلوب ومركوب " ولانه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الامة المزوجة، ووطئ الامة المستأجرة، وله أن يستوفى ذلك بالأجارة والاعارة، وهل له أن يستوفى ذلك بنفسه؟ قال في الام له ذلك. وقال في الرهن الصغير لا يجوز، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما لا يجوز لانه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن) (والثاني) يجوز وهو الصحيح، لان كل منفعة جاز أن يستوفىها بغيره جاز أن يستوفىها بنفسه كمنفعة غير المرهون، ودليل القول الاول يبطل به إذا أكره من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز، لانه يؤمن أن يجحد، وإن كان غير ثقة لم يجز، لانه لا يؤمن أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين (الشرح) الاحكام: إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفىها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، فإن كان الرهن دابة فله أن يعيرها من ثقة.

وله أن يؤاجرها من ثقة إلى مدة تنتهى قبل حلول الحق. وهل له أن يستخدمها بنفسه أو يركبها. قال الشافعي رحمه الله: له ذلك. وقال في موضع آخر، ليس له ذلك، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما لا يجوز، لانه لا يؤمن أن يجحد) (والثاني) يجوز وهو الصحيح، لانه لما جاز أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كغير الرهن. ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز أن يستوفيه بنفسه، وان كان غير ثقة لم يجز أن يستوفى بنفسه، لان الثقة يؤمن منه أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين والطريق الصحيح الطريق الاول، ومن هنا له أن يعير الرهن ويؤاجره ويستوفى ذلك بنفسه بحيث لا يخرج من سلطان المرتهن مثل أن يفعل ذلك في بلده بحيث يمكن رده إلى المرتهن أو إلى العدل، فلا يؤاجر لمسافر، ولا يسافر هو به، وعلى الطريقين أيضا في سكناه فيها، ففي الدابة عليه أن يسلمها للمرتهن ليلا. أما الدار فله أن يسكنها ليلا ونهارا ما دامت في سلطان المرتهن. أما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤاجره لانه مفض إلى إتلافه قال المصنف رحمه الله: (فصل) وأما ما فيه ضرر بالمرتتهن فإنه لا يملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا

ضرر ولا ضرار " فان كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به في السفر، أو يكرهه ممن يسافر به لم يجز، لان أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه، فيدخل على المرتهن الضرر، وإن كان ثوبا لم يملك لئسه لانه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها، لانه ينقص قيمتها، وهل يجوز وطؤها. ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها، لانه لا يؤمن أن تحبل فتتقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها. وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان، قال أبو إسحاق يجوز وطؤها لانا قد أمنا الضرر بالاحبال. وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز، لان السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع، فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع، فإذا منعنا من الوطني منعنا

[232]

من الاستخدام لانه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطني جاز الاستخدام فإن كان أرضا فأراد أن يغرس فيها أو يبنى لم يجز، لانه يراد للبقاء وينقص به قيمة الارض عند القضاء، فإذا خالف وغرس أو بنى - والدين مؤجل - لم يقلع في الحال لانه يجوز أن يقضى الدين من غير الارض، وربما لم تنقص قيمة الارض مع الغراس والبناء عن الدين، فلا يجوز الاضرار بالراهن في الحال، لضرر متوهم بالمرتهن في ثانی الحال، فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الارض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالارض لم يجز، وإن لم يضر بالارض نظرت، فان كان يحصد قبل محل الدين جاز، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان (أحدهما لا يجوز لانه ينقص قيمة الارض فيستضر به المرتهن (والثانى) يجوز لانه ربما قضاه الدين من غير الارض، وربما وقت قيمة الارض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له لانه ينقص قيمة الارض وقال أبو علي الطبري رحمه الله: فيها قولان كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين. وإن كان فحلا وأراد أن ينزبه على الاناث جاز، لانه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب، فان كان أنثى أراد أن ينزى عليها الفحل نظرت فان كانت تلد قبل محل الدين جاز، لانه لا ضرر على المرتهن، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز، لانه يمكن بيعها، وإن كان يحل بعد ظهور الحمل، فان قلنا إن الحمل لا حكم له جاز لانه يباع معها، وإن قلنا له حكم لم يجز لانه خارج من الرهن، فلا يمكن بيعه مع الام، ولا يمكن بيع الام دونه فلم يجز. (الشرح) الاحكام، وإن كان الرهن أرضا فأراد الراهن أن يزرع فيها نظرت، فان كان زرعا يضر بها كزراعة ورد النيل (1) لم يكن له ذلك، لقوله

(1) ورد النيل نبات تكافحه الجمهورية العربية المتحدة لخطرته على الانهار والاراضي وهو نبات يتكيف ويتكاثر ويتناسك بسرعة شديدة تؤدي إلى طمس معالم الارض والماء وقتل المحاصيل وقف تيار الماء الجارى

[233]

صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار " وان كان لا يضر بالارض نظرت فان كان محصوله قبل حلول الدين لم يمنع منه، وان كان محصوله بعد حلول الدين فالمنصوص أنه ليس له ذلك. قال الشيخ أبو حامد: ليس له أن يزرع الارض قولا واحدا. وإن حدث أن زرع أو بنى في الارض فليس يجوز قلعها أو هدمها لانه لا يجوز الاضرار به، لانه قد يقضى الدين في موعده وإن حل الدين ولم يقضه من غير الرهن، نظرت فإن كانت قيمة الارض وحدها تفي بالدين بيعت بغير الغراس والبناء، فان نقصت قيمتها بالغراس والبناء فالراهن بالخيار بين أن يقلع ويهدم ما عليها وبين أن يبيعها بما عليها ثم يوفى المرتهن حقه. وإن كان الراهن محجورا عليه وبيعت الارض بما عليها لم يجز للمرتهن أخذ الثمن جميعه بل يأخذ ثمن الارض وللغرماء ثم الغراس والبناء، فان كان ثمن الارض والغراس معا مائتين، وثمان الارض وحدها مائة وثمان الغراس وحده خمسين بيعت بما عليها للزيادة في الخمسين فتعلق حق المرتهن بثلثي الخمسين الزائدة وللراهن ثلثها وخمسين للغرماء ومائة للمرتهن (فرع) إذا أراد الراهن أن يؤجر الرهن إلى مدة لا تنقضي الا بعد محل الدين، فان قلنا لا يجوز بيع المستأجر لم يكن له ذلك، لان ذلك يمنع من بيعه، وان قلنا يجوز بيع المستأجر ففيه طريقان، قال عامة أصحابنا لا يكون له ذلك لان ذلك ينقص من قيمته عند البيع. وقال أبو علي الطبري: فيه قولان كالكولين في زراعة ما لا يحصد الا بعد محل الدين وان كان الرهن فحلا وأراد الراهن أن ينزبه على ماشيته أو ماشية غيره، قال الشافعي رحمه الله جاز، لان هذا منفعة ولا ينقص به كثيرا، وان كان أتانا وأراد ينزى عليها الفحل، فان كانت تلد قبل حلول الدين أو مع حلول الدين جاز له استيفاء منفعة لا ضرر على المرتهن بها. وان كانت لا تلد الا بعد حلول الدين فان قلنا لا حكم للحمل كان له ذلك لان الحق إذا حل وهى حامل صح له بيعها مع حملها. وان قلنا للحمل حكم لم يكن له ذلك لان الحمل لا يدخل في الرهن ولا يمكن بيعها دون الحمل. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في تعليقه من غير تفصيل.

[234]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتزيغها، وفصد العبد وحمامته، لانه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن، وإن أراد أن يختن العبد، فان كان كبيرا لم يجز، لانه يخاف منه عليه وإن كان صغيرا نظرت، فان كان في وقت يندمل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لانه ينقص ثمنه وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها، لانه جرح يخاف عليه منه فلم يجز، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة، وان كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب الكلاب - فان كان الموضع مخصبا - لم يجز له ذلك، لانه يغرب به من غير حاجة، وان كان الموضع مجدبا جاز له، لانه موضع ضرورة، وإن اختلفا في موضع النجعة فاختر الراهن جهة واختار المرتهن أخرى، قدم اختيار الراهن، لانه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة، فكان تقديم اختياره أولى، وإن كان الرهن عبدا فأراد تدبيره جاز، لانه يمكن بيعه في الدين، فان دبره وحل الدين فان كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير، وان استغرق الدين جميعه بيع الجميع. (الشرح) في الفصل لغات منها قوله: ودج الدابة بتشديد الدال وتخفيفها وهو منها كالفصد للانسان، ويسميه العامة

في ديارنا الخزام، وقوله: تبريغها مثله وفي المصباح: بزغ البيطار والحاجم بزغا من باب قبل شرط الدم وأسأله، وفي الاحكام مزيد بيان لنا. أما الاحكام، فان الراهن يملك التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كاجراء الودج أو التبريغ للحيوان أو ملء الساعة، أو تشحيم السيارة أو حقن آلة الطباعة أو نحوها بالزيت أو وضع مركبات النفطالين فيالثياب حتى لا تأتي عليها العثة فتبلى وكل ما هو من شأنه اصلاح المرهون وكماله ولا ضرر فيه

[235]

على المرتهن جاز قولا واحدا، ولا يجوز للمرتهن منعه، وان أراد الراهن أن يقطع شيئا من جوارح الحيوان - فان كان في قطعه، منفعة وفي تركه خوف عليه لفساد دب في هذا العضو ويخشى أن يمتد المرض فيتلف غيره أو يصيب الحيوان بالتسمم، فان للراهن أن يقطع ذلك بغير اذن المرتهن، لان في ذلك مصلحة من غير خوف وان كان يخشى من قطعه كما يخشى من بقائه ففيه وجهان ان كان الرهن دابة، واحتاجت إلى التودج وهو فتح عرقين عريضين عن يمين تفرع النحر ويسارها ويسميان الوريدين أو إلى التبريغ وهو فتح الراهصة من حافره فللراهن أن يفعل ذلك بغير اذن المرتهن، وان أراد الراهن أن يفعل شيئا من هذا بغير اذن المرتهن. قال الشافعي: فكل ما فيه مصلحة ولا يتضمن المضرة أصلا جاز مثل أن يدهن الجرب بالقطران، أما ما كان فيه منفعة وقد يضر كشرب الدواء " ومثله اعطاء الحقن في العضل أو الوريد " فليس للمرتهن أن يفعل ذلك بغير اذن الراهن اه. وقد استغرب الشيخ أبو حامد هذا في التعليق. (فرع) للراهن أن يرعى ماشيته وليس للمرتهن منعه وذلك لانها تأوى بالليل إليه، وان أراد الراهن أن ينتجع بها - أي يحملها أو يسوقها إلى موضع بعيد طلبا للمرعى، فان اتفقا عليه جاز، وان امتنع أحدهما نظرت، فان كان الموضع مخصبا - أي موضع المرتهن - فله أن يمنعه لانه رهنها فليس له نقلها بغير مسوغ أو ضرورة، وان كان الموضع مجدبا، فان اتفقا على النجعة واختلفا في المكان. قال الشيخ أبو حامد: وكان المكانان متساويين في الخصب والامن قدم قول الراهن لانه هو المالك للرقبة، وان اختلفا في النجعة أجبر الممتنع من النجعة عليها، لان المرتهن ان كان هو الممتنع قيل له: ليس لك ذلك لما فيه من الاضرار بالماشية، فاما أن تخرج معها أو تبعث بعدل أو ينصب الحاكم عدلا، وان كان الممتنع هو الراهن قيل له: ليس لك ذلك لانك تضر بالمرتهن، واما أن تبعث بعدل يأخذ لبنها وبرعاها ويحفظها. (فرع) وان كان الرهن نخلا فأطلعت كان للراهن تأبيرها من غير اذن المرتهن لانه مصلحة من غير ضرر، وما ينزع من السعف والليف فهو للراهن

[236]

فهو كالثمرة ولا يدخل في الرهن. فان قيل هذا قد تناوله عقد الرهن وليس بحادث فالجواب أن ما يجد وينمو من السعف والليف وقوم مقامه، فصار هذا بمنزلة المنفعة خارجا عن الاصول، فان خرجت الفسلان في جذع النخل. قال ابن الصباغ: فعندي أن ذلك يكون للراهن لاحق للمرتهن فيه لانه كالولد للماشية وكذلك ان ازدحمت أرض الرهن بالفسلان وأراد

الراهن أن يحسن توزيعها في أرض الرهن. قال الشافعي: جاز له ذلك بغير إذن المرتهن مادام في ذلك مصلحة للباقي، وكذلك إذا ازدحمت وأراد تخفيفها بالقطع أو القلع وكان في ذلك مصلحة لزيادة نمو الباقي جاز للراهن بغير إذن المرتهن وكانت أخشابها من الرهن، وإن أراد الراهن تحويلها إلى أرض أخرى أو قطع جميعها لم يكن له ذلك للضرر. قال الشافعي لو أراد تحويل المساقى فإن كان يضر بالرهن لم يكن له. وقال الشيخ أبو حامد وإذا أراد المرتهن ذلك لم يكن له. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرا في نكاح أو أجره في اجارة أو كان عبدا فكاتبه لم يصح، لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ، وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: يصح، لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق، كالأجارة. والثاني: أنه لا يصح، لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع. والثالث، وهو الصحيح أنه إن كان موسرا صح، وإن كان معسرا لم يصح لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره، فإن قلنا إن العتق يصح، فإن كان موسرا أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه، لأنه أنف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله، وتعتبر

[237]

قيمه وقت الاعتاق لأنه حالة الانلاف، ويعتق بنفس اللفظ، ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال: (أحدها) بنفس اللفظ (والثاني) بدفع القيمة (والثالث) موقوف، فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الاعتاق، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الاعتاق، كما قلنا فيمن أعتق شركا له في عبد أنه يسرى، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال - وهذا خطأ - لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر، كما لا يسرى العتق باعتاق المعسر في العبد المشترك. وإن كان معسرا وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طوالب بها لتكون رهنا مكانه، وإن أيسر في محل الدين طوالب بقضاء الدين. وإن قلنا إن العتق لا يصح ففكه أو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه. ومن أصحابنا من قال: يعتق، لأنه إنما لم يعتق في الحال لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن فنغد العتق، كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك، كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر، وبخالف الاحبال فإنه فعل، وحكم الفعل أقوى من حكم القول، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية، ولو أعتقها لم يصح. وإن قلنا أنه يصح العتق إن كان موسرا ولا يصح إذا كان معسرا، فقد بينا حكم الموسر والمعسر. وإن كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا، على الأقوال الثلاثة، وقد بينا وجوها في العتق، فإن قلنا أنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق وإن قلنا أنه لا ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن لأنها علققت بحر في ملكه، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن، فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر، وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته. وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه (أحدها) تجب قيمتها وقت الوطن، لأنه وقت سبب التلف، فاعتبرت القيمة فيه، كما لو جرحها وبقيت ضئيئة إلى أن ماتت.

(والثاني) تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطئ إلى حين التلف، كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت (والثالث) أنه تجب قيمتها وقت الموت، لان التلف حصل بالموت والمذهب الاول، وما قال الثاني لا يصح، لان الغصب موجود من حين الاخذ إلى حين التلف، والوطئ غير موجود من حين الوطئ إلى حين التلف. وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت، فان التلف حصل بالموت، ثم تجب القيمة وقت الجراحة، وان ولدت نظرت، فان نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص، وان حل الدين ولم يقضه فان أمكن أن يقضى الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضى به الدين، وان فكها من الرهن أو بيعت وعابت إليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له، وقال المزني لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها ثم فكها أو ملكها، وقد بينا الفرق بين الاعتاق والاحبال فأغنى عن الاعادة. (الشرح) الحديث رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس وابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار " وإسناده حسن. أما اللغات ففي النهاية: الضر ضد النفع ضره يضره ضرا وضرارا، وأضر به يضر إضرارا، فمعنى قوله لا ضرر " أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار فعال من الضرر، أي لا تجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، أو الضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء. أما الاحكام، فان أزال الراهن ملكه عن الرهن بغير إذن المرتهن نظرت فان كان ببيع أو هبة أو ما أشبهها من التصرفات لم يصح للحديث لان فيها إضرار على المرتهن، ولانه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير احترازا من العتق وقوله " يبطل به حق المرتهن من الوثيقة " احتراز من إجارته وإعارته. وقوله " بغير إذن المرتهن " احتراز منه إذا أذن، وان كان الرهن رقيقا فأعتقه الراهن بغير إذن المرتهن.

قال الشافعي في الام، إذا كان موسرا فقد عتقه، وإن كان معسرا فعلى قولين وقال في القديم: قال عطاء لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا، ولهذا وجه. ثم قال: قال بعض أصحابنا ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا. واختلف أصحابنا في ترتيب المذهب، فقال أبو علي الطبري وابن القطان: في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ اعتاقه موسرا كان أو معسرا (والثاني) لا ينفذ موسرا كان أو معسرا (والثالث) ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وقف المرهون ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالعق لانه حق لله تعالى لا يصح اسقاطه بعد ثبوته فصار كالعق (والثاني) انه لا يصح لانه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة (الشرح) الاحكام: إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف وغيره فتصرفه باطل، لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن، فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن، لانه اذن فيما ينافى حقه، فيبطل بفعله كالعق، وان زوج الام المرهونة لم يصح، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد، والله أعلم قال المصنف رحمه الله

تعالى: (فصل) وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطئ والتزويج وغيرهما، إذا أذن فيه جاز له فعله، لان المنع لحقه فزال بإذنه، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح، لان بطلانه لحقه فصح بإذنه، فان أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لانه بالرجوع سقط الاذن فصار كما لو لم يأذن، فان لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان (أحدهما) أنه يسقط الاذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الاذن (والثاني) أنه لا يسقط الاذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف. (الشرح) فيما سبق في الفصل قبله الكفاية

[240]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لانه تصرف ينافى مقتضى الوثيقة فعله بإذنه فبطلت به الوثيقة، فان أذن له في البيع لم يخل، إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل، فان كان في دين حال تعلق حق المرتهن بالثمن، ووجب قضاء الدين منه، لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه، وان كان في دين مؤجل نظرت، فان كان الاذن مطلقا فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة، لانه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن، فعله بإذنه فبطل به الرهن، كما لو أعتقه بإذنه، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهنا ففيه قولان. قال في الاملاء: يصح، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنا إلى أن يوفيه جاز. وقال في الام لا يصح، لان ما يباع به من الثمن مجهول، ورهن المجهول لا يصح، فإذا بطل الشرط بطل البيع، لانه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع. وقال المزني: يبطل الشرط ويصح العقد، لانه بشرط فاسد سبق البيع، فلم يمنع صحته، كما لو قال لرجل: بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها، وهذا خطأ، لانه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له، فإذا لم يسلم له الشرط بطل الاذن فيصير البيع بغير إذن، ويخالف مسألة الوكيل، فان هناك لم يجعل العوض في مقابلة الاذن، وإنما جعله في مقابلة البيع وههنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الاذن، فإذا بطل التعجيل بطل الاذن، والبيع بغير إذن المرتهن باطل. وحكى عن أبي إسحاق أنه قال: في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهنا، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهنا. (الشرح) الاحكام: بيانه في الفصول السابقة.

[241]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب نفقته، والذي يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن تكون النفقة عليه، ولان الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وان احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لان الشفاء بيد الله تعالى، وقد يجئ من غير فصد ولا دواء ويخالف النفقة فانه لا يبقى دونها فلزمه القيام

بها. (فصل) وان جنى العبد المرهون لم يخل اما أن يحنى علي الأجنبي، أو على المولى أو على مملوك للمولى، فان كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجني عليه برفقته، وقدم على حق المرتهن، لان حق المجني عليه يقدم على حق المالك، فلان يقدم على حق المرتهن أولى، ولان حق المجني عليه يختص بالعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه، وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، فإذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجني عليه، فان سقط حق المجني عليه بالعفو أو الفداء بقى حق المرتهن، لان حق المجني عليه لم يبطل الرهن وانما قدم عليه حق المجني عليه لقوته، فإذا سقط حق المجني عليه بقى حق المرتهن وان لم يسقط حق المجني عليه نظرت، فان كان قصاصا في النفس اقتص له وبطل الرهن، وان كان في الطرف اقتص له، وبقي الرهن في الباقي، وان كان مالا وأمكن أن يوفى حقه ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به حقه، وان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع فان فضل عن حق المجني عليه شئ من ثمنه تعلق به حق المرتهن وان كانت الجناية على المولى نظرت، فان كان فيما دون النفس اقتص منه ان كان عمدا، وان كان خطأ أو عمدا فعفى عنه على مال لم يثبت له المال. وقال أبو العباس: فيه قول آخر أنه يثبت له المال، ويستفيد به بعيه وابطال

[242]

حق المرتهن من الرهن، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي، والصحيح هو الاول، لان المولى لا يثبت له المال على عبده ولهذا لو أتلف له مالا لم يستحق عليه بدله، ووجه الاول يبطل بغير المرهون، فانه يجب له القصاص في العمد، ولا يجب له المال في الخطأ، وإن كانت الجناية على النفس - فان كانت عمدا - ثبت للوارث القصاص، فان اقتص بطل الرهن وإن كانت خطأ أو عمدا وعفى على مال ففيه قولان. أحدهما لا يثبت له المال، لان الوارث قائم مقام المولى، والمولى لا يثبت له في رقة العبد مال، فلا يثبت لمن يقوم مقامه. والثاني: أنه يثبت له، لانه يأخذ المال عن جناية حصلت، وهو في غير ملكه فصار كما لو جنى على من يملكه المولى، وان كانت الجناية على مملوك للمولى، فان كانت على مملوك غير مرهون، فان كانت الجناية عمدا. فللمولى أن يقتص منه. وان كانت خطأ أو عمدا وعفا على مال لم يجز. لان المولى لا يستحق على عبده مالا. وان كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر. فان كانت الجناية عمدا فللمولى أن يقتص منه. فان اقتص بطل الرهن. وان كانت خطأ أو عمدا وعفى على مال ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه، لانه لو قتله المولى لزمه ضمانه فإذا قتله عبده تعلق الضمان برفقته. فان كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكن أن يقضى أرش الجناية ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به أرش الجناية ويكون الباقي رهنا. فان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع. وما فضل من ثمنه يكون رهنا. فان كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه ففيه وجهان. (أحدهما) أنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول. ليكون رهنا مكانه. لانه لا فائدة في بيعه. (والثاني) أنه يباع لانه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهين وثيقة بدينه. وان كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل. فان كانت عمدا فاقصص منه بطل الرهن. وان كانت خطأ أو عمدا وعفى عنه على مال نظرت. فان اتفق الدينان في المقدار والحلول

والتأجيل، وانفقت قيمة العبدین ترك على حاله، لانه لا فائدة في بيعه، وان كان الدين الذي رهن به المقتول حالا. والدين الذي رهن به القاتل مؤجلا. بيع لان في بيعه فائدة، وهو أن يقضى الدين الحال، فان اختلف الدينان. وانفقت القيمتان نظرت، فان كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبع لانه مرهون بقدر، فإذا بيع صار مرهونا ببعضه. وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل، فإن في نقله فائدة، وهو أن يصير مرهونا بأكثر من الدين الذي هو مرهون به، وهل يباع وينقل ثمنه؟ أو ينقل بنفسه؟ فيه وجهان، وقد مضى توجيههما، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة، واختلفت القيمتان نظر فيه، فان كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع، لانه إذا ترك كان رهنا بمائة، وإذا بيع كان ثمنه رهنا بمائة، فلا يكون في بيعه فائدة، وان كانت قيمة القاتل أكثر يبع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهنا بالحق الذي كان المقتول رهنا به وباقية على ما كان. (الشرح) حديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا مسلما والنسائي وفي لفظ " إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولين الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته " رواه أحمد وتقدم كلام المحدثين في أول الباب مستوفى فيراجع. أما أحكام الفصل: فقد تكلمنا على مضمونه فيما سبق فيما يصلح الرهن. قال المصنف رحمه الله: (فصل) فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت، فان كان بالغاً عاقلاً فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والارث، على ما بيناه، ولا يلحق السد بالأذن إلا الاثم، فانه يأثم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله فان كان غير بالغ نظرت فان كان مميزاً يعرف ان طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه الا في القصاص. فان القصاص لا يجب على الصبي وان كان صغيراً لا يميز أو أعجمياً لا يعرف ان طاعة المولى لا تجوز

في القتل لم تتعلق الجناية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى. فان كان موسراً أخذ منه الارش، وان كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله يباع العبد في أرش الجناية، فمن أصحابنا من حمّله على ظاهره. وقال يباع لانه قد باشر الجناية فبيع فيها، ومنهم من قال لا يباع لان القاتل في الحقيقة هو المولى، وانما هو آلة كالسيف وغيره، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال يؤخذ منه الارش ان كان موسراً بحكم اقراره، وان كان معسراً يبع العبد بظاهر البينة والله أعلم. (فصل) وان جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن، لانه هو المالك للعبد، ولما يجب من بدله، فان ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فان نكل فهل ترد اليمين على المرتهن، فيه قولان، بناء على القولين في المفلس، إذا ردت عليه اليمين فنكل، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان. (أحدهما) لا ترد، لانه غير مدع. (والثاني) ترد، لانه ثبت له حق فيما يثبت باليمين. فهو كالمالك. فان أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على

أحد القولين. فان كانت الجناية موجبة للقود. فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو. فان اقتص بطل الرهن. وان قال لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة: للمرتهن اجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لان له حقا في بدله فجاز له اجباره على تعيينه. وقال أبو القاسم الداركي: ان قلنا: ان الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك اجباره لانه إذا ملك اسقاط القصاص فلان يملك تأخيره أولى. وان قلنا: ان الواجب أحد الامرين أجبر على التعيين لان له حقا هو القصاص وللمرتهن حقا هو المال فلزمه التعيين وان عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الارش. وتعلق حق المرتهن به. لان الارش بدل عن المرهون. فتعلق حق المرتهن به. وان أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط. لانه لو كان الرهن باقيا فأسقط حقه

[245]

منه سقط، فكذلك إذا أسقط من بدله، فإن أبرأ المرتهن الجاني من الارش لم يصح إبرأؤه لانه لا يملكه فلا ينفذ إبرأؤه فيه، كما لو كان الراهن باقيا فوهبه. وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان (أحدهما) يبطل، لان إبرأؤه تضمن إبطال حقه من الوثيقة، فإذا سقط الإبراء بقى ما تضمنه من إبطال الوثيقة. (والثاني لا يبطل، لان الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح، فلم يبطل ما تضمنه، فان أبرأه الراهن من الارش لم يصح إبرأؤه، لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح، كما لو كان الرهن باقيا فأراد أن يهبه فان أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الارش؟ فيه وجهان: (أحدهما) ينفذ، لان المنع منه لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الراهن. (والثاني) أنه لا ينفذ لانا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه. وان أراد أن يصالح عن الارش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز، لان حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز اسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقيا فأراد أن يبيعه من غير رضاه، فان رضى المرتهن بالصالح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهنا مكانه، فان كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وان كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه، فان كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنينا ميتا وجب عليه عشر قيمة الام ويكون خارجا من الرهن لانه بدل عن الولد، والولد خارج من الرهن، فكان بدله خارجا منه. وان كانت بهيمة فألقت جنينا ميتا وجب عليه ما نقص من قيمة الام ويكون رهنا، لانه بدل عن جزء من المرهون، فان ألقته حيا ثم مات ففيه قولان: (أحدهما) يجب عليه قيمة الولد حيا لانه يمكن تقويمه: فيكون للراهن، فان

[246]

عفى عنه صح عفو (والثاني) يجب عليه أكثر الامرين من قيمته حيا أو ما نقص من قيمة الام، فان كان قيمته حيا أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفو عنه، وان كان ما نقص من قيمة الام أكثر كان رهنا. (فصل) وان جنى على

العبد المرهون ولم يعرف الجاني فأقر رجل أنه هو الجاني، فان صدقه
 الراهن دون المرتهن، كان الارش له ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه
 المرتهن دون الراهن كان الارش رهنا عنده، فان لم يقضه الراهن الدين
 استوفى المرتهن حقه من الارش، فان قضاه الدين أو أبراه منه المرتهن
 رد الارش إلى المقر. (الشرح) حديث من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة
 لقي الله مكتوب بين عينيه: أيس من رحمة الله، أخرجه ابن ماجه عن أبي
 هريرة رضى الله عنه، قال المناوى: كناية عن كونه كافرا إذ لا يباس من
 روح الله الا القوم الكافرون وهذا زجر وتهويل أو المراد يستمر. هذا حاله
 حتى يطهر بالنار ثم يخرج. اه وقال الحفنى: ان استحل ذلك فهو كافر قال
 المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان كان المرهون عصيرا فصار في يد
 المرتهن خمرا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن لانه صار محرما لا يجوز
 التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان إذا مات، فان تخلت
 عاد الملك فيه لانه عاد مباحا يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة
 إذا دبغ، ويعود رهنا لانه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق
 رهنا فعاد رهنا، فان كان المرهون حيوانا فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه
 فهل يعود الرهن فيه وجهان. قال أبو على ابن خيران يعود رهنا، كما لو
 رهنه عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا. وقال أبو إسحاق لا يعود الرهن لانه
 عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنا بخلاف الخمر فانها صارت
 خلا بغير معنى من جهته (الشرح) الاحكام: إذا رهنه عصيرا صح رهنه
 كالثياب، ولان أكثر ما فيه أنه يخشى تلفه بأن يصير خمرا، وينفسخ الرهن،
 وذلك لا يمنع صحة الرهن،

[247]

كالحيوان يجوز رهنه، وإذا جاز أن يموت، فإذا رهنه عصيرا فاستحال خلا أو
 مالا يسكر كثيره، فالرهن فيه بحاله لانه يتغير إلى حالة لا تخرجه عن كونه
 مالا فلم يخرجه من الرهن، كما لو رهنه عبدا شابا فصار شيخا، فإذا رهنه
 عصيرا فاستحال خمرا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن فيه. وقال أبو
 حنيفة وأصحابه لا يزول ملك الراهن عنه، ولا يبطل الرهن به لانه يجوز أن
 تصير له قيمة دليلنا أن كونه خمرا يمنع صحة التصرف فيه، والضمان على
 متلفه، فبطل به الملك والرهن، كموت الشاة. إذا ثبت هذا فإنه يجب
 إراقته، فان أ تلف فلا كلام، ولا خيار للمرتهن في البيع - إن كان شرط رهنه
 فيه - إذا كان انقلابه بيده، لان التلف حصل بيده، وإن استحال الخمر خلا
 بنفسه من غير معالجة عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف، وعاد الرهن فيه
 للمرتهن، لانا إنما حكمنا بزوال ملك الراهن عنه وبطلان الرهن بحدوث
 الاسكار، وقد زالت تلك الصفة من غير أن تخلف نجاسة فوجب أن يعود إلى
 سابق ملكه كما كان. فان قيل: أليس العقد إذا بطل لم يصح حتى يبتدأ،
 والرهن قد بطل فكيف عاد من غير أن يحدد عقده ؟ قيل إنما يقال ذلك إذا
 وقع العقد فاسدا، وأما وقد وقع العقد صحيحا ابتداء ثم طرأ عليه ما أخرجه
 عن حكم العقد فانه إذا زال ذلك المعنى عاد العقد صحيحا، كما نقول: إذا
 أسلمت زوجة الكافر يحرم عليه وطؤها فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة
 عاد العقد كما كان، وكذلك إذا ارتد الزوجان أو أحدهما، فإذا استحال الخمر
 خلا بصنعة آدمى لم يطهر بذلك. بل تزول الخمرية عنه، ويكون خلا نجسا لا
 يحل الائتداه به، ولا يعود امتلاكه ولا رهنه. وقال أبو حنيفة: يكون طاهرا
 يحل شربه والرهن فيه بحاله دليلنا ما روى أبو طلحة رضى الله عنه قال:
 لما نزل تحريم الخمر قلت: يا رسول الله ان عندي خمرا لايتام ورتوه. فقال
 النبي صلى الله عليه وسلم: أرقه قلت أفلا أخلله ؟ قال لا، فنهاه عن

تخليه، وهذا يقتضى التحريم، فان كان مع رجل خمر فأراقه فأخذه آخر وصار في يده خلا أو وهبه لغيره فصار في يد الموهوب خلا، ففيه وجهان.

[248]

من أصحابنا من قال يكون لمن أراقه، لانه يعود إلى سابق ملكه، والملك للمريق، فهو كما لو غصب من رجل خمرًا وصار في يده خلا (والثاني) يكون ملكًا لمن هو في يده، لانه إذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه، فإذا جمعه الآخر صارت له عليه يد والاول أصح. قال ابن الصباغ: إذا رهنه عصيرا فصار خمرًا في يد الراهن قبل القبض بطل الرهن، فان عاد خلا لم يعد الرهن، ويخالف إذا كان بعد القبض لان الرهن قد لزم، وقد صار مانعًا للملك، وكذلك إذا اشترى عصيرا فصار خمرًا في يد البائع وعاد خلا فسد العقد ولم يكن ملكًا للمشتري بعوده خلا، والفرق بينه وبين الرهن أن الرهن عاد تبعًا لملك الراهن، وها هنا يعود لملك البائع لعدم العقد. (فرع) إذا رهن عند رجل شاة وأقبضه اياها فماتت زال ملك الراهن وبطل الرهن فيها لانها خرجت عن أن تكون مالا، فان أخذ الراهن جلدها فدبغها عاد ملكه على الجلد بلا خلاف، وهل يعود رهنا ؟ فيه وجهان قال ابن خيران: انما عاد بمعالجته، ومعنى أحدثه بخلاف الخمر، وسئل أبو إسحاق عن رجل ماتت له شاة، فجاء آخر وأخذ جلدها فدبغه، فقال إذا لم يطرحها مالكها فان الجلد لملك الشاة دون الدابغ، لان الملك وان عاد بمعنى أحدثه الدابغ إلا أن يد المالك كانت مستقرة على الجلد وجوز له استصلاحه فإذا غصبه غاصب ودبغه لم ينقل يد المالك كما لو كان له جرو كلب يريد تعليمه الصيد فغصبه إنسان وعلمه، فان المغصوب منه أحق به، لان يده كانت مستقرة عليه، قال فأما إذا طرح صاحب الشاة شاته على المزبلة فأخذ رجل جلدها ودبغه ملكه لان المالك قد أزال يده عنها. قيل له: أليس من يحجر مواتا يكون أحق بإحيائها من غيره ثم جاء غيره فأحياها ملكها، فقال الفرق بينهما أن من يحجر على شئ من الموات صار به بمعنى أثره فيه، وهو الحجز وبده ضعيفة لاستبدال ملك، فإذا وجد سبب الملك وهو الاحياء بطلت يده، وكذلك من ماتت له شاة لان يده مقرة عليها بالملك.

[249]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تغريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شئ لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يعلق الرهن ممن رهنه، ولانه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن، فإن غصب عينا ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تغريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه فيه وجهان (أحدهما) لا يغرمه لانه دخل على الامانة (والثاني) له أن يغرمه لانه أخذه من يد ضامنة، فان قلنا انه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه عره (والثاني) لا يرجع لانه حصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه، فان بدأ وغرم الراهن، فان قلنا ان المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه، وإن قلنا ان المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه، فان

رهن عند رجل عينا وقال رهنك هذا إلى شهر فان لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لانه وقته والبيع باطل لانه علقه على شرط فان هلك العين قبل الشهر لم يضمن لانه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح، وان هلك بعد الشهر ضمنه لانه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح (الشرح) الحديث مر تخريجه في غير موضع أما الاحكام فانه إذا قبض المرتهن الرهن فهلك في يده من غير تغريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شيء، وبه قال الاوزاعي وعطاء وأحمد وأبو عبيد وهي إحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه، وذهب الثوري وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بأقل الامرين من قيمته، أو قدر الدين، فإذا هلك فان كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقي له من الدين عشرة، وان كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فهلك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه، ولا يرجع الراهن عليه بشئ لسقوط الدين، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه.

[250]

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكامل قيمته، ثم يترادان، وهي الرواية الثانية عن علي رضى الله عنه. وذهب الشعبي والحسن البصري إلى أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن سقط جميع دينه، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين. وقال مالك: إن هلك الرهن هلاكا ظاهرا، مثل أن كان عبدا فمات أو دارا فاحترقت فهو غير مضمون على المرتهن، وان هلك هلاكا خفيا، مثل أن يدعى المرتهن أنه هلك، فهو مضمون كما قال اسحاق بن راهويه. دليلنا ما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن من راهنه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه " فهذا الحديث دليل في ثلاثة أمور: (أحدها) قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن " وله ثلاثة تأويلات. أحدهما لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق. والتأويل الثاني لا يسقط الحق بتلفه. والثالث: أي لا يعلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه. فإن قيل فهذا حجة عليكم لان قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن " أي لا يهلك بغير عوض. قال زهير: وفارقتك رهن لا فكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا يعنى ارتهن فخلبه الحب يوم الوداع، فأمسى وقد غلق الرهن، أي هلك بغير عوض. قلنا هذا غلط لان القلب لا يهلك، وانما معناه أن القلب صار رهنا بحقه وقد انغلق انغلاقا لا ينفك (الثاني) قوله صلى الله عليه وسلم " من راهنه " يعنى من ضمانه، قال الشافعي رضى الله عنه: وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم إذا قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه. (الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم " له غنمه وعليه غرمه " قال الشافعي رضى الله عنه وغرمه هلاكه وعطبه، ولانه مقبوض عن عقد لو كان فاسدا لم يضمن فوجب إذا كان صحيحا أن لا يضمن أصله، كالوديعة ومال المضاربة والوكالة والشركة، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض

[251]

وان غصب رجل من رجل عينا فرهنها عند آخر وقبضها المرتهن فأتلغها أو تلفت عنده بغير تفريط، فإن كان عالما بأنها مغصوبة فللمغصوب منه أن يرجع بقيمتها على الغاصب أو المرتهن لأنه أتلغها ولأنه كان عالما بغصبها فيستقر عليه الضمان لحصول التلف في يده، وان رجع المغصوب منه على المرتهن لم يرجع المرتهن على الراهن لان الضمان استقر عليه. وان كان المرتهن غير عالم لكونها مغصوبة وتلفت عنده من غير تفريط فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب لأنه أخذها من مالكها متعديا. وهل للمالك أن يرجع على المرتهن؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه لأنه أخذها على وجه الامانة (والثاني) يرجع عليه لأنه أخذها من يد ضامنه. وإذا قلنا يرجع على المرتهن، فهل للمرتهن أن يرجع بما ضمنه على الراهن؟ قال أبو العباس بن سريج من أئمتنا لا يرجع لأنه تلف في يده فاستقر الضمان عليه. وفيه وجه آخر. ولم يقل الشيخ أبو حامد في التعليق غير أنه يرجع عليه، لان المرتهن أمين فلا يضمن بغير تعد، فيكون تلف الرهن من ضمان الراهن، فرجع بالقيمة عليه لأنه غره. وان بدا المغصوب منه المرتهن أنه لا يرجع على الراهن رجع الراهن ها هنا على المرتهن وقال في الام " ولو رهنه رهنا على أنه إذا دفع الحق وقضاه أخذ الرهن، وان لم يقض له بدينه فالرهن والبيع فاسدان " وهذا صحيح قال العمراني: أما الرهن فيبطل لأنه مؤقت لمحل الدين ومن شأنه أن يكون مطلقا. وأما البيع فيبطل لأنه ملق بزمان مستقبل، فيكون هذا الرهن في يد المرتهن إلى أن يحل الحق غير مضمون عليه لأنه مقبوض عن رهن فاسد، وحكم المقبوض في الضمان عن العقد الفاسد كالمقبوض عن العقد الصحيح، فان تلف الرهن لم يضمن وإذا حل الحق كان مضمونا على المرتهن لأنه مقبوض عن بيع فاسد فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح فعلى هذا إذا تلف في يده لزمه ضمانه سواء فرط فيه أو لم يفرط

[252]

قال المصنف رحمه الله: باب اختلاف المتراهنين إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنك، وقال المرتهن رهننتي فالقول قول الراهن مع يمينه لان الاصل عدم العقد. (فصل) إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنك العبد وقال المرتهن بل رهننتي الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهنا بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهنا برد المرتهن. (الشرح) الاحكام: أولا: إذا اختلف المتراهنان، فقال أحدهما للآخر لقد رهننتي عينا بدين لى عليك، فقال الآخر: ما رهنتكها - ولم تكن ثم بينه، فالقول قول من عليه الدين مع يمينه أنه ما رهنه، لان الاصل عدم الرهن. ثانيا: اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن منه رادبو (مذباغ) فقال الراهن: ما رهنتك هذا المذباغ وإنما رهنتك مرناة (تليفزيون) حلف الراهن أنه ما رهنه الرادبو وإنما رهنه التليفزيون. فخرج المذباغ عن أن يكون رهنا بيمين الراهن وخرج التليفزيون عن أن يكون رهنا بإنكار المرتهن له. ثالثا: اختلفا في قدر الرهن، فقال المرتهن: رهننتي هاتين الدراجتين بعشرة جنيهات فقال الراهن: بل رهنتك إحداهما بعشرة. رابعا: اختلفا في قدر الدين المرهون به فقال المرتهن: رهننتي هذه السيارة بمائة لى عليك، وقال الراهن: بل رهنتكها بخمسين. فالقول في الثالث والرابع قول الراهن مع يمينه في كل من المثليين، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما وقال مالك رضى الله عنه: القول قول من الظاهر معه، فإن كانت الدراجة التي أقر الراهن برهنها تساوى عشرة أو دونها ويرهن مثلها بعشرة فالقول قول

[253]

وكذلك في السيارة القول قول المرتهن في قدر الرهن إن كانت قيمة السيارة مائة، وإن كانت قيمتها أكثر من مائة فالقول قول الراهن. دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " وهذا الراهن منكر فيهما، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في قدر المعقود عليه. خامسا: إن كان له عليه ألف مؤجلة وألف معجلة فرهنه سيارة بألف ثم اختلفا، فقال المرتهن: رهنتيه بالالف الحال. وقال الراهن: بل رهنتكه بالالف المؤجل، فالقول قول الراهن مع يمينه، لما ذكرناه في المسائل قبلها. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإذا اختلفا في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال: بل رهنتني هذين العبدين فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فإن رهنه أرضا وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن. وقال المرتهن: بل كان قبل الرهن ورهنتيه مع الأرض فالقول قول الراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن لأنه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين. وقوله: إنه في يده لا يصح، لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن، وإن كانت العين في يد المرتهن، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا: إنه يصح العقد فاختلغا في مقدار الحمل الأول، فالقول قول الراهن، وقال المزني: القول قول المرتهن، لأنه في يده، وهذا لا يصح، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد. (الشرح) الأحكام: إذا رهنه أرضا ووجد فيها نخل أو شجر، فقال المرتهن: كان هذا موجودا وقت الرهن فهو داخل في الرهن. وقال الراهن:

[254]

بل حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن، فإن كان ما قاله المرتهن غير ممكن كان يكون النخل صغيرا وكان العقد من مدة لا تسمح بأن يكون النخل باقيا على صغره لحدائنه مظهره فلا يجوز من ثم أن يكون النخل موجودا وقت العقد، فالقول قول الراهن من غير يمين، لأنه لا يمكن صدق المرتهن. وإن كان ما قاله الراهن غير ممكن، كأن يكون لعقد الرهن مدة لا يمكن حدوث النخل بعدها لكبر النخل وقصر مدة العقد وما إلى ذلك فالقول قول المرتهن بلا يمين لأن ما يقوله الراهن مستحيل فلم يقبل قوله. وإن كان يمكن صدق كل منهما كأن يكون احتمال وجود النخل مساويا لاحتمال حدوثه بعد العقد، قال الشافعي رضى الله عنه: فالقول قول الراهن مع يمينه. قال المزني قولا ضعيفا في المذهب: القول قول المرتهن، لأنه في يده. والمذهب الأول، لأن المرتهن قد اعترف للراهن بملك النخل، وقد صار

يدعى عليه عقد الرهن، والراهن ينكر ذلك، فكان القول قول الراهن، كما لو ادعى عليه عقد الرهن في النخل مفردا دون الارض واما اليد التي تعلق بها المزني فلا يرجح بها في دعوى لعقد وانما يرجح بها في دعاوى الملك فإذا حلف الراهن نظرت فإن كان الرهن في القرض أو كان متطوعا به في الثمن غير مشروطا في البيع بقى الرهن في الارض ولا كلام وإن كان الرهن مشروطا في البيع فإن هذا الاختلاف يوجب التحالف وقد حلف الراهن وخرج الرهن عن الراهن، فان رضى المرتهن بذلك فلا كلام، وان لم يرض حلف المرتهن أن النخل كان داخلا في الرهن. وهل يفسخ البيع والرهن بنفس التحالف أو بالفسخ؟ على الوجهين في التحالف. فان قلنا لا يفسخ فتطوع الراهن بتسليم النخل رهنا فليس للمرتهن فسخ البيع. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن: رهنتك هذا العبد بألف وقال المرتهن: بل رهنته بألفين فالحق قول الراهن، لان الاصل عدم الالف فان قال رهنته بألف وزادني ألفا آخر على أن يكون رهنا بالالفين. وقال المرتهن

[255]

بل رهنتني بالالفين، وقلنا لا تجوز الزيادة في الدين في رهن واحد ففيه وجهان أحدهما: أن القول قول الراهن لانهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا في صفته. والثاني: أن القول قول المرتهن، لانهما اتفقا على صحة الرهن والدين، والراهن يدعى أن ذلك كان في عقد آخر، والاصل عدمه، فكان القول قول المرتهن، فان بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل، ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن بل بعشرين نظرت، فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة، ولا يمين على الراهن، لانه لم يعقد العقد، وإن صدق الرسول المرتهن فالحق قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف بقى الرهن على عشرة، وعلى الرسول عشرة، لانه أقر بقبضها. (الشرح) إذا اختلفا فقال الراهن رهنتك شيئا بمائة بعقد ثم زدني مائة أخرى فعقدت الرهن بها على هذا الشيء قبل فسخ العقد، إذا حدث هذا وقلنا لا يصح ذلك، وقال المرتهن بل ارتهنته منه بالمائتين بعقد واحد ففيه وجهان. (أحدهما) القول قول الراهن مع يمينه، لانهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته (والثاني) القول قول المرتهن مع يمينه، لانهما اتفقا على عقد الرهن، والراهن يدعى معنى يقتضى بطلانه، والاصل عدم ما يبطله. (فرع) إذا قال الرجل لغيره هذه السيارة التي عندي هي لك رهنتنيها بألف لي عليك، فقال له: هذه السيارة لي وديعة لي عندك، وإنما رهنتك بألف على سيارة أخرى أحرقتها، وأنا استحق عليك قيمتها، فالحق قول المقر مع يمينه، أنه ما أحرق له سيارة ولا شيء له عليه من القيمة لان الاصل براءة ذمته والقول قول المقر له مع يمينه أنه ما رهنه هذه السيارة، وعليه الالف لانه مقر بوجوبها (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه في الام " إذا قال الرجل لغيره رهنتك عبدي هذا بألف درهم لك على، فقال المرتهن بل رهنتني أنا وزيدا بألفي درهم ألف درهم لي وألف درهم لزيد، وادعى زيد بذلك، فالحق قول الراهن أنه

ما رهن زيدا شيئا، فإذا حلف كان العبد رهنا عند الذي أقر له به " قال الشيخ أبو حامد: وهذا لا يجئ على أصل الشافعي رحمه الله، لأن المالك أقر للمرتهن برهن جميع العبد، وهو لا يدعى نصفه، وإنما ادعى وقد حلف له المالك، فيجب ألا يبقى عند المقر له إلا نصف العبد مرهونا. قال الشافعي رحمه الله: وأما إذا قال لغيره رهنتك عبدي هذا بألف درهم لك على، فقال المرتهن هذا الألف الذي أقررت أنه لي رهنتني به العبد هو لي ولزيد قيل ذلك لأنه إقرار في حق نفسه فقبل، فيكون بينه وبين زيد قال الشيخ أبو حامد، ولم يذكر الشافعي رحمه الله حكم الرهن ها هنا، ولكن يكون العبد رهنا بالألف لأن المرتهن اعترف بالحق الذي أرهن به أنه له ولغيره فقبل إقراره في ذلك، كما لو كان له ألف برهن، فقال هذا الألف لزيد، كان له الألف بالرهن، كذلك هذا مثله. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) قال في الام " إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال رهنتيه بألف وقال السيد بل بعنته بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف: لأن الاصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه، لأن الاصل عدم الشراء، ويأخذ السيد عبده، فإن قال السيد رهنتك بألف قبضتها منك قرضا، وقال الذي في يده العبد بل بعنتيه بألف قبضتها مني ثمنا، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه، لأن الاصل عدم العقد، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها، فإن قال الذي في يده العبد " بعنتيه بألف " وقال السيد بل رهنتك بألف حلف السيد أنه ما باعه، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن، والمرتهن ينكر، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن. (الشرح) ذكر الشافعي رحمه الله في باب الرسالة من الام أربع مسائل الأولى، إذا دفع لرجل ثوبا، وأرسله ليرهنه له بحق عند رجل فرهنه، ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال المرتهن جاني برسالتك في أن أسلفك عشرين

فأعطيته إياها فكذبه الرسول، فالقول قول الرسول والمرسل، ولا أنظر إلى قيمة الرهن. قال العمراني فيحلف الرسول أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا يمين على المرسل، لأن الرسول هو الذي باشر العقد قال ابن الصباغ: وعندي أن المرتهن إذا ادعى مع المرسل أنه أذن له في ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يحلفه، لأن المرسل لو أقر بذلك لزمه ما قاله، فإذا أنكره حلف له. الثانية: ولو صدقه الرسول فقال: قد قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل، وكذبه المرسل، كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلا بعشرة ولا دفع إليه إلا هي، وكان الرهن بعشرة، وكان الرسول ضامنا للعشرة التي أقر بقبضها مع العشرة التي أقر بها المرسل - بفتح السين - بقبضها. قال ابن الصباغ وعندي أن المرتهن إذا صدق الرسول أن الراهن أذن له في ذلك لم يكن له الرجوع على الرسول لأنه يقر أن الذي ظلمه هو المرسل الثالثة: قال الشافعي ولو دفع إليه ثوبا فرهنه عند رجل. وقال الرسول أمرتني برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته، وقال المرسل أمرتك أن تستسلف من فلان عشرة بغير رهن. ولم أذن لك في رهن الثوب، فالقول قول صاحب الثوب والعشرة حالة عليه. ولو كانت المسألة بحالها فقال أمرتك بأخذ عشرة سلفا في عبدي فلان، وقال الرسول بل في ثوبك هذا أو عبدك هذا العبد غير الذي أقر به الأمر فالقول

قول الأمر والعشرة حالة عليه ويسوق العمرانى في البيان المسألة بصورة أخرى فيقول: إذا دفع إليه ثوبا وعيدا وأمره أن يرهن أحدهما عند رجل بشئ يأخذه له منه فرهن الرسول العبد ثم قال المرسل إنما أذنت له في رهن الثوب، وأما العبد فوديعة، وقال الرسول أو المرتهن، إنما أذنت له في رهن العبد، حلف المرسل أنه ما أذن له في رهن العبد وخرج العبد عن الرهن يمينه. وخرج الثوب عن الرهن لأنه لم يرهن. الرابعة: إذا قال المرسل أمرتك برهن الثوب ونهيتك عن رهن العبد، وأقام على ذلك بينة، وأقام الرسول بينة أذن له في رهن العبد فيصح، وإذا احتمل هذا

[258]

وهذا فقد وجد من الرسول عقد الرهن على العبد، والظاهر أنه عقد صحيح، فلا يحكم ببطلانه لامر محتمل. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن اتفقا على رهن عين، ثم وجدت العين في يد المرتهن، فقال الراهن قبضته بغير اذنى، وقال المرتهن بل قبضته بأذنك فالقول قول الراهن لأن الاصل عدم الاذن، ولانهما لو اختلفا في أصل العقد والعين في يد المرتهن كان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في الاذن، فإن اتفقا على الاذن فقال الراهن رجعت في الاذن قبل القبض. وقال المرتهن لم يرجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن، لأن الاصل بقاء الاذن، وإن اتفقا على الاذن واختلفا في القبض فقال الراهن لم تقبضه، وقال المرتهن بل قبضت، فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لأن الاصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله لأنه أذن في قبضه والعين في يده، فالظاهر أنه قبضه بحق، فكان القول قوله. وإن قال رهنته وأقبضته ثم رجعت، وقال ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض، فالمنصوص أنه يحلف. وقال أبو إسحاق إن قال وكيلي أقبضه وبان لى أنه لم يكن أقبضه حلف. وعليه تأول النص. وإن قال أنا أقبضته ثم رجعت لم يحلف لأن اقراره المتقدم يكذبه. وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا أنه يحلف لأنه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به، ولم يكن قبض. (الشرح) إذا كان في يد رجل شئ لغيره فقال من بيده الشئ للمالك رهنتني هذا بألف هي لى عليك قرصا. وقال المالك بل بعثتك بألف هي لى عليك ثمنا حلف المالك أنه ما رهنته هذا الشئ، لأن الاصل عدم الرهن، ويحلف من بيده الشئ أنه ما اشتراه، لأن الاصل عدم الشراء، ويبطل العقدان ويسقط المالان ويرد الشئ إلى صاحبه. فإن قال من بيده الشئ رهنتني بألف أقبضتكمها، وقال المالك بل رهنتك بألف لم أقبضها - فالقول قول المالك مع يمينه - لأن الاصل عدم القبض

[259]

قال العمرانى في البيان: وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبدا) بعثنيه بألف وقال السيد: رهنتك بألف، حلف السيد أنه ما باع العبد، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لأن المبيع زال بيمين السيد، وبطل الرهن، لأن المالك يقر له به والمرتهن ينكره، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال قال الشيخ أبو إسحاق في المهذب والمحاملى في المجموع: فإن قال السيد: رهنتك بألف قبضتها منى ثمنا حلف كل واحد

منهما على نفى ما ادعى عليه، لان الاصل عدم العقد، وعلى السيد الالف، لانه مقر بوجوبها. قلت: والذي يقتضى القياس عندي أنه لا يمين على الذى بيده العبد لانه ما ارتهن العبد لما ذكرناه في المسألة قبلها. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن رهن عصيرا وأقبضه، ثم وجده خمرا في يد المرتهن فقال: أقبضتني وهو خمرا، فلى الخيار في فسخ البيع. وقال الراهن: بل أقبضتكم وهو عصير، فصار في يدك خمرا، فلا خيار لك، ففيه قولان. (أحدهما) أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، لان الراهن يدعى قبضا صحيحا، والاصل عدمه. (والثاني) أن القول قول الراهن، وهو الصحيح، لانهما اتفقا على العقد والقبض. واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفى الصفة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض، وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن رهنتني وهو خمرا. وقال الراهن: بل رهنتكم وهو عصير. فصار عندك خمرا، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أكثرهم: هي على قولين. وقال أبو على بن أبي هريرة: القول قول المرتهن قولا واحدا، لانه ينكر العقد والاصل عدمه. فإن رهن عبدا فأقبضه في محمل أو ملفوفا في ثوب، ووجد ميتا. فقال المرتهن أقبضتني وهو ميت، فلى الخيار في فسخ البيع. وقال الراهن أقبضتكم حيا ثم مات عندك، فلا خيار لك ففيه طريقان. (أحدهما) وهو الصحيح: أنه على القولين كالعصير (والثاني) وهو قول

[260]

أبي على الطبري أن القول قول المرتهن، لان هذا اختلاف في اصل القبض لان الميت لا يصح قبضه، لانه لا يقبض إلا ظاهرا، بخلاف العصير، فانه يقبض في الطرف، والظاهر منه الصحة. (الشرح) الاحكام: إذا رهنه عينا فوجدت في يد المرتهن، فقال المرتهن. قبضتها بإذنك رهنا. وقال الراهن لم أذن لك بقبضها، وإنما غصبتنيها أو أجزتها منك، فقبضتها عن الاجارة فالقول قول الراهن مع يمينه، لان الاصل عدم الاذن، وإن اتفقا على الرهن والاذن والقبض، ولكن قال الراهن رجعت في الاذن قبل أن يقبض، وقال المرتهن لم ترجع، ولم تقم بينة على الجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجع، لان الاصل عدم الرجوع. وإن اتفقا على الرهن والاذن، واختلفا في القبض، فقال الراهن. لم تقبض وقال المرتهن بل قبضت. قال الشافعي في موضع القول قول المرتهن وقال في موضع القول قول الراهن قال أصحابنا ليست على قولين وإنما هي على حالين فان كانت العين في يد الراهن فالقول قول الراهن لان الاصل عدم القبض والذي يقتضى المذهب عندي أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض، لا يحلف على نفى فعل غيره، وإن كانت العين في يد المرتهن حلف أنه قبض لان الظاهر أنه قبض بحق. (فرع) وإن أقر أنه رهن عند غيره عينا وأقبضه إياها ثم قال الراهن لم يكن قبضها، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض، لان إقراره لازم، فإن قال الراهن للمرتهن. احلف أنك قبضتها. قال الشافعي رضى الله عنه أحلفته. قال في البيان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق ان كان المرهون غائبا فقال أقررت بالقبض لان وكيلى أخبرني أنه أقبضه ثم بان لى أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لانه لا يكذب لنفسه، وإنما يدعى أمرا محتملا. فأما إذا كان الرهن حاضرا أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع. وقال لم يقبض، لم تسمع دعواه، ولم يحلف المرتهن لانه يكذب نفسه. وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا يحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعي رضى الله عنه أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو إسحاق مع

حضوره فلانه قد يستنيب غيره بالاقباض، فيخبره بأن المرتهن قد قبض، ثم يبين له أنه خان في إخباره، وأيضا فإنه قد يعده بالاقباض مقر له به قبل فعله، فكانت دعواه محتملة. قالوا: وهكذا لو أن رجلا أقر بأنه أقبض من رجل ألفا ثم قال بعد ذلك: لم أقبضها، وإنما وعدني أن يقرضني فأقررت به ثم لم يفعل استحلف المقرض، لأنه لا يكذب نفسه، فأما إذا شهد شاهدان بأنه رهنه عبده وأقبضه ثم ادعى أنه لم يقبضه، وطلب يمين المرتهن لم تسمع دعواه، ولم يحلف المقر له، لأن في ذلك قدحا في البيعة اه. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان لرجل عبد، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه، لأن الاصل عدم الرهن، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين، وجهل السابق منهما، ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين، لأنه يجوز أن يكون مرهونا عندهما بخلاف الزوجة، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما، فالرهن للمصدق، وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان. (أحدهما) يحلف (والثاني) لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد. ثم أقر بها لعمرو، فهل يغرم لعمرو شيئا أم لا؟ فيه قولان. فإن قلنا لا يغرم لم يحلف، لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين، وإن قلنا يغرم حلف لأنه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته، فإن قلنا لا يحلف فلا كلام. وإن قلنا يحلف نظرت، فإن حلف انصرف الآخر، وإن نكل عرضت اليمين على الثاني، فإن نكل انصرف، وإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه. فإن قلنا انها كالبيعة نزع العبد وسلم إلى الثاني. وإن قلنا انه كالأقرار، ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه يفسخ لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما. والثاني: يجعل بينهما لأنهما استويا، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما فجعل بينهما. والثالث: يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للآخر قيمته، ليكون رهنا عنده، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه، وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت، فإن كان في يد المقر له أقر في يده، لأنه اجتمع له اليد والأقرار؟ وهل يحلف للثاني؟ على القولين، فإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الأقرار، وفيه قولان. (أحدهما) يقدم الأقرار لأنه يخبر عن أمر باطن. (والثاني) يقدم اليد وهو قول المزني، لأن الظاهر معه، والأول أظهر، لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد، وإن كان في يدهما فللمقر له الأقرار. واليد على النصف. وفي النصف الآخر له الأقرار. وللآخر يد، وفيه قولان. أحدهما: يقدم الأقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له. والثاني يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين. (الشرح) الأحكام: إذا باعه شيئا بشرط أن يرهنه عصيرا فرهنه العصير. وقبض المرتهن فوجد خمرا. فقال المرتهن: أقبضتني خمرا فلي الخيار في فسخ البيع. وقال الراهن: بل صار خمرا بعد أن أخذته في يدك فلا خيار لك: ففيه

قولان. أحدهما: أن القول قول المرتهن مع يمينه. وهو قول أبي حنيفة والمزني لأن الراهن يدعى قبضا صحيحا والأصل عدمه. والثاني: أن القول قول الراهن وهو الصحيح لانهما قد اتفقا على العقد والتسليم. واختلفا في تغير صفته. والأصل عدم التغير. وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب في يد المشتري يمكن حدوثه بيده. فإن القول قول البائع. وإن قال المرتهن: رهنته وهو خمر. وقال الراهن: رهنته وهو عصير. وقبضته عصيرا. وإنما صار خمرًا في يدك. فاختلف أصحابنا فيه. فقال أبو علي بن أبي هريرة: القول قول المرتهن قولًا واحدًا. لأنه ينكر أصل العقد. وقال عامة أصحابنا هي علي قولين كالتى قبلها وهو المنصوص في مختصر المزني والله تعالى أعلم.

[263]

قال المصنف رحمه الله. (فصل) وإن رهن عبدا وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له، وأنكر المرتهن ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني لأنه عقد إذا تم منع البيع فمنع الاقرار كالبيع (والثاني) أن القول قول الراهن، لأنه أقر في ملكه بما لا يجر نفعًا إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهونًا، ويخالف هذا إذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه، فإن قلنا إن القول قول الراهن فهل يحلف؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحلف لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذبًا والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين، ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين (والثاني) يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا بأن واطأ المقر له ليسقط بالاقرار حق المرتهن فحلف فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان ففى رهن الجاني قولان (أحدهما) أنه باطل (والثاني) أنه صحيح، وقد بينا ذلك في أول الرهن، فإن قلنا أنه باطل وجب بيعه في أرش الجنابة، فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الارش. وفي الباقي وجهان (أحدهما) أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه، وقد زال. (والثاني) أنه لا يكون مرهونًا لانا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهونًا من غير عقد، وإن قلنا إنه صحيح فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الارش ويكون الباقي مرهونًا، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه؟ فيه قولان (أحدهما) يفديه بأقل الامر من قيمته أو أرش الجنابة (والثاني) يفديه بأرش الجنابة بالغًا ما بلغ أو يسلم المبيع فإن قلنا إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين، لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف فإذا ثبت أنه غير جان فهل يغرم الراهن أرش الجنابة؟ ففيه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو. أحدهما يغرم لأنه منع بالرهن حق المجنى عليه. والثاني لا يغرم لأنه إن كان كاذبًا فلا حق عليه،

[264]

وإن كان صادقًا وجب تسليم العبد، فإن قلنا أنه لا يغرم فرجع إليه تعلق الارش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يتق

عليه. وان قلنا يغرم فكم يغرم ؟ فيه طريقان. من أصحابنا من قال فيه قولان كالقسم قبله. ومنهم من قال يغرم أقل الامرين قولاً واحداً، لان القول الثاني انما يحى في الموضوع الذى يمكن بيعه فيمتنع. وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد، وان نكل المرتهن عن اليمين فعل من ترد اليمين ؟ فيه طريقان (أحدهما) ترد على الراهن وان نكل، فهل ترد على المجنى عليه. فيه قولان كما قلنا في غرماء الميت. ومن أصحابنا من قال ترد اليمين على المجنى عليه أولاً، فإن نكل فهل ترد على الراهن. على قولين لان المجنى عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت. (الشرح) الاحكام: في هذا الفصل وان كان المثل فيها بالعبد، وكان المثل لا يقتضيه ولا يسوغه عصرنا، لما قام عليه الاجماع البشرى من تحرير الرقاب الآدمية، وكان هذا من مقاصد الشريعة السمحة، وأهدافها وغاياتها، على ما سنبينه ان شاء الله تعالى في أبواب العتق، فإنه يمكن أن ينطبق الحكم على نحو شئ آخر يملك ويرتهن ويقع عليه الخلاف احتمالاً، فنقول وبالله التوفيق: إذا كان لرجلين على رجل مائتا دينار، ولكل واحد منهما مائة وله سيارة، فادعى عليه كل واحد منهما أنه رهن عنده السيارة وأقبضه اياها ولا بينة لهما، فان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا، لان الاصل عدم الرهن، سواء كانت السيارة في أيديهما أو في يده لان اليد لا ترجح بها في العقد، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بالرهن للمصدق، وسواء كانت السيارة في يد المصدق أو المكذب، وهل يحلف الراهن للمكذب، فيه قولان بناء على من أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو، هل يغرم لعمرو قيمتها. فيه قولان، فان قلنا يغرم حلفها هنا لجواز أن يحلف اليمين فيقر للمكذب فيثبت له القيمة. فان قلنا لا يغرم لم يحلف، لانه لو أقر له بعد الاقرار الاول لم يحكم له بشئ فلا فائدة في تحليفه، وان أقر لهما بالرهن والتسليم فادعى كل واحد منهما أنه هو

[265]

السابق بالرهن والتسليم رجع إلى الراهن. فإن قال لا أعلم السابق منكما بذلك فان صدقاه أنه لا يعلم ولا بينة لهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن الرهن يفسخ لانهما قد استويا في ذلك، والبيان من جهته قد تعذر، فحكم بانفساخ العقدين كما تقول في المرأة إذا زوجها وليان لها من رجلين، وتعذر معرفة السابق منهما، والثاني يقسم بينهما لانه يمكن قسمته بينهما، ويمكن أن يكون رهن عند كل واحد منهما نصفه. وإن كذبا وقال بل نعلم السابق من العقدين والتسليم فيه فالقول قول الراهن مع يمينه لان الاصل عدم العلم، قال الشيخ أبو حامد: فيحلف لكل منهما يمينا أنه لا يعلم أنه السابق، فإذا أحلف لهما كانت على وجهين سبق ذكرهما، حيث قلنا: المنصوص أنه يفسخ العقدان. والوجه الثاني يقسم بينهما وإن نكل عن اليمين - أي خاف منها وامتنع من أدائها - عرضنا اليمين عليهما فان حلف كل واحد منهما أن الراهن يعلم أنه السابق. قال ابن الصباغ: كانت على الوجهين الاولين. المنصوص أن الرهين يفسخان. والثاني يقسم بينهما. وان حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بالرهن للحالف دون الآخر وإن اعترف الراهن أنه يعلم السابق منهما، وقال هذا هو السابق - لم يخل اما أن يكون الرهن في يد الراهن أو في يد أجنبي، أو في يد المقر له بالسبق حكم بالرهن للمقر له لانه اجتمع له اليد والاقرار، وهل يحلف الراهن للآخر. فيه قولان. وحكاهما الشيخ ابو حامد وجهين، المنصوص أنه لا يحلف له لانه ربما خاف من اليمين وأقر للثاني لم ينزع الرهن، فنؤخذ منه القيمة فيكون رهنا مكانه. فإذا قلنا لا يمين عليه فلا كلام، وان قلنا

عليه اليمين نظرت، فان حلف للثاني انصرف، وان أقر للثاني أنه رهنة أولا وأقبضه وخاف من اليمين رفضنا هذا الاقرار في حق المقر له أولا بانتزاع الرهن منه، ولكن يؤخذ من المقر قيمة الرهن وتجعل رهنا عند المقر له الثاني، لانه حال بينه وبينه باقراره المتقدم قال في البيان: وان نكل عن اليمين ردت على الثاني، وان لم يحلف قلنا له اذهب فلا حق لك، وان حلف، فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة انتزع الرهن من الاول وسلم إلى الثاني

[266]

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: إلا أن أصحابنا لم يفرعوا على هذا القول وهذا يدل على ضعفه قال العمراني: وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى على كالاقرار، فذهب أبو إسحاق في المهذب في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) ولم يذكر في التعليق والشامل غيره، أن الرهن لا ينزع من يد الاول، ويلزم المقر أن يدفع قيمته إلى المقر له الثاني ليكون رهنا عنده لانه حال بينه وبينه باقراره الاول. (والثاني) يجعل بينهما لانهما استويا في الاقرار، ويجوز أن يكون مرهونا عنده منها (والثالث) يفسخ الرهان لانه أقر لهما، وجهل السابق منهما، وان كان الرهن في يد الذي لم يقر له، فقد حصل لاحدهما الاقرار وللآخر اليد، وفيه قولان (أحدهما) أن صاحب اليد أولى، فيكون القول قوله مع يمينه أنه السابق كما لو قال " بعت هذا العبد من أحدهما " وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه (والثاني) أن القول قول الراهن أن الآخر هو السابق، لانه إذا اعترف أن السابق هو الآخر فهو يقر أنه لم يرهن من بيده شيئا، ومن بيده يدعى ذلك، كما لو ادعى عليه أنه رهنة فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الراهن لمن بيده؟ على القولين فيمن أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرى على ما سبق، وان كان الرهن في يد المرتهين فقد اجتمع لاحدهما اليد والاقرار في النصف، فيكون أحق به، وهل يحلف للآخر عليه، على القولين وأما النصف الذي في يد الآخر فهل اليد أقوى أم الاقرار، على القولين الاولين، فان قلنا ان اليد أقوى حلف من هو بيده عليه وكان رهنا بينهما، وهل يحلف لمن يقر له على النصف الذي بيد المقر له، على القولين فان قلنا الاقرار أولى انتزع الرهن فجعل رهنا للمقر له. وهل يحلف للآخر على جميعه، على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرى، والمنصوص أنه لا يحلف.

[267]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن أعتقته باذنك، وأنكر المرتهين الاذن فالقول قوله لان الاصل عدم الاذن، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وان نكل الراهن فهل ترد على العبد؟ فيه طريقان. (أحدهما) أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت. قال في الجديد لا ترد، لانه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين، وقال في القديم: ترد لانه يثبت لنفسه حقا باليمين، ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على العبد قولا واحدا لان العبد يثبت باليمين حقا لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت. (فصل) وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطنها باذن المرتهين، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه

المرتهن، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وان اختلفا في الاذن أو في الولد أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئا من ذلك فالقول قوله، لان الاصل في هذه الاشياء العدم. (فصل) فان كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن فدفع إليه ألفا ثم اختلفا نظرت، فان اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال هي عن الالف التي لا رهن بها. وقال الراهن بل قلت هي عن الالف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن لانه منه ينتقل إلى المرتهن. فكان القول قوله في صفة النقل. وان اختلفا في النية فقال الراهن نويت أنها عن الالف التي بها الرهن. وقال المرتهن بل نويت أنها عن الالف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ، ولانه أعرف بنيته، وإن دفع إليه الالف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان. قال أبو إسحاق يصرفه إلى ما شاء منهما، كما لو طلق إحدى المرأتين. وقال أبو علي بن أبي هريرة يجعل بينهما نصفين لانهما استويا في الوجوب فصرف القضاء اليهما. (فصل) وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الالف ثم اختلفا نظرت. فان اختلفا في اللفظ فادعى الراهن أنه قال أبرأتك عن الالف التي بها الرهن. وقال المرتهن بل قلت أبرأتك من الالف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن، لانه هو الذي يبرئ، فكان القول في صفة الابراء قوله، فان اختلفا في النية فقال الراهن:

[268]

نويت الابراء عن الالف التي بها الرهن، وقال المرتهن نويت الابراء عن الالف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن، لما ذكرناه في اللفظ، ولانه أعرف بنيته فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة. (فصل) وان ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه، لانه أمين، فكان القول قوله في الهلاك كالمودع، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله، لانه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر. (فصل) وان كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلغا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لانه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن، فوجب به البيع، فإن كانا في النفع واحدا فان كان أحدهما من جنس الدين باع به، لانه أقرب إلى المقصود، وهو قضاء الدين، فان لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء، لانه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين. (الشرح) الاحكام: أظهر ما يدخل في هذا الفصل أنه إذا كاتب عبدا ثم أقر أنه كان جنى قبل ذلك لم يقبل إقراره بذلك لان المكاتب بمنزلة من زال ملكه عنه لان أورش الحناية لا يرجع عليه، وان كاتبه ثم أقر أنه أعتقه أو باعه قبل ذلك. قال الشيخ أبو حامد: عتق في الحال وسقط المال عنه لان اقراره بذلك ابراء منه له من مال الكتابة وكلام المصنف في سائر الفصل ظاهر. والفصول الاخرى بعضها ظاهر المعنى، والآخر مر في الباب أحكامه وتفصيله فلا حاجة بنا للاطالة في اعادته وبالله التوفيق.

[269]

قال المصنف رحمه الله تعالى. باب التفليس إذا كان على رجل دين، فإن كان مؤجلاً لم يجز مطالبته، لانا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل، فإن أراد سفراً قبل محل الدين، لم يكن للغريم منعه، ومن أصحابنا من قال ان كان السفر مخوفاً كان له منعه، لانه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه، والصحيح هو الاول، لانه لا حق له عليه قبل محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل، كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب، وان قال أقم لي كفيلاً بالمال، لم يلزمه، لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر، وان كان الدين حالاً نظرت، فان كان معسراً لم يجز مطالبته لقوله تعالى " وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " ولا يملك ملازمته لان كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل، فان كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لانه اجبار على التكسب فلم يجز كالأجبار على التجارة، وان كان موسراً جازت مطالبته. لقوله تعالى " وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ". فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب انظاره، فان لم يقضه ألزمه الحاكم، فان امتنع، فان كان له مال ظاهر باعه عليه لما روى عن عمر رضی الله عنه أنه قال " ألا ان الاسيفع أسيفع جهينه رضی من دينه ان يقال سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح وقد رين به، فمن له دين فليحضر، فانا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه " وان كان له مال كتبه حبسه وعزره حتى يظهره، فان ادعى الاعسار نظرت، فان لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال، فان عرف له المال لم يقبل قوله، لانه معسر الابينة، لان الاصل بقاء المال، فان قال غريمي يعلم أنني معسر، أو أن مالي هلك فحلفوه حلف، لان ما يدعيه محتمل، فان أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين.

[270]

فان أراد أن يقيم البينة على الاعسار لم يقبل الا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله، لان الهلاك يدركه كل أحد والاعسار لا يعلمه الا من يخبر باطنه، فان أقام البينة على الاعسار وادعى الغريم أن له مالا باطنا فطلب اليمين عليه، ففيه قولان (أحدهما) لا يحلف، لانه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف، كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة. (والثاني) يحلف لان المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبراه منه، وان وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت، فان كذبه المقر له بيع في الدين لان الظاهر أنه له، وان صدقه سلم إليه. فان قال الغريم أحلفوه لي أنه صادق في اقراره ففيه وجهان (أحدهما) يحلف لانه يحتمل أن يكون كاذباً في اقراره (والثاني) لا يحلف وهو الصحيح، لان اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الاقرار، ولو رجع عن الاقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين. (الشرح) خبر عمر رضی الله عنه رواه مالك في الموطأ والدارقطني وابن أبي شيبة والبيهقي وعبد الرزاق بالفاظ سنوردها أما لغات الفصل فان الفليس مأخوذ من الفلوس وهو أحسن مال الرجل، لان أقل صنوف النقود هو الفليس وهو عند اخواننا أهل العراق والشام يساوي مليماً عند أهل مصر والسودان والهللة عند اخواننا أهل الحجاز ونجد، والبقيشة عند اخواننا أهل اليمن، وقد دخل لفظ الفليس في لغات أهل أوربا بلهجتهم، فقالوا البنس والبيزا. قال في المصباح: وبعضهم يقول أفلس الرجل أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم فهو مفلس، والجمع مفاليس، وحقيقته الانتقال من

حالة اليسر إلى حالة العسر، وفلسه القاضى تغليسا نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسا والفلس الذى يتعامل به جمعه في القلة أفلس وفى الكثرة فلوس. ومن هنا كان المفلس هو الذى يملك مالا تافها، وقد ورد في الحديث هو

[271]

الذى لا مال له، فقد أخرج مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " أتدرون من المفلس. قالوا يا رسول المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، قال ليس ذلك المفلس. ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال. ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقى عليه شئ أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار " فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس والرسول صلى الله عليه وسلم لم يرد نفى الحقيقة. بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغنى وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم " ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذى يغلِب نفسه عند الغضب " وقوله صلى الله عليه وسلم " ليس الغنى عن كثرة العرض، ولكن الغنى غنى النفس " وقوله " ليس السابق من سبق بغيره. وإنما السابق من غفر له " وقول الشاعر: ليس من مات فاستراح بميت * إنما الميت ميت الأحياء وسموه مفلسا لان ماله مستحق. وفى اصطلاح الفقهاء: من دبتة أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم. وقوله الاسيفع تصغير أسفع والانشى سفعاء. والسفعة سواد مشرب بحمرة الاحكام: إذا كان على الرجل دين فلا يخلو اما أن يكون حالا أو مؤجلا. فان كان حالا فان كان معسرا لم تجز مطالبته لقوله تعالى " فنظرة إلى ميسرة " ولا يجوز لغريمه ملازمته وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فيسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس الا أنه لا يمنعه من الاكتساب. وإذا رجع إلى داره فان أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه وان لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول دليلنا قوله تعالى " وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " فأمر بانظار المعسر فمن قال انه يلزمه خالف ظاهر الآية. وروى أن رجلا ابتاع ثمرة فأصاب بها فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه. ثم قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه. فقال النبي صلى الله عليه وسلم لغرمائه " خذوا ما وجدتم

[272]

ما لكم غيره " وهذا نص، ولان كل من لا مطالبته له لم يجز ملازمته، كما لو كان الدين مؤجلا، فإن كان الذى عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضى به دينه. وهذا من أعظم مقاصد الشريعة الغراء في أن الحرية الشخصية أثن من كل شئ فلا يعدلها مال ولا دين، ولا يقيدها غريم ولا سلطان، بل ان اكتسب وحصل معه مال يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته قضى به الدين. وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم ما دام معسرا وقال أحمد وإسحاق بن راهويه يجبر على

الاكتساب لقضاء الدين، وبه قال عمر بن العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار القاضي دليلاً حديث الرجل الذي ابتاع الثمرة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه أن يأخذوا ما معه وقال " خذوا ما وجدتم ما لكم غيره " ولم يأمره بالاكتساب لهم، ولأن هذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك، كما لا يجبر على قبول الوصية، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كبير لم يجبر على طلاقهما قبل الدخول ليرجع إليه نصفه، فإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " فأوجب إنظار المعسر، فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره، فإن لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء، فإن لم يفعل - فإن كان له مال ظاهر - باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم، وإن قضى الحاكم الغريم شيئاً من مال من عليه الدين جاز، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يبيع ماله عليه ولكن يحبس حتى يقضى الدين بنفسه وإن كان الدين مؤجلاً لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل، لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل، فإذا أراد أن يسافر قبل حلول الدين سفراً يزيد على الأجل نظرت فإن كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلاً بدينه ولا أن يعطيه رهناً. قال الشافعي رضى الله عنه: ويقال له حقه حيث وضعته، يعنى أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين، وحكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه قال: له مطالبته بالكفيل أو الرهن

[273]

دليلاً أنه ليس له مطالبته بالحق فلم يكن له مطالبته بالكفيل والرهن، كما لو لم يرد السفر. وإن كان السفر للجهاد ففيه وجهان، من أصحابنا من قال له منعه إلى أن يقيم له كفيلاً أو يعطيه رهناً بدينه، لأن الشافعي رحمه الله قال: ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين، ولم يفرق بين الحال والمؤجل، ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة، فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن، ليستوفى صاحب الدين دينه منه. فإذا حل الدين وكان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الدين. دليلاً ما روى أن عمر رضى الله عنه صعد المنبر وقال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه، فإدان معرضاً فأصبح وقد رين به، فمن كان له دين فليحضر فإنا بايعوا ماله. وروى: رضى من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج، وروى سبق الحاج فإدان معرضاً فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فإنا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه. وروى: فمن كان له دين فليعد بالغداة فلنقسم ماله بينهم بالحصص. وإن هذا بمجمع من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد، فدل على أنه إجماع قوله " فإدان معرضاً " أي أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه ويشترى به الأبل الجياد، ويروح في الحاج فيسبق الحاج. وقوله " فأصبح قد رين به " يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قيل له به، ويقال إنما عليك وعلاك قد ران بك وران عليك. قال الله تعالى " كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون " قال الحسن: هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب. وإن امتنع من عليه الدين من القضاء وكنتم ماله عزره الحاكم وحبس به إلى أن يظهر ماله، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم " لئن الواحد ظلم يحل عرضه وعقوبته " رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والبيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم. قال وكيع: عرضه شكايته، وعقوبته حبسه. (قلت) لم يرد أن يقذفه أو يطلعن في نسبه، إنما يوصف بالظلم والعدوان. وقوله " لى الواحد " اللى المطل. يقال لوبته ألوه ليا

وأما إذا لم يكن له مال وقال: أنا معسر وكذبه الغريم نظرت، فإن حصل بمعاوضة كالديون التجارية وهي تختلف في عصرنا هذا عن الديون المدنية، وهي في عرف الفقهاء أعنى ديون المعاوضة مثل البيع والسلم والقرض فتشمل الديون المدنية والتجارية، أما غير المعاوضة فهي الديون الجنائية ومهر الزوجة، أقول إذا كان الدين من الصنف الأول، وأنه قد صرف له قبل ذلك لم تقبل دعواه أنه معسر، لانه قد ثبت ملكه للمال، والاصل بقاؤه، فلا نقبل قوله في الاقرار، بل يحبس الحاكم - وهو ما يعمل به في المحاكم والوضعية من الحكم بالسجن على المتفالس، الذي يأخذ أموال الناس وبضائعهم ويدعى الافلاس فيسقط اعتباره ويسجن إلى خمس سنين - فان قال: غريمي يعلم أنى معسر أو أن مالى هلك. فان صدقه الغريم على ذلك خلى من الحبس. وإن كذبه حلف الغريم أنه ما يعلم أنه معسر أو ما يعلم أن ماله هلك وحبس من عليه الدين، فان أراد أن يقيم البينة على الاعسار لم تقبل إلا من شهادة شاهدين من أهل الخبرة والتحقيق واستقصاء أوجه الدخل والخرج كمحاسبين أمينين وهذا هو نصهم " من أهل الخبرة الباطنة " فان كانت البينة من أهل الخبرة الباطنة سمعت. وقال مالك رضى الله عنه لا تسمع لانها شهادة على النفى فلم تقبل. دليلنا حديث قبيصة بن المخارق الهلالي عند مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " يا قبيصة بن مخارق لا تحل المسألة إلا لثلاثة، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة من ذوى الحجى من قومه أن به حاجة، فحلت له المسألة حتى يصيب سدادا من عيش أو قواما " وما ذكر من أنها شهادة نفى غير صحيح، لانها وان كانت تتضمن النفى فهي تثبت حالا تظهر ويقف عليها الشاهد كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا. وان أراد أن يقيم البينة على تلف ماله، قبلت شهادة عدلين سواء كانا من أهل الخبرة أم لا، لان التلف أمر يدركه كل واحد من خلطائه أو المباشرين له أو من كانوا من المال عن كتب، كأن كانوا عمالا عنده أو عند جيرانه أو مالك

العين التى يشغلها في عمله أو متجره، أو كان من عملائه والمترددين عليه أو نحوهم ممن تربطهم بالاطلاع على التلف أسباب. فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف لان في ذلك تكديبا للشهود، وقدحا في البينة. إذا ثبت هذا: فإن البينة في كلتا الحالتين تسمع في الحال ويخلى سبيله من الحبس. وقال أبو حنيفة تسمع في الحال ويحبس من عليه الدين شهرين، وروى ثلاثة أشهر، وروى أربعة أشهر. وقال الطحاوي " يحبس شهرين " والمقصود من حبسه أن يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهره، وهذا ليس بصحيح لان كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها حالا كسائر البينات. وكم عدد البينة التى تقبل في الاعسار؟ قال أصحابنا البغداديون: تقبل فيه شهادة ذكربن عدلين كشهادة التلف مع زيادة الخبرة باطن حال المفلس، وهو قول أصحاب أحمد. وقال المسعودي لا تقبل أقل من ثلاثة رجال ويحلف معهم ولعله يحتج بخبر قبيصة بن المخارق الهلالي في عددهم. فإن أقام البينة على الاعسار فقال الغريم: له مال

باطن لا تعلم به البيعة، وطلب يمينه على ذلك، ففيه قولان (أحدهما لا يجب عليه أن يحلف وهو قول أبي حنيفة، لان فيه تكديبا للشهود (والثانى) يجب عليه أن يحلف فإن لم يحلف حبس. وقال الخرقى من أصحاب أحمد: ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتي بيعة تشهد بعسرته. وقال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضائهم يرون الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن، ولم يذكر الشيخ أبو حامد من أصحابنا في التعليق غير أنه يجب عليه أن يحلف، فان لم يحلف حبس، لانه يجوز أن يكون له مال باطن خفى على البيعة، وقد يكون لرجل مال لا يعلم به أقرب الناس إليه، وقد يكون لاحد الزوجين مال ولا يعلم به الآخر. وإن ثبت عليه الدين في غير معاوضة مثل جنايته على غيره أو إتلافه عليه ماله

[276]

ولم يعلم له قبل ذلك مال. وادعى أنه معسر. فالقول قوله مع يمينه أنه معسر، لان الاصل الفقر حتى يعلم اليسار. وفي الحديث الشريف " إن ابن آدم خلق ليس عليه شئ الا قشرته، ثم يرزقه الله ". فإذا حلف ثم ظهر له غريم آخر. قال الصيمري: لم يحلف له البيعة لانه قد ثبت اعساره باليمين الاولى، وان كان في يده مال فقال هو لزبد وديعة أو مضاربة فان كان المقر له غالبا حلف من عليه الدين وسقطت عنه المطالبة، لان الاصل عدم العسر، وما ذكره الصيمري ممكن جدا. وان كان المقر له حاضرا رجع إليه، فان كذبه قسم المال بين الغرماء، وان صدقه حكم للمقر له، فان طلب يمين المقر أنه صادق في اقراره فهل يجب احلافه فيه وجهان. أحدهما لا يجب احلافه لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معنى لا حلافه والثانى: أنه يجب احلافه، فان لم يحلف حبس لجواز أن يكون واطأ المقر له على ذلك، فان طلب الغريم يمين المقر له أن المال له. قال ابن الصياغ: فعندي أنه يحلف لانه لو أكذب المقر ثبت المال للغرماء، فإذا صدقه حلف. إذا ثبت هذا، فكل من حكمنا باعساره بالبيعة، فانه لا يحبس، وكل من لم يحكم باعساره بحبس ولا غاية للحبس عندنا، بل يحبس حتى ينكشف ثلاثة أيام أو اربعة أيام فإذا ثبت اعساره خلى، ولا تمنع المسألة عنه. وقال أبو حنيفة في الاصول: يحبس اربعة أشهر. وقال في موضع ثلاثة أشهر وقال في موضع ثلاثين يوما. وقال أصحابه: ليس هذا على سبيل التحديد، وانما هو على قدر حال المفلس، فان كان ممن لا يعلم بحاله الا بحبس اربعة أشهر حبس قدر ذلك، وكذلك إذا كان لا يعلم بحاله الا بحبس ثلاثة أشهر حبس قدر ذلك دليلنا: أنه لا سبيل إلى العلم بحاله من طريق القطع، وانما يعلم بحاله من طريق الظاهر، وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو اربعة، وما أشبه ذلك، وإذا حبسه الغريم فليس له حبسه عن النوم والاكل. وفي نفقته بالحبس وجهان، حكاهما الصيمري في الايضاح المذهب انها في مال

[277]

نفسه، والثانى: أنها على الغريم، فان كان المحبوس ذا صنعة - قال الصيمري: قد قيل: يمكن منها لانه يقضى بما يحصل منها دينه. وقيل: يمنع منها إذا علم أن ذلك يراخى أمره ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة،

ان كان معسرا. وقيل يلزمه استئذان الغريم عند ذلك حتى يمنعه، فيسقط عنه الحضور. (فرع) إذا مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج، وان وجد من يخدمه ويقوم على تربيته وعلاجه في الحبس، فهل يجب إخراجه؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلاني، وان جن في الحبس أخرج، وإذا حبس بطلب جماعة من الغرماء لم يكن لواحد منهم أن يخرج حتى يجتمعوا على إخراجه وان حبس بطلب غريم، ثم حضر غريم آخر فطلب أن يخرج له يدعى عليه أحضر، فإذا ثبت له عليه حق وطلب أن يحبس له حبس، ولا يجوز إخراجه الا باجتماعهما، وان ثبت اعساره أخرجه الحاكم من غير اذن الغريم. قال الصيدلاني: وإذا لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يحلف وينوي أن ليس عليه اليوم حق يلزمه الخروج إليه منه (والثاني) ليس له أن يحلف، لان الحاكم إذا كان عادلا لا يحبسه الا بعد الكشف عن حاله اهـ والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان ركبته الديون ورفع الغرماء إلى الحاكم، وسأله أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله، فان كان له مال يفى بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه، فان كان ماله لا يفى بالديون حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال " كان معاذ ابن جبل من أفضل شباب قومه. ولم يكن يمسك شيئا فلم يزل يذبح حتى أغرق ماله في الدين. فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه. فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معادا من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء " وروى كعب بن مالك " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله " وان كان ماله يفى

[278]

بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان (أحدهما) لا يحجر عليه لانه ملئ بالدين فلا يحجر عليه، كما لو لم يظهر فيه أمارة الفليس (والثاني) يحجر عليه لانه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء. (الشرح) حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك روى متصلا، أخرجه الدار قطني والبيهقي والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبي عبد الرحمن. أما مرسل عبد الرحمن الوارد في الفصل فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق قال عبد الحق المرسل أصح. وقال ابن الطلاع في الاحكام هو حديث ثابت، وقد أخرج الحديث الطبراني ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبي سعيد الخدري قال " أصيب رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم " أما قوله " ملئ " أي غنى كثير المال، ولكنه كثير المال الذي لغيره فهو ملئ بالدين الاحكام: إذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بأيمان المدعى عند نكوله، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه، نظر الحاكم في ماله، فإن كان يفى بما عليه من الدين لم يحجر عليه، بل يأمره بقضاء الدين. فان امتنع باع عليه الحاكم ماله. وقضى أصحاب الديون خلافا لابي حنيفة، وقد سبقت هذه المسألة في الفصل الذي مضى. وهل تقوم الاعيان التي هي عليه بأثمانها؟ وجهان حكاهما ابن الصباغ. (أحدهما) لا يقومها لان لاربابها الرجوع فيها فلا يحتسب أثمانها عليه فلا يقومها مع باقى ماله (والثاني) يقومها لان أصحابها بالخيار أن يرجعوا فيها، أو لا يرجعوا فيها. والوجه الاول يتيح للغريم أن يأخذ عين ماله، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم " من أدرك مناعه بعينه

عند إنسان قد أفلس فهو أحق به " رواه الشيخان عن أبي هريرة قال
الامام أحمد رضى الله عنه: لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء - أي

[279]

سوى بين الغرماء في عين المال أو في ثمنه بعد بيعه - ثم رفع إلى رجل
يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه. (قلت) جملة القول في هذا أن
المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعها بعينها
بالشروط التي يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعه. وروى ذلك عن عثمان
وعلى وأبي هريرة. وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعنبري
وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو
حنيفة: هو أسوة الغرماء وإن قوم ماله فوجدوه لا يفى بديونه لم يحجر
الحاكم عليه قبل سؤال الغرماء ذلك لانه لا ولاية له عليه في ذلك، وإن
سأل الغرماء أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه، وباع عليه ماله، وبه
قال مالك ومحمد وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه ولا يبيع عليه
ماله، بل يحبس حتى يقضى ما عليه. قال العمراني في البيان: دليلنا ما
روى أن معاذ بن جبل رضى الله عنه ركبته دين على عهد رسول الله فكلم
غرمائه رسول الله صلى الله عليه وسلم فحجر عليه وباع عليه ماله حتى
قام معاذ بغير شئ. وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم خلع ماله
لهم - يعنى لغرمائه - وهذا يحتمل تأويلين (أحدهما) أن ماله لم يف بالدين
فحجر عليه، فيكون معنى قوله " خلع " أي حجر عليه (والثاني) أن معنى
قوله خلع ماله لهم، أي باع ماله لهم وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه
أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "
تصدقوا عليه " فلم يف بما عليه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "
خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك " رواه الجماعة إلا البخاري. ولم يرد رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقوله: خذوا ماله، انهبوا ماله، وإنما أراد صلى الله
عليه وسلم خذوه بالحصص، وأبو حنيفة يقول: ليس لهم أن يأخذوه إلا أن
يعطيهم إياه، وهذا يخالف الخبر الصحيح وإن كان ماله يفى بدينه إلا أن
أمارات الافلاس بادية، فإن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا مما بيده.
أو كان له وجه كسب إلا أنه قدر نفقته أكثر

[280]

مما يجعل له بالكسب، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك ؟
حكى المصنف في ذلك قولين، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ
وجهين (أحدهما) لا يجوز الحجر عليه بل يأمره الحاكم بقضاء الدين على ما
بيناه، لأن الحجر إنما يكون على المفلس وهذا ليس بمفلس، لانه ملئ
بالدين. (والثاني) يحجر عليه، لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء
بديونه والحجر يجوز بالظاهر، ألا ترى أن السفينة يجوز الحجر عليه، لأن
الظاهر من حاله التبذير والاسراف، وإن كان يجوز أن لا يبذر قال المصنف
رحمه الله: (فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا
يعاملوه إلا على بصيرة، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من
التصرف فيه، فإن افترض أو اشترى في ذمته شيئا صح لانه لا ضرر على
الغرماء فيما يثبت في ذمته ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك

الغرماء في ماله، لانه ان علم بالحجر فقد دخل على بصيرة، وان ديون الغرماء متعلقة بماله، وان لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر، فان تصرف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان (أحدهما) أنه صحيح موقوف لانه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال، كالحجر على المريض (والثاني) لا يصح وهو الصحيح لانه حجر ثبت بالحاكم فممنوع من التصرف في المال كالحجر على السفيف، وبخالف حجر المريض لان الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله الا بعد الموت، وهنها حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون، فان قلنا يصح تصرفه وقف، فان وفى ماله بالدين نفذ تصرفه، وإن لم يف فسخ، لانا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضى به الدين، فإذا عجز فسخ كما تقول في هبة المريض قال أصحابنا: وعلى هذا ينقص من تصرفه الاضعف فالضعف فأضعفها الهبة

[281]

لانه لا عوض فيه ثم البيع لانه يلحقه الفسخ ثم العتق، لانه أقوى التصرفات ويحتمل عندي أنه يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث. (الشرح) وإذا حجر الحاكم فيستحب أن يشهد على الحجر، ويعمل على نشر نيا الحجر بوسائل الاعلام المناسبة كالنشر في الصحف اليومية، أو الاعلان بنشرة في ديوان الشرطة، أو على حائط المكان الذي يقيم فيه المحجور عليه. وهى الوسائل المستحدثة للاعلام في عصرنا هذا حيث كان يقوم في الماضي مناد من قبل الحاكم ينادى في الاسواق " ألا ان الحاكم قد حجر على فلان ابن فلان لانه إذا لم يعلم الناس اغتروا به فعاملوه فيؤدى ذلك إلى الاضرار به وبهم، فإذا عاملوه بعد اعلامهم بحاله كانوا قد عاملوه - وهم على بينة من أمره وعلى بصيرة من أمر أنفسهم - ولان هذا الاعلام تسجيل واشهار لحكم صدر من الحاكم يأخذ صورة النفاذ، فإذا تقلد أمر القضاء حاكم آخر كان حكم سلفه معروفا له، توفرت له أسباب العلنية التى تحول بينه وبين الغموض في أمر المحجور عليه، فيباشر تنفيذ الحكم الذى صدر من سلفه ولا يحتاج إلى ابتداء الحجر من جديد. فإذا صدر حكم القاضى بالحجر على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف في هذا المال. وقال أبو حنيفة لا تتعلق الديون بماله، ولا يمنع من التصرف، بل يحبس الحاكم حتى يوفى ما عليه من الدين دليلنا أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فلم يزل يدان حتى غرق ماله كله في الدين، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فكلمه ليكلم غرماؤه، فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شئ " رواه سعيد في سننه عن عبد الرحمن بن كعب. إذا عرف هذا فإن المفلس إذا تصرف في ماله بعد الحجر عليه نظرت، فإن تصرف في ذمته، فان اقترض أو اشترى شيئا بثمن في ذمته، أو أسلم إليه في شئ صح ذلك، لان الحجر عليه في أعيان ماله، وهذا يعدل الحجر القضائى أو الادارى في عصرنا هذا على موجودات المدين وممتلكاته، ولا يؤثر ذلك في صحة

[282]

معاملاته وعقوده وقروضه وبيعه وسلمه، لانه لم يحجر عليه في ذمته، لانه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بدمته. ومن عامله بعد ذلك قباعه أو أقرضه لم يشارك الغرماء في ماله، لانه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة، وإن لم يعلم به فقد فرط في ترك التحرى. وهل تقسم الاعيان التى اشتراها بعد الحجر عليه بثمن في ذمته بين الغرماء الاولين أو يكون بائعوها أحق بها؟ فيه وجهان سندكرهما إن شاء الله وإن تصرف المفلس في أعيان ماله بأن باع أو وهب أو أقرض أو أعتق فهل يصح تصرفه بها؟ فيه قولان (أحدهما) أن تصرفه موقوف، فان كان فيما بقى من ماله وفاء بدينه نفذ تصرفه، وإن لم يف بدينه لم ينفذ تصرفه، وهو أضعف القولين على المذهب، لان من صح ابتياعه في ذمته صح بيعه لأعيان ماله كغير المفلس، ولانه حجر عليه لحق الغير فكان تصرفه موقوفا كالحجر على المريض، وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه والقول الثاني: أن تصرفه باطل، وهو قول ابن أبى ليلى والثوري ومالك رضى الله عنهم، وهو اختيار المزني وهو الصحيح، لانه حجر ثبت بالحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه، ولان كل من تعلق بماله حق الغير وجب أن يكون ممنوعا من التصرف فيه كالرهن لا يصح تصرف الراهن به وإذا قلنا إن تصرفه باطل في أعيان ماله، رد جميع ما باع ووهب وأعتق، وقسم ماله بين الغرماء، فان وفى ماله بدينه بأن زادت قيمته أو أبرئ من بعض دينه، وفصل ما كان تصرف فيه عن الدين لم نحكم بصحة تصرفه الاول، لانه وقع باطلا. فعل هذا إن باع عينا من أعيان ماله من غريمه بدينه الذى له عليه فهل يصح فيه وجهان حكاهما في العدة. (الاول) قال صاحب التلخيص " يصح " لان الحجر عليه للدين، فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه

[283]

(والثانى لا يصح. وهو قول الشيخ أبى زيد، لان الحجر على المفلس ليس بمقصود على هذا الغريم، لانه ربما ظهر له غريم آخر وان قلنا ان تصرفه صحيح موقوف قسم ماله، فان وفى ماله بدينه غير الذى تصرف فيه نفذ تصرفه، وان لم يف ماله إلا أن ينقص جميع ما تصرف فيه نقص جميعه، وان لم يف بدينه الا بعض الاعيان التى تصرف فيها نقص منها شئ بعد شئ، وما الذى ينقص أولا؟ فيه وجهان قال أبو حامد وعامة أصحابنا: ينقص فالأضعف، وان كان متقدما في التصرف. فعلى هذا ينقص الهبة أولا، لانه أضعف، لانه لا عوض فيها، ثم البيع بعدها لانه يلحقه الفسخ قال ابن الصباغ: ثم العتق ثم الوقف، قال العمرانى في البيان: والذى يقتضى القياس عندي على هذا ان الوقف ينقص أولا قبل العتق، لان العتق أقوى من الوقف، بدليل أنه يسرى إلى ملك الغير والوقف لا يسرى إلى ملك الغير. الوجه الثاني. وهو قول المصنف أنه ينقص الآخر فالآخر من تصرفه، عتقا كان أو هبة أو غيرهما، كما قلنا في تبرعات المريض المنجزة إذا عجز عنها الثلث فانه ينقص الآخر فالآخر. قال المصنف رحمه الله: (فصل) قال الشافعي رحمه الله: ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله اجازة البيع ورده، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره. وقال: له أن يفعل ما يشاء، لان الحجر انما يؤثر في عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو إسحاق: ان كان الحظ في الرد لم يجز، وان كان في الاجازة لم يرد، لان الحجر يقتضى طلب الحظ، فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن، فإن الولي لا يفعل الا ما فيه الحظ من الرد والاجازة. ومن أصحابنا من قال " ان قلنا ان المبيع انتقل بنفس

العقد لم يجب الرد، وإن كان الحظ في الرد لان الملك قد انتقل فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رحمه الله

[284]

على هذا القول. وإن قلنا ان المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد ان كان الحظ في الرد، لان المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ (الشرح) قال الشافعي رحمه الله: ولو تبايعا بالخيار ثلاثا، ففلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء، لانه ليس بمستحدث: قلت وهذا كما قال: إذا تبايع رجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس، ثم حجر عليهما أو على أحدهما وحكم عليهما بالافلاس. وقد اختلف اصحابنا في هذه المسألة على طرق، فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع وله أن يجيزه سواء كان الحظ فيما فعله من ذلك أو في غيره، لان الحجر إنما يمنع تصرفه في المستقبل لا فيما مضى، ولان المفلس لا يجبر على الاكتساب، فلو قلنا: يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ للزمناه الاكتساب. وقال أبو إسحاق إن كان الحظ في الفسخ لزمه أنه يفسخ، وإن أجازته لم تصح إجازته، وإن كان الحظ (أو الفائدة) في الإجازة لزمه أن يجيز، وإن لم يصح الفسخ، لان الحجر يقتضى طلب الحظ، فلم يفعل إلا ما فيه الحظ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ. وتناول كلام الشافعي على هذا الذي بينا. ومنهم من قال. يبنى ذلك على وقت انتقال الملك إلى المشتري، وصورتها إذا باع بشرط الخيار وأفلس البائع، فإن قلنا ان الملك انتقل إلى المشتري بنفس العقد، فللبائع أن يجيز البيع، وإن كان الحظ في الفسخ فله أن يفسخ. وإن كان الحظ في الإجازة وإن قلنا ان البيع لا ينتقل إلا بشرطين أو قلنا أنه موقوف فليس له أن يفعل إلا ما فيه الحظ على القولين. قال ابن الصباغ. والطريقة الاولى أشد عند اصحابنا، لان التصرف من المحجور عليه لا ينفذ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن، وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق طريقة رابعة، وقال الصحيح عندي أنه لا يملك فسخ العقد ولا إجازته بعد الحجر عليه بكل حال، لانه عندنا ينقطع تصرفه بالحجر عليه بدلالة أنه إذا

[285]

باع شيئاً ثم حجر عليه قبل قبض الثمن لم يكن له قبض، اللهم الا أن يكون الامام امر من يقوم بأمره وينظر في مصالحه فرأى الحظ له في الفسخ فانه يفعل اه. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) وإن وهب هبة تقتضي الثواب وقلنا: إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب، ثم أفلس، فله أن يرضى بما شاء، لانا لو ألزمناه أن يطلب الفضل للزمناه أن يكتسب، والمفلس لا يكلف الاكتساب. (الشرح) الاحكام. إذا وهب لغيره قبل الحجر هبة تقتضي الثواب، ثم حجر على الواهب. وقلنا ان الثواب مقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بالقليل والكثير، لانا لو ألزمناه طلب الفضل للزمناه الاكتساب وذلك لا يلزمه. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الاقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان. (أحدهما) لا يلزم، لانه منهم، لانه ربما واطأ المقر له لياخذ ما أقر به ويرد عليه (والثاني) أنه يلزمه وهو الصحيح، لانه حق يستند

ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة، وان ادعى عليه رجل مالا وأنكر، ولم يحلف، وحلف المدعى. فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء في المال، وان قلنا: كالاقرار فعلى القولين في الاقرار، وان أقر لرجل بعين لزمه الاقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، (أحدهما لا يلزم) (والثاني) يلزم، وتسلم العين إلى المقر له، ووجه القولين ما ذكرناه في الاقرار بالدين. (الشرح) الاحكام: إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر، وصادقه المقر له، وكذبه الغرماء، تعلق الدين بذمته قولا واحدا، وهل يقبل إقراره في حق الغرماء؟ ليشاركهم المقر له؟ فيه قولان.

[286]

أحدهما: أنه لا يقبل في حقهم ولا يشاركهم، لانه مال تعلق به حق الغير فلم يقبل إقرار من عليه الحق في ذلك المال كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن، ولانه لا يؤمن أن يواطئ المفلس من يقر له بالدين ليشاركه الغرماء، ثم يسلمه إلى المفلس. الثاني: ان اقراره مقبول في حق الغرماء، فشاركهم المقر له، وهو الصحيح لانه حق ثبت لسبب منسوب إلى ما قبل الحجر فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء، كما لو ثبت حقه بالبينة، ولان المريض لو أقر لرجل بدين لزمه في حال الصحة لشارك من أقر له في حال المرض، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء. وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر وأضافه إلى ما قبل الحجر يكون كما لو أقر به قبل الحجر، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر. وان كان في يد المفلس عين وقال: هذه العين عارية عندي لفلان، أو غصبتها منه أو أودعنيها، فهل يقبل اقراره في حق الغرماء على القولين (أحدهما لا يقبل فإن لم يف مال المفلس بدينه الا ببيع تلك العين بيعت، ووزع ثمنها على الغرماء وكان هذا الثمن دينا على المفلس في ذمته. (والقول الثاني) وهو الصحيح: أنه يقبل اقراره فيها على الغرماء، وتسلم العين إلى المقر له، قال الشيخ أبو حامد: وقد شنع الشافعي رحمه الله على القول الاول وقال: من قال بهذا أدى إلى ان القصار (أي الحائك أو الخياط) إذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان، وهذا لفلان فلا يقبل منه، وكذلك الصباغ والصانع إذا أقر بمتاع لاقوام بأعيانهم أن لا تقبل، وهذا لا سبيل إليه، وكذلك لو قال عندي عبد أبى ولم يقبل قوله، فبيع العبد رجوع بعهدته على المفلس فيكون قد رجع عليه بعهدته عند اقراره أنه أبى وباعه بهذا الشرط وهذا لا سبيل إليه لانه ابطال لاصول الشرع، فلذلك قلنا نقبل اقراره اهـ. (فرع) وإن ادعى رجل على المفلس بدين في ذمته أو عين في يده فجدده، فان أقام المدعى بينه شارك الغرماء بالدين وأخذ العين، وإن لم يقم بينة فالقول قول المفلس مع يمينه، فان حلف له أنصرف المدعى وإن نكل المفلس عن اليمين

[287]

فحلف المدعى، فهل يشارك الغرماء في الدين، ويأخذ العين؟ فيه طريقان، قال الشيخان أبو حامد والمصنف رحمهما الله تعالى: إن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء بالدين وأخذ

العين، وإن قلنا إنه كالأقرار كان على القولين الأولين في إقرار المفلس وقال ابن الصباغ: يشارك الغرماء قولاً واحداً، كما لو ثبت ذلك بالبينة. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الارش من المال، لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالارش كما يتعلق بسائر أمواله. (فصل) وإن ادعى على رجل مالا وله شاهد فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا؟ قال في التفليس لا يحلفون وقال في غرماء الميت: إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان. أحدهما يحلفون. والثاني لا يحلفون. فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس، فجعل فيهما قولين. أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه. والثاني لا يحلفون لأنهم يحلفون لاثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال لا تحلف غرماء المفلس. وفي غرماء الميت قولان: لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماءه، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماءه، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا، وغرماء المفلس لم يأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا، وإن حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل فيه قولان، أحدهما يحل لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات. والثاني لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين. كما لو لم يحجر عليه (الشرح) الأحكام: إذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالا يشارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء لأن ذلك ثبت بغير رضا من له الحق.

[288]

وإن جنى أحد على الفليس جناية خطأ تعلق حق الغرماء بالارش، لأن الارش مال له، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله. وإن جنى عليه أحد جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو وليس للغرماء أن يطالبوه بالعفو على مال، لأن ذلك اكتساب للمال، وقد سبق أن قلنا إنه لا يلزمه ذلك، ولأننا لو أئزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه مرة بعد أخرى، فلم يلزمه. فإن عفا في مقابل مال تعلق به حق الغرماء، وإن عفا مطلقاً - فإن قلنا إن موجب العمد القود لا غير لم يجب المال، وإن قلنا إن موجب أحد الأمرين ثبت المال وتعلق به حق الغرماء، وإن عفا على غير مال - فإن قلنا إن موجب العمد القود لا غير صح عفوهم ولم يجب المال، وإن قلنا إن موجب أحد الأمرين فقد ذكر في التعليق والشامل أن المال ثبت: ويتعلق به حق الغرماء، ولا يصح عفوهم وإذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه، فأقام المفلس شاهداً فإن حلف معه استحق ما ادعاه قسم على الغرماء لأنه ملك له، وإن لم يحلف فهل يحلف الغرماء. قال الشافعي في المختصر لا يحلف الغرماء. وقال صاحب الشامل إذا مات وخاف ورثة وعليه دين وله دين على آخر له به شاهد ولم يحلف الورثة، فهل يحلف الغرماء؟ على قولين، فمن أصحابنا من قال المسألتان على قولين. ومنهم من قال لا يحلف غرماء المفلس قولاً واحداً، وفي غرماء الميت قولان، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يخاف فلم يحلف غرماءه، والميت لا يرجى أن يحلف فحلف غرماءه، والصحيح أنهما على قولين (أحدهما) يحلفون لأن حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس فكان لهم أن يحلفوا كالورثة، ولأن الإنسان قد يحلف ليثبت ما لا لغيره، كما نقول في الوكيل إذا أحلفه العاقد له فإن الوكيل يحلف وثبت المال للموكل، كذلك هذا مثله. (الثاني) لا يحلفون، وهو الصحيح، لأنهم يثبتون بأيمانهم

ملكا لغيرهم، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته، وهذا لا يجوز. كما لا تحلف
الزوجة لاثبات مال زوجها، وان كان إذا ثبت تعلقت به نفقتها فأشبهت
الورثة لانهم يثبتون ملكا

[289]

لانفسهم بأيمانهم. وأما الوكيل فإنما حلف لان اليمين متعلقة بالعقد، فلما
كان هو العاقد توجهت اليمين عليه. وإن ادعى المفلس على غيره بد؟ ن أو
عين ولا بينة له، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف فلا كلام،
وان نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس، فان حلف ثبت
المال، وقسم على الغرماء، وان لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء؟
قال ابن الصباغ: هما على قولين كاليمين مع الشاهد، وإن حلفوا فان
المال الذي ثبت بأيمانهم يقسم بينهم على قدر ديونهم (فرع) إذا كان على
رجل دين مؤجل فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه لهذه
الديون، وإن كان ماله أولا من ديونهم، لانه لا حق لهم قبل حلول الأجل.
وإن كان عليه دين حال ودين مؤجل، فرفع أصحاب الديون الحالة أمره إلى
الحاكم، فنظر إلى ما عليه من الديون، وإلى ما معه من المال، فوجد ماله لا
في بالديون الحالة، فحجر عليه بناء على مسألتهم، فهل تحل عليه الديون
المؤجلة؟ فيه قولان (أحدهما) تحل، وبه قال مالك، لان ما يتعلق بالمال
بالحجر، أسقط الحجر الأجل كالموت، يحل الدين الآجل (الثاني) لا يحل،
وهو اختيار المزني، وهو الأصح، لانه دين مؤجل على حي، فلم يحل قبل
حلول أجله، كما لو لم يحجر عليه، ويفارق الميت، لان ذمته انعدمت بموته،
وهذا له ذمة صحيحة.

[290]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان لم يكن له كسب ترك له ما
يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه، ويرجع إلى الكسب لقوله صلى
الله عليه وسلم: ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فقدم حق نفسه على حق
العيال، وهو دين، فدل على أنه يقدم على كل دين، ويكون الطعام على ما
جرت به عادته، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا
إحفاف، لان الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت، فان كان له من تلزمه
نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة
بالمعروف، لانهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة، ولا تترك له دار ولا
خادم، لانه يمكنه أن يكتري دارا يسكنها وخادما يخدمه، وان كان له كسب
جعلت نفقته في كسبه لانه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته، وهو
يكتسب ما ينفق (الشرح) حديث " ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " رواه
الطبراني عن حكيم بن حزام رضى الله عنه. أما الأحكام: فإذا حجر الحاكم
على المفلس ومنعه من التصرف في ماله فمن أين تكون نفقته إلى أن
يبيع ماله ويقسمه على الغرماء، ينظر فيه، فان كان له كسب كانت نفقته
من كسبه، وان لم يكن له كسب، فإن على الحاكم أن يدفع إليه نفقته من
ماله لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي جاءه بالدينار
" ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " فأمره أن يبدأ بنفقته على من يعول، ومعلوم
أن فيمن يعول من تجب نفقته، وتكون ديناً عليه، وهى الزوجة. فعلم أن

نفقته مقدمة علي الدين، ويكون طعامه على ما جرت به عادته ويدفع إليه نفقته كل يوم، وأخرها اليوم الذي يقسم فيه الحاكم ماله، فيدفع إليه نفقته ذلك اليوم، لأن النفقة تجب في أوله، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة لأنه لا بد له أن ينصرف، فلو قلنا: أنه لا يكتسى لامتنع الناس من معاملته، هكذا قال صاحب البيان عن نصح في الام ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته، أو ما تدعو إليه ضرورة الزمن أن كان صيفا أو شتاء.

[291]

قال الشافعي رضى الله عنه: يكفيه قميص وسراويل ورداءان، ان كان ممن يرتدى وخذائين لرجله هذا إذا كان صيفا، وان كان في الشتاء زيد على القميص جبة محشوة، وخف بدل النعل، وان كان من عادته أن يتطيلس دفع إليه الطيلسان، وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله، وان كان من عادته لبس الشرب والديبقي ترك له ذلك، وان كانت عادته أن يلبس غليظ الثياب ترك له ذلك. وقال الشافعي رضى الله عنه: ان كان له ثياب عوال بيعت. قال أصحابنا: وأراد إذا كان من عوام الناس وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الاقدار بيعت، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله، ويصرف الباقي من ثمنها إلى الغرماء. (فرع) وان كان المفلس من تلزمه نفقته كالزوجة والوالدين والمولودين ترك لهم ما يحتاجون إليه نفقة وكسوة كما قلنا عن المفلس، لانهم يجرون مجرى نفسه، لان الاقارب يعتقون عليه إذا ملكهم كما يعتق نفسه إذا ملكها، ونفقة الزوجة أكدا من نفقة الاقارب لانها تجب بحكم المعارضة. (فرع) فإن مات المفلس كانت مؤنه تجهيزه وكفنه من ماله، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قدمت عليه جنازة ليصلى عليها فقال: هل على صاحبكم دين، فقالوا: نعم، فقال صلوا على صاحبكم. ولا محالة أنه كان قد كفن، فعلم أن الذي كفن به مقدم على حقوق الغرماء، لأنه لم يتعرض له، وان مات من تلزمه - فان كانت زوجة - فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه، أو في مالها، فيه وجهان سبق ذكرهما في الجنائز للإمام النووي رضوان الله عليه ونفعنا بعلمه أمين. وان كان من الوالدين أو المولودين وجب مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس، ويقدم ذلك على الغرماء كما قلنا في نفس المفلس وكم القدر الذي يجب في الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة. قال المصنف رحمه الله تعالى ما يستر العورة لا غير (فرع) إذا كان للمفلس دار يسكنها أو سيارة يركبها بيعتا عليه، وصرف ثمنها للغرماء، لأنه يمكنه أن يستأجر دارا يسكنها، ويركب المرافق العامة من

[292]

وسائل المواصلات التي نثبت في كل فج، وتصل إلى حيث يشاء راكبها، وقد جرت عادة الناس بذلك، وذلك بخلاف الثياب، فان العادة لم تجر باكثرائها، ولذا لا تباع الا في صورة خاصة مضى بيانها والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره لأنه أعرف بثمن ماله، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح، لان ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال

والوزان في الاسواق، فان لم يكن سهم المصالح اكثري من مال المفلس،
لانه يحتاج إليه لايفاء ما عليه، فكان عليه، ويقدم على سائر الديون، لان
في ذلك مصلحة له، ويبيع كل شئ في سوقه، لان أهل السوق أعرف بقيمة
المتاع، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر، ويبدأ بما يسرع إليه الفساد،
لانه إذا أضر ذلك هلك، وفي ذلك اضرار، وقد قال صلى الله عليه وسلم لا
ضرر ولا ضرار، ثم بالحيوان لانه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ويتأني
بالعقار لانه إذا تأنى به كثر من يطلبه، ولا يتأني به أكثر من ثلاثة ايام، لان
فيما زاد اضرارا بالغرماء في تأخير حقهم. فإن كان في المال رهن أو عبد
تعلق الارش برقبته بيع في حق المرتهن والمجنى عليه، لان حقهما يختص
بالعين فقدم، وان بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع،
رجع المشتري بالعهد في مال المفلس، وهل يقدم على سائر الغرماء ؟
روى المزني أنه يقدم، وروى الربيع أنه أسوة الغرماء، فمن أصحابنا من
قال: فيه قولان. (أحدهما) يقدم، لان في تقديمه مصلحة فانه متى لم يقدم
تجنب الناس شراء ماله خوفا من الاستحقاق فإذا قدم رغبوا في شراء
ماله. (والثاني) أنه أسوة الغرماء لان هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له
الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية ومنهم من قال ان لم يفك الحجر
عنه قدم لان فيه مصلحة له، وان فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء، وحمل
رواية الربيع على هذا.

[293]

(الشرح) حديث لا ضرر ولا ضرار " مضى تخريجه. أما الاحكام: فإنه
يستحب أن يشهد المفلس مجلس بيع المال أو الرهن لاجل أولا: لانه يعرف
قيمة أمواله وأثمانها عليه التي اشتراها بها. ثانيا: ليحصى ثمنه ويضبطه.
ثالثا: لانه إذا حضر احتاط أكثر من غيره لحرصه على أن يتابع بأكبر قيمة
ممكنة. رابعا. لان ذلك أطيب لنفسه كذلك يستحب أن يحضر الغرماء لاجل:
(اولا) لانه ربما كان منهم من يشتري شيئا من مال المفلس. (ثانيا) كثرة
المتاعين، فيكون ذلك أوفر للثمن. (ثالثا) معرفة كل منهم لعين ماله،
فربما باع الحاكم سهوا عين ماله فيستدركه (رابعا) لانه أطيب لنفوسهم،
فإن باع الحاكم ماله بغير حضور المفلس أو الغرماء صح البيع، لان المفلس
لا تصرف له، والغرماء لا ملك لهم. (فرع) إذا اراد الحاكم بيع مال المفلس
فلا بد من دلال وهو من ينادى على المتاع فيمن يريد، ويستحب أن يقول
الحاكم للمفلس والغرماء: ارتضوا برجل ينادى على بيع المتاع، لانهم
اعرف بمن يصلح لذلك الامر، ولان في ذلك تطيبا لانفسهم، فان لم
يستأذنهم الحاكم في ذلك، ونصب مناديا من قبله جاز لان المفلس قد
انقطع تصرفه، والغرماء لا ملك لهم. قال الشافعي رضى الله عنه. ولا
يقبل الا ثقة - وفي بعض نسخ المزني - ولا يقبل الا من ثقة، فمن قبل - ولا
نقبل الا ثقة - معناه إذا نصب المفلس والغرماء من ينادى على ثمن المتاع
لم يقبله الحاكم الا أن يكون ثقة. والفرق بين هذا وبين الرهن إذا اتفق
المتراهنان على وضع الرهن على يد من ليس بثقة، لم يعترض الحاكم
عليهما، لان الحق في الرهن للمتراهنين لا يتعداهما: وههنا النظر للحاكم
لانه ربما ظهر غريم آخر، وأما من قبل ولا يقبل الا من ثقة فمعناه إذا
نودي على مال المفلس فزاد في ثمنه انسان فانه لا يقبل الزيادة الا من
ثقة مخافة أن يزيد فيترك فتنفسد.

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجره لم يستأجر الحاكم من ينادى لانه لا حاجة إلى ذلك، وإن لم يوجد من يتطوع بذلك استؤجر بأقل ما يوجد، فإن كان في بيت المال فضل أعطى الاجير أجره منه، لان في ذلك مصلحة، فهو كأجرة الكيال والوزان في الاسواق وإن لم يكن في بيت المال فضل استوفى من مال المفلس كذلك، لان العمل له قال أبو على الكيال في الافصاح: فأما أجره النفاذ فعلى الغريم لا على المفلس فإن اختار المفلس رجلا ينادى على المناع واختار الغرماء غيره، قدم الحاكم الثقة منهما، فان تساويا في التوثيق قدم المتطوع منهما لانه أوفر مؤنة، فان كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر، وإن كانا يجعل قدم أعرفهما وأوثقهما، ويرى أصحاب أحمد أن نفقة النفاذ على المفلس، وفي قول آخر عندهم تدفع من بيت المال، وعندنا على القولين في أن يعطى من الغرماء أو من بيت المال، كما سبق بيانه. (فرع) وبيع كل شئ من الامتعة في سوقه، فتباع الكتب في سوق الوراقين والبر في سوق البزازين، والطعام في سوق الطعام، وهذا إذا كان في البلد أسواق متخصصة بتوفر أربابها على نوع معين من السلع كسوق العطارين وسوق العقادين وغيرها من الاسواق النوعية، وذلك لتفادي ألا يتناول شراؤها من لا يعرف قيمتها فيخسها، كل ذلك إذا أمن عند نقلها عدم التلف أو ضياع شئ منها، فإذا كان مكانها صالحا لبيعها بيعت حيث هي. أما العقار وغيره من الاعيان الثابتة فانه يمكن أن يكتفى بالنشر في صحيفة يومية، ولا ينادى الدلال في جلسة البيع كالامتعة، وإنما يومئ إيماء بالثمن الذي يعرض من المبتاعين، وذلك أعز للعقار وأدعى إلى حفظ حق المفلس. وبيع ما هو معرض للتلف أولا، كالرطب والهريس ونحوهما، ثم الحيوان لانه معرض للتلف إذا لم يجد من يقوم على مؤننه حفظه وغذائه، ثم الثياب والاقمشة. وهكذا بالترتيب قال الشافعي رضى الله عنه: فان كان بقرب ذلك البلد قوم يشترون العقار في ملك المفلس أنفذ إليهم وأعلمهم بذلك ليحضروا فيشتروا فيتوفر الثمن على المفلس

(فرع) وبيع مال المفلس بنقد البلد، وان كان من غير جنس حق الغرماء بأن كانت الديون عليه بالدينار العراقي أو الجنيه الاسترليني أو الليرة السورية وكان المفلس في العراق بيع عليه بالدينار، ولو كان الدين بالليرة أو بالجنيه، لان ذلك أيسر وأوفر، فان كان حق الغرماء من نقد البلد دفعه إليهم، وإن كان من غير نقد البلد، فان كان حقهم ثبت من غير جهة السلم دفع إليهم عوضه إن رضوا بذلك، وان لم يرضوا اشترى لهم من جنس حقوقهم، فان كان حقهم ثبت من جهة السلم لم يجر أخذ العوض عن ذلك، وإنما يشتري لهم حقهم (فرع) إذا كان في مال المفلس رهن بدأ ببيعه لان حق المرتهن يختص بالعين وحقوق الغرماء لا تختص بالعين، ولانه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن، فتفرق الزيادة على الغرماء، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن فاختلط مع الغرماء بما بقى له، فاحتيج إلى بيعه لذلك (فرع) فان باع شيئا من مال المفلس، فان كان دينه لواحد فانه يدفع كلما باع شيئا وقبضه إلى الغريم لانه لا حاجة به إلى التأخير. وان كان الدين لجماعة نظرت فان بيع جميع ماله دفعة واحدة قبض ثمنه ووزعه على الغرماء بالحصص على قدر ديونهم. وان لم يمكن بيع ماله إلا بشئ بعد شئ

نظرت فيما يباع به أولا فان كان ثمنه كثيرا يمكن قسمته على الغرماء قسم بينهم لانه لا حاجة به إلى التأخير. وان كان قليلا يتعذر قسمته. أو يكون القسم منه يراد. آخرت قسمته على الغرماء. فان وجد الحاكم ثقة مليئا - أي غنيا... فقد قال الشافعي رضى الله عنه: أقرضه إياه حالا. فإذا تكامل بيع المال أخذه من الذى أقرضه إياه وقسمه بين الغرماء، ويكون ذلك أولى من إبداعه. لان القرض مضمون على المقبوض. والوديعة أمانة يخاف تلفها. فان لم يجد ثقة مليئا يقرضه إياه أودعه عند ثقة. فان قيل: فلم قال الشافعي رضى الله عنه: يقرضه حالا. والقرض عنده لا يكون إلا حالا؟ فقال أكثر أصحابنا: وصف القرض بذلك لانه شرط. وقصد بذلك الرد على مالك رضى الله عنه حيث قال: يصح القرض مؤجل،

[296]

وقال العمرانى. وقال بعض أصحابنا: أراد حالا بغير تشديد يعنى يقرضه في الحال، وهذا ليس بشئ فإن قيل فقد قال الشافعي رضى الله عنه لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا في حال الضرورة وهو أن يكون في بحر ومعه مال اليتيم ويخاف عليه الغرق أو يخاف عليه النهب أو الحريق، ولا يقرضه في غير ذلك وإنما يودعه. فما الفرق بينه وبين المفلس؟ قلنا الفرق بينهما أن مال الصبي معد لمصلحة يظهر من شراء عقار أو تجارة، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك. ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا. (فرع) وإذا باع الحاكم مال المفلس وانصرم البيع بالتفرق وانقضاء الخيار ثم جاء إلى الحاكم وراد في الثمن. قال العمرانى: استحب للحاكم أن يسأل المشتري الاقالة ليطلب الفضل، فان أقاله المشتري باع الحاكم من الطالب بالزيادة وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك، لان البيع قد لزم (فرع) وان نصب الحاكم أمينا لبيع مال المفلس وقبض ثمنه فباع شيئا من مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف في يده من غير تفريط، تلف من ضمان المفلس لان العدل أمين له. ورواية عمرو بن خلدة عن أبى هريرة في المفلس أتوه به التى سبق لنا الاستدلال بها أخرجها الشافعي وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه وفي اسناده أبو المعتمر. قال الطحاوي مجهول وان باع العدل شيئا من مال المفلس وقبض ثمنه ثم اتى رجل ادعى على المشتري أن العين التى اشتراها ملكه وأقام بينة على ذلك، اخذها من يد المشتري فإن كان الثمن باقيا في يد العدل، رجع به إلى المشتري، وان كان المال قد تلف في يد العدل من غير تفريط رجع المشتري بالعهد في مال المفلس، ووافقنا أبو حنيفة في هذا، وخالفنا في العدل إذا تلف الرهن في يده. وفي الوكيل والوصى إذا تلف المال في أيديهم بغير تفريط أن الضمان يجب عليهم، فنقيس تلك المسائل على هذه ونقول: لانه باع مال الغير فإذا تلف في يده من غير تفريط لم يضمن قياسا على أمين الحاكم في مال المفلس. وهل يقدم المشتري على سائر الغرماء أو يكون أسوتهم؟

[297]

نقل المزني أنه يقدم عليهم، ونقل الربيع أنه يكون أسوة لهم، واختلف أصحابنا فيه على طريقين. فمنهم من قال في المسألة قولان (أحدهما) أنه يقدم عليهم لان في ذلك مصلحة لمال المفلس، لان المشتريين إذا علموا

أنهم يقدمون بالثمن إذا استحق ما اشتروه رغبوا في الشراء فيكثر المشترون وتزيد الاثمان، وإذا علموا أنهم لا يقدمون تجنبوا الشراء خوفا من الاستحقاق. فتقل الاثمان (الثاني) لا يقدم، بل يكون أسوة الغرماء، لانه تعلق بذمة المفلس بغير اختيار من له الحق، فكان أسوة الغرماء، كما لو جنى على رجل ومنهم من قال هي على حالين، فالموضوع الذي قال يكون أسوتهم أراد به إذا كان بعد القسمة في حجر ثان مثل أن يقسم المال بين الغرماء، ثم استحق شئ من أعيان ماله. ثم حجر عليه ثانيا، فإن المشتري يكون أسوة الغرماء، لان حقه ثبت في ذمته قبل الحجر كسائر الغرماء. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق. قال العمراني. وأما صاحب المهدب فقال ان لم ينك عن الحجر قدم، لان فيه مصلحة له، وان فك عنه الحجر كان كسائر الغرماء، ولم يذكر الحجر الثاني اهـ. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) وان كان في الغرماء من باع منه شيئا قبل الافلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئا، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك وضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء " وهل يفتقر الفسخ إلى اذن الحاكم، فيه وجهان. قال أبو إسحاق لا يفسخ الا باذن الحاكم، لانه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة. وقال أبو القاسم الداركي لا يفتقر إلى الحاكم، لانه فسح ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد فان حكم حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد

[298]

الاصطخري: ينقض حكمه، لانه حكم مخالف لنص السنة، ويحتمل ألا ينقض لانه مختلف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي فيه وجهان (أحدهما) أنه على التراخي لانه خيار لا يسقط إلى بدل، فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة. (والثاني) أنه على الفور لانه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وهل يصح الفسخ بالوطئ في الجارية؟ فيه وجهان. أحدهما: يصح كما يصح الفسخ بالوطئ في خيار الشرط. والثاني: انه لا يصح لانه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطئ، وان قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ، لانه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببدل العوض كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيبا وبذل له البائع الارش. (الشرح) الحديث رواه الشيخان عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم " من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به " أما الاحكام، إذا كان في الغرماء من باع من المفلس قبل الافلاس ولم يقبض الثمن ووجد عين ماله على صفته خاليا من حق غيره، فالبائع بالخيار بين أن يضرب عن الغرماء في الثمن، وبين أن يرجع في غير ماله، وبه قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضى الله عنهم، ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والاوزاعي والشافعي ومحمد بن الحسين العنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد، وخالفنا الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا " هو أسوة الغرماء " دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضى المدينة قال: أتينا أبا هريرة رضى الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال: هذا الذى قضى قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم " أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ". وفى رواية أبى بكر بن

عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضى الله عنهم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أيما رجل باع متاعا على رجل فأفلس المبتاع ثم وجد البائع متاعه بعينه، فصاحب المتاع أحق به من دون الغرماء " وقد أخرجه أحمد عن الحسن بن سمرة بلفظ " من وجد متاعه عند

[299]

مفلس بعينه فهو أحق به " ورواه الستة عن أبى هريرة بلفظ " من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره " وعند مسلم والنسائي عن أبى هريرة بلفظ " إذا وجد عنده المتاع، ولم يفرقه أنه لصاحبه الذى باعه " وحديث أبى هريرة عند أحمد بلفظ " أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله، ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له " وروى مالك في الموطأ وأبو داود، الأول بطريق الارسال والثاني بطريق الاسناد والمرسل اصح عن أبى بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث بن هشام بلفظ " أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا، فوجد متاعه بعينه، فهو أحق به، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء ". قلت: ولان عقد البيع يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض أو القيمة أو الثمن، كالمسلم فيه إذا تعذر، ولانه إذا شرط في البيع رهنا، فعجز عن تسليمه استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى. ويفارق المبيع الرهن، فإن امسك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل، والثمن ههنا بدل عن العين، فان تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل. فان قيل: إنهم تساوا - أعنى الغرماء جميعا من وجد عين ماله ومن لم يجد - في سبب الاستحقاق، قلنا: لكن اختلفوا في الشرط، فان بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهو موجود في حق من وجد متاعه دون من لم يجده. إذا ثبت هذا: فان البائع بالخيار، إن شاء رجع في السلعة، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر، لان الاعسار سبب جواز الفسخ، فلا يوجب كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم، لانه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم، كفسخ النكاح لعتق الامة، وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب، وفى ذلك روايتان: (إحدهما) هو على التراخي، لانه حق رجوع يسقط إلى عوض، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة.

[300]

(والثاني) هو على الفور، لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض، فكان على الفور كالرد بالعيب، ولان جواز تأخيرة يفضى إلى الضرر بالغرماء، لافضائه إلى تأخير حقوقهم، فأشبهه خيار الاخذ بالشفعة، وأخذ القاضى من الحنابلة بهذا الوجه. وحكى ابن قدامة الوجهين كهما عندنا. (فرع) وان اشترى رجل سلعة بثمن في ذمته وكانت قيمة السلعة مثل الثمن أو أكثر، ولا يملك المشتري غير هذه السلعة ولا دين عليه غير هذا الثمن، فهل يجعل هذا المشتري مفلسا، فيكون للبائع الرجوع إلى عين ماله، فيه وجهان حكاهما في الافصاح أبو على الكيال. أحدهما: يكون مفلسا، فيكون

البائع بالخيار بين الرجوع في عين ماله. والثاني لا يكون مفلسا، ولكن تباع السلعة ويعطى منها حقه والباقي للمشتري (فرع) وان كان ماله يعفى بدينه ولكن ظهرت فيه أمانة الفليس - وقلنا: يجوز الحجر عليه، فحجر عليه - فهل يجوز لمن باع منه شيئا ولم يقبض ثمنه، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله، فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد. (أحدهما) له أن يرجع إلى عين ماله لقوله صلى الله عليه وسلم "أبما رجل باع متاعا على رجل ثم أفلس المبتاع الحديث" وهذا قد أفلس، لانه محجور عليه بحق الغرماء فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع إليه، كما لو كان ماله أقل من دينه. (والثاني) ليس له الرجوع إلى عين ماله، لانا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين المال في المواطن التي لا يتمكنون فيها من الوصول إلى كمال حقوقهم، وهذا يتمكن من أخذ جميع حقه فلم يمكن له الرجوع إلى عين ماله. (فرع) وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم، فيه وجهان. الاول قاله المصنف لا يصح إلا بإذن الحاكم، لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة. والثاني: قاله صاحب البيان: يصح بغير إذن الحاكم، لانه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد. فان حكم حاكم بالمنع ففيه وجهان. أحدهما: يصح حكمه. لانه مختلف فيه والثاني لا يصح لانه مخالف لنص السنة.

[301]

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور، أو يجوز على التراخي فيه وجهان (أحدهما) يجوز على التراخي، لانه خيار لا يسقط إلى بدل فجاز على التراخي، كرجوع الاب فيما وهب لابنه، وفيه احتراز من الرد بالعيب، لانه قد يسقط إلى بدل وهو الارش (والثاني) يشترط أن يكون على الفور، لانه خيار لنقص في العوض، فكان على الفور كالرد بالعيب، وفيه احتراز من رجوع الاب في هبته لابنه. (فرع) إذا رهن البائع المبيع في يد المفلس عند ثبوت الرجوع له فهل يجعل رهنه فسخا للبيع. فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ في الرهن وحكاية وطئ البائع الجارية المبيعة جعلوا في فسخ البيع وجهين (أحدهما) يكون فسخا كوطئ البائع مبيعه في مدة الخيار (والثاني) لا يكون فسخا. لان ملك المشتري مستقر فلا يرفع الا بالقول. (فرع) إذا بذل الغرماء للبائع جميع ماله على أن لا يرجع بالعين المبيعة لم يجبر على ذلك. وجاز له الرجوع إلى عين ماله. وقال مالك رضى الله عنه لا يجوز له الرجوع إلى عين ماله. وقال أحمد وأصحابه كقولنا. دليلنا: الحديث، ولم يفرق بين ما إذا عرض الثمن أو لم يعرض ولانه تبرع بالحق غير من عليه الحق فلم يلزم من ثبت له الفسخ اسقاط حقه من الفسخ. كالزوج إذا عسر بالنفقة فجاء أجنبي فبذل لها النفقة لينترك الفسخ، فانه لا يلزمها ذلك والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان قد باعه بعد الافلاس، ففيه وجهان. أحدهما: أن له أن يفسخ، لانه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقر ثم أعسر بالنفقة. والثاني: أنه ليس له أن يفسخ لانه باعه مع العلم بخراب ذمته، فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها. (الشرح) الاحكام: إذا اشترى عينا بعد أن حجر عليه بثمن في ذمته فقد

[302]

ذكرنا أن شراؤه صحيح، وهل ثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله؟ فيه وجهان. أحدهما لا يثبت له الرجوع إلى عين ماله، لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته، فلم يثبت له الفسخ، كما لو اشترى سلعة معيبة مع العلم بعيبها. والثاني: يثبت له الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله، فإن لها أن تفسخ النكاح إذا عسر بالنفقة. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقى من الثمن لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، وإن كان المبيع عبيدين متساويي القيمة وباعهما بمائة، وقبض من الثمن خمسين، ثم مات أحد العبيدين، وأفلس المشتري، فالمنصوص في التفليس أنه يأخذ الباقي بما بقى من الثمن، ونص في الصداق: إذا أصدقها عبيدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول، على قولين. أحدهما: أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله في التفليس. والثاني أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف، فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع، وقال: فيه قولان (أحدهما) أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف، وهو اختيار المزني رحمه الله، لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما، وما قبض من ثمنه لا يرجع به (والثاني) أنه يأخذ الموجود بما بقى، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر إذا كان باقيا أخذ الباقي إذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة ومن أصحابنا من قال يأخذ البائع الموجود بما بقى من الثمن قولاً واحداً، وفي الصداق قولان، والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر

[303]

(الشرح) الأحكام: إذا باع من رجل عينا بمائة أو عينين بمائة، فقبض البائع من الثمن خمسين والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان، سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية، فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقى من الثمن؟ حكى ابن الصباغ فيه قولين. قال في القديم سقط حق البائع من الرجوع إلى الغير ويضرب مع الغرماء بالثمن. وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا هو مذهب مالك ولم يحكه عن القديم. وقال ابن الصباغ: مذهب مالك إذا قبض شيئاً من الثمن والعين باقية كان بالخيار بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع في العين المبيعة، وبين أن لا يرجع في العين ويضارب مع الغرماء فيما بقى. ووجه القول القديم حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام الذي أنينا على مختلف طرقه وألفاظه فيما سبق من فصول هذا الباب ولأن في رجوعه في بعض العين تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضطراراً به، فلم يكن ذلك للبائع. وقال في الجديد: يثبت له الرجوع بخضم ما بقى من الثمن - وهو الصحيح - لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين فجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق، وهو ما إذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيباً، وتارة بالنصف، وهو ما إذا طلقها قال في البيان: والخبر عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مرسل، لأن أبا بكر ليس بصحابي، وإن صح فمعنى قوله "فهو أسوة الغرماء" إذا رضى بذلك. وإن باعه عينين متساويي القيمة بمائة، فقبض البائع من الثمن خمسين وتلف أحد العينين وأفلس المشتري، فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذي بقى له فلا كلام، وإن اختار الرجوع إلى عين ماله على الجديد فبكم يرجع؟ قال

الشافعي يرجع هنا في العين الباقية بما بقى من الثمن. وقال في الصداق " إذا أصدقها عبيد فتلّف أحدهما وطلّقها قبل الدخول أنها على قولين (أحدهما) تأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثاني) أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف.

[304]

وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها، وقال في الزكاة: إذا أصدقها خمسا من الأبل فحال عليها الحول فباعت منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفا، فحصل في الصداق ثلاثة أقوال (أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباقي. وهذا موافق لما قاله في المغلس. (والثاني) يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها. واختلف أصحابنا في مسألة المغلس، فمنهم من قال في المغلس أيضا قولان: (أحدهما) يأخذ الباقي من العينين بما بقى له من الثمن، ويكون النصف الذي أخذ حصة التالف، لأنه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع، إذا وجده كله جاز له أخذ بعضه إذا تعذر جميعه، كما قلنا في الشفيع (والثاني) يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصفه، لأنه إذا باع شيئين متساويي القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع في نصفهما، فإذا تلف أحدهما رجع في نصف الباقي بنصف ما بقى. وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذي لم يقبضه، قال هذا القائل: ولا يجئها هنا القول الثالث في الصداق، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها. لأن ذمة الزوجة عليه وذمة المغلس خربة، فلا يمكن ترك الشيء كله والرجوع إلى القيمة، لأنه لا يصل إليها. ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الصداق ثلاثة أقوال، وفي المغلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقى له من الثمن قولا واحدا، والفرق بينهما أنا إذا قلنا في الصداق: يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لأنه يصل إلى حقه لأن ذمة الزوجة مليئة، وفي المغلس لو قلنا: يأخذ البائع نصف الباقي بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقى له لم يأمن ألا يصل إلى الكمال من حقه، لأن ذمة المغلس خربة

[305]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببعضه، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال. (الشرح) إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر لم يكن له أن يرجع فيها لأن المشتري قد عقد على ما اشتراه عقدا منع نفسه من التصرف فيه، فلم يمكن لبائعه الرجوع فيه، كما لو باعها المشتري أو وهبها إذا ثبت هذا فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع لأنه أسبق، فإن كان الدين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر بيعت العين في حق المرتهن ولا كلام، وإن كان الدين المرهون به أقل من

قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن وكان للبائع ان يرجع في الباقي منها، لانه لا حق لاحد فيما بقى منها، وإن لم يمكن بيع بعض الرهن بحق المرتهن إلا ببيع جميع الرهن، فبيع جميع الرهن وقضى حق المرتهن من ثمن الرهن، وبقي من الثمن بعضه، فالذي يقتضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقي من الثمن، بل يصرف ذلك إلى جميع الغرماء، لان حقه يختص بالعين دون ثمنها قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان المبيع شقصا ثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الشفيع أحق، لان حقه سابق، فإنه يثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالحجر، فقدم حق الشفيع (والثاني) أن البائع أحق، لانه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما، لان البائع يرجع إلى عين ماله، والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما. (والثالث) أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع لان في ذلك جمعا بين الحقين، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجر إسقاط أحدهما

[306]

(الشرح) قوله " شقصا " الشقص الطائفة من الشيء، والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال، وهو مأخوذ من المشقص، سهم فيه نصل عريض أو أن هذا مأخوذ منه. أما الاحكام فإنه إذا اشترى رجل شقصا من دار أو أرض فثبت فيه الشقص فأفلس المشتري وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع، فهل البائع أحق بالشقص أم الشفيع ؟ فيه ثلاثة أوجه. (أحدها) أن الشفيع أحق ويكون الثمن بين الغرماء، لان حق الشفيع أسبق لان حقه يثبت بالبيع، وحق البائع يثبت بالحجر، فقدم السابق (والثاني) أن البائع أحق بالشقص لانه إذا رجع في الشقص زال الضرر عنه وعن الشفيع، لان عاد كما كان قبل البيع، ولم يتجدد شركة غيره قال الشيخ أبو حامد: وهذا مدخول، لان من باع شقصا وثبتت فيه الشفعة ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع، فإن البائع عاد للشفيع شريكا كما كان، ومع ذلك له الاخذ بالشفعة (والثالث) أن الشفيع أولى بالشقص، ويؤخذ منه الثمن ويسلم إلى البائع دون سائر الغرماء، لان في ذلك جمعا بين الحقين، وازالة للضرر عنهما قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان كان المبيع صيدا والبائع محرم، لم يرجع فيه، لانه تمليك صيد فلم يجر مع الاحرام كإشراء الصيد (الشرح) الاحكام: إذا باع صيدا ثم أحرم وأفلس المشتري لم يكن للبائع أن يرجع في الصيد كما لا يجوز أن يتاعه، وقد مضى لسلفنا النووي رضى الله عنه ذلك في الصيد فليراجع. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان وجد عين ماله ودينه مؤجل، وقلنا ان الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالة، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لانها حقوق

[307]

حالة فقدمت على الدين المؤجل ومن أصحابنا من قال لا يباع، بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار في الاملاء، لان بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة (الشرح) الاحكام: إذا اشترى رجل أعيانا بأثمان

مؤجلة فحجر على المشتري بديون حالة عليه، وكانت الاعيان التي اشتراها بالمؤجل باقية في يده لم يتعلق به حق غيره. فإن قلنا إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر، فما الحكم في الاعيان التي اشتراها بالائتمان المؤجلة. فيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ولم يقل الشيخ أبو حامد غيره أنها تباع وتفرق ائمانها على أصحاب الديون لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة، وتبقى الديون في ذمته إلى الاجل، فإذا أيسر طالبوه، وإلا كانت في ذمته إلى أن يوسر (الثاني) حكاه المصنف أنها لا تباع، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة فيخير بائعها بين فسخ البيع فيها أو الترك، قال واليه أشار في الاملاء، لان بالحجر تعلقت الديون بماله، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل، فلم يبع في الديون الحالة. وأما إذا قلنا: إن الديون المؤجلة يحل بالحجر فما الحكم في الاعيان المشتراة بها. فيه وجه حكاه صاحب الفروع، وهو قول أبي إسحاق أن تلك الاعيان لا تباع في حق أصحاب الديون المعجلة ولا تسلم إلى بائعها أيضا، بل توقف قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه، ففيه وجهان. (أحدهما) أن له أن يرجع فيه، لانه وجد عين ماله خاليا من حق غيره، فأشبهه إذا لم يبعه (والثاني) لا يرجع، لان هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسحه. (الشرح) الاحكام: إذا اشترى عينا بثمن في ذمته فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها ثم أفلس المشتري لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء لانها خارجة عن ملك المشتري، فهو كما لو تلفت، وان رجعت إلى ملك المشتري بارت أو هبة أو وصية فأفلس. فهل يرجع البائع بها فيه وجهان

[308]

أحدهما لا يرجع لان هذا الملك انتقل إليه من غير البائع. والثاني: للبائع أن يرجع فيها، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره، فهو كما لو لم يخرج عن ملك المشتري، فإذا قلنا: بهذا الوجه، وكان المشتري قد اشتراها ممن هي في يده بثمن في ذمته، فأفلس بالثمنين وحجر عليه، فأى البائعين أحق بالعين؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاه المسعودي. (أحدها) البائع الاول أحق بها، لان حقه أسبق. (والثاني) البائع الثاني أحق بها، لانه أقرب. (والثالث) أنهما سواء لانهما متساويان في سبب الاستحقاق. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وجد المبيع ناقصا نظرت، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبيدين، تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف، لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن، ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكا كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف، فكذلك البائع، وإن كان المبيع نخلا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة، قوم النخل مع الثمرة، ثم يقوم بلا ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض. فان كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد، لان الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوم عليه، وان كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت القبض، لان ما نقص لم يقبضه المشتري، فلم يضمه، فان كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد، وتأليف دار، نظرت، فان لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهب بأفة سماوية، فالبائع

بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه، ويضرب بالثمن مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبدا فذهبت

[309]

يده أو دارا فذهب تأليفها في يد البائع، فان المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبايع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لان الارش في مقابلة جزء كان البائع يسحقه فاستحق ما يقابله، كما نقول فيمن اشترى عبدا فقطع الأجنبي يده: انه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالارش، غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد، لانها تلفت في ملكه فوجب له البدل، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لانها تلفت في ملك المفلس فوجب الارش له، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن، لان المبيع مضمون على المفلس بالثمن، فان كان المبيع نخلا عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل فيه وجهان (أحدهما) يأخذها بجميع الثمن لان الثمرة تابعة للاصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن (والثاني) يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء. لان الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين. (الشرح) الاحكام: والذي ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا إذا وجد البائع العين المبيعة بحالها لم تنقص ولم تزد، فأما إذا وجدها ناقصة فلا يخلو إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن، ويصح إفراده بالبيع أو نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن، ولا يصح إفراده بالبيع. فان كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه شيئين بثمن فقبضتهما المشتري فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البائع الثمن. أو كان ثوبا فتلف بعضه أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلف الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن فالبايع بالخيار بين أن يترك ما بقى من المبيع. ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء وبين أن يرجع فيما بقى من المبيع بحصته من الثمن. ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن. سواء تلف بأفة سماوية أو بفعل المشتري. أو بفعل أجنبي فالحكم واحد في رجوع البائع. وإنما كان كذلك لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن. ثم المشتري إذا وجد بعض المبيع في يد البائع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن. فكذلك هذا مثله. فان كان المبيع

[310]

ثوبين أو دابتين وتلف أحدهما، وأراد بسط الثمن عليهما قوم كل واحد منهما بانفراده، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما، فما قابل التالف ضرب به مع الغرماء وما قابل الباقي رجع في الباقي منهما لما قابله، وان باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة، واشترط المشتري دخول الثمرة في البيع ثم أتلف المشتري الثمرة، أو أتلفت وأفلس، واختار البائع الرجوع في النخلة، فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن. وحكى المحاملى عن بعض أصحابنا أن يرجع في النخلة بحصتها من الثمن، وقال العمرانى في البيان: قال صاحب المذهب: فيكفيه ذلك أن

يقوم النخلة مع الثمرة ثم يقوم النخلة من غير ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن. وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ قالا: تقوم النخلة مفردة. فإن قيل قيمتها تسعون، ثم يقوم الثمرة مفردة، فإن قيل قيمتها عشرة، علمنا أن قيمة الثمرة العشرة فيعلم أن الذي يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى، فيضرب به مع الغرماء ويأخذ بتسعة أعشار الثمن اه. قال الشافعي رضى الله عنه: وتقوم يوم قبضها. قال أصحابنا: وليس هذا على إطلاقه، وإنما يقوم بأقل الأمرين من يوم العقد، لان الزيادة حدثت في ملك المفلس، فلا يكون للبائع فيها حق، فإن كانت القيمة يوم القبض أقل قوم يوم القبض، لان ما نقص في يد البائع كان مضمونا عليه، فلا يرجع البائع على المفلس بما نقص في يده، وإن اشترى منه نخلة عليها طلع غير مؤبر. فإن الطلع يدخل في البيع، فإن أتلف المشتري الثمرة أو تلفت في يده وأفلس واختار البائع الرجوع في النخلة، فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لانها ثمرة يجوز أفرادها بالعقد، فرجع بحصتها من الثمن، كما لو كانت مؤبرة. فعلى هذا كيفية التقسيط على ما مضى في المؤبرة. والثانى، لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء، بل يأخذ النخلة بجميع الثمن ويضرب به مع الغرماء، لان الطلع غير المؤبر يجرى مجرى جزء من أجزاء النخلة بدليل أنها تدخل في العقد بالاطلاق، فصارت كالسعف، ولو أفلس وقد تلف شئ من السعف لم يضرب بحصتها من الثمن، فكذلك هذا مثله واصل هذا، هل الطلاع قبل التأبير مما يتميز

[311]

أو غير متميز، فيه وجهان، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد. وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن بأن كان المبيع ثوبا صحيحا فوجده البائع محروقا أو دارا ذهب تأليفها في يد المشتري فصارت غير مألوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام. وإن اختار أن يرجع بعين ماله نظرت. فإن لم يجب في مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بأفة سماوية. أو بفعل المشتري. فإن البائع يرجع في البيع ناقصا بجميع الثمن - كما قلنا فيمن اشترى دابة فذهبت عينيها بأفة سماوية في يد البائع - فإن المشتري إذا اختار إجازة البيع. أخذه بجميع الثمن. وإن وجب للنقصان أرش، فإن ذهب ذلك بفعل أجنبي فإن البائع يرجع في البيع لحصتها من الثمن. ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيعة من الثمن، ويرجع المشتري على الأجنبي بالارش. وإنما كان كذلك لان الارش الذى يأخذه المشتري من الأجنبي بدل عن الجزء الفائت من المبيع، ولو كان ذلك الجزء موجودا لرجع به البائع، فإذا كان معدوما رجع بما قابله من الثمن. فإن قيل: هلا قلتم: إن البائع يأخذ ذلك الارش؟ قلنا لا نقول ذلك، لان البائع لا يستحق الارش، وإنما استحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن، كما أن الأجنبي لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع لما وجب على الجاني من القيمة، أو بما يرجع بالثمن، وبيان ما يرجع به ان يقال: كم قيمة هذه العين قبل الجناية عليها؟ فإن قيل: مائة، قيل: فكم قيمتها بعد الجناية عليها. فإن قيل: تسعون علمنا أن النقص عشر القيمة، فيضرب البائع مع الغرماء بعشر القيمة. وأما المفلس فيرجع على الجاني بالارش. فإن كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجناية. وإن كان من الرقيق - وهو اليوم غير قائم في زماننا هذا - نظر إلى ما أتلفه منه. فإن كان مضمونا من الحر بالدية كان مضمونا من الرقيق بالقيمة. وإن كان مضمونا من الحر بالحكومة كان مضمونا من الرقيق بما نقص من القيمة ويكون ذلك للغرماء سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل.

(فرع) وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشتري، ولم تنقضي مدة الاجارة واختار البائع الرجوع في العين، كان له ذلك، واستوفى المستأجر مدة الاجارة ولا يأخذ البائع الاجارة ولا شيئا منها، لان المبتاع ملك ذلك بالعقد، فصار ذلك كالعيب، وهكذا إن كان المبيع مكاتبا للمبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه، لانه عقد لازم من جهة المشتري، فان عجز العبد نفسه عن الوفاء كان للبائع أن يرجع فيه كما إذا رهن المبتاع العين المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن وجد المبيع زائدا نظرت، فإن كانت زيادة غير متميزة. كالسمن والكبر. واختار البائع الفسخ. رجع في المبيع مع الزيادة. لانها زيادة لا تتميز فتبعت الاصل في الرد. كما قلنا في الرد بالعيب. وان كان المبيع حبا فصار زرعاً أو زرعاً فصار حبا. أو بيضا فصار فرخا ففيه وجهان. (أحدهما) لا يرجع به لان الفرخ غير البيض، والزرع غير الحب (والثاني) يرجع وهو المنصوص. لان الفرخ والزرع عين المبيع. وإنما تغيرت صفته فهو كالودي إذا صار نخلا. والجدى إذا صار شاة. وإن كانت الزيادة متميزة نظرت. فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار. رجع فيه دون الزيادة. لانه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الاصل في الرد. كما قلنا في الرد بالعيب. فان اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع. وان اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لانه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع. لان من دعا إلى القطع تعجل. فلا يؤخر بغير رضاه. وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار. ففيه قولان، روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع، لان الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها، وروى المزني أنه يرجع لانه يتبع الاصل في البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والكبر، فإذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع في الثمرة لانها أبرت وهي في ملك المفلس فان اختلف البائع والمفلس فقال البائع: رجعت فيه قبل التأبير

فالثمرة لى. وقال المفلس: رجعت بعد التأبير فالثمرة لى، فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء فيه قولان، وقد مضى دليلهما، فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان. (أحدهما) أنه لا يلزمهم قبوله لانهم أقروا أنه أخذ بغير حق (والثاني) يلزمهم قبوله أو البراء من الدين، وعليه نص في المكاتب إذا حمل إلى المولى نجما فقال المولى هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعي رحمه الله: يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه. فمن أصحابنا من قال لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه، لانه لا حاجة به إلى دفع إلى من يكذبه وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز، كما يجوز إذا كذبوه. وحمل قول الشافعي رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه. وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالثمرة لى فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان. (أحدهما) يقبل قول المفلس لانه غير متهم (والثاني) لا يقبل لانه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل اقراره

فيه. فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال: هي على القولين كما قلنا في القسم قبله، ومنهم من قال يحلفون قولا واحدا، لان اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس، فلما نكل نقلت إليهم. (الشرح) قوله " كالودي " بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة صغار الفسيل الواحدة ودية. أما الاحكام فإنه إذا وجد البائع عين ماله زائدة نظرت، فان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والكبر وما أشبههما، واختار البائع الرجوع في العين رجع فيها مع زيادتها، لانها زيادة لا تتميز، فتبعت الاصل في الرجوع بها كالرد بالعيب. فإن باعه نخلا عليها طلع مؤبر، واشترط المشتري دخول الثمرة في البيع

[314]

فأدركت الثمرة في يد المشتري وحدها وجففها ثم أفلس والجميع في حوزته لم يتعلق به حق غيره، فإن للبائع أن يرجع في النخل والثمرة، وإن كان مجففا، لان هذه زيادة غير متميزة فهي كسمن البهيمة، وإن باعه نخلا عليها طلع غير مؤبر فأبرها المشتري ثم أفلس، فهل للبائع الرجوع فيها. قال المسعودي: فيه قولان بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير. وفيه قولان: قال في البيان: وتشبه أن يكون على طريقه أصحابنا البغداديين على وجهين، بناء على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة وإن باعه أرضا وفيها بذر مودع فيها واشترط دخول البذر في البيع، فهل يصح بيع البذر. قال الشيخ أبو حامد: فيه قولان، وغيره من أصحابنا قال: فيه وجهان. وقد مضى ذلك في البيوع مفصلا. فإذا قلنا يصح البيع في البذر فأفلس المشتري، فإن كان قبل أن يخرج البذر عن الارض رجع البائع في الارض وفي البذر ولا كلام، وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعاً فانه يرجع في الارض، وهل يرجع في الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء. فيه وجهان من أصحابنا من قال: يرجع في الارض وحدها ويضرب مع الغرماء بثمر البذر، لان البائع إنما يرجع لعين ماله إذا كانت باقية بحالها، وهذا الزرع خلقه الله تعالى ولم يكن موجودا حال البيع (والثاني) يرجع في الزرع مع الارض، وهو المنصوص في الام، لان هذا الزرع عين البذر، وإنما حوله الله تعالى من حالة إلى حالة، فرجع به كالودي إذا صار نخلا. وإن اشترى منه أرضا فيها زرع أخضر واشترط دخول الزرع في البيع صح البيع قولا واحدا، فان أفلس المشتري بعدما استحصد الزرع واشتد حبه. أو كان قد حصده فعلا وذاره ونقاه فهل للبائع أن يرجع في الارض مع هذا الزرع قال عامة فقهاءنا فيه وجهان كالتى قبلها. وقال الشيخ أبو حامد: إن قلنا بالمنصوص في التى قبلها فالبائع ههنا أن يرجع

[315]

فيهما، وإن قلنا بالوجه الثاني لبعض أصحابنا فيها فههنا وجهان (أحدهما) لا يرجع (الثاني) يرجع لانه تميز ماله وإنما تغير صفتها فزادت. قالوا وهكذا لو تغير الزرع من خضرة إلى صفرة. هكذا في الروضة والحاوى والبيان وإذا باعه أرضا فيها نواء مدفونة، واشترط دخول النوى في البيع، فيه وجهان، المذهب أنه يدخل، فإن أفلس المشتري وقد صار النوى نخلا فهل يرجع البائع فيها مع النخل ؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعاً، وإن اشترى منه

بيضا فحصنه تحت دجاجة حتى صار فرخا ثم أفلس المشتري، فهل يرجع البائع في الفراخ فيه وجهان كالبيدر إذا صار زرعا، وتعليقهما على ما سبق ذكره، والله أعلم (فرع) وإذا كانت الزيادة متميزة كاللبن وولد البهيمة رجع البائع في عين المبيعة دون الزيادة، لأنها زيادة متميزة فلم تتبع الاصل في الرد - كما قلنا في الرد بالعيب - فان كان المبيع أرضا فارغه فزرعها المشتري، أو نخلا لا ثمر عليها فأثمرت في يد المشتري أو أبرت ثم أفلس المشتري، واختار البائع الرجوع في عين ماله فإنه يرجع في الارض دون الزرع، وفي النخل دون الثمرة لأنها زيادة متميزة حدثت في يد المشتري فلم يكن للبائع فيها حق إذا ثبت هذا فليس للبائع أن يطالب المشتري والغرماء بحصاد الزرع ولا بجداد الثمرة قبل وقته، لان المشتري زرع في أرضه فليس بطالم، والثمرة أطلعت في ملكه، فهو كما لو باع أرضا وفيها زرع أو نخلة وعليها طلع، فإنه لا يجبر على قطعه قبل أوانه ولا يجب للبائع أجره الارض، ولا النخل إلى أوان الجداد والحصاد، كما لا يجب ذلك للمشتري على البائع إذا اشترى أرضا فيها زرع أو نخلا عليها طلع، ثم ينظر في المفلس والغرماء، فان اتفق على قطع الثمرة والزرع قبل أو ان قطعهما جاز، لان الحق لهم، وان اتفقوا على تركه إلى وقت الحصاد والجداد جاز وان دعا بعضهم إلى القطع قبل أوانه، ودعا البعض إلى تركه ففيه وجهان، أحدهما، وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب: أنه يجاب قول من دعا إلى القطع. لان الغرماء ان كانوا هم الطالبون القطع أجيوا، لانهم يقولون: حقوقنا معجلة

[316]

فلا يجب علينا التأخير، وإن كان المفلس هو الطالب للقطع. أوجب لانه يستفيد بذلك إبراء ذمته، ولان في التبقيّة غررا، لانه قد يتلف، فأوجب من دعا إلى القطع. والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق: إنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقيّة، قال ابن الصباغ، وهذا لا بأس به لانه قد يكون من الثمرة والزرع ماله قيمة تافهة أو ما لا قيمة له، والظاهر سلامته. اهـ (فرع) إذا باعه نخلا لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع في الثمرة مع النخل؟ فيه قولان (أحدهما) رواه المزني أنه يرجع في الثمرة مع النخل، لانه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة في المبيع. فتبعتها أيضا في الفسخ، كالثمن في الجارية (والثاني) رواه الربيع أنه لا يرجع في الثمرة لانه يصح إفرادها في البيع فلم تتبع النخلة في الفسخ كالطلع المؤبر، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة باختياره، وههنا زال بغير اختياره قال أصحابنا " كل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك، وكان زوال ملكه عنها بعوض، فإن الثمرة تتبع الاصل، وذلك كالبيع والصلح والاجرة في الاجارة والصدّاق وما أشبه ذلك. وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره. فهل تتبع الثمرة الاصل؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه في المفلس. ومثل أن يشتري نخلة لا ثمر عليها بثمن معين فتطلع النخلة في يد المشتري ثم يجد البائع بالثمن عيبا فرده قبل التأبير، فهل يرجع في الثمرة مع النخلة؟ على قولين وكذلك إذا اشترى شقصا في أرض فيها نخل فأطلعت النخل في يد المشتري ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفيع، فهل يأخذ الثمرة مع النخل. على هذين القولين وكذلك كل موضع زال ملكه عن الاصل إلى غيره باختياره بغير عوض. فهل يتبع المطلع الذي ليس بمؤبر الاصل. فيه قولان أيضا. وذلك مثل أن يهب الرجل

لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر. وكذلك إذا زال ملكه عن الاصل بغير عوض
بغير اختياره أيضا مثل أن يهب الاب لابنه نخلة فأطلعت في يد الابن.

[317]

ورجع الاب فيها قبل التأبير فهل يتبع الثمرة الاصل. فيه قولان إذا ثبت ما
ذكرناه فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري وأفلس قبل
أن تؤبر الثمرة فرجع البائع في عين ماله، فإن قلنا ان الثمرة لا تتبع النخلة
في الفسخ كانت الثمرة للمفلس. فان اتفق المفلس والغرماء على
تبقيتها إلى أو ان جدادها كان لهم ذلك. وليس لبائع النخلة أن يطالبهم
بقطعها قبل ذلك. وان اتفقوا على قطعها جاز. وان دعا بعضهم إلى
قطعها. وبعضهم إلى تبقيتها ففيه وجهان. قال عامة أصحابنا يجب من دعا
إلى قطعها. وقال المصنف يفعل ما فيه الاحظ وقد مضى دليل الوجهين.
وان قلنا ان الثمرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل
كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولا واحدا. لأنها قد صارت متميزا. فالحكم
في قطعها وتبقيتها على ما مضى فان قال بائع النخل قد كنت رجعت فيها
قبل التأبير. فان صدقه المفلس والغرماء على ذلك أو كذبوه وأقام على
ذلك بينة حكم له بالثمرة وان كذبه المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول
المفلس مع يمينه. لان الاصل عدم الرجوع، فإذا حلف المفلس كانت الثمرة
ملكاً له وقسمت على الغرماء. وان نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء. فيه
قولان مضى بيانهما فإذا قلنا يحلفون فحلفوا قسمت الثمرة بينهم. وان
نكلوا أو قلنا لا يحلفون عرضت اليمين على البائع فان حلف ثبت ملك
الطلع له. وان نكل قال ابن الصباغ سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس
وقسمت بين الغرماء وأن صدق الغرماء البائع وكذبوا المفلس نظرت في
الغرماء فان كان فيهم عدلان فشهدا للبائع أنه رجع قبل التأبير قبلت
شهادتهما له. وحكم بالثمرة للبائع لانهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا بهذه
الشهادة ولا يدفعان عنهما ضررا. وكذلك ان كان فيهم عدل واحد حلف مع
البائع حكم له بالثمرة. هكذا في الروضة والتحفة والحاوي من كتب
المذهب. وان كانوا فساقا أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من الاسباب
المانعة فالقول قول المفلس مع يمينه

[318]

قال العمراني: والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف: ما يعلم أن البائع رجع
فيها قبل التأبير، وكذلك الغرماء إذا حلفوا، لانه يحلف على نفي فعل الغير
فإذا حلف المفلس ملك الثمرة: فان لم يختر دفع الثمرة إلى الغرماء ولا
بيعها لهم لم يجبر على ذلك، ولا لهم أن يطالبوه بذلك لانهم يقرون أنها
ملك للبائع دون المفلس، ولكن يصرف إليهم سائر أمواله، ويفك عنه
الحجر، ويتصرف في الثمرة كيف شاء اه. فان اختار المفلس دفع الثمرة
إلى الغرماء، فهل يجبر الغرماء على قبولها، فيه وجهان. أحدهما وهو
المذهب، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره: أنهم يجبرون فيقال لهم: إما أن
تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعي في المكاتب إذا
حمل إلى سيده مالا عن كتابته. وقال للسيد: هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه
أو يبرئه من قدره من ماله عليه. والثاني لا يلزمهم ذلك، لانهم يقرون

المفلس لا يملك ذلك، ويفارق سيد المكاتب، لانه يريد الاضطرار بالعبء ورد إلى الرق، فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس في ذلك فإذا قلنا بالاول، وقال الغرماء: نحن لا نأخذ الثمرة ولكننا نفك الحجر عنه ونبريه من حقوقنا، فهل للمفلس الامتناع؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي، فان اختار الغرماء أن يبرء والمفلس من قدر الثمرة من الدين، فأبروه من ذلك فلا كلام، وإن لم يختاروا أن يبروه، فان كان دينهم من جنس الثمرة وجب عليهم أخذها، وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة، واختاروا أخذ الثمرة عن دينهم، فان كان دينهم من غير السلم جاز، وبرئت ذمة المفلس من ذلك فإذا أخذوا ذلك لم يملكوه، ولكن لزمهم رد ذلك إلى البائع، لانهم قد أقرروا أنها ملكه وإنما لم يقبل إقرارهم لحق المفلس. فإذا زال حقه لزمهم حكم إقرارهم الاول كما لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده فلم يقبل شهادتهما عليه، ثم انتقل العبد اليهما أو إلى أحدهما بارت أو بيع، فانه يعتق عليهما باقرار السابق، وان كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة، فانه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها، ولكن تباع الثمرة ويدفع الثمن.

[319]

قال ابن الصباغ: ولا حق للبائع في الثمن. وإن صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس - فإن كان فيما صدق البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده - حكم للبائع بالثمرة ولا كلام، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فإذا حلف ملك الثمرة، فان أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جاز، وان اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعي رضى الله عنه: يدفعها إلى الذين صدقوه دون الذين كذبوه. واختلف أصحابنا فيها على وجهين، فقال أبو إسحاق: هي كالاول، وان للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه في التي قبلها وما ذكره الشافعي رضى الله عنه فمعناه إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه. ومنهم من قال لا يجبر من كذبه على قبض شئ من الثمرة ولا الابراء عن شئ من دينه، وجها واحدا بخلاف الاول لانه مع تكذيب جماعتهم له، به حاجة إلى قضاء دينه، فأجبروا على أخذه. وفي مسألتنا يمكنه دفعه إلى المصدقين له دون المكذبين له فإذا قلنا بالاول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة إليه، ولا يلزم المكذبين له، والذي يقتضى المذهب، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف، لانه لو خاف من اليمين فأقر لزمه اقراره. هذا إذا كان المفلس مكذبا للبائع، فأما إذا كان المفلس مصدقا للبائع أنه رجع قبل التأبير، وقال الغرماء: بل رجع بعد التأبير، فهل يقبل اقرار المفلس؟ فيه قولان كالقولين فيه إذا قال: هذا العين غصبتها من فلان، أو ابتعتها منه بثمن في ذمتي، فهل يقبل في العين؟ قولان. فإذا قلنا: يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام، وإذا قلنا لا يقبل فقد قال الشافعي رضى الله عنه: يحلف الغرماء للبائع أنه ما رجع قبل الابار.

[320]

فمن أصحابنا من قال: فيها قولان، كما إذا ادعى المفلس مالا، وأقام شاهدا ولم يحلف معه، فهل يحلف غرماؤه، فيه قولان، وما ذكر الشافعي ههنا فهو أحدهما، ومنهم من قال: يحلفون ههنا قولاً واحداً، وهناك على قولين، لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم، ثم نقلت إليهم، وههنا توجهت عليهم ابتداءً، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت، فإن أفلس بعد الوضع رجع في الجارية دون الولد، كما قلنا في الرد بالعيب، ولا يجوز التفريق بين الأم والولد. فاما أن يزن البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم أو تباع الأم والولد فيأخذ البائع ثمن الأم. ويأخذ المفلس ثمن الولد. ومن أصحابنا من قال: أما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم. وأما أن يسقط حقه من الرجوع. والمذهب الأول. لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع. وإن أفلس قبل الوضع، فإن قلنا لا حكم للحمل رجع فيهما، لأنه كالسمن. وإن قلنا إن الحمل له حكم رجع في الأم دون الحمل لأنه كالحمل المنفصل. فإن باعها وهي حبلت ثم أفلس المشتري نظرت، فإن أفلس قبل الوضع رجع فيهما. وإن أفلس بعد الوضع - فإن قلنا للحمل حكم - رجع فيهما لأنهما كعيتين باعتهما. وإن قلنا لا حكم للحمل. رجع في الأم دون الحمل. لأنه نماء تميز من ملك المشتري. فلم يرجع فيه البائع، ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه. (الشرح) الأحكام: إذا باع من رجل بهيمة حائلاً، فحملت في يد المشتري ثم أفلس المشتري بعد أن ولدت فللبائع أن يرجع في البهيمة لأنها عين ماله. ولا حق له في ولدها لأنه نماء متميز. وحكم الجارية حكم البهيمة إلا أنه لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها إذا كان صغيراً. فإن قال بائع الجارية أنا أدفع قيمة الولد وأملكه مع الأم كان له ذلك وينبئ

[321]

على عدم التفريق بين الجارية وولدها من التقسيط بين الغرماء أقوال للشيخ أبي حامد وابن الصباغ وأبي إسحاق الشيرازي والعمرائي لا مجال لذكرها، ففي كلام المصنف الكفاية في مثل هذا. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري، أو ثوباً فقصره ثم أفلس نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر عمله، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر، وإن زادت قيمته بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان (أحدهما) أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه وهو قول المزني، لأنه لم يصف إلى المبيع عينا، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة، وفي القصار أظهر بياضاً كان؟ منا في الثوب فلم يصر شريكاً للبائع في العين، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره، ولأنه زيادة لا تميز فلم يتعلق بها حق المفلس، كما لو كان المبيع غلاماً فعلة أو حيواناً فسمنه (والثاني) أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل، ويكون حكم العمل حكم العين - وهو الصحيح - لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الاجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان، فإن الاجير في هذه الاشياء لا يملك حبس العين لقبض الاجرة، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء والثلثان إلى البائع. وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع إليه الاجرة دفع الاجرة إلى الاجير من ثمن الثوب: لأن الزيادة حصلت بفعله

فقضى حقه من بدله (فصل) وإن اشترى من رجل ثوبا بعشرة ومن آخر صبغا بخمسة، فصبح به الثوب ثم أفلس نظرت فان لم تزد ولم تنقص بان صار قيمة الثوب خمسة

[322]

عشر، فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله، فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث. وان نقص فصار قيمة الثوب إثني عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله، ووجد بائع الصبغ بعض ماله، لان النقص دخل عليه بهلاك بعضه، فان اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهمان. ويضرب بما هلك من ماله، وهو ثلاثة مع الغرماء وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهما بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالغين أم لا، فان قلنا انها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالهما فيقسم بينهما على الثلث والثلثين، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث، وإن قلنا انها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكا للبائعين بالربع (الشرح) إذا اشترى حنطة من رجل أو ثوبا خاما أو غزلا، فطحن الحنطة أو خاط الثوب أو قصره، أو نسج الغزل ثم أفلس، فللبائع أن يرجع في الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره، فان لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شئ للمفلس لان العمل قد استهلك، فان كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله وان استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الاجرة لم يكن للاجير أن يشارك بائع الثوب بشئ، وانما يضرب مع باقى الغرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس لان عمله لم يظهر له قيمة، وهكذا الحكم إذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع فلا شئ عليه لاجل النقصان، لان المفلس نقص من ماله بيده فإذا اختار الرجوع لم يكن له شئ لاجل النقصان، كما لو وجد الحيوان مريضا، ولا شئ للمفلس ولا يشارك الاجير بائع الثوب بشئ، لان عمله قد استهلك ولكن يضرب مع الغرماء بأجرته وأما إذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان: (أحدهما) يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشئ، وهو اختيار المزني، لان المشتري لم يصف إلى المبيع عينا، وانما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وأزال بالقصارة، ونسج الثوب فلم يشارك البائع، كما لو اشترى حيوانا

[323]

مهزولا فسمن في يده (والثاني) أن هذه الاثار تجرى مجرى الاعيان، فيشارك المفلس البائع بقدر الزيادة - وهو الصحيح - لان الشافعي رضى الله عنه قال " وبه أقول إنها زيادة من فعل المشتري حصلت في المبيع فكان له أن يشاركه، كما لو صبغ الثوب " ولان الطحن والقصارة أجريت مجرى الاعيان، بدليل أن للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الاعيان المعمول فيها إلى أن يستوفى الاجرة، فأجريت مجرى الاعيان فيما ذكرناه. إذا ثبت هذا فان قلنا بالقول الاول فاختر البائع الرجوع في عين ماله رجع فيها بزيادتها، فان كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الاجير أجرته لم يكن للاجير أن يشارك بائع العين بشئ بل

يضرب مع الغرماء بقدر أجرته، وإن قلنا بما اختاره الشافعي من أنها آثار تجرى مجرى الاعيان، فإن كان المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجره، أو استأجر من عمل ذلك وقد وفى الاجير أجرته فإنه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل مثل أن كان الثوب يساوي قبل القصاره (1) عشرة فصار مقصورا يساوي خمسة عشر، فللمفلس في الثوب خمسة قال ابن الصباغ: فإن اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجبر المفلس والغرماء على قبولها، كما إذا عرس المشتري في الارض المبيعة أو ابتاعها فللبائع الارض أن يدفع قيمة الغراس والبناء ويتملكه مع الارض. وإن لم يختار بائع الثوب أن يدفع ذلك بيع الثوب، وكان ثلثا الثمن للبائع، والثلث للمفلس، وإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يدفع إليه شيئاً من الاجرة تعلق حق الاجير بالزيادة، لانا قد جعلناها كالعين، فإن كانت الزيادة قدر أجرته بأن كانت خمسة دراهم اختص الاجير بالزيادة وشارك البائع

(1) يبدو أن الثياب كانت تباع على عصر الشافعي رضى الله عنه مخيطة ولكي تتناسب مع كل قامة وقوام كانت تكون طويلة ويشتريها من يريد ارتداؤها ثم يذهب بها إلى القصار فيهندهما بالتقصير على حسب قامته، ومن ثم كانت القصاره صناعة رائجة كالخياطة والنساجة.

[324]

بها، وإن كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة في حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الاجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء. وإن كانت الزيادة أقل من الاجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصاره عشرة، فصارت قيمته مقصورا ثلاثة عشر وأجرة القصار خمسة، فإن القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع الغرماء بدرهمين (فرع) وإن اشترى غلاما فعله صنعة مباحة، أو علمه القرآن، ثم أفلس المشتري وقد زادت قيمة الغلام بذلك، فاختلف أصحابنا في ذلك على قولين كالقصار، لانه يجوز الاستئجار على ذلك، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة والاصحاب. وكذلك السمن في البهيمه، لانه كان نتيجة علفها، وهو أمر محتتم لبقائها، وسمنها مرجعه بعد ذلك إلى الله تعالى. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان المبيع أرضا فبناها أو عرسها، فإن أنفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الارض، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره، فجاز له الرجوع، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الارض وأرش نقص ان حدث بها من القلع، لانه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون، لانه يجب لاصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال. وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " وهذا عرس وبناء بحق، فإن قال البائع: أنا أعطى قيمة الغراس والبناء وأخذته مع الارض، أو أفلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع لانه يرجع في عين ماله من غير إضرار. وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص، فقد روى المزني فيه قولين (أحدهما) أنه يرجع (والثاني) أنه لا يرجع، فمن أصحابنا من قال: إن كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة

الارض فله أن يرجع لان الغراس والبناء تابع، فلم يمنع الرجوع، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الارض لم يرجع لان الارض صارت كالتبع للغراس والبناء، وحمل القولين على هذين الحالين. وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين (أحدهما) يرجع لانه وجد عين ماله مشغولا بملك المفلس، فثبت له الرجوع، كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه المفلس بصيغ من عنده (والثاني لا يرجع لانه إذا رجع في الارض بقى الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب، فيدخل الضرر على المفلس، والضرر لا يزال بالضرر. فان قلنا إنه يرجع وأمتنع البائع من بذل العوض وأرشد النقص، وأمتنع المفلس والغرماء من القلع، فهل يجبر البائع على البيع، فيه قولان (أحدهما) يجبر لان الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين، فوجب أن يباع كما يباع الصيغ مع الثوب، وإن لم يكن الصيغ له ويباع ولد المرهونة مع الرهن، وإن لم يدخل في الرهن (والثاني لا يجبر لانه يمكن أفراد كل واحد منهما بالبيع، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء. (الشرح) حديث " ليس لعرق ظالم حق " أخرجه أبو داود والدارقطني والشافعي عن عروة بن الزبير عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا، وأخرجه أحمد والترمذي وحسنه وأعله بالارسال والنسائي وأبو داود من طريق سعيد بن زيد. ورجح الدار قطني إرساله أيضا. وقد اختلف مع ترجيح الارسال من هو الصحابي الذي روى من طريقه ؟ فقيل جابر، وقيل عائشة، وقيل عبد الله بن عمر ورجح ابن حجر العسقلاني الاول، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيرا. ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده زمعه وهو ضعيف. ورواه ابن أبي شيبه وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده، وعلقه البخاري. ولفظ حديث سعيد بن زيد قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أحيا أرضا ميتة فهي له. وليس لعرق ظالم حق "

وفي حديث رواه جعفر الصادق رضى الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضى الله عنه " أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الانصار، قال ومع الرجل أهله، قال: وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل، ويشق عليه، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه يناقله فأبى، قال فهبه لى، ولك كذا أمرا رغبه فيه، فأبى. فقال: أنت مضار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصاري اذهب فاقلع نخله " وفي سماع محمد الباقر أبى جعفر من سمرة نظر، والله تعالى أعلم. أما الاحكام: فإنه إذا ابتاع أرضا من رجل بثمن في ذمته فغرسها من عنده أو بنى فيها بناء بأدوات من عنده، ثم أفلس قبل دفع الثمن، فأراد البائع الرجوع في أرضه، فان اتفق المفلس، والغرماء على قلع الغراس والبناء من الارض جاز لهم ذلك. لان الحق لهم، ولبائع الارض أن يرجع فيها، لانها عين ماله، لم يتعلق بها حق غيره، فإذا رجع البائع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزمهم تسوية الارض، وأرشد ما نقص إن حصل بها بسبب القلع، لان ذلك حدث لتخليص ملكهم، وهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقص الباب. فلرب الفصيل نقص الباب وإخراج

فصيله. وعليه إصلاح الباب، ويكون ذلك مقدما على حق سائر الغرماء. فان قيل: أليس قد قلتم: ان البائع إذا وجد عين ماله ناقصة فرجع فيها، فانه لا شئ له. قلنا: الفرق بينهما أن النقص حصل في ملك المشتري، فلم يضمنه الا فيما يتوسط عليه الثمن، وههنا حدث النقص بعد رجوع البايع في أرضه، والنقص حصل لتخليص ملكهم فضمنوه، وان لم يرض المفلس والغرماء بقلع الغراس والبناء لم يكن لبايع الارض اجبارهم على ذلك للحديث " ليس لعرق ظالم حق " وهذا ليس ظالما لانه عرس أو بنى في ملكه. فإذا ثبت هذا: فانهم لا يجبرون، فان بذل البايع قيمة الغراس والبناء ليملكه مع الارض، أو قال: أنا أفلح ذلك وأضمن أرش ما دخل بالقلع من النقص

[327]

أجبر المفلس والغرماء على ذلك، وكان لبائع الارض الرجوع فيها: لان الضرر يزول عن الجميع بذلك. وان قال بايع الارض: أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الارض قال المسعودي كان له ذلك وان امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الارض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرش ما حصل بالقلع فهل له أن يرجع في أرضه؟ قال الشافعي رضى الله عنه في موضع: له أن يرجع فيها. وقال في موضع: يسقط حقه من الرجوع فيها. واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال فيها قولان. (أحدهما) للبائع أن يرجع في أرضه، وان لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله صلى الله عليه وسلم " صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ولم يفرق " ولان أكثر ما فيه أنه وجد مشغولا بملك غيره، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو باع ثوبا فصبغه المشتري بصيغ من عنده (والثاني) ليس له الرجوع في أرضه، لان الارض قد صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمر بها بابا ثم أفلس البايع فانه ليس للبائع للمسامير أن يرجع فيها ولان رجوع البايع في عين ماله انما جعل له لازالة الضرر عنه، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لازلنا عنه الضرر. وألحقناه بالمفلس والغرماء لانه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم. ومنهم من قال: ليست على قولين. وانما هي على حالين. فالموضع الذي قال فيه " يرجع في أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء " محمول على ما إذا كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الغراس والبناء. لان الغراس والبناء تابعان للارض، والموضع الذي قال فيه " لا يرجع في الارض إذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الارض. لان الارض تكون تابعة للغراس والبناء. والصحيح أنها على قولين. لان البايع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع في أرضه. سواء كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل. فإذا قلنا: ليس له الرجوع في أرضه فلا كلام. وان قلنا: له الرجوع في أرضه وان لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فان اتفق الغرماء

[328]

والمفلس والبائع على بيع الارض والغراس والبناء بيعا وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وكيفية ذلك أن يقال: كم قيمة الارض ذات غراس أو بناء؟ فإن قيل خمسون، قيل وكم قيمة الغراس أو البناء منفردا، فإن

قيل: عشرون، كان لبائع الارض ثلاثة أحماس القيمة وللمفلس والغرماء الخمسان. وإن امتنع البائع من بيع الارض ففيه قولان (أحدهما) يجبر على بيعها مع البناء والغراس، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التفسير لان الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فيبيع الجميع كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه المفلس بصبغ من عنده، فرجع بائع الثوب فيه، وامتنع من دفع قيمة الصبغ، فإن الثوب يباع مع الصبغ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت في يد المشتري ورجع بائع الجارية فيها فإنها تباع مع الولد، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت في يد المرتهن فإنه يباع معها. (القول الثاني) لا يجبر على بيع أرضه، وهو المشهور، لانه يمكن إفراد الغراس والبناء بالبيع، فلم يجبر البائع على بيع أرضه. قالوا في البيان والروضة والحاوي: بخلاف الصبغ، فإنه لا يمكن إفراده بالبيع، وكذلك ولد الجارية انما وجب بيعه لانه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير. وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال: تؤاجر الارض والغراس ثم يكون ما قابل الارض من الاجرة لباعها وما قابل الشجر للمفلس والغرماء قال الشيخ أبو حامد: وهذا خطأ لان إجارة الشجر لا يجوز، ولهذا لو غصب شجرة وأقامت في يده لم تجب عليه أجرتها. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن كان المبيع أرضا فزرعها المشتري ثم أفلس، واختار البائع الرجوع في الارض جاز له، لانه وجد عين ماله مشغولا بما ينقل، فجاز له الرجوع فيه، كما لو كان المبيع دارا وفيها متاع للمشتري، فان رجع في الارض نظرت في الزرع، فان استحصد وجب نقله، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان

[329]

الحصاد من غير أجرة، لانه زرعه في ملكه، فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة، كما لو زرع أرضه ثم باع الارض، (الشرح) كلام المصنف في هذا الفصل مضى بيانه في الفصل قبله وهو بمجرد واضح ويزاد عليه من الاحكام ما هو منه فنقول: إذا اشترى من رجل أرضا بثمن في ذمته، ومن آخر غراسا في ذمته، فغرسه في الارض ثم أفلس قبل تسليم الثمنين، فلكل واحد من البائعين الرجوع في عين ماله، فإذا رجعا نظرت، فان أراد صاحب الغراس قلع غراسه كان له ذلك، ولم يكن لبائع الارض منعه منه، فإذا قلعه كان تسوية الارض، وأرش النقص إن حصل بها، لان ذلك حصل لتخليص ملكه. وأن أراد صاحب الارض قلع الغراس، ويضمن أرش النقص أو بذل قيمة الغراس ليملكه مع الارض، كان له ذلك، لانه متصل بملكه فكان له إسقاط حقه منه بدفع قيمته، وإن أراد صاحب الارض قلع الغراس من غير ضمنا فهل يجبر بائع الغراس على ذلك، فيه وجهان. (أحدهما) ليس له ذلك، لانه ليس بعرق ظالم، ولانه لو كان باقيا على ملك المفلس لم يكن لصاحب الارض أن يطالب بقلعه من غير ضمان، فكذلك من انتقل إليه منه. (والثاني) له ذلك لانه إنما يباع منه الغراس مقلوعا. فكان عليه أن يأخذه مقطوعا، ويفارق المفلس لانه غرسه في ملكه، فثبت حقه في ذلك. قال ابن الصباغ: إذا اشترى من رجل حيا فزرعه في أرضه، ومن آخر ماء فسقاه به فنبت وأفلس، فانهما يضربان مع الغرماء بثمن الماء والحب، ولا يرجعان بالزرع لان عين مالهما غير موجودة فيه، فهو كما لو اشترى طعاما فأطعمه عبده حتى كبر فإنه لا حق له في العبد، ولان نصيب الماء غير معلوم لاحد من الخلق. قال العمراني: قلت. وقد مضى في البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما فتحتمل أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما اهـ.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان المبيع من ذوات الامثال كالحبوب والادهان فخلطه بجنسه نظرت، فان خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع، لان عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة فان رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع إليه مثل مكيلته، فان طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه تمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين. (والثاني) يجبر لانه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله، وان خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لان عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة، وكيف يرجع، فيه وجهان. قال أبو إسحاق: يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لانه ان أخذ مثل زيتته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه، وان أخذ أكثر من زيتته كان ربا فوجب البيع. (والثاني) وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيتته بالكيل لانه وجد عين ماله ناقصا فرجع فيه مع النقص، كما لو كان عين ماله ثوبا فحدث به عيب عند المشتري فان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يرجع وهو قول المزني لانه وجد عين ماله مختلطا بمالا يتميز عنه، فأشبهه إذا خلطه بمثله أو كان ثوبا فصبغه. (والثاني) أنه لا يرجع لان عين ماله غير موجود حقيقة لانه اختلط بمالا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكما، لانه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه، ويخالف إذا خلطه بمثله، لانه تمكن المطالبة بمثل مكيلته، ويخالف الثوب إذا صبغه لان الثوب موجود وانما تغير لونه. فان قلنا انه يرجع فكيف يرجع؟ فيه قولان (أحدهما) يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لانه لا يمكن أن يأخذ مثل زيتته بالكيل لانه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من دينه بالكيل لانه ربا فوجب البيع. (والثاني) يرجع من الزيت بقيمة مكيلته. فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره.

(الشرح) الاحكام: إذا ابتاع شيئا من ذوات الامثال فخلطه بجنسه ولم يتميز ففيه ثلاث مسائل: (المسألة الاولى) أن يخلطه بأجود، مثل أن يشتري كيلو من زيت بذر القطن يساوي عشرة قروش فخلطه بكيло من زيت الزيتون يساوي أربعين قرشا وأفلس المشتري قبل دفع الثمن، فهل للبائع أن يرجع في عين ماله؟ فيه قولان. أحدهما له أن يرجع وهو اختيار المزني لانه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطا بمال المفلس وذلك لا يمنع الرجوع، كما لو اشترى ثوبا فصبغه بصبغ من عنده، فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه والثاني: ليس له أن يرجع في عين ماله، قال الشافعي رضي الله عنه: وهذا أصح وبه أقول. لانه لا يجوز له أن يرجع بمثل مكيله لان ذلك أكثر قيمة من عين ماله، ولا بقيمة صاعه لان ذلك أنقص من حقه. فإذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن، وإذا قلنا بالاول فيكف يرجع؟ فيه قولان حكاهما المصنف وابن الصباغ. وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين. أحدهما وهو قول المصنف واختيار ابن الصباغ: يباع الزيتون وتؤخذ قيمة أربعة أخماس الزيت وهو الاربعون قرشا، لانا لو قلنا له الرجوع في أربعة أخماس الزيت لكان ربا. (والثاني) وهو اختيار الشيخ أبي حامد، وهو

المنصوص في الام أنه يرجع في أربعة أخماس الزيت لأنه ليس ببيع، وإنما وضع ذلك عن وزن زيتة وتفويمه المسألة الثانية: أن يخلطه بمثله، مثل أن يشتري كيلو من زيت يساوي عشرة قروش كزيت بذر القطن فخلطه بكيло من زيت البقل يساوي عشرة قروش. وأفلس المشتري قبل دفع الثمن فللبائع أن يرجع في عين ماله لأنها موجودة من جهة الحكم، فإن طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم قسمة فإنه يقسم ويجبر الممتنع، وإن طلب البائع بيع الزيت وقسمته فإنه يقسم ويجبر الممتنع. وإن طلب البائع بيع الزيت وقسم ثمنه فهل يجبر المفلس على ذلك؟ فيه وجهان

[332]

أحدهما لا يجبر على البيع، لأن البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة القسمة فلم يكن له المطالبة بالبيع، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم البيع فإن شركاءه لا يجبرون على البيع والثاني: يجبر المفلس على البيع لأن بالقسمة لا يصل إلى عين ماله، وربما كان له غرض في أن لا يأكل من زيت المشتري. المسألة الثالثة: إذا خلطه بأردأ من زيتة بأن اشتري كيلو من زيت الزيتون يساوي أربعين قرشا فخلطه بكيло من زيت السمسم يساوي عشرين قرشا ثم أفلس فللبائع أن يرجع في عين ماله قولا واحدا، لأن عين ماله موجودة بطريق الحكم، فإن رضى البائع بأخذ كيلو منه أجبر المفلس على ذلك لأنه أنقص من حقه، وإن لم يرض البائع بذلك ففيه ثلاثة أوجه حكاهما الشيخ أبو حامد. (أحدهما) ليس له إلا قدر وزنه، لأنه وجد عين ماله ناقصا، فإذا اختار الرجوع فيه لم يكن له غيره، كما لو كان المبيع ثوبا فلبسه المشتري ونقص (والثاني) وهو قول المصنف. ولم يذكر ابن الصباغ غيره أن الزيتان يباعان ويدفع إلى البائع قيمة الكيلو الخاص به، وهو أربعون قرشا كما قال في المسألة الأولى، لأنه إن أخذ بمثل كيل زيتة كان أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من مكيلة زيتة كان ربا. (والثالث) حكاه ابن المرزبان: أن له أن يأخذ منه كيلا وثلاث كيل بقيمة كيل من زيتة، كما قال الشافعي في المسألة الأولى والأول أصح والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقيا فله أن يفسخ العقد، ويرجع إلى عين ماله لأنه وجد عين ماله خاليا من حق غيره فرجع إليه كالمبيع، وإن كان رأس المال تالفا ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشتري ودفع إليه لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز وقال أبو إسحاق: إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع

[333]

الغرماء رأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب فانقطع، والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واحد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالافلاس كما لو باعه عينا فأفلس المشتري بالثمن والعين تالفة ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وههنا الفسخ بالافلاس والفسخ بالافلاس إنما

يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ.
(الشرح) الاحكام: إذا أسلم رجل إلى غيره في شئ على صفة، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه، فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التي أسلم فيها لم يجز من غير رضا الغرماء لان حقوقهم تعلقت بماله، وإن رضى المفلس والغرماء بذلك جاز، لان الحق لهم ولا يخرج عنهم. فان قيل: ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده في أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبراؤه في أحد القولين ؟ قلنا: الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل الملك إلا أنه منع من التصرف في ماله لتعلق حق الغير بماله، فإذا أذن له ذلك الغير في التصرف بماله صح تصرفه كالمرتبهن إذا أذن الراهن، وليس كذلك المكاتب، فان المنع لنقصان ملكه، فإذا أذن له سيده لم يتكامل ملكه بذلك، فان كان المفلس هو المسلم إليه فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه، فان كان المسلم فيه موجودا في مال المسلم إليه أخذ من ماله منه، وان كان معدوما اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه، لان أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز. قال أبو إسحاق: المسلم بالخيار بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، وبين أن يفسخ العقد، فيضرب مع الغرماء برأس مال السلم كما قال الشافعي رضى الله عنه، والمنصوص أنه لا يملك فسخ العقد، بل يضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفا ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه، لان له غرضا في الفسخ، وهو أنه يرجع برأس ماله في الحال - وعليه مشقة في التأخير - إلى وجود المسلم فيه.

[334]

إذا ثبت هذا فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه وعزل ما يخصه ليشتري له المسلم فيه، فإن أسلم في مائة إردب ذرة وكانت قيمتها مائتي جنيه عند القسمة، فعزل له ذلك، فرخص السعر حتى صارت المائة إردب قبل الابتاع تساوي مائة جنيه، اشترى له مائة إردب وقسمت المائة جنيه على باقى الغرماء، إن بقى لهم من دينهم شئ، أو ردت على المفلس ان استوفى أصحاب الديون حقوقهم. وإن غلا الطعام عند الابتاع فصارت المائة تساوي ثلاثمائة جنيه اشترى بالمائتين المعزولة بقدرها ذرة. قال الشيخ أبو حامد: ويكون الباقي في ذمة المسلم إليه. وقال ابن الصباغ: يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك، لانه بان أن حقه في المسلم فيه دون القيمة. والله أعلم قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أكرى أرضا فأفلس المكترى بالاجرة، فإن كان قبل استيفاء شئ من المنافع فله أن يفسخ لان المنافع في الاجارة كالأعيان المبيعة في البيع. ثم إذا أفلس المشتري والعين باقية ثبت له الفسخ، فكذلك إذا أفلس المكترى والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ، وان أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى، وفسخ فيما بقى كما لو ابتاع عبيدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقى، فإن فسخ وفى الارض زرع لم يستحصد نظرت، فان اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكترى قبوله لانه زرع بحق وقد بذل له الاجرة لما بقى فلزمه قبولها، وان لم يبذل له الاجرة جاز له المطالبة بقطعها، لان التبقيته إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء، والضرر لا يزال بالضرر، وفى تبقيته من غير عوض اضرار بالمكترى وان دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقيته نظرت فان كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما

يخرج من الارض لم يقطع، لانه إذا قطع لم يكن له قيمة، وإذا ترك صار له قيمة، فقدم قول من دعا إلى الترك، وان كان له قيمة كالفصل الذي يقطع فيه وجهان:

[335]

(أحدهما) يقدم قول من دعا إلى القطع لان من دعا إلى القطع تعجل حقه فلم يؤخر (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ، والاول أظهر. (التشرح) قوله الفصل، فعيل من الفصل وبابه ضرب، وقصل الدابة علفها فصيلا، وبابه ضرب، والفصل بفتحيتين في الطعام مثل الزوان، والقصالة بالضم ما يعزل من البر إذا نقي ثم يداس الثانية أما الاحكام فانه إذا اكترى منه أرضا بأجرة في ذمته فأفلس المكترى بالأجرة قبل دفعها، فان كان بعد استيفاء مدة الاجارة ضرب المكري بالأجرة مع الغرماء، وان كان قبل أن يمضى شئ من مدة الاجارة فالمكري بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالأجرة فيقر العقد، وبين أن يفسخ عقد الايجار ويرجع إلى منفعة أرضه، لان المنفعة كالعين المبيعة فجاز له الرجوع إليها وان كان بعد مضى شئ من مدة الاجارة فالمكري بالخيار بين أن ينفذ العقد ويضرب مع الغرماء بالأجرة، وبين أن يفسخ عقد الاجارة فيما بقى من المدة، ويضرب مع الغرماء بالأجرة لما مضى، كما تقول فيمن باع عبيدين بثمن فتلف أحدهما في يد المشتري وبقي الآخر إذا ثبت هذا فان اختار فسح عقد الاجارة وفي الارض زرع، فان كان قد استحصد - أعنى تهيأ للحصد - فله أن يطالب المفلس والغرماء بحصاده وتفريغ الارض، وان كان الزرع لم يستحصد - فان اتفق المفلس والغرماء على قطعه جاز، سواء كانت قيمة أو لم تكن، ولا يعترض عليهم الحاكم لان الحق لهم وان اتفق على تركه وبدلوا للمكري أجرة مثل الارض إلى الحصاد لزمه قبول ذلك ولم يكن له مطالبتهم بقلعه، لانه " ليس بعرق ظالم " وان امتنع المفلس والغرماء من بذل الاجرة كان للمكثري مطالبتهم بفعله أعنى بحصده، لانا قد جوزنا له الرجوع إلى عين ماله، وعين ماله هو المنفعة فلا يجوز تفويتها عليه بغير عوض، بخلاف ما لو باع أرضا وزرعها المشتري وأفلس، ثم رجع بأئع الارض فيها فانه يلزمه تبقيع الزرع إلى الحصاد بغير أجرة، لان المعقود عليه في البيع هو العين، والمنفعة تابعة، لا يقابلها عوض،

[336]

وإنما دخل المشتري في العقد على أن يكون بغير عوض، وفي الاجارة المعقود عليه هو المنفعة، فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض. وإن اختلف المفلس والغرماء، فقال بعضهم: بقلع، وقال بعضهم يبقى إلى الحصاد - فإن كان الزرع لا قيمة له، كالزرع أول خروجه، قدم قول من دعا إلى التبقيع، لان من دعا إلى القلع دعا إلى الاتلاف فلا يجاب إلى ذلك، وان كان الزرع ذا قيمة كالفصل ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يفعل ما فيه الاحظ، لان الحجر يقتضى طلب الحظ. وقال أكثر أصحابنا: يجاب قول من دعا إلى القلع، وقد مضى دليلها، فان قيل: فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضا وغرسها ثم أفلس المبتاع، وأخذ البائع عين ماله وهو الارض، وصار الغراس للمفلس والغرماء، فقال بعضهم نقلع، وقال بعضهم يبقى أنه

يقدم قول من قال: يبقى، قلنا. الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الاضرار بغيره، لأن بيع الغراس في الأرض أكثر لثمنه، فلم يجب قول من دعا إلى قلعه، وليس كذلك في الزرع، فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر، لأن الزرع إذا بقي قد يسلم وقد لا يسلم. إذا ثبت هذا: فإن أنفقوا على تبقيّة الزرع إلى الحصاد واحتاج إلى زرع ومؤنة فإن أنفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذي لم يقسم ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفق منه أحد، لأن حصول هذا الزرع مظنون. فلا ينبغي أن يتلف عليه مال موجود، والثاني وهو المذهب أن ينفق منه لأن ذلك من مصلحة المال، ويقصد به تنمية المال في العادة. وإن دعا الغرماء المفلس إلى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك لم يجبر عليه لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالانفاق عليه من غير إذن المفلس والحاكم لم يرجعوا بما أنفقوا عليه لأنهم متطوعون به، وإن أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق جاز ذلك وكان له ديناً في ذمة المفلس، لا يشارك به الغرماء، لأنه وجب عليه بعد الحجر. وإن أنفق

[337]

عليه بعض الغرماء بإذن باقى الغرماء على أن يرجع عليهم، رجع عليهم بما أنفق من مالهم. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه في الام: ولو اكترى ظهر لتحمل له طعاما إلى بلد من البلدان فحمله وأفلس المكترى قبل دفع الاجرة ضرب المكترى مع الغرماء بالاجرة، فإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت، فإن كان الموضوع الذي بلغ إليه أمنا كان له فسخ الاجارة فيما بقى من المسافة، ويضع الطعام عند الحاكم. قال ابن الصباغ: وإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم ففيه وجهان، كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعة بغير إذن الحاكم فهل تضمن؟ فيه قولان والصحيح وجهان، وإن كان الموضوع مخوفاً لزمه حمل الطعام إلى الموضوع الذي أكرهه ليحمله أو إلى موضع دونه بأمن عليه، لأنه استحق منفعته بحق الاجارة قبل الحجر. وإن اكترى منه ظهراً في ذمته فأفلس المكترى، فإن المكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئاً منها أو بقيمة ما بقى منها إن استوفى بعضها، لأن حقه متعلق بذمته، كما لو باعه عينا في ذمته، فإن كان ما يخصه من مال المفلس لا يبلغ ما اكترى به، وكانت الاجارة باقية. فللمكترى أن يفسخ الاجارة ويرجع إلى عين ماله إن كان لم يستوف شيئاً من المنفعة أو إلى بعضها إن استوفى شيئاً من المنفعة، لأن الاجارة كالعين المبينة والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول الحجر لأن المعنى الذي لاجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق (والثاني) لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر. (الشرح) الاحكام: إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول عنه من غير حكم الحاكم لأن الحجر كان لاجل المال، وقد زال

[338]

المال فزال الحجر بزواله، كما أن المجنون محجور عليه بالجنون، فإذا زال الجنون زال الحجر (والثاني لا يزول الحجر الا بحكم الحاكم، لانه حجر ثبت بحكم الحاكم فلم يزل الا بحكمه كالحجر على السفينة. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته فان كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال والذي له إلى أجله ولان الاجل جعل رفقا بمن عليه الدين والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه إلى أن يقضى عنه. (الشرح) الحديثان اللذان رواهما ابن عمر رضي الله عنهما وأبو هريرة رضي الله عنه تكلم فيهما شيخنا النووي في كتاب الجنائز من المجموع وأطال ووفى. أما الاحكام: فقد قال الشافعي رضي الله عنه في باب حلول دين الميت والدين عليه من الام: وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل، فهي إلى أجلها، لا تحل بموته، ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفا حفظت عنه ممن لقيت بأنها حالة يتحاص فيها الغرماء، فان فضل فضل كان لاهل الميراث ووصايا ان كانت له، قال: ويشبه - والله أعلم - أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تنابعم عليه، أن يقولوا لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته منه، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته، فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما يدعها في الحياة كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه، ولعل من حجتهم أن يقولوا: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه " أخبرنا ابراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة (رض) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه " .

[339]

قال الشافعي رضي الله عنه: فلما كان كفه من رأس ماله دون غرمائه ونفسه معلقة بدينه وكان المال ملكا له، أشبه أن يجعل قضاء دينه، لان نفسه معلقة بدينه، ولم يجز أن يكون مال الميت زائلا عنه، فلا يصير إلى غرمائه، ولا إلى ورثته، وذلك أنه لا يجوز أن يأخذه ورثته دون غرمائه، ولو وقف إلى قضاء دينه علق روحه بدينه، وكان ماله معرضا أن يهلك، فلا يؤدي عن ذمته ولا يكون لورثته فلم يكن فيه منزلة أولى من أن يحل دينه ثم يعطى ما بقى ورثته اه " ونعود إلى كلام المصنف رحمه الله تعالى فنقول وبالله التوفيق والعون: من مات وعليه ديون تعلقت بماله، وبهذا قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضي الله عنهم، وقال مالك وأبو حنيفة لا يتعلق بماله دليلنا حديث ابن عمر في الفصل ولانه لا وجه لبقاء تأجيله لانه لا يخلو اما أن يبقى في ذمة الميت أو في ذمة الورثة أو متعلقا بأعيان المال فبطل أن يبقى في ذمة الميت لان ذمته خربت بموته وبطل أن يبقى في ذمة الورثة لان صاحب الدين لم يرض بدممهم. ولانه لو تعلق بدممهم - إذا كان للميت مال تعلق بدممهم - وان لم يكن للميت مال. وبطل أن يقال: يبقى مؤجلا متعلقا بأعيان ماله. لان ذلك اضرار لصاحب الدين. لان أعيان المال ربما تلفت. واضرار بالميت لان ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه. لحديث أبي هريرة المسوق في الفصل وفي كلام الشافعي. فإذا بطلت هذه الاقيسة لم يبق الا القول بحلوله قال المصنف رحمه الله: (فصل) فان تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان: (أحدهما) لا يصح

لانه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق
كالمرهون (والثانى) يصح لانه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم
يمنع التصرف كمال المريض. وان قلنا انه يصح فان قضى الوارث الدين
نفذ تصرفه وان لم يقض فسخنا. وان باع عبدا ومات وتصرف الوارث في
التركة ثم وجد المشتري بالعبد

[340]

عيا فرده. أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة ففي تصرف الورثة وجهان.
(أحدهما) أنه يصح لانهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد (والثانى)
يبطل لانا تبينا انهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة، فان كان في غرماء
الميت من باع شيئا ووجد عين ماله. فان لم تف التركة بالدين فهو بالخيار
بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله لما
روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال في رجل أفلس: هذا الذى قضى
فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم " أيما رجل مات أو أفلس فصاحب
المتاع أحق بمناعه إذا وجده بعينه " فان كانت التركة تفى بالدين ففيه
وجهان " أحدهما " وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أن له أن
يرجع في عين ماله لحديث أبى هريرة (والثانى) لا يجوز أن يرجع في عين
ماله. وهو المذهب. لان المال يفى بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع
كالحى الملىء. وحديث أبى هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابورى: وان
خلف وفاء فهو أسوة الغرماء (الشرح) الاحكام: فإذا تصرف الوارث بالتركة
أو ببعضها قبل قضاء الدين فهل يصح تصرفه؟ فيه وجهان " أحدهما لا
يصح سواء بقى من التركة ما يفى من الدين أو لم يبق. لان مال الميت
تعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف الوارث فيه. كالراهن إذا تصرف
في الرهن قبل قضاء الدين " والثانى " يصح تصرفه لانه حق تعلق بالمال
بعد رضا المالك فلم يمنع صحة التصرف كتصرف المريض في ماله. فإذا
قلنا بهذا فان قضى الدين نفذ تصرفه. وان لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه.
لانا انما صححنا التصرف تصحيحا موقوفا على قضاء الدين كما صححنا من
تصرف تصرفا موقوفا. فإن باع عبدا ثم مات البائع. أو وجد المشتري بالعبد
الذى اشتراه عيا فرده. فان كان الثمن باقيا بعينه استرجعه. وان كان تالفا
رجع المشتري بالثمن في تركة الميت فان الوارث قد تصرف بالتركة قبل
ذلك. أو كان حفر الرجل بئرا في طريق المسلمين ومات وتصرف وارثه
بتركته ثم وقع في تلك البئر بهيمة أو انسان

[341]

وجب ضمان ذلك في تركة الميت. وهل يصح تصرف الوارث قبل ذلك؟ إن
قلنا في المسألة قبلها إنه يصح تصرفه فهنا أولى. وإن قلنا هناك لا يصح،
ففي هذه وجهان " أحدهما " يصح تصرفه لانه تصرف في مال له لم يتعلق
به حق أحد. " والثانى لا يصح، لانا تبينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة
(فرع) إذا كان في غرماء الميت من باع منه عينا، ووجد عين ماله، ولم
يقبض ثمنها، فإن كانت التركة لا تفى بالدين فللبائع أن يرجع في عين
ماله. وقال مالك وأبو حنيفة لا يرجع فيها. بل يضرب مع الغرماء بدينه دليلنا
ما روى عمرو بن خلدة الزرقى. وقد مضى تخريجنا له قال: أتينا أبا هريرة

رضى الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال " هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وحده بعينه " وهذا نص في موضع الخلاف، وإن كان ماله بقى بالدين ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري: للبائع أن يرجع بعين ماله لحديث أبي هريرة رضى الله عنه، فإنه لم يفرق والثانى: ليس له أن يرجع بعين ماله. وهو المذهب، لان ماله يقى بدينه، فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كما لو كان حيا. وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مغلسا مع أنه قد روى أبو بكر النيسابوري بإسناده عن أبي هريرة: وإن خلف وفاء فهو اسوة الغرماء. فيكون حجة لنا قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، لانا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر إنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه. وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الاجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار في أثناء المدة فإن المكترى يرجع على المفلس بأجرة ما بقى، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا. فيه وجهان

[342]

(أحدهما لا يشاركهم لانه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا، كما لو استقرض مالا بعد القسمة. (والثانى) يشاركهم لانه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة، ويخالف القرض لان دينه لا يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر وهذا استند إلى ما قبل الحجر، ولان المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة والمكترى يشاركهم في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة (الشرح) الاحكام: إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرمائه ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقا دينه قبل الحجر، رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه. وقال مالك رضى الله عنه: يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس. دليلنا: أن الحاكم إنما فرق في غرمائه، وعنده أنه لا غريم له سواهم، فإذا ظهر له غيرهم نقض الحكم، كالحاكم بحكم ثم وجد النص بخلافه، ولانه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقيين كان لغريم المفلس مثله (فرع) وإن فك الحجر عن المفلس وبقي عليه دين فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر، سأله الحاكم عن ذلك، فإن أنكر ولا بينة لهم فالقول قوله مع يمينه، لان الاصل بقاء العسرة، فان ثبت له مال إما بالبينة أو باقراره وطلب الغرماء الحجر عليه، نظر الحاكم فيه وفيما عليه من الدين، فان كان بقى بالدين لم يحجر عليه بل يأمره بقضاء الدين، وإن كان أقل حجر عليه وقسم ماله بين الغرماء، وإن تجدد عليه دين بعد الحجر الاول ثم ظهر له مال، فان بان أن المال كان موجودا قبل الحجر الاول قال الجوينى: اختص به الغرماء الاولون دون الآخرين، لان المال كان موجودا تحت الحجر الاول. وان اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الاول اشترك به الغرماء الاولون والآخرين على قدر ديونهم. وقال مالك: يختص به الغرماء الآخرون دليلنا: أن حقوقهم متساوية في الثبوت في الذمة بحال الحجر فأشبهه غرماء الحجر الاول. (فرع) وإن أكرى داره من رجل مدة ثم أفلس المكترى قبل انقضاء الاجل

فإن المكتري أحق بالمنفعة دون الغرماء لانه قد ملك المنفعة بعقد الاجارة قبل الحجر فكان أحق بها، كما لو باع شيئاً من ماله ثم أفلس، فإن أراد المكتري فسخ الاجارة لم يكن له ذلك، لان الفسخ إنما يكون في الموضوع الذي يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه. وههنا يصل إلى كمال حقه. فلم يكن له الفسخ فان انهدمت الدار قبل انقضاء مدة الاجارة انفسخت فيما بقى من المدة: فان كانت الاجرة قد قبضت. فان كانت باقية رجع منها بما يخص ما بقى من المدة، وإن كانت تالفة تعلق ذلك بذمة المفلس، ثم ينظر فيه، فان كان ذلك بعد القسمة ففيه وجهان: (أحدهما) لا يشاركهم، لان حق المكتري كان متعلقاً بالمنفعة، فلما تلفت العين المكتراة عاد حقه إلى ذمة المفلس بعد القسمة فلم يشارك الغرماء، كما لو أستدان بعد الحجر. (والثاني) يشاركهم، وهو الصحيح، لان سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة. ويخالف إذا استدان بعد الحجر. فان ذلك لم يستند إلى سبب قبل الحجر فلذلك لم يشاركهم، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب الحجر إذا ملك الصبي أو المجنون مالا حجر عليه في ماله، والدليل عليه قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد. (الشرح) الحجر في اللغة المنع والتصيق. ومنه سمي الحرام حجرا. قال الله تعالى "ويقولون حجرا محجورا" أي حراما محرما، ويسمى العقل حجرا. قال تعالى "هل في ذلك قسم لذي حجر" سمي حجرا لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح، وما يضر العاقبة، وسمى حجر البيت حجرا لانه يمنع من الطواف به. وفي الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله والمحجور عليهم ثمانية، ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم، فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم: فالصبي والمجنون والسفيه. والمحجور عليهم لحق غيرهم فهم المفلس يحجر عليه لحق الغرماء، والمريض لحق الورثة، والعبد القن. والمكاتب - بفتح التاء لحق المكاتب بكسرهما - والمرتد لحق المسلمين. والاصل في ثبوت الحجر على الصبي قوله تعالى "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم، ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا" والابتلاء الاختبار. قال تعالى "هو الذي خلقكم ليلوكم أبكم أحسن عملا" أي ليختبركم واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ. قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم "وقوله تعالى" إذا بلغوا النكاح "أراد به البلوغ، فعبر عنه به، وقوله تعالى "أنستم منهم رشدا" أي علمتم منهم رشدا، فوضع اليناس موضع العلم، كما وضع اليناس موضع الرؤية في قوله تعالى "أنس من جانب الطور نارا" أي رأى

روى أنها نزلت في ثابت بن رفاعه وفي عمه. لما توفي رفاعه وترك ابنه صغيراً أتى عم ثابت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن ابني أختي يتيم في حجرى فما يحل لى منه ماله؟ ومتى أدفع إليه ماله؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية قال الشافعي رضى الله عنه: فلما علق الله تعالى دفع المال إلى اليتيم بالبلوغ، وإيناس الرشد، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه. والدليل على ثبوت الحجر على السفه والوصى والمجنون قوله تعالى " فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل " والسفيه يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لصغر، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الفاني والصغير المجنون. فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على ثبوت الحجر عليهم. واختلفوا في الحجر على غير العليم الفقيه بأحكام الحلال والحرام، فرجح بعضهم وجوب الحجر عليه قال القرطبي في جامع الاحكام: وأما الجاهل بالاحكام وإن كان غير محجور عليه لتنميته لماله وعدم تدبيره فلا يدفع إليه المال لجهله بفاسد البياعات وصحيحها وما يحل وما يحرم منها، وكذلك الذمي مثله في الجهل بالبياعات ولما يخاف من معاملته بالربا وغيره والله أعلم. اه قال المصنف رحمه الله: (فصل) وينظر في ماله الاب ثم الجد لأنها ولاية في حق الصغير فقدم الاب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصي لأنه نائب عن الاب والجد فقدم على غيره، وإن لم يكن وصى نظر السلطان لان الولاية من جهة القرابة قد سقطت فنبتت للسلطان كولاية النكاح وقال أبو سعيد الاصطخرى: فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الام لانها أحد الابوين فنبت لها الولاية في المال كالأب، والمذهب أنه لا ولاية لها لانها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للام كولاية النكاح.

[346]

(الشرح) الاحكام: إذا ملك الصبى مالا، فإن الذى ينظر في ماله أبوه إن كان عدلاً، فإن لم يوجد الاب أو كان ممن لا يصلح للنظر، كان النظر إلى الجد أب الاب إذا كان عدلاً، لانه ولاية في حق الصغير فقدم الاب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح، فإن مات الاب وأوصى إلى رجل بالنظر في مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر، فيه وجهان، المذهب أنه لا تصح الوصية إليه، بل النظر إلى الجد. والثانى: حكاه في الابانة، وبه قال أبو حنيفة: أن النظر إلى الوصي لانه قائم مقام الاب، وليس بشئ، لان الجد يستحق الولاية بالشرع، فكان أحق من الوصي، فإن لم يكن أب ولا جد، نظر الوصي من قبلهما، فإن لم يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصي، فإن لم يكن أب ولا جد نظر الوصي من قبلهما. فإن لم يكونا ولا وصيهما فهل تستحق الام النظر؟ فيه وجهان، قال أبو سعيد الاصطخرى: تستحق النظر في مال ولدها، لانها أحد الابوين، وقال أحمد بن حنبل: إن عمر أوصى إلى حفصة. والثانى: وهو المذهب: أنه لا وصية لها، بل النظر إلى السلطان، وروى عن عطاء بن أبى رباح أنه قال في رجل أوصى إلى امرأته قال لا تكون المرأة وصياً، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه اه. (قلت) ولانها ولاية بالشرع فلم تستحقها الام كولاية النكاح، ولان قرابة الام لا تتضمن تعصياً، فلم تتضمن ولاية كقرابة الخال، فإذا قلنا بقول أحمد والاصطخرى، فهل يستحق أبوها وأمها الولاية عند عدمها. فيه وجهان حكاهما الصيمري والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط، فأما مالا حظ فيه كالعتق والهبة والمحابة فلا يملكه، لقوله تعالى " ولا تقربوا مال

اليتيم إلا بالتى هي أحسن " ولقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا
ضرار، وفى هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه،

[347]

ويجوز أن يتجر في ماله. لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ولى يتيما وله مال فليتجر له
بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة. (الشرح) حديث " من ولى يتيما له مال
فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة " رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه
بسند صحيح، وسبق للامام النووي استقصاء رواياته في كتاب الزكاة. أما
الاحكام: فلا يجوز للناظر في مال الصبي أن يعتق منه، ولا أن يكتب، ولا
يهب، ولا يحابى في البيع لقوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هي
أحسن " وليس في شئ من هذه الاشياء " أحسن ". (فرع) قال الشافعي
رضى الله عنه: وأحب أن يتجر الوصي بأموال من يلى عليه ولا ضمان،
وجملة ذلك أنه يجوز للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله، سواء كان
الناظر أبا أو جدا أو وصيا أو أمينا من قبل الحاكم لما روى عبد الله ابن
عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ولى يتيما له مال فليتجر له،
ولا يتركه حتى تأكله الصدقة ". (قلت) ولان ذلك أحظ للمولى عليه لتكون
نفقته من الربح. هكذا قال عامة أصحابنا إلا الصيمري، فإنه قال لا يتجر له
في هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار، بل يشتري له الارض،
أو ما فيه منفعة، فان اتجر له لم يتجر له إلا في طريق مأمون، ولا يتجر له
في البحر لانه مخوف، فان قيل فقد روى أن عائشة أم المؤمنين رضى الله
عنها أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر رضى الله عنهم (قلنا) يحتمل أن
يكون ذلك في موضع مأمون قريب من الساحل أو يحتمل أنها فعلت ذلك
وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك، قال الصميرى: ولا يبيع له إلا بالحال،
أو بالدين على مئى ثقة، اه. والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل)
وبيتاع له العقار لانه يبقى وينتفع بقلته ولا يبتاعه إلا من مأمون لانه إذا لم
يكن مأمونا لم يأمن أن يبيع مالا يملكه ولا يبتاعه في موضع قد أشرف

[348]

على الخراب أو يخاف عليه الهلاك، لان في ذلك تغريبا بالمال ويبنى له
العقار ويبنيه بالأجر والطين ولا يبنيه باللين والجص، لان الأجر يبقى
واللين يهلك والجص يحف به والطين لا ثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه
والطين لا يتناثر وان تناثر فلا ثمن له، ولان الأجر لا يتخلص من الجص إذا
أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له العقار
إلا في موضعين. (أحدهما) أن تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر إلى النفقة
وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه. (والثانى) أن يكون له في بيعه
غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشترى ببعض الثمن
مثله، لان البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم
يجز. وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر، فإن باعه الاب أو الجد
سجل له، لانهما لا يتهمان في حق الولد، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى
يقم بينة على الضرورة أو الغبطة لانه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير
بينة فان بلغ الصبي وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة فان كان

الولى أبا أو جدا فالقول قوله وإن كان غيرهما لم يقبل إلا بينة لما ذكرناه من الفرق فإن بيع في شركته شقص، فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك، وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ، لانا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط، فلا يفعل إلا ما يقتضى النظر والاحتياط فإن ترك الشفعة والحظ في تركها ثم بلغ الصبى وأراد أن يأخذ، فالمنصوص أنه لا يملك ذلك، لان ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبى نقضه، كما لو أخذ والحظ في الاخذ فبلغ وأراد أن يرد. ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ، لانه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ، وفيما لا حظ فيه، وقد بلغ فجاز أن يأخذ، وإن لم يكن فيه حظ وهذا خطأ، لان له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقيا، وهذا قد سقط بعفو الولي فسقط فيه اختياره، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطه فالحكم فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه.

[349]

(الشرح) الاحكام: يجوز أن يبتاع له العقار لانه أقل غررا، لانه ينتفع بغلته مع بقاء أصله. قال ابو على في الافصاح: ولا يشتريه إلا من ثقة أمين يؤمن جوده في الثمن وحيلته في إفساد البيع لاتباعه في موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة ما أوقعته بين طائفتين، فإن ذلك تغرير بماله. ويجوز أن يبنى له العقار إذا احتاج إليه إلا أن يكون الشراء أحظ له فيشتري له ذلك. وإذا احتاج إلى البناء: قال الشافعي رضى الله عنه: يبنى له بالأجر والطين، ولا يبنى له باللبن والحصى، لان اللين يهلك، والأجر يبقى والحصى يلزق فربما احتيج إلى نقص شئ من الأجر فلا يتخلص من الحصى، ولان الحصى يححف به، والطين لا يححف به. قال في البيان تعليقا على قول الشافعي " وهنا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة، فإن كان في بلد يوجد فيه الحجارة كانت أولى من الأجر، لانها أكثر بقاء، وأقل مؤنة ". قلت: فإذا كان الناظر في مال الصبى عدلا ذا مهارة. ورأى أن يبنى بالخرسانة المسلحة، وكان في ذلك ما يعود على الصغير بفائدة مع حفظ ماله لاسيما في زماننا هذا الذي يكون للتعمر والبناء صيانة ونماء، كان له ذلك، بل كان ذلك هو الافضل، والله تعالى أعلم. (فرع) وان ملك الصبى عقارا لم يبيع عليه الا في موضعين أحدهما أن يكون له في بيعه غبطة كأن يكون له شركة مع غيره، أو مجاورة لغيره فيبذل الغير فيه بذلك أكثر من قيمته، ويوجد له مثل بأقل مما باع به فيجوز له بيع العقار عليه لذلك، وكذلك إذا كان له عقار قد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالخراب، فيجوز له بيعه عليه، لان النظر له في ذلك البيع، فإذا باع الاب أو الجد عليه عقارا فرغ ذلك إلى الحاكم وسأله أمضاه وتسجيله عليه أمضاه وسجله له، لان الظاهر من حالهما أنه لا يبيعان الا ماله فيه حظ. وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالتهما عنده؟ قال ابن الصباغ: سمعت القاضي أبا الطيب يقول: فيه وجهان (أحدهما) لا يحتاج إلى ذلك، بل يكتفى بالعدالة الظاهرة، كما قلنا في شهود النكاح.

[350]

(والثاني) يحتاج إلى الثبوت لولايتهما عنده كما يحتاج إلى ثبوت عدالة الشهود عنده. وأما إذا دفع الوصي أو أمين الحاكم البيع إليه وسأل التسجيل عليه وأمضاه ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه لا يمضى

ذلك حتى تقوم عنده البينة على الحظ أو الغبطة له، لان غير الاب والجد يلحقه التهمة فلم يقبل قوله من غير بينة بخلاف الاب والجد (والثاني) ذكر القاضى أبو الطيب في المجرى انه يقبل قولهما من غير بينة، كالأب والجد. قال ابن الصباغ: وهذا له عندي وجه لانه إذا جاز لهما التجارة في ماله فيبيعان ويشتريان، ولا يعترض الحاكم عليهما جاز أيضا في العقار، فإن بلغ الصبى وادعى أن الاب أو الجد باع عليه عقاره من غير غبطة ولا حاجة، فإن أقام بينة على ما ادعاه حكم له به، وإن لم تقم بينة فالقول قول الاب أو الجد مع يمينه. وإن باع غير الاب والجد عليه كالوصي وأمين الحاكم، فلما بلغ ادعى أنه باع عليه من غير بينة، لان التهمة تلحقه، وبهذا لا يجوز له أن يشتري مال الولي عليه من نفسه فلم يقبل قوله من غير بينة، بخلاف الاب والجد (فرع) وإن بيع شقص في شركة الصبى، فإن كان للصبى حظ في الاخذ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقارا، أخذ له بالشفعة، وإن كان الحظ له بالترك بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به، أو كان ذلك في موضع قد أشرف على الهلاك، أو بيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة، فإن أخذ له الولي في موضع يرى له الحظ في الاخذ، فبلغ الصبى وأراد أن يرد ما أخذ له الولي لم يملك ذلك، لان ما فعله الولي مما فيه الحظ لا يملك الصبى بعد بلوغه رده، وإن ترك الولي الاخذ له في موضع رأى الحظ له في الترك فأراد الصبى بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان: من أصحابنا من قال له ذلك، لانه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ وفيما لا حظ له، والمنصوص أنه ليس له ذلك، لان الولي قد اختار الترك بحسن نظره، فلم يكن له نقض ذلك، كما لو أخذ له - والحظ في الاخذ -

[351]

فإنه لا يملك الصبى بعد البلوغ الرد، فإن ادعى بعد البلوغ أن الولي أخذ - والحظ في الترك - أو الترك والحظ في الاخذ، فإن أقام بينة على ذلك حكم له به وإن لم يقم بينة فإن كان الولي أبا أو جدا. فالقول قولهما مع يمينهما، وإن كان غيرهما من الأولياء لم يقبل قوله من غير بينة، كما ذكرنا من الفرق قبل هذا والله تعالى أعلم. قال علي بن عبد الكافي السبكي في فتاويه: ومن مصالح الصبى أن الولي يصونه عن أكل ما فيه شبهة وعن أن يخلط ماله به، ويحرص على إطعامه الحلال المحض وعلى أن يكون ماله كله منه، وهي مصلحة أخروية ودينية، أما أخروية فظاهر لانه وإن لم يكن مكلفا لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزكى عند الله وأعلى درجة في الآخرة من غيره. وأما دنيوية، فإن الجسد الناشئ على الحلال ينشأ على خير، فيحصل له مصالح الدنيا والآخرة. وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له في القليل الحلال فيكفيه ويرزقه من حيث لا يحتسب، فهذه المصالح محققة، والفائدة الدنيوية التي يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة، فتعارضت مصليحتان أخروية ودينية، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا، فكان الاحوط والاصح للينيم ترك هذه المعاملة، فقد يقال يكون المستحب تركها، وقد يزداد فيقال يجب تركها لقوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن " فالاحسن في الدنيا والآخرة حلال قطعاً، وغير الاحسن فيهما يمنع قطعاً، والاحسن في الآخرة دون الدنيا إذا راعينا مصلحة الآخرة وقدمناها على الدنيا صار أحسن من الآخرة فهو أحسن مطلقاً، فإن تيسر متجر ابتغى فعله، وإلا فلا يكلف الله نفساً الا وسعها، ويأكل ماله خير من أن يأكله غيره، والله أعلم اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة، فإن كانت السلعة تساوى مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لانه باع بدون الثمن، وإن

باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لانه غرر بالمال،
فان

[352]

باع بمائة نقدا وعشرين مؤجلا وأخذ بالعشرين رهنا جاز لانه لو باعها بمائة
نقدا جاز فلان يجوز وقد زاده عشرين أولى، وان باعها بمائة وعشرين
نسيئة وأخذ بها رهنا ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه أخرج ماله من غير
عوض. (والثاني) يجوز، وهو ظاهر النص. وقول أبي اسحاق لانه باع بربح
واستوثق بالرهن فجاز (فصل) ولا يكاتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة لانه
يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالعق من غير عوض (الشرح)
الأحكام: ينبغى أن لا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة أي راحة نفس، فان
كانت له سلعة يريد بيعها، وهي تساوي مائة نقدا، أو مائة وعشرين نسيئة،
فان باعها بمائة نسيئة لم يصح بيعها، سواء أخذ بها رهنا أو لم يأخذ، لان
ذلك دون ثمن المثل، فان باعها بمائة نقدا وعشرين نسيئة وأخذ بالعشرين
رهنا جاز، لانه قد زاد خيرا ووثيقة وان باعها بمائة وعشرين نسيئة ولم
يأخذ بها رهنا لم يجر، لانه غرر بما له. وان باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ
بالجميع رهنا ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز، لان في ذلك تغريرا بالمال
وقد يتلف الرهن (والثاني) يصح. وهو قول أبي اسحاق وأكثر أصحابنا، لانه
مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه الا ذلك، فعلى هذا يشترط أن يكون
المشتري ثقة مليئا لانه ان لم يكن ثقة ربما رهن مالا يملكه. وإذا لم يكن
مليئا فربما تلف الرهن فلا يمكن استيفاء الحق منه ويشترط أن يكون
الرهن يفي بالدين أو أكثر لانه ربما أفلس أو تلف ما في يده، فإذا لم يمكن
استيفاء الحق من الرهن كان وجود الرهن كعدمه وهل يشترط الاشهاد مع
ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمري (فرع) قال الصيمري: ولا يجوز أن
يشترى له متاعا بالدين ويرهن من ماله لان الدين مضمون والرهن أمانة،
فان فعل كان ضامنا. والله أعلم

[353]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة لان
فيه تغريرا بالمال، ويروى أن المسافر وماله علي قلت، أي على هلاك.
وفيه قول الشاعر: بغاث الطير أكثرها فراخا * وأم الباز مقلات نزور
(فصل) فان دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو
نهب جاز أن يسافر به لان السفر ههنا أحوط (الشرح) قوله " قلت " إذا
قلتها بفتح القاف وسكون اللام كانت النقر في الجبل، وإذا قلتها بفتح
القاف وكسر اللام كانت الهلاك. والمقلنة المهلكة، والمقلات الناقه التي
تضع واحدا ثم لا تحمل، والبيت للعباس بن مرداس. وأخذ على المصنف
رحمه الله تعالى استشهاده بهذا البيت في المعنى الذي أراد، فإن معناه
أن بغاث الطير، وهو طائر دون الرخمة بطئ الطيران، وهو طير لا يصيد ولا
يرغب أحد في صيده لحقارة شأنه. ومنه المثل " استنسر البغاث " فيمن
يلبس غير لباسه متظاهرا بالشجاعة وهو جبان، وعليه قول من قال: إن
البغاث بأرضنا يستنسر. أي إن الضعيف يصير بأرضنا قويا تكثر فراخه في
حين أن أم الصقر مقلات نزور. وقوله " نزور " أي قليلة الفراخ جدا،

والمقابلة والمشاكلة بين بغاث الطير في كثرة فراخها، وبين أم الصقر وهي قليلة الفراخ واضحة، وليس فيها معنى أن المقلات هي المهلكة. أما الأحكام: فإنه لا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة، لأن في ذلك تغريبا بالمال وتعريضاً له للهلاك، وقد روى أن المسافر وماله على قلت أي هلاك فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق أو حريق جاز أن يسافر به إلى حيث يأمن عليه، لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو إليه. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة، لأنه يخرج من يده فلم يجز، فإن خاف نهب أو حريق أو غرق، أو أراد سفراً وخاف عليه

[354]

جاز له الإيداع والاقراض، فإن قدر على الإيداع دون الاقراض أودع، ولا يودع إلا ثقة، وإن قدر على الاقراض دون الإيداع أقرضه، ولا يقرضه إلا ثقة مليئاً، لأن غير الثقة يحدد، وغير المليئ لا يمكن أخذ البديل منه، فإن أقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ وإن قدر على الإيداع والاقراض فالاقراض أولى، لأن القرض مضمون بالبديل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط، فإن ترك الاقراض وأودع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما، فإذا قدر عليهما تخير بينهما (والثاني) لا يجوز لقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) والاقراض ههنا أحسن فلم يجز تركه، ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة وبرهن ماله عليه لأن في ذلك مصلحة له فجاز (الشرح) إذا خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق ولم يقدر الولي على المسافرة به، أو أراد الولي السفر إلى موضع لا يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مؤنة محجفة جاز أن يودعه أو يقرضه في هذه الأحوال، فإن قدر على الإيداع دون الاقراض أودعه ثقة، وإن قدر على الاقراض دون الإيداع أقرضه ثقة مليئاً وأشهد عليه، لأن غير الثقة يحدد وغير المليئ لا يمكن أخذ المال منه أو بدله إذا تلف، فإن رأى أن المصلحة والحظ في أخذ الرهن أخذه، وإن رأى أن " التي هي أحسن " في ترك الرهن تركه ولم يأخذه بأن يكون الموضع مخوفاً وكان الولي ممن يرى سقوط الحق يتلف الرهن، لأنه لا حظ له في أخذ الرهن مع ذلك. وإن قدر على الاقراض ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهما يجوز فيميز بينهما (والثاني) لا يجوز، لأن الاقراض أحوط له، فإذا نزل الاحط ضمن. (فرع) فأما الاقراض له فيجوز إذا دعت إليه ذلك حاجة للنفقة عليه والكسوة أو النفقة على عقارة المنهدم إذا كان له مال غائب فتوقع قدومه أو ثمرة ينتظرها يفى بذلك، وإن لم يكن له شيء ينتظر فلا حظ له في الاقراض، بل يبيع عليه شيئاً من أصوله ويصرف في نفقته.

[355]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار، لقوله تعالى " والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً " وإن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى " ويستأمنونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخوانكم والله

يعلم المفسد من المصلح " فان بلغ الصبي واختلغا في النفقة فان كان الولي هو الاب أو الجد فالقول قوله وان كان غيرهما ففيه وجهان (أحدهما) يقبل، لان في اقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله (والثاني) لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار. (الشرح) ينبغي أن ينفق عليه ويكسوه من غير إسراف ولا إقتار لقوله تعالى " والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا، وكان بين ذلك قواما " وان كان الصبي مكتسبا - قال أبو إسحاق المروزي: أجبره الولي على اكتساب لنفقته، وحفظ عليه ماله، لان ذلك أحظ له. (فرع) فإذا رأى الولي أن الحظ للمولى عليه يخلط مع نفقته مع نفقته، بأن كان إذا خلط دقيقه بدقيقه كان أرفق به في المؤنة وأكثر له في الخبز، جاز له الخلط، لما روي أنه لما نزل قوله تعالى " ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا، وسيصلون سعيرا " تجنب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اليتامى وأفردوهم عنهم، فنزل قوله تعالى " وان تخالطوهم فأخوانكم، والله يعلم المفسد من المصلح، ولو شاء الله لاعتكم " أي لصيق عليكم، لان العنت الصيق وإن كانت الفائدة والمصلحة في إفراده لم تجز الخلطة لقوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ". (فرع) فإن بلغ الصبي واختلف هو والولي في قدر نفقته، فإن كان الولي أبا أو جدا، فان ادعى أنه أنفق عليه زيادة على المنفعة بالمعروف لزمهما ضمان تلك الزيادة، لانه مفرط، وان ادعى النفقة بالمعروف فالقول قولهما مع إيمانها لانهما غير متهمين.

[356]

وإن كان الولي غيرهما كالوصي وأمين الحاكم، وادعى النفقة بالمعروف، فهل يقبل قولهما من غير بينة؟ فيه وجهان. أحدهما لا يقبل قولهما من غير بينة، كما لا يقبل ذلك منهما في دعوى بيع العقار. والثاني: يقبل قولهما مع إيمانها. قال ابن الصباغ: وهو الأصح لان إقامة البينة على ذلك تتعذر بخلاف البيع فإنه لا يتعذر عليه إقامة البينة عليه (قلت) ويجب على الولي إذا كان في البلد نظام يسود فيه التوثيق والتسجيل، وكان من السهل على الولي أن يحمل للنفقات والابتياغات للصبي فواتير ومستندات صادرة من جهات الشراء (قلت) يجب عليه أن يتبع ابتياعاته وثائقها الدالة عليها حتى لا يختلط ماله بمال الصبي ولا ينسى شيئا يكون قد انفق عليه أو يترك لذاكرته أمر استحضر ما اشتراه له فيضرب في عمايات الجراف، فيقرب مال اليتيم بغير التي هي أحسن. وقوله تعالى " الا بالتي هي أحسن " تفضى - ولا شك - إلى اتباع النظام على أحسن صورته، وأدق وسائله وأضبط أسبابه، ومن ثم تكون الآية نصا في الاخذ بنظام الوثائق المكتوبة، لانها هي الاحسن. والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أبا أو جدا جاز ذلك، لانهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهم، وان كان غيرهما لن يجز لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم ولانه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه. (الشرح) حديث لا يشتري الوصي من مال اليتيم " لفظه في سنن الدارمي من قول مكحول: حدثنا محمد بن المبارك ثنا يحيى بن حمزة عن ابن وهب عن مكحول قال: أمر الوصي جاز في كل شيء الا في الابتياغ، وإذا باع ببعاء لم يقبل قال الدارمي: وهو رأى يحيى بن حمزة. أما الاحكام: فانه يجوز للاب والجد أن يبيعا مالهما من الصبي ويشتريا ماله لانفسهما إذا رآيا الحظ في ذلك، لانهما لا يتهمان في ذلك. قال الصيمري فيحتاج

أن يقول: قد اشتريت هذا لنفسي من ابني بكذا، وبعث ذلك عليه، فيجمع بين لفظ البيع والشراء، قال: وغلط بعض أصحابنا وقال: تكفيه النية في ذلك من غير قول، لأنه لا يخاطب نفسه. قال العمراني: وليس بشئ، لانا قد أقمناه مقام المشتري في لفظ الشراء، ومقام البائع في لفظ البيع، ولو احتاج إلى قرض فأقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهنا، قال الصيمري: فيه وجهان، الأصح: أنه يجوز إلا أن يكون أقرضه متطوعا ثم أحب أن يأخذ بعد ذلك منه رهنا، فلا يكون له. وأما غير الأب والجد من الأولياء، كالوصي وأمين الحاكم (الحارس) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبي، ويتولى هو وحده طرفي العقد، ولا يجوز أن يشتري ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر " لا يشتري الوصي من مال اليتيم " ولأن غير الأب والجد يتهم في ذلك فلم يجر. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنيا لم يجر، لقوله تعالى " ومن كان غنيا فليستعفف، وإن كان فقيرا جاز أن يأكل، لقوله تعالى " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " وهل يضمن البدل؟ فيه قولان. (أحدهما) لا يضمن، لأنه أجز له الأكل بحق الولاية فلم يضمنه. كالرزق الذي يأكله الامام من أموال المسلمين (والثاني) أنه يضمن، لأنه مال لغيره أجز له أكله للحاجة، فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره. (الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قوله تعالى " ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " أنها نزلت في ولي اليتيم إذا كان فقيرا أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف وفى لفظ " أنزلت في والى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله إن فقيرا أكل منه بالمعروف " متفق عليه. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: انى فقير ليس لى شئ، ولى يتيم فقال: كل من مال يتيمك غير مسرف

ولا مبادر ولا متأمل " رواه البخاري ومسلم وأحمد في مسنده والنسائي وأبو داود وسكت عنه أبو داود. وقال ابن حجر في الفتح: إسناده قوى واختلف الجمهور في الأكل بالمعروف ما هو؟ فقال قوم هو القرض إذا احتاج ويقضى إذا أيسر، قاله عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشعبي ومجاهد وأبو العالية، وهو قول الأوزاعي. ولا يتسلف أكثر من حاجته قال عمر رضى الله عنه: ألا إنى أنزلت نفسي من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم، إن استغنيت استعفت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف. فإذا أيسرت قضيت. روى عبد الله بن المبارك عن عاصم الاحول عن أبي العالية " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " قال قرضا، ثم تلا قوله تعالى " فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم " وقول ثان: روى عن ابراهيم وعطاء والحسن البصري والنخعي وقتادة لا قضاء على الوصي الفقير فيما يأكل. لأن ذلك حق النظر. قال القرطبي وعليه الفقهاء. قال الحسن هو طعمة من الله له وذلك أنه يأكل ما يسد جوعه ويكسى عورته، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الحلل، وقال زيد بن أسلم: إن الرخصة في هذه الآية منسوخة بقوله تعالى " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا " وذهب أبو يوسف إلى أنها منسوخة بقوله تعالى

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهذا ليس بتجارة، ويقول أبى يوسف قال من قبله مجاهد، ومن بعده الكيا الطبري. وعليه إذا أراد الولي أن يأكل من مال الصبي أو المولى عليه، فإن كان الولي غنيا لم يجز له أن يأكل منه، وإن كان فقيرا وقد انقطع عن أي عمل إلا على مال المولى عليه، وليس له مورد للكسب لنفسه، فقد قال الشافعي رضى الله عنه: فله أن يأخذ من ماله أقل الامرين من كفايته. أو أجره عمله. لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) إلى قوله تعالى (ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا، ومن كان غنيا فليستعفف، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف)

[359]

فمعنى قوله تعالى: بدارا أن يكبروا. أي لا تأكلوا أموال اليتامى مبادرة لئلا يكبروا فيأخذوها. ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة. هكذا ذكر عامة أصحابنا وذكر المصنف أنه إذا كان فقيرا جاز له أن يأكل - من غير تفصيل - ولعله أراد بإطلاقه ما ذكر غيره. وهل يضمن الولي ما أكله بالبدل؟ قال العمراني في البيان، فيه وجهان. أحدهما يجب عليه ضمانه في ذمته، والثاني لا يجب لأن الله أباح له الأكل ولم يوجب الضمان. ولأن ذلك استحققه بعمله في ماله فلم يلزمه رد بدله كالمستاجر. والله أعلم قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد، لقوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح، فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة، وهى الانزال والسن والانبات. وإثنان تختص بهما المرأة، وهما الحيض والحبل فأما الانزال فهو إنزال المنى، فمتى أنزل صار بالغاً، والدليل عليه قوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام، فدل على أنه بلوغ. وروى عطية القرظى قال: عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن قريظة، فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل، فلو لم يكن بالغاً لما قتل. وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة. والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه قال " عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشر سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فرأني بلغت فأجازني وأما الانبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة، وهو بلوغ في حق الكافر، والدليل عليه ما روى عطية القرظى قال " كنت فيمن حكم فيهم سعد ابن معاذ رضى الله عنه فشكوا في أمن الذرية أنا أم من المقاتلة؟ فقال رسول الله

[360]

صلى الله عليه وسلم انظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت، فجعلوني في الذرية ولم أقتل. وهل هو بلوغ في نفسه؟ أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه بلوغ، فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كالاختلام والسن (والثاني) أنه دلالة على البلوغ، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه دلالة لما روى محمد

بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شيب (1) بامرأة في شعره، فرفع إلى عمر رضى الله عنه فلم يجده أنبت. فقال لو أنبت الشعر لحددتك. (والثاني) أنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص، لان المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فجعل ذلك دلالة في حقهم، ولان الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية، ووجوب القتل، فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالاحكام فلا يؤمن أن يداوى العانة بما ينبت الشعر، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه فأما الحيض فهو بلوغ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما " ان المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا " وأشار إلى الوجه والكف، فعلق وجوب السنن بالمحيض وذلك تكليف، فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف. وأما الحبل فهو دليل على البلوغ، فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ، لان الحبل لا يكون إلا بإنزال الماء، فدل على البلوغ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل

(1) شيب بامرأة في شعره، التشيب النسب، يقال هو يشيب بها أي يذكرها في شعره. واشتقاق التشيب من وجهين (أحدهما) من الشبية وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية. والآخر أن يكون من الجلاء، يقال شب وجه الجارية إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه

[361]

الوضع بسنة أشهر، لان ذلك أقل مدة الوضع، وان كانت مطلقة وأنت بولد يلحق الزوج، حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق وإن كان خنثى فخرج المنى من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد، فإن خرج المنى من الذكر، والدم من الفرج فقد بلغ، لانه إن كان رجلا فقد أمنى، وإن كان امرأة فقد حاضت. (الشرح) قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح) أي الحلم، لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء. ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء، واثنان يختصان بالنساء، وهما الحيض والحبل. فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ. وأن الفرائض والاحكام تجب بهما. واختلفوا في الثلاث، فأما الانبات والسن فقال الاوزاعي والشافعي وابن حنبل: خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم، وهو قول ابن وهب وأصعب وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة. واختاره ابن العربي في أحكام القرآن، وتجب الحدود والفرائض عندهم على من بلغ هذه السن. واحتجوا بحديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الاربعة إذ عرض يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فاجيز، ولم يجز يوم أحد، لانه كان ابن أربع عشرة سنة. قال أبو عمر بن البر: هذا فيمن عرف مولده. وأما من جهل مولده وعدم سنه أو جده فالعمل فيه بما روى نافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الاجناد " ألا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسى. وقال عثمان رضى الله عنه في غلام سرق " انظروا ان كان قد اخضر مبرزه فاقطعوه " وقال عطية القرظى " عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ، ومن لم ينبت منهم استحياه، فكنيت فيمن لم ينبت فتركني " رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه،

وقال مالك مرة: بلوغه يغلظ صوته وتنشق أرنبته، وعن أبي حنيفة رواية أخرى تسع عشرة وهي الأشهر، وقال في الجارية: بلوغها لسبع عشرة سنة وعليها النظر. وقال داود الظاهري لا يبلغ بالسن ما لم يحتلم، ولو بلغ أربعين سنة، فأما الانبات فمنهم من قال: يستدل به على البلوغ، روى عن ابن القاسم وسالم، وقاله مالك مرة، والشافعي في أحد قوليه، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور. وقيل: هو بلوغ إلا أن يحكم به في الكفار فيقتل من أنبت، ويجعل من لم ينبت في الذراري، قاله الشافعي في القول الآخر لحديث عطية القرظي، ولا اعتبار في الخضرة والزغب، وإنما يترتب الحكم على الشعر. وقال مالك: العمل عندي على حديث عمر بن الخطاب لو جرت عليه المواسي لحدته، قال أصبغ. قال لى ابن القاسم: وأحب إلى أن لا يقام عليه الحد إلا باجتماع الانبات والبلوغ. قال ابن العربي: إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلاً في السن فكل عدد يذكرونه من السنين فانه دعوى، والسن التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من سن لم يعتبرها، ولا قام في الشرع دليل عليها، وكذلك اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الانبات في بنى قريظة، فمن عذيري ممن ترك أمرين اعتبرهما النبي صلى الله عليه وسلم فيتأوله، ويعتبر ما لم يعتبره النبي صلى الله عليه وسلم لفظاً، ولا جعل الله له في الشريعة نظراً على أن ابن العربي تبعاً لامير المؤمنين عمر بن عبد العزيز تأول حديث ابن عمر في الانفال، وأن موجه الفرق بين من يطبق القتال ويسهم له وهو ابن خمس عشرة سنة ومن لا يطبقه، فلا يسهم له فيجعل في العيال، وهو الذي فهمه عمر بن عبد العزيز من الحديث والله تعالى أعلم. قال العمراني في البيان: فأما الانزال فمتى خرج منه المنى وهو الماء الأبيض الدافق الذي يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ لقوله تعالى " وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا " فلما أمر الاطفال بالاستئذان إذا احتلموا دل على أنهم قد بلغوا لانهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون. وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " رفع القلم عن ثلاثه، عن النائم حتى

يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يحتلم " رواه أحمد في مسنده، وأبو داود في سننه والحاكم عن علي وعمر رضى الله عنهما. وهل يكون الاحتلام بلوغاً من الصبية، فيه وجهان (أحدهما) لا يكون بلوغاً لقوله صلى الله عليه وسلم " وعن الصبي حتى يحتلم " فخص الصبي بالاحتلام، (والثاني) وهو طريقة أصحابنا البغداديين أنه بلوغ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها قالت، سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقالت عائشة رضى الله عنها فضحت النساء، أو يكون ذلك؟ فقال صلى الله عليه وسلم. فيم يشبهها ولدها؟ وفي رواية " فيم الشبه " ثم قال صلى الله عليه وسلم " إذا رأت ذلك فلتغتسل " رواه الجماعة فأمرها بالاغتسال، فثبت أنها مكلفة، وأما السن فهو أن يستكمل الرجل والمرأة خمس عشرة سنة. وحكى المسعودي وجهاً لبعض أصحابنا أن البلوغ يحصل بالطعن في أول سنة الخمس عشرة، والاول أصح، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله، وقال أبو

حنيفة لا يبلغ الغلام إلا بتسع عشرة سنة وهى رواية محمد رضى الله عنه
وفى رواية الحسن اللؤلؤي عنه إذا بلغ ثمانى عشرة سنة. أما الجارية فتبلغ
إذا بلغت تسع عشرة سنة. وقال مالك كقول داود. ليس للبلوغ حد في
السن. دليلنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما. عرضت على رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني وعرضت
عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى في المقاتلة. ولا يجاز
في المقاتلة إلا بالغ، فدل على ما قلناه، وروى أنس رضى الله عنه أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال. إذا استكمل الغلام خمس عشرة سنة كتب
ماله وما عليه، وأخذت منه الحدود، رواه البيهقي، قال في التلخيص وسنده
ضعيف وأما الانبات فهو انبات الشعر القوي الذي يحتاج إلى الموسيقى، لا
الرغب الاصغر حول العانة وحول الفرج، ولا يختلف المذهب أنه إذا ثبت ذلك
للكافر حكم ببلوغه، وهل هو بلوغ فيه، أو لا دلالة له على البلوغ، فيه
قولان.

[364]

(أحدهما) أنه بلوغ في نفسه، لان ما حكم به بالبلوغ كان بلوغا بنفسه
كالاحتلام (والثانى) أنه ليس ببلوغ في نفسه، وإنما دلالة على البلوغ، لان
العادة جرت أنه لا يظهر إلا في وقت البلوغ، فإذا قلنا إنه بلوغ في حق
الكافر كان بلوغا في حق المسلم، لان ما كان بلوغا في حق الكافر كان
كذلك في حق المسلم كالاختلام، وإذا قلنا: إنه ليس ببلوغ في حق الكافر
وإنما هو دلالة على البلوغ فهل يجعل ذلك دلالة في حق المسلم، منهم من
قال: فيه وجهان، ومنهم من قال فيه قولان. (أحدهما) أنه دلالة على
بلوغه، لان ما كان دلالة على البلوغ في حق الكافر كان دلالة وعلمًا على
البلوغ في حق المسلم كالحمل. (والثانى) أنه لا يكون دلالة على البلوغ عند
المسلم، لانه يمكن الرجوع إلى معرفة سن المسلم، لانه مولود بين
المسلمين، ولا يمكن ذلك في سن الكافر هكذا قال صاحب البيان. قلت
وهو دليل على أن النظام عند المسلمين في عنقوان مجدهم جعلهم
يؤرخون لمواليدهم في زمن كانت تسود العالم الفوضى والعشوائية حتى
في تحديد سن الذرية بين غير المسلمين فمتى يعود المسلمون إلى سابق
مجدهم فيسبقوا أمم الارض بنظامهم وعلومهم وقوتهم وإيمانهم، وتلك
لعمرى عمد المجد الذي تدين الدنيا لهم به، فاللهم بصرنا وافتح قلوبنا
للايمان. وقال أبو حنيفة: الانبات لا يكون بلوغا ولا دلالة على البلوغ في
حق المسلم والكافر. دليلنا ما روى عطية السوفى أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم حكم سعد بن معاذ رضى الله عنه في بنى قريظة فحكم بسبي
ذرائعهم ونسائهم، وقسم أموالهم. وقتل من جرت عليه الموسيقى. فأمر أن
يكشف عن مؤثريرهم فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو
من الذراري: فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لقد حكمت فيهم
بحكم الله من فوق سبعة أرقعة. قال الصيمري: وكيف يعرف الانبات، قيل:
يدفع إليهم شمع أو طين رطب

[365]

يلزقونه الموضع، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم. وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح، لان سعدا رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة. وأما خصرة الشارب، ونزول العارضين، ونبات اللحية، وخشونة الحلق، وقوة الكلام، وانفراج مقدم الانف، ونهود الثدي فليس شئ من ذلك بلوغا لانه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه. وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض إلا بخمار، فجعلها مكلفة بوجود الحيض، فدل على أنه بلوغ، وأما الحمل فإنه ليس بلوغ في نفسه، وإنما هو دلالة على البلوغ، فإذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المنى لقوله تعالى " خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب " فإذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة اشهر، إن كانت ذات زوج، لان ذلك قدر مدة الحمل عندنا، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق. وأما الغلام الذى شيب في شعره فهو عمر بن أبى ربيعة وكانت له جولات في الغزل على عهد عمر ومن بعده. (فرع) وأما الخنثى المشكل فإذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عاتقه حكم ببلوغه، لانه يستوى في ذلك الرجل والمرأة، فان حمل زال إشكاله، وبان أنه امرأة، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع، وان خرج المنى منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا. وهذا عضو زائد، وان خرج منه المنى من الفرجين حكم ببلوغه. لان خروج المنى من فروج الرجال والنساء بلوغ. قال الشافعي رضى الله عنه: وان حاض وأمنى لم يبلغ واختلف أصحابنا فيه فقال الصيمري: إذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه. وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا يحكم ببلوغه، لانه ان كان رجلا فقد احتلم. وان كانت امرأة فقد حاضت، وما ذكره

[366]

الشافعي رضى الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد أمنى وحاض من فرج واحد (والثانى) أراد حاض وأمنى. فان قيل: هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجين، دليلا على بلوغه؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتاد، والأمنى قد يخرج من المعتاد وغيره. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فأما ايناس الرشد فهو اصلاح الدين والمال فاصلاح الدين ان لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة واصلاح المال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة ان كان تاجرا أو تناء ان كان تائنا (1) أو اصلاح أمر البيت ان كانت امرأة. واختلف أصحابنا في وقت الاختيار فمنهم من قال لا يختبر في التجارة الا بعد البلوغ لان قبل البلوغ يصح تصرفه، فلا يصح اختياره، ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح " فأمر باختيار اليتامى وهم الصغار فعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان (أحدهما) أنه يسلم إليه المال فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي لان عقد الصبي لا يصح (والثانى) أنه يتركه حتى يعقد لان هذا موضع ضرورة. (فصل) وان بلغ مبذرا (2) استديم الحجر عليه لان الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا، وان بلغ مصلحا للمال فاسقا في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى " فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " والفاسق لم يؤنس منه الرشد ولان حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لانه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل

شهادته، وان كان معروفا بالصدق لانا لا نأمن أن يدعو الفسق إلى الكذب
وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الاب والجد

(1) قوله " أو تناء ان كان تائنا " التنا الزراعة والتائ الزارع (2) المبرذ الذي يخرج المال في
غير وجهه وأصله التفريق، ومنه البذر في الزراعة لانه يفرق.

[367]

والوصى والحاكم لانه حجر ثبت من غير قضاء، فكان النظر إلى من ذكرنا
كالحجر على الصبي والمجنون. (الشرح) قوله " أنستم " مر بك بعض معانيه.
وقال الازهرى: تقول العرب: اذهب فاستأنس هل ترى أحدا معناه تبصر.
قال النابغة: كأن رحلى وقد زال النهار بنا * يوم الجليل على مستأنس وحد
أراد ثورا وحشيا يتبصر هل يرى قانصا فيحذره، وقيل أنست وأحسست
ووجدت بمعنى واحد، وقراءة العامة " رشدا " بضم الراء وسكون الشين.
وقرأ السلمى وعيسى الثقفى وابن مسعود " رشدا " بفتح الراء والشين،
وقيل رشدا مصدر رشد وبابه سما يسمو، ورشدا بفتح الشين مصدر رشد.
وبابه علم. وكذلك الرشاد. واختلف العلماء في تأويل " رشدا " فقال
الحسن وقتادة وغيرهما صلاحا في الدين والعقل. وقال ابن عباس
والسدى والثوري صلاحا في العقل وحفظ المال قال سعيد بن جبير
والشعبى: إن الرجل ليأخذ بلحبه وما بلغ رشده، فلا يدفع إلى اليتيم ماله
وإن كان شيئا حتى يؤنس منه رشده. وقال مجاهد " رشدا " يعنى في
العقل خاصة، وقال الضحاك لا يعطى اليتيم ماله وإن بلغ مائة سنة حتى
يعلم منه إصلاح ماله. وأكثر العلماء على أن الرشدا لا يكون إلا بعد البلوغ،
وإذا لم يرشد بعد بلوغ الحلم. وان شاخ لا يزول الحجر عنه. وهو مذهب
مالك. وقال أبو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال، ولو كان
أفسق الناس وأشدهم تبييرا إذا كان عاقلا. وبه قال زفر بن الهذيل. وهو
مذهب النخعي. واحتجوا في ذلك بما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ
كان يبتاع وفى عقله ضعف. فقيل يا رسول الله احجر عليه فإنه يبتاع وفى
عقله ضعف، فاستدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع " فقال
فقال لا أصبر " فقال " إذا بايعت فقل لا خلاية. ولك الخيار ثلاثا " قالوا:
فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان من تصرفه من الغبن ولم يفعل

[368]

عليه السلام، ثبت أن الحجر لا يجوز، وهذا لا حجة لهم فيه، لانه مخصوص
بذلك على أوجه ساقها شيخنا النووي في أول البيوع قال الامام الشافعي
رضى الله عنه " ان كان مفسدا لماله ودينه، أو كان مفسدا لماله دون دينه
حجر عليه " وإن كان مفسدا لدينه مصلحا لما له فعلى وجهين. (أحدهما)
وهو اختيار أبى العباس بن سريج " يحجر عليه " (والثانى لا حجر عليه، وهو
اختيار أبى إسحاق المروزي، والاطهر من مذهب الشافعي، قال الثعلبي
وهذا الذى ذكرناه من الحجر على السفهيه قول عثمان وعلى والزبير
وعائشة وابن عباس، وعبد الله بن جعفر رضوان الله عليهم ومن التابعين

شريح، وبه قال الفقهاء مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام وأبو يوسف، ومحمد وأحمد وإسحاق وأبو ثور. قال الثعلبي: وأدعى أصحابنا الأجماع في هذه المسألة. قال صاحب البيان: وأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال، فأصلاح الدين يكون بأن لا يرتكب من المعاصي ما ترد به شهادته، وإصلاح المال أن لا يكون مبدرا، وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى: إذا بلغ الرجل مصلحا لماله دفع إليه ماله، وإن كان مفسدا لدينه. اه دليلنا قول الله تعالى (فإن أنستم منهم رشدا) قال ابن عباس: الرشد الحلم والعقل والوقار، والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحا لماله ودينه، وهكذا قال الحسن البصري، ولأن إفساده لدينه يمنع رشده، والثقة في حفظ ماله، كما أن الفسق يسقط عدالته، ويمنع من قبول قوله وإن عرف عنه الصدق في القول إذا ثبت هذا، فبلغ غير مصلح لماله ولدينه، فإنه يستدام عليه الحجر، وإن صار شيئا. وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة " إذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع إليه، لكن إن تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع إليه ماله، وإن كان مفسدا لدينه وماله. لانه قد أن له أن يصير جدا لانه قد بلغ بائنتى عشرة سنة فيتزوج ويولد له ولد ويبلغ ولده الاثنى عشرة سنة ويولد له. قال وأنا أستحيى أن أمنع الجد ماله.

[369]

دليلنا قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) وقد بينا الرشد ما هو، وهذا لم يؤنس منه الرشد فلم يفك عنه الحجر ولم يدفع إليه ماله، كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة. وأما قوله إنه أن له أن يصير جدا فلا اعتبار بكونه جدا، ألا ترى أن المجنون يستدام عليه الحجر مادام مجنونا، وإن كان جدا، إذا ثبت هذا فإنه ينظر في ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ، لانه حجر ثبت عليه من غير حاكم فكان إلى الناظر فيه قبل البلوغ، كالنظر في مال الصغير (فرع) وأما إصلاح المال فلا يعلم إلا بالاختبار، وفي وقت الاختبار وجهان (أحدهما) لا يصح إلا بعد البلوغ، لان الاختبار أن يدفع إليه المال لبيع ويشترى فيه وينفقه. وهذا لا يصح إلا بعد البلوغ، فأما قبل هذا فهو محجور عليه للصغير والثاني يصح لقوله تعالى (وابتلوا البتامة الخ) وهذا يقتضى أن يكون الاختبار قبل بلوغ النكاح ولان تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدي إلى الحجر على رشيد، لانه قد يبلغ مصلحا لماله ودينه، فلو قلنا: إن الاختبار لا يجوز إلا بعد البلوغ لاستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله، لانه لا يدفع إليه إلا بعد الاختبار فإذا قلنا بهذا فكيف يختبر بالبيع والشراء؟ فيه ثلاثة أوجه: (أحدها) يأمره الولي أن يساوم في السلع ويقدر الثمن، وليس العقد، لان عقد الصبى لا يصح، ولكن يعقد الولي، ومنهم من قال يشتري الولي سلعة ويدعها بيد البائع ويواطؤه على بيعها من الصبى، فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده. ومنهم من قال يجوز عقد الصبى لانه موضع ضرورة. وأما كيفية الاختبار فإن كان من أولاد التجار وأصحاب المهن الذين يخرجون إلى السوق، فاختباره أن يدفع إليه شئ من ماله لبيع ويشترى في السوق، أو تترك له مناسبة يباشر فيها مهنة أبيه مستقلا تحت نظر الولي وإشرافه، فإن كان ضابطا جازما في البيع والشراء والحرفة دل على رشده، وإن عيى عما لا يتغابن الناس بمثله فهو غير رشيد.

وان كان من أولاد الحكام وأبناء الذين يصابون عن الاسواق قال الشيخ أبو حامد: فاختبارهم أصعب من الاول، واختبار الواحد منهم أن يدفع إليه شيء من المال ويجعل إليه نفقة الاسرة مدة شهر مثلا أو ما أشبه ذلك، لشراء متطلبات الدار واحتياجاتها، فان كان ضابطا حافظا يحسن انفاق ذلك علم رشده، وان كان غير ضابط لم يعلم رشده، أو كما قال. قال الصيدلاني: وولد البناء يختبر بالدراعة. هذا إذا كان المختبر غلاما، فان كان امرأة قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ لا تختبر بالبيع والشراء، لان العادة جرت أنها لا تباشر ذلك، وانما تختبر في البيت بأن يدفع إليها شيء من المال ويتولى نساء ثقات الاشراف على فعلها، وتؤمر بانفاق ذلك في الخبز والملح واللحم والخضر والوقود واصلاح أدوات المطبخ وصيانة أثاث البيت، وما إلى ذلك، أو كما قال. قال الصيمري: ان كانت متبذلة تعامل الخبز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء. وقال الصيمري: ولا يعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكرار الذي يؤمن أن يكون ذلك اتفاقا (مصادفة) قال الشافعي في الام: وقد رأيت من الحكام من أمر باختبار من لا يوثق بحاله تلك الثقة بأن يدفع إليه القليل من ماله، فان أصلح فيه دفع إليه ما بقى، وإن أفسد فيه كان الفساد في القليل أيسر منه في الكل، ورأينا هذا وجها من الاختبار حسنا. والله أعلم (فرع) فيمن قامت بينة برشده ثم قامت بينة أخرى بسفغه كتب السيكي على بن عبد الكافي رحمه الله تعالى ردا على سؤال من ابنه في امرأة سفيهة تحت الحجر قامت بينة برشدها ثم حضر وصيها فأقام بينة بسفغها، فهل تسمع بينة السفه ويعاد الحجر عليها، واختلف ابنه مع غيره من الفقهاء، فقال على رحمه الله أما كون بينة السفه لا تقبل الا مفسرة فينبغي ذلك. لان الناس مختلفون في أسباب السفه والرشد، فمن الناس من يرى صرف المال إلى الطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله سفها، والصحيح أنه ليس بسفه، ولكن صرفها في الحرام سفه

ومن الناس من يرى أن الصبي إذا بلغ وهو يفرط في إنفاق المال في وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيها لذلك، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيها. ومن الناس من يرى أن الرشد هو الصلاح في المال فقط. وعندنا ليس كذلك، بل لا بد من الصلاح في الدين والمال، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء ومن السفه ما يكون طارئا ومنه ما يكون مستداما، والشاهد قد يكون عاميا وقد يكون فقيها ويرى سفها ما ليس بسفه عند القاضي. وكذلك الرشد. فكيف تقبل شهادته مطلقا. فينبغي أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سببه، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هي عادة المحاضر التي تكتب بالرشد. وقال الماوردي: إذا أقر الراهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤدي ما سمعاه مشروحا فلو أراد أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بالغين، فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يجز، وكذا إن كانا من أهل الاجتهاد في الاصح، لان الشاهد ناقل، والاجتهاد إلى الحاكم وقال ابن ابي الدم: الذي تلقينه من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الاحكام على أسبابها، بل وظيفته نقل ما سمعه أو شاهده، فهو سفير إلى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه، وقد اختلف أصحابنا في الشهادة بالردة، هل تقبل مطلقا أو لا بد من البيان، والمختار عندي أنه لا بد من البيان وفاقا

للغزالي لاختلاف المذاهب في التكفير، ولجهل كثير من الناس، وإن كان
الرافعي رجع قبولها مطلقة لظهور أسباب للكفر. وهذه العلة لا يأتي مثلها
في السفة والرشد فيترجح أنه لا بد من البيان كالجرح، وليس الرشد
كالتعديل حتى يقبل مطلقاً، نعم هو مثله في الاكتفاء في الاطلاق في
صلاح الدين، والاطلاق في صلاح المال لعسر التفصيل فيه. أما إطلاق
الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفي، وبعد أن أوضح العلامة رحمه
الله تقديم بينة الرشد على بينة السفة مقيدة بالتاريخ قال: وأما إذا قبلناها
مطلقة فالذي بحثه الولد - يعنى ابنه - صحيح. ويشهد له ما قاله الشيخ تقي
الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله في فتاويه في ثلاث مسائل متجاورة
في

[372]

أول كتاب التدليس. إحداها فيمن علم يسار شخص في زمان متقدم هل له
أن يشهد الآن ببساره؟ وهل يسأله الحاكم عن كونه موسراً حال أداء
الشهادة. وعليه الشهادة. كذلك أجاب رضى الله عنه - يعنى ابن الصلاح - أن
له أن يشهد الآن ببساره معتمداً على الاستصحاب، إلا أن يكون قد طرأ ما
أوجب اعتقاده بزواله أو جعله في صورة التشكيك في بقائه وزواله،
والاعتماد في هذا على الاستصحاب السالم عن طارئ فحدثه كالاتتماد
على مثله في الملك ولا يشترط فيه الخبرة الباطنة كما هنالك، وما علل به
ذلك من أنه لا طريق له إلا الاستصحاب في الباطن لا بد له من الاستصحاب
موجود هنا. قال ومما يدل من كلامهم على جريانه في نظائره قولهم في
البينة الناقلة في الدين في مسألة الابنين المسلم والنصراني وفي غيرها
أنها ترجح على المنغية، لأنها اعتمدت على زيادة علم، والآخرى ربما
اعتمدت على الاستصحاب. وهذا تجويز منهم لذلك، وإلا لكان ذلك قد جاء
فيها لا من قبيل الترجيح، بل يكتفى الحاكم بالشهادة أنه موسر، فإنه
يتناوله الحال، فإن أحوجه إلى ذكر الحالة الراهنة فله أن يشهد لذلك
معتمداً على الاستصحاب المذكور، بل لا ينبغي أن يفصح بذلك في
الشهادة، فإنه لا بد من الدين بما شمل الحال الحاضرة. هكذا نقل السبكي
كلام ابن الصلاح. والله أعلم قال المسعودي: ولا يضمن الولي المال الذي
يدفعه إليه للاختبار، لأن ذلك موضع حاجة إليه اه (فرع) إذا بلغت المرأة
مرتبة من الادراك والنصون تجعلها مصلحة لمالها ودينها فك عنها الحجر
ودفع إليها مالها، سواء تزوجت أو لم تتزوج، ثم يكون لها التصرف في
جميع مالها بغير إذن زوجها. وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه. وقال مالك
رضى الله عنه لا يفك عنها الحجر حتى تتزوج ويدخل بها، وإذا تزوجت لم
يجز لها أن تتصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معارضة الابن زوجها دليلنا
ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب في العيد فلما فرغ من
خطبته أتى النساء فوعظهن وقال " تصدقن ولو من حليكن، فتصدقن
بحليهن "

[373]

رواه الشيخان. فلو كان لا ينفذ تصرفهن بغير إذن أزواجهن لما أمرهن
النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة، ولا محالة أنه كان فيهن من لها زوج

ومن لا زوج لها ولو أنها حرة بالغه رشيدة فليس تمنع من مالها كما لو تزوجت قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان بلغ مصلحا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى (فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم. فيه وجهان. (أحدهما لا يفتقر إلى الحاكم، لانه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون. (والثاني) أنه يفتقر إلى الحاكم لانه يحتاج إلى نظر واختبار، فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفه (الشرح) الاحكام: وإذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر، وهل يفتقر فكه إلى الحاكم. فيه وجهان (أحدهما لا يفتقر إلى الحاكم، لانه حجر لم يفتقر ثبوته إلى الحاكم فلم يفتقر فكه إلى الحاكم كالحجر على المجنون، وفيه احتراز من حجر السفه. (والثاني لا يفتقر إلا بحكم الحاكم، لانه يفتقر إلى نظر واجتهاد فافتقر إلى الحاكم كالحجر على السفه. هذا هو المشهور وقال الصيمري: ان كان الناظر في ماله هو الاب أو الجد لم يفتقر إلى الحاكم وان كان الناظر فيه أمين الحاكم (الحارس) لم يفتقر إلا بالحاكم وان كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان (أحدهما لا يفتقر فكه إلى الحاكم، كما لو كان الناظر فيه الاب والجد. (والثاني) يفتقر إلى الحاكم، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم

[374]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن فك عنه الحجر، ثم صار مبدرا حجر عليه، لما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع أرضا سبخة بستين ألفا فقال عثمان ما يسرنى أن تكون لى بنعلى معا، فبلغ ذلك عليا كرم الله وجهه، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير، وذكر أن عليا يريد أن يسأل عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكك فجاء على إلى عثمان رضى الله عنهما وسأله أن يحجر عليه، فقال: كيف أحجر على من شريكه الزبير فدل على جواز الحجر ولان كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ، كالجنون. فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقا ففيه وجهان. قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر، لانه معنى يقتضى الحجر، عند البلوغ، فاقضى الحجر بعده كالتبذير. وقال أبو إسحاق لا يعاد عليه الحجر، لان الحجر للفسق لخوف التبذير، وتبذير الفاسق ليس بيقين، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال، ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم، لان عليا كرم الله وجهه أتى عثمان رضى الله عنه وسأله أن حجر على عبد الله بن جعفر، ولان العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر، فإن العين قد يكون تبذيرا، وقد يكون غير تبذير، ولان الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم، فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم، لانه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس. ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله، فان أقرضه رجل مالا أو باع منه مناعا لم يملكه، لانه محجور عليه لعدم الرشده، فلم يملك بالبيع والقرض كالصبي والمجنون، فإن كانت العين باقية ردت. وان كانت تالفة لم يجب ضمانها. لان المالك ان علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع وان لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار، ودخل في معاملته على غير معرفة.

وان غصب مالا وأتلفه وجب عليه ضمانه، لان حجر العبد والصبي أكد من حجره، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلان لا يمنع حجر المبذر أولى، فإن أودعه مالا فأتلفه، ففيه وجهان. (أحدهما) أنه لا يجب ضمانه، لانه فرط في التسليم إليه. (والثاني) يجب ضمانه، لانه لم يرض بالاتلاف. فان أقر بمال لم يقبل اقراره لانه حجر عليه لحظه فلا يصح اقراره بالمال كالصبي، ولانا لو قلنا يصح اقراره توصل بالاقرار إلى ابطال معنى الحجر، ومالا يلزمه بالاقرار والابتياح لا يلزمه إذا فك عنه الحجر، لانا أسقطنا حكم الاقرار والابتياح لحفظ المال، فلو قلنا: انه يلزمه إذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال، وان طلق امرأته صح الطلاق، لان الحجر لحفظ المال، والطلاق لا يضيع المال، بل يتوفر المال عليه وان خال جاز، لانه إذا صح الطلاق بغير مال فلان يصح بالمال أولى. ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال فان دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه، فان تلف كان ذلك من ضمانها، وان تزوج من غير اذن الولي فالنكاح باطل لانه يجب به المال فإذا صحنا من غير اذن الولي تزوج من غير حاجة، فيؤدي إلى اتلاف المال، فان تزوج باذنه صح، لان الولي لا يأذن الا في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى اتلاف ماله، فان باع باذنه ففيه وجهان. (أحدهما) يصح، لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح. (والثاني) لا يصح، لان القصد منه المال، وهو محجور عليه في المال، فان حلف انعقدت يمينه، فإذا حثت كفر بالصوم، لانه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه، وكفر بالصوم كالعبد، وان أحرم بالحج صح احرامه لانه من أهل العبادات، فان كان فرضا لم يمنع من اتمامه، ويجب الانفاق عليه إلى أن يفرغ منه لانه مال يحتاج إليه لاداء الغرض فوجب. وان كان تطوعا - فان كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته - لزمه اتمامه، وان كان يزيد على نفقته - فان كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة أمكنه الحج. لزمه اتمامه، وان لم يمكنه حلله الولي من الاحرام، ويصير كالمحصر

ويتحلل بالصوم دون الهدى، لانه محجور عليه في المال، فتحلل بالصوم دون الهدى كالعبد، وإن أقر بنسب ثبت النسب، لانه حق ليس بمال فقبل اقراره به كالحد وينفق على الولد من بيت المال، لان المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من المال كالعبد. وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو. لان القصد منه التشفى ودرك الغيظ، فان عفا على مال وجب المال، وإن عفا مطلقا أو عفا على غير مال - فان قلنا: إن القتل يوجب أحد الامرين من القصاص أو الدية وجبت الدية، ولم يصح عفو عنها. وان قلنا: إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال. (الشرح) قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعي في مسنده عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن أبيه، وأخرجها أيضا البيهقي وقال: يقال ان أبا يوسف تفرد به، وليس كذلك، ثم أخرجها من طريق الزهري المدني القاضي عن هشام نحوه، ورواها أبو عبيدة في كتاب الاموال عن عفان بن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال: قال عثمان لعلى رضى الله عنه ألا تأخذ على يد ابن أخيك - يعنى عبد الله بن جعفر - وتحجر عليه، اشترى سبعة - أي أرضا لا تنبت - بستين ألف درهم ما يسرنى أنها لى ببغلى، وقد ساق القصة البيهقي فقال: اشترى عبد الله

بن جعفر أرضا سبخة فبلغ ذلك عليا رضى الله عنه فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه ف جاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر ذلك له، فقال الزبير: أنا شريكك، فلما سأل على عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر قال: كيف أحر علي من شريكه الزبير وفي رواية للبيهقي أن الثمن ستمائة ألف. وقال الرافعي: الثمن ثلاثون ألفا. قال الحافظ: لعنه من غلط النساخ، والصواب بستين ألفا هـ. (قلت) وقد ورد التصحيف أيضا في قول عثمان رضى الله عنه: ما يسرنى أن تكون لى بىغلى، فوردت بىغلى. ووردت بىغلى. وروى القصة ابن حزم في المحلى فقال: بستين ألفا.

[377]

أما الاحكام فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيئ التصرف، وبه قال على وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن جعفر وشريح وعطاء والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد. قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: والجمهور على جواز الحجر على الكبير وخالف أبو حنيفة وبعض الظاهرية، ووافق أبو يوسف ومحمد. قال الطحاوي ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم وابن سيرين وحكى صاحب البحر عن العترة أنه لا يجوز مطلقا، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز أن يسلم إليه ماله إلا بعد خمس وعشرين سنة ولا يعاد عليه الحجر إذا أسلم إليه ماله بعد خمس وعشرين، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما. قال العمراني في البيان: إذا بلغ الصبي مصلحا لماله ودينه فكف عنه الحجر ودفع إليه ماله ثم صار مفسدا لدينه وماله. أو لماله، فإنه يعاد الحجر عليه بلا خلاف على المذهب. فأما إفساد الدين فمعروف، وأما إفساد المال، قال الشيخ أبو حامد: فيكون بأحد أمرين: إما بأن ينفقه في المعاصي. مثل الزنا وشرب الخمر وغير ذلك. والثانى أن ينفقه فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض، مثل أن يشتري ما يساوى درهما بمائة درهم. فأما إذا أكل الطيبات وليس الناعم من الثياب، وأنفق على الفقهاء والفقراء فهذا ليس فيه إفساد للمال اهـ وأما إذا عاد مفسدا لدينه وهو مصلح لماله فهل يعاد الحجر عليه؟ فيه وجهان قال أبو العباس يعاد عليه الحجر لقوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه. ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع فك الحجر عنه، فإذا طرأ بعد فك الحجر عنه، اقتضى ذلك إعادة الحجر عليه كالتبذير وقال أبو إسحاق المروزي لا يعاد عليه الحجر لان الحجر يراد لحفظ ماله فإذا كان مصلحا لماله لم يعد عليه الحجر، ويخالف إذا قارن إفساد الدين البلوغ لان الحجر إذا ثبت لم يزل عنه إلا بأمر قوى، فكذلك إذا فك عنه الحجر لم يعد عليه الا بأمر قوى. هذا مذهبا، وأنه إذا عاد مفسدا لماله ودينه عاد عليه

[378]

الحجر، وبه قال عثمان وعلى والزبير وابن الزبير وعبد الله بن جعفر وعائشة أم المؤمنين وشريح ومالك وأبو يوسف ومحمد، وقد مضى خلاف أبى حنيفة لهم جميعا دليلنا ما مضى في قوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) قال

الشافعي رضى الله عنه: والسفيه هو المفسد لماله ودينه، والضعيف هو الصبي والشيخ الفاني، والذي لا يستطيع أن يمل المجنون والسفيه اسم ذم يتناول المبذر، فأما قوله تعالى (سيقول السفهاء من الناس) الآية. فأراد اليهود. وقيل أراد المنافقين. وقيل أراد اليهود والنصارى. وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الآية. قيل أراد به النساء، وهو قول مجاهد وهذا القول لا يصح، إنما تقول العرب للنساء سفاهة أو سفهات، لأنه الأكثر في جمع فعلية، وروى عن عمر رضى الله عنه: من لم يتفقه فلا يتجر في سوقنا، قال القرطبي فكذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعنى الجهال بالاحكام، وقوله تعالى " أموالكم " أي أموالهم، كقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " أي أموال بعضكم. وبدل على ما ذكرناه أن حبان بن منقذ أصابه في عقله ضعف، فأتى أهله إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله أن يحجر عليه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا تبع، فقال انى لا أصبر، فقال صلى الله عليه وسلم: من بايعته فقل لا خلافة ولك الخيار ثلاثا " فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم سؤالهم، وإنما لم يجبههم إلى الحجر لأنه يحتمل أن يكون الذى يعين به مما يتغابن الناس بمثله. وبدل على ما ذكرناه اجماع الصحابة في قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان رضى الله عنه: كيف أحجر على من شريكه الزبير، وإنما قال هذا لان الزبير ابن العوام رضى الله عنه كان معروفا ببصره في التجارة، فدل على أن الحجر جائز عندهم بالاجماع. وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت تنفق نفقة كثيرة، فقال ابن الزبير

[379]

لتنهين عائشة أو لاجرن عليها. فبلغها ذلك فحلفت أن لا تكلمه " فأناها ابن الزبير واعتذر إليها فكفرت عن يمينها وكلمته، فلم ينكر عليه أحد. ويقول: إن عائشة رضى الله عنها بالغة رشيدة، فكيف يحجر عليها؟ ولأن كل معنى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال إليه فإذا طرأ بعد البلوغ اقتضى إعادة الحجر عليه كالمجنون (فرع) بعض الناس يكون شحيحا على نفسه جدا مع يساره وامتلأه فهل يحجر عليه؟ فيه وجهان حكاهما الصيمري، الصحيح أنه لا يحجر عليه (فرع) أما في حالة التبذير والاسراف إذا صار ذلك منه بعد فك الحجر عنه فإنه لا يعيد الحجر عليه إلا الحاكم. وبه قال أبو يوسف. وقال محمد: يصير بذلك محجورا عليه، وهو قول بعض اصحابنا الخراسانيين دليلنا أن عليا رضى الله عنه سأل عثمان رضى الله عنه أن يحجر على عبد الله ابن جعفر بن أبى طالب، فدل على أنه لا يصير محجورا عليه إلا بالحاكم، ولأن الحجر بالتبذير مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم، كالطلاق بالعنة لا يثبت الا بالحاكم لموضع الاختلاف فيه، فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم، لأنه حجر ثبت بالحاكم فكان هو الناظر فيه كالحجر على المفلس ويستحب أن يشهر الحاكم على ذلك، فيشهر هذا الحجر بوسائل الاشهار العرفية حسب كل زمان ومكان، ففي القرى مثلا أو في البلاد المتبديية يكون بالمنادى أو الاعلان الملصق، وفي المدن الكبرى يكون بالنشر في الصحف المقروءة، حتى لا يغتر الناس بمعاملته (فرع) فإذا باع أو اشترى بعد الحجر كان ذلك باطلا، فان حصل له في يد غيره مال استرجعه الحاكم منه إن كان باقيا، أو استرجع بدله ان كان تالفا. وان حصل في يد المحجور عليه مال لغيره ببيع أو غيره استرده الحاكم منه ورد على مالكة، وان باعه غيره شيئا أو أقرضه إياه، ثم تلف في يده أو أتلفه فإنه لا يجب عليه ضمانه، سواء علم بحجره أو لم يعلم، لأنه ان علم

بحجره فقد دخل على بصيرة، وان لم يعلم بحاله فقد قصر وفرط حيث بايع من لا يعلم حاله، ولا يلزمه إذا فك عنه الحجر، لان الحجر عليه لحفظ ماله، فلو ألزماه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر، وهذا في ظاهر الحكم، وهل يلزمه ضمانه فيما بينه وبين

[380]

الله تعالى ؟ فيه وجهان حكاهما في الافصاح (أحدهما) يلزمه ذلك. وبه قال الصيدلاني والعمرائي، لان الحجر لا يبيح له مال غيره (والثاني) لا يلزمه. قال في الافصاح: وهو الاصح، وان عصب في يده عينا فتلفت في يده أو أتلفها في يده أو يد مالكتها وجب عليه ضمانها، لان السفية أحسن حالا من الصبي والمجنون لانه مكلف، لانه ثبت أن الصبي والمجنون إذا أتلفا على غيرهما ما لا وجب عليهما الضمان، فكذلك هذا مثله وان أودعه رجل عينا فأتلفها، فهل يجب عليه الضمان. فيه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه ضمانها لان صاحبها عرضها للاتلاف بتسليمها إليه (والثاني) يجب عليه الضمان لان مالكتها لم يرض باتلافها، لان غير المحجور عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى. وإن أقر لغيره بعين في يده أو دين في ذمته لم يلزمه ذلك في الحال، ولا بعد فك الحجر، لانا لو قبلنا إقراره لبطلت فائدة الحجر، والحجر يقتضى حفظ ماله. (فرع) وان طلق السفية أو خالغ صح طلاقه وخلعه، الا أن المرأة لا تسلم المال إليه، بل تسلم إلى وليه، فان سلمته إليه فتلف في يده أو أتلفه وجب عليها الضمان كما قلنا في البيع. ولو أذن ولي السفية المرأة بتسليم المال إلى السفية فسلمته إليه فهل تبرأ. فيه وجهان (أحدهما) تبرأ كما لو سلمت المرأة المال إلى العبد باذن سيده (والثاني) لا تبرأ لانه ليس من أهل القبض. هذا مذهبا وبه قال عامة أهل العلم وقال ابن أبي ليلى والنخعي وأبو يوسف لا يصح طلاقه وخلعه دليلنا قوله تعالى " الطلاق مرتان، فامسك بمعروف أو تسريح باحسان " ولم يفرق بين السفية وغيره، ولانه يستفيد بالطلاق، فانه ان كان قبل الدخول رجع إليه نصف المهر، وان كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة والمصالح. ويحصل له ذلك بالخلع وما بذلت له (فرع) ولا يصح نكاحه بغير اذن الولي لان النكاح يتضمن وجوب المال

[381]

فلم يصح بغير إذن الولي، وإن احتاج إلى النكاح فالولي بالخيار إن شاء زوجه بنفسه وتولى العقد، وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه، لانه عامل مكلف، وإنما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبي وإن تزوج السفية بغير إذن الولي ودخل بها فما الذي يلزمه ؟ قال المسعودي فيه ثلاثة أقوال (أحدها) لا يلزمه شئ كما لو اشترى شيئا بغير إذن وليه وأتلفه (والثاني) يلزمه مهر المثل، كما لو جنى على غيره (والثالث) يلزمه أقل شئ يستباح به البضع لان البضع لا يستباح بالاباحة. وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا: هي على وجهين (أحدهما) لا يلزمه شئ (والثاني) يلزمه مهر المثل. (فرع) وإن أذن الولي في البيع والشراء فباع أو اشترى فهل يصح. فيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح النكاح إذا أذن له فيه (والثاني) لا يصح لان البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة، لانه قد يزيد سعر السوق وينقص،

فافتقر إلى عقد الولي، ولأن البيع والشراء يتضمن المال لا غير. وهو محجور عليه في المال بخلاف النكاح. (فرع) وإن حلف انعقدت يمينه، فإن حنث كفر بالصوم، ولا يكفر بالمال لأنه محجور عليه في المال، وإن أحرمت بالحج صح إحرامه لأنه من أهل التكليف فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه وأنفق عليه من ماله ما يحتاج إليه، وإن كان متطوعاً - فإن كان نفقته على إتمامه لا تزيد على نفقة الحضر - لم يجز تحليله، وإن كانت تزيد على نفقة الحضر، فإن كان له كسب وقال أنا أتمم النفقة بالكسب لم يحلل، وإن لم يكن له كسب حلله الولي ويصير كالمحضر، فيتحلل بالصوم دون الهدى لأنه محجور عليه في المال فأشبهه المفلس في هذه الأمور كلها. وبهذا قال أصحاب أحمد رضى الله عنه (فرع) وإن أقر بنسب يلحقه في الظاهر ثبت النسب، لأن ذلك لا يتضمن اتلاف المال. وإن أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله بل ينفق عليه من بيت المال، وإن وجب له القصاص فله أن يقبض لأن الغرض منه التشفي، وإن عفا عنه على مال كان الأمر له. وإن عفا مطلقاً أو على غير مال. فإن قلنا

[382]

إن الواجب القصاص لا غير صح عفو. وإن قلنا الواجب أحد الأمرين لم يصح عفو عن المال وإن أقر بجناية العمد صح إقراره لأنه غير متهم في ذلك، فإن أراد المقر له العفو على المال. قال الطبري: فإن قلنا إن موجب العمد القود ثبت المال، لأن الذي ثبت بإقراره هو القتل والقطع دون المال. وإن قلنا إن موجب أحد الأمرين فهل يثبت. اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: فيه قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة فإنه يقبل في القطع، وهل يقبل في المال، فيه قولان. ومنهم من قال: له أخذ المال قولاً واحداً، لأن الواجب أحدهما لا بعينه، وكل واحد منهما بدل عن الآخر، وتعلقهما بسبب واحد. وأما السرقة ففيها حكمان (أحدهما) القطع لله تعالى لأنه حق الله تبارك وتعالى، والآخر للآدمي فجاز ثبوت أحدهما دون الآخر. ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع، ولو شهدا على القطع لم يثبتا. وإن دبر السفية أوصى - على ما سنفصله إن شاء الله في أحكام المدبر - فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال فيه قولان كالصبي، ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً قال الطبري وهو الصحيح، لأن الصغير لا حكم لقوله ولا يصح شيء من إقراره بخلاف السفية فإنه يصح إقراره بالنسب (فرع) المرتد إذا قلنا إن ملكيته باقية على ماله فإنه محجور عليه، وهل يفتقر إلى حجر الحاكم، فيه قولان. وإذا زال السفه فإنه لا ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه. والله تعالى أعلم وهو موفق للصواب.

[383]

قال المصنف رحمه الله: كتاب الصلح إذا كان لرجل عند رجل عين في يده، أو دين في ذمته، جاز أن يصالح منه والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين " فإن صالح عن المال على مال، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في

البيع من الغرر، والجهالة، والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة، لانه باع ماله بمال، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه، وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح، لانه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض. فإن صالحه من دين على عين، وتفرقا قبل القبض، ففيه وجهان. أحدهما لا يصح، لانهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد، فأشبهه إذا تفرقا عن دين بدين. والثاني: يصح، لانه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمه، وإن صالح عن المال على منفعه فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار. ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة. لانه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة. (فصل) وإن صالح من دار على نصفها ففيه وجهان (أحدهما لا يصح، لانه ابتاع ماله بماله (والثاني) يصح، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف وإن صالحه من الدار على سكنها سنة ففيه وجهان. (أحدهما لا يصح، لانه ابتاع داره بمنفعتها (والثاني) يصح، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكنها سنة وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما لا يصح، لانه بيع ألف بخمسمائة (والثاني) أنه يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطيتي خمسمائة.

[384]

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة. قال الحاكم: على شرطهما وصححه ابن حبان، ورواه الترمذي وحسنه بزيادة " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " عن عمرو بن عوف وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي أيضا عن عمرو بن عوف بلفظ " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما " وأخرجه الحاكم وابن حبان في إسناده عند هؤلاء جميعا كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جدا قال فيه الشافعي وأبو داود هو ركن من أركان الكذب، وقال النسائي: ليس بثقة. وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة، وتركه أحمد، وقد نوقش الترمذي في تصحيحه لهذا الحديث. قال الذهبي: فروى من حديثه " الصلح جائز بين المسلمين " وصححه فلهدا لا يعتمد العلماء على تصحيحه. وقال ابن كثير في إرشاده: قد نوقش أبو عيسى الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكلة اه. وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلاني فقال في بلوغ المرام: وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وقد صححه ابن حبان من طريق أبي هريرة، وقال في الفتح: وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وذلك لانه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة اه. وأخرجه أيضا الحاكم من طريق أنس، وأخرجه أيضا من حديث عائشة، وكذلك الدارقطني. وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شعبة عن عطاء مرسلا وأخرجه البيهقي موقوفا على عمر كتبه إلى أبي موسى الأشعري، وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناده حديث أنس وإسناده حديث عائشة وإهيان، وضعف ابن حزم حديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف، وكذلك وضعفه عبد الحق.

وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة، وكثير بن زيد المذكور، قال أبو زرعة صدوق، ووثقه ابن معين، والوليد بن رباح صدوق أيضا، ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة، والطرق يشهد بعضها لبعض. قال الشوكاني: فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا. أما لغات الفصل: فالصلح هو التوفيق، ومنه صلح الحديدية، والصلح هو الخير والصواب وصالح للامر أي له أهلية القيام به. وفي الدين أقسام: صلح المسلم مع الكافر. والصلح بين الزوجين. والصلح بين الفئتين الباغية والعادلة. والصلح بين المقاضين. والصلح في الجراح كالعفو على المال. والصلح لقطع الخصومة إذا وقعت المزاحمة إما في الاملاك أو في المشتركات وهذا الصلح الاخير هو الذي يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع، أما الاحكام: فإن الاصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى " وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما الآية " فأمر الله تعالى بالصلح بين المؤمنين. وقوله تعالى " وإن امرأة خافت من بعلها نشورا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، والصلح خير " وقوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما " فدللت هذه الآيات على جواز الصلح. أما السنة فقد روى البخاري وأحمد والترمذي وصححه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من كانت عنده مظلمة لآخيه من عرضه أو شيء فليتحلل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته. وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه " لفظ البخاري هكذا أما الاخران فقالا فيه " مظلمة من مال أو عرض " وحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف وأحاديث أخرى تأتي في فصول الصلح الآية إن شاء الله تعالى. وأما الاجماع فإن الامة أجمعت على جوازه. إذا ثبت هذا: فإن الصلح فرع على غيره، وهو ينقسم على خمسة أقسام:

قسم هو فرع على البيع، وهو أن يدعى عليه عينا في يده فيقر له بها فيصالحه من ذلك على عين أو دين، فهذا حكمه حكم ما لو اشترى منه عينا بعين أخرى أو بدين، فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع من الربا. وبطلان بما يبطل فيه البيع من الغرر وثبت فيه ما ثبت في البيع من الخيار، لأن ذلك مع تلفظ الصلح وإن ادعى عليه ديناً في ذمته فأقر له به ثم صالحه منه على ذمته وتفرقا قبل القبض لم يصح الصلح، كما لا يصح في بيع الدين بالدين، وإن صالحه منه على عين وقبض العين قبل التفرق صح الصلح - إذا كان الدين مما يصح أخذ العوض عنه وإن افترقا عن المجلس قبل قبض العين فهل يصح؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانهما افترقا والعوض في ضمان واحد فلم يصح، كما لو صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض (والثاني) يصح كما يصح في بيع العين بالدين القسم الثاني: صلح هو فرع على الاجارة، وهو أن يدعى عليه عينا في يده أو ديناً في ذمته فيقر له به، ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهرا، أو استعمال سيارته مدة معلومة: ويملك المقر ما ادعى عليه به، ويملك المقر له منفعة الدار والسيارة، كما لو استأجر منه ذلك، ويشترط فيه ما يشترط في الاجارة على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى. القسم الثالث: صلح هو

فرع على الابرء والحطيطة. وهو أن يدعى عليه ألفا في ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها. قال الشيخ أبو حامد: فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يقول الذي عليه الحق لمن له الحق: أدفع اليك خمسمائة بشرط أن تسقط عني الخمسمائة الاخرى، أو يقول صاحب الحق: ادفع إلى خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الاخرى. فهذا لا يجوز، فإذا فعلا ذلك كان باطلا، وكان لصاحب الالف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الاخرى، لانه دفع إليه بعض حقه وشرطه شرطا لا يلزمه، فسقط الشرط، ووجب الالف بالاقرار (والثاني) أن يقول أدفع اليك خمسمائة وأبرئني من خمسمائة، أو يقول الذي له الحق: ادفع إلى خمسمائة فقد أبرأتك من الخمسمائة الاخرى، فإن هذا

[387]

يجوز، إذ لم يدخل فيه حرف الشرط. وهو قوله عى أن تبرئني، أو بشرط أن تبرئني، لانه كان له حق فأخذ بعضه وأبرأ من البعض. اه وقد قال المصنف: وإن صالحه من ألف على خمسمائة ففيه وجهان. (أحدهما) لا يصح كما لو باع ألفا بخمسمائة (والثاني) يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطني خمسمائة. وقال المسعودي: إذا ادعى عليه ألف درهم حالة فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مؤجلة صح الصلح ولا يلزم الاجل. وإن ادعى عليه ألف درهم مؤجلة فأقر له بها ثم صالحا عنها على خمسمائة حالة لم يصح، لانه جعل الخمسمائة التي تركها عوضا للحلول. وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه. وإن ادعى عليه ألف درهم صحاحا فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مكسرة قال المسعودي: صح الصلح، ولا يلزمه أخذ المكسرة، بل يجب له خمسمائة صحاح، لان الصحة صفة فلا يصح الابرء منها. اه القسم الرابع: صلح هو فرع على الهبة، وهو أن يدعى عليه دارا فيقر بها. فقال المقر: أدفع اليك نصفها ووهبتك النصف الاخر صحت الهبة، لانه مجردة غير معلقة على شرط، وإن كان بلفظ الصلح بأن قال المقر للمقر له: صالحني من هذه الدار بنصفها فذكر المصنف أنها على وجهين (أحدهما) لا يصح، لانه باع ماله بماله (والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه يصح، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو قال: ادفع إلى نصفها ووهبتك النصف الثاني القسم الخامس: صلح هو فرع على العارية بأن يدعى عليه دارا في يده فأقر له بها، ثم قال المقر له للمقر: صالحني عن هذه الدار بسكناها سنة، فقال المقر صالحتك، صح الصلح، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة. قال المسعودي " وللمقر له أن يرجع في عاريته " وذكر المصنف أنها على وجهين. (أحدهما) هذا (والثاني) لا يصح لانه ابتاع داره بمنفعتها (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه " فإن صالح الرجل أخاه من مورثه، فإن عرفا ما صالحه عليه بشئ يجوز في البيع جاز. وهذا كما قال إذا ورث اثنان

[388]

من ابنيهما أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه، فإن هذا فرع للبيع، فإذا شاهد التركة وعرف العوض صح الصلح كما لو اشتراه بلفظ الشراء (فرع) وإن صالحه عن الدارهم على دنائير أو على الدنانير على

دارهم، فإن ذلك صرف، ويشترط فيه قبض العوض في المجلس كما قلنا في الصرف. (فرع) إذا أتلّف عليه ثوبا أو حيوانا قيمته دينار فأقر له به، ثم صالحه من ذلك على أكثر منه، لم يصح الصلح دليلنا أن الواجب في ذمته قيمة المتلف فلم يصح الصلح على أكثر منه، كما لو غصب منه دينارا ثم صالحه على أكثر منه، وإن صالحه عن قيمة الحيوان بعوض وجعله مؤجلا لم يتأجل العوض ولم يصح الصلح. وقال أبو حنيفة يصح دليلنا أن الواجب هو دين حال في ذمته، فإذا كان العوض عنه مؤجلا كان بيع الدين بالدين. وذلك لا يجوز وإن ادعى عليه مالا مجهولا فأقر له به وصالحه عليه بعوض لم يصح الصلح. وقال أبو حنيفة " يصح " دليلنا: أن ذلك معاوضة، ولهذا ثبت بالشقص فيه الشفعة، فلم يصح في المجهول كالبيع، قال الشافعي رضى الله عنه " إذا ادعى على رجل شيئا مجملا فأقر له به ثم صالحه منه على شئ صح الصلح " قال الشيخ أبو حامد أراد إذا كان المعقود عليه معلوما فيما بين المتعاقدين فيصح وإن لم يسمياه، كما إذا قال بعت منك الشيء الذي أعرفه أنا وأنت بكذا، فقال ابتعت فإنه يصح والله تعالى أعلم وقد أجمل الخرقى من الحنابلة الصلح الجائر عندهم بقوله والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه، فإن كان يعلم ما عليه فجحدته فالصلح باطل. اهـ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والثوري أن الصلح على الإنكار صحيح، ولكن الشافعي قال لا يصح لانه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره، ولانه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه، فبطل كالصلح على حد القذف

[389]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن ادعى عليه عينا في يده أو ديناً في ذمته فأنكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح، لان المدعى اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره. والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله. فان جاء أجنبي إلى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال صالحني منه على مال لم يخل إما أن يكون المدعى عينا أو ديناً، فان كان ديناً نظرت فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح، لانه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه. وذلك يجوز فان صالحه عن نفسه وقال: صالحني عن هذا الدين ليكون لى في ذمة المدعى عليه، ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه (أحدهما لا يصح، لانه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه) والثاني) يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره، وإن كان المدعى عينا، فان صالحه عن المدعى عليه وقال: قد أقر لك في الباطن ووكنتي في مصالحتك، فصدقه المدعى صح الصلح، لان الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز. ثم ينظر فيه فان كان قد أذن له في الصلح ملك المدعى عليه العين لانه ابتاعه له وكيله، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعى عليه العين لانه ابتاع له عينا بغير إذنه فلم يملكه. ومن أصحابنا من قال يملكه ويصير هذا الصلح استنفاذاً لماله، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجداً، ثم ادعاه رجل فأنكر فاستنقذه الجيران من المدعى بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك. وإن صالحه لنفسه فقال أنا أعلم أنه لك فصالحني فأنا أقدر على أخذه، صح الصلح لانه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فان أخذه استقر الصلح، وإن لم يقدر على

أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر، كمن ابتاع عبدا فأبق قبل القبض.

[390]

(الشرح) الاحكام: إذا ادعى عليه عينا في يده أو دينا في ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين في ذمته لم يصح الصلح بلا خلاف على المذهب، لأنه ابتاع ملكه، وإن ادعى عليه ألف درهم في ذمته، فأنكره، ثم صالحه على خمسمائة منها وقلنا: يصح صلح الحطيطة فهل يصح هذا الصلح؟ فيه وجهان حكاهما في الابانة. (أحدهما لا يصح، لأنه صلح على الانكار فلم يصح، كما لو ادعى عليه عينا فأنكره (والثاني) يصح، والفرق بينهما أن في صلح المعاوضة يحتاج إلى ثبوت العوضين برضى المتعاقدين وليس العين المدعى بها ثابتة للمدعى حتى يأخذ عليها عوضا، وههنا هو إبراء فلا يحتاج إلى رضاه صاحبه، هذا مذهبننا، وأن الصلح على الانكار لا يصح. وقال ابن أبي ليلى: إن أنكره لم يصح الصلح، وإن سكت صح الصلح. دليلنا: قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " والصلح على الانكار من أكل المال بالباطل، لأن من ادعى على غيره دارا في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله، وهذا لا يجوز، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث " يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ". وهذا المدعى لا يخلو إما أن يكون كاذبا أو صادقا، فإن كان كاذبا فهذا الصلح الذي يصلح به يحل له ما هو حرام عليه، وإن كان صادقا فإنه يستحق جميع ما يدعيه، فإذا أخذ بعضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقي الذي كان حلالا له، فوجب أن لا يجوز، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد، ولأن البيع لا يجوز مع الانكار وهو أن يدعى عينا في يد غيره فينكره فيبيعه من غيره، فإن البيع لا يصح، فكذلك الصلح. إذا ثبت هذا: فادعى على رجل ألفا في ذمته فأنكره عنها، ثم إن المدعى أبرأه منها صحت البراءة، وهل يشترط في صحة البراءة القبول؟ على وجهين يأتي ذكرهما فيما بعد إن شاء الله تعالى.

[391]

وانما صحت البراءة على الانكار لأنها ليست بمعاوضه، والذي جعل المالكية والحنفية والحنابلة يجيزن الصلح مع الانكار. ولا يفرقون بين الإبراء والشرط قاعدتهم في أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله، كالصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه، وقالوا: إن هذا لا يدخل في حديث " إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " لأن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حر، أو إحلال بضع محرم، أو صالحه بخمر أو خنزير، وليس ما نحن فيه كذلك. قلت: فإن ادعى عليه ألفا في ذمته فأنكره عنها ثم صالحه على بعضها وقبض ذلك وأبرأه عن الحق الذي عليه. قال الشافعي رضى الله عنه: فالصلح باطل والإبراء لا يلزم، فأما الصلح فيبطل لأنه صلح على انكار وعلى المصالح رد ما أخذه، وأما البراءة فلا تلزمه لأنه إنما أبرأه براءة قبض، واستيفاء وهو أن يسلم له ما أخذه، فإذا لم يسلم له

ذلك لم تلزمه البراءة. هذا إذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح، وأما إذا علم بفساد الصلح فأبرأ صحت براءته وهذا كما تقول في رجل اشترى عبدا شراء فاسدا. فقال البائع للمشتري اعتق هذا العبد، ولم يعلم البائع بفساد البيع فأعتقه - قال الشيخ أبو حامد: لم يصح العتق، لان البائع لم يأمره باعتاقه عن نفسه، وإنما أمره أن يعتقه يظن أنه قد ملكه بالشراء، وان علم البائع بفساد البيع فأمر المشتري باعتاقه فأعتقه صح العتق، وان عليه ألفا في ذمته فأقر له بها فصالحه عنها صلح حطيطة، وأبرأه على خمسمائة فان قبض منها خمسمائة، وأبرأه عن الباقي ثم خرجت الخمسمائة التي قبض مستحقة - قال الشيخ أبو حامد: فانه يرجع عليه بخمسمائة التي أخذها والابراء صحيح، لانه لم يبرئه ليسلم له ما قبض بل أبرأه عن حق هو مقر له به والابراء صادق حقه المقر به فنغذ ذلك وليس يتعلق بسلامة ما قبضه وعدم سلامته (فرع) وإذا ادعى عينا فصالحه منها على عوض ثم اختلفا فقال المدعى: انما صالحت منها على الانكار فالصلح باطل، ولى الرجوع إلى أصل الخصومة.

[392]

وقال المدعى عليه لا، بل كنت أقررت لك بها ثم أنكرت ثم صالحت منها. قال الشيخ أبو حامد: فالقول قول المدعى لان الاصل هو الصلح على الانكار الذي قد عرف إلى أن تقوم البينة بإقراره لها قبل ذلك. (فرع) وإن ادعى رجل على رجل حقا فأنكر فجاء أجنبي إلى المدعى وقال أنت صادق في دعواك فصالحني عليه - فلا يخلو إما أن يكون المدعى ديننا أو عينا، فإن كان المدعى ديننا نظرت، فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لانه إن كان أذن له في ذلك فهو وكيله والتوكيل في الصلح جائز، وإن لم يكون وكيله ولم يوكله المدعى عليه، فقد قضى عن غيره ديننا، ويجوز للانسان أن يقضى عن غيره ديننا بغير إذنه، فإذا أخذ المدعى المال ملكه وانقطعت دعواه. وهل للاجنبي أن يرجع على المدعى عليه بما دفع؟ ينظر فيه، فإن صالح عنه بإذنه ودفع بإذنه رجع عليه، وإن صالح عنه بإذنه، ودفع بغير إذنه لم يرجع عليه بشئ لانه متطوع بالدفع. وإن صالح الأجنبي ليكون الدين له، فان الشيخ أبا إسحاق (المصنف) قال: هلى يصح الصلح؟ فيه وجهان بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه، وقال ابن الصباغ لا يجوز وجهها واحدا، واليه أشار الشيخ أبو حامد، لان الوجهين في بيع الدين مع الاقرار، فأما مع الانكار فلا يصح وجهها واحدا كبيع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها. وقال أصحاب أحمد: وإن صالح عند المنكر أجنبي صح، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه، لان عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازة النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا وفي الموضوعين - أعنى إن كان بإذنه أو بغير إذنه - لم يرجع عليه بشئ، لانه ادعى عنه مالا يلزمه أدأؤه، أما إذا أذن له بالاداء عنه رجع إليه، وهذا كله كقولنا في المذهب. (قلت) وإن كان المدعى عينا، فان صالح عن المدعى عليه بأن يقول للمدعى: المدعى عليه مقر لك بها في الباطن، وقد وكلنى في مصالحتك فصالحه عنه صح الصلح، لان الاعتبار بالمتعاقدين، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فإذا صالحه

[393]

ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العين، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها، ينظر فيه، فإن كان قد وكل الأجنبي ملك العين، فإن كان الأجنبي قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه كالدين، لأنه متطوع، لأنه إنما أذن له في العقد دون الدفع. وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبي في الصلح فهل يملك العين؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها. وحكى أبو على في الإفصاح أنه يملكها كما قال الشافعي رضي الله عنه إذا اشترى رجل أرضا وبناها مسجدا، وجاء رجل فادعاه، فإن صدقه لزمه قيمتها، وإن كذبه فجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لأنه بذل مال على وجه البر. قال العمراني في البيان: وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة، قال: فعلى هذا يكون الصلح باطلا في الباطن، صحيحا في الظاهر. (قلت) وأما المسألة المذكورة في المسجد فلا تشبه هذه، لأن الواجب على المدعى عليه القيمة، لأنه قد وقفها، ويجوز الصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه كما سبق أن بينا ذلك. وإن قال الأجنبي للمدعى: المدعى عليه منكرك ولكن صالحني عما ادعيت لتكون العين له. فهل يصح الصلح؟ قال المسعودي: فيه وجهان. وأما إذا قال الأجنبي: أنت صادق في دعواك، فصالحني لتكون هذه العين إلى فاني قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما يصح أن تتناع شيئا في يد غاصب، فإن قدر الأجنبي على انتزاعها استنقر الصلح، وإن لم يقدر كان له الخيار في فسخ الصلح، كمن ابتاع عينا في يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها. إذا ثبت هذا: فإن المدعى عليه قد وكل الأجنبي في أن يصالح عنه، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى؟ اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس لا يجوز له الانكار لأنه كاذب، إلا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه، قال المصنف لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه، ولا يجوز له الوكالة لمصالحه عنه إذا غصب العين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك.

[394]

فأما إذا مات أبوه أو من يرثه وخلف له هذه العين، فجاء رجل فادعاه وأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين، وخاف أن أقربها للمدعى أن يأخذها فيجوز أن يوكل الأجنبي في الصلح على ما بيناه، لتزول عنه الشبهة. (فرع) إذا صالح الأجنبي عن المدعى عليه بعوض بعينه، فوجد المدعى بالعوض الذي قبضه من الأجنبي عينا كان له الرد بالعيب، ولا يرجع ببدله عليه ولكن يفسخ عقد الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه، وكذلك إذا خرج العوض مستحقا، كما لو ابتاع من رجل عينا فوجد فيها عيبا فردها أو خرجت مستحقة، فإنه لا يطالبه ببدلها، وإن صالحه على دراهم أو دنانير في ذمته. قال العمراني: ثم سلم إليه دراهم أو دنانير فوجد بها عيبها فردها أو خرجت مستحقة فله أن يطالبه ببدلها كما قال النووي رضي الله عنه في البيع على ما مضى في المجموع (فرع) وإن ادعى عينا في يد رجل فأنكره المدعى عليه، فقال المدعى: أعطيك ألف درهم على أن تقر لي بها ففعل لم يكن صلحا ولا يلزم الالف، وبدله حرام، وأمده حرام، وهل يكون اقرارا؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في العدة، قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلا، لأن الاقرار المتقدم لا يبطل بالانكار الحادث فيصح الصلح إذا أنكر بعد اقراره لوجوده بعد لزوم الحق، ولم يصح الصلح إذا كان عقيب انكاره وقبل اقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

(فصل) فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينه كلزومه بالاقرار لفظا وبفاس عليه ما لو نكل المدعى عليه فحلف المدعى من طريق الاولى، إذ اليمين المردودة كالاقرار على أحد القولين. (الشرح) إذا أقر المدعى عليه بالحق فقد لزم الحق فإذا أنكر جاز أن يعقدا عقد الصلح على ما مر من أمر المنكر ابتداء، فإذا عقد الصلح بينهما بعد الانكار ثم أقر بأن عاد إلى اعترافه الاول كان الصلح باطلا لان القرار تقدم على الانكار

[395]

وكان الانكار حادثا، فيصح الصلح إذا أنكر بعد الاقرار لحدوث الانكار بعد لزوم الحق، ولان الصلح على الاقرار هضم للحق، ولان الحق ثبت قبل إنكاره والصلح من بواعثه وأسبابه وقوع النزاع بالانكار (فرع) إذا أنكر المدعى عليه ثم قامت البينة فقد لزم الحق كلزومه بالاقرار ومن ثم يجوز الصلح، ومثله لو نكل المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى فقد لزم الحق وثبت للمدعى. لان اليمين المردودة كالاقرار وكالبينة، ومن ثم جاز الصلح. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن ادعى عليه مالا فأنكره، ثم قال صالحني عنه لم يكن ذلك إقرارا له بالمال، لانه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة، فلم يجعل ذلك إقرارا، فان قال بعنى ذلك ففيه وجهان. (أحدهما) لا يجعل ذلك إقرارا. وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى، لان البيع والصلح واحد، فإذا لم يكن الصلح إقرارا لم يكن البيع إقرارا (والثانى) وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب أنه يجعل ذلك إقرارا لان البيع تمليك، والتمليك لا يصح إلا ممن يملك (الشرح) إذا ادعى على رجل ديناً في ذمته أو عيناً في يده فأنكره المدعى عليه ثم قال صالحني عن ذلك بعوض لم يكن ذلك إقرارا من المدعى عليه، لان الصلح قد يراد به المعاوضة وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى، فإذا كان الامر يحتملها لم نجعل ذلك إقرارا. وان قال المدعى عليه للمدعى بعنى هذه العين أو ملكني اباها، فحكى المصنف وابن الصباغ في ذلك وجهين (أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يكون إقرارا لان الصلح والبيع بمعنى واحد. فإذا لم يكن قوله صالحني إقرارا، فكذلك قوله بعنى (والثانى) يكون إقرارا، وهو قول القاضى أبى الطيب، ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليق غيره. وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه. لان قوله بعنى أو ملكني يتضمن الاقرار له بالملك

[396]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أخرج جناحا إلى طريق لم يخل، اما أن يكون الطريق نافذا أو غير نافذ، فان كان الطريق نافذا نظرت فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز، ولم يعترض عليه. واختلفوا في علته. فمن أصحابنا من قال يجوز، لانه ارتفاع بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار فجاز كالمشى في الطريق، ومنهم من قال يجوز لان الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاع بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاع بالهواء من غير اضرار، فإن وقع الجناح أو نقصه وبادر من يحاذيه، فأخرج جناحا يمنع من اعادة الجناح الاول جاز، لان الاول ثبت له الارتفاع بالسبق إلى

اخراج الجناح، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه (الشرح) قوله " جناحا " فعله جنح أي مال، وبابه خضع ودخل والجوانح الاضلاع التي تحت الترائب، وجناح الطائر يده. وقد شبه به البناء الناتئ البارز من جدار البيت معلقا في الهواء. أما الاحكام: فانه إذا أخرج جناحا أو روشنا، وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البلكونة) إلى شارع نافذ نظرت فان كان لا يضر بالمسلمين جاز ولم يمنع من ذلك. وبه قال مالك والاوزاعي وأحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: له اخراجه إلى أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم، فإذا منعه واحد من المسلمين لم يجز له اخراجه، فان أخرجه أزيل أو قلع دليلنا ما روى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه مر بميزاب للعباس رضى الله عنه فقطر عليه فأمر بقلعه، فخرج إليه العباس رضى الله عنه فقال له: خلعت ميزابا ركبته رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده، فقال عمر: والله لا يصعد من ينصبه الا على ظهري، فصعد العباس على ظهره ونصبه. فإذا ثبت هذا في الميزاب ثبت في الروشن مثله، لان الميزاب خشبة واحدة - على عهدهم أو قضيب مجوف على عهدنا - أما الروشن أو الجناح فهو بناء متكامل

[397]

مركب من قطع كثيرة، فاشغاله لحيز أكبر من الميزاب لا شك فيه ولا فرق بين ولان الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير انكار. اللهم الا ما تحتمه قواعد النظام الذي تأخذ بأسبابه مؤسسات الاسكان والمجالس البلدية في المدن والحواضر في عصرنا هذا الذي يجعل للجناح المتعارض أو البارز من البيت تناسبا مع اتساع الشارع، فان كان الشارع عرضا أو كان ميدانا فسيحا سمح لصاحب البناء من واقع الرسم المرخص به أن يكون الجناح أو الروشن مترا ونصف المتر، وان كان الشارع ضيقا كان البروز أقل، وذلك حتى يتسنى للناس ممارسة شئونهم وانتقالاتهم بأسباب الانتقال الكهربائية أو البخارية أو غيرها بدون أن تعترضهم الرواشن والشرفات فتعيق مصالحهم، فدل ذلك كله على أن الاجماع منعقد على جواز ذلك في الحدود والصفات التي يرسم بها الامام أو الحاكم، ولانه ارتفاع بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار فجاز، كما لو مشى في الطريق قال العمراني في البيان: إذا أخرج جناحا أو روشنا في شارع نافذ فانه لا يملك ذلك المكان وانما يكون أحق به لسبقه إليه، فان انهدم روشنه أو هدمه فبادره من يحاذيه فمد خشبة تمنعه من اعادة الاول لم يكن للاول منعه من ذلك، لان الاول كان أحق به لسبقه إليه، فإذا زال روشنه سقط حقه وكان لمن سبق إليه، كما نقول في المرور بالطريق. ثم قال: وان أخرج من يحاذيه روشنا تحت روشنه الاول جاز ولم يكن للاول منعه من ذلك، لانه لا ضرر عليه في ذلك فان أراد الثاني أن يخرج روشنا فوق روشن الاول قال ابن الصباغ: فان كان الثاني عاليا لا يضر بالمار فوق روشن الاول جاز، وان كان يضر بالمار فوق روشن الاول منع من ذلك، كما لو أخرج روشنا يضر بالمار في الشارع، فانه يمنع من ذلك. اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان صالحه الامام عن الجناح على شئ لم يصح الصلح لمعنيين: (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل (والثاني) أن

ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاختيار في الطريق، وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجر. وإذا أخرجه وجب نقضه، لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجر كالقعود في المضيق، وإن صالحه الامام من ذلك على شئ لم يجر لمعنيين (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار فلا بالعقد (والثاني) أن ما منع منه للاضرار بالناس لم يجر بعوض كالقعود في المضيق والبناء في الطريق (الشرح) حديث " لا ضرر ولا ضرار " رواه أحمد في مسنده وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنه، وأخرجه أيضا ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه، وقد مضى شرحنا له أما الاحكام: فإنه إذا صالحه الامام على هذا الجناح الذي لا يضر بعوض أو برسم من المال يؤديه لينفق من هذا ومثله على تعبيد الطرق ورصف الشوارع، وتيسير الارتفاق على المسلمين فإنه يجوز ذلك، أما إذا صالحه الامام أو أحد المسلمين على مال يؤديه بدون ذلك لم يجر أن يؤخذ عليه عوض لان الهواء تابع للقرار، كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور في الطريق، إلا إذا كان يمر في طريق غير مسموح بالمرور فيه في وقت تنظيم المرور لما يؤدي هذا إلى الاضرار به أو بغيره بأن كان يركب سيارة تسير بسرعة زائدة عن الحد المعقول أو المعتاد في شوارع تزدحم بالمارة ووقع الحاكم عليه عقوبة المخالفة حتى لا يعود إلى تعريض سلامته وسلامة غيره للاضرار أو المخاطر فإن ذلك يجوز، لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " (فرع) وإن أراد إخراج روشن أو جناح إلى شارع نافذ يضر بالمار منه لم يجر، فإن فعل ذلك أزيل للحديث الشريف، وليس له الانتفاع بالعرصة، وهى ما أمام بيته بما فيه ضرر على المسلمين، بأن يبنى فيها دكة أو يتخذ منها مجلسا له يشغل طريق المارة ويعيقهم فيؤذيهم بذلك، وكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم، فإن صالحه الامام أو بعض الرعية على ذلك بعوض لم يصح الصلح لانه أفراد الهواء بالعقد، ولان في ذلك اضرار بالمسلمين، وليس للامام أن يفعل ما فيه الحاق الضرر بهم، هكذا قال العمرانى في البيان

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر إلى حال الطريق، فإن كان الطريق لا تمر فيه القوافل، ولا تجوز فيه الفوارس، لم يجر اخراج الجناح الا بحيث يمر الماشي تحته منتصبا، لان الضرر يزول بهذا القدر، ولا يزول بما دونه، وان كان الطريق تمر فيه القوافل وتجاوز فيه الفوارس، لم يجر الا عاليا بمقدار ما تمر العمارة تحته، وبمر الراكب منتصبا. وقال أبو عبيد بن حريبه لا يجوز حتى يكون عاليا يمر الراكب ورمحه منصوب، لانه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج إلى نصب الرماح، ومضى لم ينصبوا تاذى الناس بالرماح، والاول هو المذهب، لانهم يمكنهم ان يضعوا أطرافها على الاكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا (الشرح) الاحكام: وأما كيفية الضرر، فإن ذلك معتبر بالعادة في ذلك الشارع، فإن كان شارعاً لا تمر فيه القوافل والجيوش والركبان أو الترولى أو الترام فيشترط أن يكون الجناح عاليا بحيث يمر الماشي تحته منتصبا، فإن كان الشارع تمر فيه الجيوش أو القوافل أو الركبان أو المركبات الكهربائية والبخارية اشترط أن يكون الجناح أعلى بحيث يمر الركبان في السكة بدون عوائق تصطدم

بسطح المركبات. وقال أبو عبيد بن حريوة: يشترط أن يمر الفارس تحته ورمحه منصوب بيده لان الفرسان قد يزدحمون فيحتاجون إلى نصب الرماح. قال المصنف ردا على ابن حريوة ما يفيد أن هذا ليس بصحيح لانه يمكنه ان يحط رمح على كتفه. ولان الرمح لا غاية لطوله. قوله " العمارة " من وسائل الهجوم في الجيوش الاسلامية في عصر المصنف وهى أشبه بعربة تجرها الجباد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ ينترس بها المهاجمون. وقد ترتفع إلى حد يتسلق منها المقاتلون إلى أسوار الحصون. والعمارة القبيلة.

[400]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن أخرج جناحا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز. واختلف أصحابنا في تعليقه، فمنهم من قال لا يجوز لانه ارتفاع بما تعين مالكة فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة، كأكل ماله. ومنهم من قال لا يجوز، لان الهواء تابع للقرار. والجار لا يملك الارتفاع بقرار دار الجار، فلا يملك الارتفاع بهواء داره، فإن صالحه صاحب الدار على شئ لم يجز لان الهواء تابع فلا يفرد بالعقد (الشرح) الاحكام: إذا أراد أن يخرج جناحا أو روشنا فوق دار غيره أو شارع جاره بغيره إذنه لم يجز لانه لا يملك الارتفاع بقرار أرض جاره إلا بإذنه فكذلك الارتفاع بهواء أرض جاره، فان صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعوض لم يصح لانه لا يجوز إفراد الهواء بالعقد. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن أخرج جناحا إلى درب غير نافذ نظرت فان لم يكن له في الدرب طريق لم يجز، لما ذكرناه في دار الجار، وان كان له فيه طريق ففيه وجهان (أحدهما) يجوز، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايينى، لان الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفع بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفع بالهواء باخراج الجناح (والثانى لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله لانه موضع تعين ملاكة فلم يجز اخراج الجناح إليه كدار الجار، فان صالحه عنه أهل الدرب، فان قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع، وان قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار (الشرح) وان أراد أن يخرج جناحا أو روشنا إلى درب غير نافذ وله طريق في هذا الدرب، فان كان يضرب بالمارة لم يجز من غير إذن أهل الدرب، كما لا يجوز اخراج جناح يضرب إلى شارع نافذ الا إذا أدنوا بذلك أهل الدرب وقال القاضى أبو الطيب لا يجوز له ذلك بغير اذنه لانه مملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح إليهم بغير اذنه " والله تعالى أعلم

[401]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أراد أن يعمل ساباطا ويضع أطراف أجداعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه، لانه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره، فإن صالحه منه على شئ جاز إذا عرف مقدار الاجذاع، فإن كانت حاضرة نظر إليها، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبنى عليها ذكر سمك البناء، وما يبنى به، فإن أطلق كان ذلك بيعا مؤبدا لمغارز الاجذاع ومواضع

البناء، وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة (الشرح) وإن أراد أن يعمل ساباطا - وهو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات - على جدار جاره وصفته أن يكون له جدار وبجذائه جدار جاره وبينهما شارع، فيمد جذوعا من جداره إلى جدار جاره، فلا يجوز له ذلك إلا بأذن جاره، لأنه حمل على ملك غيره بغير إذنه، من غير ضرورة فلم يجز كما لو أراد أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه. وقولنا: من غير ضرورة احتراز من السقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتي بيانه، فإن صالحه على ذلك بعوض صح الصلح، ولا بد أن تكون الاخشاب معلومة إما بالمشاهدة أو بالصفة، فيقول: صالحني على أن أضع هذه الاخشاب بكذا، قال الشيخ أبو حامد: وهكذا إذا قال: خذ مني مالا وأقر لي حقا في أن أضع على جدارك جذوعي هذه أو نصفها، فإذا أقر له بذلك وأخذ العوض جاز. فإن أراد أن يبني عليها ذكر طول البناء وعرضه وما يبني به، لأن الغرض يختلف بذلك، فإن أطلقا ذلك ولم يقدره بمدة كان ذلك تبعا لمغارز الجذوع، وإن قدرا ذلك بمدة كان إجارة تنقضي بانقضاء المدة، هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضي أبو الطيب أيضا. وقال ابن الصباغ لا يكون ذلك بيعا بحال، لأن البيع ما يتناول الاعيان،

[402]

وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئا من الحائط الذي يضع عليه لأنه لو كان بيعا لملك جميع الحائط وكان إذا تهدم يملك أخذ الانقاض، وهذا لا يقوله أحد، قال: فإن قيل إنما يكون بيعا لموضوع الموضوع خاصة قيل لا يصح ذلك لأن موضوع الموضوع محمل بقية الحائط الذي لغيره وتلك منفعة استحقتها وإذا بطل أن يكون تبعا كان ذلك إجارة بكل حال. قال: فإن قيل: فكيف يكون الاجارة إلى مدة غير معلومة؟ فالجواب أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها في موضوع الحاجة غير مقدرة كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة، والحاجة إلى ذلك، لأن الخشب وما يشبهه مما يراد للتأبير، ويضر به التقدير، بخلاف سائر الاجارات، ولأن سائر الاعيان لو جوزنا فيها عقد الاجارة على التأبير بطل فيها معنى الملك، وهذا هنا وضع الخشب على الحائط لا يمنع مالكة أن ينتفع به منفعة مقصودة، والاول أصح، لأن الشافعي رضى الله عنه، قال في المختصر: ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك إذا سما منتهى البنيان، لأنه ليس كالارض في احتمال ما يبني عليها. إذا ثبت هذا: فإن أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب أن له حق الوضع على جداره لزم ذلك في الحكم. فإن تقدمه صلح لزم ظاهرا وباطنا وإن لم يتقدمه صلح لزم في الظاهر دون الباطن والله تعالى أعلم. وقال أصحاب أحمد لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا، وهو الروش سواء كان ذلك يضر بالمارة أو لا يضر، وسواء أذن الامام أو لم يأذن، ولا يجوز الساباط من باب الاولى، ولو كان الحائط ملكه. وقال ابن عقيل من الحنابلة. ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لأنه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب ليس بنافذ وهذا القول ضعيف عندهم لان الضرر لا بد أن يتحقق ولو بحجب الضوء عن الطريق، أو الهواء، وليس كالجوس أو المرور فانهما طارئان. وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك مالا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه.

وقال مالك والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد والشافعي رضى الله عنهم يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة، ولا يملك أحد منعه، لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة، فكان جائزا كالمشئ في الطريق والجلوس فيها. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز أن يفتح كوة، ولا يسمر مسمارا في حائط جاره الا باذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره الا باذنه. لان ذلك يوهى الحائط ويضر به، فلا يجوز من غير اذن مالكة، ولا يجوز أن يبنى على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئا من غير اذن مالكة ولا على السطحين المتلاصقين حاجزا من غير اذن صاحبه. لانه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير اذن كالحمل على بهيمته، ولا يجوز أن يجرى على سطحه ماء من غير اذنه، فان صالحه منه على عوض جاز، إذا عرف السطح الذى يجرى ماؤه لانه يختلف ويتفاوت. (الشرح) الاحكام لا يجوز أن يفتح كوة، ولا يدق وتد في حائط الجار ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره عن غير اذن، لان ذلك يضعف الحائط، ولا يجوز أن يبنى عليه من غير اذن كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة غيره بغير اذنه. (فرع) ولا يجوز أن يجرى الماء في أرض غيره ولا على سطحه بغير اذنه هذا قوله في الجديد، وقال في القديم: إذا ساق رجل عينا أو بثرا فلزمته مؤنة ودعته الضرورة إلى اجرائه في ملك غيره ولم يكن على المجرى في ملكه ضرر بين فقد قال بعض أصحابنا يجبر عليه، فأوما إلى أنه يجبر لما روى أن الضحاك ومحمد ابن مسلمة اختلفا في خليج أراد الضحاك أن يجره في أرض محمد بن مسلمة فامتنع فترافعا إلى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال: والله لا امرنه ولو على بطنك. قال العمرانى. والاول هو المشهور في المهذب للشيخ أبى اسحاق، لانه حمل على ملك غيره فلم يجز من غير اذنه، كالحمل على بهيمته قال. وأما الخير فيحتمل أنه كان له رسم اجراء الماء في أرضه فامتنع منه فلذلك أجبره أمير المؤمنين على ذلك

(قلت) فإذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز، لان ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه، لانه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، فله أن يترك فيه ما شاء، وإن صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهذا اجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز أن يصالح رجلا على اجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك، لانه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده باجارة. فأما إن كانت الارض في يده وفقا عليه فهو كالمستأجر، له أن يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة، وليس له أن يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالارض المستأجرة سواء وقال أصحاب أحمد: يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك إلى غيره، بخلاف المستأجر فانه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة؟ على وجهين. (فرع)

إذا ادعى على رجل مالا فأقر له به ثم قال صالحني فيه على أن أعطيك مسيل ماء في ملكي، قال الشافعي رضى الله عنه " فان بينا الموضع وقدر الطول والعرض صح، لان ذلك بيع لموضع من أرضه ولا يحتاجان ان بينا عمقه لانه إذا ملك الموضع كان له النزول إلى تخومه، وهل يملك المدعى عليه هذه الساقية فيه وجهان حكاهما الصيدلاني (أحدهما) يملكها تبعاً للأرض (والثاني) لا يملكها فعلى هذا لا يمنع مالك الأرض من بناء فوق المسيل قال ابن الصباغ وان صالحه على أن يجرى الماء في ساقية في أرض للمصالح قال في الام فان هذا اجارة يفتقر إلى تقدير المدة. قال أصحابنا انما يصح إذا كانت الساقية محفورة، فإذا لم تكن محفورة لم يجز لانه لا يمكن المستاجر من اجراء

[405]

الماء الا بالحفر، فليس له الحفر في ملك غيره، لان ذلك اجارة لساقية غير موجودة، فان حفر الساقية وصالحه جاز قال العمراني " وان كانت الأرض في يد المقر باجارة جاز له أن يصالحه على اجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك، لانه لا يجوز له احداث ساقية في أرض في يده باجارة، وكذلك إذا كانت الأرض وفقاً عليه جاز أن يصالحه على اجراء الماء في ساقية في أرض في يده وان أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك لانه لا يملكها، وانما له أن يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة، وان صالحه على اجراء الماء على سطحه جاز إذا كان السطح الذي يجرى ماؤه فيه معلوماً، لان الماء يختلف بغير السطح وصغره وقال ابن الصباغ ولا يحتاج إلى ذكر المدة، ويكون ذلك فرعاً للاجارة لان ذلك لا يستوفى به منافع السطح بخلاف الساقية فانه يستوفى منفعتها فكانت مدتها مقدرة ولانها يختلفان أيضاً فان الماء الذي يجرى في الساقية لا يحتاج إلى تقدير لانه لا يجرى فيها أكثر من ملئها، ويحتاج إلى ذكر السطح الذي يجرى منه لانه يجرى فيه القليل والكثير. وان صالحه على أن يسقى زرعاً أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين لم يصح، لان القدر من الماء الذي يسقى به الزرع والماشية مجهول، فان صالحه على ربع العين أو ثلثها صح كما قلنا في البيع قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط بينه وبين شريكه قولان، قال في القديم " يجوز " فإذا امتنع الجار أو الشريك اجبر عليه إذا كان الجذع خفيفاً لا يضر بالحائط، ولا يقدر على التسقيف الا به. لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره " قال أبو هريرة رضى الله عنه " انى لاراكم عنها معرضين، والله لارمينها بين أظهركم " ولانه إذا وجب بذل فضل الماء للكلا لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل

[406]

الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره. وقال في الجديد لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح: لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه " ولانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير اذنه

كالحمل على بهيمته، والبناء في أرضه، وحديث أبي هريرة تحمله على الاستحباب. وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا. والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته، والحائط بخلافه. فان كان الجذع ثقيلًا يضر بالحائط لم يجر وضعه من غير إذنه قولًا واحدًا، لأن الارتفاع بحق الغير لا يجوز مع الاضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحًا يضر بالمارة. وان كان لا حاجة به إليه لم يجبر عليه، لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذلك فضل الماء عند الحاجة إليه للكلا ولا يجب مع عدم الحاجة. فان قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجر، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه، وان قلنا لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجداع الساباط. (فصل) وإذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك، وقلنا انه يجبر في قوله القديم، أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فرفعه جاز له أن يعيده، فان صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الاموال. (الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه، وقد أخرجه أيضا ابن ماجه والبيهقي وأحمد والطبراني وعبد الرزاق من طريق ابن عباس بلفظ. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار، وللرجل أن يضع خشبة في حائط جاره، وإذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع " وأخرجه أحمد وابن ماجه أيضا من حديث عكرمة بن سلمة بن ربيعة " أن أخوين من بنى المغيرة أعتق أحدهما أن

[407]

لا يغرر خشبا في جداره، فلقيا مجمع بن يزيد الانصاري ورجالا كثيرا فقالوا: نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع جار جاره أن يغرر خشبا في جداره، فقال الحالف: أي أخى قد علمت أنك مقضى لك على، وقد حلفت فاجعل اسطونا دون جدارى ففعل الآخر، فغرر في الاسطوان خشبة " وهو أيضا عند ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي من حديث أبي سعيد، وعند البيهقي من طريق عبادة. وعند الطبراني في الكبير وأبي نعيم من حديث ثعلبة بن مالك القرظي، وما جاء في بعض ألفاظه من جعل الطريق سبعة أذرع ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة، وعكرمة بن سلمة بن ربيعة مجهول وقوله " لا يمنع " بالجزم على النهى. وفي رواية لاحمد لا يمنع " وفي لفظ للبخاري بالرفع على الخبرية، وهى في معنى النهى. وقوله " خشبة " قال القاضى عياض رويناه في مسلم وغيره من الاصول بصيغة الجمع والافراد، ثم قال: وقال عبد الغنى بن سعيد: كل الناس تقوله بالجمع الا الطحاوي، فانه قال عن روح بن الفرخ. سألت أبا زيد والحرث بن بكير ويونس بن عبد الاعلى عنه. فقالوا كلهم خشبة بالتنوين، ورواية مجمع تشهد لمن رواه بلفظ الجمع. ويؤيدها أيضا ما رواه البيهقي من طريق شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ " إذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على حائطه فلا يمنعه ". قال القرظي وإنما اعتنى هؤلاء الأئمة بتحقيق الرواية في هذا الحرف، لأن أمر الخشبة الواحدة يخف على الجار المسامحة به بخلاف الاخشاب الكثيرة أما الاحكام فان هذه الاحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، ويجبره الحاكم إذا امتنع وبهذا قال الشافعي في القديم وأحد قولى الجديد، وأحمد واسحاق وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث وقال الشافعي في أحد قولى الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء انه يشترط اذن المالك، ولا يجبر صاحب

الجدار إذا امتنع، وحملوا النهي على التنزيه جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه "

[408]

وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقا فيبنى العام على الخاص قال البيهقي: لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم إلا عمومات لا يستنكر أن يخصها. وحمل بعضهم الحديث على ما إذا تقدم استئذان الجار، كما وقع في رواية لابي داود بلفظ " إذا استأذن أحدكم أخاه " وفي رواية لاحمد " من سأله جاره " وكذا في رواية لابن حبان، فإذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع، لا إذا لم يتقدم، وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة، والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم. والمذهب انه إذا أراد رجل أن يضع أجداعه على حائط جاره أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه، فإن كان به إلى ذلك حاجة، مثل أن يكون له براح من الارض ويحيط له بالبراح ثلاثة جدر ولجاره أو شريكه جدار رابع، أو أراد صاحب الجدر الثلاثة أن يضع عليها سقفا فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكنه من ذلك، فيه قولان قال في القديم: يجبر إذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضررا بينا. وبه قال أحمد وغيره ممن مضى ذكرهم لحديث أبي هريرة الذي نكس فيه القوم رؤوسهم، فقال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لارمينها بين أظهركم، يعني هذه السنة التي أنتم عنها معرضون. فإذا قلنا بهذا فلم يبذل الجار له أجبره الامام أن يضع خشبه على جداره. وقال في الجديد لا يجبر على ذلك. قال العمراني: وهو الصحيح، وبه قال أبو حنيفة لحديث لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " ولانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه، كزراعة أرضه والبناء في أرضه (قلت) قد ذهب المصنف إلى أن للخبر تأويلين (أحدهما) أنه محمول على الاستحباب (والثاني) أن معناه إذا أراد الرجل أن يضع خشبة على جدار له لاخراج روشن أو شرفة أو جناح إلى شارع نافذ فليس لجاره المحاذي له أن يمنعه من ذلك، لانه قال لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره، والضمير يرجع إلى أقرب مذكور وهو الجار.

[409]

فأما إذا أراد أن يبنى على الحائط أو يضع عليه خشبا يضر به ضررا بينا أو جدار آخر يمكنه أن يسقف عليه، لم يجبر الجار قولا واحدا، فإذا قلنا بقوله في الجديد فأعاره صاحب الحائط فوضع الخشب عليه لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه، لان اذنه يقتضى البقاء على التأيد، فان قلع المستعير خشبه أو سقطت فهل له أن يعيد مثلها ؟ فيه وجهان. (أحدهما) له ذلك، لانه قد استحق دوام بقائها. (والثاني) ليس له بغير اذن مالك الحائط وهو الصحيح، لان السقف إذا سقط فلا ضرر على المعير في الرجوع. وان أراد صاحب الحائط هدم حائطه، فإن لم يكن مستهدما لم يكن له ذلك، لان المستعير قد استحق تيقية خشبه عليه، وان كان مستهدما فله ذلك، وعلى صاحب الخشب نقله، فإذا أعاد صاحب الحائط حائطه - فان بناه بمادة أخرى - لم يكن لصاحب الخشب إعادة خشبه من غير اذنه، لان هذا الحائط غير الاول. وقال الحنابلة: يجوز إعادة وضعه بغير اذنه. وان بناه

بمادته الاولى بعينها بأن كانت عضادته خشبا فأقامه أو حجرا فرصه، فهل له أن يعيد خشبه بغير اذن على الوجهين الاولين، فان صالحه بمال ليضع أجداعه على جداره في قوله الجديد أو قلنا يجبر الجار على تمكنه من وضعها على القديم فصالح مالك الجدار مالك الخشب ليضع عن جداره الخشب صح الصلح، لان ما صح بيعه صح ابتياعه كسائر الاموال، والله أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان كان في ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بازالة ما حصل في ملكه، فان لم يزل جاز للجار ازالته عن ملكه، كما لو دخل رجل إلى داره بغير اذنه، فان له أن يطالبه بالخروج، فان لم يخرج أخرجه، فان صالحه منه على مال فان كان يابسا لم يجز لانه عقد على الهواء، والهواء لا يفرد بالعقد، وان كان رطبا لم يجز لما ذكرناه ولانه صلح على مجهول، لانه يزيد في كل وقت.

[410]

(الشرح) الاحكام: إذا كانت له شجرة في ملكه فانتشرت أغصانها فوق ملك جاره فللجار أن يطالب مالك الشجرة بازالة ما انتشر فوق ملكه لان الهواء تابع للقرار، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير اذنه، فكذلك هواء أرض جاره، فان لم يزل مالك الشجرة ذلك فللجار أن يزيل ذلك عن هواء أرضه بغير اذن الحاكم كما لو دخلت بهيمة لغيره إلى أرضه فله أن يخرجها بنفسه وقال أصحاب أحمد: إذا امتنع المالك من ازالته لم يجبر لان ذلك ليس من فعله، وعلى كلا الامرين إذا امتنع من ازالته كان لصحاب الهواء ازالته مع عدم الاتلاف، فإذا أتلف شيئا ضمنه كما لو دخلت البهيمة داره فعليه اخراجها بغير اتلاف فإذا أتلفها ضمنها، فان لم يمكنه ازلتها الا بالاتلاف فلا شئ عليه لانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه. قال العمراني في البيان: ينظر فيه فان كان ما انتشر لينا يمكنه أن يزيل ذلك عن ملكه من غير قطع، لواه عن ملكه، فان قطعه لزمه أرش ما نقصت الشجرة بذلك لانه متعد بالقطع، وان كان يابسا لا يمكنه ازالة ذلك عن ملكه الا بقطعه فله أن يقطع ذلك ولا ضمان عليه اه. (قلت) فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم، فان كان غير معتمد على حائطه لم يجز ذلك لانه افراد للهواء بالعقد ان كان يابسا، وان كان رطبا لم يجز أيضا لهذه العلة، ولانه يزيد في كل وقت بنمو الاغصان. وقال أصحاب أحمد كابن حامد وابن عقيل وابن قدامة: يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا، لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه، لان الحاجة داعية إلى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة في القطع اتلاف وضرر قالوا: والزيادة المتجددة يعنى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب. (قلت) والصلح لا يجوز عندنا الا في حالة ما إذا كان الغصن يابسا معتمدا على حائط الجار كما لو صالحه على وضع خشبة على حائطه، وأما الرطب فانه يمكن ليه، ويمكن تهذيبه.

[411]

(فرع) إذا كان سطح داره أعلا من سطح دار جاره لم يجبر من علا سطحه على بناء سترة. وقال أحمد رضى الله عنه: يجبر من علا سطحه على بناء

سترة، لانه إذا صعد سطحه أشرف على دار جاره، والانسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستتضر به غيره، كما لا يجوز أن يدق في ملكه ما يهتز به حائط جاره. دليلنا: أنه حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما على سترة كالاسفل وما ذكره فغير صحيح، لان الاعلى ليس له أن يشرف على الاسفل، وإنما يستتضر الاسفل بالاشراف عليه دون انتفاعه بملكه، ويخالف الدق، لانه يضر بملك جاره، قاله في البيان. (فرع) قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى: يجوز للانسان أن يفتح في ملكه كوة مشرفة على جاره، وعلى جسر عليه، ولا يجوز للجار منعه لانه لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع فكذلك إذا رفع بعضه لم يمنع أه. (قلت) إلا إذا ترتب على ذلك إضرار بجاره وإزالة للجدار الفاصل بين المسكنين مما يترتب عليه كشف سوءات البيت أو تعريض المال للضياع أو زوال صفة الصلاحية للسكنى أجبر على إزالة ذلك فإن كان كوة سدها، وإن كان جداراً أقامه، وسيأتى مزيد لذلك والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار، وظهرها إلى الشارع ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز، لان له حق الاستطراق في الشارع فجاز أن يفتح إليه باباً من الدار، وإن كان باب الدار إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح باباً من الدار إلى الزقاق نظرت، فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لانه يجعل لنفسه حتى الاستطراق في درب مملوك لاهله لا حق له في طريق، فإن قال: أفتحه ولا أجعله طريقاً، بل أغلقه وأسمره، ففيه وجهان. (أحدهما) أن له ذلك، لانه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار، فلان يجوز أن يفتح فيه باباً أولى. (والثانى) لا يجوز، لان الباب دليل على الاستطراق، فممنوع منه، وإن فتح

[412]

في الحائط كوة إلى الزقاق جاز، لانه ليس بطريق ولا دليل عليه، فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى ففيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، لانه يجعل الزقاقين نافذين، ولانه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه، وينت لاهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق (والثانى) يجوز، وهو اختيار شيخنا القاضى رحمه الله، لان له أن يزيل الحاجز بين الدارين، ويجعلهما داراً واحدة، ويترك البابين على حالهما، فجاز أن ينفذ أحدهما إلى الأخرى. (الشرح) الاحكام: إذا كان لرجل دار في زقاق غير نافذ وظهر الدار إلى شارع عام فأراد أن يفتح باباً في ظهر بيته إلى الشارع فإن فتحه وسد الباب الذى في الزقاق جاز له ذلك قولاً واحداً، أما إذا أبقي الباب الذى في الزقاق نظرت فإذا جعله لاستطراق المارة من الشارع إلى الزقاق لم يجز له ذلك، لان الدرب مملوك لاهله لا يعبر أحد أجنبي من زقاقهم، فإذا استأذن أصحاب الزقاق وقال لهم أفتحه ولا أجعله طريقاً، بل أجعل بابى ذا أقفال وترايبس لا يمر فيه الا أهل بيتى وضيغاني ففيه وجهان. (أحدهما) يجوز، لانه إذا جاز أن يهدم الحائط جاز له أن يهدم بعضه. (والثانى) لا يجوز، لان الباب ثغرة يمكن أن يستدل منها المارة على الاستطراق إلى الزقاق فممنوع منه. وقال الحنابلة: يجوز له ذلك قولاً واحداً، ولانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه وعلى القول بالجواز أن قيل: في هذا إضرار بأهل الدرب، لانه يجعله نافذاً يستطرق إليه من الشارع (قلنا) لا يصير نافذاً، وإنما تصير داره نافذة، وليس لاحد استطراق داره، فاما ان كان باب داره إلى الشارع، وليس له

باب إلى الدرب فأراد أن يفتح بابا في ظهر داره إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك،

[413]

لانه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين ملك أربابه، ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي تقدم. (فرع) إذا أراد أن يفتح إلى الدرب كوة أو شباكاً لم يمنع منه، لانه يتصرف في ملكه، وربما أراد ذلك للهواء أو النور أو الشمس. (فرع) فإن كان لرجل داران وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ وظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الاخرى، فإن أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز، وإن أراد أن يفتح من أحدهما باباً إلى الاخرى ليدخل من كل واحدة من الدارين إلى الاخرى، ويدخل من كل واحدة من الدارين فقيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا أنه لا يجوز، لانه يجعل لكل واحدة من الدارين طريقاً من كل واحدة من الدارين، ويجعل الدار كالدرب الواحد، ولانه يثبت الشفعة لكل واحد من الدارين لاهل الدرب الآخر في قول من يثبت الشفعة في الدار لاشتراكهما في الطريق، وهذا لا يجوز. وقال القاضي أبو الطيب: يجوز، لانه يجوز له أن يرفع الحائط كله، فجاز له أن يفتح فيه باباً. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ، فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له لانه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب فقيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، لانه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له (والثاني) يجوز، لان حقه ثابت في جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه، فإن كان بابه في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه، ويجعل إلى عند الباب دهليزاً - إن قلنا: ان من بابه في وسط الدرب - يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب، لم يجر لهذا أن يقدمه، لانه مشترك بين الجميع، فلا يجوز أن يختص به، وإن قلنا لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لانه يختص به.

[414]

(الشرح) الاحكام: إذا كان لرجلين داران في زقاق غير نافذ وباب دار أحدهما قريب من أول الدرب، ولداره فناء يمتد إلى آخر الدرب، وباب دار الآخر في وسط الدرب، فإن أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابيه إلى أول الدرب جاز لانه يترك بعض ما كان له من استحقاق، وإن أراد أن يؤخر بابيه إلى داخل الدرب الذي له فناء داره هناك فقيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان فناء داره يمتد فكان له تأخير بابيه إلى هناك، ولان له بدا في الدرب، فكان الجميع في يدهما (والثاني) ليس له ذلك وهو الصحيح، لانه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق في موضع لم يكن له وإن أراد من باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابيه. قال الشيخ أبو حامد فإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لا فناء لصاحبه فيه كان له ذلك وجهاً واحداً وإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لصاحبه هناك فناء فهل له ذلك؟ يبنى على الوجهين الاولين. فإن قلنا ليس لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابيه فلمن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابيه وهو الصحيح. وإن قلنا

لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابه إلى وسط الدرب، فليس لمن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه إلى فناء دار جاره وقال ابن الصباغ: ينبغي له أن يقدم بابه في فناءه إلى فناء صاحبه وجها واحدا لانه إنما يفتح الباب في فناء نفسه، ولا حق له فيما جاوز ذلك وقال أصحاب أحمد: إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله، فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق، لان له الاستطراق إلى بابه القديم، فقد نقص من استطراقه، ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الاول جاز لان حقه لم يسقط، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك. قال ابن قدامة نص عليه أحمد اه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة وامتنع الآخر، ففيه قولان، قال في القديم يجبر لانه إنفاق على

[415]

مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالانفاق على العبد. وقال في الجديد لا يجبر لانه إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الارض. فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم الممتنع على الانفاق، فان لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه، فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان. ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان. وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه، لانه يعيد رسما في ملك مشترك فلم يمنع منه، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقه، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقصه معا عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لان الحائط عاد بعينه وليس للبانى فيه إلا أثر في تأليفه، وإن بناه بغير آله كان الحائط للبانى، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير اذنه، فإن أراد البانى نقضه كان له ذلك لانه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه، فان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه، لان على هذا القول يجبر على البناء. فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقيته وأجبر عليه، كما أجبر على البناء. وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع، لانه يعيد رسما في ملك مشترك وهو عرصه الحائط فلم يمنع منه، فان بناه بآلته فهو بينهما، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب. وان بناه بآلة أخرى فالحائط له، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وان أراد نقضه كان له، لانه لا حق لغيره فيه. فان قال له الشريك لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه، لان على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر. فإذا بناه لم يجبر على تبقيته. وان قال: قد كان لى عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب، قلنا للبانى: اما أن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة. واما أن تنقضه ليبنى معك، لان القرار مشترك بينهما، فلا يجوز أن يعيد رسمه، ويسقط حق شريكه.

[416]

(الشرح) الاحكام: إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم أو هدماه، فدعا أحدهما إلى بنائه وامتنع الآخر، فهل يجبر الممتنع؟ فيه قولان. هكذا لو كان بينهما نهر عظيم، أو بئر فاجتمع فيه الطين، فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك؟ فيه قولان. وقال أبو حنيفة لا يجبر الممتنع على بناء الحائط، ويجبر على كسح النهر والبئر. وقال أحمد لا يجبر على البناء لانه إذا كان الممتنع مالكة لم يجبر على البناء في ملكه المختص به، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه. وقال مالك وأبو ثور: وأحد القولين عندنا يجبر قال العمراني في البيان: وعندنا الجميع على قولين - وهو يعنى بالجميع الحائط والبئر والنهر في البناء وكسح الطين قال في القديم: يجبر الممتنع منهما. وبه قال مالك رحمه الله تعالى. واختاره ابن الصباغ لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار " فإذا لم يجبر الممتنع أضررنا بشريكه، ولانه إنفاق على ملك مشترك لازالة الضرر فأجبر الممتنع منهما، كالانفاق على الحيوان المشترك. وقال في الجديد لا يجبر الممتنع، لانه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه، فإذا كان مشاركا لغيره لم يجبر عليه، كما لو كان بينهما براح من الارض لا بناء عليه فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع فانه لا يجبر، وعكس ذلك البهيمة والعبد المشتركين، لما لزم صاحبه الانفاق عليه عند الانفرد بملكه أجبر على الانفاق عليه إذا شارك غيره. وأما الخبر فلا حجة فيه، لانا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به، والضرر لا يزال بالضرر، فإذا قلنا بقوله القديم فطالب الشريك شريكه بالبناء لزمه الانفاق معه بقسط ما يملك من الحائط، فان امتنع أجبره الحاكم، فإن كان له مال أخذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه، وإن كان معسرا اقترض له الحاكم من الشريك أو من غيره. وإن بناه الشريك بإذن الحاكم أو بإذن الممتنع كان الحائط ملكا بينهما كما كان

[417]

ويرجع الذي بناه على شريكه بحصته من النفقة، وإن بناه بغير إذن شريكه لأن الحاكم لم يرجع بما أنفق، لانه متطوع بالانفاق، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الاولى كان ملكا بينهما كما كان، لان المنفق انما أنفق على التأليف، وذلك أثر لا عين يملكها. وإن أراد الذي بناه نقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملك لهما، وإن بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذي بناه، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به، فان أراد الذي بناه نقضه كان له ذلك لانه منفرد بملكه وإن قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع ما يخصني من النفقة أجبر الذي بناه على التبقية، لانه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذي بنى على التبقية ببذل النفقة وإن كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير إذن شريكه أو إذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء، لان الماء ينبع في ملكيهما، وليس له الا نقل الطين، وذلك أثر لا عين بخلاف الحائط. وإن قلنا بقوله الجديد لم يجبر الممتنع منهما. فان أراد أحدهما بناءه لم يكن للآخر منعه من ذلك لانه يزول به الضرر عن الثاني، فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان، فلو أراد الذي بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملكهما، فهو كما لو لم ينفرد ببنائه. وإن بناه بآلة له فهو ملك الذي بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به. فان أراد الذي بناه أن ينقضه كان له ذلك لانه ملك له ينفرد به، فان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع اليك ما يخصني من النفقة لم يجبر الذي بنى على التبقية لانه لما لم يجبر على البناء في الابتداء لم يجبر على التبقية في الانتهاء فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا

أن يكون له خشب فيقول له اما أن تأخذ منى ما يخصنى من النفقة وتمكننى من وضع خشبي أو تعلق حائطك لبنية جميعا فيكون له ذلك لانه ليس للذى بناه ابطال رسوم شريكه، هذا إذا انهدم أو هدماه من غير شرط البناء. فأما إذا هدماه على أن يبنيه أحدهما، أو هدمه أحدهما متعديا. قال الشافعي رضى الله عنه أجبرته على البناء واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال هي على قولين، كما لو هدماه من غير شرط

[418]

والذى نص عليه الشافعي رضى الله عنه إنما هو على القول القديم، وهو اختيار المحاملى، لان الحائط لا يضمن بالمثل، ومنهم من قال يجبر قولا واحدا. قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح، لان الشافعي رضى الله عنه نص على ذلك في الجديد، ولانه هدمه بهذا الشرط فلزمه الوفاء به. (فرع) وإن كان الحائط بينهما نصفين فهدماه أو انهدم ثم اصطلحا على أن يبنياه وينفقا عليه بالسوية ويكون لاحدهما ثلث الحائط وللآخر ثلثاه، ويحمل عليه كل واحد منهما ما شاء فلا يصح هذا الصلح، لان الصلح هو أن يترك بعض حقه بعوض. وههنا قد ترك أحدهما لصاحبه سدس الحائط بغير عوض فلم يصح كما لو ادعى على رجل دارا فأقر له بها ثم صالحه المدعى منها على سكنها فلا يصح لانه ملكه الدار والمنفعة، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض كذلك ههنا مثله، ولان هذا شرط فاسد، لان كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ما شاء والحائط لا يحمل ما شاء فلم يصح، كما لو صالحه على أن يبنى على حائطة ما شاء فانه لا يصح لان ذلك مجهول. وإن اصطلحا على أن يبنيا وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة، وينفق عليه الآخر ثلث النفقة، ويحمل على الحائط خشبا معلومة، فقد قال الشيخ أبو حامد في دراسة أولى يصح الصالح، لانه لما زاد في الانفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض. وقال في درسه مرة ثانية لا يصح هذا الصلح لان النفقة التى تزيد على نفقة حقه مجهولة، والصلح على عوض مجهول لا يصح، ولانه صلح على ما ليس بموجود، لان الحائط وقت العقد معدوم اه قال المصنف رحمه الله: (فصل) وان كان لاحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما، فانهدم حيطان السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا لان حيطان السفلى لصاحب السفلى فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء؟ فيه قولان. فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه. وإن لم يكن له مال اقتصر

[419]

عليه، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفلى لانه بنى له وتكون النفقة في ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على العرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفلى لانها ملكه لا حق لصاحب السفلى فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما، فان تبرع صاحب العلو وبنى من غير اذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفلى بشئ، ثم ينظر فإن كان قد بناها بالثمن كانت الحيطان لصاحب السفلى لان الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من

الانتفاع بها ولا يملك نقضها لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من الغرفة، وإن بناها بغير ألتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتدا ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو، ولكن له أن يسكن في قرار السفل لان القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لأنه لا حق لغيره فيها، فإن بذل صاحب السفل القيمة لترك نقضها لم يلزمه قبولها، لأنه لا يلزمه بناؤها قولا واحدا فلا يلزمه تيقنتها ببذل العوض. والله أعلم (الشرح) قوله " يتد " مثل يعد ويزن، وهو الفعل المسمى عند النحاة بالمثال تحذف فاء مضارعة. أما الاحكام: فإن كان حيطان العلو لرجل وحيطان السفل لآخر، والسقف بينهما فانهدم الجميع فليس لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا، لان حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر غيره على بنائها، وهل لصاحب العلو المطالبة بإجبار صاحب السفل على بناء السفل؟ على القولين في الحائط، فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم صاحب السفل على البناء، وإن لم يكن له مال اقترض عليه من صاحب العلو ومن غيره وبنى له سقفه، وكان ذلك دينا في ذمته إلى أن يوسر. وهكذا إذا بنى صاحب العلو حيطان السفل بأذن صاحب السفل أو بأذن الحاكم جاز، وكانت حيطان السفل لصاحب السفل، ولصاحب العلو أن يرجع بما أنفقه على حيطان السفل على صاحب السفل، ثم يعيد علوه كما كان.

[420]

فان أراد صاحب العلو أن يبنى من غير إذن الحاكم وأذن صاحب السفل لم يمنع من ذلك لأنه يستحق الحمل على حيطان السفل، ولا يرجع بما أنفق عليها لأنه متطوع، فان بنى السفل بألته كان ملكا لصاحب السفل كما كان، ويرجع لصاحب العلو نقضها، ولكن يعيد علوه عليها. وإن بناه بألة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو، وليس لصاحب السفل أن يضع عليها شيئا، ولا يتد فيها وتدا، ولكن له أن يسكن في قرار السفل، لان ذلك قرار ملكه، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه له أن يسكن في قرار السفل، لان ذلك قرار ملكه، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه ملكه فان بذل صاحب السفل ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لأنه لم يجبر على البناء في الابتداء فلم يجبر على التبقية في الانتهاء (مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو ادعى على رجل بيتا في يده فاصطلحا بعد الاقرار على أن يكون لاحدهما سطحه، والبناء على جدرانه بناء معلوما فجائر، واختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، فقال أبو العباس بن سريج وصورتها أن يدعى رجل على رجل دارا في يده علوها وسفلها فيقر له بها، ثم اصطلحا على أن يكون السفل والعلو للمقر له. وبينى المقر على العلو بناء معلوما. فيصح الصلح، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة، لان صلح المعاوضة إسقاط بعض حقه بعوض، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض، لأنه ملك العلو والسفل بالاقرار، ثم ترك المقر له للمقر العلو بغير عوض فيكون عارية له الرجوع فيها قبل البناء، وليس له الرجوع بعد البناء، كما قال الشافعي رضى الله عنه: إذا ادعى على رجل دارا فأقر له بها ثم صالحه منها على سكنها فلا يكون صلحا وإنما يكون عارية ومنهم من قال صورتها أن يدعى رجل على رجل سفلى بيت عليه علو ويقر أن العلو للمدعى، فيقر المدعى عليه للمدعى بالسفل، ثم اصطلحا على أن يكون السفل للمدعى عليه، على أن المدعى يبنى على العلو غرفة معلومة البناء فيصح

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني: وهذا أصح التأويلين، وقال ابن الصباغ: الاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى. (مسألة ثانية) إذا ادعى رجل دارا في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفها، وانكر الآخر وحلف له. فصالح المقر للمدعى عن نصف الدار على عوض وصار ذلك النصف للمقر، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة؟ قال الشيخ أبو حامد: إن كان ملكا بجهتين مختلفتين، مثل أن كان أحدهما ورث ما بيده والآخر ابتاع ما بيده، فللشريك المنكر الشفعة، لان الجهتين إذا اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه بالصلح فتثبت فيه الشفعة. وإن اتفقت جهة الملك لهما بالارث مثلا أو الابتاع. ففيه وجهان (أحدهما) ليس للمنكر الاخذ بالشفعة، لانه يقر بأن أخاه أقر بنصف الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح. وهذا يمنعه من المطالبة بالشفعة (والثاني) له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح، لانه قد حكم بنصفها للمقر له وحكم بأنه انتقل إلى المقر له بالصلح، مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل إليه نصيب المقر من غير أن يعلم الآخر. وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال: إن كان إنكار المنكر مطلقا، كان أنكر ما ادعاه فله الاخذ بالشفعة. وإن قال: هذه الدار لنا ورثناها عن أبينا، فهل له الاخذ بالشفعة؟ فيه وجهان (مسألة ثالثة) قال الشافعي رضى الله عنه: إذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شئ بعينه فالصلح جائز، والوارث المقر متطوع ولا يرجع على إخوته بشئ، واختلف أصحابنا في صورتها، فمنهم من قال: صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل دارا في أيديهم كان أبوهم قد غصبه إياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت في دعواك وقد وكلني شركائي على مصالحتك بشئ معلوم، فحكم هذا في حق شركائه حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عليه عينا مع الإنكار، على ما مضى بيانه وقال أبو على الطبري: تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة دينا على

مورثهم، وأن هذه الدار رهن عنده بالدين، فيقر له أحدهم بصحة دعواه وبصالحه عن ذلك بشئ، فحكمه حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عليه بالدين مع إنكاره، قال لان الشافعي رحمه الله قال: وأقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق. ولو أقر بالدار يقال: أقر بالدار، وإنما أراد رهن الدار، وأيهما كان فقد مضى حكمه. قال الشيخ أبو حامد: والتأويل الاول أصح، وقد بين الشافعي رحمه الله ذلك في الام. (مسألة رابعة) قال الشافعي في الام: ولو ادعى رجل على رجل زراعا في الارض فصالحه من ذلك على دراهم فجائز، وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجل زراعا في أرض فأقر له به فصالحه منع بعوض، فان كان بشرط القطع صح الصلح، وإن كانت الارض للمقر كان له تبقية الزرع، لان الزرع له، والارض له. فان قيل هلا كان للمدعى إجباره على القطع، لان له عوضا في ذلك، وهو أنه ربما أصابته جائحة فرفعه إلى الحاكم، يرى إيجاب وضع الجوائح فيضمنه ذلك؟ قال ابن الصباغ: فالجواب أن ذلك إنما يكون إذا لم يشترط القطع. فأما مع شرط القطع فلا يضمن البائع الجوائح، وإن صالحه من غير شرط القطع،

فان كانت الارض لغير المقر لم يصح الصلح، وان كانت الارض للمقر فهل يصح الصلح ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في البيع وان كان الزرع بين رجلين، فادعى عليهما رجل به فأقر له أحدهما بنصفه وصالحه منه على عوض، فان كانت الارض لغير المقر لم يصح، سواء كان مطلقا أو بشرط القطع، لانه ان كان مطلقا فلا يصح لانه زرع أخضر فلا يصح بيعه من غير شرط القطع، وان كان بشرط القطع لم يصح أيضا لان نصيبه لم يتميز عن نصيب شريكه، ولا يجبر شريكه على قلع زرعه، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ، وقد مضى ذكر أقوالهما في البيوع وذكر القاضي أبو الطيب أن ذلك يبنى على القولين في القسمة، هل هي بيع أو اقرار حق ؟ وان كانت الارض للمقر - فان قلنا من اشترى زرعا في أرضه

[423]

يصح من غير شرط القطع صح الصلح ههنا، وان قلنا لا يصح أن يشتري زرعا في أرضه الا بشرط القطع لم يصح ههنا (فرع) قال ابن الصباغ: وان ادعى على رجل زرعا في أرضه فأقر له بنصفه ثم صالحه منه على نصفه على نصف الارض لم يجز، لان من شرط بيع الزرع قطعه. وذلك لا يمكن في المشاع، وان صالحه منه على جميع الارض بشرط القطع على أن يسلم إليه الارض فارغة صح، لان قطع جميع الزرع واجب بنصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وجري مجرى من اشترى أرضا فيها زرع وشرط تفريغ الارض فانه يجوز، كذلك ههنا وان أقر له بجميع الزرع وصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الزرع والارض بينهما نصفين، وشرط القطع في الجميع، فان كان الزرع زرع في الارض بغير حق جاز الصلح لان الزرع يجب قطع جميعه، وان كان الزرع زرع لحق لم يصح الصلح، لانه لا يمكن قطع الجميع وذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني في التعليق أن أصحابنا قالوا: إذا كان له زرع أرض غيره فصالح صاحب الزرع صاحب الارض من نصف الزرع على نصف الارض بشرط القطع جاز، لان نصف الزرع قد استحق قطعه بالشرط، والنصف الاخر قد استحق أيضا قطعه لانه يحتاج إلى تفريغ الارض ليسلها فوجب أن يجوز. قال وهذا ضعيف. أما النصف فقد استحق قطعه. وأما النصف الاخر فلا يحتاج إلى قطعه. لانه يمكن تسليم الارض وفيها زرع قال ابن الصباغ: ولان باقى الزرع ليس يمنع فلا يصح بشرط قطعه في العقد، ويفارق ما ذكرناه إذا أقر بنصف الزرع وصالحه على جميع الارض، لانه بشرط تفريغ المبيع، والله أعلم وبه التوفيق ومنه العون سبحانه

[424]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الحوالة تجوز الحوالة بالدين، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " مطلق الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع " (الشرح) الحول: الحيلة أو القوة أو السنة، وحال الغلام وحالت الدار أتى عليها الحول. وحالت القوس اعوجت، وحال اللون تغير. والحال: الطين. والتحول التنقل والاسم الحول، ومنه قوله تعالى لا يبعون عنها حولا) وذكر الازهرى عن الزجاج أن الحول مصدر كالصغر، وأحال الرجل أتى بالمحال، وأحال عليه بدينه، والاسم الحوالة

بفتح الحاء، المحالة في قولهم لا محالة. أي لابد. والملئ: الغنى الواسع الثراء، ومن هنا تكون الحوالة نقل حق من ذمة إلى ذمة من قولهم: حولت الشئ من موضع إلى موضع إذا نقله إليه. أما حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه باللفظ الذى ساقه المصنف، ورواه أحمد بلفظ " مطلق الغنى ظلم، ومن أحيل على ملئ فليحتل " وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم " مطلق الغنى ظلم وإذا أحلت على ملئ فاتبعه " وإسناده: حدثنا اسماعيل بن توبة ثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر. واسماعيل بن توبة قال ابن أبي حاتم صدوق وبقيه رجاله رجال الصحيح. وقد أخرجه الترمذي وأحمد أيضا والحوالة لا تتم إلا بثلاثة أنفس، محيل. وهو من يحيل بما عليه، ومحتال. وهو من يحتال بما له من الحق، ومحال عليه، وهو من ينتقل حق المحتال إليه. واختلفوا هل هي بيع دين بدين، ورخص فيه فاستثنى عن بيع الدين بالدين. أو هي استيفاء. وقيل هي عقد إرفاق مستقبل، ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف. والمحتال عند الأكثر، والمحال عليه عند بعض، ويشترط أيضا تماثل التقدير

[425]

في الصفات وأن يكون في شئ معلوم، ومنهم من خصها بالنقدين ومنعها في الطعام لأنها بيع طعام قبل أن يستوفى. قوله " مطلق الغنى " الجمهور على أنه من إضافة المصدر إلى الفاعل، والمعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل صاحب الدين، بخلاف العاجز. وقيل هو من إضافة المصدر إلى المفعول، أي يجب على المستدين أن يوفى صاحب الدين. ولو كان المستحق للدين غنيا فإن مطله ظلم، فكيف إذا كان فقيرا، فإنه يكون ظلما بالاولى، ولا يخفى بعد هذا. كما قال الحافظ بن حجر والمطل في الاصل المد. وقال الازهرى: المدافعة قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: والمراد هنا تأخير ما استحق أداءه بغير عذر. قوله " وإذا أتبع " بهمز القطع وإسكان التاء المثناة الفوقية على البناء للمجهول قال الامام النووي: هذا هو المشهور في الرواية واللغة. وقال القرطبي: أما أتبع فبضم الهمزة وسكون التاء مبنيا لما لم يسم فاعله عند الجميع. وأما فليتبع فالأكثر على التخفيف. وقيد بعضهم بالتشديد، والاول أجود، وتعقب الحافظ ما ادعاه من الاتفاق. يقول الخطابي: إن أكثر المحدثين يقولونه. يعنى أتبع بتشديد التاء والصواب التخفيف. والمعنى إذا أحيل فليحتل كما وقع في الرواية الاخرى قوله " على ملئ " قيل هو بالهمز، وقيل بغير همز، ويدل على ذلك قول الكرماني: الملئ كالغنى لفظا ومعنى وقال الخطابي: إنه في الاصل بالهمز. ومن رواه بتركها فقد سهله قوله " فاتبعه " قال الحافظ بن حجر: هذا بتشديد التاء بلا خلاف (قلت) وحديث أبي هريرة وحديث ابن عمر يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملئ أن يحتال، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير، وحمله الجمهور على الاستحباب. قال ابن حجر: ووهم من نقل فيه الاجماع. وقد اختلف في المطل من الغنى هل هو كبيرة أم لا؟ وقد ذهب الجمهور إلى أنه موجب للفسق، واختلفوا هل يفسق بمرة أو يشترط التكرار؟ وهل تعتبر

الطلب من المستحق أم لا ؟ قال في فتح الباري: وهل يتصف بالمطل من ليس القدر الذي عليه حاضرا عنده، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلا ؟ قولان عندنا (أولهما) عدم الوجوب (والثاني) الوجوب مطلقا، وفصل أصحاب قول ثالث بين أن يكون أصل الدين بسبب يعصى به فيجب وإلا فلا. قال الشوكاني: والظاهر الأول لان القادر على التكسب ليس بملئ، والوجوب إنما هو عليه فقط، لان تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعلية. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه، كعوض القرض، وبدل المتلف، فأما مالا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به، لان الحوالة بيع في الحقيقة، لان المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما له في ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه. (الشرح) الاحكام: تجوز الحوالة بعوض القرض وبدل المتلف، لانه حق ثابت مستقر في الذمة، فجازت الحوالة به كبيعته قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني: وتجوز الحوالة بثمن المبيع لانه دين مستقر. وهل تجوز الحوالة بالثمن في مدة الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول القاضي أبي حامد لا تصح الحوالة به لانه ليس بثابت. (والثاني) يصح لانه يؤول إلى اللزوم ولا تجوز الحوالة بالمبيع لانه غير مستقر، لانه قد يتلف قبل القبض فيبطل البيع فيه. (فرع) ولا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه، لان دين السلم غير مستقر لانه يعرضه للفسخ انقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به لانه لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره " وأما المكاتب إذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة، وله ديون جاز

أن يحيل بعض غرمائه على بعض، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بما لهم في ذمته. لان الحق ثابت في ذمته. وأما ما في ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيده أن يحيل به عليه، لانه غير مستقر، لان له أن يعجز نفسه متى شاء، فلا معنى للحوالة به، وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذي عليه على غريم للمكاتب قال ابن الصباغ صحت الحوالة. (قلت) وقد قال أصحاب أحمد كقولنا في كل ما ذكرنا وفي الدين على المكاتب وله حكمه حكم الاحرار، وكذلك ما في ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض، ولا يصح لسيده أن يحيل مال الكتابة إلى غرمائه لانه يستطيع أن يعجز نفسه. واشترط صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لانه بمنزلة أن يقضيه ذلك من يده، وان كان لسيده عليه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل غريما له عليه، فيه وجهان حكاهما الطبري (أحدهما) يصح. ولم يذكر ابن الصباغ غيره، لانه دين لازم (والثاني) لا يصح لانه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لنفسه من دين المعاملة وغيرها، لان السيد لا يثبت له مال على العبد قال الصيمري: وان أحاله رجل على عبده - فإن كان مأذونا في التجارة - جاز، وان كان غير مأذون ففيه وجهان، الاصح لا تصح الحوالة (فرع) إذا أحالت المرأة على زوجها بصدقها قبل الدخول لم يصح لانه دين غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح، لانه له تسليمه إليها

وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر قال المصنف رحمه الله: (فصل) واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة، فمنهم من قال لا تجوز الا بما له مثل، كالاثمان والحبوب وما أشبهها، لان القصد بالحوالة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك الا فيما له مثل، فوجب أن لا يجوز فيما سواه، ومنهم من قال تجوز في كل ما يثبت

[428]

في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان، لانه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض، فجازت الحوالة به كذوات الامثال. (فصل) ولا تجوز الا بمال معلوم، لانا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول واختلف أصحابنا في ابل الدية، فمنهم من قال لا تجوز. وهو الصحيح لانه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره. ومنهم من قال تجوز لانه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به. (الشرح) الاحكام: تجوز الحوالة بالدرهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والادهان، وما استحدث في عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحقق المثلية، فإذا كانت مستعملة وأمكن تحديد الهرش من حيث زمن الاستعمال وقدر الهرش وضبطه ووجد المثل بشهادة الخبير الامين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة، لان القصد بالحوالة ايفاء الغريم حقه من غير زيادة ولا نقصان، وذلك يحصل بما ذكرناه. وهل تصح الحوالة بما لا مثل له مما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التي يصح السلم عليها؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح، لانه مال ثابت في الذمة مستقر فصحت الحوالة به، كالدرهم والدنانير (والثاني) لا يصح، لان المثل فيه لا ينحصر، ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف. فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية، وإذا قلنا بالاول فهل تصح الحوالة بإبل الدية. فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعي رضى الله عنه: إذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الابل في ذمتها له أرش جنايتها عليه. وكذلك قال في الصلح: إذا كان له في ذمته أرش جناية خمس من الابل فصالح عنها، فهل يصح. فيه قولان (أحدهما) يصح لانه دين مستقر في الذمة معلوم العدد والسن. (والثاني) لا يصح وهو الصحيح، لانه مجهولة الصفة، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها

[429]

وقال أصحاب أحمد لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه، لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين، فأما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمذروع والمعدود، ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر، ولهذا لا يضمن بمثله في حالة الاتلاف (الثاني) تصح، ذكره القاضى من الحنابلة قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل، فإن اختلفا في شئ من ذلك لم تصح الحوالة، لان الحوالة ارفاق كالقرض، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل، فتخرج عن موضوعها،

فان كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة، فأحال عليهما رجلا له عليه ألف، على أن يطالب من شاء منهما بألف، ففيه وجهان (أحدهما) تصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني رحمه الله، لأنه لا يأخذ الا قدر حقه. (والثاني) لا تصح، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة، وذلك لا يجوز، ولأن الحوالة بيع فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال " بعثك أحد هذين العبيد " (الشرح) ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من جنس واحد، فإن كان عليه لرجل دنائير فأحاله بها على رجل له عليه دراهم، أو حال من له عليه حنطة على من له شعير أو ذرة لم تصح الحوالة، لان موضوع الحوالة أنها لا تقتصر إلى رضى المحال عليه، فلو صححناها بغير جنس الحق لاشتراط فيها رضاه، لأنه لا يجبر على تسليم غير الجنس الذي عليه، ولأن الحوالة تجرى مجرى المقاصة، لان المحبل سقط ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه، ثم المقاصة لا تصح من جنس بجنس آخر وكذلك الحوالة، ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من نوع

[430]

واحد لما ذكرناه في الجنس. فإن كان له على رجل ألف صحاح، فأحاله بها على من له عليه ألف مكسرة، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة، لان الحوالة في الحقيقة بيع دين بدين، وبيع الدراهم بالدراهم صرف من شرطه القبض في المجلس إلا ان جوزنا تأخير القبض في الحوالة، لأنه عقد إرفاق معروف، فإذا دخل فيه الفضل صار بيعا وتجارة، وبيع الدين بالدين لا يجوز. ألا ترى أن القرض في الحقيقة صرف، لأنه يعطى درهم بدرهم، ولكن جوز تأخير القبض فيه لأنه إرفاق. ولو قال أقرضتك هذه الدراهم المكسرة لتردها على صحاحا لم يصح. وكذلك هذا مثله. (فرع) وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه، فأحاله أحدهما على آخر بألف برئت ذمتها مما له عليهما وإن أحال عليهما رجلا له عليه ألف ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائة صح. وإن أحاله عليهما على أن يطالب من شاء منهما بالالف فهل تصح الحوالة، فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج (أحدهما) تصح الحوالة، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفراييني، لان المحتمل لا يأخذ الا قدر حقه، لان الزيادة انما تكون في القدر أو الصفة، ألا ترى أنه يجوز أن يحبل على من هو أملا منه (والثاني) لا تصح الحوالة، وهو اختيار القاضي أبي الطيب لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة في المطالبة، لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين، ولأن الحوالة بيع فإذا كان الحق على اثنين كان المقبوض منه منهما مجهولا فلم يصح والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين، لانا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح. ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فصح، وان لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هذا يطالب المحبل

[431]

بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن قضاؤه بإذنه يرجع على المحيل، وإن قضاؤه بغير إذنه لم يرجع. (الشرح) الاحكام: إذا كان لرجل على رجل حق فأحاله على من لا حق عليه: فإن لم يقبل المحال عليه الحوالة لم تصح الحوالة ولم يبرأ المحيل لانه لا يستحق شيئاً على المحال عليه. وإن قبل المحال عليه الحوالة فهل تصح الحوالة فيه وجهان (أحدهما) لا تصح. وهو قول أكثر أصحابنا، وهو ظاهر كلام المزني لان الحوالة معاوضة، فإذا كان لا يملك شيئاً في ذمة المحال عليه لم يصح، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة. ولانه لو أحال على من له عليه دين غير لازم أو غير مستقر أو مخالف لصفة دينه لم يصح، فلان لا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى (والثاني) تصح الحوالة. وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، لان المحال عليه إذا قبل الحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق أسقط عنه حقك وأبرئه وعلى عوضه. ولو قال ذلك للزمه لانه استدعى إتلاف ملك بعوض فكذلك هذا مثله فإذا قلنا بهذا فللمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه. وإن قبض المحتال الحق من المحال عليه بإذن المحيل، ثم وهبه المحتال للمحال عليه فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشئ، فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه بشئ، لانه لم يعرم شيئاً، لان ما دفع إليه رجع إليه (والثاني) يرجع عليه وهو المذهب، لانه قد غرم، وإنما يرجع عليه بسبب آخر. وان كان عليه حق مؤجل فأحاله به على رجل لا شئ له عليه، وقبل المحال عليه الحوالة - وقلنا تصح - فإن قضاؤه المحال عليه الحق في محله بإذن المحيل رجع عليه، وان قضاؤه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين، لانه متطوع بالتقديم فإن اختلف المحيل والمحال عليه فقال المحال عليه: أحلت على ولا حق لك على، فأنا أستحق الرجوع عليك لاني قضيت بإذنك، وقال المحيل: بل أحلت بحق لي عليك، فالقول قول المحال عليه مع يمينه، لان الاصل براءة ذمته من الدين. والله أعلم

[432]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال، لانه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً، وهل تصح من غير رضا المحال عليه. ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا انه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الا برضاه، وإن كان على من له عليه حق ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري واختيار المزني أنه لا تجوز الا برضاه لانه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال (والثاني) وهو المذهب أنه تجوز، لانه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضاه من عليه، كالتوكيل في قبضه، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع (الشرح) الاحكام: اعتبار رضاه المحتال، هو مذهبننا ومذهب مالك رضي الله عنه. وقال أحمد وأصحابه وداود وأهل الظاهر لا يعتبر الرضا. قال الخرقي ومن أحيل بحقه على ملئ فواجب عليه أن يحتال وقال ابن قدامة، قال أحمد في تفسير الملئ " كان الملئ عنده أن يكون ملئاً بماله " وقوله وبدنه ونحو هذا، فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما. وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما، لانها معاوضة فيقتضى الرضا من المتعاقدين. (قلت) ودليل أحمد وداود وأهل الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم " إذا أحيل على ملئ فليحتل " وهذا أمر، والامر يقتضى الوجوب أما دليلنا فان الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله إلى غير ذمته بغير

رضا من له الحق، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله إلى عين أخرى بغير رضا من له الحق. وأما الحديث فمحمول على الاستحباب وأما المحيل فإن البغداديين من أصحابنا قالوا يعتبر رضاه لان الحق عليه فلا يتعين عليه جهة قضائه، كما لو كان له دراهم في كيسه فليس لصاحب الحق أن يطالب باجباره على أن يقضيه حقه من كيس معين.

[433]

وأما الخراسانيون فقالوا: هل يعتبر رضا المحيل ؟ فيه وجهان. وصورتها أن يقول المحتال عليه لرجل أحتك على نفسي بالحق الذي لك على فلان، فإذا قال: قبلت، فهل يصح ؟ على الوجهين بناء على الوجهين فيما لو قال: ضمننت عنه بشرط أن تبرئه. وعندني أن هذين الوجهين إنما يتصوران في المحال عليه، إذا لم يكن عليه حق للمحيل - وقلنا: تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه - فأما إذا كان عليه حق للمحيل فهل يعتبر في صحة الحوالة ؟ فيه وجهان. أحدهما: وهو قول ابن القاص وأبي سعيد الخدري وأبي سعيد الاصطخري أن الحوالة لا تصح إلا برضاه، وهو قول الزهري، لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال. والثاني: وهو المذهب أن الحوالة تصح من غير رضاه، لان المحيل أقام المحتال مقامه في القبض فلم يعتبر رضا من عليه الحق، كما لو وكل من له الحق وكيلًا في القبض، فإنه لا يعتبر رضا من عليه الحق. قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل لان الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وإيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل. (فصل) ولا يجوز شرط الخيار فيه، لأنه لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت لانه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصالح (والثاني لا يثبت، لانه يجري مجرى الأبراء، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس. (الشرح) الأحكام: قال الشيخ أبو حامد. اختلف أصحابنا في الحوالة هل هي بيع أو رفق، على وجهين، فمنهم من قال. انها رفق لقوله صلى الله عليه وسلم " فإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل " فندب إلى الحوالة والبيع مباح لا مندوب

[434]

إليه، وإنما المندوب إليه الرفق لقوله صلى الله عليه وسلم في القرض " قرض درهم خير من صدقة " ولان الحوالة لو كانت بيعاً لدخل فيها الفضل، ولما صحت بالدين ومنهم من قال. ان الحوالة بيع، لان البيع ضربان. ضرب بلفظ البيع فيدخله الربح والفضل والمغابنة. وضرب منه بغير بلفظ البيع القصد منه الرفق فلا يدخله الفضل والمغابنة، ولا يقتضى التمليك كالبيع، لان المحيل يملك المحتال ماله في ذمة المحال عليه الا أنهما اختلفا في الاسم ليعرف به المطلوب من كل واحد منهما فإذا قلنا: انها رفق لم يدخلها خيار المجلس كالقرض. وإذا قلنا: انها بيع دخلها خيار المجلس في الصرف. وأما خيار الثلاث فلا يدخلها بالاجماع، وعندني أن الوجهين في الحوالة على من لا حق له عليه برضا المحال مأخوذان من هذا، فإذا قلنا. ان الحوالة رفق صحت، وان قلنا. انها بيع لم تصح. قال المصنف رحمه الله

تعالى: (فصل) وان أحاله على ملئ فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع إلى المحيل، لانه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض، وان أحاله على رجل بشرط أنه ملئ فبان أنه معسر فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا. وقال له الخيار، لانه غيره بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبدا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب. وقال عامة أصحابنا لا خيار له، لان الاعسار نقص، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع، وبخالف الكتابة، فان عدم الكتابة ليس بنقص، وانما هو عدم فضيلة، فاختلف الامر فيه بين أن يشترط وبين أن لا يشترط. (الشرح) الاحكام. إذا أحال بالحق انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. وبرئت ذمة المحيل، وهو قول العلماء كافة. وقال زفر لا ينتقل الحق من ذمة المحيل، وانما يكون له مطالبة أيهما شاء كالضمان. دليلنا: أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة

[435]

إلى ذمة، فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه، إذا ثبت أن الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بأفلاس المحال عليه، ولا بموته، ولا بجوده ويمينه، وبه قال مالك والليث وأحمد رضى الله عنهم وروى ذلك عن على كرم الله وجهه. وقال أبو حنيفة: يرجع إليه في حالين، إذا مات المحال عليه مفلسا، وإذا جحد الحق وحلف. وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع إليه في هذين الحالين، وفي حالة ثالثة إذا أفلس المحال عليه، وحجر عليه. وقال الحكم: يرجع عليه في حالة واحدة إذا مات المحال عليه مفلسا، وأبى من الوصول إلى حقه لقوله صلى الله عليه وسلم " مظل الغنى ظلم وإذا أتبع على ملئ فليتبع ". وقال أصحاب أحمد رضى الله عنه: لانه شرط ما فيه المصلحة للعقد في عقد معاوضة. فيثبت الفسخ بقواته ويرجع على المحيل، كما لو شرط صفقة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد، بدليل اشتراط صفقة في المبيع. وقال الشافعي رضى الله عنه: فلما ندب المحتال إلى إتباع المحال عليه بشرط أن يكون المحال عليه مليئا علم أن الحق يتحول عن المحيل إلى ذمة المحال عليه تحولا يمنع المحتال من الرجوع إلى المحيل إذ لو كان له الرجوع إليه لم يكن لعقد هذا الشرط ضرورة. وقال الربيع بن سليمان: أخبرنا الشافعي في الاملاء قال. والقول عندنا - والله أعلم - ما قال مالك بن أنس، ان الرجل إذا أحال الرجل على الرجل بحق له، ثم أفلس المحال عليه أو مات لم يرجع المحال على المحيل أبدا، فان قال قائل ما الحجة فيه ؟ قال مالك بن أنس أخبرنا عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " مظل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع " فان قال قائل. وما في هذا مما يدل على تقوية قولك، قيل. رأيت لو كان المحال يرجع على المحيل كما قال محمد بن الحسن إذا أفلس المحال عليه في الحياة أو مات مفلسا، هل يصير المحال على من أحيل، رأيت لو أحيل

[436]

على مفلس وكان حقه نائبا عن المحيل هل ان يرداد بذلك الا خيرا ان ايسر المفلس، والا فحقه حيث كان، ولا يجوز الا أن يكون في هذا. ثم قال: أما قولنا: إذا برئت من حقلك وضمنته غيري فالبراءة لا ترجع إلى أن تكون مضمونة، وأما لا تكون الحوالة جائزة، فكيف يجوز أن أكون بريئا من دينك إذا أحلتك لو حلفت وحلفت ما لك على حق بررنا، فان أفلس عدت على بشئ بعد أن برئت منه بأمر قد رضيت به جائزا بين المسلمين واحتج محمد بن الحسن بأن عثمان قال في الحوالة والكفالة: يرجع صاحبه لا توى على مسلم، وهو في أصل قوله يبطل من وجهين، ولو كان ثابتا عن عثمان لم يكن فيه حجة، إنما شك فيه عثمان. ولو ثبت ذلك عن عثمان احتمل حديث عثمان خلافة. وإذا أحال الرجل على الرجل بالحق فأفلس المحال عليه أو مات ولا شئ له لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل، من قبل أن الحوالة تحول حق من موضعه إلى غيره، وما تحول لم يعد، والحوالة مخالفة للحمالة، ما تحول عنه لم يعد إلا بتحديد عودته عليه، وتأخذ المحتال عليه دون المحيل بكل حال. اه قال أصحابنا: ولان عموم الخبر يدل على أنه يتبع أبدا، وان مات مفلسا أو جحد فحلف. وروى أن جد سعيد بن المسيب كان له على بن علي بن أبي طالب رضى الله عنه حقا فسأله أن يحيل به على رجل فأحاله به عليه فمات المحال عليه فعاد جد سعيد يسأل عليا رضى الله عنه حقه فقال له علي: اخترت علينا غيرنا أبعدك الله. فثبت أنه اجماع لانه لم ينكر علي على رضى الله عنه أحد من الصحابة رضى الله عنهم، ولانه لا يخلو أما أن يكون بالحوالة سقط حقه من ذمة المحيل، أو لم يسقط، فان لم يسقط حقه عنه كان له الرجوع عليه، سواء مات المحال عليه أو لم يمت، وسواء أفلس أو لم يفلس. وان كان قد سقط حقه عنه فكيف يرجع بالاعسار والجحود. لان الحوالة كالقبض للحق فلم يرجع على المحيل، كما لو قبض عن حقه عوضا فتلف في يده. (فرع) إذا كان عليه لرجل فأحاله على من له عليه دين، ثم ان المحيل

[437]

قضى المحتال صح القضاء، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشئ، إذا قضى بغير إذنه. وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه: يكون له الرجوع عليه. دليلنا أن الحوالة قد صحت، وإنما يتبرع بالقضاء، فلم يرجع عليه بشئ، ولانه لا يملك ابطال الحوالة فكان يدفعه متبرعا، كما لو قضى عنه أجنبي. (فرع) فان أحاله على رجل ولم يشترط أنه ملئ أو معسر فبان أنه معسر لم يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك إذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل دليلنا أن الاعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار فكذلك إذا ثبت أنه معسر حال العقد، وأما إذا أحاله على رجل بشرط أنه ملئ قال الشيخ أبو حامد، فان قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر فقبل الحوالة، ثم بان أنه معسر فقد روى المزني عن الشافعي أنه لا يرجع على المحيل أبدا، سواء كان المحال عليه غنيا أو فقيرا أفلس أو مات معدما، غره أو لم يغر. واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلمة بشرط أنها سليمة من العيب فبان بخلافها، قال وما نقله المزني فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شئ من كتبه. وقال أكثر أصحابنا ليس له أن يرجع عليه كما نقله المزني، لان الاعسار لو كان غنيا في الحوالة لثبت له به الخيار من غير شرط كالعيب في المبيع، ولان التفريط في البيع من جهة البائع حيث لم يبين العيب في سلعته. فإذا لم يبين ثبت للمشتري الخيار. والتفريط ههنا

من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليه ولان السلعة حق للمشتري فإذا وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى الثمن. وليس كذلك ذمة المحال عليه لانها ليست بنفس حق المحتال وانما هي محل لحقه فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان في حقه، وانما يتأخر حقه، ألا ترى أنه قد يتوصل إلى حقه من هذه الذمة الخرية. بأن يوسر أو يستدين فيفضيه حقه بخلاف المبيع إذا وجده معيبا. والله أعلم

[438]

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن اشترى رجل من رجل شيئا بألف، وأحال المشتري البائع على رجل بالالف، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو علي الطبري لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشتري على البائع بالثمن لانه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبدا وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده. وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة، وهو الذي ذكره المزني في المختصر، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لان الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنا فإذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب ان تبطل الحوالة وبخالف هذا إذا اشترى عبدا وقبضه وباعه لان العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني، فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما، فوجب إبطالها. وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول فغى الحوالة وجهان بناء على المسألة قبلها. وإن أحال البائع رجلا على المشتري بالالف، ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهها واحدا، لانه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبي المحتال، فلم يحز إبطالها. (الشرح) الاحكام: إذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشتري البائع بالالف على رجل عليه للمشتري ألف، ثم وجد المشتري بالسيارة عيبا فردها. فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب. بل ثبت في ذمة المحال عليه ويرجع المشتري على البائع بالثمن. وإن رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزني في المختصر أن الحوالة باطلة. وقال في الجامع الكبير الحوالة ثابتة. واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق. فقال أبو العباس بن سريج وأبو علي ابن أبي هريرة: تبطل الحوالة كما ذكر في المختصر. لان الحوالة وقعت بالثمن

[439]

فإذا رد المبيع بالعيب انفسخ البيع فسقط الثمن فبطلت الحوالة. وقال أبو علي في الافصاح لا تبطل الحوالة كما ذكر في الجامع الكبير، لان الحوالة كالقبض فلم تبطل برد المبيع، كما لو قبض المحتال مال الحوالة ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فرده ولان المبتاع دفع إلى البائع بدل ماله في ذمته وعاقضه بما في ذمة المحال عليه، فإذا انفسخ العقد الاول لم ينفسخ الثاني، كما لو أعطاه بالثمن ثوبا وسلمه إليه ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فإن العقد لا ينفسخ في الثوب ومنهم من قال هي على حالين. فحيث قال الحوالة باطلة أراد إذا رد المبيع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة. وحيث

قال الحوالة لا تبطل أراد إذا رد المبيع بعد قبض البائع مال الحوالة. ومنهم من قال هي على حالين آخرين. فحيث قال تبطل الحوالة أراد إذا ادعى المشتري وجود العيب فصدقه البائع، لان الحوالة تمت بهما جميعا فانحلت بهما. وحيث قال لا تبطل أراد دعوى المشتري أن العيب كان موجودا حال العقد وقال البائع بل حدث في يدك وكان مما يمكن حدوثه فلم يحلف البائع وحلف المشتري، فإن الحوالة لا تنفسخ، لان الحوالة تمت بهما فلم ينفسخ بأحدهما، هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ بأحدهما: هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار، فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ والحوالة تبطل وجهها واحدا. سواء كان قبل القبض أو بعده، لان البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار، وإذا لم يلزم لم تلزم الحوالة لانها متعلقة بالثمن، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد، وهذا بدل من قوله ان الحوالة بالثمن في مدة الخيار تصح، وقد مضى فيها وجهان (فرع) وإن أحال الزوج زوجته بالمهر ثم اردت قبل الدخول، أو وحد أحدهما بالآخر عيبا ففسخ النكاح، فان كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة لم تبطل الحوالة، وان كان ذلك قبل القبض فعلى الخلاف المذكور في البيوع (فرع) وإن أحال البائع رجلا بالثمن على المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فرده لم تنفسخ الحوالة وجهها واحدا، لانه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي فلم يبطل حقه بغير رضاه، وهكذا لو أحالت الزوجه بمهرها على

[440]

الزوج رجلا ثم اردت قبل الدخول لم تبطل الحوالة، لانه تعلق بالحوالة حق أجنبي وهو المحتال فلا يبطل من غير رضاه، والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن أحال البائع على المشتري رجلا بألف ثم اتفقا على أن العبد كان حرا فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة، كما لو اشترى عبدا وباعه ثم اتفق البائع والمشتري أنه كان حرا فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لانهما كذبا البينة بدخولهما في البيع. وان صدقهما المحتال بطلت الحوالة لانه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة (الشرح) الاحكام: ولو اشترى رجل من رجل عبدا بألف ثم أحال البائع رجلا له ألف على المشتري ثم صادف البائع والمشتري أن العبد كان حرا وقت البيع فان صدقهما المحتال على حرية العبد وقت البيع وأن الحوالة وقعت بالثمن حكم ببطلان الحوالة وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه لان الحوالة وقعت بالثمن وقد صدقهما أنه لا ثمن للبائع على المشتري. وان كذبهما المحتال ولم يكن هناك بينة فالقول قول المحتال مع يمينه لان الحوالة تمت بالمحيل والمحتال فلا يتحلل إلا بهما. كما أن البيع لما تم بالبيع والمشتري لا ينفسخ البيع الا بهما. ولانه قد تعلق بالثمن حق غير المتعاقدين فلا يبطل حقه بقول المتبايعين كما لو اشترى عبدا فقبضه وباعه من آخر ثم اتفق المتبايعان الاولان أن العبد كان حرا فإنهما لا يحيلان على المتبايع الثاني. فإذا حلف المحتال قبض المال من المشتري. وهل يرجع المشتري على البائع بذلك. فيه وجهان قال صاحب الفروع يرجع عليه. لان المشتري قضى عن البائع دينه باذنه فرجع عليه وقال الطبري في العدة لا يرجع عليه لان المشتري يقر أن المحتال ظلمه بأخذ ذلك منه فلا يرجع به على غير من ظلمه. وان أقام البائع والمشتري بينة فهل تسمع. فيه وجهان

قال الشيخ أبو إسحاق لا تسمع، لانهما كذبا البينة بدخولهما في البيع، وقال الشيخ أبو حامد وصاحب الفروع: إن شهدت البينة أن العبد حر الاصل، وأن الحوالة وقعت بالثمن أو شهدت بأنه حر الاصل وأقر المحتال بأن الحوالة وقعت بالثمن بطلب الحوالة، لانه إذا ثبت أنه حر تبينا أنه لم يتعلق بذمة المشتري شئ فحكم ببطلان الحوالة، وإن أقام العبد بينة بحريته، قال ابن الصباغ ثبتت حريته وبطلت الحوالة، ولم يذكر له وجهها والذي يقتضى المذهب أن الحوالة لا تبطل بذلك، لان العبد يحكم بحريته بتصادق البائع والمشتري، ولا تبطل الحوالة بذلك فكذلك إذا أقام العبد بينة، ولان المتبايعين إذا كانا مقرين بحريته فلا حاجة به إلى إقامة البينة فلا تبطل الحوالة بإقامته البينة. وإن صدقهما المحتال أنه كان حرا وادعى أن الحوالة وقعت بغير الثمن وقال بل وقعت بالثمن أو أقاما البينة أن العبد كان حرا، ولم يذكر البينة أن الحوالة وقعت بالثمن، فالقول قول المحتال مع يمينه، لانهما يدعيان ما يفسدها، والاصل صحتها، قال الشيخ أبو حامد: ويحلف على العلم. قال المصنف رحمه الله تعالى. (فصل) إذا أحال رجل رجلا له عليه دين علي رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني نظرت، فان اختلفا في اللفظ فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتني، بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل، لانهما اختلفا في لفظه، فكان القول فيه قوله، وإن اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني ففيه وجهان. قال أبو العباس: القول قول المحتال، لان اللفظ يشهد له. ومن أصحابنا من قال: القول قول المحيل، وهو قول المزني، لانه يدعى بقاء الحق في الذمة والمحتال يدعى انتقال الحق من الذمة، والاصل بقاء الحق في الذمة. فإن قلنا: بقول أبي العباس، وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرئ المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه، وإن قلنا بقول المزني فحلف المحيل ثبتت الوكالة

فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بانكاره فان كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يرجع، لانه أقر ببراءة ذمته من دينه. (والثاني) له أن يرجع لانه يقول: إن كنت محتالا فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة، وإن كنت وكيلًا فحقي باق في ذمته فيجب أن يعطيني، وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه، لانه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لانه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده. وان قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال بل وكلتني، فقد قال أبو العباس القول قول المحيل، لان اللفظ يشهد له. وقال المزني: القول قول المحتال، لانه يدعى بقاء دينه في ذمة المحيل، والاصل بقاءه في ذمته. فان قلنا بقول أبي العباس فحلف المحيل برئ من دين المحتال، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين، لانه إن كان محتالا فله مطالبة بمال الحوالة، وإن كان وكيلًا فله المطالبة بحكم الوكالة، فإذا قبض المال صرف إليه، لان المحيل يقول: هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول: هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه. وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال، ثبت أنه وكيل، فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته،

وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشئ فيه وجهان. (أحدهما لا يرجع،
لانه مقر بأن المال صار للمحتال. (والثاني) يرجع، لانه إن كان وكيلاً فدينه
ثابت في ذمة المحال عليه وإن كان محتالاً فقد قبض المحتال المال منه
ظلماً، وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال، فكان له قبضه عوضاً
عما أخذه منه ظلماً فإن كان قد قبض المال فإن كان باقياً صرف إليه، لانه
قبضه بحوالة فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة
المحيل. وإن كان تالفاً نظرت، فإن تلف بتفريط لزمه ضمانه، وثبت للمحيل
عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصاً، وإن تلف من غير تفريط

[443]

لم يلزمه الضمان، لانه وكيل، ويرجع على المحيل بدينه، وببرأ المحال عليه،
لانه إن كان محتالاً فقد وفاه حقه وإن كان وكيلاً فقد دفع إليه. (الشرح)
الاحكام: قال أبو العباس بن سريج: إذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من
له الدين لرجل لا شئ له عليه، أحلتك على فلان بألف، فهذا توكيل منه في
القبض، وليس بحوالة، لان الحوالة إنما تكون عمن له حق، ولا حق للمحتال
ههنا فثبت أن ذلك توكيل. وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على
خالد ألف، فاختلف زيد وعمرو، فقال زيد. أحلنتي بالألف التي عليك لي
بالألف التي لك على خالد بلفظ الحوالة. وقال عمرو. بل وكلتك بأن يقبضها
لي منه بلفظ الوكالة، فالقول قول عمرو لانهما اختلفا في لفظه، وهو
أعلم بلفظه، ولانه قد ثبت استحقاق عمرو الألف في ذمة خالد، وزيد يدعى
أن ملكها قد انتقل إليه بالحوالة، والاصل بقاء ملك عمرو عليها، وعدم ملك
زيد. فإن قال عمرو لزيد. أحلتك على خالد بالألف التي لي عليه، فقيل زيد
ثم اختلفا فقال عمرو وكلتك لتقبضها لي منه. ومعنى قولى أحلتك أي
سلطتك عليه وقال زيد. بل أحلنتي عليه بديني الذي لي عليك، فاختلف
أصحابنا فقال المزني. القول قول المحيل وهو عمرو. وقال الشيخ أبو
حامد والطبري: وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج وأكثر أصحابنا،
وهو قول أبي حنيفة. لانهما قد اتفقا على ملك عمرو للألف التي في ذمة
خالد، واختلفا في انتقالها إلى زيد وهو المحتال كان القول قول عمرو لان
الاصل بقاء ملكه عليها، وإن كان الظاهر مع زيد، كما لو كان لرجل سيارة
في يد آخر فادعى من هي بيده أن مالكةا وهبها منه. وقال المالك. بل
أعرتكها فالقول قول المالك. وكما لو كانت دار في يد رجل فادعى رجل
أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها، وأقام على ذلك بينة، وادعى من هي بيده أنها
ملكه فإنه يحكم بها لصاحب البينة لانه قد عرف له أصل ملك، وإن كان
الظاهر مع صاحب اليد.

[444]

(والوجه الثاني) حكاه المصنف وابن الصباغ عن أبي العباس بن سريج أن
القول قول زيد وهو المحتال، لان اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من
ذمة إلى ذمة، فكان اللفظ يشهد له. كما لو تنازعا داراً وهى في يد أحدهما
فوجهان فذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يرجع عليه، والثاني. له أن يرجع
عليه، لان المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة المحال عليه يمكنه أخذه
عن حقه، فإذا قلنا يرجع عليه لان المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة

المحال عليه للمحيل، وإن كان المحتال كاذبا فقد استحق المحيل على المحتال ما أخذه منه ظلما، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه. فإذا قلنا: يرجع عليه، فالذي يقتضى المذهب أنه يرجع عليه بأقل الامرين مما أخذ منه المحتال أو الدين الذي على المحال عليه لأنه إن أعطى المحتال أكثر من حقه فلم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر مما عنده، وإن أعطى المحتال أقل من حقه فهو يقر أن جميع ما على المحال عليه للمحتال، وإنما يرجع من ماله بالقدر الذي أخذه منه، وما زاد عليه يقر به المحتال. وإن قلنا: القول قول المحيل فحلف فبرئ من دين المحتال، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه إما بحكم الحوالة أو الوكالة فإذا أخذ منه المال أمسكه بحقه لان المحيل يقول. هو له بحق الحوالة، والمحتال يقول. هو للمحيل ولى عليه مثله وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل، فكان له أخذه. (مسألة) إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم، ولخالد على زيد ألف درهم فجاء خالد إلى عمرو وقال. قد أحالني زيد بالالف التي عليك له فان صدقه وجب عليه دفع المال إليه، ثم ينظر في زيد فان صدقه فلا كلام، وإن كذبه كان القول قوله مع يمينه، لان الاصل عدم الحوالة، فإذا حلف رجح زيد بالالف على عمرو، ولا يرجع خالد على زيد بشئ، لأنه إن كان قد قبض حقه من عمرو فقد استوفى، وإن لم يقبضه فله أن يطالبه بحقه، لانهما متصادقان على الحوالة. وان كذب عمرو خالدا ولا بينة فالقول قول عمرو مع يمينه، لان الاصل

[445]

عدم الحوالة، فإذا حلف سقطت دعوى خالد، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشئ لأنه يقر أن ذمته برئت من حقه، ثم ينظر في زيد فان كذب خالدا كان له مطالبة عمرو بدينه، وإن صدق خالدا ففيه وجهان. قال عامة أصحابنا: يبرأ من دين زيد لأنه قد أقر بذلك. وقال ابن الصباغ إذا قلنا: ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه، فان الحوالة ثبتت بتصادق المحيل والمحتال. (فرع) إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فطالبه بها فقال من عليه الدين أحلت بها على فلان الغائب، وأنكر المحيل فالقول قوله مع يمينه، لان الاصل عدم الحوالة، فان أقام من عليه الدين بينة بالحوالة. قال ابن الصباغ: سمعت البيهقي لاسقاط حق المحيل عليه، ولا يثبت بها الحق للغائب، لان الغائب لا يقضى له بالبينه، فإذا قدم الغائب وادعى فانما يدعى على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له بذلك فلا يحتاج إلى إقامة البيهقي ولو ادعى رجل على رجل أنه أحاله على فلان الغائب، وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه، وان أقام المدعى بينة ثبتت في حق الغائب، لان البيهقي يقضى بها على الغائب، فان شهد للمحتال ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يشهدان لابيهم، وان شهد له ابنا المحال عليه أو ابنا المحيل قبلت شهادتهما، لانهما يشهدان على أبيهما، والله تبارك وتعالى أعلم. تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر وأوله كتاب الضمان