

# نهاية المحتاج

إلى

شرح المنهاج

في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله  
عنه

تأليف

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة  
ابن شهاب الدين الرملي المصري الأنصاري  
الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة  
1004 هجرية

## الجزء الرابع

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب الخيار)

هو اسم من الاختيار الذي هو طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ والأصل في البيع اللزوم، إلا أن الشرع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين رخصة إما لدفع الضرر، وهو خيار النقص الآتي، وإما للتروي، وهو المتعلق بمجرد التشهي، وله سببان: المجلس والشرط، وقد أخذ في بيانها مقدما أولهما لقوة ثبوته بالشرع من غير شرط وإن اختلف فيه. وأجمع على الثاني، فقال (يثبت خيار المجلس في) كل معارضة محضة، وهي ما تفسد بفساد عوضها نحو (أنواع البيع) كبيع أب وإن علا مال طفله لنفسه وعكسه فإن ألزم من طرف بقي للآخر كما في البسيط وبيع جمد في شدة حر لخبر {البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر} بنصب يقول بأو بتقدير إلا أن أو إلى أن لا بالعطف وإلا لقال يقل بالجزم، وهو لا يصح لأن القصد استثناء القول من عدم التفرق أو جعله غاية له لا مغايرته له الصادقة بعدم القول مع عدم التفرق، وزعم نسخه لعمل أهل المدينة بخلافه ممنوع لأن جل عملهم لا يثبت به نسخ كما قرر في الأصول على أن ابن عمر من أجلهم، وهو راوي الحديث كان يعمل به (كالصرف وبيع الطعام بالطعام) وما استشكل به ثبوت الخيار في الصرف مع أن القصد به تروي

العاقِد في اختيار الأفضل له. والمماثلة شرط في الربوي فالأمران مستويان، فإذا قطع بانتفاء العلة فكيف يثبت الخيار؟ يرد بما علم مما مر أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهي، على أن هذا غفلة عما مر فيها المعلوم منه أنها لا تمنع أن أحدهما أفضل (والسلم والتولية والتشريك) لشمول اسم البيع لها، ولو باع العبد من نفسه لم يثبت له خيار كما في المجموع ولا لسيدته خلافا للزركشي، ولا يرد ذلك لأن هذا عقد عتاق لا بيع، وينبغي أن يلحق به البيع الضمني لأنه لا بد فيه من تقدير دخوله في ملك المشتري قبل العتق، وذلك زمن لطيف لا يتأتى معه تقدير آخر فالخيار فيه غير ممكن. قاله الزركشي، ويثبت أيضا في قسمة الرد فقط دون قسمتي الإفراز والتعديل ولو بالتراضي لأن الممتنع عنه مجبر عليه (وصلح المعاوضة) على غير منفعة، بخلاف صلح الحطيطة فإنه في الدين إبراء وفي العين هبة. أما صلح المعاوضة على منفعة فإجارة، ولا يرد عليه لما سيأتي في كلامه من عدم الخيار فيها وعلى دم العمد فلا يرد أيضا لأنه معاوضة غير محضة، وقد علم من سياقه أنه لا خيار فيها.

(ولو اشترى من يعتق عليه) كأصله أو فرعه (فإن قلنا) فيما إذا كان الخيار لهما (الملك في زمن الخيار للبائع) وهو مرجوح (أو موقوف) وهو الأصح (فلهما الخيار) لوجود المقتضي بلا مانع (وإن قلنا الملك للمشتري) على الضعيف (تخير البائع) إذ لا مانع أيضا هنا بالنسبة إليه (دونه) إذ قضية ملكه له عدم تمكنه من إزالته وأن يترتب عليه العتق حالا، فلما تعذر الثاني لحق البائع بقي الأول وباللزم يتبين عتقه عليه وإن كان للبائع حق الحبس.

(ولا خيار في) عقد جائز ولو من طرف كرهن. نعم لو شرطه في بيع وأقبضه قبل التفرق أمكن فسخه بأن يفسخ البيع فيفسخ هو تبعا، وضمان ووكالة وقرض وشركة وعارية ووقف وعتق وطلاق إذ لا يحتاج له فيه ولا في (الإبراء) لأنه لا معاوضة فيه (والنكاح) إذ المعاوضة فيه غير محضة (والهبة بلا ثواب) لانتفاء المعاوضة (وكذا) الهبة (ذات الثواب) لا يثبت الخيار فيها لأنها لا تسمى بيعا، والمعتمد بثبوت الخيار فيها ولو قبل القبض لأنها بيع حقيقي (والشفعة) لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر والإجبار (و) كذا (الإجارة) بسائر أنواعها على المعتمد لأنها لا تسمى بيعا ولفوات المنفعة بمضي الزمن فالزمن العقد لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة العوض، ولأنها لكونها على معدوم وهو المنفعة عقد غرر والخيار غرر فلا يجتمعان، ويفرق بين إجارة الذمة والسلم بأنه يسمى بيعا بخلافها، وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن فكان أقوى وأدفع للغرر منه في إجارة الذمة وبينها وبين البيع الوارد على المنفعة كحق الممر بأنه لما

عقد بلفظ البيع أعطي حكمه، ومن ثم لو عقد بلفظ الإجارة لا خيار فيه فيما يظهر وما قاله القفال وطائفة من أن الخلاف في الإجارة في إجارة العين وأما إجارة الذمة فيثبت الخيار فيها قطعاً، ونقله الشارح وأقره طريقة ضعيفة (والمساقاة) كالإجارة (والصداق) لأن المعاوضة فيه غير محضة مع كونه غير مقصود بالذات وعضو الخلع مثله (في الأصح) في المسائل الخمس ومرت الإشارة إلى رد مقابل كل منهما.

(وينقطع) خيار المجلس (بالتخاير) من العاقدين (بأن يختارا لزومه) أي العقد صريحاً كتخايرنا وأمضيناه وأجزناه وأبطلنا الخيار وأفسدناه لأنه حقهما فسقط بإسقاطهما، أو ضمناً بأن يتبايعا العوضين بعد قبضهما في المجلس إذ ذلك متضمن للرضا بلزوم الأول فلا ترد هذه الصورة على مفهوم كلام المصنف (فلو اختار أحدهما) لزومه (سقط حقه وبقي) الخيار (للآخر) كخيار الشرط، وقول أحدهما اخترت أو خيرتك يقطع خياره لرضاه بلزومه لا خيار المخاطب ما لم يقل اخترت إذ السكوت غير متضمن للرضا، ولو أجازا في الربوي قبل التقابض بطل وإن تقابضا قبل التفرق على الأصح كما مر في بابه (و) ينقطع أيضاً بمفارقة متولي طرفي عقد لمجلسه (وبالتفرق ببدنهما) ولو من أحدهما ناسياً أو جاهلاً لا بروحهما كما يأتي في الموت لخبر البيهقي {البيعان بالخيار حتى يتفرقا من مكانهما} وصح عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا باع قام فمشى هنيهة ثم رجع. لا يقال: قضية ذلك حل الفراق خشية أن يستقبله صاحبه وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال {البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله}. لأننا نقول: الحل في الخبر محمول على الإباحة المستوية الطرفين ومحل البطلان بما مر عند تفرقهما بالاختيار، فلو حمل أحدهما مكرها بغير حق بقي خياره وإن لم يسد فمه وكان المبيع ربويًا على الأصح لانتفاء فعله لا خيار صاحبه إن لم يتبعه ما لم يمنع من الخروج معه وإلا بقي، وإن هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر بطل خيارهما مطلقاً لتمكن غير الهارب من الفسخ بالقول مع انتفاء العذر، بخلاف المكره فكأنه لا فعل له، ويؤخذ من تعليلهم بتمكنه من الفسخ أن غير الهارب لو كان نائماً مثلاً لم يبطل خياره ويحتمل خلافه، وعند لحوقه لا بد أن يلحقه قبل انتهائه إلى مسافة يحصل بمثلها المفارقة عادة، وإلا سقط خياره لحصول التفرق حينئذ كما في البسيط، ويحمل عليه ما نقله في الكفاية عن القاضي من ضبطه بفوق ما بين الصفيين، ولا يبطل البيع بعزل الموكل وكيله أو انعزاله في زمن الخيار خلافاً للرويانى ومن تبعه، والأوجه أن خيار الشرط في ذلك كخيار المجلس إذ لا فرق بينهما في إلحاق الشروط كما صرحوا به.

(فلو) (طال مكثهما) في المجلس (أو قاما وتماشيا منازل) وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضا عما يتعلق بالعقد (دام خيارهما) لانتفاء تفرقهما بأبدانهما (ويعتبر في التفرق العرف) فإن كان في سفينة أو مسجد أو دار صغيرة كل منها فبان يخرج أحدهما منه أو يصعد السطح أو كبيرة فبالخروج من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى الصفة أو البيت، وإن كانا في سوق أو صحراء أو بيت متفاحش السعة فبان يولي أحدهما صاحبه ظهره ويمشي قليلا ولو لم يبعد عن سماع خطابه. قال في الأنوار: والمشى القليل ما يكون بين الصفين: أي ثلاثة أذرع ولو كانا في سفينة كبيرة فالنزول إلى الطبقة التحتانية تفرق كالصعود إلى فوقانية، ولا يحصل التفرق بإقامة ستر ولو ببناء جدار بينهما لبقاء المجلس وإن كان بفعلهما أو أمرهما كما صححه والد الروياني، لأن التفرق بالأبدان ولم يوجد بينهما وإن وجد تفرق في المكان خلافا للغزالي في بسيطه والقاضي مجلي وذكر الإمام نحوه، وادعى الأذرع أنه المتجه، ولو تناديا من بعد بيع ثبت الخيار لهما وامتد ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عد تفرقا بطل خيارهما ولو بقصد كل منهما جهة صاحبه خلافا لابن الرفعة، وتقدم أوائل البيع بقاء خيار الكاتب إلى انقضاء خيار المكتوب إليه بمفارقتة لمجلس قبوله.

(ولو) (مات في المجلس) كلاهما أو أحدهما (أو جن) أو أغمي عليه (فالأصح انتقاله إلى الوارث) ولو عاما (والولي) ولو حاكما والسيد في المكاتب والمأذون والموكل كخيار الشرط بل أولى لثبوته بالعقد وإنما قطعوا في خيار الشرط بالانتقال لثبوته لغير المتعاقدين بالشرط، بخلاف خيار المجلس سواء في ذلك عقد الربا وغيره، فإن كان الوارث طفلا أو مجنونا أو محجورا عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل له ما فيه مصلحته من فسخ وإجازة، وعجز المكاتب كموته، قاله في المجموع ومقابل الأصح سقوط الخيار لأن مفارقة الحياة أولى به من مفارقة المكان، فإن كان الوارث مثلا في المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى تفرقهما أو تخايرهما وإن كان غائبا ووصله الخبر فإلى مفارقة مجلس الخبر لأنه خليفة مورثه فيثبت له مثل ما يثبت له، ولو ورثه جماعة حضور في مجلس العقد لم ينقطع خيارهم بفراق بعضهم له بل يمتد إلى مفارقة جميعهم لأنهم كلهم كمورثهم، وهو لا ينقطع خياره إلا بمفارقة جميع بدنه، أو غائبون عنه ثبت لهم الخيار وإن لم يجتمعوا في مجلس واحد كما في بعض نسخ الروض وهو المعول عليه. ويثبت الخيار للعاقد الباقي ما دام في مجلس العقد سواء أكان الوارث الغائب واحدا أو متعددا، وينفسخ العقد بفسخ بعضهم في نصيبه أو في الجميع وإن أجاز الباقيون كما لو فسخ المورث في البعض وأجاز في البعض، ولا يبعض الفسخ للإضرار بالحي ولا

يرد عليه ما لو مات مورثهم واطلعوا على عيب بالمبيع ففسخ بعضهم لا يفسخ لأن الضرر ثم جابرا وهو الأرش ولا جابر له هنا وحاصله أن فسخ بعضهم يفسخ به العقد هنا وهناك لا يفسخ به شيء، ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه نفذ كل منهما على المعتمد بناء على ما لو باع مال مورثه ظلنا حياته وإن قال الإمام الوجه نفوذ فسخه دون إجازته، ولو خرس أحد العاقدين ولم تفهم له إشارة ولا كناية نصب الحاكم نائبا عنه كما لو جن وإن كانت الإجازة ممكنة منه بالتفرق وليس هذا محجورا عليه وإنما ناب الحاكم عنه فيما تعذر منه بالقول، أما لو فهمت إشارته أو كان له كتابة فهو على خياره ولو اشترى الولي لطفله شيئا فبلغ قبل التفرق رشيدا لم ينتقل الخيار إليه لعدم أهليته حال المبيع، وفي بقائه للولي وجهان: أوجهما نعم استصحابا لما كان ويجريان في خيار الشرط.

(ولو) جاء معا و (تنازعا في) أصل (التفرق) قبل مجيئهما (أو) معا أو مرتبا واتفقا على التفرق ولكن تنازعا في (الفسخ قبله) (صدق النافي) للتفرق في الأولى وللفسخ في الثانية (بيمينه) لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ.

### (فصل)

#### في خيار الشرط وما تبعه

(لهما) أي العاقدين بأن يتلفظ كل منهما بالشرط (ولأحدهما) على التعيين لا الإبهام بأن يتلفظ هو به إذا كان هو المبتدي بالإيجاب أو القبول ويوافقه الآخر من غير تلفظ به فلا اعتراض حينئذ على قوله ولأحدهما بل ولا يستغنى عنه وإن زعمه بعضهم، أما لو شرط من تأخر قبوله أو إيجابه بطل العقد، والشرط لانتفاء المطابقة (شرط الخيار) لهما ولأحدهما ولأجنبي كالقن المبيع اتحد المشروط له أو تعدد ولو مع شرط أن أحدهما يوقعه لأحد الشارطين والآخر للآخر، والأوجه كما قاله الزركشي اشتراط تكليف الأجنبي لا رشده، وأنه لا يلزم فعل الأحظ بناء على أن شرط الخيار تمليك له وهو الأقرب، وأن قوله على أن أشاور صحيح ويكون شارطا الخيار لنفسه كما أفاده الأذرعي (في أنواع البيع) التي يثبت فيها خيار المجلس إجماعا لما روي أن حبان بفتح أوله وبالموحدة ابن منقذ و منقذ بالمعجمة والمده روايتان وهما صحابيان {كان يخدع في البيوع، فأرشده صلى الله عليه وسلم إلى أنه يقول عند البيع لا خلافة، وأعلمه بأنه متى قال ذلك كان له خيار ثلاث ليال} ومعناها وهي بكسر المعجمة وبالموحدة لا غبن ولا خديعة، ولهذا اشتهرت في الشرع لاشتراط الخيار ثلاثا، فإن ذكرت وعلمها معناها ثبت ثلاثا وإلا فلا، ويجوز التفاضل فيه كأن شرط لأحدهما خيار يوم وللآخر يومين أو ثلاثة، ولو شرط خيار يوم

فمات أحدهما في أثناءه فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر جاز. قال الروياني: وما اعترضت به عبارة المصنف من عدم تبينه المشروط له الخيار فصارت موهمة غير صحيح، إذ من قواعدهم أن حذف المعمول مؤذن بالعموم كما تفيد عبارته أيضا بهذا الاعتبار صحة شرطه لكافر في مبيع مسلم ولمحرم في صيد لانتفاء الإذلال والاستيلاء في مجرد الإجازة والفسخ وهو ما ذهب إليه الروياني مخالفا لوالده فيه، ويمكن الجواب أيضا عما اعترض به قوله لهما ولأحدهما إلخ من استقلال أحدهما به بأن شرط الخيار مبتدأ خبره قوله في أنواع البيع، وقوله لهما ولأحدهما متعلق بالخيار ولو شرطه لأجنبي لم يثبت لمن شرطه له ما لم يمت الأجنبي في زمنه فينتقل لشارطه ولو وكىلا، ولو مات العاقد انتقل لوارثه إلا أن يكون وليا فللحاكم كما لا يخفى، أو وكىلا فلموكله، وليس لوكيل شرطه لغير نفسه وموكله إلا بإذنه ولو أذن له فيه موكله وأطلق بأن لم يقل لي ولا لك فاشترطه الوكيل وأطلق ثبت له دون الموكل والأوجه أن سكوته على شرط المبتدي كشرطه وإن ذهب بعضهم إلى أن مساعدة الوكيل بأن تأخر لفظه عن اللفظ المقترن بالشرط ليست كاشترطه، لأن المحذور إضرار الموكل وهو حاصل بشرطه وسكوته ولا بد من تعيين ما شرط له بأن يتلفظ هو به إذا كان هو المبتدي بالإيجاب أو القبول ويوافقه الآخر من غير تلفظ به. أما لو شرطه من تأخر قبوله أو إيجابه بطل العقد والشرط لانتفاء المطابقة. واعلم أن خيار المجلس والشرط متلازمان غالبا، وقد يثبت ذاك لا هذا كما أفاده قوله (إلا أن يشترط القبض في المجلس كريبوي وسلم) لامتناع التأجيل فيهما والخيار أعظم غررا حينئذ لمنعه الملك أو لزومه، وشمل ذلك ما لو جرى بلفظ الصلح ويمتنع شرطه أيضا في شراء من يعتق عليه المشتري وحده لاستلزامه الملك له المستلزم لعنته المانع من الخيار، وما أدى ثبوته لعدمه غير صحيح من أصله، بخلاف ما لو شرط لهما لوقفه أو للبايع فقط، إذ الملك له، وفي البيع الضمني وفيما يتسارع إليه الفساد في المدة المشروطة لأن قضية الخيار التوقف عن التصرف فيه فيؤدي لضياع ماليته، وللبايع ثلاثا في مصرأة لمنعه الحب المضرب بها. لا يقال: لم امتنع حله لها فيما لو كان الخيار له مع أن الملك له حينئذ واللبن في زمن الخيار لمن له الملك لأنا نقول: لما كان اللبن الموجود عند البيع مبيعا كان حينئذ كالحمل الموجود عند البيع فيمتنع البائع من الحلب لئلا يفوت غرضه من ترويح اللبن على المشتري كما يعلم مما يأتي واللبن الحادث بعد العقد كالولد الحادث بعده، وما ذهب إليه الأذرعى من طرد ذلك في كل حلوب مردود إذ لا داعي هنا لعدم الحلب، بخلافه ثم فإن ترويجه للتصيرية التي قصدها يمنع من الحلب وإن كان اللبن ملكه والأوجه أن شرطه فيها لهما كذلك، وأن مثل الثلاث ما

قاربها مما شأنه الإضرار بها. لا يقال: ما طريق علم المشتري بتصريتها حتى امتنع عليه شرط ذلك للبائع أو موافقته عليه، لأننا نقول: هو محمول على ما لو ظن تصريتها من غير تحققها، أو أن المراد أن إثم ذلك يختص بالبائع أو أن بظهور التصرية يتبين فساد الخيار وما يترتب عليه من فسخ أو إجازة، ولو تكرر بيع كافر لقنه المسلم بشرط الخيار وفسخه ألزمه الحاكم ببيعه بتا وعلم من تقييد المصنف بالبيع عدم مشروعيته في الفسوخ والعتق والإبراء والنكاح والإجارة وهو كذلك، وقوله كربوي وسلم الكاف فيه استقصائية، ونبه به على أنه لا فرق بين ما يشترط فيه القبض من الجانبين كالربوي أو من أحدهما فقط كالسلم

(وإنما يجوز) شرطه (في مدة معلومة) للمتعاقدين كإلى طلوع شمس الغد ولو لم يقل إلى وقته لأن الغيم إنما يمنع الإشراق لا الطلوع، أو إلى ساعة وهل تحمل على لحظة أو على الفلكية إن عرفاها؟ كل محتمل، والأقرب أنهما إن قصدا الفلكية وعرفاها حمل عليها وإلا فعلى لحظة أو إلى يوم، ويحمل على يوم العقد فلو عقد نصفه مثلا فإلى مثله وتدخل الليلة تبعا للضرورة. قاله المتولي، فإن أخرجها بطل العقد أو نصف الليل انقضى بغروب شمس يوم تاليه كما في المجموع، وما اعترض به من أنه لا بد فيه من التنصيص على دخول بقية الليل وإلا صارت المدة منفصلة عن الشرط يرد بوقوعه تبعا فدخل من غير تنصيص عليه، وكما دخلت الليلة فيما مر من غير أن ينص عليها لأن التلفيق يفضي إلى جواز بعد لزوم فكذا بقية الليل هنا كذلك بجامع أن التنصيص على الليل فيهما ممكن فلزم من قولهم بعدم وجوبه ثم قولهم بعدمه هنا وكون طرفي اليوم الملقق محيطان بالليلة ثم لا هنا لا يؤثر. أما شرطه مطلقا أو في مدة مجهولة فلا يجوز كإلى التفرق أو الحصاد أو العطاء أو الشتاء ولم يريدا الوقت المعلوم لما فيه من الغرر، وإنما يجوز في مدة متصلة بالشرط وإلا لزم جوازه بعد لزومه وهو ممتنع كما مر متوالية (لا تزيد على ثلاثة أيام) لأن الأصل امتناع الخيار إلا فيما ورد به الشرع، ولم يأذن فيما زاد عليها بقيودها المذكورة فما سواها باق على أصله، بل ورد {عنه صلى الله عليه وسلم أنه أبطل بيعا شرط فيه الخيار أربعة أيام} كما رواه عبد الرزاق، وإنما بطل بشرط الزيادة، ولم يخرج على تفريق الصفة لأن إسقاط الزيادة يستلزم إسقاط بعض الثمن فيؤدي لجهله وتدخل ليالي الثلاثة المشروطة للضرورة. نعم لو شرط ثلاثة من طلوع الفجر لم تدخل الليلة التالية لليوم الثالث كما قاله الإسنوي بخلاف نظيره من مسح الخف (وتحسب) المدة المشروطة (من) حين (العقد) الواقع فيه الشرط، فإن وقع بعده في المجلس فمن الشرط، وأثر ذكر العقد لأن الغالب وقوع شرط الخيار فيه لا في المجلس بعده، وإنما لم يعتبر من التفرق لئلا تصير مدة الخيار

مجهولة لأنه لا يعلم متى يفترقان (وقيل) تحسب (من التفرق) لأن الظاهر أن الشرط يقصد بالشرط زيادة على ما يفيد المجلس، وعرض بما مر من أدائه إلى الجهالة ويجري هنا نظير ما مر ثم من اللزوم باختيار من اختار لزومه وإن جهل المبيع والتمن كما اعتمده جمع وبانقضاء المدة ومن تصديق نافي الفسخ أو الانقضاء ولا يجب تسليم مبيع ولا تمن في زمن الخيار: أي لهما كما هو واضح ولا ينتهي به فله استرداده ما لم يلزم وليس لأحدهما بعد الفسخ حبس ما في يده بعد طلب صاحبه بأن يقول لا أرد حتى ترد، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ثم يرد ما كان في يده كما في المجموع هنا ومثله جميع الفسوخ كما اعتمده جمع، لكن الذي في الروضة واعتمده السبكي وغيره أن له الحبس فيمتنع تصرف مالكة فيه ما دام محبوسا.

(والأظهر) في خيار المجلس والشرط (أنه إن كان الخيار للبائع) أو لأجنبي عنه (فملك المبيع) بتوابعه الآتية وحذفها لفهمها منه إذ يلزم من ملك الأصل ملك الفرع غالبا (له) وملك الثمن بتوابعه للمشتري (وإن كان) الخيار (للمشتري) أو لأجنبي عنه (فله) ملك المبيع وللبيع ملك الثمن لقصر التصرف على من له الخيار، والتصرف دليل وكونه لأحدهما في خيار المجلس بأن يختار الآخر لزوم العقد (وإن كان) الخيار (لهما) أو لأجنبي عنهما (ف) الملك في المبيع والتمن (موقوف فإن تم المبيع بان أنه) أي ملك المبيع (للمشتري) وملك الثمن للبائع (من حين العقد وإلا) بأن لم يتم كان فسخ (فالبائع) ملك المبيع وللمشتري ملك الثمن من حين العقد وكان كلا لم يخرج عن ملك مالكة، إذ أحد الجانبين ليس أولى من الآخر فوقف الأمر إلى اللزوم أو الفسخ، وينبغي على ذلك الأكساب والفوائد كلبن وثمر ومهر ونفوذ عتق واستيلاء وحل وطء ووجوب مؤنة، فكل من حكمنا بملكه لعين ثمن أو مثن كان له وعليه ونفذ منه وحل له ما ذكر، ولو فسخ العقد بعده بناء على الأصح من أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ومن لم يخير لا ينفذ شيء منه مما ذكر فيما خير فيه صاحبه وإن آل الملك إليه وعليه مهر وطء لمن خير، ويحرم على المشتري الوطاء ما لم يأذن له البائع والخيار للبائع دونه ولا حد بالشبهة ولهذا كان الولد حرا نسبا، وما ذكره المصنف توسط في المسألة والثاني الملك للمشتري مطلقا لتمام البيع له بالإيجاب والقبول. والثالث لبائع مطلقا، ولو اجتمع خيار المجلس لهما وخيار الشرط لأحدهما فهل يغلب الأول فيكون الملك موقوفا أو الثاني فيكون لذلك الأحد الظاهر كما أفاده الشيخ الأول، لأن خيار المجلس كما قاله أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط لأنه أقصر غالبا، وقول الزركشي: الظاهر الثاني لثبوت خيار الشرط بالإجماع بعيد كما لا يخفى، ومرادهم بحل وطء مع عدم حسبان الاستبراء في زمن الخيار حله



من حيث الملك وانقطاع سلطنة البائع وإن حرم من حيث عدم الاستبراء فهو كما لو حرم من حيث نحو إحرام وحيض، ونظيره قوله تعالى { فإن طلقها فلا تحل له من بعد } الآية، وهذا أولى من قصر الزركشي لذلك على ما لو اشترى زوجته قال: فإنه لا يلزمه حيث كان الخيار له، فإن كان لهما لم يجر له وطؤها زمنه إذ لا يدري أياً بالملك أم بالزوجية، وما جزم به من حل الوطاء في الأولى هو الأوجه، وجزم جمع بحرمة فيها وإن لم يجب استبراء لضعف الملك، وزاد في المجموع على منع حل الوطاء فيما مر قال الروياني: فإن تم البيع فهل يلزمه استبراؤها؟ وجهان بناء على جواز الوطاء إن حرمانه لزم وإلا فلا. وهو طريقة ضعيفة وإن انفسخ البيع، فإن قلنا الملك للبائع أو موقوف فالنكاح بحاله أو للمشتري فوجهان أصحهما عدم الانفساخ لأن ملكه غير مستقر، ولو اشترى مطلقته ثم راجعها في زمن الخيار فإن تم البيع لم تصح الرجعة وإن فسخ صحت، إن قلنا الملك للبائع أو موقوف أو للمشتري فوجهان أصحهما عدم صحتها، وفي حالة الوقف يطالبان بالإفراق ثم يرجع من بان عدم ملكه على الآخر، وقيده بعضهم بما لو أنفق بإذن الحاكم، وقد يتوقف فيه لوجود تراضيهما عليه وهو كاف في مثل ذلك، وكذا لو أنفق عليها ناويا الرجوع وأشهد عليها عند امتناع صاحبه وفقد الحاكم أخذاً مما سيأتي في المساقاة وهرب الجمال، ويحرم وطؤها حينئذ على كل منهما ولو بإذن البائع للمشتري، وقول الإسنوي: إنه يحل له بإذن البائع مبني على بحث المصنف أن مجرد الإذن في التصرف بإجازة والمنقول خلافه، وقد يوجه حله بأنه لم يقع إلا وقد رضا ببقاء العقد لحصول رضا البائع بإذنه فيه ورضا المشتري بشروعه فيه.

(ويحصل الفسخ والإجازة) للعقد في زمن الخيار (بلفظ يدل عليها) صريحا أو كناية فصريح الفسخ (كفسخت المبيع ورفعته واسترجعت المبيع) ورددت الثمن (و) الصريح في الإجازة نحو (أجزته وأمضيته) وألزمته، وإذا كان مشروطا لهما ارتفع بفسخ أحدهما جميعه لا بإجازته بل تستمر للآخر، إذ إثبات الخيار إنما قصد به ليتمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها، وقول من خير لا أبيع أو لا أشتري إلا بنحو زيادة مع عدم موافقة الآخر له فسخ (ووطء البائع) ولو محرما كان الخيار لهما، والظاهر كما قاله الأذرعى أن وطأه إنما يكون فسحا إذا علم أو ظن وهو مختار أن الموطوءة هي المبيعة ولم يقصد بوطئه الزنا، فإن باشر فيها فيما دون الفرج لم يكن فسحا كالاستخدام، وإن صحح الأذرعى تبعا لابن الرفعة، أنها فسخ لأنها لا تباح إلا بالملك، ثم قال: ويشبه أن يكون محله في المباحة له لولا البيع وكذا الوطاء، أما لو كانت محرمة عليه بتمجس أو غيره لم يكن فسحا قطعاً، ومن هذا وطء الخنثى واضحا وعكسه فلو اختار الموطوءة في الثانية الأنوثة بعده تعلق الحكم بالوطء

السابق ذكره في المجموع في باب الأحداث، وقياسه أنه لو اختار الواطئ في الأولى المذكورة بعده تعلق الحكم بالوطء السابق (وإعتاقه) ولو معلقا لكله أو بعضه في الأوجه ويكون فسخا في جميعه، ومع كونه كذلك يكون صحيحا أو إيلاده حيث تخير أو هو وحده (فسخ) أما في الإعتاق فلقوته ومن ثم نفذ قطعا، وأما الوطاء فلتضمنه اختيار الإمساك وإنما لم تحصل به الرجعة لأن الملك يحصل بالفعل كالسبي فكذا تداركه بخلاف النكاح، ومع كون نحو إعتاقه فسخا هو نافذ منه وإن تخيرا فله وجه ظاهر وهو تضمنه الفسخ فينتقل الملك إليه قبله، ولا ينفذ من المشتري إذا تخيرا بل يوقف حيث لم يأذن له البائع لتقدم الفسخ لو وقع من البائع بعد على الإجازة، ولو باع حاملا ثم أعتق أحدهما في زمن الخيار قال القفال في فتاويه: يفسخ المبيع كما لو باع حاملا واستثنى حملها، ثم إن جعلنا الحمل معلوما يبطل البيع في الحال وإلا توقف على الوضع، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من الإعتاق تبينا أن البيع كان منفسخا وقد عتق الحمل، أو لستة أشهر فأكثر وهي مزوجة لم ينفذ العتق في الحمل ولا يبطل البيع (وكذا بيعه) ولو بشرط الخيار بشرط كونه للمشتري، فإن كان للبائع أو لهما لم يكن فسخا ولا إجازة كما صرح به في العباب (وإجارته وتزويجه) ووقفه ورهنه وهبته إن اتصل القبض بهما ولو وهب لفرعه (في الأصح) حيث تخيرا أو هو وحده أيضا فكل منهما فسخ لأنها مشعرة باختيار الإمساك فقدم على أصل بقاء العقد ومع كونها فسخا هي منه صحيحة تقديرا للفسخ قبلها والثاني ما يكتفي في الفسخ بذلك، وفي وجه أن الوطاء ليس بفسخ ولا خلاف في الإعتاق وعقود البيع وما عطف عليه بناء على أنها فسخ صحيحة، وقيل لا بعد أن يحصل بالشيء الواحد الفسخ والعقد جميعا (والأصح أن هذه التصرفات) من المبيع وما بعده (من المشتري) حيث كان الخيار لهما أو له وحده (إجازة) للشراء لأنها مشعرة باختيار الإمساك. نعم لا يصح منه إلا إن كان تخير أو أذن له البائع أو كانت معه، ويفارق ما مر في الباب بتزلزل ملكه وبيان صحتها والخيار لهما من غير إذن البائع مسقطة لفسخه وهو ممتنع. والثاني ما يكتفي في الإجازة بذلك وقول الشارح: ومسألتا الإجازة والتزويج ذكرهما في الوجيز وخلا عنهما في الروضة كأصلها وهما ومسألة البيع غير صحيحة قطعا: أي إذا لم يكن الخيار للمشتري وحده.

(و) الأصح (أن) (العرض على البيع) وإنكاره (والتوكيل فيه) (ليس فسخا من البائع ولا إجازة من المشتري) إذ ليس فيهما إزالة ملكه، ولأنه قد يقصد أن يستبين ما يدفع فيه ليعلم أربح أم خسر. والثاني نعم قياسا على الرجوع عن الوصية، وفرق الأول بضعف الوصية حيث إنه لم يوجد في حياة الموصي إلا أحد شقي العقد،

ولو اشترى عبداً بجارية والخيار لهما فأعتقهما زمنه معا عتقت الجارية فقط، أو كان المشتري العبد وحده عتق العبد أو البائع فقط وقف العتق، فإن فسخ البيع نفذ العتق في الجارية وإلا ففي العبد وإن لم يكن ملكٌ معتقه حالة إعتاقه لأن العتق لقوته، وتشوف الشارع إليه لم يبلغ في مثل ذلك بل وقف نفوذه على تمام البيع، كذا وجه به كلام الشيخين لكن قال الشيخ: إن الأوجه عدم نفوذه ليوافق ما قدموه من أن المشتري إذا أعتق المبيع في زمن الخيار المشروط للبائع لم ينفذ وإن تم المبيع لوقوعه في ملك غيره، وقد قال الإسنوي: ما قاله غير مستقيم لأنه إذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له فكيف ينف عتقه بإعتاق المشتري، ورده الوالد رحمه الله تعالى بأن ما قاله هو المستقيم ولا مخالفة بينه وبين ما قدموه لأن ذلك محله في تصرف كل من البائع أو المشتري في المبيع فقط وما هنا مفروض في تصرفه فيه وفي الثمن كليهما، وإنما لم ينفذ إعتاق المشتري في الثمن وإن كان مملوكاً له ونفذ إعتاقه في المبيع وإن كان مملوكاً لبائعه فيما إذا كان الخيار له، وأجاز لئلا يلزم عليه اعتبار الفسخ الضمني ممن لا خيار له، وإنما لم ينفذ إعتاق البائع في الجارية وإن كانت مملوكة له ونفذ إعتاقه في العبد وإن كان مملوكاً لمشتريه فيما إذا كان الخيار له وأجاز لئلا يلزم إلغاء إجازة من انفرد بالخيار وكلامهم هنا مصرح بأن كلا من العبد والجارية مبيع وثمان، وسيأتي أن الصحيح في مثله أن الثمن ما دخلت عليه الباء.

## (فصل)

### في خيار النقيصة

وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو تغيير فعلي، وممر الكلام على الأول وشرع يتكلم على الثاني فقال (للمشتري الخيار) في رد المبيع (بظهور عيب قديم) فيه، وكذا للبائع بظهور عيب قديم في الثمن، وآثروا الأول لأن الغالب في الثمن الانضباط فيقل ظهور العيب فيه، وسيأتي أن القديم ما قارن العقد أو حدث قبل القبض وقد بقي إلى الفسخ إجماعاً في المقارن، ولأن المبيع في الثاني من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته وإن قدر من خير على إزالة العيب. نعم لو اشترى محرماً بنسكٍ بغير إذن سيده لم يتخير بقدرته على تحليله كالبائع: أي لأنه لا مشقة فيه، فإن كان بإذن السيد تخير، فإن حدث العيب بفعل المشتري قبل القبض أو كانت الغبطة في الإمساك والمشتري مفلس أو ولي أو عامل قراض أو وكيل ورضيه موكله فلا خيار وكالعيب فوات وصف يزيد في قيمته قبل قبضه وقد اشتراه به كأن اشترى رقيقاً كاتباً أو متصفاً بصفة أخرى ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع فيثبت للمشتري

الخيار وإن لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها. قال ابن الرفعة. وهذا لا شك فيه (كخصاء) بالمد (رقيق) أو بهيمة وهو مما يغلب في جنس المبيع عدمه فيها. أما لو كان الخصاء في مأكول يغلب وجوده فيها أو نحو بغال أو براذين فلا يكون عيبا لغلبته فيها كما قاله الأذرعى والزركشي وصرح به الروياني، وهو ظاهر بدليل الضابط الآتي فيكون كالثيوبة في الإماء، ومثل الخصاء فيما تقرر الجب لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي، ولا نظر لزيادة القيمة به باعتبار آخر لما فيه من فوات جزء مقصود من البدن وقطع الشفرين عيب كما شمله كلامهم، وغلبته في بعض الأنواع لا توجب غلبته في جنس الرقيق (وزناه) ذكرا أو أنثى ولو اطه وتمكينه من نفسه وسحاقها (وسرقته) إلا في دار الحرب فإن المأخوذ غنيمة. نعم هو صورة سرقة (وإباقه) إلا إذا جاء إلينا مسلما من بلاد الهدنة لأن هذا إباق مطلوب، ومحل الرد به إذا عاد وإلا فلا رد ولا أرش، وسواء في هذه الثلاثة أتكررت أم لا، ولو تاب فاعلها وحسن حاله لأنه قد يالفها ولأن تهمتها لا تزول، ولهذا لا يعود إحصان الزاني بتوبته، وهذا هو المعتمد وإن رده بعض المتأخرين، والفرق بين السرقة والإباق وبين شرب الخمر ظاهر، والأوجه أن وطء البهيمة كذلك، وأفتى البغوي فيمن اشترى أمة ظنها هو وبائعها زانية وبانت كذلك بأنه يتخير لأنه لم يتحقق زناها قبل العقد، وأقره غير واحد ومنه يؤخذ أن الشراء مع ظن العيب لا يسقط الرد. نعم يتجه حمله على ظن مساو طرفه الآخر أو مرجوح، فإن كان راجحا فلا لأنه كاليقين، ويؤيده إخبار البائع بعينه إذ لا يفيد سوى الظن، ولو اشترى شيئا فقال إنه لا عيب به ثم وجد به عيبا فله رده به، ولا يمنع منه قوله المذكور لأنه بناه على ظاهر الحال (وبوله بالفراش) مع اعتياده ذلك وبلوغه سبع سنين بخلاف ما دونها: أي تقريبا لقول القاضي أبي الطيب وغيره بأن لا يكون مثله يحترز منه، ومحلّه إن وجد البول في يد المشتري أيضا، وإلا فلا لتبين أن العيب زال، وليس هو من الأوصاف الخبيثة التي يرجع إليها الطبع بخلاف ما قبله، وشمل كلامه ما لو لم يعلم به إلا بعد كبره فله الرد به على الأصح وإن حصل بسبب ذلك زيادة نقص في القيمة خلافا للمتولي ومن تبعه (وبخره) المستحکم بأن علم كونه من المعدة لتعذر زواله بخلافه من الفم لسهولة زواله بالتنظيف، ويلحق به تراكم وسخ على أسنانه تعذر زواله (وصنانه) المستحکم المخالف للعادة دون ما يكون العارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ومرضه وإن لم يكن مخوفا. نعم لو كان خفيفا كصداع يسير فلا رد به خلافا لبعضهم أخذا مما ذكروه في أعدار الجمعة والجماعة، ولو ظن مرضه عارضا فبان أصليا تخير كما لو ظن البياض بهقا فبان برصا. ومن عيوب الرقيق وهي لا تكاد تنحصر كونه ناما شتاما أو أكل الطين أو تمتاما مثلا أو كذابا أو

قاذفا أو مقامرا أو تاركا للصلاة. قال الزركشي: وينبغي اعتبار ترك ما يقتل به اهـ. وهو ظاهر وفي إطلاق كون الترك عيبا نظر لا سيما من قرب عهده ببلوغ أو إسلام إذ الغالب عليهم الترك خصوصا الإماء بل هو الغالب في قديمات الإسلام. وقضية الضابط أن يكون الأصح منع الرد أو شاربا للخمر أو نحوه مما يسكر وإن لم يسكر بشربه. قال الزركشي كالأذرعى، وينبغي أن يكون محله في المسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار فإنه غالب فيهم وهو ظاهر مأخوذ من الضابط الآتي، ومثل المشروب البنج والحشيش أو أصم ولو في إحدى أذنيه أو أقرع أو أبله أو أرت أو لا يفهم أو ألثغ أو مجنونا وإن تقطع جنونه أو أشل أو أجهر أو أعشى أو أخشم أو أبكم أو فاقد الذوق أو أنملة أو ظفر أو شعر ولو عانة أو في رقبته لا ذمته دين أو مبيعا في جناية عمد وإن تاب منها كما جزم به في الأنوار وهو المعتمد خلافا لبعض المتأخرين أو مكثرا لجناية الخطأ بخلاف ما إذا قل والقليل مرة وما فوقها كثير كما اقتضاه كلام الماوردي أو له أصبع زائدة أو سن شاغية أو مقلوعة لا لكبر أو به قروح أو ثآليل كثيرة أو جرب أو عمش أو سعال أو وشم كما في الأنوار وهو محمول على غير معفو عنه أما معفو عنه بأن خشى من إزالته مبيح تيمم ولم يحصل به شين. فالأوجه أنه لا يكون عيبا ولا ينافيه ما أذكره في الغلبة لأن هذا إطلاق يمكن تخصيصه بما ذكر لوضوح المعنى فيه أو مزوجا أو خنثى مشكلا أو واضحا أو مخنثا أو مرتدا وإن تاب قبل العلم كما قاله الماوردي وتبعه الأذرعى خلافا لبعض المتأخرين، أو كونها رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو تغير ريح فرجها أو تطاول ظهرها أو لا تحيض في سنه غالبا أو حاملا لا في البهائم إذا لم تنقص بالحمل أو معتدة ولو كانت محرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة خلافا للجيلي، أو كافرا ببلاد الإسلام أو كافرة كفرا يحرم وطأها واصطكاك الكعبين وانقلاب القدمين شمالا ويمينا وتغير الأسنان بسواد أو خضرة أو زرقة أو حمرة كما بحثه الشيخ وكلف يغير البشرة وكبر إحدى ثديي الأمة وخيلان بكسر الخاء كثيرة وأثار الشجاج والقروح والكي الشائنة (وجماح الدابة) بالكسر وهو امتناعها على راكبها (وعضها) وكونها رموحا أو نفورا أو تشرب لبنها أو لبن غيرها أو يخاف راكبها سقوطه عنها لخشونة مشيها أو كونها درداء لا لكبر أو قليلة الأكل أو مقطوعة الأذن بقدر ما يمنع التضحية وكون الدار مختصة بنزول الجند ومجاورتها لنحو قصارين يؤذونها بدق أو يززعونها ولو تأذى به سكانها فقط، أو ظهر بقربها دخان من نحو حمام، أو على سطحها ميزاب رجل، أو مدفون فيها ميت أو ظهر قبالة بوقفها وعليها خطوط المتقدمين، وليس في الحال ما يشهد به إلا أن يعلم أنها مزورة. وذكر بعضهم أن الشيوع بين الناس بوقفيتها عيب وهو ظاهر لأنه ينقص القيمة، أو كون الضيعة ثقيلة الخراج فوق العادة،

أو بقربها قرود تفسد الزرع ولا أثر لظنه سلامتها من خراج معتاد ويتصور بيع الأرض مع كونها خراجية بما حكاه الرافعي في زكاة النبات. عن بعضهم أنه يجوز أن يقال: الظاهر أن اليد للملك، والظاهر أن الخراج إنما ضرب بحق فلا يترك أحد الظاهرين للآخر، ولو اشترى بستانا فالزمه المتولي أن يصير فلاحا ثبت له الخيار إن كان معروفاً بذلك وإلا فلا كما أفتى به المصنف، وكون المبيع متنجسا ينقص بغسله أو لغسله مؤنة كما قاله الأزرعي، وكون الماء يكره استعماله أو اختلف في طهوريته كمستعمل كوتر فصار كثيرا أو وقع فيه ما لا نفس له سائلة كما قاله الزركشي، وكون أرض البناء في باطنها رمل أو أحجار مخلوقة وقصدت للزرع أو غرس وإن أضرت بأحدهما فقط كما قاله القاضي أبو الطيب والبندنجي وغيرهما فيما لو أضرت بالغرس دون الزراعة وقيس به عكسه، والحموضة في البطيخ لا الرمان عيب وإن خرج من حلو كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للأزرعي، ولا رد بكون الرقيق رطب الكلام، أو غليظ الصوت، أو يعتق على من وقع له العقد، أو بكونه يسيء الأدب، أو ولد زنا، أو مغنيا، أو زامرا، أو عارفا بالضرب بالعود، أو حجاما، أو أكولا، أو قليل الأكل، أو أصلع، أو أغم، ولا بكونها ثيبا إلا في غير أوانها، ولا عقيما، ولا يكون العبد عينا، ولا بكونها محرما للمشتري ولا صائمة، ولا بكون العبد فاسقا فسقا لا يكون سبيه عيبا كما قيده به السبكي، وليس عدم الختان عيبا إلا في عبد كبير يخاف عليه منه بخلاف الأمة ولو كبيرة. وضابط الكبير ما يخاف من الختان فيه، قال الأزرعي: كذا أطلقوه وينبغي أن يكون محله فيما إذا كان ممن يختتن، أما لو كان من قوم لا يرونه كأكثر النصارى والترك وغيرهم فلا إلا أن يكون قد تقادم إسلامه أو نشأ التركي ببلاد الإسلام اهـ. والأوجه الإطلاق. ولو ظن المشتري البائع مالكا فبان وكيفا أو وصيا أو وليا أو ملتقطا لم يرد، ولا مطمع في استيفاء العيوب بل التعويل فيها على الضابط الذي ذكره لها (و) هو وجود (كل ما ينقص) بالتخفيف كيخرج وقد يشدد بقلة وهو متعدد فيهما (العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح) يصح عوده إلى العين والقيمة، وأن يكون قيذا لنقص الجزء فقط احترازا عن قطع زائد وقلقة يسيرة من الفخذ أندملت بلا شين، وعن الاندمال بعد الختان فإنه فضيلة وجرى عليه جمع من الشراح وبنوا عليه الاعتراض على المصنف بأنه كان ينبغي ذكره عقبه إما بأن يقدم ذكر القيمة أو يجعل هذا القيد عقب نقص العين قبل ذكر القيمة وتبعهم الشيخ في منهجه (إذا غلب) في العرف العام لا في محل البيع وحده فيما يظهر. ومحل الكلام فيما لم ينصوا فيه على كونه عيبا وإلا فلا اعتبار فيه بعرف يخالفه مطلقا كما لا يخفى (في جنس المبيع عدمه) قيد لهما احترازا في الأول عن قلع الأسنان في الكبير وفي الثاني عن ثبوت الكبيرة وبول الصغير، فإنهما وإن

نقصا القيمة لا يغلب عدمهما في جنس المبيع (سواء) في ثبوت الخيار (أقارن) العيب (العقد أم حدث) بعده (وقبل القبض) أم بعده واستند إلى سبب كما سيأتي لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع كما لو اشترى بكرا مزوجة وهو جاهل فأزال الزوج بكارتها فله الرد، فإن كان عالما فلا خيار له كما ذكره السبكي وغيره، ولا أرش لرضاه بسببه.

(ولو) (حدث) العيب بعده أي القبض (فلا خيار) للمشتري لأنه بالقبض صار من ضمانه فكذا جزؤه وصفته، ومحل ذلك بعد لزوم العقد أما قبله فالقياس بناؤه على ما لو تلف حينئذ هل يفسخ، والأرجح على ما قاله الرافعي إن قلنا الملك للبائع انفسخ وإلا فلا. فإن قلنا يفسخ فحدوثه كوجوده قبل القبض كما صرح به الماوردي عن ابن أبي هريرة لأن من ضمن الكل ضمن الجزء أو لا يفسخ فلا أثر لحدوثه، وسكتوا عن بيان حكم المقارن للقبض مع أنه تنافى فيه القبلية والبعدية، والأوجه أن له حكم ما قبل القبض لأن يد البائع عليه حسا فلا يرتفع ضمانه إلا بتحقيق ارتفاعها وهو لا يحصل إلا بتمام قبض المشتري له سليما (إلا أن يستند إلى سبب متقدم) على العقد أو القبض وهو جاهل به (كقطعه بجناية) قودا أو سرقة (سابقة) وزوال بكارة بزواج متقدم (فيثبت له الرد في الأصح) إحالة على السبب، فإن كان عالما فلا رد ولا أرش لتقصيره. والثاني لا يثبت لأنه قد يتسلط على التصرف بالقبض فيدخل المبيع في ضمانه أيضا، فلو كان عن ضمان البائع أدى إلى توالي ضمانين. نعم لو اشترى حاملا فوضعت في يده ونقصت بسبب الوضع فلا رد كسائر العيوب الحادثة كما قالاه، ومنازعة الإسنوي وغيره فيه مردودة بأنه كموته بمرض سابق المذكورة في قوله (بخلاف موته بمرض سابق) على ما ذكر جهله (في الأصح) لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا تتحقق إضافته إلى السابق فلا رد له بذلك: أي لا يرجع في ثمنه حينئذ، فالمراد نفي رد الثمن لا المبيع للعلم بتعذر رده بموته، وإليه أشار الشارح بقوله فلا يثبت به لازم الرد فلا اعتراض حينئذ، نعم للمشتري أرش المرض من الثمن وهو ما بين قيمته صحيحا ومريضا وقت القبض، ولو كان المرض غير مخوف بأن لم يورث نقصا عند القبض فلا أرش جزما، ومقابل الأصح يقول السابق أفضى إليه فكأنه سبق فينفسخ البيع قبيل الموت.

(ولو) (قتل) المبيع (بردة سابقة) هو مثال نبه به على الضابط الأعم وهو أن يقتل بموجب سابق كقتل أو حراة أو ترك صلاة بشروطه (ضمنه البائع في الأصح) لما مر فيرد ثمنه للمشتري إن كان جاهلا لعذره وإلا فلا، وكون القتل في ترك الصلاة إنما هو على تصميمه على عدم القضاء غير ضار، إذ الموجب هو الترك والتصميم إنما هو شرط الاستيفاء كالردة فإنها الموجبة للقتل

والتصميم عليها شرط للاستيفاء، ويتفرع على مسألتني نحو المرض والردة مؤن تجهيزه، فهي على المشتري في الأولى وعلى البائع في الثانية: أي إن أريد تجهيز المرتد إذ الوجوب منتف فيه، والثاني لا يضمنه البائع ولكن تعلق القتل به عيب يثبت به الأرش وهو ما بين قيمته مستحق القتل وغير مستحقه من الثمن، ولو استلحق البائع المبيع ووجدت شروط الاستلحاق ثبت نسبه منه، ولكن لا يبطل البيع إلا إن أقام بينة بذلك أو صدقه المشتري أخذا مما يأتي أول محرمات النكاح إن أباه لو استلحق زوجته ولم يصدقه لم يفسخ النكاح وإن كانت أخته، وعلم من كلام المصنف صحة بيع المرتد كالمريض المشرف على الهلاك وكذا المتحتم قتله بالمحاربة ولا قيمة على متلفه كما نقلاه في الثانية عن القفال وقول بعضهم لعله بناها، على أن المقلب في قتل المحارب معنى الحد لكن الصحيح أن المقلب فيه معنى القصاص، وأنه لو قتله غير الإمام بغير إذن لزمه دينه. وقضيته أنه يلزم قاتل العبد المحارب قيمة لمالكه، نبه على ذلك الأذرعى، أجاب عنه الوالد رحمه الله تعالى بحمله على قاتله بأمر الإمام. وأما المرتد فلا فرق في قاتله بين الإمام وغيره، وبه صرح المتولي مع أن الحكم غير منحصر فيه وفي المرتد بل هو جار في غيرهما كتارك الصلاة والصائل والزاني المحصن بأن زنى ذمي ثم التحق بدار الحرب ثم استترق فيصح بيعهم ولا قيمة على متلفهم، وخرج بالإتلاف ما لو غصب إنسان المرتد مثلاً فتلف عنده فإنه يضمنه لتعديه على مال غيره، وإنما لم يضمن بالقتل لأن قاتله في حكم إقالة الحد، فمن ابتدر قتله من المسلمين كان مقيماً حد الله تعالى، وهذا يمثل بعبد مغضوب في يد الغاصب يقول له مولاه اقتله، فلو قتله لم يضمنه ولو تلف في يده ضمنه على ما جزم به الإسنوي، ونقله عن الإمام عن الشيخ أبي علي لكنه مردود، إذ المرتد لا قيمة له فكما لا يضمن بالإتلاف لا يضمن بالتلف. والفرق بين مسألتنا ومسألة قول مالك المغضوب لغاصبه اقتله واضح، وسيأتي ذلك واضحاً في باب الغصب، وأن حاصله أن الردة إن طرأت في يد الغاصب ضمنه، وإن كانت موجودة قبل الغصب لم يضمنه.

(ولو) (باع) حيواناً أو غيره (بشرط براءته من العيوب) في المبيع أو أن لا يرد بها صح العقد مطلقاً كما علم مما مر في المناهي لأنه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر الحال من السلامة من العيوب، وإذا شرط (فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن) من زيادته على المحرر ولا بد منها كما قاله في الدقائق (بالحيوان) موجود حال العقد (لم يعلمه) البائع (دون غيره) أي غير العيب المذكور فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان ولا فيه لكن حدث بعد البيع وقبل القبض مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر في الحيوان علمه البائع أولاً لسهولة الاطلاع عليه والعلم به غالباً، فأعطيناه حكم



المعلوم وإن خفي على ندور، فلو جهله مع سهولة علمه به فوجهان أصحهما عدم البراءة منه لكونه ظاهراً كما يؤخذ من التعليل، وفي تصديق البائع في وجوده عند العقد وجهان أصحهما تصديقه بيمينه، ولا عن باطن بالحيوان علمه لما صح عن ابن عمر وأنه باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، فقال له المشتري: به داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان ف قضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى أن يحلف وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة. وفي الشامل وغيره أن المشتري زيد بن ثابت وأن ابن عمر كان يقول: تركت يميناً لله فعوضني الله عنها. دل قضاء عثمان المشتهر بين الصحابة ولم ينكروه على البراءة في صورة الحيوان المذكورة، وفارق غيره بأنه يأكل في حالتي صحته وسقمه فقلما ينفك عن عيب باطن أو خفي، فاحتاج البائع لهذا الشرط ليثق بلزوم البيع فيما يعذر فيه، والمراد بالباطن ما يعسر الاطلاع عليه، والظاهر خلافه بأن لا يكون داخل البدن على أقرب الاحتمالات، ومن الظاهر نتن لحم المأكولة ولو حية كما هو ظاهر لسهولة الاطلاع عليه ولو مع الحياة كما يستفاد مما يأتي في الجلالة (وله) أي المشتري (مع هذا الشرط) إذا صح (الرد بعيب) في الحيوان (حدث) بعد العقد و (قبل القبض) لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد (ولو) (شرط البراءة عما يحدث) وحده أو مع الموجود (لم يصح) الشرط (في الأصح) لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلا يبرأ من ذلك كما لو أبرأه من ثمن ما يبيعه له، والثاني يصح بطريق التبع فإذا انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان، أما البيع فصحيح، وخرج بشرط البراءة العامة شرطها من عيب مبهم أو معين يعاين كبرص لم يره محله فلا يصح لتفاوت الأغراض باختلاف عينه وقدره ومحلّه، ولا يقبل قول المشتري في عيب ظاهر لا يخفى عند الرؤية غالباً لم أره بخلاف ما لا يعاين كزنا أو سرقة، إذ ذكره إعلام به ومعاین آراه إياه لرضاه به. ويؤخذ من هذا رد ما أفتى به بعضهم فيمن أقبضه المشتري ثمّنه وقال له استنقده فإن فيه زيفاً فقال رضيت بزيفه فطلع فيه زيف فإنه لا رد به، ووجه رده عدم معرفته قدر ما في الدرهم من الزيف بمجرد مشاهدته فلم يؤثر فيه الرضا نظير ما مر.

(ولو) (هلك المبيع) بأفة أو جناية كان مات أو تلف الثوب أو أكل الطعام (عند المشتري) أي بعد قبضه له (أو أعتقه) وإن كان المعتق وعتيقه كافرين لأنهم جعلوا التوقع البعيد نوعاً من اليأس فقول الإسنوي لا أرش له لعدم بأسه من رده لاحتمال أن يحارب ثم يسترق فيعود لملكه مردود بأنه نادر لا ينظر إليه ويلزمه مثله فيما لو وقف لاحتمال أنه يستبدل عند من يراه وبأنه لو فرض صحة ما قاله كان يتعين عليه فرضه في معتق كافر إذ عتيق المسلم لا يسترق ولو اشتراه بشرط عتقه وأعتقه أو كان ممن

يعتق عليه أو وقفه أو استولدها وثبت ذلك فهو كإعتاقه على أصح الوجهين، وكذا لو جعل الشاة أضحية. قال السبكي ولا يكفي إخبار المشتري به مع تكذيب البائع له، وفيه نظر بالنسبة لنحو العتق والوقف لمؤاخذته به وإن كذب (ثم علم العيب) الذي ينقص القيمة بخلاف الخصاء (رجع بالأرث) للياس من الرد. ومحل ذلك في غير الربوي المبيع بجنسه أما هو كحلي الذهب بيع بوزنه ذهباً فإن معيباً بعد تلفه فلا أرث له لنقص الثمن فيصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه وذلك ربا، بل يفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم بدل التالف على الأصح ولو عرف عيب الرقيق وقد زوجه لغير البائع ولم يرضه مزوجاً فللمشتري الأرث، فإن زال النكاح ففي الرد وأخذ الأرث وجهان أوجههما أن له الرد ولا أرث، ولو اطلع على عيبه وهو صيد وقد أحرم بائعه جاز له الرد فيما يظهر لأن البائع منسوب إلى تقصير في الجملة وإن قال الإسنوي إن فيه نظراً (وهو) أي الأرث، سمي بذلك لتعلقه بالأرث وهو الخصومة (جزء من ثمنه) أي المبيع فيستحقه المشتري من عينه ولو كان معينا عما في الذمة أو خرج عن ملك البائع ثم عاد (نسبته إليه) أي إلى الثمن (نسبة) أي مثل نسبة (ما نقص) هـ (العيب من القيمة) متعلق بنقص (لو كان) المبيع (سليماً) إليها فلو كانت قيمته من غير عيب مائة وبه ثمانين فنسبة النقص إليها خمس فيكون الأرث خمس الثمن فلو كان عشرين رجح منه بأربعة، وإنما رجح بجزء من الثمن لا بالتفاوت بين القيمتين لئلا يجمع بين الثمن والمثمن ولأن المبيع مضمون على البائع به فيكون جزؤه مضموناً عليه بجزء من الثمن كالحر يضمن بالدية وبعضه ببعضها، فإن كان قبضه رد جزأه وإلا سقط عن المشتري لكن بعد طلبه على الأصح، وأفهم كلامه أن هذا في أرث وجب للمشتري على البائع. أما عكسه كما لو وجد البائع بعد الفسخ بالمبيع عيباً حدث عند المشتري قبله فإن الأرث ينسب إلى القيمة لا إلى الثمن، صرح به الرافعي في الكلام على شراء ما مأكوله في جوفه، والمعنى فيه أن العقد قد انفسخ وصار المقبوض في يده كالمستام لكن جزم في الفليس بما يخالفه، وقال في الذخائر: إنه الصواب (والأصح اعتبار أقل قيمه) أي المبيع المتقوم جمع قيمة ومن ثم ضبطه بخطه بفتح الياء ومثله الثمن المتقوم (من يوم) أي وقت (البيع إلى) وقت (القبض) لأن قيمتهما إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة في المبيع حدثت في ملك المشتري وفي الثمن حدثت في ملك البائع فلا تدخل في التقويم، أو كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقل، فالنقص في المبيع من ضمان البائع وفي الثمن من ضمان المشتري فلا يدخل في التقويم، وما صرح به من اعتبار ما بين الوقتين هو المعتمد وإن نازع فيه الإسنوي إذ لا يلزم من عدم التخيير الذي في ثبوته رفع العقد عدم الضمان الذي ليس في ثبوته ذلك. والطريق الثاني في



في المجلس أو بعده، وحيث رجع ببعضه أو كله لا أرش له على البائع إن وجدته ناقص وصف كأن حدث به شلل كما أنه يأخذه بزيادته المتصلة مجاناً. نعم إن كان نقصها بجناية أجنبي: أي يضمن كما هو ظاهر المستحق الأرش، ولو أبرأه من بعض الثمن أو كله ثم رد المبيع بعيب فهل يطالب بذلك أو لا؟ الأوجه كما هو قياس ما يأتي في الصداق أنه لا يرجع في الإبراء من جميع الثمن بشيء وفي الإبراء من بعضه إلا بالباقي، ولو وهب البائع للمشتري الثمن فقبل يمتنع الرد وقيل يرد ويطلب بدل الثمن وهو الأوجه، ولو أداه أصل عن محجوره رجع بالفسخ للمحجور لقدرته على تملكه وقبوله له أو أجنبي رجع للمشتري أيضاً لا للمؤدي كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى.

(ولو) (علم بالعيب) في المبيع (بعد زوال ملكه) عنه أو عن بعضه بعوض أو غيره (إلى غيره) وهو باق بحاله في يد الثاني أو بعد نحو رهنه عند غير البائع أو إباقه أو كتابته كتابة صحيحة أو غصبه أو إجارته ولم يرض البائع بأخذه مؤجراً (فلا أرش) له (في الأصح) لأنه لم ييأس من الرد لأنه قد يعود له، فإن رضي به مسلوبها رد عليه، وقضية كلامهم عدم مطالبة المشتري بأجرة مثل تلك المدة وهو موافق لنظائره من الفسخ بالفلس ومن رجوع الأصل فيما وهبه من فرعه ومن رجوع الزوج في نصف الصداق وقد طلق قبل الدخول، ويفارق ذلك ما يأتي في التحالف من أن للبائع على المشتري بعد الفسخ أجرة المثل بأن الفسخ فيما ذكر لا يحصل إلا باختيار من يرد العين إليه بخلافه في مسألة التحالف، وفرق في الكفاية بأن للبائع هنا وللزوج مندوحة عن العين، فلما رجعا فيها انحصر حقهما فيها مسلوقة المنفعة، وليس للبائع في التحالف مندوحة عن العين فكان له بدل المنافع في مدة الإجارة. والثاني نعم لأنه استدرك الظلامة وروج كما روج عليه (فإن عاد الملك) له فيه (فله الرد) لإمكانه سواء أعاد إليه بالرد بالعيب لزوال كل من العلتين أم بغيره كهبة أو إرث أو وصية أو بيع أو إقالة لانتفاء المانع (وقيل إن عاد إليه بغير الرد بعيب فلا رد) له لأنه استدرك الظلامة، ومر أنه ضعيف وليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول لأنه لم يملك منه، فإن استرده البائع الثاني وقد حدث به عيب عند من اشترى منه خير البائع الأول بين استرجاعه وتسليم الأرش ولو لم يقبله البائع الثاني وطولب بالأرش رجع على بائعه لكن بعد التسليم كما في أصل الروضة، وعلله بأنه ربما لا يطالبه فيبقى مستدركا للظلامة، وقول الإسنوي وغيره أنه إنما يستقيم على أن العلة فيما إذا خرج المعيب عن ملكه بلا عوض استدرك الظلامة، أما على الصحيح من أنها اليأس من الرد كما مر فيرجع سلم الأرش أم لا، ولا نظر إلى إمكان العود بزوال العيب الحادث خلافاً للشيخ أبي علي، وهذا هو مقتضى كلام الرافعي فإنه

صح جواز الرجوع، ثم نقل ما تقدم عن أصل الروضة عن الشيخ أبي علي نقل الأوجه الضعيفة، أجاب عنه الوالد رحمه الله تعالى بمنع حصول اليأس، إذ قد يرضى البائع الثاني بأخذه معيبا بالحادث ويقبله البائع الأول كذلك فهو مستقيم على الصحيح.

(والرد على الفور) إجماعا بأن يرد المشتري المبيع المعين حال إطلاعه على عيبه لأن الأصل في البيع اللزوم فيبطل بالتأخير من غير عذر كما سيأتي، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فوريا كالشفعة، وعلم مما قررناه أن كلام المصنف في مبيع معين فلو قبض شيئا عما في الذمة بنحو بيع أو سلم فوجده معيبا لم يلزمه فور لأن الأصح أنه لا يملكه إلا بالرضا بعيبه ولأنه غير معقود عليه ولا يجب فور في طلب الأرش أيضا كما بحثه ابن الرفعة لأن أخذه لا يؤدي إلى فسخ العقد ولا في حق جاهل بان له الرد وهو ممن يخفى عليه لعذره بقرب إسلامه أو نشئه بعيدا عن العلماء بخلاف من يخالطنا من أهل الذمة ومثله في ذلك من جهل حاله كما قاله السبكي، ولا بد من يمينه في جميع الصور. قال الأذرعى: والظاهر أن من بلغ منا مجنوننا فأفاق رشيدا فاشترى شيئا ثم اطلع على عيبه فادعى الجهل بالخيار أنه يصدق كالناشي بالبادية ولا في مشتري شخصا مشفوعا والشفيع حاضر فانتظره هل يشفع أو لا، ولا فيما لو اشترى مالا زكويا وجبت الزكاة فيه عنده ثم علم عيبه فليس له رده حتى يخرجها من غيره. نعم إن تمكن من إخراجها ولم يفعل بطل حقه، ولا في مبيع أبق أو مغصوب فأخره مشتريه لعوده فله رده إذا عاد وإن صرح بإسقاطه، ومر أنه لا أرش له ولا إن قال له البائع أزيل عنك العيب وأمکن في مدة لا تقابل بأجرة كما يأتي في نقل الحجارة المدفونة ولا فيما لو اشتغل بالرد بالعيب وأخذ في إثباته ولم يمكنه فله الرد بعيب آخر ولا في مشتر آخر ثم علم بالعيب ولم يرض البائع به. مسلوب المنفعة فله التأخير إلى انقضاء مدة الإجارة وإذا وجب الفور (فليبادر) مرید الرد (على العادة) فلا يكلف الركض في الركوب والغدو في المشي ليرد (فلو) (علمه وهو يصلي) ولو نفلا (أو) وهو (يأكل) ولو تفكها فيما يظهر أو وهو في حمام أو خلاء أو قبل ذلك وقد دخل وقته (فله تأخيره) أي الرد (حتى يفرغ) من ذلك على وجهه الكامل لعذره كما في الشفعة، ومن ثم أجرى هنا ما قالوه ثم وعكسه، ولو سلم على البائع لم يؤثر بخلاف محادثته كما لا يؤثر لبس ما يتجمل به عادة أو تأخير لنحو مطر أو وحل شديد فيما يظهر، والأوجه الاكتفاء فيه بما يسقط معه طلب الجماعة (أو) علمه (ليلا فحتى) يصبح لعدم التقصير. نعم إن تمكن من السير بغير كلفة لم يعذر فلا فرق بينه وبين النهار كما قاله في المطلب، ونقل نحوه في الكفاية عن التتمة (فإن كان البائع بالبلد رده) المشتري (عليه بنفسه أو وكيله) إن لم يحصل بالتوكيل تأخير

مضر ولولي المشتري ووارثه الرد أيضا كما لا يخفى (أو) رده (على) موكله أو وارثه أو وليه أو (وكيله) بنفسه أو وكيله كما أفاده سياق كلام المصنف، فعبارته مساوية لعبارة أصله وإن فرق بعضهم بينهما وذلك لأنه قائم مقامه (ولو تركه) أي المشتري أو وكيله البائع ووكيله (ورفع الأمر إلى الحاكم فهو أكد) في الرد لأن الخصم ربما أحوجه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه فيكون الإتيان إليه أولا فاصلا للأمر جزما. قال الرافعي: وهذا ما فهمته من كلام الأصحاب وحاصله تخييره بين الأمرين اهـ. وهو كما قال وإن قال الأذرعى كابن الرفعة إن محله إذا لم يلق أحدهما قبل الآخر، وعليه يحمل قول الإمام المذهب أن العدول إلى القاضي مع وجود الخصم تقصير. نعم يظهر أنه لو اطلع عليه في مجلس الحكم فذهب إلى البائع من غير فسخ بطل حقه، وشمل ذلك القاضي الذي لا ينفذ حكمه بعلمه وإن لم يكن عنده أحد يشهد لأنه يصير شاهدا له، على أن محله لا يخلو عن شهود غالبا، فقد قال في الأنوار: لو اطلع في مجلس الحكم فخرج إلى البائع ولم يفسخ بطل حقه، ولو اطلع بحضرة البائع فتركه ورفع إلى القاضي لم يبطل كما في الشفعة. قال في الإسعاد: وإنما يخير بين الخصم والحاكم إذا كانا بالبلد، فإن كان أحدهما غائبا تعين الحاضر، وليس المراد بالرفع إلى الحاكم الدعوى لأن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه (وإن) (كان) البائع (غائبا) عن البلد ولا وكيل له بها (رفع) الأمر (إلى الحاكم) ولا يؤخره لحضوره فيقول اشتريته من فلان الغائب بكذا ثم ظهر به عيب كذا ويقيم البينة على كل ذلك ويحلفه أن الأمر جرى كذلك لأنه قضاء على غائب فتعتبر شروطه ثم يفسخ ويحكم له بذلك ويبقى الثمن دينا عليه إن قبضه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ويعطيه الثمن من غير المبيع إن كان وإلا باعه فيه، ويمتنع على المشتري حبس المبيع إلى قبض الثمن، بخلافه فيما يأتي لأن القاضي ليس بخصم فيؤتمن بخلاف البائع، وعلم مما قررناه أن الرفع إلى الحاكم ليفسخ عنده تكفي فيه الغيبة ولو عن المجلس أخذا مما مر، أما القضاء به وفصل الأمر فلا بد فيه من شروط القضاء (على الغائب) فلا يقضي عليه مع قرب المسافة ولا يباع ماله إلا لتعزز أو توار ذكر معظم ذلك الزركشي كالأذرعى (والأصح أنه) إذا عجز عن الإنهاء لمرض مثلا أو أنهى وأمكنه في الطريق الإشهاد (يلزمه الإشهاد على) نفس (الفسخ) على الراجح لا على طلبه لقدرته على الفسخ بحضرة الشهود فتأخيره حينئذ يتضمن الرضا، والأقرب كما قاله ابن الرفعة الاكتفاء بشاهد واحد كما هو الأصح في أداء الضامن، ولو أشهد مستورين فباتا فاسقين فالأوجه الاكتفاء به على الأصح كتنظيره من الضمان، أيضا، ولا ينافي لزوم الإشهاد هنا ما يأتي في الشفعة أنه لو سار طالبها لم يحتج للإشهاد

كما لو أرسل وكيلًا ولم يشهد لأن الرد هنا رفع لملك الراد واستمراره على الملك مشعر بالرضا فاحتاج إلى الإشهاد على الفسخ ليخرج عن ملكه، والشفيع لا يستفيد دخول الشقص في ملكه وإنما يقصد به إظهار الطلب والسير يغني عن ذلك، وإنما يلزمه الإشهاد في تلك الصور (إن أمكنه) وتسقط حينئذ عنه الفورية لعود المبيع إلى ملك البائع بالفسخ فلا يحتاج إلى أن يستمر (حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم) إلا لفصل الأمر خاصة وحينئذ لا يبطل رده بتأخيره ولا باستخدامه. نعم يصير به متعدياً وقد علم من ذلك أن قوله حتى ينهيه غاية لفصل الأمر خاصة، ويجوز أن يكون غاية لوجوب الإشهاد وبهذا التقرير الذي ذهب إليه جمع محققون بناء على ما مر من أنه يشهد على نفس الفسخ علم صحة كلامه إذ بعد الفسخ لا وجه لوجوب فور ولا إنهاء، ومن زعم أن الاكتفاء بالإشهاد إنما هو عند تعذر الحاكم والخصم فغير صحيح، وحينئذ فمعنى إيجاب الإشهاد عليه في حالتي وجود العذر وفقده أنه عند وجوده يسقط الإنهاء ويجب تحري الإشهاد إن تمكن منه وعند فقده يخير بينه وبين الإنهاء وحينئذ يسقط الإشهاد: أي تحريه فلا ينافي وجوبه لو صادفه شاهد وهذا بحسب ما ظهر في هذا المقام (فإن عجز عن الإشهاد لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح) لأن إيجاب لفظ من غير سامع أو سامع لا يعتد به بعيد فيؤخر إلى أن يأتي به عند المردود عليه أو الحاكم لعدم فائدته قبل ذلك بل فيه ضرر عليه فإن المبيع ينتقل به الملك للبائع، وقد يتعذر عليه ثبوت العيب فيتضرر بالمبيع بعد الاطلاع على العيب والثاني يجب لبيادر بحسب الإمكان لقدرته عليه.

(ويشترط) أيضاً لجواز الرد (ترك الاستعمال) من المشتري للمبيع بعد إطلاعه على عيبه (فلو استخدم العبد) أي طلب منه أن يخدمه كقوله ناولني كذا وإن لم يمتثل، أو استعمله كأن أعطاه الكوز من غير طلب فأخذه ثم رده له، بخلاف مجرد أخذه منه من غير رد لأن وضعه بيده كوضعه بالأرض (أو ترك) من لا يعذر بجهل ذلك (على الدابة سرجها أو إكافها) ولو ملكا للبائع أو اشتراه معها كما جرى عليه ابن المقري في روضه في سيره للرد أو في المدة التي اغتفر له التأخير فيها، والإكاف بكسر الهمزة أشهر من ضمها ما تحت البرذعة وقيل نفسها وقيل غيرهما (بطل حقه) من الرد والأرش لإشعاره بالرضا لأنه انتفاع به، إذ لو لم يتركه لاحتاج إلى حمله أو تحميله. ولو كان نزرعه يضرها كان عرفت وخشي من النزع تعييبها لم يسقط حقه كما قاله ابن الرفعة وارتضاه السبكي وغيره، إذ لا إشعار حينئذ، والأوجه أخذ ما يأتي أن يكون مثل ما تقرر ما لو تركه لمشقة حمله أو لكونه لا يليق به أما لو كان ممن يعذره في مثله لجهله لم يبطل به في حقه كما قاله الأذرعى، وما نقله الروياني من حل الانتفاع في الطريق مطلقاً حتى بوطء الثيب

مردود، والفرق بينه وبين الحلب الآتي ظاهر، وخرج بالسرج والإكاف العذار واللجام فلا يؤثر تركهما لتوقف حفظها عليهما (وبعذر في ركوب جموح) للرد (يعسر سوقها وقودها) للحاجة إليه، ويؤخذ منه أنه لو خاف عليها من إغارة أو نهب فركبها للهرب بها لم يمنعه من ردها، بخلاف ركوب غير الجموح واستدامته له بعد علمه بالعيب، بخلاف ما لو علم عيب الثوب وهو لابسه لا يلزمه نزع لأنه غير معهود كذا ذكره، وظاهر أنه هو المعتمد نظرا للعرف في ذلك، ولأن استدامة لبس الثوب في طريقه للرد لا تؤدي إلى نقصه، واستدامة ركوب الدابة قد يؤدي إلى تعيبها، وكلامهما فيهما محله إذا لم يحصل للمشتري مشقة بالنزول أو النزاع، فما ذكره الإسنوي فيهما عند مشقته ليس مرادا لهما كما يؤخذ من كلامهما في هذا الباب، ويلحق بما قاله ما لو تعذر رد غير الجموح إلا بركوبها لعجزه عن المشي، وله حلب لبنا الحادث حال سيرها، فإن أوقفها له أو لإنعاليها وهي تمشي بدونه بطل رده كذا جزم به السبكي والأوجه كما قاله الأزرعي أنه لا يضر إذا لم يتمكن منه حال سيرها أو حال علفها أو سقيها أو رعيها. واعلم أنه متى فسخ البيع بعيب أو غيره كانت مؤنة رد المبيع بعده إلى محل قبضه على المشتري بل كل يد ضامنة يجب على ربه مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة.

(وإذا) (سقط رده بتقصير) منه (فلا أرش) له لتقصيره فهو المفوت له (ولو حدث عنده عيب) لم يتقدم سببه في يد البائع وأطلع على عيب قديم، وضابط الحادث هنا هو ضابط القديم فيما مر غالبا، فمن غير الغالب نحو الثوب في الأمة فهي حادثة هنا بخلافها ثم في أوانها، وكذا عدم نحو قراءة أو صنعة فلا رده ثم وهنا لو اشترى قارئاً ثم نسي امتنع الرد، وتحريمها على البائع بنحو وطء مشتر هو ابنه ليس بحادث (سقط الرد قهرا) أي الرد القهري كما قاله الشارح مريداً به أن القهر صفة للرد لا للسقوط، فيكون الساقط هو رده القهري، فلو تراضيا على الرد كان جائزا، بخلاف ما لو كان القهر صفة للسقوط فإنه يكون الرد ممتنعا مطلقا، وامتناع الرد قهرا لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعينين، والضرر لا يزال بالضرر، ومن ثم لو زال الحادث كان له الرد وكذا لو كان الحادث هو التزويج من البائع أو غيره فقال قبل الدخول إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق فله الرد لزوال المانع به، ولا أثر لمقارنته للرد إذ المدار على زوال ضرر البائع بعد دخوله في ملكه وهو حاصل هنا فاندفع التوقف في ذلك. والجواب عنه بإصلاح التصوير بأن يقول فأنت طالق قبيله، ولو أقاله بعد حدوث عيب بيده فللبائع طلب أرشه لصحتها بعد تلف المبيع بالثمن فكذا بعد تلف بعضه ببعض الثمن، ويؤخذ من صحتها بعد التلف لصحتها بعد بيع المشتري وهو الأوجه أخذاً من قولهم يغلب فيها أحكام الفسخ من قولهم يجوز



التفاسخ بنحو التحالف بعد تلف المبيع أو بيعه أو رهنه أو إجارته، وإذا جعل المبيع كالتالف فيسلم المشتري الأول مثل المثلي وقيمة المتقوم، وأخذ البلقيني من ذلك صحة الإقالة بعد الإجارة علم البائع أو لا والأجرة المسماة للمشتري وعليه للبائع أجرة المثل (ثم) إذا سقط الرد القهري لحدوث العيب (إن) (رضي به البائع) من غير أرش عن الحادث (رده المشتري) عليه (أو قنع به) من غير أرش عن القديم لانتفاء الضرر حينئذ (وإلا) بأن لم يرض به البائع معيبا (فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد) على البائع (أو يغرم البائع) للمشتري (أرش القديم ولا يرد) لأن كلا من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية الجانبين (فإن اتفقا على أحدهما) ولم يكن المبيع ربويا بيع بجنسه (فذاك) ظاهر، لأن الحق لهما لا يعدوهما ومن ثم تعين على ولي أو وكيل فعل الأحظ، أما الربوي المذكور فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث لما مر، ولأنه لما نقص عنده لم يؤد لمفاضلة بين العوضين بخلاف إمساكه مع أرش القديم ومر ما لو تعذر رده لتلفه ومتى زال القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذ أو بعد أخذه رده أو الحادث بعد أخذ أرش القديم أو القضاء به امتنع فسخه بخلاف مجرد التراضي لا يقال: تقدم أن أخذ أرش القديم بالتراضي ممتنع لأننا نقول: عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة في المبيع (وإلا) بأن لم يتفقا على شيء بأن طلب أحدهما المرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب) الإمساك والرجوع بأرش القديم بائعا كان أو مشتريا لما فيه من تقرير العقد. والثاني يجب المشتري مطلقا لتلبس البائع عليه. والثالث يجب البائع مطلقا لأنه إما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري. نعم لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم اطلع على عيبه فطلب المشتري أرش العيب وقال البائع بل رده وأغرم لك قيمة الصبغ ولم يمكن فصل جميعه أجيب البائع ووجهه السبكي بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئا، وثم لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرماناه لا في مقابلة شيء، وبذلك علم رد قول الإسنوي إنه مشكل خارج عن القواعد فإن أمكن فصل جميعه فصله ورد الثوب كما اقتضاه تعليقه وصرح به الخوارزمي وغيره، والمعنى يردده ثم يفصله نظير ما في الصوف، ولو كان غزلا فنسجه ثم رأى به عيبا قديما فله الأرش، فإن رضي البائع بعيبه ففيه قولان أصحهما كما قاله الروياني أنه يخير البائع بين بذل أجرة النسيج وأخذه وغرامة الأرش لأن النسيج عمل مقابل بعوض، وحيث أوجبنا أرش الحادث لا تنسبه إلى الثمن بل يرد ما بين قيمة المبيع معيبا بالعيب القديم وقيمه معيبا به وبالحادث، بخلاف أرش القديم فإننا ننسبه إلى الثمن كما مر.

(ويجب أن) (يعلم) المشتري البائع على الفور (بالحادث) مع القديم (ليختار) شيئاً مما مر كما يجب الفور في الرد حيث لا حادث. نعم يقبل دعواه الجهل بوجوب فورية ذلك لأنه لا يعرفه إلا الخواص كما قاله الأذرعى (فإن آخر إعلامه) بذلك (بلا عذر فلا رد) له به (ولا أرش) عنه لإشعار تأخيره برضاه به. نعم لو كان الحادث قريب الزوال غالباً كرمد وحمى عذر في انتظاره ليرده سالماً على أوجه القولين وبه جزم في الأنوار، والأقرب ضبط القريب بثلاثة أيام فأقل، وأن الحادث لو كان هو الزواج فعلق الزوج طلاقها على مضي نحو ثلاثة أيام فانتظره المشتري ليردها خلية لم يبطل رده، ولو حدث في المبيع عيب مثل القديم كيباض قديم وحادث في عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان فقال البائع الزائل القديم فلا رد ولا أرش وقال المشتري بل الحادث فلي الرد حلف كل منهما على ما ادعاه وسقط الرد بحلف البائع ووجب للمشتري بحلفه الأرش وإنما وجب له مع أنه إنما يدعي الرد لتعذر الرد ومثله ما لو نكلا فإن اختلفا في قدره وجب الأقل لأنه المتيقن ومن نكل عن الحلف منهما قضي عليه كما في نظاره (ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ككسر بيض) لنحو نعام لأن قشره متقوم (و) كسر (رانج) بكسر النون وهو الجوز الهندي حيث لم تتأت معرفة عيبه إلا بكسره فزعم تعين عدم عطفه على ما قبله وذكر ثقب قبله غير صحيح لأن غاية الأمر أنه يمكن معرفة عيبه بالكسر وتارة بالثقب أخرى فيحمل على الأول (وتقوير بطيخ) بكسر الباء أشهر من فتحها (مدود) بعضه بكسر الواو وكل ما مأكوله في جوفه كالرمان والجوز (رد) ما ذكر بالعيب القديم (ولا أرش عليه في الأظهر) لتسليط البائع له على كسره لتوقف علم بيعه عليه. والثاني يرد وعليه الأرش رعاية للجانبين، وهو ما بين قيمته صحيحاً معيباً ومكسوراً معيباً ولا نظر إلى الثمن. والثالث لا يرد أصلاً كما في سائر العيوب الحادثة فيرجع المشتري بأرش القديم أو يغرم أرش الحادث إلى آخر ما تقدم. أما بيض نحو دجاج مذر ونحو بطيخ مدود جميعه فإنه يوجب فساد البيع لو رده على غير متقوم فيرجع المشتري بجميع الثمن ويلزم البائع تنظيف المحل من قشوره لاختصاصها به. وبحث الزركشي أن محله إذا لم ينقلها المشتري وإلا لزمه نقلها منه (فإن أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه) المشتري كتقوير كبير يستغنى عنه بدونه وكشك رمان مشروط حلاوته لاستغنائه عنه بالغرز فيه لمعرفة حموضته به سواء أعذر وذلك بقيام قرينة تحمله على مجاوز الأقل أم لا كما اقتضاه إطلاقهم لتقصيره في الجملة وعند الإطلاق لا تكون الحموضة عيباً لأنها مقصودة فيه (فكسائر العيوب الحادثة) فيمتنع رده به لعدم الحاجة إليه، والتدويد لا يعرف غالباً إلا بكسره وقد يعرف بالشق، ولو اشترى نحو بيض أو بطيخ كثير فكسر واحدة ثم

وجدها معيبة لم يتجاوزها لثبوت مقتضى رد الكل بذلك لما يأتي من امتناع رد البعض فقط، فإن كسر الثانية فلا رد له مطلقا فيما يظهر لوقوفه على العيب المقتضي للرد بالأول فكان الثاني عيبا حادثا، ولو بان عيب الدابة وقد أنعلها وكان نزع النعل يعيبها فنزعه بطل حقه من الرد و الأرش لقطعه الخيار بتعيبه بالاختيار وإن سلمها بنعلها أجبر على قبول النعل، إذ لا منة عليه فيه ولا ضمان، وليس للمشتري طلب قيمتها فإنها حقيرة في معرض رد الدابة، فلو سقطت استردها المشتري لأن تركها إعراض لا تملك وإن لم يعيبها نزعه لم يجبر البائع على قبولها له، بخلاف الصوف يجبر على قبوله كما قاله القاضي لأن زيادته تشبه زيادة الثمن بخلاف النعل فينزعه، ولا ينافي ما ذكرناه ما مر أن الإنعال في مدة طلب الخصم أو الحاكم صار لأن ذلك اشتغال يشبه الحمل على الدابة، وهنا تفرغ، وقد ذكر القاضي أن اشتغاله بجز الصوف مانع له من الرد بل يرده ثم يجز، لكن الفرق بين نزع النعل وجز الصوف واضح.

[فرع] إذا (اشترى) من واحد عبيد أي عيين من كل شيئين لم تتصل منفعة إحداهما بالأخرى (معيين صفقة) واحدة جاهلا بالحال (ردهما) إن أراد لا أحدهما قهرا لتفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة، ويجري في رد أحدهما الخلاف المذكور في قوله (ولو ظهر عيب أحدهما) دون الآخر (ردهما) إن أراد (لا المعيب وحده) فلا يرده قهرا عليه (في الأظهر) لذلك، وشمل كلامه ما لو كان المبيع مثليا لا ينقص بالتبويض كالحبوب وهو أرجح وجهين أطلقاهما بلا ترجيح، وإن نقل عن نص الأم والبويطي الجواز، واعتمده بعض المتأخرين، ويمكن حمله على ما لو وقع ذلك بالرضا وهو أولى من تضعيفه وإن كان بعيدا، وما لو زال ملكه عن بعضه ببيع أو هبة ولو للبائع فلا رد له وهو ما جزم به المتولي في مسألة البيع، ويقاس به ما في معناه وصححه البغوي وجزم به السبكي في شرح المهذب في موضع ثم نقله عنهما وعلله بأنه وقت الرد لم يرد كما تملك، وأفتى به الشيخ وهو المعتمد وإن قال القاضي إن له الرد على المذهب إذ ليس فيه تبويض على البائع، واقتصر الإسنوي على نقله عنه وكذا السبكي في شرح الكتاب، وفي شرح المهذب في موضع آخر وهو مبني كما قاله على أن المانع الضرر فيرد أو اتحاد الصفقة فلا والثاني أصح، ويلحق بالبائع فيما تقرر وارثه ونحوه، وقول الشارح ولو تلف السليم أو بيع قبل ظهور العيب فرد المعيب أولى بالجواز لتعذر ردهما: أي مع أن الأصح عدم الرد فقد صرح الرافعي بأن أولى بكذا لا يلزم منه مخالفة ما قبله في الحكم، ومقابل الأظهر له رده وأخذ قسطه من الثمن لاختصاصه بالعيب، ومحل الخلاف فيما لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر كما مر، أما ما تتصل كذلك كمصراعي باب وزوجي خف فلا

يرد المعيب منهما وحده قهرا قطعا. قال الزركشي: لو مات من يستحق عليه الرد وخلف ابنين أحدهما المشتري هل له أن يرد على أخيه نصيبه؟ الظاهر نعم اهـ. والأوجه خلافه بتبعيض الصفقة ولو فسخ المشتري في بعض العين المبيعة فهل يفسخ في الجميع كما في خيار المجلس؟ فيه نظر، وقد ذكر الرافعي في باب تفريق الصفقة أنه لو اشترى عبدين فخرج أحدهما معيبا ليس إفراده بالرد في الأظهر، ولو قال رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما؟ وجهان أصحهما لا بل هو لغو؟ ويؤخذ منه ترجيح عدم الانفساخ فيما قبلها. (ولو) تعددت بتعدد البائع كأن (اشترى عبد رجلين) شهد منهما لا من وكيلهما (فبان معيبا) أو بتفصيل الثمن كأن اشترى عبدين كل واحد بمائة (فله) في الأولى (رد نصيب أحدهما) وله في الثانية رد أحدهما أو بتعدد المشتري كما قال (ولو اشترياه) أي اثنان عبد واحد كما في المحرر لأنفسهما أو موكلهما (فلأحدهما الرد) لنصيبه (في الأظهر) لتعددتها حينئذ بتعدد المشتري لنفسه أو لغيره كما مر أو من اثنين ولا يصح حمل كلامه عليه بجعل الضمير عائدا على قوله عبد رجلين لأن هذه لا خلاف فيها للتعدد بتعدد البائع قطعا فله رد الربع، ولو اشتراه واحد من وكيل اثنين أو من وكيلي واحد ففيه الخلاف السابق في تفريق الصفقة أن العبرة بالوكيل أو الموكل، ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة فكل مشتر من كل تسعة، وضابط ذلك أن تضرب عدد البائعين في عدد المشترين عند التعدد من الجانبين أو أحدهما عند الانفراد في الجانب الآخر فما حصل فهو عدد العقود.

(ولو) (اختلفا في قدم العيب) وحدوثه واحتمل صدق كل (صدق البائع) لأن الأصل لزوم العقد (بيمينه) لاحتمال صدق المشتري، ويؤخذ من التعليل المذكور تصديق البائع أيضا في قدم العيب فيما لو باع بشرط البراءة من العيوب وادعى المشتري حدوثه قبل القبض ليرد به وهو كذلك، ولو قطع بما ادعاه أحدهما كشجرة مندملة والبيع أمس فالمصدق المشتري بلا يمين، وكجرح طراً والبيع والقبض من سنة فالمصدق البائع بلا يمين، ولو ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر في يد المشتري كان القول قول المشتري بيمينه لأن الرد ثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل بالشك. قاله ابن القطان وغيره، ونقله ابن الأستاذ في شرح الوسيط عن النص وهو المعتمد خلافا لابن العماد، ولا يرد على المصنف لأن الرد إنما نشأ مما اتفقا عليه وكلامه فيما اختلفا فيه كما ترى، قال الوالد رحمه الله تعالى: وما قاله ابن القطان حسن وإن لزم من ثبوت الرد فسخ العقد لأن المقتضي للرد وهو العيب القديم متفق عليه، والبائع يدعي حدوث مانع للرد بعد وجود مقتضيه والمشتري ينكره والأصل عدمه، وقد أخذ مما تقرر قاعدة وهي أنه حيث كان العيب يثبت الرد

فالمصدق البائع وحيث كان يبطله فالمصدق المشتري، ولو نكل المشتري عن اليمين لم ترد على البائع لأنها إنما ترد إذا كانت تثبت للمردود عليه حقا ولا حق له هنا، وحينئذ فالأوجه أخذ ما مر أنه يأتي هنا ما سبق في قوله ثم إن رضي البائع إلى آخره، ولو اختلفا بعد التقابل فقال البائع في عيب يحتمل حدوثه وقدمه على الإقالة كان عند المشتري وقال المشتري كان عندك قال الجلال البلقيني أفتيت فيها بأن القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل براءة الذمة من غرم أرش العيب، ولو اشترى ما سبقت رؤيته به وأراه عيبه ثم أتاه به فقال زاد العيب وأنكر البائع صدق المشتري بيمينه كما ذكره ابن الرفعة والسيكي لأن البائع يدعي عليه علمه به وهو خلاف الأصل، ولا ترد هذه أيضا خلافا لمن زعمه أيضا لأنهما لم يختلفا في القدم بل في الزيادة المستلزمة له وإنما ذكر الاختلاف في القدم نضا، ثم تصديق البائع على عدم القدم إنما هو لمنع رد المشتري لا لتغريمه أرشه لو عاد للبائع بفسخ وطلبه زاعما أن حدوثه بيده ثبت بيمينه لأن يمينه إنما صلحت للدفع عنه فلا تصلح لإثبات شيء له نظير ما يأتي في التخالف في الجراح فللمشتري إلا أن يحلف أنه ليس بحادث، ولو باعه عصيرا وسلمه له فوجد في يد المشتري خمرا فقال البائع صار خمرا عندك وقال المشتري بل كان خمرا عندك وأمكن كل من الأمرين فالمصدق البائع بيمينه لموافقته للأصل من استمرار العقد، وإذا حلفنا البائع نحلفه (على حسب) بفتح السين أي مثل (جوابه) لفظا ومعنى، فإن أجاب بلا يلزمي قبوله أو بلا رد له علي به حلف كذلك، ولا يكلف التعرض لحدوثه لاحتمال علم المشتري به عند القبض أو رضاه بعده، ولو ذكره كلف البينة أو ما بعته أو ما أقبضته إلا سلينا حلف كذلك ولا يكفيه لا يستحق على الرد ولا يلزمي قبوله لعدم مطابقته لجوابه. وقضية كلامهم أنه لو أجاب بلا يلزمي قبوله ثم أراد الحلف على أنه ما أقبضه إلا سلينا لا يمكن وليس كذلك، ولا يكفيه الحلف على نفي العلم، ويجوز له الحلف على البت إذا اختبر خفايا أمر المبيع، وكذا إن لم يختبرها اعتمادا على ظاهر السلامة حيث لم يظن خلافها، ولم يثبت العيب إلا بشهادة عدلي شهادة كما جزم به القاضي وغيره وتبعهم ابن المقرئ في روضه، ويؤيده ما ذكره الأصحاب أن عيب النكاح لا يثبت إلا بشهادة عدلين اهـ. فإن فقدنا صدق البائع بيمينه ويصدق المشتري بيمينه في عدم تقصيره في الرد وفي جهله بالعيب إن أمكن خفاء مثله عليه عند الرؤية كما قاله الدارمي، فإن كان لا يخفى كقطع أنفه أو يده صدق البائع، وفي أنه ظن أن ما رآه ليس بعيب وكان ممن يخفى عليه مثله وفي أنه إنما رضي بعيبه لأنه ظن العيب الفلاني فبان خلافه وأمكن اشتباه مثله عليه وكان العيب الذي بان أشد ضررا مما ظنه فيثبت له الرد في الجميع.

(والزيادة) في المبيع أو الثمن (المتصلة كالسمن) وكبر الشجرة وتعلم الصنعة والقرآن (تتبع الأصل) في الرد لعدم إمكان إفرادها ولأن الملك قد تجدد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد، ولو باع أرضا بها أصول نحو كرات فبنت ثم ردها بعيب فالنابت للمشتري (و) الزيادة (المنفصلة) عينا ومنفعة (كالولد والأجرة) وكسب الدقيق وركاز وجده وما وهب له فقبله وقبضه وما وصي له به فقبله ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة (لا تمنع الرد) بالعيب عملا بمقتضى العيب. نعم ولد الأمة الذي لم يميز يمنع الرد لحرمة التفريق بينهما علي الأصح المنصوص وإن جرى ابن المقرري هنا على خلافه فيجب الأرش وإن لم يحصل يأس لأن تعذر الرد بامتناعه ولو مع الرضا صيره كالميتوس منه (وهي) أي الزيادة المنفصلة من المبيع (للمشتري) وللبيع في الثمن (إن رد) المبيع في الأولى أو الثمن في الثانية (بعد القبض) سواء أحدثت قبل القبض أم بعده لما صح {أن رجلا ابتاع غلاما واستعمله مدة ثم رأى فيه عيبا وأراد رده فقال البائع: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال صلى الله عليه وسلم: الخراج بالضمان} ومعناه: إنما يخرج من المبيع من غلة وفائدة يكون للمشتري في مقابلة أنه لو تلف لكان من ضمانه: أي لتلفه على ملكه، فالمراد بالضمان في الخبر الضمان المعتبر بالملك لا أنه الضمان المعهود، ووجوب الضمان على ذي اليد فيما ذكر ليس لكونه ملكه بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن (وكذا) إن رد (قبله في الأصح) بناء على أن الفسخ يرفع العقد من حينه وهو الأصح، ومقابلته مبني على أنه يرفعه من أصله، وجمع المصنف بين الولد والأجرة ليعلم منه أنه لا فرق في امتناع ردها بين أن تكون من نفس المبيع كالولد أم لا كالأجرة وتمثيله للمتولد من نفس المبيع بالولد، بخلاف الثمرة وغيرها ليعلم منه أنها تبقى له وإن كانت من جنس الأصل (ولو) (باعها) أي الجارية أو البهيمة (حاملًا) وهي معيبة مثلا (فانفصل) الحمل (رده معها) إن لم تنقص بالولادة أو نقصت بها وكان جاهلا به واستمر جهله إلى الوضع لما مر أن الحادث بسبب متقدم كالمتقدم نبه عليه الإسنوي وغيره، واعترض بأن الصواب ما أطلقه الشيخان هنا من عدم الفرق بين حالة العلم وحالة الجهل، وإن كان النقص حصل بسبب جرى عند البائع وهو الحمل ويفرق بينه وبين القتل بالردة السابقة أو القطع بالجناية السابقة بأن النقص ههنا حصل بسبب ملك المشتري وهو الحمل فكان مضمونا عليه ما نقص بالولادة. وأما القتل والقطع فلم يحصل بسبب ملك المشتري، وأيضا فالحمل يتزايد في ملك المشتري قبل الوضع فأشبهه ما إذا مات عند المشتري بمرض سابق وقد مرت الإشارة لذلك (في الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم ويقابله قسط من الثمن، والثاني لا بناء على مقابله، وخرج ببايعها حاملا ما

لو باعها حائلا ثم حملت ولو قبل القبض فإن الولد للمشتري، بخلاف نظيره في الفليس فإن الولد للبائع، والفرق أن سبب الفسخ هناك نشأ من المشتري وهو تركه توفية الثمن وهنا من البائع وهو ظهور العيب الذي كان موجودا عنده. قال الماوردي وغيره: وللمشتري حبس الأم حتى تضعه، وحمل الأمة بعد القبض عيب حادث يمنع الرد قهرا، وكذلك حمل غيرها إن نقصت به ونحو البيض الحادث بعد العقد كالحمل قاله الزركشي، وبانفصل ما لو كانت حاملا فإنه يرد لها جزما، والطلع كالحمل والتأبير كالوضع، فلو اطلعت في يده ثم ردها بعيب كان الطلع للمشتري على أوجه الوجهين كما صححه الخوارزمي، وقال الزركشي: إنه الأقرب وقال في التوسط: الأصح الاندراج، وقال السبكي: إنه الذي يتجه أن يكون الأصح، والصوف الموجود عند العقد يرد مع الأصل وإن جزه لأنه جزء من المبيع، ويرد أيضا ما حدث بعد العقد إن لم يجزه، فإن جزه فلا كالولد المنفصل، كذا أفتى به القاضي وجرى عليه الخوارزمي وجزم به في أصل الروضة، لكن قياس الحمل أن ما لم يجز لا يرد أيضا وجزم به القاضي في تعليقه وألحق به اللبن الحادث. قال الوالد رحمه الله تعالى: إن الراجح أن الصوف واللبن كالحمل، وقال الأذرعي: إنه الأصح، وقد قال الدارمي: إن كانت زيادة متميزة ككسب عبد وولد جارية وثمره نخل وشجر ولبن وصوف وشعر حيوان ونحوه فهي للمشتري ويرد المبيع دونها. قال الأذرعي: وقضية إطلاقه أنه لا فرق في الثمرة واللبن والصوف بين أن تكون فصلت أو لا (ولا يمنع الرد) (الاستخدام) قبل العلم بالعيب من المشتري أو غيره للمبيع ولا من البائع أو غيره للثمن إجماعا (و) لا (وطء الثيب) كالاستخدام وإن أفضى إلي تحريمها على بائعها لكونه أباه مثلا كما مر. نعم إن كان يعد عيبا كان مكنته ظانة أنه أجنبي منع لأنه عيب حدث، ووطء الغوراء مع بقاء بكارتها كالثيب (وافتناض) الأمة بالفاء والقاف (البكر) المبيعة من مشتر أو غيره: يعني زوال بكارتها ولو بنحو وثبة (بعد القبض نقص حدث) فيمنع الرد ما لم يسند لسبب متقدم جهله المشتري كما مر، فقول المصنف افتضاض مبتدأ خبره قوله نقص، وليس معطوفا على الاستخدام فهو نظير قوله تعالى {ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة} (وقبله جنابة على المبيع قبل القبض) فإن كان من المشتري منع رده بالعيب واستقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها، فإن قبضها لزمه الثمن بكماله، وإن تلفت قبل قبضها لزمه قدر النقص من الثمن أو من غيره، وأجاز هو البيع فله الرد بالعيب، كذا قاله الشارح، وهو محمول على ما إذا لم يطلع عليه إلا بعد إجازته، ثم إن كان زوالها من البائع أو بأفة أو بزواج سابق فهدر أو من أجنبي فعليه الأرش إن زالت بلا وطء أو بوطء زنا منها وإلا لزمه مهر مثلها بكرا بلا إفراد أرش وهو

للمشتري. نعم إن رد بالعيب سقط منه قدر الأرش، وفرق بين وجوب مهر بكر هنا ومهر ثيب وأرش بكاره في الغصب والديات ومهر بكر وأرش بكاره في المبيعة بيعا فاسدا بأن ملك المالك هنا ضعيف فلا يحتمل شيئين بخلافه ثم، ولهذا لم يفرقوا ثم بين الحره والأمة وبأن البيع الفاسد وجد فيه عقد اختلف في حصول الملك به كما في النكاح الفاسد بخلافه فيما مر.

### (فصل) في التصرية

المشار إليها فيما مر بالتغريب الفعلي وقد صرح بحكمها فقال: (التصرية) وهي أن يترك البائع حلب الحيوان عمدا مدة قبل بيعه حتى يجتمع اللبن فيتخيل المشتري غزارة لبنه فيزيد في الثمن (حرام) للتدليس ولا فرق في الحرمة بين مريد البيع وغيره ومن قيد بالأول أراد به ما إذا انتفى معه ضرر الحيوان. والأصل في ذلك خبر الصحيحين { لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك أي النهي فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن، رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر }، وقيس بالإبل والغنم غيرهما بجامع التدليس، وتصروا بوزن تزكوا من صرى الماء في الحوض جمعه، ومنهم من يرويه بفتح التاء وضم الصاد وتسمى محفلة أيضا (تثبت) (الخيار) للمشتري كما مر في الخبر حيث كان جاهلا بحالها ثم علم بها بعد ذلك وهو (على الفور) كخيار العيب. نعم لو در اللبن على الحد الذي أشعرت به التصرية فلا خيار كما هو الأوجه، ولهذا قال أبو حامد: لا وجه للخيار هنا، وإن نازعه الأذرعى هنا لأن ما كان على خلاف الجبله لا وثوق بدوامه، وشمل كلامه ما لو تصرت بنفسها أو النسيان أو شغل وهو كذلك كما صححه البغوي وقطع به القاضي، وقال الأذرعى: إنه الأصح وهو مقتضى كلام الماوردي والعراقيين والشافعي في الأم، وصححه صاحب الإفصاح والمفتاح للحاوي وجزم به الدميري وصححه السبكي لحصول الضرر، ويؤيده أن الخيار بالعيب لا فرق فيه بين علم البائع به وعدمه، فاندفع ترجيح الحاوي كالغزالي مقابله لانتفاء التدليس (وقيل يمتد) الخيار (ثلاثة أيام) من العقد كما صرح به في الخبر ومن ثم صححه كثيرون واختاره جمع متأخرون. وأجاب الأكثرون بحمل الخبر على الغالب من أن التصرية لا تظهر فيما دون الثلاث لاحتمال إحالة النقص على اختلاف العلف أو الماوى مثلا (فإن) (ردها) أي اللبون ولو بغير عيب التصرية (بعد تلف اللبن) أي حلبه ولو قليلا وعبر به عنه لأنه بمجرد حلبه يسري إليه التلف وظاهر أنه لا بد من لبن متمول إذ لا يضمن إلا ما هو كذلك (رد) حتما (معها صاع تمر) وإن اشتراها بصاع تمر ويسترد صاعه لأن الربا لا يؤثر في الفسوخ كما قاله القاضي سواء أكان المدفوع للبائع باقيا أم تالفا خلافا للأذرعى بناء على الأصح الآتي في الكتابة



من اختصاص التقاص بالنقود أو زادت قيمته على ما اشترى به للخبر السابق وقطعا للنزاع، وبما قاله علم أن المشتري لا يكلف رد اللبن لأن ما حدث بعد البيع ملكه وقد اختلط بالمبيع وتعذر تمييزه، فإذا أمسكه كان كالتالف وأنه لا يردده على البائع قهرا وإن لم يحمض لذهاب طراوته والعبرة يغالب تمر البلد كالفطرة وهو المراد بما نص عليه الشافعي من أنه الوسط من تمر البلد فإن تعذر عليه لزمته قيمته بالمدينة الشريفة لكثرة التمر بها، وهذا هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري في روضه وإن نوزع فيه، ومحل ما ذكر عند عدم تراضيهما، فإن تراضيا على غير الصاع أو على ردها من غير شيء كان جائزا، وقد بحث ذلك في الثانية الزركشي، ولو رد غير المصراة بعد الحلب رد معها صاع تمر بدل اللبن كما جزم به البغوي وصاحب الأنوار وصححه ابن أبي هريرة والقاضي وابن الرفعة، ويتعدد الصاع بتعدد المصراة وإن اتحد العقد كما نقله ابن قدامة الحنبلي عن نص الشافعي (وقيل يكفي صاع قوت) لرواية صحيحة بالطعام ورواية بالقمح فإن تعدد جنسه تخير وردوه برواية مسلم {رد معها صاع تمر لا سمراء} أي حنطة، فإذا امتنعت وهي أعلى الأقوات عندهم فغيرها أولى، ورواية القمح ضعيفة، والطعام محمول على التمر لما ذكر، وإنما تعين ولم يجز أعلى منه بخلاف الفطرة لأن القصد بها سد الخلّة، وهنا قطع النزاع مع ضرب تعبد إذ الضمان بالتمر لا نظير له، لكن لما كان الغالب التنازع في قدر اللبن قدر الشارع بدله بما لا يقبل تنازعا قطعا له ما أمكن (والأصح أن الصاع لا يختلف لكثرة اللبن) وقلته لما تقرر ولإطلاق الخبر كما لا تختلف غرة الجنين باختلافه ذكورة وأنوثة ولا أرش الموضحة باختلافها صغرا وكبرا

(و) الأصح (أن) (خيارها) أي المصراة (لا يختص بالنعم) وهي الإبل والبقر والغنم (بل يعم كل مأكول) من الحيوان (والجارية والأتان) بالمشاة وهي الأنثى من الحمر الأهلية لرواية مسلم {من اشترى مصراة} وكون نحو الأرنب لا يقصد لبنة إلا نادرا إنما يرد لو أثبتوه قياسا، وليس كذلك لما تقرر من شمول لفظ الخبر له لأن النكرة في حيز الشرط تعم والتعبد هنا غالب فمن ثم لم يستتبط من النص معنى يخصه، ولا يؤثر كون لبن الأخيرين لا يؤكل لأنه تقصد غزارته لتربية الولد وكبره والثاني يختص بالنعم لأن غيرها لا يقصد لبنة إلا على ندور (و) لكن (لا يرد معهما شيئا) بدل اللبن لأن لبن الأمة لا يعتاض عنه غالبا ولبن الأتان نجس (وفي الجارية وجه) أنه يرد بدله لصحة بيعه وأخذ العوض عنه (وحبس ماء القناة و) ماء (الرحى المرسل) كل منهما (عند البيع) أو الإجارة حتى يتوهم المشتري أو المستاجر كثرته فيزيد في عوضه ومثلهما جميع المعاوضات (وتحمير الوجه) وتوريمه ووضع نحو قطن في شدقها

(وتسويد الشعر وتجعيده) الدال على قوة البدن وهو ما فيه التواء وانقباض لا كمفلفل السودان  
(يثبت الخيار) بجامع التدليس أو الضرر وشمل إطلاقه المذكر والأنثى، وهو كذلك كما قاله الأذرعى ويلحق بذلك الخنثى فيما يظهر، والأوجه تحريم ذلك لما مر من التدليس، ولا بد في ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير (لا لطح ثوبه) أي الرقيق (بمداد تخيلا لكتابتة) أو إلباسه ثوب نحو خباز ليوهم أنه كاتب أو خباز أو توريم ضرع الحيوان فلا رد له به في الأصح إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحانه والبحث عنه، وقضية إطلاقهم عدم حرمة بخلاف التصرية، ولو قيل بحرمة لم يبعد كما قاله بعض المتأخرين، لأن الضرر الحاصل بالتصرية يرتفع عن المشتري بإثبات الخيار بخلاف هذا. والثاني يثبت له الرد نظرا لمطلق التدليس، ويجري الخلاف في إلباسه ثوبا مختصا بحرفة من أرباب الصنائع كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمان الجوهرة لأنه المقصر، ومعلوم أن محل ذلك حيث كان لها قيمة وإلا فلا يصح بيعها، ووجه ما تقرر وإن استشكله ابن عبد السلام أن حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع لا تعتبر مع التقصير. ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم علم من يخدع في البيع أن يقول " لا خلافة " كما مر، ولم يثبت له خيارا ولا أفسد شراؤه فدل على ما ذكرناه.

### **(باب) في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده والتصرف فيما له تحت يد غيره وبيان القبض والتنازع فيه وما يتعلق بذلك**

(المبيع) دون زوائده، ومثله في جميع ما يأتي الثمن كما سيذكره بقوله والثمن المعين كالمبيع (قبل قبضه) الواقع عن البيع (من ضمان البائع) بمعنى انفساخ البيع بتلفه أو إتلاف البائع والتخيير بتعييبه أو تعيب غير مشتر وإتلاف أجنبي لبقاء سلطنته عليه، سواء أعرضه على المشتري فلم يقبله أم لا، أو قال أودعتك إياه أم لا، وقولهم إن إيداع من يده ضامنة يبرئه مفروض في ضمان اليد، وما هنا ضمان عقد. نعم لو وضعه بين يديه وعلم به ولا مانع له من قبضه حصل القبض، وإن قال لا أريده، وبحث الإمام أنه لا بد من قربه منه بحيث تناله يده من غير حاجة لانتقال أو قيام. قال ولو وضعه البائع على يمينه أو يساره والمشتري تلقاء وجهه لم يكن قبضا هـ. وما ذكره أولا ظاهرا وأخرا غير ظاهرا، إذ الأوجه عدم الفرق وأنه متى قرب من المشتري كما ذكر ولم يعد البائع مستوليا عليه مع ذلك حصل القبض وإن كان عن يمينه مثلا، ويأتي مثله في وضع المدين الدين عند دائته خلافا لما في الأنوار هذا كله

بالنسبة لحصول القبض عن جهة العقد، فلو خرج مستحقا ولم يقبضه المشتري لم يكن للمستحق مطالبته به لعدم قبضه له حقيقة، وكذا لو باعه قبل نقله فنقله المشتري الثاني فليس للمستحق مطالبة المشتري الأول. قال الإمام وإنما يكون الوضع بين يدي المشتري قبضا في الصحيح دون الفاسد، وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضا في الصحيح دون غيره، واحترز المصنف بالمبيع عن زوائده المنفصلة الحادثة في يد البائع كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز فإنها أمانة في يد البائع لأن ضمان الأصل بالعقد وهو لم يشملها ولا وجد منه تعد

(فإن تلف) بأفة سماوية أو حصل له ما في معنى التلف كوقوع الدرة في بحر لا يمكن إخراجها منه أو انفلات ما لا يرجى عوده من طير أو صيد متوحش أو اختلاط نحو ثوب أو شاة بمثله ولم يمكن التمييز، بخلاف نحو ثمر بمثله لأن المثلية تقتضي الشركة فلا تعذر بخلاف المتقوم، أو انقلاب عصير خمرا ولم يعد خلا. نعم يثبت للمشتري الخيار وهذا ما اقتضاه كلامهما في باب الرهن وجرى عليه ابن المقري هنا في بعض النسخ وإن أطلقا هنا أنه كالتلف وإن عاد خلا، ووقوع صخرة على أرض أو ركوب رمل عليها لا يمكن رفعهما كما جزما به في الشفعة واقتضاه كلامهما في الإجارة لكن رجحا هنا كونه تعيبا واعتمده بعضهم، وفرق ببقاء عين الأرض والحيلولة لا تقتضي فسخا كالإباق والشفعة تقتضي تملكا وهو متعذر حالا لعدم الرؤية والانتفاع والإجارة تقتضي الانتفاع في الحال، وهو متعذر بحيلولة الماء وترقب زواله لا نظر له لتلف المنافع، وقد يمنع بأنهم لو نظروا هنا لمجرد بقاء العين لم يقولوا بالانفساخ في وقوع الدرة وما بعده إلا أن يقال بأن الفرق بينهما واضح وهو عدم العلم ببقاء العين في هذه بخلاف الأرض (انفساخ البيع) أي قدر انفساخه قبل التلف فتكون زوائده للمشتري حيث لم يختص الخيار بالبائع (وسقط الثمن) الذي لم يقبض، فإن قبض وجب رده لفوات التسليم المستحق بالعقد فبطل كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل القبض وينتقل الملك في المبيع للبائع قبيل التلف فتجهيزه عليه لانتقال الملك فيه إليه، ولا يستثنى من طرده ما لو وضعه بين يديه عند امتناعه لما مر أنه قبض له ولا إقبال أبي المشتري الأمة وتعجيز مكاتب بعد بيعه شيئا لسيده وموت مورثه البائع لأن قبض المشتري موجود في الثلاثة حكما وهو كاف، ولا من عكسه أيضا قبض المشتري له من البائع وديعة بأن كان له حق الحبس إذ تلفه بيده كتلفه بيد البائع كما صرحوا به لأنه لا أثر لهذا القبض ولهذا كان الأصح بقاء حبس البائع بعده، وما وقع للزركشي في هذه آخر الوديعة مما يخالف ما تقرر سهو وإن أقره الشيخ رحمة الله عليه، ولا ما قبضه المشتري في زمن خيار البائع وحده فتلفه حينئذ كهو بيد البائع فيفسخ العقد به وله ثمنه وللبيع عليه

قيمته يوم تلفه لأن الملك حينئذ للبائع فلم يوجد فيه المعنى الذي في البيع بعد الخيار وقبل القبض (ولو أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر) إذ هو إبراء عما لم يجب وهو غير صحيح وإن وجد سببه. والثاني يبرأ لوجود سبب الضمان فلا يفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن (ولم يتغير الحكم) السابق، وفائدة هذا كما قاله الزركشي نفي توهم عدم الانفساخ إذا تلف وأن الإبراء كما لا يرفع الضمان لا يرفع الفسخ بالتلف ولا المنع من التصرف وإن زعم بعضهم عدم فائدته

(وإتلاف المشتري) للمبيع حسا أو شرعا يعني المالك وإن لم يباشر العقد، لا وكيله وإن باشر بل هو كالأجنبي نبه عليه الزركشي، وسواء في ذلك أذن له المالك في القبض أم لا وإتلاف قنه بإذنه (قبض) له (إن علم) أنه المبيع ولم يكن لعارض يبيحه فخرج قتله لزناه بأن زنى ذميا محصنا ثم حارب ثم أرق، أو لردته أو لنحو تركه الصلاة أو قطعه الطريق وهو إمام أو نائبه، وإلا كان قابضا لأنه لا يجوز له لما فيه من الافتيات على الإمام، فلا نظر لكونه مهذرا وقتله لصياله عليه أو لمروره بين يديه وهو يصلي بشرطه أو لقتاله مع بغاة أو مرتدين أو قودا، فلا يكون في هذه الصور كلها قبضا سواء أكان عالما أنه المبيع أم جاهلا لأنه لما أتلفه بحق كان تلفه واقعا عن ذلك الحق دون غيره (وإلا) أي وإن لم يعلم المشتري أنه المبيع، قال الشارح: وقد أضافه به البائع (فقولان كأكل المالك طعامه المغصوب) حال كونه (ضيفا) للغاصب جاهلا أنه طعامه أظهرهما أنه يصير قابضا تقديما للمباشرة فكذا هنا أيضا، وفي معنى إتلافه كما مر ما لو اشترى أمة فأحبها أبوه أو سيد من مكاتبه أو وارث من مورثه شيئا ثم عجز المكاتب أو مات المورث، وإنما قيد الشارح بما تقدم لأجل محل الخلاف والتشبيه، وإلا فالحكم كذلك فيما لو قدمه أجنبي أو لم يقدمه أحد مع أن الخلاف جار في الأولى أيضا، ثم محل ما ذكر في إتلاف المشتري حيث كان أهلا للقبض فلو كان صبيا أو مجنونا فالقياس أن إتلافه ليس بقبض وعليه البدل وعلى البائع رد الثمن المعين، وقد يحصل التقاص إذا أتلف البائع الثمن أو تلف بيده، وقد صرح بذلك الشيخان في الجنايات وإن صرح القاضي الحسين وغيره بأنه قبض

(والمذهب أن) (إتلاف البائع) المبيع قبل قبضه (كتلفه) بأفة سماوية فيفسخ به العقد لتعذر الرجوع عليه بقيمة لأنه مضمون عليه كالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن ولو استوفى منافعه لم يلزمه لها أجره لضعف ملك المشتري وإن تعدى بحبسه مدة لمثلها أجره خلافا للغزالي وكونه من ضمان البائع وتنزيلا للمنافع منزلة العين التي لو أتلفها لم تلزمه قيمتها، وإنما ملك المشتري الفوائد الحادثة بيد البائع قبل القبض لأنها أعيان محسوسة مستقلة فلا تبعية فيها

لغيرها، وبذلك علم رد ما أطال به الأذرعى هنا، ومقابل المذهب قوله أنه لا يفسخ البيع بل يتخير المشتري، فإن فسخ سقط الثمن، وإن أجاز غرم البائع القيمة وأدى له الثمن وقد يتقاصان. ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع حيث له حق الحبس فله استرداده منه فلو أتلفه البائع إتلافا مضمنا في يد المشتري في هذه الحالة جعل مستردا له بالإتلاف كما أن المشتري قابض بالإتلاف كما جزم به ابن المقري، لكن هل يفسخ البيع أو يخير المشتري؟ وجهان أرجحهما أولهما كما قاله السبكي وغيره، ولو أتلفه البائع والمشتري معا لزم المبيع في نصفه كما قاله الماوردي، وانفسخ البيع في نصفه الآخر لأن إتلاف البائع كالأفة ويرجع البائع عليه بنصف الثمن ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجناية وإتلاف الأعجمي وغير المميز بأمر أحد العاقدين أو بأمر الأجنبي كإتلافه. فلو كان بأمر الثلاثة فالقياس كما قاله الإسنوي أنه يحصل القبض في الثلث والتخير في الثلث والانفساخ في الثلث. لا يقال: يلزم على ذلك تفريق الصفقة على البائع وهو ممتنع. لأننا نقول: فعله اقتضى ذلك وهو أمر من ذكر بالإتلاف فصار بمنزلة رضاه بتفريقها. أما إتلاف المميز بأمر واحد منهم فكإتلاف الأجنبي بلا أمر وإذن المشتري للأجنبي أو للبائع في إتلافه لغو لعدم استقرار الملك بخلاف الغاصب حيث يبرأ بذلك وإتلاف عبد البائع ولو بإذنه كالأجنبي، وكذا عبد المشتري فغير إذنه، والفرق بينهما تشوف الشارع لبقاء العقود، فإن أجاز جعل قابضا ولو أتلفته دابة المشتري نهارا انفسخ المبيع أو ليلا فله الخيار فإن فسخ طولب بما أتلفت أو بهيمة البائع فكالأفة، وإنما لم يفرق فيها بين الليل والنهار كبهيمة المشتري لأن إتلافها إن لم يكن بتفريط من البائع فأفة أو بتفريط منه فقد مر أن إتلافه كالأفة بخلاف إتلاف بهيمة المشتري فنزل بالنهار منزلة إتلاف البائع لتفريطه بخلافه ليلا. لا يقال: إتلافها ليلا إما بتقصير المشتري فيكون قبضا أو فكالأفة فيفسخ به البيع فلا وجه لتخيره. لأننا نقول: هو بتقصيره ولما لم يكن إتلافها صالحا للقبض خير، فإن أجاز فقابض أو فسخ طالبه البائع بالبدل كما تقرر ولهذا قال ابن الرفعة وغيره: إن محل ذلك إذا لم يكن مالها معها وإلا فإتلافها منسوب إليه ليلا كان أو نهارا. وقال الأذرعى: إنه صحيح، وجزم به الشيخ في الغرر وإن رده في شرح الروض ولو كانت مع غيره فالإتلاف منسوب إليه (والأظهر أن) (إتلاف الأجنبي) الملتزم للأحكام للمبيع في غير عقد الربا وإن كان بإذن المشتري فيه لانتفاء استقرار ملكه (لا يفسخ) البيع لقيام بدل المبيع مقامه (بل يتخير المشتري) فورا على أوجه الوجهين كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى (بين أن يجيز ويغرم الأجنبي) البدل (أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي) البدل. أما إتلافه له بحق نظير ما مر في المشتري أو وهو حربى فكالأفة.

وأما إتلافه للربوي فيفسخ به العقد لتعذر التقايبض والبدل لا يقوم مقامه فيه. ولا ينافي ما تقرر في الإجارة من أنه لو غصب أجنبي العين المستأجرة حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة، ولم يخير المستأجر كما هنا لأن المعقود عليه هنا المال وهو واجب على الجاني فتعدى العقد من العين إلى بدلها، بخلاف المعقود عليه ثم فإنه المنفعة وهي غير واجبة على متلفها فلم يتعد العقد منها إلى بدلها، وأيضا المنافع لا وجود لها بنفسها، فإن لم يستعمل الغاصب فقد تلفت بنفسها فالحكم كالتلف بالآفة السماوية، وإن استعمل فإنما أوجد ما يخصه فكأنه لم يوجد ما عقد عليه المستأجر، ففرق بين موجود أتلف وبين معدوم لم يوجد أو وجد لكن عين وجوده عين تلفه، ومقابل الأظهر أن البيع يفسخ كالتلف بآفة

(ولو) (تعيب) المبيع (قبل القبض) بآفة سماوية (فرضيه) المشتري بأن أجاز المبيع (أخذه بكل الثمن) كما لو كان العيب مقارنا ولا أرش له لقدرته على الفسخ، ويتخير أيضا بغصب المبيع وإباقه وجدد البائع للمبيع ولا بينة (ولو عيبه المشتري فلا خيار) له لحصوله بفعله بل يمتنع به رده لو ظهر به عيب قديم كما مر ويصير لما أتلفه قابضا فتستقر عليه حصته من الثمن وهو ما بين قيمته سليما ومعيبا، ويفارق تعيب المستأجر واجب الزوجة بأن هذا منزل منزلة القبض لوقوعه في ملكه ودينك لا يتخيل فيهما ذلك (أو) عيبه (الأجنبي) التزم تعيبا مضمنا (فالخيار) على الفور ثابت للمشتري لكونه مضمونا على البائع (فإن أجاز غرم الأجنبي الأرش) لأنه الجاني، لكن بعد قبض المبيع لا قبله لجواز تلفه بيد البائع فيفسخ البيع كما قاله الماوردي ونقله عنه وأقره وما اعترض به الزركشي ذلك فيه نظر، ومراد المصنف بالأرش في الرقيق ما يأتي في الديات وفي غيره ما نقص من قيمته ففي يد الرقيق نصف قيمته لا ما نقص منها إن لم يصر غاصبا، وإلا ضمن أكثر الأمرين من نصفها وما نقص منها، ولو كان القاطع ابن المشتري فمات أبوه قبل أن يختار وانتقل إرثه للقاطع ثبت له الخيار لحق الإرث على أوجه الاحتمالين للرويان، فإن أجاز لم يغرم شيئا إذ لا يجب له على نفسه شيء وإن فسخ فعليه ما على الأجنبي (ولو) (عيبه البائع) (فالمذهب ثبوت الخيار) للمشتري على الفور جزما لأنه إما كالآفة أو إتلاف الأجنبي وكل منهما يثبت الخيار، فقوله المذهب إنما هو فقوله (لا التغيريم) بناء على الأصح أن فعله كالآفة لا كفعل الأجنبي، فإن شاء المشتري فسخ وإن شاء أجاز بجميع الثمن لما مر

(ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه) ولو تقديرا بالإجماع في الطعام لخبر {من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه} وخبر حكيم بن حزام بسند حسن {يا ابن أخي لا تبيعن شيئا حتى تقبضه} وعلته ضعف الملك لانفساخه بتلفه كما مر، وتعبيره بلا يصح أنص على

الغرض من تعبير كثير بلا يجوز، وخرج بالمبيع زوائده الحادثة بعد العقد فيصح بيعها لانتفاء ضمانها كما مر، ويمتنع التصرف بعد القبض أيضا إذا كان الخيار للبائع أو لهما كما علم مما مر، وشمل كلامه ما لو كان المبيع معيناً أو في الذمة ولا يرد على المصنف كما مرت الإشارة إليه إحيال أبي المشتري الأمة ولا يرد على المصنف كما لأنها به تنتقل لملك الأب فيلزم تقدير القبض قبله، ولا نفوذ تصرف الوارث أو السيد فيما اشتراه من مكاتبه فعجز نفسه أو مورثه ولا وارث له غيره فمات قبل القبض لعوده له بالتعجيز والموت فلم يملك بالشراء، ولا بيع العبد من نفسه لأنه عقد عتاقة، ولا قسمته لأنها وإن كانت بيعاً إلا أنها ليست على قوانين البيوع لأن الرضا فيها غير معتبر فلا يعتبر القبض قبل كالشفعة (والأصح أن يبعه للبائع كغيره) لعموم النهي السابق ولضعف الملك والثاني يصح كبيع المغصوب من الغاصب، ومحل الخلاف إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة وإلا فهو إقالة بلفظ البيع كما نقله عن المتولي وأقراه فيصح، وبناهما القاضي على أن العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى، والمعول عليه عدم إطلاق القولين بترجيح واحد منهما مطلقاً بل تارة يراعون هذا وتارة يراعون هذا بحسب المدرك (و) الأصح (أن الإجارة والرهن) والكتابة (والهبة) والصدقة والإقراض وجعله عوض نكاح أو خلع أو صلح أو سلم والتولية والإشراك فيه (كالبيع) فلا يصح لأن كلا منها عقد يقصد به تملك المال في الحال فأشبهه البيع، والثاني يصح بناء على أن العلة فيه توالي ضمانين، وأفهم إطلاقه منع الرهن عدم الفرق بين رهنه من البائع وغيره وبين أن يكون له حق الحبس أو لا، وهو ما اقتضاه كلام الروضة وأصلها وإن نقل السبكي عن النص واعتمده هو ومن تبعه أن محل منعه من البائع إن كان بالثمن حيث له حق الحبس لانتفاء فائدة الرهن إذ هو محبوس بالدين وإلا جاز. وقضية قولهم وإلا جاز صحته منه بغير الثمن وإن كان له حق الحبس، وقضية العلة خلافه وهو الأوجه، وخرج بإجارة المبيع ما لو أجر المستأجر العين المؤجرة قبل قبضها فإنها صحيحة، لكن من المؤجر فقط لأن المعقود عليه فيها المنافع وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيه عدم قبضها. لا يقال: قضية العلة صحتها من غير المؤجر أيضاً لأننا نقول: مرادنا بنفي إمكان قبض المنافع نفي إمكان قبضها الحقيقي لتصريحهم كما يأتي في السلم بأن قبضها بقبض محلها، ولقوة جانب المؤجر لم يشترط فيه هذا القبض التقديري بخلاف غيره (و) الأصح (أن الإعتاق بخلافه) فيصح لتشوف الشارع له، وسواء أكان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف حق الحبس ومثله الاستيلاء والتدبير والتزويج والقسمة وإباحة نحو الطعام اشتراه جزافاً للفقراء، والوقف وإن احتاج إلى قبول كما في المجموع خلافاً لما في الشرح والروضة عن التتمة

من أن الوقف إن شرط فيه القبول فكالبيع وإلا فكالإعتاق، مع أن الأصح كما يأتي في كلام المصنف في باب الوقف اشتراط قبول المعين، وسواء أكان المشتري موسرا أم معسرا، وإنما لم ينفذ إعتاق الراهن لمعسر لأنه حجر على نفسه. والثاني لا يصح كالبيع لاشتراكهما في إزالة الملك، وفارق الإعتاق الكتابة بأن له قوة لا توجد فيها، ولا يصح العتق على مال لأنه بيع ولا عن كفارة الغير لأنه هبة، ويكون بنحو العتق والوقف قابضا لا بالتدبير والتزويج ونحوهما، وكذا الطعام المباح للفقراء قبل قبضهم له فإن قبضوه كان قابضا (والثمن المعين) نقدا أو غيره (كالمبيع) في جميع ما مر لعموم النهي له، ولو أبدله المشتري بمثله أو بغير جنسه برضا البائع فهو كبيع المبيع للبائع فلا يصح إلا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة، ومما شمله التشبيه فساد التصرف قبل قبضه المذكور ضمنا في قوله (فلا يبيعه البائع) يعني لا يتصرف فيه كما بأصله (قبل قبضه) لا من المشتري ولا من غيره نظير ما مر لعموم النهي وللعلتين السابقتين، وكل عين مضمونة في عقد معاوضة كأجرة وعوض صلح عن مال أو دم وبدل خلع أو صداق كذلك

(وله بيع ماله في يد غيره أمانة كوديعة) بيد المودع وشملت الأمانة ما لو كانت شرعية كما لو طيرت الريح ثوبا إلى داره ويلحق به ما أفرزه السلطان لجندي تمليكاً كما لا يخفى، فله بعد رؤيته بيعه وإن لم يقبضه رفقا بالجندي عليه ومن ثم ملكه بمجرد الإفراز (ومشترك) بيد الشريك (وقراض) بيد العامل سواء أكان قبل الفسخ أم بعده ظهر ربح أم لا كما أطلقه الأصحاب خلافا للقاضي والإمام (ومرهون) بيد المرتهن (بعد انفكاكه) مطلقا وقبله بإذن المرتهن (وموروث) يملك الهالك التصرف فيه قبل موته، بخلاف ما لا يملك الهالك بيعه مثلا بأن اشتراه ولم يقبضه، لكنه حينئذ ليس في يد بائعه بأمانة بل هو مضمون عليه، ومثله ما يملكه الغانم من الغنيمة مشاعا باختيار التملك وبيع موهوب رجوع فيه الأصل قبل قبضه ومقسوم قسمة إفراز قبل قبضه، بخلاف قسمة البيع ليس له بيع ما صار له فيها من نصيب صاحبه قبل قبضه، ولا بيع شقص أخذه بشفعة قبل قبضه لأن الأخذ بها معاوضة. ولو باع ماله في يد غيره أمانة فهل للبائع ولاية الانتزاع من ذلك الغير بدون إذن المشتري ليتخلص من الضمان ويستقر العقد الظاهر كما قاله الزركشي؟ نعم بل يجب لتوجه التسليم على البائع (وباق في يد وليه بعد رشده أو إفاقته) لتمام الملك، نعم لو أكرى صباغا أو قصارا لعمل ثوب وسلمه له فليس له بيعه قبله، وكذا بعده إن لم يكن سلم الأجرة لأن له الحبس للعمل ولاستيفاء الأجرة كذا قاله، وهو تصوير إذ له حبسه لتمام العمل أيضا، ولا ينافيه إطلاقهم جواز إبدال المستوفي به لإمكان حمل ذلك بقريئة ما هنا على ما إذا لم



يتسلمه الأجير، ولو استأجره لرعي غنمه شهرا أو ليحفظ متاعه المعين شهرا جاز له بيعها قبل انقضاء الشهر لأن حق الأجير لم يتعلق بعينه إذ للمستأجر أن يستعمله في مثل ذلك العمل، كذا قاله المتولي، وهو مبني على أنه هل يجوز إبدال المستوفى به أو لا، والراجح جواز البيع لأنه بسبيل من أن يأتي ببدله أو يسلم الأجير نفسه ويستحق الأجرة، ويمكن حمل كلام المتولي الأخير على تصرفه بعد الإبدال بل تعليقه دل عليه. (وكذا) له بيع ماله المضمون على من هو بيده ضمان يد ومنه (عارية وماخوذ بسوم) وهو ما أخذه مريد الشراء ليتأمله أيعجبه أم لا، ومغصوب له قدرة على انتزاعه ومفسوخ فيه بعيب أو غيره بعد رد الثمن لتمام الملك في المذكورات، وما أفهمه كلامه من أن المأخوذ بسوم مضمون جميعه مفروض فيما لو سام كله، وإلا كان أخذ ما لا من ملكه أو بإذنه ليشتري نصفه فتلف لم يضمن سوى النصف لأن نصفه الآخر أمانة في يده، وبما تقرر علم أن فائدة عطفه بكذا التنبيه على أنه قسيم الأمانة لأنه مضمون ضمان يد، وشمل كلامه ما لو كان المعار أرضا وقد غرسها المستعير وهو كذلك خلافا للماوردي (ولا) (يصح بيع) المثمن الذي في الذمة نحو (المسلم فيه ولا الاعتياض عنه) قبل قبضه بغير نوعه أو وصفه لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض. والحيلة في ذلك أن يتفاسخا عقد السلم ليصير رأس المال دينا في ذمته، ثم يدفع له ما يتراضيان عليه وإن لم يكن جنس المسلم فيه، ولا بد من قبضه قبل التفرق لئلا يصير بيع دين بدين. وعلم مما تقرر أن كل مبيع ثابت في الذمة عقد عليه بغير لفظ السلم لا يصح الاعتياض عنه على الأصح من تناقض لهما (والجديد جواز الاستبدال) في غير ربوي بيع بجنسه لتفويته ما شرط فيه من قبض ما وقع به العقد ولهذا كان الإبراء منه ممتنعا، وما أوهمه كلام ابن الرفعة من جوازه فيه غلظه فيه الأذرع (عن الثمن) نقدا أو غيره مما ثبت في الذمة وإن لم يقبض المبيع، لكن حيث لزم العقد لا قبل لزومه لخبر {ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال كنت أبيع الإبل بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال: لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء} وقيس بما فيه غيره، وكالمثمن كل دين مضمون بعقد كأجرة وصداق وعوض خلع ودين ضمان ولو ضمان المسلم فيه كما أوضحه الوالد رحمه الله تعالى في فتاويه، ويفارق المثمن بأنه يقصد عينه ونحو الثمن يقصد ماليته

ولا يصح أن يستبدل مؤجلا عن حال ويصح عكسه، وكان صاحب المؤجل عجله والقديم المنع لعموم النهي السابق لذلك، والثمن النقد إن قوبل بغيره، فإن كانا نقدين أو عرضين فالثمن ما اتصلت به الباء والمثمن مقابله نعم الأقرب فيما لو باع رقيقه مثلا بدراهم

سلما امتناع الاستبدال عنها وإن كانت ثمناً لأنها في الحقيقة مسلم فيها، ويقيد إطلاقهم صحة الاستبدال عن الثمن بذلك، هذا كله فيما لا يشترط قبضه في المجلس (فإن استبدل موافقاً في) جنس الربا كذهب عن ذهب اشترطت الشروط المتقدمة أو (علة الربا كدراهم عن دنانير اشترط قبض البديل في المجلس) حذراً من الربا فلا يكفي التعيين عنه (والأصح أنه لا يشترط التعيين في العقد) أي عقد الاستبدال، لأن الصرف عما في الذمة جائز. والثاني يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين

(وكذا) لا يشترط (القبض في المجلس) في الأصح (إن استبدل ما لا يوافق في العلة) للربا (كثوب عن دراهم) كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة، لكن لا بد من التعيين في المجلس قطعاً، وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق. والثاني يشترط القبض لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر ك رأس مال السلم. لا يقال: حقه أن يقول كطعام عن دراهم لأن الثوب غير ربوي فلا يصح أن يقال إنه لا يوافق الدرهم في علة الربا. لأننا نقول: السالبة تصدق بنفي الموضوع فتصدق بأن لا ربا أصلاً لإطلاقهم على كل ثوب أو طعام بدراهم أنهما مما لم يتوافقا في علة الربا (ولو استبدل عن القرض) نفسه أو دينه وإن حمله بعضهم على الثاني (و) عن (قيمة) يعني بدل (المكلف) من قيمة المتقوم ومثل المثلي وبدل غيرهما كالنقد في الحكومة حيث وجب (جاز) إن لم يكن ثم ربا فلا يؤثر زيادة تبرع بها المؤدي بأن لم يجعلها في مقابلة شيء وذلك لاستقراره، والعلم بالقدر هنا كاف ولو بإخبار المالك، إذ القصد الإسقاط دون حقيقة المعاوضة، فاشتراط بعضهم نحو الوزن عند قضاء القرض وإن علم قدره غير صحيح (واشتراط قبضه) أي البديل (في المجلس) وتعيينه (ما سبق) من أنهما إن توافقا في علة الربا اشترط قبضه وإلا اشترط تعيينه. قال السبكي: وكونه حالاً ومراده أنه لا يجوز أن يستبدل عنهما مؤجلاً فسقط قول الأذري أن بدل هذين لا يكون إلا حالاً، ولو عوض عن دين القرض الذهب ذهباً وفضة كان باطلاً كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، قال: لأنه من قاعدة مد عجوة، ولا يخالف ذلك ما ذكره فيما لو صالح عن ألف درهم وخمسين ديناراً دينا له على غيره بألفي درهم حيث جعلوه مستوفياً لألف درهم، إذ لا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ومعتاضاً عن المذهب بالألف الآخر انتهى. فعلم منه أنه لو قال في مسألة الصلح المذكورة عوضتك هذين الألفين عن الألف درهم وخمسين ديناراً لم يصح، ولهذا لو كان المصالح عنه معيناً لم يصح الصلح على ما جرى عليه ابن المقري في روضه لأنه اعتياض فكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم وهو من قاعدة مد عجوة كما نبهنا على ذلك في باب الربا لكن المعتمد الصحة

(وبيع الدين) غير المسلم فيه بعين (لغير من) هو (عليه) (باطل في الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو) لأنه لا يقدر على تسليمه، وهذا ما في المحرر والشرحين والمجموع هنا وجزم به الرافعي في الكتابة والثاني يصح، وصححه في زوائد الروضة ونقل أن المصنف أفتى به، وهو الموافق لكلام الرافعي في آخر الخلع، واختاره السبكي وحكي عن النص وهو المعتمد، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لاستقراره كبيعه ممن هو عليه وهو الاستبدال السابق، ومحلّه إن كان المدين حلالاً مستقراً والمدين مقراً ملياً أو عليه بينة وإلا لم يصح لتحقيق العجز حينئذ، ويشترط قبض العوضين في المجلس كما صرح به في أصل الروضة كالبلغوي وهو المعتمد، وإن قال في المطلب: مقتضى كلام الأكثرين يخالفه، والقول بحمل الأول على الربوي والثاني على غيره صحيح لعدم تأتبه مع تمثيلهما بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو (ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص فباع زيد عمراً دينه بدينه) أو كان له على آخر دين فاستبدل عنه ديناً آخر (بطل قطعاً) اتحد الجنس أو اختلف وحكي الإجماع على ذلك، والنهي عن ذلك صححه جمع وضعفه آخرون، والحوالة جائزة بالإجماع مع أنها بيع دين بدين.

ثم شرع في بيان القبض والرجوع في حقيقته إلى العرف فيه لعدم ما يضبطه شرعاً أو لغة كالإحياء والحرز في السرقة وذلك إما غير منقول أو منقول، وقد شرع في بيان الأول فقال (وقبض العقار) ونحوه كالأرض وما فيها من بناء ونخل وإن شرط قطعه وثمره مبيعة قبل أوان الجذاذ كما قالاه وهو مثال لا قيد، فإن بلغت أوان الجذاذ فالحكم كذلك كما أفاده الجلال البلقيني، وشمل ذلك ما لو باعها بعد بدو صلاحها بشرط قطعها وبه أفتى الوالد رحمه الله تعالى، ومثل الثمرة فيما ذكر زرع جاز بيعه في أرض فإقباض ذلك (تخليته للمشتري وتمكينه من التصرف) فيه بتسليم مفتاح الدار إن وجد وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله كما هو واضح مع عدم مانع شرعي أو حسي فلا يعتد به إلا (بشرط فراغه من أمتعة البائع) وكذا أمتعة غير المشتري من مستأجر ومستعير وموصي له بالمنفعة وغاصب كما اعتمده الأذرعى وغيره مغلطاً من أخذ بمفهوم الاقتصار على البائع عملاً بالعرف لتأتي التفريغ هنا حالاً، وبه فارق قبض الأرض المزروعة بالتخلية مع بقاء الزرع، واستثنى السبكي الحقير من الأمتعة كالحصير وبعض الماعون فلا يقدر في التخلية، ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار وخلي بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه، فإن نقلت منه إلى بيت آخر منها حصل القبض في الجميع، أما أمتعة المشتري فلا تضر، وما قررنا به كلام المصنف في قوله تخليته للمشتري مأخوذ من كلام الشارح حيث قال لو أتى المصنف بالبائع في التخلية كما في الروضة

وأصلها والمحرر كان أقوم إلا أن يفسر القبض بالإقباض اهـ أي لأن القبض فعل المشتري والتخلية فعل البائع فلولا التأويل المذكور لما صح الحمل (فإن لم يحضر المتعاقدان المبيع) الذي بيد المشتري أمانة كان أو ضمانا عقارا أو منقولاً بأن غاب عن محل العقد بناء على الأصح أنه لا يشترط حضورهما عنده (اعتبر) في صحة قبضه إذن بائعة فيه حيث كان له حق الحبس و (مضي زمن يمكن) فيه (المضي إليه) في العادة مع تفرغه مما مر (في الأصح) لأن الحضور إنما اغتفر للمشقة ولا مشقة في اعتبار مضي ذلك. والثاني لا يعتبر لأنه لا معنى لاعتباره مع عدم الحضور. واعلم أن المبيع إما عقار أو منقول غائب بيد البائع فلا يكفي مضي زمن إمكان تفرغه ونقله، بل لا بد من تخليته ونقله بالفعل حيث كان مشتغلا، وأما مبيع حاضر منقول أو غيره ولا أمتعة فيه لغير المشتري وهو بيده فيعتبر في قبضه مضي زمن يمكن فيه النقل أو التخلية مع إذن البائع إن كان له حق الحبس، وغير يد المشتري والبائع كيد المشتري كما ذكرناه في الرهن، والمعتمد خلافه وهو أن يد الأجنبي كيد البائع

(وقبض المنقول) حيوانا أو غيره مما يمكن تناوله باليد في العادة أو لا يمكن كسفينة يمكن جرّها (تحويله) أي تحويل المشتري أو نائبه له من محله إلى محل آخر مع تفرغ السفينة المشحونة بالأمتعة التي لغير المشتري، ومثلها في ذلك كل منقول لا بد من تفرغه مما يعد طرفا في العادة، وكحويل الحيوان أمره له بالتحويل فلا يكفي ركوبها واقفة ولا استعمال العبد كذلك ولا وطء الجارية، وقول الرافعي في كتاب الغصب: لو ركب المشتري الدابة أو جلس على الفراش حصل الضمان ثم إن كان ذلك بإذن البائع جاز له التصرف أيضا وإن لم ينقله وإلا فلا مسلم في الضمان غير مسلم في التصرف للنهي الصحيح عن بيع الطعام حتى يحولوه، ولا بد أن يكون المقبوض مرئيا للقباض كما في البيع، نص عليه في الأم واعتمده الزركشي وغيره، وظاهره عدم الفرق بين الحاضر والغائب، وحمله بعضهم على الحاضر دون الغائب لأنه يتسامح فيه ما لا يتسامح في الحاضر، وهو الاكتفاء في الثمرة والزرع في الأرض بالتخلية فيستثنى ذلك من كلامه هنا وأن إتلاف المشتري قبض وإن لم يجر نقل. قال ابن الرفعة كالماوردي: والقسمة وإن جعلت بيعا لا يحتاج فيها إلى تحويل المقسوم، إذ لا ضمان فيها حتى يسقط بالقبض، ولو باع حصته من مشترك لم يجز له إذن في قبضه إلا بإذن شريكه وإلا فالحاكم، فإن أقبضه البائع صار طريقا في الضمان والقرار فيما يظهر على المشتري عالما بالحال أو جاهلا لحصول التلف عنده وإن خص بعضهم ضمان البائع بحالة الجهل لأن يد المشتري في أصلها يد ضمان فلم يؤثر الجهل فيها، ولو اشترى الأمتعة مع المدار صفقة اشترط في

قبضها نقلها كما لو أفردت، ولو اشترى صبرة ثم اشترى مكانها لم يكف خلافا للماوردي كما لو اشترى شيئا في داره فإنه لا بد من نقله وما فرق به بينهما غير معمول به

(فإن جرى البيع) في أي مكان كان وأريد القبض والمبيع (بموضع لا يختص بالبائع) يعني لا يتوقف حل الانتفاع به على إذن كمسجد وشارع وموات وملك مشترك أو غيره وقد ظن رضاه (كفى) في قبضه (نقله إلى حيز) منه لوجود التحويل من غير تعذر، وقوله لا يختص بالبائع قيد في المنقول إليه لا منه، فلو كان بمحل يختص به فنقله لما لا يختص به كفى، ودخول الباء على المقصور عليه لغة صحيحة وإن كان الأكثر دخولها على المقصور

(وإن) (جرى) البيع ثم أريد القبض والمبيع (في دار البائع) يعني في محل له الانتفاع به ولو بنحو إجارة وعارية ووصية ووقف (لم يكف ذلك) النقل في قبضه (إلا بإذن البائع) فيه لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها تبعا. نعم لو كان يتناول باليد عادة فتناوله ثم أعاده كفى، لأن قبض هذا لا يتوقف على نقل آخر فاستوت فيه الأحوال كلها (فيكون) مع حصول القبض (معييرا للبقعة) التي أذن في النقل إليها كما لو استعارها من غيره، وقوله لم يكف محله بالنسبة إلى التصرف، أما بالنسبة إلى حصول الضمان فإنه يكون كافيا لاستيلائه عليه، وكذا لو أذن له في مجرد التحويل وإن لم يكن له حق الحبس فيما يظهر خلافا لبعض المتأخرين، هذا كله في منقول بيع بلا تقدير، فإن بيع بتقدير فسيأتي، ولا يشكل على ما تقرر من كونه معيرا للبقعة بالإذن وإن كان الاستحقاق بعارية مع أن المستعير لا يعير لما يأتي أن له إقامة من يستوفي له المنفعة لأن الانتفاع راجع إليه، وما هنا من هذا إذ النقل للقبض انتفاع يعود للبائع ببراءته عن الضمان فيكفي إذنه فيه ولم يكن محض إعارة حتى يمتنع، وحينئذ فتسميته في هذه معيرا باعتبار الصورة لا الحقيقة، ولو جرى والمبيع في دار أجنبي لم يظن رضاه اشترط إذنه أيضا كذا قيل، والمعتمد خلافه فقد أفتى الوالد رحمه الله تعالى بالاكْتفاء بنقله في المغصوب، بخلاف المشترك بين البائع وغيره ولو المشتري فلا بد من إذنه لأن له يدا عليه وعلى ما فيه فتستحب لترجحها بأن الأصل عدم القبض ولأن العرف لا يعده قبضا، وقد صرح بشمول المكان المغصوب الإسنوي ووضع البائع المبيع بين يدي المشتري بقيده المار أول الباب قبض وإن نهاه. نعم لو خرج مستحقا لم يضمنه لأنه لم يضع يده عليه، وضمان اليد لا بد فيه من حقيقة وضعها، وقبض الجزء الشائع بقبض الجميع والزائدة أمانة.

[فرع] زاد الترجمة به (للمشتري قبض المبيع) استقلالا (إن كان الثمن مؤجلا) وإن حل ولم يسلمه على الأصح إذ لا حق له في الحبس (أو) كان حالا كله أو بعضه و (سلمه) أي الحال ويقوم

مقام تسليمه عوضه إن استبدل عنه أو صالح منه على دين أو عين فيما يظهر ولو بإحالة المستحق له بشرطه وإن لم يقبضه في مسألة الحوالة لانتفاء حق البائع في الحبس حينئذ (وإلا) بأن كان حالا من الابتداء ولم يسلم جميعه لمستحقه (فلا يستقل به) بل لا بد من إذن البائع لبقاء حق حبسه، فإن استقل رده ولم ينفذ تصرفه فيه. نعم يدخل في ضمانه فيطالب به لو خرج مستحقا ويعصي بذلك، وقول بعضهم هنا: إنه لو تعيب لم يثبت الرد على البائع أو استرد فتلف ضمن الثمن للبائع مبني على أن المراد بالضمان ضمان العقد، والراجح أنه ضمان اليد، ولو أتلفه البائع في يد المشتري ففيه وجهان: أوجهما كما علم مما مر الانفساخ (ولو بيع الشيء تقديرا كثوب وأرض ذرعا) بالمعجمة (وحنطة كيلا أو وزنا) ولبن عدا (اشترط) في قبضه (مع النقل ذرعه) في الأول (أو كيله) في الثاني (أو وزنه) في الثالث أو عده في الرابع لورود النص في الكيل في خبر مسلم {من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله} دل على أنه لا يحصل فيه القبض إلا بالكيل، وليس بمعتبر في بيع الجزاف بالإجماع فتعين فيما قدر بكيل وقيس به البقية، وعبر بأوتارة وبالواو أخرى لما علم من كلامه من تعذر اجتماع الذرع مع غيره بخلاف الوزن والكيل، أو لئلا يتوهم اشتراط اجتماعهما وإنما قدر بأحدهما ولا بد من وقوع ذلك من البائع أو نائبه، فلو أذن للمشتري أن يكتال من الصبرة عنه لم يجز لاتحاد القابض والمقبض كما ذكرناه هنا، وما وقع في كلامهما قبل ذلك مما يخالفه يمكن تأويله، ولو قبضه جزافا أو أخذه بمعيار غير ما اشتراه به كان ضامنا أخذا مما مر لا قابضا. فلو تلف في يده ففي انفساخ العقد وجهان صحح منهما المتولي المنع لتمام القبض وحصول المال في يده حقيقة وإنما بقي معرفة مقداره وهو المعتمد، وسكت الشيخان عن ترجيحه هنا لأنهما جريا عليه في باب الربا ولو تنازعا فيمن يكيل نصب الحاكم كيالا أمينا يتولاه، ويقاس بالكيل غيره وأجرة كيال المبيع أو وزانه أو من ذرعه أو عده ومؤنة إحصاره إذا كان غائبا إلى محل العقد: أي تلك المحلة على البائع، وأجرة نحو كيال الثمن ومؤن إحصار الثمن الغائب إلى محل العقد على المشتري وأجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المبيع المنقول عليه أيضا، وقياسه أن يكون في الثمن على البائع ومؤن نقد الثمن على البائع، وقياسه أن يكون في المبيع على المشتري إذ القصد منه إظهار عيب به إن كان ليرد به، وسواء أكان الثمن معينا أم لا كما أطلقناه، وإن قيده العمراني في كتاب الإجارة بما إذا كان الثمن معينا، ولو أخطأ النقاد فظهر بما نقده غش وتعذر الرجوع على المشتري فلا ضمان عليه وإن كان بأجرة كما أطلقه صاحب الكافي وهو المعتمد وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وإن قيده الزركشي بما إذا كان متبرعا لكن لا أجرة له كما لو استأجره

للسخ فغلط فإنه لا أجرة له، أي إذا كان الغلط فاحشا خارجا عن العرف بحيث لا يفهم معه الكلام غالبا أو تعدى كما يأتي في الإجارة لا يقال: قياس غرم أرش الورق ثم ضمانه هنا لأننا نقول: فهو ثم مقصر مع إحداث فعل فيه وهنا مجتهد. والمجتهد غير مقصر مع انتفاء الفعل هنا والقول بأنه هنا مغرر فيضمن لذلك ووفاء بما يقابل الأجرة ليس بشيء (مثاله بعتكها) أي الصبرة (كل صاع بدرهم أو) بعتكها بكذا (على أنها عشرة أصع) وما نظريه في المثال الثاني من أنه جعل الكيل فيه وصفا كالكتابة في العبد فينبغي أن لا يتوقف قبضه عليه رد بأن كونه وصفا لا ينافي اعتبار التقدير في قبضه لأنه بذلك الوصف سمي مقدرًا بخلاف كتابة العبد (ولو كان له) أي لبكر (طعام) مثلا (مقدر على زيد) كعشرة أصع (ولعمرو عليه مثله فليكتل) بكر (لنفسه) من زيد: أي يطلب منه أن يكيل له حتى يدخل في ملكه (ثم يكيل لعمرو) لتعدد الإقباض هنا، ومن شرط صحته الكيل فلزم تعدده لأن الكيلين قد يقع بينهما تفاوت، وللنهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: يعني صاع البائع وصاع المشتري، ولو كال لنفسه وقبضه ثم كاله لغريمه فزاد أو نقص بقدر ما يقع بين الكيلين لم يؤثر فتكون الزيادة له والنقص عليه، أو بما لا يقع بين الكيلين فالكيل الأول غلط فيرد بكر الزيادة ويرجع بالنقص. نعم الاستدامة في نحو المكيال كالتجديد فتكفي (فلو) (قال) بكر لعمرو (اقبض) يا عمرو من زيد (مالي عليه لنفسك عني) أو احضر معي لأقبضه أنا لك (ففاعل) (فالقبض فاسد) بالنسبة لعمرو لكونه مشروطا بتقدم قبض بكر ولم يوجد ولا يمكن حصولها لما فيه من اتحاد القابض والمقبض فيضمنه عمرو لأنه قبضه لنفسه، ولا يلزمه رده لدفاعه وصحيح بالنسبة لزيد فتبرأ ذمته لإذن دائه بكر في القبض منه له بطريق الاستلزام، إذ قبض عمرو لنفسه متوقف على قبض بكر كما تقرر، فإذا بطل لفقد شرطه بقي لازمه وهو القبض لبكر فحينئذ يكيله لعمرو ويصح قبضه له، ولا يجوز توكيل من يده كيد المقبض في القبض كرقيقه ولو مأذونا له في التجارة بخلاف ابنه وأبيه ومكاتبه، ولو قال لغريمه وكل من يقبض لي منك أو قال لغيره وكل من يشتري لي منك صح ويكون وكيلا له في التوكيل في القبض أو الشراء منه، ولو وكل البائع رجلا في الإقباض ووكله المشتري في القبض لم يصح توكيله لهما معا لما مر، ولو قال لغريمه: اشتر بهذه الدراهم لي مثل ما تستحقه علي واقبضه لي ثم لنفسك صح الشراء والقبض الأول دون الثاني، وللأب وإن علا تولى طرفي القبض كما يتولى طرفي البيع كما مر في بابه.

[فرع] زاد الترجمة به أيضا إذا (قال البائع) عن نفسه لمعين بضمن حال في الذمة بعد لزوم العقد (لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري في الثمن مثله) أي لا أسلمه حتى أقبض

المبيع وترافعا إلى الحاكم (أجبر البائع) على الابتداء بالتسليم لرضاه بدمته ولا استقرار ملكه لأمنه من هلاكه ونفوذ تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض وملك المشتري للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه ليستقر، أما المؤجل فيجبر البائع قطعا (وفي قول المشتري) لأن حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فأجبر (ليتساويا وفي قول) لا إجبار لأن كلا منهما ثبت له إيفاء واستيفاء. فلا ترجيح، ورد بأن فيه ترك الناس يتمنعون الحقوق، وعليه يمنعها الحاكم من التخاصم وحينئذ (فمن سلم) منهما لصاحبه (أجبر صاحبه) على التسليم إليه (وفي قول يجبران) لوجوب التسليم عليهما فيلزم الحاكم كلا منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ثم يسلم كلا ما وجب له والخيرة في البداءة إليه (قلت فإن كان الثمن معينا) كالمبيع (سقط القولان الأولان من الأقوال الثلاثة الأخيرة) سواء أكان الثمن نقدا أم عرضا كما صرح به في الشرح الصغير وزوائد الروضة، ولا ينافي ذلك تصوير الرافعي في الشرح الكبير سقوطهما في بيع عرض بعرض. قال الشارح: لأن سكوته عن النقد لا ينفيه (وأجبرا في الأظهر، والله أعلم) لاستواء الجانبين في تعيين كل.

أما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولي وناظر، وقف وعامل قراض. لم يجبر على التسليم، بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن كما يعلم من كلامه في الوكالة ولا يتأتى هنا إلا إجبارهما أو إجبار المشتري، ولو تباع نائبان عن الغير لم يتأت إلا إجبارهما (وإذا سلم البائع أجبر المشتري) على التسليم في الحال (إن حضر الثمن) أي عينه إن تعين وإلا فنوعه مجلس العقد للزوم التسليم عليه بلا مانع وإجباره عليه لم يتخير البائع وإن أصر على عدم التسليم إليه، وفي الثانية بالإجبار عليه يصير عليه فلا يصح تصرفه فيه بما يفوت حق البائع كما يؤخذ مما مر وإلا لم يكن للإجبار فائدة، وظاهر كلام المصنف أنه يجبر على التسليم عن عين ما حضر ولا يمهل لإحضار ثمن فورا ودفعه منه، وهو واضح إن ظهر للحاكم منه عناد أو تسويف وإلا ففيه نظر. ووجه إطلاقهم أنه حيث حضر النوع فطلب تأخير ما عينه كان فيه نوع عناد وتسويف، وإنما اعتبر مجلس العقد دون مجلس الخصومة لأنه الأصل فلا نظر لغيره لأنه قد لا يقع له خصومة (وإلا) أي وإن لم يحضر الثمن مجلس العقد (فإن كان معسرا) بأن لم يكن له مال يمكنه الوفاء منه غير المبيع (فللبائع الفسخ بالفلس) وأخذ المبيع لما سيأتي في بابه، وحينئذ فيشترط فيه حجر الحاكم ولا يفتقر الرجوع بعد الحجر إلى إذن الحاكم كما قاله الرافعي، هذا إن سلم بإخبار الحاكم، وإلا امتنع عليه الاسترداد والفسخ إن كانت السلعة وافية بالثمن لأنه سلطه على المبيع باختياره ورضي بدمته كما نقل ذلك السبكي عن القاضي أبي الطيب وغيره، وإن اقتضى كلام الرافعي الإطلاق



وتبعه عليه الشيخ في شرح المنهج، ولا ينافيه قول الشارح بإجبار أو دونه لأنه بالنسبة لما إذا حضر الثمن لا بالنسبة لما بعد إلا (أو) كان (موسرا وماله بالبلد) التي وقع العقد بها (أو بمسافة قريبة) منها وهي دون مسافة القصر (حجر عليه) الحاكم حيث لم يكن محجورا عليه بالفلس وإلا فلا فائدة له إذ حجر الفلس يتمكن فيه من الرجوع في عين ماله كما سيأتي في باب (في أمواله) كلها (حتى يسلم) الثمن لئلا يتصرف فيها بما يفوت حق البائع، وهذا يخالف حجر الفلس في أنه لا يعتبر فيه ضيق ماله ولا يتسلط البائع به على الرجوع لعين ماله ولا يفترق لسؤال الغريم ولا يتوقف على فك الحاكم بل ينفك بمجرد التسليم كما جزم به الإمام وتبعه البلقيني خلافا للإسنوي، وينفق على ممونه نفقة الموسرين ولا يتعدى للحادث ولا يباع فيه مسكن وخادم ولا يحل به دين مؤجل جزما وإن قيل بحلوله به ثم ولهذا سمي هنا بالغريب (فإن كان) ماله (بمسافة القصر) فأكثر من بلد البيع فيما يظهر، فلو انتقل للبائع منها إلى بلد آخر فالأوجه كما يقتضيه ظاهر تعليلهم بالتضرر بالتأخير اعتبار بلد البائع لا بلد البيع، لا يقال: التسليم إنما يلزم محل العقد دون غيره فليعتبر بلد العقد مطلقا. لأننا نقول: ممنوع لما سيعلم في القرض أن له المطالبة بغير محل التسليم إن لم يكن له مؤنة أو تحملها، فإن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها طالبه بقيمته في بلد العقد وقت الطلب، فإذا أخذها فهي الفيضولة لجواز الاستبدال عنه بخلاف السلم (لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره) لتضرره بتأخير حقه (والأصح أن له الفسخ) ولا يحتاج هنا للحجر خلافا لبعض المتأخرين لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به، والثاني ليس له الفسخ بل يباع المبيع ويؤدي حقه من الثمن كسائر الديون (فإن صبر) البائع إلى إحضار المال (فالحجر) يضرب على المشتري (كما ذكرناه) قريبا لئلا يفوت المال

(وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه) الحال أصالة، وكذا للمشتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك، وإنما أثر البائع بالذكر لما قدمه من تصحيح إجباره فذكر شرطه (إن خاف فوته) بتملك ماله لغيره أو هربه أو نحو ذلك (بلا خلاف) لما في التسليم حينئذ من الضرر الظاهر. نعم إن تمانعا وخاف كل صاحبه أجبرهما الحاكم كما هو واضح بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلا ماله (وإنما الأقوال) السابقة (إذا لم يخف) أي البائع (فوته) أي الثمن أو المشتري المبيع (وتنازعا في مجرد الابتداء) بالتسليم واختلاف المكري والمكثري في الابتداء بالتسليم كاختلاف المتبايعين هنا، وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله الشيخ، لأن الإجبار إنما يكون بعد اللزوم كما مر، والسلم إنما يلزم به بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس، ولو تبرع البائع للمشتري بالتسليم لم يكن له الحبس، وكذا لو أعاره البائع

للمشتري كأن أجر عينا ثم باعها لغيره ثم استأجرها من المستأجر وأغارها للمشتري قبل القبض كما قاله بعضهم، وقال الزركشي: مرادهم من العارية نقل اليد كما قالوه في إعارة المرتهن الرهن للراهن وإلا فكيف يصح الإعارة من غير مالك ولو أودعه له فله استرداده، إذ ليس في الإيداع تسليط بخلاف الإعارة، وتلفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع كما قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة، وله استرداده أيضا فيما لو خرج الثمن زيوا كما قاله ابن الرفعة وغيره، وجزم به في الأنوار، ولو اشترى شخص شيئا بوكالة اثنين ووفى نصف الثمن عن أحدهما فللبائع الحبس لقبض الجميع بناء على أن الاعتبار بالعاقد أو باع منهما ولكل منهما نصف فأعطى أحدهما البائع النصف من الثمن سلم إليه البائع نصفه من المبيع لأنه سلمه جميع ما عليه بناء على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري.

### (باب التولية)

أصلها تقليد العمل ثم استعملت فيما يأتي (والإشراك) مصدر أشركه صيره شريكا (والمراوحة) مفاعلة من الربح وهي الزيادة والمحاطة من الحط وهو النقص ولم يذكرها لكونها داخلية في المراوحة لأنها في الحقيقة ربح للمشتري الثاني أو اكتفاء عنها بالمراوحة لأنها أشرف إذا (اشترى) شخص (شيئا) بمثلي (ثم قال) بعد قبضه ولزوم العقد وعلمه بالثمن (لعالم بالثمن) قدرا وصفة ولو طرأ علمه له بعد الإيجاب وقبل القبول كما قاله الزركشي بإعلامه أو غيره (وليتك هذا العقد) سواء أقال بما اشترت أم سكت أو وليتك، وقياس ما يأتي في الأنوار عن الإمام أنه لا بد في الإشراك من ذكر البيع أو العقد أن يكون هنا كذلك، وهذان وما اشتق منهما صرائح في التولية ونحو جعلته لك كناية هنا كالبيع (فقيل) بنحو قبلته أو توليته (لزمه مثل الثمن) جنسا وقدرا وصفة، ولهذا لو كان الثمن مؤجلا ثبت في حقه مؤجلا بقدر ذلك الأجل من حين التولية وإن حل قبلها لا من العقد على أوجه احتمالين لابن الرفعة أما المتقوم فلا تصح التولية معه إلا بعد انتقاله للمتولي ليقع على عينه، نعم لو قال المشتري للعرض قام علي بكذا وقد وليتك العقد بما قام علي وذكر القيمة مع العرض أو ولت في صداقها بلفظ القيام أو الرجل في عوض الخلع به إن علم مهر المثل فيما يظهر جاز كما جزم به ابن المقري في الأولى ومثلها البقية وأفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى، وقولهم مع العرض شرط لانتفاء الإثم إذ يشدد في البيع بالعرض ما لا يشدد في البيع بالنقد كما يأتي، لا لصحة العقد لما يأتي أن الكذب في المراوحة وغيرها لا يقتضي بطلان العقد، وتصح التولية وما معها في الإجارة كما هو واضح بشروطها، ثم إن وقعت قبل مضي مدة لها أجرة

فظاهر، وإلا فإن قال وليتك من أول المدة بطلت فيما مضى لأنه معدوم وصحت في الباقي بقسطه من الأجرة، أو وليتك ما بقي صحت فيه بقسطه كما ذكر

(وهو) أي عقد التولية (بيع في شرطه) أي شروطه كقدرة تسلم وتقابض الربوي لأن حد البيع صادق عليه (وترتب) جميع (أحكامه) كتجدد شفعة عفا عنها الشفيع في العقد الأول وبقاء الزوائد المنفصلة للمولى وغير ذلك لأنه ملك جديد، وقضية كونها بيعا أن للمولى مطالبة المتولي بالثمن مطلقا وهو كذلك وإن قال الإمام ينقذ أنه لا يطالبه حتى يطالبه بائه، وليس للبائع الأول مطالبة المتولي وإن توقف فيه الإمام، ولو اطلع المولى على عيب قديم بالمبيع لم يردده إلا على المولى فيما يظهر وإن قال ابن الرفعة لم أر فيه نقلا وأن ظاهر نص الشافعي يقتضي أنه يتخير (لكن) (لا يحتاج) عقد التولية (إلى ذكر الثمن) لظهور أنها بالثمن الأول

(ولو حط) بضم الحاء (عن المولى) بكسر اللام من البائع أو وكيله أو السيد بعد تعجيز المكاتب نفسه أو موكل البائع كما أفهمه بناؤه للمفعول هنا، فقوله في الروضة ولو حط البائع للغالب لا للتقييد خلافا للأذرعى، والأوجه أنه لا عبرة بحط موسى له بالثمن ومحتال به لأنهما أجنيبان عن العقد بكل تقدير (بعض الثمن) بعد التولية أو قبلها ولو بعد اللزوم (انحط عن المولى) بفتحها إذ خاصة التولية وإن كانت بيعا جديدا التنزيل على الثمن الأول، فإن حط جميعه انحط أيضا ما لم يكن قبل لزوم التولية وإلا بأن كان قبلها أو بعدها وقبل لزومها بطلت لأنها حينئذ بيع من غير ثمن، ومن ثم لو تقايلا بعد حطه بعد اللزوم لم يرجع المشتري على البائع بشيء. ووقع في الفتاوى أن رجلا باع ولده دارا بثمن معلوم ثم أسقطه عنه قبل التفرق من المجلس. فأجيب فيها بأنه يصير كمن باع بلا ثمن وهو غير صحيح فتستمر الدار على ملك الوالد، وهو جواب صحيح موافق لكلامهما، ومراد المصنف بالحط السقوط فيشمل ما لو ورث المولى الثمن أو بعضه، وينبغي كما قاله الزركشي أنه يسقط عن المتولي كما يسقط بالبراءة، وعليه لو ورث الكل قبل التولية لم تصح

(والإشراك في بعضه) أي المبيع (كالتولية في كله) في الأحكام المذكورة لأن الإشراك تولية في بعض المبيع (إن بين البعض) كمنافسة أو بالنصف وإلا فلا يصح جزما كأشركتك في بعضه أو شيء منه للجهل، فإن قال في النصف فله الربع ما لم يقل بنصف الثمن فإنه يكون له النصف وإدخال آل على بعض صحيح وإن كان خلاف الأكثر، وشمل كلامه ما لو باع غير الأب والجد مال الطفل ثم قال له المشتري أشركتك في هذا العقد فيكون جائزا (فلو أطلق) الإشراك كأشركتك فيه (صح) العقد

(وكان) المبيع (مناصفة) بينهما كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الإشراف. نعم لو قال بربيع الثمن مثلا كان شريكا بالربيع فيما يظهر أخذا مما تقرر في شركتك في نصفه بنصف الثمن بجامع أن ذكر الثمن في كل مبيع للمراد من اللفظ قبله لاحتماله وإن نزل لو لم يذكر هذا المخصص على خلافه وتوهم فرق بينهما بعيد. وقال الزركشي: لو تعدد الشركاء فهل يستحق الشريك نصف ما لهم أو مثل واحد منهم كما لو اشتريا شيئا ثم أشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه؟ لم يتعرضوا له، والأشبه الثاني. وقضية كلامه كغيره أنه لا يشترط ذكر العقد لكن قال الإمام وغيره: ولا بد في الإشراف من ذكر البيع أو العقد بأن يقول شركتك في بيع هذا أو في هذا العقد ولا يكفي أن يقول شركتك في هذا ونقله صاحب الأنوار وأقره وعليه شركتك في هذا كناية، ويمكن رد ما في التولية عن الجرجاني إليه (وقيل لا) يصح للجهل بقدر المبيع وثمانه

(ويصح بيع المرابحة) من غير كراهة لعموم قوله تعالى {وأحل الله البيع} نعم بيع المساومة أولى منه للإجماع على جوازه وعدم كراهته ولذلك قال ابنا عمر وعباس رضي الله عنهم إنه ربا وتبعهما بعض التابعين. وقال بعضهم: إنه مكروه (بأن) هي بمعنى كان، وكثيرا ما يستعملها المصنف بمعناها (يشترى بمائة) مثلا (ثم يقول) لعالم بذلك (بعتك بما اشتريت) أي بمثله أو برأس المال أو بما قام علي أو نحوها ولا يكفي علمهما بذلك ولمبادرة فهم المثل في نحو هذا لم يحتج لذكر المثل، والمراد بالعلم هنا العلم بالقدر والصفة، ولا تكفي المعاينة وإن كفت في باب البيع والإجارة فلو كان الثمن دراهم معينة غير موزونة أو حنطة فمثلا غير مكيلة لم يصح على الأصح (وربح درهم لكل عشرة) أو فيها أو عليها (أو ربح ده) بفتح المهملة وهي بالفارسية عشرة (ياز) واحد (ده) بمعنى ما قبلها فكأنه قال بمائة وعشرة فيقبله المخاطب إن شاء، وأثروها بالذكر لوقوعها بين الصحابة واختلافهم في حكمها، ولو ضم إلى الثمن شيئا وباعه مرابحة كاشترته بمائة وبعته بمائتين وربح درهم لكل عشرة أو ربح ده يارده صح وكأنه قال بعتك بمائتين وعشرين، ولو جعل الربح من غير جنس الثمن جاز، وحيث أطلق دراهم الربح فمن نقد البلد الغالب وإن كان الأصل من غيره، ولو قال اشترته بعشرة وبعته بأحد عشر ولم يقل مرابحة ولا ما يفيدها لم يكن عقد مرابحة كما قاله القاضي وجزم به في الأنوار حتى لو كذب فلا خيار ولا حط كما يأتي

(و) يصح بيع (المحاطة) ويقال لها المواضعة والمخاسرة (كبعته) ك (بما اشتريت) أي بمثله كما مر نظيره في المرابحة (وحط ده يارده) المراد من هذا التركيب أن الأحد عشرة تصير عشرة (و) من ثم (يحط من كل أحد عشر واحد) كما أن الربح في

مرابحة ذلك واحد من أحد عشر، فلو اشتراه بمائة فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم أو بمائة وعشرة فالثمن مائة (وقيل) يحط (من كل عشرة) واحد كما زيد على كل عشرة واحد ولو قال يحط درهم من كل عشرة فالمحطوط العاشر لأن من تقتضى إخراج واحد من العشرة بخلاف اللام وفي وعلى، والأوجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى في نظيره من المرابحة الصحة مع الربح خلافا لبعض المتأخرين لما يلزم علي عدم الربح من إلغاء قوله وربح درهم، وتكون حينئذ من للتعليل أو بمعنى في أو على بقرينة قوله وربح درهم

(وإذا) (قال بعثك بما اشتريت) أو برأس مالي (لم يدخل فيه سوى الزمن) الذي استقر العقد عليه عند المزوم إذ هو المفهوم من ذلك، فيعتبر ما لحقه قبله من زيادة أو نقص كما يعتبر لو باع بلفظ القيام لأن هذا العقد لم يقع إلا بذلك. ولو حط بعد اللزوم والمرابحة لم يتعد للمشتري أو بعده وقبلها جاز بلفظ الشراء دون لفظ القيام سواء أخط البعض أم الكل

(ولو) (قال) بعثك (بما قام) أو ثبت أو حصل أو بما هو (علي) أو بما وزنته وإن نازع الأذرعى فيه (دخل) فيه (مع ثمنه أجرة الكيال) للثمن المكيل (والدلال) للثمن المنادي عليه، وعلم مما تقرر أن صورة أجرة الكيال كون الثمن مكيلا، أو يلتزم المشتري مؤنة كيل المبيع معينة، أو يتردد في صحة ما اكتاله البائع فيستأجر من يكيه ثانيا ليرجع عليه إن ظهر نقص، أو يشتريه جزافا ثم يكيه بأجرة ليعرف قدره، أو يشتري مع غيره صبرة ثم يقسمها كيلا فأجرة الكيال عليهما وصورة أجرة الدلال أن يكون الثمن عرضا فيستأجر من يعرضه للبيع ثم يشتري سلعة به، أو يلتزم المشتري أجرة دلالة المبيع معينة ومحل دخول أجرة من ذكر إذا لزم المولى وأداها ومعنى قوله دخل أنه يضمها إلى الثمن فيقول قام علي بكذا، وليس المراد أنه بمطلق ذلك تدخل جميع هذه الأشياء مع الجهل بها (والحارس والقصار والرفاء) بالمد من رفات الثوب بالهمز وربما قيل بالواو (والصباغ) كل من الأربعة للمبيع (وقيمة الصبغ) له (وسائر المؤن المرادة للاسترباح) كأجرة المكان والختان والمطين حتى المكس الذي يأخذه السلطان أو الرصدي لأن ذلك من مؤن التجارة لا ما استرجعه به إن غصب أو أبق، ولا فداء الجناية ولا نفقة وكسوة وعلف، ولا سائر ما يقصد به استبقاء الملك دون الاسترباح، ويدخل علف التسمين وأجرة الطيب وثمان دواء المرض وقت الشراء ومثلها أجرة رد ما اشتراه مغصوبا أو أبقا، وفداء من اشتراه جانبا جناية أوجبت القود، ولا يدخل ثمن دواء وأجرة طبيب لمرض حدث بعده في مقابلة ما استوفاه من زوائد المبيع، وفائدة قولهم يدخل كذا لا كذا مع اشتراط تعيين ما قام به أنه لو أخبر بأنه قام بعشرة ثم تبين أنها في مقابلة ما لا

يدخل وحده أو مع ما يدخل حطت الزيادة وربحها كما يأتي (ولو قصر بنفسه أو كال أو حمل) أو طين أو صيغ أو جعله بمحل يستحق منفعته (أو تطوع به شخص لم تدخل أجرته) مع الثمن في قوله بما قام علي لأن عمله وما تطوع به غيره لم يقيم عليه وإنما قام عليه ما بذله، وطريقه أن يقول بعته بكذا وأجرة عملي أو بيتي أو عمل المتطوع عني وهو كذا أو ربح كذا

(وليعلما) أي المتبايعان حتما (ثمنه) أي المبيع قدرا وصفة في بعث بما اشترت أو ما قام به فيه بما قام علي (فلو جهله أحدهما بطل) البيع (على الصحيح) لجهالة الثمن، والثاني يصح لسهولة معرفته لأن الثاني مبني على (الأول وليصدق البائع) لزوما (في قدر الثمن) الذي استقر عليه العقد أو ما قام به المبيع عليه فيما لو أخبر بذلك وصفته إن تفاوتت. قال الأذرعى: قضية كلام الأصحاب أنه لو انحط سعر السلعة وكان قد اشتراها بقيمتها أنه لا يلزمه بيان ذلك وفي النفس منه شيء (و) في (الأجل) أي أصله أو قدره مطلقا إذ الأجل يقابله قسط من الثمن، وإن ذهب الزركشي إلى أن محل وجوب ذكره إذا كان خارجا عن المعتاد في مثله، ووجه ما مر أن بيع المرابحة مبناه على الأمانة لاعتماد المشتري نظر البائع ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حط، ولو اشترى شيئا بثمن ثم خرج عن ملكه واشتراه ثانيا بأقل من الأول أو أكثر منه أخبر وجوبا بالأخير منهما ولو في لفظ قام علي إذ هو مقتضى لفظه، فلو بان الكثير من الثمن في بيع عن مواطأة فله الخيار: أي وقد باعه مرابحة كما صرح به الحجازي في مختصر الروضة، والمواطأة مكروهة كراهة تنزيه كما في الروضة وهو المشهور والقول بتحريمها مردود، ولا ينافيه وجوب الإخبار بما جرى لانتفاء الملازمة بينهما

(و) يجب أن يصدق في (الشراء بالعرض) وبقيمته حين الشراء إن اشترى به ولا يقتصر على ذكر القيمة لأنه يشدد في البيع بالعرض فوق ما يشدد فيه بالنقد، ولا فرق في ذلك بين بيعه مرابحة بلفظ القيام أو الشراء كما قاله وإن قال الإسنوي إنه غلط وإن الصواب أنه إن باع بلفظ القيام اقتصر على ذكر القيمة، والمراد بالعرض هنا المتقوم، فالمثلي يجوز البيع به مرابحة وإن لم يخبر بقيمته على ما جزم به السبكي تبعا للماوردي. وقال المتولي: لا فرق بينهما وتعليهم صريح في موافقته. قال البلقيني: لو اختلفت قيمة العرض في زمن الخيار فهل تعتبر قيمته يوم العقد أو يوم الاستقرار لم أقف على نقل فيها، ويحتمل أن يكون كما في الشفعة اهـ. والمعتمد الأول فقد قال في النهاية إنه يذكر قيمة العرض حالة العقد ولا مبالاة بارتفاعها بعد ذلك (و) في (بيان العيب) القديم و (الحادث عنده) بأفة أو جناية تنقص القيمة أو العين لاختلاف الغرض بذلك إذ الحادث ينقص به المبيع عما كان

حين البيع وفي أنه اشتراه غير عالم به ثم علم ورضي به وفي أنه اشتراه من محجوره أو مدينه المعسر أو المماطل بدينه، ومثله ما إذا اشتراه بأكثر من قيمته لغرض خاص وما أخذه من نحو لبن أو صوف موجود حالة العقد، ولو أخذ أرش عيب وباع بلفظ القيام حط الأرش أو بلفظ ما اشترت ذكر صورة الحال من عيب وأخذ أرش ولو لم يذكر ما وجب الإخبار به ثبت الخيار كما مر (فلو) (قال) اشترته (بمائة) وباعه مرابحة (فبان) أنه اشتراه (بتسعين) بيينة أو إقرار (فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها) لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول كما في الشفعة، والثاني لا يحط شيء لأنه قد سمي عوضا وعقد به والبيع صحيح على القولين: أي يتبين به انعقاده بما عداهما فلا يحتاج لإنشاء حط (و) الأظهر على الحط أنه (لا خيار للمشتري) ولا للبائع أيضا وإن عذر سواء أكان المبيع باقيا أم تالفا. أما المشتري فلرضاه بالأكثر فبالأقل أولى، وأما البائع فلتدليسه. والثاني يثبت الخيار لأنه قد يكون للمشتري غرض في الشراء بذاك المبلغ لإبرار قسم أو إنفاذ وصية أو للبائع لأنه لم يسلم له ما سماه، قال السبكي: وهو على الفور (ولو) (زعم أنه) أي الثمن الذي اشترى به مرابحة (مائة وعشرة) مثلا وأنه غلط فيما قاله أولا أنه مائة (وصدقه المشتري) على ذلك (لم يصح البيع) الواقع بينهما مرابحة (في الأصح) لتعذر قبول العقد زيادة بخلاف النقص بدليل الأرش (قلت: الأصح صحته، والله أعلم) كما لو غلط بالزيادة، وما علل به الأول مردود بعدم ثبوت الزيادة لكن يثبت الخيار للبائع، وإنما راعوا هنا ما وقع العقد الأول به دون الثاني حتى يثبت النقص، لأنه هناك لما ثبت كذبه ألغى قوله في العقد مائة وإن عذر ورجع إلى التسعين، وهنا لما قوي جانبه بتصديق المشتري له جبرناه بالخيار والمشتري بإسقاط الزيادة (وإن كذبه) المشتري (ولم يبين) البائع (لغلطه) الذي ادعاه (وجها محتملا) بفتح الميم (لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن حق آدمي (ولا بينته) إن أقامها على الغلط لتكذيبه لها بقوله الأول ويفارق ما لو باع دارا ثم ادعى أنها وقف عليه أو أنها كانت غير مملوكة له ثم ورثها حيث تسمع دعواه وتقبل بينته إن لم يكن صرح حال بيعها بأنها ملكه، كما لو شهدت حسبة أنها وقف على البائع وذريته ثم الفقراء وتصرف له الغلة إن كذب نفسه وصدق البينة بأن العذر ثم أوضح فإن الوقف والموت الناقل له ليسا من فعله، فإذا عارضه قوله وأمكن الجمع بينهما بأن لم يصرح حال البيع بالملك فلذا سمعت بينته، وأما هنا فالتناقض نشأ من قوله فلم يعذر بالنسبة لقبول بينته بل للتحليف كما قال (وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك في الأصح) أي إن الثمن مائة وعشرة لاحتمال إقراره عند عرض اليمين عليه والثاني لا كما لا تسمع بينته، وعلى الأول فإن حلف فذاك وإلا ردت على البائع بناء على أن اليمين المردودة

كالإقرار ويثبت للمشتري الخيار بين إمضاء العقد على ما حلف عليه وفسخه. قال الشيخان: كذا أطلقوه، وقضية قولنا إن اليمين المردودة كالإقرار أن يعود فيه ما ذكرنا حالة التصديق: أي فلا يتخير المشتري بل البائع لعدم ثبوت الزيادة، وهذا هو المعتمد كما قال في الأنوار إنه الحق. قال: وما ذكره من إطلاقهم غير مسلم فإن الإمام المتولي والغزالي أوردوا أنه كالتصديق، ولم يتعرض الكثير لحكم الرد، وقد طالعت زهاء ثلاثين مصنفا ما بين قصير وطويل فلم أجد التخيير إلا في الشامل لابن الصباغ، وقد يوجه ما قالوه بأنها ليست كالإقرار من كل وجه كما يعلم من كلامهم الآتي في الدعاوى، وعلم مما تقرر أن قول الشارح تبعا لغيره وللمشتري حينئذ الخيار مبني على المرجوح القائل بثبوت الزيادة. أما على الأصح فلا تثبت له وللبيع الخيار كما مر (وإن بين) لغلطه وجها محتملا كجاءني كتاب على لسان وكيلي أنه اشتراه بكذا فبان كذبا، أو تبين لي بمراجعة جريدتي أنني غلطت من ثمن متاع إلى غيره (فله التحليف) كما مر لأن ما بينه يحرك ظن صدقه فإن حلف فذاك وإلا ردت (والأصح) على التحليف (سماع بينته) بأن الثمن مائة وعشرة لظهور عذره. والثاني لا لتكذيبه لها، ولو اتهب بشرط ثواب معلوم باع به مراوحة أو اتهبه بلا عوض أو ملكه بإرث أو وصية أو نحوها ذكر القيمة وباع بها مراوحة، ولا يبيع بلفظ القيام ولا الشراء ولا رأس المال لأن ذلك كذب، وله أن يقول في عبده هو أجرة أو عوض خلع أو نكاح أو صالح أو صالح به عن دم قام علي بكذا ويذكر أجرة المثل في الإجارة ومهره في الخلع والنكاح والدية في الصلح بأن يقول قام علي بمائة هي أجرة مثل دار مثلا أو مهر مثل امرأة أو صلح عن دية وبه بعته بها ولا يقول اشتريت ولا رأس المال كذا لأنه كذب.

### (باب) بيع (الأصول)

وهي الأرض والشجر (والثمار) جمع ثمر وهو جمع ثمرة. وذكر في الباب غيرهما بطريق التبعية إذا (قال بعته) أو وهبتك (هذه الأرض أو الساحة) وهي الفضاء بين الأبنية أو العرصة (أو البقعة وفيها بناء) ولو بئرا لكن لا يدخل الماء الموجود فيها وقت البيع إلا بشرطه، بل لا يصح بيعها مستقلة وتابعة كما مر آخر الربا إلا بهذا الشرط، وإلا لاختلط الحادث بالموجود وأدى لطول النزاع بينهما (وشجر) نابت رطب وإن كان شجر موز كما ذكره البغوي وصححه السبكي (فالمذهب أنه) أي ما ذكر من البناء والشجر (يدخل في البيع) لقوته فاستتبع (دون الرهن) لضعفه، ويلحق بالبيع أخذا من العلة كل ناقل للملك كوقف ووصية وعوض خلع وإصداق و صلح وأجرة، وبالرهن كل ما لا ينقله كعارية وإجارة وإقرار كما اقتضاه كلام الرافعي وهو الأقرب لبنائه على اليقين وإن أفتى القفال بأنه



كالبيع. والثاني يدخلان لأنهما للدوام فأشبهها أجزاء الأرض ولهذا يلحقان بها في الأخذ بالشفعة، ولو قال بما فيها أو بحقوقها دخل ذلك كله قطعاً حتى في نحو الرهن أو دون حقوقها أو ما فيها لم يدخل قطعاً. أما الشجر اليابس فلا يدخل كما صرح به ابن الرفعة والسبكي وغيرهما، وهو قياس ما يأتي من أن الشجر لا يتناول غصنه اليابس، ولا شك أن دخول الغصن في اسم الشجر أقرب من دخول الشجرة في اسم الأرض، ولهذا يدخل الغصن الرطب بلا خلاف، ولا يشكّل بتناول الدار ما أثبت فيها من وتد ونحوه كما سيأتي لأن ذلك أثبت فيها للانتفاع به مثبتاً فصار كجزئها، بخلاف الشجرة اليابسة، ومثلها في ذلك المقلوعة لأنها لا تتراد للدوام فأشبهه أمتعة الدار. نعم إن عرش عليها عريش لعنب ونحوه أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل في البيع، ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء وشربها من القناة والنهر المملوكين إن لم يشترطه، فإن شرطه كان قال بحقوقها دخل، والمراد الخارج من ذلك من الأرض، أما الداخل فيها فلا ريب في دخوله، نبه عليه السبكي وغيره، ويفارق ما لو اكتراها لغراس أو زرع حيث يدخل ذلك مطلقاً بأن المنفعة لا تحصل بدونه. قال الدميري: ومما يدخل في بيع الأرض السواقي التي تشرب منها وأنهارها وعين ماء فيها كما مرت الإشارة إليه، وعلم مما تقرر أن تعبير المصنف بقوله فالمذهب الصحيح سائغ في العربية لأنه تقدمه شرط بالقوة وهو كاف في نحو ذلك، فسقط القول بأنه غير سائغ فيها لعدم تقدم شرط عليه ولا ما يقتضي الربط (وأصول البقل التي تبقى) في الأرض (سنتين) وأكثر أو أقل وإن لم تبقى فيها إلا دون سنة كما قاله جماعة. منهم الروياني، ونقله عن نص الأم: وقال الأذرعي: إنه المذهب، وجزم به في الأنوار بحيث يجز مرة بعد أخرى فتعبيره جرى على الغالب، والضابط ما قلناه (كالقت) بالقاف والتاء المثناة، وهو ما يقطع للدواب ويسمى القرط والرطوبة الفصفصة بكسر الفاءين وبالمهملة والقضب أيضاً بمعجمة ساكنة، وقيل مهملة (والهندبا) بالمد والقصر والقضب الفارسي والسلق المعروف، ومنه نوع لا يجز إلا مرة واحدة والقطن الحجازي، والنرجس والقثاء والبطيخ وإن لم يثمر اعتباراً بما من شأنه ذلك والنعناع والكرفس والبنفسج (كالشجر) لأن هذه المذكورات تتراد للثبات والدوام فتدخل في نحو البيع دون نحو الرهن، والثمرة الظاهرة والجزء الموجودة عند البيع للبائع كما فهم من قوله أصول البقل فيجب شرط قطعها وإن لم يبلغ أوان الجز والقطع لئلا يزيد فيشتبه المبيع بغيره، بخلاف الثمرة التي لا يغلب اختلاطها فلا يشترط فيها ذلك: وأما غيرها فكالجزء كما يعلم مما يأتي. وما ذكر من اشتراط القطع هو ما جزم به الشيخان كالبغوي وغيره، واعتبار كثيرين وجوب القطع من غير اعتبار

شرطه محمول على ذلك. قال في التتمة إلا القصب: أي الفارسي فهو بالمهملة كما قاله الأذرعى وإن ضبطه الإسنوي بالمعجمة فلا يكلف قطعه: أي مع اشتراط قطعه حتى يكون قدراً ينتفع به. قالوا لأنه متى قطع قبل أوان قطعه تلف ولم يصلح لشيء، وقول جمع يغني وجوب القطع في غير القصب عن شرطه مردود، إلا أن يؤول، وشجر الخلاف كما قاله القاضي الحسين منه ما يقطع من أصله كل سنة فكالقصب ونحوه حرفاً بحرف، وما يترك ساقه وتؤخذ أغصانه فكالثمار. قال ابن الأستاذ: وهو متجه. قال الأذرعى: ويظهر تنزيل اختلاف كلام الإمام على هذا التفصيل، وقد اعترض السبكي ما مر من استثناء القصب بأنه إما أن يعتبر الانتفاع في الكل أو لا يعتبر في الكل، ورجح هذا وفرق بينه وبين بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بأنها مبيعة بخلاف ما هنا، واعترضه الأذرعى بأن ما ظهر وإن لم يكن مبيعاً يصير كبيع بعض ثوب ينقص بقطعه وفرق الشيخ بأن القبض هنا متأت بالتخلية وثم متوقف على النقل المتوقع على القطع المؤدي إلى النقص، ثم أجاب عن اعتراض السبكي بأن تكليف البائع قطع ما استثنى يؤدي إلى أنه لا ينتفع به من الوجه الذي يراد الانتفاع به بخلاف غيره، ولا بعد في تأخير وجوب القطع حالاً لمعنى بل قد عهد تخلفه بالكلية وذلك في بيع الثمرة من مالك الشجرة أ هـ. وأبعد بعضهم فبحث أن وجه تخصيص الاستثناء بالقصب عدم الانتفاع بصغيره من كل وجه فلا قيمة له ولا تخاصم فيه فلم يحتج للشرط فيه لمسامحة المشتري بما يزيد قبل أوان قطعه، بخلاف صغير غيره ينتفع به لنحو أكل الدواب فيقع فيه التخاصم فاحتج للشرط فيه دفعا له.

(ولا يدخل) في مطلق بيع الأرض كما في المحرر وإن قال بحقوقها كما قاله القمولي وغيره بخلاف ما فيها (ما يؤخذ دفعة) بضم أوله وفتحها واحدة (كالحنطة والشعير وسائر المزروع) كفجل وجزر وقطن خراساني وثوم وبصل إذ لا تتراد للدوام (ويصح بيع الأرض المزروعة) هذا الزرع الذي لا يدخل كما قاله الشارح دونه بشرط سبق رؤيته لها ولم تمض مدة يغلب فيها تغييرها أو كان هو غير مانع من رؤيتها بأن أمكنت من خلاله كما قاله الأذرعى (على المذهب) كما لو باع داراً مشحونة بأمتعة. والطريق الثاني تخريجه على القولين في بيع المدار المستأجرة لغير المكتري أحدهما البطلان، وفرق الأول بأن يد المستأجر حائلة. أما المزرع الذي يدخل فلا يمنع الصحة جزءاً لأنه كله للمشتري فتقييد الشارح لأجل محل الخلاف ولقوله (وللمشتري الخيار إن جهله) أي المزرع الذي لا يدخل لتأخر انتفاعه، ولا ينافي ذلك ما مر من تصويره برؤيتها من خلاله لأنه هنا مصور بما لو جهل كونه باقياً إلى الشراء، وإلا فكيف يتصور أنه رأى المزرع وله الخيار نعم لو تركه له البائع ولا يملكه إلا بتمليك أو قال أفرغها منه في زمن لا أجرة له غالباً كيوم

أو بعضه سقط خياره كما لو علم ولم يظهر ما يقتضي تأخر الحصاد عن وقته المعتاد كما بحثه ابن الرفعة فإنه لا يخير أيضا (ولا يمنع الزرع) المذكور (دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية في الأصح) لوجود التسليم في عين المبيع مع عدم تأتي التفريغ حالا وبه فارقت الدار المشحونة بالأمته. والثاني يمنع من قبضها كما تمنع الأمته المشحونة بها الدار من قبضها، ورد بما مر، وما زاده المصنف من ضمانه محتاج إليه إذ لا يلزم، من دخولها في يده ضمانه فقد تدخل في يده، ولا يضمن كما لو أودعها البائع إياه أو كانت في يده بنحو إجارة وإن زعم الإسنوي عدم الاحتياج له (والبذر) بإعجام الذال (كالزرع) فيما ذكر ويأتي فإن كان زرعه مما يدوم كنوى النخل دخل وإلا فلا، ويأتي هنا ما مر من الخيار وفروعه ومنها قوله (والأصح أنه لا أجره للمشتري مدة بقاء الزرع) الذي جهله وأجاز كما لا أرش له في الإجارة في العيب اهـ، قاله الشارح، ولأنه بالإجارة رضي بتلف المنفعة تلك المدة فأشبه ما لو باع دارا مشحونة بأمته فإنه لا أجره لمدة التفريغ والثاني له الأجره. قال في البسيط: لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه: أي فليست كالعيب، أما لو كان عالما فلا أجره له جزما. فتقيد الشارح لأجل محل الخلاف. وظاهر أن الزرع يبقى إلى أوان الحصاد أو القلع وعند قلعه يلزم البائع تسوية الأرض وقطع ما ضر بها كعروق الذرة. ولا أجره عليه مدة تفريغ الأرض منه ولو بعد القبض. بخلاف ما سيأتي في الأحجار خلافا لبعض المتأخرين لأنها تابعة لمدة بقاءه.

(ولو) (باع أرضا مع بذر أو زرع) بها (لا يفرد) أفرد، لأن العطف بأو (بالبيع) عنهن أي لا يصح: بيعه وحده والزرع الذي لا يفرد بالبيع كبر. لم ير كأن يكون في سنبله، أو كان مستورا بالأرض كالفجل والبذر الذي لا يفرد بالبيع هو ما لم يره، أو تغير بعد رؤيته أو امتنع عليه أخذه كما هو الغائب (بطل) البيع (في الجميع) جزما للجهل بأخذ المقصودين وتعذر التوزيع، أما ما يفرد كقصيل غير مسنبل أو في سنبله ورأه كذرة وشعير وبذر رآه ولم يتغير وتمكن من أخذه فيصح جزما (وقيل في الأرض قولان) أحدهما كأول والثاني الصحة بجميع الثمن. نعم إن دخل فيها عند الإطلاق بأن كان دائم النبات صح البيع في الكل وكان ذكره تأكيدا وفارق بيع الأمة وحملها بأنه غير متحقق الوجود، بخلاف ما هنا فاغتفر فيه ما لم يغتفر في الحمل وقدم المصنف في الكتاب البذر على صفة الزرع عكس المحرر لتعود الصفة إليه أيضا فيخرج بها ما روى قبل العقد ولم يتغير وقدر على أخذه فإنه يفرد بالبيع ولم ينبه في المدقائق على ذلك (ويدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة) أو المثبتة (فيها) لكونها من أجزائها ثم إن قصدت الأرض لزرع أو غرس كانت عيبا يثبت الخيار به (دون المدفونة) من غير إثبات كالكنوز فلا

تدخل فيها (ولا خيار للمشتري إن علم) الحال ولو ضرر قلعهما كسائر العيوب نعم لو جهل ضرر قلعهما دون ضرر تركها أو عكسه أو كان لقلعهما مدة لمثلها أجرة تخير، وعبارتهما مخرجة للعكس فإنهما قيدا بضرر القلع، واستدركه النشائي والإسنوي عليهما بأن مقتضى كلامهما عدم ثبوت الخيار فيه ومقتضى كلام غيرهما ثبوته لأنه قد يطمع في أن البائع يتركها، والأوجه ما اقتضاه كلامهما إذ لا يصح طمعه في تركها علة لثبوت الخيار ولا يقاس ثبوته فيما لو ضرر (وبلزم البائع) إن لم يتخير المشتري أو اختار القلع (النقل) وله النقل إن لم يرض به المشتري ويجبره المشتري عليه وإن وهبها له تفريعا لملكه وفارق الزرع بأن له أمدا ينتظر ويلزمه تسوية حفر الأرض الحاصلة بالقلع. قال في المطلب بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه: أي ولم يسوها لبعده إيجاب عين لم تدخل في البيع، ولا أجرة عليه لمدة ذلك وإن طال وكانت بعض القبض (وكذا) لا خيار للمشتري (إن جهلها) (ولم يضره قلعهما) بأن قصرت مدته ولم تتعيب به سواء أضره تركها أم لا لزوال ضرره بالقلع (وإن ضرر) قلعهما بأن نقصها ولو طال زمنه مع التسوية مدة لمثلها أجرة (فله الخيار) ضرر تركها أو لا دفعاً لضرره. نعم لو رضي بتركها له ولا ضرر فيه سقط خياره، وهو أعراض لا تمليك إن لم تتوفر فيه شروط الهبة فله الرجوع فيها، ويعود خيار المشتري ولا يسقط خياره بقول البائع أنا أغرم لك الأجرة والأرش للمنة. لا يقال: في الترك منة ولا يلزمه تحملها. لأننا نقول: المنة فيها حصلت بما هو متصل بالمبيع يشبه جزأه بخلافها في تلك (فإن أجاز) العقد (لزم البائع النقل) تفريعا لملك المشتري (وتسوية الأرض) كما مر (وفي وجوب أجرة المثل لمدة النقل) إذا خير المشتري (أوجه أصحها) أنها (تجب إن نقل بعد القبض) لأنه فوت على المشتري المنفعة في تلك المدة (لا قبله) إذ جنايته قبله كالآفة كما مر. ومن ثم لو باعها لأجنبي لزمته الأجرة مطلقا كما هو أصح احتمالين في كلام البلقيني لأن جنايته مضمونة مطلقا، وكلزوم الأجرة لزوم أرش عيب بقي فيها بعد التسوية والثاني تجب مطلقا بناء على أنه يضمن جنايته قبل القبض، والثالث لا تجب مطلقا لأن إجازة المشتري رضا بتلف المنفعة مدة النقل.

(و) يدخل في (بيع البستان) هو فارسي معرب وجمعه بساتين ويعبر عنه بالعجمية بالباغ (الأرض والشجر) وكل ما له أصل ثابت من الزرع لا نحو غصن يابس وشجرة وعروق يابسين (والحيطان) لدخولها في مسماه بل لا يسمى بستانا بدونها كما قاله الرافعي وغيره، وكذا الجدار المنهدم لإمكان البناء عليه، وتدخل أيضا عريشة أعدت لوضع قضبان العنب عليها كما صرح به الرافعي في الشرح الصغير، وجرى عليه ابن المقرئ في روضه (وكذا البناء) الذي فيه يدخل (على المذهب) لثباته وقيل لا، وقيل فيه قولان

وهي الطرق المتقدمة في دخوله في بيع الأرض، ولو قال بعثك هذه الدار البستان دخلت الأبنية والأشجار جميعا، أو هذه الحائط. البستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من شجر وبناء.

(و) يدخل (في بيع القرية) (الأبنية) عند الإطلاق لتبعها لها (وساحات يحيط بها السور) بخلاف الخارجة عنه، ويدخل نفس السور لدخوله تحت اسمها كما صرح به السبكي (لا المزارع) والأشجار الخارجة عنه فلا تدخل (على الصحيح) لخروجها عن مسماها وما لا سور لها يدخل ما كان مختلطا بينها من مساكن وأبنية، ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به كما اقتضاه كلامهما وإن نظر فيه الإسنوي، وصرح الرافعي بدخول حريم الدار في بيعها فيأتي مثله هنا، ومثل القرية فيما مر الدسكرة، وتقال لقصر حوله بيوت وللقرية وللأرض المستوية وللصومعة ولبيوت الأعاجم يكون فيها الشراب والملاهي، وشمل ما صرح به المصنف من عدم دخول المزارع ونحوها ما لو قال بحقوقها لعدم اقتضاء العرف دخولها، ولهذا لا يحث من حلف لا يدخل القرية بدخولها والثاني تدخل والثالث إن قال بحقوقها دخلت وإلا فلا، ولو باع أرضا مسمدة انقطع حق البائع منه باستعماله، بخلاف ما لو لم يبسط بها أو بسط ولم يستعمل فإن البائع أحق به كما في الجواهر، وتنظير بعضهم في اشتراط استعماله ودعواه الاكتفاء ببسطه يرد بأن مجرد بسطه يحتمل أنه لتجفيفه فلم يتقطع حق البائع منه إلا باستعماله.

(و) يدخل (في بيع الدار الأرض) عند الإطلاق بالإجماع إن كانت مملوكة للبائع وإلا كمحتكرة وموقوفة فلا تدخل لكن يتخير المشتري إن كان جاهلا بذلك (وكل بناء) من علو أو سفلى ولو من نحو سعف وشجر رطب فيها ويابس قصد دوامه كجعله دعامة بها مثلا لدخوله في مسماها، وتدخل الأجنحة والرواشن والدرج والمراقي المعقودة والسقف والآجر والبلاط المفروش الثابت بها، وصرح بعضهم أخذا مما مر من التعليل بدخول بيوت فيها وإن كان لها أبواب خارج بابها لا يدخل إليها إلا منها وخالفه غيره، والأوجه أن تلك البيوت إن عدها أهل العرف من أجزائها المشتملة عليها دخلت لدخولها حينئذ في مسماها حقيقة وإلا فلا، ويدخل أيضا سباط جذوعه من الطرفين على حائلها لا أحدهما فقط فيما يظهر من ثلاثة أوجه، ولو باع علوا على سقف له فهل يدخل السقف لأنه موضع القرار كارض الدار أو لا يدخل ولكنه يستحق الانتفاع به على العادة لأن نسبه إلى السفلى أظهر منها للعلو؟ الأوجه الثاني كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما أفتى به الجلال البلقيني، وفصل بعضهم بين سقف على طريق فيدخل لأنه لا يمكنه الانتفاع به هنا فقويت التبعية فيه، وسقف على بعض دار البائع: أي أو غيره

فلا يدخل إذ لا مقتضى للتبعية هنا (حتى حمامها) المثبت فيها يدخل في بيعها لأنه من مرافقها دون المنقول لكونه من نحو خشب، وبما قدرناه من الخبر سقط الاعتراض عن المصنف لأن الأحسن أن حتى ابتدائية لا عاطفة لأن عطف الخاص على العام إنما يكون بالواو كما ذكره ابن مالك ويصح جعله مغايرا بأن يراد بالحمام ما يشمل الخشب المسمر الذي لا يسمى بناء فيكون العطف صحيحا، وحملوا قول الشافعي لا يدخل الحمام على حمامات الحجاز المنقولة (لا المنقول كالدلو والبكرة) بفتح الكاف وسكونها وهو الأشهر مفرد بكر بفتحها (والسير) والدرج والرفوف التي لم تستمر لخروجها من اسمها (وتدخل الأبواب المنصوبة) دون المقلوعة (وحلقها) بفتح الحاء والإجانات المثبتة كما في المحرر وهي بكسر الهمزة وتشديد الجيم ما يغسل فيه (والرف والسلم) بفتح اللام (المسمران وكذا الأسفل من حجري الرحا) إن كان مثبتا فيدخل (على الصحيح) لأن الجميع معدود من أجزائها لاتصالها بها، والثاني لا تدخل لأنه منقول، وإنما أثبت لسهولة الارتفاق به كي لا يتزعزع عند الاستعمال، وفي معنى ما ذكر كل منفصل توقف عليه نفع متصل كغطاء التنور وصندوق الطاحون والبئر ودرايب الدكان وآلات السفينة. لا يقال: لم لم يقيدوا ألواح الدكاكين بالمنصوبة كما فعلوا في باب الدار؟ لأننا نقول: العادة جارية في انفصال ألواحها بخلاف باب الدار. ونقل الدميري عن مشايخ عصره دخول مكتوبها ما لم يكن للبائع فيه بقية حق. ثم رده بأن المنقول عدم لزوم البائع تسليمه لأنه ملكه وحجته عند الدرك (والأعلى) منهما (ومفتاح غلق) بفتح اللام (مثبت) فيدخلان (في الأصح) لأنهما تابعان لمثبت، وخرج بالمثبت الأقفال المنقولة فلا تدخل هي ومفاتيحها ولا يدخل ماء بئر الدار إلا بالنص ومن ثم وجب شرط دخوله لئلا يختلط بماء المشتري فيقع تنازع لا غاية له كما مر. نعم ذكر في الأنوار من المتولي أنه لو كان الماء في البلد بحيث لو قصد واحد أن يستقي من بئر غيره لا يمنع فلا يجعل للماء حكما ويدخل في البيع تبعا، وعلى هذا نزل قولهم لو باع دارا بدار فيهما بئران صح البيع لكن إطلاقهم يخالفه، ومقابل الأصح لا يدخلان نظرا إلى أنهما منقولان، والخلاف في الأعلى مبني على دخول الأسفل، صرح به في الشرح الصغير والمحرر وأسقطه من الروضة كالمنهاج. قيل وأسقط منه تقييد الإجانات بالمثبتة وحكاية وجه فيها وفي المسألتين بعدها، ولفظ المحرر: وكذا الإجانات والرفوف المثبتة والسالم المسمرة والتحتاني من حجري الرحا على أصح الوجهين، وفهم المصنف أن التقييد وحكاية الخلاف لما ولياه فقط، كذا قاله الشارح، ومحصل كلامه حكاية الاعتراض على المصنف بأنه حذف من أصله تقييد الإجانات بالمثبتة، وحكاية الخلاف في الإجانات والرفوف المثبتة والسالم المسمرة وأجاب

عنه الشارح بأنه فهم منه أن قوله: المثبتة قيد لما وليته فقط وهو الرفوف وأن الخلاف فيما وليه فقط وهو التحتاني من حجري الرحا، والضمير في فيها وفيما بعدها عائد على الإجازات، وضمير التثنية في ولياه عائد على التقييد وحكاية الخلاف وضمير المفعول فيه عائد على ما الداخلة عليها لام الجر.

(و) يدخل (في بيع الدابة نعلها) وبرتتها لاتصالهما بها ما لم يكونا من نقد لعدم المسامحة حينئذ بهما، ولا يدخل في بيعها عذارها ومقودها ولجامها وسرجها اقتصارا على مقتضى اللفظ.

(وكذا) تدخل (ثياب العبد) في بيعه: يعني القن التي عليه حالة البيع (في الأصح) للعرف (قلت: الأصح لا تدخل ثياب العبد) في بيعه ولو سائر عورته (والله أعلم) اقتصار على مقتضى اللفظ، ولا يدخل القرط الذي في أذنه، ولا الخاتم الذي في يده ولا نعله قطعاً، ونازع السبكي في النعل بأنه كالثوب وهو القياس.

[فرع] إذا (باع شجرة) رطبة وحدها أو مع نحو أرض صريحا أو تبعا كما مر (دخل عروقها) ولو امتدت وجاوزت العادة كما شمله كلامهم ما لم يشترط قطعها، لأن ذلك من مسماها (وورقها) لما ذكر إذا كان رطبا خلافا لما وقع في شرح المنهج فيها، ولا فرق في دخول الورق بين أن يكون من فرصاد وسدر وحناء وتوت أبيض ونبيلة لما مر كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى (وفي) (ورق التوت) الأبيض الأنثى المبيعة شجرته في زمن الربيع وقد خرج (وجه) أنه لا يدخل لأنه يقصد لتربية دود القز ويجري في ورق النبق، وصح ابن الرفعة عدم دخول ورق الحناء معللا ذلك بأنه كثر سائر الأشجار، والتوت، بتأين على الصحيح، وفي لغة أنه بالمثلثة آخره (وأغصانها إلا اليابس) فلا يدخل لاعتياد الناس قطعه فأشبهه الثمرة أما الجافة فيتبعها غصنها اليابس وفي الخلاف بتخفيف اللام وهو البان وقيل الصفصاف خلاف منتشر، ورجح ابن الأستاذ قول القاضي أن منه نوعا يقطع من أصله فهو كالقصب الفارسي ونوعا يترك على ساقه ويؤخذ غصنه فهو كالثمرة، وكلام الروضة يشير لذلك ويدخل أيضا الكلام، وهو بكسر الكاف أوعية الطلع وغيره ولو كان ثمرها مؤبرا لأنها تبقى بقاء الأغصان. ومثلها العرجون كما بحثه الشيخ وإن ذهب البلقيني إلى أنه لمن له الثمرة، هذا ويمكن حمل الأول على ما إذا لم تجر العادة بقطعه مع الثمرة والثاني مع خلافه، ومقتضى كلام المصنف عدم الفرق في دخول العروق والورق بين اليابسة وغيرها وهو مقتضى إطلاق الرافعي أيضا وصرح به في الكفاية بالنسبة للعروق. نعم إن رجع الاستثناء للثلاثة وهو الأصح لم يدخل اليابس مطلقا (ويصح بيعها) رطبة ويابسة (بشروط القلع) وتدخل العروق فهي للمشتري (أو القطع) ولا تدخل كما مر فهي باقية للبائع، وتقطع من وجه الأرض (وبشروط الإبقاء) إن كانت رطبة كما يفهمه قوله الآتي: ولو كانت

يابسة إلخ، وإلا بطل البيع بشرط إبقائها إن لم يكن، ثم غرض صحيح في بقائها لنحو وضع جذوع عليها كما بحثه الأذرعى، ويعمل بالشرط في حالة القطع والقلع والإبقاء، ويدخل نحو ورقها وأغصانها مع شرط أحد الأولين وعدمه، ولو أبقاها مدة مع شرط أحد ذينك لم تلزمه الأجرة إلا أن طالبه البائع بالمشروط فامتنع ولو سقط ما قطعه أو قلعه على شجر البائع فأتلفه ضمنه إن علم سقوطه عليه وإلا فلا، كذا أفتى به الوالد رحمه الله تعالى وتنظير بعضهم فيه بأن التلف من فعله فيضمنه مطلقا والعلم وعدمه إنما يؤثر في الإثم وعدمه غير صحيح نشأ له من عدم استحضاره المنقول، فقد صرح بما أفتى به الشيخان في باب إتلاف البهائم، وعبرة ابن المقري في روضه: وإن ضرب شجرة في ملكه وعلم أنها تسقط على غافل ولم يعلمه ضمن وإلا فلا يضمنه إذ لا تقصير منه (والإطلاق يقتضي الإبقاء) في الشجرة الرطبة كما يفهمه كلامه المذكور أيضا لأنه العرف بخلاف اليابسة، وشمل إطلاقه ما لو غلظت عما كانت عليه، ولو تفرخ منها شجرة أخرى استحق بقاء ذلك الأصل سواء أعلم استخلافها كالموز أم لا لذلك علي أوجه الاحتمالات، لكن لو أزيل المتبوع فهل يزال التابع كما هو شأنه أو لا لأنه بوجوده صار مستقلا؟ الأوجه كما رجحه بعضهم الثاني، وإن رجح بعض آخر الأول، ومحل ما تقرر في حالة استحقاق البائع الإبقاء وإلا كان غصب أرضا وغرسها ثم باعه وأطلق فهل يبطل البيع أو يصح ويتخير المشتري إن جهل؟ وجهان أوجههما ثانيهما، وقضية ما تقرر دخول أولاد الشجرة الموجودة والحادثة بعد البيع وهو كذلك فيما يظهر إن علم أنها منها، سواء أنبتت من جذوعها أم من عروقها التي بالأرض لأنها حينئذ كأغصانها، بخلاف اللاصق بها مع مخالفة منبته لمنبتها لأنه أجنبي عنها قال الأذرعى: وشجر السماق يخلف حتى يملأ الأرض ويفسدها وفي لزوم هذا بعداه. ورد بأن البائع مقصر بتركه شرط القطع (والأصح) فيما إذا استحق إبقاؤها (أنه لا يدخل) في بيعها (المغرس) بكسر الراء: أي محل غرسها لعدم تناول اسمها له فليس له بيعه ولا غرس بدلها لو قلعت (لكن يستحق منفعته) مجانا فيجب على مالكة أو مستحق منفعته بإجارة أو وصية تمكينه منه (ما بقيت الشجرة) حية تبعا لها، والثاني يدخل لاستحقاقه منفعته لا إلى غاية، وعليه فلو قلعتها أو انقلعت غرس غيرها وله بيع المغرس، ولا يدخل مغرس في شجر يابسة قطعاً لبطلان البيع بشرط إبقائها كما مر، هذا إن استحق البائع الإبقاء وإلا جاء ما مر، ولو بذل مالكة أرش القلع لمالكها وأراد قلعتها لم يجز له ذلك، والمغرس ما سامتها من الأرض وما تمتد إليه عروقها فيمتنع عليه أن يغرس في هذا ما يضر بها، ولا يضر تجديد استحقاق للمشتري لم يكن له فاندفع ما لجمع هنا من الإشكال ولم يحتج لجواب الزركشي الذي قيل فيه إنه ساقط،



ويجري الخلاف فيمن لو باع أرضا واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى له مغرسها أو لا، وفيما إذا باع أرضا فيها ميت مدفون هل يبقى له مكان الدفن أو لا كما قاله الرافعي في أول الدفن، ولو باع شجرة أو بناء في أرض مستأجرة معه أو موصى له بمنفعتها أو موقوفة عليه استحق إبقائها بقية المدة كما بحثه ابن الرفعة لكن مجانا كالمملوكة في أوجه احتمالين والموصى بمنفعتها أبدا أو مدة معينة كذلك تلك المدة كما أفاده بعض المتأخرين (ولو كانت) الشجرة المباعة في حالة الإطلاق (يابسة) ولم تدخل لكونها غير دعامة (لزم المشتري القلع) للعرف.

ثم شرع في ذكر ثمر المبيع وهو المقصود منه ولو مشموما كما لو رد فقال: (وثمره النخل المبيع إن شرطت) جميعها أو بعضها المعين كالنصف (للبيع وللمشتري عمل به) سواء فيما قبل التأبير وبعده وفاء بالشرط، ولو شرط غير المؤبرة للمشتري كان تأكيدا كما قاله المتولي أو للبايع صح أيضا وإن قيل ينبغي أن يكون كشرط الحمل. لأننا نقول: إنما بطل البيع بشرط استثناء البايع الحمل أو منفعته شهرا لنفسه لأن الحمل لا يفرد بالبيع والطلع يفرد به، ولأن عدم المنفعة يؤدي لخلق المبيع عنها وهو مبطل (وإلا) أي إن لم يشترط لواحد منهما بأن سكت عن ذلك (فإن لم يتأبر منها شيء فهي للمشتري وإلا) بأن تأبر بعضها ولو طلع ذكر وإن قل ولو في غير وقته كما هو قضية إطلاقهم خلافا للماوردي وإن تبعه ابن الرفعة (ف للبايع) جميعها ما تأبر وغيره لخبر الشيخين {من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع} أي المشتري دل منطوقه على أن المتأبرة للبائع وإن لم يشترط له، ومفهومه أن غير المؤبرة للمشتري إلا أن يشترطها البائع، ودل الاستثناء على أنها للمشتري عند اشتراطها له وإن تأبرت، وكونها لواحد ممن ذكر صادق بأن تشترط له أو يسكت عن ذلك، وافترقا بالتأبير وعدمه لأنها في حالة الاستتار كالحمل وفي حالة الظهور كالولد، وألحق بالنخل سائر الثمار وتأبير كلها تأبير بعضها بتبعية غير المؤبر للمؤبر لما في تتبع ذلك من العسر، والتأبير تشقق طلع الإناث وذر طلع الذكور فيه فيجيء رطبها أجود مما لم يؤبر، والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقق بنفسه وينبت ريح الذكور إليه، وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل والحكم فيه كالمؤبر اعتبارا بظهور المقصود، ويستفاد صورة تشققه بنفسه من تعبيره بتأبير خلافا لما توهمه عبارة أصله. (وما يخرج ثمره بلا نور) بفتح النون أي زهر على أي لون كان (كتين وعنب إن برز ثمره) أي ظهر (ف للبايع وإلا) بأن لم يبرز (ف للمشتري) إلحاقا لبروزه بتشقق الطلع، ولا يعتبر تشقق القشر الأعلى من نحو جوز بل هو للبائع مطلقا لاستتاره بما هو من صلاحه ولأنه لا يظهر بتشقق الأعلى عنه ولو ظهر بعض التين أو العنب فيما ظهر للبائع، وما لم يظهر

فللمشتري كما في التتمة والمهذب والتهذيب وإن توقفا فيه وجزم في الأنوار بالتوقف، وحمله بعضهم على ما يتكرر حمله منه وإلا فكالنخل، ويرد بأن حمله في العام مرتين نادر كالنخل فليكن مثله، وفرق الأصحاب بين طلع النخل وما ذكر بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد وهو لا يحمل فيه إلا مرة والتين ونحوه يحمل حملين مرة بعد أخرى فكانت الأولى للبائع والثانية للمشتري، وكالتين فيما تقرر الجميز ونحوه كالقثاء والبطيخ لا يتبع بعضه بعضا لأنها بطون، بخلاف ما مر في ثمرة النخل ونحوه فإنها تعد حملا واحدا. (وما خرج في نور ثم سقط نوره) أي كان من شأنه ذلك بدليل قوله الآتي ولم يتناثر النور ثم قوله بعد التناثر وتعبير أصله بيخرج سالم من ذلك، وحكمة عدوله عنه خشية إيهام اتحاد هذا مع ما قبله في أن لكل نورا قد يوجد وقد لا، وليس كذلك إذ نفي النور من ذلك نفي له عن أصلها كما تفهمه مغايرة الأسلوب، وقد أشار الشارح لذلك بقوله وعدل عن قول المحرر يخرج المناسب للتقسيم بعده لأنه لئلا يشتبه بما قبله (كمشمش) بكسر ميميه وحكي فتحهما (وتفاح) وorman ولوز (فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة) لأنها كالمعدومة (وكذا) هي له أيضا (إن انعقدت ولم يتناثر النور في الأصح) إلحاقا لها بالطلع لأن استنارها بالنور بمنزلة استنار ثمرة النخل بكمامه. والثاني يلحقها به بعد تشققه لاستناره بالقشر الأبيض فتكون للبائع (وبعد التناثر للبائع) لظهورها وما لم يظهر من ذلك تابع لما ظهر كما في التنبية، وما قصد ورده وكان يخرج من كمام ثم يتفتح كالورد الأحمر فإن باعه بعد ظهوره فللبائع كالطلع المشقق أو قبله فللمشتري، وما يخرج ظاهرا كالياسمين فإن خرج ورده فللبائع وإلا فللمشتري وتشقق جوز قطن يبقى أصله سنتين فأكثر كتأبير النخل فيتبع المستتر غيره إن توفرت شروط التبعية الآتية، وما لا يبقى أصله أكثر من سنة إن بيع قبل تكامل قطنه لم يجز إلا بشرط القطع كالزرع سواء أخرج جوزه أم لا، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوز فهو للمشتري لحدوثه في ملكه وإن بيع بعد تكامل قطنه، فإن تشقق جوزه صح العقد لظهور المقصود ودخل القطن في البيع كما في الروضة نقلا عن البغوي. لا يقال: هو بعد تشققه كالثمرة المؤبرة كما جزم به القاضي فلا يدخل في البيع. لأننا نقول: الشجرة مقصودة لثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وإن لم يتشقق جوزه لم يصح البيع لاستنار قطنه بما ليس من مصالحه.

(ولو) (باع) نخلة من بستان أو (نخلات) بستان (مطلعة) بكسر اللام أي خرج طلعتها (وبعضها) من حيث طلعه كما قاله الشارح مبينا به ما في كلام المصنف من التسامح، إذ ظاهر كلامه أن بعض النخلات مؤبر مع أن المؤبر إنما هو طلعتها (مؤبر) وبعضها غير مؤبر، ومؤبر هنا بمعنى متأبر كما علم مما مر (فللبائع) جميعها

المؤبر وغيره وإن كان النوع مختلفا لعسر التتبع كما مر (فإن أفرد) بالبيع (ما لم يؤبر) من بستان واحد (فالمشتري) طلعه (في الأصح) لما مر. والثاني هو للبائع اكتفاء بدخول وقت التأبير عنه، وأما المؤبر فالبائع، ولو باع نخلة وبقيت ثمرتها للبائع ثم خرج طلع آخر كان له أيضا كما صرحا به وعللاه بأنه من ثمرة العام، قال الشيخ: وإلحاقا للنادر بالأعم الأغلب. لا يقال: قضية قوله مطلعة أن غير المؤبر لا يتبع إلا بعد وجود الطلع مع أن الأصح أنه يتبع مطلقا متى كان من ثمرة ذلك العام فحذف مطلعة بل المسألة من أصلها للعلم بها مما قدمه أحسن. لأننا نقول: بمنعه إذ هذا تفصيل لإطلاق قوله السابق فإن لم يتأبر منها شيء إلخ، وذلك لم يتعرض فيه للاطلاع فافهم أنه غير شرط، وفائدة ذكره بيان أن الاطلاع لا يستلزم التأبير (ولو) (كانت) أي النخلات المذكورة (في بساتين) وما تأبر منها بواحد وغيره بأخر (فالأصح) أفراد كل بستان (بحكمه) سواء أتقاربا أم تباعدا لأن من شأن اختلاف البقاع اختلاف وقت التأبير، ولا يتبعه أيضا فيما لو اختلف العقد أو الحمل أو الجنس. وحاصل شرط التبعية اتحاد بستان وجنس وعقد وحمل، وما زاده بعضهم بقوله ومالك غير محتاج له لأنه يلزم من اختلافه تفصيل الثمن وهو مقتضى لتعدد العقد، ومقابل الأصح أنهما كالبستان الواحد (وإذا بقيت الثمرة) للبائع بشرط أو غيره (فإن شرط القطع لزمه) وفاء بالشرط، وإنما يظهر هذا كما قاله الأذرعى في منتفع به كحصرم لا فيما لا نفع فيه أو نفعه تافه (وإلا) بأن أطلق أو شرط الإبقاء وهو مزيد على المحرر والروضة وأصلها (فله تركها إلى) زمن (الجداذ) نظرا للعادة في الأولى وهو بفتح الجيم وكسرهما وإهمال الدالين، وإعجامهما القطع: أي زمنه المعتاد فيكلف حينئذ أخذها دفعة واحدة ولا ينتظر نهاية النضج وللشرط في الثانية. نعم لو كانت الثمرة من نوع يعاد قطعه قبل نضجه كاللوز الأخضر في بلاد لا ينتهي فيها كلف البائع قطعها على العادة، ولا ترد هذه الصورة لأن هذا وقت جذاها عادة، وقد لا تلزم التيقية كأن تعذر السقي لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقائها أو أصابتها آفة ولم يبق في تركها فائدة كما رجحه ابن الرفعة وغيره.

(ولكل منهما) أي المتبايعين إذا بقيت (السقي إن انتفع به الشجر والثمر) أو أحدهما (ولا منع للآخر) منه لعدم ضرره إذ المنع حينئذ سفه أو عناد، وأفهم تعبير المهذب والوسيط بانتفاء ضرر الآخر عدم المنع عند انتفاء الضرر والنفع لأنه تعنت، وجرى عليه السبكي وغيره لكن توقف فيه الشيخ بأنه لا غرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشتري تمكينه، وما قاله ظاهر وجرى عليه الوالد رحمه الله تعالى ومقتضى ما مر من التعليل أنه يمتنع على البائع تكليف المشتري السقي، وبه صرح الإمام لأنه لم يلتزم تنميتها

فلتكن مؤنته على البائع، وظاهر كلامهم تمكينه من السقي بما اعتيد سقيها منه وإن كان للمشتري كثير دخلت في العقد، وليس فيه أنه يصير شارطا لنفسه الانتفاع بملك المشتري لأن استحقاقه لذلك لما كان من جهة الشرع اغتفروه، وقضيته أن الكلام في ثمرة غير مؤبرة شرطها البائع لنفسه (وإن ضرهما) كان لكل منع الآخر لأنه يضر صاحبه من غير نفع يعود إليه فهو سفه وتضييع و (لم يجر) السقي لهما ولا لأحدهما (إلا برضاهما) معا لأن الحق لهما فيمتنع على أحدهما الانفراد بذلك لإدخاله على صاحبه ضررا. لا يقال: فيه إفساد للمال وهو حرام ولو مع تراضيهما لأننا نقول: الإفساد غير محقق ولأن المنع لحق الغير ارتفع بالرضا ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه في خالص ماله، وهو ممتنع على الوجه المذكور لأنه إتلاف بفعل فأشبهه إحراق المال، أو يحمل كلامهم على ما إذا كان من وجه دون وجه وهذا أوضح (وإن) (ضر أحدهما) أي الشجر دون الثمر أو عكسه (وتنازعا) أي المتبايعان في السقي (فسخ العقد) لتعذر إمضائه إلا بإضرار أحدهما والفاسخ له المتضرر كما يؤخذ من غضون كلامهم واعتمده الوالد رحمه الله تعالى وقيل الحاكم وجزم به ابن الرفعة وصححه السبكي، وقيل كل من العاقدين واستظهره الزركشي وشمل قوله وإن ضرهما ما لو كان السقي مضرا بأحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر لاستلزام منع حصولها له انتفاعه بالسقي، وذكر في الروضة فيه احتمالين للإمام (إلا أن يسامح) المالك المطلق التصرف (المتضرر) فلا فسخ ويأتي هنا ما مر من الإشكال والجواب ومنع بعضهم مجيئه هنا لما في هذا من الإحسان والمسامحة. وهذا يقدر فيما مر أيضا (وقيل) يجوز (لطالب السقي أن يسقي) ولا اعتبار بالضرر لدخوله في العقد عليه (ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر لزم البائع أن يقطع) الثمر (أو يسقي) الشجر دفعا لضرر المشتري.

## (فصل)

### في بيان بيع الثمر والزرع وبدو صلاحهما

(يجوز) (بيع الثمر بعد بدو) أي ظهور (صلاحه مطلقا) أي من غير شرط قطع ولا إبقاء، ويستحق في هذه الإبقاء إلى أوان الجذاذ كحالة شرط الإبقاء (وبشرط قطعه و) بشرط (إبقائه) سواء أكانت الأصول لأحدهما أم لغيره للخبر المتفق عليه {أنه صلى الله عليه وسلم نهى المتبايعين عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها} ومفهومه الجواز بعد بدوه مطلقا لأمن العاهة حينئذ غالبا لغلظها وكبر نواها وقبله تسرع إليه لضعفه فيفوت بتلفه الثمن، وبه يشعر قوله صلى الله عليه وسلم {أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه} (وقبل الصلاح إن) (بيع) الثمر الذي لم يبد صلاحه وإن بدا صلاح غيره المتحد معه نوعا ومحلا (منفردا عن

الشجرة) وهو على شجرة ثابتة (لا يجوز) أي لا يصح البيع ويحرم (إلا بشرط القطع) حالا، وهو بمعنى قول ابن المقري منجزا للخبر المذكور فإنه يدل بمنطوقه على المنع مطلقاً خرج المبيع المشروط فيه القطع بالإجماع فبقي ما عداه على الأصل ولا يقوم اعتياد قطعه مقام شرطه، وللبيع إجباره عليه، فإن لم يطالبه به لم يستحق عليه أجره من ذلك لغلبة المسامحة به، ولو تراضيا بإبقائه مع شرط قطعه جاز، والشجرة أمانة في يد المشتري لتعذر تسليم الثمرة بدونها، بخلاف ما لو باع نحو سمن وقبضه المشتري في ظرف البائع فإنه مضمون عليه لتمكّنه من التسلم في غيره.

أما بيع ثمرة على شجرة مقطوعة أو جافة دونها فيجوز بلا شرط قطع لأن الثمرة لا تبقى عليها فنزل ذلك منزلة شرط القطع، وخرج بقوله إن بيع ما لو وهب مثلاً فلا يجب شرط القطع فيه، وكذا الرهن كما يأتي قبيل بحث من استعار شيئاً ليرهنه (و بشرط (أن يكون المقطوع منتفعا به) كلوز وحصرم وبلح فيجوز حينئذ، ودخل في المستثنى منه ما ينتفع به وبيع بغير شرط القطع أو بيع بشرطه معلقاً كأن شرط القطع بعد يوم لأن التعليق يتضمن التبقية، وما (لا) ينتفع به (ككمثري) وجوز لا يصح بيعه لانتفاء شرطه وإن شرط القطع وذكر هذا الشرط المعلوم من شروط البيع قال الشارح: للتنبيه عليه، وأجاب بعضهم بأنه إنما ذكره هنا لأن هذا الشرط المذكور ثم يكفي أن يكون حالا أو مآلاً كالجحش الصغير وهنا يشترط أن يكون حالا هـ وإنما لم يكف هنا لعدم ترقيها مع وجود شرط القطع فلذلك اشترطت حالا. والحاصل أن الشرط هنا وثم أن يكون فيه منفعة مقصودة لغرض صحيح. وأما افتراقهما في كون المنفعة قد تترقب ثم لا هنا فغير مؤثر للاستحالة التي ذكرناها (وقيل إن كان الشجر للمشتري والثمر للبائع كأن وهبه أو باعه) بشرط قطعه ثم اشتراه منه أو باعها الموصى له من الوارث (جاز) بيع الثمرة له (بلا شرط) للقطع لاجتماعهما في ملك شخص واحد فأشبه ما لو اشتراها معا، وصح هذا الوجه الرافعي والمصنف في المساقاة، لكن المعتمد ما هنا لعموم النهي والمعنى إذ المبيع الثمرة، ولو تلفت لم يبق في مقابلة الثمن شيء كما مر (قلت: فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع) كما هو الأصح (لم يجب الوفاء به، والله أعلم) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره.

وليس لأحد الشريكين شراء نصيب شريكه من الثمر قبل بدو صلاحه بنصيبه من الشجر إلا بشرط القطع كغير الشريك وتصير كل الثمرة له وكل الشجر للآخر، فيتعين على المشتري قطع جميع الثمرة لأنه التزم بذلك قطع ما اشتراه وتفرغ الشجر لصاحبه، وإن اشترى نصيب شريكه من الثمر بغير نصيبه من الشجر لم يصح وإن شرط القطع لتكليف المشتري قطع ملكه عن ملكه المستقر

له قبل البيع (وإن) (بيع) الثمر (مع الشجر) بثمان واحد (جاز بلا شرط) لتبعية الثمر هنا للشجر الذي لا تعرض له عاهة، ومن ثم لو فصل الثمن وجب شرط القطع لزوال التبعية، ونحو بطيخ وباذنجان كذلك على المنقول المعتمد كما جزم به صاحب الحاوي والأنوار. وصححه السبكي والإسنوي وغيرهما، ونقله ابن المقري في شرح إرشاده عن الأكثرين فلا يجب شرط القطع فيه إن بيع مع أصله وإن لم يبيع مع الأرض (ولا يجوز) بيعه (بشرط قطعه) عند اتحاد الصفقة لأن فيه حجرا على المشتري في ملكه، وفارق بيعها من صاحب الأصل بأنها هنا تابعة فاغتفر الغرر كأس الجدار، ولو استثنى البائع الثمرة غير المؤبرة لم يجب شرط القطع لأنه في الحقيقة استدامة لملكها فله الإبقاء إلى أوان الجذاذ، ولو صرح بشرط الإبقاء جاز كما في الروضة، وهو أحد نصي الشافعي رضي الله عنه كما أفاده البلقيني، ولم يطلع بعضهم على هذا النص فزعم أن المنصوص خلافه.

ولو باع نصف الثمر على الشجر مشاعا قبل بدو الصلاح من مالك الشجر أو من غيره بشرط القطع صح خلافا لما في الأنوار إن قلنا إن القسمة إفرار وهو الأصح بإمكان قطع النصف بعد القسمة فإن قلنا إنها بيع لم يصح لأن شرط القطع لازم له على رأي مرجوح في بيعه من مالك الشجر، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع، فأشبهه ما إذا باع نصفا معينا من سيف وبعد بدو الصلاح يصح إن لم يشترط القطع فإن شرطه جاء فيه ما تقرر، ويصح بيع نصف الثمر مع الشجر كله أو بعضه ويكون الثمر تابعا، وقضيته عدم الفرق بين شرط قطعه وعدمه ولا يعارضه ما مر فيما لو باع جميع الثمر مع الشجر من أنه لا يجوز شرط القطع لانتفاء القسمة ثم إذ الثمر كله للمشتري بخلافه هنا.

(ويحرم) ولا يصح (بيع الزرع الأخضر) وإن كان بقلا لم يبد صلاحه (في الأرض) (إلا بشرط قطعه) أو قلعه كما في المحرر للنهي في خبر مسلم عن ذلك، فإن باعه وحده من غير شرط قطع أو قلعه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا (فإن) (بيع معها) أي الأرض (أو) بيع وحده بقل بعد بدو صلاحه أو زرع (بعد اشتداد الحب) أو بعضه ولو سنبله واحدة كاكثفائهم في التأبير بطلع واحد وفي بدو الصلاح بحبة واحدة (جاز بلا شرط) كبيع الثمرة مع الشجرة في الأول وكبيع الثمرة بعد بدو الصلاح في الثاني، وما أفهمه كلام المصنف من جواز بيعه معها بشرط قطعه أو قلعه ليس بمراد كما استفيد من قوله قبيله، ولا يجوز بشرط قطعه، وسيأتي أن ما يغلب اختلاطه وتلاحقه لا بد في صحة بيعه من شرط قطعه مطلقا (ويشترط لبيعه) أي الزرع بعد الاشتداد (وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود) منه لئلا يكون بيع غائب

(كتين وعنب وشعير) لظهوره في سنبله، ويجري ذلك في كل ما يظهر ثمره أو حبه (وما لا يرى حبه كالحنطة والعدس) بفتح المدال والسمسم (في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله) لاستتاره (ولا معه في الجديد) لأن المقصود مستتر بما ليس من مصالحه: ومثل ذلك جوز القطن قبل تشققه وبزر الكتان في جوزة، والقديم الجواز لما روى مسلم عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم {نهى عن بيع السنبل حتى يبيض}: أي يشتد فيجوز بعد الاشتداد. وأجاب عنه الشارح بأنه في سنبل الشعير جمعا بين الدليلين والأرز كالشعير، وقيل كالحنطة. والذرة نوعان: بارز الحبات كالشعير، وفي كمام كالحنطة، ومثلها في ذلك الدخن. قال بعضهم: والمرئي إنما هو بعض حباته. قال القاضي: ومع ذلك فالقياس الصحة كما يصح بيع نحو بصل ظهر بعضه اهـ. قيل ويرد أن القياس فيهما تفريق الصفة فيصح في المرئي فقط إن عرف بقسطه من الثمن، هذا والأوجه فيه عدم الصحة في الجميع، إذ شرط التوزيع إمكان العلم بما يخص كلا من الثمن وهو مفقود هنا، ولا يصح بيع الجزر والفجل ونحوه كالثوم والقلقاس والبصل في الأرض لاستتار مقصودها، وعد الروضة معها السلق محمول على أحد نوعيه، وهو ما يكون مقصوده مغيبا في الأرض. أما ما يظهر مقصوده على وجهها وهو المعروف بأكثر بلاد مصر والشام فيجوز بيعه كالبقل، ويجوز بيع ورقها الظاهر بشرط قطعه كالبقول. وفي الأنوار لا يجوز بيع الجوز في قشرته العليا مع الشجر. وقياسه امتناع بيع القطن قبل تشققه ولو مع شجره (ولا بأس بكمام) وهو بكسر أوله وعاء الطلع وغيره (لا يزال إلا عند الأكل) بفتح الهمزة، وأما مضمومها فهو المأكول كرمان وموز وبطيخ وباذنجان وطلع نخل لأن بقاءه فيه من مصالحه، ومثل ذلك ما يكون بقاءه فيه سببا لادخاره كأرز وعلس، ومن ذهب إلى أن الأرز كالشعير لعله باعتبار نوع كذلك، وإنما لم يصح السلم في الأرز والعلس كما سيأتي في بابيه لأن البيع يعتمد المشاهدة، بخلاف السلم فإنه يعتمد الصفات، وهي لا تفيد الغرض في ذلك لاختلاف القشر خفة ورزانة، ولأن السلم عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر من غير حاجة، ويشهد لذلك أن المعجونات لا يصح السلم فيها قطعا، ولا خلاف في جواز بيعها، ومما نقل عن فتاوى المصنف من صحة السلم في الأرز على الأصح محمول على المقشور (وما له كمامان) مثنى كمام استعمالا له في المفرد مجازا، إذ هو جمع كمامة أو كم بكسر أوله، فقياس مثناه كمامة أو كمامتان (كالجوز واللوز والباقلا) بتشديد اللام مع القصر، ويكتب بالياء وبالتخفيف مع المد ويكتب بالألف، وقد يقصر القول (يباع في قشره الأسفل) إذ بقاءه فيه من مصالحه (ولا يصح في الأعلى) لا على الشجر ولا على أرض لاستتاره بما ليس من مصلحته، وفارق صحة بيع القصب في

قشره الأعلى بأن قشره ساتر لجميعه وقشر القصب لبعضه غالباً،  
فرؤية بعضه دالة على باقيه، وما فرق به أيضاً من كون قشره  
الأسفل قد يمص معه فصار كأنه في قشر واحد كالرمان محل  
نظر، إذ قشرة كل منهما السفلى قد تؤكل معه، وزعم بعضهم أن  
الأوجه أن محل الكلام في باقلا لا يؤكل معه قشره الأعلى وإلا جاز  
كبيع اللوز في قشره الأعلى قبل انعقاد الأسفل لأنه مأكول كله،  
وظاهر كلامهم يخالفه (وفي قول يصح) بيعه في الأعلى (إن كان  
رطباً) لحفظه رطوبته فهو من مصلحته ورجحه كثيرون في الباقل  
بل نقله الروياني عن الأصحاب والأئمة الثلاثة، والإجماع الفعلي  
عليه وما حكاه جمع من أن الشافعي أمر الربيع بشراؤه له ببغداد  
معترض بأن الربيع لم يصحبه بها وبفرض صحته فهو مذهبه القديم،  
وقد بالغ في الأم في تقرير عدم صحة بيعه، وسيأتي في إحياء  
الموات الكلام على الإجماع الفعلي، وإلحاق اللوبيا بذلك مردود  
بأنها مأكولة كلها كاللوز قبل انعقاد الأسفل.

قال ابن الرفعة: والكتان إذا بدا صلاحه يظهر جواز بيعه لأن ما  
يغزل منه ظاهر والساس في باطنه كالنوى في التمر، لكن هذا لا  
يتميز في رأي العين بخلاف التمر والنوى اهـ. والأوجه أن محله  
أخذاً مما لم يبيع مع بزره بعد بدو صلاحه وإلا فلا يصح  
كالحنطة في سنبليها (وبدو صلاح الثمر ظهور مبادئ النضج  
والحلاوة) بأن يتموه ويلين كما في المحرر وغيره. قال الشارح:  
وكان المصنف رأى في إسقاطه أنه لا حاجة إليه مع ما قبله: أي  
يصفو ويجري فيه الماء (فيما) متعلق ببذو وظهور (لا يتلون وفي  
غيره) وهو ما يتلون ببذو صلاحه (بأن يأخذ في الحمرة أو السواد)  
أو الصفرة ويؤخذ من تقرير كلامهم أن المدار على التهيؤ لما هو  
المقصود منه أن نحو الليمون مما يوجد تموهه المقصود منه قبل  
صفوته يكون مستثنى مما ذكر في المتلون، وبدوه في غير الثمرة  
باشتداد الحب بأن يتهياً لما هو المقصود منه وكبر القثاء بأن تجنى  
للأكل غالباً وتفتح الورد، وضابط ذلك أن يبلغ حالة يطلب فيها غالباً،  
وأصل ذلك تفسير أنس الراوي للزهو في خبر {نهى عن بيع الثمرة  
حتى تزهو} بأن تحمر أو تصفر (ويكفي بدو صلاح بعضه) حيث كان  
متحد الجنس ولو اختلفت أنواعه كما هو ظاهر كلام الرافعي،  
وقياساً على ما مر في التأبير خلافاً لظاهر كلام القاضي أبي  
الطيب (وإن قل) كحبة واحدة من عنب أو بسر أو نحوه لأن الله  
تعالى امتن علينا بطيب الثمار على التدرج إطالة لزمان التفكه،  
فلو شرط طيب جميعه لأدى إلى أن لا يباع شيء لأن السابق قد  
يتلف أو تباع الحبة بعد الحبة وفي كل حرج شديد.

(ولو) (باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه) واتحد جنسه  
وعقده (فعلى ما سبق في التأبير) فيتبع ما لم يبد صلاحه ما بدا  
صلاحه في البستان أو كل من البستانين وإن اختلف النوع، بخلاف



الجنس فلا يتبع جنس غيره، ولو بدا صلاح بعض ثمر أحدهما دون الآخر فلا يتبعه على الأصح بل لا بد من شرط القطع في ثمر الآخر.

(ومن) (باع ما بدا صلاحه) من ثمر أو زرع وأبقى (لزمه سقيه) حيث كان مما يسقى (قبل التخلية وبعدها) قدر ما ينميه وبقيه من التلف لأنه من تنمة التسليم الواجب كالكيل في المكيل والوزن في الموزون. فلو شرط كونه على المشتري بطل البيع لمخالفته مقتضاه، فلو باعه مع شرط قطع أو قلع لم يجب بعد التخلية سقي كما بحثه السبكي إلا إذا لم يتأت قطعه إلا في زمن طويل يحتاج فيه إلى السقي فنكلفه ذلك فيما يظهر أخذاً من تعليلهم المذكور وإن نظر فيه الأذرعى، ولو باع الثمرة لمالك الشجرة لم يلزمه سقي كما هو ظاهر، وفي كلام الروضة ما يدل له لانقطاع العلق بينهما (ويتصرف مشتريه) أي ما ذكر (بعدها) أي التخلية لحصول القبض بها كما مر مبسوط في المبيع قبل قبضه (ولو عرض مهلك) أو تعيب (بعدها) أي التخلية من غير ترك سقي واجب (كبرد) بفتح الراء وإسكانها كما بخطه (فالجديد أنه من ضمان المشتري) لما تقرر من حصول القبض بها لخبر مسلم: {أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتصدق على من أصيب في ثمر اشتراه ولم يسقط ما لحقه من ثمنها}، فخبره أنه أمر بوضع الجوائح محمول على الأول أو على ما قبل القبض جمعا بين الدليلين، أما لو عرض المهلك من ترك ما وجب على البائع من السقي كان من ضمانه والقديم أنه من ضمان البائع، ولو كان المشتري الثمر مالك الشجر ضمنه جزماً كما لو كان المهلك نحو سرقة أو بعد أوان الجذاذ بزمن يعد التأخير فيه تضييعاً أما ما قبلها فمن ضمان البائع، فإن تلف البعض انفسخ فيه فقط (فلو) (تعيب) الثمر المبيع منفرداً من غير مالك الشجر (بترك البائع السقي) الواجب عليه (فله) أي للمشتري (الخيار) لأن الشرع ألزم البائع التنمية بالسقي فالتعيب بتركه كالتعيب قبل القبض حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضاً، هذا كله ما لم يتعذر السقي، فإن تعذر بأن غارت العين أو انقطع النهر فلا خيار له كما صرح به أبو علي الطبري، ولا يكلف في هذه الحالة تكليف ماء آخر كما هو قضية نص الأم وكلام الجويني في السلسلة، فإن آل التعيب إلى التلف والمشتري عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البائع في أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين.

(ولو) (بيع) نحو ثمر (قبل) أو بعد (بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك) بجائحة (فأولى بكونه من ضمان المشتري) مما لم يشترط قطعه لتفريطه، ومن ثم قطع بعضهم بكونه من ضمانه وقطع بعض آخر بكونه من ضمان البائع. قال الأذرعى: لا وجه له إذا أصر المشتري عنادا (ولو) (بيع ثمر) أو زرع بعد بدو

الصالح ولو لبعضه، وهو مما يندر اختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله صح بشرط القطع والإبقاء ومع الإطلاق، أو مما (يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود) بحيث لا يتميزان (كتين وقتاء) وبطيخ (لم يصح) البيع لانتفاء القدرة على تسليمه (إلا أن يشترط) أي أحد المتعاقدين ويوافقه الآخر (قطع ثمره) أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيع حينئذ لانتفاء المحذور، فلو لم يتفق قطع حتى اختلط فكما في قوله (ولو حصل الاختلاط) أي قبل التخلية (فيما يندر) فيه الاختلاط أو فيما يتساوى فيه الأمران أو جهل فيه الحال (فالأظهر أنه لا يفسخ البيع) لبقاء عين المبيع وتسليمه ممكن بالطريق الآتي فدعوى مقابله تعذره ممنوع وإن صحه المصنف في بعض كتبه وانتصر له جمع من المتأخرين وادعوا أنه المذهب (بل يتخير المشتري) بين الإجازة والفسخ إذ الاختلاط عيب حدث قبل التسليم، ويؤخذ من ذلك تصحيح ما دل كلام الرافعي عليه أنه خيار عيب فيكون فوراً ولا يتوقف على حاكم للصدق حد العيب السابق عليه فإنه بالاختلاط صار ناقص القيمة لعدم الرغبة فيه حينئذ، وإن ذهب كثيرون إلى أنه على التراخي وتوقفه على الحاكم لأنه لقطع النزاع لا للعيب والثاني يفسخ لتعذر تسليم المبيع وعلى الأول (فإن سمح) بفتح الميم (له البائع بما حدث) بهبة أو غيرها ويملك به أيضاً هنا كما في الإعراض عن السنابل بخلافه عن النعل، لأن عوده إلى المشتري متوقع ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع (سقط خياره في الأصح) لمزوال المحذور ولا أثر للمنة هنا لكونها في ضمن عقد وفي مقابلة عدم فسخه. والثاني لا يسقط لما في قبوله من المنة، وكلام المصنف كأصله تبعاً للإمام. والغزالي يقتضي تخيير المشتري أولاً حتى تجوز مبادرته للفسخ، فإن بادر البائع أولاً وسمح سقط خياره وهو الأصح، وإن قال في المطلب إنه مخالف لنص الشافعي والأصحاب فإنهم خيروا البائع أولاً فإن سمح بحقه أقر العقد وإلا فسح. أما لو وقع الاختلاط بعد التخلية فلا انفساخ أيضاً ولا خيار، بل إن اتفقا على شيء فذاك وإلا صدق ذو اليد بيمينه في قدر حق الآخر، وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشتري أو لهما، فيه أوجه أوجهها ثانياً كما اقتضاه كلام الرافعي.

ولو اشترى شجرة وعليها ثمرة للبائع يغلب تلاحقها ففي وجوب القطع ووقوع الاختلاط والانفساخ ما مر خلافاً لبعضهم، ولو باع جزء من القوت مثلاً بشرط القطع فلم يقطعها حتى طالت وتعذر التمييز جرى القولان، ويجريان أيضاً فيما لو باع حنطة فانصب عليها مثلها قبل القبض وكذا في المائعات، ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعة بأمثالها فالصحيح الانفساخ لأن ذلك يورث الاشتباه وهو مانع من صحة العقد لو فرض ابتداء، وفي نحو الحنطة غاية ما يلزم الإشاعة وهي غير مانعة.

(ولا يصح) (بيع الحنطة في سنبلها بصافية) من التبن (وهو المحاقلة) من الحقل بفتح فسكون جمع حقلة وهي الساحة التي تزرع، سميت محاقلة لتعلقها بزرع في حقل (ولا) بيع (الرطب على النخل بتمر) (وهو المزابنة) من الزبن وهو المدفع، سميت بذلك لبنائها على التخمين الموجب للتدافع والتخاصم، وذلك لنهيته صلى الله عليه وسلم عنهما رواه الشيخان، وفسرا في رواية بما ذكر ووجه فسادهما ما فيهما من الربا مع انتفاء الرؤية في الأولى، ولهذا لو باع زرعاً غير ربوي قبل ظهور الحب بحب أو برا صافياً بشعير وتقابضاً في المجلس جاز إذ لا ربا، ويؤخذ من ذلك أنه إذا كان ربوياً كأن اعتيد أكله كالحلبة امتنع بيعه بحبه، وبه جزم الزركشي وصرح بهذين لتسميتهما بما ذكر وإلا فقد علما مما مر في الربا.

(ويرخص في) بيع (العرايا) جمع عرية وهي ما تفرد للأكل لعروها عن حكم باقي البستان (وهو بيع الرطب) ويلحق به البسر كما قاله الماوردي وغيره إذ الحاجة إليه كهي إلى الرطب (على النخل) خرصاً (بتمر) لا رطب (في الأرض أو) بيع (العنب) ومن ألحق به الحصرم قياساً على البسر فقد غلط كما أفاده الأذرعى لبدو صلاح البسر وتناهي كبره فالخرص يدخله بخلاف الحصرم فيهما ونقل الإسنوي له عن الماوردي غير صحيح لأن الصواب إلحاق البسر خاصة (في الشجر بزيب) لخبر الصحيحين {أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر}: أي بالمثلثة وهو الرطب بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها أي بالفتح، ويجوز الكسر مخروصها يأكلها أهلها رطباً، وقيس به العنب بجامع كونه زكويًا يمكن خرصه ويدخر يابس، وأفهم كلامه أنهما لو كانا معا على الشجر أو على الأرض أنه لا يصح، وهو كذلك خلافاً لبعض المتأخرين حيث ذهب إلي أنه جرى على الغالب إذ الرخصة يختصر فيها على محل ورودها وأنه لا يصح بيع الرطب بالرطب وهو كذلك كما مر في الربا. ومحل الجواز في العرايا ما لم يتعلق بالثمرة زكاة كان خرصت عليه وضمن أو لنقصها عن النصاب أو لكفر مالكها (فيما دون خمسة أوسق) بتقدير الجفاف المراد بخرصها السابق في الخبر بمثله تمرًا مكيلاً يقينا لخبرهما أيضا {رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق} ودونها جائز يقينا فأخذنا به لأنها للشك مع أصل التحريم ولا يجوز فيما زاد عليها قطعاً، ومتى زاد على ما دونها بطل في الجميع، ولا يخرج على تفريق الصفة كما مر في بابه، وظاهر كلامه الاكتفاء في النقص عن الخمسة بما ينطلق عليه الاسم حتى قال الماوردي إنه يكفي نقص ربع مد، والأوجه كما قاله بعض المتأخرين عدم الاكتفاء بذلك بل لا بد من زيادة على تفاوت ما يقع بين الكيلين، إذ ربع المد والمد لا يقع التفاوت به بين الكيلين غالباً لا سيما في الخمسة

الأوسق، والمراد بالخمسة أو ما دونها إنما هو من الجفاف وإن كان الرطب الآن أكثر، فإن تلف الرطب أو العنب فذاك، وإن جفف وظهر تفاوت بينه وبين التمر أو الزبيب، فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر تبين بطلان العقد، ومحل البطلان فيما فوق الدون المذكور إن كان في صفقة واحدة (و) أما (لو زاد) عليه (في صفتين) وكل منهما دون الخمسة فلا بطلان وإنما (جاز) ما ذكر لأن كلا عقد مستقل وهو دون الخمسة، وتتعدد الصفقة هنا بما مر، فلو باع ثلاثة لثلاثة كانت في حكم تسعة عقود. (ويشترط) لصحة بيع العرايا (التقايض) في المجلس إذ هو بيع مطعوم بمثله ويحصل (بتسليم التمر) أو الزبيب إلى البائع (كيلا) لأنه منقول وقد بيع مقدرا فاشترط فيه ذلك كما مر في بابه (والتخلية في النخل) الذي عليه الرطب أو الكرم الذي عليه العنب. إذ غرض الرخصة طول التفكه بأخذ الرطب شيئا فشيئا إلى الجذاذ، فلو شرط في قبضه كيله فات ذلك (والأظهر أنه) أي البيع المماثل لما ذكر (لا يجوز في سائر الثمار) أي باقيا كخوخ ومشمش ولوز مما يدخر يابسه لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها. والثاني يجوز كما جاز في العنب بالقياس (وأنه) أي بيع العرايا (لا يختص بالفقراء) وإن كانوا هم سبب الرخصة لشكايتهم له صلى الله عليه وسلم أنهم لا يجدون شيئا يشترون به الرطب إلا التمر، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وبأن ذلك حكمة المشروعية، ثم قد يعم الحكم كالرمل والاضطباع وهم هنا من لا نقد بيده كما قاله الجرجاني والمتولي. ولو اشترى العرية من يجوز له شراؤها ثم تركها حتى صارت تمرا جاز خلافا لأحمد.

### (باب اختلاف المتبايعين)

خصهما بالذكر لأن الكلام في البيع والاختلاف فيه أغلب من غيره وإلا فكل عقد معاوضة وإن لم تكن محضة وقع الاختلاف في كفيته كذلك. وأصل الباب ما صح {إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركا} وصح أيضا {أنه صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ثم يتخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك} (إذا اتفقا) أي المتعاقدان ولو وكيلين أو قنين أذن لهما سيدهما كما هو واضح أو وارثين كما يأتي أو وليين أو مختلفين (على صحة البيع) أو ثبتت بطريق أخرى كبعثك بألف فقال بل بخمسائة وزق خمر، فإذا حلف البائع على نفي الخمر تحالفا (ثم اختلفا في كفيته كقدر الثمن) وما يدعيه البائع. أو وليه أو وكيله أكثر كما في الصداق بل غير البائع والولي والوكيل كذلك فلا بد أن يكون مدعي المشتري مثلا في المبيع أكثر وإلا فلا فائدة للتحالف (أو صفته) كصاح أو مكسرة أو جنسه كذهب أو فضة أو نوعه

كمن ذهب كذا وكذا ومن ذلك اختلافهما في شرط نحو رهن، أو كفالة أو كونه كاتباً، ويمكن شمول قوله أو صفته لذلك كله. نعم لو وقع الاختلاف في عقد هل كان قبل التأبير أو الولادة أو بعدهما فلا تحالف وإن رجع الاختلاف إلى قدر المبيع، لأن ما وقع الخلاف فيه من الحمل والتمرة تابع لا يصح إفراده بعقد فالقول قول البائع بيمينه لأن الأصل بقاء ملكه، ومن ثم لو زعم المشتري أن المبيع قبل الاطلاع أو الحمل صدق، وهو ظاهر إذ الأصل عدمه عند البيع كذا قيل والأصح تصديق البائع (أو الأجل) بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع (أو قدره) كشهر أو شهرين (أو قدر المبيع) كمد من هذه الصبرة مثلاً بدرهم فيقول بل مدين به (ولا بينة) لأحدهما يعول عليها، فشمّل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين (تحالفا) لخبر مسلم {اليمين على المدعى عليه وكل منهما مدع ومدعى عليه}. ولا يشكل الخبران المتقدمان لأنه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهي حلف المشتري أيضاً فأخذنا بها، وشمّل كلامه ما لو وقع الاختلاف في زمن الخيار فيتحالفاً وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنشائي والأزرعي وغيرهم وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها في حق الرقيق وفي القراض والجمالة مع جوازها من الجهتين، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كابن المقري في بعض نسخ المروض من إمكان الفسخ في زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن يتكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق، وخرج بقوله اتفقاً إلى آخره اختلافهما في الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما يأتي، وعلم مما مر أن مرادهم بالاتفاق على الصحة وجودها وبقوله ولا بينة ما لو كان لأحدهما بينة فإنه يقضي بها أو لهما بينتان مؤرختان بتاريخين مختلفين فإنه يقضي بالأولى.

ولو اختلفا في الثمن أو المبيع بعد القبض مع الإقالة أو التلف الذي يفسخ به العقد فلا تحالف بل يحلف مدعي النقص لأنه غارم ولهذا زاد بعضهم فيما مر قيماً وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع احترازاً عما ذكر وأورد على الضابط اختلافهما في عين المبيع والثمن معاً كبعثك هذا العبد بمائة درهم فيقول بل الجارية بعشرة دنانير فلا تحالف جزماً إذ لم يتوارداً على شيء واحد مع أنهما اتفقاً على بيع صحيح واختلفا في كفيته، فيحلف كل على نفي ما ادعى عليه على الأصل ولا فسخ؛ ولو اختلفا في عين المبيع والثمن في الذمة واتفقاً على صفته وقدره أو اختلفا في أحدهما تحالفاً على المنقول المعتمد كما اقتضى كلام الرافعي هنا ترجيحه وصححه في الشرح الصغير خلافاً لما جرى عليه ابن المقري تبعاً للإسنوي من عدم التحالف، بل يحلف كل على نفي ما ادعى عليه ولا فسخ.

فإن أقام البائع بينة أن المبيع هذا العبد، والمشتري بينة أنه الأمة فلا تعارض إذ كل أثبت عقدا وهو لا يقتضي نفي غيره، ويؤخذ منه أن صورتها أن لا تتفق البيتان، على أنه لم يجر إلا عقد واحد فلا تعارض، وحينئذ فتسلم الأمة للمشتري ويقر العبد بيده إن كان قبضه وله التصرف فيه ظاهرا بما شاء للضرورة. نعم قال الشيخ أبو حامد إلا بالوطء لو كان أمة لاعترافه بتحريم ذلك عليه وعليه نفقة ذلك، قال الأزرعي: وهذا في الظاهر، أما في الباطن فالحكم محال على حقيقة الصدق والكذب، فإن كان بيد البائع فهل يجبر مشتريه على قبوله لإقرار البائع له به أو يترك عند القاضي حتى يدعيه وينفق حينئذ عليه من كسبه وإلا بيع إن رآه وحفظ ثمنه أو يبقى بيد البائع على قياس من أقر لغيره بشيء، وهو ينكره خلاف، والأصح منه الأخير كما دل عليه كلام الأنوار، وقد علم أنه على قول التحالف يكون قياس ما مر أن محله إذا لم تؤرخ البيتان بتاريخين وإلا قضى بمتقدمة التاريخ وإذا وقع التحالف (فيحلف كل) منهما (على نفي قول صاحبه وإثبات قوله) لما مر من أن كلا مدع ومدعى عليه فينفي ما ينكره ويثبت ما يدعيه هو. نعم إنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه الأول فينكر، قاله المحاملي وتبعه السبكي قال: ويشبه أن يكون العرض المذكور مستحبا، ومعلوما أن الوارث في الإثبات يحلف على البيت وفي النفي على نفي العلم، وفي معنى الوارث سيد العبد المأذون له لكنه يحلف على البيت في الطرفين (ويبدأ) في اليمين بالبائع، استحبابا لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذي هو المقصود بالذات إليه بالفسخ الناشئ عن التحالف، ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد وملك المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض، ولأنه يأتي بصورة العقد وصورة المسألة أن المبيع معين والثمن في الذمة ومن ثم بدئ بالمشتري في عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ، ويخير الحاكم بالبداءة بأيهما أداه إليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو في الذمة (وفي قول يبدأ بالمشتري) لقوة جانبه بالمبيع (وفي قول يتساويان) لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح وعليه (فيتخير الحاكم) فيمن يبدأ به منهما (وقيل يقرع) بينهما فمن قرع بدئ به والزوج في الصداق كالبائع فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له كما قوي جانب البائع بعود المبيع له، ولأن أثر التحالف يظهر في الصداق لا في البضع وهو باذله فكان كبائعه، والخلاف في الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير. (والصحيح أنه يكفي كل واحد) منهما (يمين تجمع نفيًا) لقول صاحبه (وإثباتا) لقوله لاتحاد الدعوى ومنفى كل في ضمن مثبتة فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات، والثاني يفرد النفي بيمين والإثبات بأخرى، وفي تعبيره بيكفي إشعار بجواز العدول إلى يمينين وهو الظاهر، بل يظهر استحبابهما خروجًا من الخلاف لأن في مدركه قوة وإن

أشعر كلام الماوردي بمنعهما إذ لا معول على ذلك (ويقدم) في اليمين (النفي) استحبابا لا وجوبا لأنه الأصل في اليمين إذ حلف المدعي على قوله إنما هو لنحو قرينة لوث أو نكول وإفادة الإثبات بعده بخلاف العكس، وإنما لم يكف الإثبات ولو مع الحصر كما بعث إلا بكذا لأن الأيمان لا يكتفى فيها باللوازم بل لا بد من الصريح لأن فيها نوعا من التعبد (فيقول البائع) عند اختلافهما في قدر الثمن (والله ما بعث بكذا ولقد) أو إنما وحذفه من أصله لما فيه من إيهام اشتراط الحصر (بعث بكذا) ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا، ولو نكل أحدهما عن النفي والإثبات أو عن أحدهما قضي للحالف، ولو نكلا جميعا ولو عن النفي فقط وقف أمرهما وكأنهما تركا الخصومة كما اختاره في الروضة من وجهين: ثانيهما أنه كتحالفهما (وإذا تحالفا في الصحيح أن العقد لا يفسخ) بنفس التحالف لأن البيئة 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) أعرض عن الخصومة أعرض عنهما ولا يفسخ.

وإن (تراضيا) على ما قاله أحدهما أقر العقد، وينبغي للحاكم نديهما للتوافق ما أمكن، ولو رضي أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر الآخر عليه (وإلا) بأن لم يتفقا على شيء واستمر على النزاع (يفسخانه أو أحدهما) لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الفسخ بالعيب (أو الحاكم) لقطع المنازعة ثم فسخ الحاكم، والصادق منهما ينفذ ظاهرا وباطنا كالإقالة وغيره ينفذ ظاهرا فقط، ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا، ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه بالعيب فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف في وجود المقتضى بخلافه ثم ومنازعة الإسنوي في قياس ما تقرر على الإقالة الذي نقله وأقراه بأن كلا لو قال ولو بحضور صاحبه بعد البيع فسخته لم يفسخ ولم يكن إقالة، إذ لا تحصل إلا إن صدرت بإيجاب وقبول بشرطه المار مردودة بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به: أي بلفظ الإقالة فالقياس صحيح وأن لكل الابتداء بالفسخ، وبه صرح الرافعي وإن نازع فيه السبكي (وقيل إنما يفسخه الحاكم) لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعنة، وكانهم إنما اقتصروا في الكتابة على فسخ الحاكم احتياطا لسبب العتق المتشوف إليه الشارع وعلم من عدم انفساخه بنفس التحالف جواز وطء المشتري الأمة المبيعة حال النزاع وقبل التحالف وبعده أيضا على أوجه الوجهين لبقاء ملكه، بل قضية تعليلهم جوازه أيضا بعد الفسخ إذا لم يزل به ملك المشتري وهو كذلك (ثم) بعد الفسخ (على المشتري رد المبيع) إن كان باقيا في ملكه لم يتعلق به حق لازم لغيره بزوائده المتصلة لتبعيتها للأصل دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض، لأن الفسخ يرفع العقد

من حينه لا من أصله. وشمل ذلك ما لو نفذ الفسخ ظاهرا فقط، واستشكال السبكي له بأن فيه حكما للظالم أجاب هو عنه بأن الظالم لما لم يتعين اغتفر ذلك، وعلى البائع رد الثمن المقبوض كذلك، ومؤنة الرد على الراد كما أفهمه التعبير برد، إذ القاعدة أن من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه (فإن كان) تلف شرعا كان (وقفه) المشتري ومثله البائع في الثمن (أو أعتقه أو باعه) أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحة (أو) حسا كان (مات لزمه قيمته) إن كان متقوما ولو زادت على ثمنه، ومثله إن كان مثليا على المشهور كما في المطلب وإن أوهمت عبارة المصنف وجوب القيمة مطلقا وصححه في الحاوي، بل كثيرا ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعا، ولو تلف بعضه رد الباقي وبدل التالف: قال في العباب بالرضا، ومراده بذلك مجيء ما تقدم في رد المعيب وإمساك الباقي، وفي الروضة إشارة لذلك ويرد قيمة الرقيق الأبق للحيلولة (وهي) أي القيمة حيث لزمتم (قيمة يوم) أي وقت، وتعبيرهم باليوم جرى على الغالب من عدم اختلافه فيه (التلف) حسا أو شرعا (في أظهر الأقوال) إذ مورد الفسخ العين والقيمة بدل عنها فلتعتبر عند فوات أصلها، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقل قيمتي العقد والقبض، كما مر بأن النظر إليها ثم لا ليغرم بل ليعرف منها الأرش، وهنا المغروم القيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق، قاله الرافعي. والثاني قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله في ضمانه، والثالث أقل القيمتين يوم العقد والقبض. والرابع أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم.

(وإن تعيب رد مع أرشه) وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة فكان بعضه مضمونا ببعضها، ووطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له وإن كان قد رهنه خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكاكه، ولا ينافي ذلك ما ذكر في الصداق أنه لو طلقها قبل الوطاء وكان الصداق مرهونا وقال: انتظر 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، وإن كان قد أجره رجوع فيه مؤجرا ولا ينتزعه من يد المشتري حتى تنقضي المدة والمسمى للمشتري، وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها، ولو كان زكاة معجلة وتعيب فلا أرش، أو جعله المشتري مثلا صداقا وتعيب في يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ولو دبره المشتري لم يمنع رجوع البائع أخذا مما ذكر في الفليس من أنه لا يمنع فيه (واختلاف ورثتهما كهما) أي كاختلافهما فيما مر فيحلف الوارث لقيامه مقام المورث، وكذا اختلاف أحدهما ووارث الآخر أو



وكيله أو وليه كما مر، سواء في ذلك ما قبل القبض وبعده وما إذا حصل بين الورثة ابتداء أو بين المورثين ثم يموتان قبل التحالف، ويجوز للوارث الحلف عند غلبة ظنه صدق مورثه.

(ولو) (قال بعثك بكذا فقال بل وهبتيه) أو رهنتيه (فلا تحالف) لعدم اتفاقهما على عقد واحد (بل يحلف كل) منهما (على نفي دعوى الآخر) كسائر الدعاوى (فإذا حلفا رده) حتما (مدعي الهبة بزوائده) متصلة كانت أو منفصلة، فإن فاتت غرمها له لعدم ملكه ولا أجره عليه لاتفاقهما على عدم وجوبها كما في الأنوار، وكان الفرق أنه يغتفر في المنافع ما لا يفتقر في الأعيان لما مر من أن البائع قبل القبض يضمن الزوائد دون المنافع، ويجري فيما لو قال لآخر دابتي تحت يدك مبيعة فأنكر وحلف فلا أجره عليه لاعترافه بأنها ملكه، ونظير ذلك ما لو طالبه بئعه بالثمن فقال المبيع لزوجتك فله أخذه منه ثم لها انتزاع المبيع منه لإقراره، ولا رجوع له بالثمن على البائع لأنه بتسلمه له مصدق له، ولو قال: نعم لها لكنها وكلتني أجبر المشتري على دفع الثمن إليه لأنه بشراؤه منه مقر بصحة قبضه، قاله القاضي. قال الغزالي: والقياس أن للمشتري إجبار البائع على إثبات وكالته على القبض منه، ولو اشترى كرما واستغله سنين ثم طالبه بئعه بالثمن فأنكر وحلف عليه لم يغرمه البائع ما استغله لأنه يزعم أنه استغل ملكه وإنما يدعي عليه الثمن وقد تعذر بحلف المشتري فللبائع حينئذ فسخ البيع، وما استشكل به رد المنفصلة من اتفاقهما على حدوثها بملكه وقد يثبت الفرع دون الأصل أجاب عنه الزركشي بأن دعوى الهبة وإثباتها لا يستلزم الملك لتوقفه على القبض بالإذن ولم يوجد، وفيه نظر لتأتي ذلك فيما لو ادعى الهبة والقبض، فالأولى الجواب بأنه يثبت بيمين كل أن لا عقد فعمل بأصل بقاء الزوائد بملك مالك العين.

(ولو) (ادعى) أحد العاقدين (صحة البيع) أو غيره من العقود (و) ادعى (الآخر فساده) لانتفاء ركن أو شرط على المعتمد كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما في فتاوى الشيخ (فالأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه) غالبا مسلما كان أو كافرا لأن الظاهر في العقود الصحة وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه أصل 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 لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضا لأنه الغالب، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضا كما ذكره الروياني وصرح به في الأنوار هنا، ولا نظر لسبق إقراره بضده لوقوعه حال نقصه

وهو تفرغ على تصديق مدعي الفساد، وقد جرى صاحب الأنوار كالشيخين قبيل الصداق على خلافه، وأما كلام الأصحاب في الجنائيات والطلاق فليس من الاختلاف في صحة العقد وفساده، وفارق ما ذكرناه ما سيأتي في الضمان بأن المعاوضات يحتاط فيها غالباً، والظاهر أنها تقع بشروطها، وفي البيان 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، وحُزم بعضهم بأنه لا بد في البينة بغيبة العقل إن تبين ما غاب به: أي لثلاث تكون غيبته بما يؤخذ به كسكر تعدى به، وما لو قالت المرأة وقع العقد بلا ولي ولا شهود وأنكر الزوج قال مجلي فالقول قولها لأن ذلك إنكار لأصل العقد، وصوبه السبكي وقال: إنه الحق، وأنه لا يخرج على الخلاف في الصحة والفساد. اهـ والراجح أن القول قول الزوج بيمينه

وما لو اشترى نحو مغصوب وقال كنت أظن القدرة فبان عجزى فيصدق بيمينه كما أفتى به القفال لاعتضاده بقيام الغصب، وما لو باع الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع في الأرض كذلك ثم اختلفا هل شرط القطع أم لا فهو كاختلافهما في الرؤية، وتقدم أن القول فيها قول مدعي الصحة، وما لو قال المرتهن أذنت في المبيع بشرط رهن الثمن وقال الراهن: بل مطلقاً فالمصدق المرتهن كما قاله الزركشي وغيره، وهو كما قال لكن ليس هذا مما نحن فيه؛ لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائبيهما.

ولو ادعى السيد اتحاد نجم الكتابة والمكاتب تعدده صدق المكاتب على القاعدة: نعم لو قال السيد كاتبك وأنا صبي أو مجنون وأمكن الصبي وعهد المجنون صدق بيمينه، ولو أتى المشتري بخمر أو بماء فيه فأرة وقال: قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك 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 هل قبض المسلم إليه رأس المال قبل التفرق أو بعده فلو أقاما في المسألتين بينتين قدمت بينة مدعي الصحة، وقول ابن أبي عصرون إن كان مال كل بيده حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود (ولو) (اشترى عبداً) مثلاً معينا وقبضه (فجاء بعبد معيب ليرده فقال البائع: ليس هذا المبيع) (صدق البائع) بيمينه لأن الأصل السلامة وبقاء العقد (وفي مثله في) المبيع في الذمة (والسلم) بأن يقبض 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، ويجري ذلك في الثمن

فيحلف المشتري في المعين والبائع فيما في الذمة، ومقابل الأصح يصدق المسلم إليه كالبيع، ولو قبض المبيع مثلا بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله في الكيل أو الموزن عادة صدق بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقباض يدعي الخطأ فيه فعليه البينة، كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة، ولو باع شيئا فظهر كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف كأن قال الابن: باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعديا، وقال الموكل باع وكيلي مالي متعديا، وقال المشتري لم يتعد الولي ولا الوكيل صدق المشتري بيمينه لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة.

### (باب) بالتنوين في معاملة الرقيق

وذكره هنا تبعا للشافعي أولى من تقديمه على الاختلاف الواقع للحاوي كالرافعي لأنه تبع للحر فأخرت أحكامه عن جميع أحكامه ولو تاتي فيه بعضها، وتوجيه ذلك ممكن أيضا بأن فيه إشارة لجريان التحالف في الرقيقين كما مر ومن تعقيبه للقراض الواقع في التنبيه لأنه وإن أشبهه في أن كلا فيه تحصيل ربح بإذن في تصرف لكنه إنما يتضح على القول المرجوح أن إذن السيد لقنه توكيل والأصح أنه استخدام، وتصرفه كما قاله الإمام على ثلاثة أقسام ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد كالولايات والشهادات، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة وهذا مقصود الباب، وقد شرع المصنف في بيان ذلك فقال (العبد) يعني القن على أن ابن حزم ذهب إلى أن لفظ العبد يشمل الأمة فكأنه قال: الرقيق الذي يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا كما قاله الماوردي (إن لم يؤذن له في التجارة أو التصرف لا يصح شراؤه) إنما اقتصر عليه لكون الكلام فيه وإلا فكل تصرف مالي كذلك وإن كان في الذمة (بغير إذن سيده) المعتبر إذنه شرعا (في الأصح) لأنه محجور عليه لحق سيده. والثاني يصح لتعلق الثمن بالذمة ولا حجر لسيده فيها ولو كان لاثنين رقيق فأذن له أحدهما لم يصح حتى يأذن له الآخر كما لو أذن له في النكاح لا يصح حتى يأذن له الآخر. نعم إن كان بينهما مهابة كفى إذن صاحب النوبة

ولو اشترى بعين مال السيد بطل جزما، فلو كان السيد محجورا عليه صح تصرفه بإذن وليه بشرط أن يكون الرقيق ثقة مأمونا كما بحثه الأذرعي وهو ظاهر، وبحث هو وغيره أيضا أنه قد يصح تصرفه بغير إذن كأن امتنع سيده من إنفاقه أو تعذرت مراجعته ولم تمكنه مراجعة الحاكم فيصح شراؤه بما تمس حاجته إليه، وكذا لو بعته في شغل لبلد بعيد أو أذن له في حج أو غزو ولم

يتعرض لإذنه له في الشراء وشراء المبعوض في نوبته صحيح لا في غيرها بغير إذن وإن قصد نفسه فيما يظهر، وقد علم مما مر اشتراط الأهلية في المأذون له بحيث يصح تصرفه لنفسه لو كان حراً وإلا لزم أن يكون له بسبب رقه مزية على الحر، ولا ينافي ذلك قول الأذرع لم أجده في الحاوي في مظانه، ودعواه أن العقل يبعد عدم صحة إذن لعبده الفاسق والمبذر ممنوعة. نعم إن دعت حاجة مما مر لم يشترط ذلك لجوازه للسفيه. لا يقال: قضية ما مر من كونه استخداماً عدم اشتراط رشده. لأننا نقول: ليس استخداماً مقتصراً أثره على السيد بل متعدداً لغيره فشرط فيه مع ذلك الرشد رعاية لمصلحة معاملته (ويسترده) أي ما اشتراه من غير إذن (البائع) أي له طلب رده (سواء كان) فيه حذف همزة التسوية وهو جائز، وقد قرئ {سواء عليهم أنذرتهم} بحذفها (في يد العبد أو) وضعها موضع أم في نحو هذا جائز، كما حكاها الجوهري وغيره يد (سيده) أو غيرهما لبقائه على ملكه ولو أدى الثمن من مال سيده استرد أيضاً (فإن) (تلف) أي المبيع (في يده) أي العبد وبائعه رشيد (تعلق الضمان بذمته) ولو رآه معه سيده وأقر فيتبع به بعد العتق لا قبله لثبوته برضا صاحبه من غير إذن السيد، إذ القاعدة أن ما لزمه بغير رضا مستحقه كتلف بغصب تعلق برقبته فقط أو برضاه مع إذن السيد تعلق بذمته وكسبه وما بيده، ولا يلزمه الاكتساب ما لم يعص به كما يأتي نظيره في المفلس أو بغير إذن السيد تعلق بذمته فقط (أو) تلف (في يد السيد فلبائع تضمنينه) أي السيد لو وضع يده عليه بغير حق (وله مطالبة العبد) أيضاً لما مر لكن إنما يطالب العبد (بعد العتق) لجميعة لا لبعضه فيما يظهر أخذاً مما يأتي في الإقرار لتعلقه بذمته لا قبله، ولو قبضه السيد وتلف في يد غيره كان للبائع مطالبة السيد أيضاً.

(واقتراضه) وغيره من سائر تصرفاته المالية (كشراؤه) في جميع ما مر (وإن أذن) بالبناء للمفعول إذ هو قسيم إن لم يؤذن (له في التجارة) من السيد أو من يقوم مقامه (تصرف) بالإجماع وإن لم يدفع له مالا كان قال اتجر في ذمتك فله البيع والشراء بالأجل والارتهان والرهن ثم ما فضل بيده كالذي دفعه له السيد، وإذا أذن له سيده لزمه أن لا يتصرف إلا (بحسب الإذن) بفتح السين: أي بقدره لأن تصرفه مستفاد من الإذن فاقترصر على المأذون فيه، ولا يشترط قبول الرقيق (فإن أذن له في نوع) أو زمن أو محل (لم يتجاوزه) كالوكيل وعامل القراض ولأنه قد يحسن أن يتجر في شيء دون شيء. نعم يستفيد بالإذن له في التجارة ما هو من توابعها كنشر وطى ورد بعيب ومخاصمة في العهدة الناشئة عن المعاملة، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما فلا كما صرح به الرافعي في عامل القراض، وهذا مثله فإن لم ينص له على شيء تصرف بحسب المصلحة في كل الأنواع

والأزمة والبلدان كما أفادته إن الموضوعه لجواز وقوع شرطها وعدمه بخلاف إذا، ولو أعطاه ألفا وقال له اتجر فيه فله الشراء بعين ألف وبقدرة في ذمته ولا يزيد، فإن اشترى في ذمته ثم تلف ألف قبل تسليمه البائع لم يفسخ عقده بل للبائع الخيار إن لم يوفه السيد، فإن اشترى بعينه انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض، فلو عاد ألف إلى العبد بفسخ طراً فهل يتجر بلا إذن جديد؟ وجهان أصحهما نعم ولو قال: اجعله رأس مالك وتصرف واتجر فله أن يشتري بأكثر من ألف.

(وليس له) في الإذن في التجارة (النكاح) كما في عكسه إذ اسم كل منهما لا يتناول الآخر (ولا يؤجر نفسه) لأن الإذن لا يتناول إيجارها كما لا يتناول بيعها، فإن أذن له فيه جاز. نعم لو تعلق حق ثالث بكسبه بسبب نكاح بإذن سيده أو ضمان بإذنه كان للمأذون له وغيره أن يؤجر نفسه من غير إذن السيد على الأصح، وله أن يؤجر مال التجارة من ثياب ورقيق وغيرهما، وليس له التوكل عن غيره فيما فيه عهده كبيع إلا بإذن لا كقبول نكاح.

(ولا يأذن لعده) أضافه إليه لجواز تصرفه فيه (في التجارة) بغير إذن السيد لانتفاء الإذن له في ذلك فإن أذن له فيه جاز، وينعزل الثاني بعزل السيد له وإن لم ينزعه من يد الأول، هذا كله في التصرف العام، فإن أذن للمأذون لعبد التجارة في تصرف خاص كشراء ثوب جاز كما صححه الإمام وجزم به الغزالي وابن المقري، وإن اقتضى كلام البغوي المنع لأنه يصدر عن رأيه، ولأنه لا غنى له عن ذلك وفي منعه منه تضيق عليه

(ولا يتصدق) ومثله سائر التبرعات من هبة وعارية وغيرهما ولو بشيء من قوته فيما يظهر: نعم إن غلب على ظنه رضا السيد بذلك جاز، ولا ينفق على نفسه من مالها إلا إن تعذرت مراجعة السيد فيما يظهر فيراجع الحاكم إن سهل، بخلاف ما إذا شق عليه فيما يظهر ولا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل ولا يسلم المبيع قبل قبض ثمنه ولا يسافر بمالها إلا بإذن. نعم يجوز له الشراء نسيئة ولا يمكن من عزل نفسه لأن الم أغلب في الإذن له الاستخدام دون التوكيل ولا من شراء من يعتق على سيده بغير إذنه ويعتق حيث لا دين وكذا إن كان والسيد موسر كالمرهون ولا يقترض ولا يوكل أجنيا (ولا يعامل سيده) ولا مأذون السيد ببيع أو غيره لأن تصرفه له بخلاف المكاتب.

(ولا ينعزل بإباقه) لأنه معصية لا توجب الحجر، وله التصرف في البلد الذي أبق إليه حيث لم يخص الإذن بغيره فإن عاد لمحل الطاعة تصرف جزماً، ولو باعه أو أعتقه انعزل، وفي معنى ذلك كل ما يزيل الملك كهبة ووقف، وفي كتابته وجهان جزم في الأنوار بأنها حجر، وبحث الشيخ أن إجارته كذلك (ولا يصير) الرقيق (مأذوناً له بسكوت سيده على تصرفه) إذ لا ينسب لساكت قول

ولا بقوله لا أمنعك من التصرف لأن عدم المنع أعم من الإذن ولو باع المأذون مع ماله لم يشترط تجديد إذن من المشتري على الأظهر في النهاية، قاله ابن الرفعة: أي لأن علم المشتري بأن العبد مأذون له منزل منزلة إذنه في بيع المال الذي اشتراه معه، ورده الوالد رحمه الله تعالى بأنه مفرع على رأي مرجوح، وهو أن سيده لو باعه لم يصر محجورا عليه (ويقبل إقراره) أي المأذون (بديون المعاملة) ولو لأصله وفرعه لقدرته على الإنشاء ويؤدي مما يأتي، وأعاد هذه في الإقرار لضرورة تقسيم، ويقبل ممن أحاطت به الديون في شيء بيده أنه عارية، وتحل ديونه المؤجلة عليه بموته كما تحل الديون على الحر بموته.

(ومن عرف رق عبد) أي شخص إذ مراده بالعبد الإنسان كما هو مفهوم لغة، وكان حكمة ذكره لهذا الإشارة إلى عدم الاكتفاء بقرينة كونه على ذي العبيد وتصرفاتهم، ومن ثم كان الأصح جواز معاملة من لم يعرف رقه ولا حرته كمن لم يعرف رشده وسفاهه إلا الغريب فيجوز جزما للحاجة (لم يعامله) أي لم يجز له معاملته لأن الأصل عدم الإذن (حتى يعلم الإذن) أي يظنه (بسماع سيده أو بيينة) والمراد بها إخبار عدلين ولو لم يكن عند حاكم، وكذا رجل وامرأتان أخذا مما يأتي في قسم الصدقات، بل الأوجه الاكتفاء بواحد كما في الشفعة وبحث جميع ذلك السبكي وتبعه غيره وهو واضح لأن المدار هنا على الظن وقد وجد ومن ثم لم يبعد الاكتفاء بفاسق اعتقد صدقه (أو شيوع بين الناس) حفظا لماله ولا يشترط وصوله لحد الاستفاضة الآتي في الشهادات فيما يظهر لما تقرر من كون المدار هنا على الظن (وفي الشيعو وجه) أنه لا يكفي لتيقن الحجر، ورد بأن البينة لا تفيد إلا الظن فكذا الشيعو، وكون الشارع نزل الشهادة منزلة اليقين محله في شهادة عند الحاكم لا في مجرد الإخبار المكتفى به هنا، ولمن عامله عدم تسليم المال له حتى يثبت الإذن وإن صدقه فيه كالوكيل (ولا يكفي قول العبد) في جواز معاملته (أنا مأذون لي) وإن ظننا صدقه لأنه متهم خلافا لبعضهم مع أنه لا يد له، وبه فارق الاكتفاء بقول مريد تصرف وكلني فلان فيه بل ولو لم يقل شيئا بناء على ظاهر الحال أن له يدا. وأما قوله حجر على سيدي فيكفي في عدم صحة معاملته وإن كذبه سيده لأن العقد باطل بزعم العاقد فلا يعامل بقول غيره، وتكذيب الآذن لا يستلزم الإذن له. نعم لو قال كنت أذنت له وأنا باق جازت معاملته وإن أنكر الرقيق ذلك كما ذكره الزركشي وكقوله ذلك سماع الإذن له منه فلا يفيد إنكار القن مع ذلك. قال الشيخ: بل ينبغي أن يقال حيث ظن كذب العبد جازت معاملته ثم إن تبين خلافه بطلت وهو حسن، ولا تسمع دعوى قن على سيده أنه أذن له في التجارة إذا لم يشتر شيئا، فإن اشترى فطلب البائع

ثمنه فأنكر السيد الإذن فله تحليفه، فإذا حلف فللقن أن يدعي على سيده مرة أخرى رجاء أن يقر فيطالبه البائع بثمنه. (فإن) (باع مأذون له) في التجارة (وقبض الثمن فتلف في يده) أو غيرها (فخرجت السلعة مستحقة) (رجع المشتري بدلها) وهو الثمن المذكور: أي مثله في المثلي وقيمه في المتقوم فهو مساو لقول المحرر ببدله: أي الثمن على أنه في نسخ كذلك لكن المحكي عن خطه الأول وليس بسهو خلافا لمن زعمه (على العبد) لأنه المباشر للعقد فالعهدة متعلقة به حتى يؤدي مما يأتي، وللمستحق مطالبته بهذا كدين التجارة بعد عتقه أيضا كوكيل وعامل قراض بعد عزلهما لكنهما يرجعان لا هو (وله) أي للمشتري (مطالبة السيد أيضا) ولو كان بيد العبد وفاء لأن العقد له فكأنه البائع والقباض، ومحل ذلك في البيع الصحيح إذ الإذن لا يتناول الفاسد، فالمأذون في الفاسد كغير المأذون فيتعلق الثمن بذمته لا بكسبه صرح به البغوي (وقيل لا) لأنه بالإذن صار كالمستقل (وقيل إن كان في يد العبد وفاء فلا) لحصول الغرض بما في يده، ومحل الخلاف حيث لم يأخذ منه المال وإلا طولب جزما.

(ولو) (اشترى) المأذون (سلعة) شراء صحيحا (ففي مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف) للمعاني المذكورة، والأصح مطالبته لما مر ومطالبته ليؤدي مما في يد الرقيق إن كان لا من غيره ككسبه بعد الحجر عليه لا لتعلقه بذمته، إذ لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة بدليل أن القريب يطالب بنفقته قريبه والموسر بإطعام المضطر مع عدم ثبوتها في ذمتها، فإن لم يكن بيده شيء فلاحتمال أدائه عنه؛ لأن له به علقة وإن لم يلزم ذمته، فإن أدى برئ القن وإلا فلا، وقد لا يطالب بأن أعطاه مالا ليتجر فيه فاشترى في ذمته ثم تلف ذلك المال قبل تسليمه للبائع بل يتخير إن لم يؤده السيد لانقطاع العلقة هنا بتلف ما دفعه السيد ولم يخلفه شيء من كسب المأذون، ولقائل أن يقول: هذا إنما يتأتى إن أريد بمطالبة السيد ألزمه بما يطالب به. أما إذا كان المراد العرض عليه لاحتمال أن يؤدي عن العبد لما بينهما من العلقة فلا مانع من ذلك.

(ولا يتعلق دين التجارة برقبته) لوجوبه برضا مستحقه كالصداق (ولا بذمة سيده) ولو باعه أو أعتقه لأنه هو المباشر للعقد، وتقدم الجمع أنفا بين هذا ومطالبته فزعم غير واحد أن هذا تناقض مردود، وجواب الشارح عنه بأنه يؤدي مما يكتسبه العبد بعد أداء ما في يده مفرغ على رأي مرجوح. نعم إن حمل على كسب قبل الحجر كان صحيحا (بل يؤدي من مال التجارة) الحاصلة قبل الحجر ربحا ورأس مال لاقتضاء الإذن والعرف ذلك (وكذا من كسبه) الحاصل قبل الحجر عليه لا بعده (بالاصطیاد ونحوه في الأصح) لتعلقه به كما يتعلق به المهر ومؤون النكاح، ثم ما بقي بعد

الأداء في ذمة الرقيق يؤخذ منه بعد عتقه كما مر، والثاني لا كسائر أموال السيد، وذكر في الجواهر أنه لو باع السيد العبد قبل وفاء المدين وقلنا بالأصح أن دينه يتعلق بكسبه تخير المشتري واعترض بأن الأصح أن دينه لا يتعلق بكسبه بعد البيع فلا خيار، وفيها لو أقر المأذون أنه أخذ من سيده ألفا للتجارة أو ثبت بينة وعليه ديون ومات فالسيد كأحد الغرماء يقاسمهم أهـ. وفيه نظر، بل الوجه أنه لا يحصل للسيد إلا ما فضل لأنه المفرط (ولا يملك العبد) أي القن كله بسائر أنواعه ما عدا المكاتب (ولو بتمليك سيده) أو غيره (في الأظهر) لأنه ليس أهلا للملك إذ هو مملوك فأشبهه البهيمة لقوله تعالى {مملوكا لا يقدر على شيء} وكما لا يملك بالإرث وإضافة الملك له في خبر الصحيحين {من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع} للاختصاص لا للملك وإلا لنافاه جعله لسيده، والثاني وهو القديم يملك لظاهر ما مر، وعليه فهو ملك ضعيف يملك السيد انتزاعه منه ولا يجب فيه الزكاة، وليس للعبد التصرف فيه بغير إذن السيد، واحترز بالسيد عن الأجنبي فلا يملك بتمليكه جزما، قاله الرافعي في الكلام على الموقوف عليه، وفي الظهار في تكفير العبد بالصوم وأجرى فيه الماوردي الخلاف. نعم لو قبل الرقيق هبة أو وصية من غير إذن صح، ولو مع نهي السيد عن القبول لأنه اكتساب لا يعقب عوضا كالاحتطاب، ودخل ذلك في ملك السيد قهرا إلا أن يكون الموهوب أو الموصى به أصلا أو فرعا للسيد تجب نفقته عليه حال القبول لنحو زمانة أو صغر فلا يصح القبول، ونظيره قبول المولي لموليه ذلك.

### {كتاب السلم}

ويقال له السلف، سمي سلما لتسليم رأس المال في المجلس وسلفا لتقديمه. والأصل فيه قبل الإجماع إلا ما شذ به ابن المسيب آية الدين فسرهما ابن عباس بالسلم وخبر الصحيحين {من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم} كالشفق أو الفجر أو وسط السنة وبالقياس على الثمن، فكما جاز أن يكون حالا ومؤجلا فكذلك المثلث، ولأن فيه رفقا فإن أرباب الضياع قد يحتاجون لما ينفقونه على مصالحها فيستسلفون على الغلة، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص فجوز لذلك وإن كان فيه غرر كالإجارة على المنافع المعدومة. ومعنى الخبر: من أسلم في مكيل فليكن معلوما، أو موزون فليكن معلوما، أو إلى أجل فليكن معلوما لأنه حصره في الكيل والوزن والأجل (هو) شرعا (بيع) شيء (موصوف في الذمة) بلفظ السلم كما سيعلم من كلامه ولهذا قال الشارح هذه خاصته المتفق عليها، قيل ليس لنا عقد يختص بصيغة واحدة إلا هذا والنكاح وعرف بغير ذلك مما هو غير



مانع، ويؤخذ من كون السلم بيعاً أنه لا يصح إسلام الكافر في الرقيق المسلم، وهو الأصح كما في المجموع، وإن صحح الماوردي صحته وتبعه السبكي، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر في باب البيع.

(يشترط له) ليصح (مع شروط البيع) المتوقف صحته عليها كما قاله الشارح مشيراً به إلى أن الكلام فيما ورد على الذمة لا مطلقاً وإلا لاقتضى اشتراط رؤية المسلم فيه والصيغة فلا يرد صحة سلم الأعمى دون شرائه (أمور) سبعة أخرى اختص بها فلذا عقد لها هذا الكتاب (أحدها) (تسليم رأس المال) وهو الثمن (في المجلس) الذي وقع العقد به قبل التفرق منه أو لزومه لما مر من أن لزومه كالتفرق، إذ لو تأخر لكان في معنى بيع المدين بالمدين إن كان رأس المال في الذمة، ولأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال، ولا 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 ألزمه بطل العقد أو قبل تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المسلم فيه وصح في الباقي بقسطه، قالوا كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض فيؤخذ منه ثبوت الخيار، وبه صرح في الأنوار وإن جزم السبكي بخلافه، ولو اختلفا فقال المسلم أقبضتك بعد التفرق وقال المسلم إليه قبله ولا بينة صدق مدعي الصحة كما علم مما مر، فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه لأنها مع موافقتها للظاهر ناقلة والأخرى مستصحبة، ولا يكفي قبض المسلم فيه الحال في المجلس عن قبض رأس المال لأن تسليمه فيه تبرع وأحكام المبيع لا تبنى على التبرعات، وأفهم كلامه أنه لو قال أسلمت إليك المائة التي في ذمتك مثلاً في كذا أنه لا يصح السلم وهو كذلك (فلو) (أطلق) رأس المال عن تعيينه في العقد كأسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا (ثم عين وسلم في المجلس) قبل التخاير (جاز) أي حل العقد وصح لأن المجلس حريم العقد فله حكمه.

(ولو) (أحال المسلم به) السلم إليه على ثالث له عليه دين أو عكسه فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم مما يأتي في بابها (و) إذا (قبضه المحتال) وهو المسلم إليه في الصورة الأولى (في المجلس) نص عليه ليعلم منه حكم ما لم يقبض فيه بالأولى (فلا يجوز) أي لا يحل ولا يصح إذ المحال عليه يؤديه عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتال بعد قبضه بإذنه له وسلمه في المجلس صح، بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم إليه لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره، لكن المسلم إليه حينئذ وكيل للمسلم في القبض فيأخذه منه ثم يردده كما تقرر، ولا يصح قبضه من نفسه

خلافًا للقفال، وقول الشارح: ويؤخذ من ذلك صحة العقد في التسليم قبل التفرق على خلاف ما تقدم في إحالة المسلم، معناه أنه أمر المسلم إليه المسلم بالتسليم إلى المحتال. نعم لو أسلم وديعة للوديع جاز من غير إقباض لأنها كانت ملكا له قبل السلم بخلاف ما ذكر (ولو قبضه) المسلم إليه (وأودعه المسلم) وهما بالمجلس (جاز) ولو رده إليه قرضا أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من التناقض فيه لأن تصرف أحد المتعاقدين في مدة خيار الآخر إنما يمتنع إذا كان مع غير الآخر، ولأن صحته تقتضي إسقاط ما ثبت له من الخيار، أما معه فيصح ويكون ذلك إجازة منهما، ولو أعتقه المسلم إليه قبل قبضه أو كان ممن يعتق عليه فإن قبضه

قبل التفرق بانت صحته ونفوذ العتق وإلا بان بطلانهما

(ويجوز) (كونه) أي رأس المال (منفعة) معلومة كما يجوز جعلها ثمنا وأجرة وصدقا كأسلمت إليك منفعة هذا أو منفعة نفسي سنة أو خدمتي شهرا أو تعليمي سورة كذا في كذا، كما صرح به الروياني ولم يطلع عليه الإسنوي فبحثه (وتقبض بقبض العين) الحاضرة ومضى زمن يمكن فيه الوصول للغائبة وتخليتها في المجلس لأن القبض فيه بذلك، إذ القبض الحقيقي لما تعذر اكتفى بهذا لأنه الممكن في قبض المنفعة، وما استثنى من ذلك أن الحر لو سلم نفسه ثم أخرجها من التسليم بطل لأنه لا يدخل تحت اليد مردود إذ لا يمكنه إخراج نفسه كما في الإجارة.

(وإذا) (فسخ) السلم (بسبب يقتضيه) كانقطاع المسلم فيه الآتي (ورأس المال باق) لم يتعلق به حق ثالث وإن تعيب (استرده بعينه) ولو معينا في المجلس فقط لأن المعين فيه كالمعين في العقد (وقيل للمسلم إليه رد بدله إن عين في المجلس دون العقد) لأنه لم يتناول عينه، وأجاب عنه الأول بما مر. أما إذا كان تالفا فإنه يسترد بدله من مثل في المثلي وقيمة في المتقوم، ولو أسلم دراهم أو دنانير في الذمة حمل على غالب نقد البلد، فإن لم يكن غالب بين المراد بالنقد وإلا لم يصح كالثمن في المبيع أو أسلم عرضا وجب ذكر قدره وصفته (ورؤية رأس المال) المثلي في سلم حال أو مؤجل (تكفي عن معرفة قدره) (في الأظهر) كالثمن ولا أثر لاحتمال الجهل بالرجوع به لو تلف كما لا أثر له ثم لأن صاحب اليد مصدق في قدره لكونه غارما، ولو علماه قبل تفرقهما صح جزما إذ علة القول بالبطلان هنا غير راجعة لخلل في العقد للعلم به تخمينا برؤيته بل فيما بعده وهو الجهل به عند الرجوع لو تلف، وبالعلم به قبل التفرق زال ذلك المحذور، وبهذا يتبين أن استشكله بأن ما وقع مجهولا لا ينقلب صحيحا بالمعرفة في المجلس كبعثك بما باع به فلان فرسه فعلماه قبل التفرق غير ملاق لما نحن فيه لأن البطلان هنا لخلل في العقد وهو جهلها به من كل وجه عنده فلم ينقلب صحيحا لعلمها به بعد. أما المتقوم

الذي انضبطت صفاته بالرؤية فتكفي فيه الرؤية جزما وقيل على الخلاف، ويفرق على الأول بأن الضرر فيه أقل منه في المثلي، ومقابل الأظهر لا يكفي بل لا بد من معرفة قدره بالكيل في المكيل أو الوزن في الموزون، وقول الشارح والذرع في المذروع رأي مرجوح إذ الأصح أنه ليس بمثلي لأنه قد يتلف وينفسخ السلم فلا ندري بما يرجع.

(الثاني) من الشروط (كون المسلم فيه دينا) كما علم من حده السابق فمراده بالشرط ما لا بد منه فيشمل الركن كما هنا لأن لفظ السلم موضوع له (فلو) (قال أسلمت إليك هذا الثوب) أو ديناراً في ذمتي (في هذا العبد) فقبل (فليس بسلم) قطعاً لانتفاء الدينية (ولا ينعقد بيعاً في الأظهر) عملاً بالقاعدة الأكثرية من ترجيحهم مقتضى اللفظ ولفظ السلم يقتضي الدينية، وقد يرجحون المعنى عند قوته كجعلهم الهبة ذات ثواب معلوم بيعاً، ولو أسلم إليه ما ذكر في سكنى هذه سنة لم يصح بخلافه في منفعة نفسه أو قنه أو دابته كما قاله الإسنوي والبلقيني وغيرهما، ووجهه أن منفعة العقار لا تثبت في الذمة بخلاف غيره كما يعلم مما يأتي في الإجارة (ولو قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم) أو بدنانير في ذمتي (فقال بعثك انعقد بيعاً) اعتباراً باللفظ وهو الأصح هنا كما صححه في الروضة (وقيل سلماً) نظراً للمعنى، واللفظ لا يعارضه لأن كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع، وإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله، وقد صحح هذا جمع متأخرون وأطالوا في الانتصار له، وعلى الأول لا بد من تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمة ليخرج عن بيع الدين بالدين ويثبت فيه خيار الشرط ويجوز الاعتياض عنه، وعلى الثاني ينعكس الحكم، ومحل الخلاف عند انتفاء ذكر لفظ السلم بعده وإلا كان سلماً بالاتفاق لمساواة اللفظ المعنى حينئذ.

(الثالث) من الشروط ما تضمنه قوله (المذهب أنه إذا أسلم) سلم حالاً أو مؤجلاً وهما (بموضع لا يصلح للتسليم أو) سلماً مؤجلاً وهما بمحل (يصلح) له (و) لكن (لحملة) أي المسلم فيه (مؤنة اشترط) (بيان محل) بفتح الحاء: أي مكان (التسليم) للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك (وإلا) بأن كان صالحاً للتسليم والسلم حال أو مؤجل ولا مؤنة لحمل ذلك إليه (فلا) يشترط ما ذكر ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه فإن عين غيره تعين، بخلاف المبيع المعين لأن السلم لما قبل التأجيل قبل شرطاً يقتضي تأخير التسليم، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ولو أبعد منه ولا أجره 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 خلافاً للبلقيني ومن تبعه، ولو

انهدمت دار عينت للإرضاع المستأجر عليه ولم يتراضيا على محل غيرها فله الفسخ كما أفتى به البلقيني، ويفارق ما نحن فيه بأن المدار 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 لي في بلد كذا وهي غير كبيرة كفى إحضاره في أولها وإن بعد عن منزله أو في أي محل شئت منه صح ما لم يتسع وثم على حفظ الأيدان وهو مختلف باختلاف الدور، ولهذا لو عينا دارا للرضاع تعينت، ومقابل المذهب ستة طرق معلومة، ومتى اشترط التعيين فتركه لم يصح العقد، وبما قررنا به كلام المصنف علم صحة قول ابن الرفعة إن محل قولهم السلم الحال يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقا حيث كان صالحا له وإلا كان أسلم في كثير من الشيعر وهما سائران في البحر فالظاهر اشتراط التعيين كما هو ظاهر كلام الأئمة وإن توقف فيه بعضهم إذ هو ظاهر، وجزم 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 وقول الشارح تبعا لكثير 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. (ويصح) السلم مع التصريح بكونه (حالا) إن كان المسلم فيه موجودا حينئذ وإلا تعين كونه مؤجلا (و) كونه (مؤجلا) بالإجماع فيه وقياسا أولويا في الحال لقلة الغرر فيه كما مر، وإنما تعين التأجيل في الكتابة لأن الأجل إنما وجب فيها لانتفاء قدرة الرقيق، والحلول ينافي ذلك، وكون البيع يغني عنه لا سيما إذا كان في الذمة لا يقتضي منعه علي أن العرف اطرد بالرخص في مطلق السلم دون المبيع (فإن أطلق) العقد عن التصريح بهما فيه (انعقد حالا) كالتمن في المبيع (وقيل لا ينعقد) لاقتضاء العرف التأجيل فيه فسكوته عنه بمنزلة التأجيل بمجهول ورد بمنع ذلك كما لا يخفى (ويشترط) في المؤجل (العلم بالأجل) لمن يأتي، فلو لم يكن معلوما لم يصح كإلى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس أو الشتاء ولم يريدا وقتها المعين، وإلى أول أو آخر رمضان لوقوعه على نصفه الأول أو الآخر كله على ما نقله عن الأصحاب، لكن قالوا: قال الإمام والبعوي: ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف كما في النفر قال في الشرح الصغير: وهو الأقوى، وقال السبكي: إنه الصحيح، ونقله الأذرعي عن ذكر وغيره عن نص الأم وقال: إنه الأصح نقلا ودليلا، وقال الزركشي: إنه المذهب، وما عزاه الشيخان للأصحاب تبعا فيه الإمام، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى

غرته وإلى هلاله وإلى أوله، فإن قال إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم، وكذا الماوردي، والمعتمد الجواز. قال السبكي: ما نقلاه عن الأصحاب لم أره إلا في طريقة الخراسانيين، وقال ابن النقيب: سيأتي في الإجارة والكتابة الجزم بمقالة الإمام اهـ. وما ذكرناه آخرًا بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأي مرجوح في آخره. أما على الراجح فيحمل على آخر جزء منه، ولو قال في رمضان لم يصح لأنه جعل جميعه ظرفًا فكأنهما قالا: يحل في جزء من أجزاءه وهو مجهول، وإنما جاز ذلك في الطلاق لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف لا لتعيينه، ولهذا لو علق بتكليمها لزيد في يوم الجمعة وقع بتكليمها له أثناء يومها ولم يتقيد بأوله، وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثاني بعينه، فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنتته لأنه لم يوضع لكل منهما بعينه بل لزمان مبهم منها (فإن) (عين) العاقدان (شهور العرب أو الفرس أو الروم) (جاز) لأنها معلومة مضبوطة، ويصح التأقيت بالنيروز، وهو نزول الشمس برج الميزان، والمهرجان بكسر الميم وقت نزولها برج الحمل، وعيد الكفار كفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ولو عدلين منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها لعدم اعتماد قولهم، نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم واكتفى هنا بمعرفة العاقدين الأجل أو معرفة عدلين ولم يكتف بذلك في صفات المسلم فيه كما سيأتي، لأن الجهالة هنا راجعة إلى الأجل وثم إلى المعقود عليه فجاز أن يحتمل هنا ما لا يحتمل هناك (وإن أطلق) الشهر (حمل على الهلالي) وهو ما بين الهلالين وإن اطرد عرفهم بذلك إذ هو عرف الشرع هذا إن عقد أوله (فإن انكسر شهر) بأن وقع العقد في أثنائه وكان التأجيل بشهور (حسب الباقي) بعد الأول المنكسر (بالأهلة وتمم الأول ثلاثين) مما بعدها، ولا يلغي المنكسر لئلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد. نعم لو عقدا في يوم أو ليلة آخر الشهر اكتفى بالأشهر بعده بالأهلة وإن نقص بعضها، ولا يتمم الأول مما بعدها لأنها مضت عربية كوامل، هذا إن نقص الشهر الأخير، وإلا لم يشترط انسلاخه بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ (والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى) وربيع والفطر (ويحتمل على الأول) من ذلك لتحقق الاسم به فيحل بأول جزء منه، ومن ثم لو كان العقد بعد الأول وقبل الثاني حمل عليه لتعيينه كما قاله ابن الرفعة في العيدين والباقي مثلهما، والثاني لا بل يفسد لتردده بين الأول والثاني.

## (فصل)

### في بقية الشروط السبعة

وقد مر منها أربعة: الثلاثة التي في المتن، وحلول رأس المال، والخامس القدرة على تسليمه فحينئذ (يشترط كون المسلم فيه مقدورا على تسليمه) بلا مشقة كبيرة (عند وجوب التسليم) وذلك بالعقد إن كان حالا وبالحلول إن كان مؤجلا، لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السلم فيه، فإن أسلم في منقطع عند العقد أو الحلول كرطب في الشتاء لم يصح، وكذا لو ظن حصوله عند الوجوب لكن بمشقة عظيمة كقدر كثير من الباكورة، وصرح بهذا مع كونه داخلا في قوله مع شروط البيع ليرتب عليه ما بعده وليبين به محل القدرة المفترقين فيها، فإن بيع المعين تعتبر فيه عند العقد مطلقا وهنا يعتبر هذا تارة وتارة يعتبر الحلول كما تقرر، ويأتي في تعبيره بالتسليم ما مر في البيع (فإن كان يوجد ببلد آخر) ولو بعيدا (صح) السلم فيه (إن اعتيد نقله) إلى محل التسليم (للبيع) للقدرة حينئذ عليه ولا يحتاج لزيادة كثيرا لفهمه من الاعتياد. (وإلا) بأن لم يعتد نقله لنحو البيع بأن نقل له نادرا أو لم ينقل أصل أو نقل لنحو هدية (فلا) يصح السلم فيه لانتفاء القدرة عليه، ولا ينافيه ما سيأتي أن المسلم فيه لو انقطع فإن وجد فيما دون مسافة القصر وجب تحصيله وإلا فلا، ولم يعتبروا هنا قرب المسافة لأنه لا مؤنة لنقله هنا على المسلم إليه، فاعتياد نقله للمعاملة من محل إلى محل التسليم كاف في الصحة وإن تباعدا بخلافها فيما يأتي فإنها لازمة له فاعتبر لتحقيقها قرب المسافة، واعتبار محل التسليم الذي قررناه أولى من اعتبار كثير محل العقد كما أفاده الشيخ رحمه الله تعالى وإن كان تبعهم في شرح البهجة (ولو) (أسلم فيما يعم) وجوده (فانقطع) جميعه أو بعضه لجائحة أفسدته، وإن وجد ببلد آخر وكان يفسد بنقله أو لا يوجد إلا عند من لا يبيعه أصلا أو يبيعه بأكثر من ثمن مثله أو كان ذلك البلد على مسافة القصر من بلد التسليم (في محله) بكسر الحاء: أي وقت حلوله وكذا بعده وإن كان التأخير لمطله (لم يفسخ في الأظهر) لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة فأشبهه إفلاس المشتري بالثمن، والثاني يفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض ورد بما تقدم، ولو وجده يباع بثمن غال: أي ولم يزد على ثمن مثله وجب تحصيله. وهذا هو مراد الروضة بقولها وجب تحصيله وإن علا سعره، لأن المراد أنه يباع بأكثر من ثمن مثله لأن الشارع جعل الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم كما في الرقبة وماء الطهارة، وأيضا فالغاصب لا يكلف ذلك أيضا على الأصح فهنا أولى، وفرق بعضهم بين الغصب وما هنا بما لا يجدي، وفي معنى انقطاعه ما لو غاب المسلم إليه وتعذر الوصول إلى الوفاء مع وجود المسلم فيه

(فيتخير المسلم) ولو مع قول المسلم إليه خذ رأس مالك (بين فسخه) في جميعه دون بعضه المنقطع فقط (والصبر حتى يوجد) فيطالبه به دفعا للضرر وخياره على التراخي فلو أجاز ثم عن له الفسخ مكن منه ولو أسقط حقه من الفسخ لم يسقط (ولو علم قبل المحل) بكسر الحاء (انقطاعه عنده فلا خيار قبله) ولا يفسخ بنفسه حينئذ (في الأصح) فيهما لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم: والثاني نعم لتحقيق العجز في الحال.

(و) الشرط السادس التقدير فيه بما ينفي عنه الغرر فحينئذ يشترط (كونه) أي المسلم فيه (معلوم القدر) (كيلا) فيما يكال (أو وزنا) فيما يوزن (أو عدا) فيما يعد كاللبن والحيوان (أو ذرعا) فيما يذرع للخبر المار أول الباب مع قياس ما ليس فيه بما فيه (ويصح في المكيل) أي سلمه (وزنا وعكسه) حيث كان الكيل يعد ضابطا فيه فيجوز وما جرمه كجرمه أو أقل، ويفارق ما ذكر هنا ما مر في الربوي بأن الغالب ثم التعبد، ولهذا كفى الوزن بنحو الماء هنا بخلافه ثم، أما ما لا يعد ضابطا فيه لعظم خطره كفتات المسك والعنبر فيتعين وزنه لأن يسيره مالية كثيرة، بخلاف اللآكئ الصغار لقلة تفاوتها فهي كالقمح والفلو كما أجاب بذلك البلقيني عن كلام الرافعي في نقله كلام الإمام الذي حمل عليه إطلاق الأصحاب أن محل ما مر فيما يعد الكيل ضابطا في مثله وسكوته على ذلك، ثم ذكر بعده جواز السلم في اللآكئ الصغار إذا عم وجودها كيلا ووزنا. قال في الروضة: هذا مخالف لما تقدم عن الإمام فكأنه اختار هنا ما تقدم من إطلاق الأصحاب، وحينئذ فالمعتمد تقييد الإمام، وجزم به المصنف في تصحيح التنبيه وما علم وزنه بالاستفاضة كالنقد يكفي فيه العد عند العقد لا الاستيفاء، بل لا بد من وزنه حينئذ لتحقيق الإيفاء، وقول الجرجاني: لا يسلم في النقدين إلا وزنا محمول على ما جهل وزنه، بل لعل كلامه مفروض في إرادة منع السلم فيه كيلا (ولو) (أسلم في مائة) ثوب أو (صاع حنطة) مثلا (على أن وزنها كذا) (لم يصح) لعزة الوجود، بخلاف الخشب فإن زائده ينحت كما نقلاه عن الشيخ أبي حامد وأقراه لا يقال: الصاع اسم للوزن فلو قال مائة صاع كيلا لاستقام الكلام: لأننا نقول: الأصل في الصاع الكيل كما دل عليه كلامهم في زكاة الفطر، وإنما قدره بالوزن لأنه الذي يضبطه ضبطا عاما (ويشترط الوزن في البطيخ) بكسر الباء (والباذنجان) بفتح المعجمة وكسرها (والقثاء) بالمثلثة والمد (والسفرجل) بفتح الجيم (والرمان) (ونحوها) من كل ما لا يضبطه الكيل لتجافيه في المكيال كالرابع وقصب السكر والبقول، ولا يكفي فيها عد لكثرة تفاوتها ولا عد مع وزن لكل واحدة لعزة وجوده ومن ثم امتنع في نحو بطيخة أو سفرجلة أو بيضة واحدة لاحتياجه إلى ذكر حجمها مع وزنها وذلك يعز وجوده. نعم لو أراد الوزن التقريبي فالأوجه الصحة حينئذ في صورتين

لانتفاء عزة الوجود إذ ذاك، وكذا يقال فيما لو جمع في ثوب بين ذرعه ووزنه، وقول السبكي لو أسلم في عدد من البطيخ مثلا كمائة بالوزن في الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقا ممنوع كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى لأنه يشترط ذكر حجم كل واحدة فيؤدي إلى عزة الوجود.

(ويصح) السلم (في الجوز) وألحق به بعضهم البن المعروف الآن (واللوز) والبندق والفسق في قشرها الأسفل لا الأعلى إلا قبل انعقاده كما قاله الأزرعي (بالوزن في نوع يقل) أو يكثر خلافا للرافعي كالإمام وكذا للمصنف في غير شرح الوسيط (اختلافه) بغلظ القشور ورقتها لسهولة الأمر فيه ومن ثم لم يشترطوا ذلك في الربا فهذا أولى إذ الربا أضيق مما هنا وقدموا ما في شرح الوسيط لأنه تبع فيه كلام الأصحاب لا مختصره بل قيل إنه آخر مؤلفاته (وكذا) يصح السلم فيه (كيلا) (في الأصح) قياسا على الحبوب والتمر. والثاني لا لتجافيهما في المكيال ويجوز في نحو المشمش كيلا ووزنا وإن اختلف نواه كبيرا وصغرا (ويجمع في اللبن) بكسر الباء وهو الطوب الذي يحرق (بين العد والوزن) استحبابا فيقول مثلا عشر لبنات زنة كل واحدة كذا لأنها تضرب بالاختيار فلا تفضي إلى عزة الوجود ووزنه تقريبا والموجب فيه العد، ويشترط أن يذكر طول كل وعرضه وثنائته وأنه من طين كذا. ولا بد أيضا كما علم مما مر في البيع أن لا يعجن بنجس، ويصح السلم في آجر كمل نضجه وظاهر أنه يشترط فيه ما شرط في اللبن وفي خرف إن انضبط كما يعلم مما يأتي في المناورة والكوز (ولو عين مكيالا) أو ميزانا أو ذراعا أو صنجة: أي فردا من ذلك (فسد) السلم حالا أو مؤجلا (إن لم يكن) ما عين (معتادا) ككوز لا يعرف قدر ما يسع لما فيه من الغرر لأنه قد يتلف قبل قبض ما في الذمة فيؤدي إلى التنازع، بخلاف بعثك ملء ذا الكوز من هذه الصبرة فإنه يصح لعدم الغرر كما مر، وفي معنى تعيين المكيال ما لو شرط الذرع بذراع يده ولم يكن معلوم القدر فلا يصح لأنه قد يموت قبل القبض (وإلا) بأن كان الكيل معتادا بأن عرف قدر ما يسع (فلا) يفسد السلم (في الأصح) ويلغو تعيينه لعدم الغرض فيه فيقوم غير مقامه، ولو شرط عدم إبداله بطل العقد، ولا بد من علم العاقدين وعدلين معهما بذلك كما يأتي في أوصاف المسلم فيه، ولو أسلم إليه في ثوب كهذا أو صاع بر كهذا لم يصح، أو في ثوب ووصفه ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة جاز إن كانا ذاكرين لتلك الصفات، وفارق ما قبله بأن الإشارة إلى العين لم تعتمد الوصف. والثاني يفسد لتعرض الكيل ونحوه للتلف، ولو اختلفت المكيال والموازين والذرعان اشترط بيان نوع منها ما لم يكن ثم غالب فيحمل عليه الإطلاق، ومثل ذلك ما لو



اعتيد كيل مخصوص في حب مخصوص ببلد السلم فيحمل الإطلاق عليه فيما يظهر.

(ولو) (أسلم في) قدر معين من (ثمر قرية صغيرة) (لم يصح) لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شيء وذلك غرر لا حاجة إليه، وظاهر كلامهم عدم الفرق بين السلم المؤجل والحال وهو كذلك (أو عزيمة صح في الأصح) إذ لا ينقطع ثمرها غالبا فالمدار على كثرة ثمرها بحيث يؤمن انقطاعه عادة وقلته بحيث لا يؤمن كذلك لا على كبرها وصغرها فالتعبير به جرى على الغالب، أما السلم في كله فغير صحيح لا يقال: إن هذه إنما تناسب شرط القدرة لا شرط معرفة القدر. لأننا نقول: إنما ذكر هذا لكونه كاللتمة والرديف لما بين الشرطين من التناسب، وهل يتعين ذلك الثمر أو يكفي الإتيان بمثله؟ فيه احتمالان للإمام، والمفهوم من كلامهم الأول وعليه لو أتى بالأجود من غير تلك القرية أجبر على قبوله فيما يظهر، ومقابل الأصح أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة.

(و) الشرط السابع (معرفة الأوصاف التي) تتعلق بالمسلم فيه للمتعاقدين مع عدلين كما يأتي التي ينضبط المسلم فيه بها و (يختلف بها الغرض اختلافا ظاهرا) وليس الأصل عدمها لتقريبه من المعاينة، ولأن القيمة تختلف بسببها، إذ لا يخرج عن الجهل به إلا بذلك، بخلاف ما يتسامح عادة بإهماله كالكحل والسمن، وما الأصل عدمه ككتابة القن وزيادة قوته على العمل، وما اعترض به بعض الشراح باشتراط ذكر البكارة أو الثيوبه مع أن الأصل عدم الثيوبه رد بأنه لما غلب وجودها صارت بمنزلة ما الأصل وجوده، ولو شرط كونه سارقا أو زانيا مثلا صح بخلاف كونه مغنيا أو عوادا مثلا: والفرق أن هذه مع خطرها تستدعي طبعها قابلا وصناعة دقيقة فيعز وجودهما مع الصفات المعتبرة بخلاف الأول (و) يشترط (ذكرها في العقد) مقترنة به لتمييز المعقود عليه فلا يكفي ذكرها قبله ولا بعده ولو في مجلس العقد نعم لو توافقا قبل العقد وقالوا أردنا في حالة العقد ما كنا اتفقنا عليه صح ما قاله الإسنوي، وهو نظير من له بنات، وقال لآخر زوجتك بنتي ونويا معينة لكن ظاهر كلامهم يخالفه ولا بد من كون ذلك (على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود) أي قلته لأن السلم غرر كما مر فلا يصح فيما لا يوثق بتسليمه.

(فلا يصح) السلم (فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان) التي لا تنضبط (كهريسة) وكشك ومخيض فيه ماء على ما مثل به بعض الشراح، وهو سبق قلم إذ الماء غير مقصود فيه، وإنما سبب عدم الصحة فيه ما ذكره من عدم انضباط حموضته فإنه عيب فيه، وفرقوا بينه وبين خل نحو التمر بأن ذاك لا غنى له عنه فإن قوامه به، بخلاف هذا إذ لا مصلحة له فيه ومثله المصل، ولا يرد على المصنف اللبن المشوب بالماء حيث لا يصح فيه

السلم مع قصد أركانه لأننا نمنع قصد الماء مع اللبن المبذول في مقابلة المال كما يصرح به قولهم لا يصح بيعه للجهل بالمقصود منه وهو اللبن (ومعجون) ركب من جزأين أو أكثر (وغالية) وهي ما ركب من عنبر ومسك ومعهما دهن أو عود وكافور ومثلها الند بفتح النون مسك وعنبر وعود خلط من غير دهن (وخف) ونعل ركباً من ظهارة وبطانة وحشو لأن العبارة غير وافية بذكر انعطافاتها وأقذارها، ومن ثم صح كما أفاده السبكي ومن تبعه في خف أو نعل مفرد إن كان جديداً من غير جلد كثوب محيط جديد لا ملبوس (وترياق مخلوط) وهو بفوقية أو دال أو طاء مهملة ويجوز كسر أوله وضمه، واحترز بالمخلوط عما هو بيان واحد أو حجر فيجوز السلم فيه.

ولا يصح السلم في حنطة مختلطة بشعير ولا في أدهان مطيبة بطيب نحو بنفسج وبان وورد بأن خالطها شيء من ذلك فإن روح سمسماها بالطيب المذكور واعتصر لم يضر كما مر في الربا (والأصح) (صحته في المختلط) بالصنعة (المنضبط) عند أهل تلك الصنعة المقصود الأركان كما بأصله (كعتابي) وهو مركب من قطن وحرير (وخز) وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء، والأوجه أن المراد بالانضباط هنا معرفة المتعاقدين وزن كل من الأجزاء كما جرى على ذلك الأذرعى خلافاً للسبكي لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتاً ظاهراً، وعليه ينطبق قول الرافعي في الشرح الصغير لسهولة اختلاطها وأقذارها (و) في المختلط خلقة أو بغير مقصود غير أنه من مصلحته، فمن الثاني نحو (جبن وأقط) وما فيهما من ملح وإنفحة من مصالحتها (و) من الأول نحو (شهد) بفتح الشين وضمها مركب من غسل النحل وشمعه خلقة فهو شبيه بالتمر وفيه النوى (و) من الثاني أيضاً نحو (خل تمر أو زبيب) ولا يضر الماء لأنه من مصلحته، فعلم أن جبن وما بعده معطوف على عتابي لفساد المعنى بل على المختلط كما تقرر، ومقابل الأصح في السبعة ينفي الانضباط فيها قائلاً بأن كلا من الحرير والملح والشمع والماء وغيره يقل ويكثر، والسمك المملح كالجبين، ويصح السلم في الزبد والسمن كاللبن، ويشترط ذكر جنس حيوانه ونوعه وماكوله من مرعى أو علف معين بنوعه، ويذكر في السمن أنه جديد أو عتيق، ولا يصح في حامض اللبن لأن حموضته عيب إلا في مخيض لا ماء فيه فيصح فيه، ولا يضر وصفه بالحموضة لأنها مقصودة فيه، واللبن المطلق يحمل على الحلو ولو جف، ويذكر طراوة الزبد وضدها، ويصح السلم في اللبن كيلاً ووزناً، ويوزن برغوته ولا يكال بها لأنها لا تؤثر في الميزان، ويذكر نوع الجبن وبلده ورطوبته وبيسه الذي لا تغير فيه. أما ما فيه تغير فلا يصح فيه لأنه معيب: وعليه يحمل منع الشافعي رضي الله تعالى عنه السلم في الجبن القديم، والسمن

يوزن ويكال وجامده الذي يتجافى في المكيال يوزن كالزبد واللبا المجفف وهو غير المطبوخ، على أن الأصح صحته في المطبوخ كالمجفف كما دل على ذلك ميل الروضة، وصححه في تصحيح التنبيه في كل ما دخلته نار لطيفة: أي مضبوطة. أما غير المجفف فكاللبن، وما نص عليه في الأم من صحة السلم في الزبد كيلا ووزنا محمول على ما لا يتجافى في المكيال (لا) (الخبز) فلا يصح السلم فيه (في الأصح عند الأكثرين) لاختلاف تأثير النار فيه فلا ينضبط ولأن ملحه يقل ويكثر: والثاني وصححه الإمام ومن تبعه وحكاه المزني عن النص الصحة لأن ناره مضبوطة والملح غير مقصود، والأشبه كما قاله الأشموني إلحاق النيذة بالخبز.

(ولا يصح) السلم (فيما ندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة) أي محل يعز وجوده فيه لانتفاء الوثوق بتسليمه. نعم لو كان السلم حالا وكان المسلم فيه موجودا عند المسلم إليه بموضع يندر فيه صح كما في الاستقصاء، وفيه نظر لا يخفى (ولا فيما لو استقصى وصفه) الواجب ذكره في السلم (عز وجوده) كما مر (كاللؤلؤ الكبار) بكسر أوله، فإن ضم كان مفردا وحينئذ تشدد الباء وقد تخفف (واليواقيت) وغيرهما من الجواهر النفيسة لأنه لا بد فيها من التعرض للحجم والوزن والشكل والصفاء واجتماع هذه الأمور نادر، وخرج بالكبار وهي ما تطلب للزينة الصغار وهي ما تطلب للتداوي: أي غالبا وضبطه الجويني بسدس دينار، ولعله باعتبار ما كان من كثرة وجود كباره في زمنهم، أما الآن فهذا لا يطلب إلا للزينة لا غير، فلا يصح السلم فيه لعزته (وجارية) ولو قلت صفاتها كزنجية (وأختها) أو عمتها أو خالتها (أو ولدها) أو شاة وسخلتها لندرة اجتماعها مع الصفات المشترطة وبذلك علم عدم الصحة في إوزة وأفراخها أو دجاجة كذلك ولو مع ذكر العدد خلافا للأذرعى إذ يعز وجود الأم وأولادها مع ما مر، على أن ذلك داخل في قولهم: حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها، وإنما صح شرط نحو الكتابة مع ندرة اجتماعها مع تلك الصفات لسهولة تحصيلها بالتعلم، ويصح في البلور لا العقيق لاختلاف أحجاره.

[ فرع: يصح ] السلم (في الحيوان) لثبوته في الذمة قرضا في خبر مسلم {أنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا} وقيس على القرض السلم وعلى البكر غيره من بقية الحيوان، وروى أبو داود {أنه صلى الله عليه وسلم أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن يأخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل} وهذا سلم لا قرض لما فيه من الأجل والفضل لأنه لا يقبلهما، وتصحيح الحاكم النهي عن السلف في الحيوان مردود بعدم ثبوته.

(فيشترط في) السلم في (الرقيق) (ذكر نوعه كتركي) ورومي وحبشي لاختلاف الأغراض بذلك، فإن اختلف صنف النوع وجب ذكره كرومي أو خطائي (و) ذكر (لونه) إن اختلف (كأبيض) وأسود

(ويصف بياضه بسمرة أو شقرة) وسواده بصفاء أو كدورة وإن لم يختلف لون النوع أو الصنف كالزنج لم يجب ذكره (و) ذكر (ذكورته وأنوثته) أي أحدهما فلا يصح في الخنثى وثيابه وبكارتة، والواو في هذا على ما في كثير من النسخ ونحوه من كل ضدين مما يأتي بمعنى أو (وسنه) كابن عشرين سنة أو محتلم: أي أول عام احتلامه بالفعل أو وقته وهو تسع سنين فاندفع ما للأذرعى هنا ويعتمد قول الرقيق في الاحتلام وفي السن إن كان بالغاً، وإلا فقول سيده البالغ العاقل المسلم إن علمه وإلا فقول النخاسين: أي الدالين بظنونهم (وقده) أي قامته (طولا وقصرا) وربعة فيذكر واحدا منها لاختلاف الغرض بها (وكله) أي ما ذكر مما يختلف كالوصف والسن والقدر بخلاف نحو الذكورة (على التقريب) فلو شرط كونه ابن عشر مثلا من غير زيادة ولا نقص لم يصح لندرته (ولا يشترط ذكر الكحل) بفتحيتين، وهو سواد يعلو جفن العين كالكحل من غير اكتحال (والسمن) في الأمة (ونحوهما) كالدعج: وهو شدة سواد العين مع سعتها وتكثم الوجه. وهو استدارته وثقل الأرداف ورقة الخصر والملاحة (في الأصح) لتسامح الناس بإهمالها. والثاني يشترط لأنها مقصودة لا تؤدي إلى عزة الوجود وتختلف القيمة بسببها وينزل في الملاحظة على أقل درجاتها، ومع ظهور هذا وقوته المعتمد الأول. ويسن ذكر تفلج الأسنان أو غيره وجعد الشعر أو سبطه وصفة الحاجبين لا سائر الأوصاف التي تؤدي إلى عزة الوجود كما يصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به العرف والقيمة لأن ذلك يورث العزة، ولو أسلم جارية صغيرة في كبرة صح كإسلام صغير الإبل في كبرها، فإن كبرت بكسر الباء أجزاء عن المسلم فيه وإن وطئها كوطء الثيب وردها بالعيب.

(وفي) الماشية كالبقرة و (الغنم والإبل والخيل والبغال والحمير الذكورة والأنوثة) (والسن واللون والنوع) لاختلاف الغرض والقيمة بذلك، فيقول في الإبل بخاتي أو عراب أو من نتاج بني فلان أو بلد بني فلان، وفي بيان الصفات أرحبية أو مهربية لما مر، وفي الخيل عربي أو تركي أو من خيل بني فلان لطائفة كبيرة، ومقتضى إطلاقه جواز السلم في الأبلق، وقد نقل ذلك في البحر عن بعض أصحابنا، وفي الحاوي: لا يجوز لأن الأبلق مختلف لا ينضبط. قال الأذرعى: وهذا مختص بالبراذين لأنه نادر في العتاق، والأشبه الصحة ببلد يكثر وجودها فيه، ويكفي ما يصدق عليه اسم أبلق كسائر الصفات اهـ. ويمكن حمل الجواز على وجود ذلك بكثرة في ذلك المحل، وعدم الجواز على خلاف ما ذكر، وقضية كلام المصنف كغيره أنه لا يشترط ذكر القدر، ونقله الرافعي عن اتفاق الأصحاب لكن جزم ابن المقرئ في إرشاده باشتراطه في الرقيق وفي الإبل والخيل الماوردي، لأن ما يرفعه هذا في أثمانها أكثر مما

يختلف أثمان الحنطة بصغر الحبات وكبرها. قال الأزرعي: وهو الحق ونص المختصر يقتضيه، ويجب طرده في البغال والحمير والبقر، وقضية كلام الإمام الجزم به حتى في الغنم أيضا، فعلى هذا يشترط في سائر الحيوانات وهو المعتمد، وما نقله الرافعي عن اتفاق الأصحاب كما مر يحمل على كون ذلك في بلد لا يختلف بذكره وعدمه غرض صحيح.

(وفي الطير) والسمك ونحوهما (النوع والصغر وكبر الجثة) أي أحدهما ولون طير لم يرد للأكل كما في الوسيط وغيره وإن أهمله فقد قال الإسنوي وغيره لا بد منه لكن قال الأزرعي: اعتباره غريب، ويظهر في بعض الطيور حيث يختلف به الغرض والقيمة. ويجب ذكر سنه إن عرف وذكورته وأنوثته إن أمكن التمييز وتعلق به غرض، وكون السمك بحريا أو نهريا طريا أو مالجا، ولا يصح السلم في النحل وإن جوزنا بيعه كما بحثه الأزرعي لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا كيل ولا وزن.

(وفي اللحم) من غير طير وصيد ولو قديدا مملحا (لحم بقر) جواميس أو عراب (أو ضان أو معز) ذكر (خصي رضيع) هزيل لا أعجف لأن العجف عيب (معلوف أو ضدها) أي المذكورات: أي أنثى فحل فطيم راع سمين، والرضيع والفطيم في الصغير، أما الكبير فمنه الجذع والثني ونحوهما فيذكر أحد ذلك، وذلك لاختلاف الغرض به، إذ لحم الراعية أطيب والمعلوفة أدم، ولا بد فيها من علف يكون مؤثرا في لحمها كما قاله الإمام وقواه. وظاهر ذلك أنه لا يجب قبول الراعية، وهو كذلك وإن قال في المطلب الظاهر وجوب قبولها: نعم إن لم يختلف بها وضدها بلد لم يجب ذكر أحدهما وكذا في لحم الصيد ويذكر في السمك والجراد عند عمومهما كون ذلك حيا أو ميتا، ويذكر في الحي العدد وفي الميت الوزن، ويشترط فيه بيان عين ما صيد به (من فخذ) بإعجام الذال (أو كتف أو جنب) أو غيرهما لاختلاف الغرض أيضا بهما (ويقبل) حتما (عظمه على العادة) في حالة الإطلاق كنوى التمر، ويجوز شرط نزعها في أوجه الوجهين، وحينئذ فلا يجب قبوله ويجب قبول جلد يؤكل في العادة مع اللحم لا رأس ورجل من طير وذنب أو رأس لا لحم عليه من سمك.

(وفي الثياب الجنس) من كتان أو قطن والنوع وبلد نسجه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عن غيره (والطول والعرض والغلظ والدقة) بالبدال المهملة، وهما صفتان للغزل (والصفاقة) وهي انضمام بعض الخيوط إلى بعض (والرقة) وهي ضدها، وهما يرجعان لصفة النسج فما هنا أحسن مما في الروضة كأصلها من إسقاطهما. نعم قد يستعمل الدقيق موضع الرقيق وعكسه (والنعومة والخشونة) وكذا اللون في نحو قطن ووبر وحرير (ومطلقه) أي الثوب عن قصر وعدمه (يحمل على الخام) دون

المقصور لأن القصر صفة زائدة، فلو أحضر المقصور فهو أولى، قاله الشيخ أبو حامد، ومقتضاه وجوب قبوله، وهو الأوجه كما قاله السبكي وغيره إلا أن يختلف به الغرض فلا يجب قبوله (ويجوز في المقصور) لانضباطه فلا يجوز في الملبوس ولو لم يغسل لانتفاء انضباطه، بخلاف الجديد وإن غسل ولو قميصا وسراويل إن أحاط الوصف بهما وإلا فلا، وعلى ذلك يحمل تناقض الشيخين في ذلك (و) يجوز السلم في الكتان لكن بعد دقه: أي نفضه لا قبله فيذكر بلده ولونه وطوله أو قصره ونعومته أو خشونته ودقته أو غلظه وعتقه أو حدائه إن اختلف الغرض بذلك، وفي (ما صيغ غزله قبل النسيج كالبرود) إذا بين ما يصيغ به وكونه في الصيف أو الشتاء، واللون وبلد الصيغ كما قاله الماوردي (والأقيس صحته في المصبوغ بعده) أي النسيج كما في الغزل المصبوغ (قلت: الأصح منعه) لأن الصيغ بعده يسد الفرج فلا تظهر الصفاقة ولا الرقة معه بخلاف ما قبله (وبه قطع الجمهور) ونص عليه في البويطي (والله أعلم) ويجوز في الحبرة وعصب اليمن إن وصفه حتى تخطيطه نص عليه في الأم، وقول بعض الشراح إلا عصب اليمن غلط إلا أن يحمل على ما لا يضبطه الوصف.

(وفي التمر) والزبيب (لونه ونوعه) كمعقلي أو برني (وبلده) كبصري أو بغدادي (وصغر الحبات وكبرها) أي أحدهما لأن صغير الحب أقوى وأشد (واعتقه وحدائه) أي أحدهما وكون جفاهه بأمه أو الأرض كما قاله الماوردي فإن الأول أبقى والثاني أصفى لا مدة جفاهه إلا في بلد يختلف بها، ولا يصح السلم في التمر المكنوز في القواصر وهو المعروف بالعجوة لتعذر استقصاء صفاته المشتركة حينئذ، ولأنه لا يبقى على صفة واحدة غالباً كما نقله الماوردي عن الأصحاب وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ويذكر في الرطب والعنب غير الأخيرين، والرطب كالتمر ومعلوم أنه لا جفاف فيه (والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) فيما ذكر حتى مدة الجفاف بتفصيلها، ومر عدم صحة السلم في الأرز في قشرته العليا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافاً لما في فتاوى المصنف كالبحر إذ لا يعرف حينئذ لونه وصغر حبه وكبرها لاختلاف قشره خفة ووزانة، وإنما صح بيعه لأنه يعتمد المشاهدة والسلم يعتمد الصفات، ومن ثم صح نحو بيع المعجونات دون السلم فيها، وبحث بعضهم صحته في النخالة، وجرى عليه ابن الصباغ. وهو ظاهر إن انضبطت بالكيل ولم يكثر تفاوتها فيه بالانكباس وضده، ويصح في الأدقة فيذكر فيها ما مر في الحب إلا مقداره، ويذكر أيضاً كيفية طحنه هل هو برحى الدواب أو الماء أو غيره وخشونة الطحن أو نعومته، ويصح في التبن فيذكر أنه من تبن حنطة أو شعير وكيله أو وزنه، والمذهب جوازه في السويق والنشا، ويجوز في قصب السكر وزنا: أي في قشره الأسفل، ويشترط قطع أعلاه الذي لا

حلاوة فيه كما قاله الشافعي رضي الله عنه، وقال المزني: وقطع مجامع عروقه من أسفل وهذا هو الأصح ويطرح ما عليه من القشور، ولا يصح السلم في العقار لأنه إن عين مكانه فالمعين لا يثبت في الذمة وإلا فمجهول، ويصح في البقول ككرات وثوم وبصل وفجل وسلق ونعنع وهندبا وزنا فيذكر جنسها ونوعها ولونها وكبرها أو صغرها وبلدها، ولا يصح السلم في السلجم والجزر إلا بعد قطع الورق لأن ورقها غير مقصود، ويصح في الأشعار والأصواف والأوبار كما مرت الإشارة إليه فيذكر نوع أصله وذكورته أو أنوثته لأن صوف الإناث أنعم، واغتنوا بذلك عن ذكر اللبنة والخشونة وبلده ولونه ووقته هل هو خريفي أو ربيعي وطوله أو قصره ووزنه ولا يقبل إلا منقى من بعير ونحوه كشوك، ويجوز شرط غسله، ولا يصح في القز وفيه دوده حيا أو ميتا لأنه يمنع معرفة وزن القز أما بعد خروجه منه فيجوز، ويصح في أنواع العطر كزعفران لانضباطها فيذكر وصفها من لون ونحوه ووزنها ونوعها. (وفي العسل) وهو حيث أطلق عسل النحل زمانه ومكانه ولونه فيقول (جبلي أو بلدي صيفي أو خريفي أبيض أو أصفر) لاختلاف الغرض بذلك لأن الأول أطيب ويبين مرعاه كما نص عليه في الأم لتكيفه بما رعاه من داء كنور الفاكهة أو دواء كالكمون، قال الأزرعي: وكان هذا في موضع يتصور فيه رعي هذا بمفرده وهذا بمفرده وفيه بعد (ولا يشترط فيه العتق والحدأة) أي ذكر أحدهما خلافا للماوردي لأن الغرض لا يختلف فيه بذلك لأنه لا يتغير إذ كل شيء يحفظ به.

(ولا يصح) السلم (في المطبوخ والمشوي) وكل ما أثرت فيه النار: تأثيرا غير منضبط كالخبز لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه، ولهذا لو انضبطت ناره أو لطفت صح فيه على المعتمد ويفارق الربا بضيقه وذلك كسكر وفانيد وقند خلافا لمن زعم تقومه ودبس ما لم يخالطه ماء ولبا وصابون لانضباط ناره وقصد أجزائه مع انضباطها وجص ونورة وزجاج وماء ورد كما جزم به الماوردي وغيره وفحم كما قاله السبكي آجر وأواني خزف انضبطت كما يعلم مما يأتي، وعلم مما تقرر أن مراد المصنف كغيره بكون نار السكر ونحوه لطيفة أنها مضبوطة فلا اعتراض عليه حينئذ (ولا يضر تأثير الشمس) أو النار في تمييز سمن أو عسل لعدم اختلافه، ويصح السلم في الشمع، قال الأزرعي: والظاهر جوازه في المسموط لأن النار لا تعمل فيه عملا له تأثير. (والأظهر منعه) أي السلم (في رءوس الحيوان) لاشتمالها على أبعاض مختلفة من المناخر والمشافر وغيرهما، ويتعذر ضبطها. والثاني الجواز بشرط أن تكون منقاة من الشعر والصوف موزونة قياسا على اللحم بعظمه، وفرق الأول بأن عظمها أكثر من لحمها عكس سائر الأعضاء، أما إذا لم تنق من الشعر ونحوه فلا يصح

السلم فيها جزما ولا يحتاج إلى تقييدها بكونها نيئة لخروجه بقوله ولا يصح في المطبوخ، وكذا لا يصح في الأكارع ولو نيئة منقاة لما فيها من الأبعاض المختلفة (ولا يصح) السلم (في مختلف) أجزاءه (كبرمة) من نحو حجر (معمولة) أي محفورة بالآلة واحترز بها عما صب منها في قالب، وهذا قيد أيضا فيما بعدها ما عدا الجلد كما يأتي (وجلد) ورق (وكوز وطس) بفتح أوله وكسره ويقال فيه طست (وقمقم ومنارة) بفتح الميم من النور. ومن ثم كان الأشهر في جمعها مناور لا منائر (وطنجير) بكسر أوله وفتحه خلافا لمن جعل الفتح لحنا كالحريري وهو الدست (ونحوها) من حب وإبريق ونشاب لعدم انضباطها باختلاف أجزائها، ومن ثم صح في قطع أو قصاصة جلد دبغ واستوت جوانبه وزنا، قال الأشموني: والمذهب جواز السلم في الأواني المتخذة من الفخار ولعله محمول على غير ما مر (ويصح) السلم (في الأسطال المربعة) مثلا والمدورة كما صرح به سليم في التقريب، وقال الأزرعي: إنه الصواب، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد ولو لم تصب في قالب لعدم اختلافها بخلاف ضيقة الرءوس، ومحلها عند اتحاد معدنها لا إن خالطه غيره. (وفيما صب منها) أي المذكورات من أصلها المذاب (في قالب) بفتح اللام إذ مكسورها البسر الأحمر، وقيل يجوز هنا الكسر أيضا وذلك بانضباطها بانضباط قوالبها، وفي نقد إن كان رأس المال غيره لا مثله ولا أحد النقيدين في الآخر كقطعوم في جنسه أو غيره ولو حالا إذ وضع السلم على التأخير، فلو لم يصح سلما في مسألة النقيدين لم ينعقد صرفا وإن نوياه على الراجح خلافا لبعض المتأخرين بناء على أن العبرة بصيغ العقود فهو كما لو قال أبحتك إياه بكذا ونويا البيع به ويصح السلم في المنافع لأنها تثبت في الذمة كالأعيان وفي دهن وأدوية وبهار وسائر ما ينضبط وفي الورق ويبين فيه عدده ونوعه وطوله وعرضه ولونه ودقته أو غلظه وصنعتة وزمانه كصيفي أو شتوي (ولا يشترط) فيما يسلم فيه (ذكر الجودة والرداءة في الأصح) لما ذكره بقوله (ويحمل مطلقه) عنهما (على الجيد) للعرف: والثاني يشترط لاختلاف الغرض بهما فيفضي تركهما إلى النزاع ورد بالحمل المذكور. وعلى القولين ينزل على أقل الدرجات فلو شرط الأجود لم يصح لأن أقصاه غير معلوم وإن شرط رداءة فإن كانت رداءة النوع صح لانضباط ذلك أو رداءة العيب لم يصح لأنها لا تنضبط إذ ما من رديء إلا ويوجد رديء آخر خير منه، وإن شرط الأردأ صح لأن طلب أردأ من المحضر عناد، وما استشكله بعض الشراح بصحة سلم الأعمى قبل التمييز: أي لأنه لا يعرف الأجود من غيره رد بأنه وإن صح سلمه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله. نعم يرد الإشكال على اشتراطهم معرفة العاقدين الصفات، ويمنع بأن المراد بمعرفتها تصورهما ولو بوجه والأعمى المذكور يتصورها كذلك.



(ويشترط) مع ما مر (معرفة العاقدین الصفات) المشترطة، فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح كالبيع (وكذا غيرهما) أي عدلان آخران يشترط معرفتهما لها (في الأصح) ليرجع إليهما عند التنازع: والثاني لا يشترط معرفة غيرهما، والمراد أن يوجد غالبا بمحل التسليم ممن يعرفها عدلان أو أكثر، ومن لازم معرفة من ذكر لها ذكرها في العقد بلغة يعرفها العاقدان وعدلان، وهذا تفصيل لبيان ما أجمله سابقا وأخره ليقع الختم به بعد الكل لأنه المرجع بعد وقوع التنازع في شيء من ذلك، وتقدم الكلام فيه بأبسط من هذا.

### (فصل)

#### في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه

(لا يصح أن) (يستبدل عن المسلم فيه غير) بالرفع نيابة عن الفاعل (جنسه) كبر عن شعير (ونوعه) كمعقلي عن برني وتركبي عن هندي وتمر عن رطب ومسقي بمطر عن مسقي بعين ومسقي بماء السماء عن مسقي بماء الوادي على ما نقله الريمي واعتمده هو وغيره، وفيه نظر لأن ماء الوادي إن كان من عين فقد مر أو من مطر فهو ماء السماء أيضا، اللهم إلا أن يعلم اختلاف ما ينبت منه اختلافا ظاهرا، وزعم بعضهم أن اختلاف المكانين بمنزلة اختلاف النوعين وذلك لأنه بيع للمبيع قبل قبضه. والحيلة فيه أن يفسخ السلم بأن يتقايل فيه ثم يعتاض عن رأس المال، ومن ذلك ما لو أسلم لآخر ثوبا في دراهم فأسلم الآخر إليه ثوبا في دراهم واستويا صفة وحلولا فلا يقع تقاص على المنقول المعتمد لأنه كالاغتياض عن المسلم فيه وهو ممتنع (وقيل: يجوز في نوعه) لأن الجنس يجمعهما فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة رد بقرب الاتحاد هنا، ولو اعتبرنا جمع الجنس لاعتبرنا جمع جنس آخر كالحب ولم يمتنع في شيء فاندفع ما أطال به جمع لترجيحه (و) على الجواز (لا يجب) القبول لاختلاف الغرض (ويجوز أردأ من المشروط) لأنه من جنس حقه، فإذا تراضيا به كان مسامحة بصفة (ولا يجب) قبوله ولو أجود من وجه لأنه دون حقه (ويجوز أجود) منه من كل وجه لعموم خبر {خياركم أحسنكم قضاء} (ويجب قبوله في الأصح) لأن الامتناع منه عناد وزيادته غير متميزة، والظاهر أن باذله لم يجد غيره فخف أمر المنة فيه وأجبر على قبوله. والثاني لا يجب لما فيه من المنة كما لو أسلم في خشبة خمسة أذرع فجاء بها ستة فلا يلزمه قبولها، وفرق الأول بعدم إمكان فصل الجودة فهي تابعة بخلاف زيادة الخشبة. نعم لو أضره قبوله ككون المأتي به أصله أو فرعه أو زوجه أو من أقر بحريته أو شهد بها فردا ولم تكمل البيئة لم يلزمه.

ولو قبضه جاهلا فهل يفسد قبضه أو يصح ويعتق عليه ؟ وجهان  
أصحهما ثانيهما، وفي نحو عمد وجهان أو جههما المنع لأن من  
الحكام من يحكم بعقده عليه

ويجب تسليم نحو البر نقياً من تبين وزوان، فإن كان فيه قليل  
من ذلك وكان قد أسلم كيلاً جازاً أو وزناً فلا، وما أسلم فيه كيلاً لا  
يجوز قبضه وزناً وعكسه ولا بكيل أو وزن غير ما وقع العقد عليه  
ولا يزلز المكيال ولا يضع الكف على جوانبه بل يملؤه ويصب  
على رأسه بقدر ما يحمل.

ويجب تسليم التمر جافاً والرطب غير مشدخ وهو البسر يعالج  
بالغمر حتى يتشدخ: أي يترطب وهو المسمى بالمعمول في بلاد  
مصر.

ويقبل قول المسلم بيمينه في لحم وهو مية كما قاله جمع  
متقدمون استصحاباً لأصل الحرمة في الحياة حتى يتيقن الحل  
بالذكاة الشرعية، وظاهر أن محله إن سلم ما لم يقل المسلم إليه  
أنا ذبحته أخذاً من قولهم لو وجدت شاة مذبوحة فقال ذمي:  
ذبحتها حلت، على أن قولهم لو وجد قطعة لحم في إناء أو خرقة  
ببلا لا مجوس فيه أو والمسلمون فيه أغلب فطاهرة لأنه يغلب  
على الظن أنها ذبيحة مسلم يقتضي تصديق المسلم إليه مطلقاً  
لتأييد دعواه بغلبة الظن المذكورة، إلا أن يفرق بأن غلبة الظن  
بالنسبة للطهارة لم يعارضها أصل الحرمة في الحياة، وهو ظاهر  
إن سلم في مثل ذلك أنه لا تلازم بين الطهارة وحل الأكل. (ولو  
أحضره) أي المسلم فيه ومثله فيما يأتي جميعه كل دين مؤجل  
(قبل محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله (فامتنع المسلم من قوله  
لغرض صحيح بأن) بمعنى كأن فإن المصنف يستعمل ذلك كثيراً  
(وكان حيواناً) يحتاج لمؤنة قبل المحل لها وقع كما في المحرر: أي  
عرفاً أو غيره واحتاج لها في كراء محله أو حفظه أو كان يترقب  
زيادة سعره عند المحل فيما يظهر (أو وقت غارة) الأفصح إغارة  
وإن وقع العقد وقتها فيما يظهر أو كان يريد أكله عند محله طرياً  
(لم يجبر) على قبوله وإن كان للمؤدي غرض للضرر (وإلا) بأن لم  
يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع (فإن كان للمؤدي غرض  
صحيح كفك رهن) أو براءة ضامن أو خوف انقطاع الجنس عند  
الحلول (أجبر) لأن امتناعه حينئذ تعنت (وكذا) يجبر إن أتى إليه به  
(لمجرد غرض البراءة في الأظهر) أي براءة ذمة المسلم إليه أو لا  
لغرض أصلاً كما اقتضاه كلام الروض وهو الأوجه لتعنته. والثاني لا  
يجبر للمنة. وأفهم اعتباره لغرض المؤدي عند عدم غرض المؤدي  
إليه أنه لو تعارض غرضاهما قدم الثاني، ولو أصر على الامتناع بعد  
الإجبار أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين، ولو كان المسلم  
غائباً فقياس ما ذكر أن يقبض له في حال غيبته كما قاله  
الزرکشي.

ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض سوى البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء لأن امتناعه وقد وجد مكان التسليم وزمانه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء، بخلاف المؤجل والحال المحض في غير محل التسليم، ولا يختص الإجبار بما مر بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال، أو الإبراء عنه عند انتفاء غرضه وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجني عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته، وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداءه فوراً لكن يمهل المدين لما لا يخل بالفورية في الشفعة أخذاً من مثلهم ما لم يخف هربه فبكفيل أو ملازم.

(ولو) (وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء (في غير محل التسليم) بفتحها أي مكانه المتعين بالعقد أو الشرط فله الدعوى عليه بالسلم فيه وإلزامه بالسفر معه لمحل التسليم، أو يوكل ولا يحبس لأنه لو امتنع (لم يلزمه الأداء إن كان لنقله) من محل التسليم إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المسلم ليتضرر المسلم إليه بذلك، بخلاف ما لا مؤنة لنقله كسير نقد وماله مؤنة وتحملها المسلم لانتفاء الضرر حينئذ، قال بعضهم: ولا نظر لكونه في ذلك المحل أعلى منه بمحل السلم وهو ممنوع مما يأتي في القرض (ولا يطالب بقيمته) ولو (للحيلولة على الصحيح) لامتناع الاعتياض عنه كما مر لكن له الفسخ واسترداد رأس المال وإلا فبدله كما لو انقطع المسلم فيه والثاني يطالبه للحيلولة بينه وبين حقه (وإن) (امتنع) المسلم (من قبوله هناك) أي في غير محل التسليم وقد أحضر (لم يجبر) عليه (إن كان لنقله مؤنة) إلى محل التسليم ولم يتحملها المسلم إليه بمعنى تحصيله وتحمله الزيادة لا بمعنى دفع المؤنة للمسلم لأنه اعتياض (أو كان الموضع) أو الطريق (مخوفاً) للضرر، فإن رضي بأخذه لم تجب له مؤنة النقل، بل لو بدلها لم يجز له قبولها لأنه كالاكتياض (وإلا) بأن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان الموضع أو الطريق مخوفاً (فالأصح إجباره) على قبوله لتحصل له براءة بذمة. والخلاف مبني على القولين السابقين في التعجيل قبل الحلول لغرض البراءة وقد مر تعليلهما، ولو اتفق كون رأس المال بصفة السلم فيه فأحضره وجب قبوله.

### (فصل) في القرض

وهو بفتح القاف أشهر من كسرهما يطلق اسماً بمعنى المقرض ومصدراً بمعنى الإقراض، ولشبهه بالسلم في الضابط الآتي جعله ملحقا به فترجم له بفصل بل هو نوع منه إذ كل منهما يسمى سلفاً (الإقراض) الذي هو تملك الشيء برد بدله (مندوب) إليه ولشبهة هذا حذفه، وقد استغنى الشارح عن ذلك بقوله: أي مستحب وهو

من السنن المتأكدة للآيات الكثيرة والأخبار الشهيرة كخبر مسلم {من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه} وصح خبر {من أقرض لله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به} وفي خبر في سنده من ضعفه الأكثرون {أنه صلى الله عليه وسلم رأى ليلة أسري به مكتوبا على باب الجنة: إن درهم الصدقة بعشر والقرض بثمانية عشر} وأن جبريل علل له ذلك بأن القرض إنما يقع في يد محتاج بخلاف الصدقة، وروى البيهقي خبر {قرض الشيء خير من صدقته} ويمكن رد الخبر الثاني للأول بحمله على درجات صغيرة بحيث إن الثمانية عشر فيه تقابل بخمسة في الصدقة كما في خبر صلاة الجماعة، أو بحمل الزيادة في القرض إن صحت على أنه صلى الله عليه وسلم أعلمها بعد، أو يقال القرض فضل الصدقة باعتبار الابتداء لامتيازه عنها بصونه ماء وجه من لم يعتد السؤال عن بذله لكل أحد بخلافها، وهي فضله باعتبار الغاية لامتيازها عنه بأنه لا مقابل فيها ولا بدل بخلافه، وعند تقابل الخصوصيتين قد ترجح الأولى وقد ترجح الثانية باعتبار الأثر المرتب ووجه ذكر الثمانية عشر في الخبر أن درهم القرض فيه تنفيس كربة وإنظار إلى قضاء حاجته ورده ففيه عبادتان فكان بمنزلة درهمين وهما بعشرين حسنة، فالتضعيف ثمانية عشر وهو الباقي فقط لأن المقرض يسترد، ومن ثم لو أبرأ منه كان له عشرون ثواب الأصل والمضاعفة، ومحل ندبه ما لم يكن المقرض مضطرا وإلا كان واجبا، وما لم يعلم أو يظن من أخذه أنه ينفقه في معصية وإلا حرم عليهما أو في مكروه كره، ويحرم على غير مضطر الاقتراض إن لم يرج وفاءه من سبب ظاهر ما لم يعلم المقرض بحاله، ويحرم على من أخفى غناه وأظهر فاقتة كما يأتي نظيره في صدقة التطوع، ويؤخذ منه أن المقرض لو علم حقيقة أمره لم يقرضه، ومن ثم لو علم المقرض أن ما يقرضه لنحو صلاحه أو علمه وهو في الباطن بخلاف ذلك حرم عليه الاقتراض أيضا كما هو ظاهر، ولو أخفى الفاقة وأظهر الغني حاله حرم أيضا لما فيه من التدليس والتغريب عكس الصدقة (وصيغته) الصريحة أشياء منها (أقرضتك أو أسلفتك) كذا أو هذا (أو خذه بمثله) ولو متقوما إذ ذكر المثل فيه نص في مقصود القرض لأن وضعه على رد المثل صورة، وبه فارق جعلهم خذه بكذا كناية في البيع، وبه اندفع ما للغزي وغيره هنا، واتضح أنه صريح كما هو ظاهر كلامهما لا كناية خلافا لجمع، وأيضا فمما يدفع به ذلك أن ما كان صريحا في بابه ووجد نفاذا في موضوعه لا يكون كناية في غيره. أما خذه بكذا فكناية هنا أيضا كما قاله السبكي وغيره (أو ملكتكم على أن ترد بدله) أو خذه ورد بدله أو اصرفه في حوائجك ورد بدله وقوله: خذه فقط كناية وقد سبقه: أقرضني

وإلا فهو كناية هبة أو اقتصر على ملكته فهبة ولو اختلفا في ذكر البدل صدق الآخذ بيمينه وإنما صدق مطعم مضطر أنه قرض حملا للناس على هذه المكرمة التي بها إحياء النفوس إذ لو أحوجناه للإشهاد لفاتت النفس، أو في أن المأخوذ قرض أو غيره فسيأتي تفصيله آخر القراض.

ولو أقر بالقرض وقال: لم أقبض صدق بيمينه كما قاله الماوردي لعدم المنافاة، إذ القرض يطلق عليه اسم القرض قبل القبض وقال ابن الصباغ: إن قاله فورا.

(ويشترط) في غير القرض الحكمي (قبوله في الأصح) كسائر المعاوضات، ولهذا اشترط فيه شروط البيع المتقدمة في العاقدين والصيغة كما هو ظاهر حتى موافقة القبول للإيجاب، فلو قال: أقرضتك ألفا فقبل خمسمائة أو بالعكس لم يصح، وما اعترض به من وضوح الفرق بأن المقرض متبرع فلم يقدر فيه قبول بعض المسمى ولا الزيادة عليه رد بمنع إطلاق كونه متبرعا، كيف ووضع القرض أنه تملك الشيء برد مثله، فساوى البيع إذ هو تملك الشيء بثمنه، فكما اشترط ثم الموافقة فكذا هنا، وكون القرض فيه شائبة تبرع كما يأتي لا ينافي ذلك لأن المعاوضة فيه هي المقصودة، والقائل بأنه غير معاوضة هو مقابل الأصح ومن ثم قال جمع: إن الإيجاب فيه غير شرط أيضا، واختاره الأذرعى وقال: قياس جواز المعاوضة في البيع جوازه هنا، وما اعترض به الغزي من أنه سهو لأن شرط المعاوضة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو مفقود هنا غير صحيح، بل هو السهو لأنهم أجرؤا خلاف المعاوضة في الرهن وغيره مما ليس فيه ذلك، فما ذكره شرط للمعاوضة في البيع دون غيره. أما القرض الحكمي فلا يشترط فيه صيغة كإطعام جائع وكسوة عار وإنفاق على لقيط، ومنه أمر غيره بإعطاء ماله غرض فيه كإعطاء شاعر أو ظالم أو إطعام فقير: وكعب هذا وأنفقه على نفسك بنية القرض ويصدق فيها وعمر داري كما يأتي آخر الصلح وفيما ذكر إن كان المرجوع به مقدرا أو معيناً يرجع بمثله ولو صورة كالقرض وكاشتر هذا بثوبك لي فيرجع بقيمته، ويأتي في أداء الدين تفصيل فيما يحتاج لشرط الرجوع وما لا يحتاج. وحاصله الاحتياج إليه إلا في اللازم له كالدين والمنزل منزلته كقول الأسير لغيره فادني.

ولو قال: أقبض ديني وهو لك قرضا أو مبيعا ; صح قبضه للإذن لا قوله وهو إلى آخره: نعم له أجره مثل تقاضيه أو أقبض وديعتي مثلا وتكون لك قرضا صح وكانت قرضا وقرض الأعمى واقتراضه كبيعته.

(و) يشترط (في المقرض) بكسر الراء (أهلية التبرع) بأن يكون غير محجور عليه مختارا لأن القرض فيه شائبة تبرع ومن ثم امتنع تأجيله ولم يجب التقابض فيه وإن كان ربويا، ولو كان

معاوضة محضة لجاز للولي غير الحاكم قرض مال موليه من غير ضرورة واللازم باطل، أما الحاكم فيجوز له من غير ضرورة لكثرة أشغاله خلافا للسبكي بشرط يسار المقترض وأمانته وعدم الشبهة في ماله إن سلم منها مال المولى عليه والإشهاد عليه ويأخذ رهنا إن رأى ذلك، وله أن يقرض من مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كله كما نقل عن النص. وعلم مما تقرر أن شرط المقترض أهلية المعاملة فقط، ومراد المصنف بأهلية التبرع في المقرض التبرع المطلق فيما يقرضه إذ هو المراد في حالة الإطلاق، فلا يرد عليه صحة وصية السفية وتديبره وتبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة، ويدل لذلك أن الألف واللام أفادت العموم وإن زعم بعضهم ورود ذلك.

(ويجوز) (إقراض) كل (ما يسلم فيه) أي في نوعه لصحة ثبوته في الذمة، ولأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا وقيس عليه غيره. وعلم أنه لا يرد امتناع السلم في المعين وجواز قرضه كالذي في الذمة، فلو قال: أقرضتك ألفا وقبل وتفارقا ثم أعطاه ألفا جاز إن قرب الفصل عرفا وإلا فلا وإن نازع فيه السبكي أما لو قال: أقرضتك هذه الألف مثلا وتفارقا ثم سلمها إليه لم يضر وإن طال الفصل، ويصح قرض كف من دراهم ليتبين قدرها بعد ويرد مثلها ولا أثر للجهل بها حالة العقد. وقضية الضابط جواز إقراض النقد المغشوش لأنه مثلي تجوز المعاملة به في الذمة، وهو ما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى واعتمده جمع متأخرون، ولو جهل قدر غشه خلافا للسبكي في تقييده بذلك وللروباني في منعه مطلقا في الروضة هنا عن القاضي منع قرض المنفعة لامتناع السلم فيها وفيها كأصلها في الإجارة جوازهما وجمع الإسنوي وغيره أخذا من كلامهما بحمل المنع على منفعة محل معين والحل على منفعة في الذمة، واعتمده الوالد رحمه الله تعالى في فتاويه.

ولا يجوز إقراض ماء القناة للجهل به (إلا الجارية التي تحل للمقترض في الأظهر) فلا يجوز إقراضها وإن لم تكن مشتهاة مع أنه لو جعل رأس المال جارية يحل للمسلم إليه وطؤها وكان المسلم فيه جارية أيضا جاز له أن يردّها عن المسلم فيه لأن العقد لازم من الجانبين، والثاني يجوز ذلك، ورد بما سيأتي وامتناع قرضها لأنه قد يطؤها ثم يردّها فتصير في معنى إجارة الجوّاري للوطء وهو ممتنع كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة، وما نقل عن عطاء من جوازه رد بأنه مكذوب عليه، ولا ينافيه جواز هبتها لفرعه مع جواز رجوعه فيها لجواز القرض من الجهتين، ولأن موضوع الرجوع ولو في البدل فأشبهه الإجارة بخلاف الهبة فيهما، وخرج بتحل للمقترض من تحرم عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة وكذا ملاعنة، ونحو مجوسية ووثنية خلافا للأذرعى لا نحو أخت

زوجته لتعلق زوال مانعها باختياره كما بحثه الإسنوي وأشعر به كلام غيره. وقضية التعليل الفارق بين المجوسية ونحو أخت الزوجة أن المطلقة ثلاثا يحل قرصها لمطلقها. وبحث بعضهم عدم حلها لقرب زوال مانعها بالتحليل ويحرم قرص رتقاء وقرناء ولو لنحو ممسوح لأن المحذور خوف التمتع وهو موجود، وتعبير بعضهم بخوف الوطاء جرى على الغالب، وما بحثه الأذرعى من حل إقراضها لبعضه لأنه إن وطئها حرمت على المقرض وإلا فلا محذور بعيد، إذ المحذور وهو وطؤها ثم ردها موجود، وتحريمها على المقرض أمر آخر لا يفيد نفيا ولا إثباتا، وقرصها لخنثى جائز لبعده اتضاحه، فلو اتضحت ذكورته بان بطلان القرص إذ العبرة في العقود بما في نفس الأمر. ولو اقترض الرجل مشكلا لم يصح لامتناع السلم فيه، والقول بحله لتعذر وطئه ما دام خنثى خطأ كما قاله الزركشي.

(وما لا يسلم فيه) أي في نوعه (لا يجوز إقراضه في الأصح) لأن ما ينضبط أو يعز وجوده يتعذر أو يتعسر رد مثله إذ الواجب في المتقوم رد مثله صورة. والثاني يجوز كالبيع، ويستثنى من ذلك جواز قرص الخبز والعجين ولو خميرا حامضا للحاجة والمسامحة وإن صحح البغوي في التهذيب المنع ويرده وزنا على الراجح وقيل عددا ورجحه في الكافي، ومن فهم اشتراط الجمع بينهما فقد أبعد وجزء شائع من دار لم يزد على النصف كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى تبعا للسبكي لأن له حينئذ مثلا ويظهر أخذا من العلة أن النصفين متساويان، والأوجه عدم صحة قرص خميرة اللبن الحامض تلقى عليه ليروب وهي المسماة بالروبة لاختلاف حموضتها المقصودة ووهم من فهم اتحادها بخميرة الخبز وعلم من الضابط اشتراط كون المقرض معلوم القدر: أي ولو مالا لئلا يرد ما مر في نحو كف الطعام ليرد مثله أو صورته.

ويجوز إقراض المكيل وزنا وعكسه إن لم يتجاف في المكيال كالسلم (ويرد) حتما حيث لا استبدال (المثل في المثلي) لأنه أقرب إلى حقه ولو في نقد بطلت المعاملة به فشمئ ذلك ما عمت به البلوى في زمننا في الديار المصرية من إقراض الفلوس الجدد ثم إبطالها وإخراج غيرها وإن لم تكن نقدا (و) يرد (في المتقوم) ويأتي ضابطهما في الغصب (المثل صورة) لخبر مسلم {أنه صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا ورد رباعيا وقال: إن خياركم أحسنكم قضاء} ومن لازم اعتبار المثلي الصوري اعتبار ما فيه من المعاني التي تزد القيمة بها كحرفة الرقيق وفراية الدابة كما قاله ابن النقيب، فيرد ما يجمع تلك الصفات كلها حتى لا يفوت عليه شيء، ويصدق المقترض فيها بيمينه لأنه غارم، وما جرت به العادة في زماننا من دفع النقوط في الأفراح هل يكون هبة أو قرصا؟ أطلق الثاني جمع وجرى على الأول بعضهم. قال: ولا أثر

للعرف فيه لاضطرابه ما لم يقل خذه مثلا وينوي القرض ويصدق في نية ذلك هو ووارثه وعلى هذا يحمل إطلاق من قال بالثاني اهـ وجمع بعضهم بينهما بحمل الأول على ما إذا لم يعتد الرجوع به ويختلف باختلاف الأشخاص والمقدار والبلاد، والثاني على ما اعتيد وحيث علم اختلافه تعين ما ذكر (وقيل) يرد (القيمة) يوم القبض. واعلم أن أداء المقرض كأداء المسلم فيه في سائر ما مر فيه صفة وزمنا ومحلا (و) لكن (لو) (ظفر) المقرض (به) أي بالمقترض (في غير محل الإقراض وللنقل) من محله إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المقرض (طالبه بقيمة بلد الإقراض) يوم المطالبة إذ الاعتياض عنه جائز، فعلم أنه لا يطالبه بمثله إذا لم يتحمل مؤنة حملة لما فيه من الكلفة وأنه يطالبه بمثل ما لا مؤنة لحملة وهو كذلك، فالمانع من طلب المثل عند الشيخين وكثير مؤنة الحمل، وعند جماعة منهم ابن الصباغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض وهذا مأخوذ من كلامهما هنا، أما بقياس الأولى أو المساواة فلا مخالفة بينهما كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى، لأن من نظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأولى لأن المدار على حصول الضرر وهو موجود في الحالين. قال الأزرعي: وكلام الشافعي يشير إلى كل من العلتين، فإذا أقرضه طعاما أو نحوه بمصر ثم لقيه بمكة لم يلزمه دفعه إليه لأنه بمكة أعلى، كذا نص عليه الشافعي بهذه العلة، وبأن في نقله إلى مكة ضررا، فالظاهر أن كل واحدة منهما علة مستقلة، وحيث أخذ القيمة فهي للفيصولة لا للحيلولة، فلو اجتمعا ببلد الإقراض لم يكن للمقرض ردها وطلب المثل ولا للمقترض استردادها. أما إذا لم تكن له مؤنة أو تحملها المقرض فيطالبه به. نعم النقد اليسير الذي يعسر نقله أو تفاوتت قيمته بتفاوت البلاد كالذي لنقله مؤنة كما قاله الإمام. وما اعترض به قوله أو تفاوتت قيمته من أنه إنما يأتي على ما مر عن ابن الصباغ بناه المعترض على عدم استقلال كل من العلتين وقد مر رده.

(ولا يجوز) قرض نقد أو غيره إن اقترن (بشرط) (رد صحيح عن مكسر أو) رد (زيادة) على القدر المقرض أو رد جيد عن رديء أو غير ذلك من كل شرط جر منفعة للمقرض كرده ببلد آخر أو رهنه بدين آخر، فإن فعل فسد العقد لخبر فضالة بن عبيد رضي الله عنه {كل قرض جر منفعة} أي شرط فيه ما يجر إلى المقرض منفعة "فهو ربا" وروي مرفوعا بسند ضعيف، لكن صحح الإمام والغزالي رفعه، وروى البيهقي معناه عن جمع من الصحابة والمعنى فيه أن موضوع القرض الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته، وشمل ذلك شرطا ينفع المقرض والمقترض فيبطل به العقد فيما يظهر ومنه القرض لمن يستأجر ملكه: أي مثلا بأكثر من قيمته لأجل القرض إن وقع



ذلك شرطاً إذ هو حينئذ حرام بالإجماع وإلا كره عندنا وحرم عند كثير من العلماء، قاله السبكي (فلورد) من اقترض لنفسه من ماله (هكذا) أي زائداً قدراً أو صفة (بلا شرط فحسن) ومن ثم ندب ذلك ولم يكره للمقرض الأخذ كقبول هديته ولو في الربوي للخبر المار وفيه {إن خياركم أحسنكم قضاء} نعم الأولى كما قاله الماوردي تنزهه عنها قبل رد البدل، ولو أقرض من عرف برد الزيادة قاصداً ذلك كره في أوجه الوجهين قياساً على كراهة نكاح من عزم على أنه يطلق إذا وطئ من غير شرط، وظاهر كلامهم ملك الزائد تبعاً لأنه هبة مقبوضة ولا يحتاج فيه إلى إيجاب وقبول، ويمتنع على البازل رجوعه في الزائد كما أفتى به ابن عجيل وهو ظاهر.

(ولو) (شرط) أن يرد (مكسراً عن صحيح أو أن يقرضه) شيئاً آخر (غيره) (لغا الشرط) فيهما ولم يجب الوفاء به (والأصح أنه لا يفسد العقد) لأن ما جره من المنفعة ليس للمقرض بلى للمقرض والعقد عقد إرفاق فكأنه زاد في الإرفاق ووعدده وعدا حسناً، ولا يشكل هذا بما يأتي في نظيره من الرهن حيث يفسده لقوة داعي القرض فإنه سنة، ولأن وضعه جر المنفعة للمقرض فلم يفسد باشتراطها. والثاني يفسد لمنافاته مقتضى العقد (ولو شرط أجلاً فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض) صحيح أو له والمقرض غير مليء فيلغو الأجل لامتناع التفاضل فيه كالربا، ويصح العقد لأنه زاد في الإرفاق بجره المنفعة للمقرض، ولا اعتبار بجرها له في الأخيرة لأن المقرض لما كان معسراً كان الجر إليه أقوى فغلب.

ويسن الوفاء باشتراط الأجل كما في تأجيل الدين الحال. قال ابن الرفعة: وغير الأجل مما ذكر في معناه ولا تمتنع المطالبة بالحال مع اليسار إلا بالوصية والنذر على ما فيه مما يأتي في بابه فبأحدهما تتأخر المطالبة به مع حلوله (وإن كان) للمقرض غرض (كزمن نهب) والمقرض مليء بالمقرض أو بدله فيما يظهر (فكشرط) رد (صحيح عن مكسر) فيفسد العقد (في الأصح) لأن فيه جر منفعة للمقرض والثاني يصح ويلغو الشرط (وله) أي المقرض (شرط رهن وكفيل) عينا على قياس ما مر في البيع وإقراره به عند حاكم وإشهاد عليه لأن هذه الأمور توثيقات لا منافع زائدة، فله إذا لم يوف بها المقرض الفسخ وإن كان له الرجوع بغير شرط كما سيأتي، على أن في التوثيق بها مع إفادته أمن الجحد في بعض وسهولة الاستيفاء في آخر صون العرض، فإن الحياء والمروءة يمنعانه من الرجوع بلا سبب، بخلاف ما إذا وجد فإن المقرض إذا امتنع من الوفاء بشيء من ذلك كان المقرض معذوراً في الرجوع غير ملوم.

قال ابن العماد: ومن فوائده أن المقرض لا يحل له التصرف في العين التي اقترضها قبل الوفاء بالشرط وإن قلنا يملك بالقبض كما لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل دفع الثمن إلا برضا البائع والمقرض ههنا لم يبح له التصرف إلا بشرط صحيح، وأن في صحة هذا الشرط حثا للناس على فعل القرض وتحصيل أنواع البر وغير ذلك.

(ويملك القرض) أي المقرض (بالقبض) كالهبة إذ لولا ذلك لامتنع عليه التصرف فيه فيعتق عليه لو كان نحو أصله ويلزمه نفقة الحيوان (وفي قول بالتصرف) المزيل للملك رعاية لحق المقرض لأن له الرجوع فيه ما بقي فبالتصرف يتبين حصول ملكه بالقبض (وله) بناء على الأول (الرجوع في عينه ما دام باقيا) في ملك المقرض (بحاله) بأن لم يتعلق به حق لازم (في الأصح) وإن كان مؤجرا أو معلقا عتقه بصفة أو مدبرا لأن له تغريم بدله عند الفوات فالمطالبة بعينه أولى. والثاني لا بل للمقرض أن يؤدي حقه من موضع آخر كسائر المديون. أما إذا تعلق به حق لازم كأن وجده مرهونا أو مكاتبا أو متعلقا برقبته أرش جنابة فلا رجوع.

ولو زال ملكه ثم عاد رجع في أوجه الوجهين وكما هو قياس أكثر نظائره، وبه جزم العمراني وهو ظاهر كلام ابن المقري، في روضه، وللمقرض رده عليه قهرا، ولو وجده زائدا واتصلت أخذه بها وإلا فبدونها أو ناقصا، فإن شاء أخذه مع أرشه ومثله سليمان قاله الماوردي، ويصدق في أنه قبضه بهذا النقص كما أفتى به بعضهم، ويؤيده أن الأصل براءة ذمته، وما سيأتي في الغصب أن الغاصب لو رد المغصوب ناقصا وقال: قبضته هكذا صدق بيمينه فسقط بذلك القول بأنه يعارضه أن الأصل السلامة وأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن، وهذان خاصان فليقدما على الأول العام إذ ذلك اشتباه حصل من صورة ذكرت في الغصب غير هذه الصورة فليتأمل، وإذا رجع فيه مؤجرا تخير بين الصبر لانقضاء المدة من غير أجره له وبين أخذ بدله، وأفتى بعضهم في جذع أقرضه وبنى عليه وحب بذره أنه كالهالك فيتعين بدله. نعم إن حجر على المقرض بفلس أتى فيه ما يأتي فيما اشتراه آخر الفلاس.

### {كتاب الرهن}

هو لغة: الثبوت، ومنه الحالة الراهنة: أي الثابتة أو الحبس، ومنه خبر {نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه دينه} أي محبوسة عن مقامها الكريم ولو في البرزخ إن عصى بالدين أو ما لم يخلف وفاء. أما من لم يقصر بأن مات وهو معسر وفي عزمه الوفاء متى تمكن فلا تحبس نفسه، ومحل ذلك في غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم لما في الصحيحين {أنه صلى الله عليه

وسلم رهن درعه عند يهودي يقال له أبو الشحم على ثلاثين صاعاً لأهله { إذ الأصح أنه مات ولم يفكه. وشرعاً: جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه وأصله قبل الإجماع آية { فرهان مقبوضة } أي فارهنوا واقبضوا لأنه مصدر: أي مفرده جعل جزاء للشرط بالفاء فجرى مجرى الأمر كقوله فتحريز رقبة فضرب الرقاب والوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادة ورهن وضمان فالأول لخوف الجحد، والآخران لخوف الإفلاس. وأركانها: عاقد ومرهون ومرهون به وصيغة وبدأ بها لأهميتها فقال (لا يصح) الرهن (إلا بإيجاب وقبول) أو استيجاب وإيجاب كتنظيره المار في المبيع لأنه عقد مالي فافتقر إليهما مثله، ومن ثم جرى خلاف المعاطاة. ويؤخذ من هذا اشتراط مخاطبة من وقع معه العقد نظير ما مر في البيع وما بحثه بعضهم من صحة رهنت موكلك. وفرق بأن أحكام البيع تتعلق بالوكيل دون أحكام الرهن بعيد يردده ظاهر كلامهم وقد أفتى بخلافه الوالد رحمه الله تعالى، ولو قال: دفعت إليك هذا وثيقة بحقك علي فقال: قبلت أو بعثك هذا بكذا على أن ترهنني دارك بكذا فقال: اشتريت ورهنت كان رهناً (فإن شرط فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به) أي المرهون عند تراحم الغرماء (أو) شرط فيه (مصلحة للعقد كالإشهاد) به (أو) شرط فيه (ما لا غرض فيه) كأن لا يأكل إلا كذا (صح العقد) كالبيع ولغا الشرط الأخير (وإن) (شرط ما يضر المرتهن) وينفع الراهن كأن لا يباع عند المحل أو إلا بأكثر من ثمن المثل (بطل) الشرط و (الرهن) لمنافاته لمقصوده (وإن نفع) الشرط (المرتهن وضر الراهن كشرط منفعته) من غير تقييد (للمرتهن بطل الشرط وكذا الرهن في الأظهر) لمخالفته لمقتضى العقد كالشرط المضر بالمرتهن. والثاني لا يبطل بل يلغو الشرط ويصح لأنه تبرع فلم يؤثر فيه كما لو أقرضه الصحاح بشرط رد المكسرة والخلاف في رهن التبرع وكذا في الرهن المشروط في بيع في الأظهر وكون ما تقرر من البطلان هنا تبرعاً فهو نظير ما مر آخر القرض لا نظر إليه لما مر آنفاً من الفرق بينهما. نعم لو قيدها بسنة مثلاً وكان الرهن مشروطاً في بيع فهو جمع بين بيع وإجارة فيصحان (ولو) (شرط أن تحدث زوائده) كنتاج وثمره (مرهونة) (فالأظهر فساد الشرط) لعدمها مع الجهل بها (و) الأظهر (أنه متى فسد) الشرط (فسد العقد) أي عقد الرهن بفساده لما مر.

(وشرط العاقد) رهننا أو مرتهننا كونه مختاراً و (كونه مطلق التصرف) كما في البيع ونحوه، لكن الرهن نوع تبرع لأنه حبس مال بغير عوض، فإن صدر من أهله في ماله فذاك، وإلا فالشرط وقوعه على وجه المصلحة فيكون حينئذ مطلق التصرف في مال موليه وإن لم يكن من أهل التبرع، ولهذا فرع عليه قوله (فلا يرهن الولي) بسائر أقسامه (مال) موليه كالسفيه و (الصبي والمجنون)

لما فيه من حبسه من غير عوض إلا لضرورة كما لو اقترض لحاجة ممونه أو ضياعه مرتقبا غلتها أو حلول دين له أو نفاق متاعه الكاسد أو غبطة ظاهرة كأن يشتري ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ويرهن به ما يساوي مائة له لأن المرهون إن سلم فظاهر وإلا كان في المبيع ما يجبره، فلو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على المائة ترك الشراء، إذ قد يتلف المرهون فلا يوجد جابر ولا يرهن في هذه الصورة إلا عند أمين يجوز إيداعه زمن أمن أو لا يمتد له خوف (ولا يرتهن لهما) أو للسفيه لأنه في حال الاختيار لا يبيع إلا بحال مقبوض ولا يقرض إلا القاضي كما مر (إلا لضرورة) كما لو أقرض ماله أو باعه مؤجلا للضرورة كتهب (أو غبطة ظاهرة) بأن يبيع ماله عقارا كان أو غيره مؤجلا بغبطة فيلزمه الارتهان بالثمن وارتهان الولي فيما ذكر جائز إن كان قاضيا وإلا فواجب، وعلى الأول يحمل قول الشيخين في الحجر وبأخذ رهنا إن رآه، وعلى الثاني يحمل قولهما هنا ويرتهن كذا قاله بعضهم والأوجه الوجوب مطلقا، والتعبير بالجواز لا ينافي الوجوب، وقولهما إن رآه: أي إن اقتضى نظره أصل الفعل لا إن رأى الأخذ فقط ويكون الرهن وافيًا به ويشترط الإشهاد وكون الأجل قصيرا عرفا فإن فقد شرط من ذلك بطل البيع، فإن خاف تلف المرهون فالأولى عدم الارتهان لاحتمال رفعه بعد تلفه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف المرهون، وعلم من جواز الرهن والارتهان للولي جواز معاملة الأب والجد لفرعهما بأنفسهما ويتوليا الطرفين ويمتنع على غيرهما ذلك ورهن المكاتب وارتهانه كالولي فيما ذكر علي الأصح من تناقض فيه، ومثله المأذون له إن أعطاه سيده مالا أو لم يعطه وصار في يده ربح، قال الزركشي: وحيث منعنا المكاتب فيستثنى رهنه وارتهانه مع السيد وما لو رهن علي ما يؤدي به النجم الأخير لإفضائه إلى العتق (وشرط الرهن) أي المرهون (كونه عينا) يصح بيعها، ولو موصوفة بصفة السلم خلافا للإمام (في الأصح) فلا يصح رهن المنفعة لتلفها شيئا فشيئا، ولا رهن الدين ولو ممن هو عليه لأنه قبل قبضه غير موثوق به وبعده خرج عن كونه دينا ولا رهن وقف ومكاتب وأم ولد والثاني يصح رهنه تنزيلا له منزلة العين ومحل المنع في الابتداء، فلا ينافي كون المرهون دينا أو منفعة بلا إنشاء كبذل الجناية على المرهون فإنه محكوم عليه في ذمة الجاني بأنه رهن فيمتنع على الراهن الإبراء منه، ومن مات مدينا وله منفعة أو دين تعلق الدين بتركته ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن.

(ويصح رهن المشاع) من الشريك وغيره وقبضه بقبض الجميع كما في البيع فيكون بالتخلية في غير المنقول وبالنقل في المنقول ولا يحتاج لإذن شريكه إلا في المنقول، فإن لم يأذن ورضي المرتهن كونه بيده جاز وناب عنه في القبض وإلا أقام الحاكم عدلا يكون في يده لهما ويؤجره إن كان مما يؤجر وتجري المهياة بين

المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين فعلم صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة من غير إذن شريكه كما يجوز بيعه، فلو اقتسماها فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا لأنه حصل له بدله.

(و) يصح رهن (الأم دون ولدها) القن ولو صغيرا (وعكسه) أي رهنه دونها لبقاء الملك فيهما فلا تفريق، وهو في الأم عيب يفسخ به البيع المشروط فيه الرهن إن كان المرتهن جاهلا كونها ذات ولد، وقول الشارح من الإماء بعد قول المصنف ويصح رهن الأم صحيح وإنما قصره على ذلك مع عموم كلام المتن لأنه حمل كلامه على كلام الأصحاب إذ كلامهم في الأمة ولأن جميع الأحكام الآتية إنما تتأتى فيها (وعند الحاجة) إلى توفية الدين من ثمن المرهون (يباعان) إذا ملكهما الراهن والولد في سن يحرم فيه التفريق لتعذر بيع أحدهما حينئذ (ويوزع الثمن) عليهما ثم يقدم المرتهن بما يخص المرهون منهما ثم ذكر كيفية التوزيع بقوله (والأصح أنه تقوم الأم وحدها) إذا كانت هي المرهونة مع اعتبار كونها ذات ولد حاضنة له لأنها رهنت كذلك فإذا ساوت حينئذ مائة (ثم) تقوم (مع الولد) فإذا ساوت مائة وخمسين فالخمسون قيمة الولد وهي ثلث المجموع فيوزع الثمن عليهما بهذه النسبة فيكون للمرتهن ثلثاه ولا تعلق له بالثلث الآخر، فإن كان الولد مرهونا دونها انعكس الحكم فيقوم وحده محضونا مكفولا ثم معها (فالزائد) على قيمتها (قيمه) وكالأم من ألحق بها في حرمة التفريق كما مر، وفائدة هذا التوزيع مع لزوم قضاء الدين بكل حال تظهر عند تراحم الغرماء أو تصرف الراهن في غير المرهون، والوجه الثاني أن الأم تقوم وحدها خلية عن الولد كما لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم، فإذا قيل قيمتها مثلا مائة قومنا الولد وحده، فإذا قيل عشرون علمنا أن النسبة بينهما بالأسداس فيسقط الثمن عليهما على هذه النسبة سدس للولد يختص به الراهن والباقي يتعلق به حق المرتهن، وفي هذا التقويم تقل قيمة الولد لأنه يكون ضائعا.

(ورهن الجاني والمرتد كبيعهما) المار في البيع فيصح رهن جان لم يتعلق برقبته مال ومرتد ولا يكون برهن الجاني على القول بصحته مختارا لفدائه لبقاء محل الجناية.

(ورهن المدبر) وهو المعلق عتقه بموت سيده باطل ولو كان الدين حالا لاحتمال عتقه كل لحظة بموت سيده فجأة (و) رهن (معلق العتق بصفة يمكن سبقتها حلول الدين) يعني لم يعلم حلوله قبلها بأن علم حلوله بعدها أو معها أو احتمال الأمران فقط أو مع سبقه أو احتمال حلوله قبلها وبعدها ومعها (باطل على المذهب) لفوات غرض الراهن بعتقه المحتمل قبل الحلول، ولو تيقن وجودها قبل الحلول بطل جزما ما لم يشترط بيعه قبلها في جميع الصور لزوال الضرر، وأفهم كلام المصنف صحة رهن الثاني إذا

علم الحلول قبلها، وكذا إذا كان الدين حالا وفارق المدبر بتأكيد العتق فيه فوق الثاني وإن كان التدبير تعليق عتق بصفة بدليل اختلافهم في جواز بيع المدبر، بخلاف المعلق عتقه بصفة، فإن لم يبع المعلق عتقه بصفة حتى وجدت عتق كما رجحه ابن المقري بناء على أن العبرة في العتق المعلق بحال التعليق لا بحال وجود الصفة، وقيل: يجوز رهن المدبر كبيعه، وقواه في الروضة من حيث الدليل وفي المعلق بصفة، قول آخر أنه يجوز وهو مخرج من رهن ما يتسارع إليه الفساد، وفرق الأول بأن الظاهر في هذا من جهة الراهن بيعه إذا خشي تلفه وجعل ثمنه رهنا، والظاهر في ذلك بقاءه على الوفاء به لغرضه في تحصيل العتق.

(ولو رهن ما يسرع فساده) بمؤجل يحل بعد الفساد أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع (فإن أمكن تجفيفه كرطب) يجيء منه تمر أو عنب يجيء منه زبيب أو لحم طري يتقدد (فعل) ذلك التجفيف (عند خوف فساده) أي فعله المالك ومؤنته عليه كما قاله في المطلب حفظا للرهن، فإن امتنع أجبر عليه، فإن تعذر أخذ شيء منه باع الحاكم جزءا منه وجفف بثمره ولا يتولاه المرتهن إلا بإذن الراهن إن أمكن وإلا راجع الحاكم، أما إذا كان يحل قبل فساده بزمن يسع البيع فإنه يباع (وإلا) أي وإن لم يكن تجفيفه (فإن رهنه بدين حال أو مؤجل يحل قبل فساده) بزمن يسع بيعه عادة (أو) يحل بعد فساده أو معه لكن (شرط) في هذه الصورة (بيعه) عند إشرافه على الفساد لا الآن وإلا بطل، قاله الأذرعى كالسبكي، واعتراضا أنه مبيع قطعا وبيعه الآن أحظ لقلته ثمنه عند إشرافه، ويرد بأن الأصل في بيع المرهون قبل المحل المنع إلا لضرورة وهي لا تتحقق إلا عند الإشراف (وجعل الثمن رهنا) مكانه، وقضية هذا أنه لا بد من اشتراط هذا الجعل وهو كذلك، إذ مقتضى الإذن بالبيع لا يقتضي رهن الثمن بالدين المؤجل وإنما يقتضي وفاء الدين من الثمن إن كان حالا، وتنظير الإسنوي في ذلك مردود بأنه من مصالح المرتهن لئلا يتوهم أن من شرط بيعه انفكاك رهنه فوجب لرد هذا التوهم (صح) الرهن في الصور الثلاث لانتفاء المحذور مع شدة الحاجة للشرط في الأخيرة وبه فارق ما يأتي من أن الإذن في بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهنا غير صحيح (وبياع) المرهون وجوبا في تلك الثلاث بأن يرفعه المرتهن للحاكم عند امتناع الراهن لبيعه (عند خوف فساده) حفظا للوثيقة فإن أخره حتى فسد ضمنه (ويكون ثمنه) في الأخيرة (رهنا) بلا إنشاء عقد عملا بالشرط ويجعل ثمنه رهنا في الأولين بإنشاء العقد (فإن شرط منع بيعه) قبل الفساد (لم يصح) الرهن لمنافاة الشرط لمقصود التوثيق (وإن أطلق) فلم يشترط بيعا ولا عدمه (فسد) الرهن (في الأظهر) لتعذر الوفاء منه لأن البيع قبل المحل لم يأذن فيه وليس من مقتضى الرهن، والثاني يصح وبيع عند الإشراف

على الفساد لأن الظاهر أن المالك لا يقصد إتلاف ماله، ونقله في الشرح الصغير عن الأكثرين ومن ثم اعتمده الإسني وغيره، والمعتمد الأول لا يقال: سيأتي أنه لا يصح بيع المرتهن إلا بحضرة المالك فينبغي حمل الصورة الأولى عليه. لانا نقول: بيعه ثم إنما امتنع في غيبة المالك لكونه للاستيفاء، وهو متهم بالاستعجال في ترويج السلعة، بخلافه هنا فإن عرضه الزيادة في الثمن ليكون وثيقة له (وإن) (لم يعلم هل يفسد) المرهون (قبل حلول الأجل) (صح) الرهن المطلق (في الأظهر) لأن الأصل عدم فساده، والثاني يجعل جهل الفساد كعلمه ولو رهن الثمرة مع الشجر صح مطلقاً ما لم يكن مما لا يتجفف فله حكم ما يسرع إليه الفساد فيصح تارة ويفسق أخرى، ويصح في الشجر مطلقاً ووجهه عند فساده في الثمرة البناء على تفريق الصفقة ; وإن رهن الثمرة مفردة، فإن كانت لا تتجفف فهي كما يتسارع فساده وقد مر حكمه وإلا جاز رهنها وإن لم يبد صلاحها ولم يشترط قطعها لأن حق المرتهن لا يبطل باجتياحها، بخلاف البيع فإن حق المشتري يبطل. نعم إن رهنه بمؤجل يحل قبل جذاذه ولم يشترط القطع ولا عدمه لم يصح لأن العادة الإبقاء إلى الجذاذ، فأشبهه ما لو رهن شيئاً على أن لا يبيعه عند المحل إلا بعد أيام ويجبر الراهن على مصالحتها من نحو سقي وجذاذ وتجفيف، ولكل المنع من القطع قبل الجذاذ لا بعده وما يخشى اختلاطه بالحادث كالذي يسرع فساده ورهن ما اشتد حبه كبيعه.

(وإن) (رهن) بمؤجل (ما لا يسرع فساده فطراً ما عرضه للفساد قبل) (الأجل كحنطة ابتلت) وإن تعذر تجفيفها (لم يفسخ الرهن بحال) ولو طراً ذلك قبل قبضه لأن الدوام أقوى من الابتداء، ألا ترى أن بيع الأبق باطل ولو أبق بعد المبيع وقبل القبض لم يفسخ فيباع حينئذ عند تعذر تجفيفه قهراً على الراهن إن امتنع وقبض المرهون ويجعل ثمنه رهناً مكانه حفظاً للوثيقة.

وهل يصح رهن القصب قبل بدو صلاحه قياساً على رهن الثمرة قبل بدو صلاحها؟ أطلق الشارح في إفتاء له صحة ذلك وغيره امتناعه، وفصل الوالد رحمه الله في فتاويه فقال: يصح إن كانت بدين حال وشرط قطعها وبيعها أو بيعها بشرط القطع أو مطلقاً أو مؤجلاً يحل مع الإدراك أو قبله أو بعده وشرط القطع والمبيع ولا يصح فيما عدا ذلك اهـ قال: وإطلاق الشارح محمول على هذا التفصيل وهو مأخوذ مما تقرر، وما نوزع به من ظهور الفرق فإن المترقب هنا بدو الصلاح فكيف يقاس على مترقب الفساد غير صحيح، إذ الجامع في الحالتين وجود مسوغ المبيع فالوجه ما ذكر من التفصيل.

(ويجوز أن) (يستعير شيئاً ليرهنه) بدينه بالإجماع وإن كانت العارية ضمناً كما لو قال لغيره: ارهن عبدك على ديني ففعل فإنه

كما لو قبضه ورهنه لأن الرهن توثق وهو يحصل بما لا يملكه بدليل الإشهاد والكفالة، بخلاف بيع ملك غيره لنفسه لا يصح لأن المبيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثلث، وشمل كلامهم الدراهم والدينانير فتصح إعارتها لذلك وهو المتجه كما قاله الإسنوي، وألحق بذلك ما لو أعارهما وصرح بالتزيين بهما أو للضرب على صورتها وإن لم تصح إعارتهما في غير ذلك (وهو) أي عقد العارية بعد الرهن لا قبله خلافا لما توهمه بعض العبارات (في قول عارية) أي باق على حكمها وإن بيع لأنه قبضه بإذنه لينتفع به (والأظهر أنه ضمان دين) من المعير (في رقبة ذلك الشيء) المرهون لأنه كما يملك أن يلزم ذمته بدين غيره ينبغي أن يملك إلزام ذلك عين ماله لأن كلا منهما محل حقه وتصرفه، ولأن الانتفاع هنا إنما يحصل بإهلاك العين ببيعها في الدين فهو مناف لوضع العارية فعلم أنه لا تعلق للدين بدمته حتى لو مات لم يحل الدين ولو تلف المرهون لم يلزمه الأداء وإذا ثبت أنه ضمان (فيشترط ذكر جنس الدين) كذهب أو فضة (وقدره) كعشرة أو مائة (وصفته) كصحة وتكسر وحلول وتأجيل لاختلاف الأغراض بذلك كما في الضمان. نعم ذكر القمولي في جواهره أنه لو قال له: ارهن عيدي بما شئت صح أن يرهنه بأكثر من قيمته انتهى. ويؤيده ما يأتي في العارية من صحة لتنتفع به بما شئت وبه يندفع ما نظر فيه بأنه لا بد من معرفة الدين (وكذا المرهون عنده) وكونه واحدا أو متعددا (في الأصح) لما مر، فلو خالف شيئا من ذلك ولو بأن عين له زيدا فرهن من وكيله أو عكسه كما هو الأوجه، ويؤيده ما يأتي في الوكالة أنه لو وكله لبيع من زيد فباع من وكيله لم يصح، أو عين له ولي محجور فرهن منه بعد كماله بطل كما لو عين له قدرا فزاد فإنه يبطل في الجميع لا في الزائد فقط خلافا لبعض المتأخرين لا إن نقص من جنسه، وكما لو استعاره ليرهنه من واحد فرهنه من اثنين أو عكسه. والثاني لا يشترط لضعف الغرض فيه، ولا يشترط شيء مما ذكر على قول العارية، ولو قال له المالك: ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عيدي من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن (فلو تلف في يد) الراهن ضمنه لأنه مستعير الآن اتفاقا، أو في يد (المرتتهن فلا ضمان) عليهما إذ المرتتهن أمين ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن، ولو أعتقه المالك فكإعتاق المرهون فينفذ قبل قبض المرتتهن له مطلقا وبعده من الموسر دون المعسر، ولو أتلفه إنسان أقيم بدله مقامه كما قال الزركشي إنه ظاهر كلامهم.

(ولا رجوع للمالك) فيه (بعد قبض المرتتهن) وإلا لم يكن لهذا الرهن معنى إذ لا وثوق به وأفهم جواز الرجوع قبل قبضه وهو كذلك على القولين لعدم لزومه (فإذا) (حل الدين أو كان حالا) وأمهله المرتتهن فإن طالبه رب الدين وامتنع من أداء الدين (روجع



المالك للبيع) لأنه قد يفدي ملكه (ويباع إن لم يقض) بضم أوله (الدين) من جهة الراهن أو المالك أو غيرهما كمتبرع أن يبيعه الحاكم وإن لم يأذن المالك ولو أيسر الراهن كما يطالب ضامن الذمة وإن أيسر الأصيل (ثم) بعد بيعه (يرجع المالك) على الراهن (بما بيع به) لأنه لم يقض من الدين غيره زاد ما بيع به على القيمة أو نقص عنها لكن بما يتغابن به، إذ بيع الحاكم لا يمكن فيه أقل من ذلك، وإن قضاه المالك انفك الرهن ورجع بما دفعه على الراهن إن قضى بإذنه وإلا فلا رجوع له كما لو أدى دين غيره في غير ذلك، لا يقال: الرهن بالإذن كالضمان به فيرجع وإن قضى بغير الإذن أيضا، لأننا نقول: محل ذلك إذا قضى من ثمن المرهون كما مر أما من غيره كما هنا فلا. وحاصله قصر الرجوع فيهما على محل الضمان وهو هنا رقبة المرهون وثم ذمة الضامن، فإن أنكر الراهن الإذن فشهد به المرتهن للمعير قبل لعدم التهمة، ويصدق الراهن في عدم الإذن لأن الأصل عدمه.

ولو رهن شخص شيئا من ماله عن غيره بإذنه صح ورجع عليه إن بيع بما بيع به، أو بغير إذنه صح ولم يرجع عليه بشيء كمنظيره في الضامن فيهما. وقد ألغز العلامة الدميري هنا فقال لنا: مرهون يصح بيعه جزما بغير إذن المرتهن وصورته استعار شيئا ليرهنه بشروطه ففعل ثم اشتراه المستعير من المعير بغير إذن المرتهن لعدم تفويت الوثيقة، وما جزم به احتمال للبلقيني تردد بينه وبين مقابله من عدم الصحة، ورجح الصحة جمع ونقل ذلك عن تصريح الجرجاني، وهو الأوجه لأن شراءه لا يضر المرتهن بل يؤكد حقه لأنه كان يحتاج لمراجعة المعين وربما عاقه ذلك وبشراء الرهن ارتفع ذلك، ولو حكم بها شافعي برهن ثم استعاده الراهن فأفلس أو مات فحكم مخالف يرى قسمته بين الغرماء بها نفذ إن كان من مذهبه بطلانه بقبض الراهن حتى أفلس أو مات بعد صحته لأن هذه قضية طرأت لم يتناولها حكم الشافعي لاتفاقهما على الصحة أو لا، قاله أبو زرعة، وتبعه على ذلك جمع ممن بعده، وهي قاعدة تخرج منها مسائل من الإجارة والهبة وتعليق الطلاق قبل العصمة ونحوها، وما ذكره ظاهر إن حكم بالصحة، فإن حكم بموجبه فلا لتناوله لذلك حينئذ، لأنه مفرد مضاف لمعرفة فيعم الآثار المترتبة عليه سواء الموجودة والتابعة وهذا هو الذي كان الوالد رحمه الله تعالى يراه وأفتى به بعض أكابر العصر بعده وقول كثير ممن أدركناه منتصرا لكلام العراقي إن ذلك خرج من المخالف مخرج الإفتاء لا اعتبار به، إذ لو نظرنا إلى ذلك لما استقرت غالب الأحكام.

## (فصل)

### في شروط المرهون به ولزوم الرهن

(شرط المرهون به) ليصح الرهن (كونه ديناً) ولو زكاة تعلقت بالذمة، ويحمل القول بالمنع على عدم تعلقها بها أو منفعة كالعمل في إجارة الذمة لإمكان استيفائه ببيع المرهون وتحصيله من ثمنه لا إجارة العين لتعذر استيفائه من غير المعين وإن بيع المرهون، ولا بد من كونه أيضاً معيناً معلوماً قدره وصفته، فلو جهله أحدهما أو رهن بأحد الدينين لم يصح الرهن، وقد يغني العلم عن التعيين لأن الإيهام ينافيه، ولو ظن ديناً فرهن أو أدى فبان خلافه لغا كل من الرهن والأداء، أو ظن صحة شرط رهن فاسد فرهن وثم دين في نفس الأمر صح لوجود مقتضيه، واستثنى ابن خيران مما مر ما لو ضمن من درهم إلى عشرة فإنه يجوز بخلاف الرهن به، ونقله الزركشي عنه وأقره، والأوجه الصحة في الرهن كالضمان، إذ المؤثر هنا الجهل والإيهام وهما منتفیان (ثابتاً) أي موجوداً حالاً، ولا يغني عنه لفظ الدين إذ لا يلزم من التسمية الوجود وإلا لم يسم المعدوم معدوماً (لازماً) في نفس كثر البيع بعد الخيار دون دين الكتابة، فاللزوم ومقابله وصفان للدين في نفسه، وإن لم يوجد فحينئذ لا تلازم بين الثبوت واللزوم سواء أوجد معه استقرار كدين إتلاف وقرض أم لا كثر مبيع لم يقبض وأجره ما لم تستوف منفعته.

(فلا يصح) الرهن (بالعين) المضمونة كالمأخوذة بالبيع الفاسد أو السوم و (المغصوبة والمستعار) وألحق بها ما يجب رده فوراً كالأمانة الشرعية (في الأصح) لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها، ولأنها لا تستوفى من ثمن المرهون فيدوم حبسه لا إلى غاية، والثاني يصح كضمانها، وفرق الأول بأن الضامن للعين يقدر على تحصيلها فيحصل المطلوب بالضمان، وحصول العين من ثمن المرهون لا يتصور، أما الأمانة كالوديعة فلا يصح بها جزماً، وبه علم بطلان ما اعتيد من أخذ رهن من مستعير كتاب موقوف، وبه صرح الماوردي وما أفتى به القفال من لزوم شرط الواقف ذلك، والعمل به مردود بأنه رهن بالعين لا سيما وهي غير مضمونة لو تلفت من غير تقصير وبأن الراهن بعض المستحقين وهو لا يكون كذلك، وقال السبكي: إن عنى الرهن الشرعي فباطل أو اللغوي وأراد أن يكون المرهون تذكرة صح وإن جهل مراده احتمل بطلان الشرط حملاً على الشرعي، فلا يجوز إخراجه برهن تعذره ولا بغيره لمخالفته للشرط أو لفساد الاستثناء، فكأنه قال: لا يخرج مطلقاً، وشرط هذا صحيح لأن خروجه مظنة ضياعه، واحتمل صحته حملاً على اللغوي وهو الأقرب تصريحاً للكلام ما أمكن انتهى. واعترض الزركشي ترجيحه بأن الأحكام الشرعية لا تتبع اللغة، وكيف يحكم بصحته مع امتناع حبسه شرعاً فلا فائدة لها. وأجيب عنه بأنه إنما عمل بشرطه مع ذلك لأنه لم يرض بالانتفاع به إلا بإعطاء الآخذ وثيقة تبعته على إعادته وتذكره به حتى

لا ينسأه وإن كان ثقة لأنه مع ذلك قد يتباطأ في رده كما هو مشاهد ويبعث الناظر على طلبه لأنه يشق عليه مراعاتها، وإذا قلنا بهذا فالشرط بلوغها ثمنه لو أمكن بيعه على ما بحث إذ لا يبعث على ذلك إلا حينئذ واعلم أن محل اعتبار شرط عدم إخراجته وإن ألغينا شرط الرهن ما لم يتعسر الانتفاع به في ذلك المحل وإلا جاز إخراجته منه لموثوق به ينتفع به في محل آخر ويرده لمحلته عند قضاء حاجته كما أفتى بذلك بعضهم وهو ظاهر.

(ولا) يصح الرهن (بما) ليس بثابت سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة زوجته في الغد أم لا كرهنه على ما (سيقرضه) أو سيشتريه لأنه وثيقة حق فلا تتقدم عليه كالشهادة، وعن ذلك المداخل في الدين بتجوز احتراز بقوله ثابتا، وهذه المسائل خرجت عن الصحة بقوله دينا كذا قاله الشارح مشيرا للرد به على من قال من الشراح: إن قوله لازم يغني عن ثابت لأنه يصح أن يقال: دين القرض ثابت ودين الكتابة غير لازم: أي في حد ذاتهما، فدفع المصنف ذلك بقوله ولا يصح بما سيقرضه إلى آخره لأنه ليس بموجود حقيقة فليس بثابت وحينئذ فكان يستغني عن ثابت بلازم.

(و) قد يغتفر تقدم أحد شقي الرهن على ثبوت الدين لحاجة التوثيق كما (لو) (قال: أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك) هذا أو الذي صفته كذا (فقال: اقترضت ورهنت، أو قال بعته بكذا وارتهنت) بثمنه هذا (الثوب) أو ما صفته كذا (فقال: اشتريت ورهنت صح في الأصح) لأن شرط الرهن في ذلك جائز فمزجه أولى لأن التوثيق فيه أكد لأنه قد لا يفي بالشرط، ويفارق بطلان كاتبك بكذا وبعته هذا بدينار فقبلهما بأن الرهن من مصالح البيع والقرض ولهذا جاز شرطه فيهما مع امتناع شرط عقد في عقد، بخلاف البيع والكتابة، قال القاضي: ويقدر في المبيع وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه كما يقدر الملك بالمبيع الملتمس في المبيع الضمني اهـ. والأوجه عدم الاحتياج لذلك هنا لاغتفار التقدم فيه للحاجة كما تقرر بخلاف ذلك لا بد منه فيه، واستفيد من صنع المصنف أن الشرط وقوع أحد شقي الرهن بين شقي نحو البيع والآخر بعدهما، فيصح إذ قال: بعني هذا بكذا ورهنت به هذا فقال: بعته وارتهنت.

ولو قال: بعته أو زوجتك أو أجزتك بكذا على أن ترهنني كذا فقال: اشتريت أو تزوجت أو استأجرت ورهنت صح كما رجحه ابن المقري وإن لم يقل الأول بعد ارتهنت أو قبلت لتضمن هذا الشرط الاستيجاب ومن صور المزج أن يقول: بعني عبدك بكذا ورهنت به الثوب فيقول: بعته وارتهنت، ومقابل الأصح لا يصح قال الرافعي: وهو القياس لأن أحد شقي العقد قد تقدم على ثبوت الدين. وأجاب الأول بأن ذلك اغتفر لحاجة التوثيق.

(ولا يصح) الرهن بغير لازم ولا آيل للزوم ولو ثابتا لأنه لا فائدة في التوثيق بدين يتمكن المدين من إسقاطه فلا يصح (بنجوم الكتابة) لما سلف (ولا يجعل الجعالة قبل الفراغ) ولو بعد الشروع في العمل بخلافه بعد الفراغ للزوم حينئذ (وقيل: يجوز بعد الشروع) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ورد بأن الأصل في البيع اللزوم إذ القصد منه الدوام، بخلاف الجعالة لجواز فسخها من كل منهما قبل تمام العمل فيسقط به الجعل وإن لزم الجاعل بفسخه وحده أجره المثل (ويجوز) الرهن (بالثمن في مدة الخيار) لأنه آيل إلى اللزوم، والأصل في وضعه اللزوم كما تقرر. ومحلّه حيث ملك البائع الثمن بأن كان الخيار للمشتري وحده كما مر، ولا يباع المرهون إلا بعد انقضاء الخيار، وقول الشارح ودخلت المسألة في قوله لازما بتجوز يجاب عنه بأن من عادة المصنف ذكر المتفق عليه ثم يذكر المختلف فيه بعده.

(و) يجوز (بالدين) الواحد (رهن بعد رهن) وإن كان جنسهما مختلفا لأنه زيادة في الوثيقة وبصيرا كما لو رهنهما معا (ولا يجوز أن يرهنه المرهون) مفعول ثان كما أفاده الشارح، وقول الإسنوي إن تركيب المصنف هنا غير مستقيم فإن الجار والمجرور متعلق برهن وهو مصدر وتقديم معمول المصدر ممتنع مردود بقول التفتازاني إن الحق جواز ذلك في الظروف لأنها مما يكفيه راحة الفعل انتهى. وفصل ابن هشام في شرح بانث سعاد فقال ما حاصله: إن كان المصدر ينحل لأن والفعل امتنع مطلقا، وإن كان لا ينحل لأن والفعل جاز مطلقا، ثم قال: وكثير من الناس يذهل عن هذا فيمنع تقديم معمول المصدر مطلقا (عنده بدين آخر) مع بقاء رهنه الأول (في الجديد) وإن وفى بالدينين أو كانا من جنس واحد كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن، والقديم الجواز ونص عليه في الجديد أيضا، كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد، وفرق الأول بأن ذلك شغل فارغ فهو زيادة في التوثيقة وهذا شغل مشغول فهو نقص منها. نعم لو فدى المرتهن مرهونا جنى أو أنفق عليه بإذن الراهن كما قاله القاضي أبو الطيب والرويانى وإن نظر فيه الزركشي أو الحاكم لنحو غيبة الراهن أو عجزه ليكون مرهونا بالفداء والنفقة أيضا صح لأن فيه مصلحة حفظ الرهن.

ولو رهن الوارث التركة التي عليها الدين ولو غير مستغرق لها من غريم الميت بدين آخر لم يصح كالعبد الجاني وتنزيبا للرهن الشرعي منزلة الجعلي (ولا يلزم) الرهن من جهة راهنه (إلا) بإقباضه أو (بقبضه) أي المرتهن نظير ما مر في البيع مع إذنه له فيه إن كان المقبض غيره لقوله تعالى {فرهان مقبوضة} فلو لم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة، ولأنه عقد إرفاق كالقرض ومن ثم لم يجبر عليه، ولا ترد الوصية لأنها إنما تحتاج إلى القبول

فيما إذا كان الموصى له معيناً فللراهن الرجوع فيه قبل القبض. أما المرتهن لنفسه فلا يلزم في حقه بحال. وقد يتصور فسخه للرهن بعد قبضه كأن يكون الراهن مشروطاً في بيع ويقبضه قبل التفرق من المجلس ثم يفسخ البيع فيفسخ الرهن تبعاً كما قاله الرافعي في باب الخيار، وإنما يصح القبض والإقباض (ممن يصح عقده) أي الرهن فلا يصح من نحو مجنون ومجور ومكره وصبي لانتفاء أهليتهم، ولا من وكيل راهن جن أو أغمي عليه قبل إقباض وكيله، ولا من مرتهن أذن له الراهن أو أقبضه فطراً له ذلك قبل قبضه، ولا يرد عليه غير المأذون فإنه تصح وكالته في القبض مع عدم صحة ارتهانه، وكذا سفيه ارتهين عليه على دينه ثم أذن له في قبض الرهن لأنه ذكر الأول كما يأتي. والثاني إن سلم ما ذكر فيه تعين كونه بحضرة الولي وحينئذ فهو القابض في الحقيقة

(وتجري فيه) أي في كل من الإقباض والقبض (النيابة) كالعقد (لكن لا يستتبع) المرتهن في القبض (راهننا) مقبضاً لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض، فعلم أنه لو كان الراهن وكيلاً في عقد الرهن فقط أو ولياً فرشد موليه أو عزل هو جاز للمرتهن أن يستتبعه في القبض من المالك لانتفاء العلة، وما قيل من إنه كان الأولى له أن يقول ولا عكسه لأن الراهن لو قال للمرتهن وكلتك في قبضه لنفسك لم يصح وقد توقف فيه الأذرعى، فإنهم أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه صح وهو إنابة في المعنى رد بان إذنه إقباض منه لا توكيل (ولا) يستتبع (عبده) أي رقيق الراهن لأن يده كيدته سواء المدبر والمأذون له وغيرهما، ولا يعارضه ما لو وكل رجل العبد في شراء نفسه من مولاه حيث يصح مع أنه لا يصح فيما لو وكل مولاه لأن شراء العبد نفسه صحيح في الجملة لتشوف الشارع إلى العتق فلم ينظروا فيه إلى تنزيل العبد منزلة مولاه في ذلك (وفي المأذون له) في التجارة (وجه) لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب ويرد باللزوم من جهة السيد في المكاتب بخلاف المأذون (ويستتبع مكاتبه) لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبي، ومثله المبعوض إن كان بينه وبين سيده مهياًة ووقع القبض في نوبته وإن وقع التوكيل في نوبة السيد ولم يشرط فيه القبض في نوبته.

(ولو) (رهن) ما له بيد غيره منه كأن رهن (ودیعة عند مودع أو مغبوباً عند غاصب) أو مؤجراً عند مستأجر أو مقبوضاً بسوم عند مستام أو معاراً عند مستعير أو مأخوذاً ببيع فاسد عند أخذه (لم يلزم) هذا الرهن (ما لم يمض زمن إمكان قبضه) أي المرهون كمنظيره في البيع لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان وعلى القبض، لكن سقط القبض إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها فبقي اعتبار الزمن، فإن كان الرهن حاضراً في قبضه مضى زمن يمكن فيه نقله إن كان منقولاً، وإن كان عقاراً اعتبر

مقدار التخلية وإن كان غائباً، فإن كان منقولاً اعتبر فيه مضي زمن يمكن فيه المضي إليه ونقله وإلا اعتبر مضي زمن يمكن المضي فيه إليه وتخليته، ولو اختلفا في الإذن أو في انقضاء هذه المدة فالقول للراهن. وأفهم كلامه عدم اشتراط ذهابه إليه، وهو الأصح (والأظهر اشتراط إذنه) أي الراهن (في قبضه) لأن يده كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرض للقبض عنه. والثاني لا يشترط لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن في القبض، ولو رهن الأب ماله عند طفله أو عكسه اشترط فيه مضي ما ذكر وقصد الأب قبضاً إذا كان مرتها وإقباضاً إذا كان راهناً كالإذن فيه (ولا يبرئه ارتها عنه عن الغصب) وإن لم، لأنه وإن كان عقد أمانة الغرض منه التوثق وهو لا ينافي الضمان فإن المرتهن لو تعدى في المرهون ضمنه مع بقاء الرهن فإذا كان لا يرفع الضمان فلأن لا يدفعه ابتداءً أولى، وشمل كلامه ما لو أذن له بعد الرهن في إمساكه رهنًا ومضت مدة إمكان قبضه، وكذا لا يبرأ المستعير بالرهن وإن منعه المعير الانتفاع لما مر، ويجوز له الانتفاع بالمعار الذي ارتهنه لبقاء الإعارة، فإن رجع المعير فيه امتنع ذلك عليه، وللغاصب إجبار الراهن على إيقاع يده عليه لبرأ من الضمان ثم يستعيده منه بحكم الرهن. فإن لم يقبل رفع إلى الحاكم ليأمره بالقبض، فإن أبى قبضه الحاكم أو مأذونه ويرده إليه، ولو قال له القاضي: أبرأتك أو استأمنتك أو أودعتك، قال صاحب التهذيب في كتابه التعليق: برئ وليس للراهن إجباره على رد المرهون إليه ليقع يده عليه ثم يستعيده منه المرتهن بحكم الرهن إذ لا غرض له في براءة ذمة المرتهن (ويبرئه) عن الغصب (الإيداع في الأصح) لأن الإيداع أئتمان وهو ينافي الضمان بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أميناً بخلاف الرهن، والثاني لا يبرئه كالرهن ورد بما مر، ولو أبرأ الغاصب من ضمان المغصوب مع وجوده لم يبرأ إذ الأعيان لا يبرأ منها لأن الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تمليكها، وكذا إن أبرأه عن ضمان ما يثبت في الذمة بعد تلفه لأنه إبراء عما لم يثبت، ولو أجره المغصوب أو قارضه فيه أو عقد عليه الشركة أو وكله في التصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما أو إعارة أو زوجه إياه لم يبرأ لما علم مما مر في رهنه منه، وظاهر أنه إن تصرف في مال القراض أو فيما وكل فيه برئ لأنه سلمه بإذن مالكه وزالت عنه يده، وقد علم مما تقرر إلحاق كل يد ضامنة بالغاصب وأنه لا يختص هذا الحكم بالارتها ولا بالغصب.

(ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة) وبيع وإعتاق وإصدار لزوال الملك (وبرهن) أعاد الباء لئلا يتوهم أنه من المزيل (مقبوض وكتابة) ولو فاسدة لتعلق حق الغير به، وكلامه يقتضي أن الهبة والرهن بدون قبض لا يكون رجوعاً، لكن نقل السبكي وغيره عن النص أنه رجوع وهو المعتمد، وقال الأذرعي: إنه الصواب فكلام المصنف تمثيل (وكذا تدبير)

يحصل به الرجوع (في الأظهر) إذ مقصوده العتق وهو مناف للرهن والثاني لا، لأن الرجوع عن التدبير ممكن (وبإحبالها) منه أو من أصله كما في فتاوى القاضي لتعلق العتق به. وضابط ذلك أن كل تصرف يمنع ابتداء الرهن فطريانه قبل القبض يبطل الرهن، وكل تصرف لا يمنع ابتداءه لا يفسخه قبل القبض إلا الرهن والهبة من غير قبض (لا الوطاء) فقط لأنه استخدام (و) لا (التزويج) إذ لا تعلق له بمورد الرهن بل رهن المزوج ابتداء جائز، سواء أكان المزوج عبدا أم أمة ولا الإجارة وإن حل الدين المرهون به قبل انقضائها، وتقييد الفارقي بما إذا كانت قيمته مؤجرا لا تنقص عن قدر الدين وإلا كان رجوعا كما لو تصرف بما يخرج المرهون عن أن يستوفي منه الدين كان رجوعا، فكذا إذا كان يمنع من استيفاء بعضه مردود بظاهر إطلاق الأصحاب لأن الرهن قبل القبض ليس بلازم.

(ولو) (مات العاقد) رهننا أو مرتبنا أو وكيلاهما أو وكيل أحدهما (قبل القبض) للمرهون (أو جن) أو أغمي عليه أو حجر عليه بسفه أو فلس (أو تخمر العصير أو أبق العبد) قبل القبض فيهن أو جنى (لم يبطل) أي الرهن (في الأصح) أما في الموت فلأن مصير الرهن إلى اللزوم فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار، ووجه مقابله أنه جائز كالوكالة، وعلى الأول يقوم وارث الراهن مقامه في الإقباض ووارث المرتهن مقامه في القبض، وقول البلقيني: إذا كان هناك دين لم يقدم المرتهن به وإن أقبضه الوارث لتعلق حق الغرماء بجميع التركة بالموت وليس للورثة التخصيص وفي إقباضه تخصيص مردود، إذ المخصص في الحقيقة عقد المورث وأما الإغماء وما بعده فكالموت بل أولى، ويعمل المولي بالمصلحة فيجيز له ما له فعلة ابتداء كان يخشى ولي الراهن إن لم يسلمه فسخ بيع شرط فيه الرهن وفي إقضائه حظ، ولا يسلمه إن كان الرهن تبرعا إلا لضرورة أو غبطة ويفعل ولي المرتهن عند عدم إقباضه الرهن المشروط في بيع الأصل من فسحه أو إجازته.

ولو خرس الرهن قبل الإذن في القبض وأذن بالإشارة المفهمة قبضه المرتهن وإلا لم يقبضه أو بعد الإذن وقبل القبض لم يبطل إذنه وأما في التخمر والإيقاق فبالقياس على ما لو كان بعد القبض لاغتفار ما يقع في المدوام ووجه مقابله اختلاله في حال ضعف الرهن وعدم لزومه، لكن ما دام خمرا ولو بعد القبض حكم الرهن باطل لخروجه عن المالية فإذا تخلل عادت الرهنية ولو قبل القبض، ومن ثم لو تخمر ثم تخلل قبضه خلا. ولا يصح القبض في حال الخمرية، فإن فعل استأنف القبض بعد التخلل لفساد القبض الأول. وللمرتهن الخيار في بيع شرط فيه الرهن بانقلاب العصير خمرا قبل القبض وإن تخلل لنقص الخل عن العصير، بخلاف انقلابه بعد القبض لأنه تخمر في يده وتخمير المبيع قبل قبضه

كتخمر الرهن بعده في بطلان حكم العقد وعوده إذا عاد خلا، لا في عدم ثبوت الخيار أيضا.

ولو مات المرهون فديغ المالك أو غيره جلده لم يعد رهنا لأن ماليته حدثت بالمعالجة، ولا نظر لكون الخل قد يحدث بها فإنه نادر، ولو أعرض عنه المالك ملكه دابغه وخرج عن الرهن كما قاله الأذرعى، وعلم مما تقرر صحة رهن العصير مطلقا وإن كان قابلا للتخمر.

(وليس للراهن المقبض) (تصرف) مع غير المرتهن بغير إذنه (يزيل الملك) كبيع وهبة ووقف إذ لو صح لفاتت الوثيقة، فإن كانت معه أو بإذنه صحت كما سيأتي. نعم له قتله قودا ودفعها، وكذا لنحو ردة إذا كان واليا (لكن) مع قولنا لا يصح تصرفه (في إعتاقه) أي الراهن المالك وإعتاق مالك جانيا تعلق أرش الجناية برقبته تبرعا أو غيره (أقوال أظهرها ينفذ) بالمعجمة في الحال (من الموسر) بقيمة المرهون، بل بحث البلقيني اعتبار يساره بأقل الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين وهو كما قال الزركشي التحقيق أما المعسر فلا لأنه عتق يبطل به حق الغير ففرق فيه بين المعسر والموسر كعتق الشريك، فإن أسر بعضها عتق بقدر ما أسر بقيمة وإقدام الموسر على عتق المرهون جائز كما اقتضاه نص الشافعي كما قاله البلقيني وغيره واقتضاه أيضا كلام الرافعي وغيره في باب النذر، وإن نقل عن الأم في بحث التنازع في جناية المرهون امتناع إقدامه عليه. والثاني ينفذ مطلقا وبغرم المعسر إذا أسر القيمة وتصير رهنا والثالث لا ينفذ مطلقا (و) على الأول (يغرم قيمته يوم) أي وقت (عتقه وتصير رهنا) أي مرهونة ولو في ذمته كأرش الجناية في ذمة الجاني كما قاله ابن النقيب وغيره وهو ظاهر، إذ لا يظهر فرق بين قيمة العتق وقيمة المجني عليه. نعم يشترط قصد دفعها عن جهة الغرم فسائر المديون، فلو قال: قصدت الإيداع صدق بيمينه وقد علم أنها لا تحتاج لعقد وإن حل الدين وهو مراد من عبر بأنها تجعل رهنا، هذا إن لم يحل المدين، وإلا فبحث الشيخان أنه يخير بين غرمها وصرفها في قضاء الدين، وهو أوجه مما نقلاه عن العراقيين من أنه لا معنى للرهن في ذلك، وشمل كلامه في حالة نفوذ عتقه ما لو كان عن كفارته، بخلاف كفارة غير المرتهن بسؤاله لأنه بيع إن وقع بعوض وإلا فهبة وهو ممنوع منهما من غير المرتهن. ولا يرد على ذلك إعتاق وارث الراهن المرهون عن مورثه وإعتاق وارث المديون عبد التركة مع كونه مرهونا عن مورثه لأن الوارث خليفة مورثه ففعله كفعله في ذلك ولأن الكلام في إعتاق الراهن بنفسه وفي الرهن الجعلي لا غيرهما، ثم ظاهر أن الإعتاق عن المرتهن جائز كالبيع منه (وإن لم ننفذه) لكونه معسرا (فانفك) الرهن بإبراء أو غيره (لم ينفذ في الأصح) لأنه أعتقه وهو لا يملك إعتاقه فأشبهه ما لو أعتق المحجور



عليه بالسفه ثم زال عنه الحجر. والثاني ينفذ لزوال المانع. وعلى الأول لو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق أيضا كما فهم بطريق الأولى.

ولو استعار من يعتق عليه ليرهنه فرهنه ثم ورثه فالأوجه من ثلاثة احتمالات أنه إن كان موسرا عتق وإلا فلا رعاية لحق المرتهن، وبؤيده ما يأتي في الوصية من أن المريض لو اشترى قريبة في مرضه وعليه دين لم يعتق عليه رعاية لحق صاحب الدين.

(ولو) (علقه) أي عتق المرهون في حال الرهن بفكك الرهن وانفك عتق إذا لم يوجد حال الرهن إلا التعليق ولا يضر، أو علقه (بصفة) أخرى كقدوم زيد فوجدت وقد انفك الرهن بأن انفك مع وجودها أو قبله عتق أيضا لما مر، أو وجدت (وهو رهن فكالإعتاق) فيما مر، فيفرق فيه بين الموسر وغيره لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز.

ولو رهن نصف رقيقه ثم طلق عتق نصفه فإن أعتق نصفه المرهون عتق مع باقيه إن كان موسرا أو غير المرهون، أو أعتق غير المرهون من الموسر وغيره وسرى إلى المرهون على الموسر فما قيل إنه احترز بالإعتاق عن هذه غير صحيح إلا أن يراد بالنسبة للخلاف، ولو كان للمبعض دين على سيده فرهن عنده نصفه صح، ولا يجوز أن يعتقه إذا كان معسرا إلا بإذنه، فإن كان موسرا نفذ بغير إذنه كالمرتهن الأجنبي (أو) وجدت (بعده) أي بعد فكك الرهن نفذ العتق (على الصحيح) والثاني يقول: التعليق باطل كالتنجيز في قول.

(ولا) يصح (رهن لغيره) أي غير المرهون عنده لمزاحمته حق الأول فيفوت مقصود الرهن نعم يجوز بإذن المرتهن، قاله في البيان وغيره: يعني أنه يفسخ الأول ويصح الثاني، وقوله لغيره ليس بقيد فإنه لا يصح رهنه منه بدين آخر كما مر (ولا التزويج) من غيره لأنه يقلل الرغبة وينقص القيمة سواء العبد والأمة والخلية عند الرهن والمزوجة فإن زوج فالنكاح باطل لأنه ممنوع منه قياسا على البيع، واحترز بذلك عن الرجعة فإنها تصح لتقدم حق الزوج (ولا الإجارة) من غيره (إن كان الدين حالا أو يحل قبلها) أي قبل مدتها لأنها تنقص القيمة وتقلل الرغبات كذا أطلقه الجمهور، وقضية كلام التتمة البطلان فيما جاوز المحل فقط تفريقا للصفقة، واختاره جمع متأخرون كالسبكي والأذرعي. وبؤيده ما في الهدنة، وقد يفرق بأن الإجارة هنا لما وقعت مجاوزة للمحل كانت مخالفة لما أذن فيه شرعا فبطلت من أصلها نظير ما مر فيما لو استعار شيئا ليرهنه بعشرة بأكثر، وفي إجارة ناظر الوقف بأزيد مما شرطه الواقف، وكتصرف الوكيل في أزيد مما أذن له فيه الموكل، أما إذا كان يحل بعد انقضائها أو معه فإنها تصح

إن كان المستأجر عدلاً أو رضي المرتهن بيد غير العدل  
وكالمستأجر المستعير، فإن احتمل التقدم والتأخر والمقارنة أو  
اثنتين منها بأن يؤجره على عمل معين كبناء حائط صح كما اقتضاه  
كلام المصنف كالروضة وهو المعتمد ويوجه وإن نظر فيه الإسنيوي  
بأنها إنما امتنعت لنقصها القيمة وذلك غير محقق لعدم تحقق  
سببه، وعلم مما تقرر من امتناع كل انتفاع يضر أن الصورة هنا أن  
الإجارة لا تؤثر نقصاً في القيمة كبناء، وأن تفرغ المأجور لا يطول  
زمنه بعد الحلول ولا تبطل بالحلول بموت الراهن كما رجحه  
الزركشي وغيره لوقوعها صحيحة ابتداء بل يصبر المرتهن إلى  
انقضائها ويضارب مع الغرماء ثم بعد انقضائها يقضي ما فضل له  
من المرهون، فإن فضل منه شيء فللغرماء، أما الإجارة من  
المرتهن فصحيحة ويستمر الرهن (ولا الوطاء) أو الاستمتاع بكراً أو  
ثيباً ولو ممن لا تحبل حذراً من الحبل فيمن تحبل وحسماً للباب في  
غيرها. نعم لو خاف الزنا لو لم يطأها فله وطؤها فيما يظهر لأنه  
كالمضطر قاله الأذرعى، وما ذكره من أن الظاهر فيما لو استعار  
زوجته الأمة ورهنها وكانت حاملاً منه أن له وطأها ما دامت حاملاً  
وإن اشتراها بعد أن رهنها لفقد المحذور جاز على غير مرجح  
الشيخين، أما على مرجحهما فيحرم عليه وطؤها مطلقاً، وخرج  
بالوطاء بقية التمتع فلا تحرم عليه كما جزم به الشيخ أبو حامد  
وجماعة منهم الرافعي في الاستبراء، وقال الروياني وغيره  
بحرماتها أيضاً خوف الوطاء، وقد جمع الشيخ بينهما بحمل الثاني  
على ما لو خاف الوطاء، والأول على ما لو أمنه وهو ظاهر.

(فإن) (وطئ) رهنها المالك لها ولو مع علمه بالتحريم فلا حد  
عليه ولا مهر، وإذا أحبل (فالولد حر) نسيب لأنها علقت به في  
ملكه وعليه أرش البكارة إن افتضها لإتلافه جزءاً من المرهون،  
فإن شاء قضاه من الدين أو جعله رهناً ويعزر العالم بالتحريم  
(وفي) (نفوذ الاستيلاء) من الراهن للمرهونة ومثله سيد الجانية  
(أقوال الإعتاق) السابقة أظهرها ينفذ من الموسر دون المعسر  
ويفعل في قيمتها ما مر ويبيع على المعسر منها بقدر الدين وإن  
نقصت بالتشقيص رعاية لحق الإيلاء، بخلاف غيرها من الأعيان  
المرهونة بل يباع كله دفعا للضرر عن المالك، لكن لا يباع شيء  
عن المستولدة إلا بعد وضع ولدها إذ هي حامل بحر بل وبعد أن  
تسقيه اللبن ويوجد من يستغنى به عنها لئلا يسافر بها المشتري  
فيهلك ولدها. وقياس ما مر في إيجارها أن للمرتهن أن يضارب مع  
الغرماء في مدة الصبر، فإن استغرقها الدين أو عدم مشتري  
البعض بيعت كلها بعد ما ذكر للحاجة إليه في الأولى وللضرورة في  
الثانية. وإذا بيع بعضها أو كلها عند وجود مرضعة فلا يبالي بالتفريق  
بينها وبين الولد لأنه حر وليس للراهن أن يهبها للمرتهن، بخلاف  
البيع لأن البيع إنما جوز للضرورة ولا ضرورة إلى الهبة، ولو مات

الراهن قبل بيعها فإن أبرأ المرتهن عن الدين أو تبرع أجنبي بأدائه عتقت، وإن لم يتفق فهل نقول هي موروثه أو الأمر فيها موقوف، أو نقول لا ميراث ظاهر فإذا بيعت ثبت الميراث؟ يحتمل آراء أقربها الأخير فلو اكتسبت بعد موت المستولد وقبل بيعها فإن أبرأ المرتهن أو تبرع أجنبي فكسبها لها وإن بيعت تبين أن الكسب للوارث خاصة (فإن لم ننفذه) لإعساره (فانفك) الرهن من غير بيع (نفذ) الاستيلاد (في الأصح) بخلاف نظيره في الإعتاق لأنه قول يقتضي العتق في الحال فإذا رد لغا، والإيلاد فعل لا يمكن رده وإنما يمنع حكمه في الحال لحق الغير، فإذا زال حق الغير ثبت حكمه بدليل ما لو بيعت في الرهن ثم ملكها فإنه ينفذ إيلادها، ولو ملك بعضها فهل يسري لباقيها؟ الأوجه نعم كمن ملك بعض من يعتق عليه (فلو) (ماتت) هذه الأمة التي أولدها الراهن (بالولادة) أو نقصت بها وهو معسر حال الإيلاد ثم أيسر (غرم قيمتها) وقت الإحبال في الأولى وتكون (رهنا) من غير إنشاء عقد مكانها، والأرش في الثانية يكون رهنا معها كذلك (في الأصح) لتسببه في هلاكها ونقصها بالإحبال بغير استحقاق، وله صرف ذلك في قضاء دينه، والثاني لا غرم لبعده إضافة الهلاك أو النقص إلى الوطاء، ويجوز كونه من علل وعوارض وموت أمة الغير بالولادة عن وطء شبهة يوجب قيمتها لما مر لا من وطء زنا ولو بالإكراه لأنها لا تضاف إلى وطئه، إذ الشرع قطع النسب بينه وبين الولد، ولا ينافي ذلك ما سيأتي في الغصب أن الغاصب لو أحبل الأمة المغصوبة ثم ردها إلى مالكتها فماتت بالولادة ضمن قيمتها لأن صورته أنه حصل مع الزنا استيلاء تام عليها بحيث دخلت في ضمانه، ولو وطئ حرة بشبهة فماتت بالولادة لم تجب عليه ديتها لأن الوطاء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة لأن الوطاء سبب الاستيلاء عليها والعلوق من آثاره وأدمننا به اليد والاستيلاء والحرة لا تدخل تحت اليد والاستيلاء، ولا شيء عليه في موت زوجته أمة كانت أو حرة بالولادة لتولده من مستحق.

(وله) أي للراهن (كل انتفاع لا ينقصه) أي المرهون، والأفصح تخفيف القاف، قال تعالى {ثم لم ينقصوكم} ويجوز تشديدها (كالركوب) والاستخدام ولو للأمة، لكن قال في الكفاية: إذا منعنا الوطاء فليس استخدامها حذرا منه، ويساعده قول الروياني: يمنع من الخلوة بها، وحينئذ فيستثنى من إطلاق المصنف هذا والأوجه خلافه إلا أن يحمل على ما غلب على الظن وقوع الوطاء بسببه (والسكنى) لخبر البخاري {الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا} وخبر {الرهن مركوب ومحلوب} رواه الدارقطني وصححه، وقيس على ذلك ما أشبهه كلبس وإنزاء فحل على أنثى يحل الدين قبل ظهور حملها أو تلد قبل حلوله، بخلاف ما إذا كان يحل قبل ولادتها وبعد ظهور حملها فليس له الإنزاء عليها لامتناع بيعها دون

حملها لأنه غير مرهون، وإذا أخذ الراهن المرهون للانتفاع الجائر فتلف في يده من غير تقصير فلا ضمان كما صرح به الروياني في البحر. فلو ادعى رده على المرتهن فالصواب أنه لا يقبل كالمرتهن لا يقبل دعواه الرد بيمينه مع أن الراهن أئتمنه باختياره، فكيف يمكن أن يكون الراهن على العكس مع أن المرتهن مجبر على الدفع إليه شرعا (لا البناء والغراس) في الأرض المرهونة لأنهما ينقصان قيمة الأرض. نعم لو كان الدين مؤجلا وقال: أنا أقلع عند حلول الأجل فله ذلك: أي إن لم يورث قلعهما نقصا ولم تطل مدته بحيث يضر بالمرتهن كما هو ظاهر، وبحث الأذرعى استثناء بناء خفيف على وجه الأرض باللبن كمظلة الناطور لأنه يزال عن قرب كالزراع ولا تنقص القيمة به، وله زراعة ما يدرك قبل حلول الدين أو معه كما بحثه الشيخ إن لم ينقص الزرع قيمة الأرض إذ لا ضرر على المرتهن، وحكم البناء والغراس وإن عرف كالذي قبلهما مما مر، لكن أعاده ليبنى عليهما ما بعد ذلك، وحينئذ فإذا حل الدين قبل إدراكه لعارض تركه إلى الإدراك (فإن) كان قيمتها تنقص بذلك المزرع أو كان المزرع مما يدرك بعد الحلول أو (فعل) البناء أو الغراس (لم يقلع) ما ذكر (قبل) حلول (الأجل) لاحتمال قضاء الدين من غير الأرض (وبعده يقلع) حتما (إن لم تف الأرض) أي قيمتها بالدين (وزادت به) أي القلع ولم يأذن الراهن في بيعه مع الأرض ولم يحجر عليه بفلس لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة. أما لو وفيت قيمة الأرض بالدين أو لم تزد بالقلع أو أذن الراهن فيما ذكر أو حجر عليه فلا قلع، بل يباع مع الأرض في الأخيرتين ويوزع الثمن عليهما، وبحسب النقص في الثالثة على المزرع أو البناء أو الغراس، نعم إن كان قيمة الأرض بيضاء أكثر من قيمتها مع ما فيها حسب النقص عليه وليس للراهن السفر بالمرهون وإن كان قصيرا لما فيه من الخطر من غير ضرورة، فإن دعت ضرورة لذلك كما لو جلا أهل البلد لنحو خوف أو قحط كان له السفر به إن لم يتمكن من رده إلى المرتهن ولا وكيله ولا أمين ولا حاكم. نعم قال الأذرعى: والظاهر أنه لو رهنه وأقبضه في السفر أن له السفر به إلى نحو مقصده للقرينة وقيس به ما في معناه (ثم) (أمكن الانتفاع) بالمرهون بما أراده المالك منه (بغير استرداده) له كأن يرهن رقيقا له صنعة يمكن أن يعملها عند المرتهن (لم يسترد) من المرتهن لأجل عملها عنده (وإلا) أي وإن لم يمكن الانتفاع به بغير استرداد كأن يكون دارا يسكنها أو دابة يركبها أو عبدا يخدمه (فيسترد) وقت ذلك للحاجة إلى ذلك جمعا بين الحقين. بخلاف ما إذا كان الانتفاع به بتفويته فلا يأخذه لذلك أصلا، ولا يجب تمكينه من الأمة للخدمة إلا إن أمن غشيانه لها لكونه محرما أو ثقة عنده نحو حليلة يؤمن معها منه عليها، وأفهم التقييد بوقت الانتفاع أن ما يدوم استيفاء منافعه عند الراهن لا يردده مطلقا وإن غيره يردده عند

فراغه فيرد الخادم والمركوب المنتفع بهما نهارا في الوقت الذي جرت العادة بالراحة فيه لا وقت القيلولة في الصيف لما فيه من المشقة الظاهرة ويرد ما ينتفع به ليلا كالحارس نهارا، وفارق هذا المحبوس بالثمن فإن يد البائع لا تزال عنه لاستيفاء منافعه بل يكتسب في يده للمشتري بأن ملك المشتري غير مستقر بخلاف ملك الراهن (وبشهاد) المرتهن على الراهن بالاسترداد للانتفاع في أول مرة (إن اتهمه) أنه أخذه لذلك لئلا يجحد الرهن شاهدين كذا قاله أو رجلا وامرأتين كما في المطلب لأنه في المال، وقياسه الاكتفاء بواحد يحلف معه وإن وثق به لا ظاهر العدالة بأن كانت ظاهر حاله من غير أن يعرف باطنه فلا يكلف الإشهاد كل مرة كما قاله: أي لا يجب عليه الإشهاد أصلا كما اقتضاه كلام الإرشاد وأفهمه كلام الإمام والغزالي وأشار إليه الرافعي في آخر كلامه وهو المعتمد، وعبرة الحاوي الصغير ويشهد لا ظاهر العدالة. قال الزركشي: وعبرة المنهاج: تفهم الاكتفاء بالإشهاد أول دفعة، وأن غير المتهم لا يكلف الإشهاد وهو الأصح وتكفي عدالته، وبما تقرر علم أن عبارة الرافعي والمصنف يرجع النفي في كلامهما إلى الفعل والقييد معا مثل قوله: ولا ترى الضب بها ينحجر أي لا ضب ولا انحجار ومنه قوله تعالى { ما للظالمين من حميم ولا شفيع يطاع } أي لا شفاعاة ولا طاعة وقوله تعالى { وما قتلوه يقينا } فإن النفي لأصل القتل، وحينئذ يفيد نفي أصل الفعل في كل ذلك، ويؤخذ من وجوب الإشهاد هنا صحة ما أفتى به ابن الصلاح أن من لملكه طريق مشترك وطلب شريكه بالإشهاد لزمه إجابته إليه، وقد يفرق بينه وبين إجابة الدائن إلى الإشهاد بالدين لأنه مقصر لرضاه بذمته أولا بخلاف الشريك.

(وله) أي للراهن (بإذن المرتهن) وإن رده فيما يظهر كما أن الإباحة لا ترتد بالرد وفارق الوكالة بأنها عقد (ما منعناه) من الانتفاعات والتصرفات من غير عوض لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه فيحل الوطاء فإن لم تحبل فالرهن بحاله وإن أحبلها وأعتق أو باع أو وهب نفذ وبطل الرهن. قال في الذخائر: فلو أذن له في الوطاء فوطئ ثم أراد العود إلي الوطاء منع لأن الإذن يتضمن أول مرة إلا أن تحبل من تلك الوطاء فلا منع من الرهن لأن الرهن قد بطل أه، وظاهر كلامهم أنه له الوطاء فيمن لم تحبل ما لم يرجع المرتهن عند وجود قرينة تدل على التكرار وإلا فالمطلق محمول على مرة (وله) أي المرتهن (الرجوع) عن الإذن (قبل تصرف الراهن) لأن حقه باق كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل، ويشترط أن يكون مرتهنا لنفسه مع بقاء الأهلية إلى حين التصرف (فإن تصرف) بعد رجوعه بغير إعتاق وإيلاد وهو موسر (جاهلا برجوعه فكتصرف وكيل جهل عزله) من موكله وسيأتي أن الأصح عدم نفوذه، فإن كان عالما برجوعه لم ينفذ قطعا، وأما تصرفه

بالإعتاق والإحبال مع يساره فنافذ كما مر، وللمرتهن الرجوع فيما وهبه الراهن بإذنه في الهبة ولو مع القبض قبل قبض الموهوب إذ لا تتم إلا بقبضها ومثلها الرهن، ولا رجوع له فيما أذن له في بيعه في زمن الخيار لأن البيع مبناه على اللزوم والخيار دخيل فيه، وإنما يظهر أثره في حق من له الخيار وأفهم ذلك أن محل ما ذكر إذا شرط الراهن الخيار لنفسه أو لا لأجنبي، فإن شرطه للمرتهن كانت سلطنة الرجوع له بلا خلاف، ومتى تصرف بإعتاق أو نحوه وادعى الإذن وأنكره المرتهن صدق بيمينه لأن الأصل عدم الإذن وبقاء الرهن، فإن نكل حلف الراهن وكان كما لو تصرف بإذنه، فإن لم يحلف الراهن وكان التصرف بالعق أو الإيلاد حلف العتيق والمستولدة لأنهما يثبتان الحق لأنفسهما، بخلافه في نكول المفلس أو وارثه حيث لا يحلف الغرماء لأنهم يثبتون الحق للمفلس أولاً (ولو) (أذن) له (في بيعه) أي المرهون فباعه والدين مؤجل فلا شيء له على الراهن ليكون رهنا مكانه لبطلان الرهن، أو حال قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه لمجيء وقته، ولا يبطل الرهن فيكون الراهن محجورا عليه في الثمن إلى وفاء الدين، فصورته كما صرح به الدارمي وتبعه الزركشي أن يأذن في بيعه لياخذ حقه أو يطلق، فإن قال: بعه ولا آخذ حقي منه بطل الرهن، فإن أذن له في البيع أو الإعتاق (ليعجل) له المرهون به (المؤجل من ثمنه) أو من غير الثمن في البيع أو قيمته أو من غيرها في الإعتاق بأن شرط ذلك (لم يصح البيع) سواء أكان الدين حالا أم مؤجلا لفساد الإذن بفساد الشرط، وعلم أن كلام المصنف مفروض فيما لو شرط ما مر في حال الإذن، ولا مرية في أنه لو قال: أذنت لك في بيعه لتعجل ونوى الاشتراط كان كال تصريح به، وإنما النظر في حالة الإطلاق هل نقول ظاهره لشرط أو لا؟ والأقرب المنع (وكذا لو) (شرط) في الإذن في بيعه أو إعتاقه (رهن الثمن) أو القيمة مكانه لم يصح ذلك (في الأظهر) لفساده بجهالة الثمن أو القيمة عند الإذن، وليس الانتقال شرطا كالانتقال شرعا، ومقتضى هذه العلة الصحة عند تعيين الثمن، والظاهر عدم الفرق ولهذا علله في الإبانة بأنه كما لو شرط أن يرهن عنده عينا أخرى وهي علة صحيحة وبما تقرر علم جواب الإسئوي عن قوله لا وجه للبطلان في الحال فيما إذا شرط كون الثمن رهنا لأنه تصريح بمقتضى الإذن، بخلافه فيما إذا شرط رهنه أو جعله رهنا لأن رهن المرهون محال، وأنه لا فرق بين شرط جعل الثمن رهنا وبين شرط كونه رهنا، والثاني يصح البيع ويلزم الراهن بالوفاء بالشرط ولا تضر الجهالة في البدل، ولو أذن المرتهن للراهن في ضرب المرهون فضربه فمات لم يضمن لتولده من مأذون فيه، بخلاف ما لو أذن له في تأديبه فضربه فمات

فإنه يضمن لأن المأذون فيه هنا ليس مطلق الضرب بل ضرب تأديب وهو مشروط بسلامة العاقبة.

## (فصل)

### فيما يترتب على لزوم الرهن

(إذا لزم الرهن) بإقباضه (فأليد فيه) أي في المرهون (للمرتهن) غالباً لأنها الركن الأعظم في التوثيق (ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق) ومحل ذلك حيث لم يكن المرهون نحو مسلم أو مصحف وهو كافر أو سلاح وهو حربي أو كبيرة أو خنثى وليس عنده من رجل. فإن كانت صغيرة لا تشتهي أو كان المرتهن محرماً لها أو ثقة من امرأة أو ممسوح أو من أجنبي عنده حليلته أو محرمة أو امرأتان ثقتان وضعت عنده وإلا فعند محرم لها أو ثقة، والأوجه الاكتفاء بالواحدة بالثقة والخنثى كالأمة لكن لا يوضع عند امرأة أجنبية، ولو حل الدين فقال الراهن: رده لأبيعه لم يجب بل يباع في يده، ثم بعد وفائه يسلمه للمشتري برضا الراهن، أي إن كان له حق الحبس كما هو واضح أو للراهن برضا المشتري: أي ما لم يكن له حق الحبس وإلا لم يحتج إلى رضاه كما هو ظاهر، ولا يسلم المشتري الثمن لأحدهما إلا بإذن الآخر فإن تنازعا فالحاكم، ولو قال للمرتهن: احضر معه لأبيعه وأسلم الثمن إليك أو قال: أبيعك منك لم تلزمه الإجابة، ولو قال: احضره وأنا أؤدي من غيره لم يلزمه إحضاره لأن اللازم له التخلية كالمودع فلم. بتأت بيعه إلا بإحضاره ولم يثق بالراهن بعث الحاكم من يقبضه وأجرته على الراهن.

(ولو) (شرطاً) أي الراهن والمرتهن (وضعه) أي المرهون (عند عدل) (جاز) لأن كلا منهما قد لا يثق بصاحبه، وكما يتولى العدل الحفظ يتولى القبض أيضاً كما اقتضاه كلام ابن الرفعة، ولو شرط كونه في يد المرتهن يوماً وفي يد العدل يوماً جاز وخرج بعدل الفاسق فلا يضعانه عنده إذا كانا متصرفين أو أحدهما عن الغير كولي ووكيل وقيم ومأذون له وعامل قراض ومكاتب حيث يجوز لهم ذلك وإلا فيجوز، وعلى هذا يحمل قول الشرحين والروضة عند ثالث، إذ عبارة المصنف أولى لأن مفهومها فيه تفصيل فلا يرد ولو شرطاً وضعه بعد اللزوم عند الراهن صح كما اقتضاه كلام صاحب المطلب خلافاً لما اقتضاه كلام الغزالي، إلا أن يحمل كلامه على ابتداء القبض، ولو ادعى العدل رده إليهما أو هلاكه صدق وليس له رده إلى أحدهما، فإن أتلفه خطأ أو أتلفه غيره ولو عمداً أخذ منه البديل وحفظه بالإذن الأول أو أتلفه عمداً أخذ منه البديل ووضع عند آخر لتعديده بإتلاف المرهون. قال الأذرعى: والظاهر أن أخذ القيمة في المتقوم أما المثلي فيطالب بمثله. قال: وكان الصورة فيما إذا أتلفه عمداً عدواناً أما لو أتلفه مكرهاً أو دفعاً لصيال فيكون كما لو

أُتلفه خطأ انتهى. وهو محمول في الشق الأخير على ما لو عدل عما يندفع به إلى أعلى منه وإلا فلا ضمان (أو عند اثنين) مثلا (ونصا على اجتماعهما على حفظه أو الانفرد به فذاك) ظاهر أنه يتبع الشرط فيه (وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفرد) بحفظه (في الأصح) كما في نظيرة من الوكالة والوصية فيجعلانه في حرز لهما، فإن انفرد أحدهما بحفظه ضمن نصفه أو سلم أحدهما إلى الآخر ضمنا معا النصف، ومقابل الأصح له الانفرد لما في اجتماعهما من المشقة، ولو غصب المرتهن من العدل أو غصب العين شخص من مؤتمن كمودع ثم ردها إلى من غصبها منه برئ، بخلاف من غصب من الملتقط اللقطة قبل تملكها ثم ردها إليه لم يبرأ لأن المالك لم ياتمنه أو غصب العين من ضامن مأذون كمستعير ومستام ثم ردت إليه برئ كما جزم به في الأنوار، ولا ينتقل المرهون عند آخر إلا إن اتفق العاقدان عليه فحينئذ يجوز ولو بلا سبب (ولو) (مات العدل) الموضوع عنده (أو فسق) أو عجز عن حفظه أو زاد فسق الفاسق أو حدثت عداوة بينه وبين أحدهما وطلبا أو أحدهما نقله نقل و (جعله حيث يتفقان) سواء أكان عدلا أم فاسقا، بشرطه المار (وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل) يراه لأنه العدل قطعا للنزاع ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله فكتغير حال العدل ولو لم يشرط في بيع أو كان وارث المرتهن أزيد عدالة منه، إذ الفرض أنه لزم بالقبض ولا يلزم من الرضا بالموروث الرضا بالوارث، فإن تشاحا ابتداء فيمن يوضع عنده وكان قبل القبض لم يجبر الراهن بحال، وإن شرط الراهن في بيع لجوازه من جهته حينئذ فلا يطالبه بإقباضه ولا بالرجوع عنه وزعم مطالبته بأحدهما لئلا يستمر غبنه مردود، وظاهر كلامهم عدم انغزال العدل عن الحفظ بالفسق، وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يكن الحاكم هو الذي وضعه لأنه نائبه.

(ويستحق بيع المرهون عند الحاجة) إليه لوفاء الدين إن لم يوف من غيره وللمرتهن إذا كان بدينه رهن وضامن طلب وفائه من أيهما شاء تقدم أحدهما أو لا، فإن كان رهن فقط فله طلب بيع المرهون أو وفاء دينه فلا يتعين طلب البيع (ويقدم المرتهن بثمنه) على سائر الغرماء إن لم يتعلق برقبته جناية كما يأتي لأن ذلك من فوائد الرهن، وفهم من طلب أحد الأمرين أن للراهن أن يختار البيع والتوفية من ثمن المرهون وإن قدر على التوفية من غيره، ولا نظر لهذا التأخير وإن كان حق المرتهن واجبا فورا لأن تعليقه الحق بعين الرهن رضا منه باستيفائه منه وطريقه البيع، ولا ينافي ذلك تعلق حق المرتهن بغير الرهن أيضا لأن معناه أن المرهون قد لا يوفي ثمنه الدين أو يتلف من غير تقصير فيجب الوفاء من بقية مال الراهن ولا ما يأتي من إجباره على الأداء أو البيع لأنه بالنسبة للراهن حتى يوفي مما اختار لا بالنسبة للمرتهن حتى يجبره على



الأداء من غير الرهن، ويمكن حمل ما اختاره السبكي من وجوب الوفاء إما من الرهن وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به فإنه يجب تعجيلا للوفاء على ما إذا أدى ذلك لتأخير من غير غرض صحيح (ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن) أو وكيله لأن له فيه حقا (فإن لم يأذن) أي المرتهن (قال له الحاكم: تأذن) في بيعه (أو تبرئ) هو بمعنى الأمر: أي ائذن أو أبرئ دفعا لضرر الراهن (ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن) ذلك (ألزمه القاضي قضاء الدين) من محل آخر (أو بيعه فإن أصر) الراهن أو المرتهن على الامتناع أو أقام المرتهن حجة بالدين الحال في غيبة الراهن (باعه الحاكم) عليه ووفى المدين من ثمنه دفعا لضرر الآخر، وظاهر أنه لا يتعين بيعه فقد يجد ما يوفي به المدين من غير ذلك وقد أفتى السبكي بأن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره عند غيبة المديون أو امتناعه لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة فإن كان للغائب نقد حاضر من جنس المدين وطلب المرتهن وفاءه منه وأخذ المرهون فإن لم يكن له نقد حاضر وكان بيع المرهون أروح وطلب المرتهن باعه دون غيره، ولو باعه الراهن عند العجز عن استئذان المرتهن والحاكم صح كما هو قضية كلام الماوردي. قال الزركشي: والظاهر أن مراده حيث يجوز بيعه بأن تدعو إليه ضرورة كالعجز عن مؤنته أو حفظه أو الحاجة إلى ما زاد على دين المرتهن من ثمنه، ولو لم يجد المرتهن عند غيبة الراهن بينة أو لم يكن ثم حاكم في البلد فله بيعه بنفسه كالظافر بغير جنس حقه، وأفتى أيضا فيمن رهن عينا بدين مؤجل وغاب رب الدين فأحضر الراهن المبلغ إلى الحاكم وطلب منه قبضه لينفك الرهن بأن له ذلك، وهو كما قال (ولو) (باعه المرتهن بإذن الراهن) (فالأصح أنه إن باعه بحضرته صح) المبيع (وإلا فلا) يصح لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الاستعجال وترك الاحتياط قال الزركشي: لو كان ثمن المرهون لا يفي بالدين والاستيفاء من غيره متعذر أو متعسر بفلس أو غيره فالظاهر أنه يحصر على أوفى الأثمان تحصيلا لدينه ما أمكنه فتضعف التهمة أو تنتفي. والثاني يصح مطلقا كما لو أذن له في بيع غيره. والثالث لا يصح مطلقا لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه إذ المرتهن مستحق المبيع، ومحل هذه الأقوال حيث كان الدين حالا ولم يعين له الثمن ولم يقل: استوف حقا من ثمنه فإن كان مؤجلا صح جزما، أو قدر الثمن له صح على غير الثالث لانتفاء التهمة، أو قال: بعه واستوف حقا من ثمنه لم يصح على غير الثاني لوجود التهمة، وإذن الوارث لغرماء مورثه في بيع التركة والسيد للمجني عليه في بيع الجاني كإذن الراهن للمرتهن في بيع المرهون (ولو شرط) بضم أوله في عقد الرهن (أن يبيعه) أي المرهون (العدل) أو غيره ممن هو تحت يده عند المحل (جاز) وصح هذا

الشرط (ولا تشترط) (مراجعة الراهن) في البيع (في الأصح) لأن الأصل بقاء الإذن الأول والثاني تشترط لأنه قد يكون له غرض في بقاء العين وقضاء الحق من غيرها واحتراز بالراهن عن المرتهن فيشترط مراجعته قطعاً كما نقله الرافعي عن العراقيين، فإنه ربما أمهل أو أبرأ وهو المعتمد لأن إذنه في البيع قبل القبض غير صحيح، بخلاف الراهن وقد حمل السبكي عدم الاشتراط على ما إذا كانا أذنا له، والاشتراط على ما إذا شرط في الرهن أن العدل يبيعه أو أذن له الراهن فقط فيشترط إذن المرتهن لأنه لم يأذن قبل، فعلى كلامهم لا بد من إذنه إن لم يأذن قبل، وعلى كلام الإمام لا يحتاج لتقدم إذنه فما تطابقا على محل واحد، لكن مقتضى كلامهم اشتراط مراجعة المرتهن مطلقاً وإن قال الإمام: لا خلاف أنه لا يراجع لأن غرضه توفية الحق وينعزل العدل بعزل الراهن له أو موته لأنه وكيله لا المرتهن إذ إذنه شرط في صحته، لكن يبطل إذنه بعزله أو بموته، فإن جدده له لم يشترط تجديد توكيل الراهن له لأنه لم ينعزل، وإن جدد الراهن إذنا له بعد عزله له اشترط إذن المرتهن لانعزال العدل بعزل الراهن (فإذا باع) العدل وقبض الثمن (فالثمن عنده من ضمان الراهن) لأنه ملكه والعدل نائبه، فما تلف في يده كان من ضمان المالك ويستمر ذلك (حتى يقبضه المرتهن) ولو ادعى العدل تلف الثمن في يده ولم يبين سبباً صدق بيمينه لأنه أمين، فإن بينه فعلى ما يأتي في الوديعة، وإن ادعى تسليمه للمرتهن فأنكر صدق بيمينه لأن الأصل عدم التسليم، وإذا رجع بعد حلفه على الراهن رجع على العدل الراهن وإن صدقه في التسليم أو كان قد أذن له فيه أو لم يأمره بالإشهاد لتقصيره بترك الإشهاد، نعم لو شرط عليه عدم الإشهاد لم يضمن قطعاً، صرح به الدارمي، ولو ادعى غيبة من أشهدهم أو موتهم وصدق الراهن لم يرجع عليه لاعترافه له فإن كذبه رجع لأن الأصل عدم الإشهاد (ولو) (تلفت ثمنه في يد العدل ثم استحق المرهون) المبيع (فإن شاء المشتري رجع على العدل) لوضع يده عليه (وإن شاء) رجع (على الراهن) لإلجائه المشتري شرعاً إلى التسليم للعدل بحكم توكيله (والقرار عليه) أي الراهن، وظاهر كلامه عدم الفرق بين تلفه بتفريط وغيره والأصح خلافه، فيضمن حينئذ العدل وحده كما اقتضاه كلام الماوردي، قال: الأذرعى: وتعليهم يرشد إليه وهو الوجه، قال السبكي: وهو الأقرب لأن سبب تضمين الموكل أنه أقام الوكيل مقامه وجعل يده كيده، فإذا فرط الوكيل فقد استقل بالعدل فليستقل بالضمان، قال الإسنوي: والمرتهن إذا صححنا بيعه كالعدل فيما ذكر ومحل نفي الضمان عن المرتهن إذا لم يتسلم الثمن، فإن تسلمه ثم أعاده للعدل صار طريقاً في الضمان. (ولا يبيع العدل) أو غيره المرهون (إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده) كالوكيل ويؤخذ منه عدم صحة شرطه الخيار لغير موكله وأنه

لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن وإلا ضمن، ولو باع بدون ثمن المثل أو بغير نقد البلد لم يصح بيعه. نعم يغتفر النقص عن ثمن المثل لما يتغابن به الناس حيث لا راغب بأزيد وإلحاق الإسنوي الراهن والمرتهن به رده الزركشي تبعا لابن النقيب بأن الحق لهما لا يعدوهما فيجوز بغير ذلك بخلاف العدل، ورد عليه الشيخ بأن الكلام في كل منهما منفردا، نعم محله في بيع الراهن كما قاله الزركشي فيما إذا نقص عن الدين، فإن لم ينقص عنه كما لو كان المرهون يساوي مائة والدين عشرة فباعه بإذن المرتهن بالعشرة صح، إذ لا ضرر على المرتهن في ذلك، ولو قال الراهن للعدل: لا تبعه إلا بالدرهم وقال له المرتهن: لا تبعه إلا بالدنانير ولم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن كذا أطلقاه، ومحله كما قال الزركشي إذا كان للمرتهن فيه غرض وإلا كان حقه دراهم ونقد البلد دراهم فقال الراهن: بع بالدرهم وقال المرتهن: بع بالدنانير فلا يراعى خلافه، ويباع بالدرهم كما قطع به القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما، وإذا امتنع على العدل المبيع بواحد منهما باعه الحاكم بنقد البلد وأخذ به حق المرتهن إن لم يكن من نقد البلد أو باع بجنس الدين وإن لم يكن من نقد البلد إن رأى ذلك حيث كان الرهن بقدر الحق (فإن) (زاد) في الثمن (راغب) يوثق به زيادة لا يتغابن بمثلها بعد لزوم البيع لم يؤثر ويسن أن يستقبل المشتري لبيعه من الراغب بالزيادة أو من المشتري إن شاء أو زاد الراغب (قبل انقضاء الخيار) للمجلس أو الشرط وهو ممن يوثق به (فليفسخ) أي العدل البيع حتما (وليبعه) له أو للمشتري إن شاء، ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان فسخا وهو أولى وأحوط لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب، فلو لم يفعل ما ذكر انفسخ لأن زمن الخيار كحالة العقد وهو يمتنع عليه أن يبيع بثمن وهناك راغب بزيادة، فلو رجع الراغب عن الزيادة فإن كان قبل التمكن من بيعه فالبيع الأول بحاله وإلا بطل واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك فلا يشكل بامتناع بيع الوكيل ما رد عليه بعيب أو بفسخ مشتريه بخيار مختص به لزوال ملك. موكله عن المبيع فيهما ولو لم يعلم العدل بالزيادة حتى لزم البيع وهي مستقرة. قال السبكي: الأقرب عندي تبين الفسخ لكن لم أر من صرح به، ولو ارتفعت الأسواق في زمن الخيار فينبغي أن يجب عليه الفسخ كما لو طلب بزيادة بل أولى ولم يذكره، ولا فرق في هذا بين عدل الرهن وغيره من الوكلاء والأوصياء ونحوهم ممن يتصرف لغيره.

(ومؤنة المرهون) التي بها بقاؤه من نفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة سقي أشجار وجزا ذمار وتجفيفها ورد أبق ونحو ذلك (على الراهن) المالك إجماعا، فعلم منه أن مؤنة المرهون المستعار على المالك لا الراهن (ويجبر عليها لحق المرتهن على

الصحيح) حفظا للوثيقة. والثاني لا يجبر عند الامتناع، ولكن يبيع القاضي جزءا منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا، وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكما يأتي في هرب الجمال لا يقال قوله: ويجبر عليها إلخ حشو غير محتاج له بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه وأن الخلاف إنما هو في الإيجاب وليس كذلك، ولو حذفه لكان أصوب. نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإبهام خاصة. لأننا نمنع ذلك، إذ كلام الروضة صريح في أن الخلاف في الإيجاب وعدمه فقط، والاختصاص الخلاف بهذا لم يفرعه على ما قبله ولم يغن عنه من حيث الخلاف ولا من حيث الحكم لأن رعاية حق المرتهن أوجبت عليه حق الملك وحق الله تعالى، وقد قدمنا أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكى عن الحسن البصري وحينئذ فثبوت الواو متعين واستثناء المؤن المتعلقة بالمداواة كفصد وحجامة وتوديج دابة وهو بمنزلة الفصد في الآدمي ومعالجة بأدوية حيث لا تجب عليه من كلامهم غير صحيح لعدم تسميتها مؤنة فلم يتناولها كلامهم، لكن سيأتي في النفقات أنه يجب على السيد أجره الطبيب وثمان الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء بداعية الطبع في حق نفسه، بل الرقيق أولى بذلك من القريب فيحمل ما هنا من عدم الوجوب على أنه لا يجب ذلك من خالص ماله بل في عين المرهون يباع جزء منه لأجلها إن لم يتعذر بيع جزء منه وإلا وجب في خالص ماله حفظا لحق القن، ولهذا ذكرها المصنف عقب ذلك بقوله

(ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون كفصد وحجامة) ومعالجة بالأدوية والمراهم حفظا لملكه ولأن فيه مصلحة، وقلما يتولد منه ضرر فلو لم تكن حاجة منع من الفصد دون الحجامة قال الماوردي والرويانى لخبر روى {قطع العروق مسقمة والحجامة خير منه} وله ختان الرقيق إن لم يخف منه وكان يندمل قبل الحلول صغيرا كان أم كبيرا كما أطلقه الجمهور لأنه لا بد منه والغالب فيه السلامة، وأما عدهم عدم الختان عيبا في الكبير فأجيب عنه بحمله على كبير يخاف عليه من الختان وبأن التعيب بذلك مستحق كما لو رهن رقيقا سارقا فإنه يقطع في يد المرتهن وإن كان عيبا، وله قطع السلعة والمداواة إن غلبت السلامة، فإن غلب التلف أو استوى الأمران أو شك فلا ويتخير في قطع نحويد متأكلة إن جرى الخطران وغلبت السلامة في القطع على خطر الترك، وإن استوى الخطران أو زاد خطر القطع بخلاف ما إذا لم تغلب السلامة فلا يجوز القطع ولو كان الخطر في الترك دون القطع أو لا خطر في واحد منهما فله القطع كما فهم بالأولى، وكذا لو كان الخطر في القطع دون الترك وغلبت السلامة كما فهم من قطع السلعة والمداواة، وله أيضا نقل مزدحم من نخل إن قال أهل الخبرة:

نقلها أنفع وقطع بعضها لإصلاح الأكثر والمقطوع منها مرهون بحاله، وكذا ما يجف منها بلا قطع بالأولى، وما يحدث من جريد وليف وسعف غير مرهون، وكذا ما كان منها ظاهرا عند العقد كصوف بظهر الغنم على الأوجه، وله رعي الماشية نهارا في الأمن ويردها ليلا إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم، وله أن يذهب بها لكلا ونحوه لعدم الكفاية في مكانها ويردها ليلا لمن ذكر.

(وهو) أي المرهون (أمانة في يد المرتهن) لخبر {الرهن من راهنه} أي من ضمانه {وله غنمه وعليه غرمه} فلو شرط كونه مضمونا لم يصح الرهن، واستثنى البلقيني تبعا للمحامي ثماني مسائل: ما لو تحول المغصوب رهنا، أو تحول المرهون غصبا، أو تحول المرهون عارية، أو تحول المستعار رهنا، أو رهن المقبوض ببيع فاسد، أو رهن مقبوض بسوم، أو رهن ما بيده بإقالة أو فسخ قبل قبضه، أو خال على شيء ثم رهنه قبل قبضه ممن خالعه (ولا يسقط بتلفه شيء من دينه) كموت الكفيل بجامع التوثق، ولأنه لو سقط بتلفه لكان تضييعا له وإتيانه بالواو في ولا يسقط أحسن من حذف أصله لها كالروضة وأصلها لدالاتها على ثبوت حكم الأمانة مطلقا وتسبب عدم السقوط عنها، ولا يلزمه ضمانه بمثل أو قيمة إلا إن استعاره من الراهن كما مر أو تعدى فيه أو منع من رده بعد سقوط الدين والمطالبة، أما بعد سقوطه وقبل المطالبة فهو باق على أمانته، ولو قال: خذ هذا الكيس واستوف حقه منه فهو أمانة في يده إلى أن يستوفي، فإذا استوفاه صار مضمونا عليه، ولو قال: خذ به دراهمك وكان ما فيه مجهول القدر أو أكثر أو أقل من دراهمه لم يملكه ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد، وإن كان معلوما بقدر حقه ملكها إن لم يكن للكيس قيمة وإلا فهو من قاعدة مد عوجة ودرهم.

(وحكم فاسد العقود) الصادرة من رشيد (حكم صحيحها في الضمان وعدمه) لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة ففاسده أولى أو عدمه كالرهن والهبة من غير ثواب والعين المستأجرة ففاسده كذلك لأن واضع اليد أثبتها بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانا، والمراد بما ذكر التسوية في أصل الضمان لا في الضامن ولا في المقدار فإنهما قد لا يستويان، وخرج بزيادة الصادرة من رشيد ما لو صدر من غيره ما لا يقتضي صحيحه الضمان فإنه مضمون قال بعضهم: لا يصح استثناء هذه فإن عقده باطل لا فاسد لرجوع الخلل إلى ركن العقد، ويرد بأنه لا يأتي إلا على من فرق بين الباطل والفاسد وهما مترادفان إلا في أربع مسائل واستثنى من الأول ما لو قال قارضتك على أن الربح كله لي فهو قراض فاسد ولا يستحق العامل أجره، وما لو قال: ساقيتك على أن الثمرة كلها لي فهو كالقراض فيكون فاسدا ولا يستحق العامل أجره، وما لو صدر عقد الذمة من غير الإمام فهو

فاسد ولا جزية فيه على الذمي، وما لو عرض العين المكتراة على المكتري فامتنع من قبضها إلى أن انقضت المدة استقرت الأجرة ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر، وما لو ساقاه على ودي مغروس أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما وقدرة لا تتوقع فيها الثمرة فهو فاسد ولا يستحق العامل أجرة، واستثنى من الثاني الشركة فإنه لا يضمن كل منهما عمل الآخر مع صحتها ويضمنه مع فساده، وما لو صدر الرهن أو الإجارة من متعد كغاصب فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه وإن كان القرار على المتعدي مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة. وإلى هذه المسائل أشار الأصحاب بالأصل في قولهم: الأصل أن فاسد كل عقد إلخ، وفي الحقيقة لا يصح استثناء شيء من القاعدة لا طردا ولا عكسا لأن المراد بالضمان المقابل للأمانة بالنسبة للعين لا بالنسبة لأجرة ولا غيرها، فالرهن صحيحه أمانة وفاسده كذلك والإجارة مثله، والبيع والعارية صحيحها مضمون وفاسدهما مضمون فلا يرد شيء ومن فروع هذه القاعدة ما ذكره بقوله.

(ولو شرط كون المرهون مبيعا له عند المحل فسادا) أي الرهن لتأقيته والبيع لتعليقه (وهو) أي المرهون في هذه الصورة (قبل المحل) بكسر الحاء أي وقت الحلول (أمانة) لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد، واستثنى الزركشي ما إذا لم يمض بعده زمن يتأتى فيه القبض وتلفت فلا ضمان لأنه الآن على حكم الرهن الفاسد، وقد ينازع فيه إذ القبض يقدر فيه في أدنى زمن عقب انقضاء. الرهن من غير فاصل بينهما، ومن ذلك ما لو رهنه أرضا وأذن له في غرسها بعد شهر فهي قبل الشهر أمانة بحكم الرهن وبعده عارية مضمونة بحكم العارية، لأن القبض وقع عن الجهتين جميعا فلزم كونه مستعيرا بعد الشهر، وخرج بقوله لو شرط ما لو قال: رهنتك وإذا لم أقضه عند الحلول فهو مبيع منك فسد البيع. قال السبكي: ويظهر لي أن الرهن لا يفسد لأنه لم يشترط فيه شيئا أهـ. والأوجه فساده أيضا. (ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينه) إن لم يذكر سببا له وإلا ففيه التفصيل الآتي في الوديعة والغرض من هذه المسألة نفي الضمان ولم يصرح به المصنف وإلا فالمتعدي ولو غاصبا يصدق بيمينه في ذلك (ولا يصدق في) دعوى (الرد) على الرهن (عند الأكثرين) لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستعير، ويخالف دعواه التلف لأنه لا يتعلق باختياره فلا تمكن فيه البينة غالبا، وضابط من يقبل قوله في الرد أن كل أمين ادعاه على من أئتمنه صدق بيمينه إلا المكتري والمرتهن لما مر.

(ولو) (وطئ المرتهن) الأمة (المرهونة) من غير إذن المالك (بلا شبهة) منه (فزان) يجب عليه الحد والمهر إن أكرهها بخلاف ما إذا

طاوعته (ولا يقبل قوله جهلت تحريمه) أي الموطء (إلا أن يقرب إسلامه أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء) فيقبل قوله لدفع الحد لأنه قد يخفى عليه بخلاف غيره ويجب المهر واحترز بقوله بلا شبهة عما لو ظنها زوجته أو أمته فلا حد عليه ويجب المهر وظاهر كلامهم أن المراد جهل تحريم وطء المرهونة: يعني قال: ظننت أن الارتهان يبيح الموطء وإلا فكدعوى جهل تحريم الزنا، وقول الأذرعى إن أراد الأئمة بقرب الإسلام من قدم من دار الحرب ونحوها فذاك، وأما مخالطونا من أهل الذمة فلا ينقذ فرق بينهم وبين الأغنياء من عوامنا فيما أن يصدقوا أو لا يردده ظاهر إطلاقهم، وقول الشارح فزان كما في المحرر جواب لو بمعنى إن مجردة عن زمان أراد به الجواب عما يقال لو نفسها لا تجاب بالفاء بأنهم أجروها مجرى إن وكونها مجردة عن الزمان لاقتضائها الاستقبال وقوله فهو زان لأن جوابها لا يكون إلا جملة (وإن) (وطئ بإذن الراهن) المالك لها (قبل دعواه جهل التحريم) للموطء مطلقا (في الأصح) إذ قد يخفى التحريم مع الإذن حيث كان مثله يجهل ذلك كما هو واضح. والثاني لا يقبل لبعده ما يدعيه إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو ينشأ بعيدا عن العلماء، وإذا قبل قوله في ذلك (فلا حد) عليه، وأفهم كلامه وجوب الحد عند انتفاء دعواه الجهل وهو كذلك (وعليه المهر إن أكرهها) أو جهلت تحريمه كأعجمية لا تعقل (والولد حر نسيب) هنا وفي صورتى انتفاء الحد السابقتين لأن الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية (وعليه قيمته للراهن) المالك لتفويته الرق عليه، وما استثناه الزركشي فيما لو كان يعتق على الراهن مفرع على رأي مرجوح، وإذا ملك المرتهن هذه الأمة لم تصر أم ولد له لأنها علقت به في غير ملكه نعم لو كان أبا للراهن صارت أم ولد له بالإيلاد كما هو معلوم في النكاح، فإن ادعى بعد وطئها أنه كان اشتراها أو اتهبها من الراهن وقبضها منه في الثانية أو زوجه إياها فحلف الراهن بعد إنكاره فالولد رقيق له كأمه لأن الأصل عدم ما ادعاه المرتهن، فإن ملكها المرتهن في غير صورة التزويج صارت أم ولد له والولد حر لإقراره كما لو أقر بحرية رقيق غيره ثم اشتراه، وكذا لو حلف بعد نكول الراهن كما في الروضة.

(ولو) (تلف المرهون) بعد القبض (وقبض بدله) أو لم يقبض كما في الروضة فما ذكره المصنف مثال لا قيد (صار رهنا) لقيامه مقامه ويجعل بيده من كان الأصل في يده من غير احتياج لإنشاء رهن، بخلاف بدل ما أتلف من الموقوف حيث احتاج لإنشاء وقف. والفرق أن القيمة يصح أن تكون رهنا ولا يصح أن تكون وقفا، ولا يضر كونه دينا قبل قبضه لأن الدين إنما يمتنع رهنه ابتداء كما مر، ويشمل إطلاقهم ما لو أتلفه المرتهن ووجبت عليه القيمة، والأوجه أنها لا تكون رهنا لأنه لا يكون ما وجب عليه رهنا له، وقد يقال

بمساواته لغيره وفأئدته تقديمه بذلك القدر على الغرماء، وشمل أيضا ما لو كان الراهن وهو كذلك فيما يظهر لأن شرط الراهن اقتضى وجوب رعاية وجوده لوجود بدله، ويلزم من وجوده في الذمة الحكم عليه بالرهنية، والفرق بينه وبين غيره ممنوع إذ الحكم عليه بالرهنية في ذمة الراهن هنا وفيما مر في قيمة العتيق فائدة أي فائدة، وهي أنه إذا مات وليس له سوى قدر القيمة فإن حكمنا بأن ما في ذمته رهن قام ما خلفه مقامه فيقدم به المرتهن على مؤنة التجهيز وبقية الغرماء وإلا قدمت مؤنة التجهيز واستوى هو والغرماء، وكان الشيخ ظن انحصار الفائدة في عدم صحة إبراء الراهن الجاني مما في ذمته، وهذا لا يتأتى إذا كان هو الراهن وليست منحصرة في ذلك كما هو ظاهر مما قررناه (والخصم في البديل الراهن) المالك كالمؤجر والمعير والمودع لكن لا يقبضه وإنما يقبضه من كان الأصل بيده، قاله الماوردي، وإنما عبر بالراهن ليشمل الولي والصبي ونحوهما نعم الرهن المعار الخصم فيه المعير لا الراهن المستعير (فإن لم يخاصم لم يخاصم المرتهن في الأصح) وإن تعلق حقه بما في الذمة لأنه غير مالك، وله إذا خاصم المالك حضور خصومته لتعلق حقه بالبديل والثاني يخاصم لتعلق حقه بما في الذمة، ويجري الخلاف فيما لو غصب المرهون، ومحل الخلاف إذا تمكن المالك من المخاصمة أما لو باع المالك العين المرهونة فللمرتهن المخاصمة جزما كما أفتى به البلقيني وهو ظاهر، ويلحق بذلك ما لو أتلفه الراهن فيطالب المرتهن لئلا يفوت حقه من التوثق، ووجه عدم تمكن الراهن من المخاصمة فيما لو باعه أنه يدعي حقا لغيره وهو المرتهن فلم يقبل منه على أن يبعه يكذب دعواه نعم لو غاب المرتهن وقد غصب الرهن جاز للقاضي نصب من يدعي على الغاصب لأن له إيجار مال الغائب لئلا تضيع المنافع، ولأنا نعلم أن العاقل يرضى بحفظ ماله، قال بعضهم بحثا وما ذكره الماوردي أن محل ما ذكر في الجناية إذا نقصت القيمة بها ولم يزد الأرش فلو لم تنقص بها كأن قطع ذكره وأنثياه أو نقصت بها وكان الأرش زائدا على ما نقص منها فإن المالك بالأرش كله في الأولى، وبالزائد على ما ذكر في الثانية ممنوع لتعلق حق المرتهن بذلك فهو كما لو زاد سعر المرهون بعد رهنه، ولهذا قال البلقيني: لم أر من ذكره غيره وما أظن أنه يوافق عليه، وتشبيهه في الأولى بنماء الرهن مردود فإن النماء لم يتناوله عقد الرهن بخلاف أبعاض العبد. وقال في أثناء كلامه: إن المرتهن إنما يتعلق حقه بما يضمن في الغصب وهو ممنوع فلا تلازم بين البابين، وقال ثالثا: إن مثل ذلك لا يضمن في الغصب وهو ممنوع، فجميع ذلك مضمون في الغصب إلا ما سقط بأفة سماوية ولا نقص انتهى. فالراجح خلاف ما قاله الماوردي وإن قال الزركشي: إنه ظاهر.



(فلو) جني رقيق على الرقيق المرهون و (وجب قصاص اقتص الراهن) منه أو عفي مجانا (وفات الرهن) لفوات محله من غير بدل هذا إن كانت الجناية في النفس، فإن كانت في طرف أو نحوه فالراهن باق بحاله، ولو أعرض الراهن عن القصاص والعفو بان سكت عنهما لم يجبر على أحدهما (فإن وجب المال بعفوه) عن القصاص عليه (أو بجناية خطأ) أو شبه عمد أو عمد يوجب مالا لانتفاء المكافأة مثلا صار المال مرهونا وإن لم يقبض كما مر و (لم يصح عفوه) أي الراهن عنه لتعلق حق المرتهن به (ولا) يصح (إبراء المرتهن الجاني) لأنه غير مالك ولا يسقط بإبرائه حقه من الوثيقة إلا إن أسقطه منها.

(ولا يسري الرهن إلى زيادته) أي المرهون (المنفصلة) (كثمر وولد) ولبن وصوف ومهر وكسب لأن الرهن لا يزيل الملك فلم يسر إليها كالإجارة، وقد يعبر عن المنفصلة بالعينية والمتصلة بالوصفية، بخلاف المتصلة كسمن وكبر شجرة لعدم تمييزها فتتبع الأصل، وقد أفتى بعض أهل اليمن فيما لو رهنه بيضة فتفرخت بأنه لا يزول الرهن على المشهور أخذا من مسألة التفليس، ولا يبعد إجراء وجه فيه فيها، ورجحه طائفة من الأصحاب، وأفتى الناشري فيمن رهن بذرا وأقبضه ثم استأذن الراهن المرتهن في التلاؤم به فأذن له المرتهن ببقاء الرهن حتى يبقى الزرع وما تولد منه مرهونا أخذا من الفليس في البذر (فلو) (رهن حاملا وحل الأجل وهي حامل) (بيعت) كذلك لأننا إن قلنا: إن الحمل يعلم وهو الأصح فكأنه رهنهما معا وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة، وكما تباع حاملا في الدين تباع كذلك لنحو جناية كما شمل ذلك عبارة المحرر (وإن ولدته بيع معها في الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم فهو رهن، والثاني لا يباع معها بناء على مقابله فهو كالحادث بعد العقد (وإن كانت حاملا عند البيع دون الرهن فالولد ليس برهن في الأظهر) بناء على كونه يعلم والثاني نعم بناء على مقابلة فيتبع كالصفة، وما اقتضاه كلامه من أن مقابل الأظهر أن الولد يكون مرهونا غير مراد، إذ هو مفرع على أن الحمل لا يعلم فكيف. يرهن، وإنما المراد أنه يباع معها كالسمن، وعلى الأولى يتعذر بيعها قبل وضعها إن تعلق به حق ثالث بوصية أو حجر فليس أو موت أو تعلق المدين برقبة أمه دونه بأن لم يتعلق بذمة مالكها كالجانية والمعارة للرهن أو نحوها، كما زاده ابن المقري تبعا للإسنوي أخذا من قول الروضة وتوزيع الثمن، وقولها لأن الحمل لا تعرف قيمته. ووجه ما مر أن استثناء الحمل متعذر وتوزيع الثمن على الأم والحمل كذلك لما قدمناه أما إذا لم يتعلق به أو بها شيء من ذلك فإن الراهن يلزم بالبيع أو بتوفية الدين، فإن امتنع من الوفاء من جهة أخرى أجبره الحاكم على بيعها إن لم يكن له مال سواها، ثم إن تساوى الثمن والدين فذاك، وإن فضل من الثمن شيء أخذه المالك وإن نقص

طولب بالباقي، نعم لو سأل الراهن في بيعها وتسليم جميع الثمن للمرتهن جاز بيعها كما نص عليه في الأم، ولو رهن نخلة ثم أطلعت استثنى طلعتها عند بيعها ولا يمتنع بيعها مطلقا بخلاف الحامل.

## (فصل)

### في جناية المرهون

(إذا) (جنى المرهون) على أجنبي جناية تتعلق برقبته (قدم المجني عليه) على المرتهن لأن حقه متعين في الرقبة بدليل أنه لو مات سقط حقه وأما حق المرتهن فمتعلق بذمة الراهن وبالرقبة، ولأن حق المجني عليه مقدم على حق المالك فأولى أن يتقدم على حق المتوثق وقضية التوجيه الأول أنه لو لم يسقط حق المجني عليه بالموت كما لو كان العبد مغبوبا أو مستعارا أو مبيعا ببيع فاسد أن لا يقدم، لأنه لو قدم حق المرتهن لم يسقط حق المجني عليه، فإن له مطالبة الغاصب أو المستعير أو المشتري، ويرد بأن المعول عليه تقديمه في هذه الصورة أيضا، وتؤخذ القيمة وتكون رهنا مكانه، ولو أمره بالجناية سيده وهو مميز لم يؤثر إذنه إلا في الإثم أو غير مميز أو أعجمي يرى وجوب طاعة أمره، فالجاني هو السيد ولا يتعلق برقبة العبد قصاص ولا مال، ولا يقبل قول السيد أنا أمرته بالجناية في حق المجني عليه لأنه يتضمن قطع حقه عن الرقبة، بل يباع العبد فيها وعلى سيده قيمته لتكون رهنا مكانه لإقراره بأمره بالجناية، وأمر غير السيد العبد بالجناية كالسيد فيما ذكر كما ذكره في الجنايات وصرح به الماوردي هنا (فإن اقتص) منه المستحق في النفس أو غيرها بأن أوجبت الجناية قصاصا (أو) (بيع) المرهون كله أو بعضه (له) أي لحق المجني عليه بأن أوجبت الجناية مالا أو عفي عن مال (بطل الرهن) فيما اقتص أو بيع لفوات محله فلو عاد المبيع إلى ملك الراهن لم يكن رهنا، وعلم من اقتصاره على القصاص والبيع أنه ولو سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء لم يبطل.

(وإن) (جنى) المرهون (على سيده فاقص) (بطل) الرهن في المقتص نفسا كان أو طرفا كما في المحرر واقتص بضم تائه بأن اقتص سيده في نحو القطع أو وارثه في القتل فضمها المفيد لذلك كما فعله الشارح أولى من فتحها الموهم لتعين الأول فزعم تعين الفتح وهم وعود الضمير للمستحق يلزمه حذف الفاعل من غير قرينة وإن عفي على مال لم يثبت على الصحيح إذ السيد لا يثبت له على عبده مال ابتداء (فيبقى رهنا) كما كان والثاني يثبت المال ويتوصل به إلى فك الرهن ومحل الخلاف في غير أمة استولدها سيدها المعسر أما هي فلا ينفذ إيلادها في حق المرتهن ولا تباع على السيد في الجناية جزما لأن المستولدة لو جنت على أجنبي لا تباع بل يفديها سيدها فتكون جنايتها على سيدها في الرهن

كالعدم، وعفي بضم أوله كما ضبطه المصنف بخطه ليشمل عفو السيد والوارث وخرج بابتداء ما لو جنى غير عمد على طرف مورثه أو مكاتبه ثم انتقل المال للسيد بموت أو عجز فإنه يثبت له عليه فيبيعه فيه ولا يسقط إذ يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء.

(وإن) (قتل) المرهون (مرهونا لسيدته عند) مرتهن (آخر فاقترض) السيد منه (بطل الرهنان) لفوات محلها وإن عفي على غير مال صح كما مر (وإن) عفي على مال أو (وجب مال) بجناية خطأ أو نحوه (تعلق به) أي المال (حق مرتهن القتل) والمال متعلق برقبة القاتل (فبيع) حيث لم تزد قيمته على الواجب بالقتل (وئمنه) إن لم يزد على الواجب (رهن) وإلا فقد الواجب رهن لا أنه يصير رهنا. (وقيل يصير) نفسه (رهنا) ولا يباع إذ لا فائدة في البيع حيث كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها ورد بأن حق المرتهن في ماليته لا في عينه ولأنه قد يرغب فيه بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بها فإن كان الواجب أقل من قيمته بيع منه بقدر الواجب على الأول ويبقى الباقي رهنا، فإن تعذر بيع بعضه أو نقص به بيع الجميع وصار الزائد رهنا عند مرتهن القاتل، وعلى الثاني ينقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتل، ومحل الخلاف عند طلب الراهن النقل ومرتهن القتل المبيع، ومن المجاب فيه الوجهان، أما لو طلب الراهن البيع ومرتهن القتل النقل فالمجاب الراهن إذ لا حق للمرتهن في عينه، ولو أنفق الراهن والمرتهنان على أحد الطرفين كان هو المسلوك جزماً أو الراهن ومرتهن القتل على نقل القاتل أو بعضه إلى المرتهن ليكون رهنا فليس لمرتهن القاتل المنازعة وطلب البيع لانتفاء الفائدة قال الرافعي: ومقتضى التعليل بتوقع راغب أن له ذلك، ويجاب بأن سبب عدم النظر لذلك التوقع أنه لم يثبت له حق بفرض عدم الزيادة حتى يراعى إذ الأصل عدم ذلك، بخلاف مرتهن القتل فيما مر، ويؤيده ما يأتي فيما لو طلب الموارث أخذ التركة بالقيمة والغريم بيعها رجاء الزيادة.

(فإن) (كانا) أي القاتل والمقتول (مرهونين عند شخص) أو أكثر (بدين واحد) (نقصت) بفتح النون والصاد المهملة (الوثيقة) كما لو مات أحدهما (أو بدينين) عند شخص وتعلق برقبة القاتل المال (وفي نقل الوثيقة) به إلى دين القتل (غرض) أي فائدة للمرتهن (نقلت) وإلا فلا فلو كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلاً أو أحدهما أطول أجلاً من الآخر فللمرتهن التوثق بثمن القاتل لدين القتل، فإن كان حالا فالفائدة استيفاءه من ثمن القاتل في الحال أو مؤجلاً فقد توثق ويطالب بالحال، وإن اتفق الدينان قدراً وحلوا وتأجلاً وقيمة القتل أكثر من قيمة القاتل أو مساوية لها لم تنقل الوثيقة لعدم الفائدة، وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر

قيمة القتييل. قال السبكي: الذي فهمته من كلامهم أن معنى النقل إنشاء نقل بتراضيها، وليس هذا من نقل الوثيقة المختلف فيه لأن ذاك معناه بقاء العقد وتبدل العين حتى لو أريد فسخ الأول وجعل الثاني هو الرهن جاز، وهذا الذي هنا مثله لأن المقصود فك رهن القتييل، وحيث قيل بالنقل للقاتل أو بعضه فالمراد أنه يباع ويجعل ثمنه رهنا مكان القتييل لا رقبته لما مر، فلو قال الراهن: نقلت حقل إلى عين أخرى ورضي بها المرتهن لم ينتقل بلا فسخ وعقد جديد ولو اختلف جنس الدينين بأن كان أحدهما دنانير والآخر دراهم واستويا في المالية بحيث لو قوم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص لم يؤثر وإن وقع في الوسيط خلافه فقد قالوا: إنه مخالف لنص الشافعي وسائر الأصحاب، ولا أثر لاختلافهما في الاستقرار وضده ككون أحدهما عوض مبيع لم يقبض أو صداقا قبل المدخول والآخر بخلافه، ولو كان بأحدهما ضامن فطلب المرتهن نقل الوثيقة من الدين الذي بالضامن إلى الآخر حتى يحصل التوثق فيهما أجيب لأنه غرض ظاهر، وهو مقتضى كلام المصنف ومقتضاه أيضا أنه لو قال المرتهن: بيعوه وضعوا ثمنه مكانه فإني لا أمن جنايته مرة أخرى فتؤخذ رقبته فيها ويبطل الرهن أنه يجاب لأنه غرض، والأوجه المنع كما استظهره الزركشي كسائر ما يتوقع من المفسدات، وقد نقل عن أبي خلف الطبري ما حاصله أنه المذهب، ولو اقتص السيد من القاتل فانت الوثيقة.

(ولو) (تلف المرهون بآفة) سماوية أو بفعل من لا يضمن كحربي (بطل) الرهن لفواته بلا بدل ومحله أخذا من التعليل إذا لم يكن مغصوبا، وإلا فهو مضمون على غاصبه بالقيمة فتؤخذ منه وتجعل رهنا، ومر أن عود الخمر خلا بعد أن كان عصيرا يعود به الرهن وأنه لو أذن له في ضرب المرهون فضربه وتلف منه انفسخ الرهن.

(وينفك) الرهن (بفسخ المرتهن) ولو بدون الراهن لأن الحق له وهو جائز من جهته. نعم التركة إذا قلنا: إنها مرهونة بالدين وهو الأصح فأراد صاحب الدين الفسخ لم يكن له ذلك لأن الرهن لمصلحة الميت والفك يفوتها وخرج بالمرتهن الراهن فلا ينفك بفسخه للزومه من جهته، ولو فك المرتهن في بعض المرهون انفك وصار الباقي رهنا بجميع الدين، ومثله ما لو تلف بعض المرهون انفك فيما تلف ذكره البلقيني (وبالبراءة من) جميع (الدين) بأداء أو إبراء أو حوالة به أو عليه أو غيرها، ولو اعتاض عن الدين عينا انفك الرهن، فلو تلفت أو تقايلا في المعاوضة قبل قبضها عاد المرهون رهنا (فإن بقي شيء منه) أي من الدين وإن قل (لم ينفك شيء من الرهن) إجماعا كحق حبس المبيع وعتق المكاتب ولأنه وثيقة لجميع أجزاء الدين، فلو شرط كلما قضى من الحق شيء انفك من الرهن بقدره فسد الرهن لاشتراط ما ينافيه

كما قاله الماوردي (ولو) (رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر) في صفقة أخرى (فبرئ من أحدهما) (انفك قسطه) لتعدد الصفقة بتعدد العقد، وإذا كانت البراءة بأداء أو إبراء اشترط أن يقصد ذلك عن النصف المذكور، فإن قصد الشيوخ فلا وإن أطلقه فله صرفه إلى ما شاء (ولو) (رهناه) بدين (فبرئ أحدهما) مما عليه (انفك نصيبه) لتعدد الصفقة بتعدد العاقد وإن اتحد وكيلهما لأن المدار على اتحاد الدين وعدمه كما قاله الإمام، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه تعدد المدين، بخلاف البيع فإن العبرة فيه بتعدد الوكيل واتحاده إذ هو عقد ضمان فنظر فيه لمن باشره بخلاف الرهن ولو رهنه عند اثنين فبرئ من دين أحدهما انفك قسطه لتعدد مستحق الدين لا يقال ما أخذه أحدهما من الدين لا يختص به بل هو مشترك بينهما فكيف تنفك حصته من الرهن بأخذه لأننا نقول: صورة المسألة فيما إذا اقتص القابض بما أخذه بخلاف الإرث ودين الكتابة كما سيأتي في كتاب الشركة ولو رهن عبدا استعاره من اثنين ليرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد فكك نصف العبد أو أطلق ثم جعله عنه، انفك نصيبه نظرا إلى تعدد المالك، بخلاف ما إذا قصد الشيوخ أو أطلق ثم جعله عنهما أو لم يعرف حاله، ولو مات الراهن قبل أن يصرفه في هذه الصورة وصورة تعدد العقد قام وارثه مقامه، فإن فقد الوارث جعل بينهما وما قيد به الزركشي المسألة أخذا من كلام الشافعي بأن يأذن كل منهما في رهن نصيبه بنصف المدين فيرهن المستعير الجميع بجميع الدين، فلو قال: أعرك العبد لترهنه بدينك لم ينفك نصيب أحدهما بما ذكر لأن كلا منهما رضي برهن الجميع بجميع المدين، وأيده الشيخ بأن ما قاله موافق لقول المتولي وغيره إنه لو رهن اثنان عبدهما بدين لرجل على آخر لا تنفك حصة أحدهما بدفع شيء من الدين لأن نصيب كل منهما رهن بجميع الدين لكن الفرق بين رهن المالك ورهن المستعير لأج وصحة رهن الجميع بجميع الدين على خلاف إذن المالك ممنوعة مردود، بل المعتمد إطلاق الأصحاب من انفكك نصيب أحدهما فيما إذا قال: أعرك العبد لترهنه بدينك أو رهناه به، إذ العقد يتعدد بتعدد الراهن وتعدد مالك العارية، ولو رهن شخص عبدين صفقة وسلم أحدهما له كان مرهونا بجميع الدين كما لو سلمهما فتلف أحدهما، ولو مات الراهن عن ورثة فأدى أحدهم نصيبه لم ينفك كما في المورث، ولأن الرهن صدر ابتداء من واحد، وقضيته حبس كل المرهون إلى البراءة من جميع الدين، بخلاف ما لو فدى نصيبه من الشركة فإنه ينفك لأن تعلق الدين بالتركة إما كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن أو كتعلق الأرش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فينقطع التعلق عنه.

## (فصل)

### في الاختلاف في الرهن وما يتعلق به إذا

(اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في) أصل (الرهن) كأن قال: رهنتي كذا فأنكر (أو) في (قدره) أي الرهن بمعنى المرهون كأن قال: رهنتي الأرض بأشجارها فقال: بل الأرض فقط، أو في عينه كهذا العبد فقال: بل الجارية، أو قدر المرهون به كمائتين فقال: بل مائة، أو صفة المرهون به كرهننتي بالآلف الحال فقال الراهن: بالمؤجل، أو في جنسه كما لو قال: رهنته بالمدنانير فقال: بل بالدراهم (صدق الراهن) أي المالك (بيمينه) ولو كان المرهون بيد المرتهن إذ الأصل عدم ما يدعيه المرتهن وإطلاقه بالنظر للمدعي كما قاله الشارح وإلا فمكرر الرهن ليس براهن وقوله (إن كان رهن تبرع) أي غير مشروط في بيع قيد في التصديق ودخل في اختلافهما في قدر المرهون ما لو قال: رهنتي العبد على مائة فقال الراهن: رهنتك نصفه على خمسين ونصفه على خمسين وأحضر له خمسين ليفك نصف العبد، والقول قول الراهن أيضا على أرجح الآراء، ودخل في ذلك أيضا ما إذا كان قبل قبض المرهون لاحتمال أن ينكل الراهن فيحلف المرتهن ويقبضه الراهن بعد ذلك (وإن شرط) الرهن المختلف فيه بوجه مما ذكر (في بيع تحالفا) كما لو اختلفا في سائر كيفية البيع فإن اتفقا على اشتراط الرهن في البيع واختلفا في الوفاء كان قال المرتهن: رهنت مني المشروط رهنه وهو كذا فأنكر الراهن فلا تحالف حينئذ لأنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو موقع التحالف بل يصدق الراهن بيمينه وللمرتهن الفسخ إن لم يرهن، وإنما تعرض للتحالف هنا استدراكا على الإطلاق وإلا فقد علم مما مر في بابه (ولو) (ادعى) على اثنين (أنهما رهناه عبدهما بمائة) وأقبضاه إياه (وصدقه أحدهما) (فنصيب المصدق رهن بخمسين) مؤاخذه له بإقراره (والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه) لما سلف (وتقبل شهادة المصدق عليه) أي المكذب لخلوها عن جلب النفع ودفع الضرر عنه، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي معه ثبت رهن الجميع، ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رهن أو سكت عن شريكه وشهد عليه قبلت شهادته فرما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق، ولهذا لو تخاصم اثنان في شيء قبلت شهادتهما بعد وإن كان أحدهما كاذبا ونازع فيه الإسنوي بأن محل كونها غير مفسقة ما إذا لم ينضم غيرها إليها، أما هنا فبتقدير تعمده يكون جاحدا لحق وجب عليه فيفسق بذلك، ورد بأن شرط كون الجحد مفسقا أن تفوت المالية على الغير وهنا لم يفت إلا حق الوثيقة وقد يقال: لا يلزم من جحوده الحق كونه متعمدا فيحتمل أنه عرضت له شبهة أو نسيان حمله على الإنكار، قال البلقيني: ومحل ذلك إذا لم يصرح المدعي بظلمهما بالإنكار

بلا تأويل وإلا فلا تقبل شهادتهما لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما، وما نوزع به من أنه ليس كل ظلم خال عن تأويل مفسقا بدليل الغيبة فيه نظر، إذ الكلام في ظلم هو كبيرة وكل ظلم كذلك خال عن التأويل مفسق، ولا ترد الغيبة لأنها صغيرة على تفصيل يأتي فيها، فالوجه ما قاله البلقيني، ولو ادعى على واحد أنه رهنها عبده وأقبضه لهما وصدق أحدهما قبلت شهادة المصدق بفتح الدال للمكذب إن لم يكن شريكه فيه.

(ولو) (اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في قبضه) أي المرهون (فإن كان في يد الراهن أو في يد المرتهن وقال الراهن: غصبته صدق بيمينه) لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه في القبض، بخلاف ما لو كان بيد المرتهن ووافقه الراهن على إذنه له في قبضه، لكنه قال: إنك لم تقبضه عنه أو رجعت عن الإذن فيحلف المرتهن، ويؤخذ من ذلك أن من اشترى عينا بيده فأقام آخر بينة أنها مرهونة لم تقبل إلا إن شهدت بالقبض، وإلا صدق المشتري بيمينه لأن الأصل بقاء يده ولأنه مدع لصحة المبيع والآخر مدع لفساده (وكذا لو قال: أقبضته عن جهة أخرى) كإجارة وإيداع وإعارة يصدق بيمينه (في الأصح) لأن الأصل عدم إذنه في القبض عن الرهن، ويكفي قول الراهن لم أقبضه عن جهة الرهن على الأوجه والثاني يصدق المرتهن لاتفاقهما على قبض مأذون فيه والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى، وهو خلاف الظاهر لتقدم العقد المحوج إلى القبض، ولو اتفقا على الإذن في القبض وتنازعا في قبض المرتهن فالمصدق من المرهون في يده (ولو) (أقر) الراهن (بقبضه) أي المرتهن المرهون (ثم قال: لم يكن إقراره عن حقيقة) (فله تحليفه) أي المرتهن أنه قبض المرهون (وقيل: لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلا كقوله أشهدت على رسم القبالة) قيل: حقيقة القبض والرسم الكتابة والقبالة بفتح القاف وبالباء الموحدة الورقة التي يكتب فيها الحق المقر به: أي أشهدت على الكتابة الواقعة في الوثيقة لكي آخذ بعد ذلك، أو ظننت حصول القبض بالقول، أو ألقى إلى كتاب على لسان وكيله أنه أقبض ثم خرج مزورا، لأنه إذا لم يذكر تأويلا يكون مناقضا لقوله لإقراره وأجاب الأول بأنا نعلم في الغالب أن الوثائق يشهد عليها غالبا قبل تحقيق ما فيها فأي حاجة إلى تلفظه بذلك، ومقتضى كلام المصنف عدم الفرق بين كون الإقرار في مجلس الحكم بعد الدعوى أم لا، وهو كذلك كما هو مقتضى كلام العراقيين وجزم به ابن المقري، وإن قال القفال: إنه ليس له التحليف إذا كان الإقرار في مجلس الحكم، فإن قال: من قامت عليه بينة بإقراره بالقبض منه لم أقر به أو شهدوا على أنه قبض منه بجهة الرهن لم يكن له التحليف، وكذا لو أقر بإتلاف مال ثم قال: أشهدت عازما عليه إذ لا يعتاد ذلك ويأتي ذلك في سائر العقود وغيرها على المنقول المعتمد كإقرار

مقترض بقبض القرض وبائع بقبض الثمن، وإنما يعتبر إقرار الراهن بالإقباض عند إمكانه فلو كان بمكة مثلا فقال: رهنته داري بالشام وأقبضته إياها وهما بمكة فهو لغو، نص عليه. قال القاضي أبو الطيب: وهذا يدل على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء: أي لأن هذه الأمور لا يعول عليها في الشرع، ولهذا قلنا: من تزوج امرأة بمكة وهو بمصر فولدت لسته أشهر من العقد لا يلحقه الولد، ولو دفع المرهون إلى المرتهن بغير قصد إقباضه عن الرهن هل يكفي عنه؟ وجهان في التهذيب أحدهما عدمه، بل هو وديعة لأن تسليم المبيع واجب بخلاف المرهون.

(ولو) (قال أحدهما) أي الراهن والمرتهن (جنى المرهون) بعد القبض (وأنكر الآخر صدق المنكر بيمينه) لأن الأصل عدم الجنائية وبقاء الرهن، وإذا بيع للدين فلا شيء للمقر له على الراهن بإقراره، ولا يلزم تسليم الثمن إلى المرتهن المقر لإقراره (ولو) (قال الراهن) بعد القبض: (جنى قبل القبض) سواء أقال جنى بعد الرهن أم قبله وأنكر المرتهن (فالأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره) الجنائية صيانة لحقه فيحلف على نفي العلم لأن الراهن قد يواطئ مدعي الجنائية لغرض إبطال الرهن. والثاني يصدق الراهن لأنه أقر في ملكه بما يضره ومحل الخلاف عند تعيين المجني عليه وتصديقه له ودعواه وإلا فالرهن باق بحاله قطعاً ودعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجنائية. (والأصح أنه إذا حلف) المرتهن (غرم الراهن للمجني عليه) لحيلولته بينه وبين حقه فهو كما لو قتله والثاني لا يغرم لأنه أقر بما لا يقبل إقراره به فكأنه لم يقر (و) (الأصح) أنه يغرم الأقل من قيمة العبد) المرهون (وأرشد الجنائية) كجنائية أم الولد لامتناع البيع. والثاني يغرم الأرش بالغاً ما بلغ (و) (الأصح) أنه لو نكل المرتهن ردت اليمين على المجني عليه) لأن الحق له (لا على الراهن) لأنه لم يدع لنفسه شيئاً. والوجه الثاني ترد على الراهن لأنه المالك والخصومة تجري بينه وبين المرتهن (فإذا حلف) المردود عليه منهما (بيع) العبد (في الجنائية) إن استغرقت الجنائية قيمته وإلا بيع منه بقدرها ولا يكون الباقي رهناً لثبوت الجنائية باليمين المردودة ولا خيار للمرتهن في فسخ المبيع المشروط فيه لتفويته حقه بنكوله

(ولو) (أذن) المرتهن (في بيع المرهون فبيع ورجع عن الإذن وقال) بعد البيع: (رجعت قبل البيع وقال الراهن): بل (بعده) (فالأصح تصديق المرتهن) بيمينه لأن الأصل عدم البيع والرجوع في الوقت المدعى إيقاع كل منهما فيه فيتعارضان ويبقى الرهن، ومقتضى ما ذكر الاتفاق على البطلان فيما إذا اتفقا على الرجوع قبل البيع وينبغي خلافه لأن فيه إبطالا لحق الغير، ويمكن حمله على ما إذا لم يعين المشتري، أو عينه فلم يصدقه، أو عاد إلى الراهن بفسخ وغيره، وحينئذ فيصدق المرتهن على الأصح ولا يصح



البيع ويبقى الرهن وقال في الأنوار: ولو اتفقا على الرجوع قبل البيع فالقول للمشتري والمرهون على نفي العلم وعلى الراهن بدله، فإن نكلا وحلف المرتهن بطل البيع والإعتاق والإيلاد إن كان معسرا والثاني يصدق الراهن لأنه أعرف بوقت بيعه وقد سلم له المرتهن الإذن.

(ومن) (عليه ألفان) مثلا (بأحدهما رهن) أو كفيل أو هو ثمن مبيع محبوس به والآخر خال عن ذلك (فأدى ألفا وقال: أديته عن ألف الرهن) أو نحوه مما ذكر (صدق) بيمينه لأنه أعلم بقصده وكيفية أدائه سواء اختلفا في نيته أم لفظه، فالعبرة في جهة الأداء بقصد المؤدي حتى يبرأ بقصده الوفاء ويملكه المديون وإن ظن الدائن إيداعه، وقضية ذلك أنه لا فرق بين أن يكون المدائن بحيث يجب على القبول وأن لا، لكن بحث السبكي أن الصواب في الثانية أنه لا يدخل في ملكه إلا برضاه، وظاهر أن مثل ذلك ما لو كان المدفوع من غير جنس الدين وقد يشمله كلام السبكي، وكما أن العبرة في ذلك بقصده فكذا الخيرة إليه فيه ابتداء. نعم لو كان على المكاتب دين معاملة فأراد الأداء عن دين الكتابة والسيد الأداء عن دين المعاملة فيجاب السيد وتفارق غيرها مما ذكر بأن دين الكتابة فيها معوض للسقوط بخلاف غيرها، وإنما اعتبر قصد المكاتب عند عدم التعرض للجهة لتقصير السيد بعدم التعيين ابتداء (وإن لم ينو) حالة الدفع (شيئا جعله عما شاء) منهما كما في زكاة المالين الحاضر والغائب (وقيل: يسقط عليهما) لانتفاء أولوية أحدهما على الآخر والتقسيط عليه بالسوية كما جزم به صاحب البيان وغيره، وقيل على قدر الدينين ولو دفع المال عنهما قسط عليهما ولو مات قبل التبيين قام وارثه مقامه كما أفتى به السبكي فيما إذا كان بأحدهما كفيل، قال: فإن تعذر ذلك جعل بينهما نصفين، وإذا عين فهل ينفك الرهن من وقت اللفظ أو التعيين؟ الأوجه الأول. قال البلقيني: ولو باع نصيبه ونصيب غيره في عبد ثم قبض شيئا من الثمن فهل نقول: النظر إلى قصد الدافع وعند عدم قصده يجعله عما شاء، أو نقول في هذه الصورة: القبض في أحد الجانبين غير صحيح فيطرقها عند الاختلاف دعوى الصحة والفساد وعند عدم القصد يظهر إجراء الحال على سداد القبض ويلغى الزائد؟ لم أقف على نقل في ذلك، وقد سئلت عن ذلك في وقف منه حصة لرجل ومنه حصة لبنته التي هي تحت حجره والنظر في حصته له وحصة بنته للحاكم وقبض شيئا من الأجرة كيف يعمل فيه؟ وكتبت مقتضى المنقول وما أردفته به وهو حسن. ولو تباع مشتركان درهما بدرهمين وسلم من المتزم الزيادة درهما ثم أسلما فإن قصد بتسليمه الزيادة لزمه الأصل، وإن قصد الأصل برئ ولا شيء عليه، وإن قصدهما وزع عليهما وسقط باقي الزيادة، ولو لم يقصد شيئا عنه لما شاء منهما.

## (فصل)

### في تعلق الدين بالتركة

(من مات وعليه دين تعلق بتركته) المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين كما سيأتي (تعلقه بالمرهون) لأنه أحوط للميت إذ يمتنع على هذا تصرف الوارث فيه جزماً، بخلاف إلحاقه بالجنائية فإنه يأتي فيه الخلاف في البيع واغتفر هنا عن جهالة المرهون به لكونه من جهة الشرع. قال الإسنوي: ومحل ما مر حيث لم يكن الدين قد أيس من معرفته وإلا فلا يتعلق بها لأنه لا غاية للحجر عليها، وفيه نظر إذ ما أيس من معرفة صاحبه يصير من أموال بيت المال، وحينئذ فللوارث ومن عليه دين كذلك دفعه لمتولي بيت المال العادل وإلا فلقاض أمين أو ثقة عارف ليصرفه في مصارفه أو يتولى هو ذلك إن عرفه، ويغتفر اتحاد القابض والمقبض هنا للضرورة، وكالدين فيما ذكر الوصية المطلقة فيمتنع التصرف في قدر الثلث، وكذا التي بعين معينة فيمنعه فيما يحتمله الثلث منها وللموصى له فداء الموصى به كالوارث (وفي قوله كتعلق الأرش بالجابي) لثبوته من غير اختيار المالك وشمل كلامه ما لو كان بالدين رهن سواء أكان مساوياً له أم أزيد منه بحيث يظهر ظهوراً قوياً أنه يوفى منه. وهو كذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ولا يبعد أن للشيء تعلقاً عاماً وتعلقاً خاصاً. نعم لو كان الدين أكثر من التركة فوفى الوارث قدرها انفكت من الرهينة (فعلى) الأول (الأظهر يستوي الدين المستغرق وغيره) في رهن التركة فلا ينفذ تصرف الوارث في شيء منها (في الأصح) كالمرهون، والثاني إن كان الدين أقل تعلق بقدره من التركة ولا يتعلق بجميعها لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد، ومقتضى كلامه تبعاً للرافعي أن الخلاف لا يتأتى على القول بأنه كتعلق الجنائية، لكن حكى في المطلب الخلاف عليه. قال الإسنوي: فالصواب أن يقول فعلى القولين. وأجاب الشارح عن ذلك بأنهم رجحوا في تعلق الزكاة على القول بأنها تتعلق بالمال تعلق الأرش برقبة العبد الجاني أنها تتعلق بقدرها منه وقيل بجميعه، فيأتي ترجيحه هنا فيخالف المرجح على الأرش المرجح على الرهن، فقوله فعلى الأظهر إلخ صحيحاً هـ. ومعلوم مخالفة الزكاة لما هنا لبنائها على المساهلة، فجواب الشارح غير ظاهر وإنما هو بحسب فهمه، وقد أجاب الوالد رحمه الله تعالى بأنه إنما نص على الأظهر لأن الخلاف عليه أقوى، ويستثنى من إلحاقه بالرهن ما لو أدى وارثه قسط ما ورث فإنه ينفك نصيبه، بخلاف ما لو رهن ثم مات لا ينفك إلا بوفاء جميع الدين ومر الفرق بينهما ثم ما ذكر محله في دين الأجنبي، أما دين الوارث فالصواب أنه يسقط منه ما يلزمه أداءه منه لو كان لأجنبي وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساوياً للتركة أو أقل، ومما يلزم

الورثة أداؤه إن كان أكثر ويستقر له نظيره من الميراث ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين وهذا سبب سقوطه وبرائة ذمة الميت منه ويرجع على بقية الورثة بقية ما يجب أداؤه على قدر حصصهم، وقد يفضي الأمر إلى التقاص إذا كان الدين لوارثين.

(ولو (تصرف الوارث ولا دين ظاهر) ولا خفي (فظهر دين) أي طرأ فيشمل ما لم يكن ثم كان كأن حفر في حياته بئرا عدوانا ثم تردى فيها شخص بعد موته ولا عاقلة كما أشار له بقوله (برد مبيع بغيب) أتلف البائع ثمنه واحترز بقوله ولا دين عما لو كان الدين مقارنا وعلم به أو جهله كما في الروضة فالتصرف باطل (فالأصح أنه لا يتبين فساد تصرفه) لأنه كان سائغا له ظاهرا وباطنا خلافا لاقتصار الشراح على الظاهر إلا أن يكونوا رأوا أن تقدم السبب كتقدم المسبب باطنا وهو بعيد إذ تقدم السبب بمجرد لا يكفي في رفع العقد، والثاني يتبين فساده إلحاقا لما ظهر من المدين بالدين المقارن لتقدم سببه ومحل الخلاف حيث كان البائع موسرا وإلا لم ينفذ البيع جزما (لكن إن لم يقض) بضم الياء فيعم قضاء الوارث والأجنبي والمراد بذلك سقوطه فيشمل الإبراء وغيره (الدين فسخ) تصرفه على الأول ليصل المستحق إلى حقه والفاسخ لذلك الحاكم وظاهر أن محل الفسخ في غير إعتاق الموسر وإيلاده، أما فيهما فلا فسخ كالمرهون بل أولى

(ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله) لأنه خليفة المورث والمورث كان له ذلك، لكن لو أوصى بدفع عين إليه عوضا عن دينه أو على أن تباع ويوفى من ثمنها عمل بوصيته وليس للوارث إمساكها والقضاء من غيرها لأن تلك العين قد تكون أطيب كما قاله في باب الوصية، ولو كان المدين أكثر من التركة فقال الوارث: أخذها بقيمتها وأراد الغرماء بيعها لتوقع زيادة راغب أجيب الوارث في الأصح لأن الظاهر أنها لا تزيد على القيمة وللناس غرض في إخفاء تركات مورثهم عن شهرتها للبيع، فإن طلبت بزيادة لم يأخذها الوارث بقيمتها كما صرح به ابن المقري.

قال الزركشي: ومحل كون ذلك الوارث إذا لم يتعلق الحق بعين التركة فإن تعلق بها لم يكن له ذلك، فليس للوارث إمساك كل مال القراض وإلزام العامل أخذ نصيبه منه من غيره كما في الكفاية عن البحر (والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث) لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون والمجني عليه بالجاني وذلك لا يمنع الإرث فكذا هنا. والثاني يمنع لقوله تعالى {من بعد وصية يوصى بها أو دين} أي من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن كان حيث قدم على الميراث. وأجيب بأن تقديمه عليه لقسمته لا يقتضي أن يكون مانعا منه، وإذا كان الدين غير مانع للإرث (فلا يتعلق بزوائد التركة كالكسب والنتاج) لحدوثها في

ملك الوارث ولأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو عتق من أقاربه قبل قضاء الدين وأن لا يرثه من مات قبل القضاء من الورثة، ولو مات عن زرع لم يسنبل هل يكون الحب من التركة أو للورثة؟ الأقرب كما قاله الأذرعي الثاني، ثم قال: فلو برزت السنابل ثم ماتت وصارت حبا فهذا موضع تأمل أهـ. والأوجه ما فصله بعضهم أن الزيادة الحاصلة بعد الموت للورثة فلا يتعلق الدين بها، وفصل الحكم في ذلك فيما يظهر أن يقوم المزرع على الصفة التي كان عليها عند الموت فيتعلق الدين بقدر ذلك من ثمنه أما الثمرة غير الحب فقال بعض المتأخرين: إن مات وقد برزت ثمرة لا كمام لها فهي تركة. وكذا إن كان لها كمام لكن أبرت قبل موته، فإن لم تؤبر أو ترك حيوانا حاملا فوجهان بناء على أنه يأخذ قسطا من الثمن أو لا. واعلم أن ما قبضه بعض الورثة من دين مورثه يشاركه فيه البقية. نعم لو أجال وارث على حصته من دين مورثه فقبضها المحتال فلا يشاركه أحد فيها لأنه قبضها عن الحوالة لا الإرث.

### {كتاب التفليس}

وهو لغة: مصدر فلسه: أي نسبة للإفلاس الذي هو مصدر أفلس: أي صار إلى حالة ليس معه فيها فلس ومن ثم قال في الروضة: هو أي لغة النداء على المفلس، وشهره بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال، وشرعا: جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التصرف في ماله بشرط الآتي. والأصح فيه ما صح {أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم: ليس لكم إلا ذلك، ثم بعته إلى اليمن وقال له: لعل الله يجبرك ويؤدي عنك دينك، فلم يزل باليمن حتى توفي النبي صلى الله عليه وسلم} (من عليه ديون) لآدمي لازمة (حالة زائدة على ماله يحجر عليه) وجوبا كما هو القاعدة الأكثرية ما جاز بعد منعه كان واجبا وشمل ما إذا كان بسؤال الغرماء وما إذا كان بسؤال المفلس، وبه صرح في الأنوار وهو المعتمد، وإن قال بعضهم: بالجواز في الثاني، وقول السبكي هذا ظاهر إذا تعذر البيع حالا، وإلا فينبغي عدم وجوبه لأنه ضرر بلا فائدة ممنوع كما أفاده الشيخ، بل له فوائد منها المنع من التصرف بإذن المرتهن والمنع من التصرف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه والحجر عليه في ماله إن كان مستقلا وإلا فعلى وليه في مال موليه (بسؤال الغرماء) ولو بنوابهم كأوليائهم لأن الحجر لحقهم وفي النهاية أن الحجر كان على معاذ بسؤال الغرماء فلا حجر بدين الله تعالى ولو فوريا كما قاله الإسنوي خلافا لبعض المتأخرين إذ كلامه مفرع على ثبوت المطالبة به من معين.

(ولا حجر بالمؤجل) لأنه لا يطالب به في الحال والديون في كلامه مثال، إذ الدين الواحد إذا زاد على المال كاف، وكذا لفظ الغرماء وخرج باللازم غيره كدين الكتابة وما ألحق به من ديون المعاملة التي على المكاتب لسيدته، وقضية كلامه عدم الحجر عليه عند انتفاء المال، وتوقف الرافعي فيه بأنه قد يقال بجوازه منعاً له من التصرف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه رده ابن الرفعة بأنه مخالف للنص والقياس، إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه تبعاً للموجود وما جاز تبعاً لا يجوز قصداً، قال الأذرعي: وهذا هو الحق. والحاجر على المفلس الحاكم دون غيره لاحتياجه لنظر واجتهاد وشمل ذلك العبد المأذون، أما أصل الحجر فلأن فيه مصلحة للغرماء فقد يخص بعضهم بالوفاء فيضر الباقين وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع قال ابن الرفعة: وقضية العلة أنه لو كان ماله مرهوناً امتنع الحجر ولم أره إلا أن يكون في المال رقيق وقلنا: ينفذ عتقه وإن كان مرهوناً اهـ. وجوابه أن المرتهن قد يأذن له في التصرف أو يفك الرهن فيحصل الضرر. نعم إن فرضه مرهوناً عند كل الغرماء اتجه بعض اتجاه لكنه ضعيف أيضاً فإن بعض الغرماء قد يبرئ من دينه وبتقدير أن لا يبرئ فقد تكون حصته من المرهون أكثر من دينه فينفك الرهن عنه فيحصل المحذور. ويكفي في لفظ الحجر منع التصرف أو قوله حجرت بالفلس كما اقتضى كلام الجمهور التخيير بين الصيغتين ونحوهما وهذا كانعقاد البيع بلفظ التمليك، والمراد بماله المال العيني الذي يتمكن من الوفاء منه فإن لم يتمكن كمغصوب وغائب فغير معتبر. وأما المنافع فإن تمكن من تحصيل أجرتها اعتبرت كما قاله بعض المتأخرين وإلا فلا، وأما الدين فإن كان على مقر مليء اعتبر كما قاله الإسنوي وإلا فلا، ويلحق به البيئة ولا بد من تقييد ذلك بما إذا كان المديون حاضراً كما قاله أيضاً (وإذا حجر بحال لم يحل المؤجل في الأظهر) لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه. والثاني يحل لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الأجل كالموت، وفرق الأول بخراب الذمة بالموت. ولا يحل الأجل إلا بالموت أو الردة المتصلة به أو استرقاق الحربي كما جزم به الرافعي في الكتابة في الحكم الثاني، ونقله عن النص ووقع في أصل الروضة أنه يحل بالجنون، وإذا بيعت أموال المفلس لم يدخر منها شيء للمؤجل فإن حل قبل القسمة التحق بالحال، وسيأتي في الجهاد حكم سفر من عليه دين حال.

(ولو كانت الديون بقدر المال فإن كان كسوبا ينفق من كسبه فلا حجر) لعدم الحاجة بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون، فإن امتنع باع عليه أو أكرهه عليه قال الإسنوي: فإن التمس الغرماء الحجر عليه: أي عند الامتناع حجر في أظهر الوجهين وإن زاد ماله على دينه انتهى، وهذا يسمى الحجر الغريب فليس مما نحن فيه (وإن

لم يكن) كسوبا (وكانت نفقته من ماله فكذا) لا حجر عليه (في الأصح) لتمكنهم من المطالبة في الحال. والثاني يحجر عليه كي لا يضع ماله في النفقة، وقد احترز عن هذا بقوله زائدة على ماله. (ولا يحجر) عليه (بغير طلب) من غرمائه أو من يخلفهم إذ هو لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم، فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه وجب على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته. ومثله ما لو كانت لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء وكالمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس والدين مما يحجر به كما مر، وقد احترز عنه بقوله بسؤال الغرماء واقتضى كلامه عدم الحجر لدين الغائبين لأنه لا يستوفي مالهم في الذمم لكن قيده الإسنوي كالفارقي بما إذا كان المديون ثقة مليا، قال: وإلا لزم الحاكم قبضه قطعاً، ومحلّه إذا كان الحاكم أميناً وإلا لم يجز قطعاً كما يعلم مما يأتي في الوديعة، وكلام الأم يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم أي بهذا القيد المذكور (فلو) (طلب بعضهم) الحجر (ودينه قدر يحجر به) بأن زاد على ماله (حجر) لتوفر شروط الحجر ولا يختص أثر الحجر بالملتمس بل يعمهم (وإلا) بأن لم يزد الدين على ماله (فلا) حجر لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر، وهذا هو المعتمد وإن جري ابن المقري تبعاً لما ذكره المصنف في زيادة الروضة وقال: إنه أقوى على اعتبار أن يزيد دين الجميع على ماله لا الملتمس فقط.

(ويحجر بطلب المفلس) ولو بوكيله (في الأصح) لأن له غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه. وروي أن الحجر على معاذ كان بطلبه، قاله الرافعي، وفي النهاية أنه كان بسؤال الغرماء. قال الزركشي: والأول أصوب اهـ. ولا مانع من موافقة سؤالهم لسؤاله ومن كون الواقعة متعددة. قال السبكي: وصورته أن يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضي وطلب المديون الحجر دون الغرماء وإلا لم يكن له طلبه، ومقابل الأصح لا يحجر لأن الحق لهم في ذلك والحجر ينافي الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة، وأنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمتها على غرمائه.

(فإذا حجر عليه) بطلب أو دونه (تعلق حق الغرماء بماله) كالرهن عينا كان أو دينا أو منفعة حتى لا ينفذ تصرفه بما يضرهم ولا تزاحمهم فيه المديون الحادثة، وشمل كلامهم المدين المؤجل حتى لا يصح الإبراء منه وإن قال الإسنوي: الظاهر خلافه. قال البلقيني: وتصح إجازته لما فعله مورثه مما يحتاج إليها بناء على أنها تنفيذ وهو الأصح نعم يستثنى من إطلاق المصنف ما لو حجر

عليه في زمن خيار البيع فإنه لا يتعلق حق الغرماء بالمعقود عليه بل يجوز له الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة.

(وأشهد) الحاكم استحباباً (على حجره) أي المفلس وأشهره بالنداء (ليحذر) من معاملته فيأمر منادياً ينادي في البلد أن الحاكم حجر على فلان بن فلان قاله العمراني (ولو) تصرف تصرفاً مالياً مفوتاً في الحياة بالإنشاء مبتدأ (وكان) (باع أو وهب) أو اشترى بالعين (أو أعتق) أو وقف أو أجر أو كاتب (ففي قول يوقف تصرفه) المذكور وإن أثم به (فإن فضل ذلك عن المدين) لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم (نفذ) أي بان أنه كان نافذاً (وإلا) أي وإن لم يفضل (لغا) أي بان أنه كان لاغياً (والأظهر بطلانه) في الحال لتعلق حقهم به كالمرهون ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه، واستثنى الأذرعى من منع الشراء بالعين ما لم يدفع الحاكم كل يوم نفقة له ولعياله فاشترى بها قال: فإنه يصح جزماً فيما يظهر، وأشار إليه بعضهم، ويستثنى من الضابط المتقدم تصرفه في نحو ثياب بدنه على ما جزم به بعضهم (فلو) (باع ماله) كله أو بعضه لغريمه بدينه كما صرح به في المحرر أو (لغرمائه بدينهم) أو بعضه أو بعين من غير إذن الحاكم (بطل) البيع (في الأصح) لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر، والثاني يصح لأن الأصل عدم غيرهم وبالقياس على بيع المرهون من المرتهن، والقولان مفرعان على بطلان البيع لأجنبي السابق كما أفادته الفاء. أما بإذن القاضي فيصح، ولو باعه لأجنبي بإذن الغرماء لم يصح وخرج بالتصرف المالي التصرف في الذمة كما قال (فلو) تصرف في ذمته كأن (باع سلماً) طعاماً أو غيره (أو اشترى) شيئاً بثمن (في الذمة) أو باع فيها لا بلفظ السلم أو اقترض أو استأجر (فالصحيح صحته ويثبت) المبيع والتمن ونحوهما (في ذمته) إذ لا ضرر على الغرماء فيه. والثاني لا يصح كالسفيه.

(ويصح) (نكاحه) ورجعته (وطلاقه وخلعه) زوجته (واقترانه) أي استيفاءه القصاص وإذا طلبه أجيب كما في المحرر (وإسقاطه) أي القصاص ولو مجاناً وهو من إضافة المصدر إلى مفعوله إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال، ولا يصح استلحاقه النسب ونفيه باللعان، أما استيلاده فالمعتمد عدم نفوذه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافاً للغزالي في الخلاصة ومن تبعه لأن حجر الفليس امتاز عن حجر المرض بكونه يتصرف في مرض موته في ثلث ماله وعن حجر السفه بكونه لحق الغير، وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية إذ لا ينفذان إلا من ثلث المال الفاضل بعد الدين ومؤون التجهيز فما اقتضاه كلامهما في باب التدبير من عدم صحتها ضعيف ولو بمن يعتق عليه، ولا يرد على المصنف خلافاً لمن ادعاه لزوال ملكه عنه قهراً وليس للغرماء تعلق به،

وكذا نصه في الأم فيما لو أصدقت المحجورة أباهما أو أوصى لها به أو ورثته وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال.

(ولو) (أقر بعين) مطلقا (أو دين) (وجب) ذلك الدين أو نحو كتابة سبقت (قبل الحجر) بنحو معاملة أو إتلاف (فالأظهر قبوله في حق الغرماء) كما لو ثبت بالبينة وكإقرار المريض بدين يزحم غرماء الصحة ولانتفاء التهمة الظاهرة، وعلى هذا لو طلب الغرماء تحليفه على ذلك لم يحلف على الأصح إذ لا يقبل رجوعه عنه، والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغي إنشاؤه والإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه ويثبت عليه الدين بنكوله عن الحلف مع حلف المدعي كإقراره. والثاني لا يقبل إقراره في حقهم لئلا يضرهم بالمزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له، وعبر بوجب دون لزم ليدخل ما وجب، ولكن تأخر لزومه لما بعد الحجر كالثمن في البيع المشروط فيه الخيار فتعبيره حينئذ أولى من تعبير أصله وقوله وجب قبل الحجر صفة للدين فقط (وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر) إسنادا معللا (بمعاملة أو) إسنادا (مطلقا) بأن لم يقيده بمعاملة ولا غيرها (لم يقبل في حقهم) فلا يزاحمهم بل يطالب بعد فك الحجر لتقصير من عامله في الأولى ولتنزيل الإقرار على أقل المراتب وهو دين المعاملة في الثانية، فلو لم يسند وجوبه إلى ما قبل الحجر ولا لما بعده قال الرافعي: فقياس المذهب تنزيهه على الأقل وهو جعله كإسناده إلى ما بعد الحجر، فإن كان ما أطلقه دين معاملة لم يقبل لاحتمال تأخر لزومه أو دين جنائية قبل لأن أقل مراتبه أن يكون كما لو صرح به بعد الحجر، فإن لم يعلم أهو دين جنائية أم معاملة لم يقبل لاحتمال تأخره، وكونه دين معاملة قال في الروضة والتنزيل ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر وإلا فينبغي أن يراجع فإنه يقبل إقراره. قال السبكي: وهذا صحيح لا شك فيه، ويحمل كلام الرافعي على ما إذا لم تتفق المراجعة اهـ. ويظهر مجيء مثل ذلك في الصورة الثانية في المتن، ولو أقر بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره كما أفتى به ابن الصلاح لأن قدرته على وفائه شرعا تستلزم قدرته على وفاء بقية الديون وهو ظاهر في القدر المساوي لذلك المقر به فما دونه.

(وإن قال عن جنائية) ولو بعد الحجر (قبل في الأصح) فيزاحمهم المجني عليه لانتفاء تقصيره والثاني لا كما لو قال عن معاملة. وحاصله أن ما لزمه بعد الحجر إن كان برضا مستحقه لم يقبل في حقهم وإلا قبل وزاحم الغرماء، ولا ينافي عدم القبول ما مر عن ابن الصلاح من أنه لو أقر بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل، وبطل ثبوت إعساره لتعين حمل قوله قبل على أنه بالنسبة لحق المقر لا لحق الغرماء.



(وله أن يرد بالعيب) أو الإقالة (ما كان اشتراه) قبل الحجر (إن كانت الغبطة في الرد) لأنه ليس تصرفاً مبتدأً بل من أحكام البيع السابق والحجر لا ينعطف على ما مضى ولأنه أحظ له والغرماء وفارق بيعه بها بما مر في التعليل، وقضية كلامهم جواز رده حينئذ دون لزومه، وهو كذلك كما صرح به القاضي والدارمي إذ ليس فيه تفويت لحاصل وإنما هو امتناع من الاكتساب وإنما لزم الولي الرد لأنه يلزمه رعاية الأحظ لموليه، ولا يشكل عليه ما لو اشترى شيئاً في صحته ثم مرض واطلع فيه على عيب والغبطة في رده فلم يرد بأن ما نقصه العيب تفويت محسوب من الثلث لأن حجر المرض أقوى ولأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرد قد يجبر بالكسب بعد بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك، والاستدلال على كون حجر المرض أقوى بأن إذن الورثة لا يفيد شيئاً وإذن الغرماء يفيد صحة تصرف المفلس برده ما تقرر من بطلان تصرفه ولو بإذنه إلا أن يحمل على ما إذا انضم إلى إذنه إذن الحاكم، وخرج بما ذكره ما لو كانت الغبطة في الإبقاء لما فيه من تفويت المال من غير غرض أو لم تكن غبطة لا في الرد ولا في الإبقاء، ولو منع من الرد عيب حادث لزم الأرش ولا يملك المفلس إسقاطه، وكلامهم شامل لرد ما اشتراه قبل الحجر وما اشتراه أو باعه في الذمة بعده وهو ظاهر، وما وقع في الكتاب من ذكر الأول فقط مجرد تصوير.

(والأصح) (تعدي الحجر) بنفسه (إلى ما حدث بعده بالاصطياد) والهبة (والوصية والشراء) في الذمة (إن صحناه) أي الشراء وهو الراجح لأن مقصود الحجر الحقوق إلى أهلها وذلك لا يختص بالموجود، والثاني لا يتعدى إلى ما ذكر كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها، ومقتضى إطلاقه تبعاً لغيره أنه لا فرق على الأول بين أن يزيد ماله مع الحادث على الديون أم لا، وهو كذلك لأنه يغتفر في المدوام ما لا يغتفر في الابتداء وإن نظر فيه الإسنوي (و) الأصح (أنه) (ليس لبائعه) أي المفلس في الذمة (أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال) لتقصيره (وإن جهل فله ذلك) لانتفاء تقصيره لأن الإفلاس كالعيب ففرق فيه بين العلم والجهل، والثاني له ذلك لتعذر الوصول إلى الثمن، والثالث ليس له ذلك مطلقاً وهو مقصر في الجهل بترك البحث (و) الأصح (أنه إذا لم يمكن التعلق بها) أي بعين متاعه لعلمه (لا يزاحم الغرماء بالثمن) لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه فلا يزاحم الغرماء الأولين بل إن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلا انتظر اليسار والثاني يزاحم به لأنه في مقابلة ملك جديد زاد به المال والخلاف جار في كل دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه. بمعاوضة. أما الإتلاف وأرش الجناية فيزاحم في الأصل لأنه لم يقصر فلا يكلف الانتظار، وكلامه شامل لما إذا كان عالماً

بالحال أو جاهلا وأجاز وهو كذلك، فقد قال القمولي في جواهره: فإن قلنا لا خيار له أو له الخيار فلم يفسخ ففي مضاربه بالثمن وجهان أصحهما لا ا هـ. وعبارة العباب: ولبائعه الخيار إن جهل، فإن علم أو أجاز لم يزاحم الغرماء بالثمن لحدوثه برضاه ا هـ. فثبت أنه لا يضارب بحال بل يرجع في العين إن جهل، ووقع في شرح المنهج ما يخالف ذلك فاحذره، ولو حدث دين تقدم سببه على الحجر كانهدام ما أجره المفلس وقبض أجرته وأتلفها ضارب به مستحقه سواء حدث قبل القسمة أم لا ويمكن بميم بعد الياء في أكثر النسخ ونسب لنسخة المصنف ووقع في بعضها يكن. قال الولي العراقي: وفي كل منهما نقص: يعني أن وجه النقص في يكن لفظة له وفي يمكن لفظة الهاء: أي يمكنه، وعبارة المحرر: إذا لم يكن له، قال السبكي: فحذف له اقتصارا أو التبس على بعض النساخ فكتب إذا لم يكن ا هـ. وقال الأزرعي: معنى يمكن صحيح هنا، ولعل نسخة المصنف بخطه يكن غيرها ابن جعوان أو غيره يمكن لأنها أجود بمفردها على أنه لا حاجة لدعوى النقص كما هو ظاهر.

## (فصل)

### فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما

(بيادر القاضي) أو نائبه ندبا ومراده قاضي بلد المفلس ; إذ الولاية على ماله ولو بغير بلده له تبعاً للمفلس (بعد الحجر) أو الامتناع من الأداء (ببيع ماله) بقدر الحاجة (وقسمه) أي قسم ثمنه (بين الغرماء) على حسب ديونهم لئلا يطول زمن الحجر عليه ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق لمستحقه ولا يفرط في الاستعجال كي لا يطمع فيه بثمن بخس (ويقدم) حتما (ما يخاف فساد) ويقدم عليه ما يسرع له الفساد ولو لم يكن مرهونا لئلا يضع ثم المرهون والجاني لتعجيل حق مستحقها، وما نظره في المطلب بأن الرهن إذا فات لم يبطل حق المرتهن بخلاف الجاني فينبغي أن يقدم بيعه لذلك أجاب عنه الوالد رحمه الله بأن بيع المرهون إنما قدم لما فيه من المبادرة إلى براءة ذمة المديون (ثم الحيوان) لاحتياجه للنفقة وتعرضه للتلف واستثني منه المدبر فقد نص في الأم على أنه لا يباع حتى يتعذر الأداء من غيره، وهو صريح كما قاله الزركشي في تأخيره عن الكل صيانة للتدبير عن الإبطال (ثم المنقول) لما يخشى عليه من الضياع من نحو سرقة ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه، قاله الماوردي (ثم العقار) بفتح العين أفصح من ضمها ويقدم البناء على الأرض، قاله الماوردي أيضا. وعلم مما مر أن الترتيب مستحب وبه صرح في الأنوار. قال الأزرعي: والظاهر أن الترتيب في غير ما يسرع فساده وغير

الحيوان مستحب: أي أما ما يخشى فساده أو نهبه أو استيلاء نحو ظالم عليه فلا شك في وجوب المبادرة لبيعه. ولهذا قد تقتضي المصلحة تقديم العقار ونحوه على غيره عند الخوف ممن مر فالأحسن تفويض الأمر في ذلك إلى اجتهاد الحاكم ويحمل كلامهم على الغالب وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح (ولبيع) ندبا (بحضرة المفلس) بتثليث الحاء والفتح أفصح أو وكيله (وغرمائه) أو وكيلهم لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب وليخبر المفلس بما في ماله من عيب ليأمن الرد، أو صفة مطلوبة لتكثر فيه الرغبة، ولأن الغرماء قد يزيدون في السلعة، وما ثبت للمفلس من بيع ماله كما ذكر رعاية لحق الغريم يأتي نظيره في ممتنع عن أداء حق وجب عليه بأن أيسر وطالبه به صاحبه وامتنع من أدائه فيأمره الحاكم به، فإن امتنع وله مال ظاهر وهو من جنس الدين وفي منه أو من غيره باع عليه ماله إن كان بمحل ولايته، ولكن يفارق الممتنع المفلس في أنه لا يتعين على القاضي بيع ماله كالمفلس بل له بيعه كما تقرر، وإكراه الممتنع مع تعزيره بحبس أو غيره على بيع ما يفي بالدين من ماله لا على بيع جميعه مطلقا، وبحث السبكي أن محل تخيره بين البيع والإكراه إذا طلب رب الدين حقه بغير تعيين، فلو عين طريقا لم يجز للحاكم فعل غيرها؛ لأنه إنما يفعل بسؤاله، واستدل له بكلام القفال، وفيه نظر، ومن ثم قال ولده في التوشيح: قد يقال ليس للمدعي حق في إحدى الخصال حتى تتعين بتعيينه، وإنما حقه في خلاص حقه فليعتمده القاضي بما شاء من الطرق اهـ. وهذا هو الوجه. وبيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم أولى ليقع الإشهاد عليه ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه، بخلاف ما لو باع الحاكم أو نائبه لا بد أن يثبت أنه ملكه على ما قاله ابن الرفعة تبعا للماوردي والقاضي، وبيع الحاكم حكم بأنه له: أي بناء على أن تصرفه حكم وسيأتي في الفرائض ما فيه، ورجح السبكي تبعا لما اقتضاه كلام جماعة الاكتفاء باليد ونقله عن العبادي، وذكر الأذرعي أن ابن الصلاح أفتى بما يوافق، والإجماع الفعلي عليه وهو المعتمد وبيع ندبا (كل شيء في سوقه) لأن الرغبة فيه أكثر والتهمة فيه أبعد. نعم إن تعلق بالسوق غرض معتبر للمفلس وجب ولو كان في النقل إليه مؤنة كبيرة ورأى استدعاء أهله أو ظن الزيادة في غير سوقه فعل: أي وجوبا كما هو ظاهر، وإنما يبيع (بثمن مثله) فأكثر (حالا من نقد البلد) وجوبا كما في المحرر؛ لأن التصرف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة وهي فيما ذكر فلا يبيع بمؤجل، وإن حل قبل القسمة ولا بغير نقد البلد ما لم يرض المفلس والغرماء بغيره فيجوز، قاله المتولي، وهو المعتمد وإن توقف فيه السبكي لاحتمال ظهور غريم آخر يطلب دينه في الحال؛ إذ الأصل عدمه، ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز، ولو باع بثمن مثله ثم ظهر راغب

بزيادة فقياس ما ذكره في عدل الرهن وجوب القبول في المجلس وفسخ البيع، وحكاه الروياني عن النص، وقد ذكروا في عدل الرهن والوكالة أنه إذا لم يفسخ انفسخ بنفسه فيأتي ذلك هنا ولو تعذر من يشتري مال المفلس بثمن مثله من نقد البلد وجب الصبر بلا خلاف، قاله المصنف في فتاويه. وقال ابن أبي الدم: يباع المرهون بما دفع فيه بعد النداء والإشهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمن مثله بلا خلاف بناء على أن القيمة وصف قائم بالذات، فإن قلنا ما تنتهي إليه الرغبات فواضح لأن ما دفع فيه هو ثمن مثله، وعليه ففارق الرهن مال المفلس بأن الراهن التزم ذلك حيث عرض ملكه برهنه للبيع، ألا ترى أن المسلم إليه لما التزم تحصيل المسلم فيه لزمه ولو بثمن غال: أي لا بأكثر من ثمن مثله كما مر في بابه؛ لأنه المتزمه (ثم إن كان المدين من غير جنس النقد) الذي بيع به أو من غير نوعه (ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه) أو نوعه (اشترى) له لأنه واجبه (وإن رضي) بغير جنس حقه وهو مستقل أو ولي والمصلحة للمولى في التعويض كما هو ظاهر (جاز صرف النقد إليه إلا في السلم) ونحوه من كل ما يمنع الاعتياض عنه كبيع في الذمة وكمنفعة في إجارة الذمة فلا يجوز صرفه إليه، وإن رضي لامتناع الاعتياض، ولا يرد على المصنف نجوم الكتابة مع عدم صحة الاعتياض عنها على الأصح؛ لأن النجوم لا يحجر لأجلها فليست مرادة هنا.

(ولا) (يسلم) الحاكم أو مأذونه (مبيعا قبل قبض ثمنه) احتياطا فإن فعل ضمن كالوكيل والضمان بقيمة المبيع. قال السبكي: وينبغي أن يكون محل ضمان الحاكم إذا فعله جاهلا أو معتقدا تحريمه، فإن فعله باجتهاد أو تقليد صحيح لم يضمن لأن خطاه غير مقطوع به، فإن تنازعا أجبر المشتري على التسليم أولا ما لم يكن نائبا عن غيره فيجبران فيما يظهر، وما استثناه الأذرعى من إطلاق المصنف من أنه لو باع شيئا لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذي اشترى به فأكثر قال: فالأحوط بقاء الثمن في ذمته لا أخذه وإعادته اهـ. قال: وسيأتي ما يؤيده مع ظهوره رده الزركشي بأنه لا يستثنى من ذلك؛ لأنه إن كان الثمن من جنس دينه جاء التقاض وإن لم يكن من جنسه ورضي به حصل الاعتياض فلم يحصل تسليم قبل قبض الثمن على كل تقدير، ويجاب عنه بأن الأحوط بقاءه في ذمته وإن لم يحصل تقاض ولا اعتياض فصح الاستثناء

(وما قبض) الحاكم من ثمن المبيع للمفلس (قسمه) على التدرج ندبا (بين الغرماء) لتبرأ ذمته منه ويصل إلى مستحقه، فإن طلب الغرماء قسمته وجبت كما يؤخذ من كلام السبكي الآتي (إلا أن يعسر لقلته) وكثرة الديون (فيؤخر) الحاكم ذلك (ليجتمع) ما تسهل قسمته، فلو طلبها الغرماء لم يجبهم كما بحثاه بعد نقلهما

عن النهاية إجابته، وبما بحثاه صرح الماوردي، لكن كلام السبكي يفيد حمل هذا على ما إذا ظهرت مصلحة في التأخير وما قبله على خلافه وله اتجاه ولو اتحد الغريم قسمه أولاً فأولاً، ويستثنى من القسمة مكاتب عليه دين معاملة ودين جناية ونجوم كتابة ثم حجر عليه فيقدم الأول ثم الثاني ثم الثالث، وللمديون غير المحجور أن يقسم كيف شاء، لكن بحث السبكي أن الغرماء إذا استتوا وطالبوا بحقهم على الفور وجب التسويق. قال الجوجري: وهو متجه جداً فراراً من الترجيح بلا مرجح ومن إضرار بعضهم بالتأخير أو الحرمان إن ضاق المال، وإذا تأخرت قسمة ما قبضه الحاكم فالأولى أن لا يجعله عنده للتهمة بل يقرضه أميناً موسراً يرتضيه الغرماء غير مماطل ولا يكلف رهناً؛ لأنه لا حاجة به إليه وإنما قبله لمصلحة المفلس، وفي تكليفه الرهن سد لها، وبه فارق اعتباره في التصرف في مال نحو الطفل، فإن فقد أودعه ثقة يرتضونه، فإن اختلفوا أو عينوا غير ثقة فمن رآه القاضي من العدول، وتلفه عنده من ضمان المفلس (ولا يكلفون) أي الغرماء عند القسمة (بينه) أو إخبار حاكم (بأن لا غريم غيرهم) لاشتهار الحجر، فلو كان ثم غريم لظهر، ويخالف نظيره في الميراث؛ لأن الورثة أضبط من الغرماء وهذه شهادة على نفي يعسر مدركها، ولا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره، ولأن وجود غريم آخر لا يمنع الاستحقاق من أصله ولا يتحتم مزاحمته؛ إذ لو أعرض أو أبرأ أخذ الآخر الجميع والوارث يخالفه في جميع ذلك (فلو قسم فظهر غريم) يجب إدخاله في القسمة: أي انكشف أمره (شارك بالحصّة) ولم تنقض القسمة؛ لأن المقصود يحصل بذلك، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة وأخذ الأول عشرة، والآخر خمسة ثم ظهر غريم له ثلاثون رجع على كل منهما بنصف ما أخذه، فإن أتلّف أحدهما مما أخذه وكان معسراً جعل ما أخذه كالمعدوم وشارك من ظهر الآخر وكان ما أخذه كأنه كل المال، فلو كان المتلف أخذ الخمسة استرد الحاكم ممن أخذ العشرة ثلاثة أخماسهما لمن ظهر، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما على حسب دينهما وقس على ذلك، ولو ظهر الثالث وظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر صرف إليه بقسط ما أخذه الأولان والفاضل يقسم على الثلاثة. نعم إن كان دينه حادثاً فلا مشاركة له في المال القديم، والدين المتقدم سببه كالقديم، فلو أجر داراً وقبض أجرتها وأتلّفها ثم انهدمت بعد القسمة رجع المستأجر على من قسم له بالحصّة، ويقسم له على غريم غاب إن عرف قدر حقه، وإلا وجبت مراجعته، فإن تعذرت رجع في قدره للمفلس، فإن ظهرت له زيادة فكظهور غريم بعد القسمة، ولو تلف بيد الحاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصته أو إفرازها فعن القاضي أن الغائب

لا يزاحم من قبض (وقيل تنقض القسمة) كما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارث آخر فإن القسمة تنقض على الأصح، وفرق الأول بأن حق الوارث في عين المال، بخلاف حق الغريم فإنه في قيمته وهو يحصل بالمشاركة (ولو) (خرج شيء بآعه) المفلس (قبل الحجر مستحقا والتمن) المقبوض (تالف) (فكدين ظهر) من غير هذا الوجه كما قاله الشارح: أي مثل ذلك الدين، والمراد بالمثل البديل ليشمل القيمة في المتقوم فسقط القول بأنه لا معنى للكاف بل هو دين ظهر حقيقة، وحكم ذلك أنه يشارك المشتري الغرماء من غير نقض القسمة أو مع نقضها وسواء أتلّف قبل الحجر أم بعده، وخرج بقوله والتمن تالف ما لو كان باقيا فيرده (وإن) (استحق شيء بآعه الحاكم) أو نائبه والتمن المقبوض تالف (قدم المشتري بالتمن) أي ببدله على باقي الغرماء، ولا يضارب به معهم لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس فكان تقديمه من مصالح الحجر كأجرة الكيال، وليس الحاكم ولا نائبه طريقا في الضمان ; لأنه نائب الشرع، بخلاف ما لو باعه المفلس قبل الحجر فإنه إذا استحق بعد تلف الثمن يكون ثمنه دينا ظهر فيأتي فيه ما مر (وفي قول يحاص الغرماء) به كسائر الديون ; لأنه دين في ذمة المفلس ودفع بما مر

(وينفق) الحاكم حتما من مال المفلس (عليه وعلى من عليه نفقته) من زوجة وقريب وأم ولد ولو حدث بعد الحجر (حتى يقسم ماله) ; لأنه موسر ما لم يزل ملكه عنه. ومحلّه في الزوجة التي نكحها قبل الحجر. أما المنكوحه بعده فلا ينفق عليها، وفارقت الولد، المتجدد بأنه لا اختيار له فيه بخلافها، ولا يرد على ذلك تمكنه من استلحاقه ; لأنه واجب عليه فلا اختيار له فيه أيضا، وإنما أنفق على ولد السفية إذا أقر به من بيت المال ; لأن إقراره بالمال وبما يقتضيه غير مقبول، بخلاف إقرار المفلس، وكذلك المماليك لو حدثوا بعد الحجر باختياره أنفق عليهم ; لأن مؤنتهم من مصالح الغرماء ; لأنهم يبيعونهم ويقتسمون ثمنهم، ولو اشترى أمة في ذمته وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده فالأوجه وجوب نفقتها وفارقت الزوجة بقدرتها على الفسخ بخلاف هذه، ولا ينفق على القريب إلا بعد الطلب كما أن ولي الصبي لا ينفق على قريبه إلا بعد الطلب بل هذا أولى لمزاحمة حق الغرماء. نعم ذكروا أن القريب لو كان طفلا أو مجنونا أو عاجزا عن الإرسال كزمن أنفق عليه بلا طلب حيث لا ولي له خاص يطلب له. وقياسه أن يكون القريب هنا كذلك وينفق على زوجته نفقة المعسرين كما رجحه المصنف وغيره خلافا للرافعي كالرويانى أنه ينفق نفقة الموسرين وإلا لما أنفق على القريب فقد رديان اليسار المعترف في نفقة الزوجة غير اليسار المعترف في نفقة القريب وبأن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، بخلاف القريب فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء

الثاني. والمراد بقوله: ينفق يمون فيشمل الكسوة والإسكان والإخدام وتكفين من مات منهم قبل القسمة ; لأن ذلك كله عليه وشمل ما ذكر الواجب في تجهيزه، وكذا المندوب إن لم يمنعه الغرماء (إلا أن يستغني) المفلس (بكسب) حلال لائق به بأن يكون مزرية به فلا ينفق ويكسو حينئذ من ماله بل من كسبه إن رأى من يستعمله فإن فضل منه شيء رد إلى المال أو نقص كمل من المال، فإن امتنع من كسب لائق ولو مع تعسره أنفق عليه كما اقتضاه كلام المنهاج، وهو أنسب بقاعدة الباب مما اقتضاه كلام المتولي من عدم الإنفاق ; وإن اختاره السبكي إذ القاعدة أنه لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، ومن تفصيل ابن النقيب بين أن يتكرر منه الامتناع ثلاثاً أو لا (وبياع مسكنه) وإن احتاج إليه (وخادمه) ومركوبه (في الأصح وإن احتاج إلى خادم) أو مركوب (لزمانته ومنصبه) ; لأن تحصيلها بالكراء أسهل، بخلاف ما يأتي فإن تعذر فعلى المسلمين، وقضيته لزوم المياسير أجره مركوب وخادم، وفيه وقفة ; إذ لا يلزمهم إلا الضروري أو ما قرب منه، وليس هذا كذلك إلا أن أبهة المنصب بهما يترتب عليها مصلحة عامة فنزلت منزلة الحاجة. والثاني يبقين للمحتاج إذا كانا لائقين به دون النفيسين وهو مخرج نصه في الكفارات، وفرق الأول بأن حقوق الله مبنية على المساهلة بخلاف حقوق الأدميين مع كونها لا بدل لها، وتباع أيضاً البسط والفرش ويتسامح في حصره ولبد قليل القيمة وكساء خليع (ويترك له دست ثوب يليق به) حال فلسه كما قاله الإمام إن كان في ماله وإلا اشترى له ; لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة للنفقة، وقد أطلق كثير أن كل ما قيل يترك له ولم يوجد بماله اشترى له، وظاهره أنه يشتري له حتى الكتب ونحوها مما ذكر وفيه نظر ظاهر، ومن ثم بحث بعضهم عدم شراء ذلك له لا سيما عند استغنائه بموقوف ونحوه بل لو استغنى عنه به بيع ما عنده، وينبغي أن يحمل عليه اختيار السبكي أنها لا تبقى له، وقول القاضي لا تبقى له في الحج فهنا أولى يحمل على ذلك أيضاً وإلا فهو ضعيف كما يعلم مما مر، وبياع المصحف مطلقاً كما قاله العبادي ; لأنه تسهل مراجعة حفظته، ومنه يؤخذ أنه لو كان بمحل لا حافظ فيه ترك له، فلو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله رد إلى اللائق أو دون اللائق تقطيراً أو زهداً لم يزد عليه، والضمير في له عائد على لفظ من المذكور في النفقة وحينئذ يدخل فيه نفسه وعياله ونقله الزركشي عن البغوي وغيره (وهو قميص وسراويل) وتكة كما بحثه الأذرعي ومنديل (وعمامة) وما تحتها كما ذكره القاضي وبحثه الإسنوي والأذرعي، وطيلسان وخف ودراعة فوق القميص إن لاقت به لئلا يحصل الازدراء بمنصبه، وتزاد المرأة مقنعة وغيرها مما يليق بها (ومكعب) أي مداس (ويزاد في الشتاء جبة) لاحتياجه إلى ذلك ويترك للعالم كتبه.

وينبغي أن يأتي هنا عند تكرار النسخ ما يأتي في قسم الصدقات ويحتمل الفرق، وبحث ابن الأستاذ أنه يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما، قال: بخلاف المتطوع بالجهاد فإن وفاء الدين أولى إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرهما، وتباع آلات حرفته إن كان محترفا، وفي البويطي أنه يعطي بضاعة، قال الدارمي: ومعناه اليسير: أي التافه، أما الكثير فلا، وقال ابن سريج: يترك له رأس مال يتجر فيه إذا لم يحسن الكسب إلا به، قال الأذرعي: وأظن أن مراده ما قاله الدارمي (ويترك قوت يوم القسمة) وسكناه (لمن عليه نفقته) ; لأنه موسر في أوله بخلاف ما بعده لعدم ضبطه، ولأن حقوقهم لم تجب فيه أصلا، وألحق البغوي ومن تبعه باليوم ليلته: أي الليلة التي بعده هذا إن كان بعض ماله خاليا عن تعلق حق لمعين، فإن تعلق بجميع ماله حق لمعين كالمرهون لم ينفق عليه ولا على عياله منه (وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين) لقوله تعالى { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة } أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه، وللخبر المار في قصة معاذ { ليس لكم إلا ذلك } نعم إن عصى بسببه وإن صرفه في مباح كغاصب ومتعمد جناية توجب مالا أمر بالكسب ولو بايجار نفسه كما نقله الإسنوي واعتمده ; لأن التوبة من ذلك واجبة وهي متوقفة في حقوق الأدميين على الرد، واستدل له الأذرعي بإيجابهم على الكسب كسب نفقة الزوجة والقريب، ومن العلة يعرف أن وجوب ذلك ليس لإيفاء الدين بل للخروج من المعصية لكن الكلام ليس فيه حينئذ، ولا ينفك الحجر عن المفلس بانقضاء القسمة ولا باتفاق الغرماء على رفعه، وإنما يفكه القاضي ; لأنه لا يثبت إلا بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفية ; لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد

(والأصح) وجوب (إجارة) نحو (أم ولده والأرض الموقوفة عليه) إن لم يشترط واقفها عدم إيجارتها، فإن شرطه فلا، وإجارة أم الولد لا تختص بالمحجور بل تطرد في كل مديون، فمثل الأرض غيرها في ذلك والموصى له بمنفعته كما بحثه الأذرعي ; لأن منفعة المال مال كالعين بدليل أنها تضمن بالغصب، بخلاف منفعة الحر فيصرف بدل منفعتيها للدين ويؤجران مرة بعد أخرى إلى البراءة. قال الشيخان: وقضية هذا إدامة الحجر إلى البراءة وهو مستبعد، واعتراضهما البلقيني بأنه ليس قضيته ذلك بل انفكك الحجر بالكلية أو بالنسبة إلى غير المأجور والمستولدة، ودعواه أن قضية انفكك الحجر بالكلية ممنوعة بالنسبة لغير الموقوف والمستولدة هو محل استبعادهما وحينئذ فلا اعتراض عليهما، وفي الروضة عن الغزالي أنه يجبر على إجارة الوقف: أي بأجرة معجلة ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة اهـ. ومثله المستولدة، وينبغي



أن تكون إجارة ما ذكر في كل مرة يؤجرها مدة يغلب على الظن بقاءه إلى انقضائها وأن لا يصرف من الأجرة إلا ما تبين استحقاق المفلس له بمضي المدة، وقضيته أنه لا يصرف للغرماء إلا ما فضل عن مؤنة المفلس وممونه ; لأنهم يقدمون بذلك في المال الحاضر ففي المنزل منزلته أولى، وقد يمنع بأنا لا نراعي حقوقهم في المستقبل بل في يوم القسمة فقط كما مر، وهذا من هذا القبيل فالأوجه حينئذ الأول، ومقابل الأصح لا لأنهما لا يعدان أموالا حاضرة ولهذا لا يجب إجارة نفسه

(وإذا) (ادعى) المدين (أنه معسر أو قسم ماله بين غرمائه) أو أن ماله المعروف تلف (وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا)، (فإن لزمه الدين في معاملة مال كسراء أو قرض فعليه البينة) بإعساره في الأولى وبأنه لا يملك غيره في الثانية ; لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة، نعم محل ذلك في مال يبقى، أما غيره كلحم ونحوه فهو من القسم الآتي فيقبل فيه قوله بيمينه، وله المدعى على الغرماء وتحليفهم أنهم لا يعلمون إعساره، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره وإن حلفوا حبس وتقبل دعواه أيضا ثانيا وثالثا وهكذا أنه بان لهم إعساره حتى يظهر للحاكم أن قصده الإيذاء وكذا يقال في عكسه، فلو ثبت إعساره فادعوا بعد أيام أنه استفاد مالا وبينوا الجهة التي استفاد منها فلهم تحليفه إلا إن ظهر قصد الإيذاء، هذا كله إن لم يسبق منه إقرار بالملاءة. فلو أقر بها ثم ادعى الإعسار ففي فتاوى القفال لا يقبل قوله إلا أن يقيم بينة بذهاب ماله الذي أقر بالملاءة به، ولا يكفي أنه يعلم ذهاب ماله ; لأنه ربما يعلم ذهابه لكنه لا يعلم ذهاب ما أقر به، ويثبت الإعسار باليمين المردودة أيضا ويعلم القاضي حيث نفذ حكمه به خلافا للإمام، ولو قال لغريمه أبرئني فإني معسر فأبرأه ثم بان يساره برئ، ولو قيد الإبراء بعدم ظهور المال لم يبرأ، ذكره الروياني في البحر (وإلا) بأن لزمه المدين لا في مقابلة مال كصداق وضمن وإتلاف ولم يعهد له مال (فيصدق بيمينه في الأصح) ; لأنه خلق ولا مال له، والأصل بقاء ذلك، ولو ظهر غريم آخر لم يحلف ثانيا كما في البيان وارتضاه ابن عجيل وهو ظاهر لثبوت إعساره باليمين الأولى، والثاني لا بد من البينة ; لأنه خلاف الظاهر من أحوال الحر، ويعلم مما تقرر حكم ما عمت به البلوى فيمن حلف أنه يوفي زيدا كذا وقت كذا ثم ادعى إعساره فيقبل قوله فيه بيمينه في عدم الحنث ما لم يعرف له مال كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى (وتقبل بينة الإعسار) وإن تعلقت بالنفي لمكان الحاجة كالبيننة على أن لا وارث سوى هؤلاء (في الحال) وإن لم يتقدم له حبس كسائر البينات (وشرط شاهده خبرة باطنه) لطول جوار ومخالطة ونحوها ; لأن الأموال تخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال. نعم إن شهد بتلف المال لم يشترط فيه خبرة باطنه، ولا تكفي

شهادة البينة وحدها إلا مع يمين يحلفها المدين بعد إقامتها على أن لا مال له باطنا إن كان الحق لمحجور عليه أو غائب أو جهة عامة، وإن لم تطلب أو لغيرهم وطلبت منه لجواز اعتماد الشاهدين الظاهر، فإن لم تطلب لم يحلف كيمين المدعى عليه، ويعتمد قول الشاهد بإعساره: إنه خبير بباطنه، وإن عرفه الحاكم كفى كما يكفي علمه بالإعسار، ولا يثبت بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين كما يأتي في القضاء ويكفي شاهدان كسائر الحقوق (وليقل) أي الشاهد: وهو اثنان كما مر (هو معسر ولا يمحض النفي كقوله لا يملك شيئاً) ; لأنه لا يمكن الاطلاع عليه، بل يجمع بين نفي وإثبات بأن يشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه. واعترضه البلقيني أخذاً من كلام الإسنوي بأنه قد يملك غير ذلك كمال غائب بمسافة القصر وهو معسر بدليل فسخ الزوجة عليه وإعطائه من الزكاة وكدين له مؤجل أو على معسر وجاحد وهو معسر أيضاً لما ذكر ولأنه لا يلزمه الحج وبأن قوت يومه قد يستغني عنه بالكسب وثياب بدنه قد تزيد على ما يليق به فيصير موسراً بذلك. قال: فالطريق أن يشهد أنه معسر عاجز العجز الشرعي عن وفاء شيء من هذا الدين، أو معسر لا مال له يجب وفاء شيء من هذا الدين منه أو ما في معنى ذلك، فإن أريد ثبوت الإعسار من غير نظر إلى خصوص دين قال أشهد أنه معسر الإعسار الذي تمتنع معه المطالبة بشيء من الدين اهـ. ويجاب بأن ما ذكره من الصيغ إنما يتأتى إطلاقه من عالم بهذا الباب وافق مذهب الحاكم فيه وأتى له بشاهدين يخبران بباطنه كذلك، فلو نظرنا لما ذكره لتعذر أو تعسر ثبوت إعساره وفيه من الضرر ما لا يخفى فكان اللائق بالتخفيف ما ذكره الشيخان مع أنه المنقول، ولا نظر للمشاحة التي ذكرها ; لأن المراد الإعسار في هذا الباب، ولأنه لو قدر على الكسب أو كان معه ثياب غير لائقة به لم يخف على دائنه غالباً، فكان سكوته عن ذلك قرينة على عدم وجودهما مع أن التفاوت بذلك لا ينظر إليه غالباً في قضاء الديون والحبس عليها. قال الجوجري: ولا بد في الشهادة بالغنى من بيان سببه ; لأن الإعدام لما لم يثبت إلا من أهل الخبرة فكذلك الغني، قاله القفال في فتاويه، ولو تعارضت بيننا إعسار وملاءة فسيأتي في الدعاوى وخرج بقول المصنف ولا يمحض النفي ما لو محضه، لكن في شرح التنبيه للجيلي أنه لا ترد شهادتهم اهـ. ونص عليه الشافعي في الشاهد بحضرة الورثة أنه يقول: لا أعلم أنه لا وارث له، ولا يمحض النفي بأن يقول: لا وارث له فلو محضه فقد أخطأ ولم ترد شهادته، قال الزركشي: فليكن مثله (وإذا ثبت إعساره) عند الحاكم (لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل حتى يوسر) لقوله تعالى {وإن كان ذو عسرة} الآية، وأفهم كلامه أن المديون يحبس إلى ثبوت إعساره وإن لم يحجر عليه بالفلس لخبر {لي الواجد يحل عرضه وعقوبته} أي مطلق القادر

يحل ذمه بنحو يا ظالم يا مماطل وتعزيره وحبسه. أما الوالد ذكرا كان أو أنثى وإن علا من جهة الأب أو الأم فلا يحبس بدين ولده كذلك وإن سفل ولو صغيرا وزمنا ; لأنه عقوبة ولا يعاقب الوالد بالولد ولا فرق بين دين النفقة وغيرها، وما جرى عليه في الحاوي الصغير تبعا للغزالي من حبسه لئلا يمتنع عن الأداء فيعجز الابن عن الاستيفاء رد بمنع العجز عن الاستيفاء ; لأنه متى ثبت للوالد مال أخذه القاضي قهرا وصرفه إلى دينه، وقضيته أنه لو أخفاه عنادا كان له حبسه لاستكشاف الحال، وهو ما اعتمده الزركشي ونقله عن القاضي، لكن قولهم ولا يعاقب الوالد بالولد ياباه، وكالوالد المكاتب فلا يحبس بالنجوم كما يأتي، ومن استؤجرت عينه وتعذر عمله في الحبس تقديمًا لحق المستأجر كالمرتهن ولأن العمل مقصود بالاستحقاق في نفسه بخلاف الحبس فإنه لم يقصد إلا ليتوصل به إلى غيره ثم القاضي يستوثق عليه مدة العمل فإن خاف هربه فعل ما يراه، ذكره في الروضة في باب الإجارة عن الغزالي وأقره، وأخذ منه السبكي أنه لو استعدى على من استؤجرت عينه وكان حضوره للحاكم يعطل حق المستأجر لم يحضر وإنما أحضرت المرأة وحبست اتفاقا وإن كانت مزوجة ; لأن للإجارة أمدا ينتظر، وقضيته أن الموصى بمنفعته كالمستأجر إن أوصى بها مدة معينة وإلا فكالزوجة، ومثل من ذكر المريض والمخدرة وابن السبيل فلا يحبسون كما اعتمده الوالد رحمه الله تعالى وأفتى به، بل يوكل بهم ليرددوا، ولا الطفل والمجنون ولا أبوه والوصي والقيم والوكيل في دين لم يجب بمعاملتهم، ولا العبد الجاني ولا سيده. وعلم من الحبس أن الحر لا يباع في دينه وقضاء عمر وعلي رضي الله عنهما بذلك بين الصحابة ولم يخالف مما انعقد الإجماع على خلافه فدل على أنه منسوخ، وحكاية ابن حزم قولا عن الشافعي به غريبة لا تعويل عليها، ويخرج المحبوس للدعوى عليه فإن حبس للثاني أيضا لم يخرج إلا باجتماعهما، وأجرة الحبس والسجان على المحبوس ونفقته في ماله: أي إن كان له مال ظاهر، وإلا ففي بيت المال ثم على مياسير المسلمين كما هو ظاهر، فإن لم ينزجر بالحبس ورأى الحاكم ضربه أو غيره فعل ذلك وإن زاد مجموعته على الحد ولا يعزره ثانيا حتى يبرأ من الأول، وفي تقييده إذا كان لجوجا صبورا على الحبس وجهان أصحهما جوازه إن اقتضته مصلحة، ولا يآثم المحبوس بترك الجمعة والجماعة، وللقاضي منع المحبوس منهما إن اقتضته مصلحة، ومن الاستمتاع بالزوجة ومحادثة الأصدقاء لا من دخولها لحاجة، وله منعه من شم الرياحين ترفها لا لمرض ونحوه ولا من عمل صنعة فيه ولو مماطلا. ولو حبست امرأة في دين ولو بإذن زوجها فيما يظهر سقطت نفقتها مدته وإن ثبت بالبينة، ولا تمنع من إرضاع ولدها، ويخرج المجنون من الحبس مطلقا، والمريض

إن فقد ممرضا فإن وجده فلا، والكلام هنا في طرو المرض على المحبوس فلا ينافي ما مر من عدم حبس المريض؛ لأنه بالنسبة للابتداء (والغريب العاجز عن بينة الإعسار يوكل القاضي به) وجوبا (من يبحث عن حاله، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به) لئلا يتخلد حبسه لو أهمله القاضي، وبما تقرر علم أنه يحبسه قبل أن يوكل به وهو كذلك وأجرة الموكل به في بيت المال، فإن لم يكن ففي ذمته إلى أن يوسر فيما يظهر فإن لم يرض أحد بذلك سقط الوجوب عن القاضي فيما يظهر أيضا. نعم سيأتي أن الجاني إذا لم يكن له مال ولا ثم بيت مال جاز للقاضي أن يقترض له على بيت المال وأن يسخر من يستوفي القود، فقياسه أن له حينئذ أن يقترض وأن يسخر باحثين لئلا يتخلد حبسه وقد علم أن الباحث اثنان ولو وجد مال بيد معسر فأقر به لحاضر رشيد وصدقه أخذه منه كما علم مما مر ولا يحلف أنه لم يواطئه فإن كذبه بطل إقراره وأخذه الغرماء أو لغائب أو غير رشيد معين انتظر ما لم يصدقه الولي أو المجهول لم يقبل منه، ويتفقد الحاكم أيضا حال غير الغريب فلا يعرض عنه لئلا يتخلد حبسه لكن لا يوكل به من يبحث عن .

### (فصل)

## في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه

(من باع ولم يقبل الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس فله فسخ البيع واسترداد المبيع) للخبر المار، وكون الثمن لم يقبض يحتاج إلى إضماره في الخبر، وفي حكم الحجر بالفلس الموت مفلسا ففي خبر أبي هريرة: {أيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمتاعه} ومراده بلم يقبض عدم قبض شيء منه بدليل قوله واسترداد المبيع، فإن قبض بعضه فسيذكره بعد وكما له استرداد المبيع له استرداد بعضه؛ لأنه مصلحة للغرماء كما يرجع الأصل في بعض ما وهبه لفرعه، بخلاف الرد بالعيب؛ لأنه يضر بالبائع، ولو أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه للفسخ فلا رجوع كما أفهمه كلامه، وأفهم أيضا امتناع الفسخ بالبيع الواقع في حال الحجر ما لم يكن جاهلا بحاله كما مر، وقد يجب الفسخ بأن يقع ممن يلزمه التصرف بالغبطة وهي في الفسخ كمكاتب وولي، ومثلهما البائع إذا أفلس وحجر عليه وطلب غرماءه منه الرجوع على ما بحثه بعضهم، والأوجه خلافه لما مر من أنه لا يلزمه الاكتساب (والأصح أن خياره) أي الفسخ أو البائع (على الفور) كالرد بالعيب بجامع دفع الضرر، والثاني لا كخيار الرجوع في الهبة، وفرق الأول بحصول الضرر هنا بخلاف ذلك، وعلى الأول لو ادعى جهله بالفورية قبل، كالرد بالعيب بل هنا أولى؛ لأنه يخفى على

غالب الناس بخلاف ذلك، ومر الكلام على الرجوع في القرض، وأنه لا فور فيه، ولو صولح عن الفسخ على مال لم يصح وبطل حقه من الفسخ إن علم لا إن جهل، ولو حكم بمنع الفسخ حاكم لم ينقض حكمه ; لأن المسألة اجتهادية، والخلاف فيها قوي ; إذ النص كما يحتمل أنه أحق بعين متاعه يحتمل أنه أحق بثمنه وإن كان الأول أظهر فلا ينافيه قولهم لا يحتاج في الفسخ إلى حاكم لثبوته بالنص والأصح (أنه) أي الفسخ لا يحصل (بالوطاء والإعتاق والبيع) وتلغو هذه التصرفات لمصادفتها ملك الغير كما لا تكون فسحا في الهبة للفرع، والثاني يحصل كالبائع في زمن الخيار، وفرق الأول بأن ملك المشتري على القول بأنه ملك غير مستقر فجاز الفسخ بما ذكر بخلاف مسألتنا ومحل الخلاف إذا نوى بالوطاء الفسخ وقلنا بما مر أن هذا الفسخ لا يفتقر إلى الحاكم وإلا فلا يحصل به قطعاً، ويحصل الفسخ بنحو فسخت البيع أو رفعته أو نقضته أو أبطلته أو رددت الثمن أو فسخت البيع فيه أو رجعت في المبيع كما رجحه ابن أبي الدم أو استرجعته كما بحثه الزركشي (وله) أي الشخص (الرجوع) في عين ماله بالفسخ (في سائر) المعاوضات التي (كالبيع) وهي المحضة لعموم الخبر المار فخرج بالمعاوضة الهبة ونحوها وبالمحضة وهي التي تفسد بفساد العوض غيرها كالنكاح والصلح عن الدم والخلع فلا فسخ ; لأنها ليست في معنى المنصوص عليه لانتفاء العوض في نحو الهبة ولتعدر استيفائه في البقية. نعم للزوجة فسخ النكاح بالإعسار كما يأتي، لكن لا يختص ذلك بالحجر ودخل في الضابط عقد السلم فله فسخه إن وجد رأس ماله، فإن فات لم يفسخ بل يضارب بقيمة المسلم فيه إن لم ينقطع ثم يشتري له منه بما يخصه إن لم يوجد في المال لامتناع الاعتياض عنه، فإن انقطع فله الفسخ لثبوته حينئذ في حق غير المفلس ففي حقه أولى، وإذا فسخ ضارب برأس المال، وكيفية ذلك إذا لم ينقطع المسلم فيه أن يقوم المسلم فيه فإن ساوى عشرين، والديون ضعف المال أفرز له عشرة، فإن رخص السعر قبل الشراء اشترى له بها جميع حقه إن وفت به وإلا فبعضه وإن كان متقوماً فإن فضل شيء فللغرماء، وإنما اشترى له الجميع ; لأن ما أفرز له صار كالمرهون بحقه وانقطع به حقه من حصص غيره حتى لو تلف قبل أخذه له لم يتعلق بشيء مما أخذه الغرماء، ولو ارتفع السعر لم يزد على ما أفرز له لما ذكر، ولو تلف بعض رأس المال وكان مما يفرد بالعقد رجوع بباقيه وضارب بباقي المسلم فيه، ودخل فيه أيضاً عقد الإجارة، فإذا أفلس قبل تسليم الأجرة الحالة ومضي المدة فللمؤجر الفسخ ; إذ المنافع كالأعيان، فإن أجاز ضارب بكل الأجرة وإن فسخ أثناء المدة ضاربهم ببعضها، ويؤجر الحاكم على المفلس العين المؤجرة لأجل الغرماء، أما إذا كان الحال بعض الأجرة كما في الإجارة المستحق فيها أجرة كل

شهر عند مضيّه فلا فسخ فيها لما يأتي من أن شرطه كون العوض حالا والمعوض باقيا فلا يتأتى الفسخ قبل مضي الشهر لعدم الحلول ولا بعده لفوات المنفعة. نعم إن كان بعض الأجرة مؤجلا فله الفسخ في الحال بقسطه فيما يظهر، ولو أفلس المستأجر في مجلس إجارة الذمة فإن أثبتنا خيار المجلس فيها استغنى به، وإلا فله الفسخ كإجارة العين، وإن أفلس مؤجر عين قدم المستأجر بمنفعتها أو ملتزم عمل، والأجرة في يده فللمستأجر الفسخ، فإن تلفت ضارب بأجرة المثل كنظيره في السلم، ولا تسلم إليه حصته منها بالمضاربة لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه؛ إذ إجارة الذمة في المنافع بل يحصل له بعض المنفعة الملتزمة إن تبعضت بلا ضرر كحمل مائة رطل، وإلا كقصاره ثوب وركوب إلى بلد ولو نقل لنصف الطريق لبقى ضائعا فسخ وضارب بالأجرة المبدولة، فلو سلم له الملتزم عينا ليستوفي منها قدم بمنفعتها كالمعينة في العقد

(وله) أي للرجوع في المبيع وما ألحق به (شروط) (منها كون الثمن حالا) عند الرجوع ولو مؤجلا قبله فلا رجوع فيما كان مؤجلا ولم يحل؛ إذ لا مطالبة به في الحال، فقول الشارح وكذا بعده على وجه صححه في الشرح الصغير هو الأصح (و) منها (أن يتعذر حصوله) أي الثمن (بالإفلاس) أي بسببه (فلو) (انتفى) الإفلاس (وامتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب) عطف على امتنع أو مات مليا وامتنع الوارث من التسليم (فلا فسخ في الأصح) لإمكان التوصل بالحاكم، فإن فرض عجز فنادر لا اعتبار به، والثاني يثبت لتعذر الوصول إليه حالا وتوقعه مالا فأشبهه المفلس واحترز أيضا بالإفلاس عن تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن لجواز الاعتياض عنه، وما استشكل به من أن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه، ومن أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير، وإذا جاز الفسخ بفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أولى رد بأن الملك لها هنا قوي؛ إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ وهناك الملك ضعيف، إذ صورة المسألة أن المعقود عليه معين وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ بل فيها قول: إن العقد يفسخ كالتالف بأفة سماوية، وأفهم كلامه أنه لو كان بالثمن ضامن مليء مقر أو عليه بينة يمكن الأخذ بها لم يرجع، وهو كذلك سواء أضمنه بإذنه أو لا على أوجه الوجهين في الروضة كأصلها، وبه جزم ابن المقري في روضه وإن اقتضى كلامه في الإرشاد خلافه لإمكان الوصول إلى الثمن من الضامن فلم يحصل التعذر بالإفلاس. وقول الزركشي الظاهر ترجيح الرجوع أخذا من النص على أنه لو أفلس الضامن والأصيل وأراد الحاكم بيع مالهما في دينهما فقال الضامن: ابدأ بمال الأصيل وقال رب الدين: أبيع مال أيكما شئت بديني، فإن

كان الضامن بالإذن أجيب الضامن والأقرب المدين رده الشيخ بأن المدرك هنا تعذر أخذ الثمن، ولم يتعذر، وثم شغل ذمة كل من الضامن والأصيل مع عدم الإذن في الضامن، أما لو كان الضامن معسرا أو جاحدا ولا بينة فيرجع كما رجحه الأذرعى وغيره لتعذر الثمن بالإفلاس، ولو كان بالعوض رهن يفي به ولو مستعارا كما رجحه الأذرعى وغيره أيضا لم يرجع لما مر، فإن لم يف به فله الرجوع فيما يقابل ما بقي له وله الرجوع بالشروط السابقة الآتية (ولو) (قال الغرماء) أي غرماء المفلس أو قال وارثه لمن له حق الفسخ (لا تفسخ ونقدمك بالثمن) (فله الفسخ) ولا تلزمه الإجابة للمنة وخوف ظهور مزاحم سواء الحي والميت وقول الزركشي يلزم الدائن قبول التبرع عن الميت أو إبرائه لياسه عن القضاء بخلاف الحي مردود بأنه لا يلاقي ما نحن فيه من أن رب المتاع أحق بمتاعه، ويفارق ما تقرر من عدم لزوم القبول ما لو قال الغرماء للقصار لا تفسخ ونقدمك بالأجرة فإنه يجبر؛ لأنه لا ضرر عليه بفرض ظهور غريم آخر لتقدمه عليهم، ولو أجاب المتبرع فظهر غريم آخر لم يزاحمه؛ لأن ما أخذه وإن دخل في ملك المفلس على القول به لكن دخوله ضمنى وحقوق الغرماء إنما تتعلق بما دخل في ملكه أصالة مع أن الأصح عدم دخوله في ملكه أو غير المتبرع فلمن ظهر مزاحمته ولا رجوع له في شيء من العين لو بقيت على أوجه احتمالين، وإن اقتضى كلام الماوردي الآتي ببادئ الرأي خلافه؛ لأنه مقصر حيث أخرج حق الرجوع مع احتمال ظهور مزاحم له، ويؤخذ من التعليل أنه في العالم بالمزاحمة وليس كذلك، ولو أعطاه وارث المبيع الثمن من ماله امتنع عليه الفسخ خلافا للماوردي وغيره؛ لأنه خليفة المورث فله تخلص المبيع ولأنه يبغى بذلك بقاء ملكه؛ إذ التركة ملكه فأشبهه فك المرهون، وفداء الجاني بخلاف الأجنبي. وشمل ذلك ما إذا لم يكن للمشتري تركة، فإن كان المدفوع من التركة لم يمتنع الفسخ خوفا من ظهور مزاحم، ولو قدم الغرماء المرتهن بدينه سقط حقه من المرهون بخلاف البائع كما تضمنه كلام الماوردي، وعليه فالفرق أن حق البائع أكد؛ لأنه في العين، وحق المرتهن في بدلها (و) منها (كون المبيع) أو نحوه (باقيا في ملك المشتري) للخبر المار (فلو فات ملكه) عنه حسا كالموت أو حكما كالعتق والوقف والبيع والهبة (أو كاتب العبد) أو الأمة كتابة صحيحة (فلا رجوع) لخروجه عن ملكه في الفوات وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه وليس للبائع فسخ هذه التصرفات، بخلاف الشفيع لسبق حقه عليها؛ لأن حق الشفيع كان ثابتا حين تصرف المشتري؛ لأنه يثبت بنفس البيع، وحق الرجوع لم يكن ثابتا حين تصرف؛ لأنه إنما يثبت بالإفلاس والحجر. نعم لو أقرضه المشتري لغيره وأقبضه إياه ثم حجر عليه أو باعه وحجر عليه في زمن الخيار فللبائع الرجوع فيه

كالمشتري، ذكره الماوردي. ويؤخذ منه أن صورتها أن يكون الخيار لبائعه أو لهما وهو كذلك. قال البلقيني: ويتخرج عليه ما لو وهب المشتري المتاع لولده وأقبضه له ثم أفلس فللبائع الرجوع فيه كالواهب له، قال: ويلزم على ما قاله الماوردي أنه لو باعه المشتري لآخر ثم أفلسا وحجر عليهما كان للبائع الأول الرجوع ولا بعد في التزامه اهـ. ويدل على صحة ما ذكر أنه لو وهب لأجنبي ولم يقبضه لكان للبائع الرجوع صرح به الماوردي، لكن هنا لم يملك الموهوب له في هذه الصورة تلك العين ولم تخرج عن ملك المشتري بحال. قال الأذرعى: الرجوع فيما وهبه لولده وأقبضه بعبد، ولعل من اختاره في القرض بناه على أنه لا يملك إلا بالتصرف. اهـ وأفاده الوالد رحمه الله تعالى أن الراجح في مسألة القرض عدم الرجوع، وفي المسائل الثلاث عدم الرجوع إن كان الخيار للمشتري في الثانية وإلا ففي الأولى والثالثة، وقد ذكر الرافعي في نظير المسألة من الصداق أن للزوج الرجوع إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، وإن قلنا للمشتري فلا، فلو زال ملك المشتري عن المبيع ثم عاد له ولو بعوض وحجره باق أو حجر عليه لم يرجع بئعه كما رجحه في الروضة وهو المرجح في نظيره من الهبة للولد وإن صح في الشرح الصغير الرجوع وأشعر كلام الكبير برجحانه، وادعى الإسنوي أنه الأصح، وعليه فلو عاد الملك بعوض ولم يوف الثمن إلى بئعه الثاني فهل الأول أولى لسبق حقه أو الثاني لقرب حقه أو يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن إن تساوى الثمنان؟ فيه أوجه في الشرح والروضة بلا ترجيح، رجح منها ابن الرفعة الثاني وبه قطع الماوردي وابن كج وغيرهما، والاستيلاء كالكتابة كما في الروضة كأصلها، وما وقع في فتاوى المصنف من الرجوع لعله غلط من ناقله عنه فإنه قال في التصحيح: إنه لا خلاف في عدم الرجوع في الاستيلاء، ومنها أن لا يتعلق بالمبيع حق لازم كرهن مقبوض وجناية توجب مالا معلقا بالرقبة، فلو زال التعليق جاز الرجوع، وكذا لو عجز المكاتب فلو قال البائع للمرتهن أنا أدفع إليك حقلك وأخذ عين مالي فهل يجبر المرتهن أو لا؟ وجهان. قال الأذرعى: ويجب طردهما في المجني عليه، وقياس المذهب ترجيح المنع، ولو كان العوض صيدا والبائع محرم امتنع الرجوع لانتفاء أهليته لتملكه حينئذ وعبارة المصنف في تصحيحه لم يرجع ما دام محرما فاقتضت جواز رجوعه إذا حل من إحرامه ولم يبع لحق الغرماء. وهو كذلك وقال البلقيني: إنه قياس الفقه. ولو كان المبيع كافرا فأسلم في يد المشتري، والبائع كافر رجح كما جزم به المحاملي وغيره وهو نظير الرد بالغيب لما في المنع منه من الضرر بخلاف الشراء، وقد جزم به ابن المقري في أوائل البيع، والفرق بينه وبين الصيد قرب زوال المانع فيه بخلاف هذه، وأيضا فالعبد المسلم يدخل في ملك الكافر ولا يزول



بنفسه قطعاً. بخلاف الصيد مع المحرم فلا فائدة في الرجوع (ولا يمنع) الرجوع (التزويج) ولا التدبير ولا تعليق العتق ولا الإجارة بناء على جواز بيع المؤجر وهو الأصح فيأخذه مسلوب المنفعة إن شاء ولا يرجع بأجرة المثل لما بقي من المدة كما يفهمه كلام ابن الرفعة، وإن شاء ضارب وأفرد التزويج بالذكر مع كونه من جملة العيوب المشار إليها في كلامه الآتي لعدم مجيء ما سيفصله فيها من حصوله بأفة أو فعل المشتري أو غيره، وقد علم مما تقرر أن شروط الرجوع تسعة: أولها كونه في معاوضة محضة كبيع ثابته رجوعه عقب علمه بالحجر. ثالثها كون رجوعه بنحو فسخت البيع كما مر. رابعها كون عوضه غير مقبوض فلو كان قبض منه شيئاً ثبت الرجوع بما يقابل الباقي. خامسها تعذر استيفاء العوض بسبب الإفلاس. سادسها كون العوض ديناً فلو كان عيناً قدم بها على الغرماء. سابعها حلول الدين. ثامنها بقاؤه في ملك المفلس. تاسعها عدم تعلق حتى لازم به، ولو كان المبيع شقفاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس مشتري الشقص وحجر عليه أخذه الشفيع لا البائع لسبق حقه، وثمانه للغرماء كلهم يقسم بينهما بنسبة ديونهم

(ولو) (تعيب) المبيع بأن حصل فيه نقص لا يفرد بعقد (بأفة) سماوية سواء أكان النقص حسياً كسقوط يد أم لا كنسيان حرفة (أخذه) البائع (ناقصاً أو ضارب) الغرماء (بالثمن) كما لو تعيب المبيع قبل قبضه فإن للمشتري أخذه ناقصاً أو تركه، وكالأب إذا رجع في الموهوب لولده وقد نقص، وهذا مستثنى من قاعدة ما ضمن كله ضمن بعضه، ومن ذلك الشاة المعجلة في الزكاة إذا وجدها تالفة يضمنها أو ناقصة يأخذها بلا أرش، وعللوه بأنه نقص حدث في ملكه فلم يضمنه كالمفلس، وقد يضمن البعض ولا يضمن الكل وذلك فيما لو جني على مكاتبه، فإن قتله لم يضمنه أو قطع عوضه ضمنه (أو بجناية أجنبي) تضمن جنائته ولو قبل القبض (أو البائع) بعد القبض (فله أخذه ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) إليها الذي استحقه المفلس فلو كانت قيمته سليماً مائة ومعيها تسعين رجع بعشر الثمن أما الأجنبي الذي لا تضمن جنائته كحربي فجنائته كالأفة وكذا البائع قبل القبض (وجناية المشتري كافة في الأصح) من طريقين والثاني أنها كجناية الأجنبي والطريق الثاني القطع بالثاني.

(ولو) تلف ما يفرد بعقد كأن (تلف أحد العبدین) مثلاً المبيعين صفقة واحدة (ثم أفلس) وحجر عليه ولم يقبض البائع شيئاً من الثمن (أخذ الباقي وضارب بحصة التالف)؛ لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما، بل لو كانا باقيين وأراد الرجوع في أحدهما مكن ذلك كما مرت الإشارة إليه وقوله: ثم أفلس بقيد، فلو تلف أحدهما بعد فلسه كان الحكم كذلك (فلو كان قبض بعض الثمن رجع في

الجديد) على ما يأتي بيانه ; لأن الإفلاس عيب يعود به كل العين فجاز أن يعود به بعضها، كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى (فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقي بباقي الثمن) ويكون ما قبضه في مقابلة غير المأخوذ كما لو رهن عبيدين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبيدين كان الباقي مرهونا بما بقي من الدين (وفي قول) مخرج (يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ويضارب بنصفه) وهو ربع الثمن ويكون المقبوض في مقابلة نصف التالف ونصف الباقي، وصحح في الروضة طريقة القطع بالأول والقديم لا يرجع به بل يضارب بباقي الثمن ; لأنه قد ورد في الحديث {وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء} رواه المدارقطني، وأجيب بأنه مرسل، ولا يختص ما ذكره المصنف بالتلف فإنه لو قبض بعض الثمن، ولم يتلف من المبيع شيء جرى القولان، فعلى الجديد يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن فلو قبض نصفه رجع في النصف، قاله المتولي، وعلى القديم يضارب

(ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن وتعلم صنعة) وكبر شجرة وثمره لم تؤبر في يده (فاز البائع بها) من غير شيء يلزمه لها، وهذا ما رجحه الرافعي في الشرح الصغير واعتمده الأذرعى ونقله في البيان عن الأصحاب ونص عليه في الأم، لكن ذكر الشيخان بعد أن المشتري يكون شريكا بالزيادة واعتمده الإسنوي وجمع الزركشي وغيره بحمل الأول على ما إذا تعلم بنفسه ; لأنه حينئذ كالسمن بجامع أن لا صنع للمفلس فيهما والثاني على ما إذا تعلم بواسطة المفلس للقاعدة الآتية أنه حيث فعل المبيع ما يجوز الاستئجار عليه كان شريكا بنسبة الزيادة، وعبارتهما تصرح بهذا الجمع فإنهما عبرا هنا بالتعلم مصدر تعلم بنفسه وثم بالتعلم مصدر علمه غيره، وكذا حكم الزيادة في سائر الأبواب إلا في الصداق فإن المطلق قبل الدخول لا يرجع في نصف الزائد إلا برضا الزوجة كما سيأتي، والفرق أن البائع يرجع بطريق الفسخ للعقد فكأنه لم يوجد، ولو تغيرت صفة البيع كان زرع الحب فبنت قال الإسنوي: فالأصح على ما يقتضيه كلام الرافعي أنه يرجع، وجزم به ابن المقري وأفتى به الشيخ رحمه الله تعالى. قال الإسنوي: ومقتضى الضابط في المسألة السابقة أن لا يفوز البائع بالزيادة فاعلمه (والمنفصلة كالثمرة المؤبرة والولد) الحادثين بعد المبيع (للمشتري) ; لأنها تتبع الملك بدليل الرد بالعيب، ولأن الثمرة المذكورة لا تتبع الشجر في البيع فكذا في الرجوع وقضيته أنه لا يشترط تأبير الكل، فلو تأبر البعض كان الكل للمفلس أيضا وهو قريب ; لأنه حينئذ لا يتبع في البيع فكذا في الرجوع، ولا ينافيه ما يأتي في أحد التوأمين ; لأن الانفصال ثم حسي كالاتصال فأدير الأمر عليهما ولم ينظر إلى أن التوأمين كمحمل واحد، ولو وضعت

أحد توأمين عند المشتري ثم رجع البائع قبل وضع الآخر أعطي كل منهما حكمه فيما يظهر كما اعتمده الوالد رحمه الله تعالى، وهو قياس المعتمد عند الشيخين في نظيرها سواء أبقى المولود أم لا؛ لأن المدار هنا على الحدوث والانفصال في ملك المفلس ولم يوجد إلا في واحد، وتوقف انقضاء العدة وما شاكله على انفصال الباقي لا ينافي ما ذكرناه لاختلاف المدرك، فترجيح الشيخ أنها كما لو لم تضع شيئاً ليس بظاهر. والمراد بالمؤبرة ثمرة النخل، وأما ثمرة غيره فما لا يدخل في مطلق بيع الشجر كان حكمه حكم المؤبرة وما يدخل كغيرها، فورق الفرصاد والنبق والحناء والآس إن خرج، والورد الأحمر إن تفتح والياسمين والمتين والعنب، وما أشبهه إن انعقد وتناثر نوره والرمان والجوز إن ظهر مؤبرة وإلا فلا، فما لا يظهر حالة الشراء وكان كالمؤبرة حالة الرجوع بقي للمفلس وما لا يكون كذلك رجع فيه (ويرجع البائع في الأصل) دونها؛ لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فيقتصر عليه (فإن كان الولد) أي ولد الأمة (صغيراً) لم يميز (وبذل) بالمعجمة (البائع قيمته أخذه مع أمه) لامتناع التفريق، ومال المفلس مبيع كله فأجيب البائع، والأوجه أنه لا بد من عقد نظير ما يأتي في تملك المعير الغراس والبناء في الأرض المعارة وأنه لا بد من مقارنة هذا العقد للرجوع، فلا يكفي الاتفاق عليه قبل حذرا من التفريق بينهما إذ هو ممتنع ولو في لحظة كما اقتضاه إطلاقهم (وإلا) أي وإن لم يبذلها (فبياعان) معا (وتصرف إليه حصة الأم) من الثمن وحصة الولد للغرماء فرارا من التفريق الممنوع منه وفيه إيصال كل منهما إلى حقه، وكيفية التقسيط كما قاله الشيخ أبو حامد أن تقوم الأم ذات ولد؛ لأنها تنقص به وقد استحق الرجوع فيها ناقصة ثم يقوم الولد ويضم قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر ويقسم عليهما (وقيل لا رجوع) إذ لم يبذل القيمة بل يضارب لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع، وفي عبارة المصنف قلاقة، ومعناها أنه إذا لم يبذل البائع قيمة الولد فالأصح أنه تباع الأم والولد معا ويصرف ما يخص الولد إلى المفلس وما يخص الأم للبائع. والثاني لا يصرف إليه حصة الأم بل يبطل حقه من الرجوع ويضارب بالثمن (ولو) (كانت) الدابة المبيعة (حاملًا عند الرجوع دون البيع أو عكسه) بالنصب: أي حاملًا عند البيع دون الرجوع بأن انفصل الولد قبله (فالأصح تعدي الرجوع إلى الولد) وجه الأصح في الأولى كون الحمل تابعا في البيع فكذا في الرجوع، ووجه مقابله أن البائع إنما يرجع فيما كان عند البيع، والحمل ليس كذلك فيرجع في الأم فقط قبل الوضع كما قاله الجويني. وذكر المصنف في الروضة أنه ظاهر كلام الأكثرين لا بعده على ما ذكره الصيدلاني، وإنما رجح الوجه الثاني في نظائر المسألة من الرهن والرد بالعيب ورجوع الوالد في الهبة؛ لأن الرهن ضعيف، بخلاف الفسخ لنقله الملك وفي الرد

بعيب ورجوع الوالد في هبته ; لأن سبب الفسخ هنا نشأ من جهة  
المفلس فلم تراع جهته بخلافه ثم. وأما الصورة الثانية فالخلاف  
فيها مفرع على كون الحمل يعلم فكأنه باع عينين فيرجع فيهما أو  
لا يعلم فلا يرجع فيه، ولما كان الأصح العلم كان الأصح الرجوع، ولو  
كانت حاملا عندهما رجع فيها حاملا قطعا، ولو حدث بينهما وانفصل  
فقد مر أنه للمشتري وبذلك تكمل للمسألة أربعة أحوال (واستتار  
الثمر بكمامه) بكسر الكاف وهو أوعية الطلع (وظهوره بالتأبير)  
أي تشقق الطلع (قريب من استتار الجنين وانفصاله) فإذا كانت  
الثمرة على النخل المبيعة عند المبيع غير مؤبرة، وعند الرجوع  
مؤبرة فهي كالحمل عند المبيع المنفصل قبل الرجوع فيتعدى  
الرجوع إليها عن الراجح (و) هي (أولى بتعدي الرجوع) إليها من  
الحمل ; لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه، ولذلك قطع بعضهم  
بالرجوع فيها، ولو حدثت الثمرة بعد المبيع، وهي غير مؤبرة عند  
الرجوع رجع فيها على الراجح لما مر في نظير ذلك من الحمل،  
وهذه المسألة لا تتناولها عبارة المصنف كما قاله الشارح دافعا به  
الاعتراض عليه بأن هذه أولى بعدم تعدي الرجوع، ولو كانت الثمرة  
غير مؤبرة عند البيع والرجوع رجع فيها جزما، ولو حدثت بعد البيع  
وكانت مؤبرة عند الرجوع فهي للمشتري، ومتى رجع البائع في  
الأصل من الشجر أو الأرض وبقيت الثمرة أو المزرع فللمفلس  
والغرماء تركه إلى وقت الجذاذ من غير أجره

(ولو) (غرس) المشتري (الأرض) المبيعة (أو بنى) فيها ثم  
أفلس، وحجر عليه قبل وفاء الثمن واختار البائع الرجوع في  
الأرض (فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريقها) من الغراس  
والبناء (فعلوا) ; لأن الحق لهم لا يعدوهم وتجب تسوية الحفر  
وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع وتقدم  
البائع به على سائر الغرماء ; لأنه لتخليص ماله وإصلاحه كما قاله  
الأكثرين وجزم به في الكفاية، وإنما لم يرجع البائع بأرش مبيع  
وجده ناقصا كما مر ; لأن النقص هنا حدث بعد الرجوع (وأخذها)  
يعني البائع برجوعه ; لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق لغيره، وليس  
له إلزامهم بأخذ قيمة الغراس والبناء لئتملكهما مع الأرض ; لأن  
المبيع قد سلم له، وينبغي كما قاله الأذرعى أن لا يقلع إلا بعد  
رجوعه في الأرض كما اقتضاه كلام العمراني وغيره، وإلا فقد  
يوافقهم ثم لا يرجع فيتضرروا إلا أن تكون المصلحة لهم فلا  
يشترط تقدم رجوعه (وإن امتنعوا) من القلع (لم يجبروا) عليه  
لوضع المشتري للبناء والغراس بحق فلم يكن متعديا (بل له) أي  
البائع (أن) يضارب بالثمن، وله أن (يرجع) في الأرض ذكره زيادة  
إيضاح (و) حينئذ يلزمه أن (يتملك الغراس والبناء بقيمته) أي له  
مجموع الأمرين كما أفاده الشارح مبينا به أنه ليس له تملكهما من  
غير رجوع ولا عكس، وحينئذ فيتخير بين المضاربة بالثمن وتملك

الجميع بالقيمة والقلع بالأرث (وله) بدل تملك ما ذكر (أن يقلعه ويغرم أرث نقصه) ; لأن مال المفلس مبيع كله، والضرر يندفع بكل منهما فأجيب البائع لما طلبه منهما، بخلاف ما لو زرعتها المشتري وأخذها البائع لا يتمكن من ذلك ; لأن للزرع أمدا ينتظر فسهل احتمالاه بخلاف الغراس والبناء فإن اختلفوا عمل بالمصلحة (والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس) ولو بلا أجره لنقص قيمتهما بلا أرض فيحصل له الضرر والرجوع إنما شرع لدفع الضرر ولا يزال الضرر بالضرر، ولو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن، واستشكال ابن الرفعة له بأن الرجوع فوري يرد بأن تخبيره كما ذكر يقتضي اغتفار نوع ترو له لمصلحة الرجوع فلم يؤثر ما يتعلق به من اختيار شيء وعوده لغيره بقدر الإمكان. والثاني له ذلك كما لو صبغ الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن فإنه يرجع فيه دون الصبغ ويكون المفلس شريكا معه بالصبغ، وفرق الأول بأن الصبغ كالصفة التابعة للثوب

(ولو) (كان المبيع) له مثليا كأن كان (حنطة فخلطها) المشتري (بمثلا أو دونها) قبل الحجر أو بعده (فله) أي للبائع بعد الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط) ويكون في الدون مسامحا بنقصه كنقص العيب قبل الحجر أو بعده ولا يجاب طالب المبيع وقسمة الثمن كما لا يجبر الشريك على البيع، هذا إذا خلطه المشتري، فلو خلطه أجنبي ضارب البائع بنقص الخلط كما في العيب. قاله الزركشي، وناقض الإسنوي بينه وبين قولهم في باب الغصب والخلط هلاك إن لم يتميز، وفرق غيره بأنا إذا لم تثبت الشركة هنا لم يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة به، وفي الغصب يحصل للمالك تمام البدل (أو) خلطها (بأجود) منها (فلا رجوع) في المخلوط (في الأظهر) بل يضارب بالثمن فقط لتعذر الرجوع في عينه مع تضرر المفلس فتتعين المضاربة بما ذكر، نعم إن قل الأجود بحيث لا تظهر به زيادة في الحس ويقع مثله بين الكيلين. قال الإمام: فالوجه القطع بالرجوع كما في الروضة، والثاني له الرجوع وبياعان ويوزع الثمن على نسبة القيمة، ولو كان المختلط من غير جنس المبيع كزيت بشيرج فلا رجوع لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل فهو كالتالف

(ولو) (طحنها) أي الحنطة (أو قصر الثوب) المبيع له ثم حجر عليه قبل أداء الثمن (فإن لم تزد القيمة) بما فعله بأن ساوت أو نقصت (رجع) البائع في ذلك (ولا شيء للمفلس) فيه ; لأنه موجود من غير زيادة، وإن نقصت فليس للبائع غيره (وإن زادت عليها فالأظهر أنه) أي المبيع (بياع) وبصير المفلس شريكا بالزيادة إلحاقا لها بالعين ; لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه بخلاف الغاصب (وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد) بالعمل، (فلو كانت قيمة الثوب) خمسة وبلغ بالقصارة ستة

فلمشتري سدس الثمن وللبيع إمساك المبيع لنفسه وإعطاء  
المفلس حصة الزيادة كما صحاه ولو أمكن فصلها كما يبذل قيمة  
البناء فيجبر هو وغرماؤه على قبولها ولا ينافيه قولهم إنه شريك ;  
لأن أمواله تباع إما للبايع أو غيره. ومنه يؤخذ أن المفلس وغرماءه  
لو أرادوا أن يبذلوا للبايع قيمة الثوب لم يجبر على القبول وهو  
ظاهر. والثاني لا شركة للمفلس في ذلك ; لأنها أضر كسمن الدابة  
بالعلف وكبر الشجرة بالسقي والتعهد، وفرق الأول بنسبة الطحن  
والقسارة له بخلاف السمن وكبر الشجرة فإن العلف والسقي  
يوجدان كثيرا ولا يحصل السمن والكبر فكان الأثر فيه غير  
منسوب إلى فعله بل محض صنعه تعالى، ولهذا امتنع الاستئجار  
على تكبير الشجرة وتسمين الدابة، بخلاف الطحن والقسارة،  
وأشار بالطحن والقصر إلى ضابط صور القولين وهو صنع ما يجوز  
الاستئجار عليه ويظهر فيه أثر كخبز الدقيق وذبح الشاة وشي  
اللحم وضرب لبن من تراب الأرض ورياضة الدابة وتعليم الرقيق  
القرآن أو حرفة، وإنما اعتبر الظهور ; لأن حفظ الدابة وسياستها  
يستاجر عليه ولا تثبت به الشركة ; لأنه لا يظهر بسببه أثر على  
الدابة (ولو) (صبغه) أي المشتري الثوب (بصبغه) ثم حجر عليه  
(فإن زادت القيمة) بسبب الصبغ (قدر قيمة الصبغ) كأن تكون  
قيمة الثوب قبل الصبغ أربعة والصبغ درهمين فصار بعد الصبغ  
يساوي ستة (رجع البائع في الثوب والمفلس شريك بالصبغ) فيباع  
ويكون الثمن بينهما أثلاثا، وكل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس  
كما لو غرس الأرض على أرجح الوجهين كما رجحه ابن المقري  
ونص الشافعي في نظير المسألة من الغصب يشهد له، أما لو  
كانت الزيادة بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر  
سلعته، فلو زادت بارتفاع سوقهما وزعت عليهما بالنسبة، وهكذا  
في صورتَي الطحن والقسارة، فإذا ساوى الثوب قبل نحو الصبغ  
خمسة وارتفع سوقه فصار يساوي ستة وبنحو الصبغ سبعة  
فلمفلس سبع، فإن ساوى مصبوغا سبعة دون ارتفاع سوقه كان  
له سبعان (أو) زادت القيمة (أقل) من قيمة الصبغ، وسعر الثوب  
بحاله كان صارت خمسة (فالنقص على الصبغ) ; لأن أجزاءه  
تتفرق وتنقص والثوب قائم بحاله فيباع وللبيع أربعة أخماس الثمن  
وللمفلس خمسة، وإن لم يزد الثوب شيئا فلا شيء للمفلس، وإن  
نقصت قيمة الثوب فلا شيء للبائع معه (أو) زادت (أكثر) من قيمة  
الصبغ كأن صارت تساوي في مثالنا ثمانية (فالأصح أن الزيادة)  
كلها (للمفلس) ; لأنها حصلت بفعله فيباع الثوب وله نصف الثمن  
والثاني أنها للبائع كالسمن فيكون له ثلاثة أرباع الثمن وللمفلس  
ربعه. والثالث أنها توزع عليهما فيكون للبائع ثلث الثمن وللمفلس  
ثلثه (ولو اشترى منه الصبغ) وصبغ به ثوبا ثم حجر عليه فللبائع  
الرجوع فإن زادت قيمة الثوب مصبوغا على قيمته قبل صبغه

فيكون شريكا له فيه، وإن نقصت حصته عن ثمن الصيغ فالأصح أنه إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بالجميع أو اشترى الصيغ (والثوب) من واحد وصبغه ثم حجر عليه (رجع) البائع (فيهما) أي في الثوب بصبغه؛ لأنهما عين حقه (إلا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب) قبل الصيغ بأن ساوتها أو نقصت عنها (فيكون فاقدا للصيغ) لاستهلاكه كما مر فيضارب بثمنه مع الرجوع في الثوب من جهته، بخلاف ما لو زادت وهو الباقي بعد الاستثناء فهو محل الرجوع فيهما، فإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصيغ فالمفلس شريك بالزائد عليها، وإن كانت أقل لم يضارب بالباقي أخذا مما تقدم في القسارة بل إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثمنه (ولو) (اشتراهما) أي الثوب والصيغ (من اثنين) الثوب من واحد والصيغ من آخر وصبغه به ثم حجر عليه وأراد بائعاه الرجوع (فإن لم تزد قيمته) أي الثوب (مصبوغا على قيمة الثوب) قبل الصيغ بأن ساوته أو نقصت عنه (فصاحب الصيغ فاقدا) له يضارب بثمنه صاحبه وصاحب الثوب واجد له فيرجع فيه ولا شيء له وإن نقصت قيمته كما مر (وإن زادت بقدر قيمة الصيغ اشتراكا) في الرجوع والثوب وعبرة المحرر فلهما الرجوع ويشتركان فيه، ويأتي في كيفية الشركة ما مر (وإن زادت) ولم تف بقيمتها فالصيغ ناقص فإن شاء بائعه قنع به وإن شاء ضارب بثمنه أو زادت (على قيمتهما) أي الثوب والصيغ جميعا (فالأصح أن المفلس شريك لهما) أي البائعين (بالزيادة) على قيمتهما، فلو كانت قيمة الثوب أربعة مثلا والصيغ درهمين وصارت قيمته مصبوغا ثمانية فالمفلس شريك لهما بالربع، والثاني لا شيء له والزيادة لهما بنسبة ماليهما، ولو اتفق الغرماء والمفلس على قلع الصيغ وغرامة نقص الثوب جاز كالبناء والغراس، ولصاحب الصيغ الذي اشتراه المفلس من غير صاحب الثوب قلعه ويغرم نقص الثوب، ولمالك الثوب قلعه مع غرم نقص الصيغ، قاله المتولي. ومحل ذلك إذا أمكن قلعه بقول أهل الخبرة وإلا فيمنعون منه، نقله الزركشي عن ابن كج في الأولى وفي معناه الأخيرتان، ويجوز للقصار والصباغ ونحوهما من خياط وطحان استؤجر على ثوب فقصره أو صبغه أو خاطه وحب فطحنه حبس الثوب على المقصور ونحوه بوضعه عند عدل حتى يقبض أجرته، كما يجوز للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن بناء على أن القسارة ونحوها عين، وقيده القفال في فتاويه بالإجارة الصحيحة، والبارزي والبلقيني بما إذا زادت القيمة بالقسارة، وإلا فلا حبس بل يأخذ المالك كما لو عمل المفلس فإن كان محجورا عليه بالفلس ضارب الأجير بأجرته، وإلا طالبه بها، وزيادة القيمة في مسألة الخياط تعتبر على قيمته مقطوعا القطع المأذون فيه كما بحثه الجوجري لا صحيحا، والفرق بين وضعه عند عدل هنا وبين البائع حيث يحبس المبيع عنده أن حقه

أقوى من حق الأجير، وأن ملك المشتري لما لم يستقر كان ضعيفا فلم يقو على انتزاعه من يد البائع، بخلاف ملك المستأجر، ومتى تلف الثوب المقصور ونحوه قبل تسليمه للمستأجر سقطت أجرته كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض، وقضيته عدم الفرق بين تلفه بأفة أو فعل الأجير، بخلاف فعل المستأجر فإنه يكون قبضا له كإتلاف المشتري للمبيع قبل قبضه ويتردد النظر في إتلاف الأجنبي إذا كان ممن يضمن إتلافه، والأوجه: أن القيمة التي يضمنها الأجنبي إن زادت بسبب فعل الأجير لم تسقط أجرته وإلا سقطت.

### (باب الحجر)

بفتح الحاء وهو لغة: المنع، وشرعا: المنع من التصرفات المالية، والأصل فيه قوله تعالى {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح} وقوله {فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا} وقوله {ولا تؤتوا السفهاء أموالكم} الآيات، نبه على الحجر بالابتلاء، وكنى عن البلوغ ببلوغ النكاح، والضعيف الصبي، والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله، والسفيه المبذر، وإضافة المال الذي له بدليل {وارزقوهم فيها واكسوهم} لوليه لتصرفه فيه، وصح مرفوعا {خذوا على أيدي سفهائكم} والحجر نوعان: نوع شرع لمصلحة الغير، و (منه حجر المفلس) أي الحجر عليه في ماله كما سبق بيانه (لحق الغرماء والراهن للمرتهن) في العين المرهونة (والمريض للورثة) فيما زاد على الثلث حيث لا دين، وفي الجميع إن كان عليه دين مستغرق على ما قاله الأذرعى وتبعه الزركشي لكن في الروضة في الوصايا عند ذكر ما يعتبر من الثلث أن المريض لو وفى دين بعض الغرماء لم يزاحمه غيره إن وفى المال جميع الديون. وكذا إن لم يوف على المشهور وقيل: لهم مزاحمته كما لو أوصى بتقديم بعض الغرماء بدينه لا تنفذ وصيته، فكلام الزركشي مفرغ على هذا (والعبد) أي القن (لسيده) والمكاتب لسيده ولله تعالى (والمرتد للمسلمين) أي لحقهم (ولها أبواب) تقدم بعضها وبعضها يأتي، وأشار بقوله منه إلى عدم انحصار هذا النوع فيما ذكره فقد أنهاه بعضهم إلى نحو سبعين صورة، بل قال الأذرعى: هذا باب واسع جدا لا تنحصر أفراد مسائله ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه، وهو ما ذكره بقوله (ومقصود الباب حجر المجنون والصبي والمبذر) بالمعجمة وسيأتي تفسيره، وحجر كل من هذه الثلاثة أعم مما بعده، وزاد الماوردي نوعا ثالثا وهو ما شرع للأميرين: يعني مصلحة نفسه وغيره وهو المكاتب كما مر (فبالجنون تنسلب الولايات) الثابتة بالشرع كولاية النكاح أو بالتفويض كالإيضاء والقضاء ; لأنه إذا لم يل أمر نفسه، فأمر غيره أولى، وعبر بالانسلاب دون الامتناع ; لأن الثاني لا يفيد السلب بخلاف الأول بدليل أن الإحرام مانع من ولاية النكاح ولا يسلب ;



ولهذا يزوج الحاكم دون الأبعد (واعتبار الأقوال) له وعليه في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات لانتفاء قصده وسكوته عن الأفعال ; لأن منها ما يعتبر كإحباله وإتلافه مال غيره وتقرير المهر بوطئه وترتب الحكم على إرضاعه والتقاطه واحتطابه واصطياده. وعمده عمد إن كان له نوع تمييز وما لا يعتبر منه كالصدقة والهدية، ولو أحرم شخص ثم جن فقتل صيدا لم يلزمه جزاؤه كما مر في بابه، والصبي كالمجنون في الأقوال والأفعال إلا أن الصبي المميز يعتبر قوله في إذن الدخول وإيصال الهدية، ويصح إحرامه بإذن وليه كما مر وتصح عبادته، وله إزالة المنكر، ويثاب عليه كالبالغ، قاله في الروضة في باب الغصب وأما إسلام علي رضي الله عنه وهو صبي فلأن الأحكام قبل الهجرة كانت منوطة بالتمييز وألحق القاضي بالمجنون النائم والأخرس الذي لا يفهم، ونظر فيه الأذرعى بأنه لا يتخيل أحد أن النائم يتصرف عنه وليه وبأن الأخرس المذكور غير عاقل، وإن احتيج إلى إقامة أحد مكانه فليكن هو الحاكم، ويرد بأن النائم يشبه المجنون في سلب اعتبار الأقوال وكثير من الأفعال، فالحاقه به من حيث ذلك فقط ; لأنه لا ولي له مطلقا، وإن قال بعض المتأخرين: لعل كلام القاضي محمول على نائم أحوج طول نومه إلى النظر في أمره وكان الإيقاظ يضره مثلا، وبأن الأخرس الذي لا يفهم، وإن كان لا يسمى مجنونا فهو ملحق بالمجنون، وقوله وإن احتيج إلخ محل نظر ; لأنه إن كان غير عاقل كما قاله فوليه ولي المجنون، ولهذا تردد الإسنوي فيمن يكون وليه، وبحث الجوجري أن محل التردد فيمن عرض له هذا الخرس بعد بلوغه، أما من لم يبلغ إلا كذلك فالظاهر الجزم بأن وليه هو الذي يتصرف عليه استدامة لحجر الصبي ; إذ لا يرتفع الحجر عنه إلا ببلوغه رشيدا، وهذا ليس كذلك أهـ. وقوله الظاهر إلخ محتمل، والذي يظهر من التردد أن وليه ولي المجنون كما اقتضاه كلام القاضي، وصریح قول الأذرعى أنه غير عاقل، والمجنون إذا كان له أدنى تمييز كالصبي المميز فيما يأتي نقله الشيخان عن التتمة وأقراه واعترضه السبكي والأذرعى بأنه إن زال عقله فمجنون وإلا فهو مكلف وتصرفه صحيح فإن بذر فكسفيه أهـ. ويرد بأن شرط التكليف كمال التمييز، أما أدناه فلا يلحقه بالمكلف ولا بالمجنون ; لأنه مخالف لهما فتعين إلحاقه بالصبي المميز

(ويرتفع) حجر الجنون (بالإفاقة) منه من غير فك ولا اقتران بشيء آخر كإيناس رشد. وقضيته عود الولايات واعتبار الأقوال. نعم الولاية الجعلية كالقضاء لا تعود إلا بولاية جديدة فلعل المراد عود الأهلية (وحجر الصبا) بكسر الصاد وفتح الباء فشمّل الذكر والأنثى (يرتفع) من حيث الصبا بمجرد بلوغه ومطلقا (ببلوغه رشيدا) لقوله تعالى {وابتلوا اليتامى} الآية، والابتلاء الاختبار والامتحان، والرشد ضد الغي كما مر وفي خبر أبي داود {لا يتم بعد

احتلام} والمراد من إيناس الرشد العلم به، وأصل الإيناس الإيصار، وتعبيره برشيدا كجماعة لا ينافي من عبر بالبلوغ، إذ من زاد على البلوغ الرشد أراد الإطلاق الكلي، ومن لم يزد أراد حجر الصبا. قال: وهذا أولى؛ لأن الصبا سبب مستقل بالحجر، وكذا التبذير، وأحكامهما متغايرة، ومن بلغ مبذرا فحكم تصرفه حكم تصرف السفية لا حكم تصرف الصبي اهـ. ولو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره عليه لم ينفك الحجر عنه، ولا يحلف الولي كالقاضي والقيم بجامع أن كلا أمين ادعى انعزاله، ولأن الرشد مما يوقف عليه بالاختبار فلا يثبت بقوله: ولأن الأصل كما قاله الأذرعى يعضد قوله بل الظاهر أيضا؛ إذ الظاهر فيمن قرب عهده بالبلوغ عدم الرشد، فالقول قوله في دوام الحجر إلا أن تقوم بينة برشده. نعم سئل الوالد رحمه الله تعالى: هل الأصل في الناس الرشد أو ضده؟ فأجاب بأن الأصل فيمن علم الحجر عليه: أي بعد بلوغه استصحابه حتى يغلب على الظن رشده بالاختبار وأما من جهل حاله فعقوده صحيحة كمن علم رشده

(والبلوغ) يحصل (باستكمال خمس عشرة سنة) قمرية تحديدية حتى لو نقصت يوما لم يحكم ببلوغه، وابتدائها من انفصال جميع الولد لخبر ابن عمر رضي الله عنهما {عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ورآني بلغت} ومراده بقوله {وأنا ابن أربع عشرة سنة}: أي طعنت فيها، وبقوله وأنا ابن خمس عشرة سنة أي استكملتها؛ لأن غزوة أحد كانت في شوال سنة ثلاث والخندق في جمادى سنة خمس وقد قال القمولي: عن الشافعي {إنه صلى الله عليه وسلم رد سبعة عشر صحابيا وهم أبناء أربع عشرة سنة؛ لأنه لم يرهم بلغوا، وعرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم، منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر} (أو خروج المنى) لوقت إمكانه من ذكر أو أنثى لقوله تعالى {وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا} وخبر {رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم}. والحلم الاحتلام، وهو لغة ما يراه النائم، والمراد به هنا خروج المنى في نوم أو يقظة بجماع أو غيره، فتعبيره بالخروج أعم من تعبير أصله بالاحتلام، وكلام المصنف يقتضي تحقق خروج المنى، فلو أتت زوجة الصبي بولد يلحقه لا يحكم ببلوغه به وهو المنصوص ونقله الرافعي في باب اللعان عن الأصحاب؛ لأن الولد يلحق بالإمكان، والبلوغ لا يكون إلا بتحقيقه، وعلى هذا لا يثبت إيلاده إذا وطئ أمته وأتت بولد، وهو كذلك خلافا للبلقيني في ثبوت إيلاده والحكم ببلوغه (ووقت إمكانه استكمال تسع سنين) قمرية بالاستقراء، وأفهم تعبيره بالاستكمال أنها تحديدية، وهو كذلك كما مر وإن بحث بعض المتأخرين أنها تقريبية

كالحيض ; لأن الحيض ضبط له أقل وأكثر فالزمن الذي لا يسع أقل الحيض والطهر وجوده كالعدم بخلاف المنى، وسواء في ذلك الذكر والأنثى (ونبات) شعر (العانة) الخشن الذي يحتاج في إزالته إلى نحو حلق، وظاهر أنها اسم للمنبت لا للنابت وفيه خلاف لأهل اللغة، والأشهر أنها النابت وأن المنبت شعرة بكسر أوله (يقضي الحكم ببلوغ ولد الكافر) ومن جهل إسلامه إذا كان على فرج واضح أو فرجي مشكل معا كما قاله جمع متقدمون، وتوقف البلقيني فيه يجاب عنه بما يأتي من أنه دليل على البلوغ بالاحتلام فاشتراط كونه على الفرجين كما يشترط خروج المنى منهما وشمل كلامه الذكر والأنثى وهو كذلك، خلافا للجوري لما صح عن عطية القرظي: كنت من سبي بني قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل، ومن لم ينبت لم يقتل، فكشفوا عن عانتى فوجدوها لم تنبت فجعلوني في السبي. ووقت إمكانه وقت إمكان الاحتلام، ولو لم يحتلم وشهد عدلان بأن سنه دون خمس عشرة سنة لم يحكم ببلوغه بالإنبات، قاله الماوردي. وقضيته أنه دليل البلوغ بالسن، وقال الإسنوي كالسبكي يتجه أنه دليل للبلوغ بأحدهما هـ. وهذا هو الأصح. ويجوز النظر إلى عانة من احتجنا لمعرفة بلوغه للخبر المار وخرج بها شعر اللحية والإبط فليس دليلا للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة، ولأن إنباتهما لو دل على البلوغ لما كشفوا العانة في وقعة بني قريظة لما فيه من كشف العورة مع الاستغناء عنه، وفي معناهما الشارب وثقل الصوت ونهود الثدي وتتو طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة ونحو ذلك (لا المسلم في الأصح) فلا يكون علامة على بلوغه لسهولة مراجعة آبائه وأقاربه المسلمين، ولأنه متهم في الإنبات فربما تعجله بدواء دفعا للحجر وتشوفا للولايات، بخلاف غيره فإنه يفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية، وهذا جرى على الأصل والغالب ; إذ الأنثى والخنثى ومن تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين كذلك، ويصدق ولد كافر سبي فادعى الاستعجال بالدواء بيمينه لدفع القتل لا لإسقاط جزية لو كان من أولاد أهل الذمة وطولب بها، والفرق الاحتياط لحق المسلمين في الحاليين ويجب تحليفه في الأولى إذا أراده ولا يشكل تحليفه بأنه يثبت صباه، والصبي لا يحلف لمنع كونه يثبته بل هو ثابت بالأصل، وإنما العلامة وهي الإنبات عارضها دعواه الاستعجال فضعفت دلالتها على البلوغ فاحتج لمعين لما عارضها، وأيضا فالاحتياط لحقن الدم قد يوجب مخالفة القياس، ولذا قبلت جزية المجوس مع حرمة مناكحتهم علينا. وهذا التفصيل هو المعتمد وتزيد المرأة عليه (حيضا) لوقت إمكانه السابق بالإجماع (وحبلا) وعبر غيره بالولادة وكل منهما ليس بلوغا، وإنما البلوغ بالإنزال، والولادة المسبوقة بالحبل دليل عليه، ومن ثم يحكم بالبلوغ قبلها بستة أشهر ولحظة، فلو أتت المطلقة بولد يلحق

الزوج حكماً بالبلوغ لها قبل الطلاق بما مر وسكت المصنف عن الخنثى المشكل وحكمه أنه إن أمنى بذكره وحاض من فرجه حكم ببلوغه، لا إن وجداً أو أحدهما من أحد الفرجين لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه، كذا قاله الجمهور، وهو المعتمد، وإن قال الإمام: ينبغي الحكم ببلوغه بأحدهما كما يحكم بالإيضاح به ثم يغير إن ظهر خلافه، وقال الرافعي: إنه الحق وسكت عليه المصنف، وأما قول الإمام كالحكم بالإيضاح به ففرق ابن الرفعة بين الحكم بالبلوغ بذلك وبين الحكم بالذكورة والأنوثة بأن احتمال ذكوره مساو لاحتمال أنوثته، فإذا ظهرت صورة منى به أو حيض في وقت إمكانه غلب على الظن الذكورة أو الأنوثة فتعين العمل به مع أنه لا غاية بعده محققة تنتظر، ولا يحكم بالبلوغ؛ لأن الأصل الصبا فلا يبطله عما يجوز أن يظهر بعده ما يقدر في ترتب الحكم عليه مع أن لنا غاية تنتظر، وهي استكمال خمس عشرة سنة. وأما قوله: ثم يغير فقال الأذرعي: تغير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي تبقى معها الحياة ظاهر، لكن إذا حكماً ببلوغه رتبنا عليه أثره من القتل بقود وردة وغيرهما مع بقاء الشك في البلوغ وفيه بعد اهـ. وقال المتولي: إن وقع ذلك مرة لم يحكم ببلوغه وإن تكرر حكماً به. قال المصنف: وهو حسن غريب. قال الإسنوي: والاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمني عليها أو على الذكورة شرطه التكرار، والإمام والرافعي استندا في تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة أو الأنوثة فعلم أن صورة ذلك في التكرار اهـ. فعلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولي، ومر وجوب الغسل بخروج المنى من غير طريقه المعتاد، فعليه لا منافاة بين الحيض وخروج المنى من الذكر لكن ذاك محله مع انسداد الأصلي وهو منتف هنا

ويصدق مدعي البلوغ بالاحتلام أو الحيض بلا يمين ولو في خصومة؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته، ولأنه إن صدق فلا يحلف وإلا فكيف يحلف مع صغره. نعم إن كان من الغزاة وطلب سهم المقاتلة أو إثبات اسمه في الديوان حلف عند التهمة، وسيأتي ذلك في باب الإقرار (والرشد صلاح الدين والمال) جميعاً كما فسره به آية {فإن أنستم منهم رشداً}؛ لأنه نكرة في سياق الشرط، وهي للعموم، وشمل كلامه الكافر فيعتبر فيه ما هو صلاح عندهم في الدين والمال كما نقله في الروضة عن القاضي أبي الطيب وغيره وأقراه. ثم بين صلاح الدين بقوله (فلا يفعل محرماً يبطل العدالة) من كبيرة أو إصرار عن صغيرة مع عدم غلبة الطاعات المعاصي، واحتراز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة كالأكل في السوق فلا يمنع الرشد؛ لأن الإخلال بالمروءة ليس بحرام على المشهور، ولو شرب النبيذ المختلف فيه ففي التحرير والاستدكار إن كان يعتقد حله لم يؤثر، أو تحريمه فوجهان أوجههما

التأثير، وإصلاح المال بقوله (ولا يبذر بأن يضيع المال) أي جنسه (باحتمال غبن فاحش في المعاملة) ونحوها، وهو ما لا يحتمل غالبا كما سيأتي في الوكالة بخلاف اليسير كبيع ما يساوي عشرة بتسعة، ومحل ذلك كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى عند جهله بحال المعاملة، فإن كان عالما وأعطى أكثر من ثمنها كان الزائد صدقة خفية محمودة (أو رمية) أي المال وإن قل (في بحر) أو نار أو نحوهما (أو إنفاقه في محرم) ولو صغيرة لما فيه من قلة الدين، والتبذير الجهل بمواقع الحقوق، والسرف الجهل بمقادير الحقوق، قاله الماوردي في أدب الدين والدنيا. وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما، ومراد المصنف بالإنفاق الإضاعة؛ لأنه يقال في المخرج في الطاعة إنفاق، وفي المكروه والمحرم إضاعة وخسران وغرم، وظاهر كلامهم عدم إلحاق الاختصاص هنا بالمال وهو محتمل، ويحتمل خلافه (والأصح أن صرفه) أي المال وإن كثر (في الصدقة) (و) باقي (وجوه الخير) هو من عطف العام على الخاص، وهو وارد شائع في الكتاب والسنة كالعتق (والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير) أما في الأولى فلما في السرف في الخير من غرض الثواب، ولا سرف في الخير كما لا خير في السرف، وحقيقة السرف ما لا يكسب حمدا في العاجل ولا أجرا في الآجل. وقيل يكون بذلك مبذرا إن بلغ مفرطا في الإنفاق وإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصدا فلا. وأما في الثانية فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ. وقيل يكون تبذيرا عادة. وقضية ما تقرر أنه ليس بحرام. نعم إن صرفه في ذلك بطريق الاقتراض له، وهو لا يرجو وفاءه من سبب ظاهر فحرام كما يأتي في قسم الصدقات

(ويختبر) من جهة الولي ولو غير أصل (رشد الصبي) في الدين والمال لقوله تعالى {وابتلوا اليتامى} أي اختبروهم. أما في الدين فبمشاهدة حاله في العبادات وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات ومخالطة أهل الخير، وإنما عبر بالصبي وإن كانت الأنثى كذلك؛ لأنه يذكر المرأة بعد (و) ما في المال فإنه (يختلف بالمرتب فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء) أي بمقدمتهما فعطفه ما بعدهما عليهما من عطف الرديف أو الأخص وذلك لما يذكره بعد من عدم صحتها منه فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه (والمماكسة فيهما) وهو طلب النقصان عما طلبه البائع وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري وإذا اختبر في نوع من التجارة كفى ولا يحتاج إلى اختباره في باقيها كما ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه، وولد السوقه كولد التاجر (و) يختبر (ولد المزارع) وهو أعم من قول المحرر والمزارع فإنه الذي يدفع أرضه لمن يزرعها والزراع يتناولها كما يتناول من يزرع بنفسه (بالزراعة والنفقة على القوام بها) أي إعطاؤهم الأجرة وهم من استؤجر على القيام بمصالح الزرع من حرث وحصد وحفظ (و) يختبر (المحترف) كما أشار لذلك الشارح

بضبطه بالرفع ليفيد به أن العبرة بحال الشخص بالاحتراف ولو مآلا لا بحرفة أبيه حيث لم يرد لها ويصح جره، وعليه يرجع ضمير حرفته للمضاف إليه وهو سائغ ويكون فائدته تعميم بعد تخصيص، ويؤيده قول الكافي يختبر الولد بحرفة أبيه وأقاربه. والأول أولى (بما يتعلق بحرفته) أي حرفة أبيه إن لم يرد سواها فيختبر ولد الخياط مثلا بتقدير الأجرة، وولد الأمير ونحوه بأن يعطى شيئا من ماله لينفقه في مدة شهر في خبز ولحم وماء ونحوه كما في الكفاية تبعا لجماعة، ثم نقل عن الماوردي أنه يدفع إليه نفقة يوم في مدة شهر ثم نفقة أسبوع ثم نفقة شهر، وليس ذلك مفرعا على القول بصحة تصرفه لما مر من أنه يمتحن بذلك، فإن أراد العقد عقد الولي كما سيأتي والحرفة الصنعة كما قاله الجوهري. سميت بذلك؛ لأنه ينحرف إليها ويختبر من لا حرفة لأبيه بالنفقة على العيال؛ إذ لا يخلو من له ولد عن ذلك غالبا

(و) تختبر (المرأة) (بما يتعلق بالغزل والقطن) من حفظ وغيره، والغزل يطلق على المصدر وعلى المغزول. قال الإسنوي: والظاهر أنه إنما أراد المصدر: يعني أنها هل تجتهد فيه أو لا؟ وكلام المصنف شامل للمرأة البرزة وغيرها، وهو أوجه من قصر الأذرع له على المخدرة. أما البرزة ففي بيع الغزل وشراء القطن، ومحل ما تقرر كما أفاده السبكي فيمن يليق بها الغزل والقطن. أما بنات الملوك ونحوهم فلا يختبرون بذلك بل بما عمله أمثالهن، والمختبر الولي أيضا كما لا يخفى ولا ينافيه النص، على أن النساء والمحارم يختبرونها؛ لأن المولي يتهم في ذلك، وعليه فالأوجه الاكتفاء بأحدهما. وقيل لا بد من اجتماعهما. وقضية هذا النص عدم قبول شهادة الأجنبي لها بالرشد، وبه أفتى ابن خلكان والأوجه خلافه كما قاله التاج الفزاري. قال: وإنما تعرض الشافعي للطريق الغالب في الاختبار دون الزيادة، ويؤيد ذلك بما يأتي في الشهادات أن الشاهد عليها لا يكلف السؤال عن كيفية تحمله عليها ما لم يكن عاميا؛ لأنه قد يظن صحة تحمله عليها اعتمادا على صوتها (وصون الأطعمة عن الهرة) أي الأنثى، والذكر مثلها في ذلك، ويقال له: هر (ونحوها) كفارة ودجاجة؛ لأنه بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع وذلك قوام الرشد

والخنثى تختبر بما يختبر به الذكر والأنثى ليحصل العلم بالرشد كما قاله ابن المسلم (ويشترط تكرار الاختبار مرتين أو أكثر) بحيث يغلب على الظن رشده فلا يكفي مرة؛ لأنه قد يصيب فيها اتفاقا (ووقته) أي الاختبار (قبل البلوغ) الآية {وابتلوا اليتامى} واليتم يكون قبل البلوغ، والمراد بالقبلية: الزمن المقارب للبلوغ بحيث يظهر رشده ليسلم إليه المال كما أشار إليه الإمام عن الأصحاب (وقيل بعده) ليصح تصرفه، ورد بأنه يؤدي إلى الحجر على البالغ الرشيد إلى اختباره وهو باطل، والمخاطب بالاختبار على الأول كل

ولي، وعلى الثاني وجهان: أحدهما كذلك. والثاني الحاكم فقط، ونسب الجوري الأول إلى عامة الأصحاب والثاني إلى ابن سريج (فعلى الأول الأصح) بالرفع كما قاله الشارح (أنه لا يصح عقده) لما مر من بطلان تصرفه (بل) يسلم إليه المال، و (يمتحن في المماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي) والثاني يصح عقده للحاجة، وعلى الوجهين لو تلف المال في يد الممتحن لم يضمنه وليه ; إذ هو مأمور بدفع ذلك له

والأوجه أنه يختبر السفية أيضا، فإذا ظهر رشده عقد ; لأنه مكلف (فلو بلغ غير رشيد) لاختلال صلاح دينه وماله (دام الحجر) أي جنسه وإلا فقد انقطع حجر الصبي ببلوغه وخلفه حجر السفه كما مر فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل ذلك (وإن بلغ رشيدا انفك) الحجر عنه (بنفس البلوغ) أو غير رشيد ثم رشد فبنفس الرشيد (وأعطي ماله) ولو امرأة فيصح تصرفها حينئذ ولا يحتاج إلى إذن الزوج (وقيل يشترط فك القاضي) ; لأن الرشيد يحتاج إلى نظر واجتهاد، ورد بأنه حجر ثبت من غير حاكم فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر الجنون، وجمع المصنف بين الانفك وإعطاء المال إشارة لرد مذهب مالك حيث ذهب إلى أنه لا يسلم لها إلا إن تزوجت وبعده بإذن زوجها ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزا. وأما ما رواه أبو داود { لا تتصرف إلا بإذن زوجها } أشار الشافعي لضعفه وبتقدير صحته يحمل على الأول (فلو) (بذر بعد ذلك) أي بعد بلوغه رشيدا (حجر) أي حجر الحاكم (عليه) دون غيره من أب أو جد لوقوعه في محل الاجتهاد، وإنما حجر عليه لآية { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم } أي أموالهم لقوله تعالى { وارزقوهم فيها واكسوهم } وخبر { خذوا على أيدي سفهائكم } نعم نقل الروياني عن الشافعي استحباب رد الحاكم أمره بعد الحجر عليه إلى أبيه أو جده، فإن لم يكن فلعصباته لشفتهم، ويستحب الإشهاد على حجر السفية ولو رأى النداء عليه ليجتنب في المعاملة فعل، وعلى هذا لو عاد رشيدا لم ينفك إلا برفع الحاكم كما لا يثبت إلا به (وقيل يعود الحجر بلا إعادة) كالجنون وتصرفه قبل الحجر عليه صحيح، وهذا هو السفية المهمل على المشهور، ويطلق على من بلغ غير رشيد أيضا، وهذا تصرف غير صحيح، ولو غبن في تصرف دون آخر لم يحجر عليه لتعذر اجتماع الحجر وعدمه في شخص واحد ولا حجر بشحته على نفسه مع اليسار ; لأن الحق له، والقائل بالحجر به لم يرد به حقيقته بدليل تعبيره بأنه لا يمنع من التصرف ولكن ينفق عليه بالمعروف من ماله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لشدة شحه فيمنع من التصرف فيه ; لأن هذا أشد من التبذير (ولو) (فسق) مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيدا (لم يحجر عليه في الأصح) ; لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة، والثاني يحجر عليه كالاستدامة

وكما لو بذر، وفرق الأول بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا بأن الأصل ثم بقاءه وهنا ثبت الإطلاق، والأصل بقاءه وبينه وبين الحجر يعود التبذير أن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدمه بخلاف التبذير (و) على أنه لا بد من حجر الحاكم في عود التبذير (من) (حجر عليه لسفه) أي سوء تصرف (طراً) (فوليه القاضي) ; لأنه الذي يعيد الحجر ; إذ ولاية الأب ونحوه زالت فصار النظر لمن له الولاية العامة (وقيل وليه في الصغر) كما لو بلغ سفيهاً، وإذا قلنا يعود الحجر بنفس السفه فوجهان أصحهما أنه القاضي أيضاً. وحاصل ذلك أن فيه طريقين أصحهما القطع بأنه للقاضي. قال الروباني: ولو شهد عدلان بسفه رجل: أي أو امرأة وفسرا قبلت شهادتهما حسبة (ولو طراً جنون فوليه وليه في الصغر) وهو الأب ثم الجد (وقيل) وليه (القاضي) والفرق بين التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون

(ولا يصح من) (المحجور عليه لسفه) حسا أو شرعا (بيع) ولو بغبطة أو في الذمة (ولا شراء) وإن أذن الولي وقدر العوض ; لأن تصحيح ذلك يؤدي إلى إبطال معنى الحجر، ولأنهما إتلاف أو مظنة الإتلاف. نعم قال الماوردي: له إيجار نفسه إن لم يكن عمله مقصودا في نفسه لاستغنائه بماله ; لأن له التطوع بمنفعته حينئذ فالإجارة أولى، بخلاف ما إذا قصد عمله ; إذ لوليه إجباره على الكسب حينئذ ليرتفق به في النفقة فلا يتعاطى إيجار غيره (ولا إعتاق) حال حياته ولو بعوض كالكتابة لما مر، فلو كان بعد الموت كتدبير ووصية صح، ويكفر في غير القتل كاليمين بالصوم كالمعسر لئلا يضيع ماله، بخلاف القتل فإن الولي يعتق عنه فيه ; لأن سببه حصل به قتل آدمي معصوم لحق الله تعالى، بدليل ما حكاه في المطلب عن الجوري عن نص الشافعي من أنه يكفر بالصوم في كفارة الظهار، فظهر أن المعتمد ما قررناه، وجرى عليه ابن المقري في روضه، وقضية ذلك أنه يكفر بالصوم في كفارة الجماع، وهو كذلك خلافاً لمن ذهب إلى تكفيره بالمال فيها، ويفرق بين القتل وغيره بأن فيما ذكر زجرا له عن القتل لتضرره بإخراج ماله في كفارته مع عظم القتل وتشوف الشارع لحفظ النفوس (و) لا (هبة) منه لما مر بخلاف الهبة له ; لأنه ليس بتفويت، وإنما هو تحصيل، ويصح قبوله الهبة دون الوصية ; لأنه تصرف مالي، كذا اقتضاه كلام الروضة وجزم به ابن المقري وهو المعتمد، ووجهه أنه غير أهل لتملك بعقد وقبوله الوصية تملك وليس فوراً فأنيط بالولي وصح قبوله الهبة مراعاة لمصلحته لاشتراط اتصال قبولها بإيجابها مع كونه ليس بمملك، وقد يوجد إيجابها مع غيبة وليه. قال الماوردي: وإذا صححنا قبول ذلك لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون



الموهوب ; لأنه ملك الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب (و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليه) ; لأنه إتلاف للمال أو مظنة إتلافه، وقوله بغير إذن وليه قال الشارح: قيد في الجميع لرعاية الخلاف الآتي لما فيه من التفصيل فصح المفهوم، وذهب غيره إلى عوده للنكاح خاصة إذ هو الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي وهو أوضح. أما قبوله النكاح لغيره بالوكالة فصحيح كما قاله الرافعي في الوكالة. وأما الإيجاب فلا مطلقا لا أصالة ولا وكالة ولو بإذن الولي (فلو) (اشترى أو اقترض) من غير محجور عليه (وقبض) بإذنه أو إقباضه (وتلف المأخوذ في يده) قبل المطالبة له برده (أو أتلفه فلا ضمان في الحال ولا بعد فك الحجر) لكنه يآثم ; لأنه مكلف بخلاف الصبي، وقضية كلامه كالروضة عدم الضمان ظاهرا وباطنا، وبه صرح الإمام والغزالي وصححه صاحب الإفصاح وحكاه في البحر عن ابن أبي هريرة وهو المعتمد، وما نقل عن نص الأم في باب الإقرار من ضمانه بعد انفكك الحجر حكاه الإمام والغزالي وجها وضعفاه بأنه لو وجب باطنا لم تمتنع المطالبة به ظاهرا، وقد مر ما في نظيره في الصبي في باب البيع و. أما لو بقي بعد رشده ثم أتلفه ضمنه، وكذا لو تلف وقد أمكنه رده بعد رشده، فلو قال مالكة إنما أتلفه بعد رشده وقال: أخذه بل قبله فإن أقام بينة برشده حال إتلافه غرمه وإلا فالمتبادر تصديق أخذه بيمينه، وفيه نظر، قاله الأذرعي. قال: وكل ذلك تفقه فتأمله اهـ. وكله صحيح جار على القواعد. أما قبضه ذلك من محجور عليه أو من غيره بغير إذنه أو تلف بعد المطالبة فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصورتين الأوليين في الروضة عن الأصحاب، وجزم به ابن المقري في الثالثة وفاقا لتصريح الصيدلاني، واقتصر المصنف على الشراء والقرض مثال فلو نكح ووطئ لم يلزمه شيء كما صرح به هو في باب النكاح (سواء علم حاله من عامله أو جهل) ; لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته، وما ذكره المصنف من عدم إتيانه بهمزة بعد سواء وبأو بدل أم لغة صحيحة كما سيأتي في باب الردة إن شاء الله تعالى (ويصح بإذن الولي نكاحه) على ما سيأتي في باب النكاح فإنه أعادها ثم وسيأتي الكلام عليها مبسوطا (لا) (التصرف المالي) (في الأصح) ; لأن عبارته مسلوبة كما لو أذن لصبي. والثاني يصح كالنكاح، وفرق الأول بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح. ومحل الخلاف إذا عين له وليه وقدر له الثمن وإلا لم يصح جزما وفيما إذا كان بعوض كالبيع فلو خلا عنه كعتق وهبة لم يصح جزما أيضا. ويستثنى من إطلاقه ما لو انتهى إلى الضرورة في المطاعم فيجوز له التصرف فيها كما بحثه الإمام، وما لو صالح عن قصاص ولو على أقل من الدية ; لأن له العفو مجانا فبدل أولى أو عليه ولو على أكثر من الدية صيانة للروح

وعقده الجزية بدينار وقبضه دينه بإذن وليه كما رجه جمع متأخرون، وما لو سمع قائلًا يقول: من رد علي عبدي فله كذا فرده استحق الجعل كما سيأتي في الجعالة ; لأن الصبي يستحقه فالبالغ أولى، وما لو وقع في الأسر ففدى نفسه بمال صح وما لو فتحنا بلدًا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدون خراجها فإنه يصح (ولا يصح) (إقراره) بنكاح كما لا يملك إنشاءه ولا (بدين) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده) كالصبي ولا يقبل إقراره بعين في يده في حال الحجر (وكذا بإتلاف المال) أو جنابة توجب المال (في الأظهر) كدين المعاملة. والثاني يقبل ; لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن، فإذا أقرب به قبل. ورد بأن الصبي يضمن بإتلافه، ولا يقبل إقراره به جزماً، وأفهم تعبيره بنفي الصحة عدم المطالبة به حال الحجر وبعد فكه ظاهراً وباطناً وهو كذلك كما مر، ويحمل القول بلزوم ذلك باطناً إذا كان صادقاً علي ما إذا كان سببه متقدماً على الحجر أو مضمناً له فيه. نعم لو أقر بعد رشده بأنه كان أتلف مالا لزمه الآن قطعاً كما نقله في زيادة الروضة في باب الإقرار عن ابن كج (ويصح) إقراره (بالحد والقصاص) لعدم تعلقهما بالمال ولبعد التهمة، وسائر العقوبات مثلها في ذلك، ولو كان الحد سرقة قطع ولا يلزمه المال ولو عفا مستحق القصاص بعد إقراره على مال ثبت ; لأنه تعلق باختيار غيره لا بإقراره

(و) يصح (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته ولو بأقل من مهر مثلها (و) يصح (ظهاره) وإيلاؤه (ونفيه النسب) لما ولدته زوجته (بلعان) أو غيره ونحوها ; لأنها ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال الذي حجر لأجله، وأما الخلع فكالطلاق بل أولى وهو خاص بالرجل للمعنى المذكور لكن يسلم المال إلى وليه، فإن كان مطلقاً سرى جارية إن احتاج إلى الوطاء، فإن كرهها أبدلت كما سيأتي مبسوطاً في كتاب النكاح. وعلم مما تقرر أن قوله بلعان مثال ويصح استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال، ولو أقر باستيلاء أمته لم يقبل قوله كما في الروضة نعم لو ثبت كون الموطوءة فراشاً له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاء، قاله السبكي، لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره

(وحكمه في العيادة) البدنية واجبة أو مندوبة (كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه، أما مندورة المال كصدقة التطوع فليس كالرشيد فيه، ومثله ما فيه ولاية وتصرف مالي كما أشار إليه بقوله: (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) لما تقرر. نعم إن أذن له وليه وعين له المدفوع إليه صح صرفه كتنظيره في الصبي المميز وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه. نعم ينبغي كما قاله الأزرعي أن يكون ذلك بحضرة الولي أو نائبه لاحتمال تلف المال لو خلا به أو دعواه صرفه كاذباً، والكفارة ونحوها كالزكاة في ذلك ونذره في الذمة

بالمال صحيح دون عين ماله والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته في ذمته إلى زوال حجره كما قاله السبكي وغيره (وإذا) (أحرم) حال الحجر (بحج فرض) أصلي أو قضاء أو منذور قبل الحجر وبعده إذا سلكتنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح (أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه) ولو بأجرة أو يخرج الولي معه خوفاً من تفريطه فيه، وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام، وأن العمرة كالحج فيما ذكر. نعم إن قصر السفر ورأى الولي دفعها له جاز، قاله بعضهم بحثاً، ولو فسد حجه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضي فيه والقضاء ويعطيه الولي نفقة القضاء كما اقتضاه إطلاق كلامه، ومقتضى إطلاقهم كما قاله الإسنوي أن الحج الذي استؤجر قبل الحجر على أدائه له حكم ما تقدم وما ادعاه الإسنوي من أن الصواب حذف اللام من ثقة؛ لأن أعطى يتعدى إلى اثنين بنفسه يرد بجواز ذلك للتقوية (وإذا) (أحرم) حال الحجر (بتطوع) من حج أو عمرة أو بنذر بعد الحجر وقلنا بسلوكه مسلك جائز الشرع، وهو مقابل الأصح (وزادت مؤنة سفره) لإتمام النسك أو إتيانه به (على نفقته المعهودة) في الحضر (فلولي منعه) من الإتمام أو الإتيان به صيانة لماله، وظاهر كلامه صحة إحرامه بدون إذن وليه. ويفرق بينه وبين الصبي المميز كما قاله السبكي باستقلال السفه (والمذهب أنه كمحصر فيتحلل) بعمل عمرة؛ لأنه ممنوع من المضي والطريق الثاني وجهان: أحدهما هذا. والثاني لا يتحلل إلا بقاء البيت كمن فقد زاده وراحلته (قلت: ويتحلل بالصوم) والحلق مع النية (إن قلنا لدم الإحصار بدل) وهو الأظهر كما في الحج؛ (لأنه ممنوع من المال) فإن قلنا لا بد له بقي في ذمة المحصر. قال في المطلب: ويظهر بقاءه في ذمة السفه أيضاً (ولو كان له في طريقه كسب قدر زيادة المؤنة) على نفقة الحضر أو لم يكن له كسب لكنها لم تزد (لم يجز منعه، والله أعلم) لإمكان الإتمام بدون تعرض للمال، وما نظر به في المطلب فيما إذا كان عمله مقصوداً بالأجرة بحيث لا يجوز التبرع به نظر فيه الأذرعى بأنه وإن كان كذلك لا يعد مالا حاصلًا فلا يلزمه تحصيله مع غناه، بخلاف المال الموجود في يد الولي وتعجب الغزي مما ذكرناه؛ إذ المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه بحيث لا يتأتى في غيره كما هو ظاهر عبارتهم. أما لو أحرم بتطوع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه كان كالواجب كما في الروضة وأصلها في الحج.

### (فصل)

#### فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله

(ولي الصبي) أي الصغير ولو أنثى (أبوه) إجماعاً (ثم جده) أبو أبيه وإن علا كولاية النكاح؛ وإنما لم يثبت بعدهما لباقي العصابة

كالنكاح لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح، وتكفي عدالتها الظاهرة لوفور شفقتها، فإن فسقا نزع الحاكم المال منهم كما ذكره في باب الوصية وينعزلان بالفسق في أوجه الوجهين، وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم لم يبطل البيع في الأصح ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء ولا يعتبر إسلامهما ما لم يكن الولد مسلماً إذ الكافر يلي ولده الكافر حيث كان عدلاً في دينه، والأوجه بقاء ولايته عليه وإن ترافعوا إلينا كالنكاح خلافاً للماوردي والرويانى. قال السبكي: وقياس قول من قال في ولاية الإجبار في النكاح: إن شرطهما عدم العداوة أن يطرد ذلك في ولاية المال. قال الزركشي: وهو ظاهر. وقد نقل في باب الوصايا عن الرويانى وآخرين أنه يشترط في الوصي عدم العداوة. وقضية تعبيره بالصبي أنه لا ولاية للمذكورين على الأجنة بالتصرف، وصرحاً به في الفرائض لكن بالنسبة للحاكم فقط، فلا ينافيه ما يأتي في الإيصاء من جواز النصب على الحمل لحمله على منصوب الأب أو الجد (ثم وصيهما) أي وصي من تأخر موته منهما لقيامه مقامه وشرطه العدالة كما يأتي في بابه (ثم القاضي) أي العدل الأمين لخبر {السلطان ولي من لا ولي له} رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه، ولو كان اليتيم ببلد وماله ببلد آخر فولي ماله قاضي بلد المال؛ لأن الولاية عليه ترتبط بماله كمال الغائبين، لكن محله في تصرفه فيه بالحفظ والتعهد وبما يقتضيه الحال من الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف، ولقاضي بلده المتصرف بما مر أن يطلب من قاضي بلد ماله إحضاره إليه عند أمن الطريق لظهور المصلحة له فيه ليتجر له فيه أو يشتري له به عقاراً، ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك وحكم المجنون ومن بلغ سفيهاً كالصبي في ترتيب الأولياء. قال الجرجاني: وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر في مال محجورهم وتولي حفظه لهم. وأفتى ابن الصلاح فيمن عنده يتيم أجنبي ولو سلمه لحاكم خان فيه بأنه يجوز له التصرف في ماله للضرورة. ويؤخذ من علته أنه لو ولي عدل أمين وجب الرفع إليه حينئذ ولا ينقض ما كان تصرف فيه زمن الجائر؛ لأنه كان ولياً شرعاً، ويؤخذ من كلام الجرجاني السابق مع ما مر أنه لو لم يوجد إلاقاض فاسق أو غير أمين كانت الولاية للمسلمين: أي لصلحائهم وهو متجه (ولا تلي الأم في الأصح) قياساً على النكاح. والثاني تلي بعد الأب والجد وتقدم علي وصيهما لكمال شفقتها، ومثلها في عدم الولاية سائر العصبة كأخ وعم. نعم لهم الإنفاق من مال الطفل في تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية؛ لأنه قليل فسومح به، ومحله عند غيبة وليه، وإلا فلا بد من مراجعته فيما يظهر. قال الشيخ: والمجنون والسفيه كالصبي في ذلك، ومراده بالمجنون هنا من له نوع تمييز

(ويتصرف) له (الولي) أبا أو غيره (بالمصلحة) وجوبا لقوله تعالى {ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن} وقوله {وإن تخالطوهم فأخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح} واقتضى كلامه كأصله امتناع تصرف استوى طرفاه، وهو كذلك لانتفاء المصلحة فيه، وقد صرح بذلك الشيخ أبو محمد والماوردي، ويجب على الولي حفظ مال المولى عليه عن أسباب التلف واستنماؤه قدر ما يحتاج إليه في مؤنة من نفقة وغيرها إن أمكن ولا تلزمه المبالغة، وللولي بدل بعض مال اليتيم وجوبا لتخليص الباقي عند الخوف عليه من استيلاء ظالم كما يستأنس لذلك بخرق الخضر للسفينة، ولو كان للصبي كسب لائق به أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في ذلك. ويندب شراء العقار له، بل هو أولى من التجارة عند حصول الكفاية من ريعه كما قاله الماوردي، ومحلّه عند الأمن عليه من جور السلطان أو غيره أو خراب للعقار ولم يجد به ثقل خراج وله السفر بمال المولى عليه لنحو صبا أو جنون في زمن أمن صحبة ثقة وإن لم تدع له ضرورة من نحو نهب؛ إذ المصلحة قد تقتضي ذلك إلا في نحو بحر إن غلبت السلامة؛ لأنه مظنة عدمها. أما الصبي فيجوز إركابه البحر عند غلبتها خلافا للإسنوي ويفارق ماله بأنه إنما حرم ذلك في المال منافاته غرض ولايته عليه في حفظه وتنميته بخلافه هو كما يجوز إركاب نفسه، والصواب كما قاله الأذرعي عدم تحريم إركاب البهائم والأرقاء والحامل عند غلبة السلامة (ويبنى دوره) ومساكنه (بالطين والآجر) أي الطوب المحرق؛ لأن الطين قليل المؤنة، وينتفع به بعد النقض، والآجر يبقى (لا اللبن) وهو ما لم يحرق من الطوب (والجص) أي الجبس؛ لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند النقض، والجص كثير المؤنة ولا تبقى منفعتة عند النقض بل يُلصق بالطوب فيفسده، وتعبيره كأصله في الجص بالواو بمعنى أو ففيها دلالة على الامتناع في اللبن سواء أكان مع الطين أم الجص، وعلى الامتناع في الجص سواء أكان مع اللبن أم الآجر وهو كذلك، ولفهم المنع فيما عداهما، والمجنون والسفيه كالصبي فيما ذكر، وما ذكره من قصر البناء على الآجر والطين هو ما نص عليه الشافعي وجرى عليه الجمهور، وهو المعتمد، وإن اختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان، واختاره الروياني واستحسنه الشاشي. قال في البيان بعد حكاية ما مر عن النص: وهذا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة، فإن كان في بلد توجد الحجارة فيه فهي أولى من الآجر؛ لأن بقاءها أكثر وأقل مؤنة، وما اشترطه ابن الصباغ في جواز البناء للمحجور عليه أن يساوي كلفته، وبه صرح في البيان فيه كما قال بعضهم: منع للبناء؛ لأن مساواته لكلفته في غاية الدور وكما يجوز بناء عقاره يجوز ابتداء بنائه له.

نعم محله إن لم يكن شراؤه أحظ كما نبه عليه بعض أهل اليمن، وقال ابن الملقن: إنه فقه ظاهر.

(ولا) يشتري له ما يسرع فساده ولو كان مربحا كما قاله الماوردي ولا (يباع عقاره) ; لأن العقار أسلم وأنفع مما عداه (إلا لحاجة) من كسوة ونفقة ونحوهما بأن لم تف غلة العقار بذلك ولم يجد مقرضا ينتظر معه غلة تفي بالقرض، وله بيعه أيضا لثقل خراج أو خوف خراب أو لكونه بغير بلد اليتيم، ويحتاج لمؤنة من يوجهه ليجمع غلته كما قاله الروياني، ويشتري بثمنه أو يبني ببلد اليتيم مثله أو لحاجة عمارة أملاكه وليس له غير العقار (أو غبطة ظاهرة) كبيعته بزيادة على ثمن مثله وهو يجد مثله ببعضه أو خيرا منه بكله، وبحث الإسنوي جواز بيعه بثمن مثله دفعا لرجوع أصله في هبته له، ونظر في دخول هذه الصورة في الغبطة، والأقرب دخولها فيها فقد فسرها الجوهري بحسن الحال، وأفتى القفال بجواز بيع ضيعة يتيم خربت، وخراجها يستأصل ماله ولو بدرهم ; لأن المصلحة فيه، وأخذ منه الأذرعى أن له بيع كل ما خيف هلاكه بدون ثمن مثله للضرورة، وألحق بذلك ما لو غلب على ظنه غصبه لو بقي، وبحث البالسي جواز بيع مال تجارته بدون رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنة الربح، ونقل ابن الرفعة عن البندنجي أن أنية القنية من صفر ونحوه كالعقار فيما ذكر، قال: وما عداهما لا يباع أيضا إلا لغبطة أو حاجة، لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما، وهو أوجه مما بحثه في التوشيح من جواز بيعه بدون حاجة وبدون ربح ; لأن بيعه بقيمته مصلحة فلا يشترط زيادته عليها، وتقييد المصنف الغبطة بالظاهرة من زيادته على بقية كتبهما، قال الإمام: وضابط تلك الزيادة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار. نعم له صوغ حلي لموليه وإن نقصت قيمته أو جزء منه وصبغ ثياب وتقطيعها وكل ما يرغب في نكاحها أو بقاءه سواء في ذلك: الأصل، وهو ما صرحوا به، والوصي، والقيم كما بحثه غير واحد وجرى عليه أبو زرعة فقال: والظاهر أن للقيم شراء جهاز معتاد لها من غير إذن القاضي فيقع لها ويقبل قوله فيه إذا لم يكذبه ظاهر الحال، ولو ترك عمارة عقاره أو إيجاره حتى خرب مع القدرة أثم وضمن في أوجه الوجهين، ويفارق مسألة التلقيح بأن الترك فيهما يفوت المنفعة والترك فيها يفوت الأجودية. قال ابن الرفعة: ويقرب من هذا الخلاف قول الرافعي في الخلع: إذا خالغ السفية وقبض المال وتركه الولي في يده حتى تلف ففي ضمانه وجهان اهـ: أي وأصحهما الضمان كما يؤخذ من كلامه على لقطة الصبي. قال القفال: ويضمن ورق الفرصاد إذا تركه حتى فات وكأنه قاسه على سائر الأطعمة، ولو امتنع من بيعه لتوقع زيادة فتلف المال فلا ضمان.

قال العبادي: ولو أجر بياض أرض بستانه بأجرة وافية بمقدار منفعة الأرض وقيمة الثمرة ثم ساق على شجره على سهم من ألف سهم لليتيم، والباقي للمستأجر كما جرت به العادة. قال ابن الصلاح في فتاويه: الظاهر صحة المساقاة، قال الإسنوي: وهي مسألة نفيسة، ويمتنع على غير القاضي من الأولياء إقراض شيء من مال صبي أو مجنون بلا ضرورة من نحو نهب أو حريق أو إرادة سفر يخاف عليه فيه. أما القاضي فله ذلك مطلقا لكثرة أشغاله. ولا يقرضه إلا لمليء أمين ويأخذ عليه رهنا إن رأى ذلك مصلحة وإلا تركه ولا يودعه أمينا إلا عند عدم التمكن من إقراضه (وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة) التي يراها فيهما كأن يكون في الأول ربح وفي الثاني زيادة لائقة أو خاف عليه من نهب أو إغارة (وإذا باع نسيئة أشهد) على البيع وجوبا (وارتهن به) أي الثمن رهنا وافيا به وجوبا أيضا، ويشترط كونه من موسر ثقة، وقصر الأجل عرفا، وزيادة لائقة به، فإن فقد شرط من ذلك بطل البيع كما قاله السبكي وكان ضامنا خلافا للإمام فيما إذا كان المشتري مليا ولا يجزى الكفيل عن الارتهان. نعم لا يلزم الأب والجد الارتهان من نفسيهما والدين عليهما كأن باعا ماله لنفسهما نسيئة؛ لأنهما أمينان في حقه، ومحل ذلك كما قاله الأذرعى إذا كان مليا، وإلا فهو مضيع، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه، وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما ويجب إثباتهما العدالة ليسجل لهما في أوجه الوجهين، كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم ولهذا قال ابن العماد: ينبغي أن يكون هو الأصح بخلاف ما في شهود النكاح؛ لأن ذلك في جواز ترك الحاكم لهما على الولاية وهذا في طلبهما منه التسجيل؛ لأنه يستدعي ثبوته عنده والثبوت يحتاج للتركية، ونظر ذلك أن الحاكم لا يمنع الشركاء من قسمة دار بأيديهم ولا يجيبهم إليها إلا بعد إقامة بينة بملكها لهم؛ لأن القسمة تستدعي الحكم وهو يحتاج إلى البينة بالملك وهذا بخلاف الوصي والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدهما.

ولا يبيع الوصي مال نحو طفل لنفسه ولا مال نفسه له ولا يقتص له ولية، ولو أبا فشمل ما لو ورثه وما لو جنى على طرفه، ولا يعفو عن قصاص إلا في حق المجنون الفقير بخلاف الصبي، ويشترط أن يكون أبا كما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى؛ لأن للصبي غاية تنتظر بخلاف الجنون، ولا يكاتب رقيقه ولا يدبره ولا يعلق عتقه على صفة ولا يطلق زوجته ولو بعوض ولا يصرف ماله في المسابقة ولا يشتري له إلا من ثقة، والأوجه كما قاله ابن الرفعة منع شراء الجوارى له للتجارة لغرر الهلاك وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ (ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك؛ لأنه مأمور بفعلها ويترك الأخذ عند عدمها، وإن

عدمت في الترك أيضا كما اقتضاه كلامه كغيره، قال في المطلب: والنص يفهمه، والآية تشهد له: يعني قوله تعالى {ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن} واعلم أنهم قطعوا هنا بوجوب أخذه بالشفعة وحكوا وجهين فيما إذا بيع شيء بغبطة هل يجب شراؤه، والفرق أن الشفعة ثبتت وفي الإهمال تفويت، والتفويت ممتنع، بخلاف الاكتساب فإن تركها مع وجود الغبطة وكمل المحجور أخذها؛ لأن ترك الولي حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه، بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معا، ولو كانت الشفعة للولي بأن باع شقفا للمحجور وهو شريكه فيه فليس له الأخذ بها؛ إذ لا تؤمن مسامحته في البيع لرجوع المبيع إليه بالثمن الذي باع به، أما إذا اشترى له شقفا هو شريك فيه فله الأخذ؛ إذ لا تهمة، وظاهر أن الكلام في غير الأب والجد، أما هما فلهما الأخذ مطلقا، وتعبير المصنف كالرافعي بالمصلحة دون الغبطة أولى لعمومها؛ إذ الغبطة كما مريبع بزيادة على القيمة لها وقع، والمصلحة لا تستلزم ذلك لصدقها بنحو شراء ما يتوقع فيه الربح وبيع ما يتوقع فيه الخسران؛ لأن عبارته تفيد أن الممتنع على الولي بيع خال عن نفع وضرر لا الذي فيه مصلحة وإن لم ينته فيه إلى الغبطة، ولو أخذ الولي مع المصلحة فكمّل المحجور، وأراد الرد لم يمكن، ولو ادعى على غير الأصل ترك الأخذ مع المصلحة أو التصرف بدونهما صدق بيمينه بلا بينة، بخلاف الأصل فإنه يصدق بيمينه لانتفاء اتهامه.

(ويزكي ماله) وبدنه فورا حتما؛ لأنه قائم مقامه كما مر في الزكاة (وينفق عليه بالمعروف) في طعام وكسوة وغيرهما مما لا بد منه بما يليق به في يساره وإعساره، فإن قصر أثم أو أسرف ضمن وأثم، ويخرج عنه أرش الجناية إن لم يطلب منه ذلك، ولا ينافيه ما مر في الفليس مع أن الدين الحال لا يجب وفاؤه إلا بعد الطلب مع أن الأرش دين؛ لأن ذاك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا، وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكرناه لسقوطها بمضي الزمان. نعم لو كان المنفق عليه مجنونا أو طفلا أو زمنا يعجز عن الإرسال، ولا ولي له خاص لم يحتج إلى طلب كما هو ظاهر، وكلامهما في غير ذلك، فإن كان له ولي خاص اعتبر طلبه فيما يظهر، وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه، ولا يستحق الولي في مال محجوره نفقة ولا أجره، فإن كان فقيرا واشتغل بسببه عن الاكتساب أخذ أقل الأمرين من الأجرة والنفقة بالمعروف لقوله تعالى {ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف} ولأنه تصرف في مال من لا تمكن موافقته فجاز له الأخذ بغير إذنه كعامل الصدقات، وكالأكل غيره من بقية المؤمن وإنما خص بالذكر؛ لأنه أعم وجوه الانتفاعات ومحل ذلك في غير الحاكم، أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص



ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملي، وله الاستقلال بالأخذ من غير مراجعة الحاكم، ومعلوم أنه إذا نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقتهم وكانوا فقراء يتمونها من مال محجورهم؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى، ولا يضمن المأخوذ؛ لأنه بدل عمله، وللولي خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للإرفاق حيث كان للصبي فيه حظ، ويظهر ضبطه بأن تكون كلفته مع الاجتماع أقل منها مع الانفراد، وله الضيافة والإطعام منه حيث فضل للمولى قدر حقه، وكذا خلط أطعمة أيتام إن كانت المصلحة لكل منهم فيه

ويسن للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوت أكلهم حيث كان فيهم أهلية التبرع. ولا يجب على الولي تقديم مولى في الشراء على نفسه ولو تضجر الأب وإن علا فله الرفع إلى الحاكم لينصب فيما بأجرة من مال محجوره، ويجيبه إلى ذلك إن فقد متبرعا، وله أن ينصب غيره بها بنفسه وينفق الولي أيضا على حيوانه ويستأجر من يعلمه الواجب من قرآن أو حرفة لائقة (فإن) (ادعى) الصغير (بعد بلوغه) أو المجنون بعد إفاقته أو المبذر بعد رشده (على الأب أو الجد بيعا) لماله ولو غير عقار (بلا مصلحة) ولا بينة كما بأصله وحذفه لوضوحه (صدقا باليمين)؛ لأنهما غير متهمين لوفور شفقتهم، ومقتضى ذلك كما قال الإسنوي قبول قول الأم إن كانت وصية، وكذا من في معناها كأبائها وهو كذلك (وإن ادعاه على الوصي أو الأمين) أي منصوب القاضي (صدق هو يمينه) للثمة في حقهما، ومحل ما ذكر في غير أموال التجارة، أما فيها فالظاهر كما قاله الزركشي قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها ودعواه على المشتري من الولي كدعواه على الولي فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد لا إن اشترى منهما، ولو أقام من لم يقبل قوله من الولي والمحجور عليه بينة بما ادعاه حكم له بها ولو بعد الحلف كما في المحرر، والدعوى على القاضي ولو قبل عزله كالدعوى على الوصي والأمين كما اقتضاه كلام التنبيه واختاره الشيخ تاج الدين الفزاري وهو المعتمد خلافا للسبكي.

### (باب الصلح)

وما يذكر معه من التزاحم على الحقوق والتنازع فيها. والصلح لغة: قطع النزاع. وشرعا عقد يحصل به ذلك، وهو أنواع: صلح بين المسلمين والكفار، وبين الإمام والبغاة، وبين الزوجين عند الشقاق، وصلح في المعاملة، وهو مقصود الباب، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى {والصلح خير} وما صح من قوله صلى الله عليه وسلم {الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما} أي كأن كان على نحو خمر {أو حرم حلالا} أي كأن لا يتصرف في المصالح عليه، والكفار كالمسلمين، وخصوا بالذكر لانقيادهم إلى

الأحكام غالبا، ولفظه يتعدى إلى المتروك بمن وعن وللمأخوذ بعلى والباء غالبا.

(هو قسمان): (أحدهما يجري بين المتداعيين، وهو نوعان: أحدهما صلح على إقرار) أو حجة أخرى (فإن جرى على عين غير المدعاة) كما لو ادعى عليه دارا فأقر له بها وصالحه عنها بمعين كثوب (فهو بيع) للمدعاة من المدعي للمدعى عليه (بلفظ الصلح) ويسمى صلح المعاوضة (تثبت فيه أحكامه) أي البيع (كالشفعة والرد بالعيب) وخيار المجلس والشرط (ومنع تصرفه) في المصالح عليه، وعنه (قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا) أي المصالح عنه، والمصالح عليه (في علة الربا) وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوي إذا كان جنسا ربويا واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر، والشرط الفاسد والجهل ; لأن حد البيع يصدق على ذلك. أما إذا صالحه على دين فإن كان ذهبا أو فضة فهو بيع أيضا أو عبدا أو ثوبا مثلا موصوفا بصفة السلم فهو سلم، وسكت الشيخان عن ذلك لظهوره، قاله الشارح جوابا عما اعترض به على المصنف بأنه كان من حقه أن يقول فإن جرى على غير العين المدعاة ليشمل ما لو كان على عين أو دين. ووجه الرد أنه لو قال ذلك لم يحسن إطلاق كونه بيعا بل في المفهوم تفصيل. ومعنى قول الشارح فهو سلم: أي حقيقة إن كان بلفظه وإلا فهو سلم حكما لا حقيقة (أو جرى الصلح من العين المدعاة (على منفعة) لغير العين المدعاة كخدمة عبد شهرا (فإجارة تثبت أحكامها) أي الإجارة في ذلك لصدق حد الإجارة عليه.

أما لو صالح على منفعة العين المدعاة فهي إجارة تثبت أحكامها، فإن عين مدة فإجارة مؤقتة وإلا فمطلقة (أو جرى الصلح (على بعض العين المدعاة) كربعها (فهبة لبعضها) الباقي (لصاحب اليد) عليها (فتثبت أحكامها) أي الهبة المقررة في بابها من اشتراط القبول وغيره لصدق حدها، فتصح في البعض المتروك بلفظ الهبة والتمليك وشبههما (ولا يصح بلفظ البيع) له لعدم الثمن (والأصح) (صحته بلفظ الصلح) كصالحتك عن الدار على ربعها ; لأن الخاصية التي يفترق إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد حصلت والثاني لا يصح ; لأن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض هنا للمتروك. ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه، وحمله الأول على الهبة تنزيلا لهذا اللفظ في كل موضع على ما يليق به كلفظ التمليك ويسمى هذا صلح الحطيطة (ولو قال من غير سبق خصومة: صالحني عن دارك) مثلا (بكذا) فأجابه (فالأصح بطلانه) لاستدعاء لفظ الصلح سبق الخصومة سواء أكانت عند حاكم أم لا. والثاني يصح ; لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياسا على البيع. ومحل الخلاف عند عدم النية، فإن استعمله

ونويا البيع كان كناية من غير شك كما قالاه وإن رده في المطلب (ولو) (صالح من دين) يجوز الاعتياض عنه (على) غيره (عين) أو دين ولو منفعة كما قاله الإسنوي (صح) لعموم الأدلة سواء أعقد بلفظ البيع أم الصلح أم الإجارة. أما ما لا يصح الاعتياض عنه كدين السلم فإنه لا يصح، وعلم مما تقرّر صحة عبارة المصنف، وما اعترض به عليه من أنه كان حقه أن يعبر بغير؛ لأن لفظة عين تنافي التفصيل الآتي لقوله: فإن كان العوض عينا إلى قوله أو دينا أجاب عنه الشارح بما سيأتي، وقد قال السبكي: إنه يوجد في بعض نسخ المحرر على عوض وهو الصواب اهـ (فإن) (توافقا) أي الدين المصالح عنه والعوض المصالح عليه (في علة الربا) كأن صالح عن ذهب بفضة (اشترط قبض العوض في المجلس) حذرا من الربا، فإن تفرقا قبل قبضه بطل الصلح، وتعيينه في العقد ليس بشرط في الأصح (وإلا) أي وإن لم يتوافق المصالح عنه المدين والمصالح عليه في علة الربا كما قاله الشارح فجعله منقطعا عن الأول ممثلا عن فضة بحنطة أو ثوب (فإن كان العوض عينا لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح) كما لو باع ثوبا بدراهم في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس. والثاني يشترط؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر في المجلس ك رأس مال السلم (أو) كان العوض (دينا) كصالحتك عن الدراهم التي عليك بكذا (اشترط تعيينه في المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين (وفي قبضه في المجلس الوجهان) أصحهما (عدم الاشتراط) فإن كان ربويين اشترط لما سبق في الاستبدال عن الثمن، وإن كان العوض منفعة فقبضها بقبض محلها. قال الإسنوي: ويتجه تخريج اشتراطه على الخلاف فيما لو صالح على عين.

(وإن صالح من دين على بعضه) كثمنه (فهو إبراء عن باقيه)؛ لأنه معناه فثبت فيه أحكامه، وقد علم من كلامه انقسام الصلح عن الدين إلى معاوضة وحطيطة كالعين، وأفهم كلامه عدم اشتراط قبض الباقي في المجلس؛ لأنه لم يجعل هذا العقد معاوضة بل إبراء، وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقي أم لا؟ وجهان أصحهما عدم عوده.

(ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما) كالإسقاط والهبة والحط والترك والإحلال والتحليل والعفو والوضع، ولا يشترط حينئذ القبول على المذهب سواء أقلنا الإبراء تمليك أم إسقاط (و) يصح (بلفظ الصلح) وحده (في الأصح) ك صالحتك من الألف الذي لي عليك على خمسمائة. ويشترط في هذه الحالة قبوله كما دل عليه كلامهما ولا يصح هذا الصلح بلفظ المبيع، وما اقتضاه كلامه من البطلان فيما لو كانت الخمسمائة المصالح بها معينة، ورجحه القاضي والإمام وقطع به القفال وصوبه في المهمات، وجرى عليه ابن المقري في روضه، يخالفه ما جرى عليه البغوي والخوارزمي

والمتولي، واقتضاه كلام أصل الروضة من الصحة، وهو المعتمد ; لأن الصلح من الألف على بعضه إبراء للبعض واستيفاء للباقي فلا فرق بين المعين وغيره (ولو) (صالح من) دين (حال على مؤجل مثله) جنسا وقدرًا وصفة (أو عكس) أي صالح من مؤجل على حال مثله كذلك (لغا) الصلح ; إذ هو من الدائن وعد في الأولى بإلحاق الأجل، وصفة الحلول لا يصح إلحاقها، وفي الثانية وعد من المديون بإسقاط الأجل وهو لا يسقط والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل (فإن عجل) المدين (المؤجل صح الأداء) وسقط الأجل لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلها. ومحلّه ما لم يؤد على ظن صحة الصلح ووجوب التعجيل وإلا لم يسقط فله الاسترداد كما قالوه. ومحلّه فيما لو شرط بيعًا في بيع وأتى بالثاني على ظن الصحة، نبه عليه ابن الرفعة وغيره. وقال الإسنوي: تضافرت عليه النصوص فلتكن الفتوى به (ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برئ من خمسة وبقيت خمسة حالة) ; لأنه صالح بحط البعض ووعد بتأجيل الباقي، والوعد لا يلزم والحط صحيح (ولو عكس) بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة (لغا) الصلح ; لأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها والخمسة الأخرى إنما تركها في مقابلة ذلك، فإذا لم يحصل الحلول لا يصح الترك، والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل. وقضية ما تقرر عدم الفرق فيه بين الربوي وغيره، وهو كذلك خلافا لصاحب الجواهر، وقد علم مما قررناه انقسام الصلح إلى ستة أقسام: بيع، وإجارة، وعارية، وهبة، وسلم، وإبراء. ويزاد على ذلك أنه يكون خلعا كصالحتك من كذا على أن تطلقني طليقة، ومعاوضة من دم العمدة كصالحتك من كذا على ما تستحقه على من قصاص، وجعالة كصالحتك من كذا على رد بعدي، وفداء كقوله لحربي صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير، وفسخا كأن صالح من المسلم فيه على رأس المال، وتركها المصنف ككثير لأخذها من الأقسام التي ذكرها فاندفع قول الإسنوي أهملها الأصحاب وهي واردة عليهم جزما.

(النوع الثاني الصلح على الإنكار) أو السكوت من المدعى عليه كما قاله في المطلب عن سليم الرازي وغيره، ولا حجة للمدعي كأن ادعى عليه شيئا فأنكر أو سكت ثم صالح عنه (فيبطل إن جرى على نفس المدعي) كأن يدعي عليه دارا فيصالحه عليها بأن يجعلها للمدعي أو للمدعى عليه كما تصدق به عبارة المصنف، وهو باطل فيهما ; إذ لا يمكن تصحيح التملك مع ذلك لاستلزامه أن يملك المدعي ما لا يملكه أو المدعى عليه ما يملكه، وقياسا على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شيء، ولا ينافي ذلك خبر أبي داود {أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما في مواريث ولا بينة لهما: اقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل كل منكما صاحبه} ; لأنه قسمها بينهما بحكم كونها في يدهما ولا

مرجح، وأما التحليل مع الجهل فمن باب الورع ; لأنه أقصى ما يمكن حينئذ، بخلاف جهل ما يمكن استكشافه، واليمين المردودة كالإقرار، وكذا قيام بينة بعد الإنكار فيصح الصلح بعدها كما قاله الماوردي، واستشكال الغزالي ذلك قبل القضاء بالملك ; لأن له سبيلا إلى الطعن يرد بأن العدول إلى المصالحة يدل على عجزه عن إبداء طاعن، ولو ادعى عليه عينا فقال: رددتها إليك ثم صالحه فإن كانت أمانة بيده لم يصح الصلح لقبول قوله فيكون صلحا على الإنكار، وإلا فقوله في الرد غير مقبول فيصح الإقرار بالضمان هذا ما في فتاوى البغوي، وله احتمالان بالبطلان مطلقا فإنه لم يقر أن عليه شيئا، ويرد بمثل ما مر من أن العدول إلى المصالحة يدل على بقاء ضمانه، وللمدعي المحق فيما بينه وبين الله أن يأخذ ما بذله في الصلح على إنكار، لكن إن وقع الصلح على غير المدعي كان ظافرا ففيه ما يأتي في الظفر، ولو أنكر فصولح ثم أقر لم يفد إقراره صحة الصلح السابق كما قاله الماوردي لانتفاء شرطه من سبق الإقرار، فاندفع قول الإسنوي أخذا من كلام السبكي ينبغي الصحة لاتفاقهما، على أن العقد جرى بشروطه في علمهما أو في نفس الأمر، وعلم الفرق بين هذا وما لو باع مال أبيه ظانا حياته، فإن الشرط وهو الملك موجود ثم في نفس الأمر، بخلافه هنا ; إذ الإقرار إخبار لا يلزم منه وجود مخبر به في نفس الأمر، ولو تنازعا في جريانه على إنكار أو إقرار صدق مدعي الإنكار ; لأن الأصل عدم العقد، ولأن الظاهر والغالب جريان الصلح على الإنكار، بخلاف البيع فالغالب صدوره على الصحة فلهذا كان القول فيه قول مدعيها، ويغتفر جريانه على غير إقرار فيما لو اصطح الورثة فيما وقف بينهم كما سيأتي إذا لم يبذل أحد عوضا من خالص ملكه، وفيما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار أو طلق إحدى زوجتيه ومات قبل البيان أو التعيين ووقف الميراث بينهما فاصطلحن، وفيما لو تداعيا وديعة عند آخر فقال لا أعلم لأيكما هي أو دارا في يدهما وأقام كل بينة ثم اصطلحا، ولا ينافي ما عبر به المصنف تعبير الروضة كأصلها بقولها على غير المدعي كأن يصلحه عن الدار بثوب أو دين فقد قال الشارح: وكان نسخة المصنف من المحرر عين فعبر عنها بالنفس، ولم يلاحظ موافقة ما في الشرح فهما مسألتان حكمهما واحد اهـ. ومراده بذلك دفع اعتراض من قال: إن الصواب التعبير بالغير كما عبر به في المحرر، ولهذا ادعى بعضهم أن المرء تصحفت على المصنف بالنون فعبر عنها بالنفس. لا يقال: التعبير بالنفس غير مستقيم ; لأن على والباء يدخلان على المأخوذ ومن وعن على المتروك ; لآنا نقول: ذلك جرى على الغالب كما مرت الإشارة إليه، وأيضا فالمدعي المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين غايته أن إلغاء الصلح في ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين (وكذا) يبطل

الصلح (إن جرى على بعضه) أي المدعى كما لو كان على غير المدعى (في الأصح) والثاني يصح لاتفاقهما على أن البعض مستحق للمدعي، ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق، واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ. ورد بأنه عند اختلاف المدافع والقابض في الجهة المصدق الدافع، وهو يقول: إنما بذلت لدفع الأذى لئلا يرفعني إلى قاض ويقيم علي شهود زور، والبذل لهذه الجهة باطل، ويستثنى من محل الوجهين ما لو كان المدعى به دينا وصالح منه على بعضه فإنه يبطل جزما ; لأن التصحيح إنما هو بتقدير الهبة، وإيرادها على ما في الذمة ممتنع (وقوله) بعد إنكاره (صالحني عن الدار) مثلا (التي تدعيها) (ليس إقرارا في الأصح) لاحتمال أن يريد قطع الخصومة فقط، والثاني نعم لتضمنه الاعتراف كما لو قال: ملكني ودفع بما مر، وعلى الأول يكون الصلح بعد هذا التماس صلح إنكار، أما لو قال ذلك ابتداء قبل إنكاره كان باطلا جزما، ولو قال: بعني أو هبني أو ملكني المدعى به أو زوجنيها أو أبرئني منه فأقرار لا أجرني أو أعزني علي الأصح كما حزم به في الأنوار; إذ الإنسان قد يستعير ملكه ويستأجره من مستأجره ومن الموصى له بمنفعته. نعم يظهر كما بحثه الشيخ أنه إقرار بأنه مالك للمنفعة.

(القسم الثاني) من الصلح (يجري بين المدعي وأجنبي) (، فإن) (قال) الأجنبي للمدعي (وكلني المدعى عليه في الصلح) عن المدعى به (وهو مقر لك) به في الظاهر أو فيما بيني وبينه، ولم يظهره خوفا من أخذ المالك له كما صرح به بالقسمين في المحرر (صح) الصلح بينهما ; لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبول، ومحلله كما قال الإمام والغزالي إذا لم يعد المدعى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة فإن أعاده كان عزلا فلا يصح الصلح عنه ثم إن كان المدعى عينا وصالح على بعض المدعى به أو على عين المدعى عليه أو على دين في ذمة المدعى عليه صح وصار المصالح عنه ملكا للموكل له إن كان الأجنبي صادقا في الوكالة وإلا فهو شراء فضولي، وقد مر في البيع. نعم لو قال الأجنبي: وكلني في المصالحة لقطع الخصومة، وأنا أعلم أنه لك صح الصلح في الأصح عند الماوردي وحزم به في التنبيه وأقره في التصحيح، وليس في هذه تعرض للإقرار، ولو قال: هو منكر غير أنه مبطل فصالحني له على عبدي هذا لتقطع الخصومة بينكما وكان المدعى دينا صح الصلح أو عينا فلا، والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير إذنه ويمكن قضاء دينه بغير إذنه، ولو صالح الوكيل عن الموكل على عين من مال نفسه أو على دين في ذمته بإذنه صح العقد ووقع للأذن ويرجع المأذون عليه بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن كان متقوما ; لأن المدفوع قرض لا هبة، وخرج بقول المصنف: وكلني إلخ ما لو تركه فهو شراء فضولي فلا يصح

كما مر، ويقول: وهو مقر لك ما لو اقتصر على وكلني في مصالحتك فلا يصح، ولو كان المدعى ديناً فقال الأجنبي: وكلني المدعى عليه بمصالحتك عن نصفه أو ثوبه فصالحه صح كما لو كان المدعى عيناً أو على ثوبي هذا لم يصح؛ لأنه بيع شيء بدين غيره، وهذا هو المعتمد كما جزم به ابن المقري تبعاً للمصنف، وما ادعاه الزركشي من أنه مخالف لما مر قبله في نظيره من صورة العين أنه يصح العقد ويقع للأذن وقد صرح الإمام بأن الخلاف فيهما سواء، وتبعه الشيخ بل أخذ بقضيته فقال: الأوجه ما أشار إليه من إلحاق هذه بتلك فيصح ويسقط الدين كمن ضمن ديناً وأداه مردوداً بإمكان الفرق بينهما بأن بذل الوكيل عينه في مقابلة العين التي عند موكله ليس فيه جهالة لتعين ما بذل في مقابلته، بخلاف بذل عينه عن موكله في مقابلة دين موكله فإن فيه جهالة أي جهالة؛ إذ الدين لا يتعين إلا بقبضه وما دام في الذمة هو بالمجاهيل أشبه (ولو) (صالح) الأجنبي عن العين (لنفسه) يعين ماله أو بدين في ذمته، (والحالة هذه) أي أن الأجنبي قائل بأنه مقر لك بالمدعى أو نحو ذلك (صح) الصلح للأجنبي وإن لم يجز معه خصومة؛ لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافاً لما قاله الجويني من أنه يأتي فيه الخلاف فيما لو قال من غير سبق خصومة: صالحني (وكانه اشتراه) بلفظ الشراء كما قاله الشارح راداً به على من اعترض على المصنف بأنه كيف يقول: وكانه اشتراه مع أنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه، وفي عبارة المصنف إشارة إلى اشتراط كونه بيد المدعى عليه بوديعة أو عارية أو نحوه مما يجوز بيعه معه، فلو كان مبيعاً قبل القبض لم يصح (وإن) (كان) المدعى عليه (منكراً) وقال الأجنبي: هو مبطل في إنكاره؛ لأنك صادق عندي فصالحني لنفسني، فإن كان المدعى به عيناً فهو شراء مغضوب فيفرق بين قدرته على انتزاعه فيصح (وعدمها) فلا يصح ويكفي للصحة قوله: أنا قادر على انتزاعه، وإن كان المدعى به ديناً ففيه الخلاف المار (وإن لم يقل هو مبطل) مع قوله: وهو منكر وصالح لنفسه وللمدعى عليه (لغا الصلح)؛ لأنه اشترى منه ما يثبت ملكه له، وكلامه شامل لما لو قال: هو محق أو لا أعلم أو سكت، وهذه الأخيرة لم يصرح بها في الروضة، والأمر فيها كما قاله السبكي ما أفهمه إطلاق الكتاب.

ولو وقف مكاناً وأقر به لمدع له غرم له قيمته لحيلولته بينه وبينه بوقفه، ولو صالح متلف العين مالكة فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجل لم يصح الصلح؛ لأن الواجب قيمة المتلف حالة، فلم يصح على أكثر منها ولا على مؤجل لما فيه من الربا، وإن كان بأقل من قيمتها أو بأكثر بغير جنسها جاز لانتفاء المانع، ولو أقر بمجمل ثم صالح عنه صح إن عرفاه وإن لم يسمه أحد منهما، ولو وكل المنكر في الصلح عنه أجنياً جاز كما جرى

عليه ابن المقري، وإنكار حق الغير حرام فلو بذل للمنكر ما لا يقدر  
ففعل لم يصح الصلح بل يحرم بذله وأخذه لذلك ولا يكون به مقرا  
كما جزم به ابن كج وغيره ورجحه صاحب الأنوار ; لأنه إقرار  
بشرط، قال في الخادم: ينبغي التفصيل بين أن يعتقد فساد الصلح  
فيصح أو يجهله فلا كما في نظائره من المنشآت على العقود  
الفاسدة.

## (فصل)

### في التزاحم على الحقوق المشتركة

(الطريق النافذ) بمعجمة، ويعبر عنه بالشارع، وبينه وبين  
الطريق عموم مطلق ; لأن الطريق عام في الصحاري والبيانات  
والنافذ وغيره، والشارع خاص بالبيانات وبالنافذ. وقول الجوجري  
بينهما عموم من وجه لاجتماعهما في نافذ في البيان وانفراد  
الشارع في نافذ في البيان، والطريق في نافذ في الصحراء أو غير  
نافذ في البيان غير صحيح ; إذ الصورة التي ذكرها لاجتماعهما (لا  
يتصرف فيه) بالبناء للمفعول (بما يضر) بفتح أوله، فإن ضم عدي  
بالباء (المارة) في مرورهم فيه ; لأن الحق فيه لعامة المسلمين،  
وتعبيره بذلك أولى من قول أصله بما يبطل المرور ; لأن كل ما  
أبطل ضر بخلاف العكس فعبارة المصنف أعم كما في الدقائق (و)  
على هذا (لا يشرع) أي يخرج (فيه جناح) أي روشن (ولا سبابط)  
أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما (يضرهم) أي كل من  
الجناح والسبابط (بل) للانتقال إلى بيان مفهوم يضرهم (يشترط  
ارتفاعه) أي كل منهما (بحيث يمر تحته) الماشي (منتصبا) من غير  
احتياج إلى مطأطأة رأسه، إذ ما يمنع من ذلك إضرار حقيقي،  
ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية كما قاله  
الماوردي، وأن لا يظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعي وأكثر  
الأصحاب. نعم لا اعتبار بإظلام خفيف (وإن كان ممر الفرسان  
والقوافل فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل) بفتح الميم الأولى  
وكسر الثانية (على البعير مع أخشاب المظلة) بكسر الميم فوق  
المحمل ; لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادرا، وحيث امتنع الإخراج  
هدمه الحاكم لا كل أحد كما رجحه في المطلب لما فيه من توقع  
الفتنة. نعم لكل أحد مطالبته بإزالته ; لأنه من إزالة المنكر، قاله  
سليم. والأصل في ذلك ما صح {أنه صلى الله عليه وسلم نصب  
بيده ميزابا في دار عمه العباس إلى الطريق وكان شارعا لمسجده  
صلى الله عليه وسلم} وقيس به الجناح ونحوه، ولإطباق الناس  
على فعل ذلك من غير إنكار.

ومحل جواز ذلك في حق المسلم وإن لم يأذن له الإمام، أما  
الذمي فيمنع من ذلك وإن جاز له الاستطراق ; لأنه كإعلاء بنائه  
على بناء المسلم أو أبلغ، ويؤخذ منه أنه لا يمنع من الإشرع في



محالهم وشوارعهم المختصة بهم في دار المسلمين كما في رفع البناء، قاله ابن الرفعة بحثا، وأفتى أبو زرعة بمنعه من البروز في البحر بنائه على المسلمين قياسا على ذلك، ولا يجوز الإشرع في هواء المسجد، وألحق به الأذرع ما قرب منه كمدرسة ورباط وتردد في هواء المقبرة هل يجوز الإشرع فيه أو يفرق بين كونها مسبلة أو في موات، والأقرب أن ما حرم البناء فيها بأن كانت موقوفة أو اعتاد أهل البلد الدفن فيها يحرم الإشرع في هوائها بخلاف غيرها، ولو أحوج الإشرع إلى وضع رمح الراكب على كتفه بحيث لا يتأتى نصبه لم يضر؛ لأن وضعه على كتفه ليس بعسير، ولو أشرع إلى ملكه ثم سبل ما تحت جناحه شارعا وهو يضر بالمارة أمر برفعه على ما بحثه الزركشي، ولا يضر أيضا ضرر يحتمل عادة كعجن طين إذا بقي مقدار المرور للناس، وإلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها، وربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب، ويؤخذ من ذلك منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب في الشوارع للكرء فلا يجوز، وعلى ولي الأمر منعهم لما في ذلك من مزيد الضرر والرش الخفيف، بخلاف إلقاء القمامات والتراب والحجارة والحفر التي بوجه الأرض والرش المفرط فإنه لا يجوز كما صرح به المصنف في دقائقه، ومثله إرسال الماء من الميازيب إلى الطرق الضيقة. قال الزركشي: وكذا إلقاء النجاسة فيه بل هو كالتخلي فيه فيكون صغيرة أه. وكونه صغيرة ضعيف كما مر فعليه إن كثرت كانت كالقمامات وإلا فلا. وأفتى القاضي بكراهة ضرب اللبن وبيعه من ترابه إذا لم يضر بالمارة، لكن قضية قول العبادي يحرم أخذ تراب سور البلد يقتضي حرمة أخذ تراب الشارع إلا أن يفرق بأن من شأن أخذ تراب السور أنه يضر فحرم مطلقا، بخلاف تراب الشارع ففصل فيه بين المضر وغيره.

ولو انهدم جناحه فسبقه جاره إلى بناء جناح بمحاذاته جاز وإن تعذر معه إعادة الأول أو لم يعرض صاحبه، كما لو انتقل الواقف أو القاعد في الشارع لا للمعاملة فإنه يبطل حقه بمجرد انتقاله، وإنما اعتبر الإعراض في الجالس فيه للمعاملة؛ لأنها لا تدوم، بل الانتقال عنها ثم العود إليها ضروري، فاعتبر الإعراض بخلاف ما هنا فاعتبر الانهدام، وأيضا فالارتفاق بالعود للمعاملة اختصاص بالأرض التي من شأنها أن تملك بالإحياء قصدا فقوي الحق فيها فثبت استحقاؤه ما دام مقبلا عليه، والاختصاص بالهواء اختصاص بما لا يقبل الملك إلا تبعا، ولا شيء يقتضي التبعية فضعف الحق فيه فلذلك زال بزواله، فاندفع ما للإسنوي تبعا للرافعي من الاعتراضات هنا. نعم لو بنى دارا بموات وأخرج لها جناحا، ثم بنى آخر دارا تحاذيه واستمر الشارع لم يزل حق الأول بانهدام جناحه لسبق حقه بالإحياء، وله إخراج جناح تحت جناح جاره وفوقه ما لم

يضر بالمار عليه ومقابله ما لم يبطل انتفاعه به. والطريق ما جعل عند إحياء البلد أو قبله طريقاً أو وقفه المالك ولا يحتاج في غير ملكه إلى لفظ، وبنيات الطريق التي تعرفها الخواص ويسلكونها لا تصير طريقاً بذلك ويجوز إحيائها كما رجحه القمولي؛ لأن أكثر الموات لا يخلو عن ذلك، وحيث وجد طريقاً عمل فيه بالظاهر من غير نظر إلى أصله، وتقدير الطريق إلى خيرة من أراد أن يسلبه من ملكه، والأفضل توسيعه وعند الإحياء إلى ما اتفق عليه المحيون، فإن تنازعوا جعل سبعة أذرع كما رجحه المصنف لخبر الصحيحين بذلك واعترضه جمع بأن المذهب اعتبار قدر الحاجة والخبر محمول عليه ولا يغير عما هو عليه، ولو زاد على السبعة على قدر الحاجة فلا يجوز الاستيلاء على شيء منه وإن قل، ويجوز إحياء ما حوله من الموات بحيث لا يضر بالمارة (ويحرم الصلح على إشرع الجناح) أو نحوه من سبابط بعوض وإن كان الإمام؛ لأن الهواء لا يفرد بعقد، وإنما يتبع القرار كالحمل مع الأم، ولأنه إن ضر امتنع فعله وإلا استحقه مخرجه وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ عوض عنه كالمرور.

(و) يحرم (أن يبني في الطريق دكة) بفتح الدال: أي مسطبة أو غيرها (أو يغرس فيه شجرة) وإن اتسع وأذن الإمام وانتفى الضرر لمنعها الطروق فيه وقد تزدهم المارة فيه فيصطكون إليها، ولأنه إذا طالت المدة أشبه موضعها الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق بخلاف الأجنحة ونحوها، وفارق حل الغرس بالمسجد مع الكراهة بأنه لعموم المسلمين؛ إذ لا يمنعون من أكل ثمره، فإن غرس ليصرف ريعه للمسجد فالمصلحة عامة أيضاً بخلاف ما هنا، وقضيته جواز مثل ذلك هنا حيث لا ضرر إلا أن يقال: توقع الضرر في الشارع أكثر فامتنع مطلقاً وهو الأقرب إلى كلامهم، ولا يشكل على التعليل الثاني جواز فتح الباب إلى درب منسد إذا سمره كما يأتي؛ لأن الحق ثم لخاص، والخاص قائم على ملكه وحافظ له، بخلاف الشارع فانقطاع الحق فيه عند طول المدة أقرب، وقضية كلامهم أو صريحه: منع أحداث الدكة وإن كان بفناء داره، وبه جزم ابن الرفعة وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وإن بحث السبكي جوازه عند انتفاء الضرر وقال؛ لأنه في حريم ملكه ولإطباق الناس عليه من غير إنكار فقد رده الأذرعى وقال: إنه بعيد من كلامهم ويؤدي إلى تملك الطرق المباحة، وبأن البندنجي صرح بمنع بناء الدكة على باب المدار وبأن البقعة المنحرفة عن سنن الطريق قد تفرع إليها المارة فتضيق عليهم، ولا ينافي ما تقرر في نحو الدكة نقل المصنف كالرافعي في الجنائيات عن الأكثرين أن للإمام مدخلا في إقطاع الشوارع وأنه يجوز للمقطع أن يبني فيه ويملكه؛ لأنه على تقدير اعتماده، وإلا فكلامهما هنا مصرح بخلافه محمول على ما زاد من الشارع على الموضوع المحتاج إليه

للطروق بحيث لا يتوقع الاحتياج إليه بوجه ولو على الندور فحينئذ للإمام الإقطاع وللمقطع بناء ما أراد (وقيل إن لم يضر) ذلك المار (جاز) كإشراع الجناح وفرق الأول بما مر.

(و) الطريق (غير النافذ يحرم الإشراع) إليه بجناح أو نحوه (لغير أهله) بلا خلاف وإن لم يضر بغير رضاهم ; لأنه ملكهم فأشبهه الإشراع إلى الدور (وكذا) يحرم الإشراع (لبعض أهله في الأصح) كسائر الأملاك المشتركة تضرروا بذلك أم لا (إلا برضا الباقيين) فيجوز وإن أضر وأجمل أهله هنا للعلم به مما سيذكره أنه لا يمنع إلا من بابه بعده أو مقابله كسائر الأملاك المشتركة والثاني يجوز بغير رضاهم إن لم يضر ; لأن كل واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه، وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراعه بمال لما مر ويعتبر إذن لمكتري إن تضرر به، وبه أفتى البغوي، ويقاس به الموصى له بالمنفعة ونحوه، ولو وصى بعضهم لبعض بذلك امتنع الرجوع عليهم كما صرح به الماوردي ; لأنه لا سبيل إلى قلعه مجانا لو وضعه بحق، ولا إلى قلعه مع غرم الأرش ; لأنه شريك، وهو لا يكلف ذلك، ولا إلى بقاءه بأجرة ; لأن الهواء لا أجرة له كما مر. وقضية ذلك أن الإخراج لو كان فيما لا حق للمخرج فيه بأن كان بين باب داره وصدر السكة كان لمن رضي الرجوع ليقلع ويغرم أرش النقص وهو كذلك، ولو عبر المصنف بقوله إلا برضا المستحقين كان أولى ليعود الاستثناء للأولى أيضا وهي ما إذا كان المشرع من غير أهله، ولئلا يتوهم اعتبار إذن من بابه أقرب إلى رأس السكة لمن بابه أبعد مع أنه وجه، والأصح خلافه بناء على استحقاق كل إلى بابه لا إلى آخر الدرب كما يعلم من قوله الآتي (وأهله) أي الدرب غير النافذ (من نفذ باب داره إليه) قال الزركشي أخذا من كلام غيره: والمراد من له المرور فيه إلى ملكه من دار أو بئر أو فرن أو حانوت (لا من لاصقه جداره) من غير نفوذ باب فيه ; لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع، ولا يتوقف دخول بعضهم على إذن الباقيين بل ولا يؤثر لمنعهم بخلافه في العرصة المشتركة ; لأن التوقف على الإذن هنا يؤدي لتعطيل الأملاك بخلافه ثم قاله القاضي، بل لغيرهم الدخول بلا إذن ; لأنه من الحلال المستفاد بقريئة الحال، والظاهر أخذا من كلام البلقيني وغيره جواز الدخول وإن كان فيهم محجور عليه وكذا الشرب من نهره وإن كان الورع خلافه، ومن ذلك ما صرحوا به من جواز المرور بملك الغير، لكن قيده العبادي بما إذا لم يضر به طريقا للناس وغيره بما جرت به العادة بالمسامحة فيه، ويمكن رد أحدهما للآخر، ويكره إكثاره هنا وفي أرض استحق المرور فيها بلا حاجة. قال القاضي: وليس لغيرهم الجلوس فيه بغير إذنهم. قال غيره: وعليه فلا يجوز لهم أن يأذنوا فيه بأجرة كما ليس لهم بيعه مع أنه ملكهم، وقول الماوردي هو تابع لملكهم وليس ملكهم

ضعيف. اهـ وقد يفرق بأن البيع إنما امتنع ; لأن فيه إتلافاً لأموالهم بعدم ممر لها، وحينئذ فيقيد بما إذا لم يكن اتخاذ ممر لها من جهة أخرى، والإجارة ليس فيها ذلك ففي المنع منها نظر أي نظر، على أن في توقف مطلق الجلوس على إذنتهم نظراً أيضاً، فالأوجه حملة على جلوس لا يتسامح به عادة، وأن ما يتوقف على الإذن يجوز أن يكون بأجرة (وهل الاستحقاق في كلها) أي الطريق المذكورة وهي تذكر وتؤنث فزعم أن هذا سهو هو السهو (لكلهم) أي لكل منهم فالكل هنا الكل الإفرادي لا المجموعي ; إذ لا نزاع فيه ; لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بكله لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج (أم تختص شركة كل واحد) منهم (بما بين رأس الدرب وباب داره وجهان أصحهما الثاني) ; لأن ذلك القدر هو محل تردده ومروره، وما عداه هو فيه كالأجنبي من السكة، ولأهل الدرب المذكور قسمة صحته كسائر المشتركات القابلة للقسمة، ولو أراد الأسفلون لا الأعلون سد ما يليهم أو قسمته جاز ; لأنهم يتصرفون في ملكهم بخلاف الأعلين، ولو اتفقوا على سد رأس السكة لم يمنعوا منه، ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقيين. نعم إن سد بألة نفسه خاصة فله فتحه بغير رضاهم. ويؤخذ من كلام ابن المقري، وصرح به أصله أنه لو امتنع بعضهم من سده لم يكن للباقيين السد.

ولو وقف بعضهم داره مسجداً أو وجد ثم مسجد قديم شاركهم المسلمون في المرور إليه فيمنعون من السد والقسمة، ولا يجوز الإشرع عند الضرر وإن رضي أهل السكة، ويجوز إشرع لا يضر وإن لم يرض أهلها. أما إذا كان المسجد حادثاً فإن رضي به أهلها فكذلك، وإلا فلهم المنع من الإشرع ; إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك، وكالمسجد فيما ذكر ما سبل أو وقف على جهة عامة كبئر ومدرسة ورباط نبه عليه الزركشي وغيره، وقد أتى في المحرر بجميع الضمائر مؤنثة لتعبيره أولاً بالسكة، ولما عبر المصنف بغير النافذ عدل إلى تذكيرها لإقوله في كلها.

(وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق) إلا بإذنتهم لتضررهم، فإن أذنوا جاز ولهم الرجوع ولو بعد الفتح كالعارية، قال الإمام: ولا يغرمون شيئاً، بخلاف ما لو أعار أرضاً لبناء أو نحوه حيث لا يقلع مجاناً، قال الرافعي ولم أره لغيره: والقياس عدم الفرق، وفرق في المطلب بأنه هنا بنى في ملكه، والمبني باق بحاله لا يزال فلا غرم، بخلاف البناء على الأرض فإن المعير يقلع فيغرم أرش النقص، وأوضحه الشيخ بأن الأولى أن يفرق بأن الرجوع هناك يترتب عليه القلع وهو خسارة فلم يجز الرجوع مجاناً، بخلافه هنا لا يترتب عليه خسارة لعدم اقتضائه لزوم سد الباب، وخسارة فتحه إنما تترتب على الإذن لا على الرجوع مع أن فتحه لا يتوقف على الإذن وإنما المتوقف عليه الاستطراق (وله فتحه إذا) لم يستطرق

منه سواء (سمره) بالتشديد أي ثقبه بالمسمار والتخفيف لغة قاله المطرزي أم لا كما في البيان (في الأصح) ; لأن له رفع جميع جداره فبعضه أولى. والثاني لا ; لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق فيستدل به عليه، وما صححه تبعاً لأصله هو ما صححه في تصحيح التنبيه، وهو المعتمد وإن قال في زيادة الروضة: إن الأفقه المنع، فقد قال في المهمات: إن الفتوى على الجواز فقد نقله ابن حزم عن الشافعي. نعم لو ركب على المفتوح للاستضاءة شبাকা أو نحوه جاز جزماً كما نقله الإسنوي وغيره عن جمع (ومن له فيه باب) أو ميزاب (ففتح آخر أبعد من رأس الدرب) من بابه الأصلي (فلشركائه) أي لكل منهم (منعه) إذا كان بابه أبعد من الباب الأول سواء أسد الأول أم لا ; لأن الحق لغيره، بخلاف من بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل للمفتوح كما في الروضة عن الإمام وأقره، قال الإسنوي: وهو ظاهر، والمراد من هو مقابل الباب الأول كما فهمه السبكي والإسنوي والأذرعي، ولهذا قال الإسنوي: إن كلام النووي يوهم أن المراد الباب الجديد، وليس كذلك فإنه لو أريد ذلك لكان المنع متفقاً عليه حينئذ (وإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد) الباب (القديم) أي ولم يترك التطرق منه (فكذلك) أي لشركائه منعه ; لأن انضمام الثاني إلى الأول يوجب زحمة ووقوف الدواب في الدرب فيتضررون به، وقيل يجوز، واختاره الأذرعي وضعف التوجيه بالزحمة بتصريحهم بأن له جعل داره حماماً أو حانوتاً مع أن الزحمة ووقوف المدواب في السكة وطرح الأثقال تكثر أضعاف ما كان قد يقع نادراً في فتح باب آخر للدار اهـ. ويمكن الجواب بأن موضع فتح الباب لم يكن فيه استحقاق بخلاف جعل داره ما ذكر (وإن سده) أي القديم (فلا منع) ; لأنه ترك بعض حقه، ويجوز لمن داره آخر الدرب تقديم بابه فيما يختص به وجعل ما بين المدار وآخر المدرب دهليزاً. قال الإسنوي: ولو كان له دار بوسط السكة وأخرى بآخرها فالمتجه أنه يجوز لمن داره بينهما منعه من تقديم باب المتوسطة، وتفسير الشيخ ذلك بقوله إلى آخر السكة ; لأنه وإن كان شريكاً في الجميع لكن شركته بسببها إنما هو إليها خاصة، وقد يبيع لغيره فيستفيد زيادة استطراق صحيح غير أنه لا يتقيد كلام الإسنوي بما فسره به، ولو كان له في سكة قطعة أرض فيها دوراً وفتح لكل واحدة باباً جاز كما قاله البغوي في فتاويه (ومن) (له داران تفتحان إلى دربين مسدودين) أي مملوكين (أو مسدود) أي مملوك (وشارع ففتح باباً) أي أراد فتحه (بينهما) للاستطراق (لم يمنع في الأصح) لاستحقاقه المرور في الدرب ورفع الحائل بين الدارين تصرف في ملكه فلم يمنع حقه، وما ذكره المصنف تبعاً للرافعي والبغوي هو المعتمد. والثاني المنع ونقله في الروضة عن العراقيين عن الجمهور وجرى عليه ابن المقري ; لأنه في الأولى يثبت لكل من

الدارين استطرأقا في الدرب الآخر لم يكن له، وفي الثانية يثبت للملاصقة للشارع حقا في المسدود لم يكن لها، وسواء في جريان الخلاف كما اقتضاه كلام المصنف أبقي البابين على حالهما أم سد أحدهما وإن خصه الرافعي بما إذا سد باب أحدهما وفتح الباب لغرض الاستطرأق، وعلم مما قررناه أن مراده بالمسدود المملوك وإلا فالسد لا يلزم منه الملك بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه كما مر، وتفتحان بمثناة فوقية في أوله؛ لأن المدار مؤنثة، وكذا كل فعل كان ضميرا لغائبتين كما في الدقائق، وقد ورد به السماع في قوله تعالى {عينان تجريان}، و {أن تزولا}، و {امرأتين تزدودان} قاله أبو حيان وجوز ابن فارس فيه الياء التحتية (وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب) أي المالكون بأن لا يكون فيه نحو مسجد (بمال صح)؛ لأنه انتفاع بالأرض، بخلاف إشراع الجناح؛ لأن الهواء لا يباع منفردا؛ لأنه تابع، فإن صالحه على مجرد الفتح بمال لم يصح قطعا، وحيث صح فإن قدروا للاستطرأق مدة كان إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأييد كان بيع جزء شائع من الدرب له، وينزل منزلة أحدهم، كما لو صالح رجلا على مال ليجري في أرضه ماء نهر فإنه يكون تملكيا لمكان النهر، بخلاف ما لو صالحه بمال على فتح باب من داره أو إجراء ماء على سطحه فإنه وإن صح لا يملك شيئا من الدار والسطح؛ لأن السكة لا تتراد إلا للاستطرأق فأثباته فيها يكون نقلا للملك، وأما المدار والسطح فلا يقصد بهما الاستطرأق وإجراء الماء، أما إذا كان بالسكة مسجد أو نحوه كدار موقوفة على معين أو غيره فلا يجوز، إذ البيع لا يتصور في الموقوف وحقوقه، قاله الأذرعى وابن الرفعة زاد الأول: وأما الإجارة والحالة هذه فيتجه فيها تفصيل لا يخفى على الفقيه استخراجه.

(ويجوز) لمالك جدار (فتح الكوات) لبعض أهله ولغيرهم وهي بفتح الكاف أفصح من ضمها الطاقات وفتح شباك ولو لغير الاستئناء؛ لأنه تصرف في ملكه، ولا فرق بين أن يشرف على حريم جاره أو لا كما في البيان عن الشيخ أبي حامد لتمكن الجار من دفع الضرر عنه ببناء سترة أمام الكوة وإن تضرر صاحبها بمنع الضوء منها أو النظر، ولأن صاحبها لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فتقييد الجرجاني بما إذا كانت عالية لا يقع النظر منها على دار جاره ضعيف، والأوجه أن الكوة لو كان لها غطاء أو شباك يأخذ شيئا من هواء الدرب منعت، وإن كان فاتحها من أهله خلافا للسبكي (والجدار) الكائن (بين المالكين) لدارين (قد يختص به) أي بملكه (أحدهما) ويكون ساترا للآخر فقط (وقد يشتركان فيه فالمختص) به أحدهما (ليس للآخر) ولا لغيره المفهوم بالأولى تصرف فيه بما يضر مطلقا فيحرم عليه (وضع الجذوع) أي الأخشاب، وضع جذع واحد (عليه بغير إذن) مالكة ولا ظن رضاه

(في الجديد، ولا يجبر المالك عليه) لخبر {لا ضرر ولا ضرار في الإسلام} وخبر ابن عباس {لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس} وقياسا على سائر أمواله وأما خبر الصحيحين الذي استدل بظاهره القديم القائل بجواز الوضع من غير إذنه وأنه ليس له منعه وهو {لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه في جداره}. فأجيب عنه بأنه محمول على الندب لقوة العمومات المعارضة له، ويؤيده إعراض من أعرض في زمن أبي هريرة وبأن الضمير في جداره لجاره لقربه: أي لا يمنعه أن يضع خشبه في جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ورؤية الأماكن المستطرفة ونحوها ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأولى فوجب عود الضمير إليه، وللقديم شروط: أن لا يحتاج مالكة إلى وضع جذوعه عليه، وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدران، ولا يبني عليه أجزا، ولا يضع عليه ما يضره، وأن تكون الأرض له نص عليه، وأن لا يملك شيئا من جدران البقعة التي يريد أن يسقفها أو لا يملك إلا جدارا واحدا ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلى فتح شيء في الحائط لتدخل فيه الجذوع أم لا، صرح به الماوردي وابن الصباغ وغيرهما؛ لأن رأس الجذع يسد المنفتح ويقوي الجدار، بخلاف فتح الكوة ونحوها فإنه لا يجوز، وقوله ولا يجبر المالك مفرع على الجديد كما قاله المنكت مجيها به عن قول المعترض: إنه يفهم أنه مجزوم به، وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداء وليس كذلك فلو حذفه كان أولى، وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين قد يخرج الساباط إذا أراد بناءه على شارع أو درب غير نافذ، وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل فإنه لا يجوز إلا بالرضا قطعا كما قاله المتولي وغيره؛ لأن هذا الجدار ليس بين مالكين بل بين مالك وشارع (فلورضي) المالك بوضع جذوع أو بناء على جداره (بلا عوض) وقلنا بعدم الإجماع (فهو إغارة) لصدق حدها عليه، ويستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لورفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانيا في الأصح؛ لأن الإذن إنما تناول مرة ولو وضع أحد مالكي الجدار جذوعه عليه بإذن شريكه ثم انهدم ذلك البناء، ففي فتاوى القفال تجوز له إعادة الجذوع من غير إذن شريكه. قال الأذرعي: والمتبادر من إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق بين الجدار المختص والمشارك في أنه لا تجوز له إعادة الجذوع إلا بإذن جديد على الأصح، ويشبهه أن يكون ما قاله القفال وجهها ثالثا، ومحل ما ذكره المصنف إذا وضعت أولا بإذن، فلو ملكا دارين ورأيا خشبا على الجدار ولا يعلم كيف وضعت فإذا سقط الحائط فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف؛ لأننا حكمنا بأنه وضع بحق وشككنا في المجوز للرجوع، ولو أراد صاحب الحائط نقضه فإن

كان مستهدما جاز، وحكم إعادة الجذوع ما سبق وإلا فلا، كذا ذكره في زيادة الروضة. (وله الرجوع قبل البناء عليه) قطعاً (وكذا بعده في الأصح) كسائر العواري. والثاني لا رجوع له بعد البناء؛ لأن مثل هذه العارية إنما يراد بها التأييد، فأشبهه ما إذا أعار للدفن وما روجه تبعاً للشرح والروضة هنا هو المعتمد وإن قال الرافعي في شرحه في الكلام على بيع الشجر خلافاً، ويمكن الجمع بين كلامي الرافعي فإنه لم يتعرض هناك لمنع الرجوع بل قال: وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما إذا أعاره جداره ليضع عليه الجذوع، فلعل مراده أنه لا يشترط بيان المدة (وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه) أي الموضوع (بأجرة أو يقلع ذلك ويغرم أرش نفسه) وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في إعارة الأرض للبناء، قالوا: ولا تجيء الخصلة الثالثة وهي التملك بالقيمة؛ لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تابع فلا يستتبع، كذا قاله البغوي هنا، ولا يخالف ما ذكر هنا ما يأتي في العارية من أنه لو أعار الشريك حصته من أرض البناء ثم رجع لا يتمكن من القلع مع الأرش لما فيه من إلزام المستعير تفريغ ملكه عن ملكه؛ لأن المطالبة بالقلع هنا توجهت إلى ما هو بملك المعير بجملته، وإزالة الطرف عن ملك المستعير جاءت بطريق اللازم، بخلاف الحصاة من الأرض فنظير ما هناك إعارة الجدار المشترك (وقيل فائدته طلب الأجرة فقط) في المستقبل؛ لأن ضرر القلع يتعدى إلى خالص ملك المستعير؛ إذ الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لا تستملك على الجدار الآخر والضرر لا يزال بالضرر.

(ولو) (رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض) وقلنا بمنع الإجبار (فإن) (أجر رأس الجدار للبناء) عليه (فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع لكن لا يشترط فيها بيان المدة؛ لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح. قال الزركشي: نعم لو كانت الدار وقفاً عليه مثلاً وأجره فلا بد من بيان المدة قطعاً، ذكره القاضي حسين واعتمده الزركشي لامتناع شائبة البيع فيه (وإن قال بعته للبناء عليه أو بعث حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد فيه شوب بيع) لكونه مؤبداً (وإجارة)؛ لأن المستحق به منفعة فقط؛ إذ لا يملك المشتري فيها عيناً، ولو كان إجارة محضة لا يشترط تأقيتها أو بيعاً محضاً لملك رأس الجدار صاحب الجذوع. والثاني: أنه إجارة محضة، واغتفر فيها التأييد للحاجة كسواد العراق، ورد بأنها لا تنفسخ بتلف الجدار فإنه يعود حقه بإعادة الجدار وفاقاً. والثالث أنه يملك به المشتري رأس الجدار، هذا إذا لم يقدر مدة، فإن قدر انعقد إجارة قطعاً، قاله شارح التعجيز، وتجري الأوجه فيما لو عقداً بلفظ الصلح أيضاً كما في الكفاية، واحترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه وشرط عدم البناء عليه فيجوز قطعاً، وينتفع به فيما عدا البناء،



وكذا إن لم يتعرض للبناء في الأصح، قاله الماوردي. وشوب قال في الدقائق إنه الصواب، وقول بعضهم: شائبة تصحيف، واعترضه الإسنوي بأنه لا مدخل للتصحيف هنا وصوابه التحريف. قال السبكي: ولا يظهر لي وجه التصحيف في ذلك؛ إذ الشوب الخلط ويطلق على المخلوط به وهو المراد هنا، والشائبة يشاب بها فكل منهما صواب (فإذا بنى) بعد قوله بعته للبناء أو بعث حق البناء عليه (فليس لمالك الجدار نقضه) أي نقض بناء المشتري (بحال) أي لا مجاناً ولا مع إعطاء الأرش لاستحقاقه دوام البناء بعقد لازم، نعم إن اشترى مالك الجدار حق البناء من المشتري جاز الشراء كما صرح به المحاملي وأبو الطيب وحينئذ يتمكن من الخصلتين اللتين جوزناهما له لو أعار. واستشكل الأذرعى ما قاله من صحة هذا الشراء وسكت المصنف كالرافعي عن تمكين البائع من هدم الحائط نفسه ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن قد بنى، ولا شك كما قاله الإسنوي في عدم التمكين منهما (ولو انهدم الجدار فأعاده مالكة) باختياره ولا يلزمه ذلك في الجديد مطلقاً سواء أهدمه المالك عدواناً أم أجنبى (فللمشتري إعادة البناء) بتلك الآلة أو بمثلها؛ لأنه حق ثابت له، وكما للمشتري إعادة البناء كذا له ابتداءً إن لم يكن بنى ولو لم يبنه المالك فأراد صاحب الجذوع إعادته من ماله ليبني عليه. قال الإسنوي: كان له ذلك كما صرح به جماعة، وقال السبكي: إنه قضية كلام الأصحاب، وفهم من كلام المصنف عدم الانفساخ بالانهدام، وقضية تعليل الرافعي اختصاص ذلك بما إذا وقع العقد بلفظ البيع ونحوه، فأما إذا أجر إجارة مؤقتة فيجري في انفساخها الخلاف في انهدام المدار المستأجرة هل يوجب الفسخ ومن هدم السفل من مالك أو غيره طوالب بقيمة حق البناء على العلو للحيلولة سواء أبنى الأعلى أم لا مع غرم أرش النقص إن كان قد بنى وهو ما بين قيمته قائماً ومهدوماً، فإن أعيد السفل استعيدت القيمة لزوال الحيلولة، وله البناء إن لم يكن بنى، وإعادته إن كان قد بنى، ولا يغرم الهادم أجرة البناء لمدة الحيلولة. قال الإمام: لأن الحق على التأييد وما يتقدر لا ينحط مما لا يتناهى. قال الإسنوي: وفي كلامه إشارة إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدة، والمتجه عدم الوجوب؛ لأن وجوب الأجرة للحيلولة إنما محله عند قيام العين ولم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكة، وينبغي أن يقال: إن هدمه مالكة عدواناً فعليه إعادته، وإن هدمه أجنبى أو مالكة، وقد استهدم لم يجب لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التخلية، وقد مر أن الأصح عدم وجوب إعادته مطلقاً (وسواء كان الإذن) في وضع البناء (بعوض أو غيره) ومر أن هذا لغة صحيحة فلا اعتراض عليه (بشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً، وسمك الجدران وكيفيتها) أي كيفية الجدران أهي مجوفة أم منضدة وهي ما التصق بعضها إلى

بعض من حجر أو غيره (وكيفية السقف المحمول عليها) هل هو من خشب أو أرح، وهو العقد المسمى بالقبو، وهل هو بالقصب أو بالجريد؛ لأن الغرض يختلف بذلك، ولا يشترط ذكر الوزن في الأصح ولو كانت الآلات حاضرة كفت مشاهدتها عن وصفها (ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء) عن موضعه وطوله وعرضه؛ لأن الأرض تحمل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء قال الأزرعي وغيره: وسكتوا عن حفر الأساس. وينبغي اشتراط بيان قدره لاختلاف الغرض به، فإن المالك قد يحفر سردابا أو غيره تحت البناء لينتفع بأرضه، ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس، بل ينبغي أن لا يصح إيجار الأرض للبناء عليها ولا بيع البناء فيها إلا بعد حفر الأساس ليرى ما يؤجره أو يبيعه أو يبيع حقوقه. اللهم إلا أن يكون وجه الأرض صخرة لا يحتاج أن يحفر للبناء أساس، أو يكون البناء خفيفا لا يحتاج إلى أساس، والبحث الأخير محله إذا أجره ليني على الأساس لا فيما إذا أجره الأرض ليني عليها وبين له موضع الأساس وطوله وعرضه وعمقه أخذا من كلام الشامل.

(وأما) (الجدار المشترك) بين اثنين (فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن) ولا ظن رضا (في الجديد) هذان القولان هما السابقان في جدار الأجنبي، وقد مر توجيههما (وليس له أن يتد فيه وتدا) بكسر التاء فيهما (أو يفتح) منه (كوة بلا إذن) كبقية المشتركات، وكذا لا يترب الكتاب بترابه إن لم يعلم رضاه ككل ما يضايق فيه عادة، فإن أذن جاز لكن بشرط أن لا يكون بعوض في مسألة الكوة، وإلا كان صلحا عن الضوء والهواء المجرد، ذكره ابن الرفعة. قال: وإذا فتح بالإذن فليس له السد أيضا إلا به؛ لأنه تصرف في ملك الغير.

(وله أن يستند إليه ويسند متاعا لا يضر وله ذلك في جدار الأجنبي) وإن منع المالك من ذلك؛ إذ المنع منه عناد محض، وهو كالاستئناء بسراج غيره والاستئلال بجداره، وقوله: لا يضر من زيادته ولا بد منه (وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) لخبر {لا يحل مال امرئ مسلم}، وأما خبر {لا ضرر ولا ضرار} فمخصوص بغير هذا؛ إذ الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة، والضرر لا يزال بالضرر، ويجري ذلك في نهر وقناة وبئر مشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما ونحو ذلك كزراعة أرض مشتركة وكسقي نبات كما قاله القاضي وغيره ورجحه الأزرعي، وقول الجوري: يلزم أن يسقي الأشجار اتفاقا ضعيف، والقديم ونص عليه في الأم والبويطي في مسألة العلو الإجبار صيانة للأمالك المشتركة عن التعطيل. قال الزركشي: وينبغي تقييد القولين بمطلق التصرف، فلو كان لمحجور عليه ومصلحته في العمارة وجب على وليه الموافقة. ولا يخفى أن محلها في غير الوقف.

أما هو فتجب على الشريك فيه العمارة، فلو قال أحد الموقوف عليهم لا أعمر، وقال الآخر: أنا أعمر أجبر الممتنع عليها لما فيه من بقاء عين الوقف، وفي غير ذلك يجبر الممتنع على إجارة الأرض المشتركة وبها يندفع الضرر (فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بآلة لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقه بذلك وينفرد بالانتفاع به، وشمل كلامه ما لو كان الأس مشتركا، وهو المنقول المعتمد خلافا للبارزي؛ لأن له غرضا في وصوله إلى حقه ولتقصير الممتنع في الجملة ولأن للباني حقا في الحمل عليه فكان له الإعادة لأجل ذلك سواء أكان له عليه قبل الانهدام بناء أو جذوع أم لا (ويكون المعاد) بمال نفسه (ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء)؛ لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه، نعم لو كان للممتنع عليه حمل فهو على حاله (ولو قال الآخر: لا تنقضه وأغرم لك حصتي) (لم تلزمه إجابته) كما لا يلزمه ابتداء العمارة، ولو أنفق علي البئر أو النهر لم يكن له منع الشريك من الانتفاع بالماء إلا إن أداره بنحو دولابه المحدث (وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فلآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة، وأفهم كلامه جواز الإقدام عليه عند عدم المنع. قال في المطلب: إنه المفهوم من كلامهم بلا شك، والنقض بكسر النون وضمها وجمعهما أنقاض قاله في المدقائق (ولو تعاونا على إعادته بنقضه) (عاد مشتركا كما كان) سواء أتعاونا ببدنهما أم بإخراج أجرة؛ لأنهما مستويان في العمل، والجدار والعرصة، فلو شرط زيادة لم يصح (ولو انفرد أحدهما) بالإعادة بالآلة المشتركة (وشرط له الآخر زيادة) على حصته كسدس (جاز وكانت) الزيادة (في مقابلة عمله في نصيب الآخر) ومحل هذا إذا جعل له الزيادة من النقض والعرصة حالا فإن شرطه بعد البناء لم يصح؛ لأن الأعيان لا تؤجل، قاله الإمام كما لو شرط للمرصعة جزء من الرقيق المرتضع، ولو أعاده بآلة أحدهما وشرط له الآخر ثلثي الجدار جاز ويكون قد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها، قال الرافعي: ولا يخفى، أن شرط الصحة العلم بالآلات وبصفات الجدران.

(ويجوز أن يصلح على إجراء الماء وإلقاء الثلج في ملكه على مال) كحق البناء، ومحل الجواز في الثلج إذا كان في أرض الغير لا في سطح لما فيه من الضرر، بخلاف الماء حيث يجوز فيهما هذا في الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه أو الحاصل إلى سطحه من المطر، أما ماء غسالة الثياب والأواني فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال؛ لأنه مجهول لا تدعو الحاجة إليه، كذا قاله تبعاً للمتولي، واعترضه البلقيني بأنه لا مانع منه إذا بين قدر الجاري إذا كان على السطح وبين موضع الجريان إذا كان على الأرض، والحاجة إلى ذلك أكثر من الحاجة إلى البناء فليس كل الناس يبني، وغسل الثياب والأواني لا بد منه لكل الناس أو الغالب

وهو بلا شك يزيد على حاجة البناء، فمن بنى حماما وبجانبه أرض لغيره فأراد أن يشتري منه حق ممر الماء فلا توقف في جواز ذلك بل الحاجة إليه أكثر من حاجة البناء على الأرض، فلعل مراد المتولي من ذلك حيث كان على السطح، ولم يحصل البيان في قدر ما يصب وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره، قاله الإسنوي: ويجوز ذلك في الأرض المستأجرة ونحوها كما قاله سليم في التقريب وغيره، قال: لكن يعتبر هنا أمران: التأقيت ; لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقا، وأن يكون هناك ساقية ; لأنه ليس له إحداث ساقية فيها ابتداء، وقد علم مما تقرر أن للموقوف عليه إذا كان ناظرا مصالحة غيره على إجراء ماء في ساقية محفورة بالأرض المحفورة لا ليحفر فيها ساقية، وعلى إجراءاته على سطح المدار الموقوفة إن قدر بمدة معلومة لا مطلقا لحق البطن الثاني، نعم إن صالح بلا مال جاز، وكان عارية قال العبادي: ولو أذن صاحب المدار لإنسان في حفر بئر تحت داره ثم باعها كان للمشتري أن يرجع كالبائع، قال الأذرعى: وهذا صحيح مطرد في كل حقوق المدار كالبناء عليها بإعارة أو إجارة انقضت ثبت للمشتري ما ثبت للبائع اهـ. ولو بنى على سطحه بعد العقد ما يمنع نفوذ ماء المطر نقيه المشتري، والمستأجر لا المستعير، ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركته في العمارة له إذا انهدم ولو بسبب الماء، وأما الأرض فلا حاجة في العارية لها إلى بيان ; لأنها يرجع فيها متى شاء وهي تحمل ما تحمل، وإن استأجرها لإجراء الماء فيها وجب بيان موضع المجراة وطولها وعرضها وعمقها وقدر المدة، وظاهر كلامهم إبقاء ذلك على عمومته سواء أكانت الإجارة مقدرة بمدة أم لا، ويفرق بينه وبين نظيره في بيع حق البناء بأنها إنما حملت على التأييد في مسألة البناء عند عدم ذكر المدة لشدة الحاجة إلى دوامه وللتضرر بهدمه، وليس للمستحق دخول الأرض من غير إذن مالكةا إلا لتنقية نهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر، وليس لمن أذن له في إجراء ماء المطر على السطح طرح الثلج عليه ولا تركه إلى أن يذوب ويسيل إليه، ومن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره، ولو كان يجري ماء في ملك غيره فادعى المالك أنه كان عارية قبل قوله كما أفتى به البغوي، ولو صالحه على قضاء حاجة بول أو غائط أو طرح قمامة ولو زبلا في ملك غيره على مال فهو عقد فيه شائبة بيع وإجارة، وكذا عن المبيت على سقف ولمشتري الدار ما لبائعها من إجراء الماء لا المبيت.

ويجوز تحويل أغصان شجرة غيره وقد مالت إلى هواء ملكه، ولو مشتركا وامتنع مالكةا من تحويلها عن هوائه، وله قطعها ولو

بلا إذن قاض إن لم يمكن تحويلها، وتقييد ابن عبد السلام ذلك بما إذا لم تنقص قيمتها بالقطع وإلا توقف على إذنه فيه نظر قال البغوي: وله إيقاد نار تحتها، وإن أدى إلى حرقها، وفي إطلاقه نظر، فيتعين حمله على حالة عدم تقصيره كأن عرضت ريح أوصلتها إليها ولم يمكنه طفيها. وقول الأذرعي: إن مستحق منفعة الملك بوصية أو وقف أو إجارة كمالك العين في ذلك صحيح، وليس مبنيا على أن مالك المنفعة يخاصم كما لا يخفى على المتأمل، ولا يصح الصلح عن إبقاء الأغصان بمال؛ لأنه اعتياض عن مجرد الهواء، ولا عن اعتمادها على جداره مادامت رطبة، وانتشار العروق وميل الجدار كالأغصان فيما تقرر، وما ينبت بالعروق المنتشرة لمالكها لا لمالك الأرض التي هي فيها، وحيث تولى نحو القطع بنفسه لم يكن له أجرة إلا إن حكم على مالكها بالتفريغ، ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه في برنية ونبت فيها أترجة وكبرت قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية لاستحقاق قطعهما قبل ذلك، وإنما لم يذبح حيوان غيره إذا بلع جوهرة له؛ لأن له حرمة، قاله الماوردي والرويانى، ولو وصل غصنه بشجرة غيره كانت ثمرة الغصن لمالكه وإن كان متعديا. قال البغوي: ويقلع غصنه مجانا بخلاف غصن المأذون له لا يقطع مجانا بل بأرش نقصه أو يبقيه بأجرة، ولا منع من غرس أو حفر يؤدي في المال إلى انتشار العروق أو الأغصان وسريان الندوة إلى ملك غيره قال ابن عبد السلام: ولو اشترى الدار في أول انتشارها إليها ثم عظمت وأضرت لم يكن له طلب إزالتها لعلمه بأنها ستزيد كمن اشترى مجروحا عالما فسرى الجرح.

(ولو تنازعا جدارا بين ملكيهما فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معا فله اليد)؛ لأن اتصاله أمانة ظاهرة على يده فيحلف ويحكم له ما لم يقم بينة بخلافه، ويتصور بأن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ونصف اللبنة من جداره الخاص في المتنازع فيه ويظهر ذلك في الزوايا، ولا يحصل الرجحان بأن يوجد ذلك في مواضع معدودة من طرف الجدار لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها وإدراج أخرى، وبأن يكون عليه أزج وهو العقد، ولا يتصور إحداثه بعد تمام الجدار بأن أميل من مبتدئ ارتفاعه من الأرض كذا، قاله الرافعي ومقتضاه أنه إذا أمكن إحداثه بأن يكون الميل بعد ارتفاع الجدار لا يكون فيه ترجيح، وبه صرح الماوردي والقاضي والإمام، لكن قضية كلام القاضي أبي الطيب وصاحب التنبيه أنه يفيد الترجيح؛ لأن الظاهر أن الذي بنى الأزج بناه، وقول المصنف: أنهما بفتح الهمزة وزعم كسرهما؛ لأن حيث لا تضاف إلا إلى جملة غفلة عن كونها معمولة ليعلم لا حيث ويفرض كونها معمولة لحيث لا يتعين الكسر؛ لأن الجملة التي يضاف لها حيث لا يشترط ذكر جزأها (وإلا فلهما) أي:

وإن لم يكن يحصل الاتصال المذكور بأن يكون منفصلا عنهما أو متصلا بهما مطلقا أو بأحدهما اتصالا يمكن إحداثه، فاليد لهما لانتفاء المرجح، وأفهم أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك من نقش بظاهر الجدار كصور وكتابات متخذة من حص أو أجر أو غيره ولا طاقات ومحاريب بباطنه وتوجيه بناء، كأن يبني بلبنات مقطعة ويجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب ومعاهد قمط وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه وإنما لم يرجح بهذه الأشياء؛ لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتجسيص والتزويق (فإن أقام أحدهما بينة) أنه له (قضي له) به؛ لأن البينة مقدمة على اليد وتكون العرصة له تبعا (وإلا) أي وإن لم يقم أحدهما بينة بل أقامها كل منهما (حلفا) أي حلف كل على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده، وأنه يستحق النصف الذي بيد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما مدعى عليه، ويده على النصف فالقول قوله فيه كالعين الكاملة، ولا بد أن يضمن يمينه النفي والإثبات كما فسرنا به كلام المصنف (فإن حلفا أو نكلا جعل بينهما) لظاهر اليد (وإن حلف أحدهما) ونكل الآخر (قضي له) بالجمع سواء أنكل عن يمين الإثبات أم النفي أم عنهما، وإن حلف من ابتدئ بيمينه ونكل الآخر حلف الأول اليمين المردودة وقضي له بالكل، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه الأول، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فيكفيه يمين واحدة يجمع فيها النفي والإثبات كما علم من كلامهم، وقول السبكي الظاهر أنه لو حلف أن جميعها له كفاه؛ لأنه متضمن للنفي والإثبات فيه نظر لما مر في التحالف أن اليمين لا يكتفي فيها باللازم.

(ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يزجج)؛ لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإيجاب على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل، ولأن الجذوع كالأمتعة فيما لو تنازعا اثنان دارا بيدهما ولأحدهما أمتعة، وعبر بالجذوع دون الجذع تبعا للمحرر لينص على خلاف أبي حنيفة فإن عنده الترجيح بالجمع دون الواحد، وفي الجذعين اختلاف رواية عنه. قال الماوردي: وإذا تحالفا أقرت الجذوع بحالها لجواز وضعها بحق، وإن لم يملك الحائط فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش والإبقاء بالأجرة، وهذا مفروض في الجدار المشترك حملا لذلك على أضعف السببين وهو العارية، بخلاف ما إذا كان لأجنبي فإنه يحتمل أنه كذلك. نعم قياس ما تقرر أنا إذا حكمنا بأن ذلك لهما تعين إبقاؤها بالأجرة، قاله الفوراني، والأوجه أنه لا قلع ولا أجرة أخذا بإطلاقهم إبقائها بحالها في تلك، وفي كلام ابن الرفعة في العارية عن جمع متقدمين فيما لو جهل أو وضعت بحق لازم ما يدل له وأجراه في الأجنحة المطلقة في

ملك الغير في القنوت المدفونة تحت الأملاك. قال: وبه صرح العز بن عبد السلام في قواعده والجلال البلقيني. قال: ولا رجوع له بأجرة في المستقبل، ولم يذكره لجواز أن يكون الواضع استحق ذلك مؤبدا بطريق البيع، وألحق بذلك ما لو رأينا ساقية على فوهة بئر مشتركة بين أقوام، وعليها بستانان وممر ماء الثاني في أرض الأول فليس لمشتريه منع الإجراء فيه؛ لأن الأصل أنه بحق فلا يزال بغير حق ولا أجرة له وفي إحياء الموات ما يشهد لذلك اهـ ملخصا. وفي القمولي: لو ملكا دارين وخشب أحدهما بجدار الأخرى، ولا يعرف كيف وضع فسقط الحائط لم يكن لصاحبه المنع من إعادتها فوقه، وإن أعاده بآلته كما قاله الروياني، وكذلك ليس له نقضه وغرم أريش نقصها ولا أن يطالب بأجرة اهـ. وفي الروضة في هذه الصورة أنه إذا انهدم الجدار فادعاه لم يكن له المنع من إعادتها فوقه بلا خلاف؛ لأننا حكمنا بوضعها بحق وشككنا في المجوز للرجوع اهـ. وهذان صريحان فيما قدمناه، وما أفتى به البارزي وجمع من أئمة عصره من أنه ليس لذي جدار به كوة ينزل منها ضوء لدار جاره هدمه ولا سدها، ونقله عن فروق الجويني. وأجاب التاج الفزاري عما يقال: الهواء لا يقابل بعوض فكيف يكون فتح هذه بحق بأنه قد يكون اشترى منه بعض الحائط، وفتح طاقة غير ظاهر؛ لأن احتمال ذلك بعيد فليس نظير ما قدمناه في الجذوع، على أنه يحتمل أن يكون نزول الضوء من هذه الطاقة اتفاقا لا عن قصد، بخلاف وضع الجذوع فإن ذلك لا يتصور فيها (والسقف بين علوه) أي الشخص (وسفل غيره كجدار بين ملكين فينظر أيمن إحداه بعد العلو) بأن يكون السقف عاليا فينقب وسط الحائط وتوضع رأس الجذوع في النقب ويوضع عليها ألواح أو غيرها فيصير البيت الواحد بيتين (فيكون) السقف (في يدهما) لاشتراكهما في الانتفاع به فإنه أرض لصاحب العلو وسائر لصاحب السفل (أو لا) أي وإن لم يمكن إحداه كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو (فلصاحب السفل) لاتصاله ببنائه.

ولو تنازعا أرضا ولأحدهما فيها بناء وغراس فالأوجه عدم الترجيح خلافا للقاضي الحسين، وقوله: لأن العادة لم تجر بإعارة الأرض لهما يرد بأنها جارية بالإجارة لذلك، ولو تنازعا في دهليز أو عرصة فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما، والباقي للأسفل، والسلم في موضع الرقي للأعلى، ولو لم يسمر لعود منفعتيه إليه كما نقله ابن كج عن الأكثرين، وما نقل عن ابن خيران من أنه للأسفل كسائر المنقولات يرد بالفرق بينهما بما مر من التعليل وإن قال الشيخان: إنه الوجه. أما غير المثبت بموضع الرقي فهو لمن هو في ملكه وكالمثبت السابق المبني من لبن أو آجر ولا شيء تحته، فإن كان تحته بيت فهو: أي المرقى لا البيت الذي تحته

بينهما، أو موضع حب أو جرة فالمرقى للأعلى عملا بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل ويجوز لصاحب العلو شريكا كان أو أجنبيا وضع أثقال معتادة على السقف وغرز وتد به على ما رجح، وفيه وقفة، وللآخر تعليق معتاد به، ولو بوتد يتده؛ لأننا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع، بخلاف نحو الجدار كما مر اتباعا للعرف، ولأن الأعلى هنا ثبت له الانتفاع قطعا فثبت للأسفل تسوية بينهما، وثم لم يثبت لأحدهما فلم يثبت للآخر تسوية بينهما.

## {كتاب الحوالة}

بفتح الحاء أفصح من كسرهما من التحول والانتقال. وفي الشرع: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة، وقد تطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى. والأصل فيها قبل الإجماع ما صح من قوله صلى الله عليه وسلم {مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع} وتفسره رواية البيهقي {وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل} ويؤخذ منه صراحة ما في الخبر في الحوالة؛ إذ هو رديفها، وهي بيع دين بدين جوز للحاجة لأن كلا ملك بها ما لم يملكه قبل، فكان المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته: أي الغالب عليها، ومقتضى كونها بيعا صحة الإقالة فيها، وهو ما أفتى به البلقيني أخذا من كلام الخوارزمي، وهو مردود بتصريح الرافعي أول الفليس في أثناء تعليل بامتناعها فيها، وجرى عليه المتولي والقمولي والسبكي ومقتضاه أيضا اشتراط إسنادها لجملة المخاطب كما مر نظيره في المبيع ولو لمحجوره مثلا كأحلتك لابنتك على ذمتك بما وجب لها علي فيما لو طلقها على مبلغ في ذمته مثلا، بخلاف أحلت ابنتك بكذا إلى آخره كبعث موكلك، ويعتبر لصحة الحوالة على أبيها أو غيره وجود مصلحتها فيها، والعلم بقدر ما لزمه لها بها. ولها أركان محيل ومحتال ومحال عليه ودين للمحيل على المحال عليه وللمحتال على المحيل وإيجاب وقبول، كأحلتك على فلان بكذا وإن لم يقل بالدين الذي لك علي ولم ينوه فهو صريح كما اقتضاه كلامهم خلافا للبلقيني ومن تبعه، ولا يعارضه ما يأتي آخر الباب من تصديق نافي لإرادة الحوالة؛ لأنه صريح يقبل الصرف، ولا يتعين لفظ الحوالة بل يكفي ما يؤدي معناها ك نقلت حقلك إلى فلان أو جعلت ما أستحقه على فلان لك أو ملكتك الدين الذي عليه بحقلك، ولو قال: أحلني فكقوله: بعني ولا تنعقد بلفظ البيع، ولو نواها على الأصح خلافا لبعضهم إذ الاعتبار في العقود باللفظ لا بالمعنى (يشترط لها) أي لصحتها (رضا المحيل) لأن له إيفاء الحق من حيث شاء لكونه مرسلا في ذمته، فلم يتعين لقضائه محل معين (والمحتال)؛ لأن حقه في ذمته فلا ينتقل لغيره بغير رضاه لتفاوت المذمم، والخبر المذكور للاستحباب، وصرفه عن الوجوب القياس على سائر



المعاوضات ويعتبر لاستحباب قبولها كما بحثه الأذرعى أن تكون على مليء وفي، وكون ماله طيبا ليخرج المماطل، ومن في ماله شبهة ومراده بالرضا ما مر من الصيغة وتنبهها على عدم وجوبها على المحتال وتوطئة لقوله (لا المحال عليه في الأصح) فلا يعتبر رضاه ; لأنه محل الحق والتصرف كالرقيق المبيع، ولأن الحق للمحيل فلم يتعين استيفاؤه بنفسه كما له أن يوكل والثاني يشترط رضاه بناء على أنها استيفاء

(و) مر اعتبار وجود الدينين المحال به وعليه فحينئذ (لا تصح) ممن لا دين عليه ولا (على من لا دين عليه) وإن رضي لعدم الاعتياض بناء على الأصح أنها بيع (وقيل تصح برضاه) بناء على أنها استيفاء

(وتصح بالدين اللازم عليه) وإن كان سببهما مختلفا ككون أحدهما ثمنا والآخر أجرة، ومراده باللازم ما يشمل ذلك، ولو مالا بدليل قوله الآتي وبالثلثين في مدة الخيار، والقول بأنه إنما حذفه لئلا يشمل حوالة السيد على مكاتبه بالنجوم غير صحيح ; إذ مال الكتابة لا يلزم بحال، ولا بد مع كونه لازما وهو ما لا يدخله خيار من كونه مستقرا وهو ما يجوز الاستبدال عنه فلا تصح بدين سلم أو نحو جعالة ولا عليه لا ما يتطرق إليه انفساخ بتلف مقابله ولا تصح بدين الزكاة كما نقله جمع عن المتولي واعتمدوه وكذا عليه إن قلنا بيع وهو ظاهر لعدم جواز الاعتياض عنها في الجملة خلافا لمن جوز حوالة الساعي بها على المالك إن كان النصاب تالفا ; لأن الحوالة بيع والساعي يجوز له بيع مال الزكاة. وأما الزكاة فنقلا عن المتولي امتناع حوالة المالك بها إن قلنا بيع وهو ظاهر أيضا، وإن نازع فيه بعض الشارحين بأنها مع تعلقها بالعين تتعلق بالذمة ; لأن تعلقها بالذمة أمر ضعيف لا يلتفت إليه مع وجود العين كيف والمستحق ملك جزءا منها وصار شريكا للمالك به فالأوجه عدم صحة الحوالة بها وعليها لذلك، ثم وصف الدين ولم يبال بالفاصل ; لأنه غير أجنبى بقوله (المثلي) كنفذ وحبوب وقيل: لا تصح إلا بأثمان فقط، قاله في الكفاية (وكذا المتقوم) بكسر الواو (في الأصح) لثبوته في الذمة ولزومه، والثاني لا إذ المقصود من الحوالة إيصال الحق من غير تفاوت ولا يتحقق فيما لا مثل له

(و) تصح (بالثلثين في مدة الخيار) بأن يحيل المشتري البائع على ثالث (وعليه) بأن يحيل البائع إنسانا على المشتري (في الأصح) ; لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه إذ هو الأصل. والثاني لا يصحان لعدم اللزوم الآن، وعلى الأول يبطل الخيار بالحوالة بالثلثين لتراضي عاقدتها، ولأن مقتضاها اللزوم فلو بقي الخيار فات مقتضاها، وفي الحوالة عليه يبطل في حق البائع لرضاه بها لا في حق مشتر لم يرض، فإن رضي بها بطل في حقه أيضا في أحد وجهين رجحه ابن المقري وهو المعتمد، ثم قال: فإن فسخ

المشتري البيع ا هـ. لا يقال: هذا مخالف لعموم ما قالوه من كون الحوالة على الثمن لا تبطل بالفسخ لأننا نقول: الفسخ بالخيار مستثنى ولا بعد كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى في ذلك وإن استبعده بعض المتأخرين ; لأن العقد مزلزل، ولا يشكل على صحة الحوالة في زمن الخيار بما إذا كان الخيار للبائع أو لهما ; لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري فقد أوجب بأن البائع إذا أحال فقد أجاز فوقعت الحوالة مقارنة للملك، وذلك كاف، وما قيل من أن هذا مشكل بامتناع بيع البائع الثمن في زمن الخيار إذا كان الخيار له رد بأنهم لما توسعوا في بيع الدين بالدين توسعوا في بيعه فيما ذكر

(والأصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم) للزوم الدين من جهة المحتال والمحال عليه مع تشوف الشارع إلى العتق (دون حوالة السيد عليه) بالنجوم لأن له إسقاطها متى شاء لجواز الكتابة من جهته، بخلاف دين المعاملة فتصح حوالة السيد به عليه ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز. والثاني يصحان. والثالث لا يصحان (ويشترط) (العلم) من كل منهما (بما يحال به وعليه قدرا وصفة) وجنسا كما فهم بالأولى أو أراد بالصفة ما يشمله كحلول وصحة وجوده وأضدادها لأن المجهول لا يصح بيعه فلا يصح بإبل الدية ولا عليها للجهل بها ومن ثم لم يصح الاعتياض عنها (وفي قول تصح بإبل الدية وعليها) بناء على جواز الاعتياض عنها وهو ضعيف (ويشترط) (تساويهما) أي المحال به وعليه في نفس الأمر وظن المحيل والمحتال وكان وجه اعتبار ظنهما هنا دون نحو المبيع الاحتياط للحوالة لخروجها عن القياس (جنسا) فلا تصح بدنانير على دراهم وعكسه ; لأنها معاوضة إرفاق كالقرض (وقدرا) فلا يحال بتسعة على عشرة وعكسه لما ذكر ويصح أن يحيل من له عليه خمسة بخمسة من عشرة له على المحال عليه (وكذا حلولا وأجلا) وقدرا الأجل (وصحة وكسرا) وجودة ورداءة وغيرها من بقية الصفات (في الأصح) إلحاقا لتفاوت الوصف بتفاوت القدر. والثاني إن كان النفع به للمحتال جاز وإلا فلا، ولو أحال بمؤجل على مثله حلت الحوالة بموت المحال عليه ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة، وأفهم اقتضاره على ما ذكر أنه لا يضر التفاوت في غيره، فلو كان له ألف على اثنين متضامين فأحال عليهما ليطالب من شاء منهما بالألف صح عند جمع متقدمين، ويطالب أيهما شاء كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وإن اختار السبكي تبعا للقاضي أبي الطيب خلافه ; لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين، فلو أحاله لياخذ من كل خمسمائة صح ويرئ كل منهما عما ضمنه، ولا يؤثر في صحة الحوالة وجود وثيقة بأحد الدينين كرهن أو ضامن. نعم ينتقل إليه الدين لا بصفة التوثق كما هو المنقول المعمول به، وإنما انتقل للوارث بها ; لأنه خليفة مورثه في حقوقه وتوابعها

بخلاف غيره، ويؤخذ مما تقرر عن جمع متقدمين ما صرح به بعضهم أن محل الانتقال لا بصفة التوثق إذا لم ينص المحيل على الضامن، وإلا لم يبرأ بالحوالة، فإذا أحال الدائن ثالثا على المدين وضامنه فله مطالبة من شاء منهما، وإن لم ينص له المحيل على ذلك، وفي المطلب إن أطلق الحوالة، ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغي أن تصح وجها واحدا وينفك الرهن، كما إذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرأ الضامن؛ لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضي براءة الأصل، فكذلك يقتضي فك الرهن، فإن شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها: أي ومن ثم لو شرط عاقد الحوالة رهنا أو ضمينا لم يصح كما جزم به صاحب الأنوار ورجحه الأذرعي وغيره، لكن جزم ابن المقرئ في روضه بالجواز، وحمله الوالد رحمه الله تعالى على اشتراطه على المحال عليه كما جزم بجواز شرطه عليه غير واحد، والأول على المحيل؛ إذ الدين المرهون به أو المضمون ليس عليه وهو كلام صحيح؛ إذ الكلام في كونه جائزا فلا يفسد به العقد، أو غيره فيفسده لا بالنظر لكونه لازما أو لا فسقط القول بأنه شرط على أجنبي عن العقد

(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال، والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) بالإجماع؛ لأن هذا فائدتها، وفهم منه ما مر من عدم انتقال صفة التوثق لأنها ليست من حق المحتال، ولو أحال من له دين على ميت صحت كما في المطلب كالبيان وغيره وهو المعتمد ولو لم تكن له تركة فيما يظهر وقولهم: الميت لا ذمة له: أي بالنسبة للالتزام لا للإلزام ولا يشكل بأن من أحال بدين به رهن انفك الرهن؛ لأن ذاك في الرهن الجعلي لا الشرعي كما لا يخفى؛ إذ التركة إنما جعلت رهنا بدين الميت نظرا لمصلحته فالحوالة عليه لا تنفيه، أو على تركة قسمت أولا لم تصح كما قاله كثيرون، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين؛ لأن الحوالة لم تقع على دين بل على عين هي التركة، ومن ثم لو كانت للميت ديون لم تصح أيضا في أوجه احتمالين حكاهما الزركشي لانتقالها للوارث، وعليه الوفاء. نعم إن تصرف في التركة صارت دينا عليه فتصح الحوالة عليه، وفيما إذا أحال على الميت لكل من المحيل والمحتال إثبات الدين عليه. أما الأول فلأنه مالك الدين. وأما الثاني فلأنه يدعي مالا لغيره منتقلا منه إليه فهو كالوارث فيما يدعيه من ملك مورثه فعلم صحة ما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى أن المحيل لو مات بلا وارث فادعى المحتال أو وارثه على المحال عليه أو على وارثه بالدين المحال به فأنكر دين المحيل ومعه به شاهد واحد حلف معه المحتال أن دين محيله ثابت في ذمة الميت، ويجب تسليمه إلى من تركته أو ثابت في ذمته، ولا أعلم أن محيلي أبراه قبل أن يحيلني، ويسمع قول

المحال عليه: إن الدين انتقل لغائب قبل الحوالة فيحلف المحتال على نفي العلم إن لم يقم المحال عليه بينة بما ذكره.  
قال ابن الصلاح: ولو طلب المحتال المحال عليه فقال: أبرأني المحيل قبل الحوالة، وأقام بينة بذلك سمعت في وجه المحتال، وإن كان المحيل بالبلد اهـ. قال الغزي: وهو صحيح في دفع المحتال. أما إثبات البراءة من دين المحيل فلا بد من إعادتها في وجهه

(فإن) (تعذر) أخذ المحتال من المحال عليه (بفلس) طراً بعد الحوالة (أو جحد وحلف، ونحوها) كموت (لم يرجع على المحيل) إذ هي عقد لازم لا يفسخ بفسخها فامتنع الرجوع، كما لا رجوع له فيما لو اشترى شيئاً وغبن فيه أو أخذ عوضاً عن دينه وتلف عنده، ولأنه أوجب في الخبر اتباع المحال عليه مطلقاً، ولأنه لو كان له الرجوع لما كان لذكر الملاءة في الخبر فائدة؛ لأنه إن لم يصل إلى حقه رجوع به فعلم بذكرها أن الحق انتقل انتقالاً لا رجوع به، وأن فائدة ذكرها حراسة الحق، ولأنه بقبولها تضمن اعترافه بشروطها كما في المطلب فلا أثر لتبين أن لا دين. نعم له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءة المحال عليه في أوجه الوجهين، وعليه فلو نكل حلف المحتال فيما يظهر وبان بطلان الحوالة؛ لأنه حينئذ كرد المقر له الإقرار، ومثل ذلك ما لو قامت بينة بأن المحال عليه وفي المحيل فتبطل الحوالة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى؛ إذ التقصير حينئذ والتدليس جاء من قبل المحيل وإن زعم بعضهم رده، ولو شرط الرجوع عليه بذلك بطل الشرط وكذا الحوالة في أوجه الأوجه كما جزم به جمع؛ لأنه شرط ينافي مقتضاها، ولو تبين كون المحال عليه رقيقاً لغير المحيل فكما لو بان معسراً فلا خيار له بل يطالبه بعد العتق، فإن بان رقيقاً له لم تصح الحوالة

(فلو كان) المحال عليه (مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال) (فلا رجوع له) لتقصيره بترك البحث فأشبهه ما لو اشترى شيئاً وهو مغبون فيه (وقيل له الرجوع إن شرط يساره) ورد بأنه مع ذلك مقصر، وأفهم كلامه صحتها مع شرط اليسار وأن الشرط باطل، وعليه يفرق بينه وبين ما مر أنفاً بأن شرط الرجوع مناف صريح فأبطلها، بخلاف شرط اليسار فبطل وحده

(ولو) (أحال المشتري) البائع (بالثمن فرد المبيع بعيب) أو تحالف أو إقالة بعد القبض للمبيع ولحال الحوالة (بطلت) الحوالة (في الأظهر) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع، وإنما لم تبطل فيما لو أحالها بصداقها ثم انفسخ النكاح لأن الصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم يرجع في نصفه بغير رضاها، بخلاف المبيع فيرد البائع ما قبضه من المحال عليه للمشتري إن بقي وإلا فبدله، فإن لم يقبضه امتنع عليه قبضه. والثاني لا تبطل كما لو استبدل

عن الثمن ثوبا فإنه لا يبطل برد المبيع، ويرجع بمثل الثمن، وسواء في الخلاف أكان رد المبيع بعد قبضه أم قبله، وبعد قبض المحتال الثمن أم قبله (أو) أحال (البائع) على المشتري (بالثمن فوجد الرد) للمبيع بشيء مما ذكر (لم تبطل) الحوالة (على المذهب) لتعلق الحق هنا بثالث، وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ العاقدين كما لو تصرف البائع في الثمن ثم رد عليه المبيع بعيب لا يبطل تصرفه، وللمشتري الرجوع على البائع إن قبض منه المحتال لا قبله، والطريق الثاني طرد القولين في المسألة قبلها، وفرق الأول بما مر، ويؤخذ من الفرق أن البائع في المسألة الأولى لو أحال على من أحيل عليه لم تبطل لتعلق الحق بثالث وهو الأوجه

(ولو) (باع عبدا) أي قنا ذكرا أو أنثى (وأحال بثمنه) آخر على المشتري (ثم اتفق المتبايعان، والمحتال على حرته) وقت البيع (أو ثبتت) حرته حينئذ (بينة) شهدت حسبة أو أقامها القن ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان لأنهما كذباها بالمبايعة، كذا في الروضة وهو المعتمد وإن صحح في الأم خلافه إذا لم يكن الذي أقامها صرح بملك المبيع بل اقتصر على البيع، على أن إطلاق الروضة يمكن حملها عليه، وظاهر أن محل الخلاف إذا لم يذكر تأويلا فإن ذكره كأن قال كنت أعتقته ونسيت أو اشتبه علي بغيره فينبغي سماعها قطعا كما لو قال: لا شيء لي على زيد ثم ادعى أنه نسبه أو اطلع عليه بعد (بطلت الحوالة) أي بان عدم انعقادها لتبين أن لا بيع فلا ثمن، وكذا كل ما يمنع صحة البيع ككونه مملوكا للغير فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه في ذمة البائع كما كان (وإن) (كذبهما المحتال) في الحرية (ولا بينة) (حلفاه) أي لكل منهما تحليفه (على نفي العلم) بها ككل نفي لا يتعلق بالحالف، وعلم مما قررناه أنه لا يتوقف الحلف على اجتماعهما بل يحلف لمن استحلفه منهما، أما البائع فلغرض انتفاء ملكه في الثمن، وأما المشتري فلغرض دفع المطالبة. نعم لو حلفه أحدهما لم يكن للثاني تحليفه في أوجه احتمالين كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين؛ إذ خصومتها متحدة (ثم) بعد حلفه كذلك (يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة ثم بعد أخذ المال لا قبله يرجع المشتري على البائع كما اقتضاه كلامهما لقضائه دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة فلا نظر لقوله ظلمني المحتال بما أخذه مني. وقال ابن الرفعة: إنه الحق لكن تعليله بأنه، وإن أذن فيه لكنه يرجع بطريق الظفر مردود بأن الكلام في الرجوع ظاهر بحيث يلزمه به الحاكم لا في الرجوع بالظفر، أما إذا لم يحلف بأن نكل فيحلف المشتري على الحرية ويبطل بناء على الأصح أن اليمين المردودة كالإقرار

(ولو) أذن مدين لدائنه في القبض من مدينه ثم (قال المستحق عليه) وهو المدين الآذن لم يصدر مني إلا أني قلت (وكلتك لتقبض لي وقال المستحق) وهو الدائن بل الصادر منك أنك (أحلتني) فصار الحق لي (أو قال) المستحق عليه (أردت بقولي) اقبض منه أو (أحلتك) بمائة مثلا على عمرو (الوكالة) بناء على الأصح وهو صحة الوكالة بلفظ الحوالة، وإنما خرج هذا من قاعدة ما كان صريحا لاحتماله ولهذا لو لم يحتمل صدق مدعي الحوالة قطعا كما يأتي (وقال المستحق بل أردت الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه) إذ الأصل بقاء الحقين على ما كانا عليه مع كونه أعرف بنيته ولأنه اختلف في صفة الإذن، ولو اختلفا في أصل الإذن فالقول قوله، فكذا إذا اختلفا في صفته، وبحلفه تندفع الحوالة، وبإنكار الآخر الوكالة انعزل فيمتنع قبضه، فإن كان قد قبض برئ الدافع له؛ لأنه وكيل له أو محتال ويلزمه تسليم ما قبضه للحالف وحقه عليه باق: أي إلا أن توجد فيه شروط التقاص أو للظفر كما لا يخفى، وإن تلف المال في يده من غير تقصير لم يضمنه لأنه وكيل بزعم خصمه وليس له المطالبة بدينه لأنه استوفاه بزعمه، وقال الخوارزمي تبعا للبغيوي: يضمن لثبوت وكالته، والوكيل إذا أخذ لنفسه يضمن أما إذا قال أحلتك بالمائة التي لك علي على عمرو فيصدق المستحق بيمينه قطعا؛ إذ لا يحتمل سوى الحوالة، ومحل ذلك عند اتفاقهما على الدين كما أفاده بالمستحق والمستحق عليه فلو أنكر مدعي الوكالة المدين صدق بيمينه في المسألتين (وفي الصورة الثانية وجه) أنه يصدق المستحق بيمينه بناء على المرجوح أنه لا تصح الوكالة بلفظ الحوالة لتنافيهما (وإن) اختلفا في أصل اللفظ الصادر كان (قال) المستحق عليه (أحلتك فقال) المستحق بل (وكلتني) أو في المراد من لفظ محتمل كـ اقبض أو أحلتك (صدق النافي بيمينه) إذ الأصل بقاء حقه في ذمة المستحق عليه وبحلّف المستحق اندفعت الحوالة فيأخذ حقه من المستحق عليه ويرجع هذا على المحال عليه، ويظهر أثر النزاع فيما ذكر عند إفلاس المحال عليه وللمحال أن يحيل، وأن يحتال من المحال عليه على مدينه

ولو أجر جندي أقطاعه، وأحال، ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات تبين بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدة وبطلان الحوالة فيما يقابله. وتصح الإجارة في المدة التي قبل موت المؤجر، وتصح الحوالة بقدرها، ولا رجوع للمحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك وبيراً المحيل منه.

ولو أقام بينة أن غريمه الدائن أحال عليه فلانا لغائب سمعت وسقطت مطالبته، فإن لم يقم بينة صدق غريمه بيمينه ولا يقضى بالبينة للغائب بأنها تثبت بها الحوالة في حقه حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إن قدم على أحد وجهين، رجحه ابن سريج، لكن الأوجه

القضاء بها كما هو احتمال عند ابن الصباغ، وتابعه عليه صاحب البحر ; لأنه إذا قدم يدعي المحال عليه لا المحيل، وهو مقر له فلا حاجة إلى إقامة البينة.

### (باب الضمان)

الشامل للكفالة هو لغة: الالتزام، وشرعا: يطلق على التزام الدين والبدن والعين الآتي كل منها وعلى العقد المحصل لذلك، ويسمى ملتزم ذلك أيضا ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا وصبيرا. قال الماوردي: غير أن العرف خصص الأولين بالمال والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والصبير يعم الكل، ومثله القبيل. وأصله قبل الإجماع الخبر الصحيح {الزعيم غارم} {وأنه صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير}، وخبر الصحيحين {أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة، فقال: هل ترك شيئا؟ قالوا لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم ; قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه} لا يقال: لا دلالة فيه إلا على براءة الميت بالالتزام عنه لا على الضمان وإلا لكان المانع من الصلاة باقيا وهو اشتغال ذمته. لأننا نمنع هذه الدعوى ; إذ الضمان عنه لا يزيد على ما لو خلف تركة، وذلك لا يوجب براءة ذمته قبل القضاء على أن الماوردي وغيره صرحوا بأن نفس المؤمن إنما تكون مرتهنة بدينه إذا لم يخلف وفاء وامتناعه من الصلاة عليه ; لأنها شفاععة وشفاعته مقبولة، ونفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه. قال جابر: وكان ذلك في ابتداء الإسلام وفي المال قلة. فلما فتح الله الفتوح قال صلى الله عليه وسلم {أنا أولي بالمؤمنين من أنفسهم، من خلف مالا فلورثته، ومن خلف ديناً أو كلاً فكله إلي ودينه علي، فقليل: يا رسول الله وعلى كل إمام بعدك ؟ قال: وعلى كل إمام بعدي} رواه الطبراني ومقتضاه وجوب قضاء دين الميت المعسر على كل إمام لكن الصحيح عند أئمتنا أن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم كعداته بدليل قضائها بعد وفاته فيحمل الخبر بتقدير صحته على تأكيد ذلك في حق غيره، ويؤخذ من خبر التحمل مع قولهم: إنه معروف الآتي أنه سنة وهو كذلك في حق قادر عليه أمن من غائلته.

وأركان ضمان الذمة خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون فيه، وصيغة وكلها تؤخذ من كلامه وبدأ بشرط الضامن فقال (شرط الضامن) ليصح ضمانه (الرشد) بالمعنى السابق في الحجر لا الصوم في قوله: أو صبيان رشداً فإنه مجاز والاختيار كما يعلم مع صحة ضمان السكران من كلامه في باب الطلاق، فلا يصح ضمان محجور عليه بصبا أو جنون أو سفه ومر أن في حكمه أحرص لا يفهم ونائماً، وأن من بذر بعد رشده ولم يعد عليه الحجر

ومن فسق كالرشيد حكما، وسيذكر ضمان المكاتب قريبا فلا يرد على عبارته شيء خلاف لمن ادعاه، وأيضا فلا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ; إذ يتخلف لعوارض كما هنا، وليس في العبارة كل رشيد يصح ضمانه، وقد زاد المورد على عبارته فقال: ينبغي له أن يزيد، والاختيار وأهلية التبرع وصحة العبارة، ولو ادعى الضامن كونه صبيا أو مجنونا وقت الضمان صدق بيمينه إن أمكن الصبا وعهد الجنون، بخلاف ما لو ادعى ذلك بعد تزويج أمته فإنه يصدق الزوج كما دل عليه كلام الرافعي قبيل الصداق ; إذ الأنكحة يحتاط لها غالبا، فالظاهر وقوعها بشروطها، وإن نظر في ذلك الأذرعى بأن أكثر الناس يجهل الشروط، والغالب على العقود التي ينفرد بها العوام الاحتلال، وسكتوا عما لو ادعى أنه كان محجورا عليه بالسفه وقت الضمان والأوجه: إلحاقه بدعوى الصبا، ويحتمل أن يقال: إقدامه على الضمان متضمن لدعواه الرشيد فلا يصدق في دعواه أنه كان سفيا بخلاف الصبا (وضمان محجور عليه بفلس كشرائه) بضمن في ذمته فيصح كضمان المريض نعم إن استغرق الدين مال المريض وقضى به بان بطلان ضمانه، بخلاف ما لو حدث له مال أو أبرئ، ولو أقر بدين مستغرق قدم وضمانه من رأس المال إلا من معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث (وضمان عبد) أي رقيق ولو مكاتبا أو مأذونا له في التجارة (بغير إذن سيده) (باطل في الأصح) ; لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح، وإنما صح خلع أمة بمال في ذمتها بلا إذن ; لأنها قد تضطر إليه لنحو سوء عشرته. نعم يصح ضمان مبعوض في نوبته بلا إذن، ويصح ضمان المكاتب بإذن سيده، والموقوف لا يصح منه بغير إذن كما قاله ابن الرفعة، فإن ضمن بإذن مالك منفعتة صح ; لأنه بإذنه سلط على التعلق بكسبه المستحق له، وعليه فيحتمل بطلانه إذا انتقل الوقف لغيره، ويحتمل خلافه وهو أقرب، والموصى بمنفعتة دون رقبته أو بالعكس كالقن كما استظهره في المطلب، لكن الأوجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى اعتبار إثنين معا ; إذ التعلق بكسبه شامل للمعتاد منه والنادر، فإن أذن فيه مالك الرقبة فقط صح وتعلق بكسبه النادر أو مالك المنفعة فقط صح وتعلق بالمعتاد وضمان المرأة بغير إذن زوجها صحيح كسائر تصرفاتها، ومقابل الأصح يصح ويتبع به بعد عتقه ويساره إذ لا ضرر على سيده كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه السيد (ويصح بإذنه) ; لأن المنع كان لحقه وليس له إكراهه عليه ; لأنه لا تسلط له على ذمته بخلاف بقية الاستخدامات، ولا بد من علم السيد بقدر المال المأذون في ضمانه كما قاله الأذرعى وغيره، وإذا أدى بعد العتق فالرجوع له لأنه أدى ملكه بخلافه قبله، ولو ضمن السيد دينا وجب على عبده بمعاملة صح ولا رجوع له عليه بما أداه عنه ولو بعد عتقه اعتبارا بحالة الضمان، ولا يصح ضمانه لعبده إن لم يكن



مأذونا له في معاملة ثبت عليه بها دين، ولا ضمان القن لسيدته ما لم يكن مكاتبا فيما يظهر (فإن عين للأداء كسبه أو غيره) من أموال السيد (قضى منه) عملا بتعيينه. نعم إن لم يف ما عينه له ولو لتعلق دين به لتقدمه على الضمان ما لم يحجر عليه الحاكم وإلا لم يتعلق به الضمان أصلا أتبع القن بالباقي بعد عتقه كما اعتمده السبكي إذ التعيين قصر الطمع عن تعلقه بالكسب الذي اعتمده ابن الرفعة (وإلا) بأن اقتصر له على الإذن في الضمان من غير تعيين جهة (فالأصح أنه إن كان مأذونا له في التجارة تعلق) غرم الضمان (بما في يده) ربحا ورأس مال (وما يكسبه بعد الإذن) له في الضمان (وإلا) بأن لم يكن مأذونا فيها (ف) لا يتعلق الضمان إلا (بما يكسبه) بعد الإذن فيه كمؤنة النكاح الواجب بإذن في الصورتين سواء أكان معتادا أم نادرا. نعم لا يتعلق في النكاح إلا بكسب حدث بعده ; لأنها لا تجب إلا به، بخلاف المضمون به لثبوته حال الإذن فاندفع قول من سوى بينهما وقد علم مما مر في الرهن صحة ضمانت ما لك على زيد في رقة عبدي هذا فيتعلق بها فقط، ومقابل الأصح يتعلق بالذمة في القسمين يتبع به بعد العتق

ثم ذكر الركن الثاني فقال (والأصح) (اشتراط معرفة) الضامن لعين (المضمون له) وهو رب الدين لتفاوت الناس في المطالبة تشديدا أو تسهيفا فلا يكفي مجرد نسبه، وإنما كفت معرفة عينه لأن الظاهر عنوان الباطن، وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى تبعا لابن الصلاح وخلافا لابن عبد السلام وغيره ; إذ أحكام العقد تتعلق به. والغالب أن الشخص يوكل من يشبهه. ويؤيد ما تقرر أنا إذا شرطنا رضا المضمون له، قال الماوردي: كفى رضا وكيله. والثاني لا يشترط الرضا (و) الأصح (أنه لا يشترط قبوله) (و) لا (رضاه) لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه، وقيل يشترط الرضا ثم القبول لفظا، وقيل الرضا دون القبول لفظا

ثم ذكر الركن الثالث فقال (ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً) لجواز أداء الدين من غير إذن فالتزامه أولى وفيه وجه لم يعتد به لشذوذه (ولا معرفته) حيا أو ميتا (في الأصح) كرضاه، ولأن ضمانه معروف معه، وهو يفعل مع أهله وغير أهله. والثاني: يشترط ليعلم يساره أو مبادرته إلى وفاء دينه أو استحقاقه لصنع المعروف معه ورد بما مر، نعم يشترط كونه مدينا كما أفاده قوله (ويشترط في المضمون كونه) أشار بحذفه دينا هنا، وذكره في الرهن للعين المضمونة، ومنها الزكاة بعد التمكن والعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو المساقاة (ثابتا) حال الضمان ; لأنه وثيقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة، فلا يكفي جريان سبب وجوبه كنفقة الغد للزوجة، ويكفي في ثبوته اعتراف الضامن به وإن لم يثبت على المضمون شيء كما صرح به الرافعي، بل الضمان متضمن

لاعترافه بتوفر شرائطه كقبول الحوالة، وإنما أهمل رابعا ذكره الغزالي، وهو أن يكون قابلا لتبرع به فخرج نحو قود وحق شفعة لفساده، إذ يرد على طرده حق المقسوم لها للمظلومة يصح تبرعها به، ولا يصح ضمانه لها، وعلى عكسه دين الله تعالى كزكاة ودين مريض معسر أو ميت فإنه يصح ضمانه ولا يصح التبرع به (وصحح القديم ضمان ما سيجب) وإن لم يجر سبب وجوبه كثمن ما سيبيعه؛ إذ الحاجة قد تمس له، ولا يجوز ضمان نفقة للقريب مستقبل قطعا؛ إذ سبيلها البر والصلة لا الديون، ولو قال: أقرض هذا مائة وأنا ضامنها ففعل ضمنها على القديم أيضا.

(والمذهب صحة ضمان الدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة: أي المطالبة سمي به لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ويسمى ضمان العهدة وإن لم يكن ثابتا لمسيس الحاجة إليه في نحو غريب لو خرج مبيعه أو ثمنه مستحقا لم يظفر به، على أنه ليس من ضمان ما لم يجب مطلقا؛ لأن المقابل لو خرج عما شرط تبين وجوب رد المضمون (بعد قبض) ما يضمن من (الثمن) في التصوير الآتي والمبيع فيما يذكره بعد؛ لأنه إنما يدخل في ضمان البائع حينئذ وقبل القبض، وكذا معه كما هو ظاهر كلامهم لم يتحقق ذلك، فخرج ما لو باع الحاكم عقار غائب للمدعي بدينه فلا يصح أن يضمن له دركه لعدم القبض ونحوه، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أجر المدين وقفا عليه بدينه وضمن ضامن دركه فبان بطلان الإجارة لم يلزم الضامن شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله فلم يفوت عليه شيئا (وهو أن يضمن للمشتري الثمن) وقد علم قدره (إن خرج المبيع مستحقا) أو ماخوذا بشفعة كبيع سابق (أو معيبا) ورده المشتري (أو ناقصا لنقص الصنعة) بفتح الصاد، وفي نسخة بدل اللام كاف فيشمل نقص القدر ونقص الصفة المشروطة كما لو باعه بشرط كونه من نوع كذا وضمن ضامن عهدة ذلك وأل في الثمن للجنس فشمل كله كما تقرر وما لو ضمن بعضه إن خرج بعض مقابله مستحقا أو معيبا أو ناقصا لنقص صنعة أو صفة وحينئذ فلا اعتراض عليه وإن صوره جمع بغير ذلك لخروجه عما الكلام فيه، ولو أطلق ضمان العهدة أو المدرك اختص بما إذا خرج بالثمن المعين مستحقا؛ إذ هو المتبادر لا ما خرج فاسدا بغير الاستحقاق، وذكر الضمان للمشتري كأنه للغالب لصحته للبائع بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقا مثلا، ولو ضمن للمستأجر أو الأجير المدرك صح أيضا على وزان ما ذكر، ومثله ضمان درك زيف أو نقص صنعة ما قبض من الدين، قاله الماوردي. قال: فإن طلب الضامن أن يعطيه المؤدى ليبدله له لم يعطه: أي بل يبدله له ويبقى نحو المعيب في يده حتى يأتي مالكة. قيل: ويؤخذ من ذلك ضعف قول

الأنوار: ولا يطالب البائع الضامن قبل رد نحو المعيب للمشتري، وفيه نظر لإمكان حمل كلامه على عدم مطالبته قبل وجود الرد المقتضي للمطالبة بالأصالة، بل كلامهم صريح في أنه لا بد في المطالبة من رده بعيب أو نحوه مما ضمنه. واعلم أن متعلق ضمان الدرك عين المبيع أو الثمن إن بقي وسهل رده وبدله: أي قيمته إن عسر رده للحيلولة، ومثل المثلي وقيمة المتقوم إن تلف، وتعلقه بالبدل أظهر؛ لأنه على غير قاعدة ضمان الأعيان، ومن صحة الضامن الدرك يغرم بدل العين عند تلفها، بخلاف ضامن العين المغصوبة والمستعارة، وقول المطلب ليس المضمون هنا رد العين: أي وحدها وإلا لزم أن لا تجب قيمتها عند التلف، بل المضمون المالية عند تعذر الرد حتى لو بان الاستحقاق والثمن في البائع لا يطالب الضامن بقيمته ظاهر كلامهم يخالفه. والحاصل أن ضمان العهدة يكون ضمان عين فيما إذا كان الثمن معيناً باقياً لم يتلف، وضمنان ذمة فيما عدا ذلك، ولا يجري ضمان الدرك في نحو الرهن كما بحثه الولي العراقي لأنه لا ضمان فيه

(وكونه) أي المضمون (لازماً) ولو غير مستقر كمهر قبل دخول أو موت وثمان مبيع قبل قبض ودين سلم (لا كنجوم كتابة)؛ إذ للمكاتب إسقاطها متى شاء فلا معنى للتوثق بها، ومثل ذلك جعل الجعالة قبل الفراغ كما سيذكره، والمراد باللازم ما لا يتسلط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه (و) من ثم (يصح) (ضمان الثمن) للبائع (في مدة الخيار) للمشتري وحده (في الأصح) لأنه آيل للزوم فاحتيج فيه للتوثق. والثاني ينظر إلي أنه غير لازم الآن، وعلم من ذلك صحة ما أشار إليه الإمام وهو أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن للبائع، أما إذا منعه فهو ضمان ما لم يجب، فلو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصح الضمان، وقولهما عن المتولي بصحة الضمان هنا بلا خلاف مبني على مرجوح، وهو أن ملك المبيع في زمن الخيار للمشتري (وضمان الجعل كالرهن به) فيصح بعد الفراغ للزومه لا قبله لجوازه مع كونه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل وبه فارق الثمن في زمن الخيار

(وكونه) أي المضمون (معلوماً) للضامن فقط جنساً وقدرًا وصفة، وعينا (في الجديد)؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن، والقديم لا يشترط ذلك لتيسر معرفته، ومحل الخلاف في مجهول تمكن الإحاطة به كضمنت مثل ما بعث من زيد فإن قال: ضمننت شيئاً منه بطل جزماً. نعم لو قال: ضمننت لك الدراهم التي على فلان كان ضامناً لثلاثة فيما يظهر، ومثله لو أبرأه من الدراهم كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ولا نظر لمن قال أقل الجمع اثنان لشذوذه، ومن ثم لو قال له علي دراهم لزمه ثلاثة

(والإبراء) الموقت والمعلق بغير الموت. أما المعلق به كإذا مت فأنت بريء أو أنت بريء بعد موتي فهو وصية و (من المجهول) والذي لم يذكر فيه المبرأ منه، ولا نوى، ومراده جهالة الدائن لا وكيله أو المدين إلا فيما فيه معاوضة كإن أبرأتني فأنت طالق لا فيما سوى ذلك على المعتمد (باطل في الجديد) لأن البراءة تتوقف على الرضا وهو غير معقول مع الجهل والقديم أنه صحيح بناء على أنه إسقاط محض ومحل الخلاف في الدين، أما الإبراء من العين فباطل جزماً نعم لا أثر لجهل يمكن معرفته أخذاً من قولهم: لو كاتبه بدراهم ثم وضع عنه دينارين مريداً ما يقابلهما من القيمة صح ويكفي في النقد الراجح علم العدد وفي الإبراء من حصته من مورثه علم قدر التركة وإن جهل قدر حصته، ولأن الإبراء، ومثله التحليل والإسقاط والترك تملك للمدين ما في ذمته: أي الغالب عليه ذلك دون الإسقاط على المعتمد ومن ثم لو قال لأحد غريميه أبرأت أحدكما لم يصح بخلاف ما لو علمه وجهل من هو عليه فإنه يصح على ما قاله بعضهم. وإنما لم يشترط قبول المدين نظراً لشائبة الإسقاط، وإنما غلبوا في علمه شائبة التمليك، وفي قبوله شائبة الإسقاط؛ لأن القبول أدون ألا ترى إلى اختيار كثير من الأصحاب جواز المعاوضة في نحو المبيع والهبة ولم يختاروا صحة بيع الغائب وهبته، ولو أبرأ ثم ادعى الجهل قبل باطننا لا ظاهراً قاله الرافعي، وهو محمول على ما في الأنوار أنه إن باشر سبب المدين لم يقبل وإلا كدين ورثه قبل، وفي الجواهر نحوه، وفيها عن الزبيلي تصدق الصغيرة المزوجة إجباراً بيمينها في جهلها بمهرها. قال الغزي: وكذا الكبيرة المجبرة إن دل الحال على جهلها، وهذا أيضاً يؤيد ما في الأنوار، ويجوز بذل العوض في مقابلة الإبراء كما قاله المتولي، وعليه فيملك الدائن العوض المبذول له بالإبراء ويبرأ المدين، وطريق الإبراء من المجهول أن يبرئه من قدر يعلم أنه لا ينقص عن دينه كآلف شك هل يبلغها أو ينقص عنها. نعم يكفي في الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب الندم والاستغفار، فإن بلغته لم يصح الإبراء منها إلا بعد تعيينها بالشخص وتعيين حاضرها فيما يظهر حيث اختلف به الغرض، ولو أبرأه من معين معتقداً عدم استحقاقه له فتبين خلاف ذلك برئ (إلا) الإبراء (من إبل الدية) فيصح مع الجهل بصفاتها لاغتفارهم ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فكذا هنا وإلا لتعذر الإبراء منها، بخلاف غيرها لإمكان معرفته بالبحث عنه (ويصح ضمانها في الأصح) كالإبراء للعلم لسنها وعددها، ويرجع في صفتها لغالب إبل البلد، والثاني لا لجهالة وصفها، والإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان، وعلى الأول يرجع ضامنها بالإذن إذا غرمها بمثله لا قيمتها كالقرض كما جزم به ابن المقري.

ولا يصح ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول، ولو ضمن عنه زكاته أو كفارته صح كدين الآدمي، ويعتبر الإذن عند الأداء إن ضمن عن حي، فإن كان عن ميت لم يتوقف الأداء على إذن كما ذكره الرافعي في باب الوصية (ولو) (قال ضمننت مما لك على زيد) أو أبرأتك أو نذرت لك مثلا (من درهم إلى عشرة) (فالأصح صحته) لانتفاء الغرض بذكر الغاية والثاني لا يصح لجهالة المقدار، فإنه متردد بين الدرهم والعشرة (و) على الأول فالأصح (أنه يكون ضامنا لعشرة) إن كانت عليه أو أكثر منها ومبرأ منها وناذرا لها إدخالا للطرفين في الالتزام (قلت: الأصح) أنه يكون ضامنا ومبرأ وناذرا (لتسعة والله أعلم) إدخالا للأول ; لأنه مبتدأ الالتزام ولترتب صحة ما بعده عليه، وقيل لثمانية إخراجا لهما ; لأنه اليقين، ولا يتأيد الأول بقولهم: إن الغاية متى كانت من جنس المغيا دخلت ; لأن هذا في غير ما نحن فيه، إذ هو في الأمور الاعتبارية وما نحن فيه في الأمور الإلزامية وهي مما يحتاط لها، ويأتي ذلك في الإقرار كما سيذكره، ولو لقن صيغة نحو إبراء ثم ادعى جهله بمدلولها قبل منه ذلك بيمينه إن أمكن خفاء ذلك عليه عادة وإلا فلا كما يأتي في النذر، ولا يعارض ما مر أنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث حيث تقع الثلاث ; لأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر استيفاءه، بخلاف الديون لا حصر لأفرادها، ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية، ولو مات مدين فسأل وارثه دائنه أن يبرئه ويكون ضامنا لما عليه فأبرأه ظانا صحة الضمان، وأن المدين انتقل إلى ذمة الضامن لم يصح الإبراء ; لأنه بناه على ظن انتقاله للضامن ولم ينتقل عليه ; لأن الضمان بشرط براءة الأصل غير صحيح، ويدل لبطلان الإبراء قول الأم وتبعوه: لو صالحه من ألف على خمسمائة صلح إنكار ثم أبرأه من خمسمائة ظانا صحة الصلح لم يصح الإبراء عين الخمسمائة التي أبرأ منها أم لا، وقولهم لو أتى المكاتب لسيدته بالنجوم فأخذها منه، وقال: اذهب فأنت حر خرج المال مستحقا بان عدم عتقه ; لأنه إنما عتقه بظن سلامة العوض، وقولهم: لو أتى بالبيع المشروط في بيع ظانا صحة الشرط بطل أو عالما فساده صح، ولا ينافيه صحة الرهن بظن الوجوب لما مر. ولما ذكر البلقيني ذلك قال: وهذا يدل على أن المأتي به في نحو ذلك على ما أعتقده مخالفا لما في الباطن لا يؤاخذ به، وتزييف الإمام لقول القاضي الموافق لذلك مزيف أهـ. ويؤخذ من قوله في نحو ذلك أنه لا بد في تصديقه من قرينة تقتضي صدق ما ادعاه من الظن، ولو أبرأه في الدنيا دون الآخرة برئ فيهما لأن أحكام الآخرة مبنية على الدنيا، ويؤخذ منه مساواة عكسه له إلا أن يقال: إنه إبراء معلق، لكن مر صحة تعليقه بالموت فيمكن أن يقال هذا مثله، ولو كان له دين أصلي ودين ضمان على آخر فقال أبرأتك مما لي عليك برئ منهما.

## (فصل)

### في قسم الضمان الثاني

وهو كفالة البدن وفيه خلاف، وأصله قول إمامنا رضي الله عنه إنها ضعيفة: أي من جهة القياس؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد و (المذهب) منه (صحة كفالة البدن) وهي التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه كنصفه أو ما لا يبقى بدونه كراسه أو قلبه أو روحه حيث كان المتكفل بجزئه حيا كما في الإرشاد لإطباق الناس عليها ومسيس الحاجة لها، ويشترط تعيينه فلا يصح كفلت بدن أحد هذين، والطريق الثاني القطع بالأول (فإن كفل) بفتح الفاء أفصح من كسرهما (بدن من عليه مال) أو عنده مال ولو أمانة (لم يشترط العلم بقدره) لما يأتي أنه لا يغرمه

(ويشترط كونه) أي المال المكفول بسببه (مما يصح ضمانه) فلا يصح بدن مكاتب بالنجوم ولا بدن من عليه زكاة على ما قاله الماوردي، لكن خالفه الأذرع في بحث صحتها إذا صح ضمانها في الذمة (والمذهب) (صحتها بدن) كل من استحق حضوره مجلس الحكم عند الاستعداد عليه لحق آدمي كأجير وكفيل وقن أبق لمولاه وامرأة لمن يدعي نكاحها ليثبته أو لمن ثبت نكاحها ليسلمها له، وكذا عكسه كما لا يخفى، و (من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف) وتعذير؛ لأنه لحق لازم فأشبهه المال مع أن الأول يدخله المال ولذا مثل بالمثالين، وفي قول: لا تصح لأنها مبنية على الدرء فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها (ومنعها في حدود الله تعالى) وتعازيره كحد خمر وزنا وسرقة؛ لأننا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن، ومعنى تكفل الأنصاري بالغامدية بعد ثبوت زناها إلى أن تلد: أنه قام بمؤنها ومصالحها على حد {وكفلها زكريا} فلا يشكل بما ذكر هنا مع وجوب الاستيفاء فوراً. وشمل كلامه ما إذا تحتم استيفاء العقوبة وهو ما اقتضاه تعليلهم واعتمده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين. والطريق الثاني قولان ثانيهما الصحة كحدود الآدميين (وتصح بدن صبي ومجنون) لأنه قد يستحق إحضارهما ليشهد من لم يعرف اسمهما ونسبهما عليهما بنحو إتلاف، ولا بد من إذن وليهما فيطالب بإحضارهما عند الحاجة ما بقي حجره عليهما. أما السفية فظاهر كلامهم اعتبار إذنه، ومطالبته دون وليه لصحة إذنه فيما يتعلق بالبدن، واستظهر الأذرع اعتبار إذن وليه دونه، قال: ومثله القن فيعتبر إذنه لا إذن سيده انتهى. وإنما يظهر فيما لا يتوقف على السيد كإتلافه الثابت بالبينه (ومحبوس) بإذنه لتوقع خلاصه كما يصح ضمان معسر المال (وغائب) لذلك ولو فوق مسافة القصر، وإن جهل مكانه كما دل عليه كلام الأنوار فيلزمه الحضور معه حيث عرف مكانه لإذنه السابق المقتضي لذلك فهو

المورط لنفسه، ومخالفة الإمام فيه مبنية على مرجوح (وميت ليحضره فيشهد) بضم أوله وفتح ثالثه (على صورته) لعدم العلم باسمه ونسبه ; إذ قد يحتاج إلى ذلك، ومحلّه قبل دفنه لا بعده، وإن لم يتغير ومع عدم النقل المحرم وأن لا يتغير في مدة الإحضار وإذن الولي في مثل هذه الأحوال لغو كما ذكره الأذرعى ويشترط إذن الوارث كما بحثه في المطلب: أي إن تأهل وإلا فوليه كناظر بيت المال، ووافقّه الإسئوي، ثم بحث اشتراط إذن كل الورثة وتعقبه الأذرعى بأن كثيرين صوروا مسألة المتن بما لو كفله بإذنه في حياته، ويمكن حمل الأول على ما إذا لم يأذن. والأوجه أنه إن كان محجوراً عليه عند موته اعتبر إذن المولى من ورثته فقط وإلا فكلهم، فإن كان فيهم محجور عليه قام وليه مقامه. أما من لا وارث له كذمي مات ولم يأذن فالأوجه عدم صحة كفالاته.

(ثم إن) (عين مكان التسليم) في الكفالة (تعين) إن كان صالحاً كما قاله بعض المتأخرين، وإلا بأن لم يكن صالحاً أو كان له مؤنة فلا بد من بيانه، ولو خرج عن الصلاحية بعده تعين أقرب محل إليه قياساً على السلم، وإن فرق بعضهم بينهما لإمكان رده بأن المدار في الباين على العرف وهو قاض بذلك فيهما. ويشترط أن يأذن فيه المكفول ببدنه فيما يظهر كما بحثه الأذرعى، فإن لم يأذن فسدت، ولا يغني عن ذلك مطلق الإذن في الكفالة وقد يتوقف فيه، وسواء أكان ثم مؤنة أم لا (وإلا) بأن لم يعين مكاناً (فمكانها) إن صلح

(ويبرأ الكفيل بتسليمه) أو تسليم وكيله (في مكان التسليم) المتعين بما ذكر وإن لم يطالبه به (بلا حائل) بينه وبين المكفول له لإتيانه بما لزمه، بخلاف ما إذا سلمه له بحضرة مانع (كمتغلب) يمنعه منه فلا يبرأ لعدم حصول المقصود. نعم لو قيل مختاراً برئ وخرج بمكان التسليم غيره فلا يجبر على قبوله فيه حيث امتنع لغرض بأن كان لمحل التسليم بينة أو من يعينه على خلاصه، وإلا أجبره الحاكم على قبوله فإن صمم تسلمه عنه، فإن فقد الحاكم أشهد أنه سلمه له وبرئ، ويجرى هذا التفصيل فيما لو أحضره قبل زمنه المعين، ويبرأ بتسليمه له محبوساً بحق أيضاً لإمكان إحضاره ومطالبته، بخلاف ما لو (حبس بغير حق) لتعذر تسليمه، ولو ضمن له إحضاره كلما طلبه المكفول له لم يلزمه غير مرة ; لأنه فيما بعدها معلق للضمان على طلب المكفول له وتعليق الضمان يبطله، قاله البلقيني وتابعه عليه بعضهم، وهو الأوجه وإن نظر فيه بأن مقتضى اللفظ تعليق أصل الضمان عن الطلب، وتعليقه مبطل له من أصله (وبأن) (يحضر المكفول) البالغ العاقل محل التسليم، ولا حائل (ويقول) للمكفول له (سلمت نفسي عن جهة الكفيل) ولو في غير زمن التسليم، ومحلّه حيث لا غرض في الامتناع فيشهد أنه سلم نفسه عن كفالة فلان ويبرأ الكفيل، كذا أطلقه

الماوردي، والأوجه أخذاً مما مر قبله أنه لا يكفي إشهاده إلا إن فقد الحاكم. أما المحجور عليه لصبا أو جنون فلا عبرة بقوله إلا إن رضي به المكفول له كما بحثه الأذرعى وتسليم ولي المكفول كتسليمه (ولا يكفي مجرد حضوره) من غير قوله المتقدم لانتفاء تسليمه أو أحد من جهته إليه حتى لو ظفر به المكفول له، ولو بمجلس الحكم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل، ولو سلمه إليه أجنبي عن جهة الكفيل بإذنه برئ، وإلا فلا إن لم يقبل، فإن قبل ولا يجبر عليه برئ الكفيل. ولو تكفل به اثنان معا أو مرتبا فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، وإن قال سلمته عن صاحبي. ولو كفل واحد لاثنتين فسلم إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر، فإن تكافلا برئ محضره من الكفالتين، والآخر من الأخرى فقط، وإن قال المكفول له أبرأتك من حقي برئ أولا حق لي على الأصيل أو قبله فوجهان، أصحهما براءة الأصيل والكفيل بذلك.

(فإن) (غاب) المكفول (لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه) لعذره، ويقبل قوله في جهله ذلك بيمينه (وإلا) بأن علم مكانه (فيلزمه) عند أمن الطريق، ولو في بحر غلبت فيه السلامة فيما يظهر، ولم يكن ثم من يمنعه منه، وسواء أكان في دون مسافة القصر أم فيها وإن طالت، وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في ماله وقول الشارح من مسافة القصر فما دونها مراده به من مسافة تقصر فيها الصلاة لا التقييد بمرحلتين، وقوله وبمسافة الإحضار تتقيد غيبته في صحة كفالاته كما قاله الإمام والغزالي إما مفرع على المرجوح أو محمول على ما قررنا به كلامه، ولو كان المكفول ببدنه يحتاج لمؤن السفر ولا شيء معه اتجه أن يأتي فيه ما لو كان المكفول محبوسا بحق، وقد ذكر صاحب البيان وغيره فيه أنه يلزمه قضاؤه وفيه نظر إلا أن يحمل على أن المراد أنه مع حبسه بحق في غير محل التسليم يلزم بإحضاره وحبسه ما لم يتسبب في تحصيله، ولو ببذل ما عليه (ويمهل مدة ذهاب وإياب) على العادة لأنه الممكن. وينبغي كما قاله الإسنوي أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين للاستراحة وتجهيز المكفول، وهو كما أفاده الشيخ في الأولى ظاهر في مسافة القصر فأكثر بخلاف ما دونها، والظاهر كما قاله الأذرعى إمهاله عند الذهاب والعود لانتظار رفقة يأمن بهم، وعند الأمطار والثلوج الشديدة والأحوال المؤذية التي لا تسلك عادة ولا يحبس مع هذه الأعذار (فإن مضت) المدة المذكورة (ولم يحضره حبس) ما لم يؤد الدين كما قاله الإسنوي لأنه مقصر، فلو أداه ثم قدم الغائب فالأوجه أن له استرداده إن كان باقيا، وبدله إن تلف خلافا للغزالي لأنه ليس بمتبرع بالأداء وإنما غرمه للفرقة، ويتجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى أن يلحق بقدمه تعذر حضوره بموت ونحوه حتى يرجع به، وإذا حبس أديم حبسه إلى تعذر إحضار



الغائب بموت أو جهل بموضعه أو إقامته عند من يمنعه، قاله في المطلب (وقيل: إن غاب إلى مسافة القصر لم يلزمه إحضاره) لأنها بمنزلة غيبته المنقطعة، ورد بأن مال المدين لو غاب إليه لزمه إحضاره فكذا هو، ولا فرق في جميع ما ذكر بين أن تطراً الغيبة أو يكون غائبا وقت الكفالة (والأصح أنه إذا مات ودفن) أو هرب أو توارى ولم يعرف محله (لا يطالب الكفيل بالمال) فالعقوبة أولى جزماً لأنه لم يلتزمه أصلاً بل النفس وقد فاتت، وإنما ذكر الدفن؛ لأنه قبله قد يطالب بإحضاره للإشهاد على صورته كما مر؛ لأنه يطالب قبله بالمال كما هو ظاهر. والثاني يطالب به لا عن الإحضار المعجوز عنه؛ لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة، وظاهر إطلاق المصنف عدم الفرق في جريان الخلاف بين أن يخلف المكفول وفاء أم لا، لكن قال الإسنوي تبعاً للسبكي: إن ظاهر كلامهم اختصاصه بما إذا لم يخلف ذلك، ولا شيء على من تكفل ببدن رقيق فمات أو زوجة فماتت

(والأصح أنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال) ولو مع قوله (إن فات التسليم بطلت) الكفالة؛ إذ هو شرط ينافي مقتضاها بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق، والثاني تصح بناء على مقابله، وإنما صح قرض شرط فيه رد نحو مكسر عن نحو صحيح، وضمن بشرط الخيار للمضمون له أو حلول المؤجل؛ لأن الغرم هنا مستقل يفرد بعقد فأثر شرطه كشرط عقد وغيره مما ذكر صفة تابعة لا يحل بمقتضى العقد من كل وجه فألغيت وحدها، وصورة المسألة كما قاله الإسنوي عن الماوردي أن يقول: كفلت بدنه بشرط الغرم، أو على أي أغرم أو نحوه، فلو قال: كفلت بدنه فإن مات فعلى المال صحت الكفالة وبطل التزام المال، وهو محمول كما قاله الزركشي على ما إذا لم يرد به الشرط: أي وإلا بطلت الكفالة أيضاً، وما عورض به من أنه يرجع إلى الاختلاف في دعوى الصحة والفساد والأصح تصديق مدعي الصحة كما مر يجاب عنه بأنه، وإن رجع إلى ذلك بطلت أيضاً كما لو باع ذراعاً من أرض وقال: أردت به معينا؛ لأنه أعلم بنيته، ولو قال كفلت لك نفسه على أنه إن مات فأنا ضامنه بطلت الكفالة والضمان؛ لأنه شرط ينافيها أيضاً

(و) الأصح (أنها لا تصح بغير رضا المكفول) أو وليه؛ لأنه مع عدم إذنه لا يلزمه الحضور معه، فتبطل فائدتها، والثاني تصح بناء على أنه يغرم فيلزمه المال؛ لأنه عاجز عن إحضاره، وعلم من كلامه عدم اشتراط رضا المكفول له بالكفيل كما في ضمان المال، فلو كفل به بلا إذن لم تلزمه إجابة الكفيل فليس للكفيل مطالبته وإن طالب المكفول له الكفيل كما رجحه ابن المقري، وقال الزركشي إنه الأقرب؛ لأنه لم يوجه أمره بطلبه. قال: وتوجيه اللزوم بتضمن المطالبة التوكيل بعيد إلا إن سأله المكفول

له إحضاره إلى الحاكم فيجب حتماً ; إذ هو وكيل رب الدين، ولا حبس عليه إن لم يحضره مطلقاً لما مر أنه إنما وجبت الإجابة لأنه وكيل مع استدعاء الحاكم، أما الكفيل بالإذن فيحبس إن لم يحضره كما مر

ولو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له في تركته أو المكفول له فلا ويبقى الحق لورثته، فلو خلف ورثة ووصياً وغرماء لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم للجميع، ويكفي التسليم إلى الموصى له عن التسليم إلى الوصي في أوجه الوجهين إن كان المؤدى له محصوراً لا كالفقراء ونحوهم كما قاله الأذرعى: هذا إن كانت الكفالة بسبب مال، فإن لم تكن بسببه فالمستحق للكفالة الوارث وحده، ويصح التكفل لمالك عين ولو خفيفة لا مؤنة لردّها بردها لا قيمتها لو تلفت ممن هي بيده إن كانت يده يد ضمان وأذن من هي تحت يده أو قدر على انتزاعها منه، فإن تعذر ردها لنحو تلف لم يلزمه شيء.

### (فصل)

#### في صيغتي الضمان والكفالة

وهي الركن الخامس للضمان، وفي مطالبة الضامن وأدائه ورجوعه وتوابع لذلك، وعبر عن الركن بالشرط فقال (يشترط في الضمان) للمال (والكفالة) للبدن أو العين (لفظ) غالباً إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أحرص مفهومة كما يعلم من كلامه في مواضع (يشعر بالالتزام) كغيره ومن العقود ودخل في يشعر الكناية فهو أوضح من قول الروضة كغيرها تدل لأنها ليست دالة: أي دلالة ظاهرة ثم الصريح (كضمنت) وإن لم يضم له لك كما دل عليه عدم ذكر المصنف لها وإن ذكرها كالرافعي في كتب فقد قال الأذرعى وغيره إنه ليس بشرط (دينك عليه) أي فلان (أو تحملته أو تقلدته) أو التزمته (أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال) الذي علي عمرو مثلاً (أو بإحضار الشخص) الذي هو فلان (ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل) أو قبيل أو علي ما علي فلان وما لك علي فلان علي لثبوت بعضها نصاً وباقيها قياساً مع اشتها لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم والكناية نحو: دين فلان إلي أو عندي ولو تكفل ثم أبراه المستحق ثم وجده ملازماً لخصمه فقال خله وأنا علي ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلاً وفارق ما لو قال سيد المكاتب بعد فسخ الكتابة أقررتك عليها حيث لم تعد بان الضمان محض غرر وغبن فكفي فيه ذلك من الملتزم بخلاف الكتابة ونحوها، وظاهر كلامهم أنه يشترط لصراحة هذه الألفاظ ذكر المال فنحو ضمننت فلانا من غير ذكر مال كناية فيما يظهر كما يدل عليه ما مر في إلي أو عندي

(ولو قال أؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد) بالالتزام لا يلزم الوفاء به لأن الصيغة غير مشعرة بالالتزام. نعم إن حفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء انعقد به كما بحثه ابن الرفعة وأيده السبكي بكلام الماوردي وغيره، وظاهر كلام ابن الرفعة أن القرينة تلحقه بالصريح، لكن الأذرعى اشترط النية من العامي وجعل غيره محتملا. نعم قول الشيخين عن البوشنجي في: طلقي نفسك فقالت: أطلق لم يقع شيء حالا ; لأن مطلقه للاستقبال فإن أرادت به الإنشاء وقعت حالا. قال الإسنوي: ولا شك في جريانه في سائر العقود ظاهر في أنه يؤثر مع النية وحدها لا مع عدمها سواء العامي وغيره وجدت قرينة أم لا، وبه يعلم أن محل ما مر عن الماوردي إن نوى به الالتزام وإلا لم تنعقد

(والأصح أنه لا يجوز) (تعليقهما) أي الضمان والكفالة (بشرط) لأنهما عقدان كالبيع. والثاني يجوز ; لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق (ولا توقيت الكفالة) كأننا كفيل يزيد إلى شهر وبعده أنا بريء. والثاني يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا كما يشعر به كلامه حيث أفردتها ولا يجوز شرط الخيار للضامن أو الكفيل أو أجنبي لمنافاته مقصودهما من غير حاجة إليه لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر، ولو أقر بضمان أو كفالة بشرط خيار مفسد أو قال الضامن أو الكفيل لا حق على من ضمننت أو كفلت به أو قال الكفيل برئ المكفول صدق المستحق بيمينه، فإن نكل حلف الضامن والكفيل وبرئا دون المضمون عنه والمكفول به، ويبطل الضمان بشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين، ولو كفل يزيد على أن لي عليك كذا، أو إن أحضرته وإلا فبعمرو أو بشرط إبراء الكفيل وأنا كفيل المكفول لم تصح (ولو) (نجزها) أي الكفالة (وشرط تأخير الإحضار شهرا) كضمننت إحضاره وأحضره بعد شهر (جاز) ; لأنه التزام بعمل في الذمة فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وخرج بشهر مثلا نحو الحصاد فلا يصح التأجيل إليه.

(و) (الأصح) (أنه يصح ضمان الحال مؤجلا أجلا معلوما) إذ الضامن تبرع، والحاجة تدعو له فكان على حسب ما التزمه وبثبت الأجل في حق الضامن، وفهم منه بالأولى جواز زيادة الأجل ونقصه وإسقاط المال من قول أصله ضمان المال الحال ليشمل من تكفل كفالة مؤجلة بيدن من تكفل بغيره كفالة حالة، وعلم من اشتراط معرفة الضامن لجنس الدين اشتراط معرفة كونه حالا أو مؤجلا. والثاني لا يصح الضمان للمخالفة، ووقع في بعض نسخ المحرر تصحيحه، ونبه في المدقائق على أن الأصح ما في بقية النسخ والمنهاج (و) (الأصح) (أنه يصح ضمان المؤجل حالا) لتبرعه

بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان، ويفارق ما لو رهن بدين حال، وشرط في الرهن أجلا أو عكسه حيث لم يصح مع أن كلا وثيقة بأن الرهن عين وهي لا تقبل تأجيلا ولا حلولا، والضمان ضم ذمة لذمة، والذمة قابلة للتزام الحال مؤجلا وعكسه. والثاني لا يصح لما مر (و) الأصح على الأول (أنه لا يلزمه التعجيل) كما لو التزمه الأصيل فيثبت الأجل في حقه تبعا لا مقصودا في أوجه الوجهين كما رجحه صاحب التعجيز في شرحه. وقال الزركشي: إنه الأقرب، فلو مات الأصيل حل عليه أيضا، ومعلوم أنه يحل على الضامن بموته مطلقا وإن ثبت الأجل في حقه تبعا. نعم فيما لو ضمن مؤجلا لشهرين مؤجلا لشهر لا يحل بموت الأصيل إلا بعد مضي الأقصر. والثاني يلزمه؛ لأن الضمان تبرع لزم فلزمت صفته كما لو نذر إعتاق رقبة مؤمنة (وللمستحق) الشامل للمضمون له ولوارثه، ولا يشمل المحتال، وإن قيل به؛ لأنه غير مستحق بالنسبة للضامن لما مر من براءته بها (مطالبة الضامن) وضامنه وهكذا، وإن كان بالدين رهن واف (والأصيل) اجتماعا وانفرادا وتوزيعا بأن يطالب كلا ببعض الدين لبقاء الدين على الأصيل وللخبر المار {الزعيم غارم} ولا محذور في مطالبتهما وإنما المحذور في تغريمهما معا كل الدين، والتحقيق أن الذمتين إنما اشتغلتا بدين واحد كالرهنين بدين واحد فهو كفرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض، فالتعدد فيه ليس في ذاته بل بحسب ذاتيهما، ولهذا حل على أحدهما فقط ويتأجل في حق أحدهما كذلك ولو أفلس الأصيل فطلب الضامن بيع ماله أولا. أجيب إن ضمن بإذنه وإلا فلا لأنه موطن نفسه على عدم الرجوع، وكلامه يقتضي أنه لو قال اثنان لآخر ضمنا ما لك على زيد وهو ألف مثلا مطالبة كل منهما بجميع الألف وهو أحد وجهين صححه المتولي كما لو قال: رهنا عبدنا هذا بألف لك على فلان فإن حصة كل منهما رهن بجميع الألف، وصوبه السبكي معللا له بأن الضمان توثقة كالرهن والبلقيني وأفتى به فقهاء عصر السبكي. والثاني أنه يطالب كلا منهما بالنصف فقط كما لو قال: اشترينا عبدك بألف، وجرى عليه الماوردي والبندنجي والرويانى والصيمري وقال الأزرعي والقلب إليه أميل، وبه أفتى الوالد رحمه الله تعالى؛ لأنه اليقين، وشغل ذمة كل واحد بالزائد مشكوك فيه، وبذلك أفتى البدر بن شعبة عند دعوى أحد الضامنين ذلك وحلفهما عليه؛ لأن اللفظ ظاهر فيه، وبالتبعيض قطع الشيخ أبو حامد وهو الموافق للأصح في مسألة الرهن المشبه بها أن حصة كل مرهونة بالنصف فقط، وقد قال ابن أبي الدم: لا وجه للأول

(والأصح أنه لا يصح) الضمان، ومثله الكفالة (بشرط براءة الأصيل) لمنافاته مقتضاه. والثاني يصح كل من الضمان والشرط لخبر جابر في {ضمان أبي قتادة للميت حيث قال له صلى الله

عليه وسلم هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء، فقال نعم،  
فصلى عليه { قال الحاكم صحيح الإسناد. وأجاب الأول بأن مراده  
بقوله بريء في المستقبل

(ولو) (أبرأ الأصيل) أو برئ بنحو اعتياض أو حوالة أو أداء، وإنما  
آثر لفظ أبرأ لتعينه في صورة العكس (برئ الضامن) وضامنه  
وهكذا لسقوط الحق (ولا عكس) فلو برئ الضامن بإبراء لم يبرأ  
الأصيل، ولا من قبله بخلاف من بعده، وكذا في كفيل الكفيل  
وكفيله وهكذا؛ لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن  
بخلاف ما لو برئ بنحو أداء، ولو قال المضمون له الضامن فإن  
قصد إبراءه برئ من غير قبول، وإن لم يقصد ذلك فإن قبل في  
المجلس برئ وإلا فلا كما بحثه الشيخ وقال: إنه مقتضى كلامهم.  
قال: ويصدق المضمون له في أن الضامن لم يقبل؛ لأن الأصل  
عدمه، وشمل كلامه ما لو أبرأ الضامن من الدين فلا يبرأ الأصيل إلا  
إن قصد إسقاطه عن المضمون عنه

(ولو) (مات أحدهما) أو استرق والدين مؤجل (حل عليه)  
لخراب ذمته (دون الآخر) فلا يحل عليه لارتفاعه بالأجل، فإن كان  
الميت الأصيل، وله تركة فللضامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها  
أو يبرئه لاحتمال تلفها، فلا يجد مرجعا إذا غرم. وقضيته أنه لو  
ضمن بغير الإذن لم يكن له ذلك؛ إذ لا رجوع له، وهو قياس ما مر  
في إفلاس الأصيل، ولو قيل له ذلك فيهما مطلقا حتى لا يغرم لم  
يبعد إلا أن يجاب بأنه مقصر بعدم الاستئذان، وإن كان الميت  
الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع  
على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل، وأفتى ابن  
الصلاح بأنه لو أعار عينا ليرهنها ثم مات لم يحل الدين لتعلقه بها  
لما مر أنه ضمان في رقبته دون الذمة

(وإذا) (طالب المستحق الضامن) بالدين (فله مطالبة الأصيل)  
أو وليه كما في المطلب (بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه) لأنه الذي  
ورطه في المطالبة، نعم ليس له حبسه وإن حبس ولا ملازمته،  
ففائدتها إحضاره مجلس الحكم، وتفسيره بالامتناع إذا ثبت له  
مال. أما لو ضمن بغير إذنه فليس له مطالبته؛ لأنه لم يسلطه  
عليه (والأصح أنه لا يطالبه) بالدين الحال (قبل أن يطالب) به كما  
لا يغرمه قبل أن يغرم. والثاني يطالب بتخليصه كما لو استعار عينا  
للرهن ورهنها فإن للمالك المطالبة بفكها، وفرق الأول بأن الرهن  
محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر، بخلاف الضامن، وليس له على  
الأول مطالبة المضمون له بأن يطالبه أو يبرئه ولا مطالبة الأصيل  
بالمال حيث كان ضامنا بالإذن ما لم يسلمه، فلو دفع له الأصيل  
ذلك من غير مطالبة لم يملكه ولزمه رده وضمائه إن تلف  
كالمقبوض بشراء فاسد، فلو قال له: اقض به ما ضمنته عني كان  
وكيلا، والمال في يده أمانة ولو أبرأ الضامن الأصيل أو صالح عما

سيغرم فيهما أو رهنه الأصيل شيئاً بما ضمنه أو أقام به كفيلاً لم يصح ; إذ لم يثبت للضامن حق بمجرد الضمان، ولو شرط الضامن حال الضمان أن يرهنه الأصيل شيئاً أو يقيم له به ضامناً فسد لفساد الشرط (وللضامن) بعد أدائه من ماله، ولم يقصد الأداء عن غير جهة الضمان كما أفاده السياق (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء) لصرفه ماله لغرض الغير بإذنه. أما لو أدى من سهم الغارمين فلا رجوع له كما ذكره في قسم الصدقات خلافاً للمتولي، وكذا لو ضمن سيده ثم أدى بعد عتقه أو ضمن السيد ديناً على عبده غير المكاتب بإذنه، وأداه قبل عتقه أو على مكاتبه بإذنه وأداه بعد تعجيزه أو ضمن فرع عن أصله صداق زوجته بإذنه ثم طرأ إعساره بحيث وجب إعفاه قبل المدخول وامتنعت الزوجة من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق فأداه الضامن فلا رجوع وإن أيسر المضمون، وكذا لو ضمنه عنه عند وجوب الإعفاف بإذنه ثم أدى أو نذر ضامن بالإذن الأداء وعدم الرجوع (إن انتفى) إذنه (فيهما) أي الضمان والأداء (فلا) رجوع له لأنه متبرع، وشمل ما لو أذن له المديون في أداء دينه فضمنه وأدى عن جهة الضمان وما لو قال له: أد عني ما ضمنته لترجع به علي وأدى لا عن جهة الإذن (فإن أذن) له (في الضمان فقط) أي دون الأداء، ولم ينهه عنه (رجع في الأصح) لأن الضمان هو الأصل، والإذن فيه إذن فيما يترتب عليه. والثاني لا يرجع لانتهاء الإذن في الأداء، أما لو نهاه بعد الضمان فلا تأثير له أو قبله وانفصل عن الإذن كان رجوعاً عنه، وإلا أفسده قاله الإسنوي، وقد لا يرجع بأن أنكر أصل الضمان فثبت عليه بالبينة مع إذن الأصيل له فيه فكذبها، لأنه بتكذيبها صار مظلوماً بزعمه والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه وهو هنا المستحق (ولا عكس في الأصح) بأن ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه لأن وجوب الأداء سببه الضمان ولم يأذن فيه. نعم إن أذن له في الأداء بشرط الرجوع رجع، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرد في المتقوم مثله صورة كما قاله القاضي الحسين. والثاني: يرجع لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه.

(ولو) (أدى مكسراً عن صحاح أو صالح عن مائة) ضمنها (بثوب قيمته خمسون) (فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي بذله، أما القدر الذي حصلت به المسامحة فهو باق على الأصيل ما لم يقصد الدائن مسامحته به أيضاً، قاله شارح التعجيز. والأوجه براءة الأصيل منه أيضاً لأنه لم يسامح هنا بقدر وإنما أخذ بدلاً عن الكل، وخرج بما ذكر صلحه عن مكسر بصحيح، وعن عشرين بثوب قيمته خمسون فلا يرجع إلا بالأصل، فتلخص أنه يرجع بأقل الأمرين مما أداه والدين وبالصلح ما لو باعه بمائة ثم وقع تقاص فيرجع بالمائة قطعاً وكذا لو باعه الثوب بما ضمنه على الأصح، ولا ينافي هذا ما مر في الصلح ; لأن الغالب فيه المسامحة بترك بعض الحق، وعدم

مقابلة المصالح به الجميع المصالح عنه فيرجع بالأقل، وفي البيع المشاحة، ومقابلة جميع الثمن بجميع المبيع من غير نقص لشيء منهما فرجع بالثمن فاندفع ما يقال الصلح بيع أيضا. ولو صالح من الدين على بعضه أو أدى بعضه وأبرأ من الباقي رجع بما أدى وبرئ فيهما، وكذا الأصيل لكن في صورة الصلح؛ لأنه يقع عن أصل الدين مع أن لفظه من حيث هو لا بالنظر لمن جرى معه يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكثير دون صورة الإبراء؛ لأنه إنما وقع للضامن عن الوثيقة دون أصل المدين. ولو ضمن لذمي دينا على مسلم ثم تصالحا على خمر لم يرجع لتعلقها بالمسلم ولا قيمة للخمر عنده. ولو أبرأ المحتال الضامن لم يرجع فيما يظهر خلافا للجلال البلقيني لأنه لم يغرم شيئا، ومقابل الأصح يرجع بالصالح والمائة لحصول براءة الذمة، والنقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن.

(ومن) (أدى دين غيره) وليس أبا ولا جدا (بلا ضمان ولا إذن) (فلا رجوع) له لتبرعه بخلاف ما لو أوجر مضطرا؛ لأنه يلزمه إطعامه مع ترغيب الناس في ذلك أما الأب والجد إذا أدى دين محجوره أو ضمنه بنية الرجوع فإنه يرجع كما قاله القفال وغيره (وإن) (أذن) له في الأداء (بشرط الرجوع) (رجع) عليه وفاء بالشرط (وكذا إن أذن) له إذنا (مطلقا) عن شرط الرجوع فأدى لا بقصد التبرع فيما يظهر (في الأصح) كما لو قال: اعلف دابتي، وإن لم يشترط الرجوع، ويفارق ما لو قال: أطعمني رغيفا بجريان المسامحة في مثله، ومن ثم لا أجره في نحو اغسل ثوبي؛ لأن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان. وقول القاضي: لو قال لشريكه أو أجنبي: عمر داري أو أد دين فلان على أن ترجع علي لم يرجع عليه؛ إذ لا يلزمه عمارة داره، ولا أداء دين غيره، بخلاف اقض ديني وأنفق على زوجتي أو عبدي أهـ ضعيف بالنسبة لشقه الأول لما مر في أوائل القرض أنه متى شرط الرجوع هنا وفي نظائره رجع وفارق نحو أد ديني واعلف دابتي بوجوبهما عليه فيكفي الإذن فيهما، وإن لم يشترط الرجوع، وألحق بذلك فداء الأسير؛ لأنهم اعتنوا في وجوب السعي في تحصيله ما لم يعتنوا به في غيره. قال القاضي أيضا: ولو قال أنفق على امرأتي ما تحتاجه كل يوم على أنني ضامن له صح ضمان نفقة اليوم الأول دون ما بعده أهـ. والأوجه أنه يلزمه ما بعد الأول أيضا؛ لأن المتبادر من ذلك كما هو ظاهر ليس حقيقة الضمان المار بل ما يراد بقوله: على أن ترجع علي بل تقدم في كلام القاضي نفسه أن أنفق على زوجتي لا يحتاج لشرط الرجوع، فإن أراد حقيقة الضمان فالأوجه تصديقه بيمينه ولا يلزمه سوى اليوم الأول، ويمكن حمل كلام القاضي عليه. ولو قال بع لهذا بألف وأنا أدفعه لك ففعل لم يلزمه الألف خلافا لابن سريج. ولو ضمن شخص الضامن بإذن الأصيل

وغرم رجوع عليه كما لو قال لغيره: أد ديني فأداه، ومقابل الأصح لا إذ ليس من ضرورة الإذن الرجوع.

(والأصح أن مصالحته) أي المأذون له في الأداء (على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع) إذ مقصود الإذن البراءة، وقد حصلت فيرجع بالأقل كما مر. والثاني: تمنع ; لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة فهو متبرع، وإحالة المستحق على الضامن له قبض، ومتى ورث الضامن الدين رجع به مطلقا. (ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي) بشرطهما المار (إذا أشهدا بالأداء) من لم يعلم سفره عن قرب (رجلين أو رجلا وامرأتين) ولو مستورين وإن باتا فاسقين لعدم الاطلاع عليه باطنا (وكذا رجل) يكفي إشهاده (ليحلف معه في الأصح) لأنه كاف في إثبات الأداء، وإن كان حاكم البلد حنفيا كما اقتضاه إطلاقهم. نعم لو كان كل الإقليم كذلك فالأوجه عدم الاكتفاء به، والثاني لا لاحتمال ترافعهما إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين فكان ذلك ضربا من التقصير. ورد بأنه لم يشترط أحد إشهاد من يتفق العلماء على قبوله، وقوله ليحلف معه علة غائية فلا يشترط عزمه على الحلف حين الإشهاد فيما يظهر كما أفاده الزركشي بل أن يحلف عند الإثبات، فقول الحاوي إن لم يقصده كان كمن لم يشهد محمول على من لم يحلف أصلا. (فإن) (لم يشهد) أي الضامن بالأداء وأنكر رب الدين أو سكت (فلا رجوع له إن أدى في غيبة الأصيل وكذبه) لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بترك الإشهاد (وكذا إن صدقه في الأصح) لعدم انتفاعه بأدائه، إذ المطالبة باقية. والثاني يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه، ومحل الخلاف إذا لم يأمره الأصيل بإشهاد فإن أمره به فلم يفعل لم يرجع جزما، أو أذن له في تركه رجوع، قاله في البحر وجزم به الدارمي في الثانية ولو لم يشهد ثم أدى ثانيا وأشهد فهل يرجع بالأول ; لأنه المبرئ للذمة أو بالثاني ; لأنه المسقط للضمان ؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما فيما لو كان أحدهما صحاحا، والآخر مكسرا مثلا، قال في الروضة: ينبغي أن يرجع بأقلهما، فإن كان الأول فهو بزعمه مظلوم بالثاني، وإن كان الثاني فهو المبرئ لكونه أشهد به، والأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد (فإن صدقه المضمون له) أو وارثه الخاص لا العام، وقد كذبه الأصيل، ولا بينة على ما بحثه بعضهم، والأوجه خلافه لسقوط الطلب بذلك حيث اعترف الوارث المذكور بقبضه. أما إقرار العام بقبض المورث فغير مقبول كإقرار الولي، ويمكن حمل الأول عليه (أو أدى بحضرة الأصيل) وأنكر المضمون له (رجع على المذهب) لسقوط الطلب في الأولى بإقرار ذي الحق، ولأن المقصر هو الأصيل في الثانية حيث لم يحتط لنفسه، وكالضامن فيما ذكر المؤدي. نعم يظهر كما بحثه بعضهم تصديقه في نحو: أطعم دابتي، وأنفق على محجوري في أصل الإطعام والإنفاق، وفي قدره حيث كان محتملا



كما هو قياس ما يأتي في نحو تعمير المستأجر وإنفاق الوصي، والثاني في الأولى يقول تصديق رب الدين ليس حجة على الأصيل. ولو قال أشهدت بالأداء شهودا وماتوا أو غابوا أو طرأ فسقهم وكذبه الأصيل في الإشهاد قبل قول الأصيل بيمينه ولا رجوع، وإن كذبه الشهود فكما لو لم يشهد، وإن قالوا لا ندري وربما نسينا فلا رجوع كما رجحه الإمام. ولو شهد الأصيل لآخر بأنه لم يضمن قبلت ما لم يأذن له في الضمان عنه كذا قيل، وهو مشكل؛ إذ هو نفي غير محصور، ولا تقبل به الشهادة، فإن حمل على نفي محصور كوقت معين كان صحيحا وللضامن باطنا إذا أدى للمستحق فأنكر وطالب الأصيل أن يشهد أنه استوفى الحق المدعى به كشهادة بعض قافلة على قطاع أنهم قطعوا الطريق ما لم يقولوا علينا ذكره القفال. ولو ضمن صداق زوجة ابنه بغير إذنه فمات وله تركة فلها أن تغرم الأب وتفوز بإرثها من التركة؛ لأنه لا رجوع له، وقول الفزاري له الامتناع من الأداء لتعلق المدين بالتركة تعلق شركة فقدم متعلق العين على متعلق الذمة كدين به رهن لا يلزم الأداء من غيره مردود، وما علل به ممنوع، والخيرة في المطالبة للمضمون له لا للضامن، ولا نسلم أن الضمان كالرهن؛ لأنه ضم ذمة، والرهن ضم عين إلى ذمة وبينهما فرق.

ولو باع من اثنين وبشرط أن كلا منهما يكون ضامنا للآخر بطل البيع. قال السبكي: ورأيت ابن الرفعة في حسبته يمنع أهل سوق الرقيق من البيع مسلما. ومعناه إلزام المشتري بما يلحق البائع من الدلالة وغيرها، قال: ولعله أخذه من هذه المسألة ولا يختص ذلك بالرقيق، وهذا إذا كان مجهولا، فإن كان معلوما فلا، وكأنه جعل جزءا من الثمن، بخلاف مسألة ضمان أحد المشتريين للآخر لا يمكن فيها ذلك. قال الأزرعي: لكنه هنا شرط عليه أمرا آخر وهو أن يدفع كذا إلى جهة كذا فينبغي أن يكون مبطلا مطلقا هـ وهو كما قال.

## تم الجزء الرابع وبليه

### الجزء الخامس، وأوله: كتاب الشركة