

التكملة الثانية

المجموع

شرح المهدب

الجزء الثالث عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال المصنف رحمه الله :

باب بيع المزابحة

(من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ، ويجوز أن يبيعها مزابحة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول : ثمنها مائة ، وقد بعنكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة ، لما روى عن ابن مسعود رضی الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده ^(١) ولأنه ثمن معلوم لجاز البيع به ، كما لو قال : بعنك بمائة وعشرة ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول : رأس مالها مائة ؛ وقد بعنك برأس مالها ووضع درهم ^(٢) من كل عشرة لأنه ثمن معلوم لجاز البيع به ، كما لو قال : بعنك بمائة إلا عشرة ، ويجوز أن يبيع بعضه مزابحة ، فإن كان مما لا يختلف أجزاءه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد يبيعه منه بحصته ، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبيدين قومها وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما ، ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته .

(١) قوله « لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده ، ده عشرة بالفارسية ، ويازده أحد عشر ودوازده اثنا عشر ، أى لا يرى بأساً أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر أو باثني عشر (٢) قوله « ووضع درهم ، أى حط درهم . يقال وضع له في البيع من الثمن أى حط عنه

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وآله وصحبه ومن والاه ،
وبعد فيقول محمد نجيب المطيعي عفا الله عنه بهذا القيل :
(الشرح) الحديث أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبادة
ابن الصامت بلفظ : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء بدأ يبدأ ، فاذا اختلفت هذه
الأصناف فبيعوا كيف شقتم ، إذا كان يدا ييدا ،
ورواه أبو داود بنحوه وفي آخره : وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر
يبدأ يبدأ كيف شقنا ،

وحديث عبد الله بن مسعود سبق تخريجه ، وابن مسعود هو سادس من أسلم
روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٨ حديثا اتفق الشيخان على ٦٤ منها
وانفرد البخاري بـ ٢٠ ومسلم بـ ٣٥ وكان يشبه النبي صلى الله عليه وسلم في سمته
وهديه ، ولى القضاء بالكوفة وبيت مالها في خلافة عمر وصدر من خلافة عثمان
أما أحكام الفصل فإن المراجعة بصورتها المعروفة جائزة بالاتفاق . ولكن كره
ذلك ابن عباس وابن عمر ، ولم يجوزها اسحاق بن راهويه ، واتفقوا على أنه إذا
اشترى بتمن مؤجل لم يجوز بمطلق بل يجب البيان . وقال الاوزاعي : يلزم العقد
إذا أطلق ويثبت الثمن في ذمته مؤجلا ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد
يثبت للمشتري الخيار إذا لم يعلم بالتأجيل ، ووجه هذه المسائل بواعث مختلفة بينهم
بين مشدد ومخفف على البائع أو على المشتري بحسب مداركهم
قالشافعي يجوز بيع السلعة برأس مالها أو أقل منه أو أكثر من البائع وغيره
قبل نقد الثمن وبعده . وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد لا يجوز بيعها من بائعها
بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في المبيع الأول ، ويجوز أن يبيع
ما اشتراه مراجعة بالاتفاق ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح
قال في مجمع البحر : المراجعة يبيع ما شراه بما شراه به وزيادة ، والتولية يبعه
بلا زيادة ولا نقص ، والوضيمة يبعه بأنقص منه ،
قلت ويجوز أن يضيف الى الثمن الاول نفقات الصناعة والطرارز والنقل مع
بياتها وإيضاحها لمن يبتاعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع ، فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه ، أو ألحق به زيادة ، انظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد ، لأن البيع استقر بالثمن الأول ، فالخط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن ، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الخط والزيادة . وقال أبو علي الطبري : إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده ، والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر ، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به . وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم ، قال هو علي بثلاثة عشر ، أو قام علي بثلاثة عشر وما أشبه ذلك ، ولا يقول اشتريت بثلاثة عشر ، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر ، لأن ذلك كذب

وإن قال رأس مالى ثلاثة عشر ففيه وجهان ، أحدهما ، لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن ، والثمن عشرة ، والثاني ، يجوز لأن رأس المال ما وزن فيه ، وقد وزن فيه ثلاثة عشر ، وإن عمل فيه ذلك بيده قال : اشتريته بعشرة ، وعملت فيه ما يساوى ثلاثة . ولا يقول هو علي بثلاثة عشر ، لأن عمله لنفسه لا أجره له . ولا يتقوم عليه

وإن اشترى عينا بمائة ووجد بها عيبا وحدث عنده عيب آخر فرجع بالارش وهو عشرة دراهم . قال هو علي بتسعين أو تقوم علي بتسعين ، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة ، لأن الرجوع بالارش استرجاع جزء من الثمن ، فخرج عن أن يكون الثمن مائة ، ولا يقول اشتريتها بتسعين ، لأنه كذب ، وإن كان المبيع عبداً جنى ففداه بأرش الجنائية لم يضاف ما فداه به إلى الثمن ، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضاف إلى الثمن كعلف البهيمة ، وإن جنى عليه فأخذ الارش ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يحط من الثمن قدر الارش ، لأنه كما لا يضيف ما فدى به

الجنابة الى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجنابة عن الثمن (والثاني) أنه يحط
لأنه عوض عن جزء تناوله البيع لحط من الثمن كأرش العيب

وإن حدثت من العين فوآمد في ملكه كالولد واللبن والتمر لم يحط ذلك من
الثمن لأن العقد لم يتناوله ، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنا كان
موجوداً حال العقد حط من الثمن ، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ،
فأسقط ما قابله ، وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد ، فإن قلنا إن الحمل له
حكم فهو كاللبن والتمر ، وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئاً ، وإن ابتاع
بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق ، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن ، فإن باعه
مراحمه ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لأنه داس عليه
بما يأخذ جزءاً من الثمن . فثبت له الخيار ، كما لو باعه شيئاً وبه عيب
ولم يعلمه بعيبه .

وإن اشترى شيئاً بعشرة وباعه بخمسة ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا
يضم ما خسر فيه الى الثمن ؛ فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ، ثم اشتراه
بعشرة أخبر بعشرة ، ولا يحط ما ربح من الثمن ، لأن الثمن ما ابتاع به في العقد
الذي هو مالك به ، وذلك عشرة ، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه
ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله ، لأنه لو صرح
بذلك في العقد فسد العقد ، فاذا قصده كره ، فإن أخبر بالعشرين في بيع المراحمه
جاز لأن يبعه من الغلام كبيعته من الاجنبى في الصحة لجاز أن يخبر بما اشترى به
منه ، فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار ، لأن شراءه بعشرين صحيح

(الشرح) قوله « لأن ذلك كذب ، هذا جريماً على قاعدة « تبايعا وقولوا
لا خلافة ، وحديث ابن مسعود « لا تحل الخلابة لمسلم ، وعلى هذا يقول
أبو حنيفة : لا يقول شريكه بكذا ، وإنما يقول قام على بكذا .

وقال في مجمع الأبحر « ولا يضم نفقته ولا أجر الراعى أو الحارس أو بيت
الحفظ فان ظهر المشتري خيانة في المراحمه «خير في أخذه بكل ثمنه ، وعند
أبي يوسف يحط من الثمن قدر الخيانة مع حصتها من الربح وعند محمد بخير . اهـ

وقد عني شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه الكبرى بهذا النوع من الخديعة فأبطل العقد وحمل على مجيزه بالرأى والقياس

وفي الترغيب في الصدق عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء ، رواه الدارمي وقال : لا علم لي به أن الحسن سمع من أبي سعيد . وقال أبو حمزة : هذا هو صاحب إبراهيم بن ميمون الأعور . ورواه الحاكم والترمذي وحسنه . وفي هذا الحديث بحث طويل سنعرض له في كثر العمال إن شاء الله تعالى

قوله ، ولا يضمن ما خسر فيه إلى الثمن ، كذا هو مقرر في المذهب أنه لا يراجح إلا على الثمن الأخير ، وعند أبي حنيفة تمتنع المراجعة إذا شراه ثانية بأقل مما باعه أولاً ، وعند الصحابين محمد وأبي يوسف موافقة المصنف من جواز المراجعة على الثمن الأخير .

(قاعدة)

إذا اشترى مديون ماذون بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر أو بالعكس ، فإنه يراجح على عشرة ، لأن العقد بينهما وإن كان صحيحاً ولكن له شبهة العدم ، لأن العبد ملكه ، وما في يده لا يخلو عن حقه ، فصار كأنه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير . وقولنا ، مديون ، فمن باب أولى أن يراجحه مع عدم الدين لوجود ملك المولى فيه بالإجماع ، والمسكاتب كالعبد الماذون له .

أما المضارب بالنصف لو شري بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يراجح رب المال اثني عشر ونصف ، ويراجح بلا بيان لو أعورت المبيعة أو وطئت وهي ثيب ، أو أصاب الثوب قرض فأرة أو حرق نار ، فلا يجب عليه البيان عند أبي حنيفة . أي لا يجب أن يقول إنى شريتها سليمة بكذا فأعورت في يدي ، أو أصاب الثوب قرض فأرة مثلاً ، لأن جميع ما يقابله الثمن قائم ، لأن الفاتت وصف فلا يقابله شيء من الثمن إذا فاتت بلا صنع أحد . هذا فيما يتعلق ببيان أن الثمن قبل العيب . أما العيب نفسه فيجب بيانه بالكتاب والسنة والاجماع لحديث العلاء بن خالد الذي رواه الجماعة ، كتب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم

وهذا ما باع محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم العداة بن خالد يبيع المسلم المسلم
لا داء ولا خبيثة ولا فائنة ،

فيجب بيان العيب بغير أن يبين أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه
العيب ، وهذا كله فيما إذا كان العيب يسيراً . أما إذا كان العيب كبيراً كبيراً يتغابن
الناس فيه فإنه لا يجوز بيعه مراوحة .

أما إذا وطئت وهي بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان ، وإن
اشتري بنسيئة وراجح بلا بيان خيبر المشتري ، فإن أتلفه ثم علمه لزم كل ثمنه ،
وكذا التولية . وهو أن يقول : ولني ما اشتريته بالثمن ، فقال وايتك ، صح إذا
كان الثمن معلوماً لهما فإن جهله أحدهما لم يصح

(فائدة) لو اشتري ثوبين صفقة كلا بخمسة لا يجوز بيع أحدهما مراوحة
بخمسة بلا بيان ، لأنه لو كان واحداً جاز بيع نصفه مراوحة اتفاقاً ، ولو باع بالزائد
على الخمسة لا يجوز .

ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه ، ويصح في العقار ، خلافاً لمحمد بن الحسن
من أصحاب أبي حنيفة .

ومن اشتري كيلياً لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله ، ويكفي كيل البائع بعد
العقد بحضرة المشتري لا في غيبته ، ومثل ذلك الوزني والعددي لا المذروع ولا
المقيس بالامتار أو الياردة ، فقد مر في كلام السبكي رحمه الله في عدم وجوب ذلك
في الاثواب المنضدة المختومة لما يترتب على قياسها من تكسير وإتلاف ويتعلق
الاستحقاق بكل ذلك فيراجح ويولى على كل ذلك إن زيد ، وعلى ما بقى إن حط .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال رأس المال مائة وقد بعته برأس المال ورجح درهم في كل
عشرة أو برجح ده يازده ، فالثمن مائة وعشرة ، وإن قال بعته برأس المال ووضع
ده يازده ، فالثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم
لأن معناه بعته بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً ، فسقط من
تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم ، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس

المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً ، فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم .

وإن قال بعنك على وضع درهم من كل عشرة في الثمن وجهان ، أحدهما ، أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم ، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني رحمه الله ، والثاني ، أن الثمن تسعون درهماً ، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري ، وهو الصحيح ، لأن المائة عشر مرات عشرة ، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون

(الشرح) هذه الصور التي عرض لها المصنف تناولنا حكمها في الفائدة السابقة ذكرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخبر أن رأس المال مائة ويبيع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال : أخطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر أن البيع باطل ، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة ، وهذا كان مجهولاً حال العقد ، فكان العقد باطلاً ، والمذهب الأول ، لأن البيع عقد على ثمن معلوم ، وإنما سقط بعضه بالتدليس ، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب . وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان :

(أحدهما) أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء ، كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً .

(والثاني) أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل مالك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حظ الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب ، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد ، وهما الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة

فإن قلنا ان الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال . وهذا أكثر من رأس فثبت له الخيار .

وان قلنا ان الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أن له الخيار ، لأنه ان كان قد أخطأ في الخيار الاول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني ، وأن الثمن غيره ، وان كن قد خان في الاول فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني ، فثبت له الخيار (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه لا خيار له ، لأن الخيار انما يثبت لنقص وضرر ، وهذا زيادة ونفع ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع الى تسعة وتسعين ، فلا وجه للخيار .

ومنهم من قال : ان ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له ، وان ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا ؟ فيه قولان ، لأنه اذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته ، فلم يتهم في خيانة أخرى . واذا ثبتت بالبينة كان متهما في خيانة أخرى فثبت له الخيار .

قال أصحابنا : القولان اذا كانت العين باقية ، فأما اذا تلفت العين فانه يازم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً ، لأننا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً لم يملك الفسخ ، فإن قلنا لا خيار له ، أو قلنا له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار ؛ لأنه لم يرض الا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة ، ولم يسلم له ذلك (والثاني) لا خيار له لأنه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك

(الشرح) قوله « فالبيع صحيح » هذا قول عند الاصحاب أو وجه ، وعند الحنابلة كراهة بعض ما مر جوازه عند الشافعية وأصحاب أبي حنيفة . قال ابن قدامة في المغنى : وان قال بعثك برأس مالى فيه ، وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً . أو قال : ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته

عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب . قال ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولأن رأس المال معلوم فأشبهه ما لو قال وربح عشرة دراهم . ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كراهاه ولم نعم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيهه والعقد صحيح ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب : كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم . وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل إذا ثبت هذا فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبهه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن ، فلم يمنع صحة العقد كالمعيب وللشترى الرجوع على البائع بما زاد في رأس المسال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً ، وهذا قال الشافعي في الجديد ، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة : هو مخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب وحكى الشافعي في أحد قولييه أنه إذا باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدرأ كان مبيعاً به ، وبالزيادة التي اتفقا عليها ؛ والمعيب كذلك عند الحنابلة فإن له أخذ الأرش ، ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور ، وهما رضي فيه برأس المال والربح المقرر .

وهل للشترى خيار ؟ فعند الشافعي في أحد قولييه نعم لأن المشتري لا يأمن الحيانة في هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلاً أو غير ذلك . والمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح ، وبين تركه قولا واحداً . نقله حنبل

قال في المعنى :

وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له (قلت) وهو مخالف للإمام كما نقله حنبل والقول الآخر عند الشافعية لا ؛ لأنه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بتسعة

وتسعين فقد زاده خيرا ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فإن صحبها ، أو أمى فبان صانعا ، أو كاتبا ، أو وكل في شراء معين بمائة فاشتره بتسعين . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصلته من الربح وقد حصل له ذلك .

وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها لخط له بائعا من ثمنها بعد لزوم العقد أخبر بشئها قبل أن يحط البائع منها . قال الشافعية وأصحاب أحمد وأبو حنيفة : أنه أن يخبر بالثمن الاول لا غير ، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضا وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة

أما إذا كان هذا الخط في مدة الخيار وقبل لزوم العقد وجب الإخبار به في المراجعة باتفاق . وفي تغيير السلعة بنقص ، كأن تتغير بتلف بعضها أو بولادة أو عيب أو أخذ البائع بعضها كالصوف واللبن الموجود ونحو ذلك فإنه يخبر بالحال على وجهه ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه .

وقال أبو الخطاب من الجناية يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي ، لأن أرش العيب عوض ما فات به ، فيسكن ثمن الموجود هو ما بقي ، وفي أرش الجناية وأرش العيب ، قال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوّم على بكذا ، لأنه صادق فيها أخبر به ، فأشبهه ما لو أخبر بالحال على وجهه

فأما إن جنى المبيع فقدها المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المراجعة لأن هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ، فأشبهه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية ، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهه الدواء كما قلنا .

وأما التغيير بالزيادة فكأن زيادة في ثمنها أو سمها أو تعلم صنعة أو ولادة أو ثمرة مجتناة ، أو كسب عمل يدوي ؛ فهذا إن أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذي اشتراها به .

وإن أخذ النماء المنفصل كالولد أو الثمرة المجتناة أو استخدم الامة أو وطىء الثيب أخبر برأس المسال ولم يلزمه تبين الحال لأن ذلك بمنابة الحدة . وروى

ابن المنذر عن احمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله . وهو قول اسحاق . وقال أصحاب
الرأى فى الغلة يأخذها : لا بأس أن يبيع مراوحة ، وفى الولد والنثرة لا يبيع
مراوحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد .
وعند ابن قدامة من الحنابلة أنه إن كان صادقاً من غير تغرير جاز ، كما لو لم
يزد : ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المراوحة بدون
ذكره كالغلة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة ، ثم قال أخطأت والثمن
مائة وعشرة لم يقبل قوله ، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمى فلم يقبل ،
كما لو أقر له بدين . وإن قال : لى بيته على ذلك لم تسمع ، لأنه كذب بالإقرار
السابق بيته فلم تقبل .

فإن قال أحلفوا لى المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة ، ففيه طريقان
(أحدهما) أنه إن قال ابتعته بنفسى لم يحلف المشتري لأن إقراره يكذبه ، وإن
قال ابتاعه وكيل لى فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لى أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف
لأنه الآن لا يكذبه إقراره .

(والثانى) أنه يبنى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه ،
فإن قلنا إنه كاليمين لم يعرض اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على بيته ، واليمين
لا تسمع . وإن قلنا : أنه كالإقرار عرضنا اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على
الإقرار ، وإقراره مقبول .

(الشرح) ثم انتقل المصنف رحمه الله الى التغير بالزيادة :

ومن التغير بالزيادة أن يعمل فيها عملاً ، كأن يقصرها تجميلاً لها أو يرفوها
أو يحكمها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مراوحة أخبر بالحال على وجهه .
وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراوحة ، أو اشترى
اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما يبيع نصيبه مراوحة بالثمن الذى أداه فيه ،

فذلك قسبان (أحدهما) أن يكون المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه . هكذا نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه ، لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه . وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

قال الشافعي : يجوز بيعه بخصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل ما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بخصته من الثمن . ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيباً رده بخصته من الثمن .

وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به

قال ابن قدامة : ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه ، فصار هذا كالحرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه ، وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه .

وكونه لا طريق له سوى التقويم ، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذته الناس طريقاً لإسقاطها فيؤدى إلى تفويتها بالكفاية ، وهمنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة . هكذا ملخصاً من السبكي وابن الرفعة وشارح المنهاج من الشافعية وابن قدامة وابن عساكر والخزقي من الحنابلة ومجمع البحر ومراقى الفلاح من الحنفية ، والبغية والسكفاية والشرحين السكبر والعزيز من المالكية ، ونيل الأوطار وفتح الباري وشرح القسطلاني على البخاري والفتاوى السكبري لابن تيمية والمحلل لابن حزم من كتب المحدثين

قال المصنف رحمه الله :

(باب النجش والبيع على بيع أخيه ، وبيع الحاضر للبادي ، وتاقى الركبان والتسمير ، والاحتكار)

ويحرم النجش ، وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره ، والدليل عليه ما روى

ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش ، ولأنه خديعة ومكر ، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح ، لأن النهى لا يعود الى البيع فلم يمنع صحته ، كالبيع في حال النداء ، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدايس . وإن كان النجش بمواطاة من البائع ففيه قولان .

(أحدهما) أن له الخيار بين الإمساك والرد ، لأنه دلس عليه فثبت له الرد ، كالمو دلس عليه بعيب

(والثاني) لا خيار له ، لأن المشتري فرط في ترك التأمل وترك التفويض الى من يعرف بمن المتاع

الشرح : -

هذا الباب يشتمل على الأنواع الآتية :

(النجش) وهو في اللغة بفتح النون وسكون الجيم بعدها شين معجمة ، وهو تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد .

يقال : نجشت الصيد أنجشته - من باب نصر - وفي الشرع الزيادة في السلعة ويقع ذلك بمواطاة البائع فيشتركان في الاثم ، ويقع ذلك بغير علم المشتري ، فيستفيد الناجش ، وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشترى بها لغيره .

قال الشافعي : النجش أن يحضر السلعة تباع فيعطى بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتمدى به السوءام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه . وقال ابن قتيبة «النجش الختل والخديعة ، ومنه قيل للصائد ناجش ، لأنه يخلل الصيد»

(١) في حاشية الاصل «الناجش الذي يحوش الصيد . والنجش أن تزيد في البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك ، وفي الحديث لا تناجشوا

قال ابن بطال : أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله ، واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك : ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك ، وهو قول أهل الظاهر ، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صنعته : والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار وهو قول الحنفية ، وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقدم ، وقد فسره ابن عبد البر وابن حزم وابن العربي بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ووافقهم على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية وهو تقييد للنص بغير مقتض لتقييد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول : افسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن ، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل ، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع ، لما ذكرناه في النجش .

(الشرح) أما حديث ابن عمر فقد رواه البخارى ومسلم . وأما حديث أبي هريرة فهو متفق عليه ، وللنسائي : من طريق ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر .

وفي رواية أحمد عن ابن عمر لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له ، وقد تنابعت أحاديث النهي عن أبي هريرة عند الشيخين وعن عقبة بن عامر عند مسلم .

وقوله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع ، إلا كثر بإثبات الياء على أن لا نافية ، ويحتمل أن يكون استثناء من الحكمين ، ويحتمل أن يختص بالآخر ، والخلاف في ذلك وبين الراجح مستوفى في الأصول .

ويدل على الثاني في خصوص هذا المقام رواية البخارى التي ذكرناها

(قوله) « لا يخطب الرجل إلخ » ، وسيأتي الكلام على الخطبة في المناكحات إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يدخل على سوم أخيه ، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه ، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه ، ولأن في ذلك إفساداً أيضاً وإنجاشاً فلم يحل ، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له ، جاز لغيره أن يطلبه ، لأنه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان .

أحدهما : يحرم ، والثاني : لا يحرم ، كالتولين في الخطبة على خطبة أخيه ، وأما إذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء أن يطلبها وي زيد في ثمنها ، لما روى أنس رضي الله عنه عن رجل من الانصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ذلك له فقال : ما عندى شيء ، أذهب فأتى بما كان عندك ، فذهب لجماء مجلس وقدح ، فقال يا رسول الله هذا المجلس وقدح ، فقال من يشتري هذا المجلس والقدح ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال من يزيد على درهم ؛ فسكت القوم . قال من يزيد على درهم ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين ، قال : هما لك ، ثم قال ان المسألة لا تحل إلا لثلاثة لذي دم موجه ، أو فقر مدقع ، أو غرم مفضع ، ولأن في النداء لا يقصد رجلاً بعينه ، فلا يؤدي إلى النجش والافساد .

(الشرح) قوله « ولا يسوم » صورته أن يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول المالك رده لا يبيعه خيراً منه بثمنه ، أو يقول للمالك : استرده لا اشتريه منك بأكثر ، وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن ، وركون أحدهما إلى الآخر . فان كان ذلك

تصريحا فقد قال في فتح الباري : لا خلاف في التحريم ، وان كان ظاهراً فقيه
وجهان في المذهب .

وقال ابن حزم : إن لفظ الحديث لا يدل على اشتراط الركون ، وتعقب بأنه
لا بد من أمر مبين لموضع التحريم في السوم لأن السوم في السلعة التي تباع فيمن
يزيد لا يحرم اتفاقاً كما حكاه في الفتح عن ابن عبد البر فتبين أن السوم المحرم
ما وقع فيه قدر زائد على ذلك ، وأما صورة البيع على البيع ، والشراء على الشراء
فهو ان يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار : افسخ لأبيعتك بأنقص ، أو يقول
للبيع افسخ لأشترى منك بأزيد . قال في فتح الباري : وهذا يجمع عليه .

وقد اشترط بعض الشافعية في التحريم أن لا يكون المشتري مغبوناً غيبنا
فاحشاً وإلا جاز البيع على البيع ، والسوم على السوم لحديث : الدين النصيحة .
وأجيب عن ذلك بأن النصيحة لا تنحصر في البيع على البيع والسوم على
السوم لأنه يمكن أن يعرفه أن قيمتها كذا فيجمع بذلك بين المصلحين كذا
في الفتح .

قال الشوكاني : وقد عرفت أن أحاديث النصيحة أعم مطلقاً من الأحاديث
القاضية بتحريم أنواع من البيع فيبني العام على الخاص .

واختلفوا في صحة البيع المذكور فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم وذهبت
الحنابلة والمالكية إلى فساده في إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم في المحلى
وابن تيمية في فتاواه الكبرى .

والخلاف يرجع إلى ما تقرر في الأصول من أن النهي المقتضى للفساد هو النهي
عن الشيء لذاته ، ولو وصف ملازم لا الخارج .

وأما حديث أنس فقد رواه أحمد والترمذي وحسنه وقال لا نعرفه إلا من
حديث الأخصر بن عجلان عن أبي بكر الحنفى عنه ، وأخرجه أيضاً أبو داود
والنسائي ، وأعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفى ، ونقل عن البخارى أنه
قال لم يصح حديثه ، ولفظ الحديث عند أبي داود وأحمد أن النبي صلى الله عليه
وسلم نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه ، فقال رجل هما على بدرهم ، ثم قال
أحرهما على بدرهمين ، وفيه إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة ، .

والجلس بكسر الحاء المهملة وسكون اللام كسواء رقيق يكون تحت برذعة البعير
قاله الجوهري ، والجلس البساط. أيضاً ومنه حديث كن جلس بينك حتى يأتبك
يد خاطئة أو مية قاضية ، كذا في النهاية لابن الاثير قوله « فيمن يزيد ، فيه دليل
على جواز بيع المزايدة وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي (ص) .

وحكى البخاري عن عطاء أنه قال أدركت الناس لا يرون بأساً في بيع المغانم
فيمن يزيد ، ووصله ابن أبي شيبة عن عطاء ومجاهد وروى هو وسعيد بن منصور
عن مجاهد قال لا بأس ببيع من يزيد ، وكذلك كانت تباع الاخماس .

وقال الترمذي عقب حديث أنس المذكور : والعمل على هذا عند بعض
أهل العلم لم يروا بأساً ببيع من يزيد في الغنائم والموارث .
قال ابن العربي : لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب
واحد والمعنى مشترك .

قال الإمام الشوكاني : ولعلمهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن
الجارود والدارقطني قيداً لحديث أنس المذكور وليسكن لم ينقل أن الرجل الذي
باع عنه صلى الله عليه وسلم القدح والجلس كانا معه من ميراث أو غنيمة فالظاهر
الجواز مطاقاً ، إما لذلك ، وإما لإلحاق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجاً مخرج
الغالب لهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة ، ومن قال باختصاص
الجواز بهما الاوزاعي وإسحاق .

ثم قال الشوكاني رحمه الله تعالى : وروى عن النخعي أنه كره بيع المزايدة ،
واخرج بحديث جابر الثابت في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال في مدبره من
يشتريه مني ، فاشتره نعيم بن عبد الله بشاة مائة درهم ، واعترضه الاسماعيلي
فقال ليس في قصة المدبر بيع المزايدة . فإن بيع المزايدة أن يعطى به واحد ثم
ثم يعطى به غيره زيادة عليه ، نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من
حديث سفيان بن وهب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع المزايدة
لكن في اسناده ابن لهيعة وهو ضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس اليه في البلد ، فإذا باع اتسع ، وإذا لم يبع ضاق ، فيجىء اليه سمسار فيقول : لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا ، وأزيد في ثمنها ، لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع حاضر لباد ، قلت ما لا يبيع حاضر لباد ؟ قال : لا يكون سمساراً ، وروى جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإن خالف وباع له صح البيع ، لما ذكرناه في النجش ، فإن كان البلد كبيراً لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لأن المنع لحوف الاضرار بالناس ، ولا ضرر ههنا .

(الشرح) حديث ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ . أخرجه الجماعة إلا الترمذي . وقوله : حاضر لباد ، الحاضر ساكن الحضر والبادى ساكن البادية . قال في القاموس : الحاضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية ، والحضارة الإقامة في الحضر ، وتبدي أقام في البادية ، والنسبة يداوى وبدوى ، وبدا القوم خرجوا الى البادية وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة إلا البخارى ؛ وفي مسند أحمد من طريق عطاء بن السائب عن عبيد بن عمير بالمهمة ابن أبي يزيد عن أبيه حدثني أبي قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإذا استنصح الرجل فلينصح له ، ورواه البيهقي من حديث جابر مثله

قال الشافعى في الأم بعد سوق الحديتين ، حديث ابن عمر وحديث جابر ، وليس في النهي عن بيع حاضر لباد بيان معنى ، والله أعلم لم نهى عنه ، إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالاسواق ، ولحاجة الناس الى ما قدموا به . ومستغلي المقام فيكون أدنى الى ما يبيع الناس من سلعمهم ، ولا بالاسواق فيرخصوها لهم ، فنهوا — والله أعلم — لئلا يكون سبباً لقطع ما يرجى من رزق المشتري من أهل

البادية لما وصفت من إرخاصه منهم . فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث ، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ، لأن البيع لو كان مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلى هو أو باد مثله بيعها ، فيكون كسدا لها ، وأخرى أن يرزق مشتره منه بإرخاصه إياها يا كسادها بالأمر الأول من رد البيع وغرة البادى الآخر ، فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجوز فيه — والله أعلم — إلا ما قلت من أن بيع الحاضر للبادى جائز غير مردود ، والحاضر منهى عنه . اه

والشوكانى يرى أن أحاديث الفصل تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادى من غير فرق بين أن يكون البادى قريباً له أو أجنبياً ، وسواء كان فى زمن الغلاء أو لا ، وسواء كان يحتاج إليه أهل البلد أم لا ، وسواء باعه له على التدرج أم دفعة واحدة .

وقالت الحنفية : أنه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر . وقالت الشافعية ووافقهم الحنابلة أن الممنوع إنما هو أن يحىء البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت فى الحال فىأتمه الحاضر فىقول : ضعه عندى لا يبعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر .

وقال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى : فجعلوا الحكم منوطاً بالبىادى ومن شاركه فى معناه ، قالوا وإنما ذكر البادى فى الحديث لىكونه الغالب فألحق به من شاركه فى عدم معرفة السعر من الحاضرين ، وجعلت المالكية البادى فبدأ .

وعن مالك لا يلتحق بالبدوى فى ذلك إلا من كان يشبهه ، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق فليسوا داخلين فى ذلك .

وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهى للتحريم إذا كان البائع عالماً ، والمبتاع بما تعم الحاجة إليه ، ولم يعرضه البدوى على الحضرى ، ولا يخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه الأمور من التخصيص بمجرد الاستنباط . وقد ذكر ابن دقيق العيد فيه تفصيلاً حاصله أنه يجوز التخصيص به حيث يظهر المعنى لا حيث يكون خفياً على أن الشوكانى رحمه الله من مجتهدى الهادوية يتردد فى قبول هذه القاعدة

التي أخذ بها الجمهور فيقول: فاتباع اللفظ أولى ولكنه - أي الاستنباط - لا يطعن
 الخاطر إلى التخصيص به مطلقاً، ثم يقول: فالبقاء على ظواهر النصوص الأولى
 فيكون بيع الحاضر للبادي محرماً على العموم، وسواء كان بأجرة أم لا .

وروى عن البخاري أنه حمل النهي على البيع بأجرة لا بغير أجرة، فإنه من
 باب النصيحة . وروى عن عطاء ومجاهد وأبي حنيفة أنه يجوز بيع الحاضر للبادي
 مطلقاً، وتمسكوا بأحاديث النصيحة . وروى مثل ذلك عن الهادي وقالوا: إن
 أحاديث الباب منسوخة . واستظهروا على الجواز بالقياس عن توكيل البادي
 للحاضر فإنه جائز، وردد الشوكاني رفضه لهذا الجواز بقوله ويجاب عن تمسكهم
 بأحاديث النصيحة بأنها عامة مخصصة بأحاديث

ثم قال: فإن قيل إن أحاديث النصيحة وأحاديث الباب بينها عموم وخصوص
 من وجه؛ لأن بيع الحاضر للبادي قد يكون على غير وجه النصيحة، فيحتاج
 حينئذ إلى الترجيح من خارج كما هو شأن الترجيح بين العمومين المتعارضين؛
 فيقال المراد ببيع الحاضر للبادي - الذي جعلناه أخص مطلقاً - هو البيع الشرعي
 بيع المسلم للمسلم الذي يفنه الشارع الأمة، وليس بيع الغش والجداع داخل في
 مسمى هذا البيع الشرعي، كما أنه لا يدخل فيه بيع الربا وغيره مما لا يحل شرعاً،
 فلا يكون البيع باعتبار ما ليس ببيعاً شرعياً أعم من وجه حتى يحتاج إلى طاب
 مرجح بين العمومين، لأن ذلك ليس هو البيع الشرعي

ويجاب عن دعوى النسخ بأنها إنما تصح عند العلم بتأخر النسخ، ولم ينقل
 ذلك؛ ويرفض الشوكاني القياس لأنه فاسد الاعتبار لمصادمته النص، ثم يجعل
 حكم البيع حكم الشراء مستنداً إلى ما أخرجه أبو عوانة في صحيحه عن ابن سيرين
 قال: لقيت أنس بن مالك فقلت لا يبيع حاضر لباد، أنهم يتم أن تبيعوا أو تباعوا
 لهم؟ قال نعم، قال محمد، صدق، إنها كلمة جامعة

على أن الشافعي رضي الله عنه في تصحيحه للبيع مع الإثم يستدل بالحديث
 نفسه ولا يستدل بقياس أو قرينة فيقول، فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم
 الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه. لأن البيع لو كان يكون

مفسوخا لم يكن في بيع الحاضر للبادي الا الضرر على البادي من أن يجبس سلعته الى آخر ما أورد في الأم ، وسبق نقله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله (ص) نهى أن يتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل ، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجس ، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق ، ولأنه غرم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب .

وان بان لهم أنه لم يغبنهم فقيه وجهان ، أحدهما ، أن لهم الخيار للخبر ، والثاني ، لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس ، وان خرج الى خارج البلد الحاجة غير التلقى فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، يجوز ، لأنه لم يقصد التلقى ، والثاني ، لا يجوز ، لأن المنع من التلقى للبيع ، وهذا المعنى موجود وان لم يقصد التلقى فلم يحز

(الشرح) أما فصل تحريم تلقى الركبان فان حديث ابن عمر رواه الشيخان ورواه أيضا من طريق عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ ، نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع ، ورواه الجماعة الا البخارى عن أبي هريرة رضى الله عنه بلفظ ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الجلب ، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق ، وقد ذكره الشافعى في الأم بسنده .

أما لغات الفصل فقوله ، بكساد ، من باب قتل كساداً لم يتفريق أقله الرغبات ، فهو كاسد وكسيد ، ويتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله . وكسدت السوق فهي كاسد بغير هاء في الصحاح ، وبالهاء في التهذيب ، ويقال أصل الكساد الفساد .

قوله « الجلب » بفتح اللام مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب ، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة .

قوله « الركبان » جمع ركب ، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الأرزاق والبضائع . وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عدداً ركبانياً ، ولا مفهوم له ، بل لو كان الجالب عدداً مشاةً أو واحداً ، ركبياً أو ماشياً لم يختلف الحكم .

أما الأحكام في هذه الأحاديث دليل على أن التلقي محرم ؛ وقد اختلف في هذا النهي هل يقتضى الفساد أم لا ؟ فقيل يقتضى الفساد وقيل لا ، وهو الظاهر وقد عقب الشيخ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (الجسد) في كتابه المنتقى على حديث أبي هريرة بقوله : وفيه دليل على صحة البيع

قال الشوكاني رحمه الله تعالى : لأن النهي هنا الأمر خارج ، وهو لا يقتضيه كما تقرر في الأصول ، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة ، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف .

قال الشافعي في الأم : وقد سمعت في هذا الحديث - يعني حديث أبي هريرة بعد أن ساقه أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا السلم - فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق ، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً . ففي هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشترها فالبيع جائز ، غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لأن تلقيها حين يشتري من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرر له يوجد النقص من الثمن ، فإذا قدم صاحب السلعة فهو بالخيار بين انقضاء البيع ورده ولا خيار للمتلقى لأنه هو الغارر لا المغرور . اهـ

قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحسكية في السياسة الشرعية : « ومن المنكرات تلقي السلع قبل أن تجيء إلى السوق ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن ذلك لما فيه من تغرير البائع ، فإنه لا يعرف السعر فيشتري منه المشتري بدون القيمة ، ولذلك أثبت له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار إذا دخل السوق ، ولا نزاع في ثبوت الخيار له مع الغبن . وأما ثبوته بلا غبن فقيه عن أحمد روايتان

(إحدهما) يثبت وهو قول الشافعي لظاهر الحديث (والثانية) لا يثبت لعدم الغبن، ولذلك ثبت الخيار المشتري المسترسل إذا غبن، وفي الحديث «غبن المسترسل ربا»، وفي تفسيره قولان (أحدهما) أنه الذي لا يعرف قيمة السلعة (والثاني) وهو المنصوص عن أحمد أنه الذي لا يماكس؛ بل يسترسل إلى البائع ويقول: أعطى هذا.

وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبيعوا المسترسل بغيره. وهذا مما يجب على وإلى الحسبة إنكاره؛ وهذا بمنزلة تلقي السالم، فإن القادم جاهل بالسعر. ثم قال ابن القيم:

ومن هذا تلقى سوقة الحجيج الجلب من الطريق، وسبقهم إلى المنازل يشتررون الطعام والعلف ثم يبيعونه كما يريدون فيمنعهم وإلى الحسبة من التقدم لذلك حتى يقدم الركب، لما في ذلك من مصلحة الركب ومصلحة الجالب، ومتى اشتروا شيئا من ذلك منعهم من بيعه بالغبن الفاحش

ومن ذلك نهى النبي (ص) «أن يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، قيل لابن عباس: ما معنى قوله «لا يبيع حاضر لباد»؟ قال: «لا يكون له سمسار»، وهذا النهي لما فيه من ضرر المشتري فإن المقيم إذا وكله القادم في بيع سلعة يحتاج الناس إليها، والقادم لا يعرف السعر أضرب ذلك بالمشتري كما أن النهي عن تلقي الجلب لما فيه من الأضرار بالبائعين، اهـ

(قلت) وقد ذهب إلى الأخذ بظاهر الحديث الجمهور فقالوا: لا يجوز تلقي الركبان، واختلفوا هل هو محرم أو مكروه فقط. وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة أنه أجاز التلقي وتعقبه الحافظ ابن حجر بأن الذي في كتب الحنفية أنه يكره التلقي في حالتين (الأولى) أن يضر بأهل البلد (والثانية) أن يلبس السعر على الواردين. والتنصيص على الركبان في بعض الروايات خرج مخرج الغالب، وحكم الماشي حكم الراكب من غير فرق. دليلنا حديث أبي هريرة المذكور فإن فيه النهي عن تلقي الجلب من غير فرق. وكذلك حديث ابن مسعود المذكور، فإن فيه النهي عن تلقي البيوع. وقد أوضحنا في الخيار قول ابن القيم، ونزيدك إيضاحا بما قاله الشوكاني. قال:

اختلفوا هل يشبث له الخيار مطلقاً أو بشرط أن يقع له في البيع غبن ، ذهب
 الحنابلة إلى الأول وهو الأصح عند الشافعية وهو الظاهر ، وظاهره أن النهي
 لأجل صنعة البائع ، وإزالة الضرر عنه ، وصيانته من يحدده . قال ابن المنذر :
 وحله مالك على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة ، وإلى ذلك جنح
 الكوفيون والاوزاعي : قال : والحديث حجة للشافعي لأنه أثبت الخيار للبائع
 لا لأهل السوق اه .

وقد احتج مالك ومن معه بما وقع في رواية من النهي عن تلقى السلع حتى
 تهبط الأسواق ، وهذا لا يكون دليلاً لمدهام لأنه يمكن أن يكون ذلك رعاية
 لمنفعة البائع ، لأنها إذا هبطت الأسواق عرف مقدار السعر فلا يحدع ولا مازع
 من أن يقال : العلة في النهي مراعاة نفع البائع ، ونفع أهل السوق .

واعلم أنه لا يجوز تلقىهم للبيع منهم ، كما لا يجوز للشراء منهم لأن العلة التي
 هي مراعاة نفع الجالب أو أهل السوق أو الجميع حاصلة في ذلك ، وبدل على ذلك
 ما رواه البخاري بلفظ . لا يبيع ، فإنه يتناول البيع لهم والبيع منهم ، وظاهر
 النهي المذكور في الباب عدم الفرق بين أن يتلقى الجالب بطلب الشراء
 أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشافعية في النهي أن يكون المتلقى الجالب
 بطلب الشراء أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشافعية في النهي أن يكون
 المتلقى هو الطالب ، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقى قاصداً لذلك ، فلو خرج
 للسلام على الجالب أو للفرجة أو للحاجة أخرى ، فوجدهم فبايعهم لم يتناوله النهي
 ومن نظر إلى المعنى لم يفرق . وهو الأصح عند الشافعي ، وشرط امام الحرمين
 في النهي أن يكذب المتلقى في سعر البلد ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل .

وشرط المتولي من الأصحاب (١) أن يخبرهم بكثرة المشونة عليهم في الدخول ،
 وشرط المصنف رحمه الله تعالى أن يخبرهم بكساد ما معهم . قال الشوكاني : والكل
 من هذه الشروط لا دليل عليه ، والظاهر من النهي أيضاً أنه يتناول المسألة القصيرة
 والطويلة ، وهو ظاهر إطلاق الأصحاب .

(١) إذا قلت : الأصحاب أو أصحابنا في عزو الأقوال قصدت الإئمة من
 فقهاء المذهب .

وقال بعض المالكية : ميل . وقال بعضهم أيضاً : فرسخان ، وقال بعضهم يومان . وقال بعضهم : مسافة قصر . وبه قال الثوري ، وأما ابتداء التلقي فقبيل الخروج من السوق ، وإن كان في البلد ، وقبل الخروج من البلد ، وهو قول أصحابنا ، وبالأول قال أحمد وإسحاق والليث والمالكية .

وقول المصنف رحمه الله تعالى : ولأن هذا تدليس وغرر ، قلت : التدليس كتم البائع عيب السلعة من المشترى وإخفائه ويقال أيضاً : دلس دلساً من باب ضرب والتشدبب أشهر في الاستعمال ، قال الأزهرى : سمعت أعرابياً يقول : ليس لي في الأمر وليس ولا دلس : أى لا خيانة ولا خديعة ، والدلسة بالضم الخديعة أيضاً ، وقال ابن فارس وأصله من الدلس وهو الظلمة .

أما التدليس عند المحدثين فهو إما تدليس في الاستناد وهو بأن يروى عن معاصر مالم يحدثه به ويأتى بلفظ يوهم إتصلاً كعن ، وأن وقال فإذا قال الراوى عن فلان فإن كان يروى ذلك عن شخص لم يعاصره أو عاصره وثبت أنه لم يلاقه جزئياً بأن روايته منقطعة ، وإن كان معاصراً له — ولم نعلم أن كان لقيه أو لا : أو علمنا أنه لقيه ولكن كان الراوى مدلساً توقفاً في روايته ولم نحكم لها بالاتصال إلا إذا ثبت اللقاء والتحديث .

وأما تدليس الأشياخ أن يسمى شيخه أو شيخ شيخه باسم أو كنية أو لقب غير ما اشتهر به وعرف وذلك لستر ضعفه وفي ذلك تفصيل عند المحدثين .
أما الفرر فهو في اللغة الخطر ، وغرته الدنيا غروراً أى خدعته فهم غرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة ، وفي اصطلاح الفقهاء كل بيع يحتمل فيه غبن المبتاع لحديث أبي هريرة الذي رواه الجماعة إلا البخارى ، أن النبي (ص) نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر ، وحديث ابن مسعود عند أحمد وفي روايته يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع ، وقال البيهقي . فيه ارسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه على ابن مسعود كما قال ذلك الدارقطنى في العلل والخطيب وابن الجوزى ولفظه لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ، وقد روى أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهى عن بيع السمك في الماء وهو شاهد لهذا .

وقد مر في أول البيوع من شرح المهذب تفسير وتفصيل بيع الحصة ، وهو أن يقول بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصة ويرى الحصة أو في الأرض ما انتهت إليه الحصة .

والغرر ثبت النهى عنه في أحاديث منها المذكور عن أبي هريرة وابن مسعود ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني ، ومن جملة بيع الغرر بيع السمك في الماء ، وبيع الطير في الهواء ، وبيع المعدوم ، وبيع المجهول ، وبيع الغائب ، وبيع الآبق وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه .

قال النووي النهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً ، ويستثنى من بيع الغرر أمران . أحدهما ما يدخل في المبيع تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، والثاني ما يتسامح بمثله ، أما الحقارته ، أو للمشقة في تمييزه ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين بيع أساس البناء والمبنى في ضرع الدابة والحمل في بطنها والقطن المحشو في الجبة اه .

(قلت) ومن جملة الغرر بيع حبل الحيلة فقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه أحمد ومسلم والترمذي من حديث ابن عمر ، وفي رواية عند أبي داود لفظها أكثر تفصيلاً منهم حيث فيها نهى عن بيع حبل الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت ، وعند الشيخين رواية أكثر تفصيلاً من أبي داود لفظها ، كان أهل الجاهلية يتناعون لحوم الجوزور إلى حبل الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم يحمل التي نتجت فنهى صلى الله عليه وسلم عن ذلك . والأحاديث المذكورة تقضى ببطلان البيع لأن النهى يستلزم ذلك كما تقرر في الأصول .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية الحفيد :

ومن القواعد التي أدخلها قوم من العلماء في الغرر المنهى عنه أنواع من الإيجارات والمشاركات ، كالمساقاة والمزارعة ونحو ذلك . فذهب قوم من الفقهاء إلى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل ، بناء على أنها نوع من الإجارة ؛ لأنها عمل بعوض ، والإجارة لا بد أن يكون فيها الأجر معلوماً لأنها كالنهر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل للسلطان التسعير ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يا رسول الله سعر لنا ، فقال عليه السلام : إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يظلمه في نفس ولا مال

(الشرح) أما فصل تحريم التسعير على السلطان فإن حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وصححه .

أما لغات الفصل فإن التسعير جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء وأسعرته بالآلاف لغة ، ويقال له سعر إذا زادت قيمته ، وليس له سعر إذا فرط رخصه والجمع أسعار مثل حمل وأحمال .

أما أحكام الفصل فقد قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة :
وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعم بما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعم بما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز ، بل واجب

فأما القسم الأول فمثل رواية أنس (التى ساقها المصنف) فإذا كان الناس يبيعون سلعمهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم . وقد ارتفع السعر - إما لقلة الشيء - وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله ، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها ، إكراه بغير حق

وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس اليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى :

ومن ذلك أن يلزم ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها بما يريدون ، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب : فهذا من البغى في الأرض والفساد ، والظلم الذي يحبس به قطر السماء وهؤلاء . يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء . لأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه ، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا ، كان ذلك ظلماً للناس ، ظلماً للبايعين ، الذين يريدون بيع تلك السلع : وظلماً للمشتريين منهم .

فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع ، وحقيقته الزامهم بالعدل ومنعهم من الظلم ، وهذا كما أنه لا يجوز الإكراه على البيع بغير حق ، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق ، مثل بيع المسائل لقضاء الدين الواجب ، والنفقة الواجبة ، ومثل البيع المضطر إلى طعام أو لباس . ومثل الغراس والبناء الذي في ملك الغير فان ارتب الأرض أن يأخذ بقيمة المثل ، ومثل الأخذ بالشفعة . فان للشفيع أن يمتلك الشقص بثمانه قهراً . وكذلك السراية في العتق ، فانها تخرج الشقص من ملك الشريك قهراً ، وتوجب على المعتق المعاوضة عليها قهراً . وكل من وجب عليه شيء من الطعام واللباس والرقيق والمركوب - بحج أو كفارة أو نفقة - فتمى وجده بثمان المثل وجب عليه شراؤه . وأجبر على ذلك . ولم يكن له أن يمتنع حتى يبذل له مجاناً ، أو بدون ثمن المثل . ثم عقد ابن القيم فصلاً آخر قال :

ومن مهننا منع غير واحد من العلماء كأبي حنيفة وأصحابه القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتروا . فانهم إذا اشتروا ، والناس يحتاجون إليهم ، أغلوا عليهم الأجرة ، ثم قال :

(قلت) وكذلك ينبغي لو ألى الحسبة أن يمنع مغسلي الموتى والحالين لهم من الاشتراك ، لما في ذلك من إغلاء الأجرة عليهم ، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعتهم ، كالشهود والدالين وغيرهم ، على أن في شركة الشهود مبطلاً

آخر ، فإن عمل كل واحد منهم متميز عن عمل الآخر ، لا يمكن الاشتراك فيه ، فإن الكتابة متميزة والتحمل متميز والأداء متميز ، لا يقع في ذلك اشتراك ولا تعاون ، فبأى وجه يستحق أحدهما أجره عمل صاحبه ؟ وهذا بخلاف الاشتراك في سائر الصنائع فإنه يمكن أحد الشريكين أن يعمل بعض العمل والآخر بعضه ، ولهذا إذا اختلفت الصنائع لم تصح الشركة على أحد الزوجين ، لتعذر اشتراكهما في العمل ، ومن صحيحها نظر إلى أنها يشتركان فيما تم به صناعة كل واحد منهما من الحفظ والنظر إذا خرج الحاجة ، فيقع الاشتراك فيما يتم به عمل كل واحد منهما ، وإن لم يقع في عين العمل .

وأما شركة الدالين ففيها أمر آخر ، وهو أن الدلال وكيل صاحب السلعة في بيعه ؛ فإذا شارك غيره في بيعها كان توكيلا له فيما وكل فيه ، فإن قلنا ليس للوكيل أن يوكل ، لم تصح الشركة ، وإن قلنا له أن يوكل صححت . فعلى وإلى الحسبة أن يعرف هذه الأمور ويراعيها ، ويراعى مصالح الناس ، وهيمات وهيمات ، ذهب ما هنالك . والمقصود أنه إذا منع القسامون ونحوهم من الشركة : لما فيها من التواطؤ على إغلاء الأجرة ، فمنع البائعين الذين تواطؤوا على ألا يبيعوا إلا بشئ من قدر أولى وأحرى .

وكذلك يمنع وإلى الحسبة المشتريين من الاشتراك في شيء لا يشتريه غيرهم ، لما في ذلك من ظلم البائع .

وأياها إذا كانت الطائفة التي تشتري نوعا من السلع أو تبيعها ، قد تواطؤوا على أن يهضموا ما يشترونه ، فيشتروه بدون ثمن المثل ، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقسموا ما يشتركون فيه من الزيادة . كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان ، وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان ،

ثم قال ابن القيم رضى الله عنه : ولا ريب أن هذا أعظم إثما وعدوانا من تلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، ومن التجش
ثم عقد ابن القيم فصلا لتسمير الأجور خالص منه إلى أن الناس يحتاجون

إلى صناعة طائفة متخصصة ، كالفلاحة والنساجية والبناء وغير ذلك ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، فإنه لا تتم مصالحة الناس إلا بذلك .
 والمقصود أن هذه الأعمال متى لم يقم بها إلا شخص واحد صارت فرضاً معيناً عليه ، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صارت هذه الأعمال مستحقة عليهم ، يجبرهم ولى الأمر عليها بعوض المثل ، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم ، كما إذا احتاج الجنود المرصدون للجهد إلى فلاحة أرضهم . وألزم من صناعته الفلاحة أن يقوم بها ، ألزم الجنود بأن لا يظلموا الفلاح . كما يلزم الفلاح بأن يفلح . ولو اعتمد الجنود والأمراء مع الفلاحين ما شرعه الله ورسوله وجاءت به السنة وفعله الخلفاء الراشدون ، لا كلوا من فوقهم ومن تحت أرجامهم ، وافتح الله عليهم بركات من السماء والأرض ، وكان الذى يحصل لهم من المغل أضعاف ما يحصلونه بالظلم والعدوان ، ولكن بأبى جهامهم وظلمهم إلا أن يرتكبوا الظلم والإثم ، فيمنعوا البركة وسعة الرزق ، فيجتمع لهم عقوبة الآخرة ونزع البركة فى الدنيا (فإن قيل) وما الذى شرعه الله ورسوله ، وفعله الصحابة ، حتى يفعله من وفقه الله ؟

قيل المزارعة العادلة التى يكون فيها الحُـقـُـطـُـع والفلاح على حد سواء من العدل لا يختص أحدهما عن الآخر بشئ . من هذه الرسوم التى ما أنزل الله بها من سلطان " وهى التى خربت البلاد ، وأفسدت العباد ، ومنعت الغيث وأزالت البركات ، وعرضت أكثر الجنود والأمراء لاكل الحرام . وإذا نبت الجسد على الحرام فالنار أولى به .

(١) يصف الفقيه ابن القيم حال البلاد الشامية والمصرية على عهد أمراء المماليك حين يسخرون الفلاحين فى خدمة الأرض ويستغل المقطعون أو ذوو الاقطاعات جهود الفلاحين أسوأ استغلال ، تمنص الأرض عرقهم ، ويأكلون هم وطبقتهم ثمرات هذا العرق ، حتى ألهم الله ابن القيم أن يلهم ظهورهم بسوط الشرع كما ألهموا ظهور الفلاحين بسياط الجيروت ، فرحى لابن القيم مرحى . (المطيعى ،

ومضى ابن القيم في هذا الاستطراد من أمور المساقاة والمزارعة والجمالة ما ندعه لسوقه في موطنه ، لأنه يقول :

وهذه المسألة ذكرت استطراداً ، والا فلما قصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات - كالفلاحين وغيرهم - اجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب ، فهذا تسعير في الاعمال .

وأما التسعير في الأموال ، فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد وآلات فعلى أربابه أن يبيعه بعوض المثل ولا يمكنوا من حبسه إلا بما يريدونه من الثمن ، والله تعالى قد أوجب الجهاد بالنفس والمال ، فكيف لا يجب على أرباب السلاح بذله بقيمته ؟ ومن أوجب على العاجز بيده أن يخرج من ماله ما يجب به الغير عنه ولم يوجب على المستطيع بماله أن يخرج ما يجاهد به الغير فقوله ظاهر التناقض . وهذا أحد الروايتين عن أحمد وهو الصواب

ثم قال الفقيه العلامة مستطرداً

(فصل) وإنما لم يقع التسعير في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً ، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ، بل يشتره الناس من الجاهلين ؛ ولهذا جاء الحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

وكذلك لم يكن في المدينة حائك ، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها . ثم قال (فصل في التسعير)

وقد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين

(احدهما) إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأعلى من ذلك

فإنه يمنع من ذلك عند مالك ، وهل يمنع من النقصان ؟ على قولين

واحتج مالك رحمه الله بما رواه في موطنه عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيداً له بالسوق . فقال له عمر : أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا ،

قال مالك : لو أن رجلا أراد فساد السوق فخط عن سعر الناس ، لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت ، وأما أن يقول للناس كلهم : لا تبيعوا إلا بسعر كذا فليس ذلك بالصواب ، وذكر حديث عمر بن عبد العزيز في أهل الأبله ، حين خط سعرهم لمنع البحر ، فكتب : دخل بينهم وبين ذلك ، فإنما السعر بيد الله .

قال ابن رشد في كتاب البيان :

أما الجلابون فلا خلاف في أنه لا يسعر عليهم شيء مما جلبوه ، وإنما يقال لمن شد منهم فباع بأعلى مما يبيع به العامة : أما أن تبيع بما تبيع به العامة ، وأما أن ترفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبي بلعة ، إذ مر به وهو يبيع زبيباً له في السوق فقال له : أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا ، لأنه كان يبيع بالدم الواحد أقل مما كان يبيع به أهل السوق .

وأما أهل الحراثيت والأسواق الذين يشترون من الجلابين وغيرهم جملة ، ويبيعون ذلك على أيديهم مقطعا مثل اللحم . والأدم ، والفواكه ، فقيل : انهم كالجلابين : لا يسعر لهم شيء من بياعاتهم ، وإنما يقال لمن شد منهم وخرج عن الجمهور : أما أن تبيع كما يبيع الناس وأما أن ترفع من السوق ، وهو قول مالك في هذه الرواية .

ومى روى عنه ذلك من السلف عبد الله بن عمر ، والقاسم بن محمد . وسالم ابن عبد الله قبلهم في هذا بخلاف الجلابين ، لا يتركون على البيع باختيارهم إذا أغلوا على الناس ، ولم يقتنعوا من الربح بما يشبهه .

وعلى صاحب السوق الموكل بمصلحته أن يعرف ما يشترون به ، فيجعل لهم من الربح ما يشبهه ، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك . ويتفقد السوق أبداً ، فيمنعهم

(:) في كلام ابن رشد هما ما رسم صورة صادقة لما يقوم به مفتشو وزارة اتموين في القضاء على السوق السوداء واختزان السلع وحجبها عن محتاجها لإغلاء سعرها واحتكارها وهي ظاعمة يظنون أنها حصارية عصرية وهم في الحقيقة لم يبلغوا شأوا الإسلام في رسم أسباب العدل والرحمة ويا حبذا لو أخذ الناس في طرائق العيش أخذ أسلافهم لانعدم الجشع الأشمعي بين التجار .

من الزيادة على الربح الذي جعل لهم فن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك في رواية أشهب ، واليه ذهب ابن حبيب . وقال به ابن المسيب ويحيى بن سعيد ، والليث وربيعة ، ولا يجوز عند أحد من العلماء أن يقول لهم لا تبيعوا إلا بكذا وكذا ، ربحتم أو خسرتم ؛ من غير أن ينظر الى ما يشترون به ولا أن يقول لهم فيما قد اشتروه لا تبيعوه إلا بكذا وكذا ، مما هو مثل الثمن أو أقل . وإذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون ، لم يتركهم أن يغلوا في الشراء وإن لم يبدوا في الربح على القدر الذي حدد لهم ، فإنهم قد يتساهلون في الشراء إذا علموا أن الربح لا يفوتهم .

وأما الشافعي فإنه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضى الله عنه ، أنه مر بحاطب بن أبي بلتعنة بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فقال له : مدين لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زيبياً ، وهم يغتزون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر وأما أن تدخل زبيبك البيت ؛ فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه : ثم أتى حاطباً في داره فقال : إن الذي قلت لك ليس عزيمة منى ، ولا قضاء إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبيع وكيف شئت فبيع .

قال الشافعي : وهذا الحديث مستقضى وليس بخلاف لما رواه مالك . ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه . وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول . لأن الناس مسلطون على أموالهم . ليس لأحد أن يأخذها أو شيئاً منها بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي تلزمهم . وهذا ليس منها .

وعلى قول مالك فقال أبو الوليد الباجي : الذي يؤمر به من حط عنه أن يلحق به . هو السعر الذي عليه جمهور الناس . فإذا انفرد منهم الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمر باللاحق بسعر الناس أو ترك البيع فإن زاد في السعر واحد أو عدد يسير . لم يؤمروا باللاحق بسعره . لأن المراعى حال الجمهور . وبه تقوم المبيعات . وهل يقام من زاد في السوق — أى في قدر المبيع بالدراهم — كما يقام من نقص منه ؟

قال ابن القصار من المالكية : اختلف أصحابنا في قول مالك ، ولكن من حظ سحراً ، فقال البغداديون : أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية ، وقال قوم من البصريين : أراد من باع ثمانية ، والناس يبيعون خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة .

قال : وعندى أن الأمرين جميعاً ممنوعان ، لأن من باع ثمانية - والناس يبيعون خمسة - أفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة .

قال أبو الوليد الباجي : ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق .

وأما الجالب ، ففي كتاب محمد - يعنى ابن الحسن - لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس . وقال ابن حبيب : ما عدا القمح والشعير بسعر الناس وإلا رفعوا ، وأما جالب القمح والشعير ، فيبيع كيف شاء ، إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق ، إن أرخص بعضهم تركوا ، وإن أرخص أكثرهم ، قيل لمن بقى أما أن تباع كبيعهم ، وأما أن ترفعوا .

قال ابن حبيب : وهذا في المكييل والموزون ، ما كولا كان أو غيره ، دون ما لا يكال ولا يوزن ، لأنه لا يمكن تسعيره ، لعدم التماثل فيه .

قال أبو الوليد : هذا إذا كان المكييل والموزون متساويين : فإذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون .

وأما المسألة الثانية التي تنازعوا فيها من التسعير ، فهي أن يحدل أهل السوق حدا لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب فهذا منع منه الجمهور . حتى مالك نفسه في المشهور عنه . ونقل المنع أيضاً عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد . وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين : لحم الضأن بكذا ولحم الإبل بكذا . وإلا أخرجوا من السوق . قال : إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به . ولكن أخاف أن يقوموا من السوق .

واحتج أصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم ولا يجر الناس على البيع . وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده ولي الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبايع والمشتري .

وأما الجمهور فاحتجوا بما رواه أبو داود وغيره من حديث الملا بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : بل أدعو الله ، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال بل الله يرفع ويخفض ، وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة ،

قالوا ولأن إجبار الناس على ذلك ظلم .

وأما صفة ذلك عند من جوزه : فقال ابن حبيب : ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم ، استظهاراً على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبرهم على التسعير ولكن عن رضى .

قال أبو الوليد الباجي : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشتريين ، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من غير رضا ، بما لا يرجح لهم فيه ، أدى ذلك إلى فساد الاسعار وإخفاء الاقوات وإتلاف أموال الناس

قال شيخ الإسلام (١) ابن تيمية (الحفيد) فهذا الذي تنازعا فيه ، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بشئ المثل فامتنع . قال ابن القيم : ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله هو المسعر القابض الباسط ، وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قيل له هذه قضية معينة وإيست لفظاً عاماً ، وإيست فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب

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

الناس في المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه - كما جرت به العادة ، ولكن الناس تزايدوا فيه - فهنا لا يسعر عليهم

وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصاة من العبد المشترك فقال : من أعتق شريكاً له في عبد - وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ، فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد ، فلم يكن المالك أن يساوم المعتق بالذي يريد فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذي لم يعتقه لتكميل الحرية في العبد ، قدر عوضه بأن يقوّم جميع العبد قيمة عدل ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك في نصف القيمة ، لا في قيمة النصف عند الجمهور

وصار هذا الحديث أصلاً في أن مالا يمكن قسمة عينه فإنه يباع ويقسم ثمنه إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتنع على البيع . وحكى بعض المالكية ذلك إجماعاً . وصار ذلك أصلاً في أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل ، لا بما يريد من الثمن . وصار ذلك أصلاً في جواز اخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة كما في الشفعة ؛ وأصلاً في وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن .

والمقصود أنه إذا كان الشارح يوجب اخراج الشيء عن ملك مالكة بعوض المثل ، لمصلحة تكميل العتق ، ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة ، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم ، وهم إليها أعوز ؟ مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره .

وهذا الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم من تقويم الجميع قيمة المثل ، هو حقيقة التسمير . كذلك سلط الشريك على انتزاع الشقة المشفوع فيه من يد المشتري بثمنه الذي ابتاعه به لزيادة عليه لأجل مصلحة التكميل لو اُحد فكيف بما هو أعظم من ذلك ؟ فإذا جوز له انتزاعه منه بالثمن الذي وقع عليه العقد لا بما شاء المشتري من الثمن لأجل هذه المصلحة الجزئية ، فكيف إذا اضطر إلى ما عنده من طعام وشراب ولباس وآلة حرب ؟

وكذلك إذا اضطر الحاج إلى ما عند الناس من آلات السفر وغيرها ، فعلى

ولى الأمر أن يجبرهم على ذلك بضمن المثل . لا بما يريدونه من الثمن ، وحديث العتق أصل في ذلك كله .

ثم عقد ابن القيم فصلاً نختم به بحثنا في التسعير قال :
(فصل) فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان لا يجدون سواه ، أو النزول في خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدفنون بها ، أو رضى للطحن ، أو دلو لنزع الماء : أو قدر أو فأس أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ، لكن هل له أن يأخذ عليه أجرأ ، فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد . ومن جوز له أخذ الاجرة حرم عليه أن يأخذ زيادة على أجره المثل قال شيخنا - يعنى شيخ الاسلام ابن تيمية - : والصحيح أنه يجب عليه بذل ذلك مجاناً ، كما دل عليه الكتاب والسنة . قال تعالى (فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يرامون ، ويمنعون الماعون)

قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة : هو إغارة القدر والدلو والفاطس ونحوها ، وفي الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم - وذكر الخيل - قال : هي لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر . فأما الذى هو له أجر فرجل ربطها في سبيل الله ، وأما الذى هو له ستر . فرجل ربطها تغنياً وتعففاً . ولم ينس حق الله في رقابها ، ولا في ظهورها ،

وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً : من حق الإبل إغارة دلوها ، وإطراق فحلها ، وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن عصب الفحل ، أى عن أخذ الأجرة عليه ، وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يمتنع جار جاره أن يفرز خشبة في جداره ،

ويعضى شيخ الاسلام ابن تيمية فيقول كما يحكيه عنه تلميذه وصنو حياته وعلمه : ولو احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره من غير ضرر لأصحاب الأرض ، فهل يجبر على ذلك . روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم .

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

قال ابن القيم عقب هذا

(قلت) وهو الراجح ، وانه لا يخلو الحلى من زكاة أو عارية
والمنافع التي يجب بذلها نوعان ، منها ما هو حق المال كما ذكرنا في الخيل
والابل والحلى ، ومنها ما يجب لحاجة الناس .

وأبضا فإن بذل منافع البدن تجب عند الحاجة ؛ كتعليم العلم ، وإفناء الناس ،
وأداء الشهادة والحكم بينهم والجهاد ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير
ذلك من منافع الابدان . وكذلك من أمكنه إنجاز إنسان من مهامه وجب عليه
أن يخلصه ، فإن ترك ذلك — مع قدرته — أثم وضمنه ، فلا يتمتع وجوب بذل
منافع الأموال للمحتاج . وقد قال تعالى (ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله
فليكتب) وقال تعالى (ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا)

وللفقهاء في أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال ، وهي أربعة أوجه في
مذهب أحمد (أحدها) أنه لا يجوز مطلقاً (والثاني) أنه يجوز عند الحاجة (والثالث)
أنه لا يجوز إلا أن يتمين عليه (والرابع) أنه يجوز ، فإن أخذه عند التحمل لم
يأخذ عند الأداء .

والمقصود أن ما قدره النبي صلى الله عليه وسلم من الثمن في سراية العتق هو
لأجل تكميل الحرية ، وهو حق الله تعالى وما احتاج إليه الناس حاجة عامة ،
فالحق فيه لله . وذلك في الحقوق والحدود .

قال ابن القيم ، فأما الحقوق فمثل حقوق المساجد ومال النبي . والوقف على
أهل الحاجات ، وأموال الصدقات والمنافع العامة ، وأما الحدود فمثل حد المحاربة
والسرقة والزنا وشرب المسكر

وحاجة المسلمين إلى الطعام واللباس وغير ذلك مصلحة عامة ، ليس الحق
فيها لواحد بعينه ، فتقدير الثمن فيها بشئ من المال على من وجب عليه البيع أولى من
تقديره لتكميل الحرية ، لكن تكميل الحرية وجب على الشريك المعتق ، ولو لم

يقدر فيها الثمن لتضرر بطلب الشريك الآخر ، فإنه يطلب ما شاء ، وهنا عموم الناس يشترون الطعام والشياب لأنفسهم وغيرهم . فلو تمكن من عنده سلع يحتاج الناس اليها أن يبيع بما شاء كان ضرر الناس أعظم ، ولهذا قال الفقهاء : إذا اضطر الانسان إلى طعام الغير ، وجب عليه بذله له بضمن المثل ،

وأبعد الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعي ، ومع هذا فإنه يوجب على من اضطر الانسان إلى طعامه أن يبذله له بضمن المثل ، وتنازع أصحاب الشافعي في جواز تسعير الطعام إذا كان بالناس إليه حاجة ، ولهم فيه وجهان .

وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعاق به حق ضرر العامة ، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله ، على اعتبار السعر في ذلك ، ونهاه عن الاحتكار ، فإن أبي حنيفة وعززه على مقتضى رأيه ، زجرأ له ودفعاً للضرر عن الناس

قالوا فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعدياً فاحشاً ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، سعره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة .

وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر حيث لا يرى الحجر على الحر

ومن باع منهم بما قدره الامام صح لأنه غير مكره عليه
قالوا : وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه . على الخلاف

المعروف في بيع مال المدين

وقيل يبيع ههنا بالاتفاق ، لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام والسعر لما غلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وطلبوا منه التسعير فامتنع ، لم يذكر أنه كان هناك من عنده طعام امتنع من بيعه ، بل عامة من كان يبيع الطعام إنما هم جالبون يبيعونه إذا هبطوا السوق ، وليكن نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، أي أن يكون له سمساراً . وقال دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ،

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للابادى الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشتري فنهاه عن التوكل له ، مع أن جنس الوكالة مباح لما في ذلك من زيادة السعر على الناس ، ونهى عن تلقى الجلب وجعل للبائع إذا هبط السوق الخيار ، ولهذا كان أكثر الفقهاء على أنه نهى عن ذلك لما فيه من ضرر البائع هنا ، فإذا لم يكن قد عرف السعر ، وتلقاه المتلقى قبل إتيانه إلى السوق اشتراه المشتري بدون ثمن المثل فغيبه ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم لهذا البائع الخيار .

ثم فيه عن أحمد روايتان كما تقدم ، إحداهما : أن الخيار يثبت له مطلقا : سواء غبن أو لم يغبن وهو ظاهر مذهب الشافعى .

والثانية : أنه إنما يثبت عند الغبن وهي ظاهر مذهب الحنابلة .

وقالت طائفة : بل نهى عن ذلك لما فيه من ضرر المشتري إذا تلقاه المتلقى فاشتري منه ، ثم باعه ، وفي الجملة . فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والشراء الذى جنسه حلال حتى يعلم البائع بالسعر ، وهو ثمن المثل ، ويعلم المشتري بالسلعة .

وصاحب القياس الفاسد يقول : للمشتري أن يشتري حيث شاء ، وقد اشترى من البائع كما يقول : فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ، وليكن الشارع راعى المصلحة العامة ، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل ، فيسكون المشتري غارأ له .

والحق أحمد ومالك بذلك كل مسترسل ، فإنه بمنزلة الجالب الجاهل بالسعر فتبين أنه يجب على الإنسان ألا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف ، وهو ثمن المثل ، وإن لم يكونوا محتاجين إلى الاتباع منه ، لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو غير مأكسين ، والبيع يعتبر فيه الرضا ، والرضا يتبع العلم ، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى ، وقد لا يرضى ، فإذا علم أنه غبن ورضى فلا بأس بذلك .

وفي السنن أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره ؛ وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فسكا ذلك إلى النبي (ص) ، فأمره أن يقبل

بدلها أو يتبرع له بها فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقطعها ، وقال لصاحب
الشجرة : إنما أنت مضار .

وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها
ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقطعها ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ،
وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن
يبيعها لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذنه بدخول صاحب
الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة . وإن كان عليه في ذلك ضرر
يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم
يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أباه
من أباه . والمقصود : أن هذا دليل على وجوب البيع عند حاجة المشتري . وأين
حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ؟

والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها - كمنافع الدور . والطحن
والخبز ، وغير ذلك .. حكم المعاوضة على الأعيان . وبعد فقد استعرضنا لمخصاً وأفياء
مركزاً لما عرض له ابن القيم وشيخه .

قال ابن القيم : وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير . سعر
عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط . وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصالحتهم
بدونه لم يفعل . وبالله التوفيق .

وقد قال الشوكاني في المنتقى في باب النهي عن التسعير : وقد استدل بالحديث
وما ورد في معناه على تحريم التسعير ، وأنه مظلمة ، ووجهه أن الناس مسيطون
على أموالهم والتسعير حجر عليهم والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس
نظيره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظيره في مصلحة البائع بتوفير الثمن
وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم وإلزام صاحب
السلعة أن يبيع بما لا يرضى به منافع لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) وإلى هذا ذهب جمهور العلماء . وروى عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير
وأحاديث الباب ترد عليه . ثم قال يشرح وجهة نظره في منع التسعير : وفي وجه

للشافعية جواز التسمير في حالة الغلاء . وهذا الرأي في نظره مردود وما أوردناه فيه القول الفصل الذي يجعل التسمير يدور مع المصلحة حيث دارت ويقيد ولي الأمر بمراعاة طرفي المتبايعين واحقاق العدل بينهما وعدم تغليب طرف على آخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم الاحتسار في الأقوات ، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال : يكره ولا يحرم ، وليس بشيء . لما روى عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ، وروى معمر العدوي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر الا خاطيء ، فدل على أنه حرام . فأما اذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه لبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي (ص) قال : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ، وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب : بلغني عنك أنك قلت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يحتكر بالمدينة الا خاطيء ، وأنت تحتكر ؟ قال ليس هذا الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيبالي بها ، فأما أن يأتي الشيء وقد اتضع فيشتره ، ثم يضعه فإن احتاج الناس اليه أخرجه ، فذلك خير وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال نهى رسول الله (ص) أن يحتكر الطعام ، فدل على أن غيره يجوز ، ولأنه لا ضرر في احتسار غير الأقوات فلم يمنع منه .

(الشرح) أما فصل الاحتسار فحديث عمر رضي الله عنه ، رواه ابن ماجه بلفظ : سمعت رسول الله (ص) يقول من احتسار على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والافلاس ، وفي اسناده الهيثم بن رافع ، قال أبو داود روى حديثاً منكراً قال الحافظ الذهبي : هو الذي أخرجه ابن ماجه ، يعني هذا ، وفي اسناده أيضاً أبو يحيى المسكي ، وهو مجهول .

وللحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح ، كحديث سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحتسركر إلا خاطيء ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم . وحديث معقل بن يسار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم كان حقا على الله أن يعمده بعظم من النار يوم القيامة رواه أحمد والطبراني في معجميه الكبير والأوسط ، وفي إسناده زيد بن مرة أبو المعلى ، قال في مجمع الزوائد : ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح .

وحديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من احتسركر حكرة يريد أن يغلب بها على المسلمين فهو خاطيء ، رواه أحمد والحاكم وزاد وقد برئت منه ذمة الله ، وفي إسناده أبو معشر ، وهو ضعيف ، وقد وثقه بعضهم . وحديث ابن عمر مرفوعا ، الجالب مرزوق ، والمحتسركر ملعون ، رواه ابن ماجه والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلى والعقيلي في الضعفاء وضعف إسناده الحافظ ابن حجر .

ومنها حديث آخر عند ابن عمر عند أحمد والحاكم وابن أبي شيبة والبخاري وأبي يعلى بلفظ : من احتسركر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه ، زاد الحاكم ، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ، وفي إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول يختلف فيه والثاني قال ابن حزم إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة ، واحتج به النسائي .

قال الحافظ ابن حجر : ووهب ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات وحكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه منسكرا .

أما أحكام الفصل : فهذه الأحاديث بمجموعها لا شك أنها تنتمض حجة للاستدلال على عدم جواز الاحتسكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها ، وأخذت بمجموعها ، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم ، والتصريح بأن المحتسركر خاطيء كاف في إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطيء هو المذنب المعاصي وهو

فاعل من خطي . من باب علم إذا أتم في فعله قاله أبو عبيدة وقال : سمعت الأزهري يقول : خطي . إذا تعمد ، وأخطأ إذا لم يتعمد .

قال الأصحاب من الشافعية : إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ، ولا مقدار الكفاية منها ، وإلى ذلك ذهب الزيدية أيضاً .

وذهب الشوكاني إلى أن الأحاديث ظاهرها يحرم الاحتكار من غير فرق بين قوت الأدمى والدواب ، وبين غيره ، والتصريح (بالطعام) في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، ويمكن الرد عليه بأن المقرر في قواعد الأصول أن المطلق يحمل على المقيد وأن العام يحمل على الخاص إلا أن الشوكاني يخرج من هذا المأزق بقوله أنه من باب التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق ، وذلك لأن نفي الحسك عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول أيضاً .

وبفرق العلماء بين الاحتكار والادخار ، فالاحتكار اختزان السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المحتزن في رفع سعرها لقلّة المعروض منها أو انعدامه ، فيتسنى له أن يغلّيها حسبما يشاء وهذا حرام بالإجماع في ضرورات الحياة . مكروه في كمالياتها .

ويمكن أن يلحق بالأقوات ما يترتب على احتكاره من تلف وهلاك يصيب الناس ، كاحتكار الثياب في وقت البرد الشديد مع حاجة الناس إليه ، وحبس وسائل النقل للجنود في أبان الجهاد لما في ذلك من اضعاف لقوة المسلمين واطاحة الفرصة لتفوق العدو عليهم وغلبته . أما الادخار فقد قال ابن رسلان في شرح السنن ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به اهـ .

ويقول الشوكاني نقلاً عن أئمة الشافعية : إنما المحرم هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها ، ويدل على ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطي كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خبير .

قال ابن رسلان في شرح السنن : وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

قال أبو داود : قيل لسعيد - يعني ابن المسيب - فإليك تحتكر . قال ومعمر كان يحتكر . وكذا في صحيح مسلم :

قال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا - يعني ابن المسيب ومعمر - يحتكران الزيت ، وحمل الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه . وكذلك حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون .

قال الشوكاني : وبدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله في حديث معقل « من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم ، وقوله في حديث أبي هريرة « يريد أن يغلب بها على المسلمين ، قال أبو داود : سألت أحمد بن حنبل ما الحكمة ، قال ما فيه عيش الناس ، أي حياتهم وقوتهم . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله - يعني أحمد بن حنبل - يستدل عن أي شيء الاحتكار ، فقال إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره . وهذا قول عمر

وقال الأوزاعي : المحتكر من يعترض السوق ، أي ينصب نفسه للتردد إلى الأسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكروه .

قال السبكي ، الذي ينبغي أن يقال في ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم . وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى ، قال القاضي حسين والرويانى « وربما يكون هذا حسنة لأنه ينفع به الناس ، وقطع المحاملى في المقنع باستحبابه .

قال أصحاب الشافعي ، الأولى ببيع الفاضل عن الكفاية ، قال السبكي ، أما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة في أن يبيعه اليهم وقت حاجتهم إليه فينبغى أن لا يكره ، بل يستحب .

قال الشوكاني ، والحاصل أن العملة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار الأعلى وجه يضر بهم ، ويستوى في ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع ، وقال الغزالي في الأحياء « ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهى

اليه ، وان كان مطعوما وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد سد شيء من القوت في بعض الاحوال ، وان كان لا يمكن المداومة عليه فهو في محل النظر فمن العلماء من طرد التحريم في السمن والعسل والشيرج والجن والزيت وما يجرى مجراه . وقال السبكي ، اذا كان في وقت قحط كان في ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها اضرار ، فينبغي أن يقضى بتحريمه ، واذا لم يكن اضرار فلا يخلو احتكار الاقوات عن كراهة .

وقال القاضي حسين ، اذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فذكره لم عنده ذلك امساكه ، قال السبكي ، ان أراد كراهة تحريم فظاهر ، وان أراد كراهة تنزيهه فبعيد .

وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال ، ليس في التمر حكرة ، وحكى أيضا عن سفيان أنه سئل عن كبس القوت فقال ، كانوا يكرهون الحكرة ، والسكس بفتح الكاف واسكان الباء الموحدة ، والقوت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية ، وهو اليابس من القضب . قال الطيبي ، ان التقييد بالاربعين يشير الى حديث ادخار الطعام أربعين يوماً ، اليوم غير مراد به التحديد ، قال الشوكاني ، ولم أجد من ذهب الى العمل بهذا العدد .

ونختم هذا الفصل بما أورد الامام النووي رضى الله عنه في شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر بن عبد الله مرفوعا ، من احتكر فهو خاطى . ، قال النووي قال اهل اللغة ، الخاطى ، بالهمز هو العاصى الآثم ، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار في الاقوات خاصة ، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال بل يدخره ليغلو ثمنه . فأما اذا جاءه من قريته أو اشتراه في وقت الرخص وادخره ، أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته الى أكله ، أو ابتاعه ليبيعه في وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه .

قال وأما غير الاقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال ، هذا تفصيل مذهبنا قال العلماء ، والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس ، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند انسان طعام واضطر الناس اليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس .

وأما ما ذكر في الكتاب - يعنى في صحيح مسلم - عن سعيد بن المسيب ومعمرو
راوى الحديث أنهما كانا يحتكران ، فقال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا يحتكران
الزيت ، وحملنا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة اليه والغلاء ، وكذا حمله
الشافعى وأبو حنيفة وآخرون . وهو الصحيح والله تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع)

و إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، ولم تكن بينة تحالفا ، لما روى
ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه قال : لو أن الناس أعطوا
بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ، لكن اليمين على المدعى
عليه ، فجعل اليمين على المدعى عليه والبايع مدعى عليه ببيع ألف والمشتري مدعى
عليه ببيع ألفين ، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما
مدعى عليه ولا بينة فتحالفا ، كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر
على المدعى درهما ،

(فصل) قال الشافعى رحمه الله في البيوع : يبدأ بيمين البائع . وقال في
الصداق : إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج ، والزوج كالمشتري . وقال في
الدعوى والبيعات إن بدأ بالبائع خير المشتري ، وإن بدأ بالمشتري خير البائع ،
وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري ، فمن أصحابنا من
قال فيها ثلاثة أقوال (أحدها) يبدأ بالمشتري : لأن جنبته أقوى ، لأن المبيع
على ملكه فكان بالبداية أولى (والثاني) يبدأ بمن شاء . منهما لأنه لا مزية لأحدهما
على الآخر في الدعوى فتساويا ، كما لو تداعيا شيئا في يديهما (والثالث) أنه يبدأ
بالبائع وهو الصحيح ، لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار ، فبدأ بالبائع
ثم خير المبتاع ، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع اليه فكانت
البداية به أولى . ومن أصحابنا من قال هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف

••
الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبته الزوجة ، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى ، وها هنا جنبته البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى ، والذي قال في الدعوى والبيئات ليس بمذهب له ، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتماده لأنه موضع اجتهاد فقال : إن حلف الحاكم البائع باجتماده خير المشتري ، وإن حلف المشتري خير البائع ،

(الشرح) حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه مسلم في صحيحه بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى » وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . وهكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحيهما مرفوعاً من رواية ابن عباس . وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم ، قال الإمام النووي رضي الله عنه في شرح مسلم : قال القاضي عياض رضي الله عنه ، قال الاصبلي : لا يصح مرفوعاً ، وإنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه أبوب ونافع الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال القاضي قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعاً هذا كلام القاضي . قال النووي (قلت) وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعاً . قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البيعة على المدعى ، واليمين على من أنكر ، اهـ » أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بيعة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان ، وزاد ابن ماجه « والبائع قائم بعينه ، وكذلك أحمد في رواية « والسلعة كما هي ، وللدارقطني عن أبي وائل عن عبد الله قال « إذا اختلف البيعان والبائع مستهلك فالقول قول البائع ، قال ابن تيمية الجدد . ورفع الحديث إلى النبي

صلى الله عليه وسلم . ولاحمد والنسائي عن أبي عبيدة : وأتاه رجلان تبايعا سلمة فقال : هذا أخذت بكذا وكذا . وقال هذا بعث بكذا وكذا ، فقال أبو عبيدة : أتى عبد الله في مثل هذا فقال : حضرت النبي صلى الله عليه وسلم في مثل هذا فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ،

وحدیث ابن مسعود أخرجه أيضاً الشافعي من طريق سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود ، وقد اختلف فيه على اسماعيل بن أمية . ثم على ابن جريج ، وقد اختلف في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه .

ورواه من طريق أبي عبيدة أحمد والنسائي والدارقطني ، وقد صححه الحاكم وابن السكن ، ورواه أيضاً الشافعي من طريق سفيان بن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود ، وفيه أيضاً انقطاع ، لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود . ورواه الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده . وفيه اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة . ورواه أبو داود من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده عن ابن مسعود

وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن عبد الله بن مسعود ، ومحمد بن أبي ليلى لا يحتاج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه . ورواه ابن ماجه والترمذي من طريق عون بن عبد الله أيضاً عن ابن مسعود ، وهو منقطع

قال العلامة ابن القيم : وأما الحديث المشهور على السنة الفقهاء البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فهذا قد روى ولكن ليس له إسناد في الصحة والشهرة مثل غيره ، ولا رواه عامة أصحاب السنن المشهورة ، ولا قال بعمومه أحد من علماء الأمة ، إلا طائفة من فقهاء السكوفة مثل أبي - نيفة وغيره ، فإنهم يرون دائماً اليمين في جانب المنكر ، حتى في القسامة يخلفون المدعى عليه ولا يقضون بالشاهد واليمين ، ولا يردون اليمين على المدعى عند النكول ، واستدلوا بعموم الحديث .

ثم ساق ابن القيم نماذج من أحكام الرسول صلى الله عليه وسلم توافق معنى هذا الحديث في المعاملات : ولا تأخذ به في الجنایات .

قال البيهقي : وأصح إسناد روى في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده ، ورواه أيضاً الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن ، قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف في سماعه من أبيه .

ورواية التراد رواها أيضاً مالك بلاغا والنزمدى وابن ماجه بإسناد منقطع ورواه أيضاً الطبرانى بلفظ . والبيهقي إذا اختلفا في البيع ترادا ، قال الحافظ ابن حجر : رواه ثقات لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح يعنى الراوى له عن فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال : وما أظنه حفظه . فقد جزم الشافعى أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شىء موعول . ورواه أيضاً النسائى والبيهقى والحاكم من طريق عبد الرحمن ابن قيس بالإسناد الذى رواه عنه أبو داود كما سلف ، وصححه من هذا الوجه الحاكم ، وحسنه البيهقى ، ورواه عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده بلفظ : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا ، ورواه من هذا الوجه الطبرانى والدارمى ، وقد انفرد بقوله : والسلعة قائمة ، محمد بن أبى ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه .

قال الخطابى : إن هذه اللفظة يعنى : والسلعة قائمة ، لا تصح من طريق النقل مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب ، لأن أكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة ، كقوله تعالى (فى حجوركم) ولم يفرق أكثر الفقهاء بين القائم والتالف انتهى .

قال ابن عبد البر إن هذا الحديث منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقوه بالقبول ، وبنوا عليه كثيراً من فروعه ، وأعله ابن حزم بالانتطاع وتابعه عبد الحق ، وأعله ابن القطان بالجمالة فى عبد الرحمن وأبيه وجده .

وقال الخطابي : هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله ، وذلك يدل على أن له أصلاً وإن كان في إسناده مقال ، كما اصطلحوا على قبول : لا وصية لوارث وإسناده فيه ما فيه اه .

أما لغات الفصل : فقوله (جنبته) أى جانبه ، و (البضع) بضم الباء الموحدة وسكون الضاد المعجمة وجمعه أبضاع مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع وقيل البضع مصدر أيضاً مثل السكر والكفر . وأبضعت المرأة إبضاعاً وزوجتها وتستأمر النساء في أبضاعهن ، ويقال ملك بضعها أى جماعها ، والبضاع الجماع وزنا ومعنى ، وهو اسم من أباضها مباحضة .

أما أحكام الفصل . فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتبايعين اختلاف في قدر الثمن ولا بيئة تحالفاً ، هذا ما وجدته من مسائل الاتفاق في هذا الفصل .

وأما ما اختلفوا فيه ، فن ذلك قول الإمام الشافعى إنه يبدأ بيمين البائع ، وهو ما عبر عنه المصنف بقوله . ولأن جنبته أقوى ، أما أبو حنيفة وبعض الأصحاب من الشافعية أنه يبدأ بيمين المشتري . ويبدو أن اختلاف المتبايعين يحول كل واحد منهما يريد أن يكون له الحظ الأوفر من حكم القاضى لنفسه دون أخيه ومثل ذلك أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، فقال البائع بعثك بعشرين ، وقال المشتري بل بعشرة

ولأحدهما بيئة حكم بها وإن لم يكن لهما بيئة تحالفاً وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك في رواية عنه ، وشریح ، وفي رواية عن مالك القول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر ، لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشتري ، والقول قول المنكر . وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان .

قال ابن قدامة في المعنى ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشتري بذلك أخذ به ، وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما ، لأن في ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي (ص) قال : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بيئة لأحدهما تحالفاً ، ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فالبائع يدعى عقداً بعشرين ينكره المشتري ،

والمشتري يدعى عقداً بعشرة ينكره البائع ، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين
فشرعت اليمين في حقهما .

قال الرملي في نهاية المحتاج شرح المنهاج عند الاختلاف في قدر الثمن أو صفة
المبيع : والأصح تصديق البائع أو الأجل بأن أثبته المشتري ونفاه البائع أو قدره
كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة ، مثلاً بدرهم ، فيقول :
بل مدين ولا بينة لأحد — مدعوا يعول عليها ، فشمّل ما لو أقام كل بينة وتعارضنا
لإطلاقها أو لإطلاق أحدهما فقط ، أو لسكونها أرختا بتاريخين متفقين تحالفاً ،
لخبر مسلم (اليمين على المدعى) وكل منهما مدع ومدعى عليه اهـ .

وأما ما استند اليه القائلون بعدم التحالف كابن المقرئ في بعض نسخ الروض
من إمكان الفسخ في زمنه فقد رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين
رجاء أن يتكلم الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

فإذا اختلفا في الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما سيأتى من
كلام المصنف ، فإذا كان لأحدهما بينة قضى بها ، فإن كان لهما بيتان مؤرختان
بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالأولى منهما ، ولو اختلفا في الثمن أو المبيع بعد
التقبض مع الإقالة أو التلف الذى يفسخ به العقد فلا تحالف ، بل يحلف مدعى
النقص ، لأنه غارم ، ولهذا زاد بعضهم قيداً ، وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع
احترازاً عما ذكر .

وأورد على الضابط اختلافهما في عين المبيع والثمن معاً مثل : بعتك هذه
السيارة الركوب بمائة دينار فيقول : بل النقل بمائتي دينار فلا تحالف جزماً إذا
لم يتواردا على شيء واحد ؛ مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كلفيته
فيحلف كل على نفي ما ادعى عليه على الاصل .

قال الشافعى في مختصر المزني بعد أن أورد حديث ابن مسعود من طريقى
سفيان ومالك الذى رواه مالك بلاغاً — يعنى قال : بلغنى عن ابن مسعود الخ .
قال الشافعى ، قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن البينة على المدعى واليمين
على المدعى عليه ، فإذا تبايعا عبداً فقال البائع : بألف والمشتري بخمسة مائة قال البائع

يدعى فضل الثمن ، والمشتري يدعى السلعة بأقل من الثمن ، فيتحالفان ، فان حلفاماً قبل المشتري : أنت بالخيار في أخذه بألف أو رده ، ولا يلزمك ما لا تقر به ، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له .

قال الشافعي رضى الله عنه : وإذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم وهما متصادقان على البيع ومختلفان في الثمن بنقض البيع ، ووجدنا الفئات في كل ما نقض فيه القائم منتقضاً فعلى المشتري رده إن كان قائماً أو قيمته إن كان فائتاً ، كانت أول من الثمن أو أكثر .

قال المزني : يقول : صار في معنى من لم يتبايع ، فيأخذ البائع غيبه قائماً أو قيمته متلفاً ، قال : فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صاحبيه — يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف — وقال : لا أعلم ما قالوا إلا خلاف القياس والسنة . قال والمعقود إذا تناقضا والسلعة فائمة تناقضاه وهي فائتة ، لأن الحكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

قال المزني : ولو لم يخلفا وقال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض فالتذى أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن يؤسر البائع بدفع السلعة ، ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته ، فان غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فاذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات ، لأنه يدعى عقداً وينسب عقداً ، فوجب أن يحلف عليهما ، ويجب أن يقدم النفي على الإثبات . وقال أبو سعيد الاصطخري : يقدم الإثبات على النفي كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان ، والمذهب الأول . لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي ، وهي يمين المدعي عليه ، فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي ، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية بالنفي ، وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يجمع بينهما يمين واحدة ، وهو المنصوص في الآم ، لأنه أقرب إلى فصل القضاء ، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبيع بألف ، ولقد باع بألفين ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف ، فان نكل المشتري قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا .

والثاني أنه يفرد النفي بيمين والاثبات بيمين ، لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافترى إلى يمينين ، ولأننا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الاثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي ، وذلك لا يجوز . فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف ، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين ، فان نكل المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ، وقضى له ، فان حلف المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف . فان نكل قضى للبائع ، وان حلف فقد تحالفا

(الشرح) هذا الفصل بين كيفية اليمين ومضمونها لان كل واحد من المتبايعين ينطوى موقفه على حالتى اثبات ونفى ومن ثم ينبغي أن يكون حلفه مشتملا على أركان الدعوى من اثبات ونفى فهلا المبتدئ باليمين يحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين ، فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع ، والا يحلف ما اشترته بعشرين ، وإنما اشترته بعشرة وهذا قال الشافعي في الآم .

وقال أبو حنيفة يبتدئ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم ، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، قال قول ما قال البائع ، وفي لفظ ما قال البائع . والمشتري بالخيار ، رواه أحمد ومعناه ان شاء أخذ وان شاء حلف ولان البائع أقوى جنبه . لانها اذا تحالفا عاد المبيع اليه . فيكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر من وجه فيتساويان في هذا الوجه . والبائع اذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء .
وإذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه . وان نكل البائع حلف المشتري وقضى له . وان حلفا جميعا لم يفسخ البيع لأن العقد صحيح .

والتحالف لا يفسخ العقد ، كما لو أقام كل واحد منهما بيعة بما ادعاه ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فاكل واحد منهما الخيار ، أما على المذاهب تفصيلا فهل يستحب الحلف من البائع أولا أم المشتري على أربعة أقوال (أصحابها) يبدأ في اليمين بالبائع لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذي هو المقصود بالذات اليه بالفسخ الناشئ عن التحالف . ولأن ملكة 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 بدى بالمشتري في عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ ، ويخير الحاكم بالبداة بأيهما أداه اليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو في الذمة . والزوج في الصداق كالبايع ، فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له ، ولأن أثر التحالف يظهر في الصداق إلا في البضع وهو باذله فكان كبائعه . والخلاف في الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (الثاني) يبدأ في اليمين بالمشتري لقوة جانبه بالمبيع : وهو قول أبي حنيفة ووجه عند الأصحاب باعتبار أن رب السلعة في الحال هو المشتري ؛ وللحديث : قال قول ما يقول رب السلعة .

(الثالث) يتساويان لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح فيتخير الحاكم فيمن يبدأ به منهما
(الرابع) يقرع بينهما فمن قرع بدى به . وذلك لأن القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح .

قال الغزالي في الوجيز : أما كيفية اليمين فالبداة بالبائع ؛ وفي السلم بالمسلم اليه وفي الكتابة بالسيد . لأنهما في رتبة البائع ، وفي الصداق بالزوج لأنه في رتبة بائع الصداق ، وأثر التحالف يظهر فيه لا في البضع . وقيل أنه يبدأ بالمشتري وهو مخرج ، وقيل يتساويان فيقدم بالقرعة أو برأى القاضى . اهـ
وفي كيفية اليمين أقوال :

(أحدها) أن يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة مثلا : والصفة التي اتفقوا عليها أن يقول : والله ما بعث بكذا ولقد بعث بكذا . ويقول المشتري : والله ما اشتريت بكذا ، ولقد اشتريت بكذا : أو يأتي بلفظ (وإنما) بدل (ولقد)

وأباه بعضهم لما فيه من إيهام اشتراط الحصر، وفي رأى شمس الدين الرملي - وهو الملقب بالشافعي الصغير - لا يكفي قوله ما بعث إلا بكذا، لأن الأيمان لا يكفي فيها باللوازم، بل لا بد من الصريح. لأن فيها نوعاً من التعبد، ومن هنا كان قولاً ثانياً وهو:

(ثانيتها) أن يبدأ بالنفي ثم بالإثبات بيمين واحدة لكليهما

(ثالثتها) أن يبدأ بالإثبات ثم بالنفي بيمين واحدة لكليهما، لأنه دعوى عقد

وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين

(رابعها) أن يبدأ بالنفي بيمين ثم بالإثبات بيمين أخرى، وهو المستحب في

قول الرملي في نهاية المحتاج (خامسها) أن يبدأ بالإثبات بيمين ثم بالنفي بيمين أخرى

(سادسها) أن يبدأ بما شاء منهما بيمين والآخر بيمين أخرى

والصواب أن يبدأ القاضى - إذا ترافعا إليه أو أحدهما - بيمين البائع وحسبه

في ذلك أن يقول والله ما بعث بكذا ولقد بعث بكذا، والله تعالى أعلم

على أن الاختلاف يشمل المبيع والتمن؛ لأن قوله إذا اختلف المتبايعان

مع حذف المتعلق مشعر بالتعميم في مثل هذا المقام، على ما قررده علماء المعاني،

فيعم الاختلاف في المبيع وفي الثمن وفي كل أمر فرجع إليهما، وفي سائر الشروط

المعتبرة، والتصريح بالاختلاف في الثمن في بعض الروايات، كما وقع في أحاديث

الباب لا ينافي هذا العموم المستفاد من الحذف

وفي حديث ابن مسعود عند أحمد قال قول ما يقول صاحب السلعة، وصاحب

السلعة هو البائع كما وقع التصريح به في سائر الروايات، فلا وجه لما روى عن

البعض من أن رب السلعة في الحال هو المشتري

والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع

فإذا حلف المشتري فقد تحالفاً ولا يكون لهما خلاص من هذا النزاع إلا التماسخ

على أن سبب الاختلاف بين الفقهاء هو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على

المدعى واليمين على المدعى عليه، لأنه يدل بعمومه، على أن اليمين على المدعى

عليه والبينة على المدعى من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً

أو لا . وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبيئنة على المشتري من غير فرق بين أن يكون البائع مدعياً أو مدعى عليه ، فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه ، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق . وهي حيث يكون البائع مدعياً فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الأمور الخارجية ، وحديثه أن اليمين على المدعى عليه ، رواه أحمد ومسلم ، وهو أيضاً في صحيح البخاري في الرهن وفي باب اليمين على المدعى عليه . وفي تفسير آل عمران . وأخرجه الطبراني بلفظ البيئنة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وأخرجه الاسماعيلي بلفظ : ولكن البيئنة على الطالب واليمين على المطلوب .

وأخرجه البيهقي بلفظ : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر ، وهذه الألفاظ كلها في حديث ابن عباس من رام الترجيح بين الحديثين لا يصعب عليه ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا تحالفاً وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إتمام العقد مع التحالف وهل يفسخ بنفس التحالف أم لا . فيه وجهان (أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف كما يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ، ولأن التحالف صار الثمن مجهولاً والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن يفسخ (والثاني) أنه لا يفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد في الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا يفسخ بتحالفهما ، ولأن البيئنة أقوى من اليمين . ثم لو أقام كل واحد منهما بيئته على ما يدعيه لم يفسخ البيع ، فلأن لا يفسخ باليمين أولى . وفي الذي يفسخه وجهان (أحدهما) أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالغيب (والثاني) أنه يفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كإرد بالعب

(الشرح) قوله : وإذا تحالفاً وجب فسخ البيع ، سبق قولنا أنه يشجب التراضى المنصوص عليه في قوله عز وجل : عن تراضٍ منكم ، ولقوانا : والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع ،

فإذا حلف البائع ثم حلف المشتري فلا يكون لهما مناصر من التماسخ ليخرجا من محارج النزاع . ولكن هل يفسخ بنفس التحالف أم لا ؟ وجهان (أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف لأنه ذرورة النزاع المفضى إلى الفسخ كما يفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ، واللعان من العقود التي تفسخ بالتحالف فيقع الفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه فسح لاستدراك الظلامة ، ولأن الثمن بعد التحالف صار متردداً بين ادعاءى كل من المتبايعين مما يسبغ عليه جهالة تخل بالعقد خللاً ينقضه ، لأن الثمن حينئذ يهير مجهلاً لا مجهولاً ، لأنه معلوم عندهما باطناً ، ولكن عراه التجميل باختلافها عليه إن كان الاختلاف في مقدار الثمن . وكذلك اختلافها في مقدار المبيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ولأن الثمن عوض عن المبيع فلا يثبت العقد مع جهالة الثمن (والثاني) أنه لا يفسخ بمجرد التحالف ولكن يفسخه قصداً بعده ، وهو المنصوص في المذهب .

قال المزني في المختصر في باب اختلاف المتبايعين : والمعقول إذا تناقضاها والسلعة قائمة تناقضاها وهي قائمة لأن الحكم أن يفسخ العقد فقامت وقامت سواء . ولنا أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف ، لأن كل واحد منهما يقصد بيمينته إثبات الملك فلم يجوز أن تكون موجبة لفسخ الملك لأنها ضدان فعلى هذا لو فسخه المتبايعان فأيهما فسح صح اعتباره بفسخ العيوب التي تكون موقوتة على المتعاقدين دون غيرها والوجه الثاني : أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لأنها عن اجتهاد .

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم يفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم بعد تحالفهما عنده ، وتخيير كل منهما في قبول قول الآخر . فإن قبل صح البيع قال الشافعي في الأم فيما يتعلق باختلاف المتبايعين :

« وإذا تباع الرجلان عبداً وتفرقا بعد البيع ثم اختلفا ، فقال البائع : بعك على أنى بالخيار ثلاثاً . وقال المشتري بعتنى ولم تشتط خياراً تحالفاً : وكان المشتري بالخيار في فسخ البيع ، أو يكون للبائع الخيار وهذا والله أعلم باختلافهما

في الثمن ، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار . وأنه لم يقر بالبيع إلا بخيار ، وكذلك لو ادعى المشتري الخيار كان القول فيه هكذا . اهـ

ومرادنا من سوق هذا النص : قوله رضى الله عنه : نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن . والنقض هنا نقض الظاهر ، أما النقض في الباطن فلا ؛ لأنه يمكن أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سنته . وذلك هو قول المصنف (لأن العقد في الباطن صحيح) قوله ، ولأن البينة أقوى من اليمين ، لأنها مقدمة عليه ولأنه بقيامها لا يسوغ اليمين لأن وسائل الإثبات إذا كانت كناية ومعمورة بخاتم أو توقيع البائع أو المشتري أو كليهما كان لا محل لليمين هنا ولأن العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من التراضي بين ذوى أهلية للتعاقد ، وبكفيينا أن نقول : انه يجب أن يقع التراضي على الأمور الثلاثة وهي : ماهية العقد ، والمبيع ، والثمن

فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الإرادتان إلى البيع والشراء ، أما إذا لم تتقابل الإرادتان في هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثاني عقداً آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر ، وإذا قصدوا معاً إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعاً .

ومن هنا كان اتفاق الإرادتين على الشيء المبيع ذاته ، كان العقد صحيحاً باطنا وظاهراً ، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق النقاء إرادتيهما على عقده . أما إذا كانت هناك بينة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى ؛ فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين ، فإذا تعذر على القاضى ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البينة المقدمة إليه ، كما لو كانت وثيقة مزورة ، أو شهادة مفتعلة ، أو أمارات لا ينتهض لإقناعه بتوفر العناصر الأساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعى لصحة العقد أمر بفسخه ، وهل يأمر بفسخه على الفور ؟ أم على التراخى ؟

الصحيح أنه إذا خشي تلف المبيع ، أو فوات مصلحة تتعلق بنفوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور . أما إذا ترتب على التراخى عدم ما ذكرنا من توقع تقدم أحد

طرفي النزاع أو كليهما بالبيئة أو (المستندات) كان له إصدار الحكم مع توقيت
حينه بتأجيل النطق به إلى الوقت المناسب مناسبة مطابقة لجميع الاحوال مع انقضاء
المضارة . وغنى عن البيان أن عوض المبيع لا يشترط أن يكون نقداً مع الرجوع
إلى أحكام الربويات التي مرت للمصنف والشارحين النووي والسبكي رحمهما الله .

ورجح ابن الرفعة أن لا يكون فسخ القاضى على الفور ، ولا يشكل عليه
ما مر من إلحاقه بالعيب وبقاء المنازعة ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر
بالرضا للاختلاف في وجود المقتضى بخلافه . ومنازعة الاسنوى في قياس ما تقرر
على الاقالة الذي نقله المزني والبويطى وأقراه . بأن كلا لو قال - ولو بحضور
صاحبه بعد البيع : فسخته ، لم يفسخ ولم يكن إقالة ، اذ لا تحصل الا ان صدرت
بإيجاب وقبول ، بشرطه المسار مردودة بأن تمسكين كل بعد التحالف من الفسخ
كتراضيهما به . أى بلفظ الاقالة ، فالقياس صحيح ، وأن لكل الابتداء بالفسخ ،
وبه صرح الرافعى على ما سياتى

قال الرملى فى النهاية ، وهو الملقب بالشافعى الصغير ، رحمه الله تعالى :

وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا يفسخ بنفس التحالف ، لأن البيئة أقوى
من اليمين . وللخير الثانى فإن تخييره فيه بعد الخلاف صريح فى عدم الانفساح به
ولو أقام كل منهما بيئة لم يفسخ ، فبالتحالف أولى . بل ان أعراضا عن الخصومة
أعرض عنهما ولا يفسخ ، وان تراضيا على ما قال أحدهما أقر العقد وينبغى
للحاكم ندهما للتوافق ما أمسك . ولو رضى أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر
الأخر عليه . والا بأن لم يتفقا على شيء واستمرا على النزاع ، فيفسخانه أو
أحدهما ، لأنه فسح لاستدراك الظلامة ، فأشبه الفسخ بالعيب ، أو الحاكم
لقطع المنازعة .

ثم فسح الحاكم والصادق منهما ينفذ ظاهراً وباطناً كلاقالة ، وغيره
ينفذ ظاهراً 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 ثم .

قال : وقيل انما يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعنة ، وكانهم
اقتصروا في الكتابة على فسخ الحاكم احتياطاً لسبب العتق المتشوف اليه الشارع
وبعده أيضاً على أوجه الوجوه لبقاء ملكه ، بل قضية تعليلهم جوازه بعد الفسخ
اذالم يزل به ملك المشتري وهو كذلك

على أن لليمين فوائد :

(منها) تخوير المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيحمله
ذلك على الإفراز بالحق .

(ومنها) القضاء عليه بتسكوله عنها على ما قدمنا من القضاء عليه اذا
نكل عن اليمين .

(ومنها) انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال ، وتخفيض كل من الخصمين
من ملازمة الآخر ، ولكنها لا تسقط الحق ، ولا تبرئ الذمة باطنا ولا ظاهرا
فلو أقام المدعى بيته بعد حلف المدعى عليه ، سمعت وقضى بها ، وكذا لو ردت
اليمين على المدعى فنكل^١ ، ثم أقام المدعى بيته ، سمعت وحكم بها

(ومنها) اثبات الحق بها اذا ردت على المدعى أو أقام شاهداً واحداً .

(ومنها) تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق ، فإن اليمين الغموس
تدع الديار بلاقع ، فيشتفي بذلك المظلوم عوض ما ظلمه بإضاعة حقه .

(١) نكل عن الشيء امتنع عنه خوفاً أو جبناً ، ومشروعية اليمين هنا الحكمة
كبرى ، وهي اعطاء المتخاصمين فرصة من الوقت يراجع فيها ضميره اذا كان
على غير الحق .

ومنها أن تشهد قرآن الحال بكذب المدعى ، فذهب مالك أنه لا يلتفت الى دعواه ، ولا يخالف له ، وهذا اختيار الإصطخري من الشافعية ، ويخرج على مذهب أحمد مثله ، وذلك مثل أن يدعى الدنيء استئجار أمير أو ذى هيئة وقدر لعلف دوابه ، وكنس بابه ، ونحو ذلك .

وروى عن شيخ الاسلام ابن تيمية أنه كان عند نائب السلطان في دمشق " يجلس الى جانبه ، فادعى بعض الحاضرين أن له قبل ابن تيمية وديعة ، وسأل اجلاسه معه واحلافه فقال لقاضى المالكية — وكان حاضراً — أتسوغ هذه الدعوى ؟ وتسمع : فقال : لا ، فقال ابن تيمية : فما مذهبك في مثل ذلك ، قال تعزير المدعى .

قال ابن تيمية : فاحكم بمذهبك ، فأقيم المدعى وأخرج .

(فرع)

إذا أقيمت الدعوى وقدمت البيعة لا يفسخ العقد الا بصدور حكم القاضى بالفسخ وهنا كان عدم انفساخه باليمين أولى .

وقوله : وفي الذى يفسخه وجهان ، وعند الحنابلة طريقتان .

أولهما : وهو الأصح عند الشافعى وأصحابه أن الذى يفسخه هو الحاكم لانه مجتهد فيه ، أعنى لأن أمر النزاع محل اجتهاد فافتقر الى من يبذل وسعه ؛ ومن يبلغ بعلمه واحاطته تغطية عناصر النزاع ، ومن هنا افتقر أمر الفسخ الى الحاكم كما يفتقر فسخ النكاح بالغيب اليه .

قال ابن قدامة فى المعنى :

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه فى الحكم ،

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

فأشبهه نكاح المرأة اذا زوجها الوليان ، وجهل السابق منهما اه .
 وأما الوجه الثاني على المذهب أو الطريق الأصح عند أحمد فهو أن يفسخه
 المتعاقدان ، لأنه يقع منهما صحيحا كالرد بالعيب ، وكل ما كان فيه استدراك
 للظلمة وهو ظاهر الحديث واذعان له ، أو يترادان البيع ، وظاهره استقلالهما
 بذلك ، وفي قصة بيع ابن مسعود الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة ،
 فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفا . فقال الأشعث اشتريت منك بعشرة آلاف ،
 فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا اختلف البيعان
 وليس بينهما بينة ، والمبيع قائم بعينه ، فالقول قول البائع . أو يترادان البيع ، قال
 فإني أرد البيع ، رواه سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن
 ابن القاسم عن ابن مسعود ، ومن هنا لا يتوقف ذلك على فسخ الحاكم . الا اذا
 لجأ أحدهما الى المرافعة لديه .

وحديث عبد الملك بن عبيدة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا
 اختلف المتبايعان استحلقت البائع ، ثم كان المشتري بالخيار ، ان شاء أخذ وان
 شاء ترك ، وهذا ظاهر عند الحابلة في أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل
 الخيار اليه ، فأشبهه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، ولأنه هنا لا يشبهه النكاح
 لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق .

ويمكن أن يرد على مفهوم هذين الخبرين على هذا النحو بما يأتي :
 أولا : ان متعلق النزاع بين ابن مسعود والأشعث هو رقيق الامارة ،
 والامارة كانت لعبد الله بن مسعود ، فكان هو بمثابة القاضى الذى طبق النص ،
 وأوضحه لصاحبه ، اذ لم يكن بهما من حاجة الى حاكم وصاحب الشأن ، حاكم
 ثقة يحمل الدليل اللاحق فلا يفيد الخبر استقلال المتبايعين بالفسخ عند التحالف
 وليس نصا قاطعا في هذا المفهوم .

ثانيا : خبر عبد الملك بن عبيدة لا يفيد ذلك أيضا — أعني ليس دليلا على
 استقلال المتبايعين بالفسخ دون الرجوع الى القاضى — فان الخبر ينص بمنطوقه
 ومفهومه أيضا على عكس ذلك ، فقوله (استحلقت) دليل على طلب الحلف

المستفاد من السبن والتناء ، ولا يكون الطالب إلا من غيرها ، وليس سوى الحاكم هو الذي يستحلف البائع والله أعلم .

(مسألة) قال الشافعي في باب المكاتب : إذا اختلف الزوجان في المهر وتحالفا بدأت بالزوج اه .

قلت : وهذا مخالف لقاعدة البدء بالبائع لأن الزوج يحل محل المشتري .
وقال الشافعي في كتاب الدعوى والبيئات وآداب القضاء : إن بدأ البائع باليمين خير المشتري ، وإن بدأ بها المشتري خير البائع ،

قلت : وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيها شاء . ولعل أقوال الشافعي في الأم جعلت الأصحاب يخرجون المسئلة على الأقويل الثلاثة المعروفة ،

أحدها : أن يبدأ الحاكم بإحلاف البائع لأنه أقوى جانباً .

والثاني : بإحلاف المشتري لأنه أقوى جانباً لمشابهته الزوج .

والثالث : وهو أصح الأقوال عند الأصحاب أن الحاكم يبدأ بإحلاف البائع قبل المشتري ويمكن أن يجاب عن اختلاف الأقويل بأن ظاهر النص في البيوع بإحلاف البائع قبل المشتري وظاهر النص في الصداق بإحلاف الزوج قبل الزوجة ، والفرق بينهم أن تحالفهما في البيع رد المبيع إلى يد بائعه فبدىء بإحلافه ، وتحالفهما في المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع ، وهو بعد التحالف على ملكه فبدىء بإحلافه .

وأما ما قاله الشافعي في الدعوى والبيئات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشتري جاز ، وإن أداه اجتهاده إلى تقديم البائع جاز ، لأن تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد دون النص ، فجاز أن يؤدي الاجتهاد إلى تقديم كل واحد منهما ، وليس كاللذان الذي ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه

فإذا ثبت أن يبدأ بيمين البائع على ما شرحتنا من المذهب فهل تقديمه في اليمين من طريق الأولى إلى طريق الاستحقاق ؟ على وجهين .

أحدهما : أن تقديمه على طريق الاستحقاق ، فإن قدم عليه المشتري لم يجز إلا أن يؤدي اجتهاد الحاكم إلى ذلك .

وأوجه الثاني : تقديمه على طريق الأولى ، فإن قدم عليه المشتري جاز وان لم يؤده اجتهاده اليه ولما كان الحاكم منصوباً لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، ولأنه مجتهد ، يجب تسليم المبيع والتمن اليه حتى اذا قضى بينهما سلم المبيع اما الى المشتري واما رده الى بائعه وسلم الثمن اما الى البائع واما رده الى المشتري .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً أم لا فيه ثلاثة أوجه ، أحدها ينفسخ ظاهراً وباطناً لأنه فسخ بالتجالف فوق ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح بالامان ، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب .

والثاني : أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالتمن ، والتمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن .

والثالث : أنه ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأنه يمكنه أن يصدق المشتري ، ويأخذ منه الثمن ، ويسلم اليه المبيع ، فإذا لم يفعل كان ممتدماً من تسليم المبيع بظلم ، فلم ينفسخ البيع ، وان كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله . فإن قلنا : ان الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع الى ملك البائع والى تصرفه . وان قلنا : ان الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرت ، فان كان البائع هو الظالم لم يجوز له قبض المبيع والتصرف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع اليه ، وان كان مظلوماً لم يجوز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة ، لأنه على ملك المشتري ، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري ، ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه ، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله .

(الشرح) العقد له ظاهر وهو الايجاب والقبول والتقابض من اللامدات الظاهرة أما الباطن فهو النقاء ارادة كل من المتبايعين ؛ ووجود العلم بحقيقة النزاع ولكن في ضمير كل منهما . ومن هنا اذا انفسخ العقد بصورة مما أسلفنا فهل ينفسخ ظاهرا وباطنا ؟ أم ظاهرا فقط ؟ على ثلاثة أوجه عند الشافعية ، ووجهان عند أصحاب أحمد ، ووجه عند أحمد .

أولها : ينفذ الفسخ ظاهرا وباطنا بهذا التحالف ، كفسخ النكاح باللعان . ولأنه فسوخ بيع لاستدراك الظلامة فوقع ظاهرا وباطنا وهو كالرد بالعيب . أو فسوخ عقد بالتحالف . وهذا الوجه هو ظاهر كلام أحمد بن حنبل .

ثانيها : ينفذ الفسخ في الظاهر دون الباطن لان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن والثمن معلوم في ضميرها مجهول في الظاهر . ولأن انفساخ العقد سببه الجهالة بالثمن . ولان الجهالة قاصرة على الظاهر دون الباطن انحصر الانفساخ في ظاهر العقد واختص البطلان بالظاهر . وكان العقد في الباطن صحيحا . وكان القاضى الذى يحاسب المتبايعين على هذا التحالف والنزاع هو الله رب العالمين .

وكأى عقد من العقود التى فى ذمة المسلم واجبة الوفاء يكون للعقد طرفان ظاهران وطرف آخر فى الباطن يعلمه الذى لا تخفى عليه خافية . ولقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وهو الذى يتولى جزاء الناكثين والناقضين بغير حق يسوغ لهم النقض . ولأنه لو أراد أحد طرفى النزاع أن يوافق الآخر على رأيه ويتنازل عن دعواه . فانهما لا يفتقران الى عقد جديد أو ايجاب وقبول آخرين . ومن هنا يتحرك العقد المنقذ من ضميرها الى تنفيذ وامضاء فى الظاهر ولأنه يحرم عليه أمام الله التصرف فى المبيع ان كان طالما لصاحبه . وهذا الوجه هو وجه عند أصحاب أحمد أيضا .

قال أبو الخطاب من الجنبلة : ان كان البايع طالما لم ينفسخ العقد فى الباطن لأنه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد فى الباطن ولا يباح له التصرف فى المبيع لأنه غاصب . فان كان المشتري طالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البايع عن استيفاء حقه . فكان له الفسخ . كما لو أفلس المشتري .

قال الماوردي في الحاوي^١ في المجلد الخامس من النسخة الخطية بمصر، وهي ذات الأربعة والعشرين مجلداً بالخزانة العربية: لا يفسح العقد بنفس التحالف لأن كل واحد منهما يقصد يمينه لإثبات الملك لأنهما ضدان؛ فعلى هذا بماذا يكون الفسح بعد التحالف؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن الفسح يكون لكل واحد من المتبايعين، فأيهما فسح صح اعتباراً بفسخ العيوب التي تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرها والوجه الثاني أن الفسح لا يقع إلا بفسح الحاكم كالفسح بالعنة وعبوب الزوجين، لأنها عن اجتهاد، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم يفسح حتى يفسخه عليهما الحاكم، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بغير تحالفهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما، كما يعرض على الثاني بعد تخيير الأول، ثم يفسخه بينهما - ينتد، فلو تراضيا بعد تحالفهما صح البيع

وهل يقع الفسح ظاهراً أو باطناً؟ ويقع في الظاهر دون الباطن، على ثلاثة أوجه (أحدها) أن الفسح قد وقع ظاهراً وباطناً، سواء كان البائع ظلماً أو مظلوماً، كالفسح باللذان، وكالفسح عند تحالف الزوجين في نكاح الولى. فإن ذلك يقع ظاهراً وباطناً، كذلك في البيع، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل في سائر أحواله وإن كانت جارية جاز أن يطاها

والوجه الثالث: أن الفسح يقع في الظاهر دون الباطن، سواء كان البائع ظلماً أو مظلوماً لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن لقوله صلى الله عليه وسلم وإنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر،

فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قبل له: إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله

(١) المجلد الخامس من النسخة الخطية بدار السكتب تحت رقم ٨٢ فقه شافعي على أن هناك نسخة خطية أخرى تقع في أربعة عشر مجلداً تحت رقم ٨٣ وهي غير كاملة.

أنك كاذب ، وأن المشتري صادق ، فليس لك أن تتصرف في المبيع بوجه لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه فإن تصرفت فيه كنت كمن تصرف في ملك غيره متعديا ، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشتري كاذب فالمبيع للمشتري وأنت ممنوع من ثمنه فليس لك أن تطأه إن كان المبيع جارية وأن لا تهب ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه أو أى شيء من ماله فيتبع السلعة لتصل إلى حقه من ثمنها وفي المتولى لبيعهما ؛ والثاني تولاه الحاكم ، فإذا بيعت فإن كان الثمن بقدر حقه فلك أخذ حقه ، وإن كان أكثر من حقه فعليك رد الباقي ، وإن كان الثمن أقل من حقه فالباقي دين لك في ذمة المشتري

والوجه الثالث : ان كان البائع مظلوما والمشتري ظالما وقع الفسح في الظاهر والباطن . وقد أشار الى هذا الوجه أبو إسحاق المرزى تعليقا بأن الملك للمشتري بالعقد ، وان كان لم ينتقل ملكه .

وان كان ظلما صار بالظلم مانعا من ثمنها فصار أسوأ حالا من الجنس الذي يزال ملكه بالاولى لتعذر الثمن . فكذاك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول الى الثمن . فعلى هذا إن كان البائع مظلوما فقد وقع الفسح ظاهرا وباطنا وجاز للبائع اذا عادت السلعة اليه أن يتصرف كيف شاء . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري ، تحالفا وفسح البيع بينهما ، لأن التحالف يثبت ارفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب ان يثبت التحالف ، فإذا تحالفا رجع بقبضته ومتى تعتبر قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب قيمته يوم التلف (والثاني) يجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد ، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك . وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال : ما زاد على الثمن لا يجب ، لأن البائع لا يدعيه فلم يجب ، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه ، والمذهب الأول . لأنه بالفسح سقط اعتبار السلعة ؛ فالقول قول المشتري لأننا غارم . فكان

القول قوله كالأغاصب ، فإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيبا فرده واختلفا في الثمن .
فقال البائع الثمن ألف ، وقال المشتري الثمن ألفان فالقول قول البائع ، لأن البيع
قد انفسخ ، والمشتري مدع ، والبائع منكر ، فكان القول قوله

(الشرح) إذا هلكت السلعة في يد المشتري واختلفا في الثمن تحالفا ، ولا
اعتبار باليد ، إلا أن يكون تلفها قبل القبض . أما إذا كان تلفها بعد القبض
وتلفت في يد المشتري فأبو حنيفة يرى أنه إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد
لزوم العقد فالقول قول المشتري ولا تحالف لأن تلف السلعة يمنع من التحالف
ويوجب قبول قول المشتري لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة
تحالفا أو ترادا . فشرط التحالف بقاء السلعة فاقضى عدم قيام التحالف مع تاف
السلعة . قال ولأنه فسخ ثبت مع نقل المبيع ، فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد
بالعيب . قال ولأنه تاف عن عقد صحيح فوجب أن يبقى عند الفسخ .

قال : إذا تاف المبيع في خيار الثلاث بعد لزوم العقد ، فهل يستمر العقد أو
ينفسخ ؟ قال ولأن المبيع أقبض وصار في يد المشتري فهو مضمون على مشتريه
بالثمن ، فلو جاز تحالفهما بعد الثمن اصرار مضمونا عليه بالقيمة دون الثمن .
وهذا مما يتنافى ضمان العقد .

ولنا أن الدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع نقل السلعة وتلفها
ماروى في الخبر :

د البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ،

وقد مر لنا بيان طريقه ودرجته وتعيد العمل به ، وكل واحد من المتبايعين
منكر ومدع ، لأن البائع يقول بعث بألف ولم أبع بخمسمائة ؛ ويقول المشتري
عكس ذلك ، فكل واحد منهما يجوز أن يقيم البينة والبينة إنما تسمع من المدعى
دون المنكر ، فدل على أن كل واحد منهما مدع منكر فوجب أن يتحالفا ، لأن
التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد ذلك
السلعة ، فوجب أن يثبت التحالف

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الذي رواه الشافعي وغيره عن ابن مسعود
 وإذا اختلف البيعان فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار ، ولم يفرق بين بقاء
 السلعة وتلفها . فإن قيل : فقد شرط بقاء السلعة في التحالف في الخبر الآخر ،
 فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك التقييد ، كما حملتم إطلاق العتق في كفارة الظهار
 على تقييد العتق في كفارة القتل ، قيل : هذا ليس من المقيد الذي يحمل
 إطلاق جنسه عليه لأن إطلاق خبر ربما يوجب تحالفها مع بقاء السلعة وتلفها
 فصار قوله : إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا مع استواء الحكم في قيامها وتلفها ،
 قيل : يحتمل وجوها :

أحدها : البينة على حكم التحالف مع التلف ، لأن بقاء السلعة يمكن معه
 اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن
 فلما سقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف
 مع تلفها أولى .

والثاني : أنه نص على بقاء السلعة ، إسقاطا لاعتبار اليد ، بخلاف مالك ،
 حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفها مع زوال السلعة ، لأن تلفها قد يكون
 مكتملا للعقد - إذا كان قبل القبض - وبقاؤها ليس يبطل العقد معه ، فيتحالفا
 مع بقاءها ، ولا يتحالفا مع تلفها .

فإن قيل : فلا دلالة لسك في هذا الخبر لأنه جعل القول قول البائع ، وأنتم
 لا تقولون به ، قيل قد جعل المشتري بعده بالخيار : ومن جعل القول قول البائع
 على الإطلاق لم يحمل المشتري خياراً ، وإذا ثبت خيار المشتري بعد يمين البائع
 فخياره في قبول السلعة بما حلف عليه البائع ، أو يحلف بعده ، ويقسخ البيع ،
 وكذا نقول في تحالفها .

وإنما خص رسول الله صلى الله عليه وسلم البائع بالذكر لأنه المبتدىء باليمين
 ويدل عليه المسئلة من طريق المعنى أنه اختلف في صفة عقد بيع صحيح فاقضى
 أن يوجب التحالف فإذا كانت السلعة قائمة ، ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوي
 فيه الباقي والتالف كالاستحقاق ، ولأنه فسح لا يفتقر الى تراضيهما . فإذا صح
 مع تراد الأعيان صح مع تراد القيم .

وإذا اشترى عبداً بجارية وتقايباً ثم تلفت الجارية فوجد بالعبد عيباً فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها .

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بحديث ابن مسعود فقد مضى في معارضته الخبر الذي رواه الشافعي .

وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب مما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالوافق فلم يفسح ، وليس كذلك في اختلافهما ، لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف ، لحاز أن يتحالف مع التلف ، ولا وجه لقوله : إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ ، كما لا تقبل ابتداء العقد . وإن إقالة العبد الأبق لا تصح ولا تقبل الإقالة ، كما لا يقبل ابتداء العقد ، لأنه يقول فيمن ابتاع عبداً وقتل في يد البائع إن المشتري بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن ، أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد ، فقد جعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كذلك فيما جعلناه أصلاً معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لجعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كما قبل التلف .

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث لمحك العمل غير مسلم فلم نسلم .
وأما الجواب عن قولهم أن المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً لأن الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذي هو الثمن ، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن .

ومقصد الفصل أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري تحالفاً وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع ان كان متقوماً ، وإن كان مثالياً وجب على المشتري مثله . وهذا هو قول الشافعي ، ومالك وأحمد في إحدى روايتيهما ، متى اعتبر قيمته ، وهل يقوم من حين قبضه . أم يقوم من حين هلاكه ؟ وجهان .

أحدهما : يقوم ، وتجب قيمته يوم التلف . وقد مر بيان ذلك في هلاك السلعة في البيع الفاسد .

فإذا زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك خلافاً لأبي علي بن خيران بناء على قاعدة عدم إعطاء البائع ما ليس بدعيه وليس بمذهب .

(مسألة) إذا كان الهلاك معنوياً بأن وقف المشتري المبيع أو اعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحة - كما سيأتي في المكاتب إن شاء الله تعالى - أو كان حسياً كأن مات لزمه قيمته إن كان متقوماً ، وكثيراً ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعاً ، ولو تلف بعضه رد الباقي وبدل التالف وهذه القيمة هي قيمة يوم التلف في أنظر الأقوال كما رجحه الرملي في نهاية المحتاج ، وإن كان المصنف رحمه الله ذكر قولاً ثانياً وهو وجوب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .

وموضوع الفسح العين ، والقيمة بدل عنها ، ثم تعتبر عند فوات أصلها ، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرض بأقل قيمتي العقد والقبض ، والنظر إليها هناك لا للغرم بل ليعرف منها الأرض ، وهنا المغرور بالقيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق . قاله الرافعي . وجعل الرملي القول الأول للمصنف قولاً ثانياً عنده فقال :

والثاني : قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله في ضمانه .

والثالث : أقل القيمتين يوم العقد والقبض .

وجعل الرملي القول الثاني للمصنف قولاً رابعاً فقال :

والرابع : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم ، وإن تعيب - أي أصابه عيب - رده مع أرشه وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة ، فكان بعضه مضموناً ببعضها .

(مسألة) فرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين ما لو باع عيناً فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع فإنه يضمه بالأقل من العقد إلى القبض بأن سبب الفسح هنا حاف البائع ، فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف .

وتم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد ، فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض .

(مسئلة) وطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له ، وإن كان قد رهنه أى المبيع خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكأكه ، ولا ينافى ذلك ما ذكر في الصداق أنه لو طلقها قبل الوطاء وكان الصداق مرهوناً ، وقال : أنتظر الفسكك للرجوع فلما إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، فقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة ، لأننا نقول : المصلحة قد حصل لها كسر بالطلاق ، فناسب جبرها بإجابتها بخلاف المشتري وذلك للرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر .

وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجراً ، ولا ينتزعه من يد الميكترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشتري ، وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ، ولو كان زكاة معجلة - وتعيب - فلا أرش أو جعله للمشتري مثلاً - صداقاً - وتعيب في يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ، ولو دبره المشتري لم يمنع رجوع البائع أخذاً بما ذكره المصنف في الفلاس على ما سيأتى من أنه لا يمنع فيه .

قال في الحاوى :

إذا فسخ البيع وجب رد السلعة على بائعها سواء قيل : إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، أو قد وقع في الظاهر دون الباطن ، فإن كانت السلعة تالفة فلا يتخلو حالها من أحد أمرين إما أن تكون مما لها مثل أو مما لا مثل لها ، فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها وفي اعتبار القيمة وجهان ،

أحدهما : وقت التلف . والثاني : مما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف ، فإن اختلفا في قدر القيمة فالقول قول المشتري مع يمينه اعتباراً بها في ذمته ، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع ، وإن كانت السلعة المبيعة مما له مثل كالخنطة والشعير ففيه وجهان .
أحدهما : عليه رد مثله كالمغصوب . والثاني وهو الأصح أن عليه غرم قيمته لأنه لم يضمه وقت القبض بالمثل ، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب

قال : فأما ما أخذهُ المشتري من المبيع قبل الفسح من غلة أو ثمرة أو نتاج فلكه على مالك المشتري لا يلزمه رد شيء منه على البائع ، لأنه كان مالكا حين استغله ، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسح . اهـ
 وإن تقايلا ، وأعني كل منهما صاحبه من التزامه ، أخذ البائع سلعته وأخذ المشتري ثمنه ، فإذا اختلفا في الثمن ؛ فقال البائع : الثمن ألف ، وقال المشتري ألفان فالقول قول البائع ، لأنه لا يربطهما عقد لانفساح البيع ، فيكون المشتري بمجرد فسح البيع مدعياً عليه البيئنة ، فإن أتى بالبيئنة كان القول قوله ، فإن لم تكن له بيئنة كان القول قول البائع لأنه منسكراً بمنسكراً .
 ومثل التقابل الرد بالعيب ، وذلك إذا اختلفا في الثمن ، فإن العقد بمجرد الرد بالعيب يعد مفسوخاً وبمسحوب على كل منهما من الوصف ما ذكرناه في التقابل فالمشتري مدع عليه البيئنة والمشتري منسكراً .

قال ابن قدامة رحمه الله :

وإذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فمن أحد روايتان . إحداهما : يتحاالفان مثل ما لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر ، وهذا قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث ، والسلعة قائمة ، .

ففهو مذهبنا لا يشرع التحالف عند تلفها ؛ ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري ، واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة ، البائع يدعيها والمشتري ينسكرها ، والقول قول المنسكراً ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .
 ووجه الرواية الأولى عموم قوله ، إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع . والمشتري بالخيار ، .

وقال أحمد : ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هرون ، قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي ، لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها في حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنسكراً ، فيشرع اليمين كحال لقيام السلعة ،

وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها . وقولهم تركناه للحديث . قلنا ليس في الحديث تحالفا . وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار

قال ابن المنذر . وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه . اهـ ، وعلى أنه إذا خولف الأصل للمعنى وجب تعديته بتعدى ذلك المعنى فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبيئنة ، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة ، فع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسح العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه ، كما له ذلك في حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا

وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه ، لأنه لا فائدة من يمين البائع ولا فسخ البيع ، لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة

ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفتها ، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم ، والقول قول الغارم

وان تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد ، فأشبهه مالو اختلفا في القبض .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفا لأنه يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال ، وان كان البيع بين وكيلين

واختلفا في الثمن ، ففيه وجهان (أحدهما) يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفنا
لـالكين (والثاني) لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما
فيرجع . والوكيل اذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه

(الشرح) اعلم أن هذا الفصل يتضمن ما يقع من الاختلاف بين من يحل
محل المتبايعين والحال محل المتبايعين اما أن يكون وارثا واما أن يكون وكبلا

وفي هذه الحال يقوم الوارث مقام الموروث قولا واحداً

أما الوكيلان فوجهان (أحدهما) يتحالفان كلما الكين والوارثين (والثاني)
لا يتحالفان لعدم وقوع الظلم من أحدهما الآخر

وقد يموت أحد المتبايعين وله وكيل فيجرب عليه الوجهان ، أو وارث فهو
حال محل الموروث في الظلامة والتحالف ، فيكأن الوارث يأخذ مال موروثه
فله أن يأخذ ما عساه يكون حقاً له ، ويلزمه ما عساه بصير لازماً عليه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اختلفا المتبايعان في قدر المبيع تحالفنا لما ذكرنا في الثمن .
وان اختلفا في عين المبيع بأن قال البائع : بعثك هذا العبد بألف . وقال المشتري
بل اشتريت هذه الجارية بألف ، ففيه وجهان

(أحدهما) يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعى عقداً ينسكروه الآخر ، فأشبهه
اذا اختلفا في قدر المبيع

(والثاني) أنهما لا يتحالفان ، بل يخلف البائع أنه ما باعه الجارية ويخاف
المشتري أنه ما اشترى العبد . وهو اختيار أبي حامد الاسفراييني رحمه الله ،
لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينسكرو
كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً والآخر جارية من غير عقد ، فإن أقام البائع
بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن ، فإن كان العبد في يده أقر في يده ، وان
كان في يد البائع ففيه وجهان (أحدهما) يجبر المشتري على قبضه ، لأن البينة قد
شهدت له بالملك (والثاني) لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه ، فلم يسلم
اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه

(فصل) وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن ، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان ، بناء على القولين في شرط الخيار في السكفالة .

أحدهما : أن القول قول من يدعى الصحة ، لأن الأصل عدم ما يفسد ، والثاني : أن القول قول من يدعى الفساد ، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ؛ فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق ، فقال أحدهما : تفرقنا قبل القبض ، وقال الآخر : تفرقنا بعد القبض ، ففيه وجهان ، أحدهما أن القول قول من يدعى التفرق قبل القبض ، لأن الأصل عدم القبض ، والثاني أن القول قول من يدعى التفرق بعد القبض ، لأن الأصل صحة العقد ، وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر تفرقنا عن فسح البيع ففيه وجهان .

أحدهما أن القول قول من يدعى التراضى ، لأن الأصل عدم الفسح وبقاء العقد ؛ والثاني أن القول قول من يدعى الفسح لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف ، فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث عندك ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم العيب فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع ، وقال البائع : الذى بعته غير هذا فالقول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ، وبقاء العقد ، فكان القول قوله ، فإن اشترى عدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان ، أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع . لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن . فإن القول قول المشتري ، لأنه ملك الشقة فلا يزال إلا بما يقر به ، والثاني أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله . فإن باعه عشرة أقفرة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان .

أحدهما : أن القول قول المشتري ، لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه .

والثاني : أن القول قول البايع ، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه لجعل القول قول البايع .

(الشرح) اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين ، أحدهما أن يختلفا في أصل العقد ، والثاني في صفته ، فإن كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائع بعتك هذا الشيء بألف فيقول الآخر ما اشتريت ، أو يقول المشتري : اشتريت منك هذا الشيء بألف ، ويقول المالك : ما بعته ، فالقول قول منسكرك العقد مع يمينه بتماماً كان أو مشترباً إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ولا تحالف بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى » .

وإن كان اختلافهما في صفة العقد ، كاختلافهما في قدر الثمن أو صفته أو في قدر المئمن أو في صفته .

والضرب الثاني أن يكون اختلافهما بما قد يخلو من العقد كاختلافهما في الاجل وفي قدره أو في الخيار أو في قدره أو في الرهن أو في التمييز أو في عينه .

فأما الضرب الاول وهو أن يكون اختلافهما بما يكون يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته فقد مر تفصيل ذلك في الفصول السابقة ، وأما ما يكون من اختلاف في قدر المئمن أو صفته ، فالاختلاف في صفة المئمن أن يقول البائع ، بعتك عبداً ، ويقول المشتري . بل جارية ، فإن كان اختلافهما فيما ذكرنا وشبهه فقد اختلف الفقهاء في العقد على خمسة مذاهب قد جئنا عليها في الفصول السابقة قال في نهاية المحتاج ما حاصله :

وإن اختلفا في الأجل بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع ، أو قدره كشهري أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة مثلاً بدرهم ، فيقول . بل مدين به ولا بينة لأحدهما يعول عليها ، فشمعل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لسكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا لخبر مسلم ، البين على المدعى عليه ، ولا يشكك الخبران المتقدمان لانه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهي حليف المشتري أيضاً فأخذنا بها وشمعل كلامه مالو وقع الاختلاف في زمن الخيار فيتحالفان ، وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنسائي والأذرعى

وغيرهم ، وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها في حق الرقيق ، وفي القراض والجمعة مع جوازها من الجهتين ، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كإن المقرئ في بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ في زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن يشكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

والاختلاف في الأجل أو الرهن أو في قدرهما أو في شرط الخيار أو غير ذلك من الشروط لصحيفة فنيها للمعهاه طريقان .

أحدهما : وهو قول الشافعي يتحالفان ، لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن .

والثاني : القول قول من ينفي ذلك مع يمينه ، وهو أبي حنيفة ، لأن الاصل عدمه ؛ فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد لأنه منسكرك ، والقول قول المنسكرك ، فإن اختلفا في شرط يفسد العقد فقال : بعثك بخمر ، أو خيار مجهول ، فقال : بعثني بنقد معلوم أو خيار ثلاث ؛ فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه ، لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للكافر ؛ وإن قال بعثك مكرها ، فأنسكه فالقول قول المشتري ، لأن الاصل عدم الإكراه وصحة البيع ، وإن قال بعثك وأنا صبي فالقول قول المشتري ، كل ذلك قول الشافعي وأحمد والثوري وإسحاق ، إلا أن الشافعي يسوي بين المسلم والكافر في تعاطي الصحة . قالوا : لأن المتبايعين اتفقا على أصل العقد ، واختلفا فيما يفسده ، فكان القول قول مدعى الصحة .

ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لأنه الاصل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين : أحدهما : أن الاصل عدمه ، وهما الاصل بقاؤه .

والثاني : أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح ، وهما ما ثبت أنه كان مكلفا ، وإن قال بعثك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري . لأن الاصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنونا فهو زلصبي .

قال شمس الدين الرملي :

ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود وادعى الآخر فساده لانتفاء ركن ، أو شرط على المعتمد ، كأن ادعى أحدهما روثيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا ، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما في فتاوى الشيخ ، فالأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه غالباً ، مسلماً كان أو كافراً ، لأن الظاهر في العقود الصحة : وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد في الجملة . ومن غير الغالب ما لو باع ذراعاً من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع ، وادعى المشتري شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضاً لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضاً لأنه الغالب ، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن ، أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضاً كما ذكره الروياني .

ثم قال : وأما كلام الأصحاب في الجنائيات والطلاق فليس من الاختلاف في صحة العقد وفساده ، وفارق ما ذكرناه ما سيأتي في الضمان بأن المعاوضات محتاط فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها

وفي البيان للعمراني : لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك أن من هب في مرضه شيئاً فادعت ورثته غيبية عقله حال الهبة لم يقبلوا إلا إن علم له غيبية قبل الهبة وادعوا استمرارها إليها وجزم بعضهم بأنه لا بد في البيئنة بغيبية العقل - إن تبين ما غاب به - أي لثلاث تكون غيبته بما يؤخذ به كسكر تعدى به ، وما لو قال المرتن : أذنت في البيع بشرط رهن الثمن . وقال الراهن بل مطلقاً ، فالمدق المرتن ، كما قاله الزركشي وغيره ، وهو كما قال ، وليكن ليس هذا مما نحن فيه ، لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائبهما

ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك صدق بيمينه ، ولو أتى المشتري بخمر أو بما فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض صدق بيمينه ، ولو صبه في ظرف المشتري فظهرت فيه فأرة فادعى كل أنها من عند الآخر صدق البائع لدعواه الصحة ، ولأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن ؛ والأصل أيضاً برامة البائع كما في نظيره من السلم إذا اختلفا

هل قبض المسلم اليه رأس المال قبل التفرق أو بعده ؟ فلو أقاما في المستلين بيئتين قدمت بيئته مدعى الصحة . وقول ابن أبي عسرون إن كان مال كل بيئته حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود . وقال الرملي :

ولو اشترى عبدا مثلا معيننا وقبضه فجاء بعبد معين ليرده فقال البائع ، ليس هذا المبيع ، صدق البائع بيمينه ، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد ، وفي مثله في المبيع في الذمة والسلم بأن قبض المشتري أو المسلم المدفوع عما في الذمة ثم أحضر معيناً ليرده ، فقال البائع أو المسلم اليه ليس هذا المقبوض يصدق المشتري والمسلم بيمينه في الأصح أنه المقبوض عملاً بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم اليه الى وجود قبض صحيح ، ويجرى ذلك في الثمن ، فيحلف المشتري في المعين ، والبائع فيما في الذمة ، ومقابل الأصح يصدق المسلم اليه كالبيع

ولو قبض المبيع مثلاً بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله في الكيل أو الوزن عادة صدق بيمينه لاحتتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولائهما اتفاقاً على القبض وانقاض يدعى الخطأ فإليه البيئته كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ عليه تازمه البيئته ، ولو باع شيئاً فظن كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف ، كان قال الابن « باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعمداً ، وقال الموكل « باع وكيلي مالي متعمداً ، وقال المشتري « لم يتعد الولي ولا الوكيل ، صدق المشتري بيمينه ، لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتم إلا بحجة . انتهى

أما لغات الفصل فالشقص القطعة من الارض والطائفة من الشيء . قوله فإن باعه عشرة أفرزة من صبرة فالقفيز مكيال . قال في الصحاح هو ثمانية مكايك والجمع أفرزة وقفزان ، قال والمكوك مكيال هو ثلاث كيلجات . والكيلجة منا وسبعة أثمان منا ، والمنا رطلان ، ويمكن بهذا أن نعرف أن الكيلجة هي الكيلو بلغة العصر فيكون القفيز أربعة وعشرين كيلو جراماً تقريباً بالوزن ، وقد مر في قاعدة مدعجوة أن الوزن مقدم على الكيل لأنه أدق وأعدل إلا ما كان اطراد الكيل فيه لحفته يجعله غير صالح للوزن ، فتتطبق عليه قاعدة الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن .

قال الشافعي في باب جماع السلف في الوزن :

والميزان مخالفت المكيال في بعض معانيه والميزان أقرب من الإحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال ، لأن ما يتجافى ولم يتجافى في الميزان سواء : لأنه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه ، والمتجافى في المكيال يتباين تباينا بينا فليس في شيء مما يوزن اختلاف في الوزن ، ثم قال الشافعي : فإن قال قائل : كيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : الله أعلم ، أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه : فأما ما قل منه فيبيع كيلا والجملة الكثيرة تباع وزنا ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه . قال عمر رضي الله عنه : لا آكل سمناء ما دام يباع بالأواقي ، وتشبه الأواقي أن تكون كيلا . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع : فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال .

أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع ، والمشتري على إحضار الثمن ، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة ، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما ، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لهما على الآخر دراهم ، والآخر عليه دنائير .

والثاني : لا يجبر واحد منهما ، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه ، لأن على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له ، فإذا امتنعا لم يجبر واحد منهما ، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل .

والثالث : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر المشتري وهو الصحيح ، لأن حق المشتري متعلق بعين ، وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرض الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة ، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع ، ومن أصحابنا من قال : المسألة على قول واحد ، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه ، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ، ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه

فان كان المشتري موسراً نظرت ، فان كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال وان كان في داره أو دكانه حجب عليه في المبيع ، وفي سائر أمواله ، الى أن يدفع الثمن لانه اذا لم يحجب عليه لم تأمن أن يتصرف فيه ، فيضر بالبائع .

وان كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع الى عين ماله ، كما لو أفلس المشتري ، وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان . أحدهما ليس له أن يختار عين ماله ، لانه في حكم الحاضر . والثاني له أن يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد ، وان كان المشتري معسراً ففيه وجهان .

أحدهما . تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها ، والمنصوص أنه يرجع الى عين ماله لانه تعذر الثمن بالإعسار . فثبت له الرجوع الى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وان كان الثمن معيناً ففيه قولان . أحدهما يجبران . والثاني لا يجبر واحد منهما وبسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض .

(الشرح) في هذا الفصل بيان حكم اختلافهما عند البيع بثمن في الذمة فيه ثلاثة أقوال عند المصنف (أصحابها) يجبر البائع على تسليم السلعة ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن . وذلك أنهما ان تمانعا أجبر الحاكم كل واحد منهما على احضار ما عليه من مبيع أو ثمن ثم ينصب عليهما أميناً عدلاً يأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده إليه . حتى اذا صار الجميع معه سلم المبيع الى المشتري والثمن الى البائع . قال الماوردي . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القداح . وقال أبو اسحاق المرزى . يجعل هذا القول الأول واحداً . وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل . وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما واحداً ، وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه . قلت : والقول الأول الذي أراد أبو اسحاق المرزى مزجه بقول سعيد بن سالم القداح هو قول المصنف .

أحدها يجبر البائع على تسليم المبيع والمشتري على تسليم الثمن ثم أعطى كل

واحد منهما ماله دفعة واحدة في لحظة واحدة لتساوى الوجوب في التسليم وعدم اختصاص
أحدهما بقدر أكثر من الإذعان من صاحبه ، وامتنع أكثر الأصحاب من جعلها
قولا واحداً لما يأتي :

(أولاً) لأن حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعاق
بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في
الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع
(ثانياً) إن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه ، وهامنا
الحكم منه في ذمة الأمين والأمر بالتسليم منه

ومن هنا كان قول المصنف : من الأصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال يذكرنا
بقول الماوردي فيه أربعة أقوال . ذلك القول الرابع هو تعيين الأمين العدل .
وهذا القول وإن كان قولاً رابعاً عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة فيما إذا كان
عرضاً بعرض أو عيناً بعين .

قال ابن قدامة في المغني :

وإن اختلفا في التسليم ، فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال
المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم
المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل
بينهما عدل ، فيقبض منهما ثم يسلم إليهما ، وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي
وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو قول
ثان للشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن البائع
حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء
كالرهن . ثم قال رأيه الذي يدل على موافقته لما ذهبنا إليه من تساوى المبيع ،
سواء أكان الثمن عيناً أم نقداً فقال

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى سيما
مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة ، وتقديم ما تعلق بالدين أولى
لنا كده . ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة ، ويخالف

الرهن فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم ها هنا يتعلق به مصاحبة عقد البيع . وأما إذا كان الثمن عينا فقد تعلق الحق بعينه أيضا كالمبيع فاستويا . وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه . اهـ

قوله « وما سواه من الاقوال » ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه .

(قلت) الذي في المزمع يدل على اختيار الشافعي لهذا الرأي وتعبيره بكلمة (أحب الشافعي من أقاويل) قال المزمع في باب اختلاف المتبايعين ، وإذا قال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض ،

« ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن البائع يدفع السلعة ويحجر المشتري على دفع الثمن من ساعته فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس ، والبائع أحق بسلعته ، ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم ، قوله « وإن كان غائبا ، قال الماوردي :

وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة ، فهذا في حكم الحاضر ، وينتظر له حضور ماله بعد الحجر عليه في المبيع وسائر ماله ، فإذا حضر الثمن فك حجره وأطاق تصرفه (والثاني) أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله بعده عنه ، وأنه في حكم المعسر .

(والثالث) أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين .

(أحدهما) ينتظر حضور ماله ، كما لو كانت على أقل من يوم وليلة ، ويحجر عليه في المبيع حتى يحضر الثمن (والوجه الثاني) لا ينتظر لبعده المسافة ، وأنها في حكم ما زاد على الثلاث ، فعلى هذا ما الذي يستحقه البائع إذا لم ينتظر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع

بغير ماله وبين أن يصير بالثمن في ذمة المشتري إلى حين وجوده (والوجه الثاني) أن حكم المفلس منفي عنه لوجود المسال ، وإن بعد منه ، ولكن تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها ، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه . وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشتري . وإن بيعت بأقل كان الباقي ديناً للبائع في ذمة المشتري .

(قلت) فإن هرب المشتري ولم يكن له مال فسخ البيع لأنه إذا جاز فسخه مع حضوره للإعسار ففي هربه أولى .
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر البائع على تسليم شيء من البيع ، لأنه محبوس بدين ، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن (والثاني) أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن ، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته ، وبخالف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين ، وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن ، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع ، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها . والله أعلم

(الشرح) هذا الفصل يبنى على أن العقد إذا لزم في الصفقة كلها كان بعض ما أداه المشتري من ثمنها غير مسوغ لتجزئ المبيع بقدر ما أدى المشتري فلا يجبر على تسليم ما يقابله أم يجبر على تسليم ما يساوي ما أداه المشتري ؟ فيقع الثمن منجماً والمبيع منجماً ؛ وذلك لمخالفته الرهن ، لأنه إذا احتجز الصفقة عنده كلها في مقابلة ما بقي من الثمن فقد أشبه الرهن

(قلت) إذا ترتب على تجزئ الصفقة تلف باقيها أو نقصه نقصاً يبخرس بثمنها كما لو أدى بعض الثمن من كتاب له أجزاء مطبوعة فإذا أخذ ما يساوي ما أداه من الثمن من أجزاء ترتب على ذلك خرم الكتاب عند البائع لم يجبر البائع على تسليم بعض الكتاب وجاز له - بحسه - أن يستوفي الثمن كله . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل اما أن يكون ثمرة أو غيرها ، فإن كان غير الثمرة نظرت ، فإن كان تلفه بأفة سماوية انفسخ البيع ، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو اصطرقا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بأكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ، لأن الثمن لا ينقسم على الأجزاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن ، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو تلف بأفة سماوية .

(والثاني) أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة ، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض ، فإن كان عبداً فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته

فإن أتلفه البائع ففيه طريقتان . قال أبو العباس فيه قولان كالأجنبي . وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي ، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن لجواز أن يضمنه بالقيمة ، فإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان .

قال أبو العباس والمبتاع بالخيار إن شاء ففسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجاز رجوعه على البائع بنصف القيمة ، وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار إن شاء ففسخ البيع وإن شاء أجاز له ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض : كما لو ذهب بأكلة فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأن الإلتاف كالقبض ، ولهذا لو أعتقه جعل اعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه ، فإن كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله ، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على

المشتري بأرش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يدهم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع
بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص
من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن كانت
على الشجر نظرت فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض
وقد بيناه ، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان (أحدهما) أنها تناف من ضمان
المشتري ، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما
ينقل (والثاني) أنها تلف من ضمان البائع ، لما روى جابر رضي الله عنه أن
النبي (ص) قال : إن بعث من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ
منه شيئاً ، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق ، وروى جابر أيضاً أن النبي (ص) أمر
بوضع الجوانح ، فإن قلنا بهذا فاختلفاً في الهالك فقال البائع الثلث ، وقال المشتري
النصف ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم الهلاك ، وإن بلغت الثمار وقت
الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري ، لأنه وجب عليه
النقل فلم يلزم البائع ضمانها ، والله أعلم

(الشرح) حديث جابر الأول رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه .
وحديث جابر الثاني رواه الشافعي في الام . قال سمعت سفيان يحدث هذا الحديث
كثيراً في طول مجالستي له ، لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه ، أمر
بوضع الجوانح ، لا يزيد على أن النبي (ص) نهى عن بيع السنين . ثم زاد بعد ذلك
، وأمر بوضع الجوانح ،

قال الشافعي ، قال سفيان : وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع
الجوانح لا أحفظه ، فسكنت أكف عن ذكر وضع الجوانح لاني لا أدري كيف
كان الكلام . وفي الحديث أمر بوضع الجوانح . أخبرنا سفيان عن أبي الزبير عن
جابر عن النبي (ص) مثله ، قلت ، وحديث ، أمر بوضع الجوانح ، رواه مسلم وأحمد
والنسائي وأبو داود . وروى عن أنس وعائشة ، وقد مر في بيع الثمرة قبل بدو
صلاحها . قال الربيع ، أخبرنا الشافعي قال أخبرنا مالك عن أبي الرجال محمد بن
عبد الرحمن عن أمه عمرة أنه سمعها تقول : ابتاع رجل ثمر حائط في زمان

رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وأقام فيه حتى تبين له النقضان ، فسأل رب الحائض أن يضع عنه خلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله (ص) فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً ، فسمع بذلك رب المال ، فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له ،

أما لغات الفصل فالآفة العاهة ، وقد إيف الزرع بالبناء المجهول أى أصابته آفة فهو متوف على وزن مقول ومعوف ، والجوائح جمع جائحة ، وهى الآفة التى تصيب الثمار فتهلكها . يقال حاجهم الدهر واجتاحهم بتقديم الحيم على الحاء فيها إذا أصابهم بمكروه عظيم والآفة كلة

أما الاحكام فقال الشافعى ، قال سفيان فى حديثه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى وضع الجوائح : ما حكيت فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصالح على النصف . وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعاً - ضاً على الخير لا حتماً ، وما أشبه ذلك

ثم قال الشافعى وحديث مالك عن عمرة مرسل . وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسل ، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه - والله تعالى أعلم - دلالة على أن لا توضع الجائحة لقولها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً ، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف ، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال (قال) ولو لم يكن سفيان وهن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة ، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه ، فأما أن يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول .

فان قال قائل : فما منعك أن تجعل ثمرة النخل قياساً على ما وصفت من كراه الأرض ، وأنت تجيز بيع ثمر النخل فيترك إلى غاية فى نخله كما تجيز أن يقبض الدار ويسكنها الى مدة .

قال : فقيل له : إن شاء الله الدار أكثرى سنة ثم تهدم من قبل تمام السنة مخالفة للثمرة تقبض من قبل أن سكنها ليس بعين ترى وإنما هي بمدة تأتي ، فكل يوم منها يمضى بما فيه وهي بيد المكتري يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها والثمرة إذا اقبلت وقبضت وكما في يد المشتري بقدر على أن يأخذها كلها من ساعته ، ويكون ذلك له ، وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غاية يكون له فيها أخذه قبلها وقد يكون رطباً يمكنه أخذه وبيعه وتبيسه ، فيتركه ليأخذه يوماً بيوم رطباً ليسكون أكثر قيمة إذا فرقه في الأيام وأدوم لاهله فلو زعمت أنى أضغ الجائحة بعد أن يرطب الحائط كله أو أكثره ويمكن فيه أن يقطع كاه فيبياع رطباً ، وإن كان ذلك أنقص لمالك الرطب أو يبيس تمرا ، وإن كان ذلك أنقص على مالكه زعمت أنى أضغ عنه الجائحة وهي تمر ، وقد ترك قطعه وتميزه في وقت يمكنه فيه إحرازه . ثم قال : وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جنابة آدمى .

ثم قال الشافعى : وكان شبهها أن يكون جملة القول فيه أن يكون الثمر المبيع في شجره المدفوع إلى مبتاعه من ضمان البائع حتى يستوفى المشتري ما اشترى منه لا يبرأ البائع من شيء منه حتى يأخذه المشتري أو يؤخذ بأمره من شجره ، كما يكون من ابتاع طعاماً في بيت أو سفينة كاه على كيل معلوم ، فما استوفى المشتري برى منه البائع ، وما لم يستوف حتى سرق أو تصديه آفة فهو من مال البائع ، وما أصابه من عيب فالمشتري بالخيار في أخذه أو رده

ويجعل الشافعى المشتري مسئولاً عن المبتاع إذا كان مسلطاً عليه مسيطراً على المبيع ، وليس على البائع من الضمان شيء مادام يملك أخذها وقطعها وبقائها فلو تلفت - في يد البائع بآفة سماوية - فلا ضمان على البائع : لأن المشتري مقصر في قبضها ، وفي الأبواب السابقة من البيوع مزيد تفصيل فليرجع إليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب السلم

السلم جائز لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أجله الله في كتابه وأذن فيه فقال « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » .

(فصل) ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع : قال الشافعي رحمه الله : ويصح السلم من الأعمى . قال المزني رحمه الله أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى . قال أبو العباس هذا الذي قاله المزني حسن ، فأما الأكمة الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح ، وقال أبو إسحاق يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمة لأنه يعرف الصفات بالسمع

(الشرح) قال الشافعي رحمه الله في باب السلف والمراد به السلم :

قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، إلى قوله « وليتق الله ربه » قال الشافعي : فلما أمر الله عز وجل بالكتاب ثم رخص في الإشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً ، احتمال أن يكون فرضاً وأن يكون دلالة ، فلما قال الله جل ثناؤه : فرهان مقبوضة والرهن غير الكتاب والشهادة ، ثم قال « فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه » دل كتاب الله عز وجل على أن أمره بالكتاب ثم الشهود ثم الرهن إرشاداً لا فرضاً عليهم ، لأن قوله « فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته » إباحة لأن يأمن بعضهم بعضاً : فيدع الكتاب والشهود والرهن ، قال : وأحب الكتاب والشهود لأنه إرشاد من الله ونظر للبائع والمشتري ، وذلك أنهما إن كانا أمينين فقد يموئان أو أحدهما ، فلا يعرف حق البائع على المشتري فيتلطف على البائع أو ورثته حقه ، وتكون التباعة على المشتري

في أسلم يردده ، وقد يتغير عقل المشتري فيكون هذا والبائع ، وقد يغاظ المشتري فلا يقر فيدخل في الظلم من حيث لا يعلم ويصيب ذلك البائع فيدعى ما ليس له فيكون الكتاب والشهادة قاطعا هذا عنهما وعن ورثتهما ، ولم يكن يدخله ما وصفت انبغى لأهل دين الله اختيار ما ندمهم الله اليه ارشادا ، ومن تركه فقد ترك حرما وأسرأ لم أحب ركة من غير أن أزعم أنه محرم عليه بما وصفت من الآية بعده .

قال الشافعي : قال الله عز وجل . ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، يحتمل أن يكون حتما على من دعى للكتاب ، فإن تركه تارك كان عاصيا ، ويحتمل أن يكون كما وصفنا في كتاب جماع العلم : على من حضر من الكتاب أن لا يعطلوا كتاب حق بين رجلين ، فاذا قام به واحد أجزأ عنهم ، كما حق عليهم أن يصلوا على الجنازة ويدفنوها فاذا قام بها من يكفئها أخرج ذلك من تخلف عنها من المائم ولو ترك كل من حضر من الكتاب خفت أن يائسوا ، بل كافي لا أراهم يخرجون من المائم : وأيمهم قام به أجزأ عنهم وهذا أشبه معانيه به والله تعالى أعلم .

أما حديث ابن عباس فقد قال الشافعي : أخبرنا سفيان عن أيوب عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : أشهد إلى آخر ما أورده المصنف هكذا موقوفا على ابن عباس ورواه سعيد بن منصور أيضا هكذا أما لغات الفصل : فإن السلم بفتح الحين هو الاستسلام ، وسلم اليه الشيء بتشديد اللام تسليما فتسليمه أي أخذه . والتسليم بذل الرضا بالحكم . والتسليم أيضا السلام وأسلم في الطعام أسلف فيه : والتسالم التصالح ، ولما دة السمين واللام والميم معانيهما الكثيرة من السلامة والسلامي والسلم واستلام الحجر ما مكانه معاجم اللغة . وقال الماوردي : السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق ، والآكمة هو الذي يولد أعمى .

وفي الاصطلاح الفقهي : السلم أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ، ويسمى سلما وسلفا وهذا السلف يهز ويجرد فيقال : أسلف وسلمت ، وهو نوع من البيع يتعقد بما يتعقد به البيع ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقد ذكرناه والمصنف من آية الدين ولفظها يصلح للسلم ويشمله
بعمومه . وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضى الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلف في شيء فليسلف في كليل معلوم ووزن
معلوم ، إلى أجل معلوم .

وروى البخارى عن محمد بن أبي المجالد قال : أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن
شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبي أوفى فسألتهما عن "سلف" ؟ فقالا
كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا أنباط من أنباط
الشام فنسألهم في الخنطة والشعير والزبيب ، فقلت : أكان لهم ؟ أم لم يكن لهم
زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك .

وفى رواية عند الترمذى والنسائى وابن ماجه : كنا نسلف على عهد النبي صلى
الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر في الخنطة والشعير والزيت والتمر وما نراه عندهم ،
وعن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« من أسلم فى شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه .

وعن ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من
أسلم شيئاً فلا بشرط على صاحبه غير قضاءه » وفى لفظ « من أسلف فى شيء
فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله » رواهما الدارقطنى ، وفى إسناده عطية
العوفى ، قال ابن المنذر : لا يحتج بحديثه وهو وارد فى عموم السلم متابع لهذا
العموم .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن
السلم جائز ، قلت : وخالف سعيد بن المسيب فى جوازه .

وقد اتفق الأئمة — ماعدا ابن المسيب — على أن السلم يصح بستة شروط
أن يكون فى جنس معلوم ، بصفة معلومة ويقدر معلوم وبأجل معلوم ، ومعرفة
مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لخملة مؤونة لكن أبا حنيفة
يسمى هذا التابع شرطاً وباقى الأئمة يسمونه لازماً .

قوله : لا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، أى أنه لا يصح لإسلام الكافر

في الرقيق المسلم كما سبق في شرح المجموع للنورى ورد النووى على الماوردى في تصحيحه له وتبعه السبكي ، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر في البيوع ومثل ذلك كل ما يمنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم في السلاح من الحربى . أما صحة السلم من الأعمى الذى يعرف الصفات إذا كان عماه مسبقا بإبصار أو كاتب أكمه يعرف الصفات بكثرة السماع فإنه إذا كان الأمر كذلك ، فإن بيان ذلك ما يأتى :

إذا عرفنا أن التنازع والاختلاف يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الإبصار فلأن يقع فى السلم أولى ، ولأن يقع التنازع مع فقدان البصر أيسر ، وأيسر منه وقوعه مع الأكمه .

ولذلك استشكل بعض فقهاء الشافعية صحة السلم من الأعمى واتفقوا على أنه إذا صح سلمه فإنه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله ، ويرد الإشكال آخر وهو اشتراط معرفة المتعاقدين الصفات ، ويمتنع هذا الإشكال بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه التصور ، والأعمى يتصورها كذلك ، وينبغى لاشتراط صحة العقد وجود عدلين بمحل التسليم أو أكثر ، ويكتب العقد بلغة يفهمها العاقدان وعدلان ثم يقع الحتم به بعد كل ذلك ، ليكون مناطا عند التنازع وليست الكتابة واجبة فى قول الشافعى ، وإنما هى اذعان مباح لقوله تعالى « فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، وقوله تعالى « وأشهدوا إذا تباعتم » . ونعود الى آية الدين فنقول عما تناولته من أحكام مستقنين الى تفصيل السنة لما أجملته فنقول : فى هذه الآية اثنتان وأربعون مسألة .

الاولى : قال سعيد بن المسيب . بلغنى أن أحدث القرآن بالعرش آية الدين . وقال ابن عباس . هذه الآية نزلت فى السلم خاصة . قال القرطبي . معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية ، وقد استدلل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل فى القروض على ما قال مالك إذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود فى المداينات ، وخالف فى ذلك الشافعية . وقالوا : الآية ليس فيها جواز التأجيل فى سائر الديون وإنما فيها الأمر بالشهاد إذا كان ديننا مؤجلا ، ثم يعلم جواز التأجيل فى الدين وامتناعه بدلالة أخرى .

(الثانية) قوله تعالى « بدين ، للتأكيد ، وحقيقة الدين عبارة عن معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسبية . وقد بين الله هذا المعنى بقوله « إلى أجل مسمى » ،

(الثالثة) قوله تعالى « إلى أجل مسمى » ، قال ابن المنذر : دل قوله تعالى على أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز (الرابعة) حدث العلماء السلم فقالوا هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم

(الخامسة) السلم والسلف عبارتان عن معنى واحد ، والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك ، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها ، فظهر أن يبيع السلم من المصالح الحاجية ، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج ، فإن جاز حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصاحبة ، ولم يكن لاستثناء ما ليس عندك فائدة .

(السادسة) شروط السلم المنفق عليها والمختلف فيها وهي تسعة ، ستة في المسلم فيه وثلاثة في رأس مال السلم . أما الستة التي في المسلم فيه ، فإن يكون في الذمة ، وأن يكون موصوفاً ، وأن يكون مقدراً ، وأن يكون مؤجلاً ، وأن يكون الأجل معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند محل الأجل وأما الثلاثة التي في رأس مال السلم فإن يكون معلوم الجنس مقدراً نقداً .

وهذه الشروط الثلاثة متفق عليها إلا النقد يخالف فيه المالكية قال ابن العربي في أحكام القرآن : وأما الشرط الأول وهو أن يكون في الذمة فلا إشكال في أن المقصود منه كونه في الذمة لأنه مداينة . ولولا ذلك لم يشرع ديناً ولا قصد الناس إليه رجحاً ورفقاً ، وعلى ذلك اتفق الناس . بيد أن مالكاً قال لا يجوز السلم في العين إلا بشرطين (أحدهما) أن يكون قرية مأمونة (والثاني) أن يشرع في أخذه كاللبن من الشاة والرطب من النخلة ، ولم يقل ذلك أحد سواه وهاتان المستلтан صحیحتان في الدليل لأن التعيين امتنع في السلم مخافة المزابنة والغرر لئلا يتعذر عند المحل

(السابعة) ليس من شرط السلم أن يكون المسلم إليه مالاً كما للسلم فيه لما رواه البخارى عن محمد بن المجالد قال : بعثنى عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى - إلى قوله (قلت) إلى من كان أصله عنده ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك . ثم بعثنى إلى عبد الرحمن بن أبزى فسأله فقال : كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يسلفون على عهد النبي (ص) ولم نسألهم لهم حرث أم لا ؟ وشرط أبو حنيفة وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل ، مخافة أن يُطالب المسلم فيه فلا يوجد فيكون ذلك غرراً ، وخالفه سائر الفقهاء ، وقالوا المراعى وجوده عند الأجل

وشرط السكوفيون والثورى أن يذكر موضع القبض فيما له حملٌ ومؤنة ، وقالوا السلم فاسد إذا لم يذكر موضع القبض . وقال الأوزاعي هو مكروه . وعند المالكية لو سكتوا عنه لم يفسد العقد ؛ ويتعين موضع القبض ، وبه قال أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث لحديث ابن عباس وليس فيه ذكر المكار الذي يقبض فيه السلم ، ولو كان من شروطه لبيته النبي (ص) كما بين السكيل والوزن والأجل ، ومثله حديث ابن أبي أوفى

(الثامنة) حديث أبي سعيد مرفوعاً عن أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، وفيه عطية العوفي .

وقد أخذ به مالك ، مستدلاً بأنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع طعام قبيل أن يستوفى ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

(التاسعة) قوله تعالى « فاكتبوه » يعنى الدين والأجل ، وقد أمرنا بالكتابة لئلا ننسى . روى أبو داود الطيالسى في مسنده عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن يوسف بن مهران عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول الله عز وجل « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » إلى آخر الآية « إن أول من جحد آدم ، إن الله أراه ذريته ، فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره ، فقال يارب من هذا . قال هذا ابنتك داود . قال يارب فاعمره ، قال ستون سنة قال يارب زد في عمره . قال لا إلا أن تزيد من عمرك ، قال وما عمرى . قال

ألف سنة ، قال آدم فقد وهبت له أربعين سنة . قال فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته ، فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة . قال انه بقي من عمري أربعون سنة . قالوا انك قد وهبتا لابنك داود . قال ما وهبت لأحد شيئاً . قال فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته ، في رواية ، وأتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة ، خرجه أيضا الترمذى

وفي قوله تعالى « فاكذبوه » إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له المغربية عنه للاختلاف المتوهم بين المتعاملين . المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعها اليه (العاشرة) هل الكتابة في الديون واجبة ، اختيار الطبرى وجوبها . وقال ابن جريج « من اذان فليكتب ، ومن باع فليشهد ، وقال الشعبي كانوا يرون أن قوله « فإن أمن ، ناسخ لأمره بالكتب . وحكى نحوه ابن جريج ، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الألفاظ ، ثم خففه الله تعالى بقوله (فإن أمن بعضكم بعضاً) . وقال الجمهور الأمر بالكتابة نذب إلى حفظ الأموال ، وإزالة الريب ، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب ، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف له في دينه ، وحاجة صاحب الحق .

(الحادية عشرة) قوله « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » قال عطاء وغيره واجب على الكاتب أن يكتب . وقال الشعبي وذلك إذا لم يوجد كاتب سواه ، فواجب عليه أن يكتب (الثانية عشرة) قوله تعالى « بالعدل » أى بالحق والمعدلة أى لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل ، وإنما قال بينكم ولم يقل أحداً ، لأنه لما كان الذى له الدين ينهم في الكتابة الذى عليه الدين ، وكذلك العكس ، شرع سبحانه كاتباً غيرهما يكتب بالعدل ، لا يكون في قلبه ولا قلبه انحياز لأحدهما (الثالثة عشرة) الباء في قوله تعالى « بالعدل » متعلقة بقوله « وليكتب » وليست متعلقة بكاتب لأنه كان يلزم أن يكتب الوثيقة كتب عدل في نفسه ، وقد يكتبها صبي وعبد إذا فقهوا ، أما المنتصون للكتابة — من الكتبة «هموميين» — فلا يجوز الترخيص لهم بالكتابة إلا إذا كانوا عدولاً مرضيين . قال مالك « لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل في نفسه مأمون ، لقوله تعالى « وليكتب بينكم كاتب بالعدل »

الرابعة عشرة : قوله تعالى « ولا يَأْب كاتب أن يكتب ، نهي الله الكاتب عن الإباء ، فقال الربيع واجب على الكاتب إذا أمر أن يكتب ، وقال الحسن : ذلك واجب عليه في الموضوع الذي لا يقدر عليه كاتب غيره فيضر صاحب الدين إن امتنع ، فإن كان كذلك فهو فريضة ، وإن قدر على ذلك غيره فهو سعة إذا قام به غيره ، وحكى المهدوي عن الربيع والضحاك أن قوله : « ولا يَأْب منسوخ بقوله ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وللقرطبي بحث لطيف في ذلك حيث يقول :

هذا — الوجوب — يتمشى على قول من رأى أو ظن أنه قد كان واجب في الأول على من اختاره المتبايعان أن يكتب ، وكان لا يجوز له أن يمتنع حتى نسخه قوله تعالى « ولا يضار كاتب ولا شهيد » وهذا بعيد ، فإنه لم يثبت وجوب ذلك على من أراده المتبايعان كائنا من كان ، ولو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستنجار بها لأن الإجارة على فعل الفروض باطلة ، ولم يخالف العلماء في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة .

الخامسة عشرة : قوله تعالى « كما علمه الله فليكتب ، المعنى كتبها كما علمه الله ، أي فليفضل كما أفضل الله عليه .

السادسة عشرة : قوله تعالى « وليلل الذي عليه الحق ، وهو المديون المطلوب يقر على نفسه بلسانه ، والاملاء والاملال لغتان أمل وأمل ، فأمل لغة الحجاز وبني أسد ، أما تميم فنقول : أمليت ، وجاء القرآن باللغتين « فمى تملى عليه بكرة وأصيلا » وأمره تعالى بالتقوى فيما يمل ، ونهاه عن أن يبئس شيئا من الحق ، واليبئس النقص .

السابعة عشرة : قوله « فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل فالذي عليه الحق إما مستقل بنفسه فهذا يمل ، وإما سفيه مهلهل الرأى في المال لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء مأخوذ من الثوب السفيه وهو الخفيف النسيج الثامنة عشرة : والضعيف قد مر في بابي البيوع والربا مزيد إيضاح له في سوق حديث أبي داود والترمذي عن أنس أن رجلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفي عقله ضعف ، فأتى أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا نبي الله

احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقله ضعف فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع ، فقال : يا رسول الله انى لا أصبر عن البيع ساعة ، فقال رسول الله (ص) : ان كنت غير تارك فقل : ها وها ولا خلافة ، وهذا الرجل هو حبان بن منقذ الانصارى والديحى وواسع ابني حبان وذكره البخارى فى التاريخ .
التاسعة عشرة : والذى لا يستطيع أن يمل كالأخرس ، والعبي ، والأبلة وما أشبه ذلك واختلاف العلماء فيمن يمدح فى البيوع وعمدتهم فى ذلك الروايات المستفيضة لقصة حبان بن منقذ .

واختصاصه بالخيار ثلاثا كما أورد ذلك النووى فى الجزء الثامن من المجموع الموافية عشرين : قوله تعالى ، فليمل وليه بالعدل ، ذهب الطبرى الى أن الضمير فى ، وليه ، عائد على الحق ، وأسند فى ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل هو عائد على الذى عليه الحق وهو الصحيح ، وكيف تشهد البيعة على شىء وتدخل مالا فى ذمة السفهيه باملاء الذى له الدين ؛ الا أن يمل صاحب الحق ويسمع الذى عجز عن الإملاء اذا لم يعجز عن الاعتراض اذا تحبف صاحب الحق الحادية والعشرون : قوله ، فليمل الذى عليه الحق ، يدل على أنه مؤتمن فيما يورده ويصدره ؛ وسيأتى فى الرهن قبول قول الراهن مع يمينه اذا اختلف هو والمرتهن فى مقدار الدين والرهن قائم ان شاء الله تعالى .

الثانية والعشرون : اذا ثبتت سفة الولى كان اقراره جائز على يمينه كما سيأتى فى الرهن والفرائض ان شاء الله تعالى .

الثالثة والعشرون : فساد تصرف الصبى والمهجور عليه وفسخه كما سيأتى فى الحجج ان شاء الله تعالى .

الرابعة والعشرون : قوله تعالى ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، اختلف الناس هل هى فرض أو ندى ، والصحيح أنها ندى .

قال الشافعى فى باب السلم وأحب الشهادة فى كل حق لزم من بيع وغيره نظراً فى المتعقب لما وصفت وغيره من تغير العقول .

الخامسة والعشرون : قوله تعالى ، شهيدين ، كل ما يترتب على الشهادة من المحقوق المالية والبدنية والحدود جعل لها شهيدين ماعدا الزنا .

السادسة والعشرون : قوله تعالى « من رجالكم » نصر في رفض الكفار والصبيان والنساء والعييد ، واختار القاضي أبو إسحاق المرزى أن المراد به الأحرار لنقص الرق وأجاز الشعبي والنخعي في الشيء اليسير وقوله « من رجالكم » يعنى الذين يتدانون ولمم إرادة كاملة في التصرف ، ولا يتفق هذا مع الرقيق وفي الشهادة بحث سيأتى .

السابعة والعشرون : قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وفي شهادة المرأة فيما لا يحسن الشهادة فيه غيرها بحث سيأتى إن شاء الله تعالى .

الثامنة والعشرون . جواز شهادة الصبي عند بعض الفقهاء لشهادة الصبيان في الجراح ، وهو قول مالك فيما إذا لم يختلفوا ولم يفترقوا في شهادتهم على الكبير أما شهادتهم فيما بينهم فقد قضى بها عبد الله بن الزبير ، ومنع الشافعى شهادة الصبيان وكذلك أبو حنيفة وأصحابه وسيأتى مزيد إن شاء الله تعالى .

التاسعة والعشرون . عند الشافعى ومالك لما جعل الله سبحانه شهادة امرأتين بشهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه وسيأتى حكم اليمين في الشهادة واختلاف الفقهاء في ذلك .

الموقفة ثلاثين . شهادة النساء محصورة في المال المحض من غير خلاف . لأن حقوق الأموال أحفظ من حقوق الأبدان ، ولا تقبل شهادتهن في النكاح والطلاق المحضين على تفصيل سيأتى .

الحادية والثلاثون . قوله تعالى « من ترضون من الشهداء » هذه الآية وإن كان الخطاب فيها لجميع الناس ولكن المتلبس بحكمها هم ولاية الامور ، الثانية والثلاثون . يدل أيضاً قوله تعالى « من ترضون من الشهداء » على أن في الشهود من لا يرضى ، على تفصيل سيأتى .

الثالثة والثلاثون . الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة شريفة هي قبول قول الغير على الغير ، ولذا شرط فيها الله تعالى الرضا والعدالة ، لأنه يحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته .

الرابعة والثلاثون : « أن تضل إحداهما ، والضلال عن الشهادة نسيان جزء منها وذكر جزء » ، ومن نسي الشهادة جملة فليس يقال بضالاً .

الخامسة والثلاثون . فتذكر ، خفف الذال والكاف ابن كثير وأبو عمرو وعليه فيكون المعنى أن تردها ذكراً في الشهادة وفيه بعد ، إذ لا يحصل في مقابلة الضلال الذي معناه النسيان إلا الذكر ، وهو معنى قراءة الجماعة بالثديد .

السادسة والثلاثون . قوله تعالى « ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا » قال الحسن جمعت هذه الآية أمرين وهما ألا تأتي إذا دعيت إلى تحصيل الشهادة ، ولا إذا دعيت إلى أدائها قاله ابن عباس وفي استدعائهم أو الحجى إليهم ، قال الشافعي في باب السلم . ويحتمل أن يكون فرضاً على من حضر الحق أن يشهد إيمانهم من فيه الكفاية للشهادة ، فإذا شهدوا أخرجوا غيرهم من المآثم ، وإن ترك من حضر الشهادة خفت حرجهم بل لا أشك فيه ، وهذا أشبه معانيه به والله أعلم

السابعة والثلاثون . أداء الشهادة مندوب إذا لم يدع لقوله صلى الله عليه وسلم « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » فإذا خيف ضياع الحق وجب أدائها بغير استدعاء لقوله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وقوله تعالى « إلا من شهد بالحق وهم يعلمون » وفي الحديث « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » .

الثامنة والثلاثون . من وجبت عليه شهادة فلم يؤديها ، وترتب على ذلك الذهاب بحق من الحقوق سقطت عدالته فلا يصح أدائه الشهادة بعد ذلك ، قال في الأثر . فأما من سبقت شهادته بأن شهد أو علم حقاً لمسلم أو معاهد فلا يسعه التخلف عن تأدية الشهادة متى طلبت منه في موضع مقطع الحق .

التاسعة والثلاثون . قوله تعالى « ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله » فهذا النهي عن السامة إنما جاء لتردد المدابنة عندهم تخيف عليهم أن يملوا الكتابة ، ويقول أحدهم . هذا قدر يسير لا احتياج إلى كتابته ، فأكد الله تعالى حفظ القليل والكثير .

المرقية الأربعين . قوله تعالى « ذلكم أقسط عند الله » يعني أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه ذلك أعدل وأحفظ .

الحادية والأربعون . قوله تعالى « وأقوم للشهادة » دليل على أن الشاهد لا يؤدي إلا ما يعلم : فإذا لم يعلم قال : هذا خطي ولا أذكر الآن ما كتبت .

الثانية والأربعون : قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) في هذه الآية رفع الجناح عن عدم الكتابة في كل مبايعة بنقد ؛ يداً بيد ، وقد مر في البيوع المرسلة .

الثالثة والأربعون : قوله تعالى « تديرونها بينكم ، يقتضى التفاضل والبيئونة بالمقبوض ، ولا يتسنى ذلك في الرباع والأرض وكثير من الأشياء الثينة لا يقبل البيئونة ولا يقاب عليه ، لذلك حسن الكتابة فيها ، ولحققت في ذلك مبايعة الدين والسلم . قال الشافعي : البيوع ثلاثة ، بيع بكتاب وشهود وبيع برهان وبيع بأمانة وقرأ هذه الآية . وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، وإذا باع بنسيئة كتب الرابعة والأربعون ، قوله تعالى « وأشهدوا » سبق بيان ذلك في أول الباب . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لما قيل له إن آية الدين منسوخة . قال لا والله ، إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ .

قال الطبري : والإشهاد إنما جعل للطمأنينة ، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقاً ؛ منها الكتاب ومنها الرهن ومنها الإشهاد ، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق النذب لا بطريق الوجوب ، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد ، وما زال الناس يتبايعون حضراً وسفراً ، وبراً وبحراً ، وسهلاً وجبلاً من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير تكبير ؛ ولو وجب الإشهاد ما تركوا التكبير . اهـ . وقد مر تفصيل ذلك في البيوع وما ورد فيه من الأحاديث الخامسة والأربعون ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، قد تشمل هذه الآية دره كل ما يؤدي إلى مضارة الشاهد . كأن يوقف أمام الحكام زمناً يلحقه من جرأته مضارة ، أو يخاطب بلهجة تتم عن ازدرائه وخذش حياته إن كان من أهل الفضل والعلم ، فإذا دعى الشاهد إلى الشهادة واعتذر بمشاغله ، فلا يهان أو يعنف ، أو يكره على الشهادة

السادسة والأربعون ، وان تفعلوا فإنه فسوق بكم ، يعنى مضارة الشاهد . قال سفيان الثوري : إن أذية الكاتب والشاهد إذا كانا مشغولين مصيبة وخروج عن الصواب من حيث المخالفة لأمر الله .

وقوله « بكم ، أى فسوق حال بكم

السابعة والاربعون: قوله تعالى ه واتقوا الله وبيدكم الله والله بكل شيء عليم،
 وعد من الله بأن من اتقاه علمه وجعل في قلبه نورا يفهم به ما يلقى اليه . وقد يجعل
 في قلبه فرقانا وفيصلا بين الحق والباطل . والله تعالى أعلم

والحق أن هذه الايات في السلف بلغت من شمول الاحكام واستيعاب صور
 العمل مع السنة الشريفة ما جعل الشافعى يقول ، قال الشافعى : وما كتبت من
 الاثار بعدما كتبت من القرآن والسنة والإجماع ليس لان شيئا من هذا يزيد سنة
 رسول الله (ص) قوة ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يوهنها ، بل هي التي قطع بها
 العذر ، ولكننا رجونا الثواب في ارشاد من سمع ما كتبنا ، فإن فيما كتبنا بعض
 ما يشرح قلوبهم لقبوله ، ولو تمنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا في الاستغناء بكتاب
 الله عز وجل ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم وما احتاجوا اذا أمر الله عز وجل
 بالرهن في الدين الى أن يقول قائل هو جائز في السلف ، لأن أكثر ما في السلف
 أن يكون ديننا مضمونا . اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينعقد بلفظ السلف والسلم ، وفي لفظ البيع وجهان من أصحابنا من
 قال لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه
 قبض العوض في المجلس ، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، ومنهم من قال
 ينعقد لأنه نوع يبيع بقتضى القبض في المجلس فانهقد بلفظ البيع كالمصرف

(الشرح) هذا الخلاف لفظي : لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعاً من
 أنواع البيوع مستثنى منها باطلاق لفظ السلف أو السلم عليه ، ولا يؤثر الخلاف
 اللفظي في جوهره إلا أنهم قضوا في حالة ما اذا عقد بلفظ السلم ولم يقبضه في
 المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلماً . وكلام الشافعى في السلم في كل أنواعه
 يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيع فيه بعض ما هو ممنوع
 في صور البيوع الاخرى ومنع فيه بعض ما أبيع في البيوع الاخرى .

قال الشافعى في (باب السلف في السلعة بعينها حاضرة أو غائبة)

ولو سلم رجل رجلا مائة دينار في سلعة بعينها على أن يقبض السلعة بعد يوم أو أكثر كان السلم فاسداً ، ولا يجوز بيع الاعيان على أنها مضمونة على بائعها بكل حال ، لأنه لا يمتنع من فوتها ولا بأن لا يكون لصاحبها السبيل على أخذها متى شاء هو لا يحول بائعها دونها إذا دفع اليه ثمنها . وكان إلى أجل لأنها قد تنال في ذلك الوقت ، وإن قل ، فيكون المشتري قد اشترى غير مضمون على البائع بصفة موجودة بكل حال يكافئها بائعها . ولا ملصك البائع شيئاً بعينه يتسلط على قبضه حين وجب له وقدر على قبضه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت فيه خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار مالم يفترقا ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه .

(الشرح) حديث المتبايعان بالخيار رواه الشيخان عن ابن عمر وحكيم بن حزام ورواه الشيخان وأصحاب السنن إلا ابن ماجه بلفظ « البيع والمبتاع ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ورواه أبو داود عن أبي برزة ، وعن سمرة عند النسائي ، وعن ابن عباس عند ابن حبان .

أما الأحكام فإنه لا يجوز في عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه أن يكون في جنس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم وتسليم رأس المال في المجلس وتسمية مكان التسليم .

قوله : ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ، وذلك العوض هو رأس المال وهو الثمن الذي يجب تسليمه في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفريق منه وقبل لزومه لأن لزومه كالتفريق إذ لو تأخر ليكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذمة ، ولأن في السلم غرراً ، فلا يضم اليه غرر تأخير رأس المال ، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف ، ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو الزمناه بطل العقد

وكذلك إذا سلم بعضه بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من المسلم فيه ، وصح في الباقي بقسطه ، كما لو اشترى شيئين فنلف أحدهما قبل القبض فبوخذ منه ثبوت الخيار هذا ما أخذ به الرملي عن صاحب الأنوار وخالف فيه السبكي ، ولو اختلفا فقال المسلم : أقبضتك بعد التفرق ، وقال المسلم اليه : قبله ، ولا بينة صدق مدعى الصحة ، كما علم عامر فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم اليه : لانها مع موافقتها للظاهر ناقله والأخرى مستصحية ، ولا يكفي قبض المسلم فيه الحال في المجلس عن قبض رأس المال لان تسليمه فيه تبرع ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات وكذا لو قال : أسلمت اليك المائة التي في ذمتك مثلا في كذا فإنه لا يصح السلم . قال الرملي : فلو أطلق رأس المال عن تعيينه في العقد ، كأسلمت اليك ديناراً في ذمتي في كذا ثم عين وسلم في المجلس قبل الخيار جاز ، أى حل العقد وصح ، لان المجلس حريم العقد فله حكمه .

فلو أحال المسلم به المسلم اليه أو عكسه على ثالث له عليه دين فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم ذلك في بابه .. أعنى الحوالة - فإذا قبضه المحيل وهو المسلم اليه في الصورة الأولى في المجلس نص عليه ليعلم منه حكم ما لم يقبض فيه بالأولى فلا يجوز ، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتمل بعد قبضه بإذنه له وسله في المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم اليه ، لان الانسان في ازالة ملكه لا يصير وكيله لغيره ، اسكن المسلم اليه حينئذ وكيل للمسلم في القبض فيأخذه منه ثم برده كما تقرر ، ولا يصح قبضه من نفسه خلافاً للقول . قال : ولو قبضه المسلم اليه وأودعه المسلم وهما بالمجلس جاز ، ولو رده اليه قرضاً أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من تناقض فيه ، لان تصرف أحد المتعاقدين في مدة خيار الآخر انما يمتنع اذا كان مع غير الآخر ، ولان صحته تقتضى اسقاط ما ثبت له من الخيار أما معه فيصح ، ويكون ذلك اجازة منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز مؤجلا للاية ويجوز حالا لانه اذا جاز مؤجلا فلان يجوز حالا وهو من الفرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم اذا كان موجوداً عند المحل ،

لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم بسلفون في اثمة السنن والثلاث فقال أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو لم يحز السلم في المعدوم لنهائم عن السلم في الثمار السنن والثلاث ويجوز السلم في الموجود لأنه اذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الفرر .

(الشرح) قوله : الآية قصد قوله تبارك وتعالى د الى أجل مسمى ، أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة .

أما الاحكام لجوازه مؤجلا أمر بجمع عليه ، أما جوازه حالا لجمهور المذاهب على خلافه ، ويستدلون بحديث ابن عباس د الى أجل معلوم ، على اعتبار الاجل في السلم شرطا وفقهاء المذهب لم يختلفوا على جوازه حالا وهم يجيبون على استدلال المخالفين بأن ذكر الأجل في الحديث ليس للاشتراط ، بل معناه ان كان لا أجل فليسكن معلوما ، وتعقب بالكتابة فان التأجيل شرط فيها ، وأجيب بالفرق لأن الأجل في المكتوبة شرع لعدم قدرة العبد غالباً ، واستدل المخالفون بما أخرجه الشافعى عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ قوله تعالى د يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .

وأجيب بأن هذا يدل على جواز السلم الى أجل ، ولا يدل على أنه لا يجوز الا مؤجلا ، واستدل المخالفون بما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه قال د لا تسلف الى العطاء ولا الى الحصاد واضرب أجلا .

وأجيب بأن هذا ليس بحجة لانه موقوف على ابن عباس وكذلك يجاب عن قول ابن سعيد الذى علقه البخارى ، ووصله عبد الرزاق بلفظ د السلم بما يقوم به السعر ربا وانك السلف في كيل معلوم الى أجل .

وقد اختلف الأئمة في مقدار الاجل من ساعة الى الميسرة ولو بلغت سنين ، والحق ما ذهبنا اليه من عدم اعتبار الاجل لعدم ورود دليل يدل عليه ، وأما ما يقال من أنه يلزم مع الاجل أن يكون بيماً للمعدوم ولم يرخص فيه الا

في السلم ولا فارق بينه وبين البيع الا الأجل ، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة ،
وذلك كاف .

قوله : ويجوز السلم في الموجود إلخ قلت : قال ابن رسلان أما المعدوم عند
المسلم اليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف في جوازه اه . وقد اختلف العلماء
في جواز السلم فيما ليس بموجود في وقت السلم إذا أمكن وجوده في وقت حلول
الأجل ، فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه قالوا ولا يضر انقطاعه قبل الحلول ،
وقال أبو حنيفة : لا يصح فيما ينقطع قبله بل لا بد أن يكون موجوداً من العقد
إلى المحل ، فلو أسلم في شيء فانقطع في محله لم يفسخ عند الجمهور وفي وجه عندنا
ينفسخ ، واستدل أبو حنيفة ومن معه بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر ، أن
رجلاً أسلم رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاخصمها إلى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال : بم تستحل ماله ؟ اردد عليه ماله ، ثم قال : لا تسلفوا في النخل
حتى يبدو صلاحه ، وهذا نص في التمر وغيره يقاس عليه ، ولو صح هذا الحديث
لكان المصير اليه أولى لدلالته على المطلوب بخلاف حديث عبد الرحمن بن أبى
وعبد الله بن أبى أوفى فليس فيه الا مظنة الاقرار منه صلى الله عليه وسلم ، ولكن
حديث ابن عمر هذا في اسناده مجهول فإن أباداود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان
عن أبى اسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر ومثل هذا لا حجة فيه . ولو صح
هذا الحديث لمحل على بيع الأعيان أو على السلم الحال الذي يقول به أصحابنا ،
أو على ما قرب أجله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان
والحبوب والثمار والسياب والدواب والعبيد والجوارى والأصواف والاشعار
والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج
 وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس
 في الثمار ، وروى عبد الله بن أبى أوفى قال كنا نسلف ورسول الله صلى الله عليه
 وسلم فينا في الزيت والحنطة ، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة .

وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال في السلم في السكر ايبس إذا كان ذرعا معلوما إلى أجل معلوم فلا بأس ، وعن أبي النضر قال سئل ابن عمر رضى الله عنه عن السلم في السرقة قال : لا بأس والمرق الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبتت بالأخبار لأنه في معناه .

(الشرح) حديث ابن عباس في الثمار ؛ وحديث عبد الله بن أبي أوفى مر ذكرهما في أول الباب مع تخريجهما ، أما حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما فقد رواه أبو داود في سننه ، وله شاهد عند سعيد بن منصور في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن عليا باع بعيرا يقال له : عصيفر بأرومة أبعرة إلى أجل ، والأثران عن ابن عباس وابن عمر رواهما أصحاب السنن أما لغات الفصل فقوله : الأشعار جمع شعر والواحدة شعرة والمقصود هنا ما يثبت على جلود المعز والوبر ما يثبت على جلود الإبل ، وقوله : فنفدت الإبل أى ذهبت ولم يبق منها شيء ، وقوله : قلاص جمع قلوص وهو من الإبل بمنزلة الشابة من النساء ، وقوله : السكر ايبس جمع كرباس وهو نسيج خشن ، وقوله : السرقة هى شقوق الحرير .

أما الأحكام : فقوله : فى كل مال يجوز بيعه بذلك الخمر والحسنيزير والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان ، وقوله : وتضبط صفاته ، يعنى مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت ، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتهما قال الشافعى فى باب ما يجوز من السلف : وأن يشترط عليه أن يسلفه فيما يكال كيلا أو فيما يوزن وزناً ومكيال وميزان معروف عند العامة ، فأما ميزان يربه إياه أو مكيال يربه فيشترطان عليه فلا يجوز وذلك لأنهما لو اختلفا فيه أو هالك لم يعلم ما قدره ، ولا يبالي كان مكيالا قد أبطله السلطان أو لا إذا كان معروفاً وإن كان تمرأ قال : تمر صيحان أو بردى أو عجوة أو جنيب أو صنف من التمر

معروف فإن كان حنطة ، قال شامية أو ميسانية أو مصرية أو موصلية أو صنفياً من الحنطة موصوفاً ، وان كان ذرة قال : حراء ، ثم قال : وان كان في بعير قال : بعير من نعم بنى فلان ثنى غدير مودن نقي من العيوب سبط الخلق أحمر مجهر الجنين الخ ، وهذه الدواب يصفها بفتاجها وجنسها وألوانها وأسنانها وأنسابها وبراءتها من العيوب الا أن يسمى عيباً يتبرأ البائع منه ثم قال : وهكذا النحاس يصفه أبيض أو شبيهاً أو أحمر ، ثم قال : وأقل ما يجوز فيه السلف من هذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهل العلم ان اختلف المسلف والمسلف ، فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلعة التي سلف فيها جاز السلف ؛ وكذلك قال الشافعي في باب السلف في السكيل : ولا خير في السلف في مكيل الا موصوفاً ، ثم قال في السلف الذرة : والذرة كالحنطة توصف بجنسها ولونها وجودتها ورداءتها وجدتها وعتقها وصرام عام كذا أو عام كذا ومكيلتها وأجلها ، فإن ترك من هذا شيئاً لم يجز ، وقال : لا يجوز السلف في الحنطة في أكمامها وما يكون من الذرة في حشرها لان الحشر والا كمام غلافان فوق القشرة التي هي من نفس الحبة التي هي انما هي للحبة بقاء لانها كمال خلقتها كالجلد تتكامل به الخلق لا يتميز منها الى أن قال : فإن شبه على أحد بأن يقول في الجوز واللوز يكون عليه القشر فالجوز واللوز مما له قشر لا صلاح له اذا رفع الا بقشره ، لانه اذا طرح عنه قشره ثم ترك عجل فساده .

وقال : وان سلف في وزن ثم أراد اعطاء كميلاً لم يجز من قبل أن الشيء يكون خفيفاً ويكون غيره من جنسه أثقل منه فإذا أعطاه اياه بالمكيال أقل أو أكثر مما سلفه فيه فكان أعطاه الطعام الواجب متفاضلاً أو مجهولاً ، وانما يجوز أن يعطيه معلوماً ، فإن أعطاه حقه فذلك الذي لا يلزمه غيره ؛ وان أعطاه حقه وزاده تطوعاً منه على غير شيء كان في العقد فهذا نازل من قبله ، فإن أعطاه أقل من حقه وأبرأه المشتري مما بقي عليه فهذا شيء تطوع به المشتري فلا بأس به .

وقال في تفريع الوزن من العسل : فإن سلف في عسل لجأه بعسل رقيق أريه أهل العلم بالعسل ، فإن قالوا : هذه الرقة في هذا الجنس من هذا العسل عيب

ينقص ثمنه لم يكن عليه أن يأخذه . وإن قالوا هكذا يكون هذا العسل . وقالوا
 رق لحر البلاد أو لعله غير العيب في نفس العسل لزمه أخذه
 وقال : ألا ترى أنى لو أسلمت في سمن ووصفته ولم أصف جنسه فسد من
 قبل أن سمن المعزى مخالف سمن الضأن ، وأن سمن الغنم كلها مخالف البقر
 والجواميس ، فإذا لم تقع الصفة على الجنس فسد السلف
 وقال في باب السلف في السمن : والسمن فيه ما يدخن وما لا يدخن ، فلا
 يلزم المدخن لأنه عيب .

وقال في السلف في الزيت : وما اشترى وزنا بظروفه لم يجز شراؤه بالوزن
 في الظروف لاختلاف الظروف ، وأنه لا يوقف على حد وزنها إلى أن قال :
 وإن لم يراضيا وأراد اللزوم لهما وزنت الظروف قبل أن يصب فيها الإدام ثم
 وزنت بما يصب فيها ثم يطرح وزن الظروف ، وإن كان فيها زيت وزن فرغت
 ثم وزنت الظروف ثم ألقى وزنها من الزيت ، وما أسلف فيه من الإدام فهو له
 صاف من الرب والعكر وغيره مما خالف الصفاء .

(قلت) والظرف يشبه العلب التي يباع فيها الزيت في زماننا هذا

وقال في السلف في اللبن : يجوز السلف في اللبن كما يجوز في الزبد . ويفسد
 كما يفسد في الزبد بترك أن يقول ما هو ماعز أو ضأن أو بقر ، وإن كان إبلا أن
 يقول : لبن غواد أو أوراك ، ويقول في هذا كله ابن الراعية والمعلفة لاختلاف
 اللبن الرواعي والمعلفة ، وتفاضلها في الطعم والصحة والثن ، فأى هذا سكت عنه
 لم يجز معه السلم ، ولم يجز إلا بأن يقول حليبا ، أو يقول لبن يومه ، لأنه
 يتغير في غده .

وقال في السلف في اللبن رطبا ويابسا : والسلف في اللبن كالسلف في اللبن
 لا يجوز إلا بأن يشترط صفته حين يومه - إلى أن قال - ولا خير فيه إلا بوزن
 - إلى أن قال - وبشترط فيه جبن ماعز أو بقر أو ضائن - إلى أن قال -
 وكل ما كان عيبا في الجبن عند أهل العلم من إفراط مالح أو حوضه طعم أو غيره
 لم يلزم المشتري .

وقال في الصوف والشعر : ولا خير في أن يسلم في صوف غنم بأعيانها ، ولا شعرها إذا كان ذلك إلى يوم واحد فأكثر وذلك أنه قد أتى الآفة عليه فتذهب أو تنقصه ، إلى أن قال : ولا خير في أن يسلم في ألبان غنم بأعيانها ولا زبدها ولا سمنها ولا لبنها ولا جبنها .

قال البلقيني : المراد ألا يسلم في صوف غنم معينة أو شعرها أو في غير معينة غير الصوف والشعر اه .

قال الشافعي : ولا بأس أن تسلف في شيء ليس في أيدي الناس حين تسلف فيه إذا شرطت محله في وقت يكون موجوداً فيه بأيدي الناس .

وقال في صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز : من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه : لحم ماعز خصى أو ذكر ثني فصاعداً أو جدي رضيع أو فطيم إلى أن قال : ويشترط الوزن إلى أن قال : وإن شرط موضعاً من اللحم وزن ذلك الموضع بما فيه من العظم لأن العظم لا يتميز من اللحم كما يتميز التبن والمدر والحجارة من الخنطة (وقاسه على النوى في التمر) .

وقال الشافعي في الأم كثيراً عن لحم الوحش والحيتان والرووس والآكارع والسلاف في العطر وزنا ومتاع الصيدلة واللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر والتبر غير الذهب والفضة وصمغ الشجر والطين الارمني وطين البحيرة والمختوم إلى أن وصل إلى السلاف في الحيوان قال :

أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف بكرة إبل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إنى لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء ، فهذا الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أخذ وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمن بعيراً بصفة وجنس وسن فكان الدينانير بصفة وضرب ووزن ، وكالطعام بصفة وكيل ،

وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضى أفضل مما عليه متطوعاً من غير شرط ، وفيه أحاديث سوى هذا .

ثم روى بإسناده عن أبي الزبير عن جابر قال : جاء عبد فبايع رسول الله (ص) على الهجرة ولم يسمع أنه عبد ، فجاء سيده يريد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعه ، فاشتره بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحداً بعده حتى يسأله : أعبد هو أم حر ؟ قال وبهذا نأخذ ، وهو إجازة عبد بعبدين ، وإجازة أن يدفع ثمن شيء في يده فيكون كقبضه .

ثم روى الشافعي بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث مصداقاً له فجاءه بظهر مسان ، فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم قال : هلكت وأهلك ، فقال يا رسول الله إنى كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبعير المسن يدا بيد ، وعامت من حاجة النبي (ص) إلى الظهر ، فقال النبي (ص) فذاك إذن ،

ومذهبنا أنه لا ربا في الحيوان ، وإنما النهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله مما كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، وهو مفصل في أبواب الربا التي سبقت في موطنها .

(فرع) اختلاف الفقهاء في السلم في الحيوان ؛ فروى لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني ، لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : إن من الربا أبوأباً لا تخفى ، وإن منها السلم في السن ، ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن ، مثل أزج الحاجبين ، أكحل العينين ، أقى الأنف أشم العينين ، أهدب الأشفار ألمى الشفة ، بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه

قال ابن المنذر : وعن رويناه عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهرى والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وحكاها الجوزجاني عن عطاء والحكم ،

لأن أبا رافع قال : أسئلت النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا ، رواه مسلم وقد سقناه عن الأم قبل

فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبي : إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم . رواه سعيد ابن منصور . وقد روى عن علي أنه باع جملا يدعى عصيفير بعشرين بعيرا إلى أجل ، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا من وافقنا

قال الشافعي : وإن كان السلف في خيل أجزاء فيها ما أجزأ في الإبل وأحب إن كان السلف في الفرس أن يصف شيته مع لونه ، فإن لم يفعل فله اللون بهيما وإن كان له شية فهو بالخيار في أخذها وتركها ، والبائع بالخيار في تسليمها وإعطائه اللون بهيما ، إلى أن قال : وإن أتى على السن واللون والجنس أجزاء ، وإن ترك واحدا من هذا فسد السلف ، إلى أن قال : ولا يحل أن يسلف في ذات رحم من الحيوان — على أن يوفأها وهي حبلية — من قبل أن الحمل مالا يعلمه إلا الله ، وأنه شرط شيئا فيها ليس فيها ، وهو شراء مالا يعرف ؛ وشراؤه في بطن أمه لا يجوز ، لأنه لا يعرف ولا يدري أبكون أم لا . ولا خير في أن يسلف في ناقة ومعها ولدها موصوفا ولا في وليدة ولا في ذات رحم من حيوان كذلك . ولكن إن أسلف في وليدة أو ذات رحم من الحيوان بصفة ووصف بصفة ؛ ولم يقل ابنها أو ولد ناقة أو شاة ، ولم يقل ولد الشاة التي أعطأها جاز ، وسواء أسلفت في صغير أو كبير موصوفين بصفة وسمن تجمعهما أو كبيرين كذلك

قال ولو سلف في ذات لبون على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له واللبن يتمير منها ولا يكون بتصرفها ؛ إنما هو شيء يخلقه الله عز وجل فيها ، كما يحدث فيها البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسدا كما يفسد أن يقول أسلفك في ناقة يصفها ، وإن معها غير مكبل ولا موصوف

قال وكل ما أسلفت من حيوان وغيره وشرطت معه غيره فإن كان المشروط

معه موصوفاً يحل فيه السلف على الانفراد فسد السلف ، ولا يجوز أن يسلف في حيوان موصوف من حيوان رجل بعينه أو بلد بعينه ولا تناج ماشية رجل بعينه ، ولا يجوز أن يسلف فيه إلا فيما لا ينقطع من أيدي الناس كما قلنا في الطعام وغيره . قل الشافعي في باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسبة أو بهام منه إثنان بواحد .

بخالفنا بعض الناس في الحيوان فقال ، لا يجوز أن يكون نسبة أبداً ، قال وكيف أجزتم أن جعلتم الحيوان ديناً وهو غير مكبل ولا موزون ، والصفة تقع على العبدین ومعهما دنائير وعلى البعيرين وبينهما تفاوت في الثن ؟ قال نقلناه ، قلنا أولى الأمور بنا أن نقول به السنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في استسلافه بعيراً وقضائه إياه ، والقياس على ما سواها من سنته ، ولم يختلف أهل العلم فيه .

قال فاذا ذكر ذلك (قلت) أما السنة النص ، فإنه استسلاف بعيراً . وأما السنة التي استدللنا بها فإنه قضى بالدية مائة من الإبل ؛ ولم أعلم المسلمين اختلفوا أنها بأسنان معروفة ، وفي مضي ثلاث سنين ، وأنه صلى الله عليه وسلم اقتدى كل من لم يطب عنه نفساً من قسم له من سبي هوازن بإبل سماها ست أو خمس إلى أجل قال ، أما هذا فلا أعرفه ، قلنا فما أكثر ما لا تعرفه من العلم . قال أفتأبى ؟ قلت نعم ، ولم يحضرنى إسناده . قال ولم أعرف الدية من السنة . قلت وتعرف مما لا تخالفنا فيه أن يكاتب الرجل على الوصفاء بصفة ، وأن يصدق الرجل المرأة العبيد والإبل بصفة ؟ قال نعم . وقال ولكن الآية تنزيم الإبل ، إبل العاقلة وسن معلومة وغير معيبة ، ولو أراد أن ينقص من أسنانها شيئاً لم تجز ، فلا أراك إلا حكمت بها مؤقتة ، وأجزت فيها أن تكون ديناً . وكذلك أجزت في صدق النساء لوقت وصفة ، وفي الكتابة لوقت وصفة . ولو لم يكن رويتنا فيها شيئاً إلا ما جامعنا عليه من أن الحيوان يكون ديناً في هذه المواضع الثلاث أما كنت محجوجاً بقولك ، لا يكون الحيوان ديناً وكانت علتك فيه زائلة ؟

قلت : قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناً في السلف والدية : ولم تخالفنا في أنه يكون في موضعين آخرين ديناً في الصداق والسكناية ، فإن قلت : ليس بين العبد وسعيده ربا ، قلت : أيجوز أن يكاتبه على حكم السيد ، وعلى أن يعطيه ثمرة لم يبد صلاحها ، إلى أن قال ، قال الشافعي : وقلت لمحمد بن الحسن : أنت أخبرتني عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي البحتري أن بني عم لعثمان أنوا وادياً فصنعوا شيئاً في إبل رجل قطعوا به لبن إبله ، وقتلوا فصالها ، فأتى عثمان وعنده ابن مسعود فرضى بحكم ابن مسعود لحكم أن يعطى بواديه إبله مثل إبله وفصالاً مثل فصاله فأنفذ ذلك عثمان فيروى عن ابن مسعود أنه يقضى في حيوان بحيون مثله ديناً لأنه إذا قضى به بالمدينة وأعطيه بواديه كان ديناً ويزيد أن يروى عن عثمان أنه يقول بقوله ، وأنتم تروون عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أسلم لعبد الله بن مسعود في وصفاء أحدهم أبو زائدة مولانا ، فلو اختلف قول ابن مسعود فيه عندك فأخذ رجل ببعضه دون بعض ألم يكن له قال : بلى ، قلت : ولو لم يكن فيه غير اختلاف قول ابن مسعود ؟ قال : نعم قلت فلم خالفت ابن مسعود ومعه عثمان ومعنى السنة والإجماع ؟ قال : فقال منهم قائل فلو زعمت أنه لا يجوز السلم فيه ويجوز إسلامه ، وأن يكون دية وكتابة ومهرأ وبعيراً ببعيرين نسبته ، قلت : فقله إن شئت قال : فإن قلت ؟ قلت يكون أصل قورك لا يكون الحيوان ديناً خطأ بحاله . قال فإن انتقلت عنه ؟ قلت فأنتم تروون عن ابن عباس أنه أجاز السلم في الحيوان ، وعن رجل آخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : إنا لنرويه .

قلت : فإن ذهب رجل إلى قولها أو قول أحدهما دون قول ابن مسعود أيجوز له ؟ قال : نعم قلت : فإن كان مع قولها أو قول أحدهما القياس على السنة والإجماع ؟ قال فذلك أولى أن يقال به ، قلت أفترجد مع من أجاز السلم في الحيوان القياس فيها وصفت ؟ قال نعم .

وقال الشافعي في السلف في الثياب : فإن شرطه صفيقا ثخيناً لم يكن له أن يعطيه دقيقاً وإن كان خيراً منه . لأن في الثياب علة أن الصفيق الثخين يكون أدفاً في البرد

وأكن في الحر ، وربما كان أبقى فهذه علة تنقصه ، وإن كان ثمن الأذق أكثر فهو غير الذي أسلف فيه وشرط لحاجته .

وتسكلم الشافعي عن السلف في الأهب والجلود فلم يجره سلما ولا بيعا إلا منظورا إليه : قال . وذلك أنه لم يجر لنا أن نقيسه على الثياب لانا لو قسناه على الثياب لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال وسيأتي في الفصل التالي إن شاء الله .

وأجاز الشافعي السلف في الخشب وأجازه خشبا بخشب ، بناء على قاعدة لا ربا فيها عدا السكيل والوزن من الماء كول والمشروب كاه والذهب والورق ، وما عدا هذا فلا بأس بالفضل في بعضه على بعض بدأ بيد ونسيئة ، سلما وغير سلم كيف كان إذا كان معلوما ، والسلف في الخشب مذروعا ومقيسا بالسنتى أو البوصة أو المتر : وفي الكثير منها بالطن والمتر والقليل منها بالوزن والقياس .

وتكلم الشافعي عن السلف في الحجارة والأرحية وغيرها حتى تسكلم على أصنافها ومنع أن يسلف في أنقاض البيوت للمجازفة وعدم الدقة في قدرها أما السلف في العدد فقد جعله الشافعي لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذي يضبط سنه وصفته وجنسه والثياب التي تضبط بجنسها وحليتها وذرعها والخشب الذي يضبط بجنسه وصفته وذرعها وما كان في معناه ولم يجر الشافعي السلف في البطيخ ولا القناء ولا الخيار ولا الرمان ولا السفرجل ولا الموز ولا الجوز ولا البيض — أى بيض كان ، دجاج أو حمام أو غيره — ولا البرتقال ولا اليوسفي ، وكذلك ماسواه مما يتبايعه الناس عددا وما كان في معناه لاختلاف العدد ، واختلافه في الوزن لأن بعضها قد يزن السكيلو منها عددا يختلف بعضه عن بعض فلا يضبط بعدد ولا وزن ، وما كان مما لا يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون محمولا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالسكيل والوزن كان يقال أسلفتك في طن من الموز المغربي يزن اثني عشر ألف أصبع أو طن من البطيخ لا تزيد حباته على مائتين من النوع الفلاني ، لأن هذه الأنواع كلما قل عددها وزنا دل ذلك على كبر حجمها وجودة نوعها غالبا ، وتلحق بالما كول من

البقول حيث قال : وإن كان منه شيء يختلف صفاره وكباره لم يجز إلا أن يسمى صغيراً أو كبيراً كالقنبيط تختلف صفاره وكباره ، وكالفجل وكالجزر وما اختلف صفاره وكباره في الطعم والثن اه .

وكذلك لا يجوز في القصب عدا ويجوز وزنا على الصفة التي أسلفناها كل ذلك فور قطعه ، ولو حفظ شيء من ذلك بالثلاجات فزاد وزنه من فعل الرطوبة فسد السلف . وإن جف في الشمس فنقص ذلك من وزنه أو من مذاقه فسد السلف ولا يجوز السلف فيما يفسد من تلقاء نفسه بمرور الزمن ، إذ لم يتميز عن حديث العهد بصنعيته كالاسمنت فإنه يفسد من تلقاء نفسه فلا يصلح للبناء ولا يمكن تمييزه من الصالح للبناء للاتفاق في الصفات الظاهرة والله تعالى أعلم .

(تنبيه) تركنا التفصيل في الطين والرجاج والحجارة لما يمكن للفقهاء أن يعرف حكمها مما سبقناه من تفصيل في أشياء كثيرة يؤخذ بقواعدها العامة ويقاس عليها وخشية الإطالة والله الموفق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز ، قال الشافعي رحمه الله : ولا يجوز السلم في النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف ولا يجوز السلم في الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رفته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لأنه لا يضبط رفته وغلظه ويجوز في الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة .

(الشرح) قوله : الفيروزج هو من الجواهر الثمينة سماوى اللون والنسبة إليه فيروزي ، والمرجان صفار اللؤلؤ ، والرق بفتح الراء وتشديد القاف جلد رقيق يكتب عليه .

أما أحكام الفصل في باب السلف في الأهب والجلود : ولا يجوز السلف في جلود الإبل ولا البقر ولا أهب الغنم ولا جلد إهاب من رق ولا غيره ولا يباع إلا منظورا إليه ، قال : وذلك أنه لم يجز أن نقيسه على الثياب لانا لو قسمناه عليها لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه الذرع لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال ، ولو ذهبنا نقيسه على ما أجزنا بصفه لم يصح لنا ، وذلك أنا إنما نجيز السلف في بعير من نعم بنى فلان نقي أو جذع موصوف فيكون هذا فيه كالذرع في الثوب ، ويقول : رباع وبازل ، وهو في كل سن من هذه الاسنان أعظم منه في السن قبله حتى يتناهي عظمه وذلك معروف مضبوط كما يضبط الذرع وهذا لا يمكن في الجلود — إلى أن قال رحمه الله : — هكذا الجلود لا حياة فيها وإنما تفاضلها في تخانتها وسعتها وصلابتها ، ومواضع منها ، فلما لم نجد خيرا نتبعه ولا قياسا على شيء مما أجزنا السلف فيه لم يجز أن نجيز السلف فيه .

أما الجواهر الثمينة فقد قال الشافعي رحمه الله في باب السلف في اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجواهر : لا يجوز عندى السلف في اللؤلؤ في الزبرجد ولا في الياقوت ولا في شيء من الحجارة التي تكون حليا من قبل أنى لو قلت : سلفت في لؤلؤة مدحرجة صافية وزنها كذا وكذا وصفها مستطيلة ووزنها كذا ، كان الوزن في اللؤلؤة مع هذه الصفة تستوى صفاته وتباين ، لأن منه ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل والجودة ، وكذلك الياقوت وغيره ، فإذا كان هكذا فيما يوزن كان اختلافه لو لم يوزن في اسم الصغير والكبير أشد اختلافا . ولو لم أفسده من قبل الصفاء ، وإن تباين وأعطيته أقل ما يقع عليه اسم الصفاء أفسد من حيث وصفت ، لأن بعضه أثقل من بعض ، فيكون الثقبلة الوزن بينا وهي صغيرة وأخرى أخف منها وزنا بمثل وزنها وهي كبيرة ، فيتباينان في الثمن تباينا متفاوتا ولا أضبط أن أصفها بالعظم أبدا إذا لم توزن اه .

قال النووي في المنهاج : ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ السكبار والياقوت وجارية وأختها أو ولدها .
وخرج بقوله اللؤلؤ السكبار ، الأنواع الصغيرة الدقيقة التي لا تستعمل في

الزينة ، وإنما التي تطلب للتداوى ، وضبطها الجويني بسدس دينار ، ولا يصح في العقيق كما قال الماوردي ، بخلاف البللور ، فإنه لا يختلف ، ومعياره إن كان مسطوحاً بقياس مساحته وسنمكه .

(فرع) السلف في الروس والأكارع فيها قولان (أحدهما) لا ، وهو أحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة لعدم انضباطه بكيل أو وزن ، ولا عدد منفرد . وذلك قد يشبهه ما يقع عليه اسم الصغير وهو متباين ، وما يقع عليه اسم الكبير وهو متباين .

(والقول الثاني) نعم . وهو قول أحمد ومالك والاوزاعي وأبي ثور ، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، لجواز السلم فيه كبقية اللحم ، وهو أحد القولين عند الشافعي . قال في الأتم :

ولا يجوز عندى السلف في شيء من الروس من صفارها ولا كبارها ولا الأكارع — إلى أن قال — ولو تحامل رجل فأجازه لم يجز عندى أن يؤمر أحد بأن يجيزه إلا موزوناً . ثم قال ولا جازته وجه يحتمل بعض مذاهب أهل الفقه ما هو أبعد منه ، اهـ

قوله « ويجوز في الورق » قلت إذا كان السلم فيه في نوع مقدور عليه للناس جاز ، ولا يجوز أن يسلم في ورق ياباني حيث لا يوجد الا (راكنا^١) ولا يسلم في وزن من الورق الراكنا لا يقوم المصنع بإشاعته في السوق وتمكين من أراده من نيئه . وصفات الورق ومصادره وأوزانه وأحجامه في زماننا هذا ينبغي أن يتحرز التجار فيها ، وأكثرهم يشيع بينهم السلم في تجارة الورق ، فلا يصح إلا موصوفاً بوزنه وبلده ولونه وعلامته^٢ إن قدر عليه ، وإلا فسد السلم ، لأن العلم إما بالرؤية وإما بالوصف — لأنه في الذمة — فينبغي مراعاة ما ذكرنا وهو متفق عليه عند الشافعي وأحمد ومالك وأبي حنيفة قولاً واحداً

(١) ورق أبيض مصنوع في الجمهورية العربية المتحدة ، حرسها الله
 (٢) العلامة التي يقال لها الماركة كالبورججار والفيريانو والمانيغولد والستانية
 والطبع إلى آخر أصناف الورق التي لا حصر لها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالحبز والشواء ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط ، واختلاف أصحابنا في اللبأ المطبوخ ، فقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله لا يجوز لأن النار تعقد أجزائه فلا يضبط ، وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله يجوز لأن ناره لينة .

(الشرح) قوله « لا يجوز فيما عملت فيه النار ، وهو قول الأصحاب . قال النووي رحمه الله تعالى :

ولا يصح في المطبوخ والمشوى ، ولا يضر تأثير الشمس ، والأظهر منعه في رهوس الحيوان

والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علمته عدم انضباط تأثير النار فيها ، وإلا لو أمكن انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم في الصابون والسكر والغانيد واللبأ والدبس ، وقد نبه النووي على تصحيح ذلك في كتابه التنبيه في كل ما دخلته نار خفيفة ، ومثل ببعض المذكورات ، وإن خالف في ذلك ابن المقرئ تبعاً للأسنوي ، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم في الأجر المطبوخ . قال الشريف الخطيب في المغني من كتب المذهب : وعليه يفرق بين بابي الربا والسلم بضيق باب الربا .

فإن قيل قول النووي كغيره « إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد . وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر ، أجيب بأن مراده اللطيفة المضبوطة ، كما عبرت به ، وصرح الإمام ببيع الماء المغلي بمثله ، فيصح السلم فيه وفي ماء الورد لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره وكذلك أجازوا السلم في العسل المصفي بالنار ، لأن تصفيته بها لا تؤثر ؛ لأن ناره لطيفة للتمييز .

ويجوز في الشمع والقند وهو السكر الحام - والحزف والفحم وقول النووي « والأظهر منعه في رهوس الحيوان ، وذلك لاحتوائها على

أجزاء مختلفة من المناخ والمساكن وغيرها - ويتعذر ضبطها - أي حرارة الشمس وتأثيرها .

وقد منع النورى السلم في البرمة المعمولة ، وهى القدر ، ولا يصح فى القمقم والطنجير والكوز والطست أو الطشت ونحوها كالأباريق والحابية والاسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها أما لاختلاف الأجزاء فى الدقة والغلظ فتكون كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ، أما الجلد المقطع فقد قال الشريبنى الخطيب فى المغنى يجوز فيها وزناً لانضباطها لأن جملتها مقصودة ، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً ، ولا يصح فى الرق لما ذكر .

(مسألة) إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم ، فهل يصح فى البرمة المصبوبة فى قالب ؟

الراجح جوازه . قال الأشموني ، والمذهب جواز السلم فى الأواني المتخذة من الفخار ، وهذا محمول على ما إذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاءه اختلافاً يصعب وصفه منضبطاً ، وذلك لأن المعمولة هى التى تحفر بالآلات . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز فيها يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالفالية والند والمعجون والقوس والخف والخنطة التى فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ، ولا يجوز فيها خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والخنطة التى فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود ، وذلك ضرر من غير حاجة فمنح صحة العقد ، ويجوز فيها خالطه غيره للحاجة ، كخل التمر وفيه الماء والجبن ، وفيه الانفحة والسّمك المملوح ، وفيه الملح ، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز فى الأدهان المطيبة ، لأن الطيب لا يخالطه وإنما تبعق به رائحته ولا يجوز فى ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم فى ثوب وصبغ مجهول ، ويجوز فيها صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل ، ولا يجوز فى ثوب عمل فيه من غير غزله كالقروبي لأن ذلك لا يضبط ، واختلف أصحابنا

في الثوب المعمول من غزلين ، فمنهم من قال لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية ، ومنهم من قال يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ، وفي السلم في الروس قولان ، أحدهما يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم ، والثاني لا يجوز لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف ، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود

(الشرح) قوله « الغالية » طيب مختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر ؛ وأول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك « والند » بفتح النون نوع من الطيب معرب ، وهو من العود كما في المصباح ، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود ، أما الزوان فهو حب يخالط الحنطة فيكسبها رداة ، والمعجون خليط كثيف من الطيب ، والقوس معروف

أما الأحكام فقد قال الشافعي في باب السلف في الشيء المصالح لغيره :

كل صنف حل السلف فيه وحده فخالط منه شيء بشيء غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزاله بحال سوى الماء ، وكان الذي يخالط به قائماً فيه ، وكان مما يصلح فيه السلف ، وكانا مختلطين لا يتميزان ، فلا خير في السلف فيهما من قبل أنهما إذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا ، فكنت قد أسلفت في شيء مجهول ، وذلك مثل أن أسلم في عشرة أرطال سويق لوز فليس يتميز السكر من دهن اللوز ، ولا اللوز إذا خلط به أحدهما ، فيعرف القابض المتباعد كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز . فلما كان هكذا بيعاً كان مجهولاً ، وهكذا إن أسلم اليه في سويق ملتوت مكيل ، لأنني لا أعرف قدر السويق من الزيت ، والسويق يزيد كبله باللذات ، ولو كان لا يزيد كان فاسداً ، من قبل أني ابتعت سويقاً وزيتاً والزيت مجهول . وإن كان السويق معروفاً . اهـ

(قلت) ويجوز أن يسلف في لحم مقعد كالسطرمة إذا تحدد صنفها من الحيوان ؛ وكونها سمينة أو حمره مع فصل ما يغشاها من البهار ، ويفسد السلم إذا أخفي هذا البهار أو صافها ، ويعنى عنه إذا لم يخفب أو صافها ، لأنه كالمالح في السمك المالح وهو مما يصلحه فجاز به . ويعنى عن مس الشمس له والظاهر منعه

في رموس الحيوان لتعدد أجزائها وأشجارها كما نص على ذلك النووى في المنهاج .
ولا يجوز في لحم مشوى أو مطبوخ (أولا) لدخوله النار (وثانيا) لحفاء
أوصافه ولعدم تقدير ما أخذت منه النار . وخالف أصحاب أحمد ومالك
والاوزاعى وأبو ثور ، فجعلوا حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ما عدا بعض
الحنابلة وهو ضعيف عندهم

ويجوز في الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف إن كانت هذه الأصناف
خالصة من الخلط ، أو كان خلطها بما يمكن تقديره وضبطه بدقة . على أن يذكر
في العقد النوع والبلد الذى ينسج فيه أن يختلف به الغرض . وقيل بغنى ذكر
النوع عنه وعن الطول ، وهو اختيار الشريفي الخطيب ، على أن يذكر الطول
والعرض والغلظ والدقة ، والصفافة والرقعة ، والنعومة والخشونة ، لاختلاف
الغرض بذلك .

وذكر في البسيط اشتراط اللون في الثياب . وقال الأذرعى هو متعين في
الثياب كالحرير والقز والوبر . وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر
خلقة ، وهو عزيز ، وتختلف الأغراض والقيم بذلك ، ويجوز فيها صبغ غزله
قبل النسج . قال الماوردى يجوز إذا بين ما صبغ به وكونه فى الشتاء أو الصيف
واللون وبلد الصبغ

أما المصبوغ بعد النسج فقد ذهب النووى فى المنهاج الى أنه الاقبر ولبس
الأصح ، والأصح منعه ، وبه قطع الجمهور ، وهو المنصوص فى البوطى ،
وفرق فى الأم بينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بأن الغزال إذا صبغ ثم نسج يكون
السلم فى الثوب ، وإذا صبغ بعد النسج فكانه أسلم فى الثوب والصبغ معاً
والصبغ مجهول . وهو قول أصحاب أحمد .

قال الماوردى : ولا يجوز السلم فى الكتان على خشبه ويجوز بعد دقه ، أى
وبعد نفضه . ويجوز أن يكون قصده النفض ، فيذكر بلده وطوله ونعومته
وخشونته ، ويصح السلم فى القز ولا يصح فى الكتان منه كالعجوة فى القواصر
كما نقله الماوردى عن الأصحاب ، ولو أسلم فى تمر منزوع النوى فى صحته وجهان
فى الحاوى يظهر منهما الصحة

قال النووي: والحنطة كسائر الحبوب كالتمر، أعنى في الشروط المطلوبة فيبين نوعها كالشامى والمصرى والصعيدى والبحيرى، وأبيض أو أحمر أو أسمر. قال السبكي وعادة الناس اليوم - أى على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله - لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها، وهى عادة فاسدة مخالفة لنصر الشافعى والأصحاب، فينبغى أن يذنبه عليها. اهـ

ولأصحاب أحمد فى ذكر الصفات واستقصائها، قال ابن قدامة: ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ يبعد تسليم المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف الثمن بها ظاهراً.

قلنا: يجمعنا مع القائلين بذلك ما هو مقرر عندنا وعندهم من اشتراط أن يكون السلم فى عام الوجود عند المحل، فإذا تحقق هذا مع الصفات كلها مستقصاة صح السلم. أما إذا تعذر وجوده عاماً فلا يصح التعاقد ابتداءً، والصفات التى نذكرها إنما ترد إذا كان لذكرها أثر فى القيمة أو الثمن أو الجودة أو الرداءة، فبطل الخلاف، والله أعلم

قال النووي فى المنهاج: ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده. اهـ وإذا رجعنا إلى تفصيل الصفات فى المسلم فيه عند ابن قدامة رحمه الله وجدناه يقول: ويصف البر بأربعة أوصاف، النوع، فيقول سبيلة أو سمدونى، والبلد فيقول حورانى أو بلباقوى أو سمالى، وصغار الحب أو كباره. وحديث أو عتيق وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى، وكذلك الحكم فى الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(قلت) وبهذا قلنا. قال النووي بعد ذلك الصفات فى الحيوان تفصيلاً، وكره على التقريب. اهـ

قوله والخنف وكذلك النعل بالاولى لعدم انضباط أجزائها، ولأن النعل يشتمل على الجلد وغير الجلد من القماش والورق والحيط والمواد اللاصقة. لأن بها ظهارة وبطانة وحشواً، والعقد لا يبقى بذكر أوضاعها وأقدارها. قال الشريفي الخطيب فى المعنى.

وأما الحنّاف المتخذة من شيء واحد رمثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالشباب المخيطة والامتعة ، وكذلك لا يجوز السلم في القسي - جمع قوس ويجمع على أقواس - وهي تصنع من خشب وعظم وعصب وكذلك النبل المريش - بفتح الميم وكسر الراء - لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة ؛ وتعذر ضبطه ، وهو أحد القولين عند الحنابلة ، أما النبل قبل خرطه وتريديشه فيصح لتيسر ضبطه قولا واحداً .

ولا يصح السلم في الكشك - وهو بفتح الكاف ، وتنطقه العامة بكسرهما - لعدم ضبط حموضته .

ولا يصح السلم في الخبز وذلك عند أكثر الأصحاب ، وإن صح عند مالك والشافعي وأحمد وأبي ثور والأوزاعي بناء على اعتبار أن ما مسته النار لا يفارق ما لم تمسه النار إذا انضبط ، قال الأصحاب في الخبز : لا يصح لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ، ولأن ملحه يقل ويكثر ، والقول الثاني صحته ، وصححه الشافعي ومن تبعه ، وحكاها المزي عن النص الصححة لان ناره مضبوطة والملح غير مقصود والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم في الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية وأختها لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف ، وفي الجارية الحامل طريقتان : أحدهما لا يجوز السلم فيها لان الحمل مجهول .

والثاني : يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون قولان . أحدهما لا يجوز لأنه سلم في شاة ولبن مجهول والثاني : يجوز لان الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول في بيع شاة لبون .

(الشرح) فقد قال النووي - خلافاً للمصنف - ويصح السلم في الطير ويذكر النوع والصغر ، وكبر الجثة .

قال الشريفيني في شرح المنهاج : والسمن إن عرف ، ويرجع فيه للبائغ كما في
الزريقى ؛ والذكورة أو الانوثة إن أمكن التمييز وتعلق به الغرض .

(فرع) قال الأذرى : الظاهر أنه لا يجوز السلم فى النحل ، وإن جوزنا
بيعه ، لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل وأنه يجوز السلم فى أوزة
وأفراخها ، ودجاجة وأفراخها إذا سمى عددها . قال الرملى وتابعه تلميذه الشريفيني
وما قاله فى هذه مردود ، يعنى فى الأوزة والدجاجة وأفراخهما إذ هى داخله فى
قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها .

قوله : لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول ، قال الشافعى : أخبرنا مالك عن
ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : لاربا فى الحيوان وانما هى من الحيوان
عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله ، والمضامين ما فى ظهور الجمال
والملاقيح ما فى بطون الإناث وحبل الحبله بيع كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، كان
الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج ما فى بطنها . قال الشافعى ولا خير
فى أن يسلم فى جارية بصفة على أن يوقها وهى حبل ، ولا فى ذات رحم من
الحيوان على ذلك من قبل أن الحمل لا يعلمه الا الله اه .

قوله : وفى السلم فى شاة لبون قولان ، قال الشافعى فى باب صفات الحيوان
إذا كانت ديناً : ولو سلف فى ذات در على أنها لبون كان فيها قولان ، أحدهما
أنه جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له ، كما قلنا فى المسائل قبلها ، وإن
تفاضل اللبن كما يتفاضل المشى والعمل . والثانى : لا يجوز من قبل أنها شاة بلبن
لأن شرطه ابتياع له ، واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ، إنما هو شىء يخلقه
الله عز وجل فيها كما يحدث فى البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف
كان فاسداً ، كما يفسد أن يقول : أسلفك فى ناقة بصفها ولبن معها غير مكيل
ولا موصوف ، وكما لا يجوز أن أسلفك فى وليدة حبل ، وهذا أشبه القواين
بالقياس والله أعلم اه .

(فرع) قال النووى فى المنهاج : ولا يصح السلم فيما يندر وجوده ك لحم الصيد
بموضع العزة ، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللواؤ السكبار والياقوت
وجارية وأختها أو ولدها اه .

ويُلحق بالجارية وولدها والشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل كالابريق والمنارة والسكران وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود (والثاني) يجوز لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة ، واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال : لا يجوز وهو قول أبي القاسم الدارمي رحمه الله لأنه لا يضبط ، والثاني يجوز لأنه يذكر النوع والنعمومة والجودة فيصير معلوما ولا يجوز السلم في العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة .

(الشرح) قوله : السكران - بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاي - زنة غراب ورمان ، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس .

أما الأحكام فقد قال النووي رحمه الله تعالى : ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطسي وققم ومنارة وطنجير ونحوها ، ويصح في الاسطال المربعة وفيما صب منها في قالب .

قلت : عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب اختلاف بعض الآئمة من حيث شكلها وقوامها في البرمة المعمولة وهي المحفورة بألة وفي الإبريق الذي يختلف أسفله عن أعلاه في سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلاه قليلاً قليلاً ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبوره إلى الامام كرقبة الأوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلاه ، وقد يكون له غطاء متحرك ، وفي السكران كذلك لتساع من أسفل وضيق من وسطه وأعلاه ، وفي الطسي أو الطست حافة كالطوق تتدلى من طرفه الأعلى مع اختلاف في أسفله عن أعلاه . كل هذه الاصناف التي وصفناها هل يجوز فيها السلم ؟ قولان . أحدهما : لا ، وذلك لعدم استطاعة المتنافدين تحديد وصفها بالعبرة ، وهذا قول أصحاب أحمد . أما الاسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قولاً واحداً .

قال ابن قدامة : وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالاسطال القائمة الحيطان والسطوت جازاها .

قلت : لا يشترط ذكر الجيد أو الرديء في العقد ويحمل مطلقه على أجودها (فرع) اختلف الأصحاب في الدقيق فذهب أبو القاسم الداركي إلى عدم الجواز لانه لا يضبط ، والقول أنه يجوز لإمكان ذكر النعومة والجودة والنوع وبذلك يصير معلوما مقدورا عليه ، فلو أسلم في دقيق (علامة أو زيرو (١)) جاز لا يضبط النوع وإمكان القدرة عليه لدى عامة النبالس فإذا تعذر ذلك على الناس فسد السلم فيه والله أعلم .

(فرع) استحدثت في أزماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم كالمدايح والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تليفزيون) من بعيد والثلاجة الكهربائية والغسالة الكهربائية وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المفادين ضبطه ، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزائه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خبيرين بأمرارها كوكيل لمؤسسة لصنع الأجهزة أو توزيعها جاز السلم بينهما ، أما إذا لم يكن عليهما بدقاتن هذه الأجهزة بحيث يمكن تغيير مضباح ، أو محرك جيد ووضع بدله أقل جودة أو قد يفسد السلم لانعدام العلم والاحاطة بدقاتن الجهاز ويؤخذ من قول الشافعي في الأم في باب حُم الوحش جواز سؤال أهل العلم به ، فإن بينوا عيبا رد بالعيب ، وإلا فلا .

(فرع) لا يجوز السلم في أنواع الآثات إذا كان يشتمل على الخشايبا والاسلاك اللولبية والقطن والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك لعدم إمكان اضبطاطه وتشابه الرديء منها بالجيد والله أعلم .

(١) الدقيق العلامة أو الزيرو وهو أجود الدقيق وأعلاه صنفاً ويصنع منه القطائر وأنواع الحلوى .

(فرع) العقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة إلى نواحي الطرقات إلى واجهة في ميدان فسيح مما يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه ، وقد يكون مكان مكنتظ بالسكان والأهلين وهو أقل سعراً من مكان لا كثافة فيه بالأهلين ، ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة في الذمة أمراً مستحيلاً ، ومن ثم لا يجوز السلم في العقار كما قال المصنف .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا في شيء عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل فان أسلم فيها لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتاً لا بأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن زيد بن سعدة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا محمد هل لك أن تبغى تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بنى فلان فقال لا يا يهودى ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) حديث عبد الله بن سلام مر ذكره في البيوع وبيان درجته وفي بابہ لانس في الطبراني في الكبير والبخاري وفيه موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف أورده الهيثمى في مجمع الزوائد ، وزيد بن سعدة كان من أحرار اليهود ، أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم مشاهد كثيرة وتوفى في غزوة تبوك مقبلاً إلى المدينة روى عنه عبد الله بن سلام ، وكان عبد الله بن سلام يقول : قال زيد بن سعدة — بالياء — ما من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته في وجه محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، وهذه الرواية وقعت قبل أن يسلم زيد ، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل ليهودى بعد إسلامه : يا يهودى فعرف أنها كانت قبل إسلامه .

أما أحكام الفصل : فإنه مكمل لما سبق أن بيناه من أقوال الفقهاء في أن السلم لا يصح في شيء يندر وجوده ، ونتيجة لذلك لا يصح إلا في عام الوجود مأمون

الانقطاع في المحل المحدد لتسليمه فيه وفي الوقت المدين ، فإن كان موسمياً — أعني
 يكثر في وقت من العام إلى أجل ما . ثم يقل في الأسواق أو يندر أو ينقطع فيصح
 السلم فيه إلى موسمه الذي يكثر فيه ويعم الأسواق
 ويصح السلم في الأصناف المستوردة في وقت السلم ، وتعرض السفز في البحار
 المخاطر نادر الحدوث ، وهو أشبه بتعرض القوافل التي تحمل السلع في الماضي
 لمخاطر الطريق ، ولم يمنع ذلك من السلم ، أما وقت الحروب فيمتنع السلم فيها ،
 والله تعالى أعلم .

قال النووي : ولو أسلم فيما يعم فانقطع في محله لم يفسخ على الأظهر ، فيتخير
 المسلم بين فسخه وبين الصبر حتى يوجد ، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا
 خيار قبله في الأصح . اهـ

أما السلم في الصيد فقد أجازته الشافعي في لحمه كالحم الأنيس . قال في الأم :
 ولحم الوحش كله كما وصفت من لحم الأنيس إذا كان ببلد يكون بها موجودا
 لا يختلف في الوقت الذي يحل فيه بحال جاز السلف فيه . وإذا كان يختلف في
 حال ويوجد في أخرى لم يجز السلف فيه إلا في الحال التي لا يختلف فيها . قال
 ولا أحسبه يكون موجودا في بلد إلا هكذا . وذلك أن من البلدان ما لا وحش فيه
 وإن كان به منها وحش فقد يخطئ صائده وبصيه . والبلدان وإن كان منها
 ما يخطئه لحم يجوز فيه في كل يوم أو بها بعض اللحم دون بعض ، فإن الغنم تكاد
 أن تكون موجودة والابل والبقر ، فيؤخذ المسلف البائع بأن يذبح فبوي في
 صاحبه حقه ، لأن الذبح له ممكن بالشراء ، ولا يكون الصيد له ممكن بالشراء فيه
 في الوقت الذي يتعذر فيه لحم الأنيس أو شيء منه في الوقت الذي يسلف فيه ،
 لم يجز في الوقت الذي يتعذر فيه ، ولا يجوز السلف في لحم الوحش إذا كان
 موجودا ببلد إلا على ما وصفت من لحم الأنيس أن يقول : لحم ظبي أو أرنب
 أو تبتل أو بقر وحش أو حمر وحش أو صنم بعينه ويسميه صغيرا أو كبيرا ،
 ويوصف اللحم كما وصفت ، وسمينا أو منقيا كما وصفت في اللحم لا يخالفه في شيء
 يكون معه لحم غير طيب ، شرط صيد كذا دون صيد كذا ؛ فإن لم بشرط مثل
 أهل العلم به ، فإن كانوا يبينون في بعض اللحم الفساد ، فالفساد عيب ولا يلزم

المشترى ، فإن كانوا يقولون : ليس بفساد وليكن صيد كذا أطيب فليس هذا بفساد ، ولا يرد على البائع ، ويلزم المشتري
قال الشافعي : ويجوز السلم في لحم الطير كله لسن وسمانة وإنقاه ووزن غير أنه لا سن ، وإنما يباع بصفة مكان السن بكبير أو صغير ، وما احتمل أن يباع مبعضا بصفة موصوفة وما لم يحتمل أن يبعض لصغره وصنف طائرته وسمانته وأسلم فيه بوزن لا يجوز أن يسلم فيه بعدد وهو لحم : إنما يجوز العدد في الحى دون المذبوح ، والمذبوح طعام إلا يجوز الأوزن . وإذا أسلم في لحم طير وزنا لم يكن عليه أن يأخذ في الوزن رأسه ولا رجليه من دون الفخذين ، لأن رجليه لا لحم فيهما ، وأن رأسه إذا قصد اللحم كان معروفا أنه لا يقع عليه اسم اللحم المقصود قصده . انتهى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، فإن كان في مكيل ذكر كيلا معروفا ، وإن كان في موزون ذكر وزنا معروفا ؛ وإن كان في مندروع ذكر ذرعا معروفا ، فإن علق العقد على كيل غير معروف كمل زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال لأنه لا يؤمن أن يملك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه . وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه ، وإن أسلم فيها يكال بالوزن وفيها يوزن بالكيل جاز لأن القصد أن يكون معلوما والعلم يحصل بذلك ، وإن أسلم فيها لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرموس إذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن . وقال أبو اسحق يجوز أن يسلم في الجوز كيلا لأنه لا يتجاني في المكيال والمنصوص هو الأول .
(الشرح) حديث ابن عباس مر ذكره ، وقد رواه الجماعة بصيغة الإخبار لا بصيغة الإنشاء كما ساقه المصنف ولفظه : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم

المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين : فقال : من أسلف فإيسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ،

أما الأحكام فقولها : فإن كان مكبلا ذكر كيلا معلوماً ، أعنى معروفاً للناس ؛ ولو كان السلطان قد أبطله ، إلا أن الناس ظلموا يتعاملون به فيما بينهم كان السلم فيه صحيحاً ، ولا يصح في كيل أو وزن غير معروفين للناس ، ولو كان السلطان فرضها ولكن الناس لم يتعاملوا بهما ، والعبارة بشيوع المكبيل والميزان عند عامة الناس ، فإذا أعطى السلطان مهلة للناس لتصفية ما عندهم من موازين ومكاييل وحددها بأجل ينتهى فيه العمل بهذه المكاييل وجب على الناس طاعة للسلطان ألا يسلفوا في المكبيل أو الميزان اللذين تحدد أجل العمل بهما إلا فيما قبل مهلة الإبطال لاحتمال أن يتعرضوا للعقاب عند المخالفة

قوله «وان كان في مذروع» أى كان القياس فيه بالذراع ، ومثله المتر والياردة والقدم في عصرنا هذا ، ويجرى على المقياس ما يجرى على الميزان والمكبيل .
(فرع) لا يجوز أن يسلم في المذروع وزناً ، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف فعله .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الشيا بذرع معلوم . اهـ

وفيما عدا المكبيل والموزون والمذروع فعلى ضربين ، معدود وغيره ، فالمعدود نوعان (أحدهما) لا يتباين كثيراً كالبيض والبقل والردوس من الأنواع التي ذكرها المصنف ؛ لأن القثاء والبطيخ يباعان في زماننا هذا بالوزن في أكثر البلدان ، فيسلم في الأنواع المذكورة عدداً ، وقد نص الفقهاء على جواز السلم في الجوز كيلا ووزناً ولا يجوز عدداً .

قال النووي : ويشترط الوزن في البطيخ والبادنجان والقثاء والسفرجل والمان ، ويصح في الجوز واللوز بالوزن في نوع يقل اختلافه ، وكذا كيلا في الأصح . قال السبكي : ويجوز السكيل والوزن في البندق واللوز والفسق ، قال ولا أظن فيها خلافاً (قلت) ويجوز في المشمش كيلا ووزناً وان اختلف نواه كبراً وصغراً . والله أعلم

قالذي لا يتباين كثيرا من المعدود يسلم فيه عددا ، وهو قول أبي حنيفة
والاوزاعي . وقال الشافعي يسلم في البيضر والجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا
لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجوز عددا كالبطيخ ، فان فيه الكبير والصغير
ولا صحاب أحد قول أنه إذا كان التفاوت يسيرا ويذهب باشرط الكبر
والصغر والوسط ، ذهب التفاوت وان بقى شيء يسير عني عنه ، ويفارق البطيخ
فان التفاوت فيه كبير فلا ينضب بالعدد

(الضرب الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه
حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان
(أحدهما) يسلم فيه عددا ويضبطه بالصغر والكبر لانه يباع هكذا ، وهو
قول أحد ومالك (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي
لانه لا يمكن تقديره بالعدد ، لانه يختلف كثيرا ويتباين جدا فلم يمكن تقديره
بغير الوزن ، فتعين تقديره به . والله أعلم

(فرع) لا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لانه
لا يؤمن تلفه وانقطاعه . قال ابن المنذر : ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان
بعينه كالإجماع من أهل العلم ، ومن حفظنا أنه قال ذلك الثوري ومالك
والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي والشافق ، وهو مذهب أحمد . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان
كالصغر والكبر ، والطول والعرض ؛ والدور والسلك ، والنعومة والخشونة ،
واللين والصلابة ، والرقه والصفاقة ، والذكورية والانوثية ، والثبوبة والبركة
والبياض والحمره ، والسواد والسمره . والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة ،
وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان ، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك الى
نفسين من أهل الخبرة ، وان شرط الاجود لم يصح العقد ، لانه ما من جيد إلا
ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه ، وان شرط
الاردا ففيه قولان (أحدهما) لا يصح لانه ما من ردي الا ويجوز أن يكون

دونه ماهو أردأ منه فيصير كالأجود ؛ والثاني أنه يصح لأنه ان كان ما يحضره و
الأردأ فهو الذي أسلم فيه ؛ وان كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب
قبوله فلا يتعذر التسليم .

وان أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن ، وشرط أن يكون وزنه قدرا
معلوما ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني
لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المثلثروط إلا نادرا فيصير كالمسلم
في جارية وولدها كالمسلم فيما لا يعم وجوده (والثاني) أنه يجوز ، لأن الشافعي
رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزنا معلوما جاز فكذلك ههنا .
(الشرح) هذا الفصل أحكامه مستوفاه في باب تسليم المسلم فيه بعد هذا الباب
وان كان المطلوب هنا عدم جواز العقد خاليا من ذكر الصفات في المسلم فيه ،
وقد مر بك تفصيل هذا . قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم
ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات والأجل
المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد
المسلمين والنيروز والمهرجان ؛ فإن أسلم الى الحصاد أو الى العطاء أو الى عيد
اليهود والنصارى لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر ، وان جعله
الى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الاول منهما . ومن أصحابنا من قال لا يصح
حتى يبين ؛ والمذهب الاول لأنه نص على أنه إذا جعل الى النفر حمل على النفر
الاول ، فإن قال الى يوم كذا كان المحل اذا طلع الفجر . فإن قال الى شهر كذا
كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال ، فإن قال محله في يوم
كذا أو شهر كذا أو سنة كذا ففيه وجهان : قال أبو علي ابن أبي هريرة : يجوز
ويحمل على أوله ، قالوا قال لامرأته أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة
كذا فإن الطلاق يقع في أولها (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على
جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة ؛ فإذا لم يبين كان مجهولا ويخالف الطلاق فإنه
يجوز الى أجل مجهول واذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم . فان ذكر شهورا مطلقا حمل على

شهور الأهلة لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة فحمل المتداعيينها فإن كان العقد في الليلة التي رؤى فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد وجعل الباقي بالأهلة فإن أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد وإن أطلق ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد محلي السلم فوجب بيانه كالمؤجل (والثاني) أنه يصح ويكون حالاً لأن ما جاز حالاً ومؤجلاً حالاً على الإطلاقه على الحال كالتن في المبيع وإن عقد السلم حالاً ثم جعله مؤجلاً أو مؤجلاً فجعله حالاً أو زاد في أجله أو نقص نظرت فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد ، وقال أبو علي الطبري إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن .

(الشرح) حديث ابن عباس سبق تخريجه وضبطه لفظاً .

أما أمات الفصل : فشهور العرب هي المحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة أما شهور الفرس فقد كان معمولاً بها في الدولة العباسية وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم نزولها برج الحمل أما الشهور الرومية فهي كانون الثاني (يناير) وشباط (فبراير) وآذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الأول (أكتوبر) وتشرين الثاني (نوفمبر) وكانون الأول (ديسمبر) وهذه أسماؤها بالسريانية والفرنجية ، أما الأحكام ، فقد قال النووي في المنتهاج : فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز ، وإن أطلق حمل على الهلالى : فإن انكسر شهر حسب الباقي بالأهلة ، وتم الأول ثلاثين .

قلت : يشترط لصحة السلم في شهور الفرس معرفة المسلمين بها فإن كانت قد أهملت وترك الناس العمل بها كما هو واقع في زماننا لا يصح التوقيت بها في السلم ؛ والعبرة بمعرفتها لدى المسلمين ، ولذلك قال الشريبي في المغنى : يجوز بعيد

الكفار (كالكريسياس) وكفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ، ولو عدلان منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختصر الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم اه .

قال الرملي في النهاية : نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم اه .
نعم لو انعقد في أول ليلة آخر الشهر اكتفى بالاشهر بعده بالاهلة ، وان نقص بعضها ولا يتمم الاول مما بعدها لانها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الاخير ، والا لم يشترط انسلاخه ، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ .

فاذا قال : أسلفك الى شهر ربيع أو جمادى ولم يبين أى الربيعين أو أى الجماديين ، حمل على الأول أعنى على ربيع الاول وعلى جمادى الاولى ، وكذلك اذا قال الى العيد فان كان بعد الفطر وقبل الاضحى حمل على الاضحى ، وان كان بعد الاضحى حمل على الفطر ، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين ، والمذهب الاول ، وهو اختيار المصنف والنووى والرملي والشريبي أرجح ودليل ذلك أنه نص على أنه اذا جعله الى النفر حمل على النفر الاول واقه أعلم :

كل هذا لأن العلم بالأجل شرط فلو قال : الى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس لم يصح ، ولو قال : أول فصل الشتاء وقصدا يوم الثاني والعشرين من كانون الثاني وهو أول الشتاء على ما قرره علماء الهيئة ، أو قال : أول فصل الربيع ، وقصدا الجمادى والعشرين من آذار ، أو أول فصل الصيف وقصدا الثاني والعشرين من حزيران ، أو أول الحريف وقصد الثالث والعشرين من تشرين الاول لم يصح لاحتمال أن يجحد أحدهما ، ولأن أول الفصل قد يبلغ الشهر أو أكثر فلم يصح الا على قول على بن أبي هريرة في حمل الإطلاق على الاول قياسا على النفر والعيد وربيعة وجمادى وهو قياس غير مقبول عند الاصحاب .

فاذا قال : الى أول أو آخر رمضان ، قال الإمام والبيهقي : ان قال الى أول أو آخر رمضان ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف كما في النفر

قال في الشرح الصغير : وهو الأقوى . وقال السبكي : وهو الصحيح ، ونقله الأذرعى عن ذكر وغيره عن نص الأم وقال : إنه الأصح نقلاً ودليلاً . وقال الزركشى : إنه المذهب ، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله ، فان قال : إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم ، وكذا الماوردى .

وقال الرملى : وما ذكرناه آحرأ بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأى مرجوع فى آخره ، أما على الراجع فيحمل على آخر جزء منه ، ولو قال : فى رمضان لم يصح . لأنه جعل جميعه ظرفاً فكأنهما قالا : يحل فى جزء من أجزاءه وهو مجهول ، وإنما جاز ذلك فى الطلاق ، لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به ، فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف .

وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام ، وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثانى بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته ، لأنه لم يوضع لكل منهما بعينه ، بل لزمان مبهم منها اه .

وقال الشافعى فى الأم : وكذلك لو قال : أجلك فيه شهر كذا أوله وآخره لا يسمى أجلاً واحداً ، فلا يصلح حتى يكون أجلاً واحداً ، ولو سلفه إلى شهر كذا ، فإن حبسه فله كذا كان بيعاً فاسداً ، وإذا سلف فقال : إلى شهر رمضان من سنة كذا كان جائزاً والأجل حين يرى هلال شهر رمضان أبداً حتى يقول : إلى انسلاخ شهر رمضان أو مضيه أو كذا وكذا يوماً يمضى منه إلى أن قال : ولو قال إلى عقب شهر كذا كان مجهولاً فاسداً .

وكلام المصنف مشعر ببطلان العقد إذا أطاق الشهر ولم يحدد اليوم خلافاً لابى على بن أبى هريرة لأن الإطلاق فى الشهر يقع على جميع أجزائه وإذا أطاق فى السنة يقع على جميع أجزائها وقد رفض الاصحاب هذا القول .
(فرع) إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه قبل محله — بكسر الحاء — أى وقت حلول الاجل فامتنع المسلم من قبوله لفرض صحيح ، كأن كان حيواناً يحتاج لمؤونة

ونفقة إلى حلول الاجل ، أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل - فيما يظهر -
أو وقت إغارة لو قبلها هلكت ، أو كان يريد أكله طريبا في محله إن كان في لحم
ونحوه - وكان المؤدى في ذلك كاه يريد أن يفوت على المسلم مصلحة أو يلحق به
ضررا - لم يجبر على قبوله .

وان كان المؤدى غرض صحيح ، كفك رهن ، أو براءة ضامن - كما لو كان
المسلم فيه توقع عليه حجز وأراد استئصال هذا الحجز ، ثم يرفع قضية استرداد
لتسليم المسلم فيه المحجوز عليه للمسلم ، أو كان يخاف انقطاع الجنس عند حلول
الاجل ، أو كان المسلم ليس له غرض صحيح في الامتناع ، أو كان يريد الحاق
الضرر بالمؤدى ، أو كان المؤدى يريد مجرد ابراء الذمة ، أجبر المسلم لان امتناعه
حينئذ للتعنت . وفي حالة ارادة مجرد ابراء الذمة فما قررناه فيها هو أظهر القولين
والثاني لا يجبر للذمة ، وسيأتى مزيد في باب تسليم المسلم فيه ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا أطلق المتعاقدان في محل - بكسر الحاء - السلم فلم يذكر اوقتا ولم
يحدد اجملا انصرف الى كونه حالا ، لان ما جاز حالا وموجلا حمل اطلاقه على
الحال ، وهذا هو قول الشافعي وابن المنذر وأبي ثور .

(فرع) اذا أراد أحدهما أن يجعل الحال مؤجلا ، أو أراد أن يزيد في الاجل
نظرت ، فان كان ذلك بعد التفرق وهو لزوم المقدم لم يلحق بالعقد ، لأن العقد
استقر فلا يتغير .

واذا أراد أحدهما أن يجعل المؤجل حالا - نظرت - فان كان ذلك من المؤدى
وهو المسلم اليه ؛ أجرينا عليه ما قلناه فيما اذا حضر المسلم فيه قبل محله في فرع
سبق من هذا الفصل ، وان كان بتقص في الاجل وكان ذلك بعد لزوم العقد أو
بعد التفرق فلا يلحق بالعقد لان العقد قد استقر ؛ وان كان ذلك كاه ، أعنى الزيادة
في الاجل أو التقصان فيه أو جملة حالا ، قبل التفرق أو قبل لزوم العقد لحق
ذلك بالعقد والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم في جنسين الى أجل أو في جنس الى أجلين ففيه فولان
(أحدهما) أنه لا يصح لان ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر وما يقابل

أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز (والثاني) أنه يصح وهو الصحيح لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الأعيان ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فإنه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما .

(الشرح) إذا أسلم في جنسين إلى أجل ، وصورة ذلك أن يسلم ديناراً في قيص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة ، فقد جوزة مالك وأحد القولين عند الشافعي ومنعه أحمد ، والقول الآخر عند الشافعي ، والقول المجيز يحتاج بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الأعيان لما يشتمل عليه من مياتي وغيرها على النحو الذي سبق في بيع الأعيان وهو كالو بين ثمن أحدهما .

وبقول المانعون إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفردا بثمن مجهول ، ولأن فيه غرراً أثر مثله في السلم وبمثل هذا عملوا معرفة صفة الثمن وقدره ، والوجه الآخر أنه لا يشترط لأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين ، ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا ، قال ابن موسى ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كراخنة حتى يبين حصه ما لكل واحد منهما من الثمن ، والأولى صحة هذا ، لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما وأمكن معرفة ثمن كل منهما مادام موصوفاً بصفاته من ثمن مثله في أجله ، كذلك إذا أسلف في جنس واحد إلى أجلين فقد قال الشافعي : إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قران ،

أحدهما : لا يصح ، لأن ما يقابل أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز ، قلت : ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل واحد جاز في أجلين ، وقد أجازته أحمد وأصحابه في أكثر من أجلين إلى آجال ، كبيع الأعيان ، فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلاً عن المقبوض ، لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كالو اتفق أجله والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه ، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه :
 (أحدها) يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات
 (والثاني) لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان
 (والثالث) أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه
 فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم
 يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف
 الثمن باختلافها .

(الشرح) قال النووي رحمه الله تعالى المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح
 للتسليم أو يصلح ، ولحمله مؤنة اشترط محل التسليم وإلا فلا . قال الرملي في النهاية
 المذهب أنه إذا أسلم سلماً حالاً أو مؤجلاً وهما بموضع لا يصلح للتسليم ، أو سلماً
 مؤجلاً وهما بمحل يصلح له وليكن لحمله ، أي المسلم فيه مؤنة اشترط بيان محل ،
 بفتح الحاء ، أي مكان التسليم للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الإمكانة
 في ذلك ، والأبأن كان صالحاً للتسليم ، والسلام حال أو مؤجل ، ولا مؤنة لحمل
 ذلك إليه فلا يشترط ما ذكر ، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه ، فإن عينا
 غيره تعين بخلاف المبيع ، لأن السلم لما قبل شرطاً يقضى تأخير التسليم ، ولو
 خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ، ولو أبعد منه ، ولا
 أجر له فيها يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تنمة التسليم الواجب ، ولا يثبت
 للمسلم خيار ، ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال ، ولو لحلاص
 ضامن وفك رهن خلافاً للبلقيني ومن تبعه

(قلت) والمسألة فيها ثلاثة أوجه عند المصنف في الصالح فقط وستة طرق
 عند الرملي في الصالح وغيره ، وسبعة عند الشبرايملي ، فالمنصوص الاشتراط
 وعدمه ، فقيل هاهنا مطلقاً ، وقيل هاهنا في حالين . قيل في غير الصالح ومقابله . وقيل
 هاهنا في الصالح ، ويشترط في غيره . وقيل هاهنا فيهما لحمله مؤنة ، ولا يشترط في مقابله

وقيل هما فيما ليس لحمله مثنوية ، ويشترط في مقابله .

والمدار هنا على ما يليق بحفظ المال والمؤمن ، والغالب استواء المحلة فيهما .
ويشهد لذلك قولهم : المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محلله فيهما ؛ ولهذا
قالوا : لو قال تسلمه لى في بلد كذا وهي غير كبيرة كفى إحضاره في أولها وإن بعد
عن منزله ، أو في أى محل شئت منه صح ما لم يتسع ، ومتى اشترط التبعين فتركه
لم يصح العقد ، ومن ثم عرف صحة كلام ابن الرفعة : إن محل قولهم أسلم الحال
يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقا حيث كان صالحا له ، وإلا كأن أسلم في كثير
من الشعير وهما سائران في البحر ، فالظاهر اشتراط التبعين 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 التبعين . ويدل عليه كلام
الماوردي أيضا ، والكلام في السلم المؤجل . أما الحال فيتعين فيه موضع العقد
للتسليم ، أى إذا كان صالحا وإلا اشترط بما فيه من التفصيل ، وحينئذ فقد افرق
الحال والمؤجل من بعض الوجوه ، وذلك كاف في صحة المفهوم .

وقد اختلف أئمة المذاهب في تعيين مكان الإيفاء ، فقال ابن المنذر : لا يشترط
تعيين مكان الإيفاء . وحكاه عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث . وبه
قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولى الشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم : فى كبل معلوم
أو وزن معلوم إلى أجل معلوم ، ولم يذكر مكان الإيفاء ، فدل على أنه لا يشترط
وفى الحديث الذى فيه : ان اليهودى أسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال
النبي صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بنى فلان فلا . ولكن كبل مسمى إلى
أجل مسمى ، رواه ابن ماجه ولم يذكر مكان الإيفاء ، ولأنه عقد معاوضة فلا
يشترط فيه مكان الإيفاء كبيع الأعيان

وقال الثورى : يشترط ذكر مكان الإيفاء ، وهو القول الثانى للشافعى ،
وقال الاوزاعى هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ ،
فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا ، وقال أبو حنيفة وهو قول أصحابنا : إن كان
لحمله مثنوية وجب شرطه ، والا فلا يجب ، لأنه إذا كان لحمله مثنوية اختلف فيه

الغرض بخلاف مالا مثونة فيه ، وقال ابن أبي موسى : ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء ، وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن ، وان لم يذكره كان الايفاء مكان العقد ، فإذا ترك ذكره كان مجهولا ، وان لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكان العقد ، فاكتفى بذلك عن ذكره . وللفقهاء أقوال حول هذا أجمعناها بما يوفى المقصود والله أعلم

قال المصنف — رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم : أسلفوا في كيل معلوم ، والأسلاف هو التقديم ، ولأنه إنما سمي سلفا لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلفا فلم يصح ، ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه ، ويجوز أن يكون معيننا ، فإن كان في الذمة نظرت فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد ، وان كان في البلد نقود حمل على الغالب منها ، وان لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم . وان كان رأس المال عرضا وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كما سلم فيه ، وان كان رأس المال معيننا ففيه قولان (أحدهما) يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن يفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه ، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرد

(والثاني) لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لا يقتضى رد المثل فوجب أن تغنى المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والنز في البيع وان كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها ، فعلى القواين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجوز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وان قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال ، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم (الشرح) الحديث هو حديث ابن عباس الذي دار عليه أكثر الفصول السابقة وأضحناه بلفظه وتخرجه فيما سبق ، أما الأحكام فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد لأن الأسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة . وقال الخرقى من الحنابلة : ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق

قوله : ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس خلافا لابن المنذر الذي قال : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله مسلماً في طعام إلى أجل لم يصح اه . وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإن جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك ، قلت وقد مر بك في أول الباب مناقشة هذا الرأي .

والمهم في هذا جواز أن يكون رأس المال في الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس بعد تعيينه ، فإن كان ما في الذمة من الأثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان في البلد أكثر من نقد حمل على النقد الغالب فيها وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم ، وما دام رأس المال حاضراً في المجلس فإن المشاهدة تغني عن ذكر صفاته ومقداره ، كما لو كان رأس المال من الجواهر والأحجار الكريمة مما يصعب وصفه ، فإن كان من الجواهر الثمينة وقلما بأنه يجب ذكر صفاته لم يجوز أن يكون ذلك رأس مال لتعذر وصفه ، وإن قلنا لا يجب جاز لمشاهدته في المجلس . والله تعالى أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب تسليم المسلم فيه)

إذا حل دين السلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق . فإن أحضر حشفاً أو رطباً لم يقبل منه ، فإن كان رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الإطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ ، وإن كان طعاماً لزمه ما نقي من التبن ؛ فإن كان فيه قليل تراب نظرت ، فإن أسام فيه كيلاً قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر في السكيل ، وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه لأنه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه ، وإن كان عصلاً لزمه ما صفي من الشمع ، فإن أسلم اليه في ثوب فأحضر ثوباً أجود منه لزمه قبوله ، لأنه

أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فازمه قبوله ، فإن جاءه بالأشجود وطاب عن الزيادة عوضاً لم يجوز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع ؛ فإن أتاه بثوب ردىء لم يجز على قبوله لأنه دون حقه ، فإن قال خذه وأعطيك للجودة درهما لم يجوز لأنه بيع صفة ولأنه بيع جزء من المسام فيه قبل قبضه فإن أسام في نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلى عن البرنى والهروى عن المروى ففيه وجهان . قال أبو إسحاق لا يجوز لأنه غير الصنف الذى أسام فيه فأم يجوز أخذه عنه كالزبيب عن التمر . وقال أبو علي بن أبي هريرة : يجوز لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد . ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر ، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة . فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسام فيه فأحضره ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن ، والعقد يقتضى أن يكون الثمن غير المثمن .

والثانى أنه يجوز لأن الثمن هو الذى سام اليه والمثمن هو الموصوف ، وإن أسام إلى محل فأحضر المسام فيه قبله أو شرط أن يسام اليه في مكان فأحضر المسلم فيه فى غير ذلك المكان فامتنع المسام من أخذه ، نظرت فإن كان له غرض صحيح فى الامتناع من أخذه بأن يلزمه فى حفظه مؤن أو عابه فى حمله مشقة أو يخاف عابه أن يملك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه ، وإن لم يكن له غرض صحيح فى الامتناع لزمه أخذه ، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه ، والدليل عليه ما روى أن أنساً رضى الله عنه كاتب عبدأ له على مال إلى أجل فجاهه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر (رض) فأخذه منه وقال له : اذهب فقد عتقت ، ولأنه زاده بالتقديم خيراً فازمه قبوله . وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال : أنتقصنى من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجوز لأنه بيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع ، ولأن هذا فى معنى ربا الجاهلية ، فإنه كان فى الجاهلية يقول من عليه الدين : زدنى فى الأجل زدك فى الدين .

(الشرح) الخبر الذى ساقه المصنف عن أنس المذكور فى الفصل لم أحفظه بهذه الصورة ، وإنما الذى أحفظه ما رواه الأثرم عن أبي بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا وإنى أيسرت بالمال فأثبتته به

فزعم أنه لا يأخذها الا نجوماً ، فقال عمر : يا أباي ؟ وأمر عامله على بيت المال : فخذ هذا المال فاجده في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا ، فلدارأي ذلك سيده أخذ المال ، ورواه عثمان بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً والذي ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخاري عن موسى بن أنس ، أن سيرين - أبا محمد وإخوته - سأل أنس بن مالك المسكانية ، وكان كثير المال ، فأبي ، فانطلق إلى عمر فقال : كاتبه ، فأبي فضربه عمر بالدرّة وتلا عمر : فبكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ، وأحاديث أخرى من باب المسكاتيه ستأتي في الباب إن شاء الله تعالى .

أما لغات الفصل : فالبسر من ثمر النخل ما قبل الرطب وبقية لغات الفصل في الأحكام أما أحكام الفصل : فإنه إذا حل دين المسلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما افترضه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً ، قال الشافعي رحمه الله تعالى : فليس على المسلم أن يأخذه إلا جافاً . قال أصحابنا : ولم يرد بهذا أن يكون مشمساً وإنما أراد به إذا بلغ إلى حالة الادخار فعليه أن يأخذه ، وهو إذا وقع عليه اسم الجفاف ، وإن لم يتناه جفافه ، وإن كان المسلم فيه رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب ، ولا يلزمه أن يقبل بسراً ولا مذنباً ، ولا منصفاً ؛ ولا مشدخاً ، فأما المذنب فهو الذي أرطب في أذنايه لا غير . وأما المنصف فهو الذي صار نصف بسره رطباً ونصفها بسراً . وأما المشدخ فقد ذكر الشيخ أبو حامد أن المشدخ هو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطباً فلا يلزمه قبوله لأنه لا يتناوله اسم الرطب وإن تناوله فيكون رطباً مقنوتاً .

وقيل : إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكسي صوف غليظ وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب ، يفعلون ذلك استعجالاً لآكل الرطب من البسر قبل الإرطاب ، وادل الشيخ أبو حامد أراد أنهم يضربون البسر بالخشب ليصير طعمه طعم الرطب ؛ وإن كان المسلم فيه طاماً لزمه أن يدفع اليه طاماً نقياً من الشعير والزوان وعمد التبن ، لأن هذه الأشياء تنقصه عن السكيل والوزن .

وإن كان فيه قليل تراب أو شيء من دقاق التبن - نظرت - فإن أسلم فيه كيلاً لزمه قبوله ، لأن ذلك لا يؤثر في السكيل ، وإن أسلم فيه وزناً لم يلزمه قبوله لأن ذلك يؤثر في الوزن فيكون المقبوض دون حقه .

فإذا أسلم اليه في شيء فأتى المسلم اليه بالمسلم فيه لم يخل من ثلاثة أحوال :
 إما أن يأتيه بالمسلم فيه على الصفة المشروطة .
 وإما أن يأتيه بأردأ منه .
 وإما أن يأتيه بأعلى منه .

فإن أتى به على الصفة المشروطة وعلى صفة المسلم فيه ، بأن أسلم اليه في طعام جيد فأناه بطعام يقع عليه اسم الجيد ، وإن كان غيره أجود منه لزمه أن يقبل منه وإن أناه بأردأ من المسلم فيه ، بأن أناه بطعام ردى لم يلزمه قبوله ، لأنه دون ما شرط ، وإن قال المسلم اليه : خذ هذا وأعطيتك عن الجودة عوضاً لم يجز ، لأنه يبيع جزءه من المسلم فيه قبل القبض ، وإن أناه بأعلى من المسلم فيه فلا تخلو الزيادة من أربعة أحوال :

إما أن تكون زيادة في الصفة ، أو في العدد ، أو في الجنس ، أو في النوع ، فإن كانت الزيادة في الصفة مثل أن يسلم اليه في طعام ردى فجاءه بطعام جيد ، فإن رضى المسلم اليه بتسليمه عما في ذمته لزم المسلم قبوله ، لأنها زيادة لا تتميز أى لا تنفصل عن الطعام لأنها صفة فيه .

فإذا رضى المسلم اليه بتسليمها لزم المسلم قبولها كما لو أصدق إمرأته عيناً فزادت في يدها زيادة تتميز ، ثم طلقها قبل الدخول ، ورضيت المرأة بتسليم نصف العين مع زيادتها فإن الزوج يلزمه قبولها .

وإن لم يتطوع المسلم اليه بتسليمها بل طلب عن الجودة عوضاً لم يصح لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد ، وإن كانت الزيادة في العدد مثل أن يسلم اليه خمسة أرادب من القمح فجاءه بعشرة أرادب من القمح لم يلزم المسلم قبول ما زاد على الخمسة ، لأن ذلك ابتداء هبة فلم يجبر على قبولها .

وإن كانت الزيادة في الجنس مثل أن يسلم اليه ذرة فأعطاه عن الذرة قمحاً أو عدساً لم يلزمه قبول ذلك ، فإن قبله لم يصح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره .
 وإن كانت الزيادة في النوع مثل أن يسلمه على قمح هندي فجاءه بقمح شامي ، أو ذرة صفراء فجاءه عنها بذرة بيضاء ، فخسب الشيخ أبو حامد وجهين ، أحدهما

يلزم المسلم قبوله ، وهذا الوجه يستند أصحابه إلى دلالة قول الشافعي رحمه الله وأصل ما يلزم المسلف قبول ما سلف فيه هو أن يأتيه به من جنسه ، وهذا قد أتى به من جنسه ، ولأنه قد أعطى من جنس حقه ، وفيه زيادة لا تتميز ، فأشبهه ما أسلم في نوع ردى فأعطاها من ذلك النوع جيداً ، فإنه يلزمه قبوله ؛ ولأنه يمكنه إكمال نصاب الزكاة به .

والوجه الثاني . لا يلزمه قبوله ، لأنه لم يأت به على الصفة التي اشترط عليه فلا يلزمه قبوله ، كالمثل أو أتاه بجنس آخر ، وهذا الوجه يقول أصحابه : إنه يجوز أن يقبله إن رضى بغير إلزام لأنه من جنس حقه .

قال العمراني في البيان :

قال القاضي أبو الطيب : الوجهان في الجواز . فأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجهاً واحداً ، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق في المهذب ، وإن أسلم إليه بذرة بيضاء فجاءه عنها بذرة حمراء فلا يلزمه قبولها وجهاً واحداً .

قال العمراني : وهل يلزمه قبولها ؟ يحتمل أن يكون على وجهين أم . قلت : وقوله — أعنى المصنف رحمه الله في الفصل — وإن أسلم إلى محل الخ ، قلت : إن أسلم إليه في شيء إلى محل فجاءه المسلم إليه به قبل المحل فامتنع المسلم من قبضه ، فإن كان المسلم فيه مما يلحقه التغيير والتلف إلى وقت المحل ، بأن كان لحماً أو رطباً ، أو من أنواع الفواكه الرطبة لم يلزم المسلم قبوله ، لأن له غرضاً في تأخيرها أن يحتاج إلى أكله أو اطعامه في ذلك الوقت ، وكذلك إذا كان المسلم فيه حيواناً لم يلزمه قبوله قبل المحل لأنه يخاف عليه التلف ، ويحتاج إلى العلم به إلى ذلك الوقت .

وإن كان لا يخاف التغيير ولا التلف ولكن يحتاج إلى مكان يحفظ فيه وكان يلزمه عليه مؤنة حفظه كالقمح والقطن لم يلزمه قبوله ، لأن عليه ضرراً في المؤنة في حفظه إلى وقت المحل ، فإن كان يحتاج إلى مؤنة في حفظه كالحديد والنحاس وغيرها من المعادن وكانت مغلفة بحفوفة مأمونة يلزمه قبوله . لأنه لا ضرر عليه في قبوله ، فإن لم يقبله قبله الحاكم ، لحديث أبي بكر بن حزم الذي رواه الأثرم

ورواية عثمان بن منصور عن عمر وعثمان ، وحديث أبي سعيد المقبري الذي رواه الدارقةطني بنحو حديث أبي بكر بن حزم ،
وان سأل المسلم المسلم اليه أن يقدم المسلم فيه قبل المحل لم يلزم المسلم اليه تقديمه ، لأن ذلك يبطل فائدة التأجيل .

فان قال المسلم اليه : أنقصني من الدين حتى أقدمه لك ففعل لم يصح القبض لأنه يبيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع . فان جاء المسلم اليه بالمسلم فيه بعد حلول الدين على صفته فامتنع المسلم من قبضه قال له الحاكم : اما أن تقبضه أو يبرأ المسلم اليه منه ، وان كان غرض ، وسواء كان للمسلم غرض في الامتناع أو لا غرض له ، لأن للمسلم اليه غرضاً في الدفع ؛ وهو أن يبرأ عما عليه من الحق ، وقد حل الحق ، فان لم يفعل المسلم ذلك قبضه الحاكم عنه ، وبرئ المسلم اليه ، لان الحاكم ينوب عن الممتنع ، ولا يملك الحاكم الإبراء لأنه لا نظر للمسلم في الإبراء عنه ولا حفظ له في حفظ ماله عنده .

(فرع) اذا تعين موضع التسليم باطلاق العقد أو بالشرط لانه اذا أطاق العقد تعين موضع التعاقد واذا اشترط موضعاً بعينه فقد تعين بالشرط فاذا جاءه به في غير ذلك الموضع لم يلزمه قبوله ، ولم يجوز له أخذ الاجرة ، لان بدل العوض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فكذلك في تسليمه في موضع . وان جعله نائباً عنه في حمله الى ذلك الموضع ، لم يكن المسلم قابضاً له بهذه النيابة ، بل يقتدر الى تسليمه في الموضع المعين أو في غيره اذا رضى المسلم بذلك .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أسلم اليه في طعام بالكيل أو اشترى منه طعاماً بالكيل فدفع اليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض ، لان المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل ، فان كان المقبوض باقياً رده على البائع ليكيه له ، وان تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه ، لانه قبض عن حقه ، وان ادعى أنه كان دون حقه فاقول قوله ، لان الاصل أنه لم يقبض الا ما ثبت باقراره ، فان باع الجميع قبل الكيل لم يصح ، لأنه لا يتحقق أن الجميع له ، وان باع منه القدر الذي

يتحقق أنه له فقيه وجهان (أحدهما) يصح ، وهو قول أبي إسحاق ، لأنه دخل في غمائه فنقد بيعه فيه كما لو قبضه بالسكيل (والثاني) لا يصح ، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في الصرف ، لأنه باعه قبـل وجود القبض المستحق بالعقد : فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه ، فإن دفع اليه بالسكيل ثم ادعى أنه دون حقه فإن كان ما يدعيه قليلا قبل منه ، وإن كان كثيرا لم يقبل لان القليل يبـخس به ، والاصل عدم القبض والكثير لا يبـخس به فكان دعواه مخالفا للظاهر فلم يقبل .

(الشرح) إذا أسلم اليه في شيء كيلا فأعطاه إياه وزناً ، أو أسلم فيه وزناً فأعطاه كيلا لم يصح القبض ، لان السكيل والوزن يختلفان ، لان الرزين الرصين الثقيل يقل كيلاه وبكثر وزنه ، والخفيف يقل وزنه وبكثر كيلاه ، وهذا ما اتفق عليه أئمتنا وأئمة المذاهب .

قال ابن قدامة في المغنى من الخنابلة : ولا يقبض المكيل إلا بالسكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافا ولا بغير ما يقدر به ، لان السكيل والوزن يختلفان ، فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ، فيقدره بما أسلم فيه ، وبأخذ قدر حقه ويرد الباقي ، وبطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين - مضي ذكرهما في بيوع الاعيان - وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه اه .

وقال الشافعي رضى الله عنه : لو أعطاه طعاما فصدقه في كيلاه لم يجز ، فإن قبض فالقول قول القابض مع يمينه ، وجملة ذلك أنه إذا كان له في ذمة رجل طعام أو اشترى منه عشرة أفقرة (١) من صبرة (٢) بعينها ، فسلم اليه من عليه الطعام طعاما من غير كيل ، وأخبره بكيله فصدقه على كيلاه أو لم يصدقه لم يجز له

(١) القفيز مكيال معتبر عندهم كانوا يقولون عنه : إنه ثمانية مكاكيل .

(٢) الصبرة السكومة من أى شيء وقد نجد في أسواق القرى من يبيعون التمر

أو العنب أكواما جزافا بغير كيل ولا وزن فهذه هي الصبرة .

قبضه بغير كيل ؛ لأن المستحق عليه القبض بالكيل ، فإذا قبض من غير كيل لم يصح القبض .

فإن كان الطعام باقيا رده على البائع ثم يكبله على المسلم ، فإن كان أكثر من حقه كانت الزيادة للمسلم إليه ، فإن تلف الطعام في يد القابض قبل أن يكال عليه ، تلف من ضمانه ، لأنه قبضه لنفسه ، فإن اتفقا على قدره فلا كلام . وإن اختلفا في قدره ، فادعى القابض أنه كان دون حقه ، وادعى مالك الطعام أنه قدر حقه أو أكثر فالقول قول القابض مع يمينه ، سواء ادعى نقصانا قليلا أو كثيرا ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الصرف ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق فلا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا من القدر الذي يقر به القابض ، فإن قيل : كيف سمعت دعوى القابض في النقصان ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه في المسألة فيصدقه في كيله ؟

قلنا : لم يرد الشافعي رحمه الله أنه اعترف بصحة الكيل ، وإنما هو قول قول المخبر ، وحمله قوله على الصدق ، فإذا بان له خلافه سمعت دعواه . قال الشيخ أبو حامد فيما نقله عنه العمراني في البيان :

إذا ثبت هذا : فإنه يكون قبضا فاسداً ، فإن المسلم إذا قبضه وكان قدر حقه وزيادة عليه ، فإنه يملك قدر حقه بالقبض ، وينتقل الضمان إليه ؛ وتبرأ ذمة البائع عنه اهـ .

وهل يجوز للقابض التصرف فيه نظرت . فإن أراد أن يتصرف في الجميع أم يجز ، لأن للبائع فيه تعلقا ، لأنه ربما إذا كيل ، خرج زيادة على قدر ما يستحق القابض ، فلم يصح تصرفه في الجميع ، فإن أراد أن يبيع منه قدر ما يتحقق أنه له بأن باع نصف قفيز منه وله قفيز ففيه وجهان :

الأول : قال أبو اسحاق : يصح ، لأن ذلك الشيء في ملكه وانتقل الضمان إليه ، ويعلم أنه قدر حقه لحاز بيعة فيه .

الثاني : قال أبو علي بن أبي هريرة : لا يصح بيعه ، وهو المنصوص في الصرف عند الشافعي في الام ، لأن العلقة باقية بينه وبين البائع فيه ، لأن ماله غير متميز عن مال البائع فلم يصح بيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع ، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض . وإن قال لي عند رجل طعام فأحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز ، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ صاع البائع وصاع المشتري ، وهذا لم يجز فيه الصاعان ، وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكتاتب فقبض منه المشتري ، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح ، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كالو قبضه وكيله (والثاني) لا يصح لأنه لم يأذن له في قبضه له ، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله ، فإن قلنا ان قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم ، وإن قلنا ان قبضه يصح كاله للمسلم ؛ فإن قال أحضر معي حتى أكتاله لنفسى وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لأنه قبضه لنفسه قبضا صحيحا ، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه إليه من غير كيل ، وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيل ففيه وجهان . (أحدهما) لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ وهذا يقتضى كيلا بعد كيل ، وذلك لم يوجد (والثاني) أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولو ابتداء بكيله جاز فيكذلك إذا استدامه .

(الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطنى
أما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولو أسلم في طعام وباع طعاماً
آخر فأحضر المشتري من اكتاله من بائعه وقال : أكتاله لك . لم يجز ، لأنه بيع
الطعام قبل القبض .
واختلاف أصحابنا في صورة هذه المسألة ، فمنهم من قال : صورتها أن يسلم

زيد إلى عمرو في طعام ، فلما حل الأجل باع زيد الطعام الذي له في ذمه عمرو من خالد قبل قبضه ، فان هذا لا يصح ، لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، ولان بيع الطعام المشتري قبل القبض لا يصح ، وان كان معيناً ، فبان لا يصح فيه قبل القبض أولى .

قال وتعليقه يدل عليه ، لانه باع ذلك الطعام من آخر . وقال أكثر أصحابنا : ما ذكره القائل صحيح في الفقه ، وليكن ليس هذا صورة المسألة التي ذكرها الشافعي رضي الله عنه ، وإنما صورتها لزيد طعام في ذمه عمرو سلم ، وفي ذمه زيد لخالد طعام سام . فقال زيد لخالد : احضر اكتبالي مالي عند عمرو لا أكتاله لك فانه لا يصح ، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري ،

ولو كان الشافعي يريد على ذلك الطعام لقال : وباع ذلك الطعام آخر ، ولانه قال بعدها ، ولو قال أكتاله لنفسى وحده بالكيل لم يجز ، ولو كان قد باعه لم يكن لحضوره واكتياله لنفسه معنى

قالوا وأما تعاليه فانما أراد أن هذا مثل بيع الطعام قبل القبض ، لانه يقبضه قبل أن يضمه بقبضه خالصاً له ، كما لا يجوز بيعه قبل قبضه . اذا ثبت هذا ففيه خمس مسائل

(الأولى) يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتاله لك ، فاكثاله زيد لخالد من عمرو فلا يصح القبض لخالد وجهاً واحداً لحديث جابر أن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري ، وهذا لم يجر فيه الصاعان ، ولانه لا يستحق على عمرو شيئاً فلم يصح القبض له منه وهل يصح القبض لزيد من عمرو ؟ فيه وجهان بناء على القواين في السيد اذا باع نجوم المكاتب وقانا لا يصح البيع فقبض النجوم ، فهل يعتق المكاتب ؟ فيه قولان ، فان قانا يصح قبض زيد ما كاله لخالد مرة ثانية . وان قانا لا يصح قبض زيد لنفسه رد الطعام الى عمرو ليكيه لزيد ثم يكيه زيد لخالد ، فان اختلف زيد وعمرو في المقبوض فالقول قول زيد مع يمينه ، وانما يقبل قواه مع اليمين

إذا كان ما يدعيه محتمل ، فأما إذا ادعى تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن هذا القدر لا يتفاوت كثيراً ، وهكذا لو اختلف زيد وخالد فيما قبض خالد فالقول قول خالد مع يمينه ، إذا كان ما يدعيه تفاوتاً يسيراً . وإن كان تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن مثل ذلك لا يتفاوت

(المسألة الثانية) أن يقول زيد لخالد اذهب فاكتل لنفسك من عمرو ففعل ، فإن قبض خالد لنفسه لا يصح وجهاً واحداً : لأنه لا شيء له في ذمة عمرو وهل يصح قبض خالد من عمرو لزيد ؟ على الوجهين طبقاً لما ذكرناه في المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن يقول زيد لخالد أحضر معي حتى أكتال من عمرو لنفسي ثم يأخذ بذلك الكيل فحضرا فاكتاله زيد لنفسه ثم سلمه زيد إلى خالد جزافاً من غير كيل صح قبض زيد لنفسه ، لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً ، ولا يصح قبض خالد من زيد لأنه قبضه من غير كيل

(المسألة الرابعة) إذا اكتاله زيد لنفسه من عمرو ، ثم كاله زيد لخالد مرة ثانية صح القبضان ، لأن الطعام قد جرى فيه الصاعان

(المسألة الخامسة) أن يكتاله زيد لنفسه من عمرو ثم يسلمه إلى خالد عما عليه له وهو في المكيال ، فإن قبض زيد لنفسه من عمرو صحيح ، وهل يصح قبض خالد من زيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لحديث جابر حتى يجرى فيه الصاعان ، وهذا يقتضى كيلاً بعد كيل (والثاني) يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، بدليل أنه لو أسلم إليه بذهب طعاماً ، فابتدأ المسلم إليه وكاله المسلم صح ، ولو كان الطعام في الذهب عند السلم فسلمه إليه صح ، فكذلك ها هنا . والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال اشتر لي بها مثل مالك علي واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب ، فإن قال اشتر لي واقبض لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه

(الشرح) الأحكام : لو كان لزيد في ذمة عمرو طعام من سلم فدفعت عمرو إلى زيد دراهم وقال اشترى بها لنفسك طعاماً مثل الطعام الذي لك على ففعل لم يجز ، لأن الدرهم ملك لعمرو فلا يجوز أن تسكون . عوضاً . ملكاً لزيد ، فإن اشترى الطعام بقيمة الدرهم لم يصح الشراء ، وإن اشترى زيد الطعام بدرهم في ذمته ثم سلم تلك الدرهم عما في ذمته صح الشراء لنفسه ولا تبرأ ذمته بتسليم تلك الدرهم لأنه لا يملكها وعليه ضمانها .

وإن قال عمرو لزيد اشترى بها لي طعاماً واقبضه لنفسك فإن الشراء يصح لعمرو لأنه اشتراه له ، ولا يصح القبض لزيد لأنه لا يصح أن يكون قابضاً لنفسه . من نفسه . وهل يصح القبض لعمرو؟ فيه وجهان كالوجهين في المسألة قبلها .

(فرع) وإن كان لزيد في ذمة عمرو طعام من جهة القرض ، وخالد في ذمة زيد طعام من جهة السلم ، وأحال زيد خالداً بالطعام الذي له عليه على عمرو لم تصح الحوالة ، لأن خالداً يبيع طعامه الذي له على زيد من السام بالطعام الذي لزيد من جهة القرض ، وقد بينا أن بيع المسلم فيه قبل القبض لا يصح ، فالفاسد ها هنا من جهة خالد : فإن كان الطعامان من جهة القرض ، فهل تصح الحوالة بهما فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يصح . وهو الصحيح . لأن بيع العوض قبل القبض يصح . وكل واحد قرض ، وكل واحد منهما مستقر في الذمة فجاز أن يعتاض من ذمة إلى ذمة بخلاف السلم ، والباقي لا يصح لأن الحوالة لو صححت في الطعام إذا كان من جهة القرض لصحت .

وإن كانت من جهة البيع كالدرهم والدنانير لما جازت الحوالة بهما : إذا كانا من جهة القرض جازت أيضاً إذا كانا من جهة البيع ، فلما لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع إذا كان من جهة القرض

(فرع) ولا تجوز التولية والشركة في المسلم فيه قبل القبض ، والشركة أن يقول لغيره أشركتك في النصف المسلم فيه بنصف الثمن . فيكون ذلك بيعاً لنصف المسلم فيه . والتولية أن يقول ولينك بجميع الثمن أو ولينك نصفه بنصف الثمن ،

(فرع) ذكر الشافعي في الصرف أربع مسائل :

الأولى : لو كان في ذمة رجل لغيره طعام ، فسأل من عليه الطعام من له الطعام أن يبيعه طعاماً بشرط أن يقبض ماله عليه منه فباعه منه بهذا الشرط ، فالبيع باطل ، لان هذا تباع بمقتضى العقد فأبطله .

الثانية : إذا اشترى منه طعاماً مطلقاً وسها أن يقبضه منه صح البيع لانه بيع مطلق . الثالثة : أن يقول من له الطعام لمن عليه : افض مالي عليك على أن أبيعك فقضاه صح ، لان هذا قبض مستحق عليه ، فإذا قضاه وقع عن المقبوض والقابض بالخيار ، بين أن يبيعه منه أو لا يبيعه ، لأن هذا وعد وعده ، فكان بالخيار في الوفاء به .

الرابعة : أن يقول من له الطعام : افضني أكثر مما أستحقه ، أو أجد منه بشرط أن أبيعه منك فقضاه كذلك لم يصح القبض ، لان هذا مستحق عليه فكان قبضاً فاسداً ، فيجب عليه أن يرد الزيادة ، وإن قضاه من غير جنس حقه رده وأخذ قدر حقه من جنسه ، ثم إن شاء باعه منه ، وإن شاء لم يبيعه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده لان اطلاق العقد يقتضى مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب فان رد ثبت له المطالبة بالسليم لانه أخذ المعيب عما في الذمة فاذا رده رجع إلى ماله في الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالارش لانه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الارش .

(الشرح) الاحكام : إذا قبض المسلم المسلم فيه فوجد به عيباً فهو بالخيار بين أن يرضى به معيباً وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليماً ، لان إطلاق العقد يقتضى التسليم ، فإذا أخذ المعيب ورده رجع إلى الذي في ذمة المسلم اليه ، وإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم اليه بأخذه معيباً فلا يثبت للمسلم المطالبة بالارش وقال أبو حنيفة رحمه الله : ليس للمسلم المطالبة بالارش لان رجوعه بالارش

أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لايحوز ، دليلنا أنه عوض يحوز رده بالعيب فإذا سقط الرد لحدوث عيب ثبت له الرجوع بالأرش كبير الاعيان وأما قوله : إن الرجوع بالأرش أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لايحوز مثل القبض فغير صحيح ، لأن بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح ، وقد جاز أخذ الأرش عنه ، ولأن ذلك فسخ العقد في الجزء الفائت ، وليس يبيع ، ولهذا يكون بحسب الثمن المسمى في العقد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم اليه فلم يظهر حتى نفذت ثمرة ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة (والثاني) أنه لا يفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فبأخذ لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام ، والدليل عليه أنه لو أسلم اليه في ثمرة عامين فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز وما في الذمة لم يتأخر وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق .

(الشرح) الأحكام : إذا أسلم في شيء مؤجل إلى وقت : الغالب فيه وجود المسلم فيه في ذلك الوقت فجاء ذلك الوقت ولم يوجد ذلك الشيء كالثمرة إذا انقطعت أو تعذر القبض حتى نفذ ذلك الشيء المسلم فيه ، ففيه قولان ، أحدهما يفسخ السلم ، لأن المعقود عليه قد تعذر تسليمه فانفسخ العقد كما لو اشترى منه قفيزاً من صبرة فتلفت الصبرة قبل القبض ، ولأنه لو أسلم اليه في ثمرة بلد معين كبغداد أو أسيوط صح السلم ، ولم يكن المسلم اليه أن يدفع اليه من ثمرة غير أسيوط أو بغداد ، فكذلك إذا أسلم اليه في ثمرة عام لم يكن له أن يدفع اليه من ثمرة غير ذلك العام .

والقول الثاني لا يفسخ السلم ولكن يثبت للمسلم الخيار بين أن يفسخ العقد وير أن لا يفسخ ويصبر إلى أن يوجد المسلم فيه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ،

لأن المفقود عليه في الذمة لم يتلف ، بدليل أنه لو أسلم اليه في الرطب من ثمرة عامين فقدم المسلم اليه في العام الأول ما يجب فيه ، وفي العام الثاني جاز ، وإن انقطع بعض المسلم فيه ووجد البعض ، فإن قلنا : السلم يفسخ إذا عدم جميع المسلم فيه انفسخ السلم هاهنا في قدر المفقود من المسلم فيه ، وهل يفسخ في الموجود منه فيه طريقة ان ، يا قلنا فيمن اشترى بقرتين فتلفت إحداهما قبل القبض ، من أصحابنا من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : لا يفسخ قولاً واحداً .

فإذا قلنا : يفسخ فلا كلام ، وإذا قلنا : لا يفسخ ثبت للمسلم الخيار في الفسخ ، لان الصفقة تفرقت عليه ، فإن فسح فلا كلام ، وإن لم يفسخ أخذ الموجود ، وهل يأخذه بجميع الثمن أو بحصته ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . قلت : وعلى قياس ما ذكره المصنف أنه يأخذه بحصته من الثمن وهو رأس مال السلم قولاً واحداً ، فإذا قلنا : يأخذه بحصته فهل للمسلم اليه الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

وإن قلنا : ان المسلم فيه اذا انقطع جميعه لا يفسخ ، بل يثبت للمسلم الخيار ، ثبت له أيضاً هاهنا الخيار ليأخذ بعض حقه ، فإن اختار فسح السلم في المفقود والموجود جاز ليفرق حقه عليه ، وان اختار أن يفسخ السلم في المفقود ويقره في الموجود فهل له ذلك ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة ، فإن قلنا : يجوز فسح السلم في المفقود ، فيبكم يأخذ الموجود ؟ فعلى ما مضى من قولنا حكاية عن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) يجوز فسح عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا باسقاطه فإذا فسحاً أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسح في القول الآخر رجع المسلم الى رأس المال فإن كان باقياً وجب رده وان كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم اليه ، فإن أراد أن يسده في شيء آخر لم يحز لأنه بيع دين بدين وان أراد أن يشتري به عينا نظرت فان كان تجمعها علة واحدة في الربا كالدرهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يحز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد أن

بيع أحدهما بالآخر عينا بعين وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدرهم بالحذوة والثوب بالثوب فقيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينا بعين أن يتفرقا من غير قبض (والثاني) لا يجوز ، لأن المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب سواء كان قبل القبض وبعده ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لأنه يقول : هي بيع في حق غير المتأفدين ، فثبت بها الشفعة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان قبل القبض فهي فسخ ، وإن كان بعد القبض فهي بيع ، وقال مالك رحمه الله : هي بيع بكل حال .

وحكى القاضى أبو الطيب أنه قول قديم للشافعى رحمه الله ، وأما أبو حامد فحكاه وجهها لبعض أصحابنا . دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسحا كالرد بالعيب .

إذا ثبت هذا : فإن سلم رجل إلى غيره شيئا في شىء ثم تقايلا في عقد السلم صح ، وقد وافقنا مالك رحمه الله على ذلك وهذا من أوضح دليل على أن الإقالة فسخ ، لأنها لو كانت بيعا لما صح في المسلم فيه قبل القبض ، كما لا يصح بيعه ، وإن أقاله في بعض المسلم فيه صح في القدر الذى أقاله .

وقال ابن أبى ليلى . يكون إقالة في الجميع . وقال ربيعة ومالك لا يصح . دليلنا أن الإقالة مندوب اليها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : من أقال نادما في بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة ، وما جاز في جميع المبيع جاز في بعضه كالإبراء والإنظار ؛ وإن أقاله بأكثر من الثمن أو بأقل منه إلى جنس آخر لم تصح الإقالة . وقال أبو حنيفة تصح الإقالة ، ويجب رد الثمن المسمى في العقد ، دليلنا أن المسلم والمشتري لم يسقط حقه من المبيع إلا بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط أن يبيعه سيارته بألف .

(فرع) وإن ضمن ضامن عن المسلم اليه المسلم فيه ثم إن الضامن صالح المسلم عما في ذمة المسلم اليه بمثل رأس مال المسلم يصح الصلح ، ولأن الضامن لا يملك المسلم فيه فيعوض عنه ، فأما إذا أكد المسلم اليه بمثل رأس مال المسلم ، قال أبو العباس صح الصلح وكان إقالة ، لأن الإقالة هو أن يشتري ما دفع ويعطى ما أخذ . وهذا مثله .

(فرع) وإذا انفسخ عقد السلم بالفسخ أو لانفساخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم اليه ، ورجع المسلم إلى رأس مال السلم ، فإن كان باقياً أخذه ، وإن كان تالفاً رجع إلى مثله إن كان له مثل ، وإن كان لا مثل له رجع إلى قيمته ، وإن أراد أن يسلم في شيء آخر لم يحز لأنه يبيع دين بدين .

وإن أراد أن يأخذ ما هو من جنسه جاز أن يأخذ مثله ، ولم يحز أن يأخذ أكثر منه ولا أقل منه ، ولا يصح أن يتفرقا قبل قبضه ، وإن أراد أن يأخذ عنه من غير جنسه إلا أنه لا يصح أن يتفرقا قبل قبضه كما قلنا في البيع ، وإن أراد أن يأخذ منه عوضا ليس من أموال الربا ، كالثياب والدواب ، أو كان رأس المال من غير أموال الربا صح ذلك أيضا

وهل يشترط فيه القبض قبل التفرق ؟ فيه وجهان

أحدهما : أنه يشترط ذلك ؛ فلا يفترقان والعوض المعوض في ضمان واحد والثاني لا يشترط ذلك ، كما لو اشترى أحدهما بالآخر ، وإن اختلفا في قدر رأس مال السلم فالقول قول المسلم اليه مع يمينه ، لأن الأصل برائة ذمته مما زاد على ما أقر به ، وإن اختلفا في قدر المسلم فيه أو الاجل أو في قدره تحالفا ، وإن اختلفا على الاجل واختلفا في انقضائه وادعى المسلم انقضاء الاجل ، وادعى المسلم اليه بقاءه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لأن الأصل بقاؤه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب القرض

القرض قرينة مندوب اليه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص)

قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ،

وعن أبي الدرداء . رضى الله عنه أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما ، وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالوا : قرض مرتين خير من صدقة مرة ،

(فصل) ولا يصح إلا من جاز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمى فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة ؛ ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدي معناه ، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد عليّ بدله .

فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة ، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه ؛ فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر وإن قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا ، فإن لم يطل الفصل جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب ، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل .

(الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ : من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة . ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة . ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة . والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه . ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة . وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة ، وذكروهم الله فيمن عنده ، ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه ،

وفي حديث طويل عن ابن عمر رضى الله عنه : ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة . ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ،

رواه البخارى ومسلم ، والاشتر عن أبي الدرداء فى مسند أحمد .
 وأما ما روى عن ابن مسعود فقد جاء مرفوعاً وموقوفاً بلفظ « ما من مسلم
 يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة ، المرفوع رواه ابن ماجه .
 وفى إسناده سليمان بن بشير وهو متروك . وقال الدارقطنى « الصواب أنه موقوف
 على ابن مسعود ،

وأما حديث أنس فقد أخرجه ابن ماجه مرفوعاً وفيه « الصدقة بعشرة أمثالها
 والقرض بثمانية عشر ، وفى إسناده خالد بن يزيد بن عبد الرحمن الشامى . قال
 النسائى « ليس بثقة ،

وهو باب من أبواب البر لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ، وقد
 كان القرض خيراً من الصدقة لأنها قد تدفع الى من هو غنى عنها ، أما القرض
 فلا يسأله إنسان إلا وهو يحتاج اليه .

أما اللغات ، فالقرض القطع والقرض فى المكان العدول عنه ، ومنه قوله
 « وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال ، وقرضت الوادى جزته ، وقرض فلان
 مات ، وقرضت الشعر نظمته . قال ابن دريد « ولبس فى الكلام يقرض على
 وزن ينصر البتة . وإنما الكلام على وزن يضرب ؛ والقرض ما تعطيه غيرك من
 المال لتقضاه ، والجمع قروض ، واستقرض طلب القرض واقترض أخذه .
 ولأنه قطع له من ماله قطعة .

أما الاحكام ؛ فإن القرض مندوب اليه ، يعنى مأمور به من غير إيجاب .

ولا يصح القرض الا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على المال فلا
 يصح الا من جائز التصرف فيه كالبيع . ولا يصح الا بالإيجاب والقبول ؛ لأنه
 تمليك آدمى فافتقر الى الإيجاب والقبول كالبيع والهبة . وفيه احتراز من العتق ؛
 وينمقد بلفظ القرض والسلف لأنه قد ثبت له عرف الاستعمال ؛ ويمكن انعقاده
 بما يؤدى معنى ذلك . فإن قال ملكتك هذا على أن ترد الىّ بدله أن قرضاً . وإن
 قال ملكتك هذا ولم يذكر البديل فهو هبة ، وإن اختلفا فيه فالقول قول المودوب له
 لأن الظاهر معه ، ولأن التمليك من غير عوض هبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كتب اليه وهو غائب أقرضتك هذا ، أو كتب اليه بالبيع ففيه وجهان :

(أحدهما) ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة (والثاني) لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة ، كما لو كتب وهو حاضر . وقول القائل الأول أن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول

(الشرح) الأحكام : إن كتب اليه وهو غائب إلى آخر الصورة التي حكاهها المصنف في انعقاد القرض وصحته وجهان ، أحدهما ينعقد ، لأننا قلنا في الفصل قبله : ويمكن انعقاده بما يؤدي معنى ذلك ، ولأنه عقد ارفاق وقربة . قال ابن قدامة : والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ، بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنعوص على تحريمه ، ولا في معنى المنعوص فوجب الإبقاء على الإباحة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، لأن الخيار يراد للفسخ ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ، ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لأهله ، ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن .

(الشرح) الحديث رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه عن أنس . أما الأحكام فإنه لا يثبت في القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط ، لأن الخيار

يراد للفسخ وكل واحد منهما يملك فسخ القرض متى شاء ، فلا معنى لاثبات الخيار ولو أقرضه شيئاً إلى أصل ما يلزم الاجل وكان حالاً ، وهكذا لو كان له عنده له من حال فأجله ، أو كان مؤجلاً فزاد في أجله لم يلزم ذلك

وقال مالك يدخل الاجل في ابتداء القرض بأن مقبوضه إلى أجل ، ويدخل في انتهائه بأن يقرضه حالاً ثم يؤجله له فيتأجل . ووافقنا أبو حنيفة أن الاجل لا يدخل في القرض . وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل

دلينا على مالك رحمه الله تعالى أن الاجل يقتضى جزءاً من القرض ، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلم يجوز شرط الاجل فيه وأما الدليل على أبي حنيفة فقولته صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وتأجيل الحال ليس في كتاب الله فكان باطلاً ، ولأنه حق مستقر فلم يتأجل بالتأجيل كالقرض

وقولنا « مستقر » احتراز من الثمن في مدة الخيار ، ولأنه إنظار تبرع فلم يلزمه ، كالمراة اذا وجدت زوجها عتيقاً فأجلته ثم رجعت من ذلك ، فإن لها ذلك وقال أصحاب أحمد لا يجوز له الرجوع لأن العقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض ، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك . وقال الشافعي رحمه الله ، له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه اذا كان موجوداً كالمغصوب والغارية .

(فرع)

يجوز شرط الرهن في القرض ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله ، ولحديث عائشة أن النبي (ص) اشتري طعاماً من يهودى إلى أجل ورهنه درعا من حديد ، وفي رواية « توفي ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعاً من شعير » أخرجهما البخارى ومسلم : ولاحمد والنسائي وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس

قال ابن تيمية أبو البركات « وفيه من الفقه جواز الرهن في الحضر ومعاملة أهل الذمة ، وسيأتى تفصيل ذلك في الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد القبض على المستقرض فان اقترض أباه وقبضه عتق عليه (والثاني) أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه ، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فان اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه ، واختلاف أصحابنا فيمن قدم طعاما إلى رجل لياأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالأخذ (والثاني) أنه يملكه بتركه في الغم (والثالث) أنه يملكه بالبيع (والرابع) أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام .

(الشرح) الأحكام : متى يملك المستقرض العين التي استقرضها ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تلف في يده ، لأن المقرض له أن يرجع في العين ولأن المستقرض له أن يردّها ، ولو ملكها المستقرض بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيوانا كانت نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض .

قوله : فان اقترض أباه . قال أحمد : أكره قرضهم ؛ وقال ابن قدامة يحتمل كراهية تنزيهه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزني لأنه مال يثبت في الذمة سلميا فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهية التحريم ، فلا يصح قرضهم ، اختاره القاضي ، ويصح قرض العبيد دون الإماء ، وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضن من ذوى محارمهن ، لأن الملك بالقرض ضعيف وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله .

ومنهم من قال : يملكها المستقرض بالقبض . قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ؛ لأنه بالقبض يملك التصرف فيها في جميع الوجوه ، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ ، وبما لا حظ فيها .

وأما الرجوع في العين المقترضة ، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردّها على المقرض ، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهي في يد المستقرض ؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها ، ومنهم من قال للمستقرض أن يرجع فيها بكل حال ، وهو المنصوص عليه في الام .

ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف ، ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه إياها فإن الابن قد يملكها ؛ وللأب أن يرجع فيها ، وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا ، فإن لكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ، وإن كانت ملكا للآخر ، ويبطل بما أو تصرف هذا المستقرض بالعيب المستقرض ثم رجعت إليه ، فإن للمقرض أن يرجع فيها ، ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكا للعين وقت التصرف فيها ، فعلى هذا إذا اقترض حيوانا وقبضه كانت نفقته على المستقرض ، وإن اقترض وقبضه عتق عليه .

(فرع) واختلف أصحابنا فيمن قدم الى غيره طعاما ؛ وأباح له أكله حتى يملكه المقدم إليه ، فمنهم من قال يملكه بالتناول ، فإذا أخذ لقمة بيده يملكها ، كما إذا وهبه شيئا وأقبضه إياه ، فعلى هذا لو أراد أن المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك .
ومنهم من قال : يملكه بتركه في الفم ، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ما لم يتركه المقدم إليه في فمه .

ومنهم من قال لا يملكه الا بالبلع . والرابع الذي حكاه المصنف أنه لا يملكه بالاكل ، بل بأكله وهو على ملك صاحبه ، فإذا قلنا ان المقدم إليه يملكه بأخذه باليد أو بتركه في الفم ، فهل له أن يبيح لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك فيه وجهان ، قال عامة أصحابنا لا يجوز له ذلك ، لانه أباح له انتفاعا مخصوصا ، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوبا لم يكن له أن يعيره .
وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : له أن يفعل به ما شاء من وجوه

التصرفات مثل البيع والهبة لغيره ، لأنه ماله ، فهو كما لو وهبه شيئا وأقبضه إياه قال ابن الصباغ ؛ وهذا الذي قاله لا يجي . على أصولهما ، لأن من شرط الهبة عندهما الإيجاب والقبول والإذن بالقبض إلا أن يتضمنها لقوله ، ولم يوجد ذلك هاهنا ، ولأن الإذن بالتناول إنما تضمن إباحة الأكل فلا يصح أن يحصل به الملك ، ولو كان ذلك صحيحا لجاز له تناول جميع الذي قدم إليه ، ويتصرف به إلى بيته ، وكذلك إذا قلنا بتركه في فمه فإنه لم يحصل الأكل المأذون فيه ، وإنما يملكه بالعام . قال : وعندي أن بالبلغ يبطل معنى الملك فيه ، ويصير كالتالف . قال : والأوجه في ذلك أن يكون إذنا في الاتلاف لا تملك فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز قرص كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تملك ثبت العوض فيه في الذمة لجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم ، فأما مالا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن القرص يقتضى رد المثل ومالا يضبط بالوصف لا مثل له (والثاني) يجوز لأن مالا مثل له يضمه المستقرص بالقيمة والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز إلا في مال معلوم القدر فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاما لا يعرف كيله لم يجوز لأن القرص يقتضى رد المثل فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء .

(الشرح) الأحكام : يصح القرص في كل عين يصح بيعها وتضبط صفتها كما قلنا في السلم ؛ وأما مالا يضبط بالصفة كالجواهر وما عملت فيه النار ، فهل يصح قرضا ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما يجب رده بالقرص فيما لا مثل له فان قلنا : يجب رد القيمة جاز قرص هذه الأشياء ، وإن قلنا : يجب رد المثل فيها لم يجوز قرضا وبأقوى وجهيهما في رد المثليات .

(فرع) قال الصيمري : ولا يجوز قرص الدراهم المزيفة ، ولا الزرنيخية ولا المحمول عليها ، ولو تعامل بها الناس ، فلو أقرضه دراهم أو دنائير ثم حرمت لم يكن له إلا ما أقرص ، وقيل : قيمتها يوم حرمت ، ولا يصح القرص إلا في

مال معلوم ، فان أقرضه دراهم غير معلومة الوزن أو طعاما غير معلوم السكيل ام
يصح ، لانه اذا لم يعلم قدر ذلك لم يمكنه القضاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن
يملك وطأها . وقال المزني رحمه الله يجوز لانه عقد يملك به المال فجاز أن يملك
به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الاول لانه عقد اوراق جائز
من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة فان الملك فيهما
تام لانه لو أراد كل واحد منهما أن يتفرد بالفسخ لم يملك والمالك في القرض غير
تام لانه يجوز لكل واحد منهما ان يتفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها
أدى إلى الوطء في ملك غير تام وذلك لا يجوز وان أسلم جارية في جارية ففيه وجهان
قال أبو إسحاق : لا يجوز لأننا لا نأمن أن يطأها ثم يردّها عن التي تستحق عليه
فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم يردّها . ومن أصحابنا من قال . يجوز وهو
المذهب لان كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع .

(الشرح) الاحكام : يجوز قرض غنير الجوارى من الحيوان قاله البيهقي
والانعام وغيرهما مما يصح بيعها وبضبط وصفها ، وقال أبو حنيفة لا يصح قرضها
وبني ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح .

دلينا ما روى أبو رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من
أعرابي بكراً فأمرني أن أقضيه فقلت : لم أجد في الابل الا جملاً خياراً رباعياً
فقال أقضه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء . رواه الجماعة الا البخاري ، ولأن
ما صح أن ثبت في الذمة مهرأ صح أن يثبت فيها قرضاً كالثياب . وأما استقراض
الجوارى فيجوز ذلك لمن لا يحل له وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كغيرها
من الحيوان ، ولا يجوز لمن يحل له وطؤها .

وقال المزني وابن داود وابن جرير الطبري يجوز . وحكى الطبري عن بعض
أصحابنا الخراسانيين أنه يجوز قرضها ولا يحل للمستقرض وطؤها .

دليلنا أنه عقد ارفاق لا يلزم كل واحد من المتعاقدين فلم يملك به الاستمتاع
كالعارية ، فقولنا عقد ارفاق احتراز من البيع اذا اشترى جارية بجمارية ووجد كل
واحد بما صار اليه عيبا فان لكل واحد منهما أن يطأ جاريته وليس بعقد ارفاق ،
ولا ينتقض بالرجل اذا وهب لابنه جارية ، لان الهبة تلزم جهة الموهوب ،
ولا تلزم جهة الواهب ، ويقول ابن قدامة من الخنابلة

وانما أنه عقد ناقل للمالك فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ولا نسلم
ضعف الملك ، فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار . وقولهم
متى شاء المقترض ردها ، ممنوع . فاننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك
المقترض رد الامة ، وانما يرد قيمتها ، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض
هذا لم يحل له فعله ، ولا يصح اقتراضه كالمشترى امة ليطأها ثم يردّها بالمقابلة
أو يعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه
داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة
يربح فيها خطر الطريق ، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة
أهل الحجاز ، وروى عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضی الله عنهم
أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد ارفاق فاذا شرط فيه منفعة خرج عن
موضوعه فان شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه فقيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأن مقتضى القرض رد المثل فاذا شرط النقصان عما
أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يحز كما لو شرط الزيادة (والثاني) يجوز ،
لان القرض جمل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يحز
وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز فان بدأ المستقرض فزاده أو رد
عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع
رضی الله عنه قال استسلم رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً فجاءته

لأجل الصدقة فأمرني أن أقضى الرجل بكراً ، فقلت لم أجد في الأبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه ، فإن خياركم أحسنكم قضاء ، وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : كان لي على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فقضاني وزادني ، فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض ، ففي إقراضه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجوز فكذلك إذا عرف بالعادة

(والثاني) أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد ، فإن شرط في العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط . وفي القرض وجهان (أحدهما) أنه يبطل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل قرض جر منفعة فهو ربا ، ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض (والثاني) أنه يصح ، لأن القصد منه الأرفاق ، فإذا زال الشرط بقي الأرفاق .

(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقد رواه ابن خزيمة والحاكم وابن حبان بلفظ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، وقد رواه من طريق ابن عمر صاحب المنتقى وقال رواه الخمسة ابن ماجه ، خطأ الشوكاني روايته عن ابن عمر وقال الصحيح اثبات الواو ، فتكون رواية عن عبد الله بن عمرو ، وبذلك تستقيم الروايات ، فإن عمرو بن شعيب جد أبيه عبد الله بن عمرو . والله تعالى أعلم .

أما لغات الفصل فقوله : سفتجة فارسية ، وهي ما يقال لها بالعامية (كبيالة) وقوله بكراً ، هي الثني من الأبل ، وفي قول أبي حنيفة أنه من الأبل بمنزلة الفتي من الناس . وقوله خياراً ، أعني مختاراً عند الطلب وقضاء الأمور . أما الأحكام : فلا يجوز بيع وسلف ، وهو أن يقول : بعثك هذه الدار بمائة على أن تقرضني خمسين : لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة . وعن ربيع ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك ،

ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها في بلد آخر ، ويكتب له بها صحيفة (كسبالية) فيأمن خطر الطريق ومشوثة الحمل ، وهو مذهبنا ؛ وخالفنا أحد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطى من أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق . وفي المغنى مزيد بيان . ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد ارفاق . دليلنا أن أمن الطريق منفعة . وكل قرض جر نفعاً فهو ربا . ولا يجوز أن يقرضه شيئاً بشرط أن يرد عليه درهين ، ولأن هذا ربا عند تماثل البدلين فهو كالبيع فلا يجوز فيه التفاضل عند التماثل . نعم ان كان ذلك في غير أموال الربا كالثياب والحيوان ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يجوز لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشاً فنفدت الابل ؛ فأمرني أن آخذ بعيرا بيعيرين الى أجل ، وهذا استسلاف من بك في أبواب السلم

(والثاني) لا يجوز وهو المذهب للحديث وكل قرض جر منفعة فهو حرام ، ولأن هذا زيادة لا يقابلها عوض فلم يصح ، كما لو باعه داره بمائة على أن يعطيه مائة وعشرة ، ولأنه لو اشترط زيادة في الجودة لم يصح ، فلأن لا يجوز اشتراط الزيادة في العود أولى .

وأما الخبز في الحيوان فهو وارد في السلم بدليل أنه قال : كنت آخذ البعير بالبعيرين الى أجل ، والقرض لا يدخل الاجل

وان أقرضه شيئاً وشرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ، ففيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) لا يجوز لأن مقتضى القرض رد المثل ، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط الزيادة ،

(والثاني) يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه فلم يجوز وشرط النقصان لا يخرج عنه عن موضوعه لجواز والله تعالى أعلم .

(فرع) اذا اقترض من غيره درهما فرد عليه درهين ، أو درهما أجود منه كان أخذ منه جنيتها مصرحاً فرد عليه جنيتها استرالياً ، أو باع منه داره أو كتب له

بدرأهمه صحيفة (كتيبة) إلى بلد آخر من غير شرط ولا جرت المقرض عادة بذلك جاز . ومن أصحابنا من قال لا يجوز ذلك في أموال الربا ويجوز في غيرها ، وليس بصحيح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرض نصف صاع فرد صاعا واقترض صاعا فرد صاعين ، واقترض من الأعرابي بكراً فرد عليه أجود منه وقال صلى الله عليه وسلم : خيار الناس أحسنهم قضاء .

وقال جابر رضى الله عنه : كان لى على رسول الله (ص) دين فتضانى وزادنى ولأنه متطوع بالزيادة فيجاز ، كما لو وصله بها كصلة . وكذلك لو اقترض رجل شيئاً فرد أنقص مما أخذ وطابت نفس المقرض بذلك ، فإن كان الرجل معروفاً إذا اقترض رد أكثر مما اقترض أو أجود منه ، فهل يجوز إقرضه مطلقاً ، فيه وجهان (أحدهما) لا يصح إقرضه إلا بشرط أن يرد عليه مثل ما أخذ لأن ما علم بالعرف كالمعروف بالشرط (والثاني) وهو الصحيح أنه يجوز إقرضه من غير شرط لأن الزيادة مندوب اليها في القضاء ، فلا يمنع من جواز العقد

فأما ما كان معروفاً من جهة العرف فلا يمنع جواز الإقرض . ألا ترى أنه لو وجدت عادة رجل أنه إذا اشترى من إنسان تمراً أطعمه منه أو أطعم البائع من غيره لم يضر ذلك بمنزلة المشروط في بطلان البيع منه

قال العمراني : وإن أقرضه شيئاً بشرط فاسد بأن أقرضه الى أجل أو أقرضه درهما بدرهين بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهل يبطل القرض ، فيه وجهان

(أحدهما) يبطل . فعلى هذا لا يملكه المقرض ، لأن القرض إنما وقع بهذا الشرط ، فإذا بطل الشرط بطل العقد كالبيع بشرط فاسد (والثاني) لا يبطل لأن القرض عقد ارفاق ، فلم يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع

وقال في المعنى : إن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز لأفضائه الى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وإن كان في غيره لم يجز أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ؛ وشرط النقض لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل ، لأن مقتضى القرض رد المثل ، ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل ، وفيما لا مثل له وجهان (أحدهما) يجب عليه القيمة . لأن ما ضمن بالمثل اذا كان له مثل ضمن بالقيمة اذا لم يكن له مثل كالمختلفات

(والثاني) يجب عليه مثله في الحلقة والصورة ؛ لحديث أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقضى البكر بالبكر ، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل ، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعدد فلم يقبل منه الا القيمة لأنها أحصر ، وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف ، فإن اقترض الحبز وقلنا يجوز اقراض ما لا يضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان (أحدهما) مثل الحبز (والثاني) ترد القيمة فعلى هذا اذا أقرضه الحبز وشرط أن يرد عليه الحبز ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الحبز شق وضاق (والثاني) لا يجوز لأنه اذا شرط صار يبيع بخبز بخبز وذلك لا يجوز

(الشرح) الاحكام : واذا أقرض شيئا له مثل كالحبوب والادهان والدرهم والدنانير وجب على المقرض رد مثلها لأنه أقرب اليه ، وان اقترض منه ما لا مثل له كالثياب والحيوان ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته ، وهو اختيار للشيخ أبي حامد ولم يذكر غيره ، لأنه مضمون بالقيمة في الاتلاف ، فيكذلك في القرض (والثاني) يضمه بمثله في الصورة ، وهو اختيار الفاضل أبي الطيب الطبري لحديث أبي رافع رضي الله عنه قضاء البكر ، ولأن طريق القرض الرفق فسومح فيه بذلك ، ألا ترى أنه يجوز فيه النسبة فيما فيه الربا ، ولا يجوز ذلك في البيع بخلاف المتلف فإنه متعدد ، فأوجب عليه القيمة لأنها أحصر

قال ابن الصباغ فإذا قلنا يجب القيمة فإن قلنا انه يملك بالقبض وجبت القيمة حين القبض ، وان قلنا انه لا يملك الا بالتصرف وجبت عليه القيمة أكثر ما كانت من القبض الى حين التلف ، وان اختلفا في قدر القيمة أو صفة المثل فالقول قول المستقرض مع يمينه لأنه غارم .

(فرع) وأما إقراض الخبز ، فإن قلنا : يجوز قرض مالا يضبط بالصفة كالجواهر جاز قرض الخبز ؛ وإن قلنا لا يجوز قرض مالا يضبط بالوصف ففي قرض الخبز وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة كغيره مما لا يضبط بالوصف (والثاني) يجوز . قال ابن الصباغ : لاجتماع أهمل الأهمصار على ذلك ، فإنهم يقترضون الخبز ، فإذا قلنا يجوز . فإن قلنا يجب فيما لا مثل له رد مثله في الصورة رد مثل الخبز وزناً . وإن قلنا يجب رد قيمة مالا مثل له رد قيمة الخبز فعلى هذا إن شرط أن يرد مثل الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الرفق بأقتران الخبز لا يحصل إلا بذلك (والثاني) لا يصح كما لا يجوز بيع الخبز بالخبز والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه ، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه في أخذها فوجب أخذها فإن أقرضه طعاما بمصر فلقية بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه لأن الطعام بمكة أغلى فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة في حمله فإن تراضيا جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعا ، فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضا جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه والله أعلم .

(الشرح) قال الشافعي في الصرف : فإذا اقترض طعاما بمصر فلقية بمكة وطالبه ، لأن عليه ضرراً في نقل الطعام من مصر إلى مكة ، ولأن الطعام بمكة أكثر قيمة ، وإن طالبه المستقرض بأخذه لم يلزم المقرض أخذه لأن عليه مؤنة في حمله إلى مصر ، وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما ، وإن طالب المقرض

المستقرض بقيمة طعامه بمكة أجبر المقرض على دفع قيمة الطعام ، لان الطعام بمكة كالمردوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته .

قال الشيخ أبو حامد : وبأخذ قيمة الطعام بمصر يوم المطالبة لا بمكة ، لانه لما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة ، وهكذا إن غصب منه طعاما بمصر ، أو أسلم اليه بطعام مصر فلقية بمكة كان الحكم فيه كالحكم في القرض ، الا أن الغاصب اذا دفع القيمة للطعام بمكة ، وكان الطعام باقيا لم يملكه الغاصب ، بل اذا رجع الى مصر رد الطعام الذي غصبه واسترجع القيمة ، فاذا كان في ذمته له دراهم أو دنانير من قرض أو غصب أو سلم بمصر فطالبه بقضائها في مكة وجب عليه القضاء لانه ليس لنقلها مؤنة ، ولا يختلف باختلاف البلد .

(فرع) وان اقترض من رجل شيئا وقبضه وتصرف فيه أو أتلفه ثم أراد أن يعطيه عن بدل القرض عوضا جاز لانه مستقر في الذمة ، لا يخشى انتقاصه بهلاكه فجاز تصرفه فيه قبل القبض كالمبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه ، فإنه غير مستقر يخشى انتقاصه بهلاكه ، وحكمه في اعتبار القبض حكم ما يأخذ عوضا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد مضى بيانه . وان كانت العين المقرضة باقية في يد المقرض فانه لا يجوز أخذ العوض عنها ، لانا ان قلنا : ان المقرض قد ملكها بالقبض فلا يجوز أخذ العوض ، لان ملك المقرض قد زال عن العين ، ولم يستقر بدلها في ذمة المستقرض ، لان المقرض أن يرجع في العين ، وان قلنا ان المقرض لا يملك العين الا بالتصرف لم يجوز للمقرض أخذ بدل العين ، لان ملكه عليها ضعيف بتسليط المقرض عليه . هكذا قال ابن الصباغ والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الرهن

ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عز وجل « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً » ويجوز في الحضرة لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي (ص) رهن درعاً عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله .

(الشرح) حديث أنس رواه أحمد والبخارى والنسائي وابن ماجه وبعد : —

قاله بفتح الراء وسكون الهاء الاحتباس من قولهم : رهن الشيء إذا دام وثبت ، ومنه قوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » وفي الشرع جعل مال وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره عن عليه ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر ، وأما الرهن بضمين فالجمع ، ويجمع أيضاً على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب ، وقرىء بهما .

وقوله : عند يهودى هو أبو الشحم كما بينه الشافعى والبيهقى من طريق جعفر ابن محمد عن أبيه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعاً عند أبي الشحم اليهودى رجل من بن ظفر ، في شعر ، وأبو الشحم بفتح المعجمة وسكون المهملة كنيته ، وظفر بفتح الظاء والفاء بطن من الأوس وكان حليفاً لهم ، وضبطه بعض المتأخرين بهمزة مدودة وموحدة مكسورة اسم فاعل من الإباء وكأنه التمس عليه بآنى اللحم الصحابي .

وفي الحديث الذى روته عائشة رضي الله عنها عند البخارى ومسلم والاحمد والنسائي وابن ماجه مثله « توفى صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين سماعاً من شعر » في رواية الترمذى والنسائي من هذا الوجه « عشرين » وقال في فتح البارى : لعله كان دون الثلاثين فجبر الكسر تارة وألقى الجبر أخرى والرهن محم على جوازه ، وفيها أيضاً دليل على صحة الرهن في الحضرة وهو

قول الجمهور ، والقييد بالآية في السفر ، وإن كنتم على سفر ، ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة ، خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له للدلالة الأحاديث على مشروعيتها في الحضر ، وأيضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج إلى الرهن غالباً إلا فيه ، وخالف مجاهد والضحاك فقالا : لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال دارد وأهل الظاهر ، والأحاديث ترد عليهم . وقال ابن حزم : إن شرط المرهن الرهن في الحضر لم يكن له ذلك ، وإن تبرع به الراهن جاز ، وحمل أحاديث الباب على ذلك .

قال العمراني في البيان :

دليلنا على جوازه في الحضر ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه افترض من أبي الشحم اليهودي ثلاثين صاعاً من شعير لأهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة ، ورهن عنده درعه فكانت قيمتها أربعمائة درهم ، ففي هذا الخبر فوائد (منها) جواز الرهن لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن .

(ومنها) جواز الرهن في الحضر ، لأن ذلك كان بالمدينة وكانت موطن النبي صلى الله عليه وسلم ،

(ومنها) أنه يجوز معاملة من في ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال والحرام ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل اليهودي ، ومعلوم أن اليهود يستحلون ثمن الخمر ويربون .

(ومنها) أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة .

(ومنها) أن الإبراء يصح وأن يقبل المبرأ ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضي الله عنهم وأرضاهم مثل عثمان وعبد الرحمن رضي الله عنهما وأرضاهما إلا لأنه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه ، فلو كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ لكان لا تقبل البراءة فعديل النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليهودي الذي يعلم أنه يطالبه بحقه ، ولأنه وثيقة في السفر فجازت في الحضر كالضمان والشهادة اهـ .

وقال ابن المنذر : لا تعلم أحداً خالف في الرهن في الحضر إلا مجاهداً قال :

أبس الرهن إلا في السفر لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن . قال الشافعي رحمه الله ، بعد أن ساق قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، وقوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فوهان مقبوضة ، قال : فكان بيننا في الآية الأمر بالكتاب في الحضر والسفر ، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين ولم يجدوا كتابا فكان معقولا - والله أعلم - فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطا لمالك الحق بالوثيقة والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر ، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا ، ولا أن يأخذوا رهنا لقول الله عز وجل ، فإن أمن بعضهم بعضا ، فكان معقولا أن الوثيقة في الحق في السفر والإعواز غير محرمة - والله أعلم - في الحضر وغير الإعواز ، ولا بأس بالرهن في الحق الحال والدين في الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافا ، ثم أورد أحاديث رهن النبي (ص) درعه عند أبي الشحم . ثم قال : والدين حق لازم : فكل حق مما يملك ، أو لزوم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه ، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم ، فلو ادعى رجل على رجل حقا فأنكره وصالحه ورهنه به رهنا كان الرهن منسوخا لأنه لا يلزم الصالح على الإنكار اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الرهن إلا من جاز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جاز التصرف في المال كالبيع .

(الشرح) الأحكام : لا يصح الرهن إلا من جاز التصرف في المال ، فأما الصبي والمجنون والمجور عليه ، فلا يصح منه الرهن لأنه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع . وقال الشافعي رضي الله عنه : كل من جاز بيعه من بالغ حر غير مجور عليه جاز رهنه ومن جاز له أن يرهن أو يرهن من الأحرار فإذا جازت هبته في مال جاز له رهنه بلا نظر ، ولا يجوز أن يرهن الأب لابنه ، ولا ولي اليتيم له ، إلا بما فيه فضل لهما . وبصح الرهن بكل حق لازم في الذمة كديون السلم ، وبذل القرض ، وثمن المبيعات ، وقيم المتلفات ، والأجرة والمهر وعروض

الخلع والأرش على الجاني ، وأما الدية على العاقلة - فإن كان قبل الحول لم يصح
لأنه لم يجب عليهم شيء ، وإن كان بعد حلول الحول صح
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أخذ الرهن على دين السلم و عوض القرض للآية والخبر ،
ويجوز على ائمن والأجرة والصدقات و عوض الخلع ومال الصلح وأرش الجنابة
و غرامة المتلف ، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض
ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه
ملكه من مال ومنفعة وعضو ، والمعوض في الكتابة هو الرقبة ، وهي باقية على
ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن ، ولأن الرهن إنما
يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل ، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا
شاء فلا يصح توثيقه .

فأما مال الجمالة قبل العمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أخذ الرهن به
لأنه مال شرط في عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة (والثاني) يجوز
لأنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كائناً في مدة الخيار . وأما مال
السبق والرمي ففيه قولان

(أحدهما) أنه كالأجارة فيجوز أخذ الرهن به

(والثاني) أنه كالجعالة فيكون على الوجهين . وأما العمل في الإجارة فإنه إن
كانت الإجارة على عمل الاجير فلا يجوز أخذ الرهن به ، لأن القصد بالرهن
استيفاء الحق منه عند التعذر ، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره ، وإن كانت
الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن
بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل

(الشرح) قال الشيخ أبو حامد : ويحكي عن بعض الناس أنه قال : لا يصح

الرهن إلا في دين السلم وهو خلاف الإجماع اهـ

قلت : قد يكون الدين في الذمة ثمناً ، وقد يكون فيما مثنياً ؛ ولأنه حق ثابت
في الذمة فجاز أخذ الرهن كالمسلم ، ويجوز أخذ الرهن بالدين الحال ، لأن النبي

صلى الله عليه وسلم رهن درعه ببديل القرض ، وهو حال ولا يصح ، ولا يصح الرهن بدين الكتابة . وقال أبو حنيفة يصح . دليلنا أنه وثيقة يستوفى منها الحق فلم يصح في دين الكتابة كالضمان ، ولأن الرهن إنما جعل لسكى يستوفى منه من له الحق إذا امتنع من عليه الحق . وهذا لا يمكن في الكتابة ، لأن للكاتب أن يعجز نفسه أى وقت شاء . وبسقط ما عليه ، فلا معنى للرهن به .

وأما الرهن بمال الجمالة بأن يقول : من ردلى حصانى الجامح فله دينار ، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به

وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يصح وهو اختيار أبي على الطبرى والقاضى أبى الطيب لأنه حق غير لازم ، فهو كمال الكتابة والثانى : يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فهو كالثمن فى مدة الخيار

وأما مال السبق والرمى فإن كان بعد العمل صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل . فإن قلنا إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل ، فإن قلنا أنه كالإجارة صح أخذ الرهن به . وإن قلنا إنه كالجمالة فعلى الوجهين فى الجمالة . وأما العمل فى الإجارة فهل يصح أخذ الرهن به ، ينظر فيه فإن كانت الإجارة على عمل الاجير بنفسه لم يصح أخذ الرهن به لأنه لا يمكن استيفاء عمله من الرهن ، وإن كانت الإجارة على تحصيل عمل فى ذمته صح أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاء العمل به من الرهن لأنه يباع الرهن ويستأجر منه من يعمل

(فرع) لا يصح أخذ الرهن باليمين والأجرة والصدىق وعوض الخلع ، - إذا كان معينا - ولا بالعين المنصوبة ولا المعارة ، ولا بالعين المأخوذة بالسوم . وقال أبو حنيفة : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، وأراد بذلك أن ما كان مضمونا بمثله أو قيمته جاز أخذ الرهن به ، لأن المبيع لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مضمون بفساد العقد ، ويجوز عنده أخذ الرهن بالمهر ودوس الخلع لأنه يضمن بمثله أو قيمته .

دليلنا أنه قبل هلاك العين فى يده يثبت فى ذمته دين فلا يصح أخذ الرهن

به كالمبيع .

وعند أحمد ومالك مثل ما عند أبي حنيفة . قال ابن قدامة : فإذا رهنه
المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح
وزال الضمان ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . اه
وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ،
والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في
الرهن صار مضموناً ضمان الغصب ، وهو رهن كما كان فيكذلك ابتداءه ، لأنه
أحد حالتي الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، وهو أن يرهن بالثمن بعد
البيع ، وبعبوض القرض بعد القرض ، ويجوز عقده مع العقد على الدين ، وهو
أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض ، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه
بعد ثبوته وحال ثبوته ، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين
فلا يجوز شرطه قبله ،

(الشرح) الأحكام : يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، مثل أن يقرضه
شئنا أو يسلم إليه في شيء فيرهنه بذلك لأنه وثيقة بالحق بعد لزومه فصح
كالشهادة والضمان .

ويجوز شرط الرهن مع ثبوت الحق بأن يقول : بعنتك هذا بدينار في ذمتك
بشرط أن ترهنني كذا ، أو أقرضك هذا بشرط أن ترهنني كذا ، لأن الحاجة
تدعو إلى شرطه في العقد ، فإذا شرط هذا الشرط لم يجب على المشتري الرهن ،
أى لا يجبر عليه ، ولكن متى امتنع منه ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع
ولا يجوز عقد الرهن قبل ثبوت الحق . مثل أن يقول : رهنتك هذا على
عشرة دراهم تقرضنيها ، أو على عشرة أبتاع بها منك . وقال مالك وأبو حنيفة
رحمهما الله تعالى : يصح

دليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجوز أن يتقدم عليه كالشهادة بأن تقول : اشهدوا أن
له على ألفاً أقرضها منه غداً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم ، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح ، لأنه رهن على دين قبل ثبوته ، وإن رهن على عينها لم يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن .

(الشرح) الاحكام : إن نقلت السفينة لقوم في البحر متاعا وخافوا الغرق ، فقال رجل لغيره ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، فإن كان المتاع غير معلوم لم يصح أخذ الرهن به قبل الإلقاء ، لأنه رهن بدين قبل وجوبه ، وهل يصح الضمان به ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى . أحدهما : لا يصح الرهن به ولا الضمان به . وهذا هو المشهور لأن القيمة لا تجب قبل الإلقاء .

والثاني : يصحان ، ويمكن أن يكون للسائلة وجه ثالث : يصح الضمان ولا يصح الرهن .

وأما إذا ألقاه في البحر وجبت القيمة في ذمة المستدعى وصح أخذ الرهن بها والضمان لأنها دين واجب

فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم لم يصح عندنا ؛ وعند أصحاب أحمد ومالك وأبي حنيفة صح وزال الضمان . ولأنه مأذون له في إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمته كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه ؛ ويقولون عن التنافي بينهما أنه ممنوع لأن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ، ويد المرتهن يد أمانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضمانة ؛ وهم ينقضون قول الامام الشافعى رضى الله عنه في قوله

ولا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان ، فكذلك ابتداءه لأنه أحد حالتى الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه ، لا حظ فيه للراهن ، فجاز له فسخه إذا شاء ، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض ، والدليل عليه قوله عز وجل : فرهن مقبوضة ، فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به ، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة ، فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز المرتهن قبضه إلا بإذن الراهن . لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فإن كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن انه لا يصير مقبوضا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن : وقال في الاقرار والمواهب إذا وهب له عينا في يده صارت مقبوضة من غير إذن ، فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة وجوابه في الهبة إلى الرهن لجمعهما على قولين .

(أحدهما) لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن في القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف .

(والثاني) أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن ، كما لو لم تكن العين في يده ، وقولهم : إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح ، لأن النقل يراد ليصير في يده ، وذلك موجود ، والاذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والنصب ، وذلك لا يحصل إلا بإذن ، ومن أصحابنا من حل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الهبة لا تفتقر إلى الاذن ، وفي الرهن يفتقر ، لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الاذن لقوته والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الاذن لضعفه ، والصحيح هو الطريق الأول ، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الاذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد على عين رهنا واجارة وأذن له في القبض عن الرهن والاجارة صار مقبوضا عنهما ، فإن أذن له في القبض عن الاجارة دون الرهن لم يصر مقبوضا عن الرهن ، لأنه لم يأذن له في قبض

الرهن ، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما لأنه
أذن له في قبض الرهن ، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه
(الشرح) الأحكام : لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال ، بل متى ما شاء
فسخه لأنه عقد لحسابه أو لحظه فجاز له إسقاطه متى شاء كإبراهيم بن الأين . وأما من
جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض سواء كان مشروطاً في عقد أو غير مشروط ،
وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك رحمه الله تعالى : يلزم من جهة الراهن بالإيجاب
والقبول ، فمن رهن شيئاً أجبر على إقباضه ، وكذلك قال في الهبة .
دليلنا : قوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ،
فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يكون رهناً إلا بالقبض ، كما أنه وصف
الرقبة المدنوقة بالأعيان ثم لا يصح على الكفارة الاعتق رقبة مؤمنة ، ولأنه
عقد إرفاق احتراز من البيع ، فإنه عقد معاوضة ، وقولنا : من شرطه القبول ،
احتراز من الوقف .

إذا ثبت هذا : فالمعقود على ضربين .

طرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والإجارة والنيكاح والخلع . وضرب
جائز من الطرفين كالوكالة والشركة ، والمضاربة والرهن قبل القبض ، والضمان ،
والكتابة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له في قبض ما عنده لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان
يتأتى فيه القبض ، وقال في حرملة : لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل ،
والمذهب الأول ، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء ،
ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء ، أو بمضي
زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك ههنا ، فعلى هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن
يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك ، وإن كان غائباً ، فبأن يمضي هو أو
وكيله ويشاهده ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض ، وقال أبو اسحاق :
إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضاً إلا بأن يمضي إليه لأنه يجوز أن يكون

قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه اليه من موضع الإذن الى موضع القبض ، فأما مالا ينتقل فانه لا يحتاج إلى المضي اليه بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه ، ومن أصحابنا من قال : إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضا ، كما ورأه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض ، والمنصوص هو الاول وما قال أبو إسحاق لا يصح لانه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان ففي غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو ملك ، وما قال القائل الآخر من خسر الثقة لا يصح ، لانه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض ويخالف الوكيل ، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره ، والثقة بخلافه .

(الشرح) الأحكام : ان عقد الرهن على عين في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضها الا بإذن الراهن ، لان للراهن أن يفسخ الرهن مثل القبض فلم يجز للمرتهن استقاط حقه من ذلك بغير اذنه . وان كانت العين المرهونة في يد المرتهن وديعة أو عارية فإن الرهن يصح ، لانه اذا صح عقد الرهن على ما في يد الراهن ، فلأن يصح على ما بيد المرتهن للراهن أولى .

فأما القبض فيها فقد قال الشافعي في الام في باب ما يتم به الرهن من القبض فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع ؛ ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا الا بما أجازته الله عز وجل به من أن يكون مقبوضا . واذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه ، وكذلك لو أذن له في قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان ذلك له لما وصفت من أنه لا يكون رهنا الا بأن يكون مقبوضا ، وكذلك ما لم يتم الا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التي لا تجوز الا مقبوضة وما في معناها ، ولو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن كان المرتهن والغرماء فيه أسوة سواء اه .

وقال فيما يكون قبضا في الرهن : واذا أقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن

وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام باقرار الراهن ودعوى المرتهن . ولو كان الرهن في الشقة غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار ، لأنه قد يقبض له وهو غائب عنه فيسكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له . اهـ

وقال أيضا اذا وهب له عينا في يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الاذن بالقبض ، واختلت أصحابنا فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال : لا يلزم واحد منهما الا بالقبض ولا يصح قبضهما الا بالاذن ، وما قال الشافعي رحمه الله في الهبة ، فأراد اذا أذن ، وأضمر ذلك ، وصرح به في الرهن .

ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وخرجهما على قولين . أحدهما : لا يفتقر واحد منهما الى الاذن بالقبض ، ولأنه لما لم يفتقر الى اذن مستأنف لم يفتقر الى اذن .

والثاني : يفتقر الى الاذن . قال المصنف : وهو الصحيح . قلت : لانه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل الا باذن ، كما لو كانت العين في يد الراهن . ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الهبة . لا يفتقر الى الاذن بالقبض فيها ، وفي الرهن لا بد من الاذن بالقبض فيه ، لأن الهبة عقد أقوى يزيل المالك ، فلم يفتقر الى الاذن فيها ، والرهن عقد ضعيف لا يزيل المالك فافتقر الى الاذن بالقبض فيه . اذا ثبت هذا : فرهنه ما عنده فانه لا يحتاج الى نقله بلا خلاف على المذهب ، وهل يحتاج الى الاذن بالقبض على الطرق المذكورة وسواء قلنا : يفتقر الى الاذن فلا بد من مضي مدة يتباين فيها القبض في مثله ان كان ما ينتقل فيمضي زمان يمكنه نقله ، وان كان مما يخلى بينه وبينه فيمضي زمان يمكنه التخلي فيه .

قال الشيخ أبو حامد : وحكى عن حرملة نفسه أنه قال : لا يحتاج الى مضي مدة ، بل يكفي العقد والاذن ، اذا قلنا : انه شرط الى العقد لا غير — اذا قلنا ان الاذن ليس بشرط — لأن يده ثابتة عليه ، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض ، وهذا غلط ، لان القبض لا يحصل الا بالفعل أو بالامكان ، ولم يوجد

واحد منهما ، فعلى هذا إن كان المرهون معه في المجلس أو بقربه وهو يراه أو يعلم به فإن القبض فيه مضى مدة لو قبضه فيها أمكنه ، وإن كان الرهن في صندوق البيت وهو في البيت وتحقق كونه فيه فقبضه أن بمضى مدة لو أراد أن يقوم إلى الصندوق ويقبضه أمكنه ، وإن كان الرهن غائبا عن المجلس بأن يكون في البيت والمرتهن في المسجد أو السوق ، فنقل المرنى عن الشافعى رحمه الله أنه لا يصير مقبوضا حتى يصير المرتهن إلى منزله والرهن فيه ، فقال المصنف : هذا فيما يزول بنفسه مثل العبد أو البهيمة ، فأما ما لا يزول بنفسه مثل الثوب والدار فلا يحتاج إلى أن يصير إلى منزله ، ويكفي أن يأتي عليه زمان يمكنه القبض فيه

قال القاضى أبو الطيب : وقد نص الشافعى على مثل ذلك في الأم ، لأن ما يزول بنفسه لا يعلم مكانه ، وأما الشيخ أبو حامد فقال غلط أبو إسحاق ، وقد نص الشافعى رحمه الله في الأم على أنه لا فرق بين الحيوان وغيره . ولأنه يجوز أن يحدث على غير الحيوان التلف من سرقة أو حريق أو غرق فهو بمنزلة الحيوان وحكى المصنف أن من أصحابنا من قال أخبره ثقة بأنه باق على صفته بمضى زمان يتأتى فيه القبض ، وليس بشيء لأنه يجوز أن يكون قد تلف بعد رؤية الثقة . قال الشافعى رحمه الله : لا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . قال أصحابنا : هذا الكلام يحتمل تأويلين :

(أحدهما) أن هذه مسألة مبتدأة ، أى أن القبض لا يحصل في الرهن إلا أن يقبضه المرتهن أو وكيله ، يقصد بهذا بيان جواز الوكالة في القبض لأن القبض هو نقله من يد الراهن إلى يد المرتهن ، وهو لا يوجد إلا بمحض نور المرتهن أو وكيله ، وقد فرغ الشافعى رحمه الله على هذا في الأم أن المرتهن لو وكل الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره على نفسه في القبض .

والتأويل الثانى أن هذا عطف على المسألة المتقدمة إذا رهنه وديعة عنده غائبة عنه فلا يكون مقبوضا حتى يرجع المرتهن أو وكيله ويشاهدها . قالوا وهذا أشبه لأنه اعتبر مجرد الحضور لا غير ، وإنما يكفي ذلك فيما كان عنده ، وأما ما كان في يد المرتهن فلا بد من النقل فيه . والله أعلم

(فرع) إذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن ومضت مدة يتأتى فيها القبض صار مقبوضا عن الرهن ولا يزول عن الغاصب ضمان الذهب إلا بالرهن يسلمه إلى المغضوب منه عن الضمان في أحد الوجهين . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزني رحمهم الله تعالى : يزول ضمان الغصب عن المرتهن

دليلنا : أنه لم يتخلل بين الغصب والرهن أكثر من عقد الرهن وقبضه . والرهن لا ينافي الغصب لأنها قد يجتمعان ، بأن يرتهن عينا ويتعدى فيها ، فإن ارتهن عارية في يده وأذن له في قبضها عن الرهن صح وكان له الانتفاع بها لأن الرهن لا ينافي ذلك ؛ ويكون ضمان العارية باقيا عليه ، فإن منعه المعير من الانتفاع فهل يزول عن المستعير الضمان ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يزول لأنها خرجت عن أن تكون عارية (والثاني) لا يزول عنه الضمان لأن يده لم تزول ؛ وإن أودعها المعير عند المستعير ، والمغضوب منه عند الغاصب ، فهل يزول عنه الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) لا يزول عنه الضمان لبقاء يده (والثاني) يزول لأن الإيداع ينافي الغصب والعارية

وقال الشافعي : والقبض في العبد والثوب مما يحول بأخذه مرتهنه من يده رهنه ، وقبض مالا يحول من أرض أو دار أن يسأله بلا حامل . وهذا كما قال : القبض في الرهن كالقبض في البيع ، فإذا رهنه ما ينقل مثل الدراهم والثياب فقبضها كان له أن يتناولها وينقلها من مكان إلى مكان . وكذلك إذا رهنه بهيمة فقبضها له أن يسوقها أو يقودها من مكان إلى مكان ، وكذلك صبرة جزافا أو مكبلا من صبرة وقبضه بالسكيل ، وإن رهنه مالا ينقل كالأرض والديكان والدار فالقبض فيها أن يزبل الراهن يده عنها بأن يخرج منها ويسلمها إلى المرتهن ولا حائل بينه وبينها ، فإن كنا في الدار وخرج الراهن منها صح القبض . وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها ، لأنه إذا كان في الدار فيده عليها فلا تصح التخلية ، وهذا ليس بصحيح لأن التخلية تحصل بقوله وبرفعه يده عنها ألا ترى أن بخروجه من الدار لا يزول يده عنها ، وبدخول دار غيره لا تثبت يده عليها ، ولأنه بخروجه محقق لقوله ، فلا معنى لاعادة التخلية ، هكذا ذكره ابن الصباغ ، وإن خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار فقط

وقال أبو حنيفة : لا لأنها مشغولة بملك الراهن ، وكذلك يقال في دابة عليها حمل ، لو رهنه الحمل دون الدابة وهو عليها صح ، لأن كل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الرهن . وقال أبو حنيفة : إذا رهنه سرج دابة ولجامها وسلمها بذلك لم يصح القبض . وهذا يناقض قوله في الحمل

(فرع) ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز . قال الصيمري : ولو قال الراهن للمرتهن وكل عني رجلاً لقبضك أو ليقبض وكيلك عني جاز ، ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز (فرع) قال الشافعي : والاقرار بقبض الرهن جائز إلا فيما لا يمكن في مثله اه (قلت) وهذا كما إذا أقر بزمان أو مكان لا يمكن صدقهما فيه ، كأن زعما أنهما تراهما داراً ببافا وهما في القاهرة وبافا في يد اليهود لم يصح ، أما إذا أقر أنهما تراهما داراً اليوم بأسوان وهما في القاهرة وأمكن انتقالهما بالطائرة وعودتهما صح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لأن الإذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له ، وإن أذن له ثم جن أو أغمى عليه لم يجز أن يقبضه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن ويكرن الإذن في القبض من غير نظر في ماله ، فإن رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت فإن باعه أو جمعه مهراً في نكاح أو أجره في إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبداً فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن ، لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن ، فإن دبره فلهنصوص في الام أنه رجوع .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً . وهذا من تخريجه ، ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير ، فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين . والصحيح هو الاول ، لأن المقصود بالتدبير هو العتق ، وذلك يتنافى الرهن ، لجعل رجوعاً كالبيع والكتابة ، فإن رهن ولم يقبض ، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعاً على المنصوص ، لأن المقصود منه يتنافى الرهن .

وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعاً لأنه يمكنه الرجوع فيه . وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعاً لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعاً في الرهن وإن كان داراً فأجرها نظرت ، فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً لأنها لا تمنع البيع عند المحل ، فلم يفسخ بها كالتزويج ، وإن كانت إلى مدة محل الدين قبل انقضائها ، فإن قلنا إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً لأنه لا يمنع البيع عند المحل ، وإن قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعاً لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن فجعل رجوعاً كالبيع ،

(الشرح) الأحكام : إن رهن عيناً وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجوع الراهن عن الإذن لم يكن للمرتهن قبضها ، لأنه إنما يقبضها بأذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه ، وإن رهنه شيئاً ثم جن الراهن أو أغمى عليه أو أفلس أو حجر عليه لم يصح إقباضه الراهن ولا يكون للمرتهن قبضه لأنه لا يصح قبضه إلا بأذن الراهن ، وقد خرج عن أن يكون من أهل الإذن . وكذلك إذا أذن له في القبض فقبل أن يقبض طرأ على الراهن الجنون أو العمى أو الحجر بطل إذنه بذلك ولا يبطل الرهن بذلك .

إذا ثبت ما ذكرناه فإن الولي على المجنون والمعمى عليه ينظر فإن كان الحظ باقباض الرهن مثل أن يكون شرطاه في بيع يستضير بفسخه ، وما أشبه ذلك أقبضه عنهما ، وإن كان الحظ في تركه لم يقبضه ، وإن كان للرجوع عليه غرماء غير المرتهن قال ابن الصباغ : لم يجوز للحاكم تسليم الرهن إلى من رهنه عنده قبل الحجر لأنه ليس له أن يتبدى . عقد الرهن في هذه الحالة ، فيكذلك تسليم الرهن .

(فرع) وإن رهن عند غيره رهناً ثم تصرف فيه الراهن قبل القبض نظرت فإن باعه أو أصدقه أو جعله عوضاً أو رهنه وأقبضه ، أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه بطل عقد الرهن لأنه يملك فسخ الرهن قبل القبض فجعلت هذه التصرفات اختياراً منه لفسخه ، فإن كانت أمة فزوجها أو عبداً فزوجه لم يبطل الرهن لأن التزويج لا ينافي الرهن ، ولهذا يصح رهن الأمة المزوجة والعبد المزوج ، وإن أجزا الرهن ، فإن قلنا يجوز بيع المستأجر لم يفسخ الرهن بالإجارة ، وإن قلنا

لا يجوز بيع المستأجر ؛ فان كانت مدة الاجارة تنقضى قبل حلول الدين لم يفسخ
الرهن . وإن كان الدين يحل قبل انقضاء مدة الاجارة انفسخ الرهن بها ، وإن
دبر الراهن العبد المرهون فالمنصوص أن الرهن يفسخ

(فرع) استدامة القبض في الرهن ليس بشرط في الرهن . وقال أبو حنيفة
ومالك : الاستدامة شرط فيه . دليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته
شرطا كالحبة مع أبي حنيفة والقرض مع مالك

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن : اذا مات المترهن لم
ينفسخ . وقال في التفليس : اذا مات الراهن لم يكن للمترهن قبض الرهن ، فن
أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولا آخر أن الرهن يفسخ بموت الراهن ،
ونقل جوابه فيه الى المترهن ، وجوابه في المترهن اليه ، وجعلهما على قولين .
أحدهما يفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال ، فانفسخ بموت العاقد ، كالوكالة
والشركة . والثاني لا يفسخ لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع
في مدة الخيار .

ومنهم من قال يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المترهن ، لأن بموت
الراهن يحل الدين ويتعلق بالركة ، فلا حاجة الى بقاء الرهن ، وبموت المترهن
لا يحل الدين ، فالحاجة باقية الى بقاء الرهن .

ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأنه اذا لم يبطل
بموت المترهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال ، فلأن لا يبطل
بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى ، وما قال في التفليس لا حاجة فيه
لأنه لم يرد أن الرهن يفسخ ، وإنما أراد أنه اذا مات الراهن لم يكن للمترهن
قبض الرهن من غير اذن الورثة

(الشرح) الاحكام : وان عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض
فقد نص الشافعي أن الرهن لا يفسخ بموت المترهن بل الراهن بالخيار بين أن

يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم . وحكى الداركي أن الشافعي رحمه الله قال في موضع آخر : إن الرهن يفسخ بموت الراهن قبل التسليم واختلف أصحابنا في المسئلة على ثلاثة طرق ، فمنهم من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) يفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز فطل بالموت كالوكالة والشركة .

(والثاني) لا يفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد يشول إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار .

ومنهم من قال : يفسخ بموت الراهن ولا يفسخ بموت المرتهن ، لأن موت الراهن يحل الدين المؤجل عليه ، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان للمرتهن أسوة الغرماء ، ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن ، وإن لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة ، فلا وجه لتسليم الرهن به . وليس كذلك المرتهن ، فإن ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية إلى الاستيثاق بالرهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأن الرهن إذا لم يفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن — والعقد قد يلزم من جهته — بعد القبض أولى .

وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركي وقال : بل كلام الشافعي رحمه الله يدل أن الرهن لا يفسخ بموت الراهن لأنه قال في الأم : وإذا رهن عند رجل شيئاً مات الراهن قبل أن يقبض الرهن ، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وإن لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقبض الرهن المرتهن أو يبقيه ، وإن مات أحدهما بعد القبض لم يفسخ الرهن بلا خلاف ، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه لأن الرهن لازم جهة من الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والاجارة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن ، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع ، بقي الدين بغير رهن ، وإن كان الرهن مشروطاً في البيع ثبت للبائع الخيار ، بين أن يمضى البيع من غير رهن أو يفسخه ، لانه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالتمن وثيقة ، ولم تسلم له ، فثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء .

(الشرح) الأحكام : إذا امتنع الراهن من الاقباض أو انفسخ عقد الرهن قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد بقي الدين بغير رهن ، ولا خيار للمرتهن ، وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضاءه ، لانه دخل في البيع بشرط الوثيقة ولم تسلم له الوثيقة ، فثبت له الخيار .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قبض الراهن الرهن لزوم العقد من جهته ، ولا يملك فسخه لانه عقد وثيقة ، فإذا تم لم يحز فسخه من غير رضا من له الحق كالصنمان ، ولأننا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة ، وسقط فائدة الرهن .

(الشرح) الأحكام : إذا قبض الراهن الرهن لزوم من جهته فلم يملك فسخه قال ابن الصباغ : وهو اجماع لا خلاف فيه ، ولأنه يراد للوثيقة فلو جاز له الفسخ لم يحصل بذلك وثيقة ، وإذا قبض الرهن فإنه يكون وثيقة بالدين وبكل جزء منه فإذا رهنه عينين بألأب وقبضتهما المرتهن ثم تلفت احدهما كان الباقي رهناً بجميع الألب ؛ وبه قال أبو حنيفة فيما روى عنه في الأصول ، وروى عنه في الزيادات أن الدين يتوسط على الرهن .

وروى عن أحمد أن العقد بنفسه في النالفة إذا كان قبل القبض ويبقى في الباقية لان العقد كان صحيحاً فيهما وإنما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة ، والراهن مخير بين

إثبات الباقية وبين منمها ، وإن كان بعد القبض للأخرى فقد لزم الرهن فيها ،
ولو تانت احدهما بعد القبض فلا خيار للبائع إذا كان الرهن مشروطاً ببيع ،
لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى .

دلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بالحق وبكل جزء منه كما لو
مات وخلف تركه ودينياً عليه ، فإن التركة محبوسة بالدين وبكل جزء منه ، ولأنه
وثيقة بحق فكانت وثيقة بالحق وبكل جزء منه كالشهادة والضمان ، فإذا قضى
الراهن الدين أو أبراه منه المرتهن - والرهن في يد المرتهن بقى في يده أمانة .
وقال أو حنيفة : إن قضاء الرهن كان الرهن مضموناً على المرتهن ، وإن أبراه
المرتهن أو وعبه ثم تلف الرهن في يده لم يصنمته استحساناً لأن البراءة والرهن
لا يقتضى الضمان وكان هذا مناً منه لأن القبض المضمون عنده لم يحول ولم يبرئه منه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه
وثيقة محضنة ، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه ، كالشهادة والضمان ، فإن رهن
اثنان عند رجل عينا بدينهما بدين له عليهما فبريء أحدهما ، أو رهن رجل عند
اثنين عينا بدين عليه لهما فبريء من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن ،
لأن الصنفة إذا حصل في أحد شرطها عاقدان فهما عقدان ، فلا يقف الفكك
في أحدهما على الفكك في الآخر ، كما لو فرق بين العقدين ، وإن أراد الرهنان
في المسئلة الأولى أن يقسما أو الراهن في المسئلة الثانية أن يقامم المرتهن الذي لم
يبرأ من دينه نظرت ، فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من
غير رضا المرتهن ، وإن كان مما ينقص قيمته فجهان .

(أحدهما) لا يجوز من غير رضا المرتهن ، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر
فلم يجوز من غير رضاه (والثاني) يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك
الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه .

(الشرح) الأحكام : إن أسلم في طعام فأخذ به رهناً ثم تقابلا عقد السلم
بريء المسلم اليه من الطعام ووجب عليه رد رأس مال المسلم ، وبطل الرهن لأن

الدين الذي ارتهن به قد بطل ، ولا يكون له حبس الرهن إلى أن يأخذ رأس المال لأنه لم يرهنه به ، وإن اقترض منه ألفاً ورهنه بها رهنًا ثم أخذ المقرض بالألف عينا سقطت الألف عن ذمة المقرض وبطل الرهن ، وإن تلقت العين في يد المقرض قبل أن يقبضها المقرض انفسخ القضاء وعاد الرهن والقرض لأنه متعلق به وقد عاد .

قال الشيخ أبو حامد : وإن باع من رجل كره^(١) طعام بألف درهم إلى أجل وأخذ بالثمن رهنا فاذا حل الأجل أو كان حالا فلا باع أن يأخذ منه بدل الثمن دنائير ، فاذا أخذها انفسخ الرهن ، وإن تفرقا قبل قبض بطل القضاء ، وعاد الثمن إلى ذمة المشتري ، ويعود الرهن لأن الرهن من حق ذلك الثمن فسقط بسقوطه فاذا عاد الثمن عاد بجمته ، وإن ابتاع منه مائة دينار بألف درهم في ذمته ودفع عن الدراهم رهنا صح ، فإن تقابضا في المجلس صح الصرف ، وانفك الرهن ، وإن تفرقا من غير قبض بطل الصرف والرهن .

(فرع) وإن كان للرجل على رجلين دين فرهناه ملكا بينهما مشاعا جاز ، كما لو باع ذلك منه ، فاذا أفضناه أحدهما ما عليه له أو أبرأ المرتهن أحدهما انفك نصف الرهن ، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شرطيهما عاقدان فهما عاقدان ولا يقع الفك في أحدهما على الفك في الآخر ، فإن طلب من انفك نصيبه القسمة نظرت ، فإن كان الرهن مما لا يتساوى أجزاءه كالشباب والحيوان أو كانا دارين فأراد من انفك نصيبه أن يجعل كل دار سهما لم يجوز ذلك من غير إذن المرتهن ، لأن ذلك منافاة ، والرهن يمنع من ذلك .

وإن كان الرهن مما يتساوى أجزاءه كالطعام فله مطالبته بقسمته لأنه لا ضرر على المرتهن بذلك ، وهكذا إذا كانت الأرض متساوية الأجزاء فهي كالطعام وإن كان الرهن تنقص قيمته بالقسمة كالحجرة الواحدة ، إذا قسمتها نصفين أو الشقة إلى شقتين فهل للمرتهن أن يمنع ؟ فيه وجهان . أحدهما : له أن يمنع لأن

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

الضرر يدخل عليه بذلك (والثاني) ليس له أن يمتنع لأن المرهون عنده النصف فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه . وهذا نقل البغداديين من أصحابنا . وقال المسعودي : إن قلنا إن القسمة قدر النصيبين جازت القسمة ؛ وإن قلنا إنها بيع لم يجوز ، وإن رهن رجل ملكا له عند رجلين بدين لهما عليه ف قضى أحدهما دينه أو أبراه أحدهما عن دينه انفك نصف الرهن ، لأن في أحد شرطى الصفقة عاقدين فهما كالعقدين ، والحكم في القسمة ما مضى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان قبل القبض نظرت فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع ، وإن كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه ، لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن ، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار ، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده ، ولا يثبت له الارش ، لأن الارش بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله ، فإذا فات بعضه لم يجب بدله . والله أعلم

(الشرح) الاحكام : إذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان موجودا في يد الراهن نظرت فإن كان الرهن غير مشروط في عقد البيع فلا خيار في فسخ البيع لأن الراهن متطوع بالرهن ، فإن كان الرهن مشروطا في عقد البيع ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، لأنه لم يسلم له الشرط ، وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب لم يثبت له الخيار لأنه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ ، ولا يثبت له أرش العيب كما ثبت للمشتري أرش العيب ، والفرق بينهما أن المبيع يجبر البائع على إقباضه فأجبر على دفع الارش ، والراهن لا يجبر على إقباض الرهن فلم يجبر على دفع الارش

وبهذا قال أحمد وأصحابه وابن المنذر . ولأن المبيع لو تلف جميعه في يد البائع قبل التسليم لوجب عليه ضمانه بالثمن . وها هنا لو تلف الرهن في يد الراهن قبل التسليم لم يجب عليه بدله .
ولأننا لو قلنا لا أرش للشترى لاسقطنا حقه ، وها هنا لا يسقط حق المرتهن لأن حقه في ذمة الراهن ،

قال الشيخ أبو حامد : فلو باعه شيئا بشرط أن يرهنه عبدين فرهنهما عنده وأقبضه أحدهما وتلف عند المرتهن وامتنع الراهن من إقباض الثاني أو تلف في يد الراهن لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لأنه لا يمكن رد العبد الذي قبض فيمضى البيع بلا رهن ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

مالا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد ، والكاب والخنزير لا يجوز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه ، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه .

(الشرح) الاحكام : كل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذر استيفاءه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، ولأن ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط فينتفي الحكم لانقائه كالمشاع ، فإنه استثنى من هذه القاعدة فجوز رهن المشاع لذلك . وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبيه والاوزاعي وسوار والعتبري وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لا يصح إلا أن يرهنها من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصال به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع

ولما أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع

قابل لذلك ، والغريب أن أصحاب الرأي يمتنعون هذا ويجيزون رهن القاتل والمترد والمغضوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وما يسرع اليه الفساد من الاطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها ، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فسادها ، لانه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه ، فأما ما رهنه بدين مؤجل الى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه ، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه ، وإن أطلق ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح وهو الصحيح ، لانه لا يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجوز رهنه كام الولد .

(والثاني) يصح . وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً ، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط . والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فسادها ، فيصير كما لو شرط ذلك ، ولو شرط ذلك جاز رهنه ، فكذلك إذا أطلق ، فإن رهن ثمرة يسرع اليها الفساد مع الشجر ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما لو أفردته بالعقد ، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لانه تابع للشجر ، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة

(الشرح) الاحكام : ان رهنه شيئاً رطباً يسرع اليه الفساد ؛ فإن كان مما يمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه ووجب على الراهن مثونة تجفيفه ، كما يجب عليه مثونة حفظه وعلف الحيوان ، فان احتاج الى ثلاجة ليحفظ فيها كان على الراهن استهلاك الثلاجة من الثلج أو الكهروبا ، وان كان مما لا يمكن تجفيفه أو حفظه في الثلاجات نظرت فان رهنه بحق حال أو مؤجل قبل فسادها صح الرهن لأن الغرض يحصل بذلك

وان شرط الراهن أن لا يباع الا بعد حلول الحق لم يصح الرهن لانه يتلف ولا يحصل المقصود ، وان أطلق ذلك ففيه قولان (أحدهما) يصح الرهن ، فإذا خيف عليه الفساد يبيع ويجعل ثمنه رهناً ؛ لأن العقد يبني على عرف الناس ،

وفي عرفهم أن المالك لا يترك من ماله ما يخاف عليه الفساد لفسد (والثاني) لا يصح الرهن وهو الصحيح .
قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان علق عتق عبده على صفة توجد قبل محل الدين لم يجوز رهنه ، لأنه لا يمكن بيعه في الدين . وقال أبو علي الطبري رحمه الله : اذا قلنا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد جاز رهنه ، وان علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن لا توجد ، ففيه قولان (أحدهما) يصح لأن الاصل بقاء العقد وأمكان البيع ؛ ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون (والثاني) لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن .
(الشرح) الاحكام ، ان علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ففيه ثلاث مسائل (الاولى) اذا قال ، اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، وكان قد رهنه بحق حال أو مؤجل قبل مجيء رأس الشهر فيصح الرهن قولاً واحداً ، لأنه يمكن استيفاء الحق من ثمنه .

(الثانية) أن رهنه بحق مؤجل توجد الصفة قبله ؛ فقد قال عامة أصحابنا لا يصح قولاً واحداً . وقال أبو علي الطبري فيه قولان ، كرهن ما يسرع اليه الفساد ، والصحيح هو الاول ، لأن الطعام الرطب الظاهر من جهة الراهن يبيته اذا خيف عليه الفساد وجعل ثمنه رهناً ، والظاهر من علق عتق عبده على صفة أنه أراد ايقاع العتق بذلك

(الثالثة) اذا علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن محل الدين قبلها ، بأن يقول اذا قدم زيد فأنت حر . واذا دخلت الدار أو كلمت زيدا فأنت حر ؛ فهل يصح رهنه ها هنا بعد ذلك ؟ فيه قولان (أحدهما) يصح الرهن لان وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه (والثاني) لا يصح ، لأن الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز ، هذا قول عامة أصحابنا . وقال أبو علي في الافصاح لا يصح رهنه قولاً واحداً لأنه عقد الرهن على غرر .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلاف أصحابنا في المدبر . فمنهم من قال : لا يجوز رهنه قولاً واحداً ، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فنع صحة الرهن . ومنهم من قال : يجوز قولاً واحداً لأنه يجوز بيعه لحاز رهنه كالعبد القن . ومنهم من قال : فيه قولان : بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة ، فإن قلنا : إنه وصية جاز رهنه ، لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول ، لجعل الرهن رجوعاً . وإن قلنا : إنه عتق بصفة لم يجز رهنه ، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول ، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك ، والرهن لا يزيل الملك .

قال أبو إسحاق : إذا قلنا : إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره ، وإن لم يقض قبل له : أترجع في التدبير ؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن ، وإن لم يختار فإن كان له مال غيره قضى منه الدين ، ويبقى العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بفساد الرهن ، لأننا إنما صححنا الرهن لأننا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع في التدبير ، فإذا لم يفعل حكمتنا بفساد الرهن (والثاني) أنه يباع في الدين وهو الصحيح ، لأننا حكمتنا بصحة الرهن ، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه ، لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاطاً ، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع ، فكان كالمقسوم في جواز الرهن ، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح كما يصح بيعه (والثاني) لا يصح لأن فيه إضراراً بالشريك بأن يفتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنًا .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رحمه الله ، ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً ، وجملة ذلك أنه إذا قال لعبد إذا مات فأنت حر ثم رهنه بعد ، فاختلاف

أصحابنا في صحة الرهن على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : إن قلنا . إن التدبير وصية صح الرهن وبطل التدبير ، لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بالقول ، فجعل الرهن رجوعاً .

وإن قلنا : إن التدبير عتق بصفة لم يصح ، لأنه لا يصح الرجوع فيه ، إلا بتصرف يزيل الملك ، قالوا : وقول الشافعي : كان الرهن مفسوخاً أراد على هذا القول ، ومنهم من قال : لا يصح الرهن قولاً واحداً ، وعليه يدل ظاهر قوله في الام ، لأنه قال : اذا دبر عبده ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً ، ولو قال : كنت رجعت قبل الرهن عن التدبير فهل يصح الرهن فيه قولان ، وهذا نص في أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولاً واحداً ، ولانا - وان قلنا : ان التدبير وصية - الا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية ومنهم من قال : يصح الرهن قولاً واحداً ، ولا يبطل التدبير ، لان الشافعي رحمه الله قال : كل ما جاز بيده جاز رهنه كالادب يجوز بيده قولاً واحداً فكذلك رهنه . قال ابن الصباغ : والطريقة الاولى أصح ، والثانية : ظاهر كالأمة ، والثالثة : مخالفة للنص والقياس .

فاذا قلنا : بالطريقة الاولى ، وأن الرهن يصح - اذا قلنا : ان التدبير وصية - فان التدبير بطل ، وهو اختيار المزني ، فان قضى الحق من غيره فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت الا بتدبير ثان أو عتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد بالموت الا بتدبير ثان أو عتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد في الدين ، وان قلنا بالطريقة الثانية أن الرهن صحيح والتدبير صحيح نظرت . فان حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقي العبد في الدين ، وان لم يختر الرجوع فيه ، فان كان له مال غير العبد أجبر على قضاء الدين وبقي العبد على التدبير ، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يحكم بفساد الرهن ، لانا انما صححنا الرهن رجاء أن يرجع في التدبير فيبيع ، وتأول قول الشافعي : كان الرهن مفسوخاً ، على هذا للوضع ؛ ومنهم من قال : يباع في الدين ، وهو الصحيح . لأنه اذا حكمتنا بصحة الرهن لم يتممقه الفساد بامتناع الراهن ، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين .

(فرع) وان رهن عبده ثم دبره فان دبره قبيل أن يقبض كان فسخاً للرهن على المنصوص ، وعلى تخريج الربيع لا يكون فسخاً له ، وقد مضى ذكره ، وان أقبضه ثم دبره قال الشافعي رحمه الله أوقفت التدبير ، فان حل الحق وقضى الدين من غير الرهن خرج العبد من الرهن وكان مدبراً ، وإن لم يقبضه من غيره - وان باعه - صح وبطل التدبير ، وإن لم يختار الرجوع في التدبير - فإن كان له مال غيره - أجز على قضاؤه منه وبقي العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غير العبد بيع في الدين وبطل التدبير ، وان مات الراهن قبل قضاء الدين فقد حل الدين بموته ، وان خلب تركته تفي بالدين عن العبد قضى الدين منها وعتق العبد من ثلث ما بقي ، وان لم يكن له مال غيره ، فان كان الدين يستغرق قيمته بيع العبد في الدين ؛ وان كانت قيمته أكثر من الدين بيع منه بقدر الدين ، وعتق ثلث ما بقي بالتدبير ، فإن أجازته الورثة عتق باقيه .

(مسألة) وما صح رهنه صح رهن جزءه منه مشاعاً سواء كان مما ينقسم كالدور والأرضين ، أو مما لا ينقسم كالجواهر ، وسواء رهنه من شريكه أو من غيره وقد مضى تفصيل الخلاف فيه والرد على أبي حنيفة وأصحاب الرأي في أول الباب فراجعهم وتمتة القول : ان كان بين رجلين عمارة فيها شقق فرهن أحدهما نصيبه من شقة من غير شريكه فإن كان باذن شريكه صح الرهن ، وان كان بغير اذنه ففيه وجهان .

(أحدها) يصح كما يصح بيعه (والثاني) لا يصح ، لأن في ذلك ضرراً على الشريك لأنهما قد يفتسمان فتقع هذه الشقة في حق شريكه فيكون قد رهن مالك غيره بغير اذنه بخلاف البيع ، فإنه اذا باع زال ملكه فيه ، ولا يملك المقاسمة على ما باع .

اذا ثبت هذا : ورهن سهماً مشاعاً في عين بينه وبين غيره - فإن كان مما لا ينقل - فإن الراهن يخلى بينه وبين المرتهن سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وان كان مما ينقل كالجواهر والبضائع والدواب وما أشبهها فان القبض لا يحصل الا بالنقل ، ولا يمكنه تناولها الا باذن الشريك ، فان رضى الشريك تناولها ،

وإن امتنع - فإن رضى المرتهن أن يكون في يد الشريك - جاز ، وناب عنه في القبض ؛ وإن تنازعا فإن الحاكم ينصب عدلا ، وهو ما يسمى في العرف الحاضر حارساً أميناً يكون في يده لهما ، وإن كان مما له أجره ومنفعة (رسوم أتعاب) كانت عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه : لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين ، فلم يجوز رهنه ، كالطير الطائر والعبد الأبق ، فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حتى فباعه أو رهنه ، ثم بان أنه قد مات قبل العقد . فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد ، وهو لا عب فلم يصح . ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبهه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت

(الشرح) سبق للنووي رحمه الله أن أخذ على المصنف تعريفه لغير بالالف واللام ، فكان الأصح ثم الأنصح أن يقول مال غيره ، وإن كان سلفنا السبكي رحمه الله تعالى تجوز في استعمالها في شوطه في الشكلة . أما الأحكام فإنه لا يجوز رهن مال غيره بغير اذنه لأنه لا يقدر على تسليمه ، فهو كالورثه سمكة في البحر ، وإن كان في يده مال لمن يرثه فباعه أو رهنه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان قد مات قبل البيع والرهن ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يصح ، لأنه باع ورهن مالا يعتقد ملكه فكان متلاعباً في ذلك فلم يصح

(والثاني) يصح لأنه بان أنه ملكه . قال الشيخ أبو حامد . وهكذا لو وكل رجلاً يشتري له شيئاً بعينه فباعه الموكل أو رهنه قبل الشراء وقال بملك هذا الشيء إن كان لي فبان أنه كان له ، وإن كان له مال في صندوق وقد رآه المرتهن فرهنه أو باعه وهو لا يتحقق كونه فيه ، ثم بان أنه كلن فيه ، فعلى الوجهين المنصوص أنه لا يصح .

(فرع) وإن رهنه سكنى دار لم يصح ، لأن الدين إن كان مؤجلاً فالمنافع تنفذ إلى وقت الحلول ، وإن كان الدين حالاً لم يحصل الاستيثاق . والرهن لا يلزم

إلا بالقبض ، والقبض لا يمكن في السكنى إلا بإتلافه ، فكأنه رهنه مالا يمكنه إقباضه ، فإن قال أردت به إن أجرتها كانت الأجرة رهناً لم يصح أيضاً لأنه لا يدري بكم يؤجرها فكأن باطلا ، أما في المساكن التي تحددت أجرتها بأوامر السلطات والحكام طبقاً لقواعد المثلية أو نفقات البناء أو غير ذلك من مراعاة العدل بين الناس ، فقد تعين للمرتمن قدر إيجارها ، فصح أن تكون الأجرة من قيمة الرهن . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ، فان رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمهوض ، فان رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع (والثاني) يصح ، وهو المذهب ، لأن الرهن لا يقتضى الضمان لحجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع

(الشرح) الاحكام : ان اشترى عينا فرهنها قبل أن يقبضها — فان كان قبل أن يدفع الثمن لم يصح الرهن لأنها مرهونة بالثمن . وكذلك ان رهنها بشئ لم يصح لأنها قد صارت مرهونة به ، وإن نقد الثمن ثم رهنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض ، كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والتزوج .

(والثاني) يصح ، وهو الصحيح لأن الرهن لا يقتضى الضمان على المرتمن فصح فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفي رهن الدين وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يجوز بيعه لحجاز رهنه كالعين (والثاني) لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) الاحكام ، وفي بيع الدين المستقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح واحد منها ، لأنه غير مقدور على تسليمه

فلم يصح كالسك في الماء (والثاني) يصح الجميع منها وهو اختيار ابن الصباغ ، لأن الذمم تجرى مجرى الأعيان ، ألا ترى أنه يصح أن يشتري بضمن في ذمته ويبيع فيها ، كما يجوز أن يشتري الأعيان ويبيدها . إلا أن البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض . وفي الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض ، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة يصحان ، ويلزمان من غير قبض ، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة تملك فجري مجرى الحوالة بخلاف الرهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن ، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كبيع ما باعه ، وإجارة ما أجره ، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففيه قولان . قال في القديم « يجوز » وهو اختيار المزني . لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ، ثم يصير مرهوناً بألف . وقال في الجديد : لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين . فلا يجوز رهنه بغيره ، كما لو رهنه عند غير المرتهن ، فإن جنى العبد المرهون فقدها المرتهن . وشرط على الراهن أن يكون رهناً بالدين والأرض ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على القولين ؛ ومنهم من قال يصح ذلك قولاً واحداً ، والفرق بين الأرض وبين سائر الديون أن الأرض متعلقة بالرقبة ، فإذا رهنه به فقد عاق بالرقبة ما كان متعلقاً بها ، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلا يجوز رهنه به ، ولأن في الرهن بالأرض مصلحة للراهن في حفظ ماله ، والمرتهن في حفظ وثيقته ، وأيسر في رهنه بدين آخر مصلحة ، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها ، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدى العبد بقيمته في الجنابة ليق عليه ، وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله .

(الشرح) الأحكام ، إذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الأول لم يصح الرهن الثاني . لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كما لو باع عبداً من زيد

ولزم البيع ثم باعها من عمرو ، فقوله بعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض ،
ومن إعارة ما أعاره

وقوله لا يجوز أن يعقد عليه مثله ، احتراز من عقد الإجارة على الرهن ،
فإنه يصح بغير إذن المرتهن . وقوله : من غير إذن من له الحق ، لأن المرتهن
لو أذن في رهنه من غيره صح ، وإن رهن رجلاً عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده
بألف أخرى ففيه قولان . قال في القديم : يصح ، وبه قال مالك وأبو يوسف
رحمهم الله تعالى ؛ لأنه لما جاز أن يزيد في الحق الواحد رهنأ آخر جاز أيضاً أن
يرهن الرهن الواحد بحق آخر .

ولأن الرهن وثيقة كالضمان ، فلما جاز أن يضم من غيره حقاً ثم يضم
عنه حقاً جاز في الرهن مثله . وقال في الجديد : لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة
لأنه رهن لازم بدين آخر ، كما لو رهنه عند غيره ، وفيه احتراز من رهنه قبل
القبض ، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الأول ثم يرهنه بالألفين ؛
فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بألفين كان الإقرار صحيحاً في الظاهر
والباطن على القديم . وأما على الجديد فيكون رهنأ بالألفين حكماً ظاهراً . وأما
في الباطن فلا يكون الأمر مرهوناً بألف ، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه
بألف ، وادعى المقر له أنه رهنه بهما معاً فالقول قول المقر له مع يمينه ، لأن
الظاهر صحة الإقرار .

وإن شهد شاهدان على عقد الرهنين ثم أراد أن يقيما الشهادة ، فإن كانا
يعتقدان صحة القول الجديد شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف ، فإن كانا يعتقدان
صحة القول القديم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين ،
ويطلقا ذلك ، لأنهما يعتقدان صحة ما يشهدان به (والثاني) لا يجوز أن يشهدا
الأعلى ما وقع عليه العقدان ، لأن الاجتهاد في ذلك إلى الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي رهن العبد الجاني قولان . واختلف أصحابنا في موضع القوانين
على ثلاث طرق ، فمنهم من قال القولان في العمد ، فأما في جنابة الخطأ فلا يجوز

قولا واحدا . ومنهم من قال القولان في جناية الخطأ ، فأما في جناية العمد فيجوز
 قولا واحدا . ومنهم من قال القولان في الجميع ، وقد بينا وجودهما في البيع
 (فصل) ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطيور الطائر ،
 لأنه لا يمكن تسليمه ولا يبعه في الدين فلم يصح رهنه
 (فصل) ومالا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه ، لأن الصفات مقصودة
 في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجوز بيع
 المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول

(الشرح) في رهن العبد الجاني قولان وفي موضع القولين ثلاث طرق مضي
 ذكر ذلك في البيع ، ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالطيور الطائر والعبد
 الآبق ، ولا رهن عبد من عبد كما لا يجوز بيع ذلك

(فرع) إذا قال رهنتك هذا الصندوق بما فيه ، أو هذا البيت بما فيه ، أو هذه
 الحقيبة بما فيها فقد نصر الشافعي رحمه الله في الام أن الرهن لا يصح بما في هذه
 الاشياء ، قال الشيخ أبو حامد : وهل يصح الرهن في الحق بضم الحاء المهملة .
 والبيت والجراب والخريطة ، فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصنقة ،
 وإن قال : رهنتك هذا الحق دون ما فيه . وهذا البيت دون ما فيه ، أو هذا
 الجراب دون ما فيه ، أو هذه الخريطة دون ما فيها صح الرهن في هذه الاشياء
 دون ما فيها ،

وإن قال رهنتك هذا الحق أو هذا البيت أو هذا الجراب أو هذه الخريطة
 ولم يقل دون ما فيه ولا بما فيه ، فنصر الشافعي رحمه الله أن الرهن يصح في البيت
 والحق والجراب ، ولا يصح في الخريطة ، والخريطة وعاء من آدم وغيره تشرح
 على ما فيها كما في الصحاح ، وفي ديارنا يسمى أهل الريف كيساً خشن النسج
 يطرونه على فلو سهم خريطة . قال لأن الحق والبيت والجراب لها قيمة تفقد في
 العادة . والخريطة ليس لها قيمة مقصودة في العادة ، وإنما المقصود ما فيها .
 قال الشيخ أبو حامد : ولا أصحابنا في هذا تحليط . ومنصوص الشافعي
 رحمه الله ما ذكرته .

(فرج) قال الشافعي رحمه الله : وإن رهنه أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ ، لأنها غير مملوكة ، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو سعيد الإصطخري أراد الشافعي رحمه الله بذلك سواد العراق ، وذلك أن أمير المؤمنين عمر (رض) أفتتجها وأخرجها من أيدي الجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثا ، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالأرض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض ، ومنهم من لم يطب نفسا إلا بعوض ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هي في يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومة لا إلى غاية ، فدل هذا لا يجوز بيعها أو رهنها ، وهذا ظاهر النص وقال أبو العباس بن سريج : لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هي في يده ، وجعل منها جدلا هو الخراج الذي يؤخذ منهم ، فيجوز بيعها ورهنها لأن الناس من وقت أمير المؤمنين إلى وقتنا هذا يبيعونها ويبتاعونها من غير منكر . وأما قول الشافعي رحمه الله فحمل عليه لو أوقف الإمام أرضا ونضرب عليها الخراج ، فإن قيل فهذا الذي قلتموه في فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعا لا يصح على مذهب الشافعي ولا غيره ، ولأن الاجارة لا تجوز إلى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة ، وكذلك البيع لا يجوز إلى أجل غير معلوم ، ولا بشمن غير معلوم .

فالجواب أن هذا إنما لا يصح إذا كانت المعاملة في أموال المسلمين ، فأما إذا كانت في أملاك المشركين فيصح ، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعبدى الأبق فإن له عبدا وثوبا وهما غير موصوفين لم يكن هذا جملا صحيحا ، ولو قال الإمام من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية كان جملا صحيحا اه .

فإن كان في الخراج بناء أو غراس ، فإن كان محدثا في أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفردا ؛ وإن باعه أو رهنه مع أرض الخراج — وقلنا لا يصح بيعها ورهنها بطل في الأرض ؛ وهل يصح في البناء والغراس ؟ فيه قولان ، بناء على القولين في تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكر ذلك ، وإن كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه .

وقال الشافعي رحمه الله : فان أدى عنه الحراج كان متطوعا لا يرجع به إلا أن يكون دفع بأمره فيرجع ، وهذا كما قال : اذا رهن أرضا من أرض الحراج وأجرها فان الحراج الذي يجب في الأرض يجب على رهن الأرض الذي رهنها وأجرها ، فان دفع المرتهن أو المستأجر الحراج الواجب فيها نظرت ، فان كان بغير أمر من وجب عليه أو قضى الدين عن غيره بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء .
وقال مالك رحمه الله : يرجع عليه .

دليلنا : أنه متطوع بالدفع عنه فلم يرجع بشيء . كالألو وهبه شيئاً ، وان قضى باذنه وشروط عليه البدل . والثاني . لا يرجع عليه بشيء . وهو اختيار ابن الصباغ لأن الشافعي رحمه الله قال : ولو دفع ثوباً الى قصار فقصره لا أجره له لأنه لم يشترطها له ، ولأنه لم يشترط الرجوع فلم يرجع عليه بشيء . كالألو وهبه شيئاً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان .
(أحدهما) لا يصح لانه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجوز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع .
(والثاني) أنه يصح لأنه ان كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتبائع فيأمن أن يهلك بالعاهة وان كان بدين مؤجل فنلت الثمرة لم يسقط دينه وانما تبطل وثيقته والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع فان العادة فيه أن يترك الى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجوز من غير شرط القطع .

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

ولم يشترط دخوله في الرهن ولا خروجه من الرهن فهل يدخل الطلع في الرهن المنصوص أنه لا يدخل . قال الربيع وفيه قول آخر أنه يدخل كالبيع ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يدخل في الرهن كما قلنا في البيع (والثاني) لا يدخل وهو الصحيح كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن ، ومنهم من قال . لا يدخل قولاً واحداً وهو اختيار أبي حامد لما ذكرناه .
وقال أبو حنيفة : تدخل الثمرة في الرهن بكل حال بخلاف قوله في البيع ، وهذا ليس بصحيح ، لأن البيع أقوى من الرهن ، فإذا لم تدخل الثمرة في البيع ، فلأن لا تدخل في الرهن أولى .

وان قال . رهنك النخل والثمرة صح ، سواء كان قبل التأبير أو بعده كما قلنا في البيع ، ثم ينظر فيه ، فإذا رهن ذلك بحق حال أو بموجل يحل قبل ادراك الثمرة أو مع ادراكها صح ذلك ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق منها ، وان كان الحق مؤجلاً لا يحل الا بعد ادراك الثمرة نظرت في الثمرة ، فان كان مما يمكن استصلاحها وتخفيفها كالتمر والزبيب صح ذلك ، ولزم الراهن مؤنة تخفيفها ، وان كانت ثمرة لا يمكن تخفيفها كالنخاع والكثيرى ؛ فن أصحابنا من قال . فيه قولان كما قلنا في رهن ما يسرع اليه الفساد ، ومنهم من قال . يصح الرهن قولاً واحداً لأن الثمرة تابعة للأصول فصح رهنها كما يجوز بيع الثمرة التي يبدو صلاحها مع الاصول ، ولا يجوز بيعها مفردة .

فإذا قلنا . يبطل الرهن في الثمرة فهل يبطل في الاصول ، يبنى على القولين في تفريق الصفة ، وقد مضى ذكره ، وان رهنه الثمرة مفردة ، فان كان بعد يبدو صلاحها فهو بمنزلة رهن الاشياء الرطبة ، وقد مضى ذكره ، وان كان قبل يبدو صلاحها سواء كانت قد أبرت أو لم تبر - فان كان الدين حالاً وشرط القطع صح الرهن ، كما يصح البيع ، وان لم بشرط القطع ففيه قولان ، أحدهما لا يصح الرهن كما لا يصح البيع . والثاني يصح الرهن ، لأن رهنه بالدين الحال يوجب القطع ، وصار كما لو شرط القطع ، وان رهنها بدين مؤجل ، فان كان بشرط القطع فتمد قال ابن الصباغ كان بمنزلة رهن البقول والقواكه .

وذهب أصحاب أحمد إلى صحة الرهن في الثمرة دون الأصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، وكذلك الزرع الأخضر وهو اختيار القاصي منهم وذكره ابن قدامة .

قال أصحابنا : أطلق جواب ذلك . وإن رهنها مطلقاً ففيه ثلاثة أقوال ، (أحدها) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع (والثاني) يصح ، لأن البيع إنما لم يصح لما فيه من الغرر ، وليس في الرهن غرر ، لأنه يتلف إن تلف مال صاحبه (والثالث) نقله المزني إن شرط القطع عند حلول الأجل صح . وإن أطلق لم يصح . إذ أن الإطلاق يوجب بقاءه إلى حال الجذاذ . وذلك تأخير للدين عن محله . هذا ترتيب ابن الصباغ كما حكاه العمراني في البيان .
وأما الشيخ أبو حامد فذكر أنها على القولين الأولين شرط القطع أو لم شرط

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقناة فهن الحمل الظاهر ، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط ، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع . وإن لم يشترط القطع ففيه قولان (أحدهما) أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إتمام العقد على مقتضاه (والثاني) أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه وباخذ ما زاد فإذا أمكن إتمام المقدم يحكم ببطلانه

(الشرح) إذا رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فهن الثمرة الأولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل . ومثال ذلك النباتات الزاحفة ، وهي التي يمتد شجرها على الأرض كالبادنجان والقناة والخيار والدباء والبطيخ ، وإذا كانت شجرة تحمل في السنة

حاملين فـرهن الشجرة والحمل الاول أو رهن الحمل الاول منفرداً نظرت ، فإن كان بحق حال أو بموجب حمل قبل حدوث الثمرة الثانية صح الرهن ، وكذلك ان رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية إلا أنهما اشترطا أنه اذا خيف اختلاط الثانية بالاولى قطعت الاولى ، أو كانت الثانية اذا اختلطت بالاولى تميزت عنها ، فان الرهن صحيح ، لأن الرهن لا يختلط بغيره ، وان رهنه بحق مؤجل لا يحل الا بعد حدوث الثانية ولا يميز احدهما عن الاخرى فذكر أبو حامد وابن الصباغ أن الرهن لا يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الرهن لأنه يختلط بغيره فيصير مجهولاً . وذكر المصنف أنها على قولين أحدهما ، لا يصح الرهن لما ذكرناه ، والثاني ، يصح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك الثمرة للرتين ، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ، فلم يحكم ببطان الرهن ، قال الشيخ أبو حامد : فإذا رهنه لحق حال فتواني في قطع الثمرة الاولى حتى حدثت الثانية ، واختلطت ولم تميز ففيه قولان

أحدهما ، يبطل الرهن ، لأن الرهن قد صار مجهولاً ، لاختلاطه بما ليس برهن ، والثاني ، لا يبطل لأنه كان معلوماً عند العقد ، وعند حلول الحق فلا يبطل بالجملة الحادثة ، فإذا قلنا يبطل فلا كلام ، وإذا قلنا لا يبطل ، قلنا للراهن أنسمح بترك الثمرة الثانية لتسكون رهنها . فان سمح فلا كلام ، وان لم يسمح ، فان اتفقوا على قدر الاولى فلا كلام ، وان اختلفا في قدر الاولى فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الاولى ، وسواء كانت الثمرة في يده أو في يد المرتين اه وقال المزني : إن كانت الثمرة في يد المرتين فالقول قوله مع يمينه . قال العمراني : وهذا غلط لأنهما اتفقا على أن الحادثة ملك الراهن ، وإنما يختلفان في قدر المرهون منهما ، فكان القول قول الراهن مع يمينه لأنه مدعى عليه .

(فرع) واذا رهنه ثمرة قال الشافعي رحمه الله تعالى : على الراهن سقيها وضلاحها وجذاذها وتشميسها ، كما يكون عليه نفقة العبد . وقال في موضع آخر ليس عليه تشميسها .

قال أصحابنا : ليس التشميس على قولين ، وإنما هو على اختلاف حالين ، فالوضع الذي قال عليه التشميس اذا بلغت الثمرة أو ان الجذاذ قبل حلول الحق ،

والذى قال ليس عليه التشميس إذا كان الحق قد حل مع تكامل صلاح الثمرة لأنها تباع في الحق ، وليس لأحدهما أن يطالب بقطعها قبل أو أن قطعها إلا برضى الآخر ، لأن على كل واحد منهما ضرراً بقطعها قبل وقت قطعها فلم يجوز ذلك من غير رضاها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزبل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما ، فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه وما قابل الولد يكون للراهن لا بتعلق به حق المرتهن .

(الشرح) الأحكام : إذا رهن الجارية ولها ولد صغير من زوج ، أو زنا ولم يرهن الولد معها صح الرهن ، لأن الرهن لا يزبل الملك فلا يكون فيه تفرقة بينهما فإذا حل الحق فإن قضى الراهن الدين من غير الرهن انفسخ الرهن ، وإن لم يقضه وكان الولد صغيراً يومئذ بيعت الجارية والولد ، لأنه لا يجوز التفرقة بينهما ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن ، وما قابل الولد تعلق به حق الراهن .

قال الشيخ أبو حامد : وكيف ذلك أن يقال : كم قيمة هذه الجارية ولها ولد دون ولدها ؟ لأنها إذا كانت ذات ولد كانت قيمتها أنقص ، فإن قيل قيمتها مثلاً مائة ، قيل فكم قيمة ولدها ؟ فإن قيل خمسون ، تعلق حق المرتهن بثلثي ثمنهما ، وللراهن ثلث ثمنهما . وهذا إذا علم المرتهن بواد حال الرهن أو بعد ورضى به . وإن لم يعلم ثم علم ثبت له الخيار في فسخ البيع المشروط به الرهن .

وأما إذا رهنه جارية حايلاً ثم حملت في يد المرتهن من زوج أو زنا ، فإن الولد خارج من الرهن ، فإذا أراد البيع بيعت الجارية وولدها الصغير ، ويكون المرتهن حصتها من الثمن ، وللراهن حصة الولد ؛ وكيفية التيسيط أن يقال : كم قيمة هذه الجارية خالصة من الولد ثم يقسم الولد ويقسم الثمن على قدر قيمتها .

والفرق بينهما أن المرتهن رضى في الأولة بكون الجارية التي لها ولد صغير رهنا وما دنا لم يرض بكونها لها ولد صغير رهنا . وهذا كما قال الشافعي رحمه الله : إذا رهن أرضا لحدث فيها نخل وشجر ، إذا بيعت الأرض والشجر برضاها فإن الأرض تقوم بيضاء لا شجر فيها . اهـ قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان . قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان كالبيع ، أحدهما ، يبطل ، والثاني ، يصح ويجبر على تركه في يد مسلم . وقال أبو علي الطبري في الإفصاح يصح الرهن قولاً واحداً ويجبر على تركه في يد مسلم ؛ ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر ، وفي الرهن المرهون باق على مالك المسلم . (الشرح) الأحكام : أما المصحف فقد روى عن أحمد روايتان ، الأولى ، لا أرخص في رهن المصحف ، والثانية ، إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه ، ومن هنا كان لمذهبه قولان . أما أصحابنا فقد جعلوا في رهن المصحف وكتب الفقه والحديث والعبد المسلم من الكافر طريقين . قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان ، أحدهما ، لا يصح ، والثاني ، يصح ويوضع ذلك على يد مسلم - كقواهم في البيع - وقال أبو علي في الإفصاح : يصح الرهن قولاً واحداً ويوضع على يد مسلم ، لأن الكافر لا يملك الرهن بخلاف البيع . قال المصنف رحمه الله تعالى :

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

أحدهما : أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع ، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالإصداق في النكاح .
والثاني : أنه يبطل وهو الصحيح ، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله ، وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً . والجمل بالثمن يفسد البيع .

(الشرح) الحديث رواه البزار والطبراني عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

أما الأحكام فإنه إذا اشترط المتراهنان شرطاً نظرت ، فإن كان يقتضيه كان شرطاً أن يباع المرهون في الدين عند حلول الدين أو أن يباع بثمن المثل أو على أن منفعته للراهن صح الشرط والرهن ، لأن العقد يقتضى ذلك ، فكان هذا الشرط توكيداً ، وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد — فلا يخلو — إما أن يكون نقصاناً في حق المرتهن أو زيادة في حقه ، فإن كان نقصاناً في حقه مثل أن رهنه رهناً على أن لا يباع في الدين ، أو على أن لا يباع إلا بأكثر من ثمن مثله ، أو على أن لا يباع إلا بما يرضى به الراهن فالشرط باطل ، لأنه يناقض مقتضى العقد ، ويبطل الرهن ، لأنه يمنع مقصود الرهن ، وإن كان الرهن زيادة في حق المرتهن كان رهنه شبهة بشرط أن يباع قبل محل الحق ، أو على أن يباع بأى ثمن كان ، وإن كان أقل من ثمن المثل ، فالشرط باطل لأنه يناقض مقتضى الرهن .

وهل يبطل الرهن ؟ فيه قولان . أحدهما : يبطل الرهن ، وهو اختيار الشيخ المصنف لأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأبطله كما لو كان نقصاناً في حق المرتهن والثاني : لا يبطل ، لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، وهذه الشروط لا تقدر في الوثيقة ، لأنها زيادة في حق المرتهن بخلاف الشروط التي تقتضى نقصاناً في حق المرتهن ، ، فإذا قلنا : الرهن غير مشروط في بيع بقى الدين بغير شرط ، وإن شرط ذلك في البيع ، بأن قال بملك سيارتى هذه بألف على أن ترهننى دارك هذه بألف على أن لا تباع في الدين ، فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا : لأن البيع ينعقد منفرداً عن الرهن فلم يبطل البيع ببطان الرهن ، كالصداق في النكاح لأنه قد يتزوجها من غير صداق ثم يفرض لها صداقاً بعد ذلك ثم لا يفسد النكاح لفساد الصداق . وإن قارنه فكذلك الرهن مع البيع (والثاني) يبطل البيع وبه قال أبو حنيفة لأنه شرط فاسد قارن عقد البيع فأفسده كما لو باعه شيئاً بشرط أن لا يسلمه .

(فرع) إذا قال لغيره بعني سيارتك هذه بألف على أن أرهنك دارى هذه ، ويكون منفعة الدار لك ، فإن كانت منفعة الدار مجهولة المدى كان الرهن والبيع باطلين قولاً واحداً ، لأنه باع السيارة بألف ومنفعة مدة غير معلومة والبيع بشئ مجهول باطل لأن منفعة الدار جزء من الثمن وإن كانت منفعة الدار معلومة فقد قال القاضى أبو الطيب فى مثل هذه الصورة : هذه صفقة بيعاً وإجارة فهل يصحان ؟ فيه قولان .

وقال أبو حامد : شرط منفعة المرهون للرتن باطل لأنه يتنافى مقتضاه وهل يبطل به الرهن ؟ فيه قولان لأنه زيادة فى حق المرتن ، فإذا قلنا : إنه باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان . فإذا قلنا : أن الرهن صحيح ، أو قلنا أنه باطل ولا يبطل البيع ثبت للبايع الخيار فى البيع ، لأنه لم يسلم له فأشروط . وهذا ظاهر كلام الشافعى رحمه الله تعالى .

وإن قال لغيره : بعني سيارتك بألف على أن يكون دارى رهناً به ومنفعتهما رهناً أيضاً به ، فإن المنفعة لا تكون رهناً ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن إقباضها فإذا بطل رهن المنفعة فهل يبطل الرهن فى أصل الدار ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصنعة . فإذا قلنا : أن الرهن لا يفسد فى أصل الدار لم يفسد البيع ، ولكن ثبت للخيار ، لأنه لم يسلم له جميع الرهن . وإن قلنا : يفسد فى أصل الدار فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(فرع) وإن كان لشخص على آخر ألف بغير رهن فقال من عليه الألف بعني سيارتك هذه بألف على أن أعطيك دارى رهناً بها وبالآلف الذى لك على بغير رهن ، فقال : بعنتك كان البيع باطلاً ، لأن ثمن السيارة مجهول لأنه باعها

بألف ومنفعة ، وهو أن يعطيه رهنا بالألف التي لا رهن بها ، ولأنه بيعتان في بيعة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما سبق في كتاب البيوع .

(فرع) إذا قال لغيره : أقرضني ألف جنيه على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا وتكون منفعة لك ، فأقرضه فالقرض باطل لأنه قرض جر منفعة ، وهكذا لو كان عليه ألف بغير رهن فقال له أقرضني ألفا على أن أعطيك سيارتي هذه رهنا بها ، وبالألف التي لا رهن ، فأقرضه فالقرض فاسد ، لأنه قرض جر نفعا ، والرهن باطل فيهما ، لأن الرهن إنما يصح بالدين ولا دين له في ذمته .

وان قال : أقرضني ألفا على أن أرهنك داري به وتكون منفعته رهنا بها أيضا لم يصح شرط رهن المنفعة ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن اقباضها ، فإذا ثبت أنه لا يصح هذا الشرط ، فإنه زيادة في حق المرتهن ، وهل يبطل به الرهن فيه قولان .

(فرع) لو رهنه شيئا وشرطه على المرتهن ضمان الرهن ، فإن الرهن غير مضمون عليه على ما يأتي بيانه ، ويكون هذا شرطا فاسداً لأنه يخالف مقتضاه ، وهل يفسد الرهن بهذا الشرط ؟ من أصحابنا من قال : يفسد قولاً واحداً لأن ذلك نقصان في حق المرتهن . قال أبو علي في الإفصاح : هل يبطل الرهن ؟ فيه قولان ، لأن شرط الضمان يجري مجرى الحقوق الواردة في الرهن لأنه لم ينقص حق المرتهن . قال ابن الصباغ : والاول أصح .

(فرع) قال ابن الصباغ : إذا أقرضه ألفا برهن وشرط أن يكون تمام الرهن داخلا فيه فالشرط باطل في أشهر القولين . وهل يفسد الرهن ؟ فيه قولان ، لأنه زيادة في حق المرتهن . وأما القرض فصحيح ، لأنه لم يجر منفعة ، وإنما الشرط زيادة في حق الاستيثاق ، ولم يثبت .

(فرع) إذا كان له دين مستقر في ذمته متطوع بالرهن به فقال : رهنتك هذه النخلة على أن ما تثمر يكون داخلا في الرهن ، أو هذه الماشية على أن ما ينتج داخل في الرهن ؛ فهل يصح الرهن في الثمرة والنتاج ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يصح الرهن فيهما ، لأنهما متولدان من الرهن ، فجاز أن يكونا رهنا معا (والثاني) لا يصح الرهن فيهما ، وهو الصحيح لأنه رهن معدوم ومجهول . فعلى هذا فهل يبطل الرهن في النخلة والماشية فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة .

وان قال : بعثت سيارتي هذه بألف على أن ترهنني نخلتك هذه على أن ماتثمر داخل في الرهن . فان قلنا : يصح الرهن في الثمرة صح البيع . وان قلنا لا يصح الرهن في الثمرة . فان قلنا : لا يبطل الرهن في النخلة لم يبطل البيع في السيارة . وليكن ثبت لبائعها الخيار ، لأنه لم يسلم جميع الرهن المشروط . وان قلنا يبطل الرهن في النخلة فهل يبطل البيع في السيارة . فيه قولان . فان قلنا لا يبطل ثبت للبائع الخيار . لأنه لم يسلم له جميع الرهن المشروط . فيحصل في هذه المسألة أربعة أقوال (أحدها) يصح الرهن في الكل ويصح البيع (والثاني) يبطل الرهن والبيع صحيح . وللأئمة الخيار والله أعلم .

(فرع) اذا اشترى سلعة بشرط أن يجعلها رهنا بالثمن فالرهن باطل لأنه رهن مالا يملك والبيع باطل . لأنه رهن مالا يملك والبيع باطل . لأنه في معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها . فكان باطلا . ولأن هذا شرط يمنع كمال تصرف المشتري . لأن من اشترى شيئاً فله أن يبيعه ويهبه . والرهن يمنع ذلك فأبطل البيع . وسواء شرط أن يسلمها للبائع الى المشتري ثم يرهنها منه أو لم بشرط تسليمها اليه فالحكم واحد لما ذكرناه . وان كان لرجل على آخر دين الى أجل فقال من عليه الدين : رهنتك دراجتي هذه بدينك لتزيدني في الأجل لم يثبت الاجل المزيدي لان التأجيل لا يلحق بالدين . والرهن باطل . لأنه جعله في مقابلة الاجل . واذا لم يسلم له الاجل لم يصح الرهن . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن . ويجوز أن يجعل في يد عدل لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . فان كان المرهون أمة لم توضع الا عند امرأة أو عند محرم لها . أو عند من له زوجة لقوله صلى الله عليه وسلم

ولا يتخلون أحدهم بإسراة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان ، فان جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك ، لأنه حصل عند العدل برضاها ، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله ، فان اتفقا على النقل إلى غيره جاز لان الحق لهما ، وقد رضيا فان مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن . ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل ، فان جعل الرهن على يد عدلين . فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز لان ما جعل إلى اثنين لم يجوز أن ينفرد به أحدهما كالوصية والثاني : يجوز لأن في اجماع الاثنين على حفظه مشقة . فعلى هذا ان اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز . وان تشاحا نظرت . فان كان مما لا ينقسم جعل في حوز لهما . وان كان مما ينقسم جاز أن يقسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه فان اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لو سلم إليه قبل القسمة جاز . فكذلك بعد القسمة . والثاني لا يجوز لانهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم .

(الشرح) الحديث مر في كتاب الصلاة وقبلة في كتاب الحيض . وفي كتاب الحج بمجموع طرقه ورواياته وأصحهن رواية الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم » . أما الاحكام : فانهما اذا شرطا في البيع رهن عبد معلوم أو موصوف نظرت فان شرطا أن يكون الرهن على يد عدل جاز وان شرطا أن يكون على يد المرتهن صح . لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . وان أطلقا ذلك ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما أن الرهن باطل لان كون الرهن في يد أحدهما ليس بأولى من الآخر فإذا لم يذكر ذلك بطل الرهن . والثاني : يصح الرهن ويدفع إلى الحاكم ليجمعه على يد عدل ان اختلفا فيمن يكون عنده .

وإن كان الرهن جارية ولم يشترطاً كونها عند أحد قال الشيخ أبو حامد: صح الرهن وجهاً واحداً ، وجعل على يد امرأة ثقة ، لأنه ليس لها جهة يوضع فيها غير هذا بخلاف غير الجارية ؛ فإن شرطاً أن تكون هذه الجارية عند المرتهن أو عند عدل نظرت ، فإن كان محرماً لها جاز ذلك .

قال القاضي أبو الطيب : **و** ذلك ان كانت صغيرة ولا يشتمى مثلها جاز تسليمها الى المرتهن أو العدل لأنه لا يخشى عليها منه ، وإن كانت كبيرة فاشترطاً وضعها على يد المرتهن والعدل وليس بذي محرم لها ؛ فإن كانت له زوجة أو جارية قال الشيخ أبو حامد : وفي داره نساء تكون هذه المرهونة معهن جاز تركها معه لأنه لا يخشى عليها أن يخلو بها .

فإن لم يكن له زوجة ولا جارية لم يجوز وضعها على يده للحديث ، فإذا شرطاً ذلك بطل الشرط . ولم يبطل الرهن ، ولأن هذا الشرط لا يؤثر في الرهن ويسرى هذا على الخنثى المشكل على تفصيل بين أن يكون كبيراً أو صغيراً لاجابة بنا الإطالة في هذا لعدم الحاجة

إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد عدل ثم أقر أن العدل قد قبض الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن لأن الحق لهما دون العدل ، فإن رجع أحدهما وصدق العدل أنه لم يقبض لم يقبل رجوعه لأن إقراره السابق يكذبه . وإن أقر الراهن والعدل بالقبض وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن ، لأن الاصل عدم القبض ، ولا يقبل قول العدل عليه لأنه يشهد على فعل نفسه

وإن قبض العدل الرهن باذن المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال ابن أبي ليلى : لا يصح توكيل العدل في القبض ، دليلنا أن من اشترى شيئاً صح أن يوكل في قبضه فكذلك في الرهن

وإذا حصل الرهن عند العدل باتفاق المتراهنين فإن نقله الى عدل غيره جاز وإن أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يجوز من غير رضا الآخر ، لأنه حصل في يده برضاها فلا يخرج عن يده إلا برضاها ، فإن دعا أحدهما إلى نقله وامتنع الآخر رفع الامر الى الحاكم ، فإن كان العدل ثقة لم ينقل عنه ، وإن تغير عن الامانة أو حدثت بينه وبين أحدهما عداوة جاز للحاكم نقله الى غيره

وإذا كان الرهن عند المرتهن فمات أو أحيى بجناية أو فلس أو حجر عليه نقل الرهن من يده إلى غيره .

ولا يجوز للمعد حفظه ولا بيعه سواء بأجر أم بغير أجر عندنا وعند أصحاب أحمد وإذا أراد العدل رد الرهن على المترهين فإن كانا حاضرين رده عليهما ، ويجب عليهما قبوله : لأنه أمين متطوع فلا يلزمه المقام على ذلك ، فإن امتنع من أخذه رفع الأمر في ذلك إلى الحاكم ليجهدهما على تسليمه ، فإن رده العدل على الحاكم قبل أن يرده عليهما ضمن العدل وضمن الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على غير ممنوع . وكذلك إن أودعه العدل عند ثقة ، قال ابن الصباغ جاز ، فإن امتنع أحدهما فرفعه إلى الآخر ضمن ، وإن كانا غائبين ، فإن كان للعدل عذر . مثل أن يريد سفراً أو به مرض يخاف منه أو قد عجز عن حفظه دفعه إلى الحاكم وقبضه الحاكم أو نصب عدلاً ليسكون عنده ، وإن لم يكن هناك حاكم جاز أن يرفعه إلى ثقة ومع وجود الحاكم فيه وجهان يذكران في الودعة إن شاء الله ، وإن لم يكن له عذر في الرد ، فإن كانت غيبتهما إلى مسافة يقصر فيها الصلاة وقبض الحاكم منه أو نصب عدلاً ليقبضه ، لأن للحاكم أن يقضى عليهما فيما لزمهما من الحقوق : فإن لم يكن حاكم أودعه عند ثقة ، وإن كانت غيبتهما إلى مسافة لا يقصر فيها الصلاة ، فهو كما لو كانا حاضرين ، فإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً لم يجوز تسليمه إلى الحاضر ، وكان كما لو كانا غائبين ، فإن رد على أحدهما في موضع لا يجوز له الرد إليه . قال الشيخ أبو حامد : ضمن الآخر قيمته

وذكر المسعودي أنه إن رد على الراهن ضمن المرتهن الأقل من قيمة الرهن وقدر الدين الذي رهن به ، وإن رده على المرتهن ضمن الراهن قيمته . قال العمراني : وهذا التفصيل حسن

قال ابن الصباغ : إذا غصب المرتهن الرهن من العدل وجب عليه رده إليه ، فإذا رده إليه زال الضمان عنه . ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدى لم يزل عنه الضمان ، لأن الاستئمان قد بطل . قال العمراني في البيان : إذا تركا الرهن في يد عدلين فهل لأحدهما أن يفوض حفظ جميعه إلى الآخر فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك ، لأن المترهين لم يرضيا إلا بأمانتهما جميعاً

فوقهما لو أوصى الى رجلين فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ، فعلى هذا عليهما أن يحفظا الرهن في حرز يدهما عليه ، اما بملك أو عارية أو اجارة ، وان سلم أحدهما جميعه الى الآخر ضمن نصفه

(والثاني) يجوز لأن عليهما مشقة في الاجتماع على حفظه ، فان كان مما لا ينقسم جاز لأحدهما أن يسلمه الى الآخر ، وان كان مما ينقسم فاقسما فهل لأحدهما أن يسلم الى الآخر ما حصل بيده بعد القسم ؟ فيه وجهان ، أحدهما يجوز لأنه لو سلم اليه ذلك قبل القسمة صح ، فيكذلك بعد القسمة ، والثاني لا يجوز لأنهما لما اقسما صار كما لو قسمه المتراهنان بينهما . اهـ

(قلت) وقال أبو يوسف ومحمد : اذا رضى أحدهما بامساك الآخر - فيما يمكن قسمته جاز . وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينقسم اقسماه والا فلاكل واحد منهما امساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما .

وقال أصحاب أحمد : ان المتراهنين اذا لم يرضيا الا بحفظهما لم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقالوا في المشقة انه يمكن لكل واحد منهما أن يضع قفله على الخزن فلا يشق عليهما ذلك ؛ فكان كالقول عندنا .

أما مذهبتنا فدليله أن المالك لم يرض الا بأمانتهما فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بحفظه جميعه كالوصية .

واذا وضعا الرهن على يد عدل ووكلاه في بيعه عند حلول الدين صح التوكيل ولا يكون هذا تعليقا للوكالة على شرط ، وانما هو تعليق التصرف . قال ابن الصباغ : واذا حل الحق لم يجز للعدل أن يبيعه حتى يستأذن المرتهن ، لان البيع لحقه فاذا لم يطالب به لم يجز بيعه ؛ فاذا أذن المرتهن ذلك فهل يحتاج الى استئذان الراهن ليحدد له الاذن ؟ فيه وجهان

قال أبو علي بن أبي هريرة : لا بد من استئذانه كما يفتقر الى تجديد اذن المرتهن ؛ ولانه قد يكون له غرض في أن يقضى الحق من غيره . وقال المصنف لا يفتقر الى استئذانه لأن الاذن الاول كاف وبفارق المرتهن لأن البيع يفتقر الى مطالبة بالحق . وأما غرض الراهن فلا اعتبار به لانه ما لم يغير الاذن الاول فهو

راض به . وإن عزل الراهن العدل انزل ولم يحز له البيع وبه قال أحد رحمه الله وقال مالك وأبو حنيفة لا ينزل . دليلنا أن الوكالة عقد جائز فانزل بعزله كسائر الوكالات ، وإن عزله المرتين ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : ينزل لأن الشافعي رحمه الله قال : ولكل واحد منهما منعه من البيع ، ولأنه أحد المتراهنين فلذلك عزل العدل كالراهن .

وقال أبو إسحاق : لا ينزل لأنه وكيل الراهن فلا ينزل بعزل غيره ، وتأول كلام الشافعي رحمه الله أنه أراد أن لكل واحد منهما منعه من البيع ، لأن للرتين أن يمنعه من البيع ، لأن البيع إنما يستحق بمطالبتة ، فإذا لم يطالب به ومنع منه لم يحز ، فأما أن يكون فسخاً فلا .

قال الشيخ أبو حامد في تعليقه . إذا كان الرهن مشروطاً أن يكون في يد عدل ووكل العدل في بيعه ولم يقبضه فلا يجوز للعدل أن يبيعه في محل الحق لأنه وكاه في بيعه رهناً وهذا رهس لم يلزم لأنه لم يقبضه ؛ اللهم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه . وذكر الطبري في العدة أنه ان وكاه في بيعه رهناً لم يكن له بيعه لأنه لا يصير رهناً إلا بالقبض ، فإن كان له الإذن في بيعه مطلقاً كان له أن يبيعه ، لأن للوكيل بيع الشيء وهو في يد الموكل .

ويجوز أن يتراهن المسلمان على يد ذمي أو ذميان على يد مسلم أو المسلم والذي على يد مسلم أو ذمي جاز ، أما إذا اقترض مسلم من ذمي ورهنه خيراً ووضعها على يد ذمي ووكلاه في بيعه لم يصح ، لأنه بيع خمر على مسلم . وكذلك الذميان إذا تراهنا ووضعنا الخمر على يد مسلم ووكلاه في البيع فباعه لم يصح لأنه بيع خمر من مسلم ، وإن اقترض ذمي من مسلم ورهنه خيراً وجعلاه على يد ذمي ووكلاه في بيعه فباعه فهل يجبر المسلم على قبض حقه منه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، لأنه ثمن خمر وثمر الخمر محرم على المسلم (والثاني) يجبر ، فيقال له . إما أن تأخذه ، وإما أن تبرئه من قدره من الدين ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في ثمن الخمر وما أشبهه من العقود الفاسدة أقرروا عليها وصار ذلك مالا من أموالهم .

(فرع) إذا وكل العدل في بيع الرهن وكان الثمن في يده كان ضمانه على الراهن إلى أن يصل ليد المرتهن ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة هو من ضمان المرتهن ، دليلنا أن العدل وكيل الراهن في البيع ، والثمن ملك الراهن وكان من ضمانه كالوكيل في غير الرهن ، فإن تلبث الثمن في يده وخرج المبيع مستحقاً ، فعلى من برح المشتري تنظر في العدل ، فإن أطلق البيع ولم يذكر أن يبيعه على دئمة الراهن رجع المشتري على العدل ، لأن الظاهر أنه باع مال نفسه فإزمه الضمان بحكم الظاهر ، وإن ذكر عند البيع أنه يبيعه على حساب الراهن أو صدقه المشتري على ذلك ، فإن المشتري يرجع بالعهد على الراهن دون العدل ، فإن العقد له ، فإن قبض العدل الثمن وسأله إلى المرتهن ثم وجد المشتري بالرهن عيباً ، فإن لم يذكر العدل أنه يبيعه للراهن فإن المشتري يرجع بالثمن على العدل ويرجع العدل على الراهن ، لأنه وكيله ، ولا يسترجع الثمن من المرتهن . لأن الرهن لما بيع حصل ثمنه للراهن وهو مالكه ، وعندما أخذه المرتهن فقد استوفى دينه من ملك الراهن فزال حينئذ ملك الراهن عنه ، فإن لم يكن للعدل ولا للراهن مال غير الرهن بيع وقضى حق المشتري من ثمنه وما بقى يكون ديناً للمشتري على العدل وللعدل على الراهن ، وللبحث تنمة في البيوع فليراجع . والله تعالى أعلم .

إذا شرط أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل ، فإذا حل الحق لم يجوز المرتهن بيع الرهن إلا أن يحضر الراهن ، وهل يبطل الرهن بهذا الشرط قولان لأنه زيادة في حق المرتهن ، وقد مضى ذكر مثل ذلك ، فأما إذا رهنته رهناً صحيحاً وأقبضه إياه فلما حل الحق وكل الراهن المرتهن يبيع الرهن لم تصح الوكالة وإذا باع المرتهن كان البيع باطلاً ، وبذلك قال أحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح التوكيل والبيع . دليلنا أنه توكيل يجتمع فيه غرضان متضادان ، وذلك أن الراهن يريد التأمين في البيع للاستقصاء في الثمن ، والمرتهن يريد الاستعجال في البيع ليستوفي دينه فلم يجوز كما لو كان قد وكله ببيع الشيء من نفسه ، فإن كان الراهن حاضراً فهل يصح بيع المرتهن باذن فيه وجهان

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص قال في الآم ، إلا أن يحضر رب الرهن ،
ولأنه بحضوره سمع تقدير الثمن فانتفت التهمة عن المرتهن فصح بيعه
(والثاني) وهو اختيار الطبري في العدة أنه لا يصح البيع لأنه توكيل فيما
يتعلق به حقه فلم يصح ، كما لو كان غائباً ، ويجيب عن قول الشافعي رحمه الله
« إلا أن يحضر رب الرهن » بقوله معناه فيبيعه بنفسه ، ألا ترى أنه قال « فإن
امتنع أمره الحام ببيعه ، فإن قيل هلا قلتم يصح البيع وإن كانت الوكالة فاسدة كما
قلتم في سائر الوكالات الفاسدة ، فالجواب أن الوكالة الفاسدة إنما يصح البيع فيها
لأن الفساد غير راجع إلى الإذن ، وإنما هو راجع إلى معنى في العوض . وها هنا
الفساد راجع إلى الإذن نفسه فهو كما لو وكله أن يبيع من نفسه فباع . والله أعلم
قال المصنف رحمه الله :

(باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل ؛ وما يملكه الراهن وما لا يملكه)

ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز ، كالشجر والشمر واللبن والولد
والصوف والشعر ، لا يدخل في الرهن ؛ لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يعلق الرهن من رهنه الذي رهنه ،
له غنمه وعليه غرمه ، والنماء من الغنم فوجب أن يكون له .

وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً : الرهن محلوب ومركوب ، ومعلوم أنه لم
يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن
ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة ، فإن رهن نخلا
على أن ما يتميز داخل في الرهن ، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن ،
فلنصوص في الآم أن الشرط باطل

وقال في الامالي القديمة : لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان
مذهباً ، ووجهه أنه تابع للأصل لجاز أن يتبعه كأساس الدار ، والمذهب الأول
وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومدوم فلم يصح ، بخلاف أساس الدار
فإنه موجود ، ولكنه شق رؤيته فغنى عن الجهل به

وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه ، فإن كان شجراً فقد قال في الرهن لا يدخل فيه ، وقال في البيع يدخل ، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بينها في البيوع ، وإن كان ثمرأ نظرت ، فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل في الرهن ، لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزبل الملك ، فلأن لا يدخل في الرهن وهو لا يزبل الملك أولى ، وإن كان ثمرأ غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقتان ، من أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) يدخل فيه قياساً على البيع (والثاني) لا يدخل فيه وهو الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد ؛ ومنهم من قال لا يدخل فيه قولاً واحداً . ويخالف البيع ، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري ، والحادث بعد العقد لا حق للرتين فيه ، ولأن البيع يزبل الملك فيدخل فيه النماء ، والرهن لا يزبل الملك فلم يدخل فيه

واختلف أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف ، فمنهم من قال : هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن . ومنهم من قال انها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار ، وإن كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد . وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً ، وما قاله الربيع من تخريجه .

(الشرح) الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر . أما الحديث فقد رواه الجماعة الا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة رضى الله عنه بلفظ أن النبي (ص) كان يقول : الظاهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة ، وفي لفظ رواه أحمد ، إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتين علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته ، وللدارقطني والحاكم وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً : الرهن مركوب ومحلوب ، وقال ابن أبي حاتم ، قال أبي درفعه ، يعني أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد . ورجح البيهقي أيضاً الوقف

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء : هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين (أحدهما) التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه (والثاني) تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ، وبدل على نسخته حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ لا تحلب ماشية إمرى . بغير إذنه ، قال الشوكاني : ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع . وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبني العام على الخاص ، والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان .

وقال الاوزاعي والليث وأبو ثور : انه يتعين حمل الحديث على ما اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للرتن ، وأجود ما يحتج به للجمهور حديث أبي هريرة الذي رواه الشافعي والدارقطني وقال : هذا اسناد حسن متصل ، لا يغلط الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه ، وفي أحاديث هذا الباب تفصيل في كتب الحديث .

أما لغات الفصل فالأس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب ومثله أغصان الخلاف .

أما الاحكام : فإنه اذا رهنه أرضا فيها بناء أو شجر فان شرط دخول ذلك في الرهن أو قال . رهنتكها بحقوقها دخل البناء والشجر في الرهن مع الأرض ، وهكذا ان قال . رهنتك هذا البستان أو هذه الدار دخل الشجر والبناء في الرهن وان قال رهنتك هذه الأرض وأطلق فهل يدخل البناء والشجر ، فيه ثلاث طرق ذكرها المصنف في البيع ، وان باعه شجرة أو رهنها منه صح البيع والرهن في الشجرة ، وهل يدخل قرارها في الرهن والبيع . ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن قرارها لا يدخل في الرهن وجها واحدا ،

وهل يدخل في البيع فيه وجهان ، وذكر الطبري في العدة أن البيع والرهن على وجهين .

(أحدهما) لا يدخل لأن المسمى في العقد هو الشجرة ، وهذا ليس بشجر .
 فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن المشتري أن يفرس مكانها غيرها .
 (والثاني) يدخل فيه قرار الشجرة ، لأن قوام الشجرة به ، فهو كعروق
 الشجرة تحت الأرض ، فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان للمشتري
 أن يفرس مكانها .

وأما نماء الرهن فضربان : موجود حال الرهن ، وحادث بعد الرهن ، فأما
 الموجود حال الرهن ، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه .
 واختلف أصحابنا في ورق الثوت وأغصان الخلاف والآس ، فمنهم من قال :
 هو كالأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن . ومنهم من قال هو كالشمار من
 سائر الأشجار وقد سبق بيانه .

وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصوص أنه لا يدخل في الرهن ،
 وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال : في الصوف
 قولان ؛ ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً ، وما ذكره الربيع من تحريمه .
 وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والشعرة واللبن وسائر منافعه فاختلف
 أهل العلم فيه . مذهبتنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل في الرهن وللراهن أن ينتفع
 بالرهن ، وقال قوم من أصحاب الحديث : نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه .
 فإن كان الراهن هو الذي ينفق عليه فالنماء ملك له . وقال أحمد : الرهن ملك
 للمرتهن فله حلبه وشربه ، وقال أبو حنيفة : الشعرة والولد واللبن الحادث بعد
 الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل في الرهن . وقال أيضاً : ليس للراهن ولا
 للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تنلف ، وقال مالك : الولد الحادث
 يكون رهناً كقول أبي حنيفة . وأما الشعرة فلا تكون رهناً كقولنا .

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن
 النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا يملك الرهن الرهن من رهنه له غنمه وعابه
 غرمه . وقد رواه الشافعي والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن حبان وابن ماجه
 وصححه أبو داود والبزار والدارقطني إرساله عن سعيد بن المسيب . فن قل إنه
 ملك للمرتهن فقد خالف نص الحديث .

وروى الشعبي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من رهن دابة فعليه نفقتها وله ظهرها ونتاجها ، ولأن الرهن ملك للراهن فكان تماؤه ملكا له كالأول لم يكن مرهوناً ، وعلى أبي حنيفة ما روى الأعمش عن أبي هريرة مرفوعاً : الرهن محلوب ومركوب للراهن ، وبالإجماع بيننا وبين أبي حنيفة أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فثبت أنه محلوب ومركوب للراهن

وحديث : الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه ، وغنمه تماؤه ، فن قال انه رهن فقد خالف الأحاديث ، ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر الى الولد كالإجارة ، ولأن الرهن حق تعاق بالرقبة ليستوفي من ثمنها ، فلم يسر الى الولد كأرش الجنابة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم : الرهن محلوب ومركوب ، ولأنه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له ، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والاعارة ، وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه ؟ قال في الأتم له ذلك . وقال في الرهن الصغير لا يجوز ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه لا يأمن أن يحمده فيبطل حق المرتهن

(والثاني) يجوز وهو الصحيح ، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون ، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكره من غيره فإنه لا يؤمن أن يحمده ثم يجوز

ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز ، لأنه يؤمن أن يحمده ، وإن كان غير ثقة لم يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يحمده ، وحمل القولين على هذين الحالين

(الشرح) الأحكام : إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفيها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، فإن كان الرهن دابة فله أن يبيعها من ثقة .

وله أن يؤاجرهما من ثقة إلى مدة تنتهي قبل حلول الحق . وهل له أن يستخدمهما بنفسه أو يركبها .

قال الشافعي رحمه الله : له ذلك . وقال في موضع آخر : ليس له ذلك ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يجرده (والثاني) يجوز وهو الصحيح ، لأنه لما جاز أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كغير الرهن . ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز أن يستوفيه بنفسه ، وإن كان غير ثقة لم يجز أن يستوفى بنفسه ، لأن الثقة يؤمن منه أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين والطريق الصحيح الطريق الاول ، ومن هنا له أن يعير الرهن ويؤجره ويستوفى ذلك بنفسه بحيث لا يخرج من سلطان المرتهن مثل أن يفعل ذلك في بلده بحيث يمكن رده الى المرتهن أو إلى العدل ، فلا يؤجر لمسافر ، ولا يسافر هو به ، وعلى الطريقين أيضا في سكناه فيها ، ففي الدابة عليه أن يسلمها للمرتهن ليلا . أما الدار فله أن يسكنها ليلا ونهارا ما دامت في سلطان المرتهن . أما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤجره لأنه مفض الى إتلافه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، فإن كان المرهون مما يتقل فأراد أن ينتفع به في السفر ، أو يكرهه من يسافر به لم يجز ، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه ، فيدخل على المرتهن الضرر ، وإن كان ثوباً لم يملك لبسه لأنه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها ، لأنه ينقص قيمتها ، وهل يجوز وطؤها . ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها ، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتتقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها . وإن كانت ممن لا تحبل أصغر أو كبر ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق يجوز وطؤها لأنها قد أمنا الضرر بالاحبال . وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز ، لأن السس الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السس الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع ، فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع ، فإذا منعنا من الوطء منعنا

من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطاها ، وإذا لم يمنع من الوطاء جاز الاستخدام فإن كان أرضاً فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز ، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء ، فإذا خالف وغرس أو بنى - والدين مؤجل - لم يقلع في الحال لأنه يجوز أن يقضى الدين من غير الأرض ، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين ، فلا يجوز الاضرار بالراهن في الحال ، أضررت متوهم بالمرتهن في ثانی الحال ، فإن حل الدين ولم يقض وهجرت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع ، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز ، وإن لم يضر بالأرض نظرت ، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز ، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن

(والثاني) يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض ، وربما وقت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال ، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة محل الدين قبل انقضائها لم يجز له لأنه ينقص قيمة الأرض

وقال أبو علي الطبري رحمه الله : فيها قولان كزراعة مالا يحصد قبل محل الدين . وإن كان لحلا وأراد أن ينزبه على الأناث جاز ، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب ، فإن كان أنثى أراد أن ينزى عليها الفحل نظرت فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز ، لأنه لا ضرر على المرتهن ، وإن كان الدين محل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز ، لأنه يمكن بيعها ؛ وإن كان محل بعد ظهور الحمل ، فإن قلنا إن الحمل لا حكم له جاز لأنه يباع معها ، وإن قلنا له حكم لم يجز لأنه خارج من الرهن ، فلا يمكن بيعه مع الأم ، ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز .

(الشرح) الأحكام : وإن كان الرهن أرضاً فأراد الراهن أن يزرع فيها نظرت ، فإن كان زرعا يضر بها كزراعة ورد النيل^(١) لم يكن له ذلك ، لقوله

(١) ورد النيل نبات تكاثره الجمهورية العربية المتحدة لخطره على الأنهار والأراضي وهو نبات يتكيف ويتكاثر ويتناسك بسرعة شديدة تؤدي إلى طمس معالم الأرض والماء وقتل المحاصيل ووقف تيار الماء الجاري

صلى الله عليه وسلم ، لا ضرر ولا ضرار ، وان كان لا يضر بالارض نظرت فان كان محصوله قبل حلول الدين لم يمنع منه ، وان كان محصوله بعد حلول الدين فالنصوص انه ليس له ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يزرع الارض قولاً واحداً .
وان حدث أن زرع أو بنى في الارض فلبس يجوز قلعها أو هدمها لانه لا يجوز الاضرار به ، لانه قد يقضى الدين في مواعده

وان حل الدين ولم يقضه من غير الرهن ، نظرت فإن كانت قيمة الارض وحدها تفي بالدين بيعت بغير الغراس والبناء ، فان نقصت قيمتها بالغراس والبناء فالرهن بالخيار بين أن يقطع ويهدم ما عليها وبين أن يبيعهما بما عليها ثم يوفى المرتهن حقه . وإن كان الرهن محجوراً عليه وبيعت الارض بما عليها لم يجز للمرتهن أخذ الثمن جميعه بل يأخذ ثمن الارض وللغرماء ثمن الغراس والبناء ، فان كان ثمن الارض والغراس معاً مائتين ، وثمن الارض وحدها مائة وثمان الغراس وحده خمسين بيعت بما عليها للزيادة في الخمسين فتعلق حق المرتهن بثلثي الخمسين الزائدة وللرهن ثلثها وخمسين للغرماء ومائة للمرتهن

(فرع) إذا أراد الرهن أن يواجر الرهن الى مدة لا تنقضى الا بعد محل الدين ، فان قلنا لا يجوز بيع المستأجر لم يكن له ذلك ، لان ذلك يمنع من بيعه ، وان قلنا يجوز بيع المستأجر ففيه طريقتان ، قال عامة أصحابنا : لا يكون له ذلك لان ذلك ينقص من قيمته عند البيع . وقال أبو علي الطهرى : فيه قولان كالقوانين في زراعة مالا يحصد الا بعد محل الدين

وان كان الرهن فخلاً وأراد الرهن أن ينزبه على ماشيته أو ماشية غيره ؛ قال الشافعى رحمه الله جاز ، لان هذا منفعة ولا ينقص به كثيراً ، وان كان أتانا وأراد ينزى عليها الفحل ، فان كانت تلد قبل حلول الدين أو مع حلول الدين جاز له اسقيفاء منفعة لا ضرر على المرتهن بها . وان كانت لا تلد الا بعد حلول الدين فان قلنا : لا حكم للحمل كان له ذلك لان الحق اذا حل وهى حامل صح له بيعها مع حملها . وان قلنا للحمل حكم لم يكن له ذلك لان الحمل لا يدخل في الرهن ولا يمكن بيعها دون الحمل . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في تعلقته من غير تفصيل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتزييفها ، وفصد العبد وحجامةه ، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن . وإن أراد أن يخنن العبد ، فإن كان كبيراً لم يجز ، لأنه يخاف منه عليه وإن كان صغيراً نظرت ، فإن كان في وقت يتدخل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز ، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها ، لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز ، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة ، وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب الكلاء . فإن كان الموضع مخصصاً لم يجز له ذلك ، لأنه يفرر به من غير حاجة ، وإن كان الموضع مجزئاً جاز له ، لأنه موضع ضرورة ، وإن اختلفا في موضع النجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى ، لعدم اختيار الراهن ، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة ، فكان تقديم اختياره أولى ، وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز ، لأنه يمكن بيعه في الدين ، فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكاف بيع المدبر ، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير ، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع .

(الشرح) في الفصل لغات منها قوله : ودج الدابة بتشديد الدال وتخفيفها وهو منها كالفصد للإنسان ، ويسميه العامة في ديارنا الخزام ؛ وقوله : تزييفها مثله وفي المصباح : بزغ البيطار والحاجم بزغاً من باب قتل شرط الدم وأسأله ، وفي الأحكام مزيد بيان لنا .

أما الأحكام : فإن الراهن يملك التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كإجراء الودج أو التزييف للحيوان أو ملء الساعة ، أو تشحيم السيارة أو حقن آلة الطباعة أو نحوها بالزيت أو وضع مركبات النفطالين في الثياب حتى لا تأتي عليها العثة فتبلى وكل ما هو من شأنه إصلاح المرهون وكأله ولا ضرر فيه

على المرتهن جاز قولاً واحداً ، ولا يجوز للمرتهن منعه ، وان أراد الراهن أن يقطع شيئاً من جوارح الحيوان — فان كان في قطعه منفعة ، وفي تركه خوف عليه لفساد دب في هذا العضو ويخشى أن يمتد المرض فيتلذذ غيره أو يصيب الحيوان بالنسب ، فان للراهن أن يقطع ذلك بغير اذن المرتهن ، لأن في ذلك مصلحة من غير خوف ، وان كان يخشى من قطعه كما يخشى من بقائه ففيه وجهان ان كان الرهن دابة ، واحتاجت الى التودج وهو فتح عرقين عريضين عن يمين وتفرع الحن وبسارهما ويسميان الورددين أو الى التبريق وهو فتح الراهضة من حافره فللراهن أن يفعل ذلك بغير اذن المرتهن ، وان أراد الراهن أن يفعل شيئاً من هذا بغير اذن المرتهن .

قال الشافعي : فكل ما فيه مصلحة ولا يتضمن المضرة أصلاً جاز مثل أن يدهن الجرب بالقطران ، أما ما كان فيه منفعة وقد يضر كشرب الدواء ، ومثله اعطاء الحنق في العضل أو الوريد ، فليس للمرتهن أن يفعل ذلك بغير اذن الراهن . وقد استغرب الشيخ أبو حامد هذا في التعليق .

(فرع) للراهن أن يرعى ماشيته وليس للمرتهن منعه وذلك لأنها تأوى بالليل اليه ، وان أراد الراهن أن يبتاع بها — أي يحملها أو يسوقها الى موضع بعيد طلباً للمرعى ، فان اتفقا عليه جاز ، وان امتنع أحدهما نظرت ، فان كان الموضوع مخصصاً — أي موضع المرتهن — فله أن يمنعه لأنه رهنها فليس له نقلها بغير مسوغ أو ضرورة ، وان كان الموضوع مجدياً ، فان اتفقا على النجعة واختلفا في المكان . قال الشيخ أبو حامد : وكان المسكان متساويين في الحصب والامن قدم قول الراهن لأنه هو المالك للرقبة ، وان اختلفا في النجعة أجزر الممتنع من النجعة عليها ، لأن المرتهن ان كان هو الممتنع قيل له : ليس لك ذلك لما فيه من الإضرار بالماشية ، فاما أن تخرج معها أو تبعث بعدل أو ينصب الحاكم عدلاً ، وان كان الممتنع هو الراهن قيل له : ليس لك ذلك لانك تضر بالمرتهن ، واما ان تبعث بعدل يأخذ لبنها ويرعاها ويحفظها .

(فرع) وان كان الرهن نخلاً فأطلعت كان للراهن تأبيرها من غير اذن المرتهن لأنه مصلحة من غير ضرر ، وما ينزع من السمف والليف فهو للراهن

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

قال الشافعي : جاز له ذلك بغير اذن المرتهن مادام في ذلك مصلحة للباقي ، وكذلك اذا ازدحت وأراد تخفيفها بالقطع أو القلع وكان في ذلك مصلحة لزيادة نمو الباقي جاز للراهن بغير اذن المرتهن وكانت أخشابها من الرهن ، وان أراد الراهن تحويلها الى أرض أخرى أو قطع جميعها لم يكن له ذلك للضرر . قال الشافعي لو أراد تحويل المساق فان كان يضر بالرهن لم يكن له . وقال الشيخ أبو حامد وادأ أراد المرتهن ذلك لم يكن له .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، فان باعه أو وهبه أو جعله مهرأ في نكاح أو أجره في اجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح ، لانه تصرف لا يسرى الى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ ، وان اعتقه ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : يصح ، لانه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق ، كالاجارة .
والثاني : أنه لا يصح ، لانه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن ، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع .

والثالث : وهو الصحيح أنه ان كان موسرا صح : وان كان معسرا لم يصح لانه عتق في ملكه يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره ، فان قلنا ان العتق يصح ، فان كان موسرا أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه ، لانه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله ، وتعتبر

قيمته وقت الاعتاق لأنه حالة الإتلاف ، ويعتق بنفس اللفظ ، ومن أصحابنا من قال : في وقت العتق ثلاثة أقوال :

(أحدها) بنفس اللفظ (والثاني) بدفع القيمة (والثالث) وقوف ؛ فان دفع القيمة حكماً أنه عتق من حين الإعتاق ، وان لم يدفع حكماً أنه لم يعتق في حال الاعتاق ، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسرى ، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال - وهذا خطأ - لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر ، كما لا يسرى العتق باعتاق المعسر في العبد المشترك .

وان كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته ، فان أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانه ، وان أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين . وان قلنا ان العتق لا يصح ففسكه أو يبيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه . ومن أصحابنا من قال : يعتق ، لأنه انما لم يعتق في الحال لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق ، كما لو أحبلها ثم فسكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك ، كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر ، وبخالف الاحبال فانه فعل ، وحكم الفعل أقوى من حكم القول ، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ احباله وثبت لها حق الحرية ، ولو أعتقها لم يصح .

وان قلنا انه يصح العتق ان كان موسراً ولا يصح اذا كان معسراً : فقد بينا حكم الموسر والمعسر .

وان كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ احباله أم لا ، على الاقوال الثلاثة ، وقد بينا وجوها في العتق ، فان قلنا انه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق وان قلنا انه لا ينفذ احباله صارت أم ولد في حق الراهن لأنها علققت بحر في ملكه ، وانما لم ينفذ لحق المرتهن ، فان حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر ، وان ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته . وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه (أحدها) تجب قيمتها وقت الوطء ، لأنه وقت سبب التلف ، فاعتبرت القيمة فيه ، كما لو جرحها وبقيت ضئيلة الى أن ماتت ،

(والشأن) تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء الى حين التلف ، كما قلنا
 فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت (والثالث) أنه تجب قيمتها وقت
 الموت ، لأن اللبس حصل بالموت والمذهب الأول ، وما قال الثاني لا يصح ،
 لأن الغصب موجود من حين الأخذ الى حين التلف ، والوطء غير موجود من
 حين الوطء الى حين التلف . وما قال الثالث يبطل به اذا جرحها ثم ماتت ؛ فان
 التلف حصل بالموت ، ثم تجب القيمة وقت الجراحة ، وان ولدت نظرت ، فان
 نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص ، وان حل الدين ولم يقضه فان أمكن
 أن يقضى الدين بشئ بعضها يبيع منها بقدر ما يقضى به الدين ، وان فسكها من
 الرهن أو بيعت وعادت اليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له ، وقال المازني : لا نصير
 كما لا تعتق اذا اعتقها ثم فسكها أو ملكها ، وقد بينا الفرق بين الاعتاق والاحبال
 فأغنى عن الاعادة .

(الشرح) الحديث رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس وابن ماجه في سننه
 عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ،
 وإسناده حسن .

أما اللغات في النهاية : الضر ضد النفع ضره بضره ضرا وضرارا ، وأضر به
 يضر لإضرار ، فمعنى قوله : لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينتقصه شيئا من
 حقه والضرار فعال من الضرر ، أي لا تجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه
 والضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، أو الضرر ابتداء الفعل ؛
 والضرار الجزاء عليه .

أما الأحكام : فان أزال الرهن ملكه عن الرهن بغير إذن المرتهن نظرت
 فان كان ببيع أو هبة أو ما أشبهها من التصرفات لم يصح للحديث لأن فيها إضرار
 على المرتهن ، ولأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير احترازاً من العتق
 وقوله : يبطل به حق المرتهن من الوثيقة ، احتراز من اجارته وإعارته .
 وقوله : بغير إذن المرتهن ، احتراز منه اذا أذن ، وان كان الرهن رقيقاً فأعتقه
 الرهن بغير إذن المرتهن .

قال الشافعي في الأم : اذا كان موسرا فقد عتقه ، وإن كان معسرا فعلى قوايين
وقال في القديم : قال عطاء لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا ، ولهذا وجه .
ثم قال : قال بعض أصحابنا ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا .
واختلف أصحابنا في ترتيب المذهب ، فقال أبو علي الطبري وابن القطان : في
المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ اعتاقه موسرا كان أو معسرا (والثاني) لا ينفذ
موسرا كان أو معسرا (والثالث) ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا
وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وقف المرهون ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالعق لا لأنه حق
لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعق (والثاني) أنه لا يصح لأنه
تصرف لا يسرى الى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة

(الشرح) الاحكام : إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة
والوقف وغيره فتصرفه باطل ، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير
مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، فان أذن فيه
المرتهن صح وبطل الرهن ، لأنه اذن فيما ينافي حقه ، فيبطل بفعله كالعق ، وان
زوج الأم المرهونة لم يصح ، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد ، والله أعلم
قال المصنف رحمه الله تعالى :

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

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعليه بإذنه فبطلت به الوثيقة ، فإن أذن له في البيع لم يبطل ، إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل ، فإن كان في دين حال فعلق حق المرتهن بالثمن ، ووجب قضاء الدين منه ، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه ، وإن كان في دين مؤجل نظرت ، فإن كان الإذن مطلقاً فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة ، لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن ، فعليه بإذنه فبطل به الرهن ، كما لو أعتقه بإذنه ، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان .

قال في الاملاء : يصح ، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز .

وقال في الام : لا يصح ، لأن ما يباع به من الثمن محمول ، ورهن المحمول لا يصح ، فإذا بطل الشرط بطل البيع ، لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع ، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع .

وقال المزني : يبطل الشرط ويصح العقد ، لأنه شرط فاسد سبق البيع : فلم يمنع صحته ، كما لو قال لرجل : بع هذه السلعة والك عشر ثمنها ، وهذا خطأ ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له ، فإذا لم يسلم له الشرط - بطل الأذن فيصير البيع بغير إذن ، ويخالف مسألة الوكيل : فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الأذن ، وإنما جعله في مقابلة البيع وهما جعل تعجيل الدين في مقابلة الأذن ، فإذا بطل التعجيل بطل الأذن ، والبيع بغير إذن المرتهن باطل . وحكى عن أبي إسحاق أنه قال : في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً ، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً .

(الشرح) الاحكام : بيانه في الفصول السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

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

(فصل) وان جنى العبد المرهون لم يخل اما أن يجنى على الاجنبي ، أو على المولى أو على مملوك للمولى ، فان كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجنى عليه برقبته ، ويقدم على حق المرتهن ، لأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، ولان حق المجنى عليه يختص بالمعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه ، وحق المرتهن يتعلق بالمعين والذمة ، فادنا قدمنا حق المجنى عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجنى عليه ، فان سقط حق المجنى عليه بالغفو أو الفداء بقى حق المرتهن ، لان حق المجنى عليه لم يبطل الرهن وانما قدم عليه حق المجنى عليه لقوته ، فادنا سقط حق المجنى عليه بقى حق المرتهن وان لم يسقط حق المجنى عليه نظرت ، فان كان قصاصا في النفس اقتصر له وبطل الرهن ، وان كان في الطرف اقتصر له ، وبقي الرهن في الباقي ، وان كان مالا وأمسك أن يوفى حقه يبيع بعضه ببيع منه ما يقضى به حقه ، وان لم يمكن الا ببيع جميعه ببيع فان فضل عن حق المجنى عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن وان كانت الجناية على المولى نظرت ، فان كان فيما دون النفس اقتصر منه ان كان عمداً ، وان كان خطأ أو عمداً فعنى عنه على مال لم يثبت له المال .

وقال أبو العباس : فيه قول آخر أنه يثبت له المال ، ويستفيد به ببيعه وابطال

حق المرتهن من الرهن ، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي ، والصحيح هو الأول ، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده ولهذا لو أتلّف له مالا لم يستحق عليه بدله ، ووجه الأول يبطل غير المرهون ، فإنه يجب له القصاص في العمد ، ولا يجب له المال في الخطأ ، وإن كانت الجنابة على النفس - فإن كانت عمدا - ثبت للوارث القصاص ، فإن اقتصر بطل الرهن وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى على مال فقيه قولان .

أحدهما : لا يثبت له المال ، لأن الوارث قائم مقام المولى ، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال ، فلا يثبت لمن يقوم مقامه .

والثاني : أنه يثبت له ، لأنه يأخذ المال عن جنابة حصلت ، وهو في غير ملكه فصار كالو جنى على من يملكه المولى ، وإن كانت الجنابة على مملوك للمولى ، فإن كانت على مملوك غير مرهون ، فإن كانت الجنابة عمدا . فللمولى أن يقتص منه . وإن كانت خطأ أو عمدا وعفا على مال لم يجز . لأن المولى لا يستحق على عبده مالا . وإن كانت الجنابة على مملوك مرهون عند مرتهن آخر . فإن كانت الجنابة عمدا فللمولى أن يقتص منه . فإن اقتصر بطل الرهن . وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى على مال ثبت للمال لحق المرتهن الذي عنده المجنى عليه ، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته . فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكّن أن يقضى أرش الجنابة ببيع بعضه ببيع منه ما يقضى به أرش الجنابة ويكون الباقي رهنا . فإن لم يمكن إلا ببيع جميعه ببيع . وما فضل من ثمنه يكون رهنا . فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه فقيه وجهان .

(أحدهما) أنه ينقل القاتل الى مرتهن المقتول . ليسكون رهنا مكانه . لأنه لا فائدة في بيعه .

(والثاني) أنه يباع لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهين وثيقة بدينه . وإن كانت الجنابة على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل . فإن كانت عمدا فاقترض منه بطل الرهن . وإن كانت خطأ أو عمدا وعنى عنه على مال نظرت . فإن اتفق الدينان في المقدار والحلول

والناجيل ، وانفقت قيمة العبيد ترك على حاله ، لأنه لا فائدة في بيعه : وان كان الدين الذي رهن به المقتول حلالا . والدين الذي رهن به القاتل مؤجلا . بيع لأن في بيعه فائدة ، وهو أن يقضى الدين الحال ، فان اختلف الدينان . وانفقت القيمتان نظرت ، فان كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبيع لأنه مرهون بقدر ، فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه .

وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل ، فإن في نقله فائدة ، وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذي هو مرهون به ، وهل يباع وينقل ثمنه ؟ أو ينقل بنفسه ؟ فيه وجهان ، وقد مضى توجيهمهما ، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة ، واختلاف القيمتان نظر فيه ، فان كانت قيمة المقتول أكثر لم يبيع ، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة ، وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة ، فلا يكون في بيعه فائدة ، وان كانت قيمة القاتل أكثر يبيع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهناً بالحقن الذي كان المقتول رهناً به وباقية على ما كان .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي وفي لفظه إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علقها ولين الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته ، رواه أحمد وتقدم كلام المحدثين في أول الباب مستوفى فيراجع .
أما أحكام الفصل : فقد تكلمنا على مضمونه فيما سبق فيما يصلح الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن جنى العبد المرهون بأذن المولى نظرت ، فان كان بالغاً عاقلاً لحكمه حكم ماله ولو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش ، على ما بيناه ، ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم ؛ فإنه يأثم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعان على قتل مسلم ولو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله فان كان غير بالغ نظرت فان كان مميزاً يعرف ان طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص . فان القصاص لا يجب على الصبي وإن كان صغيراً لا يميز أو أعمى لا يعرف ان طاعة المولى لا تجوز

في القتل لم تتعلق الجنسية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى . فان كان موسراً أخذ منه الأرش ، وان كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله يباع العبد في أرش الجناية ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره . وقال يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها ، ومنهم من قال : لا يباع لأن القاتل في الحقيقة هو المولى ، وإنما هو آله كالسيف وغيره ، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد اذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال يؤخذ منه الأرش ان كان موسراً بحكم إقراره ، وان كان معسراً يبيع العبد بظاهر البينة والله أعلم .

(فصل) وان جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن ، لأنه هو المالك للعبد ، ولما يجب من بدله ، فان ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن ، فان نكل فهل ترد اليمين على المرتهن ، فيه قولان : بناء على القولين في المفلس ، اذا ردت عليه اليمين فنكل ، فهل ترد على الغريم ؟ فيه قولان . (أحدهما) لا ترد ، لأنه غير مدع .

(والثاني) ترد ، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين . فهو كالمالك . فان أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين . فان كانت الجناية موجبة للقود . فالراهن بالخيار بين أن يقتصر وبين أن يعفو . فان اقتصر بطل الرهن . وان قال : لا أقتصر ولا أعفو ففيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة : للمرتهن اجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لأن له حقاً في بدله لجاز له اجباره على تعيينه .

وقال أبو القاسم الدارمي : ان قلنا : ان الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك اجباره لأنه اذا ملك اسقاط القصاص فلان يملك تأخيره أولى . وان قلنا : ان الواجب أحد الأمرين أجبر على التعمين لان له حقاً هو القصاص وللمرتهن حقاً هو المال فلزمه التعمين وان عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش . وتعلق حق المرتهن به . لأن الأرش بدل عن المرهون . فتعلق حق المرتهن به . وان أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط . لانه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه

منه سقط ، فكذلك إذا أسقط من بدله ، فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه ، كما لو كان الرهن باقياً فوهبه . وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يبطل ، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة ، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة .

(والثاني) لا يبطل ، لأن الذي أبطله هو الإبراء ، والإبراء لم يصح ، فلم يبطل ما تضمنه ، فإن أبرأه الرهن من الأرش لم يصح إبراؤه ، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الرهن للجاني من الأرش ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ينفذ ، لأن المنع منه لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الرهن .

(والثاني) أنه لا ينفذ لأننا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه ، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه .

وان أراد أن يصلحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجوز ، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة ، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه ، فإن رضى المرتهن بالصالح فصالح على حيوان تعاق به حق المرتهن ، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهناً مكانه ؛ فإن كان مماله منفعة انفرد الرهن بمنفعته ، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه ، فإن كان المرهون جارية لحق عليها فأسقطت جنيناً ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجاً من الرهن لأنه بدل عن الولد ، والولد خارج من الرهن ، فيمكن بدله خارجاً منه . وإن كانت بهيمة فالقت جنيناً ميتاً وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهناً ، لأنه بدل عن جزء من المرهون ، فإن ألقته حياً ثم مات ففيه قولان : (أحدهما) يجب عليه قيمة الولد حياً لأنه يمكن تقويمه ، فيكون للرهن ، فإن

عنى عنه صح عفوہ (والثانى) يجب عليه أكثر الامرين من قيمته حيا أو مائتصر
من قيمة الام ، فان كان قيمته حيا أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوہ عنه ،
وان كان ما نقص من قيمة الام أكثر كان رهنا .

(فصل) وان جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجانى فأقر رجل أنه هو
الجانى ، فان صدقه الراهن دون المرتهن : كان الارش له ولا حق المرتهن فيه
وان صدقه المرتهن دون الراهن كان الارش رهنا عنده ، فان لم يقضه الراهن
الدين استوفى المرتهن حقه من الارش ، فان قضاه الدين أو أبراه منه المرتهن رد
الارش الى المقر .

(الشرح) حديث من أغان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله مكتوب بين
عينيه : آيس من رحمة الله ؛ أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه ،
قال المناوى : كناية عن كونه كافراً اذ لا يبأس من روح الله الا القوم الكافرون
وهذا زجر وتهويل أو المراد يستمر . هذا حاله حتى يطهر بالنار ثم يخرج . اه
وقال الحنفى : ان استحل ذلك فهو كافر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان كان المرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خيراً زال ملك
الراهن عنه وبطل الرهن لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه
وبطل الرهن كالحيو ان اذا مات ، فان تخلت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحا يجوز
التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة اذا دبح ، ويعود رهنا لانه عاد الى الملك
السابق ، وقد كان فى الملك السابق رهنا فعاد رهنا ، فان كان المرهون حيوانا
فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن فيه وجهان . قال أبو على ابن
خبران يعود رهنا ، كما لو رهته عصيراً فصار خيراً ثم صار خلا . وقال أبو اسحاق
لا يعود الرهن لانه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنا بخلاف الخمر
فانها صارت خلا بغير معنى من جهته

(الشرح) الاحكام : اذا رهته عصيراً صح رهته كالثياب ، ولان أكثر ما فيه
أنه يخشى تلفه بأن يصير خمرأ ، وينسخ الرهن ، وذلك لا يمنع صحة الرهن ،

كالحيوان يجوز رهنه ، وإذا جاز أن يموت ، فإذا رهنه عَصيراً فاستحال خلا أو مالا يسكر كثيره ، فالرهن فيه بحاله لأنه يتغير إلى حالة لا تخرجه عن كونه مالا فلم يخرجه من الرهن ، كالمو رهنه عبداً شاباً فصار شيخاً ، فإذا رهنه عَصيراً فاستحال خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن فيه . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يزول ملك الراهن عنه ، ولا يبطل الرهن به لأنه يجوز أن تصير له قيمة دليلنا أن كونه خمراً يمنع صحة التصرف فيه ، والضمان على متلفه . فبطل به الملك والرهن ، كموت الشاة .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إراقته : فإن أتلف فلا كلام ، ولا خيار للرتن في البيع — إن كان شرط رهنه فيه — إذا كان انقلابه بيده ، لأن التالف حصل بيده ، وإن استحال الخمر خلا بنفسه من غير معالجة عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف ، وعاد الرهن فيه للرتن : لأننا إنما حكمنا بزوال ملك الراهن عنه وبطلان الرهن بحدوث الاسكار ، وقد زالت تلك الصفة من غير أن تخاف نجاسة فوجب أن يعود إلى سابق ملكه كما كان .

فإن قيل : أليس العقد إذا بطل لم يصح حتى يبتدأ ، والرهن قد اطل فكيف عاد من غير أن يحدد عقده ؟ قيل إنما يقال ذلك إذا وقع العقد قاسداً ، وأما وقد وقع العقد صحيحاً ابتداءً ثم طرأ عليه ما أخرجه عن حكم العقد فإنه إذا زال ذلك المعنى عاد العقد صحيحاً ، كما نقول : إذا أسلمت زوجة الكافر يحرم عليه وطؤها فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد العقد كما كان ، وكذلك إذا ارتد الزوجان أو أحدهما ، فإذا استحال الخمر خلا بصنعة آدمى لم يطهر بذلك . بل تزول الخمرية عنه ، ويكون خلا نجساً لا يحل الاتئام به ، ولا يعود امتلاكه ولا رهنه . وقال أبو حنيفة : يكون طاهراً يحل شربه والرهن فيه بحاله

دليلنا ما روى أبو طلحة رضى الله عنه قال : لما نزل تحريم الخمر قلت : يا رسول الله إن عندي خمراً لا يتام ورثوه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أرقه قلت أفلا أخلله ؟ قال لا ، فنماه عن تخليله . وهذا يقتضى التحريم . فإن كان مع رجل خمراً فأرقه فأخذ هذه آخر وصار في يده خلا أو وهبه لغيره فصار في يد الموهوب خلا ، ففيه وجهان .

من أصحابنا من قال يكون لمن أراقه ، لأنه يعود إلى سابق ملكه ، والمملك
للبريق ، فهو كما لو غصب من رجل خمرأ وصار في يده خلا (والثاني) يكون
ملكاً لمن هو في يده ، لأنه إذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه ، فإذا جمعه الآخر
صارت له عليه يد والاول أصح .

قال ابن الصباغ : إذا رهنه عسيراً فصار خمرأ في يد الراهن قبل القبض بطل
الرهن ، فإن عاد خلا لم يعد الرهن ، ويخالف إذا كان بعد القبض لأن الرهن
قد لزم ، وقد صار مانعاً للملك ، وكذلك إذا اشترى عسيراً فصار خمرأ في يد
البايع وعاد خلا فسد العقد ولم يكن ملكاً للشترى بعوده خلا ، والفرق بينه وبين
الرهن أن الرهن عاد تبعاً للملك الراهن ؛ وما هنا يعود لملك البايع لعدم العقد .

(فرع)

إذا رهن عند رجل شاة وأقبضه أياها فمات زال ملك الراهن وبطل
الرهن فيما لا تنها خرجت عن أن تكون مالا ، فإن أخذ الراهن جلدتها فدبغها
عاد ملكه على الجلد بلا خلاف ؛ وهل يعود رهننا ؟ فيه وجهان

قال ابن خيران : إنما عاد بمعالجته ، ومعنى أحده بخلاف الحجر ، وسئل
أبو إسحاق عن رجل ماتت له شاة ، فجاء آخر وأخذ جلدتها فدبغها ، فقال إذا لم
يطرحها مالكم فإن الجلد للمالك الشاة دون الدابغ ، لأن الملك وإن عاد بمعنى
أحدثه الدابغ إلا أن يد المالك كانت مستقرة على الجلد وجوز له استصلاحه فإذا
غصبه غاصب ودبغته لم ينقل يد المالك كما لو كان له جرو كلب يريد تعليمه الصيد
فغصبه إنسان وعلمه ، فإن المغصوب منه أحق به ، لأن يده كانت مستقرة عليه ،
قال فأما إذا طرح صاحب الشاة شاته على المزبلة فأخذ رجل جلدتها ودبغها ملكه
لأن المالك قد أزال يده عنها . قيل له : أليس من يحجر موتا يكون أحق بإحيائها
من غيره ثم جاء غيره فأحياها ملكها ، فقال الفرق بينهما أن من يحجر على شيء
من الموات صار به بمعنى أثره فيه ، وهو الحجز ويده ضعيفة لاستبدال مالك ،
فإذا وجد سبب الملك وهو الأحياء بطلت يده ، وكذلك من ماتت له شاة لأن
يده مقرة عليها بالملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يعلق الرهن بمن رهنه ، ولا أنه وثيقة بدين ليس بعروض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن ، فإن غضب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرره فيه وجهان (أحدهما) لا يغرره لأنه دخل على الأمانة (والثاني) له أن يغرره لأنه أخذ من يد ضامته ، فإن قلنا أنه يغرره فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه غره (والثاني) لا يرجع لأنه حصل الناف في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن بدأ وغرم الراهن ، فإن قلنا أن المرتهن إذا غرم يرجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه ، وإن قلنا أن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجوع عليه الراهن بما غرمه ، فإن رهن عند رجل عيناً وقال رهنتك هذا إلى شهر فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته والبيع باطل لأنه علقه على شرط فإن هلك العين قبل الشهر لم يضمن لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض من رهن صحيح ، وإن هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

(الشرح) الحديث مر تخريجه في غير موضع

أما الأحكام فإنه إذا قبض المرتهن الرهن فملك في يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شيء ؛ وبه قال الأوزاعي وعطاء وأحمد وأبو عبيد وهي إحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وذهب الثوري وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، فإذا هلك فإن كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقي له من الدين عشرة . وإن كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فملك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه ، ولا يرجع الراهن عليه بشيء لسقوط الدين ، وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه .

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكال قيمته ، ثم
يترادان : وهي الرواية الثانية عن علي رضي الله عنه .

وذهب الشعبي والحسن البصري إلى أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن سقط
جميع دينه ، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين .
وقال مالك : إن هلك الرهن هلاكا ظاهرا ، مثل أن كان عبداً فمات أو داراً
فاحتترقت فهو غير مضمون على المرتهن ، وإن هلك هلاكا خفياً ، مثل أن يدعى
المرتحن أنه هلك ، فهو مضمون كما قال إسحاق بن راهويه .

دليلنا ما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : لا يخلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه ، فهذا
الحديث دليل في ثلاثة أمور :

(أحدها) قوله صلى الله عليه وسلم : لا يخلق الرهن ، وله ثلاثة تأويلات .
أحدها : لا يكون الرهن للمرتحن بحقه إذا حل الحق . والتأويل الثاني : لا يسقط
الحق بتلفه . والثالث : أي لا يخلق حتى لا يكون للراهن فسكه عن الرهن بل له
فسكه . فإن قيل فهذا حجة عليكم لأن قوله صلى الله عليه وسلم : لا يخلق الرهن ،
أي لا يهلك بغير عوض . قال زهير :

وفارقتك رهن لا فئكك له يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا
يعنى ارتحن تخليه الحب يوم الوداع ، فأسمى وقد غاق الرهن ، أي هلك بغير
عوض . قلنا هذا غلط لأن القلب لا يهلك ، وإنما معناه أن القلب صار رهننا بحقه
وقد انخلق انغلاقاً لا ينفك

(الثاني) قوله صلى الله عليه وسلم : من رهنه ، يعنى من ضمانه ، قال الشافعي
رضي الله عنه : وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم إذا قالوا هذا الشيء من فلان
يريدون من ضمانه .

(الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم : له غنمه وعليه غرمه ، قال الشافعي
رضي الله عنه وغرمه هلاكه وعطبه ، ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً لم
يضمن فوجب إذا كان صحيحاً أن لا يضمن أصله ، كالوديعة ومال المضاربة
والوكالة والشركة ، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض

وان غصب رجل من رجل عينا فرهنها عند آخر وقبضها المرتهن فأتلفها أو تلفت عنده بغير تفريط ، فإن كان عالما بأنها مفصولة فبلغه وب منه أن يرجع بقيمتها على الغاصب أو المرتهن لأنه أتلفها ولأنه كان عالما بغصبها فاستقر عليه الضمان لحصول التلف في يده ، وان رجع المخصوص منه على المرتهن لم يرجع المرتهن على الراهن لأن الضمان استقر عليه . وان كان المرتهن غير عالم لسكونها مفصولة وتلفت عنده من غير تفريط فبلغه وب منه أن يرجع على الغاصب لأنه أخذها من مالها متعديا .

وهل للدالك أن يرجع على المرتهن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه لأنه أخذها على وجه الامانة (والثاني) يرجع عليه لأنه أخذها من يد ضامنه .

وإذا قلنا يرجع على المرتهن ، فهل المرتهن أن يرجع بما ضمنه على الراهن ؟ قال أبو العباس بن مريج من أئمتنا : لا يرجع لأنه تلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وفيه وجه آخر . ولم يقل الشيخ أبو حامد في التعاقب غير أنه يرجع عليه ، لأن المرتهن أمين فلا يضمن بغير تعد ، فيكون تلف الرهن من ضمان الراهن ، فرجع بالقيمة عليه لأنه غره . وان بدا المخصوص منه المرتهن أنه لا يرجع على الراهن رجح الراهن ها هنا على المرتهن

وقال في الأئم ، ولو رهنه رهنا على أنه اذا دفع الحق وقضاه أخذ الرهن ، وان لم يقض له بدبته فالرهن والبيع فاسدان ، وهذا صحيح

قال العمراني : أما الرهن فبطل لأنه مؤقت لمحل الدين ومن شأنه أن يكون مطلقا . وأما البيع فبطل لأنه معاق بزمان مستقبل ، فيكون هذا الرهن في يد المرتهن الى أن يحل الحق غير مضمون عليه لأنه مقبوض عن رهن فاسد ، وحكم المقبوض في الضمان عن العقد الفاسد كالمقبوض عن العقد الصحيح ، فان تالف الرهن لم يضمن واذا حل الحق كان مضمونا على المرتهن لأنه مقبوض عن بيع فاسد فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

فهل هذا اذا تلفت في يده لزمه ضمانه سواء فرط فيه أو لم يفرط

قال المصنف رحمه الله :

باب اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنتك . وقال المرتهن رهنتى فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد .

(فصل) إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال المرتهن بل رهنتى الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهنا بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهنا برد المرتهن .

(الشرح) الأحكام :

أولاً : إذا اختلف المتراهنان ، فقال أحدهما الآخر لقد رهنتى عيناً بدين لى عليك ، فقال الآخر : ما رهنتكما — ولم تكن ثم يمينه ، فالقول قول من عليه الدين مع يمينه أنه ما رهنه ، لأن الأصل عدم الرهن .

ثانياً : اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن منه راديو (مذياع) فقال الراهن : ما رهنتك هذا المذياع وإنما رهنتك مرناة (تليفزيون) حلف الراهن أنه ما رهنه الراديو وإنما رهنه التليفزيون . فخرج المذياع عن أن يكون رهنا بيمين الراهن وخرج التليفزيون عن أن يكون رهنا بإنكار المرتهن له .

ثالثاً : اختلفا في قدر الرهن ، فقال المرتهن : رهنتى هاتين الدراجتين بعشرة جنيهات فقال الراهن : بل رهنتك إحداهما بعشرة .

رابعاً : اختلفا في قدر الدين المرهون به فقال المرتهن : رهنتى هذه السيارة بمائة لى عليك ، وقال الراهن : بل رهنتكما بخمسين . فالقول فى الثالث والرابع قول الراهن مع يمينه فى كل من المثلين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما وقال مالك رضى الله عنه : القول قول من الظاهر معه . فإن كانت الدراجة التى أقر الراهن برهنها تساوى عشرة أو دونها ويرهن مثلها بعشرة فالقول قول الراهن وإن كانت لا تساوى عشرة ولا يرهن مثلها فى العادة بعشرة فالقول قول المرتهن

وكذلك في السيارة القول قول المرتهن في قدر الرهن إن كانت قيمة السيارة مائة ، وإن كانت قيمتها أكثر من مائة فالقول قول الراهن .

داينا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وهذا الراهن منكر فيهما ، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قول الراهن ، فكذلك إذا اختلفا في قدر المعقود عليه .

خامساً : ان كان له عليه ألف مؤجلة وألف معجلة فرهنه سياره بألف ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رهنتنيه بالآلاف الحال . وقال الراهن : بل رهنتكك بالآلاف المؤجل ، فالقول قول الراهن مع ميمنه ، لما ذكرناه في المسائل قبلها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإذا اختلفا في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال : بل رهنتني هذين العبدين فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به ، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فإن رهنه أرضاً وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن ، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن . وقال المرتهن : بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض فالقول قول الراهن . وقال المزني : القول قول المرتهن لأنه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين .

وقوله : إنه في يده لا يصح ، لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد ، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن ؛ وإن كانت العين في يد المرتهن ، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا : إنه يصح العقد فاختلفا في مقدار الحمل الأول ، فالقول قول الراهن ، وقال المزني : القول قول المرتهن ، لأنه في يده ، وهذا لا يصح ، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به ، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد .

(الشرح) الأحكام : إذا رهنه أرضاً ووجد فيها نخل أو شجر ، فقال المرتهن : كان هذا موجوداً وقت الرهن فهو داخل في الرهن . وقال الراهن :

بل حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن ، فإن كان ما قاله المرتهن غير ممكن كأن يكون النخل صغيراً وكان العقد من مدة لا تسمح بأن يكون النخل باقياً على صفوه لحدائته مظهره فلا يجوز من ثم أن يكون النخل موجوداً وقت العقد ، فالقول قول الراهن من غير يمين ، لأنه لا يمكن صدق المرتهن .

وإن كان ما قاله الراهن غير ممكن ، كأن يكون لعقد الرهن مدة لا يمكن حدوث النخل بعدها الكبر النخل وقصر مدة العقد وما إلى ذلك فالقول قول المرتهن بلا يمين لأن ما يقوله الراهن مستحيل فلم يقبل قوله .

وإن كان يمكن صدق كل منهما كأن يكون احتمال وجود النخل مساوياً لاحتمال حدوثه بعد العقد ، قال الشافعي رضى الله عنه : فالقول قول الراهن مع يمينه . قال المزني قولاً ضعيفاً في المذهب : القول قول المرتهن : لأنه في يده . والمذهب الاول ، لأن المرتهن قد اعترف للراهن بملك النخل ، وقد صار يدعى عليه عقد الرهن ، والراهن ينسكرك ذلك ، فكان القول قول الراهن ، كما لو ادعى عليه عقد الرهن في النخل مفرداً دون الارض واما اليد التي تعمل بها المزني فلا يرجح بها في دعوى اعدوا وانما يرجح بها في دعاوى الملك فإذا حلف الراهن نظرت فإن كان الرهن في القرض أو كان متطوعاً به في الثمن غير مشروط في البيع بقي الرهن في الارض ولا كلام وإن كان الرهن مشروطاً في البيع فإن هذا الاختلاف يوجب التحالف وقد حلف الراهن وخرج الرهن عن الراهن ، فان رضى المرتهن بذلك فلا كلام ، وان لم يرض حلف المرتهن أن النخل كان داخلاً في الرهن . وهل يفسخ البيع والرهن بنفس التحالف أو بالفسخ ؟ على الوجهين في التحالف . فان قلنا لا يفسخ فتنطوع الراهن بتسليم النخل رهناً فليس المرتهن يفسخ البيع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن : رهنتك هذا للعبد بألف وقال المرتهن : بل رهنته بألفين فالقول قول الراهن ، لأن الاصل عدم الالف فان قال رهنته بألف وزادني ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالالفين . وقال المرتهن

بل رهنتني بالالفين ، وقلنا : لا تجوز الزيادة في الدين في رهن واحد ففيه وجهان أحدهما : أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا في صفته .

والثاني : أن القول قول المرتهن ، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين ، والراهن يدعى أن ذلك كان في عقد آخر ، والأصل عدمه ، فكان القول قول المرتهن ، فان بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل ، ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن أذنت له في الرهن بعشرة ، وقال المرتهن بل بعشرين نظرت ، فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة ، ولا يمين على الراهن ، لأنه لم يعقد العقد ، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فاذا حلف بقي الرهن على عشرة ، وعلى الرسول عشرة ، لأنه أقر بقبضها .

(الشرح) إذا اختلفا فقال الراهن رهنتك شيئا بمائة بعقد ثم زدني مائة أخرى فعقدت الرهن بها على هذا الشيء قبل فسخ العقد ، إذا حدث هذا وقلنا : لا يصح ذلك ، وقال المرتهن بل ارتهنته منه بالمائتين بعقد واحد ففيه وجهان .
(أحدهما) القول قول الراهن مع يمينه ، لأنهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قوله ، فكذلك إذا اختلفا في صفته (والثاني) القول قول المرتهن مع يمينه ، لأنهما اتفقا على عقد الرهن ، والراهن يدعى معنى يفتضى بطلانه ، والأصل عدم ما يبطله .

(فرع) إذا قال الرجل لغيره هذه السيارة التي عندي هي لك رهنتنيها بألف لي عليك ، فقال له : هذه السيارة لي ودبعة لي عندك ، وإنما رهنتك بألف على سيارة أخرى أحرقتها ، وأنا استحق عليك قيمتها ، فالقول قول المقر مع يمينه ، أنه ما أحرق له سيارة ولا شيء له عليه من القيمة لأن الأصل براءة ذمته والقول قول المقر له مع يمينه أنه ما رهنه هذه السيارة ، وعليه الألف لأنه مقر بوجودها (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه في الأم : إذا قال الرجل لغيره رهنتك عبدي هذا بألف درهم لك علي ، فقال المرتهن بل رهنتنيه أنا وزيدا بألفي درهم ألف درهم لي وألف درهم لزبد ، وادعى زيد بذلك ، فالقول قول الراهن أنه

مارهن زيدا شيئا ، فإذا حلف كان العبد رهنا عند الذي أقر له به ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا لا يجيء على أصل الشافعي رحمه الله ، لأن المالك أقر للمرتهن برهن جميع العبد ، وهو لا يدعى نصفه ، وإنما ادعى وقد حلف له المالك ، فيجب ألا يبقى عند المقر له إلا نصف العبد مرهوناً .

قال الشافعي رحمه الله : وأما إذا قال لغيره رهنتك عبدي هذا بألف درهم لك علي ، فقال المرتهن هذا الألف الذي أقررت أنه لي رهنتي به العبد هو لي ولزيد قيل ذلك لأنه لإقراره في حق نفسه فقبل ، فيكون بينه وبين زيد

قال الشيخ أبو حامد ، ولم يذكر الشافعي رحمه الله حكم الرهن هاهنا ، ولكن يكون العبد رهنا بالألف لأن المرتهن اعترف بالحق الذي أرهن به أنه له ولغيره فقبل لإقراره في ذلك ، كما لو كان له ألف برهن ، فقال هذا الألف لزيد ، كان له الألف بالرهن ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) قال في الامم إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال رهنتيه بألف وقال السيد بل بعنته بألف حلف السيد أنه ما رهنته بألف : لأن الاصل عدم الرهن ، وبحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه ، لأن الاصل عدم الشراء ، ويأخذ السيد عبده ، فإن قال السيد رهنته بألف قبضتها منك قرضاً ، وقال الذي في يده العبد بل بعنتيه بألف قبضتها مني ثمناً ، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه ، لأن الاصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجودها ، فان قال الذي في يده العبد بعنتيه بألف ، وقال السيد بل رهنته بألف حلف السيد أنه ما باعه ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن ، والمرتهن ينسكرك ، ومتى أنكرك المرتهن الرهن زال الرهن .

(الشرح) ذكر الشافعي رحمه الله في باب الرسالة من الامم أربع مسائل الأولى ، إذا دفع لرجل ثوباً ، وأرسله ليرهنه له بحق عند رجل فرهنه ، ثم اختلف الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن جأني برسالتك في أن أسلمتك عشرين

فأعطيته إياها فكذبه الرسول ، فالتقول قول الرسول والمرسل . ولا أنظر إلى قيمة الرهن . قال العمراني فيحلف الرسول أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا يمين على المرسل ، لأن الرسول هو الذي باشر العقد

قال ابن الصباغ : وعندى أن المرتهن إذا ادعى مع المرسل أنه أذن له في ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يحلفه ، لأن المرسل لو أقر بذلك لزمه ما قاله ، فإذا أنكره حلف له .

الثانية : ولو صدقه الرسول فقال : قد قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل ، وكذبه المرسل ، كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلا بعشرة ولا دفع إليه إلا هي ، وكان الرهن بعشرة ، وكان الرسول ضامنا للعشرة التي أقر بقبضها مع العشرة التي أقر بها المرسل - بفتح السين - بقبضها . قال ابن الصباغ وعندى أن المرتهن إذا صدق الرسول أن الراهن أذن له في ذلك لم يكن له الرجوع على الرسول لأنه يقر أن الذي ظلمه هو المرسل

الثالثة : قال الشافعي ولو دفع إليه ثوباً فرهنه عند رجل . وقال الرسول أمرتني برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته ، وقال المرسل أمرتك أن تستلف من فلان عشرة بغير رهن . ولم أذن لك في رهن الثوب ، فالتقول قول صاحب الثوب والعشرة حالة عليه . ولو كانت المسألة بحالها فقال أمرتك بأخذ عشرة سلماً في عيدي فلاخ ، وقال الرسول بل في ثوبك هذا أو عبدك هذا العبد غير الذي أقر به الأمر فالتقول قول الأمر والعشرة حالة عليه

ويسوق العمراني في البيان المسألة بصورة أخرى فيقول : إذا دفع إليه ثوباً وعبداً وأمره أن يرهس أحدهما عند رجل بشيء يأخذه له منه فرهن الرسول العبد ثم قال المرسل إنما أذنت له في رهن الثوب ، وأما العبد فوديعة ، وقال الرسول أو المرتهن ، إنما أذنت له في رهن العبد ، حلف المرسل أنه ما أذن له في رهن العبد وخرج العبد عن الرهن بيمينه . وخرج الثوب عن الرهن لأنه لم يرهن ، الرابعة : إذا قال المرسل أمرتك برهن الثوب ونهيتك عن رهن العبد ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الرسول بينة أذن له في رهن العبد فيصح ، وإذا احتمل هذا

وهذا فقد وجد من الرسول عقد الرهن على العبد ، والظاهر أنه عقد صحيح ، فلا يحكم بطلانه لأمر محتمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اتفقا على رهن عين ، ثم وجدت العين في يد المرتهن ، وقال الراهن قبضته بغير اذن ، وقال المرتهن بل قبضته باذنك فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ، ولانها لو اختلفا في أصل العقد والعين في يد المرتهن كان القول قول الراهن ، فكذلك اذا اختلفا في الاذن ، فان اتفقا على الاذن فقال الراهن رجعت في الاذن قبل القبض . وقال المرتهن لم يرجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن ، لان الاصل بقاء الاذن ، وان اتفقا على الاذن واختلفا في القبض فقال الراهن لم تقبضه ، وقال المرتهن بل قبضت ، فان كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لان الاصل عدم القبض ، وان كان في يد المرتهن فالقول قوله لانه اذن في قبضه والعين في يده ، فالظاهر أنه قبضه بحق ، فكان القول قوله . وان قال رهنته وأقبضته ثم رجعت ، وقال ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض ، فالمصوح أنه يحلف .

وقال أبو اسحاق ان قال وكبلي أقبضه وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف . وعليه تأول النص . وان قال أنا أقبضته ثم رجعت لم يحلف لان اقراره المقدم يكذبه . وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا انه يحلف لانه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به ، ولم يكن قبض .

(الشرح) اذا كان في يد رجل شيء لغيره فقال من بيده الشيء للمالك رهنتي هذا بألف هي لي عليك قرضا . وقال المالك بل بعنتك بألف هي لي عليك ثمتا حلف المالك أنه ما رهنته هذا الشيء ، لان الاصل عدم الرهن ، ويحلف من بيده الشيء أنه ما اشتراه ، لان الاصل عدم الشراء ، ويبطل العقدان ويسقط المالاين ويرد الشيء الى صاحبه . فان قال من بيده الشيء رهنتيه بألف أقبضتها ، وقال المالك بل رهنتك بألف لم أقبضها — فالقول قول المالك مع يمينه — لان الاصل عدم القبض

قال العمراني في البيان : وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبداً) بعنتيه بألف وقال السيد : رهنتك بألف ، حلف السيد أنه ما باعه العبد ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لأن المبيع زال بيمين السيد ، وبطل الرهن ، لأن المالك يقر له به والمرتهن ينكره ، ومتى أنكرت المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال قال الشيخ أبو إسحاق في المهذب والمحاملي في المجموع : فإن قال السيد : رهنتك بألف قبضتها مني ثمنا حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه ، لأن الأصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف ، لأنه مقر بوجودها . قلت : والذي يقتضى القياس عندي أنه لا يمين على الذي بيده العبد لأنه ما ارتهن العبد لما ذكرناه في المسألة قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن رهن عصيراً وأقبضه ، ثم وجده خمرًا في يد المرتهن فقال : أقبضتني وهو خمر ، فلي الخيار في فسخ البيع . وقال الراهن : بل أقبضتني وهو عصير ، فصار في يدك خمرًا ، فلا خيار لك ، ففيه قولان .
(أحدهما) أن القول قول المرتهن ، وهو اختيار المزني : لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحاً ، والأصل عدمه .

(والثاني) أن القول قول الراهن ، وهو الصحيح ، لأنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفي الصفة ، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض ، وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن رهنتني وهو خمر . وقال الراهن : بل رهنتك وهو عصير . فصار عندك خمرًا ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم : هي على قولين .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : القول قول المرتهن قولاً واحداً ، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه . فإن رهن عبداً فأقبضه في محمل أو ملفوفاً في ثوب ، ووجد ميتاً . فقال المرتهن أقبضتني وهو ميت ، فلي الخيار في فسخ البيع . وقال الراهن أقبضتني حياً ثم مات عندك ، فلا خيار لك ففيه طريقان .
(أحدهما) وهو الصحيح : أنه على القولين كالعصير (والثاني) وهو قول

أبي على الطبري أن القول قول المرتهن ، لأن هذا اختلاف في أصل القبض لأن الميت لا يصح قبضه ، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً ، بخلاف العصير ، فإنه يقبض في الظرف ، والظاهر منه الصحة .

(الشرح) الاحكام : إذا رهنه عيناً فوجدت في يد المرتهن ، فقال المرتهن . قبضتها بإذنتك رهناً . وقال الراهن لم أدن لك بقبضها ، وإنما غصبتها أو أجزتها منك ، فقبضتها عن الإجارة فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الإذن ، وإن اتفقا على الرهن والإذن والقبض ، ولكن قال الراهن رجعت في الإذن قبل أن يقبض ؛ وقال المرتهن لم ترجع ؛ ولم تقم بينة على الرجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجوع ، لأن الأصل عدم الرجوع .
وان اتفقا على الرهن والإذن ، واختلفا في القبض ، فقال الراهن . لم تقبض وقال المرتهن بل قبضت . قال الشافعي في موضع القول قول المرتهن وقال في موضع القول قول الراهن قال أصحابنا ليست على قواين وإنما هي على حالين فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم القبض والذي يقتضيه المذهب عندي أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض ، لا يحلف على نفي فعل غيره ، وإن كانت العين في يد المرتهن حلف أنه قبض لأن الظاهر أنه قبض بحق ،

(فرع) وإن أقر أنه رهن عند غيره عيناً وأقبضه إياها ثم قال الراهن لم يكن قبضها ، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض ، لأن إقراره لازم ، فإن قال الراهن للمرتهن . احلف أنك قبضتها . قال الشافعي رضي الله عنه أحلفته ، قال في البيان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق إن كان المرهون غائباً فقال أقررت بالقبض لأن وكيلي أخبرني أنه أقبضه ثم بان لي أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لأنه لا يكذب لنفسه ، وإنما يدعى أمراً محتملاً . فأما إذا كان الرهن حاضراً أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع . وقال لم يقبض ، لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المرتهن لأنه يكذب نفسه .

وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا يحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه . أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو إسحاق مع

حضوره فلأنه قد يستنيد غيره بالإقباض ، فيخبره بأن المرتهن قد قبض ، ثم يبين له أنه خان في إخباره ، وأيضاً فإنه قد بعده بالإقباض مقرر له به قبل فعله ، فكانت دعواه محتملة . قالوا : وهكذا لو أن رجلاً أقر بأنه أقبض من رجل ألفاً ثم قال بعد ذلك : لم أقبضها ، وإنما وعدتني أن يقرضني فأقررت به ثم لم يفعل استحلاف المقرض ، لأنه لا يكذب نفسه ، فأما إذا شهد شاهدان بأنه رهنه عبده وأقبضه ثم ادعى أنه لم يقبضه ، وطلب يمين المرتهن لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المقر له ، لأن في ذلك قدحا في البيئته اه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان لرجل عبد ، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه ، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت ، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم الرهن ، وإن صدقتهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل ، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين ، وجعل السابق منهما ، ومن أعجابنا من قال : يجعل بينهما نصفين ، لأنه يجوز أن يكون مرهونا عندهما بخلاف الزوجة ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما ، فالرهن للمصدق ، وهل يحلف الآخر ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يحلف (والثاني) لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد . ثم أقر بها لعمرو ، فهل يغرم لعمرو شيئا أم لا ؟ فيه قولان . فان قلنا لا يغرم لم يحلف ، لأنه إن نسكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين ، وإن قلنا لا يغرم حلف لأنه ربما نسكل فيغرم للثاني قيمته ، فان قلنا لا يحلف فلا كلام . وإن قلنا يحلف نظرت ؛ فان حلف انصرف الآخر ، وإن نسكل عرضت اليمين على الثاني ، فان نسكل انصرف ، وإن حلف بيميننا على القولين في يمين المدعى مع نكول المدعى عليه . فان قلنا انها كالبيئنة نزع العبد وسلم الى الثاني . وإن قلنا انه كالإقرار ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يفسخ لأنه أقر لهما وجعل السابق منهما .
 والثاني : يجعل بينهما لأنهما استويا ، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما لجعل
 بينهما . والثالث : يقر الرهن في يد المصدق ويفرم للأخر قيمته ، ليسكون رهنا
 عنده ، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه ، وإن كان العبد
 في يد أحد المرتهين نظرت ، فإن كان في يد المقر له أقر في يده ، لأنه اجتمع له
 اليد والإقرار ؟ وهل يخاف للثاني ؟ على القولين ، فإن كان في يد الذي لم يقر له
 فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار ، وفيه قولان ،
 (أحدهما) يقدم الإقرار لأنه يخبر عن أمر باطن .

(والثاني) يقدم اليد وهو قول المزني ، لأن الظاهر معه ، والاول أظهر ،
 لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد ، وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار .
 واليد على النصف . وفي النصف الآخر له الإقرار . وللآخر يد ، وفيه قولان .
 أحدهما : يقدم الإقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له . والثاني يقدم اليد فيكون
 الرهن بينهما نصفين .

(الشرح) الأحكام : إذا باعه شيئا بشرط أن يرهنه عصيراً فرهنه العصور .
 وقبض المرتين فوجد خمرأ . فقال المرتين : أقبضتني خمرأ فلي الخيار في فسخ
 البيع . وقال الراهن : بل صار خمرأ بعد أن أخذته في يدك فلا خيار لك : ففيه
 قولان . أحدهما : أن القول قول المرتين مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة والمزني
 لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحاً والأصل عدمه . والثاني : أن القول قول الراهن
 وهو الصحيح لأنهما قد اتفقا على العقد والتسليم . واختلفا في تغير صفته .
 والأصل عدم التغيير ، وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب في يد
 المشتري يمكن حدوثه بيده . فإن القول قول البائع . وإن قال المرتين : رهننتيه
 وهو خمر . وقال الراهن : رهننتيك وهو عصير . وقبضته عصيراً . وإنما صار
 خمرأ في يدك . فأخلاف أصحابنا فيه . فقال أبو علي بن أبي هريرة : القول قول
 المرتين قولاً واحداً ، لأنه يتكرر أصل العقد . وقال عامة أصحابنا هي على قولين
 كالتالي قبلها وهو المنصوص في مختصر المزني والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له ، وأنكر المرتهن فقبه قولان (أحدهما) أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني لأنه عقد إذا تم منع البيع فنفع الإقرار كالبيع (والثاني) أن القول قول الراهن ، لأنه أقر في ملكه بما لا يجزئ نفعاً إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً ، ويخالف هذا إذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه ، فإن قلنا إن القول قول الراهن فهل يخلف ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يخلف لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه ، فلا معنى لعرض اليمين ، ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يخلف عليه كالمريض إذا أقر بدين (والثاني) يخلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن لخاف فإذا ثبت أنه رهنته وهو جاني ففي رهن الجاني قولان (أحدهما) أنه باطل (والثاني) أنه صحيح ، وقد بينا ذلك في أول الرهن ، فإن قلنا إنه باطل وجب بيعه في أرش الجناية ؛ فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع ، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش . وفي الباقي وجهان

(أحدهما) أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه ، وقد زال . (والثاني) أنه لا يكون مرهوناً لأننا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهوناً من غير عقد ، وإن قلنا إنه صحيح فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش ويكون الباقي مرهوناً ، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه ؟ فيه قولان (أحدهما) يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية (والثاني) يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ أو بسلم المبيع فإن قلنا إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين ، لأنه لو رجع قبل رجوعه لخلف فإذا ثبت أنه غير جاني فهل يغرم الراهن أرش الجناية ؟ فقبه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو . أحدهما يغرم لأنه منع بالرهن حق المجنى عليه . والثاني لا يغرم لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه ؛

وإن كان صادقا وجب تسليم العبد ، فإن قلنا انه لا يغرر فرجع اليه تعلق الارش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه . وإن قلنا يغرر فكم يغرر؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالقسم قبله . ومنهم من قال يغرر أقل الامرين قولاً واحداً ، لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع . وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد ، وإن نكل المرتن عن اليمين فعلى من ترد اليمين ؟ فيه طريقان

(أحدهما) ترد على الراهن وإن نكل ؛ فهل ترد على المجنى عليه . فيه قولان كما قلنا في غرما الميت . ومن أصحابنا من قال ترد اليمين على المجنى عليه أولاً ، فإن نكل فهل ترد على الراهن . على قولين لأن المجنى عليه يثبت الحق لنفسه وغرما الميت يثبتون الحق للميت .

(الشرح) الاحكام : في هذا الفصل وإن كان المثل فيها بالعبد ، وكان المثل لا يقتضيه ولا يسوغه عصرنا ، لما قام عليه الاجماع البشرى من تحرير الرقاب الأدمية ، وكان هذا من مقاصد الشريعة السمحة ، وأهدافها وغاياتها ، على ما سنبيته ان شاء الله تعالى في أبواب العتق ، فإنه يمكن أن ينطبق الحكم على نحو شيء آخر يمتلك ويرتن ويقع عليه الخلاف احتمالاً ، فنقول وبالله التوفيق :

إذا كان لرجلين على رجل مائتا دينار ، ولكل واحد منهما مائة وله سيارة ، فادعى عليه كل واحد منهما أنه رهن عنده السيارة وأقبضه إياها ولا بينة لهما ، فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا ، لأن الاصل عدم الرهن ، سواء كانت السيارة في أيديهما أو في يده لأن اليد لا ترجح بها في العقد ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بالرهن للصدق ، وسواء كانت السيارة في يد المصدق أو المكذب ، وهل يحلف الراهن للمكذب ، فيه قولان بناء على من أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمره ، هل يغرر لعمره قيمتها . فيه قولان ، فإن قلنا يغرر حلفها هنا لجواز أن يخاف اليمين فيقر للمكذب فيثبت له القيمة .

فإن قلنا لا يغرر لم يحلف ، لأنه لو أقر له بعد الإقرار الاول لم يحكم له بشيء فلا فائدة في تحليفه ، وإن أقر لهما بالرهن والتسليم فادعى كل واحد منهما أنه هو

السابق بالرهن والتسليم رجع إلى الراهن . فإن قال لا أعلم السابق منك بذلك فإن صدقاه أنه لا يعلم ولا بينة لهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن الرهن يفسخ لأنها قد استويا في ذلك ، والبيان من جهة قد تعذر ، لحكم بانفساخ العقدين كما تقول في المرأة إذا تزوجها وليان لها من رجائين ، وتعذر معرفة السابق منها ، والثاني يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته بينهما ، ويمكن أن يكون رهن عند كل واحد منهما نصفه .

وإن كذبا وقال بل نعلم السابق من العقدين والتسليم فيه فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ، قال الشيخ أبو حامد : فيحلف لكل منهما يميناً أنه لا يعلم أنه السابق ، فإذا أحلف لهما كانت على وجهين سبق ذكرهما ، حيث قلنا : المنصوص أنه يفسخ العقدان . والوجه الثاني يقسم بينهما

وإن نكل عن اليمين - أي خاف منها وامتنع من أدائها - عرضنا اليمين عليهما فإن حلف كل واحد منهما أن الراهن يعلم أنه السابق . قال ابن الصباغ : كانت على الوجهين الأولين . المنصوص أن الرهنين يفسخان . والثاني يقسم بينهما . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بالرهن للحالف دون الآخر

وإن اعترف الراهن أنه يعلم السابق منهما ، وقال هذا هو السابق - لم يخل أما أن يكون الرهن في يد الراهن أو في يد أجنبي ، أو في يد المقر له بالسبق حكم بالرهن للمقر له لأنه اجتمع له اليد والإقرار ، وهل يحلف الراهن الآخر . فيه قولان . وحكاها الشيخ أبو حامد وجهين : المنصوص أنه لا يحلف له لأنه ربما خاف من اليمين وأقر للثاني لم ينزع الرهن ، فتؤخذ منه القيمة فيكون رهنا مكانه . فإذا قلنا لا يمين عليه فلا كلام ، وإن قلنا عليه اليمين نظرت ، فإن حلف للثاني انصرف ، وإن أقر للثاني أنه رهنه أولاً وأقبضه وخاف من اليمين رهننا هذا الإقرار في حق المقر له أولاً بانتزاع الرهن منه ، ولا يمكن يؤخذ من المقر قيمة الرهن وتجعل رهنا عند المقر له الثاني ، لأنه حال بينه وبينه بأقراره المتقدم قال في البيان : وإن نكل عن اليمين ردت على الثاني ، وإن لم يحلف قلنا له اذهب فلا حق لك ؛ وإن حلف ، فإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة انتزع الرهن من الأول وسلم إلى الثاني

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : إلا أن أصحابنا لم يفرعوا على هذا القول
وهذا يدل على ضعفه

قال العمراني : وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالأقرار ،
فذهب أبو إسحاق في المذهب في هذا ثلاثة أوجه

(أحدها) ولم يذكر في التعليق والشامل غيره ، أن الرهن لا ينزع من يد
الأول ، ويلزم المقر أن يدفع قيمته إلى المقر له الثاني ليكون رهنا عنده لأنه حال
بينه وبينه بإقراره الأول .

(والثاني) يجعل بينهما لأنهما استويا في الأقرار ؛ ويجوز أن يكون مرهونا عنده منها

(والثالث) بفسخ الرهنان لأنه أقر لهما ، وجعل السابق منهما ، وإن كان
الرهن في يد الذي لم يقر له ، فقد حصل لأحدهما الأقرار والآخر اليد ، وفيه
قولان (أحدهما) أن صاحب اليد أولى ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه السابق
قالوا قال بعث هذا العبد من أحدهما ، وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه
(والثاني) أن القول قول الراهن أن الآخر هو السابق ، لأنه إذا ادترف أن
السابق هو الآخر فهو يقر أنه لم يرهن من بيده شيئا ، ومن بيده يدعى ذلك ، كما
لو ادعى عليه أنه رهنه

فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الراهن لمن بيده ؟ على القولين فيمن أقر لزيد بدار
ثم أقر بها لعمرو على ما سبق ، وإن كان الرهن في يد المرتهنين فقد اجتمع
لأحدهما اليد والأقرار في النصف ، فيكون أحق به ، وهل يحلف للآخر
عليه ، على القولين

وأما النصف الذي في يد الآخر فهل اليد أقوى أم الأقرار ، على القولين
الأولين ، فإن قلنا إن اليد أقوى حلف من هو بيده عليه وكان رهنا بينهما . وهل
يحلف لمن يقر له على النصف الذي بيد المقر له ، على القولين
فإن قلنا الأقرار أولى انتزع الرهن لجعل رهنا للمقر له . وهل يحلف للآخر
على جميعه ، على القولين فيمن أقر بدار لزيد ، ثم أقر بها لعمرو ، والمنعوص
أنه لا يحلف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن أعتقته بإذنتك ، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن ، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد ؟ فيه طريقان . (أحدهما) أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت . قال في الجديد لا ترد ، لأنه غير المترهين فلا ترد عليه اليمين ، وقال في القديم : ترد لأنه يثبت لنفسه حقا باليمين ، ومن أصحابنا من قال : ترد اليمين على العبد قولا واحداً لأن العبد يثبت باليمين حقا لنفسه وهو العتق بخلاف غرماء الميت .

(فصل) وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن ، فأنت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وإن اختلفا في الإذن أو في الولد أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك فالقول قوله . لأن الأصل في هذه الأشياء عدم .

(فصل) فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير ره فدفع اليه ألفاً ثم اختلفا نظرت ، فإن اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال هي عن الألف التي لا رهن بها . وقال الراهن بل قلت هي عن الألف التي بها الرهن ، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن . فكان القول قوله في صفة النقل . وإن اختلفا في النية فقال الراهن نويت أنها عن الألف التي بها الرهن . وقال المرتهن بل نويت أنها عن الألف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ ، ولأنه أعرف بنية ، وإن دفع اليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان . قال أبو إسحاق يصرفه إلى ماشاء منهما ، كما لو طلق إحدى المرأتين . وقال أبو علي بن أبي هريرة يجعل بينهما نصفين لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما .

(فصل) وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا نظرت . فإن اختلفا في اللفظ فادعى الراهن أنه قال أبرأتك عن الألف التي بها الرهن . وقال المرتهن بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن ، لأنه هو الذي يبرئ ، فكان القول في صفة الإبراء قوله : فإن اختلفا في النية فقال الراهن :

نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن ، وقال المرتن نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها ، فالقول قول المرتن ، لما ذكرناه في اللفظ ، ولأنه أعرف بنية فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق ، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة .

(فصل) وان ادعى المرتن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أمين ، فكان القول قوله في الهلاك كالمودع ، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله ، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر .

(فصل) وان كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد ، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتن ، فوجب به البيع ؛ فإن كانا في النفع واحداً فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به ، لأنه أقرب إلى المقصود ، وهو قضاء الدين ، فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين .

(الشرح) الأحكام : أظهر ما يدخل في هذا الفصل أنه إذا كاتب عبداً ثم أقر أنه كان جنى قبل ذلك لم يقبل إقراره بذلك لأن المكاتب بمنزلة من زال ملكه عنه لأن أرش الجنسية لا يرجع عليه ، وان كاتبه ثم أقر أنه أعتقه أو باعه قبل ذلك . قال الشيخ أبو حامد : عتق في الحال وسقط المال عنه لأن إقراره بذلك إبراء منه له من مال الكتابة وكلام المصنف في سائر الفصل ظاهر . والفصول الأخرى بعضها ظاهر المعنى ، والأخرى مر في الباب أحكامه وتفصيله فلا حاجة بالإطالة في أعادته وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

باب التفليس

إذا كان على رجل دين ، فإن كان مؤجلا لم يحز مطالبته ؛ لانا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل ، فإن أراد سفرا قبل محل الدين ، لم يكن للغريم منعه ، ومن أصحابنا من قال ان كان السفر مخوفا كان له منعه ، لانه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه ، والصحيح هو الاول ، لانه لا حق له عليه قبل محل الدين ، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل ، كما يجوز في الحضرة أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الحرب ، وان قال أقم لي كفيلا بالمال ، لم يلزمه ، لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل ، كما لو لم يرد السفر ، وان كان الدين حالا نظرت ؛ فان كان معسرا لم يحز مطالبته لقوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل ، فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليشكسب ما يعطيه لم يحز على ذلك لانه اجبار على التمسك فلم يحز كالأجبار على التجارة ، وان كان موبرا جازت مطالبته . لقوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة .

فدل على أنه اذا لم يكن ذا عسرة لم يجب انظاره ؛ فان لم يقضه ألزمه الحاكم ؛ فان امتنع ، فان كان له مال ظاهر باعه عليه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ألا ان الأسيغ أسيفج جهينه رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فاد أن معرضا فأصبح وقد رين به ، فمن له دين فليحضر ، فانا بابعو ماله وقاصموه بين غرمائه ، وان كان له مال كتمه حبسه وعززه حتى يظهره ، فان ادعى الاعسار نظرت ، فان لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه . لان الاصل عدم المال ، فان عرف له مال لم يقبل قوله ، لأنه معسر الا ببينة ، لان الاصل بقاء المال ، فان قال غريمي يعلم أني معسر ، أو أن مالي هلك خلفوه حلف ، لأن ما بدعيه محتمل ، فان أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين .

فان أراد أن يقيم البيئنة على الإعسار لم يقبل الا بضمادة عدلين من أهل الخبرة
والمعرفة بحاله ، لأن الهلاك يدركه كل أحد والاعسار لا يعلمه الا من يخبر باطنه ،
فان أقام البيئنة على الاعسار وادعى الغريم أن له مالا بأطنا فطلب اليمين عليه ،
ففيه قولان (أحدهما) لا يحلف ، لأنه أقام البيئنة على ما ادعاه فلا يحلف ، كما لو
ادعى ما يملكه وأقام عليه البيئنة .

(والثاني) يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين ، لجاز عرض
اليمين فيه عند الطلب ، كما لو أقام عليه البيئنة بالدين وادعى أنه أبرأه منه ، وان
وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت ، فان كذبه المقر له يبيع في الدين لأن
الظاهر أنه له ، وان صدقه سلم اليه .

فان قال الغريم أحلفوه لي أنه صادق في اقراره ففيه وجهان (أحدهما) يحلف
لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في اقراره (والثاني) لا يحلف - وهو الصحيح ، لأن
اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الاقرار ، ولو رجع عن الاقرار لم يقبل رجوعه
فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه رواه مالك في الموطأ والدارقطنى وابن
أبي شيبة والبيهقي وعبد الرزاق بالفاظ سنورها
أما لغات الفصل فان الفلاس مأخوذ من الفلوس وهو أخس مال الرجل ،
لأن أقل صنوف النقود هو الفلاس وهو عند اخواننا أهل العراق والشام يساوى
ملياً عند أهل مصر والسودان والهملة عند اخواننا أهل الحجاز ونجد ، والبقشة
عند اخواننا أهل اليمن ، وقد دخل لفظ الفلاس في لغات أهل أوروبا بلهجتهم ،
فقالوا البنس والبيزا .

قال فى المصباح : وبعضهم يقول أفلس الرجل أى صار ذا فلوس بعد أن كان
ذا دراهم فهو مفلس ، والجمع مفاليس ، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر الى حالة
العسر ، وفلسه القاضى تفلأيساً نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً
والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفاس وفى الكثرة فلوس .

ومن هنا كان المفاس هو الذى يملك مالا تافهاً ، وقد ورد فى الحديث هو

الذي لا مال له ، فقد أخرج مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : أتدرون من المفاس . قالوا يا رسول المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال ليس ذلك المفاس . ولكن المفاس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال . ويأتي وقد ظلم هذا واطعم هذا وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من حسناته وهو —ذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار ، فهو لم يظلم ذلك اخبار عن حقيقة المفاس والرسول صلى الله عليه وسلم لم يرد نفى الحقيقة . بل أراد أن فاس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفاس الدنيا بالنسبة اليه كالغنى وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم : ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب ،

وقوله صلى الله عليه وسلم : ليس الغنى عن كثرة العرض ، ولكن الغنى غنى النفس ، وقوله : ليس السابق من سبق بعيره . وإنما السابق من غفر له ، وقول الشاعر :
ليس من مات فاستراح بميت إنما الميت ميت الأحياء .
وسموه مفلساً لأن ماله مستحق . وفي اصطلاح الفقهاء : من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله

الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم . وقوله الاسيفع تصغير أسفع والأثني سفعاء . والسفعة سواد مشرب بحمرة

الأحكام : اذا كان على الرجل دين فلا يخلو اما أن يكون حالاً أو مؤجلاً . فان كان حالاً فان كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى : فنظرة الى ميسرة ، ولا يجوز لغريمه ملازمته وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فمسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس الا أنه لا يمنعه من الا كئساب . واذا رجم الى داره فان أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه وان لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول

دلينا قوله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، فأمر بانظار المعسر فن قال انه يلزمه خالفه ظاهر الآية . وروى أن رجلاً ابتاع ثمرة فأصيب بها فقال النبي (ص) تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يفت . بما عليه . ثم قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يفت . بما عليه . فقال النبي (ص) لغرمائه وخذوا ما وجدتم

ما لكم غيره ، وهذا نص ، ولأن كل من لا مطالبة له لم يجز ملازمته ، كما لو كان الدين مؤجلاً : فإن كان الذي عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضى به دينه .

وهذا من أعظم مقاصد الشريعة الغراء في أن الحرية الشخصية أثن من كل شيء فلا يعدها مال ولا دين ، ولا يقيد بها غريم ولا سلطان ، بل إن اكتسب وحصل معه مال يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته قضى به الدين . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم ما دام معسراً

وقال أحمد وإسحاق بن راهويه يجبر على الاكتساب لقضاء الدين ، وبه قال

عمر بن العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار القاضي

دليلنا حديث الرجل الذي ابتاع الثيرة فأمر النبي (ص) غرها. أن يأخذوا ما معه وقال دخذوا ما وجدتم ما لكم غيره ، ولم يأمره بالاكتساب لهم ، ولأن هذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك ، كما لا يجبر على قبول الوصية ، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كبير لم يجبر على طلاقها قبل الدخول ليرجع اليه نصفه ، فإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى ، وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، فأوجب إنظار المعسر ، فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره ، فإن لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء ، فإن لم يفعل — فإن كان له مال ظاهر — باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم ، وأن قضى الحاكم الغريم شيئاً من مال من عليه الدين جاز ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يبيع ماله عليه ولكن يحبس حتى يقضى الدين بنفسه

وان كان الدين مؤجلاً لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل ، لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل ، فإذا أراد أن يسافر قبل حلول الدين سافراً يزيد على الأجل نظرت فإن كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلاً يدينه ولا أن يعطيه رهناً .

قال الشافعي رضي الله عنه : ويقال له حقلك حيث وضعته ، يعني أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين ، وحكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه قال : له مطالبته بالكفيل أو الرهن

دليلنا أنه ليس له مطالبة بالحق فلم يكن له مطالبة بالكفيل والرهن ، كما لو لم يرد السفر .

وإن كان السفر للجهاد فقيه وجهان ، من أصحابنا من قال له منعه إلى أن يقيم له كفيلاً أو يعطيه رهناً بدينه ، لأن الشافعي رحمه الله قال : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين ، ولم يفرق بين الحال والمؤجل ، ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة ، فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن ، ليستوفي صاحب الدين دينه منه . فإذا حل الدين وكان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الدين . دليلنا ما روى أن عمر رضي الله عنه صمد المنبر وقال : ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه ، فادان معرضاً فأصبح وقد رين به ، فمن كان له دين فليحضر فانا باعوا ماله . وروى : رضي من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، وروى سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح قد رين به ، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فانا باعوا ماله وقاسموه بين غرمانه . وروى : فمن كان له دين فليعد بالعداة فلنقسم ماله بينهم بالخصص . وإن هذا يجمع من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه إجماع

قوله فادان معرضاً ، أي أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه ويشترى به الإبل الجياد ، ويروح في الحاج فيسبق الحاج . وقوله فأصبح قد رين به ، يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به ، ويقال إنما عليك وعلاك قد ران بك وران عليك . قال الله تعالى : كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون ، قال الحسن : هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب .

وإن امتنع من عليه الدين من القضاء وكتم ماله عززه الحاكم وحبسه إلى أن يظهر ماله ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته ، رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والبيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي (ص) . قال وكيع : عرضه شكايته ، وعقوبته حبسه .

(قات) لم يرد أن يقذفه أو يطعن في نسبه ، إنما يوصف بالظلم والعدوان . وقوله لي الواجد ، اللي المطل . يقال لوبته ألوبه لياً

وأما إذا لم يكن له مال وقال : أنا معسر وكذبه الغريم نظرت ، فإن حصل
بمعاوضة كالديون التجارية وهي تختلف في عصرنا هذا عن الديون المدنية ؛ وهي
في عرف الفقهاء أعنى ديون المعاوضة مثل البيع والسلم والقرض فتشمل الديون
المدنية والتجارية ، أما غير المعاوضة فهي الديون الجنائية ومهر الزوجة ، أقول
إذا كان الدين من الصنف الأول ، وأنه قد صرف له قبل ذلك لم تقبل دعواه أنه
معسر ، لأنه قد ثبت ملكه للمال ، والأصل بقاؤه ، فلا تقبل قوله في الإقرار ،
بل يجسه الحاكم — وهو ما يعمل به في المحاكم الوضعية من الحكم بالسجن على
المتفالس ، الذي يأخذ أموال الناس وبضائعهم ويدعى الإفلاس فيسقط اعتباره
ويسجن إلى خمس سنين — فإن قال : غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك ،
فإن صدقه الغريم على ذلك خلى من الحبس .

وإن كذبه حلف الغريم أنه ما يعلم أنه معسر أو ما يعلم أن ماله هلك وحبس
من عليه الدين ، فإن أراد أن يقيم البيئته على الاعسار لم تقبل إلا من شهادة
شاهدين من أهل الخبرة والتحقيق واستقصاء أوجه الدخل والمخرج كحاسبين
أمينين وهذا هو نصهم من أهل الخبرة الباطنة ، فإن كانت البيئته من أهل الخبرة
الباطنة سمعت . وقال مالك رضى الله عنه : لا تسمع لأنها شهادة على النفى
فلم تقبل .

دليلنا حديث قبيصة بن المخارق الهلالي عند مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : يا قبيصة بن مخارق لا تحل المسألة إلا لثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له
المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة
من ذوى الحجى من قومه أن به حاجة ، فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من
عيش أو قواماً ، وما ذكر من أنها شهادة نفي غير صحيح ، لأنها وإن كانت تتضمن
النفي فهي تثبت حالاً تظهر ويقف عليها الشاهد كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا .
وإن أراد أن يقيم البيئته على تلف ماله ، قبلت شهادة عدلين سواء كانا من
أهل الخبرة أم لا ، لأن التلف أمر يدركه كل واحد من خلطائه أو المباشرين له
أو من كانوا من المال عن كتب ، كأن كانوا عمالاً عنده أو عند جيرانه أو مالك

الدين التي يشغلها في عمله أو متجره ، أو كان من عملائه والمترددين عليه أو نحوهم
من تربطهم بالاطلاع على التلف أسباب . فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف
لأن في ذلك تكديباً للشهود ، وقدحا في البيعة .

إذا ثبت هذا : فإن البيعة في كاتنا الحالين تسمع في الحال ويحلى سبيله من
الحبس . وقال أبو حنيفة تسمع في الحال ويحبس من عليه الدين شهرين . وروى
ثلاثة أشهر ، وروى أربعة أشهر . وقال الطحاوي : يحبس شهرين ، والمقصود
من حبسه أن يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره ، وهذا ليس بصحيح
لأن كل بيعة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها حالا كسائر البيعات .

وكم عدد البيعة التي تقبل في الاعسار ؟ قال أصحابنا البغداديون : تقبل فيه
شهادة ذكرين عدلين كشهادة التلف مع زيادة الخبرة بباطن حال المنلس ، وهو
قول أصحاب أحمد . وقال المسعودي لا تقبل أقل من ثلاثة رجال ويحلف معهم
وإله يحتج بخبر قبيصة بن المخارق الهلالي في عدلهم .

فإن أقام البيعة على الاعسار فقال الغريم : له مال باطن لا تعلم به البيعة ، وطلب
يمينه على ذلك ؛ ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه أن يحلف وهو قول
أبي حنيفة ، لأن فيه تكديباً للشهود (والثاني) يجب عليه أن يحلف ، فإن لم
يحلف حبس .

وقال الحرقى من أصحاب أحمد : ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به
حبس إلى أن يأتي بيعة تشهد بعسرتة .

وقال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون
الحبس في الدين ، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن
الحسن ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد من أصحابنا في التعليق غير أنه يجب عليه أن
يحلف ؛ فإن لم يحلف حبس ، لأنه يجوز أن يكون له مال باطن خفي على البيعة ،
وقد يكون لرجل مال لا يعلم به أقرب الناس إليه ، وقد يكون لأحد الزوجين مال
ولا يعلم به الآخر .

وإن ثبت عليه الدين في غير معاوضة مثل جنايته على غيره أو إتلافه عليه .

ولم يعلم له قبل ذلك مال . وادعى أنه معسر . فالقول قوله مع يمينه أنه معسر ،
لان الاصل الفقر حتى يعلم اليسار .
وفي الحديث الشريف : ان ابن آدم خلق ليس عليه شيء الا قشر تاه ، ثم
يرزقه الله . .

فاذا حلفت ثم ظهر له غريم آخر . قال الصيمرى : لم يحلف له البتة لانه قد
ثبت اعساره باليمين الاولى ، وان كان في يده مال فقال هو لزيد ودبعة او مضاربة
فان كان المقر له غائباً حلفت من عليه الدين وسقطت عنه المطالبة ، لان الاصل
عدم العسر . وما ذكره الصيمرى ممكن جداً .
وان كان المقر له حاضر أرجع اليه ، فان كذبه قسم المال بين الغرماء ، وان
صدقه حكم للمقر له ، فان طلب يمين المقر أنه صادق في اقراره فهل يجب احلافه
فيه وجهان .

أحدهما : لا يجب احلافه لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معنى لاحلافه
والثاني : أنه يجب احلافه ، فان لم يحلف حبس لجواز أن يكون واطاً المقر له
على ذلك ، فان طلب الغريم يمين المقر له أن المال له . قال ابن الصباغ : فعندى
أنه يحلف لانه لو أ كذب المقر ثبت المال للغرماء ، فاذا صدقه حلفت . اذا ثبت
هذا ، فكل من حكمتنا باعساره باليمين ، فانه لا يحبس ، وكل من لم يحكم باعساره
يحبس ولا غاية للحبس عندنا ، بل يحبس حتى ينكشف ثلاثة أيام أو اربعة أيام
فاذا ثبت اعساره خلى ، ولا تمتع المسألة عنه .

وقال أبو حنيفة في الاصول : يحبس أربعة أشهر . وقال في موضع ثلاثة أشهر
وقال في موضع ثلاثين يوماً . وقال أصحابه : ليس هذا على سبيل التحديد ، وانما
هو على قدر حال المقلس ، فان كان ممن لا يعلم بحاله الا بحبس أربعة أشهر حبس
قدر ذلك ، وكذلك اذا كان لا يعلم بحاله الا بحبس ثلاثة أشهر حبس قدر ذلك
دليلنا : أنه لا سبيل الى العلم بحاله من طريق القطع ، وانما يعلم بحاله من طريق
الظاهر ، وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو اربعة ، وما أشبه ذلك ، واذا حبسه
الغريم فليس له حبسه عن النوم والاكل .

وفي نفقته بالحبس وجهان ، حكاهما الصيمرى في الايضاح المذهب أنها في مال

نفسه ، والثاني : أنها على الغريم ، فان كان المحبوس ذا صنعة — قال الصيغري :
قد قيل : يمكن منها لانه يقضى بما يحصل منها دينه . وقيل : يمنع منها اذا علم أن
ذلك يراخى أمره ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة ، ان كان معسراً . وقيل
يلزمه استئذان الغريم عند ذلك حتى يمنعه ، فيسقط عنه الحضور .

(فرع) اذا مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج : وان وجد من
يخدمه ويقوم على تمريضه وعلاجه في الحبس ، فهل يجب اخراجه ؟ فيه وجهان
حكاهما الصيدلاني ، وان جئنا في الحبس أخرج ، واذا حبس بطلب جماعة من
الغرماء لم يكن لواحد منهم أن يخرج حتى يجتمعوا على اخراجه وان حبس بطلب
غريم ، ثم حضر غريم آخر فطلب أن يخرج له يدعى عليه أحضر ، فاذا ثبت له
عليه حق وطلب أن يحبس له حبس ، ولا يجوز اخراجه الا باجتماعهما ، وان
ثبت اعساره أخرجه الحاكم من غير ادن الغريم .

قال الصيدلاني : وادان لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه ؟
فيه وجهان (أحدهما) له أن يحلف وينوى أن ليس عليه اليوم حق يلزمه الخروج
اليه منه (والثاني) ليس له أن يحلف ، لأن الحاكم اذا كان عادلاً لا يحبس الا
بعد الكشف عن حاله اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحاكم ، وسأله أن يحجر
عليه نظر الحاكم في ماله ، فان كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجة
به الى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه ؛ فان كان ماله لا يفي بالديون
حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ
ابن جبل من أفضل شباب قومه . ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق
ماله في الدين . فلكم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه . فلو ترك أحد من أجل
أحد انركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، وروى كعب بن مالك أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله ، وان كان ماله يفي

بالديون إلا أنه ظهرت عليه أماراة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان (أحدهما) لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين فلا يحجر عليه . كما لو لم يظهر فيه أماراة الفليس (والثاني) يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء .

(الشرح) حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك روى متصلا ، أخرجه الدارقطنى والبيهقى والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبى عبد الرحمن . أما مرسل عبد الرحمن الوارد فى الفصل فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق قال عبد الحق المرسل أصح . وقال ابن الطلاع فى الأحكام هو حديث ثابت ، وقد أخرج الحديث الطبرانى ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبى سعيد الخدرى قال : أصيب رجل على عهد رسول الله (ص) ، أما قوله ملىء ، أى غنى كثير المال ، ولكنه كثير المال الذى لغيره فهو ملىء بالدين

الأحكام : إذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بإيمان المدعى عند نكوله ، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه ، نظر الحاكم فى ماله ، فإن كان يفتى بما عليه من الدين لم يحجر عليه ، بل يأمره بقضاء الدين . فإن امتنع باع عليه الحاكم ماله . وقضى أصحاب الديون خلافا لأبى حنيفة ، وقد سبقت هذه المسألة فى الفصل الذى مضى .

وهل تقوم الاعيان التى هى عليه بأثمانها؟ وجهان حكاهما ابن الصباغ . (أحدهما) لا يقومها لأن لا ربابها الرجوع فيها فلا يحتسب أثمانها عليه فلا يقومها مع باقى ماله

(والثانى) يقومها لأن أصحابها بالخيار أن يرجعوا فيها ، أو لا يرجعوا فيها . والوجه الأول يتيح للغيرم أن يأخذ عين ماله ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم : من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به ، رواه الشيخان عن أبى هريرة

قال الإمام أحمد رضى الله عنه : لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء - أى

سوى بين الغرماة في عين المال أو في ثمنه بعد بيعه - ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه .

(قلت) جملة القول في هذا أن المفاس متى حجر عليه فوجد بعض غرماة سلعتة التي باعه إياها بعينها بالشروط التي ذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعة . وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبي هريرة . وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعمري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماة .

وإن قوّم ماله فوجدوه لا يفي بديونه لم يحجر الحاكم عليه قبل سؤال الغرماة ذلك لأنه لا ولاية له عليه في ذلك ، وإن سأل الغرماة أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه ، وباع عليه ماله ، وبه قال مالك ومحمد وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله ؛ بل يحبس حتى يقضى ما عليه . قال العمراني في البيان :

دليلنا ما روى أن معاذ بن جبل رضى الله عنه ركب دين على عهد رسول الله فكلم غرماؤه رسول الله (ص) فحجر عليه وباع عليه ماله حتى قام معاذ بغير شيء . وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم خلع ماله لهم - يعني لغرماة - وهذا يحتمل تأويلين (أحدهما) أن ماله لم يف بالدين فحجر عليه ، فيكون معنى قوله « خلع » أى حجر عليه .

(والثاني) أن معنى قوله خلع ماله لهم ، أى باع ماله لهم وروى أبو سعيد الخدري رضى الله عنه أن رجلا أصيب في ثمنار ابتاعها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » ، فلم يف بما عليه ، فقال رسول الله (ص) « خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك » ، رواه الجماعة إلا البخارى . ولم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : خذوا ماله ، انهجوا ماله ، وإنما أراد صلى الله عليه وسلم خذوه بالخصص ، وأبو حنيفة يقول : ليس لهم أن يأخذوه إلا أن يعطيهم إياه ، وهذا يخالف الخبر الصحيح وإن كان ماله يفي بدينه إلا أن أمارات الإفلاس بادية ، فإن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا عما بيده . أو كان له وجه كسب إلا أنه قدر نفقته أكثر

بما يجعل له بالكسب ، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك ؟ حكى
المصنف في ذلك قولين ، وحكاها الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين
(أحدهما) لا يجوز الحجر عليه بل يأمره الحاكم بقضاء الدين على ما بيناه ،
لأن الحجر إنما يكون على المفلس وهذا ليس بمفلس ، لأنه مليء بالدين .
(والثاني) يحجر عليه ، لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه
والحجر يجوز بالظاهر ، ألا ترى أن السفينة يجوز الحجر عليه ، لأن الظاهر من
حاله التبذير والاصراف ، وإن كان يجوز أن لا يبذر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على
بصيرة ، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه ، فإن
اقترض أو اشترى في ذمته شيئا صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبتت في ذمته
ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله ، لأنه إن علم بالحجر
فقد دخل على بصيرة ، وإن ديون الغرماء متعلقة بماله ، وإن لم يعلم فقد فرط
حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يملك عنه الحجر ، فإن
تصرف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان

(أحدهما) أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة
التصرف في المال ، كالحجر على المريض

(والثاني) لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحكم فمنع من التصرف
في المال كالحجر على السفينة ، ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم
بماله إلا بعد الموت ، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه
فيه كالمرهون ، فإن قلنا يصح تصرفه وقف ، فإن وفي ماله بالدين نفذ تصرفه ؛
وإن لم يف فسخ ، لأننا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما
يقضى به الدين ، فإذا عجز فسخ كما نقول في هبة المريض
قال أصحابنا : وعلى هذا ينقض من تصرفه الاضعف فالأضعف فأضعفها الهبة

لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق ، لأنه أقوى التصرفات
ويحتمل عندى أنه يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا فى تبرعات المريض إذا عجز
عنها الثلث .

(الشرح) وإذا حجر الحاكم فيستحب أن يشهد على الحجر ؛ ويعمل على نشر
بنا الحجر بوسائل الاعلام المناسبة كالنشر فى الصحف اليومية ، أو الاعلان
بنشرة فى ديوان الشرطة ، أو على حائط المكان الذى يقيم فيه المحجور عليه .
وهى الوسائل المستحدثة للإعلام فى عصرنا هذا حيث كان يقوم فى الماضى مناد
من قبل الحاكم يتادى فى الاسواق ، إلا ان الحاكم قد حجر على فلان ابن فلان
لأنه اذا لم يعلم الناس اغتروا به فعاملوه فيؤدى ذلك الى الاضرار به وبهم ، فإذا
عاملوه بعد اعلامهم بحاله كانوا قد عاملوه - وهم على بينة من أمره وعلى بصيرة
من أمر أنفسهم - ولأن هذا الاعلام تسجيل واشهار للحكم صدر من الحاكم
بأخذ صورة النفاذ ، فإذا تقلد أمر القضاء حاكم آخر كان حكم سلفه معروفا له ،
توفرت له أسباب العلنية التى تحول بينه وبين الغموض فى أمر المحجور عليه ،
فيبشر تنفيذ الحكم الذى صدر من سلفه ولا يحتاج الى ابتداء الحجر من جديد .
فإذا صدر حكم القاضى بالحجر على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من
التصرف فى هذا المال . وقال أبو حنيفة : لا تتعلق الديون بماله ، ولا يمنع من
التصرف ، بل يحبس الحاكم حتى يوفى ما عليه من الدين

دليلنا أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد النبي (ص) فلم يزل يدان حتى
غرق ماله كله فى الدين ، فأتى النبي (ص) فلكمه ليكلم غرماؤه : فباع لهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، رواه سعيد فى سننه عن
عبد الرحمن بن كعب .

إذا عرف هذا فإن المفلس إذا تصرف فى ماله بعد الحجر عليه نظرت ، فإن
تصرف فى ذمته ، فإن اقترض أو اشترى شيئاً بثمن فى ذمته ، أو أسلم اليه فى نسيء
صح ذلك ، لأن الحجر عليه فى أعيان ماله . وهذا يعدل الحجر القضائى أو
الإدارى فى عصرنا هذا على موجودات المدين وممتلكاته ، ولا يؤثر ذلك فى صحة

معاملاته وعقوده وقروضه وبيعه وسلمه ، لأنه لم يحجر عليه في ذمته ، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بذمته .

ومن عامله بعد ذلك فباعه أو أقرضه لم يشارك الغرماء في ماله ، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم به فقد فرط في ترك التجري .

وهل تقسم الأعيان التي اشتراها بعد الحجر عليه بثمن في ذمته بين الغرماء الأولين أو يكون بائعوها أحق بها ؟ فيه وجهان سند كرههما إن شاء الله وإن تصرف المفلس في أعيان ماله بأن باع أو وهب أو أقرض أو أعتق فهل يصح تصرفه بها ؟ فيه قولان

(أحدهما) أن تصرفه موقوف ، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء بدينه نفذ تصرفه ، وإن لم يف بدينه لم ينفذ تصرفه ، وهو أضعف القولين على المذهب ، لأن من صح ابتياعه في ذمته صح بيعه لأعيان ماله كعذير المفلس ، ولأنه حجر عليه لحق العذير فكان تصرفه موقوفا كالحجر على المريض ، وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه

والقول الثاني : أن تصرفه باطل ، وهو قول ابن أبي ليلى والثوري ومالك رضي الله عنهم ، وهو اختيار المزني وهو الصحيح ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن كل من تعلق بماله حق العذير وجب أن يكون ممنوعا من التصرف فيه كالرهن لا يصح تصرف الراهن به

وإذا قلنا إن تصرفه باطل في أعيان ماله ، رد جميع ما باع ووهب وأعتق ، وقسم ماله بين الغرماء ، فإن وفي ماله بدينه بأن زادت قيمته أو أبرى من بعض دينه ، وفصل ما كان تصرف فيه عن الدين لم نحكم بصحة تصرفه الأول ، لأنه وقع باطلا .

فعلی هذا إن باع عينا من أعيان ماله من غريمه بدينه الذي له عليه فهل يصح فيه وجهان حكاهما في العدة .

(الأول) قال صاحب التلخيص ، يصح ، لأن الحجر عليه للدين ، فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه

(والثاني) لا يصح . وهو قول الشيخ أبي زيد ، لأن الحجر على المفلس ليس بمقصود على هذا الغريم ، لأنه ربما ظهر له غريم آخر .
وان قلنا ان تصرفه صحيح موقوف قسم ماله ، فان وفي ماله بدينه غير الذي تصرف فيه نفذ تصرفه ، وان لم يف ماله إلا أن ينقض جميع ما تصرف فيه نقض جميعه ، وان لم يف بدينه الا بعض الاعيان التي تصرف فيها نقض منها شيء بعد شيء ، وما الذي ينقض أولاً ؟ فيه وجهان
قال أبو حامد وعامة أصحابنا : ينقض الأضعف فالأضعف ، وان كان متقدماً في التصرف .

فعلى هذا ينقض الهبة أولاً ؛ لأنها أضعف ، لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع بعدها لأنه يلحقه الفسخ

قال ابن الصباغ : ثم العتق ثم الوقف ، قال العمراني في البيان : والذي يقضى القياس عندي على هذا ان الوقف ينقض أولاً قبل العتق . لأن العتق أقوى من الوقف ، بدليل أنه يسرى الى ملك العنبر والوقف لا يسرى الى ملك العنبر .
الوجه الثاني ، وهو قول المصنف أنه ينقض الآخر فالآخر من تصرفه ، عتقاً كان أو هبة أو غيرها ، كما قلنا في تبرعات المريض المنجزة اذا عجز عنها الثلث فإنه ينقض الآخر فالآخر .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) قال الشافعي رحمه الله : ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله اجازة البيع ورده ، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره . وقال : له أن يفعل ما يشاء ، لأن الحجر انما يؤثر في عقد مستأنف ، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو اسحاق : ان كان الحظ في الرد لم يجز ، وان كان في الاجازة لم يرد ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولي لا يفعل الا ما فيه الحظ . من الرد والاجازة . ومن أصحابنا من قال : ان قلنا ان المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد ، وان كان الحظ في الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده ، وحمل قول الشافعي رحمه الله

على هذا القول . وان قلنا ان المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد ان كان الحظ في الرد ، لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ .

(الشرح) قال الشافعي رحمه الله : ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً ، ففلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء ، لأنه ليس بمستحدث : قات وهذا كما قال : إذا تبايع رجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس ، ثم حجر عليهما أو على أحدهما وحكم عليهما بالإفلاس .

وقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة على طرق ، فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع وله أن يجيزه سواء كان الحظ فيما فعله من ذلك أو في غيره ، لأن الحجر إنما يمنع تصرفه في المستقبل لا فيما مضى ، ولأن المفلس لا يجبر على الاكتساب : فلو قلنا : يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ لا لزمنه الاكتساب .

وقال أبو إسحاق إن كان الحظ في الفسخ لزمه أن يفسخ ، وان أجازته لم تصح إجازته ؛ وإن كان الحظ (أو الفائدة) في الإجازة لزمه أن يجيز ، وان لم يصح الفسخ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فلم يفعل إلا ما فيه الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ . وتناول كلام الشافعي على هذا الذي بينا .

ومنهم من قال . بينى ذلك على وقت انتقال الملك الى المشتري ، وصورتها اذا باع بشرط الخيار وأفلس البائع ؛ فإن قلنا ان الملك انتقل الى المشتري بنفس العقد ، فللبائع أن يجيز البيع ، وان كان الحظ في الفسخ فله أن يفسخ . وان كان الحظ في الإجازة وان قلنا ان البيع لا ينتقل الا بشرطين أو قانا انه موقوف فليس له ان يفعل إلا ما فيه الحظ ، على القولين .

قال ابن الصباغ . والطريقة الأولى أشد عند أصحابنا ، لأن التصرف من المحجور عليه لا ينفذ ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن ، وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق طريقة رابعة ، وقال الصحيح عندي أنه لا يملك فسخ العقد ولا إجازته بعد الحجر عليه بكل حال ، لانه عندنا ينقطع تصرفه بالحجر عليه بدلالة أنه اذا

باع شيئاً ثم حجر عليه قبل قبض الثمن لم يكن له قبض ، اللهم الا أن يكون الامام
أمر من يقوم بأمره وينظر في مصالحه فرأى الحظ له في الفسخ ، فانه يفعل اه .
واقة تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن وهب هبة تقتضى الثواب ، وقلنا : إن الثواب مقدر بما
يرضى به الواهب ، ثم أفلس ، فله أن يرضى بما شاء ، لانا لو ألزمناه أن يطلب
الفضل لا ألزمناه أن يكتسب ، والمفلس لا يكاف الاكتساب .

(الشرح) الأحكام . اذا وهب لغيره قبل الحجر هبة تقتضى الثواب ، ثم
حجر على الواهب . وقلنا ان الثواب مقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بالقابل
والكثير ، لانا لو ألزمناه طلب الفضل لا ألزمناه الاكتساب وذلك لا يلزمه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الاقرار في حقه ، وهل يلزم
في حق الغرماء ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزم ، لانه منهم ، لانه ربما واطأ المقر له لياخذ ما أقر به ويرد
عليه (والثاني) أنه يلزمه وهو الصحيح ، لانه حق يستند بثبوته الى ما قبل الحجر
فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وان ادعى عليه رجل مالا وأنكر ، ولم
يحلف ؛ وحلف المدعى . فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة
شارك الغرماء في المال ، وان قلنا : كالاقرار فعلى القولين في الاقرار ، وان أقر
لرجل بعين لزمه الاقرار في حقه ، وهل يلزم في حق الغرماء ؟ فيه قولان ،
(أحدهما) لا يلزم (والثاني) يلزم ، وتسلم العين الى المقر له ، ووجه القولين
ما ذكرناه في الاقرار بالدين .

(الشرح) الأحكام : إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر ، وصادقه
المقر له ، وكذبه الغرماء ، تعلق الدين بذمته قولاً واحداً ، وهل يقبل إقراره
في حق الغرماء ؟ ليشاركونهم المقر له ؟ فيه قولان .

أحدهما : أنه لا يقبل في حقهم ولا يشاركهم ، لأنه مال تعلق به حق الغير فلم يقبل إقرار من عليه الحق في ذلك المال كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن ، ولأنه لا يؤمن أن يواطىء المفلس من يقر له بالدين ليشركه الغرماء : ثم يسلمه إلى المفلس .

الثاني : ان إقراره مقبول في حق الغرماء ، فشاركهم المقر له ، وهو الصحيح لأنه حق ثبت بسبب منسوب إلى ما قبل الحجر فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء ، كما لو ثبت حقه بالبيئنة ، ولأن المريض لو أقر لرجل بدين أزمه في حال الصحة لشارك من أقر له في حال المرض ، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء .

وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر وأضافه إلى ما قبل الحجر يكون كما لو أقر به قبل الحجر ، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر .

وان كان في يد المفلس عين وقال : هذه العين عارية عندي لفلان . أو غصبتها منه أو أودعنيها ، فهل يقبل إقراره في حق الغرماء على القولين (أحدهما) لا يقبل فإن لم يف مال المفلس بدينه إلا يبيع تلك العين بيوت : ووزع ثمنها على الغرماء وكان هذا الثمن ديناً على المفلس في ذمته .

(والقول الثاني) وهو الصحيح : أنه يقبل إقراره فيها على الغرماء . وتسلم العين إلى المقر له ، قال الشيخ أبو حامد : وقد شنع الشافعي رحمه الله على القول الأول وقال : من قال بهذا أدى إلى أن القصار (أى الخائك أو الخياط) إذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان ، وهذا لفلان فلا يقبل منه ، وكذلك الصباغ والصايغ إذا أقر بمنازع لأقوام بأعيانهم أن لا تقبل ، وهذا لا سبيل إليه ، وكذلك لو قال عندي عبد أبى ولم يقبل قوله ، فبيع العبد رجوع بعهده على المفلس فيكون قد رجع عليه بعهده عند إقراره أنه أبى وباعه بهذا الشرط وهذا لا سبيل إليه لأنه ابطال لأصول الشرع ، فلذلك قلنا نقبل إقراره اهـ .

(فرع) وإن ادعى رجل على المفلس بدين في ذمته أو عين في يده فحجده ، فإن أقام المدعى بيئنة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن لم يقم بيئنة فالقول قول المفلس مع يمينه ، فإن حلف له انصرف المدعى وإن نكل المفلس عن اليمين

خلف المدعى ، فهل يشارك الغرماء في الدين ، وبأخذ العين ؟ فيه طريقان ، قال الشيخان أبو حامد والمصنف رحمهما الله تعالى : إن قلنا إن بين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبيته شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن قلنا إنه كإقرار كان على القولين الأولين في إقرار المفلس . وقال ابن الصباغ : يشارك الغرماء قولاً واحداً ، كما لو ثبت ذلك بالبينة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان جنى على رجل جنابة توجب المال وجب قضاء الأرش من المال ، لأنه حق لزمه بغير رضی من له الحق فوجب قضاؤه من المال ؛ وان جنى عليه جنابة توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله .

(فصل) وان ادعى على رجل مالا وله شاهد فان حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا ؟ قال في التفليس لا يحلفون وقال في غرماء الميت : اذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان . أحدهما يحلفون . والثاني لا يحلفون . في أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت الى غرماء المفلس ، فجعل فيهما قولين . أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحققه . والثاني لا يحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال لا تحلف غرماء المفلس . وفي غرماء الميت قولان : لان الميت لم يمتنع من اليمين فخلف غرمائه ، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرمائه ، ولأن غرماء الميت أسوا من يمين الميت فخلفوا ، وغرماء المفلس لم يأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا ، وان حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل فيه قولان ، أحدهما يحل لان الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات . والثاني لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين . كما لو لم يحجر عليه

(الشرح) الاحكام : اذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالا شارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء لان ذلك ثبت بغير رضا من له الحق .

وان جنى أحد على المفلس جناية خطأ تعلق حق الغرماء بالارش، لأن الارش مال له، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله. وإن جنى عليه أحد جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو وليس للعزماء أن يطالبوه بالعفو على مال، لان ذلك اكتساب للدال، وقد سبق أن قلنا إنه لا يلزمه ذلك، ولا نالو أزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه مرة بعد أخرى؛ فلم يلزمه. فان عفا في مقابل مال تعلق به حق العزماء، وان عفا مطلقا - فان قلنا إن موجب العمد القود لا غير لم يجب المال، وان قلنا ان موجب أحد الامرين ثبت المال وتعلق به حق العزماء، وان عفا على غير مال - فان قلنا ان موجب العمد القود لا غير صح عفوهم ولم يجب المال، وان قلنا ان موجب أحد الامرين فقد ذكر في التعليق والشامل أن المال ثبت: ويتعلق به حق العزماء، ولا يصح عفوهم

وإذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه، فأقام المفلس شاهداً فان حلف معه استحق ما ادعاه وقسم على العزماء لانه ملك له، وان لم يحلف - فهل يحلف العزماء. قال الشافعي في المختصر: لا يحلف العزماء. وقال صاحب الشامل اذا مات وخلف ورثة وعليه دين وله دين على آخر له به شاهد ولم يحلف الورثة، فهل يحلف العزماء؟ على قولين، فمن أصحابنا من قال المسألان على قولين. ومنهم من قال لا يحلف غرماء المفلس قولاً واحداً، وفي غرماء الميت قولان، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يحلف فلم يحلف غرماءه، والميت لا يرجى أن يحلف فخلف غرماءه، والصحيح أنهما على قولين

(أحدهما) يحلفون لان حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس فكان لهم أن يحلفوا كالورثة، ولان الانسان قد يحلف ليثبت مالا لعنيره، كما نقول في الوكيل اذا أحلفه العاقد له فان الوكيل يحلف ويثبت المال للوكيل، كذلك هذا مثله.

(الثاني) لا يحلفون، وهو الصحيح، لانهم يشهدون بأيمانهم مالا لعنيرهم، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته، وهذا لا يجوز. كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها، وان كان اذا ثبت تعلقته به نفقتها فأشبهت الورثة لانهم يشهدون مالا

لا أنفسهم بأيامهم . وأما الوكيل فإنما حلف لأن اليمين متعلقة بالعقد ، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين عليه .

وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين ولا بينة له ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فإن حلف فلا كلام ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس ، فإن حلف ثبت المال ، وقسم على الغرماء ، وإن لم يحلف المفلس ، فهل يحلف الغرماء ؟

قال ابن الصباغ : هما على قولين كاليمين مع الشاهد ؛ وإن حلفوا فإن المال الذي ثبت بأيامهم يقسم بينهم على قدر ديونهم

(فرع)

إذا كان على رجل دين مؤجل فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه لهذه الديون ، وإن كان ماله أولاً من ديونهم ، لأنه لا حق لهم قبل حلول الأجل .

وإن كان عليه دين حال ودين مؤجل ، فرفع أصحاب الديون الحالة أمره إلى الحاكم ، فنظر إلى ما عليه من الديون ، وإلى ما معه من المال ، فوجد ماله لا يفي بالديون الحالة ، فحجر عليه بنسأه على مسألتهم ، فهل تحل عليه الديون المؤجلة ؟ فيه قولان

(أحدهما) تحل ، وبه قال مالك ، لأن ما يتعلق بالمال بالحجر ، أسقط الحجر الأجل كالموت ، يحل الدين الأجل

(الثاني) لا يحل ، وهو اختيار المزني ، وهو الأصح ؛ لأنه دين مؤجل على حي ، فلم يحل قبل حلول أجله ، كما لو لم يحجر عليه ؛ ويفارق الميت ، لأن ذمته انعدمت بموته ، وهذا له ذمة صحيحة ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج اليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ؛ ويرجع الى الكسب لقوله صلى الله عليه وسلم : ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فقدم حق نفسه على حق العيال ، وهو دين ، فدل على أنه يقدم على كل دين ، ويكون الطعام على ما جرت به عادته ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت ، فان كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون اليه من النفقة والكسوة بالمعروف ، لانهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة ولا تترك له دار ولا خادم ؛ لانه يمكنه أن يكثرى داراً يسكنها وخادماً يخدمه ، وان كان له كسب جدد نفقته في كسبه لانه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته ، وهو يكتسب ما ينفق

(الشرح) حديث ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، رواه الطبراني عن حكيم بن حزام رضى الله عنه .

أما الأحكام : فإذا حجر الحاكم على المفلس ومنعه من التصرف في ماله فن أين تكون نفقته الى أن يبيع ماله ويقسمه على الغرماء ، ينظر فيه ، فان كان له كسب كانت نفقته من كسبه ، وان لم يكن له كسب ، فإن على الحاكم أن يدفع اليه نفقته من ماله لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي جاءه بالدينار ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، فأمره أن يبدأ بنفقته على من يعول ، ومعلوم أن فيمن يعول من تجب نفقته ، وتكون ديناً عليه ، وهي الزوجة .

فعلم أن نفقته مقدمة على الدين ، ويكون طعامه على ما جرت به عادته ويدفع اليه نفقته كل يوم ، وآخرها اليوم الذي يقسم فيه الحاكم ماله ، فيدفع اليه نفقته ذلك اليوم ، لأن النفقة تجب في أوله ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة لانه لا بد له أن يصرف ، فلو قلنا : انه لا يكتسى لامتنع الناس من معاملته ، هكذا قال صاحب البيان عن نصه في الام ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته ، أو ما تدعو اليه ضرورة الزمن ان كان صيفاً أو شتاء .

قال الشافعي رضي الله عنه : يكفيه قميص وسراويل وردمان ، ان كان من يرتدى وحذامين لرجله هذا اذا كان صيفاً ، وان كان في الشتاء زيد على القميص جبة محشوة ، وخف بدل النمل ، وان كان من عاداته أن يتطيلس دفع اليه الطيلسان ، وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله ، وان كان من عاداته لبس الشرب والديبقي ترك له ذلك ، وان كانت عاداته أن يلبس غليظ الثياب ترك له ذلك .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ان كان له ثياب غوال بيعت .
قال أصحابنا : وأراد اذا كان من عوام الناس وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الاقدار بيعت ، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله ، ويصرف الباقي من ثمنها الى الغرماء .

(فرع) وان كان المفلس من تلزمه نفقته كالزوجة والوالدين والمولودين ترك لهم ما يحتاجون اليه نفقة وكسوة كما قلنا عن المفلس ، لانهم يجرون مجرى نفسه ، لان الأقارب يعتقدون عليه اذا ملكهم كما يعتقد نفسه اذا ملكها ، ونفقة الزوجة أكثر من نفقة الأقارب لانها يجب بحكم المعارضة .

(فرع) فإن مات المفلس كانت مؤنة تجهيزه وكفنه من ماله ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قدمت عليه جنازة ليصلي عليها فقال : هل على صاحبكم دين ، فقالوا : نعم ، فقال صلوا على صاحبكم .
ولا محالة أنه كان قد كمن ، فعلم أن الذي كفن به مقدم على حقوق الغرماء ، لانه لم يتعرض له ، وان مات من تلزمه — فان كانت زوجة — فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه ، أو في مالها ، فيه وجهان سبق ذكرهما في الجنازة للإمام النووي رضوان الله عليه ونفعنا بعلمه آمين .

وان كان من الوالدين أو المولودين وجب مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس ، ويقدم ذلك على الغرماء كما قلنا في نفس المفلس وكم القدر الذي يجب في الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة . قال المصنف رحمه الله تعالى ما يستر العورة لا غير (فرع) اذا كان المفلس دار يسكنها أو سيارة يركبها بيعتا عليه ، وصرف ثمنها للغرماء ، لانه يمكنه أن يستأجر داراً يسكنها ، ويركب المرافق العامة من

وسائل المواصلات التي تفتت في كل فج ، وتصل الى حيث يشاء راكبها ، وقد جرت عادة الناس بذلك ، وذلك بخلاف الثياب ، فان العادة لم تجر باكثر ائمتها ، ولذا لا اتباع الا في صورة خاصة مضى بيانها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الحاكم بيع ماله فاستحب أن يحضره لانه أعرف بشمن ماله ، فإن لم يكن من ينطوع بالنداء استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح ، لان ذلك من المصالح فهو كأجرة السكيا والوزان في الاسواق ، فان لم يكن سهم المصالح اكثرى من مال المفلس ، لانه يحتاج اليه لابقاء ما عليه ، فكان عليه ، ويقدم على سائر الديون . لان في ذلك مصلحة له ، ويباع كل شيء في سوقه ، لان أهل السوق أعرف بقيمة المناع ، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر ، ويبدأ بما يسرع اليه الفساد . لانه إذا أخر ذلك هلك ، وفي ذلك اضرار ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ثم بالحيوان لانه يحتاج الى علف ويخاف عليه الناب ويتأني بالعقار لانه اذا تأني به كثر من يطلبه ، ولا يتأني به أكثر من ثلاثة أيام ، لان فيما زاد اضراراً بالغرما في تأخير حقهم .

فإن كان في المال رهن أو عيد تعلق الأرض برقبته بيع في حق المرتين والمجنى عليه ، لأن حقهما يختص بالعين فقدم ، وان يبيع له متاع وقبض ثمنه فملك الثمن واستحق المبيع ، رجوع المشتري بالعهد في مال المفلس ، وهل يقدم على سائر الغرما ؟ روى المزني أنه يقدم ، وروى الربيع أنه أسوة الغرما ، فن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقدم ، لأن في تقديمه مصلحة فانه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق فاذا قدم رغبوا في شراء ماله .

(والثاني) أنه أسوة الغرما . لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضی من له الحق فضرب به مع الغرما كأرض الجنابة ومنهم من قال ان لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له ، وان فك الحجر عنه كان كسائر الغرما ، وحمل رواية الربيع على هذا .

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

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجره لم يستأجر الحاكم من ينسأى لأنه لا حاجة إلى ذلك ، وإن لم يوجد من يتطوع بذلك استؤجر بأقل ما يوجد ، فإن كان في بيت المال فضل أعطى الأجير أجره منه ، لأن في ذلك مصلحة ، فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق

وإن لم يكن في بيت المال فضل استوفى من مال المفلس كذلك ، لأن العمل له

قال أبو علي الكيالي في الإفصاح : فأما أجره النفاذ فعلى الغريم لا على المفلس فإن اختار المفلس رجلا ينادى على المانع واختار الغرماء غيره ، قدم الحاكم الثقة منهما ، فإن تساوى في التوثيق قدم المنطوع منهما لأنه أوفر مؤنة ، فإن كانا تطوعوا ضم أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا يجعل قدم أعرفهما وأوثقهما ، ويرى أصحاب أحد أن نفقة النفاذ على المفلس ، وفي قول آخر عندهم تدفع من بيت المال ، وعندنا على القولين في أن يعطى من الغرماء أو من بيت المال ، كما سبق بيانه .

(فرع) ويبيع كل شيء من الأمتعة في سوقه ، فتباع الكتب في سوق الوراقين والبز في سوق البرازين ، والطعام في سوق الطعام ، وهذا إذا كان في البلد أسواق متخصصة تتوفر أربابها على نوع معين من السلع كسوق العطارين وسوق العقادين وغيرها من الأسواق النوعية ، وذلك لتفادي الأبتناول شراءها من لا يعرف قيمتها فيبخرها ؛ كل ذلك إذا أمن عند نقلها عدم التلف أو ضياع شيء منها ، فإذا كان مكانها صالحا لبيعها بيعت حيث هي ، أما العقار وغيره من الأعيان الثابتة فإنه يمكن أن يكتب بالنشر في صحيفة يومية ، ولا ينادى الدلال في جلسة البيع كالأمتعة ، وإنما يوصى بإتمام بالثمن الذي يعرض من المتباعين ، وذلك أعز للعقار وأدعى إلى حفظ حق المفلس .

ويباع ما هو معرض للتلف أولا ، كالرطب والمريس ونحوهما ؛ ثم الحيوان لأنه معرض للتلف إذا لم يجد من يقوم على مشونته وحفظه وغذائه ، ثم الثياب والأقشة . وهكذا بالترتيب

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كان بقرب ذلك البلد قوم يشتررون العقار في ملك المفلس أنفذ إليهم وأعمالهم بذلك ليحضروا فيشتروا فيتوفروا على المفلس

(فرع) وبيع مال المفلس بنقد البلد ، وإن كان من غير جنس حق العنرماء بأن كانت الديون عليه بالدينار العراقي أو الجنيه الاسترليني أو الليرة السورية وكان المفلس في العراق يبيع عليه بالدينار، ولو كان الدين بالليرة أو بالجنيه ، لأن ذلك أيسر وأوفر ، فإن كان حق العنرماء من نقد البلد دفعه اليهم ، وإن كان من غير نقد البلد ، فإن كان حقهم ثبت من غير جهة السلم دفع اليهم عوضه إن رضوا بذلك ، وإن لم يرضوا اشترى لهم من جنس حقوقهم ، فإن كان حقهم ثبت من جهة السلم لم يجوز أخذ العوض عن ذلك ، وإنما يشتري لهم حقوقهم

(فرع) إذا كان في مال المفلس رهن بدأ يبيعه لأن حق المرتهن يخص بالعين وحقوق العنرماء لا تختص بالعين ، ولأنه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن ؛ فتفرق الزيادة على العنرماء ، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن فاختلط مع العنرماء بما بقي له ، فاحتجج الى بيعه لذلك

(فرع) فإن باع شيئاً من مال المفلس ، فإن كان دينه لو احد فانه يدفع كذا باع شيئاً وقبضه الى العنرماء لأنه لا حاجة به الى التأخير . وإن كان الدين لجماعة نظرت فإن بيع جميع ماله دفعة واحدة قبض ثمنه ووزعه على العنرماء بالحصص على قدر ديونهم . وإن لم يمكن بيع ماله إلا بشيء بعد شيء نظرت فيما يباع به أولاً فإن كان ثمنه كثيراً يمكن قسمته على العنرماء قسم بينهم لأنه لا حاجة به الى التأخير . وإن كان قليلاً يتعذر قسمته . أو يكون القسم منه يراد . أخرت قسمته على العنرماء .

فإن وجد الحاكم ثقة مليئاً - أى غنياً ... فقد قال الشافعي رضي الله عنه : أقرضه إياه حالا . فإذا تكامل بيع المال أخذه من الذي أقرضه إياه وقسمه بين العنرماء ، ويكون ذلك أولى من إبداعه . لأن القرض مضمون على المقبوض . والوديعة أمانة يخاف تلفها . فإن لم يجد ثقة مليئاً يقرضه إياه أو دعه عند ثقة .

فإن قيل : فلم قال الشافعي رضي الله عنه : يقرضه حالا . والقرض عنده لا يكون إلا حالا ؟ فقال أكثر أصحابنا : وصف القرض بذلك لأنه شرط . وقصد بذلك الرد على مالك رضي الله عنه حيث قال : يصح القرض مؤجلاً ،

وقال العمراني . وقال بعض أصحابنا : أراد حالا بعين تشديد يعني يقرضه في الحال ، وهذا ليس بشيء .

فإن قيل فقد قال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا في حال الضرورة ، وهو أن يكون في بحر ومعه مال اليتيم ويخاف عليه الغرق أو يخاف عليه النهب أو الحريق ، ولا يقرضه في غير ذلك وإنما يودعه . فما الفرق بينه وبين المفلس ؟ قلنا الفرق بينهما أن مال الصبي معد لمصلحة يظهر من شراء عقار أو تجارة ، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك . ومال المفلس معد للغماء خاصة فافترقا .

(فرع) وإذا باع الحاكم مال المفلس وانصرم البيع بالفرق وانقضاء الخيار ثم جاء إلى الحاكم وزاد في الثمن . قال العمراني : استحب للحاكم أن يسأل المشتري الإقالة ليطلب الفضل ، فإن أقاله المشتري باع الحاكم من الطالب بالزيادة وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك ، لأن البيع قد لزم

(فرع) وإن نصب الحاكم أميناً لبيع مال المفلس وقبض ثمنه فباع شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف في يده من غير تفريط ، تلف من ضمان المفلس لأن العدل أمين له . ورواية عمرو بن خلدة عن أبي هريرة في المفلس أتوه به التي سبق لنا الاستدلال بها أخرجهما الشافعي وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه وفي أسناده أبو المعتمر . قال الطحاوي مجهول

وإن باع العدل شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه ثم أتى رجل ادعى على المشتري أن العين التي اشتراها ملكه وأقام بينة على ذلك ، أخذها من يد المشتري فإن كان الثمن باقياً في يد العدل ، رجع به إلى المشتري ، وإن كان المال قد تلف في يد العدل من غير تفريط رجع المشتري بالعمدة في مال المفلس ، ووافقنا أبو حنيفة في هذا ، وخالفنا في العدل إذا تلف الرهن في يده .

وفي الوكيل والوصي إذا تلف المال في أيديهم بغير تفريط أن الضمان يجب عليهم ، فنقيس تلك المسائل على هذه ونقول : لأنه باع مال الغير فإذا تلف في يده من غير تفريط لم يضمن قياساً على أمين الحاكم في مال المفلس . وهل يقدم المشتري على سائر الغرماء أو يكون أسوأهم ؟

نقل المزي أنه يقدم عليهم ، ونقل الربيع أنه يكون أسوة لهم ، واختلف أصحابنا فيه على طريقتين . فمنهم من قال في المسألة قولان (أحدهما) أنه يقدم عليهم لأن في ذلك مصلحة لمال المفلس ، لأن المشتريين إذا علموا أنهم يقدمون بالثمن إذا استحق ما اشتروه رغبوا في الشراء ، فيكثر المشترون وتزيد الأثمان ، وإذا علموا أنهم لا يقدمون تجنبوا الشراء خوفاً من الاستحقاق . فتقل الأثمان

(الثاني) لا يقدم ، بل يكون أسوة العزماء ؛ لأنه تعلق بذمة المفلس بغير اختيار من له الحق ، فكان أسوة العزماء ، كما لو جنى على رجل ومنهم من قال هي على حالين ، فالموضوع الذي قال يكون أسوتهم أراد به إذا كان بعد القسمة في حجر ثمن مثل أن يقسم المال بين العزماء ، ثم استحق شيء من أعيان ماله . ثم حجر عليه ثانياً ، فإن المشتري يكون أسوة العزماء ، لأن حقه ثبت في ذمته قبل الحجر كسائر العزماء . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق ،

قال العمراني . وأما صاحب المذهب فقال ان لم ينفك عنه الحجر قدم ، لأن فيه مصلحة له ، وان فك عنه الحجر كان كسائر العزماء ، ولم يذكر الحجر الثاني اه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان كان في العزماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ، ووجد عين ماله على صفته ، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع العزماء بالثمن ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من العزماء ، وهل يفتقر الفسخ الى إذن الحاكم ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : لا يفسخ الا باذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالفقه . وقال أبو القاسم الدارمي : لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد فان حكم الحاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد

الإصطخري : ينقض حكمه ، لأنه حكم مخالف لنص السنة ، ويحتمل ألا ينقض
لأنه مخالف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي فيه وجهان
(أحدهما) أنه على التراخي لأنه خيار لا يسقط إلى بدل ، فكان على التراخي
كخيار الرجوع في الهبة .

(والثاني) أنه على الفور لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور
كخيار الرد بالعيب ، وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية ؟ فيه وجهان .
أحدهما : يصح كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط . والثاني : أنه لا يصح
لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء ، وإن قال العنبر ماء نحن نعطيك الثمن
ولا نفسخ لم يسقط حكمه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل
العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرض .

(الشرح) الحديث رواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » ،
أما الأحكام ، إذا كان في الغرماء من باع من المفلس قبل الإفلاس ولم يقبض
الثمن ووجد عين ماله على صفته خالياً من حق غيره ، فالبائع بالخيار بين أن
يضرب عن الغرماء في الثمن ؛ وبين أن يرجع في غير ماله ، وبه قال عثمان وعلي
وأبو هريرة رضي الله عنهم ، ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والأوزاعي
والشافعي ومحمد بن الحسين العنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد ،
وخالفنا الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا هو أسوة الغرماء ،

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة رضي
الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله (ص) « أيما
رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد بعينه » .

وفي رواية أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضي الله عنهم عن
أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل باع متاعاً
على رجل فأفلس المتاع ثم وجد البائع متاعه بعينه ، فصاحب المتاع أحق به من
دون الغرماء » ، وقد أخرجه أحمد عن الحسن بن سمرة بلفظ « من وجد متاعه عند

مفلس بعينه فهو أحق به ، ورواه السنة عن أبي هريرة بلفظ : من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره ، وعند مسلم والنسائي عن أبي هريرة بلفظ : إذا وجد عنده المتاع ، ولم يفرقه أنه لصاحبه الذي باعه ، وحديث أبي هريرة عند أحمد بلفظ : أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ، ولم يكن اقضى من ماله شيئاً فهو له ، وروى مالك في الموطأ وأبو داود ، الأول بطريق الإرسال والثاني بطريق الإسناد والمرسل أصح عن أبي بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث بن هشام بلفظ : أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة العرماء .

قلت : ولأن عند البيع يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض أو القيمة أو الثمن ، كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولأنه إذا شرط في البيع رهناً ، فمجز عن تسليمه استحق الفسخ ، وهو وثيقة بالثمن ، فالجواز عن تسليم الثمن بنفسه أولى . وبفارق المبيع الرهن : فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس بيد ، والثمن ههنا بيد عن العين ، فإن تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل .

فإن قيل : إنهم تساوا - أعنى العرماء جميعاً من وجد عين ماله ومن لم يجد - في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ ، وهو موجود في حق من وجد متاعه دون من لم يجده .

إذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة ، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة العرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ ، فلا يوجب كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعق الأمة ، وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب ، وفي ذلك روايتان :

(إحداهما) هو على التراخي ، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة .

(والثاني) هو على الفور ، لأنه خيار يثبت في البيع لتقصير في العوض ، فكان على الفور كإرد بالعيب ، ولأن جواز تأخيرة يفضي إلى الضرر بالغرما ، لافتعائه إلى تأخير حقوقهم : فأشبهه خيار الأخذ بالشفعة ، وأخذ القاضى من المنازلة بهذا الوجه . وحكى ابن قدامة الوجهين كهما عندنا .

(فرع) وان اشترى رجل سلعة بثمن في ذمته وكانت قيمة السلعة مثل الثمن أو أكثر ، ولا يملك المشتري غير هذه السلعة ولا دين عليه غير هذا الثمن ، فهل يجعل هذا المشتري مفلساً ، فيكون للبائع الرجوع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما في الإفصاح أبو على السكيال .

أحدهما : يكون مفلساً ، فيكون البائع بالخيار بين الرجوع في عين ماله .
والثاني : لا يكون مفلساً ، ولكن تباع السلعة ويعطى منها حقه والباقي للمشتري (فرع) وان كان ماله يفي بدينه ولكن ظهرت فيه أمانة الفلاس — وقلنا : يجوز الحجر عليه ، فحجر عليه — فهل يجوز لمن باع منه شيئاً ولم يقبض ثمنه ، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .
(أحدهما) له أن يرجع إلى عين ماله لقوله صلى الله عليه وسلم «أيمان رجل باع متاعاً على رجل ثم أفلس المبتاع الحديث ، وهذا قد أفلس ، لأنه محجور عليه بحق الغرما . فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع إليه ، كما لو ذن ماله أقل من دينه .
(والثاني) ليس له الرجوع إلى عين ماله ، لأننا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين المال في المواطن التي لا يتمكنون فيها من الوصول إلى كمال حقوقهم ، وهذا يتمكن من أخذ جميع حقه فلم يكن له الرجوع إلى عين ماله .

(فرع) وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم ، فيه وجهان . الأول قاله المصنف : لا يصح إلا بإذن الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالأعسار بالنفقة .

والثاني : قاله صاحب البيان : يصح بغير إذن الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد .

فان حكم الحاكم بالمنع فقيهه وجهان . أحدهما : يصح حكمه . لأنه مختلف فيه . والثاني : لا يصح لأنه حكم مخالف لنص السنة ،

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور ، أو يجوز على التراخي فيه وجهان (أحدهما) يجوز على التراخي ، لأنه خيار لا يسقط الى بدل فجاء على التراخي ، كرجوع الأب فيما وهب لابنه ، وفيه احتراز من الرد بالعيب ، لأنه قد يسقط الى بدل وهو الأثرش (والثاني) يشترط أن يكون على الفور ، لأنه خيار لنقص في العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ؛ وفيه احتراز من رجوع الأب في هبته لابنه .

(فرع) إذا رهن البائع المبيع في يد المفلس عند ثبوت الرجوع له فهل يجعل رهنه فسخاً للبيع . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ في الرهن وحكاية وطء البائع الجارية المبيعة جعلوا في فسخ البيع وجهين (أحدهما) يكون فسخاً كوطء البائع مبيعه في مدة الخيار (والثاني) لا يكون فسخاً . لأن ملك المشتري مستقر فلا يرفع الا بالقول .

(فرع) إذا بذل الغرماء للبائع جميع ماله على أن لا يرجع بالعين المبيعة لم يجبر على ذلك . وجاز له الرجوع الى عين ماله . وقال مالك رضي الله عنه لا يجوز له الرجوع الى عين ماله . وقال أحمد وأصحابه كقولنا .
دليلنا : الحديث ، ولم يفرق بين ما اذا عرض الثمن أو لم يعرض ولأنه تبرع بالحق غير من عليه الحق فلم يلزم من ثبت له الفسخ إسقاط حقه من الفسخ . كالزوج اذا عسر بالنفقة لجاء أجنبي فبذل لها النفقة لترك الفسخ ، فانه لا يلزمها ذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ؛ ففيه وجهان . أحدهما : أن له أن يفسخ ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ كالمزوجت لامرأة بفقير ثم عسر بالنفقة . والثاني : أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فسقط خياره ، كالمشتري سلعة مع العلم بعيبها .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى عينا بعد أن حجر عليه بضمن في ذمته فقد

ذكرنا أن شراءه صحيح ، وهل ثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله ؟ فيه وجهان .
أحدهما : لا يثبت له الرجوع إلى عين ماله ، لانه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فلم
يثبت له الفسخ ، كما لو اشترى سلعة معينة مع العلم بعيبها . والثاني : يثبت له
الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله ، فان لها أن تفسخ النكاح اذا
عسر بالنفقة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد المبيع وقد قبض من اثنى بعضه ، رجع بحصة ما بقى من
الثمن لانه اذا رجع بالجميع اذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه اذا لم يقبض
بعض الثمن ، وان كان المبيع عبيد متساوي القيمة وباعهما بمائة ، وقبض من
الآمن خمسين ، ثم مات أحد العبيد ، وأفلس المشتري ، فالمنصوص في التفليس
أنه يأخذ الباقي بما بقى من الثمن ، ونص في الصداق : اذا أصدقها عبيد فتاب
أحدهما ثم طلقها قبل الدخول ، على قولين .

أحدهما : أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله في التفليس . والثاني
أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، فمن أصحابنا من نقل هذا القول
إلى البيع ، وقال : فيه قولان (أحدهما) أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع
الغرماء بنصف ثمن التالف ، وهو اختيار المزني رحمه الله ، لأن البائع قبض
الخمس من ثمنها ، وما قبض من ثمنه لا يرجع به (والثاني) أنه يأخذ الموجود
بما بقى ، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر اذا كان باقيا أخذ الباقي اذا هلك بعضه
كالشقة في الشقة

ومن أصحابنا من قال يأخذ البائع الموجود بما بقى من الثمن قولاً واحداً ،
وفي الصداق قولان ، والفرق بينهما أن البائع اذا رجع بنصف الموجود ونصف
بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس ، والزوج اذا رجع بنصف
الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه ، لأن الزوجة موسرة فلم
يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر

(الشرح) الأحكام : إذا باع من رجل عيناً بمائة أو عشرين بمائة ، فقبض البائع من ثمن خمسين والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان ؛ سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية ، فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقي من الثمن ؟ حكى ابن الصباغ فيه قولين . قال في القديم سقط حق البائع من الرجوع الى الغير ويضرب مع الغرماء بالثمن .

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا هو مذهب مالك ولم يحكه عن القديم . وقال ابن الصباغ : مذهب مالك إذا قبض شيئاً من الثمن والعين باقية كان بالخيار بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع في العين المبيعة ، وبين أن لا يرجع في العين ويضارب مع الغرماء فيما بقي .

ووجه القول القديم حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام الذي أتينا على مختلف طرقه وألفاظه فيما سبق من فصول هذا الباب ولأن في رجوعه في بعض العين تبعضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به ، فلم يكن ذلك للبائع .

وقال في الجديد : ثبت له الرجوع بخضم ما بقي من الثمن - وهو الصحيح - لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين لجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول ، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق ، وهو ما إذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ، وتارة بالنصف ، وهو ما إذا طلقها

قال في البيان : والخبر عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مرسل ، لأن أبا بكر ليس بصحابي ، وإن صح فعنى قوله فهو أسوة الغرماء ، إذا رضى بذلك .

وإن باعه عينين متساويي القيمة بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين وتلف أحد العينين وأفلس المشتري ، فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذي بقي له فلا كلام ، وإن اختار الرجوع الى عين ماله على الجديد فبكم يرجع ؟ قال الشافعي يرجع هنا في العين الباقية بما بقي من الثمن . وقال في الصداق ، إذا أصدقها عشرين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول أنها على قولين

(أحدهما) تأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ،

(والثاني) أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف .

وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها ، وقال في الزكاة : إذا أصدقها خساً من الإبل خال عليها الحول فباعته منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفاً ، فحصل في الصداق ثلاثة أقوال

(أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباقي . وهذا موافق لما قاله في المفلس .
(والثاني) يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .
واختلف أصحابنا في مسألة المفلس ، فمنهم من قال في المفلس أيضاً قولان :

(أحدهما) يأخذ الباقي من العينين بما بقي له من الثمن ، ويكون النصف الذي أخذ حصة التالف ؛ لأنه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع ، إذا وجدته كله جاز له أخذ بعضه إذا تعذر جميعه ، كما قلنا في الشفيع

(والثاني) يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقي له ، ويضرب مع الغرماء بنصفه ، لأنه إذا باع شيئين متساويي القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين ، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع في نصفهما ، فإذا تلف أحدهما رجع في نصف الباقي بنصف ما بقي .
وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذي لم يقبضه ، قال هذا القائل : ولا يجيء هاهنا القول الثالث في الصداق ، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .
لأن ذمة الزوجة عليه وذمة المفلس خربة ، فلا يمكن ترك الشيء كله والرجوع إلى القيمة ، لأنه لا يصل إليها .

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الصداق ثلاثة أقوال ، وفي المفلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقي له من الثمن قولاً واحداً ، والفرق بينهما أننا إذا قلنا في الصداق : يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لأنه يصل إلى حقه لأن ذمة الزوجة مليئة ، وفي المفلس لو قلنا : يأخذ البائع نصف الباقي بنصف ما بقي له ، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقي له لم يأمن ألا يصل إلى الكمال من حقه ، لأن ذمة المفلس خربة

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه ، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه ، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال .
(الشرح) إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر لم يكن له أن يرجع فيها لأن المشتري قد عقد على ما اشتراه عقداً منع نفسه من التصرف فيه ، فلم يكن لبائعه الرجوع فيه ، كالمو باعها المشتري أو وهبها
إذا ثبت هذا فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع لأنه أسبق ، فإن كان الدين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر بيعت العين في حق المرتهن ولا كلام ، وإن كان الدين المرهون به أقل من قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن وكان للبائع أن يرجع في الباقي منها ، لأنه لا حق لأحد فيما بقي منها ، وإن لم يمكن بيع بعض الرهن بحق المرتهن إلا ببيع جميع الرهن ، فبيع جميع الرهن وقضى حق المرتهن من ثمن الرهن ، وبقي من الثمن بعضه ، فالذي يقضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقي من الثمن ، بل يصرف ذلك الى جميع الغرماء ، لأن حقه يختص بالعين دون ثمنها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان المبيع شقفاً ثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) أن الشفيع أحق ، لأن حقه سابق ؛ فإنه يثبت بالعقد ، وحق البائع ثبت بالحجر ، فقدم حق الشفيع
(والثاني) أن البائع أحق ، لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده ، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما ، لأن البائع يرجع الى عين ماله ، والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما .
(والثالث) أنه يدفع الشقص الى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ، ويدفع الى البائع لأن في ذلك جمعاً بين الحقين ، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما

(الشرح) قوله « شقصا ، الشقص الطائفة من الشيء ، والجمع أشقاص مثل
 حل وأحمال ، وهو مأخوذ من المشقص ، سهم فيه نصل عريض أو أن هذا
 مأخوذ منه .

أما الأحكام فإنه إذا اشترى رجل شقصا من دار أو أرض فنبت فيه الشفعة
 فأفلس المشتري وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع . فهل البائع أحق بالشفعة أم
 الشفيع ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن الشفيع أحق ويكون الثمن بين الغرماء ، لأن حق الشفيع أسبق
 لأن حقه يثبت بالبيع ، وحق البائع يثبت بالحجر . فقدم السابق
 (والثاني) أن البائع أحق بالشفعة لانه إذا رجع في الشقص زال الضرر عنه
 وعن الشفيع ، لانه عادة كان قبل البيع . ولم يتجدد شركة غيره .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا مدخول . لان من باع شقصا وثبتت فيه الشفعة
 ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع . فإن البائع عاد للشفيع شريكا كما
 كان ، ومع ذلك له الاخذ بالشفعة .

(والثالث) أن الشفيع أولى بالشفقص ، ويؤخذ منه الثمن ويسلم الى البائع
 دون سائر الغرماء ، لان في ذلك جمعا بين الحقين ، وإزالة للضرر عنهما

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان لمبيع صيدا والبائع محرم . لم يرجع فيه ، لانه تملك صيد
 فلم يحز مع الاحرام كسراء الصيد

(الشرح) الاحكام : اذا باع صيدا ثم أحرم وأفلس المشتري لم يكن للبائع
 أن يرجع في الصيد كما لا يجوز أن يبتاعه . وقد مضى لسلفنا النووي رضى الله
 عنه ذلك في الصيد فليراجع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد عين ماله ودينه مؤجل . وقلنا ان الدين المزجل لا يحل
 وديون الغرماء حالة . فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لانها حقوق

حالة فقدمت على الدين المؤجل ومن أصحابنا من قال لا يباع ، بل يوقف إلى أن يحل فبخار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار في الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة (الشرح) الأحكام : إذا اشترى رجل أعياناً بأثمان مؤجلة فحجر على المشتري بدين حاله عليه ، وكانت الأعيان التي اشتراها بالمؤجل باقية في يده لم يتعلق به حق غيره . فإن قلنا إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر ، فما الحكم في الأعيان التي اشتراها بالأثمان المؤجلة . فيه وجهان

(أحدهما) وهو المنصوص ولم يقل الشيخ أبو حامد غيره أنها تباع وتفرق أثمانها على أصحاب الديون لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة ، وتبقى الديون في ذمته إلى الأجل ، فإذا أيسر طالبوه ، وإلا كانت في ذمته إلى أن يوسر (الثاني) حكاه المصنف أنها لا تباع ، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة فيخير بائعوها بين فسخ البيع فيها أو الترك ، قال وإليه أشار في الإملاء ، لأن بالحجر تعلقت الديون بماله ، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل ، فلم يبيع في الديون الحالة . وأما إذا قلنا : إن الديون المؤجلة يحل بالحجر فما الحكم في الأعيان المشتراة بها .

فيه وجه حكاه صاحب الفروع ، وهو قول أبي إسحاق أن تلك الأعيان لا تباع في حق أصحاب الديون المعجلة ولا تسلم إلى بائعها أيضاً ، بل توقف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه ، ففيه وجهان . (أحدهما) أن له أن يرجع فيه ، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره ، فأشبهه إذا لم يبعه (والثاني) لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخره .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى عينا بشمن في ذمته فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها ثم أدلس المشتري لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء لأنها خارجة عن ملك المشتري ، فهو كما لو تلفت ، وإن رجعت إلى ملك المشتري بآرث أو هبة أو وصية فأفلس . فهل يرجع البائع بها فيه وجهان

أحدهما : لا يرجع لان هذا الملك انتقل اليه من غير البائع . والثاني : للبائع أن يرجع فيها ، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، فهو كالمو لم يخرج عن ملك المشتري ، فإذا قلنا : بهذا الوجه ، وكان المشتري قد اشتراها من هي في يده بثمن في ذمته ، فأفلس بائنين وحجر عليه ، فأى البائعين أحق بالعين ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاه المسعودي .

(أحدها) البائع الاول أحق بها ، لان حقه أسبق .

(والثاني) البائع الثاني أحق بها ، لانه أقرب .

(والثالث) أهما سواء لانهما متساويان في سبب الاستحقاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وجد المبيع ناقصا نظرت ، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبددين ، تلف أحدهما أو نخلة مشمرة تلفت ثمرتها ؛ فالبايع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالبئنين وبين أن يفسخ البيع فيما بقى بحصته من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف ، لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالبئنين كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالبئنين ؛ ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكا كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن ، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف ، فكذلك البائع ؛ وإن كان المبيع نخلا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة ، قوم النخل مع الثمرة ، ثم يقوم بلا ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن ، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض .

فان كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد ، لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوم عليه ، وان كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت القبض ، لأن ما نقص لم يقبضه المشتري ، فلم يضمه ، فان كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهب يد ؛ وتأليف دار ، نظرت ، فان لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهب بأفة سماوية ، فالبايع بالخيار بين أن يأخذها بالبئنين وبين أن يتركه ، ويضرب بالبئنين مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبدا فذهب

يده ، أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع ؛ فان المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن ، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن
فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبايع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لأن الارش في مقابلة جزء كان البائع يستحق ما يقابله ، كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده : انه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن ، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش ، غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد ، لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل ، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له ، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن ، لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن ، فان كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر فملك الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل . ففيه وجهان (أحدهما) يأخذها بجميع الثمن . لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن (والثاني) يأخذها بنسبتها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء . لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين .

(الشرح) الاحكام : والذي ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا إذا وجد البائع العين المبيعة بحالها لم تنقص ولم تزد ، فأما إذا وجدها ناقصة فلا يخلو إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن ، ويصح إفراده بالبيع أو نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن . ولا يصح إفراده بالبيع .

فان كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه شيئين بثمن فقبضهما المشتري فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البائع الثمن . أو كان ثوباً فتلف بعضه أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلفت الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن فالبايع بالخيار بين أن يترك ما بقي من المبيع . ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء وبين أن يرجع فيما بقي من المبيع بحصته من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن . سواء تلف بأفة سماوية أو بفعل المشتري . أو بفعل أجنبي فالحكم واحد في رجوع البائع . وإنما كان كذلك لان البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن . ثم المشتري إذا وجد بعض المبيع في يد البائع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن . فكذلك هذا مثله . فان كان المبيع

ثوبين أو دابتين وتلف أحدهما ، وأراد بسط الثمن عليهما قوت كل واحد منهما بانفراده ، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما ، فما قابل التالف ضرب به مع الغرماء وما قابل الباقي رجع في الباقي منهما لما قبله ، وإن باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، واشترط المشتري دخول الثمرة في البيع ثم أتلف المشتري الثمرة ، أو أتلفت وأفلس ، واختار البائع الرجوع في النخلة ، فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن .

وحكى المحاملي عن بعض أصحابنا أن يرجع في النخلة بحصتها من الثمن ، وقال العمراني في البيان : قال صاحب المهذب : فيكفيه ذلك أن يقوم النخلة مع الثمرة ثم يقوم النخلة من غير ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن .

وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ قالا : تقوم النخلة مفردة . فإن قيل قيمتها تسعون ، ثم يقوم الثمرة مفردة . فإن قيل قيمتها عشرة ، علمنا أن قيمة الثمرة العشرة فيعلم أن الذي يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى ، فيضرب به مع الغرماء وبأخذ بقسمة أعشار الثمن اه .

قال الشافعي رضي الله عنه : وتقوم يوم قبضها . قال أصحابنا : وليس هذا على إطلاقه ، وإنما يقوم بأقل الأمرين من يوم العقد ، لأن الزيادة حدثت في ملك المالك ، فلا يكون للبائع فيها حق ، فإن كانت القيمة يوم القبض أقل قوم يوم القبض ، لأن ما نقص في يد البائع كان مضمونا عليه ، فلا يرجع البائع على المالك بما نقص في يده ، وإن اشترى منه نخلة عليها طلع غير مؤبر . فإن الطلع يدخل في البيع ، فإن أتلف المشتري الثمرة أو تلفت في يده وأفلس واختار البائع الرجوع في النخلة ، فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ، فرجع بحصتها من الثمن ، كما لو كانت مؤبرة .

فعلى هذا كيفية التقسيط على ما مضى في المؤبرة . والثاني : لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء ؛ بل بأخذ النخلة بجميع الثمن ويضرب به مع الغرماء ، لأن الطاع غير المؤبر مجرى مجرى جزء من أجزاء النخلة بدليل أنها تدخل في العقد بالأطلاق فصدارت كالسقف ، ولو أفلس وقد تلف شيء من السقف لم يضرب بحصتها من الثمن ، فكذلك هذا مثله وأصل هذا ، هل الطلاع قبل التأبير مما يتميز

أو غير متميز ، فيه وجهان ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن بأن كان المبيع ثوباً صحيحاً فوجدته البائع محزوقاً أو داراً ذهب تأليفها في يد المشتري فصارت غير مالوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام .

وإن اختار أن يرجع بعين ماله فظرت . فإن لم يجب في مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بأقوة سماوية . أو بفعل المشتري . فإن البائع يرجع في البيع ناقصاً بجميع الثمن - كما قلنا فيمن اشترى دابة فذهبت عينها بأقوة سماوية في يد البائع - فإن المشتري إذا اختار إجازة البيع . أخذته بجميع الثمن . وإن وجب للنقصان أرش ، فإن ذهب ذلك بفعل أجنبي فإن البائع يرجع في البيع لحصتها من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من الثمن . ويرجع المشتري على الأجنبي بالارش .

وإنما كان كذلك لأن الارش الذي يأخذه المشتري من الأجنبي بدل عن الجزء الفائت من المبيع ، ولو كان ذلك الجزء موجوداً لرجع به البائع ، فإذا كان معدوماً رجع بما قابله من الثمن .

فإن قيل : هلا قلتم : إن البائع يأخذ ذلك الارش ؟ قلنا : لا نقول ذلك ، لأن البائع لا يستحق الارش ، وإنما استحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن : كما أن الأجنبي لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع لما وجب على الجاني من القيمة ، أو بما يرجع بالثمن ، وبيان ما يرجع به أن يقال : كم قيمة هذه العين قبل الجنابة عليها ؟ فإن قيل : مائة ، قيل : فكيف قيمتها بعد الجنابة عليها . فإن قيل : تسعون علمنا أن النقص عشر القيمة ، فيضرب البائع مع الغرماء بعشر القيمة .

وأما المغلس فيرجع على الجاني بالارش . فإن كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجنابة . وإن كان من الرقيق - وهو اليوم غير قائم في زماننا هذا - نظر إلى ما أتلفه منه . فإن كان مضموناً من الحر بالديه - كان مضموناً من الرقيق بالقيمة . وإن كان مضموناً من الحر بالحكومه كان مضموناً من الرقيق بما نقص من قيمته ويكون ذلك للغرماء سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل .

(فرع) وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشتري ، ولم تنقضى مدة الإجارة واختار البائع الرجوع في العين ، كان له ذلك ، واستوفى المسأجر مدة الإجارة ولا يأخذ البائع الإجارة ولا شيئاً منها ، لأن المبتاع ملك ذلك بالعقد ، فصار ذلك كالعيب ، وهكذا إن كان المبيع مكاتباً للمبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه ، لأنه عقد لازم من جهة المشتري ، فان عجز العبد نفسه عن الوفاء كان للبائع أن يرجع فيه كما إذا رهن المبتاع العين المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وجد المبيع زائداً نظرت ، فإن كانت زيادة غير متميزة . كالسمن والسكر . واختار البائع الفسخ . رجع في المبيع مع الزيادة . لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد . كما قلنا في الرد بالعيب . وإن كان المبيع حبا فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً . أو بيضاً فصار فرخاً ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض ، والزرع غير الحب (والثاني) يرجع وهو المنصوص . لأن الفرخ والزرع عين المبيع . وإنما تغيرت صفته فهو كالودي إذا صار نخلاً . والهدى إذا صار شاة .

وإن كانت الزيادة متميزة نظرت . فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار . رجع فيه دون الزيادة . لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل في الرد . كما قلنا في الرد بالعيب . فان اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع . وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لأنه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع . لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه . فلا يؤخر بغير رضاه . وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار . ففيه قولان ، روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع ، لأن الشجرة ليست عين ماله فلم يرجع بها ، وروى المازني أنه يرجع لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والسكر ، فاذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع في الشجرة لأنها أبرت وهي في ملك المفلس فان اختلف البائع والمفلس فقال البائع : رجعت فيه قبل التأبير

فالشجرة لى . وقال المفلس : رجعت بعد التأبير فالشجرة لى ، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء الشجرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء فيه قولان ، وقد مضى دليلهما . فإن كذبوه فخلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق (والثاني) يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين ، وعليه نصر في المسكات إذا حمل إلى المولى نجما فقال المولى هو حرام ، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه ، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعى رحمه الله : يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه . فن أصحابنا من قال لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه ، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه

وقال أبو إسحاق : إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز ، كما يجوز إذا كذبوه . وحمل قول الشافعى رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه . وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالشجرة لى فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان . (أحدهما) يقبل قول المفلس لأنه غير متهم (والثاني) لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه . فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء ؟ فيه طريقتان من أصحابنا من قال : هي على أقوالين كما قلنا في القسم قبله . ومنهم من قال يحلفون قولاً واحداً ، لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداءً ، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس ، فلما نكل نقلت اليهم .

(الشرح) قوله دكالودى ، بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة صغار الفسيل الواحدة ودية .

أما الأحكام فإنه إذا وجد البائع عين ماله زائدة نظرت ، فإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والسكر وما أشبههما ، واختار البائع الرجوع في العيزرجع فيها مع زيادتها ، لأنها زيادة لا تتميز . فتبعت الأصل في الرجوع بها كالرد بالعيب .

فإن باعه نخلا عليها طلع مؤبر . واشترط المشتري دخول الشجرة في البيع

فأدركت الثمرة في يد المشتري وحدها وجففها ثم أفلس والجميع في حوزته لم يتعلق به حق غيره ، فإن للبائع أن يرجع في النخل والثمرة ، وإن كان مجففاً ، لأن هذه زيادة غير متميزة فهي كسمن البهيمة ، وإن باعه نخلا عليها طلع غير مؤبر فأبرها المشتري ثم أفلس ؛ فهل للبائع الرجوع فيها .

قال المسعودي : فيه قولان بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير . وفيه قولان :

قال في البيان : وتشبه أن يكون على طريقه أصحابنا البغداديين على وجهين ، بناء على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة .

وإن باعه أرضاً وفيها بذر مودع فيها واشترط دخول البذر في البيع ، فهل يصح بيع البذر .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وغيره من أصحابنا قال : فيه وجهان . وقد مضى ذلك في البيوع مفصلاً .

فإذا قلنا يصح البيع في البذر فأفلس المشتري ، فإن كان قيل أن يخرج البذر عن الأرض رجوع البائع في الأرض وفي البذر ولا كلام ، وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعاً فإنه يرجع في الأرض ، وهل يرجع في الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء . فيه وجهان من أصحابنا من قال : يرجع في الأرض وحدها ويضرب مع الغرماء بثمر البذر ، لأن البائع إنما يرجع لعين ماله إذا كانت باقية بحالها ، وهذا الزرع خلقه الله تعالى ولم يكن موجوداً حال البيع .

(والثاني) يرجع في الزرع مع الأرض ، وهو المنصوص في الام ، لأن هذا الزرع عين البذر ، وإنما حوله الله تعالى من حالة إلى حالة ، فرجع به كالودي إذا صار نخلاً .

وإن اشترى منه أرضاً فيها زرع أخضر واشترط دخول الزرع في البيع صح البيع قولاً واحداً ، فإن أفلس المشتري بعدما استحصد الزرع واشتد حبه . أو كان قد حصده فعلاً وذرأه ونقاه فهل للبائع أن يرجع في الأرض مع هذا الزرع قال عامة فقهاءنا فيه وجهان كالتالي قبلها .

وقال الشيخ أبو حامد : إن قلنا بالمنصوص في التي قبلها فللبائع هم : أن يرجع

فيهما . وإن قلنا بالوجه الثاني لبعض أصحابنا فيها فهبنا وجهان (أحدهما) لا يرجع
 (الثاني) يرجع لأنه تميز ماله وإنما تغير صفتها فزادت . قالوا وهكذا لو تغير
 الزرع من خضرة الى صفرة . هكذا في الروضة والحاوي والبيان
 وإذا باعه أرضاً فيها نواء مدفونة ، واشترط دخول النوى في البيع ، فيه
 وجهان ، المذهب أنه يدخل ، فإن أوفس المشتري وقد صار النوى نخلاً فهل يرجع
 البائع فيها مع النخل ؟ فيه وجهان كالبيذر إذا صار زرعا ، وإن اشترى منه بيضاً
 فخصنه تحت دجاجة حتى صار فرخاً ثم أفلس المشتري ، فهل يرجع البائع في الفراخ
 فيه وجهان كالبيذر إذا صار زرعا ، وتعليقهما على ما سبق ذكره . والله أعلم
 (فرع) وإذا كانت الزيادة متميزة كاللبن وولد البهيمة رجع البائع في عين
 البهيمة دون الزيادة ، لأنها زيادة متميزة فلم تتبع الأصل في الرد — كما قلنا في
 الرد بالعيب — فإن كان المبيع أرضاً فأرغفه فزرعها المشتري . أو نخلاً لا نمر عليها
 فأثمرت في يد المشتري أو أثمرت ثم أفلس المشتري ، واختار البائع الرجوع في
 عين ماله فإنه يرجع في الأرض دون الزرع . وفي النخل دون الثمرة لأنها زيادة
 متميزة حدثت في يد المشتري فلم يكن للبائع فيها حق

إذا ثبت هذا فليس للبائع أن يطالب المشتري والغرماء بمحصاد الزرع ولا
 بمحصاد الثمرة قبل وقته ، لأن المشتري زرع في أرضه فليس بظالم ، والثمره
 أطلعت في ملكه ، فهو كما لو باع أرضاً وفيها زرع أو نخلة وعليها طاع ، فإنه
 لا يجبر على قطعه قبل أوانه ولا يجب للبائع أجره الأرض : ولا النخل الى أوان
 الجداد والحصاد ، كما لا يجب ذلك للمشتري على البائع إذا اشترى أرضاً فيها زرع
 أو نخلاً عليها طاع ، ثم ينظر في المفلس والغرماء ، فإن اتفق على قطع الثمرة
 والزرع قبل أوان قطعها ما جاز ، لأن الحق لهم : وإن اتفقوا على تركه الى وقت
 الحصاد والجداد جاز

وإن دعا بعضهم الى القطع قبل أوانه ، ودعا البعض الى تركه ففيه وجهان ،
 أحدهما ، وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب : أنه يجب قول من دعا الى القطع .
 لأن الغرماء إن كانوا هم الطالبون القطع أجيبوا ، لأنهم يقولون : - حقونا . مجلة

فلا يجب علينا التأخير، وإن كان المفلس هو الطالب للقطع . أوجب لأنه يستفيد بذلك إبراء ذمته، ولأن في التبقية غرراً، لأنه قد يتلف، فأوجب من دعا إلى القطع .

والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق : إنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقية، قال ابن الصباغ . وهذا لا بأس به لأنه قد يكون من الثمرة والزرع ماله قيمة تافهة أو مالا قيمة له، والظاهر سلامته . اهـ

(فرج) إذا باعه نخلا لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع في الثمرة مع النخل ؟ فيه قولان (أحدهما) رواه المزني أنه يرجع في الثمرة مع النخل، لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة في المبيع . فتبعها أيضا في الفسخ، كالثن في الجارية

(والثاني) رواه الربيع أنه لا يرجع في الثمرة لأنه يصح إفرادها في البيع فلم تتبع النخلة في الفسخ كالطاع المؤبر، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة باختياره، وهما زال بغير اختياره

قال أصحابنا وكل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك، وكان زوال ملكه عنها بعوض، فإن الثمرة تتبع الأصل : وذلك كالبيع والصلح والاجرة في الاجارة والصدوق وما أشبه ذلك . وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره . فهل تتبع الثمرة الأصل ؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه في المفلس . ومثل أن يشتري نخلة لا ثمرة عليها بثمن معين فتطلع النخلة في يد المشتري ثم يجد البائع بالثمن عيباً فرده قبل التأبير، فهل يرجع في الثمرة مع النخلة ؟ على قولين

وكذلك إذا اشترى شقصاً في أرض فيها نخل فأطلعت النخل في يد المشتري ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفيع . فهل يأخذ الثمرة مع النخل . على هذين القولين وكذلك كل موضع زال ملكه عن الأصل إلى غيره باختياره بغير عوض . فهل يتبع المطلع الذي ليس بمؤبر الأصل . فيه قولان أيضاً . وذلك مثل أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر . وكذلك إذا زال ملكه عن الأصل بغير عوض بغير اختياره أيضاً مثل أن يهب الأب لابنه نخلة فأطلعت في يد الابن .

ورجع الاب فيها قبل التأبير فهل يتبع الثمرة الاصل . فيه قولان
 اذا ثبت ما ذكرناه فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري
 وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة فرجع البائع في عين ماله ، فإن قلنا ان الثمرة لا تتبع
 النخلة في الفسخ كانت الثمرة للمفلس . فان اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها الى
 أو ان جدادها كان لهم ذلك . وليس لبائع النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك .
 وان اتفقوا على قطعها جاز . وان دعا بعضهم الى قطعها . وبعضهم الى تبقيتها
 ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا يجب من دعا إلى قطعها . وقال المصنف يفعل ما فيه الاحظ
 وقد مضى دليل الوجهين .

وان قلنا ان الثمرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل
 كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولاً واحداً . لانها قد صارت نماء متميزاً . فالحكم
 في قطعها وتبقيتها على ما مضى

فان قال بائع النخل قد كنت رجعت فيها قبل التأبير . فان صدقه المفلس
 والغرماء على ذلك أو كذبوه وأقام على ذلك بينة حكم له بالثمرة وان كذبه
 المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول المفلس مع يمينه . لأن الاصل عدم
 الرجوع . فاذا حلف المفلس كانت الثمرة ملكاً له وقسمت على الغرماء . وان
 نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء . فيه قولان مضى بيانها

فاذا قلنا يحلفون فخلفوا قسمت الثمرة بينهم . وان نكلوا أو قلنا لا يحلفون
 عرضت اليمين على البائع فان حلف ثبت ملك الطامع له . وان نكل قال ابن
 الصباغ سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس وقسمت بين الغرماء

وان صدق الغرماء البائع وكذبوا المفلس نظرت في الغرماء فان كان فيهم عدلان
 فشهدوا للبائع أنه رجع قبل التأبير قبلت شهادتهما له . وحكم بالثمرة للبائع لأنهما
 لا يجبران الى أنفسهما نفعاً بهذه الشهادة ولا يدفعان عنها ضرراً . وكذلك ان كان
 فيهم عدل واحد حلف مع البائع حكم له بالثمرة . هكذا في الروضة والتحفة
 والحاوي من كتب المذهب . وان كانوا فساقاً أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من
 الاسباب المانعة فالقول قول المفلس مع يمينه

قال العمري : قلت : والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف : ما يعلم أن البائع رجع فيها قبل التأبير ، وكذلك الغرماء إذا حلفوا ، لأنه يحلف على نفي فعل الغير فاذا حلف المفلس ملك الثمرة : فان لم يختار دفع الثمرة إلى الغرماء ولا بيعها لهم لم يجبر على ذلك ، ولا لهم أن يطالبوه بذلك لأنهم يقرون أنها ملك للبائع دون المفلس ؛ ولكن يصرف اليهم سائر أمواله ، ويفك عنه الحجر ، ويتصرف في الثمرة كيف شاء اهـ .

فان اختار المفلس دفع الثمرة إلى الغرماء ، فهل يجبر الغرماء على قبولها ، فيه وجهان . أحدهما وهو المذهب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : أنهم يجبرون فيقال لهم : إما أن تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعي في المكاتب إذا حمل إلى سيده مالا عن كتابته . وقال للسيد : هو حرام : أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من قدره من ماله عليه .

والثاني : لا يلزمهم ذلك ، لأنهم يقرون المفلس لا يملك ذلك ، ويفارق سيد المكاتب ؛ لأنه يريد الإضرار بالعبد ورد إلى الرق . فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس في ذلك .

فاذا قلنا بالأول ، وقال الغرماء : نحن لا نأخذ الثمرة ولكننا نكف الحجر عنه ونبرئه من حقوقنا ، فهل للمفلس الامتناع ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي ، فان اختار الغرماء أن يبرءوا المفلس من قدر الثمرة من الدين ، فأبروه من ذلك فلا كلام ، وإن لم يختاروا أن يبرءوا ، فان كان دينهم من جنس الثمرة وجب عليهم أخذها ، وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة ، واختاروا أخذ الثمرة عن دينهم ، فان كان دينهم من غير السلم جاز ، وبرئت ذمة المفلس من ذلك فاذا أخذوا ذلك لم يملكوه ، ولكن لزمهم رد ذلك إلى البائع : لأنهم قد أقرروا أنها مملوكة وإنما لم تقبل إقرارهم لحق المفلس . فاذا زال حقه لزمهم حكم إقرارهم الأول كما لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده فلم تقبل شهادتهما عليه ، ثم انتقل العبد اليهما أو إلى أحدهما بارت أو بيع ، فانه يعتق عليهما بإقرار السابق ، وان كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة ، فانه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها ، ولكن تباع الثمرة ويدفع الثمن .

قال ابن الصباغ : ولا حق للبائع في الثمن .

وان صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس - فإن كان فيما صدق البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده - حكم للبائع بالثمرة ولا كلام ، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له ، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فإذا حاب ملك الثمرة ، فإن أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جان ، وإن اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يدفعها الى الذين صدقوه دون الذين كذبوه .

واختلف أصحابنا فيها على وجهين ، فقال أبو اسحاق : هي كالاول ، وإن للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه في التي قبلها وما ذكره الشافعي رضي الله عنه فمعناه إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه .

ومنهم من قال : لا يجبر من كذبه على قبض شيء من الثمرة ولا الإبراء عن شيء من دينه ، وجهاً واحداً بخلاف الأولى لأنه مع تكذيب جماعتهم له ، به حاجة الى قضاء دينه ، فأجبروا على أخذه .

وفي مسألتنا يمكنه دفعه الى المصدقين له دون المكذبين له ، فإذا قلنا بالاول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة اليه ، ولا يلزم المكذبين له ، والذي يقتضيه المذهب ، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجوع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف ، لأنه لو خاف من اليمين فأقر لزمه اقراره .

هذا اذا كان المفلس مكذبا للبائع ، فأما اذا كان المفلس مصدقا للبائع أنه رجوع قبل التأبير ، وقال الغرماء : بل رجوع بعد التأبير ، فهل يقبل اقرار المفلس ؟ فيه قولان كالقولين فيه اذا قال : هذه العين غصبتها من فلان ، أو ابتعتها منه بشمن في ذمتي ، فهل يقبل في العين ؟ قولان .

فإذا قلنا : يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام ، وإذا قلنا : لا يقبل فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يحلف الغرماء للبائع أنه ما رجوع قبل الإبراء .

فن أصحابنا من قال : فيها قولان ، كما اذا ادعى المفلس مالا ، وأقام شاهداً ولم يخلف معه ، فهل يخلف غراماؤه ، فيه قولان ، وما ذكر الشافعي ههنا فهو أحدهما ، ومنهم من قال : يخافون ههنا قولاً واحداً ، وهناك على قولين ، لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم ، ثم نقلت اليهم ، وههنا توجهت عليهم ابتداءً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت ، فان أفلس بعد الوضع رجوع في الجارية دون الولد ، كما قلنا في الرد بالعيب ، ولا يجوز التفريق بين الام والولد . فاما أن يزن البائع قيمة الولد فيأخذه مع الام أو تباع الام والولد فيأخذ البائع ثمن الام . ويأخذ المفلس ثمن الولد .

ومن أصحابنا من قال : اما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الام . واما أن يسقط حقه من الرجوع . والمذهب الأول . لانه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع . وان أفلس قبل الوضع ، فان قلنا : لا حكم للحمل رجوع فيها ، لانه كالسمن . وان قلنا ان الحمل له حكم رجوع في الام دون الحمل لانه كالحمل المنفصل . فان باعها وهي حبلت ثم أفلس المشتري نظرت . فان أفلس قبل الوضع رجوع فيهما . وان أفلس بعد الوضع . فان قلنا للحمل حكم - رجوع فيهما لانهما كهيئتين باعهما . وان قلنا لا حكم للحمل . رجوع في الام دون الحمل . لانه نماء تميز من ملك المشتري . فلم يرجع فيه البائع ، ولا يفرق بين الام والولد على ما ذكرناه .

(الشرح) الاحكام : اذا باع من رجل بهيمة حائلاً ، فحملت في يد المشتري ثم أفلس المشتري بعد أن ولدت فللبائع أن يرجع في البهيمة لانها عين ماله . ولا حق له في ولدها لانه نماء متميز . وحكم الجارية حكم البهيمة الا أنه لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها اذا كان صغيراً .

فان قال بائع الجارية أنا أدفع قيمة الولد وأملكه مع الام كان له ذلك وينبغي

على عدم التفريق بين الجارية وولدها من التقييط بين الغرماه أقوال للشيخ
أبي حامد وابن الصباغ وأبي إسحاق الشيرازي والعمري لا مجال لذكرها ، ففي
كلام المصنف الكفاية في مثل هذا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري ، أو ثوباً فقصره ثم أفلس
نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ، ولا يكون
المشتري شريكاً له بقدر عمله ، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر ، وإن زادت
قيمه بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان

(أحدهما) أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه
وهو قول المزني ، لأنه لم يصف إلى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء
مجتمعة ، وفي القصاراة أظهر بياضاً كان مناً في الثوب فلم يصر شريكاً للبائع
في العين ، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره . ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها
حق المملس ، كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيواناً فسمته

(والثاني) أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل ، ويكون حكم
العمل حكم العين — وهو الصحيح — لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً
كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه ، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة كما
يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن ، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر
الجزر وتعليم الغلام وتسمين الحيوان ، فإن الأجير في هذه الأشياء لا يملك حبس
العين لقبض الأجرة ، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماه
والثلثان إلى البائع . وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام
ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب : لأن الزيادة
حصلت بفعله ففرض حقه من بدله

(فصل) وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة ،
فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة

عشر : فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله ، فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث . وإن نقصر فصار قيمة الثوب إثني عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ، ووجد بائع الصبغ بعض ماله ، لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه ، فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهماً . ويضرب بماهلك من ماله ، وهو ثلاثة مع الغرماء وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهماً بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالبئير أم لا . فإن قلنا انها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالها فيقسط بينهما على الثلث والثلثين ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث ، وإن قلنا انها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكاً للبائعين بالربع

(الشرح) إذا اشترى حنطة من رجل أو ثوباً خاماً أو غزلاً ، فطحن الحنطة أو غاط الثوب أو قصره ، أو نسج الغزل ثم أفلس ، فلبائع أن يرجع في الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فإن لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شيء للمفلس لأن العمل قد استهلك ، فإن كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله وإن استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الاجرة لم يكن للأجير أن يشارك بائع الثوب بشيء ، وإنما يضرب مع باقي الغرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس لأن عمله لم يظهر له قيمة ، وهكذا الحكم إذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع فلا شيء عليه لأجل النقصان ، لأن المفلس نقصر من ماله بيده فإذا اختار الرجوع لم يكن له شيء لأجل النقصان ، كما لو وجد الحيوان مريضاً ، ولا شيء للمفلس ولا يشارك الاجير بائع الثوب بشيء ، لأن عمله قد استهلك ولكن يضرب مع الغرماء بأجرته

وأما إذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشيء ، وهو اختيار المزني ، لأن المشتري لم يصف إلى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجموعة وأزال بالقصارة ، ونسج الثوب فلم يشارك البائع ، كما لو اشترى حيواناً

ممزولا فسمن في بده (والثاني) أن هذه الآثار تجرى مجرى الأعيان ، فيشارك
المفلس البائع بقدر الزيادة - وهو الصحيح - لأن الشافعي رضي الله عنه قال
« وبه أقول إنها زيادة من فعل المشتري حصلت في المبيع فكان له أن يشاركه ، كما
لو صبيع الثوب ، ولأن الطحن والقصارة أجريت مجرى الأعيان - ان ، بدليل أن
للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الأعيان المعمول فيها إلى أن
يستوفي الأجرة ، فأجريت مجرى الأعيان فيما ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن قلنا بالقول الأول فاختر البائع الرجوع في عين ماله رجوع
فيها بزبادتها ، فإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الأجير
أجرته لم يكن للأجير أن يشارك بائع العين شيء بل يضرب مع الغرماء بقدر
أجرته ، وإن قلنا بما اختاره الشافعي من أنها آثار تجرى مجرى الأعيان ، فإن كان
المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجرة ، أو استأجر من
عمل ذلك وقد وفي الأجير أجرته فإنه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل
مثل أن كان الثوب يساوي قبل القصارة (١) عشرة فصار مقصورا يساوي خمسة
عشر ، فللمفلس في الثوب خمسة

قال ابن الصباغ : فإن اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجبر المفلس والغرماء
على قبولها ، كما إذا غرس المشتري في الأرض المبيعة أو ابتاعها فلبائع الأرض
أن يدفع قيمة العنراس والبناء ويتملكه مع الأرض .

وإن لم يختار بائع الثوب أن يدفع ذلك بيع الثوب ، وكان ثلثا الثمن للبائع ،
والثلث للمفلس ، وإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يدفع إليه شيئا
من الأجرة تعلق حق الأجير بالزيادة ، لانا قد جعلناها كالعين ، فإن كانت الزيادة
قدر أجرته بأن كانت أجرته خمسة دراهم اختص الأجير بالزيادة وشارك البائع

(١) يبدو أن الثياب كانت تباع على عصر الشافعي رضي الله عنه مخيطة
ولكن تناسب مع كل قامة وقوام كانت تكون طويلة ويشتر بها من يريد ارتداها
ثم يذهب بها إلى القصار فيهندهمها - بالقصير على حسب قامته ، ومن ثم كانت
القصارة صناعة رائجة كالخياطة والنساجة .

بها ، وإن كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة في حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الاجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء . وإن كانت الزيادة أقل من الاجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصار عشرة ، فصارت قيمته مقصوراً ثلاثة عشر وأجرة القصار خمسة ، فإن القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع العنرماء بدرهمين

(فرع) وإن اشترى غلاماً فعليه صنعة مباحة ، أو علمه القرآن ، ثم أفلس المشتري وقد زادت قيمة العتلام بذلك ، فاختلف أصحابنا في ذلك على قولين كالقصار ، لأنه يجوز الاستتجار على ذلك ، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة الأصحاب . وكذلك السمن في البهيمة ، لأنه كان نقيجة عافها ، وهو أمر محتم لبقتها . وسمنها مرجعه بعد ذلك إلى الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان المبيع أرضاً فبناها أو غرسها ، فإن أنفق المفلس والعنرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، لحاز له الرجوع ، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس نسوية الأرض وأرض نقص إن حدث بها من القلع ، لأنه نقص حصل لتخليص ماله ، ويقدم ذلك على سائر الديون ، لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعطف البهائم وأجرة النقال .

وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، وهذا غرس وبناء بحق ، فإن قال البائع : أنا أعطى قيمة العنراس والبناء وأخذته مع الأرض ، أو أفلح وأضمن أرض النقص ، ثبت له الرجوع لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار .

وإن امتنع المفلس والعنرماء من القلع ، وامتنع البائع من بذل العوض وأرض النقص ، فقد روى المزني فيه قولين (أحدهما) أنه يرجع (والثاني) أنه لا يرجع ، فن أصحابنا من قال : إن كانت قيمة العنراس والبناء أقل من قيمة

الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع ، فلم يمنع الرجوع ، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتابع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين

(أحدهما) يرجع لأنه وجد عين ماله مشغولا بملك المفلس ، فنبت له الرجوع ، كالمبيع ثوباً فصبيغه المفلس بصنيع من عنده (والثاني) لا يرجع لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب ، فيدخل الضرر على المفلس ، والضرر لا يزال بالضرر . فان قلنا إنه يرجع وامتنع البائع من بذل العوض وأرض النقصر ؛ وامتنع المفلس والغرماء من القلع ، فمل يجبر البائع على البيع ، فيه قولان (أحدهما) يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين ، فوجب أن يباع كما يباع الصنيع مع الثوب ، وإن لم يكن الصنيع له ويبيع ولد المرهونة مع الرهن ، وإن لم يدخل في الرهن (والثاني) لا يجبر لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع ، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء .

(الشرح) حديث « ليس لعرق ظالم حق ، أخرجه أبو داود والدارقطني والشافعي عن عروة بن الزبير عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل ، وأخرجه أحمد والترمذي وحسنه وأعله بالإرسال والنسائي وأبو داود من طريق سعيد بن زيد . ورجح الدارقطني إرساله أيضاً . وقد اختلف مع ترجيح الإرسال من هو الصحابي الذي روى من طريقه ؟ فقيل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل عبد الله بن عمر ورجح ابن حجر العسقلاني الأول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً . ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده زعمه وهو ضعيف . ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ، وعلقه البخاري . ولفظ حديث سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحميا أرضاً ميتة فهي له . وليس لعرق ظالم حق ،

وفي حديث رواه جعفر الصادق رضي الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضي الله عنه ، أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ، قال ومع الرجل أهله ، قال : وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه يناقله فأبى ، قال فوجه لي ، ولك كذا وكذا أمراً رغبه فيه ، فأبى . فقال : أنت مضار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري اذهب فاقلع نخله ، وفي سماع محمد الباقر أبي جعفر من سمرة نظر ، والله تعالى أعلم .

أما الأحكام : فإنه إذا ابتاع أرضاً من رجل بشئ في ذمته فغرسها من عنده أو بنى فيها بناء بأدوات من عنده ، ثم أفلس قبل دفع الثمن ، فأراد البائع الرجوع في أرضه ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع القراس والبناء من الأرض جاز لهم ذلك . لأن الحق لهم ، ولبائع الأرض أن يرجع فيها ، لأنها عين ماله ، لم يتعلق بها حق غيره ، فإذا رجع البائع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزمهم تسوية الأرض ، وأرض ما نقص إن حصل بها بسبب القلع ، لأن ذلك حدث لتخليص ملكهم ، وهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقض الباب . فلو لم يفسد الفصيل نقض الباب وإخراج فصيله . وعليه إصلاح الباب ، ويكون ذلك مقدماً على حق سائر الغرماء .

فإن قيل : أليس قد قلتم : إن البائع إذا وجد عين ماله ناقصة فرجع فيها ، فإنه لا شيء له . قلنا : الفرق بينهما أن النقص حصل في ملك المشتري ، فلم يضمه إلا فيما يتوسط عليه الثمن ، وههنا حدث النقص بعد رجوع البائع في أرضه ، والنقص حصل لتخليص ملكهم فضمناه ، وإن لم يرش المفلس والغرماء بقاع الغراس والبناء لم يكن لبائع الأرض إجبارهم على ذلك للحديث : ليس لعرق ظالم حق ، وهذا ليس ظالماً لأنه غرس أو بنى في ملكه .

فإذا ثبت هذا : فإنهم لا يجبرون ، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء لملكه مع الأرض ، أو قال : أنا أقطع ذلك وأضمن أرضي ما دخل بالقطع من النقص

أجبر المفلس والغرماء على ذلك ، وكان لبائع الأرض الرجوع فيها : لأن الضرر يزول عن الجميع بذلك .

وان قال بايع الأرض : أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الأرض قال المسمودي كان له ذلك وان امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الأرض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرض ما حصل بالقطع فهل له أن يرجع في أرضه ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : له أن يرجع فيها . وقال في موضع : يسقط حقه من الرجوع فيها . واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال فيها قولان . (أحدهما) للبائع أن يرجع في أرضه ، وان لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله صلى الله عليه وسلم : صاحب المناع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه ولم يفرق ، ولان أكثر ما فيه أنه وجده مشغولاً بملك غيره ، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو باع ثوباً فصبغته المشتري بصيغ من عنده .

(والثاني) ليس له الرجوع في أرضه ، لان الأرض قد صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمرها باباً ثم أهدى البائع فانه ليس للبائع المسامير أن يرجع فيها ولان رجوع البائع في عين ماله انما جعل له لإزالة الضرر عنه ، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر . وألحقناه بالمفلس والغرماء لانه لا يبقى لهما طريق الى غراسهم وبنائهم .

ومنهم من قال : ليست على قولين . وانما هي على حالين . فالموضع الذي قال فيه يرجع في أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء ، محمول على ما اذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء . لان الغراس والبناء تابعان للأرض ، والموضع الذي قال فيه لا يرجع في الأرض اذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض . لان الأرض تكون تابعة للغراس والبناء . والصحيح أنها على قولين . لان البائع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع في أرضه . سواء كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل . فادنا قلنا : ليس له الرجوع في أرضه فلا كلام . وان قلنا : له الرجوع في أرضه وان لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فان اتفق الغرماء

والمفلس والبائع على بيع الأرض والغراس والبناء ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمةهما
وكيفية ذلك أن يقال : كم قيمة الأرض ذات غراس أو بناء ؟ فإن قيل خمسون ، قيل
وكم قيمة الغراس أو البناء منفرداً ، فإن قيل : عشرون ، كان لبائع الأرض ثلاثة
أخماس القيمة والمفلس والغرماء الخمسان .

وإن امتنع البائع من بيع الأرض ففيه قولان (أحدهما) يحجر على بيعها مع
البناء والغراس ، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التقسيط
لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فبيع الجميع كما لو كان المبيع ثوباً فصبيغه
المفلس بصبيغ من عنده ، فرجع بائع الثوب فيه ، وامتنع من دفع قيمة الصبيغ ،
فإن الثوب يباع مع الصبيغ ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت في يد المشتري
ورجع بائع الجارية فيها فإنها تباع مع الولد ، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت
في يد المرتهن فإنه يباع معها .

(القول الثاني) لا يحجر على بيع أرضه : وهو المشهور ، لأنه يمكن إفراد
الغراس والبناء بالبيع ، فلم يحجر البائع على بيع أرضه . قالوا في البيان والروضة
والحاوي : بخلاف الصبيغ ، فإنه لا يمكن إفراده بالبيع ، وكذلك ولد الجارية إنما
وجب بيعه لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير .

وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : تؤاجر الأرض والغراس
ثم يكون ما قابل الأرض من الأجرة لبايعها وما قابل الشجر للمفلس والغرماء
قال الشيخ أبو حامد : وهذا خطأ لأن إجارة الشجر لا يجوز ، ولهذا لو غصب
شجرة وأقامت في يده لم تجب عليه أجرتها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس ، واختار البائع
الرجوع في الأرض جاز له ، لأنه وجد عين ماله مشعولاً بما ينقل ، فجاز له
الرجوع فيه ، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشتري ، فإن رجوع في الأرض
نظرت في الزرع ، فإن استحصد وجب نقله ، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان

الحصاد من غير أجرة ، لانه زرعه في ملكه ، فاذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى
أوان الحصاد من غير أجرة : كما لو زرع أرضه ثم باع الارض ،

(الشرح) كلام المصنف في هذا الفصل مضى بيانه في الفصل قبله وهو بمجرد
واضح ويزاد عليه من الاحكام ما هو منه فنقول : إذا اشترى من رجل أرضا
بشمن في ذمته ، ومن آخر غراسا في ذمته ، فعنسه في الارض ثم أفلس قبل
تسليم الثمنين ، فلكل واحد من البائعين الرجوع في عين ماله ، فاذا رجعا نظرت ،
فان أراد صاحب العنراس قلع غراسه كان له ذلك ، ولم يكن لبائع الارض منه
منه ، فاذا قلعه كان تسوية الأرض ، وأرش النقص إن حصل بها ، لأن ذلك
حصل لتخليص ملكه .

وان أراد صاحب الارض قلع العنراس ؛ ويضمن أرش النقص أو بذل
قيمة العنراس لئتملكه مع الارض ، كان له ذلك ، لانه متصل بملكه فكان له
إسقاط حقه منه بدفع قيمته ، وإن أراد صاحب الارض قلع العنراس من غير
ضمان فهل يجبر بابع العنراس على ذلك ، فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك ، لانه ليس بعرق ظالم ، ولانه لو كان باقيا على ملك
المفلس لم يكن لصاحب الارض أن يطالب بقلعه من غير ضمان ، فكذلك من
انتقل اليه منه .

(والثاني) له ذلك لانه إنما يباع منه العنراس مقطوعا . فكان عليه أن يأخذه
مقطوعا ، ويفارق المفلس لانه غرسه في ملكه ، فثبت حقه في ذلك .

قال ابن الصباغ : اذا اشترى من رجل جبا فزرعه في أرضه ؛ ومن آخر
ماء فسقاه به فثبت وأفلس ، فانها يضربان مع العنرماء بشمن الماء والحب ،
ولا يرجعان بالزرع لان عين مالهما غير موجودة فيه ، فهو كما لو اشترى طعاما
فأطعمه عبده حتى كبر فانه لاحق له في العبد ، ولأن نهييب الماء غير معلوم
لاحد من الخلق .

قال العمراني : قلت . وقد مضى في البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما فتحتمل
أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان المبيع من ذوات الامثال كالحبوب والادهان فخلطه بجنسه نظرت ، فان خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع ، لان عين ماله موجود من جهة الحكم ويمك أخذهُ بالقسمة فان رجع وانفقا على القسمة قسم ودفع اليه مثل مكيلته ، فان طلب البائع البيع فهل يجبر المفسس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه تمسك القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين . (والثاني) يجبر لانه إذا بيع وصل البائع الى بدل ماله بعينه ، واذا قسم لم يصل الى جميع ماله ولا الى بدله ؛ وان خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لان عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذهُ بالقسمة ، وكيف يرجع ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما ، لانه ان أخذ مثل زيتة بالكيل كان ذلك أنقص من حقه ، وان أخذ أكثر من زيتة كان ربا فوجب البيع .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيتة بالكيل لانه وجد عين ماله ناقصا فرجع فيه مع النقص ، كما لو كان عين ماله ثوبا فحدث به عيب عند المشتري فان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يرجع وهو قول المذنب لانه وجد عين ماله مختلطا بمالا يتميز عنه ، فأشبهه اذا خلطه بمثله أو كان ثوبا فصبيغنه . (والثاني) أنه لا يرجع لان عين ماله غير موجود حقيقة لانه اختلط بمالا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكما ، لانه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه ، ويخالف اذا خلطه بمثله ، لانه تمسك المطالبة بمثل مكيلته . ويخالف الثوب اذا صبيغنه لان الثوب موجود وانما تعبير لونه . فان قلنا انه يرجع فكيف يرجع ؟ فيه قولان (أحدهما) يباع الزيتون ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لانه لا يمكن أن يأخذ مثل زيتة بالكيل لانه يأخذ أكثر من حقه . ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيتة بالكيل لانه ربا فوجب البيع .

(والثاني) يرجع من الزيت بقيمة مكيلته . فيسكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره .

(الشرح) الاحكام : إذا ابتاع شيئاً من ذوات الامثال غلطه بجنسه ولم

يتميز ففيه ثلاث مسائل :

(المسألة الاولى) أن يخلطه بأجود ، مثل أن يشتري كيلو من زيت بذر القطن يساوي عشرة قروش غلطه بكيلو من زيت الزيتون يساوي أربعين قرشا وأفلس المشتري قبل دفع الثمن ، فهل للبائع أن يرجع في عين ماله ؟ فيه قولان . أحدهما له أن يرجع وهو اختيار المزنى لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطاً بمال المفلس وذلك لا يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه بصبغ من عنده ، فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه

والثاني : ليس له أن يرجع في عين ماله . قال الشافعي رضي الله عنه : وهذا أصح وبه أقول . لأنه لا يجوز له أن يرجع بمثل مكيله لأن ذلك أكثر قبمة من عين ماله ؛ ولا بقيمة صاعه لأن ذلك أنقص من حقه .

فإذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن ، وإذا قلنا بالأول فكيف يرجع ؟ فيه قولان حكاهما المصنف وابن الصباغ . وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين . أحدهما وهو قول المصنف واختيار ابن الصباغ : يباع الزيتون وتؤخذ قبمة أربعة أخماس الزيت وهو الأربعون قرشاً ، لأننا لو قلنا له الرجوع في أربعة أخماس الزيت لكان ربا .

(والثاني) وهو اختيار الشيخ أبي حامد ، وهو المنصوص في الام أنه يرجع في أربعة أخماس الزيت لأنه ليس يبيع ، وإنما وضع ذلك عن وزن زيتته وتقويمه المسألة الثانية : أن يخلطه بمثله ، مثل أن يشتري كيلو من زيت يساوي عشرة قروش كزيت بذر القطن يخلطه بكيلو من زيت البقل يساوي عشرة قروش . وأفلس المشتري قبل دفع الثمن فللبائع أن يرجع في عين ماله لأنها موجودة من جهة الحكم ، فإن طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة ، كما لو ورث جماعة زيتاً وطلب واحد منهم قسمة فانه يقسم ويجبر الممتنع ، وإن طلب البائع يبيع الزيت وقسمته فانه يقسم ويجبر الممتنع . وإن طلب البائع يبيع الزيت وقسم ثمنه فهل يجبر المفلس على ذلك ؟ فيه وجهان

أحدهما : لا يجبر على البيع ، لان البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة
القسمة فلم يكن له المطالبة بالبيع ، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم البيع
فان شركاهه لا يجبرون على البيع

والثاني : يجبر المفلس على البيع لأن بالقسمة لا يصل إلى عين ماله ، وربما
كان له غرض في أن لا يأكل من زيت المشتري .

المسألة الثالثة : اذا خلطه بأردأ من زيتيه بأن اشترى كيلو من زيت الزيتون
يساوى أربعين قرشا تخلطه بكيло من زيت السمسم يساوى عشرين قرشا ثم
أفلس فللبائع أن يرجع في عين ماله قولا واحداً ، لان عين ماله موجودة بطريق
الحكم ، فان رضى البائع بأخذ كيلو منه أجبر المفلس على ذلك لانه أنقص من
حقه ، وان لم يرض البائع بذلك ففيه ثلاثة أوجه حكاه الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) ليس له إلا قدر وزنه ، لانه وجد عين ماله ناقصا ، فاذا اختار
الرجوع فيه لم يكن له غيره ، كما لو كان المبيع ثوبا فلبسه المشتري ونقص
(والثاني) وهو قول المصنف . ولم يذكر ابن الصباغ غيره ان الزيتان يباعان
ويدفع إلى البائع قيمة الكيلو الخاص به ، وهو أربعون قرشا كما قال في المسألة
الاولى ، لانه ان أخذ بمثل كيل زيتيه كان أنقص من حقه ؛ وإن أخذ أكثر من
مكيلة زيتيه كان ربا .

(والثالث) حكاه ابن المرزبان : أن له أن يأخذ منه كيلا وثلاث كيل بقيمة
كيل من زيتيه ، كما قال الشافعي في المسألة الاولى والاول أصح والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم اليه وحجر عليه ، فان
كان رأس المال باقيا فله ان يفسخ العقد . ويرجع الى عين ماله لانه وجد عين ماله
خاليا من حق غيره فرجع اليه كالمبيع ، وإن كان رأس المال تالفا ضرب مع الغرماء
بقدر المسلم فيه ، فان لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع اليه لان أخذ
العوض عن المسلم فيه لا يجوز

وقال أبو إسحاق : اذا أفلس المسلم اليه فليسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع

الفرما. رأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب فانقطع، والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالافلاس كما لو باعه عينا فأفلس المشتري بالتمس والعين تالفه ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وهمنا الفسخ بالافلاس والفسخ بالافلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ.

(الشرح) الأحكام: إذا أسلم رجل إلى غيره في شيء على صفة، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه، فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التي أسلم فيها لم يجز من غير رضا العنرماء لأن حقوقهم تعلقت بماله، وإن رضى المفلس والعنرماء بذلك جاز، لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم.

فان قيل: ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده في أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبراقه في أحد القولين؟

قلنا: الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل المالك إلا أنه منعه من التصرف في ماله لتعاق حق العنير بماله، فإذا أذن له ذلك العنير في التصرف بماله صح تصرفه كالمرتهن إذا أذن الراهن، وليس كذلك المكاتب، فان المنع لنقصان ما يملكه، فإذا أذن له سيده لم يتكامل ما يملكه بذلك؛ فان كان المفلس هو المسلم إليه فحجر عايه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه، فان كان المسلم فيه موجودا في مال المسلم إليه أخذ من ماله منه، وان كان معدوماً اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه، لان أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز.

قال أبو إسحاق: المسلم بالخيار بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع العنرماء بقدر المسلم فيه، وبين أن يفسخ العقد، فيضرب مع العنرماء برأس مال السلم كما قال الشافعي رضى الله عنه، والمنصوص أنه لا يملك فسخ العقد، بل يضرب مع العنرماء بقدر المسلم فيه، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفاً ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه، لان له غرضاً في الفسخ، وهو أنه يرجع برأس ماله في الحال — وعليه مشقة في التأخير — إلى وجود المسلم فيه.

إذا ثبت هذا فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه وعزل ما يخصه ليشتري له المسلم فيه ، فإن أسلم في مائة إردب ذرة وكانت قيمتها مائتي جنيه عند القسمة ، فعزل له ذلك ، فرخص السعر حتى صارت المائة إردب قبل الابتاع تساوي مائة جنيه ، اشترى له مائة إردب وقسمت المائة جنيه على باقي الغرماء ، إن بقي لهم من دينهم شيء ، أو ردت على المفلس ان استوفى أصحاب الديون حقوقهم . وإن غلا الطعام عند الابتاع فصارت المائة تساوي ثلاثمائة جنيه اشترى بالمائتين المعزولة بقدرها ذرة . قال الشيخ أبو حامد : ويكون الباقي في ذمة المسلم إليه . وقال ابن الصباغ : يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك ، لأنه بان أن حقه في المسلم فيه دون القيمة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أكرى أرضاً فأفلس المشتري بالأجرة ، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع في الأجرة كالأعيان المبيعة في البيع . ثم إذا أفلس المشتري والمين باقية ثبت له الفسخ ، فكذلك إذا أفلس المشتري والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ ، وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى ، وفسخ فيما بقي كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي ، فإن فسخ وفي الأرض زرع لم يستحصد نظرت ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقية الأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكري قبوله لأنه زرع بحق وقد بذل له الأجرة لما بقي فلزمه قبولها ، وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه ، لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر ، وفي تبقية من غير عوض اضرار بالمكري

وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع ، لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة ، وإذا ترك صار له قيمة ، فقدم قول من دعا إلى الترك ، وإن كان له قيمة كالقصيل الذي يقطع فقيه وجهان :

(أحدهما) يقدم قول من دعا الى القطع لأن من دعا الى القطع تعجل حقه فلم يؤخر (والثاني) وهو قول أبي إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ ، والاول أظهر .

(الشرح) قوله القصيل ، فعيل من القصل وهو القطع وبابه ضرب ، وقصل الدابة عاقها قصيلا ، وبابه ضرب ، والقصيل بفتحين في الطعام مثل الزئوان ، والقصالة بالضم ما يعزل من البر اذا نقي ثم يداس الثانية

أما الأحكام فانه اذا اشترى منه أرضا بأجرة في ذمته فأفلس المشتري بالأجرة قبل دفعها ، فان كان بعد استيفاء مدة الإجارة ضرب المشتري بالأجرة مع العزماء ، وان كان قبل أن يمضي شيء من مدة الإجارة فالمشركى بالخيار بين أن يضرب مع العزماء بالأجرة فيقر العقد ، وبين أن يفسخ عقد الإيجار ويرجع الى منفعة أرضه ، لأن المنفعة كالعين المبيعة لحاز له الرجوع اليها

وان كان بعد مضي شيء من مدة الإجارة فالمشركى بالخيار بين أن ينفذ العقد ويضرب مع العزماء بالأجرة ، وبين أن يفسخ عقد الإجارة فيما بقي من المدة ، ويضرب مع العزماء بالأجرة لما مضى ، كما تقول فيمن باع عبدین بشمن فتلف أحدهما في يد المشتري وبقي الآخر

اذا ثبت هذا فان اختار فسخ عقد الإجارة وفي الأرض زرع ، فان كان قد استحصد - أعنى تميا للحصد - فله أن يطالب المفلس والعزماء بحصاده وتفريغ الأرض ، وان كان الزرع لم يستحصد - فان اتفق المفلس والعزماء على قطعه جاز ، سواء كانت له قيمة أو لم تكن ، ولا يعترض عليهم الحاكم لأن الحق لهم وان اتفق على تركه وبذلوا المشتري أجرة مثل الأرض الى الحصاد لزمه قبول ذلك ولم يكن له مطالبتهم بقلعه ، لانه ليس بعرق ظالم ،

وان امتنع المفلس والعزماء من بذل الأجرة كان للمشتري مطالبتهم بفعله أعنى بحصده ، لأننا قد جوزنا له الرجوع الى عين ماله ، وعين ماله هو المنفعة فلا يجوز تفويتها عليه بعير عوض ، بخلاف ما لو باع أرضا وزرعها المشتري وأفلس ، ثم رجع بائع الأرض فيها فانه يلزمه تبقية الزرع الى الحصاد بعينير أجرة ، لان المعقود عليه في البيع هو العين ، والمنفعة تابعة ، لا يقابلها عوض ،

وإنما دخل المشـ تـرى في العقد على أن يكون بغير عوض ، وفي الإجارة المعقود عليه هو المنفعة ، فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض .

وإن اختلف المفلس والغرماء ، فقال بعضهم : يقطع ، وقال بعضهم يبقى الى الحصاد — فإن كان الزرع لا قيمة له ، كالزرع أول خروجه ، قدم قول من دعا إلى التبقية ، لأن من دعا إلى القلع دعا إلى الإلتلاف فلا يجاب إلى ذلك ، وإن كان الزرع ذا قيمة كالتفصيل ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : يفعل ما فيه الأخط ، لأن الحجر يقتضى طلب الخط .

وقال أكثر أصحابنا : يجاب قول من دعا إلى القلع ، وقد مضى دليلها ، فان قيل : فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضاً وغرسها ثم أفلس المبتاع ، وأخذ البائع عين ماله وهو الأرض ، وصار الغراس للمفلس والغرماء ، فقال بعضهم يقطع ، وقال بعضهم يبقى أنه يقدم قول من قال : يبقى : قلنا : الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الإضرار بعنبره ، لأن بيع الغراس في الأرض أكثر لثمنه ، فلم يجب قول من دعا إلى قاعه ، وليس كذلك في الزرع ، فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر ، لأن الزرع إذا بقي قد يسلم وقد لا يسلم .

إذا ثبت هذا : فإن أنفقوا على تبقية الزرع إلى الحصاد واحتاج إلى الزرع وموئنة فإن أنفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذي لم يقسم ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفق منه أحد ، لأن حصول هذا الزرع مظنون . فلا ينبغى أن يتأف عليه مال موجود ، والثاني وهو المذهب أن ينفق منه لأن ذلك من مصاحبة المال ، ويقصد به تنمية المال في العادة .

وإن دعا الغرماء المفلس إلى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك لم يجبر عليه لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء ، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالإفناق عليه من غير إذن المفلس والحاكم لم يرجعوا بما أنفقوا عليه لأنهم متطوعون به ، وإن أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق جاز ذلك وكان له ديناً في ذمة المفلس ، لا يشارك به الغرماء ، لانه رجب عليه بعد الحجر . وإن أنفق

عليه بعض الغرماء بإذن باقي الغرماء على أن يرجع عليهم ، رجوع عليهم بما أنفق من مالهم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه في الأم : ولو اكرتري ظهر لتحمل له طاماً ما إلى بلد من البلدان فحمله وأفلس الماكترى قبل دفع الأجرة ضرب الماكترى مع الغرماء بالأجرة ، فإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت ، فإن كان الموضع الذي يباع إليه آمناً كان له فسخ الإجارة فيما بقي من المسافة ، ويضع الطعام عند الحاكم . قال ابن الصباغ : وإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم ففيه وجهان ، كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعه بغير إذن الحاكم فهل تضمن ؟ فيه قولان والصحيح وجهان ، وإن كان الموضع مخوفاً لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذي أكره ليجمله أو إلى موضع دونه يأمن عليه ، لأنه استحق منفعته بحق الإجارة قبل الحجر .

وإن اكرتري منه ظهر أ في ذمته فأفلس الماكترى ، فإن الماكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئاً منها أو بقيمة ما بقي منها إن استوفى بعضها ، لأن حقه متعلق بذمته ، كما لو باعه عيناً في ذمته ، فإن كان ما يخصه من مال المفلس لا يباع ما اكرتري به ، وكانت الأجرة باقية . فللماكترى أن يفسخ الإجارة ويرجع إلى عين ماله إن كان لم يستوف شيئاً من المنفعة أو إلى بعضها إن استوفى شيئاً من المنفعة ، لأن الأجرة كالعين المبيعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول الحجر لأن المعنى الذي لاجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق (والثاني) لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر .

(الشرح) الأحكام : إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ففي حجره وجهان (أحدهما) يزول عنه من غير حكم الحاكم لأن الحجر كان لاجل المال ، وقد زال

المال فزال الحجر بزواله ، كما أن المجنون لمحجور عليه بالجنون ، فإذا زال الجنون زال الحجر (والثاني) لا يزول الحجر الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلم يزل الا بحكمه كالحجر على السفينة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن مات وعليه ديون تعاقبت الديون بماله كما تتعاقب بالحجر في حياته فان كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الرجل وله دين الى أجل وعليه دين الى أجل فالذى عليه حال والذي له الى أجله ولان الاجل جعل رفقا بمن عليه الدين والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه الى أن يقضى عنه .

(الشرح) الحديثان اللذان رواهما ابن عمر رضى الله عنهما وأبو هريرة رضى الله عنه تكلم فيهما شيخنا النووي في كتاب الجنائز من المجموع وأطال ووفى .

أما الأحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه في باب حلول دين الميت والدين عليه من الأتم : وادامات الرجل وله على الناس ديون الى أجل ، فهي الى أجاها ، لا تحل بموته ، ولو كانت الديون على الميت الى أجل فلم أعلم مخالفا حفظت عنه بمن لقيت بأنها حالة يتحاص فيها العزماء ، فان فضل فضل كان لأهل الميراث ووصايا ان كانت له ، قال : ويشبهه — والله أعلم — أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تناوبهم عليه ، أن يقولوا لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته منه ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته ، فلو تركنا ديونهم الى حلولها كما يدعى في الحياة كنا منعتنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعتنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه ، ولعل من حججهم أن يقولوا : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال د نفس المؤمن معاقبة بدينه حتى يقضى عنه دينه ، أخبرنا ابراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة (رض) قال قال رسول الله (ص) د نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه ، .

قال الشافعي رضي الله عنه : فلما كان كفه من رأس ماله دون غرمائه ونفسه معلقة بدينه وكان المال ملكا له ، أشبه أن يجعل قضاء دينه ، لأن نفسه معلقة بدينه ، ولم يجوز أن يكون مال الميت زائلا عنه ، فلا يصير إلى غرمائه ، ولا إلى ورثته ، وذلك أنه لا يجوز أن يأخذه ورثته دون غرمائه ، ولو وقف إلى قضاء دينه علق روحه بدينه ، وكان ماله معرضاً أن يهلك ؛ فلا يؤدي عن ذمته ولا يكون لورثته فلم يكن فيه منزلة أولى من أن يحمل دينه ثم يعطى ما بقي ورثته اهـ ، ونعود إلى كلام المصنف رحمه الله تعالى فنقول وبالله التوفيق والعون :

من مات وعليه ديون تعلقت بماله ، وبهذا قال عثمان وعلي وأبو هريرة رضي الله عنهم ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يتعلق بماله

دلينا حديث ابن عمر في الفصل ولأنه لا وجه لبقاء تأجيله لأنه لا يخلو أما أن يبقى في ذمة الميت أو في ذمة الورثة أو متعلقاً بأعيان المال فبطل أن يبقى في ذمة الميت لأن ذمته خربت بموته وبطل أن يبقى في ذمة الورثة لأن صاحب الدين لم يرض بدمهم . ولأنه لو تعلق بدمهم — إذا كان للميت مال تعلق بدمهم — وإن لم يكن للميت مال . وبطل أن يقال : يبقى مؤجلاً متعلقاً بأعيان ماله . لأن ذلك أضرار لصاحب الدين . لأن أعيان المال ربما تلفت . وأضرار بالميت لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه . لحديث أبي هريرة المسوق في الفصل وفي كلام الشافعي . فإذا بطلت هذه الأقيسة لم يبق إلا القول بحلوله

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير

رضى من له الحق كالمرهون

(والثاني) يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف

كالمريض . وإن قلنا أنه يصح فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقض فسرخنا . وإن باع عبداً ومات وتصرف الوارث في التركة ثم وجد المشتري بالعبد

عيباً فردة . أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة فني تصرف الورثة وجهان .
 (أحدهما) أنه يصح لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد
 (والثاني) يبطل لأننا تبينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة ، فإن كان في
 غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله . فإن لم تف التركة بالدين فهو بالخيار
 بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله لما روى
 عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس : هذا الذي قضى فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق
 بمتاعه إذا وجد بهيمة ،

فإن كانت التركة تني بالدين ففيه وجهان ، أحدهما ، وهو قول أبي سعيد
 الاصطخري رحمه الله أن له أن يرجع في عين ماله لحديث أبي هريرة
 (والثاني) لا يجوز أن يرجع في عين ماله . وهو المذهب . لأن المسأل يني
 بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحق الملى . وحديث أبي هريرة قد روى فيه
 أبو بكر النيسابوري : وإن خلف وفاة فهو أسوة الغرماء

(الشرح) الاحكام : فإذا تصرف الوارث بالتركة أو ببعضها قبل قضاء الدين
 فهل يصح تصرفه ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، لا يصح سواء بقي من التركة ما يني
 من الدين أو لم يبق . لأن مال الميت يتعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف
 الوارث فيه . كالراهن إذا تصرف في الرهن قبل قضاء الدين

، والثاني ، يصح تصرفه لأنه حق يتعلق بالمال بعد رضاه المالك فلم يمنع صحة
 التصرف كتصرف المريض في ماله . فإذا قلنا بهذا فإن قضى الدين نفذ تصرفه .
 وإن لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه . لأننا صححنا التصرف تصحيحاً موقوفاً على
 قضاء الدين كما صححنا من تصرف تصرفاً موقوفاً . فإن باع عبداً ثم مات البائع .
 أو وجد المشتري بالعبد الذي اشتراه عيباً فردة . فإن كان الثمن باقياً بعينه
 استرجعه . وإن كان تالفاً رجع المشتري بالثمن في تركه الميت

فإن كان الوارث قد تصرف بالتركة قبل ذلك . أو كان حفر الرجل بئراً في
 طريق المسلمين ومات وتصرف وارثه بتركته ثم وقع في تلك البئر بهيمة أو إنسان

وجب ضمان ذلك في تركه الميت . وهل يصح تصرف الوارث قبل ذلك ؟ إن قلنا في المسألة قبلها إنه يصح تصرفه فهمنا أولى . وإن قلنا هناك لا يصح ، ففي هذه وجهان ، أحدهما ، يصح تصرفه لأنه تصرف في مال له لم يتعلق به حق أحد . والثاني ، لا يصح ، لأننا بينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة

(فرع) إذا كان في غرماء الميت من باع منه عيناً ، ووجد عين ماله ، ولم يقبض ثمنها ، فإن كانت التركة لا تبقى بالدين فللبائع أن يرجع في عين ماله . وقال مالك وأبو حنيفة لا يرجع فيها . بل يضرب مع الغرماء بدينه

دليلنا ما روى عمرو بن خالد الزرقى . وقد مضى تخريجنا له قال : أتينا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه ، وهذا نص في موضع الخلاف ؛ وإن كان ماله في الدين ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري : للبائع أن يرجع بعين ماله الحديث أبي هريرة رضي الله عنه ، فإنه لم يفرق

والثاني : ليس له أن يرجع بعين ماله . وهو المذهب ، لأن ماله في بدينه ، فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كالأموال حياً . وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مفلساً مع أنه قد روى أبو بكر النيسابوري بإسناده عن أبي هريرة : وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء . فيكون حجة لنا

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجوع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر إنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه .

وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار في أثناء المدّة فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقى ، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا . فيه وجهان

(أحدهما) لا يشاركونه لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا ، كما لو استقرض مالا بعد القسمة .

(والثاني) يشاركونه لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء ، كما لو أهدمت الدار قبل القسمة ، ويخالف القرض لأن دينه لا يستند بثبوته إلى ما قبل الحجر وهذا استند إلى ما قبل الحجر ، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة والمكترى يشاركونه في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة

(الشرح) الأحكام : إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرماؤه ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقا دينه قبل الحجر ، رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه . وقال مالك رضى الله عنه : يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس . دليلنا : أن الحاكم إنما فرق في غرماؤه ، وعندنا أنه لا غريم له سواهم ، فإذا ظهر له غريم نقض الحكم ، كالحاكم بحكم ثم وجد النص بخلافه ، ولأنه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقيين كان لغريم المفلس مثله

(فرع) وإن فك الحجر عن المفلس وبقي عليه دين فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر ، سأله الحاكم عن ذلك ، فإن أنكر ولا بينة لهم فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء العمرة ، فإن ثبت له مال إما بالبينة أو باقراره وطلب الغرماء الحجر عليه ، نظر الحاكم فيه وفيما عليه من الدين ، فإن كان يفي بالدين لم يحجر عليه بل يأمره بقضاء الدين ، وإن كان أقل - حرج عليه وقسم ماله بين الغرماء ، وإن تجدد عليه دين بعد الحجر الأول ثم ظهر له مال ، فإن بان أن المال كان موجودا قبل الحجر الأول قال الجويني : يختص به الغرماء الأولون دون الآخرين ، لأن المال كان موجودا تحت الحجر الأول . وإن اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الأول اشترك به الغرماء الأولون والآخرين على قدر ديونهم . وقال مالك : يختص به الغرماء الآخرون

دليلنا : أن حقوقهم متساوية في الثبوت في الذمة بحال الحجر فأشبهه غرماء الحجر الأول .

(فرع) وإن أكرى داره من رجل مدة ثم أفلس المكري قبل انقضاء الاجل

فإن المكترى أحق بالمنفعة دون الغرماء لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة قبل الحجر فكان أحق بها ، كما لو باع شيئاً من ماله ثم أفلس ، فإن أراد المكترى فسخ الإجارة لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون في الموضع الذي يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه . وههنا يصل إلى كمال حقه . فلم يكن له الفسخ .
 فإن أنهدمت الدار قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت فيما بقي من المدة : فإن كانت الإجارة قد قبضت . فإن كانت باقية رجع منها بما يخص ما بقي من المدة ، وإن كانت تالفة تعلق ذلك بذمة المفلس ، ثم ينظر فيه ، فإن كان ذلك بعد القسمة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يشاركهم ، لأن حق المكترى كان متعلقاً بالمنفعة ، فلما توافقت العين المكتراة عاد حقه إلى ذمة المفلس بعد القسمة فلم يشارك الغرماء : كما لو استدان بعد الحجر .

(والثاني) يشاركهم ، وهو الصحيح ، لأن سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم ، كما لو أنهدمت الدار قبل القسمة . ويخالف إذا استدان بعد الحجر . فإن ذلك لم يستند إلى سبب قبل الحجر فلذلك لم يشاركهم . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الحجر

إذا ملك الصبي أو المجنون مالا حجر عليه في ماله ، والدليل عليه قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد .

(الشرح) الحجر في اللغة المنع والتضييق . ومنه سمي الحرام حجراً . قال الله تعالى « ويقولون حجراً محجوراً » أي حراماً محرماً ، ويسمى العقل حجراً . قال تعالى « هل في ذلك قسم لذي حجر » سمي حجراً لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح ، وما يضرب العاقبة ، وسمى حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف به . وفي الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله

والمحجور عليهم ثمانية ، ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم ، فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم : قاصي والمجنون والسفيه . والمحجور عليهم لحق غيرهم فهم المفلس الذي يحجر عليه لحق الغرماء ؛ والمريض لحق الورثة ، والعبد القن . والمكاتب - بفتح التاء لحق المكاتب بكسرها - والمرئد لحق المسلمين .

والاصل في ثبوت الحجر على الصبي قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ، ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ، والابتلاء الاختبار . قال تعالى « هو الذي خلقكم ليبلوكم أيكم أحسن عملاً ، أي ليختبركم »

واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ . قال صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم ، وقوله تعالى « إذا بلغوا النكاح ، أراد به البلوغ ، فببر عنه به ، وقوله تعالى « وأنستم منهم رشداً » أي علمتم منهم رشداً ؛ فوضع الإيناس موضع العلم ، كما وضع الإيناس موضع الرؤية في قوله تعالى « وأنس من جانب الطور نارا ، أي رأى

روى أنها نزلت في ثابت بن رفاعة وفي عمه . لما توفي رفاعة وترك ابنه صغيراً
 أتى عم ثابت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان ابن أخى يتيم في حجرى فما
 يحل لى من ماله ؟ ومتى أدفع اليه ماله ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية
 قال الشافعى رضى الله عنه : فلما علق الله تعالى دفع المال إلى اليتيم بالبلوغ ،
 وإيناس الرشد ، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه . والدليل
 على ثبوت الحجر على السفهه والسبى والمجنون قوله تعالى « فإن كان الذى عليه
 الحق سفهياً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ، والسفهه
 يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لهجر ، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الغانى
 والصغير المجنون .

فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على
 ثبوت الحجر عليهم .

واختلفوا فى الحجر على غير العليم الفاقه بأحكام الحلال والحرام : فرجح
 بعضهم وجوب الحجر عليه

قال القرطبي فى جامع الاحكام : وأما الجاهل بالاحكام وان كان غير محجور
 عليه لتنميته لماله وعدم تدييره فلا يدفع اليه المال لجهله بفساد البيعات وصحيتها
 وما يحل وما يحرم منها ، وكذلك الذى مثله فى الجهل بالبيعات ولما يخاف من
 معاملته بالربا وغيره والله أعلم . اهـ

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينظر فى ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية فى حق الصغير فقدم
 الاب والجد فيها على غيرها كولاية النكاح ، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه
 الوصى لأنه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره ، وان لم يكن وصى نظر
 السلطان لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فنبتت للسلطان كولاية النكاح
 وقال أبو سعيد الاصطخرى : فان لم يكن أب ولا جد نظرت الام لأنها أحد
 الابوين فنبت لها الولاية فى المال كالاب ، والمذهب أنه لا ولاية لها لأنها ولاية
 نبتت بالشرع فلم تنبت الام كولاية النكاح .

(الشرح) الأحكام : إذا ملك العبي مالاً ، فإن الذي ينظر في ماله أبوه إن كان عدلاً ، فإن لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر ، كان النظر إلى الجد أب الأب إذا كان عدلاً ، لأنه ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح : فإن مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر في مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر ، فيه وجهان ، المذهب أنه لا تصح الوصية إليه ، بل النظر إلى الجد .

والثاني : حكاة في الإبانة ، وبه قال أبو حنيفة : أن النظر إلى الوصي لأنه قائم مقام الأب ، وليس بشيء . : لأن الجد يستحق الولاية بالشرع ، فكان أحق من الوصي ، فإن لم يكن أب ولا جد ، نظر الوصي من قبلهما ، فإن لم يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصي ، فإن لم يكن أب ولا جد نظر الوصي من قبلهما . فإن لم يكن أب ولا وصيهما فهل تستحق الأم النظر ؟ فيه وجهان ، قال أبو سعيد الإصطخري : تستحق النظر في مال ولدها ، لأنها أحد الأبوين ، وقال أحمد بن حنبل : إن عمر أوصى إلى حفصة .

والثاني : وهو المذهب : أنه لا وصية لها ، بل النظر إلى السلطان ، وروى عن عطاء بن أبي رباح أنه قال في رجل أوصى إلى امرأته قال : لا تكون المرأة وصياً ، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه اه .

(قلت) ولأنها ولاية بالشرع فلم تستحقها الأم كولاية النكاح ، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصياً ، فلم تتضمن ولاية كقرابة الخصال ، فإذا قلنا بقول أحمد والإصطخري ، فهل يستحق أبوها وأمها الولاية عند عدمها . فيه وجهان حكاهما الصيمري والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط ، فأما مالا حظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه ، لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه ،

ويجوز أن يتجر في ماله . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيماً وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة .

(الشرح) حديث « من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح ، وسبق للإمام النووي استقصاء رواياته في كتاب الزكاة .

أما الأحكام : فلا يجوز للناظر في مال الصبي أن يعتق منه ، ولا أن يكتب ، ولا يهب ، ولا يجابى في البيع لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » وليس في شيء من هذه الأشياء « أحسن » .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وأحب أن يتجر الوصى بأموال من يلي عليه ولا ضمان : وجملته ذلك أنه يجوز للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله : سواء كان الناظر أباً أو جداً أو وصياً أو أميناً من قبل الحاكم لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة .

(قلت) ولأن ذلك أحظ الدولى عليه لتسكون نفقته من الربح . هكذا قال عامة أصحابنا إلا الصيمرى ، فإنه قال لا يتجر له في هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار ، بل يشتري له الأرض ، أو ما فيه منفعة ، فإن اتجر له لم يتجر له إلا في طريق مأمون ، ولا يتجر له في البحر لأنه مخوف ، فإن قيل فقد روى أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر رضى الله عنهم (قلنا) يحتمل أن يكون ذلك في موضع مأمون قريب من الساحل أو يحتمل أنها فعلت ذلك وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك ، قال الصيمرى : ولا يبيع له إلا بالحال ، أو بالدين على مليء ثقة ، اه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته ولا يبتاعه إلا من مأمون لأنه إذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع مالا يملكه ولا يبتاعه في موضع قد أشرف

على الخراب أو يخاف عليه الهلاك ، لأن في ذلك تفريرا بالمال ويبقى له العقار
ويبنيه بالأجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص ، لأن الأجر يبقى واللبن يمك
والجص يحترق به والطين لا يثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه والطين لا يتناثر
وان تناثر فلا يثمن له ، ولأن الأجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف
عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له العقار إلا في موضعين .

(أحدهما) أن تدعو اليه ضرورة بأن يقتقر إلى النفقة وليس له مال غيره
ولم يجد من يقرضه .

(والثاني) أن يكون له في بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع
له ويشترى ببعض الثمن مثله ، لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما
لا حظ فيه فلم يجوز .

وان باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر ، فإن باعه الأب أو الجد
سجل له ، لانهما لا يتهمان في حق الولد ، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بيعة
على الضرورة أو الغبطة لانه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بيعة فان باع الصبي
وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة فان كان الولي أباً أو جداً فالقول قوله
وان كان غيرهما لم يقبل إلا ببيعة لما ذكرناه من الفرق فان بيع في شركته شقص ،
فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك ؛ وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ ، لأننا
بيننا أن تصرفه على النظر والاحتياط ، فلا يفعل إلا ما يقتضى النظر والاحتياط
فان ترك الشفعة والحظ في تركها ثم باع الصبي وأراد أن يأخذ ، فالمنصوص أنه
لا يملك ذلك ، لان ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه ، كما لو أخذ
والحظ في الاخذ فبإذن وأراد أن يرد .

ومن أصحابنا من قال : له أن يأخذ ، لانه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه
حظ ، وفيها لا حظ فيه ، وقد باع لجاز أن يأخذ ، وإن لم يكن فيه حظ . وهذا
خطأ ، لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقيا . وهذا قد سقط بعفو
الولي فسقط فيه اختياره ، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم
فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه .

(الشرح) الاحكام : يجوز أن يبتاع له العقار لأنه أقل غرراً ، لأنه يذمغ بغلته مع بقاء أصله .

قال ابو علي في الإفصاح : ولا يشتر به إلا من ثقة أمين يؤمن جحوده في الثمن وحيثه في إفساد البيع لا تباعه في موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة ما أوقعته بين طائفتين ، فإن ذلك تغير بماله .

ويجوز أن يبني له العقار إذا احتاج اليه إلا أن يكون الشراء أحظ له فيشترى له ذلك . وإذا احتاج إلى البناء : قال الشافعي رضي الله عنه : يبني له بالآجر والطين ، ولا يبني له باللبن والحصى ، لأن اللبن يهلك ، والآجر يبقى والحصى يلزق فربما احتيج الى نقض شيء من الآجر فلا يتخلص من الحصى ، ولأن الحصى يحذف به ، والطين لا يحذف به . قال في البيان تعليقا على قول الشافعي : وهذا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة ، فإن كان في بلد يوجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر ، لأنها أكثر بقاء ، وأقل مؤنة .

قلت : فإذا كان الناظر في مال الصبي عدلا ذا مهارة ورأى أن يبني بالحرسانة المسلحة ، وكان في ذلك ما يعود على الصغير بفائدة مع حفظ ماله لا سيما في زماننا هذا الذي يكون للتعوير والبناء صيانة ونماء ، كان له ذلك ، بل كان ذلك هو الأفضل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) وان ملك الصبي عقاراً لم يبيع عليه الا في موضعين أحدهما أن يكون له في بيعه غبطة كأن يكون له شركة مع غيره ، أو مجاورة لغيره فيبذل الغير فيه بذلك أكثر من قيمته ، ويوجد له مثل بأقل مما باع به فيجوز له بيع العقار عليه لذلك ، وكذلك إذا كان له عقار قد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالحراب ، فيجوز له بيعه عليه ، لأن النظر له في ذلك البيع ، فإذا باع الأب أو الجد عليه عقاراً فرفع ذلك الى الحاكم وسأله امضاه وتسجيله عليه امضاه وسجله له ، لأن الظاهر من حالهما أنه لا يبيعان الا ماله فيه حظ .

وهل يحتاج الحاكم الى ثبوت عدالتهم عنده ؟ قال ابن الصباغ : سمعت القاضي أبا الطيب يقول : فيه وجهان (أحدهما) لا يحتاج الى ذلك ، بل يكفي بالعدالة الظاهرة ، كما قلنا في شهود النكاح .

(والثاني) يحتاج الى الثبوت لولايتها عنده كما يحتاج الى ثبوت عدالة الشهود عنده . وأما إذادفع الوصي أو أمين الحاكم البيع اليه وسأل التسجيل عليه وأمهضه ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه لا يمضى ذلك حتى تقوم عنده البيينة على الحظ أو الغبضة له ، لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة فلم يقبل قوله من غير بيينة بخلاف الأب والجد

(والثاني) ذكر القاضى أبو الطيب فى المجرى أنه يقبل قولها من غير بيينة ، كالأب والجد . قال ابن الصباغ : وهذا له عندى وجه لأنه إذا جاز لها التجارة فى ماله فيبيعان ويشتريان ، ولا يعترض الحاكم عليهما جاز أيضا فى العقار ، فإن بلىع الصبي وادعى أن الأب أو الجد باع عليه عقاره من غير غبضة ولا حاجة ، فإن أقام بيينة على ما ادعاه حكم له به ، وإن لم تقم بيينة فالقول قول الأب أو الجد مع يمينه .

وإن باع غير الأب والجد عليه كالوصى وأمين الحاكم ، فلما بلىع ادعى أنه باع عليه من غير بيينة ، لأن التهمة تلحقه ، وبهذا لا يجوز له أن يشتري مال الولى عليه من نفسه فلم يقبل قوله من غير بيينة ، بخلاف الأب والجد

(فرع) وإن بيع شقص فى شركة الصبي ، فإن كان للصبي حظ فى الاخذ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقاراً ، أخذ له بالشفعة ، وإن كان الحظ له بالترك بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به ، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك ، أو يبيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة ؛ فإن أخذ له الولى فى موضع يرى له الحظ فى الاخذ ، فبلىع الصبي وأراد أن يرد ما أخذ له الولى لم يملك ذلك ، لأن ما فعله الولى مما فيه الحظ لا يملك الصبي بعد بلوغه رده ، وإن ترك الولى الاخذ له فى موضع رأى الحظ له فى الترك فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان :

من أصحابنا من قال له ذلك ، لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ . وفيما لا حظ له ؛ والمنصوص أنه ليس له ذلك ، لأن الولى قد اختار الترك بحسن نظره ، فلم يكن له نقض ذلك ، كما لو أخذ له - والحظ فى الاخذ -

فإنه لا يملك الصبي بعد البلوغ الرد ، فإن ادعى بعد البلوغ أن الولي أخذ — والحظ في الترك — أو الترك والحظ في الأخذ ، فإن أقام بينة على ذلك حكم له به وإن لم يقم بينة فإن كان الولي أباً أو جداً . فالقول قولها مع يمينها . وإن كان غيرها من الأولياء لم يقبل قوله من غير بينة ، كما ذكرنا من الفرق قبل هذا والله تعالى أعلم .

قال علي بن عبد السبكي في فتاويه : ومن مصالح الصبي أن الولي يصونه عن أكل ما فيه شبهة وعن أن يخلط ماله به ، ويحرص على إطعامه الحلال المحض وعلى أن يكون ماله كله منه ، وهي مصلحة أخروية ودينية ، أما أخروية فظاهر لأنه وإن لم يكن مكلفاً لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزمى عند الله وأعلى درجة في الآخرة من غيره . وأما دنيوية ، فإن الجسد الناشئ على الحلال ينشأ على خير ، فيحصل له مصالح الدنيا والآخرة .

وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له في القليل الحلال فيكفيه ويرزقه من حيث لا يحتسب ، فهذه المصالح محققة ، والفائدة الدنيوية التي يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة ، فتعارضت مصالحتان أخروية ودينية ، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا ، فكان الأحوط والأصلح لليتيم ترك هذه المعاملة ، فقد يقال يكون المستحب تركها ، وقد يزداد فيقال يجب تركها لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ، فالأحسن في الدنيا والآخرة حلال قطعاً ، وغير الأحسن فيهما يمنع قطعاً ، والأحسن في الآخرة دون الدنيا إذا راعينا مصلحة الآخرة وقدمناها على الدنيا صار أحسن من الآخرة فهو أحسن مطلقاً ، فإن تيسر متجر ابتغى فعله ، وإلا فلا يكف الله نفساً إلا وسعها ، وبأكل ماله خير من أن يأكله غيره ، والله أعلم اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة ، فإن كانت السلعة تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن ، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال ، فإن

باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلان يجوز وقد زاده عشرين أولى ، وان باعها بمائة وعشرين نسيتة وأخذ بها رهناً ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه أخرج ماله من غير عوض .
(والثاني) يجوز ، وهو ظاهر النص . وقول أبي اسحاق لأنه باع برمج واستوثق بالرهن فجاز

(فصل) ولا يكتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالمعتق من غير عوض

(الشرح) الأحكام : ينبغي أن لا يبيع ماله بنسيتة من غير غبطة أى راحة نفس ، فان كانت له سلعة يريد بيعها ، وهى تساوى مائة نقداً ، أو مائة وعشرين نسيتة ، فان باعها بمائة نسيتة لم يصح بيعها ، سواء أخذ بها رهناً أو لم يأخذ ، لأن ذلك دون ثمن المثل ، فان باعها بمائة نقداً وعشرين نسيتة وأخذ بالعشرين رهناً جاز ؛ لأنه قد زاد خيراً ووثيقة

وان باعها بمائة وعشرين نسيتة ولم يأخذ بها رهناً لم يجوز ؛ لأنه غرر بما له .
وان باعها بمائة وعشرين نسيتة وأخذ بالجميع رهناً ففيه وجهان
(أحدهما) لا يجوز ؛ لأن فى ذلك تغريراً بالمال وقد يتلف الرهن
(والثاني) يصح . وهو قول أبي اسحاق وأكثر أصحابنا ، لأنه مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه الا ذلك ، فعلى هذا يشترط أن يكون المشتري ثقة مليئاً لأنه ان لم يكن ثقة ربما رهن مالا يملكه . واذ لم يكن مليئاً فر بما تلف الرهن فلا يمكن استيفاء الحق منه

ويشترط أن يكون الرهن بقى بالدين أو أكثر لأنه ربما أفلس أو تلف ما فى يده ، فاذا لم يمكن استيفاء الحق من الرهن كان وجود الرهن كعدمه
وهل يشترط الاشهاد مع ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى

(فرع) قال الصيمرى : ولا يجوز أن يشتري له متاعاً بالدين ويرهن من ماله لان الدين مضمون والرهن أمانة ، فاز فعل كان ضامناً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريراً بالمال ، ويروى أن المسافر وماله على قلت ، أى على هلاك . وفيه قول الشاعر :

بُغاث الطير أكثرها فراخاً وأم البساز مقلات نزور

(فصل) فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط

(الشرح) قوله « قلت » ، إذا قلتها بفتح القاف وسكون اللام كانت النقر في الجبيل ، وإذا قلتها بفتح القاف وكسر اللام كانت الهلاك . والمقلنة المهاك ، والمقلات الناقة التي تضع واحداً ثم لا تحمل ؛ والبيت للعباس بن مرداس . وأخذ على المصنف رحمه الله تعالى استشهاداً بهذا البيت في المعنى الذي أراده ، فإن معناه أن بُغاث الطير ، وهو طائر دون الرخمة بطيء الطيران ، وهو طير لا يصيد ولا يرغب أحد في صيده لحقارة شأنه . ومنه المثل « استنسر البغاث » ، فيمن يلبس غير لباسه متظاهراً بالشجاعة وهو جبان ، وعليه قول من قال : إن البغاث بأرضنا يستنسر . أى إن الضعيف بصير بأرضنا قوياً تكثر فراخه في حين أن أم الصقر مقلات نزور ،

وقوله « نزور » ، أى قليلة الفراخ جداً ، والمقابلة والمشاكلة بين بُغاث الطير في كثرة فراخها ، وبين أم الصقر وهى قليلة الفراخ واضحة ، وليس فيها معنى أن المقلات هى المهاك .

أما الأحكام : فإنه لا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة ، لأن في ذلك تغريراً بالمال وتعريضاً له للهلاك ، وقد روى أن المسافر وماله على قلت أى هلاك فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق أو حريق جاز أن يسافر به إلى حيث يأمن عليه ، لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو إليه . وانه أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة ، لأنه يخرج من يده فلم يجز ، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق ، أو أراد سفراً وخاف عليه

جاز له الابداع والاقراض ، فان قدر على الابداع دون الاقراض اودع ، ولا يودع الا ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الابداع اقرضه ، ولا يقرضه الا ثقة مليئا ، لان غير الثقة يحدد ، وغير الملي لا يمكن اخذ البديل منه ، فان اقرض ورأى اخذ الرهن عليه اخذ ، وان رأى ترك الرهن لم يأخذ

وان قدر على الابداع والاقراض فالاقراض أولى : لان القرض مضمون بالبديل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط ، فان ترك الاقراض اودع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه يجوز كل واحد منهما ، فاذا قدر عليهما تخير بينهما (والثاني) لا يجوز لقوله تعالى (ولا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) والاقراض ههنا أحسن فلم يجوز تركه ، ويجوز أن يقترض له إذا دعت اليه الحاجة ويرهن ماله عليه لان في ذلك مصلحة له بلجاز

(الشرح) اذا خاف على ماله من نهب أو عرق أو حريق ولم يقدر الولي على المسافرة به ، أو أراد الولي السفر الى موضع لا يمكنه نقل المال اليه ، أو يحتاج في نقله الى مؤنة مجتفة جاز أن يودعه أو يقرضه في هذه الاحوال . فان قدر على الابداع دون الاقراض اودعه ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الابداع اقرضه ثقة مليئا وأشهد عليه ، لان غير الثقة يحدد وغير الملي لا يمكن اخذ المال منه أو بدله اذا تلف ، فان رأى أن المصلحة والحظ في اخذ الرهن أخذه ، وان رأى أن التي هي أحسن ، في ترك الرهن تركه ولم يأخذه بأن يكون الموضع نحوفاً وكان الولي ممن يرى سقوط الحق بتلف الرهن ، لانه لا حظ له في اخذ الرهن مع ذلك . وان قدر على الاقراض ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لان كل واحد منهما يجوز فيميز بينهما (والثاني) لا يجوز ، لان الاقراض أحوط له ، فاذا نزل الاحظ ضمن .

(فرع) فأما الاقراض له فيجوز اذا دعت الى ذلك حاجة للثقة عليه والكسوة أو النفقة على عقاره المتهدم اذا كان له مال غائب فتوقع قدومه أو ثمرة ينتظرها يفي بذلك ، وان لم يكن له شيء ينتظر فلا حظ له في الاقراض ، بل يبيع عليه شيئاً من أصوله ويصرف في نفقته .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار ، لقوله تعالى
 ، والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً ، وإن رأى أن
 يخطئ ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى «وبسئلوكم عن اليتامى قل إصلاح لهم خير
 وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ، فإن بلغ الصبي واختلفاً في
 النفقة فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله وإن كان غيرهما ففيه وجهان
 (أحدهما) بقبول ، لأن في إقامة البيتة على النفقة مشقة فقبول قوله (والثاني)
 لا بقبول قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار .

(الشرح) ينبغي أن ينفق عليه ويكسوه من غير إسراف ولا إقتار لقوله
 تعالى ، والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواماً ، وإن كان
 الصبي مكتسباً — قال أبو إسحاق المروزي : أجبره الولي على اكتساب لنفقته ،
 وحفظ عليه ماله ، لأن ذلك أحظ له .

(فرع) فإذا رأى الولي أن الحظ للولي عليه بخلاف مع نفقته مع نفقته ، بأن كان إذا
 خلط دقيقه بدقيقه كان أرفق به في المؤنة وأكثر له في الخبز ، جاز له الخلط ،
 لما روى أنه لما نزل قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون
 في بطونهم ناراً ، وسيصلون سعيراً » تجنب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
 اليتامى وأفردوهم عنهم ، فنزل قوله تعالى « وإن تخالطوهم فإخوانكم ، والله يعلم
 المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لآعننكم ، أي لضيق عليكم ، لأن العنت الضيق
 وإن كانت الفائدة والمصلحة في إفزاده لم تجز الخلطة لقوله تعالى « ولا تقربوا أموال
 اليتيم إلا بالتي هي أحسن » .

(فرع) فإن بلغ الصبي واختلج هو والولي في قدر نفقته ، فإن كان الولي
 أباً أو جداً ، فإن ادعى أنه أنفق عليه زيادة على المنفعة بالمعروف لزمها ضمان
 تلك الزيادة ، لانه مفرط ، وإن ادعى النفقة بالمعروف فالقول قولها مع إيمانها
 لأنها غير متهمين .

وإن كان الولي غيرهما كالوصي وأمين الحائض ، وأدعياء النفقة بالمعروف ، فهل يقبل قولهما من غير بينة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل قولهما من غير بينة ، كما لا يقبل ذلك منهما في دعوى بيع المقار . والثاني : يقبل قولهما مع أيمانهما . قال ابن الصباغ : وهو الأصح لأن إقامة البينة على ذلك تعدر بخلاف البيع فإنه لا يتعدر عليه إقامة البينة عليه (قلت) ويجب على الولي إذا كان في البلد نظام يسود فيه التوثيق والتسجيل ، وكان من السهل على الولي أن يحمل للنفقات والابتیاعات للصبي فواتير ومستندات صادرة من جهات الشراء (قلت) يجب عليه أن يتبع ابتیاعاته وثائقها الدالة عليها حتى لا يختلط ماله بمال الصبي ولا يفتني شيئا يكره قد انفق عليه أو يترك لذا كرته أمر استحضار ما اشتراه له فيضرب في عمايات الجراف ، فيقرب مال اليتيم بغير التي هي أحسن .

وقوله تعالى « الا بالتي هي أحسن ، تفضى — ولا شك — الى اتباع النظام على أحسن صوره ، وأدق وسائله وأضبط أسبابه ، ومن ثم تكون الآية نصاً في الاخذ بنظام الوثائق المكتوبة ، لأنها هي الأحسن . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أراد أن يبيع ماله بماله ، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك ، لأنهما لا يتهمان في ذلك الكمال شفقتهم ، وان كان غيرهما لم يجز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك اليه .

(الشرح) حديث « لا يشتري الوصي من مال اليتيم » لفظه في سنن الدارمي من قول مكحول : حدثنا محمد بن المبارك ثنا يحيى بن حمزة عن ابن وهب عن مكحول قال : أمر الوصي جائز في كل شيء الا في الابتیاع ؛ واذا باع بيعاً لم يقبل قال الدارمي : وهو رأي يحيى بن حمزة .

أما الأحكام : فإنه يجوز للأب والجد أن يبيعا مالهما من الصبي ويشتريا ماله لأنفسهما إذا رأيا الحظ في ذلك ، لأنهما لا يتهمان في ذلك . قال الصيمري فيحتاج

أن يقول : قد اشتريت هذا لنفسى من ابنى بكذا ، وبعت ذلك عليه ، فيجمع بين لفظ البيع والشراء ، قال : وغلط بعض أصحابنا وقال : تكفيه النية في ذلك من غير قول ، لانه لا يخاطب نفسه .

قال العمرانى : وليس بشيء ، لانا قد أقمناه مقام المشتري في لفظ الشراء ، ومقام البائع في لفظ البيع ، ولو احتاج إلى قرض فأقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهناً ، قال الصيمرى : فيه وجهان ، الأصح : أنه يجوز إلا أن يكون أقرضه متطوعاً ثم أح أن يأخذ بعد ذلك منه رهناً ، فلا يكون له .
وأما غير الاب والجد من الاولياء ، كالوصى وأمين الحاكم (الحارس) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبي ، ويتولى هو وحده طرفى العقد ، ولا يجوز أن يشتري ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر لا يشتري الوصى من مال اليتيم ، ولان غير الاب والجد يتهم في ذلك فلم يجوز .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت ، فان كان غنيا لم يجوز ، لقوله تعالى ، ومن كان غنيا فليستعفف ، وان كان فقيراً جاز أن يأكل ، لقوله تعالى ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، وهل يضمن البذل ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يضمن ، لانه أجزى له الاكل بحق الولاية فلم يضمنه . كالرزق الذى يأكله الإمام من أموال المسلمين (والثانى) أنه يضمن ، لانه مال لغيره أجزى له أكله للحاجة ، فوجب ضمانه كمن اضطر الى مال غيره .

(الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قوله تعالى ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، أنها نزلت في ولى اليتيم إذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف . وفي لفظ ، أنزلت في ولى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف ، متفق عليه .
وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لى شيء ، ولى يتيم فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف

ولا مبادر ولا متأمل ، رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده والنسائى وأبو داود وسكت عنه أبو داود . وقال ابن حجر فى الفتح : إسناده قوى

واختلف الجمهور فى الأكل بالمعروف ما هو ؟ فقال قوم هو القرص إذا احتاج ويقضى إذا أيسر ، قاله عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشامي ومجاهد وأبو العالية ، وهو قول الأوزاعى . ولا يتسلف أكثر من حاجته قال عمر رضى الله عنه : ألا لى أنزلت نفسى من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم ، إن استغنيت استعفت ، وإن افتقرت أكلت بالمعروف . فإذا أيسرت قضيت . روى عبد الله بن المبارك عن عاصم الأحول عن أبى العالية ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، قال قرضا ، ثم تلا قوله تعالى (فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم)

وقول ثان : روى عن ابراهيم وعطاء والحسن البصرى والنخعى وقتادة لا قضاء على الوصى الفقير فيما يأكل . لأن ذلك حق النظر . قال القرطابى وعليه الفقهاء . قال الحسن هو طعمة من الله له وذلك أنه يأكل ما يسد جوعته ويكسى عورته ، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الخلل ، وقال زيد بن أسلم : إن الرخصة فى هذه الآية منسوخة بقوله تعالى ، إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً .

وذهب أبو يوسف الى أنها منسوخة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهذا ليس بتجارة ، وبقول أبى يوسف قال من قبله مجاهد ، ومن بعده الشافعى الطبرى . وعليه إذا أراد الولى أن يأكل من مال الصبي أو المولى عليه ، فإن كان الولى غنياً لم يجوز له أن يأكل منه ، وإن كان فقيراً وقد انقطع عن أى عمل إلا على مال المولى عليه ، وليس له . وورد للكسب لنفسه : فقد قال الشافعى رضى الله عنه : فله أن يأخذ من ماله أقل الأمرين من كفايته . أو أجره عمله . لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) الى قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالهم سراً وبكراً ، ومن كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف)

فمن قوله تعالى: بداراً أن يكبروا . أى لا تأكلوا أموال اليتامى بمبادرة ابتلا
يكبروا فيأخذوها ، ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة . هكذا ذكر عامة أصحابنا
وذكر المصنف أنه إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل - من غير تفصيل - ولعله
أراد بإطلاقه ما ذكر غيره .

وهل يضمن الولي ما أكله بالبدل ؟ قال العمراني في البيان ، فيه وجهان .
أحدهما يجب عليه ضمانه في ذمته ، والثاني لا يجب لأن الله أباح له الأكل ولم يوجب
الضمان . ولأن ذلك استحققه بعمله في ماله فلم يلزمه رد بدله كالمستأجر . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد ، لقوله
تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم)
فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء ، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة ، وهي
الإنزال والسن والإنبات . وإثنان تختص بهما المرأة ، وهما الحيض والحبل
فأما الإنزال فهو إنزال المنى ، فتنى أنزل صار بالغاً ، والدليل عليه قوله تعالى
(وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام ،
فدل على أنه بلوغ . وروى عطية القرظي قال : عرضنا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم زمن قريظة ، فن كان محتلاً أو نبتت عانته قتل ، فلو لم يكن
بالغاً لما قتل .

وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة . والدليل عليه ما روى ابن عمر
رضي الله عنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن
أربع عشر سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة
سنة فرآني بلغت فأجازني

وأما الإنبات فهو الشعر الحشن الذي ينبت على العانة ؛ وهو بلوغ في حق
الكافر ، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال : كنت فيمن حكم فيهم سعد
ابن معاذ رضي الله عنه فشكروا في أمن الذرية أناأم من المقاتلة ؟ فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم انظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه ، فنظروا فإذا عانتى لم تنبت ، فجعلوني في الذرية ولم أقتل . وهل هو بلوغ في نفسه ؟ أو دلالة على البلوغ ؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه بلوغ ، فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم ، لأن ما كان بلوغا في حق الكافر كان بلوغا في حق المسلم كالأخلام والسن

(والثاني) أنه دلالة على البلوغ ، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب (١) بامرأة في شعره ، فرفع الى عمر رضى الله عنه فلم يجده أنبت . فقال لو أنبت الشعر لحددتك .

(والثاني) أنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص ، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم ، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم ، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم ؛ لجعل ذلك دلالة في حقهم ، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية ، ووجوب القتل ، فلا يتم في مداواة العانة بما ينبت الشعر ، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوى العانة بما ينبت الشعر ، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه

فأما الحيض فهو بلوغ ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا أسماء بنت أبي بكر الصديق رضى الله عنهما ، ان المرأة إذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا ، وأشار الى الوجه والكف ، فعاق وجوب الستر بالحيض وذلك تكليف ، فدل على أنه بلوغ بتعلق به التكليف . وأما الحمل فهو دليل على البلوغ ، فإذا حملت حكمتنا بأنها بالنع ، لأن الحمل لا يكون إلا بإزالة الماء ، فدل على البلوغ ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمتنا بأنها بالنع من قبل

(١) شبب بامرأة في شعره ، التشبيب النسب ، يقال هو يشبب بها أى يذكرها في شعره . واشتقاق التشبيب من وجهين (أحدهما) من الشبيبة وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية . والآخر أن يكون من الجلاء ، يقال شبب وجهه الجارية إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه

الوضع بسنة أشهر ، لأن ذلك أقل مدة الوضع ، وإن كانت مطلقة وأنت بولد يلحق الزوج ، حكمتنا بأنها بالنع من قبل الطلاق

وإن كان خنثى فخرج المنى من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد ، فإن خرج المنى من الذكر ، والدم من الفرج فقد بلنع ، لأنه إن كان رجلا فقد أمني ، وإن كان امرأة فقد حاضت .

(الشرح) قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح) أى الحلم ، لقوله تعالى (وإذا بلغن الأطفال منكم الحلم) وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء . ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء ، واثنتان يختصان بالنساء ، وهما الحيض والحبل . فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء فى أنه بلوغ . وأن الفرائض والأحكام تجب بهما .

واختلفوا فى الثلاث ، فأما الإنبات والسن فقال الأوزاعى والشافعى وابن حنبل : خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم ، وهو قول ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة . واختاره ابن العربى فى أحكام القرآن ، وتجب الحدود والفرائض عندم على من بلنع هذه السن .

واحتجوا بحديث ابن عمر الذى أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة إذ عرض يوم الحندق وهو ابن خمس عشرة سنة فاجيز ، ولم يجز يوم أحد ، لأنه كان ابن أربع عشرة سنة . قال أبو عمر بن البر : هذا فيمن عرف مولده . وأما من جهل مولده وعدم سنه أو جده فاعمل فيه بما روى نافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أمراء الأجناد ألا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسى .

وقال عثمان رضى الله عنه فى غلام سرق ، انظروا إن كان قد اخضره برزه فاقطعوه ، وقال عطية القرظى : عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ ، ومن لم ينبت منهم استحياه ، فسكنت فيمن لم ينبت فتركت ، رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى وصححه ،

وقال مالك مرة : بلوغه يغلاظ صوته وتنشق أرنبته ، وعن أبي حنيفة رواية أخرى تسع عشرة وهي الأشهر ، وقال في الجارية : بلوغها السبع عشرة سنة وعليها النظر . وقال داود الظاهري : لا يبطنع بالسن مالم يحتلم ، ولو بلغ أربعين سنة ؛ فأما الإنبات فمنهم من قال : يستدل به على البلوغ ؛ روى عن ابن القاسم وسالم ، وقاله مالك مرة ، والشافعي في أحد قوليه ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور . وقيل : هو بلوغ إلا أن يحكم به في الكفار فيقتل من أنبت ، ويجعل من لم ينبت في الذراري ، قاله الشافعي في القول الآخر لحديث عطية القرظي ، ولا اعتبار في الحضرة والرغب ، وإنما يترتب الحكم على الشعر .

وقال مالك : العمل عندي على حديث عمر بن الخطاب لو جرت عليه المواسي لحديثه ، قال لي ابن القاسم : وأحب إلي أن لا يقام عليه الحد إلا باجتماع الإنبات والبلوغ .

قال ابن العربي : إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلاً في السن فكل عدد يذكرونه من السنين فإنه دعوى ، والسن التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من سن لم يعتبرها ، ولا قام في الشرع دليل عليها ، وكذلك اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الإنبات في بني قريظة ، فن عذيري ممن ترك أمرين اعتبرهما النبي صلى الله عليه وسلم فيتأوله ، ويعتبر مالم يعتبره النبي صلى الله عليه وسلم لفظاً ، ولا جعل الله له في الشريعة نظراً على ابن العربي تبعاً لأمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز تأول حديث ابن عمر في الأنفال ، وأن موجه الفرق بين من يطبق القتال ويسهم له وهو ابن خمس عشرة سنة ومن لا يطبقه ، فلا يسهم له فيجعل في العيال ؛ وهو الذي فهمه عمر بن عبد العزيز من الحديث والله تعالى أعلم .

قال العمراني في البيان : فأما الانزال فتخرج منه المنى وهو الماء الأبيض الدافق الذي يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ لقوله تعالى وإذا بلغ الأطعمال منسك الحلم فليستأذنوا ، فلما أمر الأطفال بالاستئذان إذا احتلوا دل على أنهم قد بلغوا لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى

يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، رواه أحمد في مسنده ،
وأبو داود في سننه والحاكم عن علي وعمر رضي الله عنهما .

وهل يكون الاحتلام بلوغاً من الصبيّة ، فيه وجهان (أحدهما) لا يكون
بلوغاً لقوله صلى الله عليه وسلم : وعن الصبي حتى يحتلم ، يخص الصبي بالاحتلام ،
(والثاني) وهو طريقة أصحابنا البغداديين أنه بلوغ ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين
رضي الله عنها قالت : سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها
ما يرى الرجل فقالت عائشة رضي الله عنها فضحت النساء ، أو يكون ذلك ؟ فقال
صلى الله عليه وسلم . فبم يشبهها ولدها ؟

وفي رواية : فبم الشبهه ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : إذا رأت ذلك فلتغتسل ،
رواه الجماعة فأمرها بالاعتسال ، فثبت أنها مكافئة ، وأما السن فهو أن يستكمل
الرجل والمرأة خمس عشرة سنة .

وحكى المسعودي وجهاً لبعض أصحابنا أن البلوغ يحصل بالطعن في أول سنة
الخمس عشرة ، والأول أصح ، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله ،
وقال أبو حنيفة لا يبلغ الغلام إلا بتسع عشرة سنة وهي رواية محمد رضي الله عنه
وفي رواية الحسن اللؤلؤي عنه إذا بلغ ثمان عشرة سنة .

أما الجارية فنبلع إذا بلغت تسع عشرة سنة . وقال مالك كقول داود . ليس
للبلوغ حد في السن .

دليلنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما . عرضت على رسول الله صلى الله عليه
وسلم عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني و عرضت عليه عام الخندق وأنا ابن
خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة .

ولا يجاز في المقاتلة إلا بالغ ، فدل على ما قلناه ، وروى أنس رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . إذا استكمل الغلام خمس عشرة سنة كتب ماله
وما عليه ، وأخذت منه الحدود ، رواه البيهقي ، قال في التلخيص وسنده ضعيف
وأما الانبات فهو انبات الشعر القوي الذي يحتاج إلى الموسى ، لا الرغب
الأصفر حول العانة وحول الفرج ، ولا يختلف المذهب أنه إذا ثبت ذلك للكافر
حكم ببلوغه ، وهل هو بلوغ فيه ، أو لا دلالة له على البلوغ ، فيه قولان .

(أحدهما) أنه بلوغ في نفسه ، لأن ما حكم به بالبلوغ إن بلوغا بنفسه كالاحتلام (والثاني) أنه ليس ببلوغ في نفسه ، وإنما دلالة على البلوغ ، لأن العادة جرت أنه لا يظهر إلا في وقت البلوغ ، فإذا قلنا إنه بلوغ في حق الكافر كان بلوغا في حق المسلم ، لأن ما كان بلوغا في حق الكافر كان كذلك في حق المسلم كالاحتلام ، وإذا قلنا : إنه ليس ببلوغ في حق الكافر وإنما هو دلالة على البلوغ فهل يجعل ذلك دلالة في حق المسلم ، منهم من قال : فيه وجهان ، ومنهم من قال فيه قولان .

(أحدهما) أنه دلالة على بلوغه ، لأن ما كان دلالة على البلوغ في حق الكافر كان دلالة وعدلاً على البلوغ في حق المسلم كالحمل .
(والثاني) أنه لا يكون دلالة على البلوغ عند المسلم ، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة سن المسلم : لأنه مولود بين المسلمين ، ولا يمكن ذلك في سن الكافر هكذا قال صاحب البيان .

قلت وهو دليل على أن النظام عند المسلمين في عنفوان مجدهم جعلهم يؤرخون لمواليدهم في زمن كانت تسود العالم الفوضى والعشوائية حتى في تحديد سن الذرية بين غير المسلمين فتم يعود المسلمون إلى سابق مجدهم فيسبقوا أهم الأرض بنظامهم وعلومهم وقوتهم وإيمانهم ، وتلك لعمرى عمدة المجد الذي تدين الدنيا لهم به ، فاللهم بصرنا وافتح قلوبنا للإيمان .

وقال أبو حنيفة : الإنبات لا يكون بلوغا ولا دلالة على البلوغ في حق المسلم والكافر .

دلينا ما روى عطية العوفي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن ماذر رضي الله عنه في بني قريظة لحكم بسبي ذراريهم ونساءهم ، وقسم أموالهم . وقتل من جرت عليه الموسى . فأمر أن يكشف عن مؤزريهم فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت فهو من الذراري : فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة .

قال الصيمري : وكيف يعرف الإنبات ، قيل : يدفع اليهم شمع أو طين رطب

يلزقونه الموضع ، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم . وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح ، لان سعداً رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة .
وأما خضرة الشارب ، ونزول العارضين ، ونبات الاحية ، وخشونة الحلق ، وقوة الكلام ، وانفراج مقدم الانف ، ونهود الثدي فليس شئ من ذلك بلوغا لانه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه .

وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض إلا بخمار ، لجعلها مكلفة بوجود الحيض ، فدل على أنه بلوغ ، وأما الحمل فإنه ليس ببلوغ في نفسه ، وإنما هو دلالة على البلوغ ، فاذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المني لقوله تعالى «خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والرائب» فاذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة اشهر ، إن كانت ذات زوج ، لان ذلك قدر مدة الحمل عندنا ، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق .

وأما الغلام الذى شب في شعره فهو عمر بن أبي ربيعة وكانت له جولات في الغزل على عهد عمر ومن بعده .

(فرع) وأما الخنثى المشكل فاذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه ، لانه يستوى في ذلك الرجل والمرأة ، فان حمل زال إشكاله ، وبان أنه لمرأة ، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع ، وان خرج المني منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد ، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا . وهذا عضو زائد ، وان خرج منه المني من الفرجين حكم ببلوغه . لان خروج المني من فروج الرجال والنساء بلوغ .

قال الشافعى رضى الله عنه : وان حاض وأمنى لم يبلغ .
واختلف أصحابنا فيه فقال الصيمرى : اذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه . وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا . يحكم ببلوغه ، لانه ان كان رجلا فقد احتلم . وان كانت امرأة فقد حاضت ، وما ذكره

الشافعي رضي الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد أمني وحاض من فرج واحد (والثاني) أراد حاض وأمني . فان قيل : هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجين ، دليلا على بلوغه ؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته ، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتاد : والمنى قد يخرج من المعتاد وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فأما ايتاس الرشد فهو اصلاح الدين والمال فاصلاح الدين ان لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة واصلاح المال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة ان كان تاجرا أو تناء ان كان تائنا (١) أو اصلاح أسر البيت ان كانت امرأة . واختلاف أصحابنا في وقت الاختبار فمنهم من قال : لا يختبر في التجارة الا بعد البلوغ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه ، فلا يصح اخباره ، ومنهم من قال : يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى « وابتلو اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار فعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان (أحدهما) أنه يسلم اليه المال فاذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي لان عقد الصبي لا يصح (والثاني) أنه يتركه حتى يعقد لان هذا موضع ضرورة .

(فصل) وان بلغ مبذرا (٢) استديم الحجر عليه لان الحجر عليه انما يثبت للحاجة اليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا ، وان بلغ مصلحا للمال فاسق في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى « فان أنستم منهم رشدا فادعوا اليهم أموالهم » والفسق لم يؤنس منه الرشد ولان حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن ان يدعوه الفسق الى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته ، وان كان معروفا بالصدق لاننا لا نأمن أن يدعوه الفسق الى الكذب وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الاب والجد

(١) قوله « أو تناء » التناء الزراعة والثاني . الزارع

(٢) المبذر الذي يخرج المال في غير وجهه وأصله التفريق ، ومنه البذر في الزراعة لأنه يفرق .

والوصى والحاكم لأنه حجر ثبت من غير فضاء ، فكان النظر الى من ذكرنا
كالحجر على الصبي والمجنون .

(الشرح) قوله « أنستم » مر بك بعض معانيه . وقال الأزهرى : تقول
العرب : اذهب فاستناس هل ترى أحداً معناه تبصر . قال النابغة :

كان رحلى وقد زال النهار بنا يوم الجليل على مستأنس ورحد
أراد ثوراً وحشياً يتبصر هل يرى قانصاً فيحذره ، وقيل أنست وأحسست
ووجدت بمعنى واحد ، وقراءة العامة « رشداً » بضم الراء وسكون الشين . وقرأ
السلمى وعيسى الثقفى وابن مسعود « رشداً » بفتح الراء والشين ، وقيل رشداً
مصدر رشد وبابه سما يسمو ، ورشداً بفتح الشين مصدر رشد . وبابه علم .
وكذلك الرشاد .

واختلف العلماء فى تأويل « رشداً » فقال الحسن وقتادة وغيرهما صلاحاً فى
الدين والعقل . وقال ابن عباس والسدى والثورى صلاحاً فى العقل وحفظ المال
قال سعيد بن جبير والشعبى : إن الرجل لياخذ بلحيتته وما يذبح رشده ، فلا يدفع
الى اليتيم ماله وإن كان شيخاً حتى يؤنس منه رشده . وقال مجاهد « رشداً » بمعنى فى
العقل خاصة ، وقال الضحاك : لا يُعطى اليتيم ماله وإن يذبح مائة ستة حتى يعلم
منه إصلاح ماله .

وأكثر العلماء على أن الرشداً لا يكون إلا بعد البلوغ ، وإذا لم يرشد بعد
بلوغ الحلم . وإن شاخ . لا يزول الحجر عنه . وهو مذهب مالك . وقال أبو حنيفة
لا يجبر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ، ولو كان أفسق الناس وأشدهم
تبذيراً إذا كان عاقلاً . وبه قال زفر بن الهذيل . وهو مذهب النخعى . واحتجوا
فى ذلك بما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفى عقله ضعف .
فقيل يا رسول الله احجر عليه فإنه يبتاع وفى عقله ضعف ، فاستدعاه رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال « لا تبع » فقال « لا أصبر » فقال « إذا بايعت فقل :
لا خلافة . ولك الخيار ثلاثاً »

قالوا : فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان من تصرفه من الفتن ولم يفعل

عليه السلام ، ثبت أن الحجر لا يجوز ، وهذا لا حجة لهم فيه ، لأنه مخصوص بذلك على أوجه سابقها شيخنا النووي في أول البيوع قال الامام الشافعي رضي الله عنه ، ان كان مفسداً لماله ودينه ، أو كان مفسداً لماله دون دينه حجر عليه ، وإن كان مفسداً لدينه مصلحاً لماله فعلى وجهين .

(أحدهما) وهو اختيار أبي العباس بن سريج ، يحجر عليه ، (والثاني) لا حجر عليه ، وهو اختيار أبي إسحاق المرزى ، والأظهر من مذهب الشافعي ، قال الثعلبي ، وهذا الذي ذكرناه من الحجر على السفيه قول عثمان وعلي والزبير وعائشة وابن عباس ، وعبد الله بن جعفر رضوان الله عليهم ومن التابعين شريح ، وبه قال الفقهاء مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأبو يوسف ؛ ومحمد وأحمد وإسحاق وأبو ثور . قال الثعلبي : وادعى أصحابنا الإجماع في هذه المسألة .

قال صاحب البيان : وأما إيتاس الرشد فهو لإصلاح الدين والمال ، فأصلاح الدين يكون بأن لا يرتكب من المعاصي ما ترد به شهادته ، وإصلاح المال أن لا يكون مبذراً ، وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إذا بلغ الرجل مصلحاً لماله دفع إليه ماله ، وإن كان مفسداً لدينه . اهـ

دلينا قول الله تعالى (فإن آنستم منهم رشداً) قال ابن عباس : الرشيد الحلم والعقل والوقار ، والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحاً لماله ودينه ، وهكذا قال الحسن البصري : ولأن إفساده لدينه يمنع رشده ، والثقة في حفظ ماله ، كما أن الفسق يسقط عدالته ؛ ويمنع من قبول قوله وإن عرف عنه الصدق في القول إذا ثبت هذا ، فبلغ غير مصلح لماله ولدينه : فإنه يستدام عليه الحجر ، وإن صار شيخاً . وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة ، إذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع إليه ، لكن إن تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع إليه ماله ، وإن كان مفسداً لدينه وماله . لأنه قد آن له أن يصير جداً لأنه قد بلغ بياضتي عشرة سنة فيتزوج ويولد له ولد ويبلغ ولده الاثنتي عشرة سنة ويولد له . قال وأنا أستحي أن أمنع الجد ماله .

دليلنا قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وقد بينا الرشد ما هو : وهذا لم يؤنس منه الرشد فلم يفك عنه الحجر ولم يدفع اليه ماله ، كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة .

وأما قوله إنه آن له أن يصير جداً فلا اعتبار بكونه جداً ، ألا ترى ان المجنون يستدام عليه الحجر مادام مجنوناً ، وان كان جداً ، إذا ثبت هذا فإنه ينظر في ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ ، لأنه حجر ثبت عليه من غير حاكم فكان الى الناظر فيه قبل البلوغ ، كالنظر في مال الصغير

(فرع) وأما إصلاح المال فلا يعلم إلا بالاختيار ، وفي وقت الاختيار وجهان (أحدهما) لا يصح إلا بعد البلوغ ، لأن الاختيار أن يدفع اليه المال ليبيع ويشترى فيه وينفقه . وهذا لا يصح إلا بعد البلوغ ، فأما قبل هذا فهو محجور عليه للصغير والثاني يصح لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى الخ) وهذا يقتضى أن يكون الاختيار قبل بلوغ النكاح ولأن تأخير الاختيار الى البلوغ يؤدي الى الحجر على رشيد ، لأنه قد يبلع مصلحاً لماله ودينه ، فلو قلنا : إن الاختيار لا يجوز الا بعد البلوغ لاستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله ، لأنه لا يدفع اليه إلا بعد الاختيار

فإذا قلنا بهذا فكيف يختبر بالبيع والشراء ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يأمره الولي أن يساوم في السلع ويقدر الثمن ، وليس العقد ، لأن عقد الصبي لا يصح ، ولكن يعقد الولي ، ومنهم من قال يشترى الولي سلعة ويدعها بيد البائع وبواطؤه على بيعها من الصبي ، فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده . ومنهم من قال يجوز عقد الصبي لأنه موضع ضرورة .

وأما كيفية الاختيار فان كان من أولاد التجار واصحاب المهن الذين يخرجون الى السوق ، فاختباره أن يدفع اليه شئ من ماله ليبيع ويشترى في السوق ، أو ترك له مناسبة يباشر فيها مهنة أبيه مستقلاً تحت نظر الولي واشرافه ، فان كان ضابطاً جازماً في البيع والشراء والحرفة دل على رشده ، وان عي عمالاً يتغابن الناس بماله فهو غير رشيد .

وان كان من اولاد الحكام وابناء الذين يصدون عن الاسواق قال الشيخ
ابو حامد : فاختبارهم اصعب من الاول ، واختيار الواحد منهم أن يدفع اليه ثوبه
من المال ويجعل اليه نفقة الاسرة مدة شهر مثلاً أو ما أشبه ذلك ، لشراء متطلبات
الدار واحتياجاتها ، فان كان ضابطاً حافظاً يحسن انفاق ذلك علم رشده ، وان كان
غير ضابط لم يعلم رشده ، أو كما قال .

قال الصيدلاني : وولد البناء يختبر بالدراعة . هذا اذا كان المختبر عنلماً ،
فان كان امرأة قال الشيخ ابو حامد وابن الصباغ : لا تختبر بالبيع والشراء ، لان
العادة جرت أنها لا تباع ذلك ، وانما تختبر في البيت بأن يدفع اليها ثوبه من المال
ويتولى نساء ثقات الإشراف على فعلها ، وتؤمر بانفاق ذلك في الخبز والملح
واللحم والحضر والوقود واصلاح أدوات المطبخ وصيانة أثاثك البيت : وما الى
ذلك ، أو كما قال .

قال الصيمري : ان كانت متبذلة تعامل الخباز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء .
وقال الصيمري : ولا يعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكرار الذي يؤمن أن
يكون ذلك اتفاقاً (مصادفة)

قال الشافعي في الامم : وقد رأيت من الحكام من أمر باختبار من لا يوثق
بجمله تلك الثقة بأن يدفع اليه القليل من ماله ، فان اصلح فيه دفع اليه ما بقي ،
وان افسد فيه كان الفساد في القليل ايسر منه في الكل ، ورأينا هذا وجهاً من
الاختبار حسناً . والله أعلم

(فرع) فبمن قامت بيئته برشده ثم قامت بيئته أخرى بسفمه

كتب السبكي على بن عبد الكافي رحمه الله تعالى رداً على سؤال من ابنه في
امرأة سفية تحت الحجر قامت بيئته برشدها ثم حضر وصيها فأقام بيئته بسفمها ،
فهل تسمع بيئته السفه ويعاد الحجر عليها ، واختلف ابنه مع غيره من الفقهاء ،
فقال على رحمه الله

أما كون بيئته السفه لا تقبل الا مفسرة فينبغي ذلك . لأن الناس مختلفون
في أسباب السفه والرشد : فمن الناس من يرى صرف المال الى الاطعمة النفيسة
التي لا تليق بجمله سفماً ، والصحيح أنه ليس بسفه ، ولكن صرفها في الحرام سفه

ومن الناس من يرى أن الصبي إذا بلغ وهو يفرط في إنفاق المال في وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيهاً لذلك ، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيهاً . ومن الناس من يرى أن الرشد هو الإصلاح في المال فقط . وعندنا ليس كذلك ، بل لا بد من الإصلاح في الدين والمال ، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء ومن السفيه ما يكون طارئاً ومنه ما يكون مستداماً ؛ والشاهد قد يكون عامياً وقد يكون فقيهاً ويرى سفيهاً ما ليس سفيهاً عند القاضي . وكذلك الرشد . فكيف تقبل شهادته مطلقاً . فيدعى أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سفيهاً ، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هي عادة المحاضر التي تكذب بالرشد . وقال الماوردي : إذا أقر الراهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤديا ماسمعه وشرحا فلو أراد أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بالفين ، فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يجز ، وكذا إن كانا من أهل الاجتهاد في الأصح ، لأن الشاهد ناقل ، والاجتهاد إلى الحاكم

وقال ابن أبي الدم : الذي تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته نقل ما سمعه أو شاهد ، فهو سفير إلى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه ، وقد اختلف أصحابنا في الشهادة بالردة ، هل تقبل مطلقاً أو لا بد من البيان ، والمختار عندي أنه لا بد من البيان وفاقاً للغزالي لاختلاف المذاهب في التكفير ، ولجهل كثير من الناس ، وإن كان الرافعي رجح قبولها مطلقاً لظهور أسباب الكفر . وهذه العلة لا يأتي مثلها في السفه والرشد

فيترجح أنه لا بد من البيان كالجرح ؛ وليس الرشد كالتعديل حتى يقبل مطلقاً ، نعم هو مثله في الاكتفاء في الإطلاق في صلاح الدين ، والإطلاق في صلاح المال لعسر التفصيل فيه .

أما إطلاق الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفي ، وبعد أن أوضح العلامة رحمه الله تقديم بينة الرشد على بينة السفه مقيدة بالتاريخ قال : وأما إذا قبلناها مطلقاً فالذي بحثه الوالد - يعني ابنه - صحيح . ويشهد له ما قاله الشيخ تقي الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله في فتاويه في ثلاث مسائل متجاورة في

أول كتاب التندليس . لإحداها فيمن علم يسار شخص في زمان متقدم هل له ان يشهد الآن ببساره ؟ وهل يسأله الحاكم عن كونه موسراً حال أداء الشهادة . وعليه الشهادة . كذلك أجاب رضى الله عنه - . بمعنى ابن الصلاح - أن له أن يشهد الآن ببساره معتمداً على الاستصحاب ، الا أن يكون قد طرأ ما أوجب اعتقاده بزواله أو جعله في صورة التشكيك في بقائه وزواله ، والاعتقاد في هذا على الاستصحاب السالم عن طارىء .

فخذته كالاتحاد على مثله في الملك ولا يشترط فيه الخبرة الباطنة كما هنالك ، وما علة به ذلك من أنه لا طريق له الا الاستصحاب في الباطن لا بد له من الاستصحاب موجود هنا .

قال وما يدل من كلامهم على جريانه في نظائره قولهم في البيعة الناقلة في الدين في مسألة الإبنين المسلم والنصراني وفي غيرها أنها ترجح على المنفية ، لأنها اعتمدت على زيادة علم ، والاخرى ربما اعتمدت على الاستصحاب . وهذا تجوز منهم لذلك ، والا لكان ذلك قد جاء فيها لا من قبيل الترجيح ، بل يكتفى الحاكم بالشهادة أنه موسر ، فإنه يتناوله الحال : فإن أحوجه الى ذكر الحالة الراهنة فله أن يشهد لذلك معتمداً على الاستصحاب المذكور ، بل لا ينبغي أن يفصح بذلك في الشهادة ، فإنه لا بد من الدين بما شمل الحال الحاضرة . هكذا نقل السبكي كلام ابن الصلاح . والله أعلم

قال المسعودى : ولا يضمن الولى المال الذى يدفعه اليه للاختبار ، لأن ذلك موضع حاجة اليه اهـ

(فرع) اذا بلغت المرأة مرتبة من الادراك والنصون تجعلها مصاحبة لمالها ودينها فك عنها الحجر ودفع اليها مالها ، سواء تزوجت أو لم تتزوج ، ثم يكون لها التصرف في جميع مالها بغير اذن زوجها . وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه : لا يفك عنها الحجر حتى تتزوج ويدخل بها ، واذا تزوجت لم يحز لها أن تنصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معارضة الا باذن زوجها دليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب في العيد فلما فرغ من خطبته أتى النساء فوعظهن وقال : تصدقن ولو من حليكن ، فتصدقن بحليهن ،

رواه الشيخان . فلو كان لا ينفذ تصرف من بغير اذن أزواجهم لم أمرهن النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة ، ولا محالة أنه كان فيهن من لها زوج ومن لا زوج لها ولو أنها حرة بالغه رشيدة فليس تمنع من مالها كما لو تزوجت

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان بلغ مصلحا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى (فان آنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهل يفتقر فك الحجر الى الحاكم . فيه وجهان .

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون .

(والثاني) أنه يفتقر الى الحاكم لأنه يحتاج الى نظر واختبار ، فافتقر الى الحاكم كفك الحجر عن السفیه

(الشرح) الاحكام : واذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر ، وهل يفتقر فك الى الحاكم ، فيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر لم يفتقر ثبوته الى الحاكم فلم يفتقر فك الى الحاكم كالحجر على المجنون ، وفيه اجتزاز من حجر السفیه .

(والثاني) لا ينفك الا بحكم الحاكم ، لأنه يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم كالحجر على السفیه ، هذا هو المشهور

وقال الصيمري : ان كان الناظر في ماله هو الاب أو الجد لم يفتقر الى الحاكم وان كان الناظر فيه أمين الحاكم (الحارس) لم ينفك الا بالحاكم

وان كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر فك الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه الاب والجد .

(والثاني) يفتقر الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن فك عنه الحجر ، ثم صار مبذراً حجر عليه ، لما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع أرضاً سبخة بستين ألفاً فقال عثمان ما يسرنى أن تكون لى بنعلى معاً ، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه ، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه ، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير ، وذكر أن علياً يريد أن يسأل عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه ، فقال الزبير : أنا شريكك فجاء على إلى عثمان رضى الله عنهما وسأله أن يحجر عليه ، فقال : كيف أحجر على من شريكه الزبير فدل على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ ، كالجنون .

فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقاً فقيهه وجهان . قال أبو العباس : يعاد عليه الحجر ، لأنه معنى يقتضى الحجر ، عند البلوغ ، فاقضى الحجر بعده كالتبذير .

• • •

وقال أبو إسحاق : لا يعاد عليه الحجر ، لأن الحجر للفسق لحوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين ، فلا يزال به ما يتيقن من حفظه المال ، ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم ، لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر ، فإن الغيب قد يكون تبذيراً ، وقد يكون غير تبذير ، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم ؛ فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم ؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المقلس .

ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله ، فإن أقرضه رجل مالا أو باع منه متاعاً لم يملكه ، لأنه محجور عليه لعدم الرشد ، فلم يملك بالبيع والقرض . كالصبي والمجنون ، فإن كانت العين باقية ردت . وإن كانت تالفة لم يجب ضمها . لأن المالك إن علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار ، ودخل في معاملته على غير معرفة .

وان غصب مالا وأتلفه وجب عليه ضمانه : لأن حجر العبد والصبي أكد من حجره ، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف ، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى ، فإن أودعه مالا فأتلفه ، ففيه وجهان .
(أحدهما) أنه لا يجب ضمانه ، لأنه فرط في التسليم اليه .

(والثاني) يجب ضمانه ، لأنه لم يرض بالإتلاف . فان أقر بمال لم يقبل اقراره لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح اقراره بالمال كالصبي ، ولأننا لو قلنا يصح اقراره توصل بالافرار الى ابطال معنى الحجر ، ومالا يلزمه بالافرار والاتباع لا يلزمه اذا فك عنه الحجر ، لانا أسقطنا حكم الافرار والاتباع لحفظ المال ، فلو قلنا : انه يلزمه اذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال ، وان طلق امرأته صح الطلاق ، لان الحجر لحفظ المال ، والطلاق لا يضيع المال ، بل يتوفر المال عليه وان خالع جاز ، لانه اذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى .

ولا يجوز للمرأة أن تدفع اليه المال فان دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه ، فان تلف كان ذلك من ضمانها ، وان تزوج من غير اذن الولى فالنكاح باطل لانه يجب به المال فاذا صححنا من غير اذن الولى تزوج من غير حاجة ، فيؤدى الى اتلاف المال ، فان تزوج باذنه صح ، لأن الولى لا يأذن الا في موضع الحاجة ، فلا يؤدى الى اتلاف ماله ، فان باع باذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح .

(والثاني) لا يصح ، لان القصد منه المال ، وهو محجور عليه في المال ، فان حلف انعقدت يمينه ، فاذا حنث كفر بالصوم ، لانه مكاف بمنوع من التصرف بالمال ، فصحت يمينه ، وكفر بالصوم كالعبد ، وان أحرم بالحج صح احرامه لانه من أهل العبادات ، فان كان فرضاً لم يمنع من اتمامه ، ويجب الانفاق عليه الى أن يفرغ منه لانه مال يحتاج اليه لاداء الفرض فوجب .

وان كان تطوعاً - فان كان ما يحتاج اليه في الحج لا يزيد على نفقته - لزمه اتمامه ، وان كان يزيد على نفقته - فان كان له كسب اذا أضيف الى النفقة أمكنه الحج . لزمه اتمامه ، وان لم يمكنه حمله الولى من الاحرام ، وبصير كالمحصر

ويتحلل بالصوم دون الهدى ، لأنه محجور عليه في المال ، فتحلل بالصوم دون الهدى كالعبد ، وإن أقر بنسب ثبت النسب ، لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد ويتفق على الولد من بيت المال ، لأن المقر محجور عليه في المال ، فلا يتفق عليه من المال كالعبد . وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو . لأن القصد منه التشنى ودرك الغيظ ، فإن عفا على مال وجب المال ، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال — فإن قلنا : إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية وجبت الدية ، ولم يصح عفو عنها . وإن قلنا : إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال .

(الشرح) قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعي في مسنده عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن أبيه ؛ وأخرجها أيضاً البيهقي وقال : يقال إن أبا يوسف تفرد به ، وليس كذلك ، ثم أخرجها من طريق الزهري المدني القاضي عن هشام نحوه ، ورواها أبو عبيدة في كتاب الأموال عن عفان بن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلي رضي الله عنه ألا تأخذ علي يد ابن أخيك — يعني عبد الله بن جعفر — وتحجر عليه : اشترى سبخة — أي أرضاً لا تنبت — بستين ألف درهم ما يسرني أنها لي ببغلي ، وقد ساق القصة البيهقي فقال : اشترى عبد الله بن جعفر أرضاً سبخة فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه فيجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر ذلك له ، فقال الزبير : أنا شريكك ، فلما سأل علي عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر قال : كيف أحجر علي من شريكه الزبير وفي رواية للبيهقي أن الثمن ستائة ألف .

وقال الرافعي : الثمن ثلاثون ألفاً . قال الحافظ : له من غاط النساج ، والصواب بستين ألفاً اه .

(قلت) وقد ورد التصحيح أيضاً في قول عثمان رضي الله عنه : ما يسرني أن تكون لي ببغلي ، فوردت ببغلي . ووردت ببغلي . وروى القصة ابن حزم في المحلى فقال : بستين ألفاً .

أما الأحكام فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيء التصرف ، وبه قال علي وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن جعفر وشريح وعطاء والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد .

قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري : والجمهور على جواز الحجر على الكبير وخالف أبو حنيفة وبعض الظاهرية ، ووافق أبو يوسف ومحمد . قال العاجز ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير ، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم وابن سيرين .

وحكى صاحب البحر عن العترة أنه لا يجوز مطلقاً ، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز أن يسلم إليه ماله إلا بعد خمس وعشرين سنة ولا يعاد عليه الحجر إذا أسلم إليه ماله بعد خمس وعشرين ، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما . قال العمراني في البيان : إذا باع الصبي مصلحاً لماله ودينه ففك عنه الحجر ودفع إليه ماله ثم صار مفسداً لدينه وماله . أو لماله ، فإنه يعاد الحجر عليه بلا خلاف على المذهب . فأما إفساد الدين فمعروف ، وأما إفساد المال ، قال الشيخ أبو حامد : فيكون بأحد أمرين : إما بأن يتفقه في المعاصي . مثل الزنا وشرب الخمر وغير ذلك . والثاني أن يتفقه فيها لا مصلحة له فيه ولا غرض ، مثل أن يشترى ما يساوي درهماً بمائة درهم . فأما إذا أكل الطيبات ولبس الناعم من الثياب ، وأنفق على الفقهاء والفقراء فهذا ليس فيه إفساد للمال اهـ

وأما إذا عاد مفسداً لدينه وهو مصلح لماله فهل يعاد الحجر عليه ؟ فيه وجهان قال أبو العباس يعاد عليه الحجر لقوله تعالى (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليمللوايه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه . ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع فك الحجر عنه . فإذا طرأ بعد فك الحجر عنه ، اقتضى ذلك إعادة الحجر عليه كالتيدير

وقال أبو إسحاق المروزي : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر يراد لحفظ ماله فإذا كان مصلحاً لماله لم يعد عليه الحجر ، ويخالف إذا قارن إفساد الدين البلوغ لأن الحجر إذا ثبت لم يزل عنه إلا بأمر قوي : فكذلك إذا فك عنه الحجر لم يعد عليه إلا بأمر قوي . هذا مذهبتنا . وأنه إذا عاد مفسداً لماله ودينه عاد عليه

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

قال الشافعي رضي الله عنه: والسفيه هو المفسد لماله ودينه، والضعيف هو
الصبي والشيخ الفاني، والذي لا يستطيع أن يمل المجنون
والسفيه اسم ذم يتناول المبذر، فأما قوله تعالى (سيقول السفهاء من الناس)
الاية. فأراد اليهود. وقيل أراد المنافقين. وقيل أراد اليهود والنصارى.
وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الاية. قيل أراد به النساء، وهو
قول مجاهد وهذا القول لا يصح، إنما تقول العرب للنساء سفاهة أو سفهات،
لأنه الأكثر في جمع فعيلة.

وروى عن عمر رضي الله عنه: من لم يتفقه فلا يتجر في سوقنا، قال القرطبي
فكذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعني الجهال بالأحكام، وقوله
تعالى (أموالكم، أي أموالهم، كقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل،
أي أموال بعضهم).

ويدل على ما ذكرناه أن حبان بن منقذ أصابه في عقله ضعف، فأتى أهله إلى
النبي صلى الله عليه وسلم فسأله أن يحجر عليه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
(لا تبع، فقال اني لا أصبر؛ فقال صلى الله عليه وسلم: من بايعته فقل: لا خلافة
والك الخيار ثلاثا، فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ لأنكر رسول الله (ص)
عليهم سؤالهم. وإنما لم يحجرهم إلى الحجر لأنه يحتمل أن يكون الذي يغيب به مما
يتغابن الناس بمثله.

ويدل على ما ذكرناه إجماع الصحابة في قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان
رضي الله عنه: كيف أحجر على من شريكه الزبير، وإنما قال هذا لأن الزبير
ابن العوام رضي الله عنه كان معروفا ببصره في التجارة، فدل على أن الحجر
جائز عندهم بالإجماع.

وروى أن عائشة رضي الله عنها كانت تنفق نفقة كثيرة، فقال ابن الزبير

لثنتين عائشة أو لأحجر بن عليهما . فبلغها ذلك خلقت أن لا تكلمه ، فاتاه ابن الزبير واعتذر اليها فكفرت عن يمينها وكلمته ، فلم ينكر عليه أحد . ويقول : إن عائشة رضی الله عنها بالغة رشيدة ، فكيف يحجر عليها ؟ ولأن كل منى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال اليه فاذا طرأ بعد البلوغ اقتضى إعادة الحجر عليه كالمجنون (فرع) بعض الناس يكون شحيحا على نفسه جداً مع يساره وامتلأته فهل

يحجر عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى ، الصحيح أنه لا يحجر عليه

(فرع) أما في حالة التبذير والإسراف إذا صار ذلك منه بعد فك الحجر عنه فإنه لا يعيد الحجر عليه إلا الحاكم . وبه قال أبو يوسف . وقال محمد : يصير بذلك محجوراً عليه ، وهو قول بعض اصحابنا الخراسانيين

دليلنا أن علياً رضی الله عنه سأل عثمان رضی الله عنه أن يحجر على عبد الله ابن جعفر بن أبي طالب ، فدل على أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بالحاكم ، ولأن الحجر بالتبذير مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم ، كالطلاق بالعنة لا يثبت إلا بالحاكم لموضع الاختلاف فيه ، فإذا حجر عليه لم يبظر في ماله إلا الحاكم . لأنه - جر ثبت بالحاكم فكان هو الناظر فيه كالحجر على المفاس

ويستحب أن يشهر الحاكم على ذلك ، فيشهر هذا الحجر بوسائل الإشهار العرفية حسب كل زمان ومكان ، ففي القرى مثلاً أو في البلاد المنبذية يكون بالمنادى أو الإعلان الملتصق ؛ وفي المدن الكبرى يكون بالناشر في الصحف المقروءة ، حتى لا يغتر الناس بمعاملته

(فرع) فإذا باع أو اشترى بعد الحجر كان ذلك باطلاً ، فإن حصل له في يد غيره مال استرجعه الحاكم منه إن كان باقياً ، أو استرجع بدله إن كان تالفاً . وإن حصل في يد المحجور عليه مال لغيره يبيع أو غيره استرده الحاكم منه ورد على مالكه ، وإن باعه غيره شيئاً أو أقرضه إياه ، ثم تلف في يده أو أتلفه فإنه لا يجب عليه ضمانه ، سواء علم بحجره أو لم يعلم ، لأنه إن علم بحجره فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم بحاله فقد قصر وفرط حيث بايع من لا يعلم حاله ، ولا يلزمه إذا فك عنه الحجر ، لأن الحجر عليه لحفظ ماله . ولو أزمناه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر ، وهذا في ظاهر الحكم ، وهل يلزمه ضمانه فيما بينه وبين

الله تعالى ؟ فيه وجهان حكاهما في الإفصاح (أحدهما) يلزمه ذلك . وبه قال
الصيدلاني والعمراني ، لأن الحجر لا يبيع له مال غيره

(والثاني) لا يلزمه . قال في الإفصاح : وهو الأصح ، وإن خصب في يده
عينا فتلقت في يده أو أتلفها في يده أو يد مالكها وجب عليه ضمانها ، لأن السفينة
أحسن حالا من الصبي والمجنون لأنه مكاف ، لأنه ثبت أن الصبي والمجنون إذا
أتلفا على غيرهما مالا وجب عليهما الضمان ، فكذا ذلك هذا مثله

وإن أودعه رجل عينا فأتلفها ، فهل يجب عليه الضمان . فيه وجهان
(أحدهما) لا يجب عليه ضمانها لأن صاحبها عرضها للإتلاف بتسليمها إليه
(والثاني) يجب عليه الضمان لأن مالكها لم يرض بإتلافها ، لأن غير المحجور
عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى .

وإن أقر لغيره بعين في يده أو دين في ذمته لم يلزمه ذلك في الحال ، ولا بعد
فك الحجر ، لأننا لو قبلنا إقراره لبطلت قاعدة الحجر ، والحجر يقتضى
حفظ ماله .

(فرع) وإن طلق السفينة أو خالع صح طلاقه وخلعه ، إلا أن المرأة لا تسلم
المال اليه : بل تسلم إلى وليه ، فإن سلمته اليه فتلف في يده أو أتلفه وجب عليها
الضمان كما قلنا في البيع .

ولو أذن ولي السفينة للمرأة بتسليم المال إلى السفينة فسلمته اليه فهل تبرأ . فيه
وجهان (أحدهما) تبرأ كما لو سلمت المرأة المال إلى العبد بأذن سيده (والثاني)
لا تبرأ لأنه ليس من أهل القبض . هذا مذهبتنا وبه قال عامة أهل العلم

وقال ابن أبي ليلى والنخعي وأبو يوسف : لا يصح طلاقه وخلعه
دليلاً قوله تعالى ، الطلاق مرتان ، فأسسك بمروفي أو تبرج باحسان ،
ولم يفرق بين السفينة وغيره ، ولأنه يستفيد بالطلاق ، فإنه إن كان قبل الدخول
رجع إليه نصف المهر ، وإن كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة
والمصالح . ويحصل له ذلك بالخلع وما بذلت له

(فرع) ولا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأن النكاح يتضمن وجوب المال

فلم يصح بغير إذن الولي ، وإن احتاج إلى النكاح فالولي بالخيار إن شاء زوجه بنفسه وتولى العقد ، وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه ، لأنه عامل مكلف ، وإنما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبي

وإن تزوج السفية بغير إذن الولي ودخل بها فما الذي يلزمه ؟ قال المسعودي فيه ثلاثة أقوال (أحدها) لا يلزمه شيء كالأشهرى شيئا بغير إذن وليه وأتلفه (والثاني) يلزمه مهر المثل ، كالأشهرى على غيره (والثالث) يلزمه أقل شيء يستباح به البضع لأن البضع لا يستباح بالإباحة . وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا : هي على وجهين (أحدهما) لا يلزمه شيء (والثاني) يلزمه مهر المثل . (فرع) وإن أذن الولي في البيع والشراء فباع أو اشترى فهل يصح . فيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح النكاح إذا أذن له فيه (والثاني) لا يصح لأن البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة ، لأنه قد يزيد سعر السوق وينقص ؛ فاتفقوا على عقد الولي ، ولأن البيع والشراء يتضمن المال لا غير . وهو محجور عليه في المال بخلاف النكاح .

(فرع) وإن حلف انعمت يمينه ، فإن حنث كفر بالصوم ، ولا يكفر بالمال لأنه محجور عليه في المال ، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه من أهل التكليف فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه وأنفق عليه من ماله ما يحتاج إليه ، وإن كان متطوعاً — فإن كان نفقته على إتمامه لا تزيد على نفقة الحاضر — لم يجوز تحليله ، وإن كانت تزيد على نفقة الحاضر ، فإن كان له كسب وقال أنا أتمم النفقة بالكسب لم يحلل ، وإن لم يكن له كسب حلله الولي وبصير كالمحصر ، فيتحلل بالصوم دون الهدى لأنه محجور عليه في المال فأشبهه المفلس في هذه الأمور كلها . وبهذا قال أصحاب أحمد رضي الله عنه

(فرع) وإن أقر بنسب بلحقه في الظاهر ثبت النسب ، لأن ذلك لا يتضمن اتلاف المال . وإن أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله بل ينفق عليه من بيت المال ، وإن وجب له القصاص فله أن يقبض لأن الغرض منه التشفي ، وإن عفا عنه على مال كان الأمر له . وإن عفا مطلقاً أو على غير مال . فإن قلنا

ان الواجب القصاص لا غير صح عفوہ . وان قلنا ان الواجب أحد الامرین لم یصح عفوہ عن المال

وان أقر بجناية العمد صح اقراره لانه غير متهم في ذلك ، فان أراد المقر له العفو على المال . قال الطبري : فان قلنا ان موجب العمد القود ثبت المال ، لأن الذي ثبت باقراره هو القتل والقطع دون المال . وان قلنا ان موجبہ أحد الامرین فهل يثبت .

اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان كالعبد اذا أقر بالسرقة فانه يقبل في القطع ، وهل يقبل في المال ، فيه قولان . ومنهم من قال : له أخذ المال قولاً واحداً ، لأن الواجب أحدهما لا يمينه ، وكل واحد منهما بدل عن الآخر ، وتعلقهما بسبب واحد . وأما السرقة ففيها حكاية (أحدهما) القطع لله تعالى لأنه حق الله تبارك وتعالى ، والاخر الآدمي مجاز ثبوت أحدهما دون الآخر . ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع : ولو شهدا على القطع لم يثبتا .

وان دبر السفیه أوصى - على ما سنفصله ان شاء الله في أحكام المدبر - فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان كالصبي ، ومنهم من قال : يصح قولاً واحداً قال الطبري وهو الصحيح : لأن الصغير لاحكام لقوله ولا يصح شئ . من اقراره بخلاف السفیه فانه يصح اقراره بالنسب

(فرع) المرتد اذا قلنا ان ملكيته باقية على ماله فانه محجور عليه ، وهل يفتقر الى حجر الحاكم ، فيه قولان . واذا زال السفه فانه لا يتفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه . والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصلح

إذا كان لرجل عند رجل عين في يده ، أو دين في ذمته ، جاز أن يصلح منه والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين ، فإن صلح عن المال على مال ، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار ، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر ، والجهالة ، والربا ، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة ، لأنه باع ماله بمال ، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه ، وإن صلحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح ، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض . فإن صلحه من دين على عين ، وتفرقا قبل القبض ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لانهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد ، فأشبهه إذا تفرقا عن دين بدين .

والثاني : يصح ، لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمه ، وإن صلح عن المال على منفعة فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار . ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة . لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة .

(فصل) وإن صلح من دار على نصفها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه ابتاع ماله بماله (والثاني) يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف وإن صلحه من الدار على سكنها سنة ففيه وجهان . (أحدهما) لا يصح ، لأنه ابتاع داره بمنفعتها (والثاني) يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كالأخذ والدار وأعاره سكنها سنة وإن صلحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه يبيع ألف بخمسمائة (والثاني) أنه يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطى خمسمائة .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة . قال الحاكم : على شرطهما وصححه ابن حبان ، ورواه الترمذى وحسنه بزيادة المسلمين على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، عن عمرو بن عوف وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذى أيضاً عن عمرو بن عوف بالفظ ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، وأخرجه الحاكم وابن حبان في إسناده عند هؤلاء جميعاً كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً قال فيه الشافعى وأبو داود هو ركن من أركان الكذب ، وقال النسائى : ليس بثقة . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذى في تصحيحه لهذا الحديث . قال الذهبي : فروى من حديثه الصلح جائز بين المسلمين ، وصححه فلماذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه .

وقال ابن كثير في إرشاده : قد نوقش أبو عيسى الترمذى في تصحيحه هذا الحديث وما شكاه اه .

وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلانى فقال فى الملوغ المرام : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وقد صححه ابن حبان من طريق أبي هريرة ، وقال فى الفتح : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وذلك لأنه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة اه .

وأخرجه أيضاً الحاكم من طريق أنس ، وأخرجه أيضاً من حديث عائشة ، وكذلك الدارقطنى .

وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلاً وأخرجه البيهقى موقوفاً على عمر كنية إلى أبي موسى الأشعري ، وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناده حديث أنس وإسناده حديث عائشة وإهيان ، وضعف ابن حزم حديث أبي هريرة الذى ساقه المصنف ، وكذلك ضعفه عبد الحق .

وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة ، وكثير بن زيد المذكور ، قال أبو زرعة صدوق ، ووثقه ابن معين ، والوليد بن رباح صدوق أيضا ، ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة : والطرق يشهد بعضها لبعض . قال الشوكاني : فأقل أحوالها أن يكون المن الذي اجتمعت عليه حسنا .

أما لغات الفصل : فالصلح هو التوفيق ، ومنه صلح الحديدية ، والصلح هو الخير والصواب وصالح للأمر أى له أهلية القيام به . وفي الدين أقسام : صلح المسلم مع الكافر . والصلح بين الزوجين . والصلح بين الفئتين الباغية والمعادلة . والصلح بين المقاضين . والصلح في الجراح كالعفو على المآل . والصلح لقطع المحسومة إذا وقعت المزاومة إما في الأملاك أو في المشتركات وهذا الصلح الأخير هو الذي يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع ،

أما الأحكام : فإن الأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما الآية ، فأمر الله تعالى بالصلح بين المؤمنين . وقوله تعالى : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو لإعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير ، وقوله تعالى : وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما ، فدللت هذه الآيات على جواز الصلح .

أما السنة فقد روى البخارى وأحمد والترمذى وصححه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته . وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه ، لفظ البخارى هكذا أما الأخران فقالا فيه : ومظلمة من مال أو عرض ، وحدث أبو هريرة الذى ساقه المصنف وأحاديث أخرى تأتي في فصول الصلح الآتية إن شاء الله تعالى .

وأما الاجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه .

إذا ثبت هذا : فإن الصلح فرع على غيره ، وهو ينقسم على خمسة أقسام :

قسم هو فرع على البيع ، وهو أن يدعى عليه عيناً في يده فيقر له بها فيصالحه من ذلك على عين أو دين ، فهذا حكمه حكم ما لو اشترى منه عيناً بدين أخرى أو بدين ، فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع من الربا . ويبطل بما يبطل فيه البيع من الغرر وثبت فيه ما ثبت في البيع من الخيار ، لأن ذلك مع تلفظ الصلح

وإن ادعى عليه ديناً في ذمته فأقر له به ثم صالحه منه على ذمته وتفرقا قبل القبض لم يصح الصلح ، كما لا يصح في بيع الدين بالدين ، وإن صالحه منه على عين وقبض العين قبل التفرق صح الصلح — إذا كان الدين ما يصح أخذ العوض عنه وإن اختلفا عن المجلس قبل قبض العين فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنهما اختلفا والعوض في ضمان واحد فلم يصح ، كما لو صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض

(والثاني) يصح كما يصح في بيع العين بالدين

القسم الثاني : صلح هو فرع على الإجارة ، وهو أن يدعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فيقر له به ، ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهراً ، أو استعمال سيارته مدة معلومة : ويملك المقر ما ادعى عليه به ، ويمالك المقر له منفعة الدار والسيارة ، كما لو استأجر منه ذلك ، وبشترط فيه ما يشترط في الإجارة على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : صلح هو فرع على الإبراء والخطيئة . وهو أن يدعى عليه ألفاً في ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها . قال الشيخ أبو حامد : فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يقول الذي عليه الحق لمن له الحق : أدفع اليك خمسمائة بشرط أن تسقط عني الخمسمائة الأخرى ، أو يقول صاحب الحق : أدفع اليّ خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الأخرى . فهذا لا يجوز ، فإذا فعلا ذلك كان باطلاً ، وكان لصاحب الألف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الأخرى ، لأنه دفع إليه بعض حقه وشرط شرطاً لا يلزمه ، فسقط الشرط ، ووجب الألف بالإقرار (والثاني) أن يقول أدفع اليك خمسمائة وأبرئني من خمسمائة ، أو يقول الذي له الحق : أدفع إليّ خمسمائة فقد أبرأتك من الخمسمائة الأخرى ، فإن هذا

يجوز ، إذ لم يدخل فيه حرف الشرط . وهو قوله على أن تبرئني ، أو بشرط أن تبرئني ، لأنه كان له حق فأخذ بعضه وأبرأ من البعض . اهـ

وقد قال المصنف : وإن صالحه من ألف على خمسمائة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح كما لو باع ألفاً بخمسمائة (والثاني) يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطيت خمسمائة .

وقال المسعودي : إذا ادعى عليه ألف درهم حالة فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مؤجلة صح الصلح ولا يلزم الاجل . وإن ادعى عليه ألف درهم مؤجلة فأقر له بها ثم صالحه عنها على خمسمائة حالة لم يصح ، لأنه جعل الخمسمائة التي تركها عوضاً للحلول . وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه .

وإن ادعى عليه ألف درهم صحاحاً فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مكسرة قال المسعودي : صح الصلح ، ولا يلزمه أخذ المكسرة ، بل يجب له خمسمائة صحاح ، لأن الصحة صفة فلا يصح الإبراء منها . اهـ

القسم الرابع : صلح هو فرع على الهبة ، وهو أن يدعى عليه داراً فيقر بها . فقال المقر : أدفع اليك نصفها ووهبتك النصف الآخر صححت الهبة ، لأنها مجردة غير معقدة على شرط ، وإن كان بلفظ الصلح بأن قال المقر للمقر له : صالحني من هذه الدار بنصفها فذكر المصنف أنها على وجهين (أحدهما) لا يصح ، لأنه باع ماله بماله (والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو قال : ادفع الي نصفها ووهبتك النصف الثاني

القسم الخامس : صلح هو فرع على العارية بأن يدعى عليه داراً في يده فأقر له بها ، ثم قال المقر له للمقر : صالحني عن هذه الدار بسكنائها سنة ، فقال المقر صالحتك ؛ صح الصلح ، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة . قال المسعودي ، وللمقر له أن يرجع في عاريته ، وذكر المصنف أنها على وجهين .

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يصح لأنه انتاع داره بمنفعتها

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : فإن صالح الرجل أخاه من مورثه ، فإن عرفاً ما صالحه عليه بشيء يجوز في البيع جاز . وهذا كما قال إذا ورث اثنان

من ابنيها أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه ، فإن هذا فرع للبيع ،
فإذا شاهد التركة وعرف العوض صح الصالح كما لو اشتراه بلفظ الشراء .

(فرع) وإن صالحه عن الدراهم على دنانير أو على الدنانير على دراهم ، فإن
ذلك صرف ، ويشترط فيه قبض العوض في المجلس كما قلنا في الصرف .

(فرع) إذا تلف عليه ثوباً أو حيواناً قيمته دينار فأقر له به ، ثم صالحه من
ذلك على أكثر منه ، لم يصح الصالح

دليلنا أن الواجب في ذمته قيمة المتلف فلم يصح الصالح على أكثر منه ، كما
لو غصب منه ديناراً ثم صالحه على أكثر منه ، وإن صالحه عن قيمة الحيوان
بعوض وجعله مؤجلاً لم يتأجل العوض ولم يصح الصالح . وقال أبو حنيفة يصح
دليلنا أن الواجب هو دين حال في ذمته ، فإذا كان العوض عنه مؤجلاً كان

بيع الدين بالدين . وذلك لا يجوز

وإن ادعى عليه مالا مجهولاً فأقر له به وصالحه عليه بعوض لم يصح الصالح .

وقال أبو حنيفة يصح ،

دليلنا : أن ذلك معاوضة ، ولهذا ثبت بالشقص فيه الشفعة ، فلم يصح

في المجهول كالبيع ،

قال الشافعي رضي الله عنه ، إذا ادعى على رجل شيئاً مجلاً فأقر له به ثم
صالحه منه على شيء صح الصالح ، قال الشيخ أبو حامد أراد إذا كان المعقود عليه
معلوماً فيما بين المتعاقدين فيصح وإن لم يسمه ياء ، كما إذا قال بعثت منك الشيء

الذي أعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال ابتمعت فإنه يصح والله تعالى أعلم

وقد أجمل الحرقى من الخنابلة الصالح الجائز عندهم بقوله والصالح الذي يجوز

هو أن يكون المدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه ، فإن كان

يعلم ما عليه فجده فالصالح باطل . اهـ ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والثوري

أن الصالح على الإنكار صحيح ، ولكن الشافعي قال لا يصح لأنه عاوض على مالم

يثبت له ، فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن

العوض في أحد جانبيه ، فيبطل كالصالح على حد القذف

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن ادعى عليه عينا في يده أو ديناً في ذمته فأنتكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح ، لأن المدعى اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره . والمدعى عليه عاوض على ملكه ، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله .

فإن جاء أجنبي إلى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال صالحني منه على مال لم يخل إما أن يكون المدعى عينا أو ديناً ، فإن كان ديناً نظرت فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح ، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه ، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه . وذلك يجوز .

فإن صالحه عن نفسه وقال : صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعى عليه ، ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه .

(والثاني) يصح كما لو اشترى ودبعة في يد غيره ، وإن كان المدعى عينا ، فإن صالحه عن المدعى عليه وقال : قد أقر لك في الباطن ووكلني في مصالحتك ، فصدقه المدعى صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه مجاز .

ثم ينظر فيه فإن كان قد أذن له في الصلح ملك المدعى عليه العين لأنه ابتاعه له وكيله ، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعى عليه الدين لأنه ابتاع له عينا بغير إذنه فلم يملكه .

ومن أصحابنا من قال يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله ، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجداً ، ثم ادعاه رجل فأنتكر فاستنقذه الجيران من المدعى بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك . وإن صالحه لنفسه فقال أنا أعلم أنه لك فصالحني فأنا أقدر على أخذه ، صح الصلح لأنه بمنزلة بيع المنصوب ممن يقدر على أخذه ، فإن أخذه استقر الصلح ، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر ، كمن ابتاع عبداً فأبق قبل القبض .

(الشرح) الأحكام : إذا ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين في ذمته لم يصح الصلح بلا خلاف على المذهب ، لأنه ابتاع ملكه ، وإن ادعى عليه ألف درهم في ذمته ، فأنكره ، ثم صالحه على خمسمائة منها وقلنا : يصح صلح الخطيئة فهل يصح هذا الصلح ؟ فيه وجهان حكاهما في الإبانة .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه صلح على الإنكار فلم يصح ، كما لو ادعى عليه عيناً فأنكره (والثاني) يصح ، والفرق بينهما أن في صلح المعاوضة يحتاج إلى ثبوت العوضين برضى المتعاقدين وليس العين المدعى بها ثابتة للمدعى حتى يأخذ عليها عوضاً ، وههنا هو إبراء فلا يحتاج إلى رضا صاحبه ، هذا مذهبنا ، وأن الصلح على الإنكار لا يصح .

وقال ابن أبي ليلى : إن أنكره لم يصح الصلح ، وإن سكت صح الصلح .
دليلنا : قوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل ، لأن من ادعى على غيره داراً في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله ، وهذا لا يجوز ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث « يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .

وهذا المدعى لا يتخلو إما أن يكون كاذباً أو صادقاً ، فإن كان كاذباً فهذا الصلح الذي يصلح به يحل له ما هو حرام عليه ، وإن كان صادقاً فإنه يستحق جميع ما يدعيه ، فإذا أخذ بعوضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقي الذي كان حلالاً له ، فوجب أن لا يجوز ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، ولأن البيع لا يجوز مع الإنكار وهو أن يدعى عيناً في يد غيره فينكره فيبيعهما من غيره ، فإن البيع لا يصح ، فكذلك الصلح .

إذا ثبت هذا : فادعى على رجل ألفاً في ذمته فأنكره عنها ، ثم إن المدعى أبرأه منها صححت البراءة ، وهل يشترط في صحة البراءة القبول ؟ على وجهين يأتي ذكرهما فيما بعد إن شاء الله تعالى .

وانما صححت البراءة على الانكار لانها ليست بمعاوضة ، والذي جعل المالكية والحنفية والحنابلة يجيزون الصلح مع الانكار . ولا يفرقون بين الابرأه والشرط قاعدتهم في أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله ، كالصالح بمعنى الهبة ، فانه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه ، وقالوا : ان هذا لا يدخل في حديث الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، لان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه ، كإلصاحه على استرقاق حر ، أو إحلال بضع محرم ، أو صلح به بخمر أو خنزير ، وليس مانحاً فيه كذلك .

قلت : فان ادعى عليه ألفاً في ذمته فأذكره عنها ثم صلح على بعضها وقبض ذلك وأبرأه عن الحق الذي عليه . قال الشافعي رضى الله عنه : فالصلح باطل والابرأه لا يلزم ، فأما الصلح فيبطل لانه صلح على انكار وعلى المصالح رد ما أخذه ، وأما البراءة فلا تلزمه لانه إنما أبرأه براءة قبض ، واستيفاء وهو أن يسلم له ما أخذه ، فإذا لم يسلم له ذلك لم تلزمه البراءة .

هذا اذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح ، وأما اذا علم بفساد الصلح فأبرأه صحته براءته وهذا كما تقول في رجل اشترى عبداً شراء فاسداً . فقال البائع للمشتري اعتق هذا العبد : ولم يعلم البائع بفساد البيع فأعتقه — قال الشيخ أبو حامد : لم يصح العتق ، لان البائع لم يأمره باعتاقه عن نفسه ، وانما أمره أن يعتقه نظراً أنه قد ملكه بالشراء ، وان علم البائع بفساد البيع فأمر المشتري باعتاقه فأعتقه صح العتق ، وان عليه ألفاً في ذمته فأقر له بها فصالحه عنها صلح حطيطة ، وأبرأه على خمسمائة فان قبض منها خمسمائة ، وأبرأه عن الباقي ثم خرجت الخمسمائة التي قبض مستحقة — قال الشيخ أبو حامد : فانه يرجع عليه بخمسمائة التي أخذها والابرأه صحيح ، لانه لم يبرئه ليسلم له ما قبض بل أبرأه عن حق هو مقر له به والابرأه صادق حقه المقر به فنفذ ذلك وليس يتعلق بسلامة ما قبضه وعدة سلامته (فرع) واذا ادعى عينا فصالحه منها على عوض ثم اختلفا فقال المدعى : انما صححت منها على الانكار فالصلح باطل ، ولى الرجوع الى أصل الخصومة .

وقال المدعى عليه لا ، بل كنت أقررت لك بها ثم أنكرت ثم صالحت منها . قال الشيخ أبو حامد : فالقول قول المدعى لأن الأصل هو الصلح على الإنكار الذي قد عرف إلى أن تقوم البيينة بإقراره لها قبل ذلك .

(فرع) وإن ادعى رجل على رجل حقاً فأنكر لهما أجنبي إلى المدعى وقال أنت صادق في دعواك فصالحني عليه - فلا يخلو إما أن يكون المدعى دينياً أو عينياً ، فإن كان المدعى دينياً نظرت ، فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لأنه إن كان أذن له في ذلك فهو وكيله والتوكيل في الصلح جائز ، وإن لم يكن وكيله ولم يوكله المدعى عليه ، فقد قضى عن غيره دينياً ؛ ويجوز للإنسان أن يقضى عن غيره دينياً بغير إذنه ، فإذا أخذ المدعى المال ملكه وانقطعت دعواه .

وهل الأجنبي أن يرجع على المدعى عليه بما دفع ؟ ينظر فيه ، فإن صالح عنه بإذنه ودفع بإذنه رجع عليه ، وإن صالح عنه بإذنه ، ودفع بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء لأنه متطوع بالدفع .

وإن صالح الأجنبي ليسكون الدين له ، فإن الشيخ أبا إسحاق (المصنف) قال : هل يصح الصلح ؟ فيه وجهان بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه ، وقال ابن الصباغ : لا يجوز وجمعاً واحداً ، واليه أشار الشيخ أبو حامد ؛ لأن الوجهين في بيع الدين مع الإقرار ، فأما مع الإنكار فلا يصح وجمعاً واحداً كبيع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها .

وقال أصحاب أحمد : وإن صالح عند المنكر أجنبي صح ، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه ، لأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازاه النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا وفي الموضوعين - أعنى إن كان بإذنه أو بغير إذنه - لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداءه ، أما إذا أذن له بالأداء عنه رجع إليه ، وهذا كله كقولنا في المذهب .

(قلت) وإن كان المدعى عينياً ، فإن صالح عن المدعى عليه بأن يقول للمدعى : المدعى عليه مقر لك بها في الباطن ، وقد وكأني في مصالحتك فصالحه عنه صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين ، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فإذا صالحه

ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العين ، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها ، ينظر فيه ، فإن كان قد وكل الأجنبي ملك العين ، فإن كان الأجنبي قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه ، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه كالدين ، لأنه متطوع ، لأنه إنما أذن له في العقد دون الدفع .

وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبي في الصلح فهل يملك العين ؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها . وحكى أبو علي في الإفصاح أنه يملكها كما قال الشافعي رضي الله عنه إذا اشترى رجل أرضاً وبنائها مسجداً ؛ وجاء رجل فادعاه ، فإن صدقه لزمه قيمتها ، وإن كذبه لجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لأنه بذل مال علي وجه البر . قال العمراني في البيان : وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة ، قال : فعلى هذا يكون الصلح باطلاً في الباطن ، صحيحاً في الظاهر .

(قلت) وأما المسألة المذكورة في المسجد فلا تشبه هذه ، لأن الواجب على المدعى عليه القيمة ، لأنه قد وقفها ، ويجوز الصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه كما سبق أن بينا ذلك .

وإن قال الأجنبي المدعى : المدعى عليه منكر لك وليكر صالحني عما ادعت لتكون العين له . فهل يصح الصلح ؟ قال المسعودي : فيه وجهان . وأما إذا قال الأجنبي : أنت صادق في دعواك ، فصالحني لتكون هذه العين لي فاني قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما يصح أن تبتاع شيئاً في يد غاصب . فإن قدر الأجنبي على انتزاعها استقر الصلح ، وإن لم يقدر كان له الخيار في فسخ الصلح ، كمن ابتاع عيناً في يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها .

إذا ثبت هذا : فإن المدعى عليه قد وكل الأجنبي في أن يصالح عنه ، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس لا يجوز له الانتكار لأنه كاذب ، إلا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه . قال المصنف : لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه ، ولا يجوز له الوكالة ليصالحه عنه إذا غصب العين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك .

فأما إذا مات أبوه أو من يرثه وخلف له هذه العين ، فجاء رجل فادعاها وأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين ، وخاف أن أقر بها المدعى أن يأخذها فيجوز أن يوكل الاجنبي في الصلح على ما بيناه ، لتزول عنه الشبهة .

(فرع) إذا صالح الاجنبي عن المدعى عليه بعوض بعينه ، فوجد المدعى بالعوض الذي قبضه من الاجنبي عيبا كان له الرد بالعيب ، ولا يرجع ببدله عليه وليكن بنفسه عقد الصلح ويرجع الى خصومة المدعى عليه ، وكذلك اذا خرج العوض مستحقا ، كالمو ابتاع من رجل عينا فوجد فيها عيبا فردها أو خرجت مستحقة ، فإنه لا يطالبه ببدلها ، وان صالحه على دراهم أو دنائير في ذمته . قال العمراني : ثم سلم اليه دراهم أو دنائير فوجد بها عيبا فردها أو خرجت مستحقة فله أن يطالبه ببدلها كما قال النووي رضى الله عنه في البيع على ما مضى في المجموع

(فرع) وان ادعى عينا في يد رجل فأنكره المدعى عليه ، فقال المدعى : أعطيك ألف درهم على أن تقر لي بها ففعل لم يكن صلحا ولا يلزم الالف ، وبداه حرام ، وأمده حرام ، وهل يكون اقراراً ؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في العدة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فان أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلا ، لأن الاقرار المتقدم لا يبطل بالانكار الحادث فيصح الصلح اذا أنكر بعد اقراره لوجوده بعد لزوم الحق ، ولم يصح الصلح اذا كان عقيب انكاره وقبل اقراره لوجوده قبل لزوم الحق .

(فصل) فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه لازوم الحق بالبينة كازومه بالاقرار لفظا وبقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه لخلف المدعى من طريق الاولى ، اذا اليمين المردودة كالاقرار على أحد القواين .

(الشرح) إذا أقر المدعى عليه بالحق فقد لزم الحق فاذا أنكر جاز أن يعقدا عقد الصلح على ما مر من أمر المنكر ابتداء ؛ فاذا عقد الصلح بينهما بعد الانكار ثم أقر بأن ما ادعى الاول كان الصلح باطلا لان الاقرار تقدم على الانكار

وكان الإنكار حادثاً ، فيصح الصالح إذا أنكر بعد الإقرار لحديث الإنكار بعد لزوم الحق ، ولأن الصالح على الإقرار هضم للحق ، ولأن الحق ثبت قبل إنكاره والصالح من بواعثه وأسبابه وقوع النزاع بالإقرار (فرع) إذا أنكر المدعى عليه ثم قامت البينة فقد لزم الحق كزومه بالإقرار ومن ثم يجوز الصالح ، ومثله لو نكل المدعى عليه عن اليمين خلف المدعى فقد لزم الحق وثبت للمدعى . لأن اليمين المردودة كالأقرار وكالبينة ، ومن ثم جاز الصالح . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ادعى عليه مالا فأنكره ، ثم قال صالحني عنه لم يكن ذلك إقراراً له بالمال ، لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة ، فلم يجعل ذلك إقراراً ، فان قال بمعنى ذلك ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجعل ذلك إقراراً . وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني ، لأن البيع والصالح واحد ، فإذا لم يكن الصالح إقراراً لم يكن البيع إقراراً (والثاني) وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب أنه يجعل ذلك إقراراً لأن البيع تمليك ، والتمليك لا يصح إلا من يملك

(الشرح) إذا ادعى على رجل ديناً في ذمته أو عيناً في يده فأنكره المدعى عليه ثم قال صالحني عن ذلك بعوض لم يكن ذلك إقراراً من المدعى عليه ؛ لأن الصالح قد يراد به المعاوضة وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى ، فإذا كان الأمر يحتملها لم نجعل ذلك إقراراً . وان قال المدعى عليه المدعى بمعنى هذه العين أو ملكني إياها ، فحسبى المصنف وابن الصباغ في ذلك وجهين

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد أنه لا يكون إقراراً لأن الصالح والبيع بمعنى واحد . فإذا لم يكن قوله صالحني إقراراً ، فكذلك قوله بمعنى (والثاني) يكون إقراراً ، وهو قول القاضي أبي الطيب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليل غيره . وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه . لأن قوله بمعنى أو ملكني يتضمن الإقرار له بالملك

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخرج جناحا الى طريق لم يخل ، اما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ ، فان كان الطريق نافذاً نظرت فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز : ولم يعترض عليه . واختلفوا في علته . فن أصحابنا من قال يجوز ، لأنه ارتفاع بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار لجواز دلشى في الطريق . ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار ، فلما ملك الارتفاع بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاع بالهواء من غير اضرار ، فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه : فأخرج جناحا يمنع من إعادة الجناح الأول جاز ، لأن الأول ثبت له الارتفاع بالسبق الى اخراج الجناح ، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفع ، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه

(الشرح) قوله « جناحا » فدلّه جنح أى مال ، وبابه خضع ودخل والجوانح الاضلاع التى تحت الترائب ، وجناح الطائر يده . وقد شبه به البناء الناقى البارز من جدار البيت معلقاً فى الهواء .

أما الأحكام : فانه اذا أخرج جناحا أو روشنا ، وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البليكونة) الى شارع نافذ نظرت فان كان لا يضر بالمسلمين جاز ولم يمنع من ذلك . وبه قال مالك والاوزاعى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : له اخراجه الى أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم ؛ فاذا منعه واحد من المسلمين لم يجوز له اخراجه ، فان أخرجه أزيل أو قلع
دليلنا ما روى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه مر بميزاب للعباس رضى الله عنه فقطر عليه فأمر بقامه : فخرج اليه العباس رضى الله عنه فقال له : خلعت ميزاباً ركبته رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ، فقال عمر : والله لا يصعد من ينصبه الا على ظهري ، فصعد العباس على ظهره ونصبه . فاذا ثبت هذا فى الميزاب ثبت فى الروشن مثله ، لأن الميزاب خشبة واحدة - على عمدهم أو قضيب مجوف على عهدنا - أما الروشن أو الجناح فهو بناء متكامل

مركب من قطع كثيرة ، فاشغاله لحيز أكبر من الميزاب لاشك فيه ولا فرق بين
ولأن الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا من غير انكار . اللهم الا ما تحتمه قواعد النظام الذي تأخذ بأسبابه مؤسسات
الاسكان والمجالس البلدية في المدن والحواضر في عصرنا هذا الذي يجعل للجناح
المنعاض أو البارز من البيت تناسباً مع اتساع الشارع ، فان كان الشارع عرضاً أو
كان ميداناً فسيحاً سمح لصاحب البناء من واقع الرسم المرخص به أن يكون الجناح
أو الروشن متراً ونصف المتر ، وان كان الشارع ضيقاً كان البروز أقل ؛ وذلك
حتى يتسنى للناس ممارسة شئونهم وانتقالاتهم بأسباب الانتقال السكريبية أو
البخارية أو غيرها بدون أن تعترضهم الرواشن والشرفات فتعيق مصالحهم ،
فدل ذلك كله على أن الاجماع منعقد على جواز ذلك في الحدود والصفات
التي رسم بها الامام أو الحاكم ، ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير
اضرار فيجاز ، كما لو مشى في الطريق

قال العمراني في البيان : اذا أخرج جناحاً أو روشناً في شارع نافذ فإنه لا يملك
ذلك المكان وإنما يكون أحق به لسبقه اليه ، فان تهدم روشنه أو هدمه فبادره
من يحاذيه فقد خشية تمنعه من إعادة الاول لم يكن للأول منعه من ذلك ،
لان الاول كان أحق به لسبقه اليه ، فاداً زال روشنه سقط حقه وكان لمن سبق
اليه ، كما نقول في المرور بالطريق . ثم قال : وان أخرج من يحاذيه روشناً تحت
روشنه الاول جاز ولم يكن للأول منعه من ذلك ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك
فان أراد الثاني أن يخرج روشناً فوق روشن الاول قال ابن الصياغ : فان كان
الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق روشن الاول جاز ، وان كان يضر بالمار فوق
روشن الاول منع من ذلك ، كما لو اخرج روشناً يضر بالمدار في الشارع ، فإنه
يمنع من ذلك . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان صالحه الامام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح للمعنيين :
(أحدهما) أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل (والثاني) أن

ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاختياز في الطريق ، وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجوز . وإذا أخرجه وجب نقضه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجوز كالتعود في المضيق ، وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجوز لمعتبين (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد (والثاني) أن ما منع منه الإضرار بالناس لم يجوز بعوض كالتعود في المضيق والبناء في الطريق

(الشرح) حديث : لا ضرر ولا ضرار ، رواه أحمد في مسنده وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنه ، وأخرجه أيضا ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، وقد مضى شرحنا له

أما الأحكام : فإنه إذا صالحه الإمام على هذا الجناح الذي لا يضر بعوض أو يرسم من المال يؤديه لينفق من هذا ومثله على تعبيد الطرق ورصف الشوارع ، وتيسير الارتفاق على المسلمين فإنه يجوز ذلك ، أما إذا صالحه الإمام أو أحد المسلمين على مال يؤديه بدون ذلك لم يجوز أن يؤخذ عليه عوض لأن الهواء تابع للقرار ، كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور في الطريق ، إلا إذا كان يمر في طريق غير مسموح بالمرور فيه في وقت تنظيم المرور لما يؤدي هذا إلى الإضرار به أو بغيره بأن كان يركب سيارة تسير بسرعة زائدة عن الحد المعقول أو المعتاد في شوارع مزدحم بالمارة ووقع الحاكم عليه عقوبة المخالفة - حتى لا يعود إلى تعريض سلامته وسلامة غيره للأضرار أو المخاطر فإن ذلك يجوز ، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ،

(فرع) وإن أراد إخراج روشن أو جناح الى شارع نافذ يضر بالمارة منه لم يجوز ؛ فإن فعل ذلك أزيل للحديث الشريف ، وليس له الانتفاع بالعرضة . وهي ما أمام بيته بما فيه ضرر على المسلمين ، بأن يبنى فيها دكة أو يتخذ منها مجلسا له يشغل طريق المارة ويعيقهم فيؤذيهم بذلك ، وكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم ، فإن صالحه الإمام أو بعض الرعية على ذلك بعوض لم يصح الصلح لأنه أفراد الهواء بالعقد ، ولأن في ذلك إضرار بالمسلمين ، وليس للإمام أن يفعل ما فيه الحاق الضرر بهم ، هكذا قال العمراني في البيان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر الى حال الطريق ، فان كان الطريق لا تمر فيه القوافل ، ولا تجوز فيه الفوارس ، لم يجز اخراج الجناح الا بحيث يمر الماشى تحته منتصباً ، لأن الضرر يزول بهذا القدر ، ولا يزول بما دونه ؛ وان كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز فيه الفوارس ، لم يجز الا عالياً بقدر ما تمر العمارة تحته ، ويمر الراكب منتصباً .

وقال أبو عبيد بن حريويه : لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورحمه منصوب ، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح ، والاول هو المذهب : لأنهم يمكنهم ان يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا

(الشرح) الاحكام : وأما كيفية الضرر ، فان ذلك معتبر بالعادة في ذلك الشارع ، فان كان شارعاً لا تمر فيه القوافل والجيوش والركبان أو التروالى أو الترام فيشترط أن يكون الجناح عالياً بحيث يمر الماشى تحته منتصباً ، فان كان الشارع تمر فيه الجيوش أو القوافل أو الركبان أو المركبات السكرية والبخارية اشترط أن يكون الجناح أعلى بحيث يمر الركبان في السكة بدون عوائق تصطدم بسطح المركبات .

وقال أبو عبيد بن حريويه : يشترط أن يمر الفارس تحته ورحمه منصوب بيده لأن الفرسان قد يزدحمون فيحتاجون الى نصب الرماح . قال المصنف رداً على ابن حريويه ما يفيد أن هذا ليس بصحيح لأنه يمكنه ان يحط رحمه على كتفه . ولأن الرمح لا غاية لطوله .

قوله « العمارة » ، من وسائل الهجوم في الجيوش الاسلامية في عصر المصنف وهي أشبه بعربة تجرها الجراد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ لتتروس بها المهاجمون . وقد ترتفع الى حد يتسلق منها المقاتلون الى أسوار الحصون . والعمارة القبيلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أخرج جناحا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز . واختلف أصحابنا في تعليقه ، فمنهم من قال لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكة فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة ، كما كل ماله . ومنهم من قال لا يجوز ، لأن الهواء تابع للقرار . والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار ، فلا يملك الارتفاق بهواء داره ، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد (الشرح) الأحكام : إذا أراد أن يخرج جناحا أو روشنا فوق دار غيره أو شارع جاره بغيره إذنه لم يجز لأنه لا يملك الارتفاق بقرار أرض جاره إلا بإذنه فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره ، فإن صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعبث لم يصح لأنه لا يجوز لإفراد الهواء بالعقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أخرج جناحا إلى درب غير نافذ نظرت فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز ، لما ذكرناه في دار الجار ، وإن كان له فيه طريق ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني ، لأن الهواء تابع للقرار ، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح (والثاني) لا يجوز ، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاك فلم يجز اخراج الجناح إليه كدار الجار ، فإن صالحه عنه أهل الدرب ، فإن قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح ، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع ، وإن قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار

(الشرح) وإن أراد أن يخرج جناحا أو روشنا إلى درب غير نافذ وله طريق في هذا الدرب ، فإن كان يضر بالملاحة لم يجز من غير إذن أهل الدرب ، كما لا يجوز اخراج جناح يضر إلى شارع نافذ إلا إذا أذنوا بذلك أهل الدرب وقال القاضي أبو الطيب لا يجوز له ذلك بغير إذنه لأنه ملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح إليهم بغير إذنه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يعمل ساباطاً ويضع أطراف أجزاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه ، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه كحمل المناع على بهيمة غيره ؛ فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجزاء ، فإن كانت حاضرة نظر إليها ، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء ، وما يبني به ، فإن أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمقارن الأجزاء ومواضع البناء ، وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة .

(الشرح) وإن أراد أن يعمل ساباطاً — وهو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات — على جدار جاره وصفته أن يكون له جدار وبجذائه جدار جاره وبينهما شارع ، فيمد جذوعاً من جداره إلى جدار جاره ؛ فلا يجوز له ذلك إلا بادن جاره ، لأنه حمل على ملك غيره بغير إذنه ، من غير ضرورة فلم يجز كالمؤبد أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه .

وقولنا : من غير ضرورة احتراز من السقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتي بيانه ، فإن صالحه على ذلك بعوض صح الصلح ، ولا بد أن تكون الأخشاب معلومة إما بالمشاهدة أو بالصفة ، فيقول : صالحني على أن أضع هذه الأخشاب بكذا ، قال الشيخ أبو حامد : وهكذا إذا قال : خذ مني مالا وأقر لي حقاً في أن أضع على جدارك جذوعاً هذه أو نصفها ، فإذا أقر له بذلك وأخذ العوض جاز .

فإن أراد أن يبني عليها ذكر طول البناء وعرضه وما يبني به ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فإن أطلقاً ذلك ولم يقدره بمدة كان ذلك تبعاً لمقارن الجذوع ، وإن قدره ذلك بمدة كان إجارة تنقضي بانقضاء المدة ، هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضي أبو الطيب أيضاً .
وقال ابن الصباغ : لا يكون ذلك بيعاً بحال ، لأن البيع ما يتناول الإعيان ،

وهذا الصالح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئاً من الحائض الذي يضع عليه لانه لو كان بيما لملك جميع الحائض وان كان اذا تهدم يملك أخذ الانقاض ، وهذا لا يقوله أحد ، قال : فإن قيل إنما يكون بيعاً لموضع الوضوء خاصة قيل : لا يصح ذلك لأن موضع الوضوء محل بقية الحائض الذي لغيره وتلك منفعة استحقتها واذا بطل أن يكون تبعاً كان ذلك إجارة بكل حال . قال : فإن قيل : فكيف يكون الاجارة إلى مدة غير معلومة ؟ فالجواب أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها في موضع الحاجة غير مقدرة كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة ، والحاجة إلى ذلك ، لأن الخشب وما يشبهه مما يراد للتأييد ، ويضر به التقدير ، بخلاف سائر الاجارات ، ولأن سائر الاعيان لو جوزنا فيها عقد الاجارة على التأييد بطل فيها معنى الملك ، وهاتنا وضع الخشب على الحائض لا يمنع مالكه أن ينتفع به منفعة مقصودة ، والاول أصح ، لان الشافعي رضي الله عنه ، قال في المختصر : ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك اذا سميا منتهى البنيان ، لانه ليس كالارض في احوال ما يبني عليها .

إذا ثبت هذا : فان أقر صاحب الحائض لصاحب الخشب أن له حق الوضوء على جداره لزم ذلك في الحكم . فان تقدمه صلح لزم ظاهراً وباطناً وان لم يتقدمه صلح لزم في الظاهر دون الباطن والله تعالى أعلم .

وقال أصحاب أحمد : لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ، وهو الروش سواء كان ذلك يضر بالمارة أو لا يضر ، وسواء أذن الامام أو لم يأذن ، ولا يجوز الساباط من باب الأولى ، ولو كان الحائض ملكه .

وقال ابن عقيل من الخنابلة . ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام لانه نائبهم لجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بتأفد وهذا القول ضعيف عندهم لأن الضرر لا بد أن يتحقق ولو بحجب الضوء عن الطريق ، أو الهواء ، وليس كالجلوس أو المرور فانهما طارئان .

وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه ، وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه .

وقال مالك والأوزاعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد والشافعي رضى الله عنهم
يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ، ولا يملك أحد منعه ، لانه ارتفق بمالم يتمين ملك
أحد فيه من غير مضرة ، فكان جائزاً كالمشيء في الطريق والجلوس فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يسمر مسجراً في حائط جاره الا
بإذنه ، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره الا بإذنه . لان ذلك يوهى الحائط
ويضر به ، فلا يجوز من غير إذن مالكة ، ولا يجوز أن يبنى على حائط جاره
ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير إذن مالكة ولا على السطحين المتلاصقين
حاجزاً من غير إذن صاحبه . لانه حمل على ملك الغير فلم يجوز من غير إذن كالحمل
على بهيمته ، ولا يجوز أن يجرى على سطحه ماء من غير إذنه ، فان صالحه منه
على عوض جاز ، اذا عرف السطح الذى يجرى ماؤه لانه يختلف ويتفاوت .

(الشرح) الاحكام : لا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يدق وتدأ في حائط الجار
ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره عن غير إذن ، لأن ذلك يضعف
الحائط ، ولا يجوز أن يبنى عليه من غير إذن كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة
غيره بغير إذنه .

(فرع) ولا يجوز أن يجرى الماء في أرض غيره ولا على سطحه بغير إذنه
هذا قوله في الجديد ، وقال في القديم : اذا ساق رجل عينا أو بئراً فلزمته مؤنة
ودعته الضرورة الى اجرائه في ملك غيره ولم يكن على المجرى في ملكه ضرر بين
فقد قال بعض أصحابنا يجر عليه : فأوما الى أنه يجر لما روى أن الضحاك ومحمد
ابن مسلمة اختلفا في خليج أراد الضحاك أن يجره في أرض محمد بن مسلمة فامتنع
فترافعا الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : والله لا أمرته ولو على بطنك .
قال العمراني . والاول هو المشهور في المهذب للشيخ أبي إسحاق ، لانه حمل على
ملك غيره فلم يجوز من غير إذنه ، كالحمل على بهيمته قال . وأما الخبر فيحتمل أنه
كان له رسم اجراء الماء في أرضه فامتنع منه فلذلك أجبره أمير المؤمنين على ذلك

(قلت) فإذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقه ، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، فله أن يترك فيه ما شاء ، وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهذا إجراء الأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة

فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا يتجاوز مدة إجارته ، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة . فأما إن كانت الأرض في يده وفقاً عليه فهو كالمستأجر ، له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء

وقال أصحاب أحمد : يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينتقل الملك إلى غيره ، بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر ، فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة ؟ على وجهين .

(فرع) إذا ادعى علي رجل مالا فأقر له ، ثم قال صالحني فيه علي أن أعطيك مسيل ماء في ملكي ، قال الشافعي رضي الله عنه ، فإن بيننا الموضع وقدر الطول والعرض صح ، لأن ذلك بيع لموضع من أرضه ولا يحتاج أن يبين عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له النزول إلى تخومه ؛ وهل يملك المدعى عليه هذه الساقية فيه وجهان حكاهما الصيدلاني (أدهما) يملكها تبعاً للأرض (والثاني) لا يملكها فعلى هذا لا يمنع مالك الأرض من بناء فوق المسيل

قال ابن الصباغ وإن صالحه علي أن يجري الماء في ساقية في أرض للصالح قال في الأثر فإن هذا إجارة يفتقر إلى تقدير المدة . قال أصحابنا إنما يصح إذا كانت الساقية محفورة ، فإذا لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر من إجراء

الماء إلا بالحفر ، فليس له الحفر في ملك غيره ، لأن ذلك اجارة لساقية غير موجودة ، فان حفر الساقية وصالحه جاز قال العمراني ، وان كانت الارض في يد المقر باجارة جاز له أن يصلحه على اجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته ، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجهز أن يصلحه على ذلك ، لأنه لا يجوز له احداث ساقية في أرض في يده باجارة ، وكذلك اذا كانت الارض وقفا عليه جاز أن يصلحه على اجراء الماء في ساقية في أرض في يده

وان أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك لأنه لا يملكها ، وانما له أن يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة ؛ وان صالحه على اجراء الماء على سطحه جاز اذا كان السطح الذي يجرى ماؤه فيه معلوما ، لأن الماء يختلف بكم السطح وصغره وقال ابن الصباغ ولا يحتاج الى ذكر المدة ، ويكون ذلك فرعا للإجارة لأن ذلك لا يستوفي به منافع السطح بخلاف الساقية فانه يستوفي منفعتها فكانت مدتها مقدرة ولائهما يختلفان أيضاً فان الماء الذي يجرى في الساقية لا يحتاج الى تقدير لأنه لا يجرى فيها أكثر من ملثها ، ويحتاج الى ذكر السطح الذي يجرى منه لأنه يجرى فيه القليل والكثير .

وان صالحه على أن يسقي زرعه أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين لم يصح ، لأن القدر من الماء الذي يسقى به الزرع والماشية مجمول ، فان صالحه على بيع العين أو ثلثها صح كما قلنا في البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان ، قال في القديم ، يجوز ، فاذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه اذا كان الجذع خفيفا لا يضر بالحائط ، ولا يقدر على التسقيف الا به . لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره قال أبو هريرة رضي الله عنه ، اني لأراكم عنهم معرضين ، والله لا رمينها بين أظهركم ، ولا به اذا وجب بذل فضل الماء للسكلا لا استغنائاه عنه و-اجرة غيره وجب بذل فضل

الحائط لاستغناؤه عنه وحاجة جاره . وقال في الجديد : لا يجوز بغير إذن ، وهو الصحيح : لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحمل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير اذنه كالحمل على بهيمته ، والبناء في أرضه ، وحديث أبي هريرة نحوه على الاستحباب . وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا . والحائط مملوك ، ولأن الماء لا تنقطع مادته ، والحائط بخلافه .

فان كان الجذع ثقيلًا يضر بالحائط لم يجوز وضعه من غير اذنه قولاً واحداً ، لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار ، ولهذا لا يجوز أن يخرج الى الطريق جناحاً يضر بالمارة . وان كان لا حاجة به اليه لم يجبر عليه ، لأن الفضل انما يجب بذله عند الحاجة اليه ، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة اليه للكلاء ولا يجب مع عدم الحاجة .

فان قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجوز ، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه ، وان قلنا : لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجداع الساباط .

(فصل) واذا وضع الحشيب على حائط الجار أو الحائط المشترك ، وقلنا انه يجبر في قوله القديم ، أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فرفعه جاز له أن يبيده ، فان صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليستقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الاموال .

(الشرح) حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى وأبو داود وابن ماجه ، وقد أخرجه أيضا ابن ماجه والبيهقى وأحمد والطبرانى وعبد الرزاق من طريق ابن عباس بالفظ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ، وللرجل أن يضع خشبة في حائط جاره ، واذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع ، وأخرجه أحمد وابن ماجه أيضا من حديث عكرمة بن سلمة بن ربيعة ، أن أخوين من بني المغيرة أعتق أحدهما أن

لا يفرز خشبا في جداره ، فلقيا بجمع بن يزيد الانصارى ورجالا كثيرا فقالوا :
 نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره أن يفرز خشبا في
 جداره ، فقال الحالف : أى أخى قد علمت أنك مقضى لك على ، وقد حلفت
 فأجعل اسطونا دون جدارى ففعل الآخر ، ففرز في الاسطوان خشبة ، وهو
 أيضا عند ابن ماجه والدارقطنى والحاكم والبيهقى من حديث أبى سعيد ، وعند
 البيهقى من طريق عبادة . وعند الطبرانى فى الكبير وأبى نعيم من حديث ثعلبة بن
 مالك القرظى ، وما جاء فى بعض الفاظه من جعل الطريق سبعة أذرع ثبت فى
 الصحيحين من حديث أبى هريرة ، وعكرمة بن سامة بن ربيعة مجهول
 وقوله « لا يمنع » بالجزم على النهى . وفى رواية لأحمد « لا يمنع » وفى لفظ

للبخارى بالرفع على التحرية ، وهى فى معنى النهى .

وقوله « خشبة » قال القاضى عياض رويناه فى مسلم وغيره من الأصول
 بصيغة الجمع والإفراد ، ثم قال : وقال عبد الغنى بن سعيد : كل الناس تقوله بالجمع
 إلا الطحاوى ، فانه قال عن روح بن الفرغ . سألت أبى زيد والحرث بن بكير
 ويونس بن عبد الأعلى عنه . فقالوا كلهم خشبة بالنون ، ورواية بجمع تشهد
 لمن رواه بلفظ الجمع . ويؤيدها أيضا ما رواه البيهقى من طريق شريك عن مالك
 عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ « اذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على
 حائطه فلا يمنعه .

قال القرطبى وإنما اعتنى هؤلاء الأئمة بتحقيق الرواية فى هذا الحرف ، لان
 أمر الخشبة الواحدة يخف على الجار المسامحة به بخلاف الاخشاب الكثيرة
 أما الأحكام فان هذه الاحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من
 غرز الخشب فى جداره ، ويجبره الحاكم اذا امتنع وبهذا قال الشافعى فى القديم
 وأحد قولى الجديد ، وأحد واصلح وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث
 وقال الشافعى فى أحد قولى الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء
 انه يشترط اذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار اذا امتنع . وحملوا النهى على
 التنزيه جماعته وبين الأدلة القاضية بأنه « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة
 من نفسه »

وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً فيبنى العام على الخاص قال البيهقي: لم نجد في السنن الصحيحة ما يمارض هذا الحكم إلا عومات لا يستنكر أن يخصها . وحمل بعضهم الحديث على ما إذا تقدم استئذان الجار ، كما وقع في رواية لأبي داود بلفظه : إذا استأذن أحدكم أخاه ، وفي رواية لأحمد . من سأله جاره ، وكذا في رواية لابن حبان ، فإذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع ، إلا إذا لم يتقدم ، وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة ، والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم .

والمذهب انه إذا أراد رجل أن يضع أجداعه على حائط جاره أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ، فإن كان به إلى ذلك حاجة ، مثل أن يكون له براح من الأرض ويحيط له بالبراح ثلاثة جدر ولجاره أو شريكه جدار رابع ، أو أراد صاحب الجدر الثلاثة أن يضع عليهم اسقفاً فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكينه من ذلك ، فيه قولان

قال في القديم : يجبر إذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضرراً بيننا . وبه قال أحمد وغيره من مضى ذكرهم لحديث أبي هريرة الذي نكس فيه القوم رؤوسهم ، فقال أبو هريرة : مالي أراهم عنهما معرضين ، والله لأرغمينها بين أظهركم . يعني هذه السنة التي أنتم عنها معرضون . فإذا قلنا بهذا فلم يبذل الجار له أجره الإمام أن يضع خشبه على جداره .

وقال في الجديد : لا يجبر على ذلك . قال العمراني : وهو الصحيح ، وبه قال أبو حنيفة لحديثه لا يحمل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه ، كزراعة أرضه والبناء في أرضه (قلت) قد ذهب المصنف إلى أن للخبر تأويلين (أحدهما) أنه محمول على الاستحباب (والثاني) أن معناه إذا أراد الرجل أن يضع خشبة على جداره لإخراج روشن أو شرفة أو جناح إلى شارع نافذ فليس لجاره المحاذي له أن يمنعه من ذلك ، لأنه قال : لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره ، والضمير يرجع إلى أقرب مذكور وهو الجار .

فأما إذا أراد أن يبنى على الحائط أو يضع عليه خشبا يضر به ضرراً يبننا أو جدار آخر يمكنه أن يسقف عليه ، لم يجبر الجار قولاً واحداً ، فإذا قلنا بقوله في الجديد فأعاره صاحب الحائط فوضع الخشب عليه لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه ، لأن اذنه يقتضى البقاء على التأيد ، فان قلع المستعير خشبه أو سقطت فهل له أن يعيد مثلها ؟ فيه وجهان ،

(أحدهما) له ذلك ، لأنه قد استحق دوام بقائها .

(والثاني) ليس له بغير اذن مالك الحائط وهو الصحيح ، لأن السقف اذا سقط فلا ضرر على المعير في الرجوع . وان أراد صاحب الحائط هدم حائطه ، فإن لم يكن مستهدماً لم يكن له ذلك ، لأن المستعير قد استحق تبقية خشبه عليه ، وان كان مستهدماً فله ذلك ، وعلى صاحب الخشب نقله ، فإذا أعاد صاحب الحائط حائطه — فان بناه بمادة أخرى — لم يكن لصاحب الخشب إعادة خشبه من غير اذنه ، لان هذا الحائط غير الاول .

وقال الخنابلة : يجوز إعادة وضعه بغير اذنه . وان بناه بمادته الأولى بعينها بأن كانت عضادته خشباً فأقامه أو حجراً فرصه ، فهل له أن يعيد خشبه بغير اذن على الوجهين الاولين ، فان صالحه بمال ليضع أجزاءه على جداره في قوله الجديد . أو قلنا يجبر الجار على تمكينه من وضعها على القديم فصالح مالك الجدار مالك الخشب ليضع عن جداره الخشب صح الصلح ، لأن ما صح بيعه صح ابتياعه كسائر الاموال ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان كان في ملكه شجرة فاستغلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بازالة ما حصل في ملكه ، فان لم يزله جاز للجار ازالته عن ملكه ، كما لو دخل رجل الى داره بغير اذنه ، فان له أن يطالبه بالخروج ، فان لم يخرج أخرجه ، فان صالحه منه على مال فان كان يابسا لم يجز لانه عقد على الهواء ، والهواء لا يفرد بالعقد ؛ وان كان رطباً لم يجز لما ذكرناه ولانه صلح على مجهول ، لانه يزيد في كل وقت .

(الشرح) الأحكام : اذا كانت له شجرة في ملكه فانتشرت أغصانها فوق ملك جاره فللجار أن يطالب مالك الشجرة بازالة ما انتشر فوق ملكه لان الهواء تابع للقرار ، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير ادته ، فيكذلك هواء أرض جاره ، فان لم يزل مالك الشجرة ذلك وللجار أن يزيل ذلك عن هواء أرضه بغير ادن الحاكم كما لو دخلت بهيمة لغيره الى أرضه فله أن يخرجها بنفسه وقال أصحاب أحمد : اذا امتنع المالك من ازالته لم يجبر لان ذلك ليس من فعله ، وعلى كلا الأمرين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته مع عدم الاتلاف ، فادنا أتلف شيئا ضمنه كما لو دخلت البهيمة داره فعليه اخراجها بغير اتلاف فادنا أتلفها ضمنها : فان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فلا شيء عليه لأنه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه .

قال العمراني في البيان : ينظر فيه فان كان ما انتشر لنا يمكنه أن يزيل ذلك عن ملكه من غير قطع ، لو اء عن ملكه ، فان قطعه لزمه أرض ما نقصت الشجرة بذلك لانه متمد بالقطع ؛ وان كان يابسا لا يمكنه ازالة ذلك عن ملكه الا بقطعه فله أن يقطع ذلك ولا ضمان عليه اه .

(قلت) فان صالحه على اقرارها بعموض معلوم ، فان كان غير معتمد على حائطه لم يجوز ذلك لانه افراد للهواء بالعقد ان كن يابسا ، وان كان رطبا لم يجوز أيضا لهذه العلة ، ولانه يزيد في كل وقت بنمو الاغصان .

وقال أصحاب أحمد كابن حامد وابن عقيل وابن قدامة : يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا ، لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، لان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة في القطع اتلاف وضرر قالوا : والزيادة المنجدة يعني عنها كالسمن الحادث في المستاجر للركوب .

(قلت) والصلح لا يجوز عندنا الا في حالة ما اذا كان الغصن يابسا متمدا على حائط الجار كما لو صالحه على وضع خشبة على حائطه ، وأما الرطب فانه يمكن له ، ويمكن تهذيبه .

(فرع) إذا كان سطح داره أعلا من سطح دار جاره لم يجبر من علا سطحه على بناء ستره . وقال أحمد رضى الله عنه : يجبر من علا سطحه على بناء ستره ، لأنه إذا صعد سطحه أشرف على دار جاره ، والإنسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستضر به غيره ، كما لا يجوز أن يدق في ملكه ما يهتز به حائط جاره . دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما على ستره كالأسفل وما ذكره فغير صحيح ، لأن الأعلى ليس له أن يشرف على الأسفل ، وإنما يستضر الأسفل بالإشراف عليه دون انتفاعه بملكه ، ويخالف الدق ، لأنه يضر بملك جاره : **قله في البيان .**

(فرع) قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني : يجوز للإنسان أن يفتح في ملكه كوة مشرفة على جلوه ، وعلى جسر عليه ، ولا يجوز للجار منعه لأنه لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع فكذلك إذا رفع بعضه لم يمنع اه .
(قلت) إلا إذا ترتب على ذلك إضرار بجاره وإزالة للجدار الفاصل بين المسكين مما يترتب عليه كشف سوءات البيت أو تعريض المال للضياع أو زوال صفة الصلاحية للسكنى أجبر على إزالة ذلك فإن كان كوة سدها ، وإن كان جداراً أقامه ، وسيأتى مزيد لذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار ، وظهرها إلى الشارع ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز ؛ لأن له حق الاستطراق في الشارع لحاجز أن يفتح إليه باباً من الدار ، وإن كان باب الدار إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح باباً من الدار إلى الزقاق نظرت ، فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لاهله لاحق له في طريقه ، فإن قال : أفتحه ولا أجعله طريقاً ، بل أغلقه وأسمره ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له ذلك ، لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار ، فلأن يجوز أن يفتح فيه باباً أولى ،
(والثاني) لا يجوز ، لأن الباب دليل على الاستطراق ، فنع منه ، وإن فتح

في الحائط كوة الى الزقاق جاز ، لانه ليس بطريق ولا دليل عليه ، فان كان له داران في زقاقين غير نافذين ، وظهر كل واحدة من الدارين الى الاخرى ، فأنفذ احدى الدارين الى الاخرى ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لانه يجعل الزقاقين نافذين ، ولانه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين الى الدار التي ليست فيه ، ويثبت لاهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق (والثاني) يجوز ، وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله ، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ، ويجعلها دارا واحدة ، ويترك البابين على حالهما ، فجاز أن ينفذ احدهما الى الاخرى .

(الشرح) الاحكام : اذا كان لرجل دار في زقاق غير نافذ وظهر الدار الى شارع عام فأراد أن يفتح بابا في ظهر بيته الى الشارع فإن فتحه وسد الباب الذي في الزقاق جاز له ذلك قولا واحدا . أما اذا أبقى الباب الذي في الزقاق نظرت فإذا جعله لاستطراق المارة من الشارع الى الزقاق لم يجوز له ذلك ، لأن الدرب ملوك لاهله لا يعبر أحد أجنبي من زقاقهم ، فإذا استأذن أصحاب الزقاق وقال لهم أفتحوه ولا أجعله طريقا . بل أجعل بابي ذا أفعال وترابيس لا يمر فيه الا أهل بيتي وضيقتان ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لانه اذا جاز أن يهدم الحائط جاز له أن يهدم بعضه .

(والثاني) لا يجوز ، لأن السباب ثغرة يمكن أن يستدل منها المارة على الاستطراق الى الزقاق فتح منه . وقال الحنابلة : يجوز له ذلك قولا واحدا ، ولانه يرتفق بمالم يتعين ملك أحد عليه

وعلى القول بالجواز ان قيل : في هذا اضرار بأهل الدرب : لانه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع (قلنا) لا يصير نافذا ، وإنما تصير داره نافذة ، وليس لاحد استطراق داره ، فاما ان كان باب داره الى الشارع ، وليس له باب الى الدرب فأراد أن يفتح بابا في ظهر داره الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ،

لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي تقدم .

(فرع) إذا أراد أن يفتح إلى الدرب كوة أو شبا كما لم يمنع منه ، لأنه يتصرف في ملكه ، وربما أراد ذلك للهواء أو النور أو الشمس .

(فرع) فإن كان لرجل داران وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ وظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، فإن أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، وإن أراد أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى ليدخل من كل واحدة من الدارين إلى الأخرى ، ويدخل من كل واحدة من الدارين ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا أنه لا يجوز ، لأنه يجعل لكل واحدة من الدارين طريقاً من كل واحدة من الدارين ، ويجعل الدار كالدرج الواحد ، ولأنه يشبث الشفعة لكل واحد من الدارين لأهل الدرب الآخر في قول من يشبث الشفعة في الدار لاشتراكهما في الطريق ؛ وهذا لا يجوز . وقال القاضي أبو الطيب : يجوز ، لأنه يجوز له أن يرفع الحائط كله ، فجاز له أن يفتح فيه باباً .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ ، فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له (والثاني) يجوز ، لأن حقه ثابت في جميع الدرب ، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه ، فإن كان باب في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه ، ويجعل إلى عند الباب دهليزاً — إن قلنا : إن من باب في وسط الدرب - يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب ، لم يجوز لهذا أن يقدمه ، لأنه مشترك بين الجميع . فلا يجوز أن يختص به ، وإن قلنا : لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجلين داران في زقاق غير نافذ ، وباب دار أحدهما قريب من أول الدرب ، ولداره فناء يمتد إلى آخر الدرب ، وباب دار الآخر في وسط الدرب ، فإن أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابه إلى أول الدرب جاز لأنه يترك بعض ما كان له من استحقاق ، وإن أراد أن يؤخر بابه إلى داخل الدرب الذي له فناء داره هناك ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن فناء داره يمتد فكان له تأخير بابه إلى هناك ، ولأن له يداً في الدرب ، فكان الجميع في يدهما (والثاني) ليس له ذلك وهو الصحيح ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق في موضع لم يكن له وإن أراد من باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه . قال الشيخ أبو حامد فإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لفناء لصاحبه فيه كان له ذلك وجهاً واحداً وإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذي لصاحبه هناك ففناء فهل له ذلك ؟ ينبغي على الوجهين الأولين .

فإن قلنا ليس لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابه فلن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه وهو الصحيح . وإن قلنا لمن باب داره في أول الدرب أن يؤخر بابه إلى وسط الدرب ، فليس لمن باب داره في وسط الدرب أن يقدم بابه إلى فناء داره .

وقال ابن الصباغ : ينبغي له أن يقدم بابه في فناءه إلى فناء صاحبه وجهاً واحداً لأنه إنما يفتح الباب في فناء نفسه ، ولا حق له فيما جاوز ذلك وقال أصحاب أحمد : إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق ، لأن له الاستطراق إلى بابه القديم ؛ فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الأول جاز لأن حقه لم يسقط ، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك . قال ابن قدامة نصر عليه أحمد اه
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا كان بين رجلين حائط مشترك فأنهم ، فدعا أحدهما صاحبه إلى العبارة وامتنع الآخر ، ففيه قولان . قال في القديم يجر لأنه إنفاق على

مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإتفاق على العبد . وقال في الجديد : لا يجبر لأنه إتفاق على ملك لو انفرد به لم يجبر ، فإذا اشتركا لم يجبر كزراعة الأرض . فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم المحتنع على الإتفاق ، فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه ، فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان . ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان .

وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه ، لأنه يعيد رسما في ملك مشترك فلم يمنع منه ، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقه ، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقضه مع أعاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعيته وليس للباقي فيه إلا أثر في تأليفه . وإن بناه بغير آله كان الحائط للباقي ، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير ادنه ، فإن أراد الباقي نقضه كان له ذلك لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه ، فإن قال له المحتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه ، لأن على هذا القول يجبر على البناء . فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقينه وأجبر عليه ، كما أجبر على البناء .

وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع ، لأنه يعيد رسما في ملك مشترك وهو عرصه الحائط فلم يمنع منه ، فإن بناه بآله فهو بينهما ، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب . وإن بناه بآله أخرى فالحائط له ، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به ، وإن أراد نقضه كان له ، لأنه لا حق لغيره فيه . فإن قال له الشريك لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه ، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر . فإذا بناه لم يجبر على تبقينه .

وإن قال : قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب ، قلنا للباقي : أما أن تتمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة . وأما أن تنقضه ليبنى معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلا يجوز أن يعيد رسمه ، ويسقط حق شريكه .

(الشرح) الأحكام : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم أو هدماه ، فدعا أحدهما إلى بنائه وامتنع الآخر ، فهل يجبر الممتنع ؟ فيه قولان . هكذا لو كان بينهما نهر عظيم ، أو بئر فاجتمع فيه الطين ، فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك ؟ فيه قولان .

وقال أبو حنيفة : لا يجبر الممتنع على بناء الحائط ، ويجبر على كسح النهر والبئر . وقال أحمد لا يجبر على البناء لأنه إذا كان الممتنع مالكا لم يجبر على البناء في ملكه المختص به ، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه . وقال مالك وأبو ثور : وأحد القولين عندنا يجبر

قال العمراني في البيان : وعندنا الجميع على قولين - وهو يعني بالجميع الحائط والبئر والنهر في البناء وكسح الطين

قال في القديم : يجبر الممتنع منهما . وبه قال مالك رحمه الله تعالى . واختاره ابن الصباغ لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ،

فإذا لم يجبر الممتنع أضررنا بشريكه ، ولأنه إنفاق على ملك مشترك لإزالة الضرر فأجبر الممتنع منهما ، كالإنفاق على الحيوان المشترك . وقال في الجديد : لا يجبر الممتنع ، لأنه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه ، فإذا كان مشاركا لغيره لم يجبر عليه ، كإلو كان بينهما براح من الأرض لا بناء عليه فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع فانه لا يجبر ، وعكس ذلك البهيمة والعبد المشتركين ، لما لزم صاحبه الانفاق عليه عند الانفرد بملكه أجبر على الانفاق عليه إذا شارك غيره .

وأما الخبر فلا حجة فيه ، لأننا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به ؛ والضرر لا يزال بالضرر ، فإذا قلنا بقوله القديم فطالب الشريك شريكه بالبناء لزمه الانفاق معه بقسط ما يملك من الحائط ، فان امتنع أجبره الحاكم ، فإن كان له مال أخذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه ، وإن كان معسرا افترض له الحاكم من الشريك أو من غيره .

وإن بناه الشريك بإذن الحاكم أو بإذن الممتنع كان الحائط ملكا بينهما كما كان

ويرجع الذي بناه على شريكه بحصته من النفقة ، وان بناه بغير اذن شريكه لا ان الحاكم لم يرجع بما أنفق ، لأنه متطوع بالاتفاق ، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الاولى كان ملكا بينهما كما كان ، لان المنفق انما أنفق على التاليف ، وذلك اثر لا عين يملكها . وان اراد الذي بناه نقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملك لهما ، وان بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذي بناه ، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به ، فان اراد الذي بناه نقضه كان له ذلك لانه منفرد بملكه

وان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع ما يخصني من النفقة أجبر الذي بناه على التبقية ، لانه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذي بنى على التبقية ببذل النفقة وان كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير اذن شريكه أو اذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق ، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء ، لان الماء ينبع في ملكيهما ، وليس له الا نقل الطين ، وذلك اثر لا عين بخلاف الحائط . وان قلنا بقوله الجديد لم يجبر الممتنع منهما . فان اراد أحدهما بناه لم يكن للأخر منعه من ذلك لانه يزول به الضرر عن الثاني ، فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان ، فلو اراد الذي بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملكهما ؛ فهو كما لو لم ينفرد ببناؤه .

وان بناه بآلة له فهو ملك الذي بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به . فان اراد الذي بناه أن ينقضه كان له ذلك لانه ملك له ينفرد به ، فان قال له الممتنع : لا تنقض . وأنا أدفع اليك ما يخصني من النفقة لم يجبر الذي بنى على التبقية لانه لما لم يجبر على البناء في الابتداء لم يجبر على التبقية في الانتهاء

فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا أن يكون له خشب فيقول له اما أن تأخذ مني ما يخصني من النفقة وتمسكني من وضع خشبي أو تقلع حائطك لتبنيه جميعاً فيكون له ذلك لانه ليس للذي بناه ابطال رسوم شريكه ، هذا اذا اهدم أو هدماه من غير شرط البناء . فأما اذا هدماه على أن يبنيه أحدهما ، أو هدمه أحدهما متعدياً . قال الشافعي رضي الله عنه أجبرته على البناء واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هي على قولين ، كما لو هدماه من غير شرط

والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه إنما هو على القول القديم، وهو اختيار المحاملي، لأن الحائض لا يضمن بالمثل، ومنهم من قال يجبر قولاً واحداً. قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح، لأن الشافعي رضي الله عنه نص على ذلك في الجديد، ولأنه هدمه بهذا الشرط فلزمه الوقا به.

(فرع) وإن كان الحائض بينهما نصفين فهدماه أو انهدم ثم اصطلمها دلي أن يبنيها وينفقاً عليه بالسوية ويكون لأحدهما ثلث الحائض وللآخر ثلثاه، ويجعل عليه كل واحد منهما ماشاء فلا يصح هذا الصلح، لأن الصلح هو أن يترك بعض حقه بعوض. وهما قد ترك أحدهما لصاحبه سدس الحائض بغير عوض فلم يصح كما لو ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه المدعى منها دلي سكتاها فلا يصح لأنه ملكه الدار والمنفعة، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض كذلك ههنا مثله. ولأن هذا شرط فاسد، لأن كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ماشاء والحائض لا يحمل ماشاء فلم يصح، كما لو صالحه على أن يبني على حائطة ماشاء فإنه لا يصح لأن ذلك مجهول.

وإن اصطلمها على أن يبني وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة، وينفق عليه الآخر ثلث النفقة، ويجعل على الحائض خشباً معلومة، فقد قال الشيخ أبو حامد في دراسة أولى بصلح الصالح. لأنه لما زاد في الإنفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض. وقال في درسه مرة ثانية: لا يصح هذا الصلح لأن النفقة التي تزيد على نفقة حقه مجهولة، والصلح على عوض مجهول لا يصح. ولأنه صلح على ما ليس بموجود، لأن الحائض وقت العقد معدوم اهـ

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفلى والسقف بينهما؛ فانهدم حيطان السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولاً واحداً لأن حيطان السفلى لصاحب السفلى فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء؟ فيه قولان. فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه. وإن لم يكن له مال اقترض

عليه ، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفلى لانه بنى له وتكون النفقة في ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفلى لانها ملكه لا حق لصاحب السفلى فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما ، فان تبرع صاحب العلو وبني من غير اذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفلى بشيء ، ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها كانت الحيطان لصاحب السفلى لان الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعة من الانفاق بها ولا يملك نقضها لانها لصاحب السفلى وله أن يعيد حقه من الغرفة ، وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفلى أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتبدأ ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو ، ولا يمكن له أن يسكن في قرار السفلى لان القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لانه لا حق لغيره فيها ، فإن بذل صاحب السفلى قيمته ليرك نقضها لم يلزمه قبولها ، لانه لا يلزمه بناؤها قولا واحدا فلا يلزمه تبيقيتها ببذل العوض . والله أعلم

(الشرح) قوله « يتد » مثل يعد ويزن ، وهو الفعل المسمى عند النحاة بالمثال تحذف فاء مضارعة .

أما الاحكام : فإن كان حيطان العلو لرجل وحيطان السفلى لآخر ، والسقف بينهما فانهدم الجميع فليس لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا ، لان حيطان السفلى لصاحب السفلى فلا يجبر غيره على بنائها ، وهل لصاحب العلو المطالبة بإجبار صاحب السفلى على بناء السفلى ؟ على القولين في الحائط ، فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم صاحب السفلى على البناء ، وإن لم يكن له مال اقترض عليه من صاحب العلو ومن غيره وبني له سقفه ، وكان ذلك دينا في ذمته الى أن يوسر . وهكذا إذا بنى صاحب العلو حيطان السفلى بأذن صاحب السفلى أو بأذن الحاكم جاز ، وكانت حيطان السفلى لصاحب السفلى ، ولصاحب العلو أن يرجع بما أنفقته على حيطان السفلى على صاحب السفلى ، ثم يعيد علوه كما كان .

فان أراد صاحب العلو أن يبني من غير إذن الحاكم وأذن صاحب السفلى لم يمنع من ذلك لأنه يستحق الحمل على حيضان السفلى . ولا يرجع بما أنفق عليها لأنه متطوع ، فان بنى السفلى بآلته كان ملكا لصاحب السفلى كما كان ، ويرجع لصاحب العلو نقضها ، ولكن يعيد علوه عليها .

وإن بنى بآلة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو ، وليس لصاحب السفلى أن يضع عليها شيئا ، ولا يتد فيها وتدا . ولكن له أن يسكن في قرار السفلى ، لأن ذلك قرار ملكه ، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه له أن يسكن في قرار السفلى ، لأن ذلك قرار ملكه . فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه ملكه .

فان بذل صاحب السفلى ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لأنه لم يجبر على البناء في الابتداء فلم يجبر على التبقية في الانتهاء .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو ادعى على رجل بيتا في يده فاصطلحا بعد الإقرار على أن يكون لأحدهما سطحه ، والبناء على جدرانته بناء معلوما فجاز ، واختلت أصحابنا في صورة هذه المسألة ، فقال أبو العباس بن مريج وصورتها أن يدعى رجل على رجل دارا في يده علوها وسفلها فيقر له بها ، ثم اصطالحا على أن يكون السفلى والعلو للقر له . ويبني المقر على العلو بناء معلوما . فيصح الصلح ، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة ، لأن صلح المعاوضة إسقاط بعض حقه بعوض ، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض ، لأنه ملك العلو والسفلى بالإقرار ، ثم ترك المقر له للقر العلو بغير عوض فيكون عارية له الرجوع فيها قبل البناء ، وليس له الرجوع بعد البناء ، كما قال الشافعي رضي الله عنه : إذا ادعى على رجل دارا فأقر له بها ثم صلح منها على سكنها فلا يكون صلحا وإنما يكون عارية .

ومنهم من قال صورتها أن يدعى رجل على رجل سفلى بيت عليه علو وبقر أن العلو للقر له ، فيقر المقر له للقر بالسفلى ، ثم اصطالحا على أن يكون السفلى للقر له عليه ، على أن المقر يبني على العلو غرفة معلومة البناء فيصح

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : وهذا أصح التأويلين ، وقال ابن الصباغ :
الاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى .

(مسألة ثمانية) إذا ادعى رجل دارا في يدرجلين فأقر له أحدهما بنصفها ،
وانكر الآخر وحلف له . فصالح المقر للدعي عن نصف الارض على عوض ومار
ذلك النصف للمقر ، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة ؟

قال الشيخ أبو حامد : إن كان ملكا بجهتين مختلفتين ، مثل أن كان أحدهما
ورث ما بيده والآخر ابتاع ما بيده ، فللشريك المنكر الشفعة ، لأن الجهتين إذا
اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا ، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه
بالصلح فتثبت فيه الشفعة .

وإن اتفقت جهة الملك لهما بالإرث مثلا أو الإبتاع . ففيه وجهان
(أحدهما) ليس للمنكر الاخذ بالشفعة ، لأنه يقر بأن أخاه أقر بنصف

الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح . وهذا يمنع من المطالبة بالشفعة
(والثاني) له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح ، لأنه قد حكم بنصفها للمقر له
وحكم بأنه انتقل إلى المقر له بالصلح ؛ مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل إليه نصيب
المقر من غير أن يعلم الآخر .

وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال : إن كان إنكار المنكر مطلقاً ، كأن أنكر
ما ادعاه فله الاخذ بالشفعة . وإن قال : هذه الدار لنا وورثناها عن أبينا ، فهل له
الاخذ بالشفعة ؟ فيه وجهان

(مسألة ثالثة) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا أقر أحد الورثة في دار في
أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شيء بعينه فالصالح جائز ، والوارث المقر
متطوع ولا يرجع على إخوته بشيء . واختلف أصحابنا في صورتها ، فمنهم من
قال : صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل دارا في أيديهم كان أبوهم
قد غصبه إياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت في دعواك وقد وكنتي شركائي
على مصالحتك بشيء معلوم ؛ فحكم هذا في حق شركائه حكم الاجنبي إذا صالح عن
المدعى عليه عينا مع الإنكار ، على ما مضى بيانه

وقال أبو علي الطبري : تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة ديناً على

مورثهم ، وأن هذه الدار رهن عنده بالدين ، فيقر له أحدهم بصحة دعواه
ويصالحه عن ذلك بشيء ، لحكيكته حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عاياه بالدين
مع إنكاره . قال لأن الشافعي رحمه الله قال : وأقر أحد الورثة في دار في أيديهم
بحق . ولو أقر بالدار يقال : أقر بالدار ، وإنما أراد رهن الدار ، وأيهما كان
فقد مضى حكمه .

قال الشيخ أبو حامد : والتأويل الأول أصح ، وقد بين الشافعي رحمه الله
ذلك في الأئم .

(مسألة رابعة) قال الشافعي في الأئم : ولو ادعى رجل على رجل زرعاً
في الأرض فصالحه من ذلك على دراهم جوائز ، وهذا كما قال : إذا ادعى رجل على
رجل زرعاً في أرض فأقر له به فصالحه منه بعوض ، فإن كان بشرط القطع صح
الصالح ، وإن كانت الأرض للمقر كان له تبقية الزرع ، لأن الزرع له ، والأرض
له . فإن قيل هلا كان للمدعى إجباره على القطع ، لأن له عوضاً في ذلك ،
وهو أنه ربما أصابته جائحة فرفعه إلى الحاكم ، يرى إيجاب وضع الجوائح
فيضمنه ذلك ؟

قال ابن الصباغ : فالجواب أن ذلك إنما يكون إذا لم بشرط القطع . فأما مع
شرط القطع فلا يضمن البائع الجوائح ، وإن صالحه من غير شرط القطع ، فإن
كانت الأرض لغير المقر لم يصح الصالح ، وإن كانت الأرض للمقر فهل يصح
الصالح ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في البيع

وإن كان الزرع بين رجلين : فادعى عليهما رجل به فأقر له أحدهما بنصفه
وصالحه منه على عوض ، فإن كانت الأرض لغير المقر لم يصح ، سواء كان مطلقاً
أو بشرط القطع ، لأنه إن كان مطلقاً فلا يصح لأنه زرع أخضر فلا يصح بيعه
من غير شرط القطع ، وإن كان شرط القطع لم يصح أيضاً لأن نصيبه لم يتميز
عن نصيب شريكه ، ولا يجبر شريكه على قلع زرعه ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد
وابن الصباغ ، وقد مضى ذكر أقوالهما في البيوع

وذكر القاضي أبو الطيب أن ذلك ينبي على القولين في القسمة ، هل هي بيع
أو إقرار حق ؟ وإن كانت الأرض للمقر — فإن قاتنا من اشترى زرعاً في أرضه

يصح من غير شرط. القطع صح الصلح ههنا ، وان قلنا لا يصح أن يشتري زرعاً في أرضه الا بشرط. القطع لم يصح ههنا

(فرع) قال ابن الصباغ : وان ادعى على رجل زرعاً في أرضه فأقر له بنصفه ثم صالحه منه على نصفه على نصف الأرض لم يجوز ، لان من شرط بيع الزرع قطعه . وذلك لا يمكن في المشاع ؛ وان صالحه منه على جميع الأرض بشرط. القطع على أن يسلم اليه الأرض فارعة صح ، لان قطع جميع الزرع واجب نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع وجري مجرى من اشترى أرضاً فيها زرع وشرط. تفريغ الأرض فانه يجوز ، كذلك ههنا

وان أقر له بجميع الزرع وصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الزرع والأرض بينهما نصفين ، وشرط القطع في الجميع . فان كان الزرع زرع في الأرض بغير حق جاز الصلح لان الزرع يجب قطعه جميعه ، وان كان الزرع زرع لحق لم يصح الصلح ، لانه لا يمكن قطع الجميع

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني في التعليق أن أصحابنا قالوا : اذا كان له زرع أرض غيره فصالح صاحب الزرع صاحب الأرض من نصف الزرع على نصف الأرض بشرط. القطع جاز ، لان نصف الزرع قد استحق قطعه بالشرط ، والنصف الآخر قد استحق أيضاً قطعه لانه يحتاج الى تفريغ الأرض ليسلمها فوجب أن يجوز . قال وهذا ضعيف . أما النصف فقد استحق قطعه . وأما النصف الآخر فلا يحتاج الى قطعه . لانه يمكن تسليم الأرض وفيها زرع

قال ابن الصباغ : ولان باقى الزرع ليس يمنع فلا يصح شرط قطعه في العقد ، ويفارق ما ذكرناه اذا أقر بنصف الزرع وصالحه على جميع الأرض ، لانه بشرط تفريغ الجميع ، والله أعلم وبه التوفيق ومنه العون سبحانه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة بالدين ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «مطل الغنى ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع ،

(الشرح) الحول : الحيلة أو القوة أو الستة ، وحال الغلام وحالت الدار أتى عليها الحول . وحالت القوس اعوجت ، وحال اللون تغير . والحال : الطين . والتحول التنقل والاسم الحول ، ومنه قوله تعالى (لا يبغون عنها حولا) وذكر الأزهري عن الزجاج أن الحول مصدر كالصفر ؛ وأحال الرجل أتى بالمحال ، وأحال عليه بدينه ، والاسم الحوالة بفتح الحاء ، المحالة في قولهم : لا محالة . أى لا بد . والمليء : الغنى الواسع الثراء ، ومن هنا تكون الحوالة نقل حق من ذمة إلى ذمة من قولهم : حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقله إليه .

أما حديث أبي هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه باللفظ الذى سلكه المصنف ، ورواه أحمد بن حنبل ومطل الغنى ظلم ؛ ومن أحيل على مليء فليحتل ،

وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : «مطل الغنى ظلم وإذا أحلت على مليء فاتبعه ، وإسناده : حدثنا اسماعيل بن توبة ثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر . واسماعيل بن توبة قال ابن أبى جاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح . وقد أخرجه الترمذى وأحمد أيضا

والحوالة لا تتم إلا بثلاثة أنفس ، محيل . وهو من يحيل بما عليه ، ومحتمل . وهو من يحتمل بما له من الحق ؛ ومحال عليه ، وهو من ينتقل حق المحتمل اليه . واختلفوا هل هى بيع دين بدين ، ورخص فيه فاستثنى عن بيع الدين بالدين . أو هى استيفاء .

وقيل هى عقد إرفاق مستقبل ، ويشترط فى صحتها رضا المحيل بلا خلاف . والمحتمل عند الأكثر ، والمحال عليه عند بعض ، ويشترط أيضا تماثل التقدير

في الصفات وأن يكون في شيء معلوم ، ومنهم من خصها بالنقدين ومنعها في الطعام لأنها يبيع طعام قبل أن يستوفي .

قوله «مطل الغنى» الجمهور على أنه من إضافة المصدر الى الفاعل ، والمعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل صاحب الدين ، بخلاف العاجز . وقيل هو من إضافة المصدر الى المفعول ، أى يجب على المستدين أن يوفى صاحب الدين . ولو كان المستحق للدين غنياً فإن مطله ظلم ، فكيف إذا كان فقيراً ، فإنه يكون ظلماً بالأولى ، ولا يخفى بعد هذا . كما قال الحافظ بن حجر

والمطل في الأصل المد . وقال الأزهري : المدافعه

قال الحافظ. ابن حجر في فتح الباري : والمراد هنا تأخير ما استحق أداءه بغير عذر .

قوله «وإذا أتبع» بهمز القطع وإسكان التاء المثناة الفوقية على البناء للجوهول قال الإمام النووي : هذا هو المشهور في الرواية واللغة . وقال القرطبي : أما أتبع فبضم الحمزة وسكون التاء مبنياً للمالم بسم فاعله عند الجميع . وأما فليتبع فلا أكثر على التخفيف . وقيد بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، وتعقب الحافظ ما ادعاه من الاتفاق . يقول الخطابي : إن أكثر المحدثين يقولونه . يعنى أتبع بتشديد التاء والصواب التخفيف . والمعنى إذا أحيى فليحتل كما وقع في الرواية الأخرى قوله «على مليء» قيل هو بالهمز ، وقيل بغير همز ، ويبدل على ذلك قول السكرماني : المليء كالغنى لفظاً ومعنى

وقال الخطابي : إنه في الأصل بالهمز . ومن رواه بتركها فقد سهله

قوله «فاتبعه» قال الحافظ بن حجر : هذا بتشديد التاء بلا خلاف

(قلت) وحديث أبي هريرة وحديث ابن عمر يدلان على أنه يجب على من أحيى بحقه على مليء أن يحتال . وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستحباب . قال ابن حجر : وهم من نقل فيه الإجماع .

وقد اختلف في المطل من الغنى هل هو كبيرة أم لا ؟ وقد ذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق ، واختلفوا هل يفسق بمرة أو بشرط التكرار ؟ وهل تعتبر

الطلب من المستحق أم لا ؟ قال في فتح الباري : وهل ينصف بالمطل من ليس القدر الذي عليه حاضرًا عنده ، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلاً ؟ قولان عندنا (أولهما) عدم الوجوب (والثاني) الوجوب مطلقاً ، وفصل أصحاب قول ثالث بين أن يكون أصل الدين بسبب يعصى به فيجب وإلا فلا . قال الشوكاني : والظاهر الأول لأن القادر على التكسب ليس بمليء ، والوجوب إنما هو عليه فقط ، لأن تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعِلِّيَّة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه ، كعوض القرض ، وبدل المتلف ، فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به : لأن الحوالة بيع في الحقيقة ، لأن المحتمل يبيع ماله في ذمة المحيل بماله في ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه .

(الشرح) الاحكام : تجوز الحوالة بعوض القرض وبدل المتلف ، لأنه حق ثابت مستقر في الذمة ، فجازت الحوالة به كبيعته قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : وتجوز الحوالة بثمن المبيع لأنه دين مستقر . وهل تجوز الحوالة بالثمن في مدة الخيار؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول القاضي أبي حامد : لا تصح الحوالة به لأنه ليس بثابت . (والثاني) يصح لأنه يؤول الى اللزوم ولا تجوز الحوالة بالمبيع لأنه غير مستقر ، لأنه قد يتلف قبل القبض فيبطل البيع فيه .

(فرع) ولا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأن دين السلم غير مستقر لأنه يعرضه للفسخ انقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره ، وأما المكاتب إذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة ، وله ديون جاز

أن يحيل بعض غرمائه على بعض ، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بما لهم في ذمته .
لان الحق ثابت في ذمته . وأما ما في ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيدته أن
يحيل به عليه ، لانه غير مستقر ، لان له أن يعجز نفسه متى شاء ، فلا معنى
للحوالة به ، وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذي عليه على غريم
للمكاتب قال ابن الصباغ صحت الحوالة .

(قلت) وقد قال أصحاب أحد كقولنا في كل ما ذكرنا وفي الدين على المكاتب
وله حكمه حكم الاحرار ، وكذلك ما في ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده
على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة
القبض ، ولا يصح لسيدته أن يحيل مال الكتابة إلى غرمائه لانه يستطيع
أن يعجز نفسه .

واشترط صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لانه بمنزلة أن يقضيه
ذلك من يده ، وان كان لسيدته عايه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل
غريماً له عليه ، فيه وجهان حكاهما الطبري (أحدهما) يصح . ولم يذكر ابن
الصباغ عنيره ، لانه دين لازم (والثاني) لا يصح لانه قد يعجز نفسه فيسقط
ما في ذمته لنفسه من دين المعاملة وعنيرها ، لان السيد لا يثبت له مال على العبد
قال الصيمري : وان أحاله رجل على عبده — فإن كان مأذوناً له في التجارة —
جاز ، وان كان عنير مأذون فقيه وجهان ، الاصح لا تصح الحوالة
(فرع) اذا أحالت المرأة على زوجها صداقها قبل الدخول لم يصح لانه دين
عنير مستقر ، وان أحالها الزوج به صح ، لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم
مقام تسليمه . وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة ، فمنهم من
قال لا تجوز الا بما له مثل ، كالأثمان والحبوب وما أشبهها ، لان القصد بالحوالة
انصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكنه ذلك الا
فيما له مثل ؛ فوجب أن لا يجوز فيما سواه ، ومنهم من قال تجوز في كل ما يثبت

في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان ، لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض ، لمجازت الحوالة به كذوات الأمثال .

(فصل) ولا تجوز الا بمال معلوم ، لأننا بينا أنه يبيع فلا تجوز في مجهول واختلاف أصحابنا في ابل الدية ، فمنهم من قال لا تجوز . وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره . ومنهم من قال تجوز لأنه معلوم العدد والسن لمجازت الحوالة به .

(الشرح) الأحكام : تجوز الحوالة بالدرهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والأدهان ، وما استحدث في عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحقق المثلية ، فإذا كانت مستعملة وأمكن تحديد المرش من حيث زمن الاستعمال وقدر المرش وضبطه ووجد المثل بشهادة الخبير الامين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة ، لأن القصد بالحوالة ابقاء الغريم - قه من غير زيادة ولا نقصان ، وذلك يحصل بما ذكرناه .

وهل تصح الحوالة بما لا مثل له بما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التي يصح السلم عليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه مال ثابت في الذمة مستقر فصحت الحوالة به ، كالدرهم والدنانير

(والثاني) لا يصح ، لأن المثل فيه لا ينحصر ، ولهذا لا يضمن بمثله في الإلتلاف . فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية . وإذا قلنا بالأول فهل تصح الحوالة بإبل الدية . فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعي رضي الله عنه : إذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الإبل في ذمتها له أرش جنابتها عليه . وكذلك قال في الصلح : إذا كان له في ذمته أرش جنابية خمس من الإبل فصالح عنها . فهل يصح . فيه قولان (أحدهما) يصح لأنه دين مستقر في الذمة معلوم العدد والسن .

(والثاني) لا يصح وهو الصحيح ، لأنها مجهولة الصفة ، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها

وقال أصحاب أحمد لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت في
الذمة ؛ ومن شرط الحوالة تساوى الدينين ، فأما ما يثبت في الذمة من الماخير
المثليات كالمذروع والمعدود ، ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا تصح لأن
المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمنه بمثله في حالة الإلتاف
(الثاني) تصح ، ذكره القاضى من الحنبالية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول
والتأجيل ، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة ، لأن الحوالة ارفاق
كالقرض ، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طالب الفضل ، فتخرج
عن موضوعها ، فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة ،
وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة ، فأحال عليهما رجلا له عليه ألف ،
على أن يطالب من شاء منهما بألف ، ففيه وجهان
(أحدهما) تصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأنه
لا يأخذ الا قدر حقه .

(والثاني) لا تصح ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله ، لأنه
يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة . وذلك لا يجوز ؛ ولأن الحوالة بيع فإذا
خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال « بعتك أحد هذين العبدين ،

(الشرح) ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من جنس واحد ، فإن كان
عليه لرجل دنائير فأحاله بها على رجل له عليه دراهم ، أو حال من له عليه حنطة
على من له شعير أو ذرة لم تصح الحوالة ، لأن موضوع الحوالة أنها لا تفتقر الى
رضى المحال عليه ، فلو صححناها بغير جنس الحق لا شرط فيها رضاه ، لأنه
لا يجبر على تسليم غير الجنس الذى عليه ، ولأن الحوالة تجرى مجرى المقاصة ،
لأن المحبل سقط ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه ، ثم المقاصة لا تصح من
جنس بجنس آخر وكذلك الحوالة ، ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من نوع

واحد لما ذكرناه في الجنس . فإن كان له على رجل ألف صحاح ، فأحاله بها على من له عليه ألف مكسرة ، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة ، لان الحوالة في الحقيقة بيع دين بدين ، وبيع الدرهم بالدرهم صرف من شرطه القبض في المجلس إلا ان جوزنا تأخير القبض في الحوالة ، لأنه عقد إرفاق معروف ، فإذا دخل فيه الفضل صار بيعاً وتجارة ، وبيع الدين بالدين لا يجوز . ألا ترى أن القرض في الحقيقة صرف ، لأنه يعطى درهم بدرهم ، ولكن جوز تأخير القبض فيه لأنه إرفاق . ولو قال أقرضتك هذه الدرهم المكسرة لتردها علي صحاحا لم يصح . وكذلك هذا مثله .

(فرع) وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأحاله أحدهما على آخر بألف برئت ذمتها بما له عليهما وإن أحال عليهما رجلا له عليه ألف ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائة صح . وإن أحاله عليهما على أن يطالب من شاء منهما بالالف فهل تصح الحوالة ، فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج (أحدهما) تصح الحوالة ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفراييني ، لان المحتمل لا يأخذ الا قدر حقه ، لان الزيادة إنما تكون في القدر أو الصفة ، ألا ترى أنه يجوز أن يحيل على من هو أملاً منه

(والثاني) لا تصح الحوالة ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة في المطالبة ، لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين ، ولان الحوالة بيع فإذا كان الحق على اثنين كان المقبوض منه منهما مجمولا فلا يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين ، لأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح اذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين بصح اذا كان عليه مثله فصح ، وان لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هذا يطالب المحيل

بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه ، فإن قضاؤه بإذنه يرجع على المحيل ، وإن قضاؤه بغير إذنه لم يرجع .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجل على رجل حق فأحاله على من لا حق عليه : فإن لم يقبل المحال عليه الحوالة لم تصح الحوالة ولم يبرأ المحيل لأنه لا يستحق شيئاً على المحال عليه . وإن قبل المحال عليه الحوالة فهل تصح الحوالة فيه وجهان (أحدهما) لا تصح . وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو ظاهر كلام المزني لأن الحوالة معاوضة ، فإذا كان لا يملك شيئاً في ذمة المحال عليه لم يصح ، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة . ولأنه لو أحال على من له عليه دين غير لازم أو غير مستقر أو مخالف لصفة دينه لم يصح ، فلأن لا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى (والثاني) تصح الحوالة . وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، لأن المحال عليه إذا قبل الحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق أسقط عنه حقلك وأبرئه وعلى عرضه . ولو قال ذلك للزومه لأنه استدعى إتلاف ملك بعوض فكذلك هذا مثله فإذا قلنا به — هذا فللمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه .

وإن قبض المحال الحق من المحال عليه بإذن المحيل ، ثم وهبه المحال للمحال عليه فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشيء ، فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه بشيء ، لأنه لم يفرم شيئاً ، لأن ما دفع إليه يرجع إليه (والثاني) يرجع عليه وهو المذهب ، لأنه قد غرم : وإنما يرجع عليه بسبب آخر . وإن كان عليه حق مؤجل فأحاله به على رجل لا شيء له عليه ، وقبل المحال عليه الحوالة — وقلنا تصح — فإن قضاؤه المحال عليه الحق في محله بإذن المحيل يرجع عليه ، وإن قضاؤه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين ، لأنه متطوع بالتقديم

فإن اختلف المحيل والمحال عليه فقال المحال عليه : أحلت علي ولا حق لك علي ، فأنا أستحق الرجوع عليك لأنني قضيت بإذنك ، وقال المحيل : بل أحلت بحق لي عليك ، فالقول قول المحال عليه مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الدين . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال ، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق ، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً ، وهل تصح من غير رضا المحال عليه . ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا أنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاه ، وإن كان على من له عليه حق فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري واختيار المزنى أنه لا تجوز إلا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال (والثاني) وهو المذهب أنه تجوز ، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه ، كالتوكيل في قبضه ، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع ، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع

(الشرح) الأحكام : اعتبار رضى المحتال ، هو مذهبتنا ومذهب مالك رضى الله عنه . وقال أحمد وأصحابه وداود وأهل الظاهر : لا يعتبر الرضا . قال الحرقى ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال

وقال ابن قدامة ، قال أحمد في تفسير الملىء ، كأن الملىء عنده أن يكون مليئاً بماله ، وقوله وبدنه ونحو هذا ، فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاها . وقال أبو حنيفة يعتبر رضاها ، لأنها معاوضة فيقتضى الرضا من المتعاقدين .

(قلت) ودليل أحمد وداود وأهل الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم ، إذا أحيل على ملىء فليحتل ، وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب

أما دليلنا فإن الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله إلى غير ذمته بغير رضا من له الحق ، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله إلى عين أخرى بغير رضا من له الحق . وأما الحديث فمحمول على الاستيجاب . وأما المحيل فإن البغداديين من أصحابنا قالوا يعتبر رضاه لأن الحق عليه فلا يتعين عليه جمة قضائه ، كما لو كان له درهم في كيسه فليس لصاحب الحق أن يطالب باجباره على أن يقضيه حقه من كيس معين .

مجلس اول : در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)

در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)

در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)

در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)
در روز شنبه ۱۲۰۲ قمری در روز ۱۲۰۲ (۱۲۰۲)

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

قضى المحتال صح القضاء ، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشيء ، اذا قضى
بغير اذنه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه : يكون له الرجوع عليه .

دليلنا أن الحوالة قد صححت ، وإنما يتبرع بالقضاء ، فلم يرجع عليه بشيء ،
ولأنه لا يملك ابطال الحوالة فكان يدفعه متبرعا ، كما لو قضى عنه أجنبي .

(فرع) فإن أحاله على رجل ولم بشرط أنه ملىء أو معسر فيان أنه معسر لم
يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم ، وبه قال أبو حنيفة . وقال
مالك اذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل

دليلنا أن الإعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار
فكذلك اذا ثبت أنه معسر حال العقد ، وأما اذا أحاله على رجل بشرط أنه ملىء
قال الشيخ أبو حامد ، فإن قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر
فقبل الحوالة ، ثم بان أنه معسر فقد روى المزني عن الشافعي أنه لا يرجع على
المحيل أبداً ، سواء كان المحال عليه غنياً أو فقيراً أوفلس أو مات معدماً ، غره
أو لم يغره .

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع على المحيل
كما لو باعه سلامة بشرط أنها سليمة من العيب فبان بخلافها ، قال وما نقله المزني
فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شيء من كتبه . وقال أكثر أصحابنا ليس له أن
يرجع عليه كما نقله المزني ، لأن الإعسار لو كان غنياً في الحوالة لثبت له به
الخيار من غير شرط كالعيب في المبيع ، ولأن التفريط في البيع من جهة البائع
حيث لم يبين العيب في سلعته . فإذا لم يبين ثبوت للمشتري الخيار . والتفريط
ههنا من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليه

ولأن السلعة حق للمشتري فإذا وجدها ناقصة كان له الرجوع الى الثمن .
وليس كذلك ذمة المحال عليه لأنها ليست بنفس حق المحتال وإنما هي محل لحقه
فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان في حقه ، وإنما يتأخر حقه ،
الأتري أنه قد يتوصل الى حقه من هذه الذمة الخربة . بأن يوسر أو يستدين
فيقضيه حقه بخلاف المبيع اذا وجدته معيباً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن اشترى رجل من رجل شيئاً بألف ، وأحال انشترى البائع على رجل بالآلاف ، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو علي الطبري : لا تبطل الحوالة ، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كالأشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده .
وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة ، وهو الذي ذكره المزي في المختصر ، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون نمناً فإذا خرج عن أن يكون نمناً لم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه لأن العبد يتعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني ، فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما ، فوجب إبطالها . وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففي الحوالة وجهان بناء على المسئلة قبلها .

وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالآلاف ، ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه يتعلق بالحوالة حق غير المتعلقين ، وهو الاجنبي المحتال ، فلم يجز إبطالها .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشتري البائع بالآلاف على رجل عليه المشتري ألف ، ثم وجد المشتري بالسيارة عيباً فردها . فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب . بل تثبت في ذمة المحال عليه ويرجع المشتري على البائع بالثمن . وإن رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزي في المختصر أن الحوالة باطلة . وقال في الجامع الكبير الحوالة ثابتة .

واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق . فقال أبو العباس بن سريج وأبو علي ابن أبي هريرة : تبطل الحوالة كما ذكر في المختصر . لأن الحوالة وقعت بالثمن

فإذا رد المبيع بالعيب انفسخ البيع فسقط الثمن فبطلت الحوالة . وقال أبو علي في الإفصاح : لا تبطل الحوالة كما ذكر في الجامع الكبير ، لأن الحوالة كالتقبض فلم تبطل برد المبيع ، كما لو قبض المحتال مال الحوالة ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فرده ولأن المبتاع دفع الى البائع بدل ماله في ذمته وعروضه بما في ذمة المحال عليه ، فإذا انفسخ العقد الاول لم ينفسخ الثاني ، كما لو أعطاه بالثمن ثوبا وسله اليه ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فإن العقد لا ينفسخ في الثوب

ومنهم من قال هي على حالين . فحيث قال الحوالة باطلة أراد إذا رد المبيع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة . وحيث قال الحوالة لا تبطل أراد إذا رد المبيع بعد قبض البائع مال الحوالة . ومنهم من قال هي على حالين آخرين . فحيث قال تبطل الحوالة أراد إذا ادعى المشتري وجود العيب فصدقه البائع ، لأن الحوالة تمت بهما جميعاً فانحللت بهما . وحيث قال لا تبطل أراد دعوى المشتري أن العيب كان موجوداً حال العقد وقال البائع بل حدث في يدك وكان مما يمكن حدوثه فلا يخلف البائع وخلف المشتري ، فإن الحوالة لا تنفسخ . لأن الحوالة تمت بهما فلم ينفسخ بأحدهما . هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار

فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ بأحدهما : هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار ، فأما إذا كان الرد في مدة الخيار فإن البيع ينفسخ والحوالة تبطل وجهاً واحداً . سواء كان قبل القبض أو بعده ، لأن البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار ، وإذا لم يلزم لم تلزم الحوالة لانهما متعاقبة بالثمن ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، وهذا يدل من قوله ان الحوالة بالثمن في مدة الخيار تصح ، وقد مضى فيها وجهان

(فرع) وإن أحال الزوج زوجته بالمهر ثم ارتدت قبل الدخول . أو وحده أحدهما بالآخر عيباً فنفسخ النكاح . فإن كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة لم تبطل الحوالة ، وإن كان ذلك قبل القبض فعلى الخلاف المذكور في البيوع (فرع) وإن أحال البائع رجلاً بالثمن على المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده لم تنفسخ الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي فلم يبطل حقه بغير رضاه ، وهكذا لو أحالت الزوجة بمهرها على

الزوج رجلاً ثم ارتدت قبل الدخول لم تبطل الحوالة ، لأنه تعلق بالحوالة حق
أجنبي وهو المحتال فلا يبطل من غير رضاه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف ثم اتفقا على أن العبد
كان حراً فإن كذبها المحتال لم تبطل الحوالة ، كما لو اشترى عبداً وباعه ثم اتفق
البائع والمشتري أنه كان حراً فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينة
بدخولها في البيع . وإن صدقها المحتال بطلت الحوالة لأنه ثبتت الحرية وسقط
الثمن فبطلت الحوالة

(الشرح) الاحكام : ولو اشترى رجل من رجل عبداً بألف ثم أحال البائع
رجلاً له ألف على المشتري ثم صادف البائع والمشتري أن العبد كان حراً وقت
البيع فإن صدقها المحتال على حريته العبد وقت البيع وأن الحوالة وقعت بالثمن
حكم ببطالان الحوالة وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه لأن الحوالة
وقعت بالثمن وقد صدقها أنه لا ثمن للبائع على المشتري . وإن كذبها المحتال ولم
يكن هناك بينة فالقول قول المحتال مع يمينه لأن الحوالة تمت بالمحيل والمحتال فلا
يتحمل إلا بهما . كما أن البيع لما تم بالبيع والمشتري لا يفسخ البيع إلا بهما .
ولأنه قد تعلق بالثمن حق غير المتعاقدين فلا يبطل حقه بقول المتبايعين كما لو
اشترى عبداً فقبضه وباعه من آخر ثم اتفق المتبايعان الأولان أن العبد كان حراً
فإنهما لا يحيلان على المتبايع الثاني . فإذا حلف المحتال قبض المال من المشتري .
وهل يرجع المشتري على البائع بذلك . فيه وجهان

قال صاحب الفروع يرجع عليه . لأن المشتري قضى عن البائع دينه
بأذنه فرجع عليه

وقال الطبري في العدة لا يرجع عليه لأن المشتري يقر أن المحتال ظلمه
بأخذ ذلك منه فلا يرجع به على غير من ظلمه . وإن أقام البائع والمشتري بينة
فهل تسمع . فيه وجهان

قال الشيخ أبو إسحاق : لا تسمع ، لأنهما كذبا البيئنة بدخولهما في البيع ، وقال الشيخ أبو حامد وصاحب الفروع : إن شهدت البيئنة أن العبد حر الأصل ، وأن الحوالة وقعت بالثمن أو شهدت بأنه حر الأصل وأقر المحتمل بأن الحوالة وقعت بالثمن بطلب الحوالة ، لأنه إذا ثبت أنه حر تبيينا أنه لم يتعلق بذمة المشتري شيء فحكم ببطلان الحوالة ، وإن أقام العبد بيئنة بحريته ، قال ابن الصباغ تثبت حريته وبطلت الحوالة ، ولم يذكر له وجهها والذي يقتضى المذهب أن الحوالة لا تبطل بذلك ، لأن العبد يحكم بحريته بتصادق البائع والمشتري ، ولا تبطل الحوالة بذلك فكذلك إذا أقام العبد بيئنة ، ولأن المتبايعين إذا كانا مقرين بحريته فلا حاجة به إلى إقامة البيئنة فلا تبطل الحوالة بإقامته البيئنة .

وإن صدقهما المحتمل أنه كان حراً وادعى أن الحوالة وقعت بغير الثمن وقالوا بل وقعت بالثمن أو أقاما البيئنة أن العبد كان حراً ، ولم يذكر البيئنة أن الحوالة وقعت بالثمن ، فالقول قول المحتمل مع يمينه ، لأنهما يدعيان ما يفسدها ، والأصل صححتها . قال الشيخ أبو حامد : ويخلف على العلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا أحال رجل رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل وكتلك ، وقال المحتمل : بل أحلتنى نظرت ، فان اختلفا في اللفظ فقال المحيل : وكتلك بلفظ الوكالة ، وقال المحتمل : بل أحلتنى ؛ بلفظ الحوالة ، فالقول قول المحيل ، لأنهما اختلفا في لفظه ، فكان القول فيه قوله ، وإن اختلفا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل وكتلك ، وقال المحتمل : بل أحلتنى ففيه وجهان .

قال أبو العباس : القول قول المحتمل ، لأن اللفظ يشهد له . ومن أصحابنا من قال : القول قول المحيل ، وهو قول المزني ، لأنه يدعى بقاء الحق في الذمة والمحتمل يدعى انتقال الحق من الذمة ، والأصل بقاء الحق في الذمة .

فإن قلنا : بقول أبي العباس ، وخلف المحتمل ثبتت الحوالة وبرئ المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه ، وإن قلنا بقول المزني لخلف المحيل ثبتت الوكالة .

فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بانكاره فان كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه .

(والثاني) له أن يرجع لأنه يقول : إن كنت محتملاً فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة ، وإن كنت وكيلاً فخفي باقي في ذمته فيجب أن يعطيني ، وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه ، لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان ، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده . وإن قال المحيل : أحلتك ، وقال المحتال بل وكأني ، فقد قال أبو العباس القول قول المحيل : لأن اللفظ يشهد له .

وقال المزني : القول قول المحتال ، لأنه يدعى بقضاء دينه في ذمة المحيل ، والأصل بقاؤه في ذمته . فان قلنا بقول أبي العباس خلف المحيل بريء من دين المحتال ، وللمحتال مطالبة الماحل عليه بالدين ، لأنه إن كان محتملاً فله مطالبة بمال الحوالة ، وإن كان وكيلاً فله المطالبة بحكم الوكالة ، فإذا قبض المال صرف إليه ، لأن المحيل يقول : هو له بحكم الحوالة ، والمحتال يقول : هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه .

وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال : ثبت أنه وكيل ، فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته ، وهل يرجع المحيل على الماحل عليه بشيء فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه مقرر بأن المال صار للمحتال .

(والثاني) يرجع ، لأنه إن كان وكيلاً فدينه ثابت في ذمة الماحل عليه وإن كان محتملاً فقد قبض المحتال المال منه ظلماً ، وهو مقرر بأن ما في ذمة الماحل عليه للمحتال ، فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلماً فان كان قد قبض المال فان كان باقياً صرف إليه ، لأنه قبضه بحوالة فهو له ، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عماله في ذمة المحيل . وإن كان تالفاً نظرت ، فان تلمظ بتفريط لزمه ضمانه ، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصا ، وإن تلمظ من غير تفريط

لم يلزمه الضمان ، لأنه وكيل ، ويرجع على المحيل بدينه ، ويرأ المحال عليه ،
لأنه إن كان محتملا فقد وقاه حقه وإن كان وكيلاً فقد دفع إليه .

(الشرح) الأحكام : قال أبو العباس بن سريج : إذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من له الدين لرجل لا شيء له عليه ، أحلتك على فلان بألف ، فهذا توكيل منه في القبض ، وليس بحوالة ، لأن الحوالة إنما تكون عمن له حق ، ولا حق للمحتال ههنا ثبت أن ذلك توكيل .

وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على خالد ألف ، فاختلف زيد وعمرو ، فقال زيد . أحلتني بالألف التي عليك لي بالألف التي لك على خالد بلفظ الحوالة . وقال عمرو . بل وكأنتك بأن يقبضها لي منه بلفظ الوكالة ، قال قول عمرو لأنهما اختلفا في لفظه ، وهو أعلم بلفظه ، ولأنه قد ثبت استحقاق عمرو الألف في ذمة خالد ، وزيد يدعى أن مملكتها قد انتقل إليه بالحوالة ، والأصل بقاء ملك عمرو عليها ، وعدم ملك زيد .

فإن قال عمرو لزيد . أحلتك على خالد بالألف التي لي عليه ، فقبل زيد ثم اختلفا فقال عمرو وكأنتك لتقبضها لي منه . ومعنى قولي أحلتك أي سلطتك عليه وقال زيد . بل أحلتني عليه بديني الذي لي عليك ، فاختلف أصحابنا فقال المزني . القول قول المحيل وهو عمرو .

وقال الشيخ أبو حامد والطبري : وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج وأكثر أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة . لأنها قد اتفقا على ملك عمرو للألف التي في ذمة خالد ، واختلفا في انتقالها إلى زيد وهو المحتمل كان القول قول عمرو لأن الأصل بقاء ملكه عليها ، وإن كان الظاهر مع زيد : كما لو كان لرجل سيارة في يد آخر فادعى من هي بيده أن مالكمها وهبها منه . وقال المالک . بل أعرسكها قال قول المالک .

وكما لو كانت دار في يد رجل فادعى رجل أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها ، وأقام على ذلك بيته ، وادعى من هي بيده أنها مملوكة فإنه يحكم بها لصاحب البيته لأنه قد عرف له أصل ملك ، وإن كان الظاهر مع صاحب اليد .

(والوجه الثاني) حكاه المصنف وابن الصباغ عن أبي العباس بن سريج أن القول قول زيد وهو المحتال ، لأن اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، فكان اللفظ يشهد له .

قالوا تنازعا داراً وهي في يد أحدهما فوجهان فذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يرجع عليه ، والثاني له أن يرجع عليه ، لأن المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه ، فإذا قلنا يرجع عليه لأن المحتال إن كان صادقاً فالذي في ذمة المحال عليه للمحيل : وإن كان المحتال كاذباً فقد استحق المحيل على المحتال ما أخذه منه ظلماً ، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه .

فإذا قلنا : يرجع عليه ، فالذي يقتضيه المذهب أنه يرجع عليه بأقل الأمرين مما أخذ منه المحتال أو الدين الذي على المحال عليه لأنه إن أعطى المحتال أكثر من حقه فلم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر مما عنده ، وإن أعطى المحتال أقل من حقه فهو يقر أن جميع ما على المحال عليه للمحتال ، وإنما يرجع من ماله بالقدر الذي أخذه منه ، وما زاد عليه يقر به المحتال .

وإن قلنا القول قول المحيل لحلف فبريء من دين المحتال ، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه إما بحكم الحوالة أو الوكالة فإذا أخذ منه المال أمسكته بحقه لأن المحيل يقول هو له بحق الحوالة ، والمحتال يقول هو للمحيل ولي عليه مثله وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل ، فكان له أخذه .

(مسأله) إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم ، ولخالد على زيد ألف درهم جاء خالد إلى عمرو وقال قد أحالني زيد بالألف التي عليك له فان صدقه وجب عليه دفع المال اليه . ثم ينظر في زيد فان صدقه فلا كلام ، وإن كذبه كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة . فإذا حلف زيد بالألف على عمرو ، ولا يرجع خالد على زيد بشيء ، لأنه إن كان قد قبض حقه من عمرو فقد استوفى ، وإن لم يقبضه فله أن يطالبه بحقه ، لانهما متصادقان على الحوالة . وإن كذب عمرو خالماً ولا بينة فالقول قول عمرو مع يمينه ، لأن الأصل

عدم الحوالة ، فإذا حاد سقطت دعوى خالد ، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشئ ، لأنه يقر أن ذمته قد برئت من حقه ، ثم ينظر في زيد فإن كذب خالد كان له مطالبة عمرو بدينه ، وإن صدق خالد ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا : يبرأ من دين زيد لأنه قد أقر بذلك . وقال ابن الصباغ إذا قلنا : ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه ، فإن الحوالة ثبتت بتصادق المحيل والمحتمل .

(فرع) إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فطالبه بها فقال من عليه الدين أحلت بها على فلان الغائب ، فأنكر المحيل فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة ، فإن أقام من عليه الدين بينته بالحوالة .

قال ابن الصباغ : سمعت البيهقي لإسقاط حق المحيل عليه ، ولا يثبت بها الحق للغائب ، لأن الغائب لا يقضى له بالبينه ، فإذا قدم الغائب وادعى فانما يدعى على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له بذلك فلا يحتاج إلى إقامة بينته مهلو ادعى رجل على رجل أنه أحاله على فلان الغائب ، وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه ، وإن أقام المدعى بينته ثبتت في حق الغائب ، لأن البيهقي يقضى بها على الغائب ، فإن شهد للمحتمل ابتداء لم تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لائيهما ، وإن شهد له ابنا المحال عليه أو ابنا المحيل قبلت شهادتهما ، لأنهما يشهدان على أبيهما ، والله تبارك وتعالى أعلم .

تمّ الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر

وأوله كتاب الضمان

(فهرس الجزء الثالث عشر من المجموع)

- ٢ باب بيع المراجعة . معنى بيع المراجعة ٨ ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه
 ١٢ وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها لخط له بائعها من ثمنها
 ١٣ وإن أخبر أن الثمن مائة ثم قال أخطأت والثن مائة وعشرة
 ١٤ باب النجش . تفسير بيع النجش ١٦ يحرم البيع على أخيه وتفسيره
 ١٧ يحرم أن يدخل على سوم أخيه وتفسيره ١٨ حكم بيع المزايدات
 ٢٠ يحرم بيع حاضر لباد ٢٣ ويحرم تلقي الركبان
 ٢٧ تفسير التدليس عند المحدثين وتفسير الغرر في البيع ٢٩ أحكام التمهير
 في البيع والأجور ٤٠ أخذ الأجرة على الفهادة
 ٤٤ ويحرم الاحتكار في الأقوات ٤٨ أما غير الأقوات
 ٤٩ باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ٥١ سند حديث البيهقي على المدعى
 واليمين على من أنكر ٥٢ سند حديث إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
 ٥٥ يجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات
 ٥٩ وإذا تحالفا وجب فسخ البيع ٦٣ فوائده اليمين هنا
 ٦٤ يحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ٦٦ من يخلف أولاً : البائع أو المشتري
 ٦٨ معنى وقوع الفسخ ظاهراً أو باطناً ٧٠ وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك
 السلعة في يد المشتري ٧٤ إذا هلك المبيع وجب رد قيمته يوم القبض ويوم
 هلاكه ٧٧ إذا مات المتبايعان واختلف ورثتهما تحالفا
 ٧٨ إذا اختلفا المتبايعان في قدر المبيع تحالفا ٧٩ وإن اختلفا في شرط الخيار
 أو الاجل ٨٤ إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا في التسليم
 ٨٨ وإن باعه عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ٨٩ إن تلف المبيع في يد
 البائع قبل التسليم ٩٣ باب السلم وما هو
 ٩٦ آية الدين (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم) فيها ٤٧ مسألة وبياناتها
 ١٠٥ وينعقد بلفظ السلف والسلم ١٠٦ ويثبت فيه خيار المجلس لا الشرط

- ١٠٧ ويجوز مؤجلا وفي المعدوم ١٠٩ ويجوز السلم في كل ما يجوز بيعه
- ١١٤ اختلف الفقهاء في السلم في الحيوان ١١١ وأما مالا يضبط بالصنعة فلا يجوز السلم فيه ١٢٢ ولا يجوز فيما عملت فيه النار
- ١٢٦ ولا يجوز في الاشياء النادرة ١٢٧ ولا يجوز في الطائر
- ١٢٩ واختلفوا في السلم في الاواني المختلفة الاعلى والاسفل ١٣٠ ولا يجوز السلم في الدقيق ولا في انواع الاثاث ١٣١ ولا يجوز الا في شيء عام الوجود ١٣٣ ولا يجوز الا في قدر معلوم ١٣٥ ولا يجوز في شيء حتى يبين صفاته التي تختلف بها الاثمان ١٣٦ وان أسلف في مؤجل وجب بيان أجل معلوم ١٤٢ وجوب بيان موضع التسليم
- ١٤٤ ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس ١٤٥ باب تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد ١٥٠ وان أسلفه في طعام مكبل فدفع اليه من غير كيل لم يصح ١٥١ تفسير الفقيز والصبرة ١٥٣ فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح ١٥٥ وان دفع المسلم اليه الى المسلم دراهم
- ١٥٧ اذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا فله رده ١٥٦ فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في وقت التسليم . يجوز فسخ عقد السلم بالاقالة ١٦١ باب القرض وبيان ممن يصح ١٦٤ ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط
- ١٦٦ وفي الوقت الذي يملك فيه وجها . الرجوع في الدين المقترضة
- ١٦٨ ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع . ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل وطؤها ١٧٠ ولا يجوز قرض جر منفعة وبيانه
- ١٧٤ ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل . اذا أقرضه دراهم بمصر ثم اقبه بمكة فطالبه بها ١٧٧ كتاب الرهن على الدين في السفر والحضر
- ١٧٩ ممن يصح الرهن . الاشياء التي يجوز أخذ الرهن عليها
- ١٨٣ ولا يجوز أخذ الرهن على أشياء . ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن
- ١٩٢ حكم ما لو مات أحد المتراهنين . اذا امتنع الراهن من تسليم الرهن
- ١٩٥ لا ينفك شيء من الرهن حتى يبرأ الراهن من جميع الدين
- ١٩٧ واذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا . باب ما يجوز رهنه ومالا يجوز

- ١٩٩ ما يسرع اليه الفساد من الفواكه يجوز رهته بالدين الحال
- ٢٠٤ ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه . وإن رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ،
وفي رهن الدين وجهان ٢٠٨ ولا يجوز رهن مالا يمكن تسليمه
- ٢١٠ وفي رهن الثمرة قبل بدو صلاحها قولان ٢١٥ وفي جواز رهن المصحف
وكتب الحديث عند الكافر طريقان . . . إذا شرط في الرهن شرطاً يتنافى
مقتضاه ٢١٩ أين يوضع الشيء المرهون ٢٢٦ باب ما يدخل في الرهن
ومالا يدخل ، حكم نماء المرهون ٢٣ ويملك الراهن التصرف في منافع
الرهن . لا يملك الراهن التصرف بما يضر المرتهن ٢٣٩ إذا أوقف
الراهن المرهون ٢٤١ المرهون على من ينتفع به ٢٤٦ فإن كان المرهون
عصيراً فصار في يد المرتهن خيراً بطل الرهن ٢٤٩ وإن تلف الرهن في يد
المرتهن من غير تفريط فعلي صاحبه ٢٥٢ باب اختلاف المتراهنين ، إذا
اختلفا في عين الرهن . إذا اختلفا في قدر الرهن . إذا اختلفا في قدر الدين
٢٦٧ فإن كان عليه ألف برهن وألف بلا رهن ثم دفع إليه ألف ثم اختلفا
هل هذا الألف عن هذا وهذا . باب التفليس ٢٧٠ من هو المفلس
- ٢٧٧ وإن ركبته الديون ورفع الغرماء أمره إلى الحاكم وطلبوا الحجر عليه
- ٢٨٠ والمستحب أن يشهد على الحجر ٢٨٣ ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس
- ٢٨٥ وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر ٢٨٧ وإن جنى جنابة توجب المال وإن
ادعى على رجل مالا ٢٩٠ وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج اليه للنفقة
- ٢٩٢ وإن أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره ٢٩٧ وإن كان في الغرماء
من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ووجده بعينه ٣٠١ وإن كان باعه بعد
الإفلاس ٣٠٢ وإن وجد المبيع وقد قبض بعض ثمنه ٣٠٤ إذا كان الهداق
شئتين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول فماذا يأخذ ٣٠٥ وإن وجد البائع
عين ماله وهو رهن لم يرجع به . وإن كان المبيع شقياً تثبت فيه الشفعة
- ٣٠٦ وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم ، وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل
- ٣٠٨ وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت ٣١٢ وإن وجد المبيع زائداً نظرت
- ٣٢٠ وإن كان المبيع جارياً لحبلى من المشتري

- ٣٢١ وان كان المبيع طعاما فطحنه المشتري أو ثوبا فصبغه ٣٢٤ وان كان المبيع أرضا فبناها ٣٢٨ وان كان المبيع أرضا فزرعها وان كان حيا فخلطه بجنسه
- ٣٢٢ وان أسلم الى رجل في شيء وأفلس المسلم اليه . وإن أكرى أرضا فأفلس الماكترى بالأجرة . اذا قسم مال المفلس بين الغرماء فهل يزول الحجر عنه
- ٣٢٨ ومن مات وعليه دين مؤجل فقد حل ، وان كان له دين الى أجل فهو الى أجله ، فإن تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين
- ٣٤١ اذا قسم مال المفلس أو الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر
- ٣٤٤ باب الحجر : اذا ملك الصبي مالا حجر عليه ، النظر في ماله للأب ثم الجد
- ٣٤٦ ولا يتصرف الناظر الا على وجه المصلحة للصبي ، ٣٥٠ ولا يبيع ماله بنفسه من غير غبطة ، ولا يسافر ويأخذ معه ماله من غير ضرورة ، ولا يقرضه من غير حاجة ٣٥٥ وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا تقتير
- ٣٥٦ ولا يشتري الوصي من مال اليتيم ، وان أراد أن يأكل من ماله نظرت متى يفك الحجر عن الصبي ٣٦٦ علامات ايناس الرشيد وموانع فك الحجر ٣٧٤ وان فك عنه الحجر ثم صار مبدرا حجر عليه ، ويستحب أن يشهر على الحجر ٣٧٩ فإن باع أو اشترى بعد الحجر كان باطلا
- ٣٨٠ وان طلق السفية صح طلاقه ولا يصح زواجه الا بإذن وليه
- ٣٨٣ كتاب الصلح وبيانه ، اذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح
- ٣٩٥ وان ادعى عليه مالا فأنكره ثم قال صلحني عنه
- ٣٩٦ وان أخرج جناحا الى طريق نافذ أو غير نافذ ، فان صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح ، ويرجع فيما يضر ومالا يضر الى حال الطريق
- ٤٠٠ وان أخرج جناحا الى دار جاره من غير اذنه لم يجوز
- ٤٠١ ولا يجوز أن يفتح كوة ولا يسمر مسماراً في حائط جاره الا باذنه
- ٤٠٥ وهل يجوز وضع الجذوع على حائط الجار ٤١٦ اذا كان بينهما حائط مشترك فانهم قدعاهما صاحبه الى العمارة فامتنع
- ٤٢٤ كتاب الحوالة وبيانها
- ٤٢٦ ولا تجوز الا على دين يجوز بيعه

- ٤٢٧ واختلاف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة ، ولا تجوز الا بمال
 معلوم ٤٠٩ ولا تجوز إلا أن يكون الختان متساويان
 ٤٣٠ ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين . ولا تجوز الحوالة من غير
 رضا صاحب الحق . إذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه
 ٤٢٤ إذا أحاله على مليء فأفلس . وان اشترى رجل من رجل بألف وأحاله على
 رجل به ثم وجد بالمبيع عيبا فرده