

﴿ الجزء الرابع عشر من ﴾

كِتَابُ

الْمُبْسُوطِ لِشَيْخِ الْإِسْلَامِ

السَّيِّدِ الْخَيْرِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أتم * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الوافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كاشممس * مبسوط شمس الامة السرخسي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

— كتاب الصرف —

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة * نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها * ونوع منها ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والماليك * ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعه وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في الذمة قال الله تعالى وشروه بثلثي بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرب ما يثبت ديناً في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا ديناً في الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين بالثمن وكان ثمنها على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عيناً فكانت مبيعه والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعه والمكيل والموزون يستحق عيناً بالعقد تارة وديناً أخرى فيكون ثمنها في حال مبيعاً في حال والثمن في العرف ما هو المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان ديناً في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عيناً قابله ثمن كان مبيعاً لانه يجوز أن يكون مبيعاً يحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الأبل بالبيع فربما أبيع به بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افترقما وليس بينكما عمل وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لأن في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لأن اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك المين والثلث دين في الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للمعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البديلين في المجلس وأنه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي روينا أنه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بأس إذا افترقما وليس بينكما عمل أي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف ما في ملك كل واحد منهما إلى ملك صاحبه لأن البديل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا أن يكون مملوكاً لكل واحد منهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفاً لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم مطلقاً لأن ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا أنه إنما سمي به لاستحقاق قبض البديلين في المجلس ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثلث يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع أنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعمين وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقروننا بالعقد لأن حالة المجلس تمام مقام حالة العقد شرعاً للتيسير وإذا وجد التعمين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس أحد البديلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولستنا نغني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا فترسختا تقابضا قبل أن يتفرقا أي يفارقا أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس أو أغمى عليهما تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشرع عن أبي يوسف ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد لأن الخيار بعدم الملك فيكون أكثر تأثيراً من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمنع استحقاق ما به يحصل التعمين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك شرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعمين فلهذا كان مبطلاً لهذا العقد وقد دل ما قلنا على الأخبار التي بدى الكتاب بها فنحن حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا إلى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبيننا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأناء خسرواني قد أحكمت صنفته فبعثني به لا يبيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بحبسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لا قيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعارف والملاهي شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع امان من حديد باناءين فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالادرع يعني ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان ليبت المال وانما قصد عمر رضي الله عنه ببيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضي الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا تقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال الناقصة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا نفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تقارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فنب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المقتى اذا تبين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذي يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الخيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خبير هلا بعت تمر ك بسلمة ثم اشتريت بسلمتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فنب معه للتحرز من مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعني من يدك الى

يده وإن استنظرَكَ إلى خلف هذه السارية فلا تفعل وانما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للاقتراق فإن ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يمد اقتراق عرفا وعن محمد بن سيرين أنه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالثمرة مخافة أن تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأساً بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول يبيع بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز يبيع بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر أما يبيعها بالفضة فعلي أربعة أوجه إن كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك إن كانت الحلية مثل النقد في الوزن لأن الجفن والحمايل فضل خال عن العوض فإن مقابلة الفضة بالفضة في البيع تكون بالأجزاء وإن كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بازاء الجفن والحمايل عندنا خلافاً للشافعي وإن كان لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فإن الأصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا بيد وسألت ابن عباس رضي الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت في حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضي الله عنه فأمرني رجل فقال سلّه عن الصرف فقلت إن هذا يأمرني أن أسئلك عن الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سلّه أمن قبل رأيه يقول أو شيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضي الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر رديء وأخذت هذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت فقال إن سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت ثم قال صلوات الله عليه هل لا بعتة بسلمة ثم ابتعت بسلمتك تمرا فقال أبو سعيد رضي الله عنه الفضل في التمر ربا

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

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

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطى والكاتب والشاهد فيه سواء أى في المأثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الحر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشئ والمرثئ والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت اني سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فشي اليه أبو سعيد رضي الله عنه وأمامه فقال له أسمعت من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا خفته أبو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتي به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل البدلان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما اتيقنا بالمائة وزنا والمائة اذا وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد اتقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفًا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الارباب وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا يدا بفضل فخرج خروجة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخرية الأسدي فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يحمل البقايا مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا يدا ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق في مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضي الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معي لا تنفق في حاجتي فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتي واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشترى بالدنانير دراهم تنفق في حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها وردتها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكريت عبدا لله بن عمر رضي الله عنهما ابلا بدنانير فأنيتته أنقاضا وبين يديه دراهم فقال لمولي له انطلق معه الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذوا لا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أياصح هذا قال نعم لا بأس بهذا لك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الآخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جواز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضي به صاحب الحق ولكن لما أشكل علي صاحب الحق سأله بقوله أياصح هذا فقال نعم لك ولدت وأنت صغير أي جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه ما زحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاشياء السنة وقال في آخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعني بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضي الله عنه ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد اني سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لا حدثن به وان رغبم أنف معاوية وكان معاوية رضي الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلماذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته في روايته ومعاوية رضي الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره في آخر الحديث وان اشتريتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضي الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لا حدثن به لاني أتيقن بسماعه من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه
 بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وإن رغم أنف معاوية وعن أبي الأشعث الصنعاني
 قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم يوعا لا يدري
 ما هي ألا وإن الذهب بالذهب ووزنا بوزن تبره وعينه ألا وإن الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء
 ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدايد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وإن الخنطة بالخنطة
 مدين بمدين ألا وإن الشعر بالشعر مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعر بالخنطة يدايد والشعر
 أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد
 أربى وفيه دليل أن الفاسد يبيع فإنه قال انكم أحدثتم يوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من
 عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لأن قوله
 مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه فالمستزيد آخذ
 والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب
 مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فأنى
 أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وإن استنظرك إلى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله
 لا يباع غائب بناجز أى نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما ثبت بالتفاوت في البدلين في القدر
 ثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وإن القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكفى
 عنه بقوله فإن استنظرك إلى أن تدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع
 السيف المحلى بالدراهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن
 الدراهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبعوا يوعا فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفوضة وبه نأخذ
 فنقول يجوز بيع ذلك بالمعروض والنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس
 وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن إبراهيم قال
 الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف
 كالبيع معنى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى
 قول علمائنا رحمهم الله أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ووجوب
 التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال

سمعت عمر رضي الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تتبعوا الدرهم بالدرهمين فإن ذلك ربا
المجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به إلى السوق وليقل من يتناع سحق
هذا الدرهم فليتع به ما شاء والمراد بقوله فإن ذلك ربا المجلان أي ربا النقد وهو إشارة
إلى أن الربا نوعان في النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التي لا تنفق في حاجة
يقال ثوب سحق أي خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزئوف ولكن بعد بيان عينا
ليتنى الفرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن إبراهيم أنه لم يكن يرى بأساً
بأقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضاً أو كان بسمريومه وبه تأخذ
فيجوز الاستبدال بثن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوي أن الاستبدال
قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك إلى أنه لما كان لا يثبت فيه الأجل فهو بمنزلة مالا
يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لا يقبل الأجل كبذل الصرف وهو وهم منه
فإن القرض إنما لا يقبل الأجل لأنه بمنزلة العارية وما يسترد في حكم عين المقبوض على ما بينه
في بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن إبراهيم أنه كان يكره أن يشتري
الرجل الثوب بدينار الأدرهم وبه تأخذ فإن الدرهم إنما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق
معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولاً وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولاً أيضاً
والبيع بثن مجهول لا يجوز وإذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزناً
بوزن جيدها ورديتها ومصوغها وتبرها وبيضها واسودها في ذلك سواء للأحاديث التي
رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة
يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيد ورديته وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه في
ذلك سواء لأنه لا قيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا
يجوز فيه شيء من الأجل لما بينا أن التقابض واجب في مجلس العقد وترك أحد البديلين في
المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافي مقتضى
العقد مبطل له وإذا اشترى فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب
أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن الانقسام على
مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يحمل من
السوداء بأزاء البيضاء مثل وزنها والباقي بأزاء ما زاد ترجيحاً لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفاً على بدراهم أكثر
 منها وزناً يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت
 قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها بائني عشر ديناراً ثم سألت رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزناً أو يعلم أن
 وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز
 العقد وإذا اشترى لهما مموهاً بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التوبة
 لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجري الربا باعتباره وعلى
 هذا لو اشترى داراً مموهة بالذهب بشئ مؤجل فإنه يجوز وإن كان يستوفى من التوبة
 بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لأنه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا
 ولا في وجوب التقابض في المجلس وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد
 أحدهما وأخذ الآخر رهناً بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لأن
 عقد الرهن يثبت بد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالمية دون العين حتى كانت
 العين هالكة على ملك الراهن فيجمل استيفاءه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء
 حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك يبدل في
 الصرف وإذا كان حلي ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يتخلص منه إلا بضرر فاشتراه
 رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر إذا لم يعلم
 أيهما أكثر فالعقد جائز أيضاً وقد بينا نظيره في السيف الحلي فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن
 في حصة الحلية المقدس صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه
 إلا بضرر فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف
 وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة في
 الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلاً بمثلاً عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن
 الأول ليس بمراد فلا أحكام لا تبني على مالا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة
 عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شرط جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد
 العقد فإن وزناً بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحساناً
 لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى أن انعدام الدينية في البدلين شرط جواز العقد ثم إذا

انعدم ذلك بالتقايض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة وان وزنا بعد
الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر
ان كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهي الممالة كان موجودا عند
العقد فانه لا تأثير للوزن في احداث الممالة وانما يظهر به ممالة كانت موجودة وعلم المتعاقدين
بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحض من الشاهدين
ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكننا نقول قد بينا أن العلم بالممالة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل
الا بالوزن فيصير لوزن الذي هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول
شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفصل
موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالتحقق وتأثير الفضل في افساد العقد كتأثير عدم
القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك
الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفاً على قبضة بدراهم بأكثر مما فيه ثم تفرقا قبل
التقايض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد في حصة الحلية بترك
التقايض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا في حصة الجفن والحائل كما لا يجوز ابتداء البيع في الجفن
والحائل والنصل دون الفضة فان قبض السيف وتقدم من الثمن حصة الحلية في المجلس جاز
لأن قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحائل غير مستحق فيصرف
المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف
اليه فاما وجد الافتراق بعد التقايض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم
فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى
عشرة دراهم بدينار فتقايضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله
لان المقبوض ليس من جنس حقه فكانه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض الى آخر المجلس
لا يصير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجاوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس
الدراهم فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يردده وكان شريكا في الدينار بحصته لانه تبين
أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى في هذا
اللفظ فقال قوله كان شريكا في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك في مثل ذلك
الدينار بالشر لان النقود عندنا لا تميز في العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقايض لو

نفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء
 رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته
 الا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذا كره في الكتاب أصح لان
 بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين
 بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان
 العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه
 لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في القبض
 بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما
 درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا
 جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد
 ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجدته قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة
 المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد ميبعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم
 يكن موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه وإضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه
 لا يجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمة وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك
 متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلماذا كان العقد صحيحا
 قال وليس هذا مثل بيع الرجل ماليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى
 ماينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ماليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك في السلع
 دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة
 وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما
 ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل
 الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمة سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج
 النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى انا مصوغا أو قلب
 فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا في المجلس بخلاف
 الدراهم والدنانير فانها اذا استحققت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل
 الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدرهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فغرغنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما بينه وهذا إذا لم يجز المستحق العقد أما إذا أجاز له العقد لأن الإجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال إن قال المستحق أثبت ملكي لأجز العقد فله أن يجيزه وإن لم يقل ذلك فاستحقاقه إبطال منه للبيع لأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الإزالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا ويتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئاً بدرهم معينة فخبسها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأتي ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحققت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلع وهذا بدل في عقد معاوضة فيتعين بالتعيين كالبيع وبيان الوصف أن النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلاً لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفاً محله والدليل عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى إن الناصب لو أراد حبس الدراهم المنصوبة ورد مثلها لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فإنه إذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري إبطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه ما لا يرغب في غيره وأما منفعة المشتري فمن حيث أنه لا يطالب بشيء آخر إذا هلكت تلك العين في يده وإن تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع إليه الدراهم ليشتري بها شيئاً فهلكت بطلت الوكالة ويتعين في النذر أيضاً والدليل على أنها تتعين في البيع أن الناصب إذا اشترى بالدراهم المنصوبة بعينها طعاماً ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدرهم مطلقاً ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع إذا قال إن بعته هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فيهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصديق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصديق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكر خي يقول

النقود تعين في العقود جوازا لاستحقاقا حتى لا يملك عنها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصديق
بالدراهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالسكر وحجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض
يجوز وإن عينت ولو تعينت حتى ملك عنها إصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت
القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلم ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم
يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الفرر في الملك المطلق للتصرف كما في السلم فإن منع الشافعي
هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
أنا نبيع الأبل بالبيع فرما نبيعها بالدراهم وتأخذ مكانها دنائير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس
إذا افترقما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدراهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقتان
من حيث المعنى أحدهما أن تعين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين
الصنجات والمكيل وهذا لأنه إنما يراعى في العقد ما يكون مفيدا ألا ترى أن أصل العقد إذا
لم يكن مفيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف أن التعيين لا يفيد جواز العقد
فإن العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر
الدراهم لا بعينها وليس في غير الدراهم والدنائير مقصود إنما المقصود المالية وما وراء ذلك
هي والأحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا
المعنى فعرفنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين
هناك مفيد لجواز العقد لأن بدون التعيين لا يجوز العقد إلا بذكر الوصف وربما يجوز عن
إعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولأن أعيانها مقصودة وهي تختلف في الربع
فكان تعيينها مفيدا في الجملة أما ما ذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وإنما يطلب فائدة
التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكل من العين لأن
بدون التعيين لا ينتقد العقد وبالتعيين ينتقض فإنه إذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه
وإذا ثبت ديناً في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر
وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو
وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الاثماً
والثمن ما يكون في الذمة كما قاله الفقهاء فإذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة
ثمنا وذلك يناهى موجب العقد فيكون مبطلاً للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في الثمن وجوبه

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلم فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكاً للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلم قيامها في ملك البائع الا في موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك في السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افرقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعلاً لما هو الحكم شرطاً وهذا تغيير محض فيكون مبطلاً للعقد وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركناً فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا كان دينا في الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشترياً للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها ما قبل الشراء اذا هلكت فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة في نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب الوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي مسألة الشراء بالدراهم المغصوب لا تعيين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلاً دينا ولكنه استعان في العقد والتقدم بما هو حرام فيتمكن فيه الخبط فلماذا لا يحل له تناوله وفي مسألة الجامع لم تعيين الدراهم أيضاً بدليل انه لا يلزمه التصديق بها ولكنه لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لا تعيين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كأنه قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر في بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك وملك الكر بنفس العقد والشروط في الأثمان تعتبر بحسب الامكان وقال واذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سوداً ورضى بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة حتى يجوز بالسود فكان مستوفياً بهذا الطريق لا مستبدلاً ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء. الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان
الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض
الدراهم فأراد أن يعطيه ضربا آخر من الدنانير سوى ماعينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضى به
كان مستوفيا لاستبدالا لكون الجنس واحدا وقد بينا ان ماعينه لم يتعين وانما استوجب
كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضربا هو دون المسمى
فان اعطاه ضربا هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشتري الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة
الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا
في السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئا فلكل واحد منهما
تقدا لناس في ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف
مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية
لان الدراهم والدنانير في البلدان تختلف وتفاوت في العيار والظاهر أن في كل بلدة انما
يتصرف الا انسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد
إلا أن يسمى ضربا من ذلك معلوما والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفيا
ونحوه ومن الدراهم عطر بعثا أو مؤيديا ونحوه اذا كانت النقود في الرواج سواء لانه لا يمكن
ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالمطالب
يطالب باعلى النقود والمطلوب بادنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلماذا فسد
العقد إذا لم يسميا ضربا معلوما وان كان تقدا من ذلك معروفا وشرطا في العقد تقدا آخر
فالعقد ينقذ على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند
التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط
اعتباره اذا قال لانا كل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لي كذا شيء أفضل من النقد
المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما
في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الرديء حتى اذا حضرا كان
أحدهما غير الآخر واختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه
دعوى صاحبه لان نكوله كإقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذي
يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها قال واذا ابتاع الرجل سيفا محلي بفضة بمشرة دنانير

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

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

وكذلك لا يشتري به من غيره شيئا لان التصرف في الدين مع من عليه أقرب الى النقود منه مع غيره فاذا لم يجز الاستبدال ببذل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز * واذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض ابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف ابريق ويبطل نصفه اعتباراً للبعض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبعض لانه حصل بفعله حين لم ينتقد بعض البذل بخلاف ما اذا استحق نصف ابريق فانه يتخير فيما بقي منه لان التبعض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيماً غير نافذ فله أن يرده بالعيب لانه بمطابق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة ابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفي الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضاً لان نقصان العيب من الثمن فاذا رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة ابريق أقل من وزنه من الفضة الا أن يكون الثمن دنائير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيباً ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقي على البائع حتى انكسر ابريق لزمه النصف الباقي بالعيب الحادث عنده فيه ورجع بنصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببذل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه في معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان المقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدين وانما الباقي لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقي من العشرة فاراد الذي اشترى منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله ذلك لان العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى وقد بينها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقي ملكا له في يد صاحبه أو دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبذل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم مستحق
 له بمقد الصرف والاستبدال ببذل الصرف قبل القبض لا يجوز . واذا كان لرجل على
 رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم
 يجز وعليه ان يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما في ذمة زيد لا يكون ما لا
 متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفي ولا
 يدري متى يستوفي وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين في العقد وكذلك بيع الدين
 من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى
 قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء
 لا يتعلق بالدين المضاف اليه ألا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا
 دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين
 في ذمة المشتري وهذا لانه اذا اُضيف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتسيم الملك فيه ولا
 يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكننا نقول ملك الدين من غير من عليه
 الدين بالبدل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقتان أحدهما أنه
 باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين
 فيتمكن من أداء الثمن ولا يدري متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثاني انه
 شرط أن يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق
 ما اذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدنانير
 ودية عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها
 من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى
 آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف
 اذا أخذها المستحق لان نقاس القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه
 أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق
 حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون
 تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولا حدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار
 ولكننا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

فالقبض الذي ينبنى عليه يكون تاماً أيضاً وإنما فيه خيار حكى للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فإذا أسقط هذا الخيار بالأجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالأجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فإنه يجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بالشرط على ما بينه في بابه أن شاء الله وإن كانت الوديعة إبريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضاً فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لأن المودع هنا بائع الإبريق فإنه بمنزلة العروض ومن باع ملك العير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفي الأول المودع يشتري الدينارين لنفسه بالدرهم ثم تقد دراهم الوديعة ديناً عليه فكان مستقرضاً فإذا أجاز له صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وإن اشترى رجل عشرة دراهم وديناراً بائناً عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى ديناراً أو درهما بدينارين أو درهمين فهو جائز عندنا استحساناً على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

❦ باب الخيار في الصرف ❦

قال وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوماً فإن بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وإن تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضاً فالبيع فاسد لأنهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لأن الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقاً بالشرط لأن قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلاً على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلاً على الحكم أيضاً ومعنى الفرع أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فإذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فأنما افتراقاً بعد قبض تام وإذا افتراقاً قبل إسقاط الخيار فأنما افتراقاً قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن الفساد إذا زال قبل تفرقه يصير كأنه لم يكن خلافاً لفرق وقد بيناه في البيوع وكذلك أن كان الخيار للبائع أو لها طالت المدة أو قصرت وكذلك الأثناء بالمصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يتخلص إلا بكسر الطوق لأن العقد في حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد في الكل لأنه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم إلا بضرر فاما اللجام المموه وما أشبهه فإن شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخلص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشتراط الخيار فيها يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بمحضتها من الممن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا الاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تميز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشترى اهما بمائة دينار وشرط الاجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افترقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المقيد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشترى اهما بمحطة أو عرض واشتراط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشتراط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الاثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم وتقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قياسها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افترقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هذا العقد أصلاً لأن من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تعين في العقد إذا عينت وإذا كانت بغير عينها فإن لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان وإن صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لأنها ثمن وإن كان بمقابلتها النقد لا يجوز العقد لأنها تكون مبيعة إذا قابلها مالا يكون الاثماً أما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثمن لاصطلاح الناس على كونها ثمن الأشياء فأنما يتعلق العقد بالقدر المسمى منها في الذمة ويكون ثمننا عين أو لم يعين كما في الدراهم والدنانير وإن لم يتقابضاً حتى افتراقاً بطل العقد لأنه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقداً بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لأن العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكأنهما تفرقا قبل التقابض وإذا كان الخيار مشروطاً لأحدهما تفرقا بعد التقابض فالبيع جائز لأن التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البديل الذي من جانبه وقبض أحد البديلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع أنما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه أما عند أبي حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليه البديل الذي من جانبه لا يملك البديل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لأحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعاً وإن اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا وسواً وليست الفلوس عنده فهو جائز أن تقابضاً قبل التفرق أو لم يتقابضاً لأن هذا يبيع وليس بصرف فأنما افتراقاً عن عين يدين لأن الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ما سبق فإن الدراهم والدنانير لا تعين بالتعين فلماذا شرط هناك قبض أحد البديلين في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحماً أو غير ذلك بمد أن يكون المبيع بعينه لأن الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وإن تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلان بدرهم أو درهما بكذا فلان الفلوس الرائجة ثمن كالنقد عندنا صحبها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام المالك في الثمن عند العقد ليس بشرط وإن اشترى متاعاً بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غيرها مما يجوز بين الناس وإن أعطاهما بعينها فوجد فيها فلان لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيف في الدراهم لأنه مادام ثمننا فأنما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتعين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهذا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل
لها فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا
وبيع رقعة بعينها بمقمتين بأعيانها يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد
الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الحسنيين النافقة لانها لو كسدت
قبل أن يقبض منها شيأ بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا
للبيع بالكل وعلى قول زفر اذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد
يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكننا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية
لما بينا انها مادامت راثجة فهي تثبت في الذمة ثمنًا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية ففي حصة ما لم
يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس
كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير ففسد العقد
فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك
النصف درهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو
لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر
رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له
في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يحز لانه استحق
الفلوس دينًا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا
يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل أن يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يحز لهذا المعنى *
قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض
تلك الفلوس وتقدمها تسعين واستفصل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه
بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح
انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدائق فلوس
أو بغير اطار فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان
مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أخش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى
هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو
اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالداق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يتساحون ولان الداق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيه بنفي ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم وأبو يوسف يقول بذكر الداق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذلك العدد في الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس في مقام مقام تسمية ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ . يوضح الفرق أن الداق والداقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس قل هذا قال هو في الدرهم أخش **﴿ رجل ﴾** أعطى لرجل درهما فقال أعطى بنصفه كذا فلسا وأعطى بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد **﴿ قال ﴾** فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم ينقذ الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطى بنصفه كذا فلسا وأعطى بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة ففي قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع كله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند أبي حنيفة اذا فسد العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع **﴿ قال ﴾** رضي الله عنه الأصح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسئلة في الأصل فانه قال وأعطى بنصفه الباقي درهما واذا تكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر الا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطا للقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقي درهم صغير
 فينثذ يكون العقد واحداً لانه لم يتكرر مابه ينقد العقد وهو قوله أعطني ولو قال أعطني كذا
 فلساً ودرهماً صغيراً وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا
 لانه قابل الدرهم هنا بما سمي من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم
 الصغير من الدرهم بمقابله والباقي كله بازاء الفلوس* رجل باع درهماً زائفاً لا ينثق من رجل
 قد علم عيه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس اذ كان كل
 مشرين بدائق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم
 صغير وزنه دائقان اذا تقابضا قبل التفرق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف
 مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط
 فضة لم يحز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا في النهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف
 الستوق ولو قال بعني بهذه الفضة كذا فلساً فهو جائز لانها نوعان مختلفان وان باعه اياه بخمسة
 أسداس درهم أو بنصف درهم لم يحز لان حقيقة ما سمي يقع على الفضة دون الفلوس وان
 كان قد يراد به الفلوس مجازاً ولكن ذلك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز
 لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئاً بدائق أو بدائنين أو بنصف درهم فهذا كله
 يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فينثذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس
 مجازاً وان اشترى بدرهم فلوساً وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز
 والدرهم دين عليه لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس
 فبقى ديناً على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو جائز أيضاً
 لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات
 صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لانه مقبوض في يده بسبب فساد
 وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع
 ينتقض استحساناً لانها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون نمناً وماليها كانت بصفة
 الثمنية مادامت رائجة بفوتها تفوت المالة فلماذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائماً أو قيمته
 ان كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن
 يكون لازماً ويتخير البائع في تقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان
 انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية
 فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم
 فلوساً لأن هناك بعد الكساد لا يجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما
 ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة
 مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن نجعل ثمننا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز
 وغيره وان اشترى فاكهة بدائق فلس والدائق عشرون فلساً فلم يرد الفلوس حتى غلت أو
 رخصت فعليه عشرون فلساً لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد
 بتسمية الدوائق مسمياً ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم
 يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشترى فلوساً بدرهم فوجد فيها
 فلساً لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوساً نافقة وان لم
 يستبدله حتى افتراقاً لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو
 اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفاً قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم
 يستبدله حتى تفرقاً لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضاً ما لم يتفرقاً لان
 الدينية الى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع
 بحصته من الدراهم كما في الصرف واذا وجد بمض البدل ستوقاً بعد الافتراق ينتقض القبض فيه
 من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان ديناً بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز
 في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقاً لانه بمنزلة الزيوف في الدراهم وقد بينا في الصرف
 والسلم انه اذا وجد القليل زيوفاً فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس
 الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني
 اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان
 الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك
 الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياساً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
 قيمتها من الفضة استحساناً لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس
 هي ثم وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدي الناس بخلاف
 ما اذا غلت أو رخصت لأن صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها
 وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من الفلوس
 وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شيء كما اذا غلت أو رخصت وهذا لأن جواز الاستقراض
 في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى أن الاستقراض
 جائز في كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من
 أن يكون من ذوات الأمثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة
 الثمنية وقد فات ذلك بالكساد بوضحه أن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم
 يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بنفسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كأنه غصب
 منه فلوسا فكسدت وهناك برأ بردها فبنا أيضا برأ بردها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت
 القيمة فأنما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فأنما يعتبر
 قيمتها بآخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ما إذا أتلف شيئا من ذوات الأمثال
 فانقطع المثل عن أيدي الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد
 بآخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب الغصب وإن استقرض دنانير فلوسا
 أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذ لأن الضمان
 يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضني دنانير
 حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدنانير فيه وكذلك
 لو قال أقرضني عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر إلى غلاء الدراهم
 ولا إلى رخصتها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالخاصل وهو أن المقبوض على وجه القرض
 مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز
 من الشروط فالفساد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شيء آخر فعليه أن يرد مثل
 المقبوض وكذلك ما يعمد من الجوز والبيض وإن اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لأنه يكال
 تارة ويمد أخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلا وعددا وما فيه من خلاف زفر فكذلك
 حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة
 مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه أنه لا

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

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

الاقراض فيه وأما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ليت المال حتى روى انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرافان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فردّه بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول النصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذيمه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك المقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون إلا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يتي فيه تفاوت إلا سيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للمعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في باب القرض فالشرط اعتبار الممانلة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والريا حين الرطوبة والبقول لأنها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الخناء والوسمة والريا حين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لأنها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك ولا يجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الأجل في القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالتن والأكجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالابراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع لازما للمتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان

المير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل في القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض في الحكم عين المقبوض اذ لو جعل ديناً على الحقيقة كان بدلاً عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بنفسه نسيئة وهذا بخلاف الإبراء لأنه بالإبراء يزول ملكه وإزالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزول ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه إلى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل في بدل الغصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما مع الشافعي فالكلام ينبنى على أصل وهو أن عنده الأجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجسله في الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط إنما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفرداً عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكننا نقول ما كان ديناً على الحقيقة إذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاستقاط القبض فيه بالإبراء صحيح فكذلك بالتأجيل أما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك في بدل الغصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزماً وجه قولنا أن بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فإنه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف إن الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرج المستقرض عن ملكه ولكننا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لأنه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فإذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يردده إلى المستقرض وهذا لأنه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكماً فلا اعتبار أنه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء إلى من في ذمته ولا اعتبار أنه عين حكماً قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للأصل الذي قلنا أن القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه لعينه يكون قرضاً وهذا لأن المير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يردده عليه وفيما يجوز فيه القرض بالمنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالإعارة مسلطاً له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المير الانتفاع بتلك الدراهم في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاواني من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولسكنها عوار لأن منافعتها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يحز بيعه فيها وكذلك اللالي والا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالت أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقما من تمر خيبر وعشرين وسقما من شعير فقال لي عاصم بن عدي أعطيك تمرا هنا وأخذ تمر ك بخير فقال لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهاني عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه تأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشترط ايفاء بدل له حمل ومؤنة في مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي بن كعب رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لأبي رضي الله عنه نخلة بعجل فأهدى أبي بن كعب رضي الله عنه رطبا لعمر رضي الله عنه فردده عليه فلقبه أبي فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعت الى مالك نخذه فقال عمر لأبي رضي الله عنهما رد علينا هديتنا وبه تأخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدى اليه لأجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضي الله عنه انه ما أهدى اليه لأجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة في الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب اليه . بيانه في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

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

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضي الله عنه أن الرجل إنما فعل ذلك لأجل الفرض فلهذا كرهه وقد رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بقاء فقال انه أوصي الى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتري من ماله شيئاً ولا تستقر من منه شيئاً وبه نأخذ فنقول ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئاً لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفي التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً وبه نأخذ فنقول المنهي عنه هي المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الإحسان بالإحسان وانما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به اذا لم يكن مشروطاً وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم الى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما اذا كان مشروطاً فذلك مكروه والسفاحج التي تعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط في القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة * رجل باع من رجل عبداً بثمن مسمى الى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا في الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مقيداً غير معتبر اذا لم يكن مقيداً وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأني الا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الأجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين في البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها فقياله حمل ومؤنة
 العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بمنظرة موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة
 فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسليم فباله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم
 ما لم يأتيا ذلك المكان واما ما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لا اشتراطه
 الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتي ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطلبه
 بالتسليم في الحال لأن التسليم فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل
 في ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على
 أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وبراءه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في
 الكل فكذلك في البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لا يتمكن في هذا
 التصرف معنى المبادلة وصحة الإبراء لا تستدعي القبض وهذا بخلاف ما لو صالحه على أن أجله
 فيها شهرا لأن التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقرض والمعنى الذي لأجله لا يلزم الأجل
 اذا اقترن بالاقرض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقرض وان صالحه
 على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد يتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف
 الجنس فان افرقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افرقا بعد ما قبض بعضها يبرأ من حصة
 المقبوض وعليه رد ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر
 أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس
 بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجري وتوهم
 الفضل كتحققه فيها ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب
 تبر جزافا بعينه أو ورق قبل قوله أو ورق زيادة من الكتاب وقيل بل هو صحيح لان في
 لفظ الصلح ما يدل على ان ما وقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على
 التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى
 به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الراجعة لاتعين عند
 المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذاك لانه
 قابض للدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس
 بالدراهم أن قبض أحد البدين قبل الافتراق يكفي قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن
 يكون ديناً بدين فيكون هذا افتراقاً عن دين بدين وإن أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلاً
 ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت
 في ذمته ما هو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جائز على الدنانير بشرط القبض في المجلس
 فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصالح ملك ما في ذمته
 ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك اذا ملكه بالصالح ولو صالحه على
 مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عملاً زاد على
 مائة والكفيل لا يملك المكفول به بالبراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن
 يرجع بتسعة مائة على المكفول عنه وقال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل لم
 يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وإنما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن
 الصالح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب
 براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعة مائة الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصالح هناك
 معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكاً جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة
 بالالف ربا قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب
 على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جائزاً لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل
 وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدي والصالح عن الدراهم المؤجلة على
 دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به
 على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ لانه انما اعطاه ليستقط مطالبة
 الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو اعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفياً
 منه الدراهم بطريق الصالح ومبنى الصالح على الانغماض والتجاوز بدون الحق فاذا من لزمه
 الرد تخبر بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفياً بالمقاصة من الدراهم ولو
 كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل
 وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل ألف درهم وقبضها
 منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضى
 الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا

في رواية أبي سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي حفص قال هذا قول أبي حنيفة أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبنى على ما بينا في كتاب البيوع وإذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي عليك في كر حنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسئلة فكذلك في هذه إذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير الممين أو السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار أنه أضاف الوكالة الى ملكه فالدين في ذمة المديون ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لأنه أمره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلك قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع اليه مؤتمن لأنه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل اليه من ماله فان صرفها وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لأنه في القبض بحكم العقد عامل الامر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الامر حتى يأخذ منها حقه فاذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لأنه في هذا الاخذ عامل لنفسه وانما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان دخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بأمره وان قال بغير محقق فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لأنه بالبيع ممثل أمره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الاول فان هناك أمره بالبيع للأمر فكان في القبض عاملا للأمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيا على أن يقرضه فهذا فاسد انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك واذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على رده فقرضه الذي عليه دين في ماله اما لأن تصرفه قد بطل فبقى هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لأن تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة واستقرضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغي أن لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق
فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال يقدم على حق الورثة ولهذا
يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه
قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة
واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والعبي
والمعتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع* واذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها فاستهلكه
لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة
لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط
الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر. وان
أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يؤاخذ به حتى يمتق وهو على الخلاف الذي بينا وان لم
ينص عليه وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال كما في الوديعة. وان وجد المقرض ماله بعينه
عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه. واذا باع الرجل دراهم بدرهم الى أجل
وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساحر ام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما
أولى. والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فلا آخر ان يعطيه غيرها
لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف
وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم
عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تعين بالقبض وان كانت لا تعين بالعقد
والله أعلم بالصواب

باب الرهن في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير وتقدمه الدنانير وأخذ بالعشرة رهنا
يساويها فملك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن برأس
مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم يقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك
الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا بقي عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفاً محلياً بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهناً فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقاً ولو نقد الثمن وأخذ رهناً بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقاً فإنه يقضى له بالسيف لأن أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالأقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لأنه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة في حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو أناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين في العقد في أنه جعله كالسيف في أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فإن هلك الرهن بعد ما تفرق قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لأن تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهناً بالثمن أو بالمشن لأن الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انقضى ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف في المعادن وتراب الصواعين

قال رحمه الله ذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية إذا هلك الرجل في البئر جعلوا عقله وإذا جرحته دابة جعلوا عقله وإذا وقع عليه معدن جعلوا عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال الذهب الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لأنها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذي لا يفصح يسمى أعجمياً والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لأنه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة إذا رحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لأن ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لأن في وسع الراكب أن يمنع بأن يرد لجأه وأما البئر والمعدن فجبار لأن سقوطه بعمل من يماله فيكون كالجاني على نفسه وفيه دليل لتأعيل وجوب الخمس في المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاظم فسر الركاظم بالمعدن وهو الذهب
 المخلوق في الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاظم يتناولهما لان الركاظم
 هو الاثبات يقال ركز ربحه في الارض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقه أو وضعه
 وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم في قرية خربة فقال علي رضي
 الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا انت كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم أحق
 بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدي خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك
 وستتمها لك فعمل الكل له وفيه دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عي ان واجد الكنز في
 ملك الغير لا يملكه ولكن يردّها على صاحب الخطأ وهو أول مالك كان لهذه الأرض بعد
 ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك في الواحد اذا رآه
 محتاجا اليه وله أن يضع ذلك في بيت المال كما رواه عن علي رضي الله عنه في الحديث الآخر
 قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك
 فهو للذي وجدته فوجدوها كذلك فأدخل خمسة بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق
 ان رجلا وجد كنزا بالمداخن فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فتألت
 بفيه الكشكش يعني التراب فهل لا أخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسة وهذا مثل في العرب
 معروف للجانب المخطئ في عمله وهو مراد عائشة رضي الله عنها بما قالت يعني انه خاب
 وخسر خطئه فيما صنع في دفعه الكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا
 يدفع الى العامل الا قدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى
 دير خربة فوقع فيه ثلثة فاذا استوقفة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها
 عليا رضي الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقي منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا
 دليل على جواز وضع الخمس في قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن
 يفعل به بنفسه لأن خمس الركاظم في معنى خمس النسيئة ووضع ذلك في قرابة الغائبين جائز اذا
 كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الازدي قال وجد رجل ركاظا فاشتراه منه أبي بمائة شاة
 تباع فلا تمته امي وقالت اشتريته بثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفائتها مائة فقدم
 الرجل فاستقا له فأبى أن يقبله فقال لك عشر شياء فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فمالج
 الركاظم فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واعطني مالي فأبى عليه فقال

لا ضرر لك فأتى عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال علي رضي الله عنه إذا خمس ما وجدت
للذي وجد الركاكز قلما هذا فانما أخذت من غنمه وفيه دليل على أن بيع المعدن بالعروض جائز
وقوله بمائة شاة تباع أي كل شاة يتبعها ولدها وهي حامل بأخرى وهذا معنى ملامها إياه
حيث قالت اشتريتها بثمائة والمراد بقولها وكفاتها حملها وقيل المراد لبها وفيه دليل على
أن المتصرف لا ينبغي له أن يبيّن تصرفه على رأي زوجته فانه ندم بناء على رأيها ثم خرج له
منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيه دليل
على أن خمس الركاكز على الواجد دون المشتري وإن بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز في
الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على أنه
لا ينبغي للمرء أن يقصد الإضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحقوق الضرر به كما ابتلى به
هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى بإحسانه والمسيء
ستلقه مساويه وعن الشعبي قال لا خير في بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك في
الماء وبه نأخذ فالمقصود ما في التراب من الذهب والفضة لا عين التراب فانه ليس بمقوم وما
فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا إذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا
فإن علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز على ما بينه أن شاء الله وعن عبد الله
ابن عمر رضي الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما
يوجد في الطريق فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فإن جاء صاحبها والا فهي لك
وفيه دليل على أن الملتقط عليه التعريف في اللقطة وبظاهره يستدل الشافعي ويقول له إن
يملكها بعد التعريف وإن كان غنيا ولكننا نقول مراده فاصرفها إلى حاجتك لأنه صلى الله
عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها في الخرب
العادي فقيها وفي الركاكز الخمس والمراد بالركاكز المعدن لأنه عطفه على الكنز وإنما يعطف الشيء
على غيره لا على نفسه وكل من احتقر من المعدن فعليه خمس ما وجد وله أربعة أخماسه لما روينا
من الأنراق وأكره أن تقاسموا التراب ولا أجزره وإن فعلوا حتى تخلص تقاسمونه على ما
يخلص من ذلك لما بينا أن المقصود ما في التراب وحققهم في ذلك سواء وعند قسمة التراب
لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود إلى كل واحد منهم فهم في معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بخسسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يحز لانه لا يدري أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي الله عنه كئنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعلم ما في التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربلا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمتمم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خاف ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يحز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لا نعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتقر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحزره فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقي في مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحزرها ويخرجها وتأويل حديث علي رضي الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقي ولهذا قال علي رضي الله عنه ادخس ما وجدت من الركاز يعني ما أحرزته وكذلك ان أعطاه رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه في اخراج المباح وذلك باطل فرجع في عوضه وما احتقر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس في ذلك وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تقضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يحز لان المقصود ما في التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك في البعض ويقل في البعض الآخر وينعدم في البعض وهذه الجهالة تقضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يحز لتوهم الفضل فيما أعطاه وان

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لا اختلاف الجنس وهو بالخيار إذا رأى مافيه . وإذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فأنما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لأن المقصود مافيه واستقرضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض وان كان استقرض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل مافيه من ذهب أو فضة والقول في مقداره قول الضامن لأن العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمقوم وإنما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المعقود عليه ما في التراب وبالمساواة في وزن التراب لا تحصل المائلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى مافيه لأن المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

❦ باب صرف القاضى ❦

قال رحمه الله وحكم القاضى فى الصرف وحكم وكيله وأمينه لحكم سائر الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرة لاعلى وجه القضاء وان كان لليتيم دراهم فصرفها الوصى بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس فى هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصى فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان فى حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصى بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضربا الآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيئا لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيرا لليتيم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للآثر الذى رويناه عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة المذكورة فى كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدري لعل فيه من أحد النقيدين خاصة مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم ما فيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره في بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلي أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهر أو بذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقي بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشترهما رجل جميعا على ما بينا في تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما في التراب. ولو اشترى ذهبا وفضة لا يعلم وزنها بفضة وذهب لا يعلم وزنها جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق إسم لما يخرج للجن من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولسنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان ديننا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز في العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه الدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلي والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

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

بمعنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو في المنفعة بمقد فاسد وان استأجر اثناء فضة أو حلي ذهب يوما بذهب أو فضة جاز لأن المستأجر منتفع به لبسا أو استعمالا والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجوز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للإجارة وانما يرد عقد الإجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة في الدراهم والدينانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الإجارة ولو استأجر سيفاً محلياً أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدرهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغاً يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد في هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضاً كذلك ثم استأجره في إقامة عمل معلوم في ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفي لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده وإذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشواً بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشواً فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض في الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق في يده وهو غير راض بإزالة يده عنه ما لم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك يمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مشكلة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكاً لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين ما زاد من الذهب قائم في الطوق فالصائغ فيه كالبايع فيكون له أن يمتنع من تسليمه ما لم يصل اليه كمال العوض وان أمرا الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرضاً من عندك لم يجوز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضاً لها فيبقى الصائغ عاملاً في ملك نفسه ثم بائناً منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الأول فهناك المستقرض يصير قابضاً للذهب يخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملاً له في ملكه فلماذا يستوجب الأجر عليه وفي مشكلة الخاتم يفسد أيضاً لعله أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب الغصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لأن من أصله أن للجودة والصنعة في الذهب والفضة قيمة وإن قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلاتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى إلى الربا وإن ضمن مثل وزنها ففيه إبطال حقه في الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لأن للصنعة عنده قيمة وإن قوبلت بجنسها والربا إنما يكون شرطا في العقد فاما في ضمان المنصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء على أصله أن ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين في كتاب البيوع والغصب والقول في الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر للزيادة والطالب مدع لذلك فعليه اليقينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو أكثر لأن انحجاب ضمان النقصان عليه متعذر فإن الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه في الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور إليه بالضمان وإن شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشيء لأن شرط التضمنين تضمين المكسور إليه فإذا أتى ذلك كان مبرئاً له بخلاف الثوب إذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفي الحرق الفاحش له أن يمسك الثوب ويضمنه النقصان لأن الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فأيجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدي إلى الربا فإن قضي القاضي عليه بالقيمة واقترا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لأن ما جرى بينهما صرف فإن تملك الفضة المكسوة بالذهب والتقاوض في المجلس شرط في الصرف ولا جله يثبت حكم الربا فيه حتى لا يقوم بجنسه فكذا يثبت حكم التقاوض وإن كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه في حكم التقاوض في المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفي الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضى له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح في المجلس لان العقد فيه صرف . وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فإن القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضى على الناصب بردين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم نبوت الملك في المضمون شرطاً لتقرر حقه في القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك في البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطاً في البيع ان كان مقصوداً لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للمعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلو جود المبادلة مقصوداً شرطنا قبض حصة الصفائح في المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض في الصرف للتعين من حيث ان كل واحد من الموضين فيه يجوز أن يكون غير معين في ابتداء وهذا لا يوجد في الغصب فالغصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة . يوضحه انه لو انتقض القضاء بالاقتراق عن المجلس احتاج القاضى الى اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلاحاً على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلاً بدون القاضى عين ما يأمر به القاضى أو رفعاً الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهراً جاز ذلك ايضاً عندنا خلافاً لزفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل في الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافاً لزفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل الغصوب والمستهلك عنده كبذل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكماً فبالأجل يلزم كالتمن في البيع واذا استهلك أثناء من نحاس أو حديد أو رصاص كان ضماناً لقيمتة دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضموناً بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضى بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدي الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمتة

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما
يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى
يجوز بيع الواحد منه بالآخرين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني
المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص
فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه
اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه وقد فوته
بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئا آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند
أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمه قيمة الاول مصوغا وقد بينا المسئلة في كتاب
الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذا بها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن
الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك
المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط
المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا لمثله والمخلوط
يصير مملوكا له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف
في كل ما يخلط وقد بيناه في الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل
ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لا آخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه أو سبك
ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما
الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فجعلها عروة في قلادة فهذا استهلاك
وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفا من أوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من غير
ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير
الساحة اذا أدخلها الغاصب في بناءه واذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به
المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردأ ولو أبراه عن بعض القدر
جاز فكذلك عن الصفة وفي الاجود أحسن الغاصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه
كما لو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه في البيوع
وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقصه الدنانير والدراهم قائمة في منزل
الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبذل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه انا فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضة مثلهما بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المنصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فماتع الصلح عليه يكون بدل المنصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائما بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الايدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاناء غائبا عنه فقال اشتريته منك بنسيئة فاني أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا اني استحسن في الصلح اذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أو هو مقرر به فاني أكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف فان ما يجري بينهما صرف بزعمهما فيؤخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف في الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة في بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض الفصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلا كهافي يد المودع كها كهافي يد المودع فاذا لم يحدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البدلين* وان أودعه سيفا محلي فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شيء واحد وقد انتقض العقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

تميز البعض من البعض في التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلي فدفعه اليه ولم
 يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد
 انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغي أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه
 بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان في حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل
 وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام
 ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لان العقد في الوجهين
 صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد
 في الوجهين فاما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد
 وانما يحتال لتصحيح العقود لا لانها بعد صحتها واذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما
 بقي أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر في تميز البعض من البعض في التسليم ولو
 قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر
 وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان في الحلية فضل أضيف الفضل
 الى الحمائل من الجانب الآخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب
 ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة
 وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد
 الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة
 وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من
 ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لان العقد في ذلك ليس بصرف وتميز
 البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يتعدى الى ما بقي
 ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة
 من الثوب والدينار لانها جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولي من
 البعض فللمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب
 من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل
 واحد من الثوبين بصاحبه بالحصة التي سميت له ولا خيار له في ذلك لان عيب التبعض
 بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما

راضيا بميب التبعض فلهذا لا خيار لهما في ذلك والله أعلم بالصواب

❦ باب الصرف في الوزيان ❦

قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لأن شرط الجواز المساواة في الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة في المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعني بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لأن الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود . ولو اشترى مثقال فضة ومثقال نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقي لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم في مال الربا أنه يقابل الشيء مثله من جنسه فالخاصل أن حكم الربا في الفروع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل لأنه إنما يمتد إلى الفرع حكم الأصل فكما أن في الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند إطلاق العقد فكذلك في الفروع وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز إلا وزنا بوزن لأن الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل وفي الذهب والفضة تجمل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء في ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وإن اختلفا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا في البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع في الأموال الربوية في اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالاسرب فهذا رصاص كله يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الأحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس أنان يدا بيد من قبيل أن الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحدا الجانبين بزيادة الصبغ الذي في الشبه قال ولا خير فيه نسيئة لأنه نوع واحد وبزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولأنه موزون متفق في المعنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الأبيض يدا بيد الشبه واحد والصفر أنان لما في الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لأنه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصفير الابيض لا بأس به واحدا منه بائنين من النحاس الاحمر لان الصفير الابيض فيه رصاص قد اختلط به فباعثاره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله . وان افرقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افرقا عن عين بعين وكل ما لم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبيع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزنا بمنزلة التبر . وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمنًا وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لانهما افرقا عن عين بدين وان كان الاناء بوزن فلا خير فيه لانه يبيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افرقا وأحد الموضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افرقا لم يفسد العقد لان ما كان ديننا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالفقد فاسد تقابضا في المجلس أولم يتقابضا لان أحد الموضين مبيع وهو ما لم يصحبه حرف الباء فيكون بائنا ما ليس عنده لا علي وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم

باب الصرف في دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسلًا فكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لا يني حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربى في دار الحرب وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله . وحجتهم ما حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام
لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا أمان له سواء كان في دار الاسلام أو
في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام
حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيية نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد
ولان الكافر غير راض بأخذ هذا المال منه الا بطريق المقدمة ولو جاز هذا في دار الحرب
لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم بالدرهم ووجهنا
في ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن
عبد المطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربي وكان يخفى
فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينه عنه دل أن ذلك جائز وإنما جعل الموضوع
من ذلك ما لم يقبض حتي جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال
محمد وبلغنا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى ألم غلبت الروم
قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطبنا على
أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرا وان غلبت فارس أخذنا خطرك
فخاطبهم أبو بكر رضى الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب
اليهم فزد في الخطر وأبعد في الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس
فبعث الى أبي بكر رضى الله عنه أن تعال نخذ خطرك فذهب وأخذ فأتى النبي صلى الله عليه
وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه
وسلم بين أبي بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك
حيث لا يجرى أحكام المسلمين* ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركاة باعلى مكة فقال
له ركاة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه
الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرما وهذا دليل على جواز مثله في دار
الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن
لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئا الا بطيية أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم
يتملك المال عليهم بالأخذ لاهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ما أمكن وأحسن الوجوه ما قلنا والعراقيون يعمرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم طلق لنا أموالهم فاعدا عذر الأمان يضرب سبعا في ثمان وتأويل حديث ابن عباس أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والفيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا اننا قاتلهم لطمع المال وأما التجاران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز في دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا ألتقه وانما يملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولا يجوز انبات عقد لم يباشر به بينهما من هبة أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرج احدهما حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يردده والحكم فيها كالحكم في التجارين أما على أصل أبي يوسف فقط فظاهر لانه لا يجوز هذا العقد بين المسلم والحربي فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربي وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام ألا ترى ان أحدهما لو ألتف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقده حرمة ومن لم يعتقده فلبثت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا يؤمر أن يرد ما أخذه لأن كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما اذا ظهر المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذي أسلم لانه صار محرزاً ماله بيده ويده أسبق اليه من يد الغائبين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشتري أحدهم من صاحبه درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجرأما أن تدعوا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله فالتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لانه يثبت

عندنا أنهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فباشروهم ذلك لا تكون
عن تدين بل لفسق في الاعتقاد والتعاطي فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم . وإذا تباع أهل
الحرب بالربا في دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أو يقبض
أحدهما ثم اختصموا في ذلك أبطلته لأن العصمة الناتجة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع
القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا
ما بقي من الربا وسببه مروي عن مكحول قال أسلم تقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو
عمرو بن عوف يأخذون الربا من بني المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة أميرا فطلب بنو
عمرو بن عوف ما بقي لهم من الربا وأبى ذلك بنو المغيرة فاخصموا إلى عتاب رضي الله عنه
فكتب فيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى
الله عليه وسلم إلى عتاب رضي الله عنه وأمره أن يأمرهم بأن يدعوا لهم ما بقي من الربا أو
يستعدوا للحرب ففرقنا أن الإسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا
بعد التقابض في دار الإسلام فأنهم يؤمرون برد ذلك لأن التقابض بعد العصمة بالاحراز
كان باعلا شرعاً وكذلك المسلم يبايع الحربي بذلك في دار الحرب ثم أسلم الحربي وخرج
إلى دارنا قبل التقابض فإن خاصمه في ذلك إلى القاضي أبطله وإن كانا تقابضا في دار الحرب
ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى أن كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لأنه
طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو أكثر وأخذ ماله بطريق الإباحة كما قررنا والله أعلم

باب الصرف بين المولى وعبده

قال رحمه الله وليس بين المولى وعبد ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين العبد
وسيده ولأن هذا ليس يبيع لأن كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما
جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فإن كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن
على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ
من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين
بدرهم لأن ما أعطى ليس بمعرض سواء كان أقل أو أكثر فعليه رد ما قبض لحق

الغرماء وكذلك أم الولد والمدر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بمقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجزى بينه وبين غيره الوالدان والولد والزوجان والقربة وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما والوصى في الربا بمنزلة الأجانب لان المبايعة تتحقق بين هؤلاء والماليك بمنزلة الأحرار في ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان اذا اشترى أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كشخص واحد في التجارة كما يجزى بينهما لا يكون بيعا والله أعلم

❦ باب الوكالة في الصرف ❦

قال رحمه الله واذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف في ذلك مباشرة لغيره ومباشرة لنفسه ألا ترى انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما من حقوق العقد كسائر الأجانب وان وكل رجل رجلا بالصرف لم يكن لاحدهما أن يفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى الرأي ورأى الواحد لا يكون كراى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصته الباقى جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كاجنبى اخر وان وكله في ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقرانه من دراهمه وجعده الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقبض فيما يدعى من الزيادة بمدا ما أقر باستيفاء حقه وانما يرد على الوكيل باقراره واقاراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل ❦ قال وان رده القاضي على الوكيل بينة أو بأداء يمين ولم يكن القبض أقر بالاستيفاء لزم الأمر وفي هذا نظر فان القبض اذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده انما اليمين عليه ❦ ان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد اذا حلف لا اذا أتى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب مختل

والصحيح أنه إذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للأمر لأنه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الأمر . وإذا وكله بأن يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لأن الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر . وإن وكله أن يشتري له إبريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أو دنانير جاز على الأمر وجاز أن نواه لنفسه لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الأمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بمحض من الأمر وإن اشتراه بشيء مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يحز على الأمر لأن مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع فإذا اشتراه بشيء آخر كان مخالفاً وكان مشترياً لنفسه فإن وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يحز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لأنه لم يخالف والوكيل إنما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لأن فضته صارت ديناً على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده إلى صاحبه . وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يحز لأنه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فإن علم المشتري أن الفضة في التراب مثل الثمن وزناً فرضيه قبل أن يفتراً جاز ذلك لأنه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزناً في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئاً لم يره ثم رآه فإن رده بغير حكم جاز على الأمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وإن تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لأن العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزاً إن كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك إن كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وإن لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لأن أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وإن وكله بأن يبيع له سيفاً محلي فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط في الصرف ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وإنما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك إن شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه تقداً

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

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

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أو لجهله به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لانه مال الموكل صرف بعضه في بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا واذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجوز على الأمر لانه في معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين في العوض الذي من جهة صاحبه مشتر ولان تصرف الوكيل بالشراء بالمعين انما لا ينفذ على الموكل للهمة فانه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالمعين أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجوز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الأمر لم يجوز كما لو صرفها الأمر بنفسه وهذا لانه لا فائدة في هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الأمر في الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الأمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بألف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكانا في أى ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الأمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيد به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة في أى مكان صرفها له كان ممثلا أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الأمر بالبيع مطلق في أى موضع باعه فهو ممثّل ولا أئزم الأمر من الآخر شيئا لانه لم يأمر بالاستعجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبي حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به اتفق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لانه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفي الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجاب هذه المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة وبمثل هذا قال في الكتاين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الأمر فعرفنا أنه كالفاسد في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشترى به غير الكوفة كان جائزا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الألف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى أنه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الألف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه الى تلك الألف أو غيرها فيكون ممثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلس * فان قيل أليس أن تلك الألف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الألف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجزله لان

الوكالة تعاقت بتلك العين فانها أضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد واذا وكله
بألف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة
لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية
مقطعة لم يجوز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها
بكوفية مقطعة لم يجوز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا
فأبو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك. والحاصل أنه يعتبر في كل مكان
وزمان ماهو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأي ولو قال اشترى لي بهذه
الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفية أو بنقد فاشترى له غلة الكوفية جاز وان اشترى له غير ذلك
من غلة البصرة أو بنقد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفية لان
الوكيل انما يصير ممثلاً اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفية فان كان ما اشترى
مثل غلة الكوفية فقد حصل مقصوده وان قال له ببع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها
بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول
مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الاتفاق في حوائجه
وانما يحصل ذلك بغلة الكوفية أو مثلاً ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف
الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق
فباعها بالشامية لا يجوز على الآخر لان المقصود لا يحصل بهذا لما لاعتق من السرف على الشامية
والله تعالى أعلم

باب العيب في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى سيفاً على بدراهم أكثر مما فيه وتبايضا وتفرقا ثم وجد
بالسيف عيباً في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لقوات وصف السلامة المستحقة
له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بنسب قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض
التمن لان الرد بعد القبض بنسب قضاء قاض كالأقالة من حيث أنه يعتمد التراضي والأقالة في
الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض به في المجلس لان الأقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فإذا فارقته قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لانه صرف وفيما وراء ذلك لان في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يردده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن . ألا تري أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يردده على بائعه في هذا الفصل دون الاول قال وله أن يؤجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح في مثله كبذل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه في حكم العين فان كان حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يردده دون الحلي لم يكن له ذلك الا أن يردده كله أو يأخذه كله لان الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولان الانتفاع ببعض متصل ببعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحداهما عيبا وهناك ليس الا له أن يرددها أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل حين تين اقتراحهما قبل قبض أحد البديلين فان الستوة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لان عنده اذا رد الكبير بعيب الزينة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد و ذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت في المغنم يوم القادسية طشتا لأدري أشبه هي أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة ألفي درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فقال لا تلمني ورد الطشت فقلت لو كان سهما قبلتها مني فقال اني أخاف أن يسمع عمر رضي الله عنه اني بعثك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفي درهم فيرى أني قد صالمتك فيها قال فأخذها مني فاتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغنم وانه ليس له أن يبيع بعين فاحش وان تصرفه فيه

كتصرف الأب والوصى في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضى الله عنه لما ظهر أنه باع بنين فاحش وفيه دليل على أن الإمام إذا بلغه عن عامله ما رضى به من عدل أو هبة فعله فانه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضى الله عنه بهذه الصفة تهابه عما له في آفاق الأرض وذلك لحسن سيرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء * وإذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لا يدري ماهو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لان العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة * وإذا اشترى اناء فضة فاذا هو غير فضة فلا يبيع بينهما لان المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا يبيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من النقص فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشتري للعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشترى سيفاً محلي على ان فيه مائة درهم بمائة درهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فانه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالي عن المقابلة وهو الجفن والجمائل وان اشترى ابريق فضة بالف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري ان شاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار مسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يعمل مشتريا للكل بألف درهم لانه ربا ولا بالقيين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبويض الملك عليه فيما يضره التبويض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لو صرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الأبريق ولو كان اشترى الأبريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والأبريق مما يضره التبويض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه اذا أمكن دون الوزن المذكور * وان اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها ما تادروهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لأن النقرة لا يضرها التبعض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فأنما ينقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فإنه يضر التبعض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لا مرأتى أبيه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعت في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقالت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن واذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها داتقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه وتقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالمروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس وإذا اشترى سيفا محلي فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف وتقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فلا افتراق

وجد بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية الى شهر لانه
 ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها
 حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقي ثمن المبيع
 والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصالح في الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقتر
 البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصالح جائز لان ما وقع عليه
 الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لنفسه ففساد العقد فيه بفوات ما يقابله والقبض
 في المجلس ليس بشرط في مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد
 لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير في أصل بدل العبد اليهما
 ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب
 وصف والثن لا يقابل الوصف والخط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العيب
 يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المخطوط دينا في ذمته ولا يضرهما
 ترك القبض فيه في المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله. ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها
 قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع
 عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم
 بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثاني انما يصح بطريق الخط والحظ من الثمن وهو
 الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينا فاذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا
 بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع
 الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها
 أو اشترطا في الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل
 مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم
 افترقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الإبراء دون المبادلة فيكون في الإبراء محسنا من
 وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افترقا قبل أن

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

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شيء واحد فإذا بطل العقد في بعضه بطل في كله
 وشراء الثوب فاسد أيضا لأنه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببطل الصرف قبل
 القبض لا يجوز فإذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الأصل الذي قلنا أن الصلح
 على الإنكار مبني على زعم المدعي. وإذا اشترى الرجل إبريق فضة فيه ألف درهم بمائة دينار وتقابضا
 ثم وجد بالإبريق عيبا فله أن يردده لفوات ما صار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة
 عن العيب فإن صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وإن كان الدينار أقل أو أكثر من
 قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا كان الفضل مما لا يتغابن
 الناس في مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسألة كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على
 أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يجوز عندهما لأن عندهما الحق في
 القيمة وهي مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا إلا أنه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن
 الناس في مثله لأن ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت
 فإذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند
 أبي حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه
 وإن كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء
 الفائت الذي استحققه بالعقد ولأرباب بين الدراهم والدنانير ولأنه يصح الصلح بطريق
 الخط وهو أن يجعل كأنه حط من ثمن الإبريق هذا المقدار ولكن الأول أصح لأن القبض
 في المجلس شرط وإنما يشترط ذلك إذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى
 لا يكون دينارا بدین وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز. وإن كانت الدراهم أكثر من
 قيمة العيب عندهم جميعا لأن حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا
 على قولها ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه في الفصل الأول إنما يجعل بدل
 الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا
 عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فإذا افتراق قبل
 القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وإن ادعى علي رجل
 عشرة دراهم وعشرة دنانير فأنكر ذلك المدعي عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا
 أو نسيئة فهو جائز لأن صحة هذا العقد بطريق الإبراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدراهم ثم أجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز
 * قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أولم يستهلكه
 ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح
 بطريق الخط أو بطريق أن ما وقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع واجبا
 بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح في مثله * ولو صالحه على دينار لم يجوز الا أن
 يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا
 فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا
 ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن زاده
 مشتري القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان ما زاد مشتري القلب يلتحق بأصل العقد
 وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البدل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل
 بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعينها وتفرقا
 قبل التقابض فهو جائز أيضا لان في حصة الحنطة افتراقا عن عين بدين وفي حصة العيب
 وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا ثم وجد
 في الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة
 العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم

باب الصرف في المرض

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لا يجوز ذلك عند
 أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا
 وصية للوارث وعندهما مضى الوصية في الخط لا في نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا
 كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتي في كتاب الشفعة
 ان شاء الله تعالى * ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك ببيعة الورثة
 فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو
 مردود كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن
 أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالحياة فيعطل

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

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

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا يحير صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المفاوضة وثلاث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشتري بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شيء من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المفاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشتري ثلثا الابريق وقيمتها ثلاثة عشر دينارا وثلث ثلثي المائة وقيمتها ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة في عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليمويه له بفضة وزنا معلوما يكون فرضا على الدافع ويعطيه اجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها بإبطاله تملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع عينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو يشكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف على فعل الغير فان قال موه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

أجر عملك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة
الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه
صار قابضا للفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تمذر رد عينها فعليه رد
مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لا يجاوز به مسمى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى
المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد في حصة الصرف فسد
في الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا كرا الحاكم
رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد في حصة الصرف طارئ بالاقتراق قبل القبض وذلك
لا يوجب فساد الاجارة قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل
ليبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر
مثله وعلى المائة درهم فملت أنه حكم بصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام
ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم
جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم
بأجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الذهب صرف وكذلك لو
شرط عليه أجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لاستقرضا لانه سمي ما يقابله
ثمنا فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب
كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض
للدنانير وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره للعمل معلوم ببدل معلوم
واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صقها قلبا وراك كذا ففعل فهو
جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى
أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل في ملكه ببدل معلوم
وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صنع لي من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن
أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل في يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون
فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي اثني عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة
فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتني فزدت خمسة وفي القلب خمسة عشر فاقول قول
المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف في مقدار ما دفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

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

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

وذلك بعد الاتفاق وبعد ماوجب التصديق بالفضل فلا يظهر في ابطال حق الفقراء مع أن باب التصديق مبنى على الاحتياط وهذا شيء يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر في حقه لافي حق الفقراء ولأن قيمة المبيع صارت ديناً على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع ديناً للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يحمل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أنلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فمرفنا أنه واجب للمشتري ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة الحيل فيما كان ثابتاً فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفاً محلي فيه خمسون ديناراً بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيئاً من حمائله أو جفنه فاختر المشتري أخذ السيف وتضمن المفسد قيمة ما أفسده فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط في المجلس انما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختر المشتري امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختر المشتري امضاء العقد وتضمن المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدي القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شيء لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخره لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة الحلية للاقتراق قبل القبض وفي حصة السيف لان الكل شيء واحد ولو أسلم ثوباً في كراخنة أو باع ثوباً بدينار فحرق رجل القلب وشق الثوب بأثنين فاختر المشتري القلب والمسلم اليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضاً قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقضان من الهاشم في المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه في المجلس * رجل اشترى سيفاً محلي فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختر المشتري امضاء البيع وتضمن المحرق فنقد الثمن وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فاليبيع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لأنه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا للبكرة قد زابت السيف فانتقض العقد فيها بالاقتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقى وفي قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لأنه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول في السلم إذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختر المسلم إليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الأصل الذي بينا * وإن اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهماً وتقابضا ثم باعه المشتري مربحة بربح عشرين درهماً أو بربح ده يارده أو بربح ثوب بمينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لأن الحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من القضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فإن قيل كان ينبغي أن يحمل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المراجعة قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مربحة أو وضيعة وذلك ينعدم إذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولائها جعلاً الربح في ثمن السيف ده دوازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لأن البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سعى من الربح وإن البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصد ذلك وإن رابحه فيما سوى القضة جاز لأنها صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مربحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام الموء فلا بأس بالمراجعة فيه لأن التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وإن اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مربحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما إذا باعه بربح نصف دينار فإن الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وإن باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لأنه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لأن الدرهم بقلبه مثل وزنه من القلب على ما عليه الأصل فإن القضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعاً ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة أعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسمياه رأس المال وربحا

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحاً رأس المال في عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجوز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد في حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الآخر وبفساد العقد في أحدهما لا يتمكن المفسد في الآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضاً ثم باعها مائة درهم مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع * ولو اشترى سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضاً ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويخرج قدر المخطوط من أن يكون ثمناً فكأنه في الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة عشرة دراهم وتقابضاً ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع أو قبل أن يفترقا ففسد البيع كله في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن درهما وسلمه اليه ففسد العقد في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطاً بعد العقد لأحدهما خياراً أو أجلاً يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك في البيع اذا ذكر فيه شرطاً فاسداً بعد العقد وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتي يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتها في ذلك أن الشرط والزيادة بيع في العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشيء مبطلاً لأصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور إبطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذي لأجله يلتحق الشرط
 الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنها قصدا تغيير وصف العقد
 بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه
 وإبقائه فكذلك يملكان تغيير وصفه لأن صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود
 هنا فأنهما غيرا وصف العقد من الجواز إلى الفساد واليهما ذلك فواقع عليه الاتفاق بعد العقد
 يجعل كالمذكور في أصل العقد ولو ذكر في أصل العقد ثبت وإن فسد به العقد فكذلك إذا
 ذكر بعد العقد ألا ترى أن أحد المتصرفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه
 وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذي قلنا فكذلك إذا رده في بدل الصرف ومحمد فرق
 بين الخط والزيادة فقال في الخط إفاء العقد الأول مع أن تصحيح الخط ممكن بأن يجعل
 ذلك هبة مبتدأة فيصار إليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد قبض
 وقبلة فانه يصح الخط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه
 إلى ذلك فصرف إلى إفاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بتصحيح فان حط
 جميع الثمن يتعذر إلحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم
 يقصد المتعاقد أن ذلك بأصل السبب فلماذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه
 الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما بإشراء وانما يفسد به العقد
 والفساد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع إذا وهب
 كان ضامنا يوضح الفرق أن الخط لاخراج العين من العقد أو لإدخال الرخص فيه والإنسان
 لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو
 يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الخط
 لإدخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجملة هبة مبتدأة فلماذا التحق بأصل العقد إلا أنه
 يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الخط في سائر البيوع لأن في صحة هذا الخط إفساد هذا
 العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بإفساد العقد وهناك في تصحيح الخط إسقاط ذلك القدر
 من الثمن والإسقاط يتم بالمسقط وحده * ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي
 القلب عشرة دراهم وتقاضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الخط في الثوب
 وينتقض البيع في القلب في قول أبي حنيفة لانه يثبت الخط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنها جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الخط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الخط ولو كان المبيع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الخط على غير الفضة لان الخط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فيكون البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيان مختلفان وقد جعل الخط من ثمنها والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الخط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون في هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين ديناراً وتقابضا ثم حط عنه بعد ما افتراقا عشرة دنائير فهو جائز سواء قبضها أو فارقها قبل الخط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمناً فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البذل الذي من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوباً فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئاً كما لو كان مذكوراً في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق بأصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افتراقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكوراً في أصل العقد ولم يقبض حتى افتراقاه ولو اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشترى السيف درهما أو ديناراً فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق بأصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده ديناراً

أو قبضه قبل الافتراق جاز وإن فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير كأنه صارف سيفاً محلي وديناراً بمائة درهم نخسون درهماً من الثمن بمقابلة الحلية وتقسم النخسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لأن العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوباً بعشرة ثم باعها بربح ده يازده أو بوضعية عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكم ما بوضعية درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهماً كان جائزاً وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقي لأنه لم ينسب العشرين إلى رأس المال ولا إلى ما قام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفي بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقي بمقابل الثوب بخلاف الأول فهناك نص على بيع المراجعة فيها وفي بيع المراجعة لا بد من اعتبار الثمن الأول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب ولو اشترى فضة بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى شيئاً بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى سيفاً بخمسين درهماً بحفنه وحائله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه بمراجعة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهماً كان ذلك كله فاسداً لأنه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل في حكم شيء واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والنفقة دنانير جاز لأن عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى فلساً بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن عن القلب لأن شرط بقاء العقد قبض البذل في المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وإن أخذ على سبيل الغصب والقرض لأنه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفياً لحقه لا مستقرضاً ولا قابضاً ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف إذا جعلاً بدل الصرف قصاصاً به وقد بيناه* ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهماً وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحساناً لأن قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع إنما يجعل المنقود من ثمنهما لأجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق ولأن في

جعل ذلك من ثمنها هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في
الابتداء فلا استحسان للتحرز عن فساد بعد الصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هي من ثمنها
جميعا فهو مثل الاول لان الشيء يضاف الى الشئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما
الؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يامعشر الجن والانس أليأتكم رسل
منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنها فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه
وايفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب
وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع
في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد
تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المالك
فالقول في بيان جهته قوله ولو كان اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون رهما وقبض
السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أو لم يرض
فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه
استحسن فجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود من الحلية يصح القبض والدفع
ولو جعلناه من السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض
ويبطل العقد بطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحاً بما لا يفيد
فيستقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك
الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفي الشيء الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود
أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير
ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفاً وجفنًا وحمايل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته
وتركيبه ديناراً ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضا كان ذلك جائزاً لان الجنس
مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدينار وثوب
آخر يقوم بدينارين فباعهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يازده فان الربح بينهما على
قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد
كان الثمن الاول بينهما أثلاثاً وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لاخر قيمته
عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهماً باع كل واحد منهما الذي له الا أن

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

تنصيب المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان في الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة في ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جازله نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكانه باعه القلب بعشرين درهما وتقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهي المفارقة قبل أن يقبض بمض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب والوزن في القلب صفة فان القلب مما يضره التبعض وفيما يضره التبعض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم المين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيراً فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائناً كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزناً في الفصلين جميعاً وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوباً بعشرين درهما فنقده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقص البيع في نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنها جميعاً فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ما صرح به بقي فيه بهض الاحتمال فقد يضاف الشيء الى شيئين والمراد أحدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما في السيف اذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شيء واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لا يسلم له بالطريق الذي نص عليه لان العقد يبطل في السيف بطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نسلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقداً من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسداً لانه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان هذا في القلب

والثوب فسد البيع أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفاً بمائة درهم على أن حليته خمسون درهما وتقابضا فإذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار أن شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وإن شاء نقض البيع لأنه لما سمي وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فإذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشتري لأنه لزمه زيادة في الثمن وإن كانا تفرقا فالبيع منتقض لأن ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد في الحلية ينتقض في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف مائة درهم فإن لم يتفرقا فإن شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وإن شاء ترك لأن بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الأبريق لأن يبيع نصف الأبريق جائز فيمكن إبقاء العقد في نصف الأبريق بعد الافتراق ويبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك يبيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لأن فيه ضررا في التسليم فإذا بطل العقد في البعض بطل في الكل * ولو اشترى سيفاً على وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فإذا في السيف مائة درهم فالبيع جائز لأنه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا في القلب نظيره * ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فإذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا في الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لأن النقرة لا يضرها التبعض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله يبيعه ووكله آخر يبيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار وثن القلب الدراهم كان جائزا وإن دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب في ثمن القلب لأن كل واحد منهما مسمى على حدة ويبيع الوكيل ثمن منفصل كييع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة يبيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعها بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود عن القلب لأن البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعها لنفسه سواء وإذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لأن اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشراكة بينهما في أصل القلب ألا ترى أنه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة في ثمن الثوب فكذلك إذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شيء الى شيء ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لا يجوز فانه من نوع الكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالآخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكننا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم من ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء عقارا وربيع ومن ذلك ما بدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض يتياله على جاره فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه بأربعمائة لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبة وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحيط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقبل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحيط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبة فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والاتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد ائبيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعني الضرر البادي الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى أيا جارقى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس عاد وطارقه

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولكننا نقول في هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة في الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفي الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سمدا رضي الله عنه عرض بيتا له على جاره وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفيعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه يقوم مقامه في الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفيعته لان الحق بعد ما ثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا ودلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبي سعيد الخدري أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليلط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليلط هو الشريك
 في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس
 ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليلط والخليلط أحق من الشفيع
 فالشريك يكون في نفس المبيع والخليلط يكون في حقوق المبيع سمي خليلط لاختلاط
 بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك * والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة
 على مراتب وإن البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا إنما يتأتى على مذهبنا فأما الشافعي
 فلا يوجب الشفعة إلا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن
 عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
 الجار أحق بصقبة ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقتيها واحدا وهذا من أقوى
 ما يستدل به فإنه لا شبهة في صحة هذا الحديث لأن عبد الملك بن مروان كان من أهل
 الحديث وعطاء بن أبي رباح إمام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة
 رضوان الله عليهم فلا طعن في اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك
 فإنه إذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وإنما يكون مفيدا إذا كان المراد جارا هو شريك في
 الطريق قال كان شيخنا الإمام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون
 العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم
 يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلا جله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن
 الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لأن سكوته عن
 الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار
 القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه
 وسلم الشفعة لمن وأنبها أي لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال
 فكفى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليلط والخليلط أحق من
 الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا أن الشريك في نفس المبيع
 والخليلط في حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد رضي الله عنهما قال
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان والشريد هذا ممن صحب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستشدني من أشمار الجاهلية فكلمنا أنشدت شيئاً قال صلى الله عليه وسلم
 ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا في الشفعة أن النبي صلى
 الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله
 عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان فهذا يدل على أن المراد حقيقة لانه نفي الشركة في السؤال
 وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فإن ما تذكر
 بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والاتي والحر
 والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان أي
 يحتمل القسمة أولاً يحتمل القسمة فيكون دليلاً لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة
 الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن
 ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في
 كل ربع أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح أنه قضى للنصراني
 بالشفعة وكتب في ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه
 بعد هذا عن شريح أنه قال لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا لجوسي وبقوله الثاني كان يأخذ
 ابن أبي ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكننا
 نأخذ بما قضى به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام
 الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر
 والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضي الله عنه قال قضى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على
 استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعاً فقضى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل على أن الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم
 القوم الارضين ورفعوا سرباً بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة في السرب تستحق
 به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة في نفس المبيع
 لان الحاجة الى دفع الضرر البادي لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعاً وعن شريح قال
 الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما
يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ان لي جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما منك بابا وهذا
لان اطلاعه واطلاعه أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالمهدية أحق وهذا
تأويل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في الهدايا ابدؤا بجارنا اليهودي فاما في
الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد المالكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار
المحاذي فان بين المالكين طريقا نافذا وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة
إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه
ابن أبي ليلى فانه كان في الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدي
بأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا
يقول عمر رضي الله عنه فقد أثبت الشفعة للجار حين قال لبي عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال
اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الحديث
متى صح عنه كان حجة على كل صحابي رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على
مراتب تقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق
بعدهما وعن ابن أبي ليلى والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع لحديث أبي
هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام في الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا
معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة
فيما لم يقسم وانما التقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيب على
نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا الممتلك عليه فيختص به الشريك
دون الجار كالتملك بالاستيلاء وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق
أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة
القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع ممكنه من
الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

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

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

فيه دور فيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لاحد منهم نصفها ولا آخر ثلثها ولا آخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبي عذرة أنتم شفعاءونا في أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالرجح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالأولاد والألبان والأثمار في الأشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق بالملك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة* وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق* وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك . ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ السكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما . وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجع وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا ففرقنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لأن ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فإن حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فإنه انما يحصل بقدر المال ألا ترى أن عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فإنها متولدة من العين فأنما تولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل اذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بنقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم يوجد فان نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كنقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفصيل الفارس بفارسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع أن الفارس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة ولا شفعة الا في الأرضين والدور لأنها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى فإنه كان يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

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

وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشتري ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لأنها ثبتت الزيادة وأظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولا في حنفية طريقتان احدهما حكاهما محمد عنه والآخرى حكاهما أبو يوسف فالتى حكاهما محمد أن المشتري صدر منه اقرار أن احدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. ويان ذلك أن الشفيع أثبت بيئته اقرار المشتري بالشراء بالف وهذا عليه والمشتري أثبت بيئته اقراره بالشراء بالفين وهذا له وبه فارق البائع مع المشتري لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبتته بيئته وهو له والآخر ما أثبتته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلماذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولى أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لانتافي بين البينتين في حق الشفيع ألا ترى أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بالفين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فعرفنا أنه لانتافي بينهما في حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجمل في حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولى مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أدبت الى الفين فأنت حر وقال العبد قلت لي اذا أدبت الى القافأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجمل كان الكلامين صدرا من المولى ويمتق العبد باداء أى المالكين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلماذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشتري فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سماعه عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا المذنب فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير

على أن البيعة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبيعتين غير ممكن في حق المولى القديم لان الشراء الثاني ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التي حكاهما أبو يوسف ان بيعة الشفيع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيعتان للالزام فاللزم من البيعتين يرجح كما في بيعة العبد مع بيعة المولى في مسألة التطبيق * ويان هذا انه اذا قبلت بيعة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بيعة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بيعة البائع والمشتري لان كل واحدة من البيعتين هناك ملزمة وكذلك بيعة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفي مسألة المشتري مع العبد من العدم ويقول على هذه الطريقة البيعة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهده وضمان ماله على المشتري لانه يملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو في حقه بمنزلة البائع مع المشتري * فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغي أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه * قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب وتأكد قبض المشتري لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكا على البائع لانه لا ملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا على المشتري مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهده على المشتري كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهده وضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهده على البائع في الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهده المشتري على البائع فكذلك عهده الشفيع وللشافعي قولان في أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهده عليه لانه يملك على المشتري بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارا كان أو منقولاً وعلى القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهده على المشتري واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للمبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفي الشراء كان الشفيع متملكا على المشتري فمهدته عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشتري وعهدته عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري وعهدته الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده ألا ترى انه لو قال كنت بمت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشتري لانكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائمة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها نائمة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشتري الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشتري فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشتري وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشتري وذلك لا يتم الا بمحضر من المشتري فيشترط حضورهما لذلك واذا أخذ الشفيع من المشتري الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثيق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشتري كتاب الشراء الذي عنده فذلك أحوط له فان أبي أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من ابات حقه

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

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

يحمل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمة ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع
 أن المشتري فلان فقال قد سلمت له فاذا المشتري غيره فهو على شفيعته لما بينا أن الناس
 يتفاوتون في المجاورة فريضاء بمجاورة انسان لا يكون رضاه منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه
 مفيد كانه قال ان كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة فاذا تبين أن المشتري غيره فهو على
 حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفيعته في
 نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر والبعض
 معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه
 صحيح وان كان أقل فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له في الوجهين لانه أسقط
 حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري فلا يكون له أن يأتي ذلك بعد
 الرضا به ولكننا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه
 على ما أخبر به والخطاب السابق كالعماد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان
 الثمن ألفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف
 ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فلما اذا كان الثمن أقل من
 الالف فقد انعدم المعنى الذي كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ
 بالشفعة شراء وقد يرغب المرء في شراء شيء عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن
 ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود
 سبب الوجود يكون لغوا كالأبراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال
 أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفيعته
 لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقيد مفيدا في حقه فكانه قال
 سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كرا من حنطة فهو على حقه لو أخبر
 أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو شفيعته لان ما له
 مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم
 وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا
 التقيد مفيدا في حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها
 الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفيعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شفخته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل
التفاضل بينهما فكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين أن الثمن دنانير فهو على
شفخته كما في المكيلات والموزونات ولكننا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما
جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد التقدين بالآخر يتيسر في
العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وإنما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا
اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشيء بالف درهم
لا يرغب في شراؤه أيضا بمائة دينار قيمتها ألف درهم ومالا يكون مقيدا من التقيد لا يعتبر
ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على
شفخته لان هذا التقيد مفيد في حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك
لان تقويم الشيء بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى اذا كان الثمن
دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من
ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما
لا مثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة
فاذا كان الثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة
رجال الاموضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك
الذى له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذى له في بعض الدار نصيب لان شركته
أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو
مشارك بين البائع وبينه لاحق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو
أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحدهم أحق
بالتبعض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار
مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشتري
بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر
مقدار الثمن في حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشتري وليس في جانب الشفيع الزام بل
هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار في يد المشتري فقال البائع بعنها بالف
درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بالفين فللشفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

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

قبضه أو بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئا لأن هبة جميع الثمن لا تتحقق بأصل العقد فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع العين ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلا بعد أن كان رابحا أو خاسرا وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لأن الإنسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه أن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن الحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فإن زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لأنه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو وجد بيعا مع البائع باكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوي بينهما في بيع المراجعة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المراجعة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من آخر ثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخر له بالشفعة فإن اختار الأخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الاول وإن اختار الأخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لأن المشتري الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه وإذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهده عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول وإنما أوفاه من الثمن لأن البيع الثاني قد انفسخ فإن الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الاول إذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من إنسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو حضم لأنه يدعى حقه في العين الذي يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له في ذلك كما إذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعى حقا على الموهوب له ولا في ملكه وإنما يدعى حقه على المشتري الاول

في ملكه فإلم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وإنما يعود ملكه إذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز إلا بحضرة وتام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفاً آخر بأن رهنها أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن إنما الثمن للمشتري الأول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى ينقده منها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحق فإذا اشترى الرجل شقصاً من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لأن القسمة من تمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتام الحياز تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشتري فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولأنه لو نقض القسمة احتاج إلى إعادتها في الحال لأن البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شيء يحتاج إلى إعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا إذا قسم بأمر القاضي فإن كانت القسمة بينهما بالتراضي فللشفيع أن ينقض تلك القسمة لأن في القسمة بالتراضي معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشتري فللشفيع أن ينقضه وقد يفيد هذا النقض فرعاً يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فإما إذا كان القاضي هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو ما سلمه إلى المشتري فيأخذ الشفيع ذلك من يده إن شاء وإن شاء ترك وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها إلا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لأن بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حاله مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البائع وبعد البيع ليس للمشتري أن يتخلص منها إلا بالاقالة برضا البائع أو بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فإن كانت في يد البائع فقضى القاضي بها عليه ثم سأل البائع أن يقبله فاقاله جازت الاقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشتري أما المشتري فلأن البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلأنه قام مقام المشتري بعد ما قضى القاضي له بها بذلك البيع واقالة المشتري مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري

صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت في يدى المشتري ففضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشتري بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثانى قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشتري وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشتري بمنزلة عقد مبتدأ فيما بينهما ولهذا كانت عهده على المشتري فينبغى أن لا تجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وأبي يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم في بيع العقار قبل القبض وتلك المسئلة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه الاقالة يتبعض حق المشتري ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع ثبت سابقا على ملك المشتري عنده فاذا قضى القاضى بحقه فملكه لا يبنى على ملك المشتري بل هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالعقد ألا ترى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشتري في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كمالو كان هو الذى اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله في الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك المشتري بعد النسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكىلا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ تباع فيه الدار حتى يتقد ذلك لم يجزيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصى في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسان ذهب اليه أبو حنيفة (وفي القياس) لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت في كلها وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشتري بما لا يشتري به الاشخاص واذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشترى جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح الفرق ان الاشخاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معييا فاما اذا سلم ولم يرغب في الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبي يوسف على ضد هذا فقال اذا أجبر بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشترى الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فسلمه الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل النصف ولا يتمكن من تحصيل الثمن للجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما للجميع أما اذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واسيافا فلا يتجزى اسقاطا أيضا وما لا يتجزى فذكر بعضه كذا ذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبي يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له في أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولأن هذا منه اظهار الرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفيعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفيعته كما لو سكت عن الطلب واذا اشترى الرجل دارا ففرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الارض بمحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعي في الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفي القول الآخر يأخذ الارض بمحصتها في الوجهين وأصل المسئلة

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

بينة المشتري لأثبت الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما إذا اختلفا في مقدار الثمن وعلى
 الطريقة التي حكاه أبو يوسف عن أبي حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لأنها ملزمة دون
 بينة المشتري وعلى الطريقة التي حكاه محمد هناك البينة بينة المشتري وهو قول محمد لأن
 هناك إنما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار أن لا يوجد ذلك المعنى
 هنا فبقى الاختلاف بينهما في قيمة البناء وفي بينة المشتري أثبات الزيادة فكانت أولى كذلك
 وإن اختلفا في قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لأن الظاهر
 شاهد لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولأن تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع إلى قيمته في
 الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها فيما مضى وإذا اشترى دارا فوهب بناءها
 لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لأنه زایل الأرض وهو
 في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن لأن هدم البناء
 كان بتسليط من المشتري فهو كما لو هدم بنفسه وإن كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري
 ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لأن حقه في البناء مادام متصلا بالأرض ثابت وللشفيع حق
 نقض تصرفات المشتري ألا ترى أنه لو تصرف في الأصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك
 ويأخذ بالشفعة فكذلك إذا تصرف في البناء ولأنه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت
 تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في إبطال تصرف المشتري فيه وإذا سلم الشفيع الشفعة
 للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وإن صدقه المشتري أنه لم يعلم لأنه صرح باسقاط
 حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالأبراء عن
 الدين وإيقاع الطلاق والعتاق والنفو عن القصاص وهذا بخلاف ما إذا ساومه وهو لا يعلم
 أنه اشتراه (لأن المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وإنما تسقط الشفعة بها لما فيها من
 دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك إذا لم يعلم الشفيع به وإذا اتخذ المشتري الدار مسجدا
 ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبي حنيفة
 أنه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون
 بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتن في الموهون ثم حق المرتن
 لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جمل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية
 أن للشفيع في هذه البقعة حقا مقاما على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لأن

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى أنه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لأنه لم يصّر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجدا وهذا لأنه في معنى مسجد الضرار لأنه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه المحدث ولو اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فإن الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لأن المشتري هو الذي هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا إن شاء وهو قول الشافعي وجه قولهما أن المشتري بنى في ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء إذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فإنه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقض بناءه تضرر المشتري بإبطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بإبطال حقه وإن لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة بمقابلته يدخل في ملكه ما يمد له والضرر بدل أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الأرض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ في الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري لأن في ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتها في ذلك أنه بنى في بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون ويان الوصف أن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع إلى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ بأصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا إذا بنى لأنه بنى هناك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبق بعد البناء ألا ترى أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق المشتري ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك لرفع البناء ثم ينبي على الوجه الذي يوافقه وفي الزرع قياس واستحسان في القياس يقطع زرعه وفي الاستحسان لا يقطع لان لا دراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس والبناء وأصله في المستعير يقطع بناؤه وغرسه لحق المير ولا يقطع زرعه استحسانا واذا اشترى دار ففرق نصفها فصار مثل الثرات يجري فيه الماء ولا يستطيع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل والشافعي في كتابه يدعي المناقضة علينا في هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف ونوع وليس بمقابلة الوصف شيء من الثمن اذافات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من أخذه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن ان شاء فان أقاما البيئة فهذا ومثله قيمة البناء سواء في التخرج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ ما بقي بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لان الشفيع يدعي حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان في اثبات حق الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشتري للشفيع بالثمن الذي أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمي بغير قضاء في حكم البيع المبتدا ولو باعه المشتري ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولاً

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

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشاماً ذكر في نوادره انه اذا سكت هنية ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكونه وكذلك قال كما إن سمع سبحانه الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفعة فهو على شفيعته وكذلك اذا قال بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طالت الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة أو يتضرر به بطلت الشفعة ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وثبها وفي رواية الشفعة كنشطة العقاب ان أخذ بها أثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصریح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشتري فانه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر ما لا يخفى الا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته الى الرأي والتأمل فهو كالمحيرة لها الخيار مادامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولفظة الطلب لم يذكروها في الكتب والظاهر أنه بأي لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبي يوسف أنه يذكروا في طلبه البيع والسبب الذي يطلب به الشفعة من جوار أو شركة فان طلبها فابي المشتري أن يدفعها اليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة كان على شفيعته لانه أظهر بطله رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بمحض من المشتري فالجواب واضح وكذلك ان كان بمحض من الشهود ينبغي له أن يشهدهم على طلبه ثم يتوجه الى من في يده الدار أو الى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على ما بينه ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بمحضته أحد حين سمع ينبغي له أن يطلب الشفعة فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لخافة الجحود فينبغي له أن يطلب حتى اذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتي الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب الموائبة ثم يأتي الى من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شيء أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفيعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفيعته استحسانا لانه لو لم يسقط حقه تضر به المشتري فإنه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسألة اليمين لتصير حقه عاجلا فقتضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته حتى ان كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفيعته وان سلم الشفيع على مال فالتسليم جائز وورد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع في غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفيع ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفيع لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفيعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفيع لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا بل لا قيمة للشفيع على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له في الحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يملك على المشتري شيئا قبل الاخذ فتسلمه الشفيع ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمي والثاني أن يصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقة فيما زاد على النصف لانه أخذ بمض حقه بما يخصه من البدل وذلك جائزا اعتبارا

للبعض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل
 لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفעתه لانه مارضى باسقاط حقه وانما اظهر
 الرغبة في اخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفעתه في جميع الدار ولو قضى القاضي
 للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع
 يملكها ببدل بقضاء القاضي فكان حكمه حكمكم مالمو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان
 القاضي يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا
 يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضى القاضي له
 بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكننا نقول مالم يجب الثمن عاجلا لا يطالب
 باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن
 ويحمل المشتري أحق بامساكها الى أن يستوفي الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين
 البائع والمشتري واذا اشترى دارا والشفيع غائب فلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر
 المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطلب الشفعة ويشهد على الطلب والغيبة لا تمنع
 صحة الاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن
 هناك عليه أن يتوجه الى من في يده الدار من غير تأخير ليطالب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو
 يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ
 بقدر المشتري وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائيه وربما لا يتمكن من
 أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل
 أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج من البلد
 فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفעתه وان طالت مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في
 طلب التقرير اذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري فرجا لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه
 فاذا ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار
 لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا حضر هذا
 البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه
 قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها
 فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها انكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقهم
 ما لم سلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى
 دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية
 القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا
 قضى القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشتري أن يرد لها عليه على أن يزيده في الثمن كذا ففعل
 ذلك فردها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبي حنيفة
 أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمي فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان
 الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالتاسد من الشرط في الثمن لا
 يطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من
 الثمن الاول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان
 كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا بجعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها بزيادة في الثمن لان
 الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من
 غيره المقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الاول فاما على قول الآخر
 بيع المقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدأ اذا أمكن وههنا يمكن
 جعله فيما مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في الكتاب
 اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط
 وكذلك لو طلب اليه المشتري أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه
 اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المشتري تجوز مع البائع لانه قام مقام المشتري بعد
 ما قضى القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة في الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما
 يشهدان لانفسهما فثبتت البيوع ثبتت حقهما في الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري
 لانتفاء الهممة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشتري ولا شفعة
 لهما في ذلك بعد ما سلما الشفعة وان جحد المشتري الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما حق الاخذ على المشتري والزام المدة اياه اذا اخذا من يده فلا تقبل شهادتهما غير انهما يأخذانها باقرار البائع لان اقراره بالبيع موجب حق الشفعة للشفيع وان جحد المشتري كما لو قال كنت بمت هذه الدار من فلان وجحد المشتري وحلف كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو منهم في حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كلمتهم في حق نفسه وان شهد ولد الشفع ووالده على الشفع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة فانهما أسقطا حق الشفع بهذه الشهادة ولا يتهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبيده المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من أصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله في كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبد أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للمولى واذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهادتان منهم أنهم جميعا باعوها من فلان وادعي ذلك فلان وجحد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم في بيعهما فان للمشتري حق الفسخ اذا لم يثبت البيع في نصيب الثالث لانهما يشهدان على فعل باسراء فانهم باسروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لاشاهدا وللشفيع أن يأخذ ثلثي الدار بالشفعة لان البيع في نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشتري الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لانهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة المشتري وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع في جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان أخذه بالشفعة يكون سعيًا في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه ولانه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها الى المشتري بعد ما التزم ذلك بالعقد يكون حق الشفع مقبدا وكذلك لا شفعة لمن يبيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ما جاز البيع فان شهد الأمر بالبيع مع أجني أن المشتري ردها على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الأمر في ذلك لكونه متبعا في شهادته فالمشتري قبل هذا

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته
 على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون في هذا تبعيد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له
 الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الأمر بالبيع على المشتري أنه باعها من غيره لا
 تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه
 وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفעתه
 فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل
 باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتري فلا يكون
 ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم به من العهدة
 والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء ولو شهد ابن الشفيع
 انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيها بتقرر الملك واليد فيها واذا باع
 الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين
 فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك
 عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالقرماء أحق بكسه وللقرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه
 الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من
 مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة
 وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد
 وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان ييمه كان افرمائه والمولى من كسب عبده المديون
 كسائر الاجانب فان شهد ابن المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة
 لانهما يشهدان لابيها بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة في
 الوجه الاول والدار في يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان
 بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين في ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة
 لانه لاحق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد
 ابن المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم
 الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ما سلمها
 الى المشتري وقيل تأويل هذه المسئلة ان الدار في يد البائع بعد فشهادا على المكاتب بأنه سلم

الشفعة للمشتري ليستحق حقه به في الاخذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار في يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الى المشتري وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعهما والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعد منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لا تقبل قلنا نعم ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا ترى ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يوثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لا على أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار في يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدان لابيها وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها الى المشتري فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو شهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشتري لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما في حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الى المشتري فاما بعد التسليم فلا منفعة لابيها فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باع دارا وقبضها المشتري ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسئلة يتضح ما بينا من التأويل في المسئلة الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشتري سلما الدار فضيت بها للذي هي في يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما في دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فاني أقضي بها للذي هي في يده وهذه مسئلة التهار وقد بينا في كتاب الدعوى أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف تهار البينتان وعند محمد يقضى بالبينتين بحسب الامكان فن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والاصح عندي ان جواب مسألة الشفعة قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسألة التهار فان هناك محمد يقضى بالينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهار لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفعة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسألة أن تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه واليتمان متى تعارضتا وأحدهما يحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يرجع كما لو أقام البينة على انه اشترى هذا العبد من مولاة وأقام العبد البينة ان مولاة أعتقه يوضحه انما يجمل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع سلم الشفعة أولا ثم سلمها المشتري له فما لم يخرج منه يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدأ فيقضى بها للشفيع اذا كانت في يديه وان كان المشتري سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفيعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا قضى بالدار لذى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدى المشتري وشهدا أجنيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فاني أسلمها للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثاني ان بنى البائع يتمان في شهادتهما بتبديد الخصومة والعهدة عن أيهما لان المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الى الشفيع فلهذا لا تقبل شهادة ابني البائع هنا واذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردا بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعدة عندها (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداء والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يحتمل ذلك كبيع مبتدأ لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكننا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضي

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

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشتري بقدر ما قبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع على المشتري بالفضل على قيمة المرض لان الواجب للمشتري على الشفيع قيمة المرض الذي وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين على المشتري وقد ينأ هذا في البيوع فليهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانها اتفقا على صحة البيع بينهما وثبت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا اليانة كانت اليانة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بين هذا وبين ما اذا كان الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو مادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشتري بل اشتريتها بهذا المرض وأقاما اليانة فيينة البائع أولى بالقبول لانه ثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيما للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المماوضة في الدارين ثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعينة ولو كان لكل واحد منهما شفيع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتخذ شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احدهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشاهدتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيما شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفه كان ذلك منهما تضييما للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغيبة الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشتري من حيث تبعض الملك عليه فقلنا بأنه يأخذ أو يدع وإذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وان قال المشتري لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت في جميع الدار وأكثر ما في الباب ان الغائب قد سلم له شفيعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفقة وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لانه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن لانسان شيئا لا يكون ضامنا لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفقة ليس بدرك ان المشتري لو كان بنى فيها فتقص الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشتري بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفقة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة ابنه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ايتهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفقة فهما بمنزلة البائعين في ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشتري كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقران ما يصح بهما واذا أشهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفقة ولم يحجى الى المشتري ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفقة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب الموائبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره ما لم يتم أخذه بالشفقة واذا شهد البائعان على المشتري ان الشفيع قد طلب الشفقة حين علم بالشراء والشفيع مقرانه علم به منذ أيام وقال المشتري ما طلب الشفقة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كما لو شهدا على المشتري بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبته بالبينه وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أوفى يد المشتري لان هذا في المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفقة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهدا في هذا امالانه خصم فيه أولانه كان خصما فيه في وقت واذا كان الشفيع ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفقة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة خلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالوا قد سلطناها معه ولا بن أحدهما شفعة أولاديه أو لمكاتبه أو لزوجته فشهادتهما باطلة
لانه متهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه وكما لا تقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه
فكذلك لا تقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد
عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى
وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لا مثل له من جنسه فوجب المصير الى
الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يدفع الضرر
عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رتبة الدار وحجتنا في ذلك أن
الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى المالية
فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وان كان ممالا مثل له من جنسه يأخذه
بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما
لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشتري فقد صار متقدما عليه في تملكها بهذا السبب
وفي معنى التلف على المشتري ما غرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد
صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو أتلّف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له
مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء
لقوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها
 بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك
العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا في
الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود
بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك أن بدل الدار
في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك
العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن
من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع مثبت

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

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذي لا تكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بنير قضاء بمنزلة المبيع المتدا بخلاف ما تقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشتري للبائع قيمة الدار لأنه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجها إياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لأنه كان مالكا للدار حين التصرف فنقد تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها وإذا اشترى دارا بمرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض فإن كان قائما بعينه يقوم في الحال فيتين بقيمته في الحال قيمته عند العقد وإن كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لأنهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وإن أقاما البينة فعلي طريقة أبي يوسف عن أبي حنيفة البينة بينة الشفيع لأنها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن أبي حنيفة البينة بينة المشتري في هذه المسئلة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن ما صدر من المشتري ههنا اقرار أن وهذا نظير ما إذا اختلفا في قيمة البناء الذي أحرقه المشتري وإن اشتراها بشيء مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لأن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وإن اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لأن العبد دخل في العقد بصفة السلامة وإنما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشراء الدار بالعبد سواء لأن كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد إلى العبد أو إلى الدار وإذا اشترى بناء دار على أن يملقه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشترعه الأرض والبناء بدون الأرض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لأن حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون الأرض فإن اتصال أحد المالكين بالآخر لا يكون اتصال تأييد وقرار والدليل عليه أنه إنما يستحق بالشفعة ما يستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الأرض لا يستحق بالشفعة فاما من له بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحسبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الاتباع للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأق ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشتري دارا بخادم نخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشتري يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشتري الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوي الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل ما يرغب في ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتمل لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقي لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لا بطلان حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسأما اليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفته أو يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فاذا رضى بذلك وسأومه بطلت شفته والاشتغال بهذه الحيل لا بطلان حق الشفيع لا بأس به أماما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتياط لاسقاط البراء وللنفع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في البيوع والزكاة وان اشترى دارا بمبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد المبدحرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانه عدم المالية في أحد البدلين يمنع

انقضاء العقد واذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منها شفع فلكل شفع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفعيا أيضا يعني أحد المشتريين أخذ الشفع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفخته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا بمقدار حصته واذا اشترى بيتا من دار علوه لا آخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى فانما الشفعة للذي في داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار حينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبي يوسف في الامالي ان هذا استحسان وفي القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفلى في القياس ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان البناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والأرض وسقف السفلى كله لصاحب السفلى ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأييد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الارض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأكد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفلى أن يكاف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد المالكين بالآخر بهذه الصفة ثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

باب الشفعة في الارضين والانهار

(قال رحمه الله والشريك في الارض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق) لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند وجوده لا شفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجري فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب معنى هذا القول أن الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق ففي

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف في حد النهر الصغير أن يستقي منه قراحين أو ثلاثة فإن جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجري فيه السفن وكل ماء يجري فيه السفن من الأنهار في معنى ذلك وما لا يجري فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء في النهر وإن كانوا مائة أو أكثر فإن كان بحيث لا تجري فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الأربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه إلى التقدير من حيث العدد لأن المقادير بالرأى لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا أن يكون بحيث تجري فيه السفن وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقطع الزرع في القياس لأنه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب إذا زرع الأرض المنصوبة ولأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه لأن التأخير من وجه إبطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لأن المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بأن الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولأن لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وإن تأخر قليلا وإذا قلع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه ومالته وضرر التأخير دون ضرر الإبطال فإن كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقطع ذلك ويأخذ الأرض لأنه ليس لفراغ الأرض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره بوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى إذا طلب الشفعة تأخر التسليم إليه إلى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشتري في زرعه ولكن لا يجوز إبطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري وفي التأخير لا إلى غاية معلومة إبطال وإذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك إذا اشتراه مطلقا لأن الأرض لا تدخل في هذا الشراء والنخل بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة لأنها تابعة للأرض في هذا الحال وكذلك إن اشترى زرعاً أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحساناً وفي القياس لا شفعة في الزرع لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذكر فهو كالمتاع

الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض مالم يحصد وما كان من النقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالأبواب والشرب المركبة بوضعه أن الشفيع يقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري فلو أخذه كان أخذًا للمنتقل بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع وإذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فأنمرت في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمر لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع بوضعه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشتري من بيعها مراجعة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه أبو يوسف أن المشتري يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لاحصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يجمل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المراجعة فالتولد من المين هناك لو كان قائما في يد المشتري كان يضمه الى الاصل ويباع الكل مراجعة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مراجعة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولاحق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقطت عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجزها المشتري أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مشمرة وغير مشمرة فربما لا يكون للزرع والتمر في ذلك الوقت قيمة الا شيئا يسيرا فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال افسم الثمن على قيمة الارض مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الارض يأخذها الشفيع بذلك واذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فثمرت أو كان فيها زرع فادرك فلا شفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالارض والشجر يبيع ما بقي الاتصال واذا اشترى بيتا ورحاما فيه ونهرا ومتاعها فلا شفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا ترى أن الحمام يباع ويأخذ الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد المملكين بالآخر على وجه التأيد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لاتلحقه في الحال فقد تلحقه في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجرة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجرة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع في الدار والارض فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فلا شفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأيد وكذلك ان كانت عين قير أو نفط أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه يبيع من ذلك الموضوع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف السمك الا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدري أي جرى الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه انه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتى بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع العرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأيسد والقرار بل للادراك فهو اتصال يمرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذکر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك اذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقيد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لاتصاله في الحال والامتنعة الموضوعية تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلنا أنهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها بمراقبتها لم يدخل فيها الثمر والزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومراقبتها فائما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذکر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكنيف والشاع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك إنسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فائما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فينشد تدخل اذا كان مفتحا الى الدار وعند

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

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

أرضه ولو عبدة بزيادة الجوار كما لا عبدة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فإلم يسيل الماء في أعلا النهر لا ينتهي اليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وإنما يرجع على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحة بين رجلين الى ما كان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلهذا كان شريكه في اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكرى منه النهر الى أرضه ثم بيع النهر الاول ومجراه في أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار واذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحاء في بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الارض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلب بالشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب الى الرحاء لان الرحاء لاتستقيم الا بالنهر فهو الآن شيء واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضا لها في ذلك النهر شرب فيبعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم اليها أولى بالشفعة وهذا اشارة الى أن باعتبار ملك الرحاء ثبتت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصا له عليه أرض ولا آخر عليه أراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لا يصلح ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض أولا هم بالشفعة لانه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعني من يلازق أرضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والارض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق الارض أولا هم بالشفعة في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الأرض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين
لميز أحدهما عن الآخر لأن جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكاً في الطريق أخذ
شفعته من الدار لأن الشريك مقدم على الجار فكذلك إن كان شريكاً في النهر أخذ بحصته
من الأرض وكان أحق بهما جميعاً من جيران الأرض والطريق والنهر سواء في كل شيء
وقد بينا ذلك في أول الباب والله أعلم

باب الشفعة في الهبة

(قال رحمه الله أعلم بأن الموهوب لا يستحق الشفعة إلا على قول ابن أبي ليلى) فإنه يقول
يستحق بالشفعة إذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه إن لم يعوض الموهوب له
الواهب وإن عوضه فبقيمة العوض وكذلك إذا عوض الغير من هبته شقصاً من غير شرط
وفي استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر
البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة
حتى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية أو الميراث فالملك
لا يتجدد به وإنما يبقى الوارث ما كان ثابتاً للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالأخذ على وجه
لا يلحق الضرر بالتملك فإن كان الممتلك دفع بمقابلته عوضاً فله قيمة ذلك العوض وإن لم يدفع
بمقابلته عوضاً فله قيمة ما يأخذ لأن الضرر بذلك يدفع عنه ولكننا نقول حق الشفعة إنما
يثبت له إذا تمكن من الأخذ بمثل السبب الذي به يملك الممتلك فاما إذا عجز عن ذلك لا
يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لأن الموهوب
له يملكه بطريق التبرع وإنما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا إن شاء سبب
آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية بوضوح أن الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم
السبب الذي باشره وذلك يتأني في المعاوضات ولا يتأني في التبرع لأن الملك الذي يثبت
للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع في المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فإذا
لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالأخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع
فإن من أراد أن يهب ملكه من إنسان فليس عليه أن يعرض يعبه أولاً على جاره ولا أن
يهبه من جاره فهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فإن وهب لرجل داراً على أن يهبه الآخر

ألف درهم شرطاً فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابض وبمض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر يجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده يبيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو يبيع لازم له وإن لم يقبض لأن الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك إذا كان بشرط العوض فهو على وجهين إن قال قد أوصيت بداري يما لفلان بألف درهم ومات الموصى فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وإن قال أوصيت له بأن يوهب له على عوض ألف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وإن وهب نصيباً من دار مسمى بشرط العوض وتقابضاً لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لأنه برأبء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك إن كان الشيوع في العوض فيما يقسم وإن وهب دار الرجل على أن أبراه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لأن المدين قبض للدين بدينه فقبض الدار تم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار العوض قول الذي عوض لأن الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الأبراء مما يدعي في هذه الدار الأخرى وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لأن التملك فيها تم بجهة المعاوضة وإذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضاً فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصي والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب في قول أبي يوسف الأول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض إذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الآخر كل من لا تجوز هبته بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الأول أن هذا تملك مال بمال يعادله شرطاً فيصح من الأب والوصي كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التملك وتحقيقه أن حق الصبي في المال لا في اللفظ وتصرف الأب والوصي مقيد شرعاً بالاحسن والأصلح لليتيم وذلك في أن يتوفر عليه المالية لا في لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فإذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما في البيع بل

أظهر لأن في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصي بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفسله لا يدري أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب والوصي ولاية التبرع في مال اليتيم فباشرط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلا أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقايض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فكذلك اذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

❦ باب الخيار في الشفعة ❦

(قال رحمه الله واذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لأنه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشتري ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقيا في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري يجب للشفيع فيه الشفعة ولأن المشتري صار أحق بالتصرف فيها فباعباره يتحقق الضرر المخرج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لأن الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لأن البيع قد تم في جانب البائع وصار المشتري أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لأن البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقررده وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شررا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولى فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا تقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون تقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجمعل ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له كاللأذن والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخي يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر والمستعير فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي فانه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكننا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فلا تخرز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما يملكها الآن فلا يصير بها جار للدار الأخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشتري لان أخذ الشفيع من يده لا ينفي ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين

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

باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا في النكاح ان المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لأن الشفيع لا يتمكن من
 الأخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث وأخذه لا يكون إلا مبادلة مال بمال
 مطلقا وعلى هذا الأصل لا شفعة في المجهول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس أو
 عضو لأن الشفيع لا يتمكن من الأخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن إقامته مقام الممتلك في
 حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لا يستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لأن
 الأجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لأن الشفعة ليست بمال في الحقيقة وإنما يجعل لها حكم المالة
 في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما إذا تزوج امرأة على دار على أن
 ردت عليها ألفا وذكرنا أن عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الألف بمنزلة ما لو أفر دكل
 واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لا تجب الشفعة في شيء لأن البيع هنا بيع للنكاح (وإذا
 تعذر إيجاب) الشفعة فيما هو الأصل لا يوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض
 لها داره مهورا أو صالحها على أن يجعلها مهورا لها أو أعطاها إياها مهورا لم يكن فيها شفعة لأن هذا
 منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولأن أكثر ما فيه
 أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد وهذا بخلاف ما لو باعها بمهر مثاها دارا لأن البيع
 اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على أنه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك
 أن صالحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر على الدار فلا شفعة فيها الشفعة لأن
 في لفظهما ما يدل على أنهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فإنه ملكها ذلك عوضا عن المهر
 الذي استوجب عليه والذي استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو
 تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي
 لها مهورا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف ما لو أعطاها الدار مهورا فإن هناك
 لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بآئنة وهنا لو طلقها قبل الدخول
 لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج وإنما لزمها من الدار ما فرض القاضي مهرها بحسب
 من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفي المسمى في العقد يعطيه نصف المسمى وإذا
 صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة في الدار في قول
 أبي حنيفة لأن الأصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك
 ما يتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من إحدى عشر جزءا بالف درهم لأن الدار

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

المبتدأ واللاب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم
 وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد
 ان قبضها المشتري أو لم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه
 في استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار
 الى جنبها فالمشتري أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين
 بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام
 حق المرتن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها
 حتى رد هذه الدار بطلت شفعته في تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة
 وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولا شفعة للبائع فيها لانه
 لم يكن جاراً حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل
 أن يخاصم بالشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشتري منه لان
 جواره حدث بعد ملكه الدار واذا اشترى داراً فاسداً وقبضها وبنائها فللبائع قيمتها
 وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد
 ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع لانه بنى في بقعة غيره أحق بتملكها منه فينتقض
 بناءه للرد على صاحب الحق كالمشتري اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق
 الثابت في الاصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من
 حق الشفيع ألا تري أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له
 وعليه شرعاً ثم بناء المشتري في ملكه ينتقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينتقض بحق البائع في
 الاسترداد كان أولى أرايت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لا وجه
 لمنعه فالمشتري اذا وجد بها عيباً بعد ما رفع بناءه كان له أن يردّها بالعيب فلأن يردّها بفساد
 البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في
 البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة ويموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في ملك نفسه
 بتسليط من له الحق فلا ينتقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف
 أن الحق في الاسترداد للبائع فهو الذي سلط المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها
 والبيع وان فسد شرعاً فالتسليط من البائع بقى معتبراً في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشتري من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذا عرفنا هذا فنقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع في الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان لا قرار لهذا البناء بالاتفاق بل رفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار في حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع في الاسترداد ولكن لا قرار له في حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشتري بيعا صحيحا فلا شفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى وان شاء أبطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذله فيأخذ بأى السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع لان البناء بيع للأصل وفي هذا القول اشكال فالشفيع اذا نقض البيع الثاني فقد صار ذلك كأن لم يكن وقيل البيع الثاني يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثاني من الاصل ولكننا الجواب عنه أن البيع الثاني من الاصل الثاني صحيح مزيل للملك المشتري وانما ينقض لحق الشفيع فإيكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى يمت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول في ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الى المشتري بطلت شفعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير في حقهم مال متقوم كالبيعير

والشاة في حق المسلمين فان كان شفعها نصراني أخذها بمثل الحمر المشتري بها أو بقيمة الخنزير لان الحمر من ذوات الامثال فيأخذها الشفع بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى وفي الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفع مسلماً أخذها بقيمة الحمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تملك الحمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خر النصراني عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك في حق الشفع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفع والمشتري في مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراها فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفع والبائع فلا شفع أن يأخذها بقيمتها في قياس قول أبي حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشتري لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع في الاسترداد وجب للشفع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر ما نقض الارض من عمل المشتري لانه في معنى التلغ جزء منها وقد بينا أن لما يتلغ المشتري حصة من الثمن في حق الشفع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبي يوسف ومحمد يقطع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها فله القيمة في قياس قول أبي حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كماله في فيها المشتري بناء آخر وذكر هلال في كتاب الوقف أن حق البائع في القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير المتق في العبد الذي اشتراه شراها فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري في عين ما يملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع في الاسترداد فاذا تصرف فيه بإبطال الملك أولى فان باع نصفها يباع صحيحا يرد النصف الثاني على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه وبين أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذه بالثمن الآخر يصدق المشتري بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يفرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خيئت فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

باب الشفعة في المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالنق درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجوز وقد بينا أن الشفيع يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالعين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لو ارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لو ارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت في حق المشتري فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر في كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها بقيمتها ان شاء والاصح ما ذكرناه هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشتري للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها في قول أبي حنيفة وفي قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولهما لانه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما تعلق حقهم به وهو المالة والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بمض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشيء من ماله ثم لم يجعل يبعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالة وعلى هذا لو أورد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إتيان البعض بشيء من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد إتيان البعض وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفي الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للفضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلهذا يتمتع ببيعته منه بمثل قيمته وباكثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس في البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشيء من ذلك لا يصح مع الوارث ويحمل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم في ديونهم لافي عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا في صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء وبمثله لو باعه من داره لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالف درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبي حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان لابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر في موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية في تصرفه وفي البيع بالمحاباة وصية ألا ترى أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لو ارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد وبأن كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبي يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ما ذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعموده اذا طلب الموصي له وان الموصى له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

المريض دارا بألني درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز
 وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حابه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب
 للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي
 حنيفة لان بيعه من الوارث لا يجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا
 حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو
 باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع
 يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي باشره المشتري اذا أخذها بالشفعة وان باعها
 بالدين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالدين لان المحاباة بقدر
 الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالدين والوصية كانت
 منه للمشتري دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشيء من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من
 أوصى له به فلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت
 في ضمن البيع ألا ترى انها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على
 المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمي من الثمن مع
 علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكانه أوجب الوصية بالمحاباة
 للمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما
 وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا
 كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمتها كان للاجنبي أن يأخذ الكل
 بالشفعة بمنزلة ماله سلم أحد الشفيعين شفعته وان باعها بألف درهم وهي تساوي الدين وليس
 له مال غيرها قيل للمشتري ان شئت نخذها بثاني الدين وان شئت فدع لانه حابه بنصف
 ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى
 تمام ثلثي الدين الا أنه يتخير في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء
 فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم
 ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثاني الدين وأي ذلك فعل
 كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان
 صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة البيع

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

باب تسليم الشفعة

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

وأصل هذه المسئلة في الاب والوصى اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالأبراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصى كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصى صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ يملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبقى أحد الموضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كيبيع ماله بخلاف الأبراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه توجه المهداة فيها على الصغير وفي التسليم لا توجه عليه المهداة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فاذا سكوت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتخاين الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتعاضدين شفعة صاحبه في دار له خاصة من
 ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاضدان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد
 منهما في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما
 وكان الثمن عليهما فكما يحمل أخذ أحدهما في الحكم كالأخذ فكذلك التسليم ولو كان
 المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها
 فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب
 أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فإنه يكون ذلك استدانة على
 المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بمحكم الجوار
 لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بمنزلة الدار المشتركة
 فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح في حق نفسه دون حق شريكه
 ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب في بيعها
 عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع
 البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار أخرى من المضاربة
 وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الأصل في مال
 المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الأخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له
 بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من
 المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة عامل
 لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن
 يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع
 رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها
 لنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون
 في ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ففي مال
 المضاربة حق رب المال هو الأصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق الاخذ
 بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المتعاضد دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها
 بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالوا اشتراها

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

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

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل الوجوب فالهبة بشرط العوض انما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم وتقابضوا فذلك باطل في قول أبي حنيفة جائز في قولهما لان الشروع في الهبة بشرط العوض كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في كتاب الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلمتا اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيوع في الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوع في الالف حين قبض كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز في قول أبي حنيفة لان الشيوع فيما يحتل القسمة يمنع صحة التمويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتل للقسمة واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ احديهما دون الاخرى فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فاعماله أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال زفر له أن يأخذ احديهما دون الاخرى والدور المتلازمة وغير المتلازمة في مصر واحد أو مصريين في ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول ثبت له حق الاخذ في كل واحدة منهما وليس في أخذ احديهما ضرر على المشتري لان احديهما تفصل عن الاخرى فهو كما لو كان العقد في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكننا نقول المشتري ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ احديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري في حق البائع تفريق الصفقة بقبول العقد في احديهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك في حق المشتري بخلاف ما اذا كان العقد في صفقتين وهذا لان الانسان قد يشتري دارين ورغبته ومنفعته في احديهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشتري باختيار الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر في الكتاب أنه اذا كان شفيعا لاحديهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول في هذه المسئلة له ان يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له في احديهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة على المشتري فيثبت حقه في الاخرى حكما لدفع الضرر عن المشتري ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في احديهما بدون السبب وفي الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشترى عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكيم وهو أنه لم يتمكن من احديهما لانعدام السبب في احديهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب

❦ باب شفعة أهل البنى ❦

(قال رحمه الله الباغي والعاقل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البنى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لأهل الذمة الشفعة في دار الاسلام وأنهم في ذلك كالمسلمين فاهل البنى في ذلك أولى إلا أن العاقل في عسكر أهل العدل والباغي في عسكر أهل البنى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكلا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطالحوا فهو على شفخته اذا علم واذا كان الشفيع في غير المصر الذي فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البائع والمشتري فهو على شفخته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له في ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ في الموضع الذي فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي فيه البائع والمشتري فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفخته وحاصل الكلام أنه بعد طلب الموائبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشتري أو البائع ان كانت الدار في يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الأبعد بطلت شفخته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالببيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا في مصر واحد فان ترك الاقرب وأتى الأبعد فاشهد عنده ففي القياس كذلك تبطل شفخته لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفخته لان المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكفي واذا اتخذ المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد في ذلك واذا اشترى رجل من أهل البنى دارا من

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البغي فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلًا فلا شفعة له لأنه كان متمكنًا من أن يبعث وكيلًا فإن كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فيه الشفعة لأنه مترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيلًا يأخذ الشفعة أبطلت شفيعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت أجعله على شفيعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله تبطل شفيعته بالأعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الشفعة

(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلًا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج إلى التوكيل في ذلك لقلة هدايته في الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البيعة على الوكالة إلا وخصمه معه) لأنه يقيم البيعة ليقضى له بالوكالة ولا يقضي ببيئته قامت لا على خصم حاضر وإذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بيعة أنه اشتراها من صاحبها إذا كان صاحبها غائبًا لأن القضاء عليه بالشفعة بإقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فإن من في يده عين إذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه بإقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبيعة لا يجوز إلا بحضور من الخصم حتى إذا أجرت الدار فانكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يحلف بالله ما باعه إلا أن تقوم عليه بيعة بحضور منه وهذه البيعة مقبولة من الشفيع والمشتري جميعًا لأن المشتري يثبت عقده بالبيعة والشفيع يثبت حقه في الشفعة وإذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فإنه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الأمر وعن أبي يوسف قال لا يقضى بها حتى يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدها) ما بيننا (والثاني) وكيل صاحب الدين إذا طالب المديون بإيفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأني فإنه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

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

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة وإذا كان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلأن يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد ثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعي عليه ليدفع بها استحقاق المدعي وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن ثبت الملك بالينة وهو نظير ما لو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج الى اقامة الينة على الحرية لان ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام وإذا وجد قتيل في دار انسان فانكر على عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لانهم متهمون في ذلك فانهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا لا تقبل في ذلك شهادة الفريقين ولن أقام الينة أن انفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو في بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يطم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة في الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان على الوكيل أنه سلم عند غير القاضي ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو ما لو وجد في غير مجلس القاضي في الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح في غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح اذا وجد في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضى به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي أنه سلم

عند فلان القاضي ثم عزل أو أنه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لأن هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فإن كان من أقر بشيء يملك إنشائه يجعل كالمشيء لذلك ومراعاة من ذكر قول محمد بمسئلة الرجوع لا مسألة تسليم الشفعة فقد بينا أن عند محمد تسليم الوكيل باطل وإذا شهد ابن الوكيل أو ابن الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لأنهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادته ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل لأن ابني الوكيل يثبتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويثبتان له حق الأخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائباً عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار أن يخصم في غيرها لأن الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا قيد الوكالة بالدار التي عينها وهو يثبت الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضى الإنسان بكون الغير نائباً عنه في بعض الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزاً لأنه عم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخصم في كل شفعة تحدث له كما يخصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض علاته ولا يخصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة إلا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لأنه لا يتوكل إلى الخصومة بالشفعة إلا بذلك فتعدي الوكالة إليه ضرورة وإذا وكل رجل رجلاً يأخذ له داراً بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في الشراء فلا أن لا يشترط ذلك في التوكيل بالأخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الأخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي يملك المشتري الدار به فالتوكيل بالأخذ بمنزلة التخصيص على ذلك والوكيل ممثّل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثير وضعه أن الوكيل بالشراء إذا اشترى بأكثر من قيمته إنما لا ينفذ شراؤه على الموكل لعدم التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بفلاء الثمن أراد أن يلزم الأمر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالأخذ بالشفعة لأنه لا يملك أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلماً لشفعته فإذا طلبها لغيره أولى ولما كان إظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشتري حاضرا أو غير حاضر فإن أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فإن كان المشتري سلمها إليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لأنه ظهر أنه كان مسلما شفيعته ولكن تسليم المشتري إليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها الأمر بعدما سلم الشفعة وإن كان القاضي قضى بها فانها ترد على المشتري الأول لأنه لما ظهر أنه كان مسلما شفيعته تبين أن القاضي قضى على المشتري الأول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه وإذا كان للدار شفيهان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لأن كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند القاضي كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق أحدهما يبقى حق الآخر في جميع الدار فإذا أخذها الوكيل له جاز وإن قال عند القاضي قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال إنما أطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولا يهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لأن تسليم الشفعة إسقاط مبنى على التوسع فالجهاالة المحصورة في مثله لا تمنع الصحة ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لأن بالأخذ ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلهذا لا بد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ وإذا وكل الشفيع المشتري بالأخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا في ذلك لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والإنسان لا يكون وكيلا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام ولو وكل البائع بالأخذ بالشفعة جاز ذلك في القياس لأن البائع يتسلم الدار إلى المشتري قد خرج من هذه الخصوصية والتحق باجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لأن البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شيء لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لأنه توكل في بعض ما قد تم به وهو البيع وإذا وكل الذمي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لأنهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وإن كان الذمي هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت شهادتهما وأبطلت الشفعة لأن الوكيل لو أقر بذلك جاز إقراره فإن الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا فكذلك إذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لأن شهادتهم على الذمي في آيات كلامه حجة وإذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فأخذها ثم جاء مدعى يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لأن الوكالة قد انتهت بالأخذ بالشفعة فبقيت الدار في يده أمانة والأمين لا يكون خصما للمدعى

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

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا أطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين شك بلا بينة وان قال تقاضي ديني أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه أو أجيريه الذي هو في عياله بمنزلة ماله قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالودع في الوديعة واذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسمي له ماعليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سعى له وهو تقييد مقيد فقد يأنم الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فآخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لا يستطيع رده لانه ممثّل أمره فانه لا يتمكن من الآخذ بعد ما احترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله في الآخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم في هذا اذا لا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشتراه بأكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة في حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلا حدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضي كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء واذا لم يأخذهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ما صنع بمنزلة ماله وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يحجز صنع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ما صنع الوكيل الثاني على الامر لان ذلك وراء اجازة ما صنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان في حق الغير لا يسوى غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشتري من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفيعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفيعته وهذا لان التأخير انما جعله محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطله وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفيعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشتري من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

باب شفعة أهل الكفر

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقية الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهي مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الالهة ثم يأخذها بقيمتها وان اشتراها بمئة أو دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذي الى ذلك لحاجة المسلم فيأخذ الذي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عن تملك عن الخمر وقد قدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفيعته لان الاسلام سبب لنا كد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد يعجز عن تملك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند المقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدي الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالمقد
 فالإسلام يمنع قبض الحر بحكم البيع كما يمنع العقد على الحر ولكن لا يبطل حق الشفيع في
 الشفعة لأن وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع
 في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم في الحر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
 وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الحر ان كان هو مسلما
 أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تملك عين الحر بينهما وإن كانا كافرين أخذها بمثل تلك الحر
 لأن من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الحر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
 وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين وإذا كان اسلام أحد المتعاقدين
 بعد قبض الحر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبق صحيحا لأن حكم العقد في الحر ينتهي بالقبض
 والإسلام لا يمنع قبض الدار فإذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر الشفيع فله
 أن يأخذها بالشفعة لأن حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من بعض ما المشتري
 وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها
 بالشفعة فهذا أولى لأن اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت
 الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثاني كما لو كان
 المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالحر ذميا فأسلم وارثه بعد موته كان
 للشفيع أن يأخذها بقيمة الحر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه وإذا اشترى الذمي من
 الذمي دارا بخرم وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فنقول
 ان كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلما معا
 بقي النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخل فقط لأن بالاستحقاق ينتقض العقد من
 الأصل وخرم المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمر افتخلت
 فانه يأخذ الخل ولا شيء له غيره فاما في النصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لبعض الملك
 عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الحر لا تكون مضمونة له على أحد
 وهذا اذا كانت الحر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها
 ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخل لأن العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمر في
 الذمة فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والحر لا يجوز أن يكون ديناً للمسلم على آخر فاما

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

المسلم العشر في حصته ويضاعف على الثعلبي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة مالهو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما ينال على ما تقدم بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي اذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبي حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها مسلما فاخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما اذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى اذا وجد بها عيب ليس له أن يردها وفي غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردها بالعيب لان الخراج في الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما انقطع المشتري اذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردها ولكن يرجع بقصان العيب بخلاف ما اذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالمالك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واحدا أو جسدا منكسرا أو تحلة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردها كان الشفيع على شفيعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد ينسخ بأخذ الشفيع وهو ما اذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف اذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشتري سائمة بالتضعيف لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يتمتع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة فيه

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه
 وللشفيع فيها الشفعة لأن البيع تم وخياره سقط بإسلامه ولو كان إسلامه بعد ما لحق بدار
 الحرب وبمقدسة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لأن انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي
 وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب وإذا اشترى
 المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل في رده أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا
 لورثته لأن لحاقه كونه والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فلحققت
 بدار الحرب بطلت شفعتها لأن لحاقها كونه من حيث أنه لا تستحق نفسها بالحاق حتى يسترق
 وإن كانت لا تقبل وإن كانت المرتدة بالعة للدار فللشفيع الشفعة لأن بيعها صحيح لازم
 أسلمت أو ماتت وإن كان الشفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا
 المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لأنه إن أسلم فتسليمه صحيح وإن مات فالشفعة في
 تورث وإنما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة
 لم يقض له القاضي بذلك إلا أن يسلم لأن هذا منه إصرار على الردة إلا أن يقضى له
 بالشفعة وليس للإمام أن يقره على الردة في شيء من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر
 عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه مالم يسلم فان
 أبطل القاضي شفيعه ثم أسلم فلا شفعة له لأن الإبطال من القاضي صحيح على وجه الإضرار
 به وحرمانه الفرق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وإن وقفه القاضي حتى
 ينظر ثم أسلم فهو على شفيعته لأن القاضي لم يبطل حقه وإنما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم
 فهو على حقه وهذا إذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فإن لم يكن طلب إلى أن أسلم فلا
 شفعة له تركه طلب الموائبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار
 قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لأن الملك لهم في الميراث من حين لحق
 المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون
 نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من
 حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين
 إذا بيعت دار بمنزلة دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة وإذا اشترى المرتد دارا
 من مسلم أو ذمى بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لأن المرتد مجبر على العود إلى الإسلام

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده
والمرتد غير مقرر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له
وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم
المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن من دار
الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب
كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع فان كانت وكل بالدار من يحفظها ويقوم
عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والأمين لا يكون خصما لمن يدعى حقا
في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبته واذا اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها
مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام
وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم
في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلي حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم
في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفيعته لان لحوقه
بدار الحرب كموته كن هو من أهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كاليت
وبموته تبطل شفيعته علم بالشراء أو لم يعلم ولان تبين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق
المتأكدة ما هو أقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول على الدار ولو استولى على
ملك الحربي بطل به ملكه فلأن يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربي المستأمن دارا
وشفيعها حربي مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع
بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام وان كان المشتري مع الشفيع في دار الحرب فان
كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفيعته اذا علم لان المسلم والذمي من
أهل دار الاسلام فدخله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفيعته اذا لم يكن عالما
بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفيعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا
لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على
شفيعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل
فان كان المشتري أخره مدة معلومة فهو على شفيعته عندهم جميعا لان عند محمد بمضى شهر
انما تبطل شفيعته لدفع الضرر عن المشتري فاذا كان هو الذي أخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حرييا مستأمنافو كل بطاب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمناف من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كوته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة في الصلح

(قال رحمه الله واذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح على اقرار فلهم الشفعة في ذلك لان المعطى في المال متملك في نصيب المدعي بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح على الانكار فلا شفعة فيه لان في زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يملك عليه شيئا من الدار بهذا الصلح وفيما في يده ينبغي الحكم على زعمه وهو بالاقدام على الصلح لا يصير مقرا بثبوت الملك للمدعي في المدعي ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة على دعوى الذي صالحه فان أقامها فالثابت بالبيينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعي ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعي متمكنا من اثبات نصيبه بالبيينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه على سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة بلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا واذا ادعى حق في دار فصالحه منه على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه في الدار الأخرى بالصلح والصلح على الانكار مبني على زعم المدعي في حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه في الدار الأخرى والقول فيه قول المصالح الذي أخذ الدار بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعي دينا أو ودية أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء على زعم المدعي واذا صالح من سكنى دار أو وصى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا شفعة

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

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يمكن ابطاله فتصادقا عما يكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة بخلاف الصالح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لا دين لم تقع المقاصة فبق الثمن للبائع على المشتري والشفيع على شفيعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصالح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفيعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وليس للمتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قima له في البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصى حينئذ في طلب الشفعة ولو كيل اليتيم وتسليمه وان اشترى المتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء المتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال المتقط فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان المتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على المتقط في الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط. وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلته بيت المال كما في جنايته بيده وان لم يسقط حتى أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل في النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشترى الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذب الشفيع فالقول قول المشتري) لانكاره الشراء في البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك في البناء وإن أقاما البيئة فالبيئة بيئة الشفيع لأنه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولأن الشفيع يثبت إقرار المشتري بأنه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الأرض ولكن إنما يقبل قول المشتري إذا كان محتملاً حتى إذا قال أحدثت فيها هذه الأشجار أمس لم يصدق على ذلك لأن كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وإن قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لأن خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع في شيء من ذلك لأنه بالتسليم خرج من الوسط والتحقق بأجنبي آخر وإن قال المشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الأرض بعد ذلك بخمسمائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول للمشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الأرض بعد ذلك بخمسمائة أو قال اشتريت الأرض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول قول المشتري لأنه ينكر ثبوت حق الشفيع في البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لي البناء واشتريت الأرض كان القول في ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لأن المشتري أقربا لسبب الميث لحق الشفيع في الأرض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله في ذلك ولكن القول قول الشفيع لأنكاره ولا قول للبائع في شيء من ذلك فاما في الهبة هو لم يقر بالسبب الميث لحق الشفيع في السائل الشفيع يدعي ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وإن قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وإن قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فإن أقاما جميعا البيئة فعلى قول أبي يوسف البيئة بيئة المشتري لأنه هو المحتاج إليها لإثبات تفريق الصفقة وأثبت شيء بخلاف الظاهر وعند محمد البيئة بيئة الشفيع لأنه يثبت استحقاق جميع الدار ولأننا نجعل كأن الأمرين كانا إذ لا تنافي بينهما ولو اشترى النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وإن ادعى المشتري أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لأنكاره تفريق الصفقة وأنكاره

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

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

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفي الأول الطريق للامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابها في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلاهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق في الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفعيها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشتري تصدق بيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي ثم قدم الشفعي الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفعي مقدم على حق المشتري فباعته حقه يتمكن من نقض تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفعي معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقي للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موصفا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يفرق نصيبه في موضعين وان لم يخص حين باع ما بقي من الدار من المشتري الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول في المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقي من المشتري الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دار الرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي من الدار فلاشفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

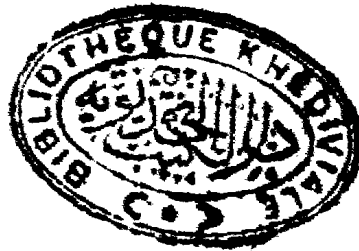
بالمبيع اتصال تأييد فوضع الحائط من الارض داخل في البيع واذا كان منزل لرجل في دار الى
 جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفي الدار
 منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار في
 درب غير نافذ وفي الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزله فالشريك
 في الحائط أحق بالشفعة في جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك في نفس المبيع لان
 حصة البائع من الحائط دخل في البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفعة في الحائط سوى
 ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته في
 موضع معين وليس بشريك في جميع المبيع فانما يرجع هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة
 ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق
 بالشفعة في تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الروية أن الشركة في الحائط أظهر
 من الشركة في الطريق واذا كان بالشركة في الطريق يتقدم الشريك على الجار بالشركة في
 الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم
 هو الشفعة فالشركاء في الطريق الذي في الدار أحق لشركة بينهم في الدار لان نصيب البائع
 من الصحن صار ميبعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون
 في الطريق الذي قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص في درب غير نافذ فان
 أسلموا فالجيران الملاصقون للدار الى هذا المنزل فيه شركاء في شفعة هذا المنزل والملاصق
 منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع
 فخصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال في طريق واحد يكفي للجوار فهذا
 أستووا في استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة في السكة التي ليس لها منفذ * باع رجل منهم
 دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم في طريق خاص في الطريق فان كان زقاقا فيه
 عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لاصحاب
 العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون
 أصحاب السكة وفي العطف المدور حقهم جميعا في ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف
 بمنزلة سكة في سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الاقصى فأصحاب تلك
 السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان بيعت دار في السكة الاولى كانت

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

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

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط
 للمشتري على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها
 اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق
 من اشترى جارية واستولدها ثم استحققت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور
 وبمثله الجارية المأسورة اذا وقعت في سهم رجل فاخذها مولاهما بالقيمة واستولدها ثم أقام
 رجل اليئنة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن
 الواطئ عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع في سهمه بالقيمة التي
 أعطاه إياها ولا يرجع بالمقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصير مغرورا من جهته فقد كان من
 وقعت في سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذي كانت
 وقعت في سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع
 على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شيء
 بين الغائمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت
 المال لان الغرم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل
 لان المشركين ملكوها بالاحراز وقدم ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى
 بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لاسبيل له عليها
 بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه
 المرجع والمآب

تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط
 ويليهِ الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة



فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط
 للامام السرخسي الحنفي رحمه الله

صحيفه

- ٢ كتاب الصرف
- ٢٣ باب الخيار في الصرف
- ٢٤ باب البيع بالفلوس
- ٣٥ باب القرض والصرف فيه
- ٤١ باب الرهن في الصرف
- ٤٢ باب الصرف في المعادن و تراب الصوانين
- ٤٦ باب صرف القاضي
- ٤٧ باب الاجارة في الصياغة
- ٥٣ باب الصرف في الوديعة
- ٥٥ باب الصرف في الوزنيات
- ٥٦ باب الصرف في دار الحرب
- ٥٩ باب الصرف بين المولى وعبد
- ٦٠ باب الوكالة في الصرف
- ٦٦ باب العيب في الصرف
- ٧٠ باب الصلح في الصرف
- ٧٣ باب الصرف في المرض
- ٧٦ باب الاجارة في عمل التمويه
- ٩٠ كتاب الشفعة
- ١٢٠ باب الشهادة في الشفعة
- ١٢٨ باب الشفعة بالمروض
- ١٣٢ باب الشفعة في الارضين والانهار

- ١٤٠ باب الشفعة في الهبة
 ١٤٤ باب الخيار في الشفعة
 ١٤٢ باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره
 ١٥٠ باب الشفعة في المريض
 ١٥٤ باب تسليم الشفعة
 ١٦٠ باب شفعة أهل البني
 ١٦٠ باب الوكالة في الشفعة
 ١٦٨ باب شفعة أهل الكفر
 ١٧٤ باب الشفعة في الصلح
 ١٧٦ باب شفعة اللقيط
 ١٧٦ باب الشفعة في البناء وغيره