

روضة الطالبين

الإمام يحيى بن شرف الدين النووي

المجلد الثاني



شركة أبناء شريف الانصاري للطباعة والنشر والتوزيع صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية •

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥
تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١
بيروت - لبنان

• الكادر التعليمي •

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥
تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١
بيروت - لبنان

• للطباعة العصرية •

بوليفار نزيه البزري - ص.ب: ٢٢١
تلفاكس: ٧٢٠٦٢٤ - ٧٢٩٢٥٩ - ٧٢٩٢٦١ ٧ ٠٠٩٦١
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠١١ م - ١٤٣٢ هـ

جميع حقوق هذه الطبعة محفوظة للناشر
حقوق التأليف والاعداد محفوظة لدار ابن الأثير/جامعة الموصل
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان
مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو
بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير،
أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من
الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb

E. Mail alassrya@cyberia.net.lb

info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت

www.almaktaba-alassrya.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الضحايا (١)

اعلم أن الإمام الرافعي رحمه الله، ذكر كتاب الضحايا، والصيد والذبائح، والعقيقة، والأطعمة، والنذور، في أواخر الكتاب بعد المسابقة. وهناك ذكرها المزمي، وأكثر الأصحاب. وذكرها طائفة منهم هنا، وهذا أنسب، فاخترته. والله أعلم.

التضحية، سنة مؤكدة، وشعار ظاهر، ينبغي لمن قدر أن يحافظ عليها. وإذا التزمها بالنذر، لزمته. ولو اشترى بدنة أو شاة تصلح للضحية بنيّة التضحية، أو الهدي، لم تصر بمجرد الشراء ضحية ولا هدياً. وفي «تتمة التتمة» وجه: أنها تصير، وهو غلط حصل عن غفلة. وموضع الوجه، النية في دوام الملك، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال صاحب «البحر»: لو قال: إن اشتريت شاة، فله عليّ أن أجعلها نذراً، فهو نذر مضمون في الذمة. فإذا اشترى شاة، فعليه أن يجعلها ضحية، ولا تصير بالشراء ضحية، فلو عيّن فقال: إن اشتريت هذه الشاة، فعليّ أن أجعلها ضحية، فوجهان: أحدهما: لا يلزمه جعلها ضحية، تغليباً لحكم التعيين، وقد أوجبها قبل الملك. والثاني: يلزم، تغليباً للنذر.

[فصل: في شروط وأحكام الأضحية]

فصل: للتضحية شروط وأحكام. أما الشروط، فأربعة:

أحدها: أن يكون المذبوح من النعم، وهي الإبل، والبقر، والغنم، سواء الذكر والأنثى، وكل هذا مجمع عليه. ولا يجزئ من الضأن إلا الجذع أو الجذعة، ولا من الإبل والبقر والمعز إلا الثنيّ أو الثنية. وفي وجه: يجزئ الجذع من المعز، وهو شاذ. ثم الجذع: ما استكمل سنة على الأصح. وقيل: ما استكملت ستة أشهر. وقيل: ثمانية. فعلى الأول، قال أبو الحسن العبادي: لو أذبح قبل تمام السنة، كان مجزئاً، كما لو تمت السنة قبل أن يجذع. ويكون ذلك، كالبلوغ بالسن، أو الاحتلام، فإنه يكفي فيه أحدهما، وبهذا صرح صاحب «التهذيب» فقال: الجذعة: ما

(١) الأضحية هي ما يذبح من الإبل أو البقر أو الغنم تقرباً إلى الله تعالى يوم العيد.

استكملت سنة، أو أجدعت قبلها، أي: أسقطت سنّها. وأما الثاني من الإبل، فهو ما استكمل خمس سنين، وطعن في السادسة. وروى حرملة عن الشافعي رحمه الله: أنه الذي استكمل ستاً ودخل في السابعة. قال الروياني: وليس ذلك قولاً آخر، وإن توهمه بعض أصحابنا، ولكنه إخبار عن نهاية سن الثاني. وما ذكره الجمهور، بيان ابتداء سنّه. وأما الثاني من البقر، فما استكمل سنتين ودخل في الثالثة. وروى حرملة: أنه ما استكمل ثلاث سنين ودخل في الرابعة. والمشهور المعروف، هو الأول. وأما الثاني من المعز، فالأصح: أنه الذي استكمل سنتين ودخل في الثالثة. وقيل: ما استكمل سنة.

فصل: في صفتها

وفيه مسائل:

إحداها: المريضة، إن كان مرضها يسيراً، لم يمنع الإجزاء وإن كان بيّناً يظهر بسببه الهزال وفساد اللحم، منع الإجزاء، وهذا هو المذهب. وحكى ابن كج قولاً: أن المرض لا يمنع بحال، وأن المرض المذكور في الحديث^(١) المراد به الجرب. وحكي وجه: أن المرض يمنع الإجزاء وإن كان يسيراً، وحكاه في «الحاوي» قولاً قديماً. وحكي وجه في الهيام خاصة، أنه يمنع الإجزاء، وهو من أمراض الماشية، وهو أن يشتد عطشها، فلا تروى من الماء.

قلت: هو - بضم الهاء - قال أهل اللغة: هو داء يأخذها، فتهم في الأرض لا ترعى. وناقه هيماء - بفتح الهاء والمد -. والله أعلم.

الثانية: الجرب، يمنع الإجزاء، كثيره وقليله، كذا قاله الجمهور، ونص عليه في الجديد، لأنه يفسد اللحم والودك. وفي وجه: لا يمنع إلا كثيره، كالمرض، واختاره الإمام، والغزالي. والصحيح: الأول، وسواء في المرض والجرب، ما يرجى زواله، وما لا يرجى.

الثالثة: العرجاء، إن اشتد عرجها، بحيث تسبقها الماشية إلى الكلاً الطيب وتتخلف عن القطيع، لم تجزىء. وإن كان يسيراً لا يخلفها عن الماشية، لم يضر.

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٠٢) والترمذي في سننه برقم (١٤٩٧) والنسائي في سننه (٢١٤/٧) وابن ماجه في سننه برقم (٣١٤٤) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء بين عورها، والمريضة بين مرضها، والعرجاء بين ظلعها، والكسير التي لا تنقي» والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (١٨٦/٢).

فلو انكسر بعض قوائمها فكانت ترحف بثلاث لم تجزىء. ولو أضجعها ليضحى بها وهي سليمة، فاضطربت وانكسرت رجلها، أو عرجت تحت السكين، لم تجزئه على الأصح، لأنها عرجاء عند الذبح، فأشبه ما لو انكسرت رجل شاة فبادر إلى التضحية بها، فإنها لا تجزىء.

الرابعة: لا تجزىء العمياء، ولا العوراء التي ذهبت حدقتها، وكذا إن بقيت حدقتها على الأصح. وتجزىء العشواء على الأصح، وهي التي تبصر بالنهار دون الليل، لأنها تبصر وقت الرعي. وأما العمش وضعف بصر العينين جميعاً، فقطع الجمهور بأنه لا يمنع. وقال الروباني: إن غطى الناظر بياض أذهب أكثره، منع، وإن أذهب أقله، لم يمنع على الصحيح.

الخامسة: العجفاء التي ذهب مخها من شدة هزالها، لا تجزىء، وإن كان بها بعض الهزال ولم يذهب مخها، أجزاء، كذا أطلقه كثيرون. وقال في «الحاوي»: إن كان خُلُقياً، فالحكم كذلك، وإن كان لمرض، منع، لأنه داء. وقال إمام الحرمين: كما لا يعتبر السمن البالغ للأجزاء، لا يعتبر العَجَف البالغ للمنع. وأقرب معتبر أن يقال: إن كان لا ترغب في لحمها الطبقة العالية من طلبه اللحم في سني الرخاء، منعت.

السادسة: ورد النهي عن الثولاء، وهي المجنونة التي تستدير في الرعي ولا ترعى إلا قليلاً فتُهَزَل.

السابعة: يجزىء الفحل وإن كثر نزوانه، والأثنى وإن كثرت ولادتها، وإن لم يطلب لحمها، إلا إذا انتهيا إلى العجف البين.

الثامنة: لا تجزىء مقطوعة الأذن، فإن قطع بعضها، نظر، فإن لم يبين منها شيء، بل شق طرفها وبقي متديلاً، لم يمنع على الأصح، وقال القفال: يمنع. وإن أبين، فإن كان كثيراً بالإضافة إلى الأذن، منع قطعاً، وإن كان يسيراً، منع أيضاً على الأصح، لفوات جزء مأكول. وقال الإمام: وأقرب ضبط بين الكثير واليسير: أنه إن لاح النقص من البعد، فكثير، وإلا فقليل.

التاسعة: لا يمنع الكي في الأذن وغيرها على المذهب، وقيل: وجهان: لتصلب الموضع، وتجزىء صغيرة الأذن، ولا تجزىء التي لم يخلق لها أذن.

العاشرة: لا تجزىء التي أخذ الذئب مقداراً بيناً من فخذها بالإضافة إليه، ولا يمنع قطع الفلقة اليسيرة من عضو كبير. ولو قطع الذئب أو غيره أليتها أو ضرعها، لم تجزىء على المذهب، وتجزىء التي خلقت بلا ضرع أو بلا ألية على الأصح، كما يجزىء الذكر من المعز، بخلاف التي لم يخلق لها أذن، لأن الأذن عضو لازم

غالباً. والذنب كالألية، وقطع بعض الألية أو الضرع كقطع كله، ولا تجوز مقطوعة بعض اللسان.

الحادية عشرة: يجزىء الموجه والخصي، كذا قطع به الأصحاب، وهو الصواب. وشذ ابن كج، فحكى في الخصي قولين، وجعل المنع: الجديد.

الثانية عشرة: تجزىء التي لا قرن لها والتي انكسر قرنهما، سواء دمي قرنهما بالانكسار، أم لا. قال القفال: إلا أن يؤثر ألم الانكسار في اللحم، فيكون كالجرب وغيره، وذات القرن أفضل.

الثالثة عشرة: تجزىء التي ذهب بعض أسنانها، فإن انكسر أو تناثر جميع أسنانها، فقد أطلق صاحب «التهذيب» وجماعة: أنها لا تجزىء، وقال الإمام: قال المحققون: تجزىء. وقيل: لا تجزىء. وقال بعضهم: إن كان ذلك لمرض أو كان يؤثر في الاعتلاف وينقص اللحم، منع، وإلا، فلا، وهذا حسن، ولكنه يؤثر بلا شك، فيرجع الكلام إلى المنع المطلق.

قلت: الأصح: المنع. وفي الحديث نهى عن المشيعة. قال في «البيان»: هي المتأخرة عن الغنم، فإن كان ذلك لهزال أو علة، منع، لأنها عجفاء، وإن كان عادة وكسلاً، لم يمنع. والله أعلم.

فرع: في صفة الكمال

فيه مسائل:

إحداها: يستحب للتضحية الأسمن الأكمل، حتى إن التضحية بشاة سمينية، أفضل من شاتين دونها. قال الشافعي رحمه الله تعالى: استكثار القيمة في الأضحية أحب من استكثار العدد، وفي العتق عكسه، لأن المقصود هنا اللحم. والسمين أكثر، وأطيب، والمقصود في العتق التخليص من الرق، وتخليص عدد، أولى من واحد وكثرة اللحم أفضل من كثرة الشحم، إلا أن يكون لحماً رديئاً.

الثانية: أفضلها البدنة، ثم البقرة، ثم الضأن، ثم المعز. وسبع من الغنم، أفضل من بدنة أو بقرة على الأصح. وقيل: البدنة أو البقرة أفضل، لكثرة اللحم، والتضحية بشاة، أفضل من المشاركة في بدنة.

الثالثة: أفضلها البيضاء، ثم العفراء، وهي التي لا يصفو بياضها، ثم السوداء.

الرابعة: التضحية بالذكر أفضل من الأنثى على المذهب، وهو نصه في البويطي. وحكي عن نص الشافعي رحمه الله، أن الأنثى أفضل، فقيل: ليس مراده تفضيل الأنثى في الأضحية، وإنما أراد تفضيلها في جزاء الصيد، إذا قوّمت لإخراج

الطعام، فالأنثى أكثر قيمة. وقيل: المراد أن أنثى لم تلد أفضل من الذكر إذا كثر نزوانه، فإن فرضنا ذكراً لم ينز، وأنثى لم تلد، فهو أفضل منها.

فصل: الشاة الواحدة لا يضحي بها إلا عن واحد، لكن إذا ضحى بها واحد من أهل بيت، تأدى الشعار والسنة لجميعهم، وعلى هذا حمل ما روي عن النبي ﷺ أنه ضحى بكبش وقال: «اللهم تقبل من محمد وآل محمد»^(١).

وكما أن الفرض ينقسم إلى فرض عين، وفرض كفاية، فقد ذكروا أن التضحية كذلك، وأن التضحية مسنونة لكل أهل بيت.

قلت: وقد حمل جماعة الحديث على الإشراك في الثواب، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

فرع: البدنة تجزى عن سبعة، وكذا البقرة، سواء كانوا أهل بيت، أو بيوت، سواء كانوا متقربين بقرية متفقة أو مختلفة، واجبة أم مستحبة، أم كان بعضهم يريد اللحم. وإذا اشتركوا، فالمذهب أن قسمة لحمها تبنى على أن القسمة بيع، أم إفراز؟ إن قلنا: إفراز، جازت. وإن قلنا: بيع، فبيع اللحم الرطب بمثله، لا يجوز، فالطريق أن يدفع المتقربون نصيبهم إلى الفقراء مشاعاً، ثم يشتريها منهم من يريد اللحم بدراهم، أو يبيع مريد اللحم نصيبه للمتقربين بدراهم. وإن شاءوا جعلوا اللحم أجزاء باسم كل واحد جزء، ثم يبيع صاحب الجزء نصيبه من باقي الأجزاء بدراهم، ويشتري من أصحابه نصيبهم في ذلك الجزء بالدراهم، ثم يتقاصون.

وقال صاحب «التلخيص»: تصح القسمة، قطعاً للحاجة. وكما يجوز تضحية سبعة ببدنة أو بقرة، يجوز أن يقصد بعضهم التضحية، وبعضهم الهدي، ويجوز أن ينحر الواحد البدنة أو البقرة عن سبع شياه لزمته بأسباب مختلفة، كالتمتع، والقران، والفوات، ومباشرة محظورات الإحرام، ونذر التصديق بشاة، والتضحية بشاة، لكن في جزاء الصيد، تراعى المماثلة ومشابهاة الصورة، فلا تجزى البدنة عن سبعة من الأطباء. ولو وجب شاتان على رجلين في قتل صيدين، لم يجز أن يذبحا عنهما بدنة، ويجوز أن يذبح الواحد بدنة أو بقرة، سبعها عن شاة لزمته، ويأكل الباقي كمشاركة من يريد اللحم. ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة، فهل يكون الجميع واجباً حتى لا يجوز أكل شيء منه، أم الواجب السُّبع فقط حتى يجوز الأكل من الباقي؟ فيه وجهان كالوجهين في ماسح جميع رأسه في الوضوء، هل يقع جميعه فرضاً، أم الفرض ما يقع عليه الاسم؟

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٩٦٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٩٢).

قلت: قيل: الوجهان في المسح فيما إذا مسح دفعة واحدة، فإن مسح شيئاً فشيئاً، فالثاني سنة قطعاً، وقيل: الوجهان في الحالين، ومثلهما إذا طَوَّل الركوع والسجود والقيام زيادة على الواجب، وفائدته في زيادة الثواب في الواجب، والأرجح في الجميع أن الزيادة تقع تطوعاً. والله أعلم.

ولو اشترك رجلان في شاتين، لم تجزئهما على الأصح، ولا يجزىء بعض شاة بلا خلاف بكل حال.

الشرط الثاني: الوقت.

فيدخل وقت التضحية إذا طلعت الشمس يوم النحر، ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفات على المذهب. وفي وجه: تعتبر صلاة رسول الله ﷺ وخطبته. وقرأ رسول الله ﷺ بـ ﴿قَدْ﴾ و﴿أَقْرَبَتِ السَّاعَةُ﴾ وخطب خطبة متوسطة. وقالت المراوزة: الخلاف في طول الصلاة فقط، والخطبة مخففة قطعاً، فإنه السنة. قال الإمام: وما أرى من يعتبر ركعتين خفيفتين، يكتفي بأقل ما يجزىء، وظاهر كلام صاحب «الشامل» خلافه. وفي وجه: يكفي مضي ما يسع ركعتين بعد خروج وقت الكراهة، ولا تعتبر الخطبتان. ويخرج وقت التضحية بغروب الشمس في اليوم الثالث من أيام التشريق. ويجوز ليلاً ونهاراً، لكن تكره التضحية والذبح مطلقاً في الليل، فإن ذبح قبل الوقت، لم تكن أضحية، فإن لم يضح حتى خرج الوقت، فاتت، فإن ضحى في السنة الثانية في الوقت، وقع عن الوقت، لا عن الماضي، وهذا كله في أضحية التطوع فأما المنذورة، ففي توقيتها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

الشرط الثالث: أهلية الذابح.

وفيه مسائل:

إحداها: يستحب أن يذبح ضحيته وهديه بنفسه. وله أن يوكل في ذبحها مَنْ تحل ذبيحته، والأولى أن يوكل مسلماً فقيهاً، لعلمه بشروطها. ولا يجوز توكيل المجوسي والوثني، بخلاف الكتابي. وإذا وكل فيستحب أن يحضر الذبح. ويكره توكيل الصبي في ذبحها. وفي كراهة توكيل الحائض، وجهان.

قلت: الأصح: لا يكره، لأنه لم يصح فيه نهى. والله أعلم.

والحائض أولى من الصبي والصبي المسلم أولى من الكتابي.

الثانية: النية شرط في التضحية. وهل يجوز تقديمها على الذبح، أم يجب أن تكون مقرونة به؟ وجهان: أحدهما: الجواز. ولو قال: جعلت هذه الشاة ضحية، فهل يكفيهِ التعيين والقصد عن نية الذبح؟ وجهان: أحدهما: عند الأكثرين: لا يكفيهِ، لأن التضحية قرينة في نفسها، فوجبت النية فيها، واختار الإمام، والغزالي:

الاكتفاء. ولو التزم ضحية في ذمته، ثم عين شاة عما في ذمته، بني على الخلاف في أن المعينة، هل تتعين عن المطلقة في الذمة؟ إن قلنا: لا فلا بد من النية عند الذبح، وإلا، فعلى الوجهين، ولو وكل ونوى عند ذبح الوكيل، كفى ولا حاجة إلى نية الوكيل، بل لو لم يعلم أنه مضح، لم يضر. وإن نوى عند الدفع إلى الوكيل فقط، فعلى الوجهين في تقديم النية. ويجوز أن يفوض النية إلى الوكيل إن كان مسلماً، وإن كان كتابياً، فلا.

الثالثة: العبد القن، والمدير، والمستولدة، لا يجوز لهم التضحية إن قلنا بالمشهور: إنهم لا يملكون بالتمليك، فإن أذن السيد، وقعت التضحية عن السيد. فإن قلنا: يملكون، لم يجز تضحياتهم بغير إذنه، لأن له حق الانتزاع. فإن أذن، وقعت عنهم، كما لو أذن لهم في التصدق، وليس له الرجوع بعد الذبح ولا بعد جعلها ضحية. والمكاتب لا تجوز تضحيته بغير إذن السيد، فإن أذن، فعلى القولين في تبرعه بإذنه. ومن بعضه رقيق، له أن يضحي بما ملكه بحريته، ولا يحتاج إلى إذن.

الرابعة: لو ضحى عن الغير بغير إذنه، لم يقع عنه. وفي التضحية عن الميت، كلام يأتي في الوصية إن شاء الله تعالى.

قلت: إذا ضحى عن غيره بلا إذن، فإن كانت الشاة معينة بالندز، وقعت عن المضحي، وإلا، فلا، كذا قاله صاحب «العدة» وغيره. وأطلق الشيخ إبراهيم المرورودي: أنها تقع عن المضحي، قال هو وصاحب «العدة»: لو أشرك غيره في ثواب أضحيته وذبح عن نفسه، جاز، قالوا: وعليه يحمل الحديث المتقدم: «اللهم تقبل من محمد وآل محمد». والله أعلم.

الشرط الرابع: الذبح.

فالذبح الذي يباح به الحيوان المقدور عليه، إنسياً كان أو وحشياً، ضحية كان أو غيرها، هو التدفيف بقطع جميع الحلقوم والمريء من حيوان فيه حياة مستقرة بآلة ليست عظماً ولا ظفراً، فهذه قيود. أما القطع، فاحتراز مما لو اختطف رأس عصفور أو غيره، بيده، أو ببندقية، فإنه ميتة. وأما الحلقوم، فهو مجرى النفس خروجاً ودخولاً، والمريء مجرى الطعام والشراب، وهو تحت الحلقوم، وراءهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم، وقيل: بالمريء، ويقال لهما: الودجان، ويقال للحلقوم والمريء معهما: الأوداج. ولا بد من قطع الحلقوم والمريء، على الصحيح المنصوص. وقال الإصطخري: يكفي أحدهما، لأن الحياة لا تبقى بعده. قال الأصحاب: هذا خلاف نص الشافعي رحمه الله، وخلاف مقصود الذكاة، وهو

الإزهاق بما يوحي ولا يعذب. ويستحب معهما قطع الودجين، لأنه أوحى، والغالب أنهما ينقطعان بقطع الحلقوم والمريء، فإن تركهما، جاز. ولو ترك من الحلقوم أو المريء شيئاً يسيراً، أو مات الحيوان، فهو ميتة. وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح، فقطع المتروك، فميتة. وفي «الحاوي» وجه: إن بقي اليسير، فلا يضر، واختاره الروياني في «الحلية»، والصحيح: الأول.

ولو قطع من القفا حتى وصل الحلقوم والمريء، عصى، لزيادة الإيلام. ثم ينظر، إن وصل إلى الحلقوم والمريء وقد انتهى إلى حركة المذبوح، لم يحل بقطع الحلقوم والمريء بعد ذلك، وإن وصلهما وفيه حياة مستقرة، فقطعهما، حل، كما لو قطع يده ثم ذكاه. قال الإمام: ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء، ولكن لما قطعه مع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح لما ناله بسبب قطع القفا، فهو حلال، لأن أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المذبح. والقطع من صفحة العنق، كالقطع من القفا. ولو أدخل السكين في أذن الثعلب ليقطع المريء والحلقوم من داخل الجلد، ففيه هذا التفصيل. ولو أمر السكين ملصقاً باللحيتين فوق الحلقوم والمريء، وأبان الرأس، فليس هو بذبح، لأنه لم يقطع الحلقوم والمريء. وأما كون التذيف حاصلاً بقطع الحلقوم والمريء، ففيه مسألتان: إحداهما: لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمريء، وأخذ آخر في نزع حشوته، أو نخس خاصرته، لم يحل، لأن التذيف لم يتمحض بالحلقوم والمريء. وسواء كان ما يجري به قطع الحلقوم مما يذف لو انفرد، أو كان يعين على التذيف. ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها، بأن كان يجري سكيناً من القفا، وسكيناً من الحلقوم حتى التقتا، فهي ميتة، بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح.

المسألة الثانية: يجب أن يسرع الذابح في القطع، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح، وهذا قد يخالف ما سبق: أن المتعبد به، كون الحياة مستقرة عند الابتداء، فيشبه أن المقصود هنا، إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح، وهناك، إذا لم يتحقق الحال.

قلت: هذا الذي قاله الإمام الرافعي، خلاف ما سبق تصريح الإمام به، بل الجواب: أن هذا مقصّر في الثاني، فلم تحل ذبيحته، بخلاف الأول فإنه لا تقصير، ولو لم يحلله، أدى إلى حرج. والله أعلم.

وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة، ففيه مسائل:

إحداها: لو جرح السبع صيداً، أو شاة، أو انهدم سقف على بهيمة أو جرحت

هرة حمامة، ثم أدركت حية فذبحت، فإن كان فيها حياة مستقرة، حلت وإن تيقن هلاكها بعد يوم ويومين، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة، لم تحل، هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور. وحكي قول: أنها تحل في الحالين، وقول: أنها لا تحل فيهما، وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت، فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت، فإنها تحل قطعاً، لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه. ولو أكلت الشاة نباتاً مضرأً، فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت، قال القاضي حسين مرة: فيها وجهان، وجزم مرة بالتحريم، لأنه وجد سبب يحال الهلال عليه، فصار كجرح السبع. ثم كون الحيوان منتهياً إلى حركة المذبوح، أو فيه حياة مستقرة، تارة يستيقن، وتارة يظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة، وشبهوه بعلامات الخجل والغضب ونحوهما. ومن أمارات بقاء الحياة المستقرة: الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء، وانفجار الدم وتدفقه. قال الإمام: ومنهم من قال: كل واحد منهما يكفي دليلاً على بقاء الحياة المستقرة. قال: والأصح: أن كلاً منهما لا يكفي، لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أمارات أخر تفيد الظن أو اليقين، فيجب النظر والاجتهاد.

قلت: اختار المزي وطوائف من الأصحاب: الاكتفاء بالحركة الشديدة، وهو الأصح. والله أعلم.

وإذا شككنا في الحياة المستقرة، ولم يترجح في ظننا شيء، فوجهان: أحدهما: التحريم، للشك في المبيح. وأما كون الآلة ليست عظماً، فمعناه: أنه يجوز بكل قاطع إلا الظفر والعظم، سواء من الأدمي وغيره، المتصل والمنفصل. وحكي وجه في عظم الحيوان المأكول، وهو شاذ، وستأتي هذه المسألة مستوفاة في الصيد والذبائح إن شاء الله تعالى.

فصل: في سنن الذبح وآدابه

سواء ذبح الأضحية وغيرها.

إحداها: تحديد الشفرة.

الثانية: إمرار السكين بقوة وتحاملٍ ذهاباً وعوداً، ليكون أوحى وأسهل.

الثالثة: استقبال الذابح القبلة، وتوجيه الذبيحة إليها، وذلك في الهدى والأضحية أشد استحباباً، لأن الاستقبال مستحب في القربات. وفي كيفية توجيهها ثلاثة أوجه: أحدها: يوجه مذبحتها إلى القبلة، ولا يوجه وجهها، ليمكنه هو أيضاً الاستقبال. والثاني: يوجهها بجميع بدننها. والثالث: يوجه قوائمها.

الرابعة: التسمية مستحبة عند الذبح، والرمي إلى الصيد، وإرسال الكلب. فلو تركها عمدًا أو سهواً، حلت الذبيحة، لكن تركها عمدًا، مكروه على الصحيح. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يَأْثَمُ به. وهل يتأدى الاستحباب بالتسمية عند عض الكلب وإصابة السهم؟ وجهان: أحدهما: نعم. وهذا الخلاف في كمال الاستحباب. فأما إذا ترك التسمية عند الإرسال فيستحب أن يتداركها عند الإصابة قطعاً، كمن ترك التسمية في أول الوضوء والأكل، يستحب أن يسمي في أثنائهما. ولا يجوز أن يقول الذابح والصائد: باسم محمد ولا باسم الله واسم محمد، بل من حق الله تعالى أن يجعل الذبح باسمه، واليمين باسمه، والسجود له، ولا يشاركه في ذلك مخلوق. وذكر في «الوسيط»: أنه لا يجوز أن يقول: باسم الله ومحمد رسول الله، لأنه تشريك. قال: ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله، بالرفع، فلا بأس. ويناسب هذه المسائل ما حكاه في «الشامل» وغيره عن نص الشافعي رحمه الله: أنه لو كان لأهل الكتاب ذبيحة يذبحونها باسم غير الله تعالى، كال مسيح، لم تحل. وفي كتاب القاضي ابن كج: أن اليهودي لو ذبح لموسى، والنصراني لعيسى صلى الله عليهما وسلم، أو للصليب، حرمت ذبيحته، وأن المسلم لو ذبح للكعبة أو للرسول ﷺ، فيقوى أن يقال: يحرم، لأنه ذبح لغير الله تعالى. قال: وخرج أبو الحسين وجهاً آخر: أنها تحل، لأن المسلم يذبح لله تعالى، ولا يعتقد في رسول الله ﷺ ما يعتقد النصراني في عيسى. قال: وإذا ذبح للصنم، لم تؤكل ذبيحته، سواء كان الذابح مسلماً أو نصرانياً. وفي تعليقه للشيخ إبراهيم المروزي رحمه الله: أن ما يذبح عند استقبال السلطان تقريباً إليه، أفنى أهل بخارى بتحريمه، لأنه مما أهل به لغير الله تعالى.

واعلم أن الذبح للمعبود وباسمه، نازل منزلة السجود له، وكل واحد منهما نوع من أنواع التعظيم والعبادة المخصوصة بالله تعالى الذي هو المستحق للعبادة، فمن ذبح لغيره من حيوان أو جماد كالصنم على وجه التعظيم والعبادة، لم تحل ذبيحته، وكان فعله كفراً، كمن سجد لغيره سجدة عبادة، وكذا لو ذبح له ولغيره على هذا الوجه، فأما إذا ذبح لغيره لا على هذا الوجه، بأن ضحى أو ذبح للكعبة تعظيماً لها لأنها بيت الله تعالى، أو الرسول لأنه رسول الله ﷺ، فهذا لا يجوز أن يمنع حل الذبيحة، وإلى هذا المعنى، يرجع قول القائل: أهديت للحرم، أو للكعبة، ومن هذا القبيل، الذبح عند استقبال السلطان، فإنه استبشار بقدومه، نازل منزلة ذبح العقيقة لولادة المولود، ومثل هذا لا يوجب الكفر، وكذا السجود للغير تذلاً وخضوعاً. وعلى هذا، إذا قال الذابح: باسم الله وباسم محمد، وأراد: أذبح باسم الله، وأتبرك

باسم محمد، فينبغي أن لا يحرم. وقول من قال: لا يجوز ذلك، يمكن أن يحمل على أن اللفظة مكروهة، لأن المكروه، يصح نفي الجواز والإباحة المطلقة عنه.

ووقعت منازعة بين جماعة ممن لقيناهم من فقهاء قزوين في أن من ذبح باسم الله واسم رسول الله ﷺ، هل تحل ذبيحته؟ وهل يكفر بذلك؟ وأفضت تلك المنازعة إلى فتنة، والصواب ما بيناه. وتستحب الصلاة على النبي ﷺ عند الذبح، نص عليه في «الأم»، قال ابن أبي هريرة: لا تستحب ولا تكره.

قلت: أتقن الإمام الرافعي رحمه الله هذا الفصل، ومما يؤيد ما قاله، ما ذكره الشيخ إبراهيم المروزي في تعليقه، قال: وحكى صاحب «التقريب» عن الشافعي رحمه الله: أن النصراني إذا سمي غير الله تعالى، كال مسيح، لم تحل ذبيحته، قال صاحب «التقريب»: معناه أنه يذبحها له، فأما إن ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله ﷺ، فجاز. قال: وقال الحليمي: تحل مطلقاً، وإن سمي المسيح. والله أعلم.

الخامسة: المستحب في الإبل النحر، وهو قطع اللبّة أسفل العنق، وفي البقر والغنم الذبح، وهو قطع الحلق أعلى العنق. والمعتبر في الموضعين، قطع الحلقوم والمريء. فلو ذبح الإبل ونحر البقر والغنم، حل، ولكن ترك المستحب، وفي كراهته قولان، المشهور: لا يكره.

السادسة: يستحب أن ينحر البعير قائماً على ثلاث قوائم معقول الركبة، وإلا فباركاً، وأن تضجع البقرة والشاة على جنبها الأيسر، وتترك رجلها اليمنى وتشد قوائمها الثلاث.

السابعة: إذا قطع الحلقوم المريء، فالمستحب أن يمسك ولا يُبين رأسه في الحال، ولا يزيد في القطع، ولا يبادر إلى سلخ الجلد، ولا يكسر الفقار، ولا يقطع عضواً، ولا يحرك الذبيحة، ولا ينقلها إلى مكان، بل يترك جميع ذلك حتى تفارق الروح، ولا يمسكها بعد الذبح مانعاً لها من الاضطراب. والأولى أن تساق إلى المذبح برفق، وتضجع برفق، ويعرض عليها الماء قبل الذبح، ولا يحد الشفرة قبالتها، ولا يذبح بعضها قبالة بعض.

الثامنة: يستحب عند التضحية أن يقول: اللهم منك وإليك، تقبل مني. وفي «الحاوي» وجه ضعيف: أنه لا يستحب. ولو قال: تقبل مني كما تقبلت من إبراهيم خليلك ومحمد عبدك ورسولك صلى الله عليهما، لم يكره ولم يستحب، كذا نقله في «البحر» عن الأصحاب. قال في «الحاوي»: يختار في الأضحية أن يكبر الله تعالى قبل التسمية وبعدها ثلاثاً فيقول: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، والله الحمد.

فصل: قدمنا أن النية شرط في التضحية، وأن الشاة إذا جعلها أضحية، هل

يكفيه ذلك عن تجديد النية عند الذبح؟ وجهان: الأصح: لا يكفيه. فإن قلنا: يكفيه، استحسب التجديد. ومهما كان في ملكه، بدنة أو شاة، فقال: جعلت هذا ضحية، أو هذه ضحية، أو عليّ أن أضحي بها، صارت ضحية معينة. وكذا لو قال: جعلت هذه هدياً، أو هذا هدي، أو عليّ أن أهدي هذه، صار هدياً. وشرط بعضهم أن يقول مع ذلك: لله تعالى، والمذهب: أنه ليس بشرط. وقد صرح الأصحاب بزوال الملك عن الهدى والأضحية المعيّنين، كما سيأتي تفريعه إن شاء الله تعالى. وكذا لو نذر أن يتصدق بمال معين زال ملكه عنه، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد بعينه، لا يزول ملكه عنه ما لم يعتقه، لأن الملك في الهدى، والأضحية، والمال المعيّن، ينتقل إلى المساكين، وفي العبد لا ينتقل الملك إليه، بل ينفك الملك بالكلية.

أما إذا نوى جعل هذه الشاة هدياً، أو أضحية، ولم يتلفظ بشيء، فالمشهور الجديد: أنها لا تصير. وقال في القديم: تصير، واختاره ابن سريج والإصطخري. وعلى هذا، فيما يصير به هدياً، أو أضحية، أو وجه: أحدها: بمجرد النية، كما يدخل في الصوم بالنية، وبهذا قال ابن سريج. والثاني: بالنية والتقليد أو الإشعار، لتنضم الدلالة الظاهرة إلى النية، قاله الإصطخري. والثالث: بالنية والذبح، لأن المقصود به كالقبض في الهبة. والرابع: بالنية والسوق إلى المذبح. ولو لزمه هدي أو أضحية بالنذر، فقال: عينت هذه الشاة لنذري، أو جعلتها عن نذري، أو قال: لله علي أن أضحي بها عما في ذمتي، ففي تعيينها وجهان: الصحيح، التعيين وبه قطع الأكثرون. وحكى الإمام هذا الخلاف في صور رتب بعضها على بعض، فلنوردها بزوائد. فلو قال ابتداءً: عليّ التضحية بهذه البدنة أو الشاة، لزمه التضحية قطعاً، وتعين تلك الشاة على الصحيح.

ولو قال: علي أن أعتق هذا العبد، لزمه العتق، وفي تعيين هذا العبد، وجهان مرتبان على الخلاف في مثل هذه الصورة من الأضحية، والعبد أولى بالتعيين، لأنه ذو حق في العتق، بخلاف الأضحية. فلو نذر إعتاق عبد، ثم عين عبداً عما التزم، فالخلاف مرتب على الخلاف في مثله في الأضحية. ولو قال: جعلت هذا العبد عتيقاً، لم يخف حكمه، ولو قال: جعلت هذا المال، أو هذه الدراهم صدقة، تعينت على الأصح كشاة الأضحية، وعلى الثاني، لا، إذ لا فائدة في تعيين الدراهم لتساويها، بخلاف الشاة. ولو قال: عينت هذه الدراهم عما في ذمتي من زكاة أو نذر، لغا التعيين باتفاق الأصحاب، كذا نقله الإمام، لأن التعيين في الدراهم ضعيف، وتعيين ما في الذمة ضعيف، فيجتمع سببا ضعف. قال: وقد يقاس بتعيين الدراهم، كديون الآدميين، وقال: لا تخلو الصورة عن احتمال.

فرع: سبق بيان وقت ضحية التطوع، فلو أراد التطوع بالذبح وتفريق اللحم بعد أيام التشريق، لم يحصل له أضحية ولا ثوابها، لكن يحصل ثواب صدقة. ولو قال: جعلت هذه الشاة ضحية، فوقتها وقت المتطوع بها. ولو قال: لله علي أن أضحي بشاة، فهل تتوقت بذلك الوقت؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنها في الذمة كدماء الجبران. وأصحهما: نعم، لأنه التزم ضحية في الذمة، والضحية مؤقتة، وهذا موافق، نقل الروياني عن الأصحاب: أنه لا تجوز التضحية بعد أيام التشريق، إلا واحدة، وهي التي أوجبها في أيام التشريق أو قبلها، ولم يذبحها حتى فات الوقت، فإنه يذبحها قضاءً. فإن قلنا: لا تتوقت، فالتزم بالنذر ضحية، ثم عيّن واحدة عن نذره، وقلنا: إنها تتعين، فهل تتوقت التضحية بها؟ وجهان: أصحهما: لا.

فصل: من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذي الحجة، كره أن يحلق شعره أو يقلم ظفره حتى يضحى^(١).

وفيه وجه: أنه يحرم، حكاه صاحب «الرقم»، وهو شاذ. والحكمة فيه أن يبقى كامل الأجزاء لتُعتق من النار، وقيل: للتشبيه بالمحرم، وهو ضعيف، فإنه لا يترك الطيب ولبس المخيط وغيرهما. وحكي وجه: أن الحلق والقلم، لا يكرهان إلا إذا دخل العشر واشترى ضحية، أو عين شاة من مواشيه للتضحية. وحكي قول: أنه لا يكره القلم.

قلت: قال الشيخ إبراهيم المرورودي في تعليقه: حكم سائر أجزاء البدن كالشعر. والله أعلم.

فصل: وأما أحكام الأضحية، فثلاثة أنواع:

النوع الأول: فيما يتعلق بتلفها وإتلافها، وفيه مسائل:

إحداها: الأضحية المعيّنة، والهدي المعيّن، يزول ملك المتقرّب عنهما بالنذر، فلا ينفذ تصرفه فيهما ببيع ولا هبة، ولا إبدال بمثلهما، ولا بخير منهما. وحكي وجه: أنه لا يزول ملكه حتى يذبح ويتصدق باللحم، كما لو قال: لله علي أن أعتق هذا العبد، لا يزول ملكه عنه إلا بإعتاق. والصحيح: الأول. والفرق: ما سبق. ولو نذر إعتاق عبد بعينه، لم يجز بيعه وإبداله وإن لم يزل الملك عنه. ولو خالف فباع

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٩٧٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٩١) والترمذي في سننه برقم (١٥٢٣) والنسائي في سننه برقم (٤٣٧٣) وابن ماجه في سننه برقم (٣١٤٩) من حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إذا دخلت العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره وبشره شيئاً» وفي لفظ: «إذا دخل العشر وعنده أضحية، يريد أن يضحى، فلا يأخذن شعراً، ولا يقلمن ظفراً».

الأضحية أو الهدى المعين، استرد إن كانت العين باقية، ويرد الثمن. فإن أتلّفها المشتري، أو تلفت عنده، لزمه قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ويشترى الناظر بتلك القيمة مثل التالفة، جنساً ونوعاً وسناً. فإن لم يجد بالقيمة المثل لغلاء حدث، ضم إليها من ماله تمام الثمن. وهذا معنى قول الأصحاب: يضمن ما باع بأكثر الأمرين من قيمته ومثله، وإن كانت القيمة أكثر من ثمن المثل، لرخص حدث، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في نظيره. ثم إن اشترى المثل بعين القيمة، صار المشتري ضحية بنفس الشراء. وإن اشتراه في الذمة، ونوى عند الشراء أنها أضحية، فكذلك، وإلا فليجعله بعد الشراء ضحية.

المسألة الثانية: كما لا يصح بيع الأضحية المعينة، لا يصح إجارتها، ويجوز إعارتها، لأنها إرفاق، فلو أجرها فركبها المستأجر فتلفت، لزم المؤجر قيمتها، والمستأجر الأجرة. وفي الأجرة، وجهان: أحدهما: أجرة المثل. والثاني: الأكثر من أجرة المثل والمسمى. ثم هل يكون مصرفها مصرف الضحايا، أم الفقراء فقط؟ وجهان:

قلت: أحدهما: الأول. والله أعلم.

المسألة الثالثة: إذا قال: جعلت هذه البدنة، أو هذه الشاة، ضحية، أو نذر أن يضحى ببدنة أو شاة عيّنها، فماتت قبل يوم النحر، أو سرقت قبل تمكُّنه من ذبحها يوم النحر، فلا شيء عليه. وكذا الهدى المعين، إذا تلف قبل بلوغ المنسك أو بعده قبل التمكُّن من ذبحه.

المسألة الرابعة: إذا كان في ذمته دم عن تمتع، أو قران. أو أضحية، أو هدي عن نذر مطلق، ثم عين بدنة أو شاة عما في ذمته، فقد سبق خلاف في تعيينه، والأصح، التعيين. وحينئذ المذهب: زوال الملك عنها كالمعينة ابتداءً، لكن لو تلفت، ففي وجوب الإبدال طريقان. قطع الجمهور بالوجوب، لأن ما التزمه ثبت في ذمته، والمعين وإن زال الملك عنه، فهو مضمون عليه، كما لو كان له دين على رجل، فاشترى منه سلعة بذلك الدين، فتلفت السلعة قبل القبض في يد بائعها، فإنه ينفسخ البيع، ويعود الدين كما كان، فكذا هنا يبطل التعيين، ويعود ما في ذمته كما كان. والطريق الثاني: فيه وجهان نقلهما الإمام. أحدهما: لا يجب الإبدال، لأنها متعينة، فهي كما لو قال: جعلت هذه أضحية.

المسألة الخامسة: إذا أتلّفها أجنبي، لزمه القيمة، يأخذها المضحي، ويشترى بها مثل الأولى، فإن لم يجد بها مثلاً، اشترى دونها، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد بعينه فقتل، فإنه يأخذ القيمة لنفسه، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يعتقه، لأن ملكه

هنا لم يزل عنه ومستحق العتق هو العبد، وقد هلك، ومستحقو الأضحية باقون. فإن لم يجد بالقيمة ما يصلح للهدي والأضحية، ففي «الحاوي»: أنه يلزم المضحي أن يضم من عنده إلى القيمة ما يحصل به أضحية، لأنه التزمها. ومن قال بهذا، يمكن أن يطرده في التلف. وهذا الذي في «الحاوي» شاذ. والصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا شيء عليه، لعدم تقصيره. فعلى هذا إن أمكن أن يشتري بها شقص هدى، أو أضحية، ففيه ثلاثة أوجه: الأصح: أنه يلزمه شراؤه والذبح مع الشريك، ولا يجوز إخراج القيمة، كأصل الأضحية، والثاني: يجوز إخراج القيمة دراهم. فعلى هذا أطلق مطلقون: أنه يتصدق بها. وقال الإمام: يصرفها مصرف الضحايا، حتى لو أراد أن يتخذ منه خاتماً يقتنيه ولا يبيعه، فله ذلك، وهذا أوجه: ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل المراد: أن لا يجب شقص، ويجوز إخراج الدراهم، وقد يتساهل في ذكر المصرف في مثل هذا.

قلت: هذا الذي حكاه عن الإمام، من جواز اتخاذ الخاتم، تفريع على جواز الأكل من الأضحية الواجبة. والله أعلم.

والوجه الثالث: يشتري بها لحماً، ويتصدق به. وأما إذا لم يمكن أن يشتري بها شقص، لقلتها، ففيه الوجه الثاني والثالث. ورتب صاحب «الحاوي» هذه الصور ترتيباً حسناً، فقال: إن كان المتلف ثنية ضأن مثلاً، ولم يمكن أن يشتري بالقيمة مثلها، وأمكن شراء جذعة ضأن وثنية معز، تعين الأول رعاية للنوع، وإن أمكن ثنية معز ودون جذعة ضأن، تعين الأول، لأن الثاني لا يصلح للضحية، وإن أمكن دون الجذعة، وشراء سهم في ضحية، تعين الأول، لأن التضحية لا تحصل بواحد منهما، وفي الأول إراقة دم كامل. وإن أمكن شراء لحم، وشراء سهم، تعين الأول، لأن فيه شركة في إراقة دم. وإن لم يمكن إلا شراء اللحم وتفرقة الدراهم، تعين الأول، لأنه مقصود الأضحية.

المسألة السادسة: إذا أتلّفها المضحي فوجهان: أحدهما: يلزمه قيمتها يوم الإتلاف كالأجنبي. وأصحهما: يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها وتحصيل مثلها، كما لو باع الأضحية المعينة وتلفت عند المشتري. فعلى هذا لو كانت قيمتها يوم الإتلاف أكثر، وأمكن شراء مثل الأولى ببعضها، اشترى بها كريمة أو شاتين فصاعداً. فإن لم توجد كريمة، وفضل ما لا يفي بأخرى، فعلى ما ذكرنا فيما إذا أتلّفها أجنبي ولم تف القيمة بشاة. وهنا وجه آخر: أن له صرف ما فضل عن شاة إلى غير المثل، لأن الزيادة بعد حصول المثل كابتداء تضحية. ووجه: أنه يملك ما فضل.

المسألة السابعة: إذا تمكّن من ذبح الهدي بعد بلوغه المنسك، أو من ذبح الأضحية يوم النحر، فلم يذبح حتى هلك، فهو كالإتلاف لتقصيره بتأخيره.

المسألة الثامنة: استحباب الشافعي رحمه الله، أن يتصدق بالفاضل الذي لا يبلغ شاة أخرى، ولا يأكل منه شيئاً. وفي معناه: البذل الذي يذبحه. وفي وجهه لأبي علي الطبري: لا يجوز أكله منه، لتعديه بالإتلاف.

المسألة التاسعة: إذا جعل شاته أضحية، أو نذر أن يضحي بمعيّنة، ثم ذبحها قبل يوم النحر، لزمه التصديق بلحمها، ولا يجوز له أكل شيء منه، ويلزمه ذبح مثلها يوم النحر بدلاً عنها. وكذا لو ذبح الهدى المعين قبل بلوغ المنسك، تصدق بلحمه، وعليه البذل. ولو باع الهدى أو الأضحية المعينين، فذبحها المشتري، واللحم باق، أخذته البائع وتصدق به، وعلى المشتري أرش ما نقص بالذبح، ويضم البائع إليه ما يشتري به البذل. وفي وجهه: لا يغرم المشتري شيئاً، لأن البائع سلطه. والصحيح: الأول.

ولو ذبح أجنبي الأضحية المعينة قبل يوم النحر لزمه ما نقص من القيمة بسبب الذبح. ويشبه أن يجيء خلاف في أن اللحم يصرف إلى مصارف الضحايا، أم ينفك عن حكم الأضحية ويعود ملكه، كما سنذكر مثله إن شاء الله تعالى، فيما لو ذبح الأجنبي يوم النحر، وقلنا: لا يقع ضحية؟ ثم ما حصل من الأرض من اللحم، إن عاد ملكاً له، اشترى به أضحية يذبحها يوم النحر. ولو نذر أضحية، ثم عين شاة عما في ذمته، فذبحها أجنبي قبل يوم النحر، أخذ اللحم ونقصان الذبح، وملك الجميع، وبقي الأصل في ذمته.

المسألة العاشرة: لو ذبح أجنبي أضحية معينة ابتداءً في وقت التضحية، أو هدياً معيناً بعد بلوغه المنسك، فالمشهور: أنه يقع الموقع، فيأخذ صاحب الأضحية لحماً ويفرقه، لأنه مستحق الصرف إلى هذه الجهة فلا يشترط فعله كرد الوديعة، ولأن ذبحها لا يفتقر إلى النية. فإذا فعله غيره، أجزأ كإزالة النجاسة. وحكي قول عن القديم: أن لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح، ويغرمه القيمة بكما لها بناءً على وقف العقود. فإذا قلنا بالمشهور، فهل على الذابح أرش ما نقص بالذبح؟ فيه طريقان. أحدهما: على قولين. وقيل: وجهين: أحدهما: لا، لأنه لم يفوت مقصوداً، بل خفف مؤنة الذبح. وأصحهما: وهو المنصوص، وهو الطريق الثاني، وبه قطع الجمهور: نعم، لأن إراقة الدم مقصودة وقد فوّتها، فصار كما لو شد قوائم شاته ليذبحها، فجاء آخر فذبحها بغير إذنه، فإنه يلزمه أرش النقص. وقال الماوردي: عندي أنه إذا ذبحها وفي الوقت سعة، لزمه الأرش، وإن لم يبق إلا ما يسع ذبحها فذبحها، فلا أرش، لتعين الوقت. وإذا أوجبنا الأرش، فهل هو للمضحي لأنه ليس من عين الأضحية ولا حق للمساكين في غيرها؟ أم للمساكين لأنه بدل نقصها وليس

للمضحي إلا الأكل؟ أم يسلك به مسلك الضحايا؟ فيه أوجه: أصحابها: الثالث. فعلى هذا، يشتري به شاة. فإن لم تيسر، عاد الخلاف السابق أنه يشتري به جزء ضحية أو لحم، أو يفرق نفسه، هذا كله إذا ذبح الأجنبي واللحم باق، فإن أكله أو فرقه في مصارف الضحية، وتعذر استرداده، فهو كالإتلاف بغير ذبح، لأن تعيين المصروف إليه، إلى المضحي، فعليه الضمان، والمالك يشتري بما يأخذه أضحية. وفي وجه: تقع التفرقة عن المالك، كالذبح. والصحيح: الأول.

وفي الضمان الواجب، قولان. المشهور، واختيار الجمهور: أنه يضمن قيمتها عند الذبح، كما لو أتلّفها بلا ذبح. والثاني: يضمن الأكثر من قيمتها وقيمة اللحم لأنه فرق اللحم متعدداً. وقيل: يغرم أرش الذبح وقيمة اللحم وقد يزيد الأرض مع قيمة اللحم على قيمة الشاة، وقد ينقص، وقد يتساويان. ولا اختصاص لهذا الخلاف بصورة الضحية، بل يطرد في كل من ذبح شاة إنسان ثم أتلّف لحمها. هذا كله تفريع على أن الشاة التي ذبحها الأجنبي تقع ضحية. فإن قلنا: لا تقع، فليس على الذابح إلا أرش النقص.

وفي حكم اللحم، وجهان: أحدهما: أنه مستحق لجهة الأضحية. والثاني: يكون ملكاً له. ولو التزم ضحية أو هدياً بالنذر، ثم عين شاة عما في ذمته، فذبحها أجنبي يوم النحر، أو في الحرم، فالقول في وقوعها عن صاحبها وفي أخذه اللحم وتصدقه به، وفي غرامة الذابح أرش ما نقص بالذبح، على ما ذكرنا إذا كانت معينة في الابتداء. فإن كان اللحم تالفاً، قال صاحب «التهذيب» وغيره: يأخذ القيمة ويملكها، ويبقى الأصل في ذمته. وفي هذا اللفظ ما يبين أن قولنا في صورة الإتلاف: يأخذ القيمة ويشتري بها مثل الأول، يريد به: أن يشتري بقدرها، فإن نفس المأخوذ ملكه، فله إمساكه.

النوع الثاني من أحكام الأضحية: في عيبها. وفيه مسائل:

إحداها: لو قال: جعلت هذه الشاة ضحية، أو نذر التضحية بشاة معينة، فحدث بها قبل وقت التضحية عيب يمنع ابتداء التضحية، لم يلزمه شيء بسببه كتلفها. ولا تنفك هي عن حكم الأضحية، بل تجزئه عن التضحية، ويذبحها في وقتها. وفي وجه: لا تجزئه، بل عليه التضحية بسليمة، وهو شاذ ضعيف. فعلى الصحيح: لو خالف فذبحها قبل يوم النحر، تصدق باللحم، ويلزمه أيضاً التصديق بقيمتها، ولا يلزمه أن يشتري بها ضحية أخرى، لأنها بدل حيوان لا يجوز التضحية به ابتداءً. ولو تعيب يوم النحر قبل التمكّن من الذبح، ذبحها وتصدق بلحمها، وإن تعيب بعد التمكّن، ذبحها وتصدق بلحمها، وعليه ذبح بدلها، وتقصيره بالتأخير كالتعيب.

الثانية: لو لزم ذمته ضحيةً بنذر، أو هديٍّ عن قران، أو تمتع، أو نذر، فعين شاة عما في ذمته، فحدث بها عيب قبل وقت التضحية، أو قبل بلوغ المنسك، جرى الخلاف السابق، في أنها هل تتعين؟ إن قلنا: لا، فلا أثر لتعيينها. وإن قلنا: تتعين، وهو الأصح، فهل عليه ذبح سليمة؟ فيه طريقان. وقيل: وجهان: وقطع الجمهور بالوجوب، لأن الواجب في ذمته سليم، فلا يتأدى بمعيب. وهل تنفك تلك المعينة عن الاستحقاق؟ وجهان: أحدهما: يلزمه ذبحها والتصدق بلحمها، لأنه التزمها بالتعيين. وأصحهما: وهو المنصوص: لا تلزمه، بل له تملكها وبيعها، لأنه لم يلتزم التصديق بها ابتداءً، إنما عينها لأداء ما عليه، وإنما يتأدى بها بشرط السلامة. ويقرب الوجهان من وجهين فيمن عين أفضل مما عليه ثم تعيب، هل يلزمه رعاية تلك الزيادة في البدل؟ ففي وجه: يلزم، لالتزامه تلك الزيادة بالتعيين. والأصح: لا يلزم، كما لو التزم معيبة ابتداءً، فهلكت بغير تعدٍّ منه.

الثالثة: إذا تعيب الهدي بعد بلوغ المنسك، فوجهان: أحدهما: يجزىء ذبحه، لأنه لما وصل موضع الذبح، صار كالحاصل في يد المساكين، ويكون كمن دفع الزكاة إلى الإمام، فتلفت في يده، فإنه يقع زكاة. وأصحهما: لا يجزىء، لأنه في ضمانه ما لم يذبح. وقال في «التهذيب»: إن تعيب بعد بلوغ المنسك والتمكن من الذبح، فالأصل في ذمته وهل يتملك المعين، أم يلزمه ذبحه؟ فيه الخلاف. وإن تعيب قبل التمكن، فوجهان: أحدهما: أنه كذلك. والثاني: يكفيه ذبح المعيب والتصدق به. ويقرب من الوجهين الأولين الوجهان السابقان فيمن شد قوائم الشاة للتضحية، فاضطربت وانكسرت رجلها. ورأى الإمام تخصيصهما بمن عين عن نذر في الذمة، والقطع بعدم الإجزاء إن كانت تطوعاً.

قلت: قال صاحب «البحر»: لو مات، أو سُرِق بعد وصوله الحرم، أجزأه على الوجه الأول. والله أعلم.

الرابعة: لو قال لمعيبة بعور ونحوه: جعلت هذه ضحية، أو نذر أن يضحي بها ابتداءً، وجب ذبحها، لالتزامه، كمن أعتق عن كفارته معيباً، يعتق، ويثاب عليه وإن كان لا يجزىء عن الكفارة، ويكون ذبحها قرية، وتفرقة لحمها صدقة ولا تجزىء عن الهدايا والضحايا المشروعة، لأن السلامة معتبرة فيها. وهل يختص ذبحها بيوم النحر، وتجري مجرى الضحايا في المصرف؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنها ليست أضحية، بل شاة لحم. وأصحهما: نعم، لأنه أوجبها باسم الأضحية، ولا محمل لكلامه إلا هذا. فعلى هذا، لو ذبحها قبل يوم النحر، تصدق بلحمها ولا يأكل منه شيئاً، وعليه قيمتها يتصدق بها، ولا يشتري أخرى لأن المعيب لا يثبت في الذمة،

قاله في «التهذيب». ولو أشار إلى ظبية وقال: جعلت هذه ضحية، فهو لاغ. ولو أشار إلى فصيل أو سخله وقال: هذه أضحية، فهل هو كالظبية، أم كالمعيب؟ وجهان: أحدهما: الثاني. وإذا أوجبه معيماً ثم زال العيب، فهل يجزىء ذبحه عن الأضحية؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه زال ملكه عنه وهو ناقص، فلا يؤثر الكمال بعده، كمن أعتق أعمى عن كفارته، ثم عاد بصره. والثاني: يجوز، لكماله وقت الذبح، وحكى هذا قولاً قديماً.

الخامسة: لو كان في ذمته أضحية، أو هدي، بنذر أو غيره، فعين معينة عما عليه، لم تتعين، ولا تبرأ ذمته بذبحها. وهل يلزمه بالتعيين ذبح المعينة؟ نظر، إن قال: عينت هذه عما في ذمتي، لم يلزمه، وإن قال: لله عليّ أن أضحيّ بهذه عما في ذمتي، أو أهدي هذه، أو قال: لله عليّ ذبحها عن الواجب في ذمتي، لزمه على الأصح كالتزامه ابتداءً ذبح معيبة، ويكون كإعتاقه الأعمى عن الكفارة، ينفذ ولا يجزىء. فعلى هذا، هل يختص ذبحها بوقت التضحية إن كانت ضحية؟ فيه الوجهان السابقان. ولو زال عيب المعينة المعيبة قبل ذبحها، فهل تحصل البراءة؟ فيه الوجهان السابقان.

السادسة: هذا الذي سبق، كله فيما إذا تعيبت لا بفعله. فلو تعيبت المعينة ابتداءً، أو عما في الذمة بفعله، لزمه ذبح صحيحة. وفي انفكاك المعيبة عن حكم الالتزام، الخلاف السابق.

السابعة: لو ذبح الأضحية المنذورة يوم النحر، أو الهدي المنذور بعد بلوغ المنسك، ولم يفرق لحمه حتى فسد، لزمه قيمة اللحم، ويتصدق بها، ولا يلزمه شراء أخرى، لأنه حصلت إراقة الدم. وكذا لو غصب اللحم غاصب وتلف عنده، أو أتلفه متلف، يأخذ القيمة ويتصدق بها.

الثامنة: لو نذر التضحية بمعيبة غير معينة، كقوله: لله عليّ أن أضحيّ بشاة عرجاء، فثلاثة أوجه: أحدها: فيما يقتضيه كلام الغزالي: يلزمه ما التزم. والثاني: يلزمه صحيحة. والثالث: لا يلزمه شيء. ويشبه أن يكون الحكم في لزوم ذبحها، والتصدق بلحمها، وفي أنها ليست من الضحايا وفي أن مصرفها، هل هو مصرف الضحايا، على ما سبق فيمن قال: جعلت هذه المعيبة ضحية. ولو التزم التضحية بظبية، أو فصيل، ففيه الترتيب الذي تقدم في المعينة. ويشبه أن يجيء الخلاف في قوله: لله عليّ أن أضحي بظبية، وإن لم يذكر خلاف في قوله: جعلت هذه الظبية ضحية.

النوع الثالث: في ضلالها، وفيه مسائل:

إحداها: إذا ضل هديه، أو ضحيته المتطوع بها، لم يلزمه شيء.
قلت: لكن يستحب ذبحها إذا وجدها، والتصدق بها. ممن نص عليه القاضي أبو حامد. فإن ذبحها بعد أيام التشريق، كانت شاة لحم يتصدق بها. والله أعلم.
الثانية: الهدي الملتزم معيناً، يتعين ابتداءً، إذا ضل بغير تقصيره، لم يلزمه ضمانه، فإن وجدته، ذبحه. والأضحية، إن وجدها في وقت التضحية، ذبحها، وإن وجدها بعد الوقت، فله ذبحها قضاءً، ولا يلزمه الصبر إلى قابل. وإذا ذبحها، صرف لحمها مصارف الضحايا. وفي وجه لابن أبي هريرة: يصرفه إلى المساكين فقط، ولا يأكل، ولا يدخر، وهو شاذ ضعيف.

الثالثة: مهما كان الضلال بغير تقصيره، لم يلزمه الطلب إن كان فيه مؤنة، فإن لم تكن، لزمه. وإن كان بتقصيره، لزمه الطلب. فإن لم يجد، لزمه الضمان. فإن علم أنه لا يجدها في أيام التشريق، لزمه ذبح بدلها في أيام التشريق. وتأخير الذبح إلى مضي أيام التشريق بلا عذر، تقصير يوجب الضمان. وإن مضى بعض أيام التشريق، ثم ضلّت، فهل هو تقصير؟ وجهان:

قلت: الأرجح: أنه ليس بتقصير، كمن مات في أثناء وقت الصلاة الموسّع، لا يأثم على الأصح. والله أعلم.

الرابعة: إذا عيّن هدياً أو أضحية عما في ذمته، فضلت المعينة، قال الإمام: هو كما لو تلفت هذه المعينة. وفي وجوب البدل، وجهان: وذكرنا هناك حال هذا الخلاف، وما في إطلاق لفظ البدل من التوسع. وقال الجمهور: يلزم إخراج البدل الملتزم. فإن ذبح واحدة عما عليه، ثم وجد الضالة، فهل يلزم ذبحها؟ وجهان: وقيل: قولان. أصحهما في «التهذيب»: لا يلزمه، بل يتملكها كما سبق فيما لو تعيبت. والثاني: يلزمه، وقطع به في «الشامل»، لإزالة ملكه بالتعيين، ولم يخرج عن صفة الإجزاء، بخلاف المعيبة. فلو عيّن عن الضالة واحدة، ثم وجدها قبل ذبح البدل، فأربعة أوجه: أحدها: يلزمه ذبحهما معاً. والثاني: يلزمه ذبح البدل فقط. والثالث: ذبح الأول فقط. والرابع: يتخير فيهما.

قلت: الأصح: الثالث. والله أعلم.

فصل: لو عيّن شاة عن أضحية في ذمته، وقلنا: تتعين، فضحى بأخرى عما في ذمته، قال الإمام: يخرج على أن المعينة لو تلفت، هل تبرأ ذمته؟ إن قلنا: نعم، لم تقع الثانية عما عليه، كما لو قال: جعلت هذه أضحية، ثم ذبح بدلها. وإن قلنا: لا، وهو الأصح، ففي وقوع الثانية ما عليه تردّد. فإن قلنا: تقع عنه، فهل تنفك الأولى عن الاستحقاق؟ فيه الخلاف السابق.

فرع: لو عَيَّن مَنْ عليه كَفَّارَةٌ عَبْدًا عَنْهَا، ففي تعيينه خلاف، وقطع الشيخ أبو حامد بالتعيين.

قلت: الأصح: التعيين. والله أعلم.

فإن تعيَّب المعَيَّن، لزمه إعتاق سليم. ولو مات المعَيَّن، بقيت ذمته مشغولة بالكفارة. وإن أعتق عبداً أجْزأ عن كفارته مع التمكن من إعتاق المعَيَّن، فالظاهر: براءة ذمته. قوله: «الظاهر»، أي: من الوجهين.

النوع الرابع: في الأكل من الأضحية والهدي وفيه فصلان:

الفصل الأول: في الأكل من الواجب، فكل هدي وجب ابتداءً من غير التزام، كدم التمتع والقران وجبرانات الحج، لا يجوز الأكل منه. فلو أكل منه، غرم، ولا تجب إراقة الدم ثانياً. وفيما يغرمه، أوجه: أصحابها: وهو نصه في القديم: يغرم قيمة اللحم كما لو أتلفه غيره. والثاني: يلزمه مثل ذلك اللحم. والثالث: يلزمه شراء شقص من حيوان مثله، ويشارك في ذبحه، لأن ما أكله بطل حكم إراقة الدم فيه، فصار كما لو ذبحه وأكل الجميع، فإنه يلزمه دم آخر.

وأما الملتزم بالنذر من الضحايا والهدايا، فإن عَيَّن بالنذر عما في ذمته من دم حلق وتطيب أو غيرهما شاة، لم يجز له الأكل منها، كما لو ذبح شاة بهذه النية بغير نذر، وكالزكاة. وإن نذر نذر مجازاة، كتعليقه التزام الهدي، أو الأضحية بشفاء المريض ونحوه، لم يجز الأكل أيضاً، كجزاء الصيد. ومقتضى كلامهم: أنه لا فرق بين كون الملتزم معيناً، أو مرسلاً في الذمة، ثم يذبح عنه. فإن أطلق الالتزام، فلم يعلقه بشيء، وقلنا بالمذهب: إنه يلزمه الوفاء، فإن كان الملتزم معيناً، بأن قال: لله عليّ أن أضحي بهذه، أو أهدي هذه، ففي جواز الأكل منها قولان، ووجه، أو ثلاث أوجه: الثالث: يجوز الأكل من الأضحية دون الهدي، حملاً لكل واحد على المعهود الشرعي. ومن هذا القبيل، ما إذا قال: جعلت هذه الشاة ضحية من غير تقدم التزام. أما إذا التزم في الذمة، ثم عَيَّن شاة عما عليه، فإن لم نجوِّز الأكل في المعينة ابتداءً، فهنا أولى، وإلا فقولان أو وجهان.

هكذا فصل حكم الأكل في الملتزم كثيرون من المعتبرين، وهو المذهب. وأطلق جماعة وجهين، ولم يفرّقوا بين نذر المجازاة وغيره، ولا بين الملتزم المعين والمرسل، وبالمع قال أبو إسحاق. قال المحاملي: وهو المذهب، والجواز اختيار القفال، والإمام. قال في «العدة»: وهو المذهب. ويشبه أن يتوسّط فيرجح في المعين: الجواز، وفي المرسل: المنع، سواء عيَّنه عنه ثم ذبح، أو ذبح بلا تعيين،

لأنه عن دين في الذمة، فأشبهه الجبرانات. وإلى هذا ذهب صاحب «الحاوي»، وهو مقتضى سياق الشيخ أبي علي. وحيث منعنا الأكل في المنذور فأكل، ففيما يغرمه، الأوجه الثلاثة السابقة في الجبرانات. وحيث جَوَزنا، ففي قدر ما يأكله، القولان في أضحية التطوع. هكذا قاله في «التهذيب». ولك أن تقول ذاك الخلاف في قدر المستحب أكله، ولا يبعد أن يقال: لا يستحب الأكل، وأقل ما في تركه: الخروج من الخلاف.

الفصل الثاني: في الأكل من الأضحية والهدي المتطوع بهما. وليس له أن يتلف منهما شيئاً، بل يأكل ويطعم، ولا يجوز بيع شيء منهما، ولا أن يعطي الجزار شيئاً منهما أجره له، بل مؤنة الذبح على المضحي والمهدي كمؤنة الحصاد. ويجوز أن يعطيه منهما شيئاً لفقره، أو يطعمه إن كان غنياً. ولا يجوز تملك الأغنياء منهما، وإن جاز إطعامهم. ويجوز تملك الفقراء منهما، ليتصرفوا فيه بالبيع وغيره. بل لو أصلح الطعام ودعا إليه الفقراء، قال الإمام: الذي ينقذ عندي - إذا أوجبنا التصديق بشيء - : أنه لا بد من التملك كما في الكفارات، وكذا صرح به الروياني فقال: لا يجوز أن يدعو الفقراء ليأكلوه مطبوخاً، لأن حقهم في تملكه فإن دفع مطبوخاً، لم يجز، بل يفرقه نيئاً، فإن المطبوخ، كالخبز في الفطرة.

وهل يشترط التصديق بشيء منهما، أم يجوز أكل الجميع؟ وجهان: أحدهما: يجوز أكل الجميع، قاله ابن سريج، وابن القاص، والإصطخري، وابن الوكيل، وحكاه ابن القاص عن نصه. قالوا: ويحصل الثواب بإراقة الدم بنية القرية، وأصحهما: يجب التصديق بقدر ينطلق عليه الاسم، لأن المقصود إرفاق المساكين. فعلى هذا، إن أكل الجميع، لزمه ضمان ما ينطلق عليه الاسم، وفي قول، أو وجه: يضمن القدر الذي يستحب أن لا ينقص في التصديق عنه، وسيأتي فيه قولان، هل هو النصف، أم الثلث؟ وحكى ابن كج والماوردي وجهاً: أنه يضمن الجميع بأكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها، لأنه بأكله الكل، عدل عن حكم الضحية، فكأنه أتلّفها. وينسب هذا إلى أبي إسحاق، وابن أبي هريرة. وعلى هذا، يذبح البدل في وقت التضحية. فإن أخره عن أيام التشريق، ففي إجزائه وجهان: وفي جواز الأكل من البدل وجهان: وهذا الوجه المذكور عن ابن كج، وما تفرع عليه، شاذ ضعيف. والمعروف، ما سبق من الخلاف. ثم ما يضمنه على الخلاف السابق، لا يتصدق به ورقاً. وهل يلزمه صرفه إلى شقص أضحية، أم يكفي صرفه إلى اللحم وتفرقته؟ وجهان: وعلى الوجهين يجوز تأخير الذبح والتفريق عن أيام التشريق، لأن الشقص ليس بأضحية، فلا يعتبر فيه وقتها، ولا يجوز أن يأكل منه.

فرع: الأفضل والأحسن في هدي التطوع وأضحيتها، التصديق بالجميع إلا لقمة، أو لقمًا يتبرَّك بأكلها، فإنها مسنونة. وحكى في «الحاوي» عن أبي الطيّب بن سلمة: أنه لا يجوز التصديق بالجميع، بل يجب أكل شيء. وفي القدر الذي يستحب أن لا نقص التصديق عنه، قولان. القديم: يأكل النصف، ويتصدق بالنصف، واختلفوا في التعيين عن الجديد. فنقل جماعة عنه: أنه يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين. ونقل آخرون عنه: أنه يأكل الثلث، ويهدي إلى الأغنياء الثلث، ويتصدق بالثلث. وكذا حكاها الشيخ أبو حامد، ثم قال: ولو تصدق بالثلثين كان أحب. ويشبه أن لا يكون اختلاف في الحقيقة، لكن من اقتصر على التصديق بالثلثين، ذكر الأفضل، أو توسّع فعَدَّ الهدية صدقة. والمفهوم من كلام الأصحاب: أن الهدية لا تغني عن التصديق بشيء إذا أوجبناه، وأنها لا تحسب من القدر الذي يستحب التصديق به، ويجوز صرف القدر الذي لا بدّ منه إلى مسكين واحد، بخلاف الزكاة.

فرع: يجوز أن يدّخر من لحم الأضحية، وكان ادخارها فوق ثلاثة أيام قد نهى عنه رسول الله ﷺ، ثم أذن فيه^(١). قال الجمهور: كان نهى تحريم. وقال أبو علي الطبري: يحتمل التنزيه. وذكروا على الأول وجهين: في أن النهي كان عامًّا، ثم نسخ، أم كان مخصوصاً بحالة الضيق الواقع في تلك السنة، فلما زالت، انتهى التحريم؟ ووجهين على الثاني: في أنه لو حدث مثل ذلك في زماننا وبلادنا، هل يحكم به؟ والصواب المعروف: أنه لا يحرم اليوم بحال. وإذا أراد الادخار، فالمستحب أن يكون من نصيب الأكل، لا من نصيب الصدقة والهدية. وأما قول الغزالي في «الوجيز»: يتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدّخر الثلث، فبعيد منكر نقلاً ومعنى، فإنه لا يكاد يوجد في كتاب متقدّم ولا متأخّر، والمعروف الصواب: ما قدمناه.

قلت: قال الشافعي رحمه الله في «المبسوط»: أحب أن لا يتجاوز بالأكل والادخار الثلث، وأن يهدي الثلث، ويتصدق بالثلث، هذا نصه بحروفه، وقد نقله أيضاً القاضي أبو حامد في «جامعه»، ولم يذكر غيره. وهذا تصريح بالصواب، وردّ لما قاله الغزالي. والله أعلم.

(١) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٩٧١) والنسائي في سننه برقم (٤٤٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دَفَّتْ أَهْلُ أَبْيَاتٍ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ حَضْرَةَ الْأُضْحَى زَمَنَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادْخَرُوا ثَلَاثًا ثُمَّ تَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ» فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ النَّاسَ يَتَخَذُونَ الْأَسْقِيَةَ مِنْ ضَحَايَاهُمْ، وَيَجْمَلُونَ مِنْهَا الْوَدُكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَمَا ذَاكَ؟» قَالُوا: نَهَيْتُ أَنْ تَوْكَلَ لَحُومُ الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثٍ، فَقَالَ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّفَاقَةِ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادْخَرُوا وَتَصَدَّقُوا».

النوع الخامس: الانتفاع بها، وما في معناه أو يخالفه، وفيه مسائل:

إحداها: لا يجوز بيع جلد الأضحية، ولا جعله أجرة للجزار وإن كانت تطوعاً، بل يتصدق به المضحي، أو يتخذ منه ما ينتفع بعينه من خفٍّ أو نعل أو دلو، أو فرو، أو يعيره لغيره ولا يؤجره. وحكى صاحب «التقريب» قولاً غريباً: أنه يجوز بيع الجلد، وبصرف ثمنه مصرف الأضحية وحكي وجه: أنه لا يجوز أن ينفرد بالانتفاع بالجلد، لأنه نوع يخالف الانتفاع باللحم، فيجب التشريك فيه، كالانتفاع باللحم. والمشهور: الأول. ولا فرق في تحريم البيع، بين بيعه بشيء ينتفع به في البيت وغيره.

الثانية: التصدق بالجلد لا يكفي إذا أوجبنا التصدق بشيء من الأضحية، والقرن كالجلد.

الثالثة: لا يُجْزُ صوفها إن كان في بقائه مصلحة، لدفع حرٍّ، أو بردٍ، أو كان وقت الذبح قريباً ولم يضر بقاءه، وإلا، فيجزّاه، وله الانتفاع به. والأفضل: التصدق. وفي «التتمة»: أن صوف الهدي يستصحبه ويتصدق به على مساكين الحرم، كالولد.

الرابعة: إذا ولدت الأضحية أو الهدي المتطوع بهما، فهو ملكه كالأم. ولو ولدت المعينة بالنذر ابتداءً، تبعها الولد، سواء كانت حاملاً عند التعيين، أم حملت بعده. فإن ماتت الأم، بقي الولد أضحية، كولد المدبرة لا يرتفع تديره بموتها. ولو عيّنها بالنذر على ما في ذمته، فالصحيح: أن حكم ولدها كولد المعينة بالنذر ابتداءً. وفي وجه: لا يتبعها، بل هو ملك للمضحي أو المهدي، لأن ملك الفقراء غير مستقر في هذه، فإنها لو عابت عادت إلى ملكه. وفي وجه: يتبعها ما دامت حية. فإن ماتت، لم يبق حكم الأضحية في الولد. والصحيح: بقاءه، والخلاف جارٍ في ولد الأمة المبعة إذا ماتت في يد البائع. وإذا لم يُطق ولد الهدي المشي، يحمل على أمه أو غيرها ليلبغ الحرم. ثم إذا ذبح الأم والولد، ففي تفرقة لحمهما أوجه: أحدها: لكل واحد منهما حكم ضحية، فيتصدق من كل واحد بشيء، لأنهما ضحيتان. والثاني: يكفي التصدق من أحدهما، لأنه بعضهما. والثالث: لا بد من التصدق من لحم الأم، لأنها الأصل، وهذا هو الأصح عند الغزالي. وقال الروياني: الأول: أصح. ويشترك الوجهان الأخيران في جواز أكل جميع الولد. ولو ذبحها، فوجد في بطنها جنيناً، فيحتمل أن يطرد فيه هذا الخلاف، ويحتمل القطع بأنه بعضها.

قلت: ينبغي أن يبنى على الخلاف المعروف، في أن الحمل له حكم، وقسط من الثمن، أم لا؟ إن قلنا: لا، فهو بعض، كيدها، وإلا، فالظاهر: طرد الخلاف،

ويحتمل القطع بأنه بعض. والأصح على الجملة: أنه يجوز أكل جميعه. والله أعلم.
الخامسة: لبن الأضحية والهدي، لا يحلب إن كان قدر كفاية ولدها. فإن حلبه فنقص الولد، ضمن النقص. وإن فضل عن ريّ الولد، حلب. ثم قال الجمهور: له شربه، لأنه يشق نقله، ولأنه يستخلف، بخلاف الولد. وفي وجه: لا يجوز شربه. وقال صاحب «التتمة»: إن لم نجوز أكل لحمها، لم يشربه. وينقل لبن الهدي إلى مكة إن تيسر أو أمكن تجفيفه، وإلا، فيتصدق به على الفقراء هناك. وإن جوزنا اللحم، شربه.

السادسة: يجوز ركوبهما وإركابهما بالعارية، والحمل عليهما من غير إحجاف. فإن نقصا بذلك ضمن. ولا تجوز إجارتهما.

السابعة: لو اشترى شاة فجعلها ضحية، ثم وجد بها عيباً قديماً، لم يجز ردها لزوال الملك عنها، كمن اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً، لكن يرجع على البائع بالأرث. وفيما يفعل به، وجهان: أحدهما: يصرف مصرف الأضحية، فينظر، أيمكنه أن يشتري به ضحية، أو جزءاً، أم لا؟ ويعود فيه ما سبق في نظائره، وفرقوا بينه وبين أرث العيب بعد إعتاق العبد، فإنه للذي أعتقه، بأن المقصود من العتق تكميل الأحكام، والعيب لا يؤثر فيه. والمقصود من الأضحية اللحم، ولحم المعيب ناقص. والوجه الثاني: أنه للمضحي، لا يلزمه صرفه للأضحية، لأن الأرث بسبب سابق للتعيين. وبالوجه الأول قال الأكثرون، لكن الثاني أقوى، ونسبه الإمام إلى المراوزة وقال: لا يصح غيره، وإليه ذهب ابن الصباغ، والغزالي، والرويانى.
قلت: قد نقل في «الشامل» هذا الثاني عن أصحابنا مطلقاً، ولم يحك فيه خلافاً، فهو الصحيح. والله أعلم.

فصل: في مسائل منثورة

إحداها: قال ابن المرزبان: من أكل بعض لحم الأضحية، وتصدق ببعضها، هل يثاب على الكل، أو على ما تصدق به؟ وجهان كالوجهين فيمن نوى صوم التطوع ضحوة، هل يثاب من أول النهار أم من وقته؟ وينبغي أن يقال: له ثواب التضحية بالكل، والتصدق ببعض.

قلت: هذا الذي قاله الرافعي، هو الصواب الذي تشهد به الأحاديث والقواعد. وممن جزم به تصريحاً، الشيخ الصالح إبراهيم المرورودي. والله أعلم.
الثانية: في جواز الصرف من الأضحية إلى المكاتب وجهان: في وجه: يجوز كالزكاة.

قلت: الأصح: الجواز. والله أعلم.

الثالثة: قال ابن كج: من ذبح شاة، وقال: أذبح لرضى فلان، حلت الذبيحة، لأنه لا يتقرب إليه، بخلاف من تقرب بالذبح إلى الصنم. وذكر الروياني: أن من ذبح للجن وقصد به التقرب إلى الله تعالى ليصرف شرهم عنه، فهو حلال، وإن قصد الذبح لهم، فحرام.

الرابعة: قال في «البحر»: قال أبو إسحاق: من نذر الأضحية في عام، فأخر، عصى، ويقضي كمن أخر الصلاة.

الخامسة: قال الروياني: من ضحى بعدد، فرقه على أيام الذبح، فإن كان شاتين، ذبح شاة في اليوم الأول، والأخرى في آخر الأيام.

قلت: هذا الذي قاله، وإن كان أرفق بالمساكين، إلا أنه خلاف السنة، فقد نحر النبي ﷺ في يوم واحد مائة بدنة أهداها، فالسنة: التعجيل والمسارة إلى الخيرات، والمبادرة بالصالحات، إلا ما ثبت خلافه. والله أعلم.

السادسة: محل التضحية، بلد المضحي، بخلاف الهدى. وفي نقل الأضحية، وجهان: تخريجاً من نقل الزكاة.

السابعة: الأفضل أن يضحي في بيته بمشهد أهله. وفي «الحاوي»: أنه يُختار للإمام أن يضحي للمسلمين كافة من بيت المال ببدنة، ينحرها في المصلّى. فإن لم يتيسر، فشاة، وأنه يتولى النحر بنفسه، وإن ضحى من ماله، ضحى حيث شاء.

قلت: قال الشافعي رحمه الله في «البويطي»: الأضحية سنة على كل من وجد السبيل من المسلمين من أهل المدائن والقرى، والحاضر والمسافر، والحاج من أهل منى وغيرهم، من كان معه هدي، ومن لم يكن. هذا نصه بحروفه. وفيه رد على ما حكاه العبدري في كتابه «الكفاية»: أن الأضحية سنة، إلا في حق الحاج بمنى، فإنه لا أضحية عليهم، لأن ما ينحر بمنى هدي، وكما لا يخاطب الحاج في منى بصلاة العيد، فكذا الأضحية. وهذا الذي قاله، فاسد مخالف للنص الذي ذكرته. وقد صرح القاضي أبو حامد في «جامعه» وغيره من أصحابنا: بأن أهل منى كغيرهم في الأضحية، وثبت في صحيحي «البخاري» و«مسلم»: أن النبي ﷺ «ضحى في منى عن نسائه بالبقرة». والله أعلم.

باب: العقيقة^(١)

هي سنة، والمستحب ذبحها يوم السابع من يوم الولادة، ويحسب من السبعة يوم الولادة على الأصح.

(١) العقيقة لغة مشتقة من العق وهو القطع، وشرعاً: ما يذبح للمولود يوم سابعه عند حلق شعره.

قلت: وإن ولد ليلاً، حسب اليوم الذي يلي تلك الليلة قطعاً، نص عليه في «البويطي»، ونص أنه لا يحسب اليوم الذي ولد في أثنائه. والله أعلم.

ويجزى ذبحها قبل فراغ السبعة، ولا يحسب قبل الولادة، بل تكون شاة لحم. ولا تفوت بتأخيرها عن السبعة، لكن الاختيار أن لا تؤخر إلى البلوغ. قال أبو عبد الله البوشنجي من أصحابنا: إن لم تذبح في السابع، ذبحت في الرابع عشر، وإلا ففي الحادي والعشرين. وقيل: إذا تكررت السبعة ثلاث مرات، فات وقت الاختيار. فإن أخرت حتى بلغ، سقط حكمها في حق غير المولود، وهو مخير في العقيقة عن نفسه. واستحسن القفال والشاشي: أن يفعلها. ويروي عن النبي ﷺ: أنه عَقَّ عن نفسه بعد النبوة. ونقلوا عن نصه في «البويطي»: أنه لا يفعل ذلك، واستغربه.

قلت: قد رأيت نصه في نفس كتاب «البويطي» قال: ولا يعق عن كبير. هذا لفظه، وليس مخالفاً لما سبق، لأن معناه: لا يعق عن غيره، وليس فيه نفي عقه عن نفسه. والله أعلم.

فصل: إنما يعق عن المولود من تلزمه نفقته. وأما عَقَّ النبي ﷺ عن الحسن والحسين رضي الله عنهما، فمؤول.

قلت: تأويله: أنه ﷺ أمر أباهما بذلك، أو أعطى أبويهما ما عَقَّ به: لأن أبويهما كانا عند ذلك معشرين، فيكونان في نفقة جدهما رسول الله ﷺ. والله أعلم.

ولا يعق عن المولود من ماله، فلو كان المنفق عاجزاً عن العقيقة، فأيسر في السبعة، استحَبَّ له العَقَّ. وإن أيسر بعدها، أوبعد مدة النفاس، فهي ساقطة عنه وإن أيسر في مدة النفاس، ففيه احتمالان للأصحاب، لبقاء أثر الولادة.

فصل: العقيقة جذعة ضأن، أو ثنية معز، كالأضحية. وفي «الحاوي»: أنه يجزى ما دونهما، ويشترط سلامتهما من العيب المانع في الأضحية. وفي «العدة»: إشارة إلى وجه مسامح، قال بعض الأصحاب: الغنم أفضل من الإبل والبقر، والصحيح خلافه، كالأضحية. وينبغي أن تتأدى السنة بسبع بدنة أو بقرة.

فصل: حكم العقيقة في التصدق منها، والأكل، والهدية، والادِّخار، وقدر المأكول، وامتناع البيع، وتعيين الشاة إذا عينت للعقيقة، كما ذكرنا في الأضحية. وقيل: إن جَوَزْنَا دون الجذعة، لم يجب التصدق منها، وجاز تخصيص الأغنياء بها.

فصل: ينوي عند ذبحها، أنها عقيقة. لكن إن جعلها عقيقة من قبل، ففي الحاجة إلى النية عند الذبح، ما ذكرنا في الأضحية.

فصل: يستحب أن لا يتصدق بلحمها نيئاً، بل يطبخه. وفي «الحاوي»: أنا إذا

لم نجوِّز ما دون الجذعة والثنية، وجب التصديق بلحمها نيئاً. وكذا قال الإمام: إن أوجبنا التصديق بمقدار، وجب تملكه وهو نيءٌ. والصحيح: الأول. وفيما يطبخه به، وجهان: أحدهما: بعموضة، ونقله في «التهذيب» عن النص. وأصحهما: بحلو تفاؤلاً بحلاوة أخلاق المولود. وعلى هذا، لو طبخ بحامض، ففي كراهته وجهان: أحدهما: لا يكره. ويستحب أن لا يكسر عظام العقيقة ما أمكن، فإن كسر، لم يكره على الأصح. والتصديق بلحمها ومرقها على المساكين، بالبعث إليهم، أفضل من الدعوة إليها. ولو دعا إليها قوماً، فلا بأس.

فصل: يعق عن الجارية شاة، وعن الغلام شاتان^(١)، ويحصل أصل السنة بواحدة. ويستحب أن تكون الشاتان متساويتين، وأن يكون ذبح العقيقة في صدر النهار، وأن يعق عمن مات بعد الأيام السبعة والتمكن من الذبح. وقيل: يسقط بالموت. وأن يقول الذابح بعد التسمية: اللهم لك وإليك عقيقة فلان. ويكره لطح رأس الصبي بدم العقيقة، ولا بأس بلطخه بالزعفران والخلوق. وقيل باستحبابه.

فصل: يستحب أن يسمى المولود في اليوم السابع، ولا بأس بأن يسمى قبله. واستحب بعضهم أن لا يفعله، ولا يترك تسمية السَّقَط، ولا من مات قبل تمام السبعة، ولتكن التسمية باسم حسن، وتكره الأسماء القبيحة وما يتطير بنفيه، كنافع، ويسار، وأفلح، ونجیح، وبركة.

فصل: يستحب أن يحلق رأس المولود يوم السابع، ويتصدق بوزن شعره ذهباً. فإن لم يتيسر، ففضة، سواء فيه الذكر والأنثى. قال في «التهذيب»: يحلق بعد الذبح. والذي رجحه الروياني، ونقله عن النص: أنه يكون قبل الذبح.

قلت: وبهذا قطع المحاملي في «المقنع»، وبالأول قطع صاحب «المهذب» والجرجاني في «التحرير»، وفي الحديث إشارة إليه، فهو أرجح. والله أعلم.

فصل: يستحب أن يؤذن من ولد له ولد في أذنه. وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله، إذا ولد له ولد، أذن في أذنه اليمنى، وأقام في اليسرى، واستحبه بعض أصحابنا. ويستحب أن يقول في أذنه: «إني أعيدها بك وذريتها من الشيطان الرجيم»، وأن يحنكه بتمر، بأن يمضغه ويدلك به حنكه، فإن لم يكن تمر، حنكه بشيء آخر حلواً، وأن يهنأ الوالد بالمولود، ويستحب أن يعطي القابلة رجل العقيقة.

(١) كما أخرج الترمذي في سننه برقم (١٥١٣) وابن ماجه في سننه برقم (٣١٦٣) من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة. والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن الترمذي برقم (١٢٢١).

فصل: في الحديث عن النبي ﷺ قال: «لا فَرْع ولا عتيرة»^(١). فالفرع - بفتح الفاء والراء وبالعين المهملة - أول نتاج البهيمة كانوا يذبحونه ولا يملكونه رجاء البركة في الأم وكثرة نسلها. والعتيرة - بفتح العين المهملة - ذبيحة كانوا يذبحونها في العشر الأول من رجب. ويسمونها: الرجبية أيضاً. وذكر ابن كج وغيره فيهما وجهين: أحدهما: تكرهان للخبر. والثاني: لا كراهة فيهما، والمنع راجع إلى ما كانوا يفعلونه، وهو الذبح لآلهتهم، أو أن المقصود نفى الوجوب، أو أنهما ليستا كالأضحية في الاستحباب، أو في ثواب إراقة الدم. فأما تفرقة اللحم على المساكين، فبرٌّ وصدقة. وحكي أن الشافعي رحمه الله قال: إن تيسر ذلك كل شهر، كان حسناً.

قلت: هذا النص للشافعي رحمه الله في سنن حرملة، والحديث المذكور في أول الفصل في «صحيح البخاري» وغيره، وفي «سنن أبي داود» وغيره حديث آخر يقتضي الترخيص فيهما، بل ظاهره النذب، فالوجه الثاني يوافقه، وهو الراجح. واعلم أن الإمام الرافعي رحمه الله، ترك مسائل مهمة تتعلق بالباب:

إحداها: يكره القَزْع، وهو حلق بعض الرأس، سواء كان متفرقاً أو من موضع واحد، لحديث «الصحيحين» بالنهي عنه^(٢). وقد اختلف في حقيقة القَزْع، والصحيح: ما ذكرته. وأما حلق جميع الرأس، فلا بأس به لمن لا يخفُّ عليه تعاذه، ولا بأس بتركه لمن خفَّ عليه.

الثانية: يستحب فرق شعر الرأس.

الثالثة: يستحب الادهان غباً، أي: وقتاً بعد وقت، بحيث يجفُّ الأول.

الرابعة: يستحب الاكتحال وتراً. والصحيح في معناه: ثلاثاً في كل عين.

والخامسة: تقليم الأظفار، وإزالة شعر العانة، بحلق، أو نتف، أو قص، أو نورة، أو غيرها، والحلق أفضل. ويستحب إزالة شعر الإبط بأحد هذه الأمور، والنتف أفضل لمن قوي عليه. ويستحب قص الشارب، بحيث يبين طرف الشفة بياناً ظاهراً. ويبدأ في هذه كلها، باليمين، ولا يؤخرها عن وقت الحاجة، ويكره كراهة

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٤٧٣، ٥٤٧٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٩٧٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٣١) والترمذي في سننه برقم (١٥١٢) والنسائي في سننه برقم (٤٢٣٣) وابن ماجه في سننه برقم (٣١٦٨).

(٢) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٩٢٠) ومسلم في صحيحه برقم (٢١٢٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن القَزْع، والقَزْع أن يُحلق بعض رأس الصبي ويُترك بعض.

شديدة، تأخيرها عن أربعين يوماً، للحديث في «صحيح مسلم» بالنهي عن ذلك^(١).
 السادسة: من السنة غسل البراجم، وهي عقد الأصابع ومفاصلها، ويلتحق بها إزالة ما يجتمع من الوسخ في معاطف الأذن وصماخها، وفي الأنف وسائر البدن.
 السابعة: خضاب الشعر الشائب بحمرة أو صفرة، سُنَّة، وبالسواد حرام. وقيل: مكروه. وأما خضاب اليدين والرجلين، فمستحب في حق النساء، كما سبق في باب الإحرام، وحرام في حق الرجال إلا لعذر.

الثامنة: يستحب ترجيل الشعر، وتسريح اللحية، ويكره نتف الشيب.

التاسعة: ذكر الغزالي وغيره، في اللحية عشر خصال مكروهة: خضابها بالسواد إلا للجهد، وتبييضها بالكبريت أو غيره استعجالاً للشيخوخة، ونتفها أول طلوعها إيثاراً للمرودة وحسن الصورة، ونتف الشيب، وتصفيفها طاقة فوق طاقة تحسناً، والزيادة فيها، والنقص منها بالزيادة في شعر العذارين من الصدغين، أو أخذ بعض العذار في حلق الرأس، ونتف جانبي العنفقة، وغير ذلك، وتركها شعثة إظهاراً لقلّة المبالاة بنفسه، والنظر في بياضها وسوادها إعجاباً وافتخاراً، ولا بأس بترك سباليه، وهما طرفا الشارب.

العاشرة: في «صحيح مسلم» عن النبي ﷺ: «إن أحب أسمائكم إلى الله عز وجلّ، عبد الله، وعبد الرحمن»^(٢)، وإذا سمي إنسان باسم قبيح، فالسنة تغييره. وينبغي للولد والتلميذ والغلام، أن لا يسمي أباه ومعلمه وسيده باسمه. ويستحب تكنية أهل الفضل من الرجال والنساء، سواء كان له ولد، أم لا، وسواء كني بولده، أم غيره. ولا بأس بكنية الصغير، وإذا كني من له أولاد، فالسنة أن يكنى بأكبرهم، ونص الشافعي رحمه الله، أنه لا يجوز التكني بأبي القاسم، سواء كان اسمه محمداً، أم غيره، للحديث الصحيح في ذلك، وسنوضحه في أول النكاح إن شاء الله تعالى. ولا بأس بمخاطبة الكافر والمبتدع والفاسق بكنيته إذا لم يُعرف بغيرها، أو خيف من ذكره باسمه فتنة، وإلا فينبغي أن لا يزيد على الاسم. والأدب، أن لا يذكر الإنسان كنيته في كتابه ولا غيره، إلا أن لا يعرف بغيرها، أو كانت أشهر من اسمه. ولا بأس

(١) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٥٨) وأبو داود في سننه برقم (٤٢٠٠) والترمذي في سننه برقم (٢٧٥٨) والنسائي في سننه برقم (١٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٩٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: وُقت لنا في قص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق العانة، أن لا تترك أكثر من أربعين ليلة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢١٣٢) وأبو داود في سننه برقم (٤٩٤٩) والترمذي في سننه برقم (٢٨٣٤) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٢٨).

بترخيم الاسم إذا لم يتأذ صاحبه، ولا بتلقيب الإنسان بلقب لا يكره. واتفقوا على تحريم تلقيبه بما يكرهه، سواء كان صفة له، كالأعمش والأعرج، أو لأبيه، أو لأمه، أو غير ذلك. ويجوز ذكره بذلك للتعريف، لمن لا يعرفه بغيره، ناوباً التعريف فقط. وثبت في «صحيح مسلم» وغيره: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان جنح الليل أو أمسيتم، فكفوا صبيانكم، فإن الشيطان ينتشر حينئذ، فإذا ذهب ساعة من الليل، فخلوهم، وأغلقوا الباب، واذكروا اسم الله، فإن الشيطان لا يفتح باباً مغلقاً، وأوكوا قِربكم واذكروا اسم الله، وخمّروا آنيتكم واذكروا اسم الله، ولو أن تعرّضوا عليها شيئاً، وأطفئوا مصابيحكم» وفي رواية: «لا ترسلوا فواشيكم وصبيانكم إذا غابت الشمس، حتى تذهب فحمة العشاء» وفي رواية: «لا تتركوا النار في بيوتكم حين تنامون»^(١).

فهذه سنن ينبغي المحافظة عليها، و«جنح الليل» بضم الجيم وكسرهما: ظلامه. وقوله ﷺ: «تعرضوا عليها شيئاً» - بضم الراء - على المشهور. وقيل: بكسرهما، أي: تجعلوه عرضاً. وقوله ﷺ: «لا ترسلوا فواشيكم» هي - بالفاء جمع فاشية - وهو كل ما ينشر من المال كالبهائم وغيرها، وفحمة العشاء: ظلمتها. والله أعلم.



(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٣٢٨٠، ٣٣٠٤، ٣٣١٦، ٥٦٢٣، ٥٦٢٤، ٦٢٩٥، ٦٢٩٦) ومسلم في صحيحه برقم (٢٠١٢).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد والذبائح^(١)

الحيوان المأكول، إنما يصير مذكّي بأحد طريقين: أحدهما: الذبح في الحلق والليّة، وذلك في الحيوان المقدور عليه. والثاني: العقر المزهق في أي موضع كان، وذلك في غير المقدور عليه. ثم الذبح والعقر أربعة أركان:

الركن الأول: الذابح، والعافر يشترط كونه مسلماً أو كتابياً. وتحلّ ذبيحة الكتابي، سواء فيه ما يستحلّه الكتابي، وما لا. وحقيقة الكتابي تأتي في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى. وفي ذبيحة المتولد بين الكتابي والمجوسي، قولان، كمنالكته، والمنالكحة والذبيحة، لا يفترقان، إلا أن الأمة الكتابية، تحل ذبيحتها دون منالكحتها. ولو صاد مجوسي سمكة، حلّت، لأن ميتتها حلال. وكما تحرم ذبيحة المجوسي، والوثني، والمرتد، وغيرهم ممن لا كتاب له، يحرم صيده بسهم، أو كلب. ويحرم ما يشارك فيه مسلماً. فلو أمراً سكيناً على حلق شاة، أو قطع هذا بعض الحلقوم، وهذا بعضه، أو قتلاً صيداً بسهم أو كلب، فهو حرام. ولو رميا سهمين، أو أرسلا كليين، فإن سبق سهم المسلم أو كلبه، فقتل الصيد، أو أنهاء إلى حركة المذبوح، حل، كما لو ذبح مسلم شاة، ثم قدها المجوسي. وإن سبق ما أرسله المجوسي، أو جرحاه معاً، أو مرتباً، ولم يذفّف واحد منهما، فهلك بهما، أو لم يعلم أيهما قتله، فحرام. وقال صاحب «البحر»: متى اشتراكا في إمساكه وعقره، أو في أحدهما، وانفرد واحد بالآخر، أو انفرد كل واحد بأحدهما، فحرام. ولو كان لمسلم كلبان معلّم وغيره، أو معلّمان، ذهب أحدهما بلا إرسال، فقتلاً صيداً، فكاشتركا كليّي المسلم والمجوسي. ولو هرب الصيد من كلب المسلم، فعارضه كلب مجوسي، فردّه عليه، فقتله كلب المسلم، حلّ، كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسي. ولو جرحه مسلم أولاً، ثم قتله مجوسي، أو جرحه جرحاً غير مذفّف، ومات بالجرحين،

(١) الصيد: اقتناص حيوان حلال متوحش طبعاً غير مملوك ولا مقدور عليه، والوحش هو كل حيوان غير مستأنس من دواب البر.

والذبائح جمع ذبيحة وهو الحيوان الذي تمت تذكيته على وجه شرعي، والتذكية هي ذبح - أو نحر - الحيوان البري المأكول المقدور عليه بقطع حلقومه ومريئه.

فحرام. فلو كان المسلم أثنى بجراحته، فقد ملكه. ويلزم المجوسي قيمته له، لأنه أفسده بجعله ميتة. ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسي، كالذبح بسكينه.

قلت: لو أكره مجوسي مسلماً على ذبح شاة، أو محرم حلالاً على ذبح صيد، فذبح، حل، ذكره الشيخ إبراهيم المرؤزي في مسألة الإكراه على القتل. والله أعلم.

فرع: تحل ذبيحة الصبي المميز على الصحيح، وفي غير المميز والمجنون والسكران، قولان. أحدهما: الحل، كمن قطع حلق شاة يظنه خشبة. والثاني: المنع، كنائم بيده سكين وقعت على حلقوم شاة. وصحح الإمام، والغزالي، وجماعة، الثاني. وقطع الشيخ أبو حامد وصاحب «المهذب» بالحل. قلت: الأظهر: الحل. والله أعلم.

قال صاحب «التهذيب»: فإن كان للمجنون أدنى تمييز، وللسكران قصد، حل قطعاً. وتحل ذبيحة الأعمى قطعاً لكن تكره. وفي صيده بالكلب والرمي، وجهان: أصحهما: لا يحل. ومنهم من قطع به. وقيل: عكسه. والأشبه: أن الخلاف مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد، فأرسل السهم أو الكلب. وكذا صورها في «التهذيب»، وأطلق الوجهين جماعة، ويجريان في اصطیاد الصبي والمجنون بالكلب والسهم. وقيل: يختصان بالكلب، ويقطع بالحل في السهم كالذبح.

فرع: الأخرس، إن كان له إشارة مفهومة، حلّت ذبيحته، وإلا، فكالْمجنون، قاله في «التهذيب»: ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس.

قلت: الأصح: الجزم بحل ذبيحة الأخرس الذي لا يفهم، وبه قطع الأكثرون. والله أعلم.

الركن الثاني: الذبيح.

الحيوان ثلاثة أقسام: الأول: ما لا يؤكل. والثاني: مأكول يحل ميتته. والثالث: مأكول، لا يحل ميتته. فالأول: ذبحه كموته. والثاني: كالسمك والجراد، ولا حاجة إلى ذبحه. وهل يحل أكل السمك الصغار إذا شويت ولم يُشَقَّ جوفها ويُخَرَجَ ما فيه؟ فيه وجهان: وجه الجواز: عسر تتبعها، وعلى المسامحة بها جرى الأولون. قال الروياني: بهذا أفتي، ورجيعها طاهر عندي، وهو اختيار القفال. ولو وجدت سمكة في جوف سمكة، فهي حلال، كما لو ماتت حنف أنفها، بخلاف ما لو ابتلعت طائراً فوجد ميتاً في جوفها، لا يحل. ولو تقطعت السمكة في جوف سمكة، وتغير لونها، لم تحل على الأصح، لأنها كالروث والقيء. ويكره ذبح السمك، إلا أن يكون كبيراً يطول بقاءه، فيستحب ذبحه على الأصح، إراحة له. وقيل: يستحب

تركه ليموت بنفسه. ولو ابتلع سمكة حية، أو قطع فلقة منها، لم يحرم على الأصح، لكن يكره.

قلت: وطردوا الوجهين في الجراد. ولو ذبح مجوسي سمكة، حلت. ولو قلى السمك قبل موته، فطرحة في الزيت المغلي وهو يضطرب، قال الشيخ أبو حامد: لا يحل فعله، لأنه تعذيب. وهذا تفرع على اختياره في ابتلاع السمكة حية: أنه حرام. وعلى إباحة ذلك، يباح هذا. والله أعلم.

أما القسم الثالث: فضربان: مقدور على ذبحه، ومتوحش. فالمقدور عليه: لا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة، كما سبق في كتاب الأضحية، وسواء الإنسي والوحشي إذا ظفر به. وأما المتوحش، كالصيد، فجميع أجزائه مذبوح ما دام متوحشاً. فلو رماه بسهم، أو أرسل عليه جارحة، فأصاب شيئاً من بدنه ومات، حل بالإجماع^(١). ولو توحش إنسي، بأن ندّ بعير، أو شردت شاة، فهو كالصيد، يحل بالرمي إلى غير مذبحه، وبإرسال الكلب عليه. ولو تردى بعير في بئر، ولم يمكن قطع حلقومه، فهو كالبعير النادّ في حله بالرمي. وهل يحل بإرسال الكلب؟ وجهان: أصحهما: عند صاحب «البحر»: التحريم، واختار البصريون الحل. قلت: الأصح: تحريمه. وصححه أيضاً الشاشي. والله أعلم.

وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات، بل متى تيسر الحقوق بعدو، أو استعانة بمن مسك الدابة، فليس ذلك توحشاً، ولا يحل إلا بالذبح في المذبوح. ولو تحقق الشroud، وحصل العجز في الحال، فقد أطلق الأصحاب: أن البعير كالصيد، لأنه قد يريد الذبح في الحال، فتكليفه الصبر إلى القدرة، يشق عليه. قال الإمام: والظاهر عندي: أنه لا يلحق بالصيد بذلك، لأنها حالة عارضة قريبة الزوال، لكن لو كان الصبر والطلب يؤدي إلى مهلكة أو مسبعة، فهو حينئذ كالصيد. وإن كان يؤدي إلى موضع لصوص وغصّاب مترصدين، فوجهان: والفرق أن تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان. والمذهب: ما قدمناه عن الأصحاب. ثم في كيفية الجرح المفيد للحل في النادّ والمتردي، وجهان: أصحهما وبه أجاب الأكثرون: يكفي جرح يفضي إلى الزهوق كيف كان. والثاني: لا بد من جرح مذقّف، واختاره القفال، والإمام.

فصل: إذا أرسل سلاحاً، كسهم، وسيف، وغيرهما، أو كلباً معلماً على

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٣، ٥٥٠٩، ٥٥٤٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه وفيه أنه قال: وأصبنا نهب إبل وغنم فنذّ منها بعير فرماه رجل بسهم، فحسّه، فقال رسول الله ﷺ: «إن لهذه الإبل أوابد كأوابد الوحش فإذا غلبكم منها شيء فاصنعوا به هكذا».

صيد، فأصابه، ثم أدرك الصيد حياً، نظر، إن لم يبق فيه حياة مستقرة، بأن كان قطع حلقومه ومريئه، أو أجافه، أو خرق أمعاءه، فيستحب أن يمر السكين على حلقه ليريبه. فإن لم يفعل، وتركه حتى مات، فهو حلال، كما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت. وإن بقيت فيه حياة مستقرة، فله حالان: أحدهما: أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت، فهو حلال أيضاً، للعدر. والثاني: أن لا يتعذر ذبحه، فتركه حتى مات، أو تعذر بتقصيره، فمات، فهو حرام، كما لو تردى بعير فلم يذبحه حتى مات.

فمن صور الحال الأول، أن يُشغل بأخذ الآلة وسلّ السكين، فيموت قبل إمكان ذبحه.

ومنها: أن يمتنع بما فيه من بقية قوة، ويموت قبل قدرته عليه.

ومنها: أن لا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه.

ومن صور الثاني: أن لا يكون معه آلة ذبح، أو تضيع آتاه منه، فلو نشبت في الغمد، فلم يتمكن من إخراجها حتى مات، فهو حرام على الصحيح، لأن حقه أن يستصحب غمداً يواتيه. وقال أبو علي ابن أبي هريرة، والطبري: يحل. ولو غصبت الآلة، فالصيد حرام على الأصح. والثاني: تحل كما لو لم يصل إلى الصيد لسبب حائل حتى مات، قال الروياني: ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات، فهو حلال، لأنه لا بد منه، بخلاف ما لو اشتغل بتحديد السكين، لأنه يمكن تقديمه. ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطاً، فمات، فحرام، لأنه تقصير. ولو وقع الصيد منكساً، واحتاج إلى قلبه ليقدر على الذبح، فمات، أو اشتغل بتوجيهه إلى القبلة، فمات، فحلال. ولو شك بعد موت الصيد، هل تمكن من ذكاته فيحرم، أم لم يتمكن فيحل؟ فقولان: أظهرهما: يحل.

وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابه السهم أو الكلب؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه المعتاد في هذه الحالة، لكن لا يكلف المبالغة بحيث يفضي إلى ضرر ظاهر. وأصحهما: لا، بل يكفي المشي. وعلى هذا، فالصحيح الذي قطع به الصيدلاني، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه لو كان يمشي على هيئته، فأدركه ميتاً، حل وإن كان لو أسرع لأدركه حياً. وقال الإمام: عندي أنه لا بد من الإسراع قليلاً، لأن الماشي على هيئته، خارج عن عادة الطلب. فإن شرطنا العدو، فتركه، فصادف الصيد ميتاً ولم يدر أمات في الزمن الذي يسع العدو، أم بعده، فينبغي أن يكون على القولين، فيما إذا شك في التمكن من الذكاة.

فرع: لو رمى صيداً فقدّه قطعتين متساويتين أو متفاوتتين، فهما حلال. ولو

أبان منه - بسيف أو غيره - عضواً، كيد ورجل، نظر، إن أبانه بجراحة مذقفة ومات في الحال، حل العضو وباقي البدن. وإن لم يذقفه فأدركه وذبحه، أو جرحه جرحاً آخر مذقفاً، فالعضو حرام، لأنه أبين من حيٍّ، وباقي البدن حلال. وإن أثبتته بالجراحة الأولى، فقد صار مقدوراً عليه، فتعين ذبحه، ولا تجزئ سائر الجراحات. ولو مات من تلك الجراحة بعد مضي زمن، ولم يتمكن من ذبحه، حل باقي البدن، ولم يحل العضو على الأصح لأنه أبين من حي، فهو كمن قطع ألية شاة ثم ذبحها، لا تحل الألية قطعاً. والثاني: تحل، لأن الجرح كالذبح للجملية، فتبعها العضو. وإن جرحه جراحة أخرى والحالة هذه، فإن كانت مذقفة، فالصيد حلال، والعضو حرام، وإلا، فالصيد حلال أيضاً، والعضو حرام على الصحيح، لأن الإبانة لم تتجرد ذكاة للصيد.

الركن الثالث: آلة الذبح والاصطياد، هي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: المحددات الجارحة بحدّها من الحديد، كالسيف، والسكين، والسهم، والرمح، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الخشب المحدد، أو القصب أو الزجاج أو الحجر، فيحصل الذبح بجميعها، ويحل الصيد المقتول بها، إلا الظفر والسن وسائر العظام، فإنه لا يحل بها^(١)، سواء عظم الآدمي وغيره، المتصل والمنفصل. وفي وجه: أن عظم المأكول تحصل الذكاة به، وهو شاذ ضعيف. ولو ركب عظماً على سهم، وجعله نصلاً له، فقتل به صيداً، لم يحل على المشهور.

القسم الثاني: الآلات المثقلات، إذا أثّرت بثقلها دقاً أو خنقاً، لم يحل الحيوان، وكذا المحدد إذا قتل بثقله، بل لا بد من الجرح. فيحرم الطير إذا مات ببندقة رمي بها، خدشته، أم لا، قطعت رأسه، أم لا. ولو وقع صيد في بئر محفورة له، فمات بالانصدام، أو الخنق بأحبولة منصوبة له، أو كان رأس الحبل بيده، فجره ومات الصيد، أو مات بسهم لا نصل فيه ولا حد له، أو بثقل السيف، أو مات الطير الضعيف بإصابة عرض السهم، أو قتل بسوط، أو عصاً، فكله حرام. ولو ذبح بحديدة لا تقطع، لم يحل، لأن القطع هنا بقوة الذابح وشدة الاعتماد، لا بالآلة. ولو خسق فيه العصا ونحوه، حكى الروياني: أنه إن كان محدداً يَمُور مَوْر السلاح،

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٨٨، ٢٥٠٧) وفي غير موضع، ومسلم في صحيحه برقم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه وفيه أن النبي ﷺ قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل، ليس السن والظفر، وسأحدثك، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة».

فهو حلال. وإن كان لا يَمُور إلا مُستَكْرَهاً، نظر، إن كان العُود خفيفاً قريباً من السهم، حل. وإن كان ثَقِيلاً، لم يحل.

فرع: إذا لم يجرح الكلب الصيد، لكن تحامل عليه، فقتله بضغطة، حل على الأظهر.

فرع: إذا مات الصيد بشيئين: محرّم، ومبيح، بأن مات بسهم وبندقة أصاباه من رام أو راميين، أو يصيب الصيد طرفاً من النصل، فيجرحه ويؤثر فيه عرض السهم في مروره فيموت منهما، أو يرمي إلى صيد سهماً فيقع على طرف سطح، ثم يسقط منه، أو على جبل فيتدهور منه، أو يقع في ماء، أو على شجر فينصدم بأغصانه، أو يقع على محدد من سكين وغيره، فكل هذا حرام. ولو تدحرج المجروح من الجبل من جنب إلى جنب، حل، ولا يضر ذلك، لأنه لا يؤثر في التلف. وإن أصاب السهم الطائر في الهواء فوق وقع على الأرض ومات، حل، سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده، لأنه لا بد من الوقوع، فعفي عنه، كما لو كان الصيد قائماً فأصابه السهم ووقع على جنبه وانصدم بالأرض ومات، فإنه يحل. ولو زحف قليلاً بعد إصابة السهم، فهو كالوقوع على الأرض، فيحل. ولو لم يجرحه السهم في الهواء، لكن كسر جناحه فوق وقع ومات، فحرام، لأنه لم يصبه جرح يُحال الموت عليه. ولو كان الجرح خفيفاً لا يؤثر مثله، لكن عطل جناحه فسقط ومات، فحرام. ولو جرحه السهم في الهواء فوق وقع في بئر، إن كان فيها ماءً، فقد سبق بيانه، وإلا، فهو حلال، وقعر البئر كالأرض. والمراد: إذا لم تصادمه جدران البئر. ولو كان الطائر على شجرة فأصابه السهم فوق وقع على الأرض ومات، حل. وإن وقع على غصن ثم على الأرض، لم يحل. وليس الانصدام بالأغصان، أو بأحرف الجبل عند التدهور من أعلاه، كالانصدام بالأرض، فإن ذلك الانصدام ليس بلازم ولا غالب، والانصدام بالأرض، لازم. وللإمام احتمال في صورتين، لكثرة وقوع الطير على الشجر، والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه.

فرع: إذا رمي طير الماء، إن كان على وجه الماء فأصابه ومات، حل، والماء له كالأرض. وإن كان خارج الماء، ووقع فيه بعد إصابة السهم، ففي حله وجهان ذكرهما في «الحاوي». وقطع في «التهذيب»: بالتحريم. وفي شرح «مختصر الجويني»: بالحل. فلو كان الطائر في هواء البحر، قال في «التهذيب»: إن كان الرامي في البرّ، لم يحل. وإن كان في السفينة في البحر، حل.

فرع: جميع ما ذكرنا فيما إذا لم ينته الصيد بتلك الجراحة إلى حركة المذبوح.

فإن انتهى إليها بقطع الحلقوم والمريء، أو غيره، فقد تمت ذكاته، ولا أثر لما يعرض بعده.

فرع: لو أرسل كلب في عنقه قلادة محدّدة، فجرح الصيد بها، حل كما لو أرسل سهماً، قاله في «التهذيب». وقد يفرّق بأنه قصد بالسهم الصيد، ولم يقصده بالقلادة.

القسم الثالث: الجوارح، فيجوز الاصطياد بجوارح السباع، كالكلب، والفهد، والنمر، وغيرها. وبجوارح الطير، كالبازي، والشاهين، والصقر. وفي وجه يحكى عن أبي بكر الفارسي: لا يجوز الاصطياد بالكلب الأسود، وهو شاذ ضعيف. والمراد بجواز الاصطياد بها: أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتاً، أو في حركة المذبوح، حل أكله. ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح في أي موضع كان، مقام الذبح في المقدور عليه. وأما الاصطياد بمعنى إثبات الملك، فلا يختص، بل يحصل بأي طريق تيسر. ثم يشترط لحل ما قتله الجوارح، كون الجارح معلماً. فإن لم يكن معلماً، لم يحل ما قتله. فإن أدرك وفيه حياة مستقرة، ذكاه كغيره. ويشترط في كون الكلب معلماً، أربعة أمور:

أحدها: أن ينزجر بزجر صاحبه، كذا أطلقه الجمهور، وهو المذهب. وقال الإمام: يعتبر ذلك في ابتداء الأمر. فأما إذا انطلق واشتد عدوّه، ففي اشتراطه وجهان: أحصهما: يشترط.

الثاني: أن يسترسل بإرساله. ومعناه: أنه إذا أغري بالصيد هاج.

الثالث: أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه، ولا يخلّيه.

الرابع: أن لا يأكل منه على المشهور. وفي قول شاذ: لا يضر الأكل. هذا حكم الكلب، وما في معناه من جوارح السباع. وذكر الإمام: أن ظاهر المذهب: أنه يشترط أيضاً أن ينطلق بإطلاق صاحبه، وأنه لو انطلق بنفسه، لم يكن معلماً. ورآه الإمام مشكلاً، من حيث أن الكلب على أي صفة كان، إذا رأى صيداً بالقرب منه وهو على كلب الجوع، يبعد انكفأه.

وأما جوارح الطير، فيشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضاً. ويشترط ترك أكلها من الصيد أيضاً على الأظهر. قال الإمام: ولا يطمع في انزجارها بعد الطيران، ويبعد أيضاً اشتراط انكفأها في أول الأمر.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: الأمور المشتركة في التعليم، يشترط تكررها ليغلب على الظن تأدّب

الجارحة. والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح، على الصحيح الذي اقتضاه كلام الجمهور. وقيل: يشترط تكرره ثلاث مرات. وقيل: مرتين.

الثانية: إذا ظهر أنه معلّم، ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده، ففي حل ذلك الصيد قولان. أظهرهما: لا يحل. قال الإمام: وددت لو فصل فاصل بين أن ينكفّ زماناً ثم يأكل، وبين أن يأكل بنفس الأخذ، لكن لم يتعرضوا له. قلت: فصل الجرجاني وغيره فقالوا: إن أكل عقيب القتل، ففيه القولان، وإلا، فيحل قطعاً. والله أعلم.

فإذا قلنا بالتحريم، فلا بد من استتفاف التعليم، ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده من قبل. فإذا قلنا بالحل، فتكرر أكله وصار عادة له، حرم الصيد الذي أكل منه بلا خلاف. وفي تحريم الصيود التي أكل منها من قبل، وجهان: وقد ترجّح منهما التحريم. قال في «التهذيب»: إذا أكل من الصيد الثاني، حرم، وفي الأول، الوجهان. وإذا أكل من الثالث، حرم، وفيما قبله، الوجهان. وهذا ذهاب إلى أن الأكل مرتين، يخرج عن كونه معلّماً. وقد ذكرنا خلافاً في تكرر الصفات التي يصير بها معلّماً، ويجوز أن يفرّق بينهما بأن أثر التعليم في الحل، وأثر الأكل في التحريم، فعملنا بالاحتياط فيهما. وعلى هذا، لو عرفنا كونه معلّماً، لم ينعطف الحل على ما سبق بلا خلاف. وفي انعطاف التحريم، الخلاف المذكور. ولو لعق الكلب الدم، لم يضر على المذهب. وأشار الإمام إلى وجه ضعيف. ولو أكل حشوة الصيد، فطريقان. أصحهما: على قولي اللحم. والثاني: القطع بالحل، لأنها غير مقصودة كالدم. ولو لم يسترسل عند الإرسال، أو لم ينزجر عند الزجر، فينبغي أن يكون في تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلّماً، الخلاف في الأكل قال القفال: لو أراد الصائد أخذ الصيد منه فامتنع، وصار يقاتل دونه، فهو كالأكل. وجوارح الطير إذا أكلت منه، وقلنا: يشترط في التعليم تركها الأكل، فطريقان. أصحهما: طرد القولين كالكلب. والثاني: القطع بالحل.

الثالثة: مَعْضُ الكلب من الصيد نجس، يجب غسله سبعاً مع التعفير كغيره. فإذا غسل، حل أكله، هذا هو المذهب. وقيل: إنه طاهر. وقيل: نجس يعفى عنه ويحل أكله بلا غسل. وقيل: نجس لا يطهر بالغسل، بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه، لأنه يتشرب لعبه، فلا يتخلله الماء. قال الإمام: وهذا القائل، يطرد ما ذكره في كل لحم، وما في معناه بَعْضُ الكلب، بخلاف موضع يناله لعبه بغير عَضِّ. وقيل: إن أصاب ناب الكلب عِرْقاً نَضَاحاً بالدم، سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد، ولم يحل أكله. قال الإمام: هذا غلط، لأن النجاسة وإن اتصلت بالدم،

فالعرق وعاء حازر بينه وبين اللحم، ثم الدم إذا كان يفور، امتنع غوص النجاسة فيه كالماء المتصعد من فواره، إذا وقعت نجاسة على أعلاه، لم ينجس ما تحته.

فرع: ذكرنا أن النمر والفهد، كالكلب في حل ما قتلاه. وهكذا نص عليه الشافعي والأصحاب. وذكر الإمام: أن الفهد يبعد فيه التعلم، لأنفته وعدم انقياده. فإن تصور تعلمه على ندور، فهو كالكلب. وهذا الذي قاله، لا يخالف ما قاله الشافعي والأصحاب. وفي كلام الغزالي ما يوهم خلاف هذا، وهو محمول على ما ذكره الإمام، فلا خلاف فيه.

الركن الرابع: نفس الذبح، وعقر الصيد.

أما نفس الذبح، فسبق في باب الأضحية. وأما العقر الذي يبيح الصيد بلا ذكاة، فهو الجرح المقصود المزهق الوارد على حيوان وحشي. أما الجرح، فيخرج عنه الخنق والوقذ ونحوهما. وأما القصد، فله ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: قصد أصل الفعل الجارح. فلو كان في يده سكين، فسقط فأنجرح به صيد، ومات، أو نصب سكيناً أو منجلاً أو حديدة فانعقر به صيد ومات أو كان في يده سكين فاحتكت بها شاة، فانقطع حلقومها، أو وقعت على حلقها فقطعت، فهي حرام. وحكي وجه عن أبي إسحاق: أنه تحل الشاة في صورة وقوع السكين من يده، ولا شك أن الصيد في معناها، وهذا الوجه شاذ ضعيف. ولو كان في يده حديدة فحركها، وحكّت الشاة أيضاً حلقها بالحديدة فحصل انقطاع حلقها بالحركتين، فهي حرام.

فرع: إذا استرسل الكلب المعلم بنفسه، فقتل صيداً، فهو حرام. فلو أكل منه، لم يقدح ذلك في كونه معلماً، بلا خلاف، وإنما يعتبر الإمساك إذا أرسله صاحبه. ولو زجره صاحبه لما استرسل، فأنزجر ووقف، ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد، حل بلا خلاف. وإن لم ينزجر ومضى على وجهه، لم يحل، سواء زاد عدوه وحدته، أم لا. فلو لم يزجره، بل أغراه، فإن لم يزد عدوه، فحرام. وكذا إن زاد على الأصح. فإن كان الإغراء وزيادة العدو بعد ما زجره، فلم ينزجر، فعلى الوجهين، وأولى بالتحريم، وبه قطع العراقيون. ولو أرسل مسلم كلباً، فأغراه مجوسي فزاد عدوه، فإن قلنا في الصورة السابقة: لا ينقطع حكم الاسترسال، ولا يؤثر الإغراء، حل هنا. ولا يؤثر إغراء المجوسي. وإن قطعناه، وأحلنا على الإغراء، لم يحل هنا، كذا ذكر الجمهور هذا البناء. وقطع في «التهذيب»: بالتحريم. واختاره القاضي أبو الطيب، لأنه قطع للأول أو مشاركة، وكلاهما يحرمه. ولو أرسل مجوسي كلباً فأغراه مسلم، فزاد عدوه، فوجهان بناءً على عكس ما تقدم، ومنهم من قطع بالتحريم. ولو أرسل

مسلم كلبه، فزجره فضولي فانزجر، ثم أغراه فاسترسل، فأخذ صيداً، فلمن يكون الصيد؟ وجهان: أحدهما: للغاصب. ولو زجره فلم ينزجر، فأغراه، أو لم يزجره، بل أغراه وزاد عدوه، وقلنا: الصيد للغاصب، خرّج على الخلاف في أن الإغراء يقطع حكم الابتداء، أم لا؟ إن قلنا: لا، وهو الأصح، فالصيد لصاحب الكلب، وإلا، فللغاصب الفضولي. قال الإمام: ولا يمتنع تخريج وجه باشتراكهما.

فرع: لو أصاب السهم الصيد بإعانة الريح، وكان يقصر عنه لولا الريح، حل قطعاً، لأنه لا يمكن الاحتراز عن هبوبها، هكذا صرح به الأصحاب كلهم، وأبدى الإمام فيه تردداً. ولو أصاب الأرض أو انصدم بحائط ثم ازدلف وأصاب الصيد، أو أصاب حجراً فنبأ عنه وأصاب الصيد أو نفذ فيه إلى الصيد، أو كان الرامي في نزاع القوس فانقطع الوتر وصدم الفوق فارتوى السهم وأصاب الصيد، حل على الأصح.

المرتبة الثانية: قصد جنس الحيوان، فلو أرسل سهماً في الهواء، أو فضاء من الأرض، لاختبار قوته، أو رمى إلى هدف، فاعترض صيد فأصابه وقتله، وكان لا يخطر له الصيد، أو كان يراه، ولكن رمى إلى الهدف. أو ذئب، ولا يقصد الصيد فأصابه، لم يحل على الأصح المنصوص، لعدم قصده. ولو كان يجيل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمريء من غير علم بالحال، فقطع الإمام وغيره: بأنها ميتة قد يجيء في هذا الخلاف وأيضاً الوجه المنقول فيما لو وقع السكين من يده. ولو أرسل كلباً حيث لا صيد، فاعترض صيد فقتله، لم يحل على المذهب. وفي «الكافي» للرويان وغيره: فيه وجهان.

ولو رمى ما ظنّه حجراً، أو جرثومة، أو آدمياً معصوماً، أو غير معصوم، أو خنزيراً، أو حيواناً آخر محرماً، فكان صيداً فقتله، أو ظنه صيداً غير مأكول فكان مأكولاً، أو قطع في ظلمة ما ظنه ثوباً، فكان حلق شاة، فانقطع الحلقوم والمريء، أو أرسل كلباً إلى شاخص يظنه حجراً، فكان صيداً، أو لم يغلب على ظنه شيء من ذلك، أو ذبح في ظلمة حيواناً يظنه محرماً، فبان أنه ذبح شاة، حل جميع ذلك على الصحيح. ولو رمى إلى شاته الربطة سهماً جارحاً، فأصاب الحلقوم والمريء وفاقاً، وقطعهما، ففي حل الشاة مع القدرة على ذبحها احتمال للإمام، وقال: ويجوز أن يفرّق بين أن يقصد المذبح بسهمه، وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح.

قلت: الأرجح: الحل. والله أعلم.

المرتبة الثالثة: قصد عين الحيوان، فإذا رمى صيداً يراه، أو لا يراه، لكن يحس به في ظلمة، أو من وراء حجاب، بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده، حل، فإن لم يعلم به، بأن رمى وهو لا يرجو صيداً فأصاب صيداً، ففيه الخلاف السابق في

المرتبة الثانية. وإن كان يتوقع صيداً فبنى الرمي عليه، بأن رمى في ظلمة وقال: ربما أصبت صيداً فأصابه، فأوجه: أصحها: التحريم. والثاني: يحل. والثالث: إن توقعه بظن غالب، حل، وإن كان مجرد تجويز، حرم. ولو رمى إلى سرب من الظباء، أو أرسل كلباً فأصاب واحدة منها، فهي حلال قطعاً. ولو قصد منها ظبية بالرمي، فأصاب غيرها، فأوجه: أصحها: الحل مطلقاً. والثاني: التحريم. والثالث: إن كان حالة الرمي يرى المصاب حل، وإلا، فلا. والرابع: إن كان المصاب من السرب الذي رآه ورماه، حل، وإلا، فلا. ومنهم من قطع بالحل، وسواء عدل السهم عن الجهة التي قصدها إلى غيرها، أم لا. ولو رمى شاخصاً يعتقده حجراً، وكان حجراً، فأصاب ظبية، لم تحل على الأصح، وبه قطع الصيدلاني وغيره. وإن كان الشاخص صيداً، ومال السهم عنه وأصاب صيداً آخر، ففيه الوجهان، وأولى بالحل. ولو رمى شاخصاً ظنه خنزيراً، وكان خنزيراً، أو صيداً فلم يصبه، وأصاب ظبية، لم يحل على الأصح فيهما، لأنه قصد محرماً. والخلاف فيما إذا كان خنزيراً أضعف. ولو رمى شاخصاً ظنه صيداً، فبان حجراً أو خنزيراً، أو أصاب السهم صيداً، قال في «التهذيب»: إن اعتبرنا ظنه فيما إذا رمى ما ظنه حجراً، فكان صيداً، وأصاب السهم صيداً آخر، وقلنا بالتحريم، فهنا يحل الصيد الذي أصابه. وإن اعتبرنا الحقيقة، وقلنا بالحل هناك، حرم هنا.

وأما إذا أرسل كلباً على صيد، فقتل صيداً آخر، فينظر، إن لم يعدل عن جهة الإرسال، بل كان فيها صيود، فأخذ غير ما أغراه عليه، حل على الصحيح كما في السهم، وإن عدل إلى جهة أخرى، فأوجه: أصحها: الحل، لأنه تعسر تكليفه ترك العدول، ولأن الصيد لو عدل فتبعه، حل قطعاً. والثاني: يحرم. والثالث وهو اختيار «صاحب الحاوي»: إن خرج عادلاً عن الجهة، حرم، وإن خرج إليها ففاته الصيد، فعُدل إلى غيرها وصاد، حل، لأنه يدل على حذقه حيث لم يرجع خائباً. وقطع الإمام بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله واختياره بأن امتد في جهة الإرسال زماناً ثم ثار صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر.

وأما كون الجرح مزهقاً، فيخرج منه ما لو مات بصدمة أو افتراس سبع، أو أعان ذلك الجرح غيره على ما بيّننا في نظائره، فلا يحل. ولو غاب عنه الكلب والصيد، ثم وجده ميتاً، لم يحل على الصحيح، لاحتمال موته بسبب آخر، ولا أثر لتضمخه بدمه، فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى. وإن جرحه فغاب، ثم أدركه ميتاً، فإن انتهى إلى حركة المذبوح بالجرح، حل، ولا أثر لغيبته. وإن لم ينته، فإن وجد في ماء، أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى، لم يحل. وإن لم يكن

عليه أثر آخر، فثلاث طرق. أحدها: يحل قطعاً. والثاني: يحرم قطعاً. وأصحها: على قولين. أظهرهما عند الجمهور من العراقيين وغيرهم: التحريم. وأظهرهما: عند صاحب «التهذيب»: التحليل، وتسمى هذه: مسألة الإنماء.

قلت: الحل أصح دليلاً. وصححه أيضاً الغزالي في «الإحياء»: وثبتت فيه الأحاديث الصحيحة^(١)، ولم يثبت في التحريم شيء، وعلق الشافعي الحل على صحة الحديث. والله أعلم.

فصل: تستحب التسمية عند الذبح، وعند إرسال الكلب والسهم. وقد سبق بيان ذلك، وما يتفرع عليه، في باب الأضحية.

فصل: في بيان ما يملك به الصيد

يملك بطرق:

منها: أن يضبطه بيده، ولا يعتبر قصد التملك في أخذه بيده، حتى لو أخذ صيداً لينظر إليه، ملكه. ولو سعى خلف صيد فوقف الصيد للإعياء، لم يملكه حتى يأخذه بيده.

ومنها: أن يجرحه جراحة مذقفة، أو يرميه فيثخنه ويزمنه، فيملكه، وكذا إن كان طائراً فكسر جناحه، فعجز عن الطيران والعدو جميعاً. ويكفي للتملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه. ولو جرحه فعضش فثبت، لم يملكه إن كان العطش لعدم الماء. وإن كان لعجزه عن الوصول إلى الماء، ملكه، لأن عجزه بالجراحة.

ومنها: وقوعه في شبكة منصوبة له. فلو طرده طارد فوق في الشبكة، فهو لصاحب الشبكة، لا للطارد. وفي «الحاوي»: أنه لو وقع في شبكة ثم تقطعت فأفلت الصيد، فإن كان ذلك بقطع الصيد الواقع، عاد مباحاً، فيملكه من صاده، وإلا، فهو باقٍ على ملك صاحب الشبكة، فلا يملكه غيره. وقال الغزالي في «الوسيط» في باب النثر: لو وقع في شبكته فأفلت، لم يزل ملكه على الصحيح.

(١) ومنها ما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٥٤٧٧، ٥٤٨٣، ٥٤٨٧، ٧٣٩٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٩٢٩) من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله إني أرسل الكلاب المعلمة فيُمسكن عليّ، وأذكر اسم الله عليه فقال: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه فكل» قلت: وإن قتلن؟ قال: «وإن قتلن، ما لم يشركها كلب ليس معها» قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد فأصيب، فقال: «إذا رميت بالمعراض فخرق فكله، وإن أصابه بعرضه فلا تأكله».

ومنها: إذا أرسل كلباً فأثبت صيداً، ملكه، فلو أرسل سبُعاً آخر فعقره وأثبتته، قال في «الحاوي»: إن كان له يد على السبُع، ملكه كإرسال الكلب، وإلا، فلا. وإن أفلت الصيد بعد ما أخذه الكلب، ففي «البحر»: أن بعض الأصحاب قال: إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه، لم يملكه، وإلا، فوجهان: لأنه لم يقبضه، ولا زال امتناعه.

قلت: أصحابهما: لا يملكه. والله أعلم.

ومنها: إذا ألجأه إلى مضيق لا يقدر على الانفلات منه، ملكه. وذلك بأن يدخله بيتاً ونحوه. وقد يرجع جميع هذا إلى شيء واحد، فيقال: سبب ملك الصيد إبطال امتناعه، وحصول الاستيلاء عليه، وذلك يحصل بالطرق المذكورة.

فرع: لو توخَّل صيد بمزرعته وصار مقدوراً عليه فوجهان: أحدهما: يملكه كما لو وقع في شبكته. وأصحابهما: لا، لأنه لا يقصد بسقي الأرض الاصطياد. قال الإمام: الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الأرض بما يقصد به توكل الصيد، فإن كان يقصد، فهو كنصب الشبكة. ولم يتعرض الروياني لمزرعة الشخص، بل قال: لو توكل وهو في طلبه، لم يملكه، لأن الطين ليس من فعله. فلو كان هو أرسل الماء في الأرض، ملكه، لأن الوكل حصل بفعله، فهو كالشبكة. ويشبه أن يرجع هذا إلى ما ذكره الإمام من قصد الاصطياد بالسقي. ولو وقع صيد في أرضه وصار مقدوراً عليه، أو عشن طائر فيها وباض وفرخ، وحصلت القدرة على البيض والفرخ، لم يملكه على الأصح، وبه قطع في «التهذيب» وقال: لو حفر حفرة لا للصيد، فوقع فيها صيد، لم يملكه. وإن حفر للصيد، ملك ما وقع فيه.

ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج، ملكه، قال الإمام: قال الأصحاب: إذا قلنا: لا يملكه صاحب الدار، فهو أولى بتملكه، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه. فإن فعل، فهل يملكه؟ وجهان كمن تحجر مواتاً وأحياه غيره، هل يملكه؟ وهذه الصورة أولى بثبوت الملك، لأن التحجر، للإحياء، ولا يقصد ببناء الدار تملك الصيد الواقع فيها. ولو قصد ببناء الدار، تعشيش الطائر، فعشش فيها طير، أو وقعت الشبكة من يده بغير قصد، فتعقل بها صيد، فوجهان: لأنه وجد في الأولى قصد، لكنه ضعيف. وفي الثانية: حصل استيلاء بملكه، لكن بلا قصد. والأصح: أنه يملك في الأولى. دون الثانية.

فرع: لو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة، أو حوض صغير على شط نهر، ملكها كما سبق فيمن ألجأ صيداً إلى مضيق. والصغير ما يسهل أخذها منه. فلو دخلت بنفسها، عاد الخلاف فيما إذا دخل الصيد ملكه. فإن قلنا بالأصح: إنه لا يملك

بالدخول، فسد منافذ البركة، ملكها، لأنه تسبب إلى ضبطها. ولو اضطرها إلى بركة واسعة يعسر أخذ السمكة منها، أو دخلتها السمكة فسد منافذها، لم يملكها، لكن يثبت له اختصاص كالمتحجر.

فرع: لو دخل بستان غيره وصاد فيه طائراً، ملكه الصائد بلا خلاف.

فصل: من ملك صيداً، ثم أفلت منه، لم يزل ملكه عنه. ومن أخذه، لزمه رده إليه، وسواء كان يدور في البلد وحوله، أو التحق بالوحوش. ولو أرسله مالكة، لم يزل عنه ملكه على الأصح المنصوص كما لو سبب دابته، ولا يجوز ذلك، لأنه يشبه سوائب الجاهلية، ولأنه قد يختلط بالمباح فيصاد. وقيل: يزول. وقيل: إن قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى، زال، وإلا، فلا. فإن قلنا: يزول، عاد مباحاً، فمن صاده ملكه، وإن قلنا: لا يزول، لم يجز لغيره أن يصيده إذا عرفه. فإن قال عند الإرسال: أبحت له من أخذه، حصلت الإباحة، ولا ضمان على من أكله، لكن لا ينفذ تصرفه فيه. وإذا قلنا بالوجه الثالث، فأرسله تقرباً إلى الله تعالى، فهل يحل اصطياؤه لرجوعه إلى الإباحة، أم لا، كالعبد المعتق؟ وجهان:

قلت: الأصح: الحل، لئلا يصير في معنى سوائب الجاهلية. والله أعلم. ولو ألقى كسرة خبز مُعرّضاً، فهل يملكها من أخذها؟ فيه وجهان مرتبان على إرسال الصيد. وأولى بأن لا يملك، بل تبقى على ملك الملقى، لأن سبب الملك في الصيد، اليد، وقد أزالها. قال الإمام: هذا الخلاف في زوال الملك، وما فعله إباحة للطاعم في ظاهر المذهب، لأن القرائن الظاهرة، تكفي الإباحة. هذا لفظ الإمام، ويوضحه ما نقل عن الصالحين من النقاط السنبال.

قلت: الأصح: أنه يملك الكسرة والسنبال ونحوها، ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره، وهذا ظاهر أحوال السلف، ولم يحك أنهم منعوا من أخذ شيئاً من ذلك، من التصرف فيه. والله أعلم.

فرع: لو أعرض عن جلد ميتة، فأخذه غيره ودبغه، ملكه على المذهب، لأنه لم يكن مملوكاً للأول، وإنما كان له اختصاص ضعيف زال بالإعراض.

فرع: من صاد صيداً عليه أثر ملك، بأن كان موسوماً، أو مقرطاً، أو مخضوباً، أو مقصوص الجناح، لم يملكه، لأنه يدل على أنه كان مملوكاً فأفلت، ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم، ففعل به ذلك ثم أرسله، فإنه تقدير بعيد.

فرع: لو صاد سمكة في جوفها درة مثقوبة، لم يملك الدرة، بل تكون لقطة. وإن كانت غير مثقوبة، فهي له مع السمكة. ولو اشترى سمكة فوجد في جوفها درة غير مثقوبة، فهي للمشتري. وإن كانت مثقوبة، فهي للبائع إن ادعاها، كذا قال في

«التهذيب». ويشبه أن يقال: الدرة لصائد السمكة، كالكنز الموجود في الأرض يكون لمحبيها.

فصل: إذا تحوّل بعض حمام برجه إلى برج غيره. فإن كان المتحوّل ملكاً للأول، لم يزل ملكه عنه، ويلزم الثاني رده. فإن حصل بينهما بيض أو فرخ، فهو تبع للأنثى دون الذكر. ولو ادّعى تحوّل حمامه إلى برج غيره، لم يصدّق إلا ببينة، والورع أن يصدّقه، إلا أن يعلم كذبه. وإن كان المتحول مباحاً دخل برج الأول، فعلى الخلاف السابق في دخول الصيد ملكه. فإن قلنا بالأصح: إنه لا يملكه، فللثاني أن يملكه ومن دخل برجه حمام وشك هل هو مباح، أم مملوك؟ فهو أولى به، وله التصرف فيه، لأن الظاهر أنه مباح. ولو تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره، وعسر التمييز، ففي «التهذيب»: أنه لو اختلط حمامة واحدة بحماماته، فله أن يأكل بالاجتهاد واحدة حتى تبقى واحدة. كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره. والذي حكاه الروياني: أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصلح ذلك الغير أو يقاسمه. ولهذا قال بعض مشايخنا: ينبغي للمتقي أن يجتنب طير البروج، وأن يجتنب بناءها. ونقل الإمام وغيره: أنه ليس لواحد منهما التصرف في شيء منها بيع أو هبة لثالث، لأنه لا يتحقق الملك. ولو باع أحدهما أو وهب للآخر، صح على الأصح، وتحتمل الجهالة للضرورة. ولو باعا الحمام المختلط كلّهُ أو بعضه لثالث، ولا يعلم كل واحد منهما عين ماله، فإن كانت الأعداد معلومة كمائتين ومئة، والقيمة متساوية، ووزعا الثمن على أعضادهما، صح البيع باتفاق الأصحاب، وإن جهلا العدد، لم يصح، لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن. فالطريق أن يقول كل واحد: بعتك الحمام الذي لي في هذا البرج بكذا، فيكون الثمن معلوماً. ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة. قال في «الوسيط»: لو تصالحا على شيء، صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع، ويقرب من هذا، ما أطلق في مقاسمتهم.

واعلم أن الضرورة قد تجوّز المسامحة ببعض الشروط المعتمدة في العقود، كالكاfer إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار، يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوي أو بالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق، فيجوز أن تصح القسمة هنا أيضاً بحسب تراضيهما، ويجوز أن يقال: إذا قال كل منهما: بعته مالي من حمام هذا البرج بكذا، والأعداد مجهولة، يصح أيضاً مع الجهل بما يستحق كل واحد منهما، والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه. ولو باع أحدهما جميع حمام البرج بإذن الآخر، فيكون أصيلاً في البعض ووكيلاً في البعض، جاز، ثم يقتسمان الثمن.

فرع: لو اختلطت حمامة مملوكة، أو حمامات بحمامات مباحة محصورة، لم يجز الاصطياد منها. ولو اختلطت بحمام ناحية، جاز الاصطياد في الناحية. ولا يتغير حكم ما لا يحصر في العادة باختلاط ما يحصر به. وإن اختلط حمام أبراج مملوكة لا يكاد يحصر بحمام بلدة أخرى مباحة، ففي جواز الاصطياد منها وجهان: أصحهما: يجوز، وإليه ميل معظم الأصحاب.

قلت: من أهم ما يجب معرفته، ضبط العدد المحصور، فإنه يتكرر في أبواب الفقه وقل من بينه، قال الغزالي في «الإحياء» في كتاب الحلال والحرام: تحديد هذا غير ممكن، وإنما يضبط بالتقريب. قال: فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد، يعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر، كالألف ونحوه، فهو غير محصور. وما سهل كالعشرة والعشرين، فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن. وما وقع فيه الشك، استفتي فيه القلب. والله أعلم.

فرع: إذا انثالت حنطته على حنطة غيره، أو انصب مائه في مائه، وجهلا قدرهما، فليكن الحكم فيهما على ما ذكرنا في الحمام المختلط.

فرع: لو ملك الماء بالاستقاء، ثم انصب في نهر، لم يزل ملكه منه، ولا يمنع الناس من الاستقاء، وهو في حكم اختلاط المحصور بغير محصور.

قلت: ولو اختلط درهم حرام، أو دراهم بدراهمه ولم تتميز، أو دهن بدهن، أو نحو ذلك، قال الغزالي في «الإحياء» وغيره من أصحابنا: طريقه: أن يفصل قدر الحرام فيصرفه إلى الجهة التي يحب صرفه إليها، ويبقى الباقي له يتصرف فيه بما أراد. والله أعلم.

فصل: في الاشتراك والازدحام على الصيد

وله أربعة أحوال:

الحال الأول: أن يتعاقب جرحان من اثنين. فالأول منهما إن لم يكن مذقفاً ولا مزمناً، بل بقي على امتناعه، وكان الثاني مذقفاً أو مزمناً، فالصيد للثاني، ولا شيء على الأول بجراحته. وإن كان جرح الأول مذقفاً، فالصيد للأول، وعلى الثاني أرش ما نقص من لحمه وجلده. وإن كان جرح الأول مزمناً، فله الصيد به، وينظر في الثاني، فإن ذقّف بقطع الحلقوم والمريء، فهو حلال للأول، وعلى الثاني ما بين قيمته مذبوحاً ومزمناً. قال الإمام: وإنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة، فإن كان متألماً، بحيث لو لم يذبح لهلك، فما عندي أنه ينقص منه بالذبح شيء. وإن ذقّف الثاني لا بقطع الحلقوم والمريء، أو لم يذقّف ومات بالجرحين، فهو ميتة.

وكذا الحكم لو رمى إلى صيد فأزمنه، ثم رمى إليه ثانياً وذُفِّفَ لا بقطع المذبح، ويجب على الثاني كمال قيمة الصيد مجروحاً إن ذُفِّفَ. فإن جرح بلا تذييف، ومات بالجرحين، ففيما يجب عليه كلام له مقدمة نذكرها أولاً، وهي: إذا جنى رجل على عبد أو بهيمة، أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير، جراحة أرشها دينار، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضاً، فمات بالجرحين، ففيما يلزم الجارحين، أوجه:

أحدها: يجب على الأول خمسة دنانير، وعلى الثاني أربعة ونصف، لأن الجرحين سرياً وصاراً قتلاً، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته، قاله ابن سريج، وضعفه الأئمة، لأن فيه ضياع نصف دينار على المالك.

والثاني، قاله المزني، وأبو إسحاق، والقفال: يلزم كل واحد خمسة. وعلى هذا لو نقصت جناية الأول ديناراً، والثاني دينارين، لزم الأول أربعة ونصف، والثاني خمسة ونصف، ولو نقصت جناية الأول دينارين، والثاني ديناراً، انعكس، فيلزم الأول خمسة ونصف، والثاني أربعة ونصف. وضعفوا هذا الوجه، لأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال جنايتهما.

والوجه الثالث، حكاه الإمام عن القفال أيضاً: يلزم الأول خمسة ونصف، والثاني خمسة، لأن جناية كل واحد نقصت ديناراً، ثم سرتا، والأرث يسقط إذا صارت الجناية نفساً، فيسقط عن كل واحد نصف الأرث، لأن الموجود منه نصف القتل. واعترض عليه، بأن فيه زيادة الواجب على المتلف. وأجاب القفال، بأن الجناية قد تنجرُّ إلى إيجاب زيادة، كمن قطع يدي عبد فقتله آخر، وأجيب عنه، بأن قاطع اليدين لا شركة له في القتل، والقتل يقطع أثر القتل، ويقع موقع الاندمال، وهنا بخلافه.

والوجه الرابع، قال أبو الطيب بن سلمة: يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته، ونصف الأرث، لكن لا يزيد الواجب على القيمة، فيجمع ما لزمهما تقديراً، وهو عشرة ونصف، ويقسم القيمة وهي عشرة على العشرة والنصف، ليراعي التفاوت بينهما، فتبسط أنصافاً، فتكون أحداً وعشرين، فيلزم الأول أحد عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من عشرة، ويلزم الثاني عشرة من أحد وعشرين من عشرة، وفيه ضعف، لإفراد أرث الجناية عن بدل النفس.

والوجه الخامس، عن صاحب «التقريب» وغيره، واختاره الإمام، والغزالي: يلزم الأول خمسة ونصف، والثاني أربعة ونصف، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية، لزمه العشرة، فلا يسقط عنه إلا ما يلزم الثاني، والثاني إنما جنى على نصف ما يساوي تسعة، وفيه ضعف أيضاً.

والوجه السادس، قاله ابن خيران، واختاره صاحب «الإفصاح»، وأطبق العراقيون على ترجيحه: أنه يجمع بين القيمتين، فيكون تسعة عشر، فيقسم عليه ما فوّتا وهو عشرة، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من عشرة، وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من عشرة.

أما إذا كان الجناة ثلاثة، وأرّش كل جناية دينار والقيمة عشرة، فعلى طريقة المزني: يلزم كل واحد منهم ثلاثة وثلث. وعلى الوجه الثالث: يلزم الأول أربعة، منها ثلاثة وثلث هي ثلث القيمة، وثلثان وهما ثلثا الأرّش. ويلزم الثاني ثلاثة وثلثان، ثلاثة منها ثلث القيمة يوم جنايته، وثلثان هما ثلث الأرّش، ويلزم الثالث ثلاثة، منها ديناران وثلث هي ثلث القيمة يوم جنايته، وثلثان هما ثلثا الأرّش، فالجملة عشرة وثلثان. وعلى الوجه الرابع: تورّع العشرة على عشرة وثلثين. وعلى الخامس: يلزم الأول أربعة وثلث، والثاني ثلاثة، والثالث ديناران وثلثان. وعلى السادس: تجمّع القيم، فتكون سبعة وعشرين، فتقسم العشرة عليها.

أما إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة، وأجنبى أخرى، فينظر في جناية المالك، أي الأولى، أم الثانية؟ وتخرج على الأوجه، فتسقط حصته وتجب حصّة الأجنبى. وعن القاضي أبي حامد: أن المذكور في الجنايتين على العبد، هو فيما إذا لم يكن للجناية أرّش مقدّر، فإن كان، فليس العبد فيها كالبهيمة والصيد المملوك، حتى لو جنبى على عبد غيره جناية ليس لها أرّش مقدّر، وقيمتها مئة، فنقصته الجناية عشرة، ثم جنبى آخر جناية لا أرّش لها، فنقصت عشرة أيضاً، ومات العبد منهما، فعلى الأول خمسة وخمسون، وعلى الثاني خمسون يدفع منها خمسة إلى الأول. قال: فلو قطع رجل يد عبد قيمته مئة، ثم قطع آخر يده الأخرى، لزم الأول نصف أرّش اليد وهو خمسة وعشرون، ونصف قيمته يوم جنايته وهو خمسون، ولزم الثاني نصف أرّش اليد، وهو خمسة وعشرون، ونصف القيمة يوم جنايته وهو أربعون، فالجملة مئة وأربعون جميعها للسيد، لأن الجناية التي لها أرّش مقدّر، يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد، كما لو قطع يديه فقتله آخر.

هذا بيان المقدمة، ونعود إلى مسألة الصيد فنقول: إذا جرح الثاني جراحة غير مذقّفه، ومات الصيد بالجرحين، نظر، إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه، لزم الثاني تمام قيمته مزمناً، لأنه صار ميتة بفعله، بخلاف ما لو جرح شاة نفسه، وجرحها آخر وماتت، فإنه لا يجب على الثاني إلا نصف القيمة، لأن كل واحد من الجرحين هناك حرام، والهلاك حصل بهما، وهنا فعل الأول اكتساب وذكاة. ثم

مقتضى كلامهم أن يقال: إذا كان الصيد يساوي عشرة غير مزمّن، وتسعة مزمناً، لزم الثاني تسعة.

واستدرك صاحب «التقريب» فقال: فعل الأول وإن لم يكن إفساداً، فيؤثر في الذبح وحصول الزهوق قطعاً، فينبغي أن يعتبر فيقال: إذا كان غير مزمّن يساوي عشرة، ومزمناً تسعة، ومذبوحاً ثمانية، لزمه ثمانية ونصف، فإن الدرهم أثر في فواته الفعال، فيوزّع عليهما. قال الإمام: وللنظر في هذا مجال، ويجوز أن يقال: المفسد يقطع أثر فعلي الأول من كل وجه. والأصح: ما ذكره صاحب «التقريب». وإن تمكّن من ذبحه فذبحه، لزم الثاني أرش جراحته إن نقص بها، وإن لم يذبحه وتركه حتى مات، فوجهان: أحدهما: لا شيء على الثاني سوى أرش النقص، لأن الأول مقصّر بترك الذبح. وأصحهما: يضمن زيادة على الأرش، ولا يكون تركه الذبح مسقطاً للضمان، كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكن، لا يسقط الضمان. فعلى هذا فيما يضمن وجهان: قال الإصطخري: كمال قيمته مزمناً، كما لو ذُق، بخلاف ما إذا جرح عبده أو شاته وجرحه غيره أيضاً، لأن كل واحد من الفعل هناك إفساد، والتحريم حصل بهما، وهنا الأول إصلاح. والأصح وقول جمهور الأصحاب: لا يضمن جميع القيمة، بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره، لأن الموت حصل بهما، وكلاهما إفساد. أما الثاني، فظاهر. وأما الأول، فلأن ترك الذبح مع التمكن، يجعل الجرح وسرايته إفساداً. ولهذا لو لم يوجد الجرح الثاني فترك الذبح، كان الصيد ميتة. فعلى هذا تجيء الأوجه في كيفية التوزيع على الجرحين، فحصة الأول تسقط، وحصة الثاني تجب.

الحال الثاني: إذا وقع الجرحان معاً، نظر إن تساويا في سبب الملك، فالصيد بينهما، وذلك بأن يكون كل واحد مذقفاً، أو مزمناً لو انفرد، أو أحدهما مزمناً، والآخر مذقفاً، وسواء تفاوتت الجرحان صغيراً وكبيراً، أو تساويا، أو كانا في المذبح، أو غيره، أو أحدهما فيه، والآخر في غيره. وإن كان أحدهما مذقفاً، أو مزمناً لو انفرد والآخر غير مؤثر، فالصيد لمن ذُق أو أزمّن، ولا ضمان على الثاني، لأنه لم يجرح ملك الغير. ولو احتمل أن يكون الإزمان بهما أو بأحدهما، فالصيد بينهما في ظاهر الحكم، ويستحب أن يستحل كل واحد الآخر تورعاً. ولو علمنا أن أحدهما مذقّف، وشكنا هل للآخر أثر في الإزمان والتذيف، أم لا؟ قال القفال: هو بينهما. فليل له: لو جرح رجل جراحة مذقفة، وجرحه آخر جراحة لا ندري أهى مذقفة، أم لا؟ فمات، فقال: يجب القصاص عليهما. قال الإمام: هذا بعيد، والوجه تخصيص القصاص بصاحب المذقفة. وفي الصيد، يسلم نصفه لمن جرحه مذقفاً،

ويوقف نصفه بينهما إلى التصالح أو تبين الحال. فإن لم يتوقع بيان، جعل النصف الآخر بينهما نصفين.

الحال الثالث: إذا ترتب الجرحان، وأحدهما مزمّن لو انفرد، والآخر مذفّف وارد على المذبح، ولم يعرف السابق، فالصيد حلال. فإن اختلفا وادعى كل واحد أنه جرحه أولاً وأزمّنه، وأنه له، فلكل واحد تحليف الآخر. فإن حلفا، فالصيد بينهما، ولا شيء لأحدهما على الآخر. فإن حلف أحدهما فقط، فالصيد له، وله على الناكل أرش ما نقص بالذبح. ولو ترتبا، وأحدهما مزمّن، والآخر مذفّف في غير المذبح، ولم يعرف السابق، فالمذهب: أن الصيد حرام، لاحتمال تقدم الإزمان، فلا يحل بعده إلا بقطع الحلقوم والمريء. وقيل: فيه قولان، كمسألة الإنماء السابقة. ووجه الشبه: اجتماع المبيح والمحرم.

والفرق على المذهب: أنه يقدّم هناك جرح يحال عليه. فإن ادعى كل واحد أنه أزمّنه أولاً، وأن الآخر أفسده، فلكل واحد تحليف الآخر. فإن حلفا، فذاك. وإن حلف أحدهما، لزم الناكل قيمته مزمناً. ولو قال الجراح أولاً: أزمّنته أنا، ثم أفسدته بقتلك، فعليك القيمة. وقال الثاني: لم تزمّنه، بل كان على امتناعه إلى أن رميته فأزمّنته أو ذفّفته. فإن اتفقا على عين جراحة الأول، وعلمنا أنه لا يبقى امتناع معها، فكسر جناحه، وكسر رجل الممتنع بعدّوه، فالقول قول الأول بلا يمين، وإلا، فقول الثاني، لأن الأصل بقاء الامتناع. فإن حلف، فالصيد له، ولا شيء عليه للأول، وإن نكل، حلف الأول، واستحق قيمته مجروحاً بالجراحة الأولى، ولا يحل الصيد، لأنه ميتة بزعمه. وهل للثاني أكله؟ وجهان: قال القاضي الطبري: لا، لأن إلزامه القيمة حكم بأنه ميتة. وقيل: نعم، لأن النكول في خصومة الأدمي لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو علمنا أن الجراحة المذفّفة سابقة على التي لو انفردت لكانت مزمّنة، فالصيد حلال. فإن قال كل واحد: أنا ذفّفته، فلكل تحليف الآخر. فإن حلفا، كان بينهما. وإن حلف أحدهما، فالصيد له، وعلى الآخر ضمان ما نقص.

فرع: قال الشافعي رحمته الله في «المختصر»: لو رماه الأول والثاني، ولم يدر أجعله الأول ممتنعاً، أم لا، جعلناه بينهما نصفين. واعتُرض عليه فقيل: ينبغي أن يحرم هذا الصيد، لاجتماع ما يقتضي الإباحة والتحريم. وبتقدير الحل، ينبغي أن لا يكون بينهما، بل لمن أثبتته. واختلف في الجواب، فقيل: النص محمول على ما إذا أصاب المذبح، فيحل، سواء أصابه الأول أو الثاني، أو على ما إذا رمياه ولم يمت، ثم أدركه أحدهما، فذكاه، ثم اختلفا فيه. وإنما كان بينهما، لأنه في أيديهما. وقد

يجعل الشيء لاثنين، وإن كنا نعلمه في الباطن لأحدهما، كمن مات عن ابنين، مسلم ونصراني، وادعى كل واحد أنه مات على دينه. وحمل أبو إسحاق النص على ظاهره فقال: إذا رمياه مات، ولم يدر أثبتة الأول، أم الثاني، كان الأصل بقاؤه على امتناعه إلى أن عقره الثاني، فيكون عقره ذكاة، ويكون بينهما لاحتمال الإثبات من كليهما ولا مزية. وقيل: في حله قولان، كمسألة الإنماء.

الحال الرابع: إذا ترتب الجرحان وحصل الإزمان بمجموعهما، وكل واحد لو انفرد لم يزمن، فالأصح عند الجمهور: أن الصيد للثاني. وقيل: بينهما، ورجحه الإمام، والغزالي فإن قلنا: إنه للثاني، أو كان الجرح الثاني مزماً لو انفرد، فلا شيء على الأول بسبب جرحه. فلو عاد بعد إزمان الثاني، وجرحه جراحة أخرى، نظر، إن أصاب المذبح، فهو حلال، وعليه للثاني ما نقص من قيمته بالذبح، وإلا حرم، وعليه إن ذُق، قيمته مجروحاً بجراحته الأولى، وجراحة الثاني، وكذا إن لم يذُق ولم يتمكن الثاني من ذبحه، فإن تمكن وترك الذبح، عاد الخلاف السابق. فعلى أحد الوجهين ليس على الأول إلا أرش الجراحة الثانية، لتقصير المالك، وعلى أصحابهما: لا يقصر الضمان عليه. وعلى هذا، ففي وجه: عليه نصف القيمة. وخرجه جماعة على الخلاف فيمن جرح عبداً مرتداً فأسلم فجرحه سيده، ثم عاد الأول وجرحه ثانية ومات منهما وفيما يلزمه وجهان: أحدهما: ثلث القيمة. والثاني: ربعها، قاله القفال. فعلى هذا، يجب هنا ربع القيمة. وعن صاحب «التقريب»: أنه تعود في التوزيع الأوجه السابقة. واختار الغزالي وجوب تمام القيمة. والمذهب: التوزيع، كما سبق.

فرع: الاعتبار في الترتيب والمعية بالإصابة، لا بابتداء الرمي.

فصل: في مسائل منتورة

إحداها: وقع بعيران في بئر، أحدهما فوق الآخر، فطعن الأعلى، فمات الأسفل بثقله، حرم الأسفل. فإن نفذت الطعنة فأصابته أيضاً، حلاً جميعاً. فإن شك، هل مات بالثقل، أو الطعنة النافذة، وقد علم أنها أصابته قبل مفارقة الروح؟ حل. وإن شك، هل أصابته قبل مفارقة الروح، أم بعدها؟ قال صاحب «التهذيب» في «الفتاوى»: يحتمل وجهين بناءً على العبد الغائب المنقطع خبره، هل يجزىء إعتاقه عن الكفارة.

الثانية: رمى غير مقدور عليه فصار مقدوراً عليه، ثم أصاب غير المذبح، لم يحل. ولو رمى مقدوراً عليه فصار غير مقدور عليه فأصاب مذبحه، حل.

الثالثة: أرسل سهمين فأصابا معاً، حل. وإن أصاب أحدهما بعد الآخر. فإن أزمناه الأول ولم يصب الثاني المذبح، لم يحل. وإن أصابه، حل وإن لم يزمناه الأول، وقتله الثاني، حل. وكذا لو أرسل كلبين، فأزمناه الأول، وقتله الثاني، لم يحل، قطع المذبح، أم لا؟ وكذا لو أرسل سهماً وكلباً، إن أزمناه السهم ثم أصابه الكلب، لم يحل. وإن أزمناه الكلب، ثم أصاب السهم المذبح، حل.

الرابعة: صيد دخل دار إنسان وقلنا بالصحيح: إنه لا يملكه، فأغلق أجنبي الباب، لا يملكه صاحب الدار، ولا الأجنبي، لأنه متعّد لم يحصل الصيد في يده، بخلاف ما لو غصب شبكة واصطاد بها.

الخامسة: لو أخذ الكلب المعلم صيداً بغير إرسال، ثم أخذه أجنبي من فيه، ملكه الآخذ على الصحيح، كما لو أخذ فرخ طائر من شجرته. وغير المعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيداً، فأخذه غيره من فيه وهو حيّ، وجب أن يكون للمرسل، ويكون إرساله كنصب شبكة تعقّل بها الصيد. ويحتمل خلافه، لأن للكلب اختياراً.

السادسة: تعقل الصيد بالشبكة، ثم قلعهها وذهب بها، فأخذه إنسان، نظر، إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة، ملكه الآخذ، وإن كان ثقل الشبكة يبطل امتناعه، بحيث يتيسر أخذه، فهو لصاحب الشبكة لا يملكه غيره.

السابعة: إذا أرسل كلبه فحبس صيداً، فلما انتهى إليه، أفلت، فهل يملكه من أخذه، أم هو ملك الأول بالحبس؟ وجهان. قلت: أصحهما: يملكه الآخذ. والله أعلم.

الثامنة: رجلان أقام كل واحد منهما بيّنة أنه اصطاد هذا الصيد، ففيه القولان في تعارض البيّنتين.

التاسعة: رجل في يده صيد، فقال آخر: أنا اصطدته، فقال صاحب اليد: لا علم لي بذلك. قال ابن كج: لا يقنع منه بهذا الجواب، بل يدّعيه لنفسه أو يسلمه إلى مدّعيه.

قلت: لو أخبر فاسق أو كتابي أنه ذكّي هذه الشاة، قبلناه، لأنه من أهله، ذكره في «التتمة». ولو وجد شاة مذبوحة، ولم يدر أذبحها مسلم، أو كتابي، أم مجوسي؟ فإن كان في البلد مجوس ومسلمون، لم يحل، للشك في الذكاة المبيحة. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأطعمة^(١)

فيه بابان:

الباب الأول: في حال الاختيار

قال الأصحاب: ما يتأتى أكله من الجماد والحيوان، لا يمكن حصر أنواعه، لكن الأصل في الجميع الحل، إلا ما يستثنيه أحد أصول:

الأول: نص الكتاب أو السنة على تحريمه، كالخنزير، والخمر، والنبيد، والميتة، والدم، والمنخقة، والموقوذة، والنطيحة، والحُمُر الأهلية. ويحل الحمار الوحشي، والخيول، والمتولد بينهما. وتحرم البغال وسائر ما يتولد من مأكول وغيره، سواء كان الحرام من أصله، الذكر أو الأنثى. ويحرم أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطائر. والمراد: ما يعدو على الحيوان ويتقوى بنابه، فيحرم الكلب، والأسد، والذئب، والنمر، والدب، والفهد، والقرد، والفيل، والببر.

قلت: هو الببر - بباءين موحدتين - الأولى مفتوحة، والثانية ساكنة، وهو حيوان معروف يعادي الأسد، ويقال له: الفُرانق - بضم الفاء وكسر النون - . والله أعلم.

واختار أبو عبد الله البوشنجي من أصحابنا مذهب مالك، فقال: يحل الفيل، وقال: لا يعدو من الفيلة إلا الفحل المغتلم، كالإبل. والصحيح: تحريمه. ويحرم من الطير: البازي، والشاهين، والنسر، والصقر، والعقاب، وجميع جوارح الطير.

فرع: يحل الضب، والضبع، والثعلب، والأرنب، واليربوع. ويحرم ابن آوى، وابن مَفْرَض على الأصح عند الأكثرين، وبه قطع المراوذة. ويحل الوبر، والدُّلدل على الأصح المنصوص. والهرة الأهلية حرام على الصحيح، وقال البوشنجي: حلال. والوحشية حرام على الأصح، وقال الخضرى: حلال. ويحل السمور، والسنجاب، والفَنك، والقماقم، والحَواصل، على الأصح المنصوص.

الثاني: الأمر بقتله. قال أصحابنا: ما أمر بقتله من الحيوان، فهو حرام، كالحية، والعقرب، والفأرة، والغراب، والحِدَاة، وكل سبع ضار، ويدخل في هذا،

(١) الأطعمة جمع طعام وهو ما يأكله الإنسان ويتغذى به من الأقوات وغيرها أو يشربها.

الأسد والذئب وغيرهما مما سبق. وقد يكون للشيء سببان، أو أسباب تقتضي تحريمه.

فرع: تحرم البَغَاة، والرخمة. وأما الغراب، فأنواع:

منها: الأبقع وهو فاسق محرم بلا خلاف.

ومنها: الأسود الكبير، ويقال له: الغُذاف الكبير، ويقال: الغراب الجبلي، لأنه يسكن الجبال، وهو حرام على الأصح، وبه قطع جماعة.

ومنها: غراب الزرع، وهو أسود صغير يقال له: الزاغ، وقد يكون محمّر المنقار والرجلين، وهو حلال على الأصح.

ومنها: غراب آخر صغير أسود، أو رمادي اللون. وقد يقال له: الغداف الصغير، وهو حرام على الأصح، وكذا العُقْعَق.

الثالث: ما نهى عن قتله، فهو حرام فيحرم النمل، والنحل، والخُطّاف، والضُرْد، والهُدُود على الصحيح في الجميع. ويحرم الخفاش قطعاً، وقد يجري فيه الخلاف. ويحرم اللقلق على الأصح.

فرع: كل ذات طوق من الطير، حلال، واسم الحمام يقع على جميعها، فيدخل فيه القُمري، والدُّبسي، واليمام، والفَواخت. وأدرج في هذا القسم: الوَرشَان، والقَطَا، والحجل، وكلها من الطيِّبات. وما على شكل العصفور في حدّه، فهو حلال، ويدخل في ذلك الصَّعْوَة، والرُّزُور، والنُّعْر، والبلبل، وتحل الحُمرة، والعندليب على الصحيح فيهما. وتحل النعامة، والدجاج، والكركي، والحُبّارى. وفي البغبغاء والطاووس، وجهان: قال في «التهذيب»: أحسهما: التحريم. والشَّقْرَاق. قال في «التهذيب»: حلال. وقال الصيمري: حرام. قال أبو عاصم: يحرم مُلاعب ظله، وهو طائر يسبح في الجو مراراً، كأنه ينصبّ على طائر. قال: والبوم حرام كالرَّحَم. والضُّوع حرام. وفي قول: حلال. وهذا يقتضي أن الضُّوع غير البوم، لكن في «الصحيح»: أن الضُّوع طائر من طير الليل من جنس الهام. وقال المفضل: هو ذكر البوم. فعلى هذا إن كان في الضُّوع قول، لزم إجراؤه في البوم، لأن الذكر والأنثى من الجنس الواحد لا يفترقان.

قلت: الضُّوع - بضاد معجمة مضمومة وواو مفتوحة وعين مهملة - والأشهر: أنه من جنس الهام. والله أعلم.

قال أبو عاصم: النِّهَّاس حرام كالسباع التي تنهس. واللَّقَّاط، حلال، إلا ما استثناه النص، وأحل البوشنجي اللقاط بلا استثناء. قال: وما تقوّت بالطاهرات، فحلال، إلا ما استثناه النص، وما تقوّت بالنجس، فحرام.

فرع: أطلق مطلقون القول بحل طير الماء، فكلها حلال، إلا اللقلق، ففيه خلاف سبق. وحكي عن الصيمري: أنه لا يؤكل لحم طير الماء الأبيض، لخبث لحمها.

فصل: الحيوان الذي لا يهلكه الماء، ضربان:

أحدهما: ما يعيش فيه، وإذا أخرج منه كان عيشه عيش المذبوح، كالسمك بأنواعه، فهو حلال. ولا حاجة إلى ذبحه كما سبق، وسواء مات بسبب ظاهر، كضغطة، أو صدمة، أو انحسار ماء، أو ضرب من الصياد، أو مات حتف أنفه.

وأما ما ليس على صورة السمك المشهورة، ففيه ثلاثة أوجه: ويقال: ثلاثة أقوال: أصحها: يحل مطلقاً، وهو المنصوص في «الأم»، وفي رواية المزني واختلاف العراقيين، لأن الأصح أن اسم السمك يقع على جميعها. والثاني: يحرم. والثالث: ما يؤكل نظيره في البر، كالبقر والشاء، فحلال، وما لا، كخنزير الماء في كلبه، فحرام. فعلى هذا، ما لا نظير له، حلال.

قلت: وعلى هذا لا يحل ما أشبه الحمار، وإن كان في البر حمار الوحش المأكول، صرح به صاحب «الشامل» و«التهذيب» وغيرهما. والله أعلم.

وإذا أبحنا الجميع، فهل تشترط الذكاة، أم تحل ميتته؟ وجهان: ويقال: قولان. أصحهما: تحل ميتته.

الضرب الثاني: ما يعيش في الماء وفي البر أيضاً، فمنه طير الماء، كالبط، والأوز ونحوهما، وهي حلال كما سبق، ولا تحل ميتتها قطعاً. وعدّ الشيخ أبو حامد والإمام، وصاحب «التهذيب» من هذا الضرب، الضفدع، والسرطان، وهما محرمان على المشهور. وذوات السموم حرام قطعاً. ويحرم التمساح على الصحيح، والسلفاة على الأصح.

واعلم أن جماعة استثنوا الضفدع من الحيوانات التي لا تعيش إلا في الماء، تفريعاً على الأصح، وهو حل الجميع. وكذا استثنوا الحيات، والعقارب. ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء. ويمكن أن يكون منها نوع كذا، ونوع كذا. واستثنى القاضي الطبري، النسناس على ذلك الوجه أيضاً. وامتنع الروياني وغيره من مساعدته.

قلت: ساعده الشيخ أبو حامد. والله أعلم.

الأصل الرابع: المستخبثات من الأصول المعتبرة في الباب، في التحليل والتحريم، للاستطابة والاستخبثات. ورآه الشافعي رحمه الله تعالى الأصل الأعظم

الأعم، ولذلك افتتح به الباب والمعتمد فيه، قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبُ﴾ [المائدة: ٤].

وليس المراد بالطيب هنا، الحلال. ثم قال الأئمة: ويبعد الرجوع في ذلك إلى طبقات الناس، وتنزيل كل قوم على ما يستطيبونه أو يستخبثونه، لأنه يوجب اختلاف الأحكام في الحلال والحرام، وذلك يخالف موضوع الشرع، فأروا العرب أولى الأمم بأن يؤخذ باستطابتهم واستخبثهم، لأنهم المخاطبون أولاً، وهم جيل لا تغلب عليهم العيافة الناشئة من التمتع فيضيّقوا المطاعم على الناس. وإنما يرجع من العرب، إلى سكان البلاد والقرى، دون أجلاف البوادي الذين يتناولون ما دبّ ودرج من غير تمييز. وتعتبر عادة أهل اليسار والثروة، دون المحتاجين، وتعتبر حالة الخصب والرفاهية، دون الجذب والشدة.

وذكر جماعة: أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا في عهد رسول الله ﷺ، لأن الخطاب لهم. ويشبه أن يقال: يرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه، فإن استطابته العرب، أو سمّته باسم حيوان حلال، فهو حلال. وإن استخبثته، أو سمّته باسم محرم، فحرام. فإن استطابته طائفة، واستخبثته أخرى اتّبعتها الأكثرين. فإن استويا، قال صاحب «الحاوي» وأبو الحسن العبادي: تتبع قريش، لأنهم قطب العرب. فإن اختلفت قريش ولا ترجيح، أو شكوا فلم يحكموا بشيء، أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب اعتبرناه بأقرب الحيوان شبهاً به. والشبه تارة يكون في الصورة، وتارة في طبع الحيوان من الصيانة والعدوان، وتارة في طعم اللحم. فإن استوى الشبهان، أو لم نجد ما يشبهه، فوجهان: أحدهما: الحل. قال الإمام: وإليه ميل الشافعي رحمه الله تعالى.

واعلم أنه إنما يراجع العرب في حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم، ولا أمر بقتله، ولا نهى عنه. فإن وجد شيء من هذه الأصول، اعتمدناه ولم نراجعهم قطعاً. فمن ذلك أن الحشرات كلها مستخبثة، ما يدرج منها وما يطير.

فمنها: ذوات السموم والإبر.

ومنها: الوزغ وأنواعها، كحرباء الظهيرة والعضاء، وهي ملساء تشبه سام أبرص، وهي أحسن منه، الواحدة عذاة، وعظاية، فكل هذا حرام. ويحرم الذر، والفأر، والذباب، والخنفساء، والقراد، والجعلان، وبنات وردان، وحمار قبان، والديدان. وفي دود الخل والفاكهة وجه. وتحرم اللُّحكاء، وهي دويبة تغوص في الرمل إذا رأت إنساناً. ويستثنى من الحشرات، اليربوع، والضب، وكذا أم حُبَيْن،

فإنها حلال على الأصح. ويستثنى من ذوات الإبر، الجراد، فإنه حلال قطعاً، وكذا القنفذ على الأصح. والصَّرارة حرام على الأصح كالخنفساء.

فصل: إذا وجدنا حيواناً لا يمكن معرفة حكمه من كتاب ولا سنة، ولا استطابة، ولا استخباط، ولا غير ذلك مما تقدم من الأصول، وثبت تحريمه في شرع مَنْ قبلنا، فهل يستصحب تحريمه؟ قولان. الأظهر: لا يستصحب، وهو مقتضى كلام عامة الأصحاب، فإن استصحبناه، فشرطه أن يثبت تحريمه في شرعهم بالكتاب أو السنة، أو يشهد به عدلان أسلما منهم يعرفان المبدل من غيره. قال في «الحاوي»: فعلى هذا لو اختلفوا، اعتبر حكمه في أقرب الشرائع إلى الإسلام، وهي النصرانية. فإن اختلفوا، عاد الوجهان عند تعارض الأشباه.

فصل: يحرم أكل نجس العين، والمتنجس، كالدبس، والخل، واللبن والدهن. وسبق في كتاب الطهارة وجه: أن الدهن يطهر بالغسل، فعلى هذا إذا غسل، حلّ.

فرع: يكره أكل لحم الجلالة كراهة تنزيه على الأصح الذي ذكره أكثرهم، منهم العراقيون، والرويانى وغيرهم وقال أبو إسحاق والقفال: كراهة تحريم. ورجحه الإمام، والغزالي، والبغوي. والجلالة: هي التي تأكل العذرة والنجاسات، وسواء كانت من الإبل، أو البقر، أو الغنم، أو الدجاج. ثم قيل: إن كان أكثر علفها النجاسة، فهي جلالة. وإن كان الطاهر أكثر، فلا. والصحيح: أنه لا اعتبار بالكثرة، بل بالرائحة والنتن. فإن وجد في عرقها وغيره ريح النجاسة، فجلالة، وإلا، فلا. وقيل: الخلاف فيما إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها، أو قربت الرائحة من الرائحة.

فإن قلّت الرائحة الموجودة، لم تضر. ولو حبست بعد ظهور النتن، وعلفت طاهراً فزالت الرائحة، ثم ذبحت، فلا كراهة فيها. ولو لم تعلق، لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح، ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به، وكذا لو زالت بمرور الزمان عند صاحب «التهذيب». وقيل خلافة. وكما يمنع لحمها، يمنع لبنها وبيضها، ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل. ثم قال الصيدلاني وغيره: إذا حرّمت لحمها فهو نجس، ويطهر جلدها بالدباغ، وهذا يقتضي نجاسة الجلد أيضاً. وهو نجس إن ظهرت الرائحة فيه، وكذا إن لم تظهر على الأصح، كاللحم. ثم ظهور النتن وإن حرّمت به اللحم ونجّسناه، فلا نجعله موجباً لنجاسة الحيوان في حياته، بل إذا حكمنا بالتحريم، كان كما لا يؤكل لحمه، لا يطهر جلده بالذكاة، ويطهر بالدباغ.

فرع: السَّخْلَةُ المربَّاة بلبن الكلبة، لها حكم الجلالة. ولا يحرم الزرع وإن كثر الزبل وسائر النجاسات في أصله، لأنه لا يظهر فيه أثر النجاسة وريحها.

قلت: وإذا عجن دقيقاً بماء نجس وخبزه، فهو نجس يحرم أكله. ويجوز أن يطعمه لشاة وبغير ونحوهما، ونص عليه الشافعي رحمه الله تعالى، ونقله البيهقي في «السنن» الكبير في باب نجاسة الماء الدائم عن نصه، واستدل به بحديث صحيح. وفي فتاوى صاحب «الشامل»: أنه يكره إطعام الحيوان المأكول نجاسة. وهذا لا يخالف ما نص عليه الشافعي في الطعام، لأنه ليس بنجس العين. قال ابن الصباغ: ولا يكره أكل البيض المسلوق بماء نجس، كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة. والله أعلم.

فصل: الحيوان المأكول، إنما يحل إذا ذبح الذبح المعتبر ويستثنى السمك، والجراد، والجنين الذي يوجد ميتاً في بطن المذكاة، فإنه حلال^(١)، سواء أشعر، أم لا. قال الشيخ أبو محمد في كتاب «الفرق»: إنما يحل إذا سكن في البطن عقيب ذبح الأم، فأما لو بقي زمنًا طويلاً يضطرب ويتحرَّك، ثم سكن، فالصحيح: أنه حرام. ولو خرج الجنين في الحال وبه حركة المذبوح، حل. وإن خرج رأسه وفيه حياة مستقرة، قال القاضي حسين وصاحب «التهذيب»: لا يحل إلا بذبحه، لأنه مقدور عليه. وقال القفال: يحل، لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه في العدة وغيرها.

قلت: قول القفال أصح. والله أعلم.

قال صاحب «التهذيب»: لو أخرج رجله، فقياس ما قاله القاضي: أن يخرج ليحل، كما لو تردَّى بغير في بئر. ولو وجدت مضغة لم تبين فيها الصورة، ولا تشكل الأعضاء، ففي حلها وجهان: بناءً على وجوب الغرة فيها، وثبوت الاستيلاد.

قلت: إذا ذكَّى الحيوان وله يد شلاء، هل تحل بالذكاة، أم هي ميتة؟ وجهان: الصحيح: الحل. وقد ذكرهما الرافعي في باب القصاص في الأطراف. والله أعلم.

فصل: كسب الحجام حلال، هذا هو المذهب المعروف. وقال ابن خزيمة: حرام على الأحرار، ويجوز أن يطعمه العبيد والدواب، وهذا شاذ. ولا يكره أكل كسب الحجام للعبيد، سواء كسبه حرٌّ أم عبد. ويكره للحر، سواء كسبه حرٌّ أم عبد. وللكره معنيان. أحدهما: مخالطة النجاسة. والثاني: دناءته. فعلى الثاني: يكره

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٢٨) والدارمي في سننه (٨٤/٢) والحاكم في المستدرک (١١٤/٤) والدارقطني في سننه (٥٤٠) والبيهقي في سننه (٣٣٤/٩) من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (٢٥٣٩).

كسب الحلاق ونحوه. وعلى الأول: يكره كسب الكناس، والزبّال، والدبّاغ، والقصاب، والخاتن. وهذا الذي أطلقه جمهور الأصحاب. ولا يكره كسب الفاسد على الأصح. وفي الحمّامي، والحائك، وجهان. قلت: الأصح: لا يكره كسب الحائك. والله أعلم. وكره جماعة كسب الصّوّاغ.

فرع: قال المارودي: أصول المكاسب: الزراعة، والتجارة، والصناعة. وأيها أطيب؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس. أشبهها مذهب الشافعي: أن التجارة أطيب. قال: والأشبه عندي: أن الزراعة أطيب، لأنها أقرب إلى التوكل. قلت: في «صحيح البخاري» عن النبي ﷺ قال: «ما أكل أحد طعاماً قط، خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود ﷺ، كان يأكل من عمل يده»^(١) فهذا صريح في ترجيح الزراعة، والصناعة، لكونهما من عمل يده، لكن الزراعة أفضلهما، لعموم النفع بها للأدمي وغيره، وعموم الحاجة إليها. والله أعلم.

فصل: كل ما ضر، كالزجاج، والحجر، والسم، يحرم. وكل طاهر لا ضرر فيه، يحل أكله، إلا المستقذرات الطاهرة كالمني والمخاط ونحوهما، فإنها محرمة على الصحيح، وإلا الحيوان الذي تبتلعه حياً، سوى السمك والجراد، فإنه يحرم قطعاً، وكذا ابتلاع السمك والجراد على وجه كما سبق. وفي جلد الميتة المدبوغ خلاف سبق في الطهارة. ويجوز شرب دواء فيه قليل سم، إذا كان الغالب منه السلامة، واحتيج إليه. قال الإمام: ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم الظاهرة، لم تحرم عليه. وقال الروياني: النبات الذي يسكر وليس فيه شدة مطربة، يحرم أكله، ولا حدّ على أكله، ويجوز استعماله في الدواء وإن أفضى إلى السكر إذا لم يكن منه بد. وما يسكر مع غيره ولا يسكره بنفسه، إن لم ينتفع به في دواء وغيره، حرم أكله. وإن كان ينتفع به في الدواء، حل التداوي به.

الباب الثاني: في حال الاضطرار

فيه مسائل:

إحداها: للمضطر إذا لم يجد حلالاً، أكل المحرمات، كالميتة، والدم، ولحم الخنزير، وما في معناها. والأصح: وجوب أكلها عليه، كما يجب دفع الهلاك بأكل الحلال. والثاني: يباح فقط. المسألة الثانية: في حد الضرورة، لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٧٢).

الحرام، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت، فإن الأكل حينئذ لا ينفع. ولو انتهى إلى تلك الحالة، لم يحل له الأكل، فإنه غير مفيد. ولا خلاف في الجِلِّ إذا كان يخاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف عن المشي أو الركوب، وينقطع عن رفقته ويضيع، ونحو ذلك. فلو خاف حدوث مرض مخيف جنسه، فهو كخوف الموت. وإن خاف طول المرض، فكذلك على الأصح أو الأظهر. ولو عيل صبره وجهده الجوع، فهل يحل له المحرّم، أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرmq؟ قولان.

قلت: أظهرهما: الجِلِّ. والله أعلم.

ولا يشترط فيما يخاف منه تيقن وقوعه لو لم يأكل، بل يكفي غلبة الظن. المسألة الثالثة: يباح للمضطر أن يأكل من المحرّم ما يسدّ الرmq قطعاً، ولا تحل الزيادة على الشبع قطعاً. وفي حل الشبع، ثلاثة أقوال: ثالثها: إن كان قريباً من العمران، لم يحل، وإلا، فيحل. ورَجَّح القفال وكثير من الأصحاب المنع. ورَجَّح صاحب «الإفصاح» والرويانى وغيره، الحل. هكذا أطلق الخلاف أكثرهم. وفصل الإمام، والغزالي، تفصيلاً حاصله: إن كان في بادية وخاف إن ترك الشبع لا يقطعها ويهلك، وجب القطع بأنه يشبع. وإن كان في بلد وتوقع الطعام الحلال قبل عود الضرورة، وجب القطع بالاقتصار على سدّ الرmq. وإن كان لا يظهر حصول طعام حلال، وأمكنه الرجوع إلى الحرام مرة بعد أخرى، إن لم يجد الحلال، فهو موضع الخلاف.

قلت: هذا التفصيل، هو الراجح. والأصح من الخلاف: الاقتصار على سدّ الرmq. والله أعلم.

المسألة الرابعة: يجوز له التزود من الميتة إن لم يرْجُ الوصول إلى الحلال. وإن رجاه، قال في «التهذيب» وغيره: يحرم. وعن القفال: أن من حمل الميتة من غير ضرورة، لم يمنع ما لم يتلوث بالنجاسة. وهذا يقتضي جواز التزود عند الضرورة وأولى.

قلت: الأصح: جواز التزود إذا رجا. والله أعلم.

المسألة الخامسة: إذا جَوَّزنا الشبع، فأكل ما سدّ رمقه، ثم وجد لقمة حلالاً، لم يجز أن يأكل من المحرم حتى يأكلها، فإذا أكلها، هل له الإتمام إلى الشبع؟ وجهان: وجه المنع: أنه باللّمة عاد إلى المنع، فيحتاج إلى عود الضرورة.

قلت: الأصح: الجواز. والله أعلم.

المسألة السادسة: لو لم يجد المضطر إلا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من

البذل، فهل يقتصر على سد الرmq، أم له الشبع؟ فيه طرق أصحها: طرد الخلاف كالميتة. والثاني: له الشبع قطعاً. والثالث: ليس له قطعاً.

المسألة السابعة: المحرم الذي يضطر إلى تناوله قسماً مسكر، وغيره، فيباح جميعه ما لم يكن فيه إتلاف معصوم، فيجوز للمضطر قتل الحربي والمرتد وأكله قطعاً. وكذا الزاني المحصن، والمحارب، وتارك الصلاة على الأصح فيهم. ولو كان له قصاص على غيره ووجده في حالة اضطراب، فله قتله قصاصاً وأكله، وإن لم يحضره السلطان. وأما المرأة الحربية وصبيان أهل الحرب، ففي «التهذيب»: أنه لا يجوز قتلهم للأكل، وجوزة الإمام، والغزالي، لأنهم ليسوا بمعصومين. والمنع من قتلهم ليس لحرمة أرواحهم، ولهذا لا كفارة فيهم.

قلت: الأصح: قول الإمام. والله أعلم.

والذمي، والمعاهد، والمستأمن، معصومون، فيحرم أكلهم. ولا يجوز للوالد قتل ولده للأكل، ولا للسيد قتل عبده. ولو لم يجد إلا آدمياً معصوماً ميتاً، فالصحيح حل أكله قال الشيخ إبراهيم المروزي: إلا إذا كان الميت نبياً، فلا يجوز قطعاً. قال في «الحاوي»: فإذا جَوَزْنَا، لا يأكل منه إلا ما يسدُّ الرmq، حفظاً للحرمتين. قال: وليس له طبخه وشبهه، بل يأكله نيئاً، لأن الضرورة تندفع بذلك، وطبخه هتك لحرمة، فلا يجوز الإقدام عليه، بخلاف سائر الميتات، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة. ولو كان المضطر ذمياً، والميت مسلماً، فهل له أكله؟ حكى فيه صاحب «التهذيب» وجهين.

قلت: القياس: تحريمه. والله أعلم.

ولو وجد ميتة ولحم آدمي، أكل الميتة وإن كانت لحم خنزير. وإن وجد المحرم صيداً ولحم آدمي، أكل الصيد. ولو أراد المضطر أن يقطع قطعة من فخذه أو غيرها ليأكلها، فإن كان الخوف منه كالخوف في ترك الأكل أو أشد، حرم، وإلا، جاز على الأصح، بشرط أن لا يجد غيره. فإن وجد، حرم قطعاً. ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره قطعاً، ولا للغير أن يقطع من نفسه للمضطر.

القسم الثاني: المسكر، والمذهب عند جمهور الأصحاب: أنه لا يحل شرب الخمر، لا للتداوي، ولا للعطش. وقيل: يجوز لهما. وقيل: لهذا دون ذاك. وقيل: بالعكس. فإذا جَوَزْنَا للعطش، فوجد خمرًا وبولاً، شرب البول، لأن تحريمه أخف. كما لو وجد بولاً وماءً نجسًا، شرب الماء، لأن نجاسته طارئة. وما سوى المسكر من النجاسات، يجوز التداوي به كله على الصحيح المعروف. وقيل: لا يجوز.

وقيل: لا يجوز إلا بأبوال الإبل. وفي جواز التبخر بالنذ الذي فيه خمر، وجهان بسبب دخانه.

قلت: الأصح: الجواز، لأنه ليس دخان نفس النجاسة. والله أعلم.

المسألة الثامنة: إذا وجد المضطر طعاماً حلالاً لغيره، فله حالان:

أحدهما: أن يكون مالكة حاضراً. فإن كان مضطراً إليه، فهو أولى به، وليس للأول أخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته، إلا أن يكون نبياً، فإنه يجب على المالك بذله له، فإن أثر المالك غيره على نفسه، فقد أحسن. قال الله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩] وإنما يؤثر على نفسه مسلماً. فأما الكافر، فلا يؤثره حربياً كان أو ذمياً، وكذا لا يؤثر بهيمة على نفسه. وإن لم يكن المالك مضطراً، لزمه إطعام المضطر مسلماً كان أو ذمياً أو مستأئناً وكذا لو كان يحتاج إليه في ثاني الحال على الأصح. وللمضطر أن يأخذه قهراً أو يقاتله عليه وإن أتى القتال على نفس المالك، فلا ضمان فيه. وإن قتل المالك المضطر في الدفع عن طعامه، لزمه القصاص.

وإن منعه الطعام فمات جوعاً، فلا ضمان. قال في «الحاوي»: ولو قيل: يضمن، كان مذهباً. وهل القدر الذي يجب على المالك بذله، ويجوز للمضطر أخذه قهراً والقتال عليه ما يسدُّ الرمق، أم قدر الشبع؟ فيه قولان، بناءً على القولين في الحلال من الميتة. وهل يجب على المضطر الأخذ قهراً والقتال؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في وجوب الأكل من الميتة، وأولى بأن لا يجب.

قلت: المذهب: لا يجب القتال، كما لا يجب دفع الصائل وأولى. والله أعلم.

وخصص صاحب «التهذيب» الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف في الأخذ قهراً. قال: فإن كان، لم يجب قطعاً.

فرع: حيث أوجبنا على المالك بذله للمضطر، ففي «الحاوي» وجه: أنه يلزمه بذله مجاناً، ولا يلزم المضطر شيء، كما يأكل الميتة بلا شيء. والمذهب: أنه لا يلزمه البذل إلا بعوض، وبهذا قطع الجمهور. وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفاً على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار، فإنه لا تثبت أجره المثل، لأن هناك يلزمه التخليص، ولا يجوز التأخير إلى تقرير الأجرة، وهنا بخلافه، وسوّى القاضي أبو الطيب وغيره بينهما، فقالوا: إن احتمل الحال هناك موافقته على أجرة يبذلها أو يلتزمها، لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها كما في المضطر. وإن لم يحتمل حال التأخير في صورة المضطر، فأطعمه، لم يلزمه العوض، فلا فرق بينهما.

ثم إن بذل المالك طعامه مجاناً، لزمه قبوله، ويأكله إلى أن يشبع، فإن بذله بالعوض، نظر، إن لم يقدر العوض، لزم المضطر قيمة ما أكل في ذلك المكان والزمان، وله أن يشبع، وإن قدره، فإن لم يفرد ما يأكله فالحكم كذلك. وإن أفرد، فإن كان المقدر ثمن المثل، فالبيع صحيح، وللمضطر ما فضل عن الأكل. وإن كان أكثر والتزمه، ففيما يلزمه أوجه: أقيسها وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب: يلزمه المسمى، لأنه التزمه بعقد لازم. وأصحها: عند الروياني: لا يلزمه إلا ثمن المثل في ذلك الزمان والمكان، لأنه كالمكره. والثالث، وهو اختيار صاحب «الحاوي»: إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره، لزمته، وإلا، فلا. قال أصحابنا: وينبغي للمضطر أن يحتال في أخذه منه ببيع فاسد، ليكون الواجب القيمة قطعاً، وقد يفهم من كلامهم، القطع بصحة البيع، وأن الخلاف فيما يلزم ثمناً. لكن الوجه: جعل الخلاف في صحة العقد لمعنى الإكراه، وأن المضطر هل هو مكره، أم لا؟ وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يبين ذلك. وقد صرح الإمام، فقال: الشراء بالثمن الغالي للضرورة، هل يجعله مكروهاً حتى لا يصح الشراء؟ وجهان أقيسهما: صحة البيع. قال: وكذا المصادر من جهة السلطان الظالم، إذا باع ماله للضرورة، ولدفع الأذى الذي يناله. والأصح: صحة البيع، لأنه لا إكراه على البيع، ومقصود الظالم تحصيل المال من أي جهة كان، وبهذا قطع الشيخ إبراهيم المروذي، واحتج به لوجه لزوم المسمى في مسألة المضطر.

فرع: متى باع المالك بثمن المثل ومع المضطر مالاً، لزمه شراؤه، وصرف ما معه إلى الثمن، حتى لو كان معه إزار فقط، لزمه صرفه إليه إن لم يخف الهلاك بالبرد، ويصلي عارياً، لأن كشف العورة أخف من أكل الميتة. ولهذا يجوز أخذ الطعام قهراً، ولا يجوز أخذ ساتر العورة قهراً. وإن لم يكن معه مال، لزمه التزامه في ذمته، سواء كان له مال في موضع آخر، أم لا. ويلزم المالك في هذا الحال، البيع نسيئة.

فرع: ليس للمضطر الأخذ قهراً إذا بذل المالك بثمن المثل. فإن طلب أكثر، فله أن لا يقبل ويأخذه قهراً ويقاتله عليه. فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهراً، فهو مختار في الالتزام، فيلزمه المسمى بلا خلاف. والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهراً.

فرع: لو أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة، فالأصح: أنه لا عوض عليه، ويحمل على المسامحة المعتادة في الطعام. ولو اختلفا فقال: أطعمتك بعوض فقال: بل مجاناً، فهل يصدق المالك لأنه أعرف بدفعه، أم المضطر لبراءة ذمته؟ وجهان:

أصحهما: الأول. ولو أوجر المالك المضطرَّ قهراً، أو أوجره وهو مغمى عليه، فهل يستحق القيمة؟ وجهان: أحسنهما: يستحق، لأنه خلصه من الهلاك، كمن عفا عن القصاص، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك.

فرع: كما يجب بذل المال لإبقاء الأدمي المعصوم، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة،، وإن كان ملكاً للغير. ولا يجب البذل للحربي، والمرتد، والكلب العقور. ولو كان لرجل كلب غير عقور جائع، وشاة، لزمه ذبح الشاة لإطعام الكلب. قال في «التهذيب»: وله أن يأكل من لحمها، لأنها ذبحت للأكل.

الحال الثاني: أن يكون المالك غائباً، فيجوز للمضطرَّ أكل طعامه ويغرم له القيمة. وفي وجوب الأكل وقدر المأكول، ما سبق من الخلاف. وإن كان الطعام لصبي أو مجنون، والولي غائب، فكذلك. وإن كان حاضراً، فهو في ما لهما ككامل الحال في ماله، وهذه إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نسيئة.

المسألة التاسعة: إذا وجد المضطر ميتة، وطعام الغير وهو غائب، فثلاثة أوجه: ويقال: أقوال: أصحها: يجب أكل الميتة. والثاني: الطعام. والثالث: يتخير بينهما، وأشار الإمام، إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف في اجتماع حق الله تعالى وحق الأدمي. وإن كان صاحب الطعام حاضراً، فإن بذله بلا عوض، أو بثمان مثله، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها ومعه ثمنه، أو رضي بذمته، لزمه القبول. وإن لم يبعه إلا بزيادة كبيرة، فالمذهب الذي قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم: أنه لا يلزمه شراؤه، لكن يستحب، وإذا لم يلزمه الشراء، فهو كما لو لم يبذله أصلاً. وإذا لم يبذله، لا يقاتله عليه المضطر إن خاف من المقاتلة على نفسه، أو خاف إهلاك المالك في المقاتلة، بل يعدل إلى الميتة. وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه، فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائباً. وقال في «التهذيب»: يشترطه بالثمان الغالي، ولا يأكل الميتة. ثم يجيء الخلاف، في أنه يلزمه المسمى، أو ثمن المثل؟ قال: وإذا لم يبذل أصلاً، وقلنا: طعام الغير أولى من الميتة، يجوز أن يقال: يقاتله ويأخذه قهراً.

المسألة العاشرة: لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيداً، فله ذبحه وأكله، ويلزمه الفدية. وإن وجد صيداً وميتة، فالمذهب: أنه يلزمه أكل الميتة. وفي قول: الصيد. وفي قول أو وجه: يتخير. وقيل: يأكل الميتة قطعاً. ولو وجد المحرم لحم صيد ذبح، وميتة، فإن ذبحه حلال لنفسه، فهذا مضطر وجد ميتة، وطعام الغير، وإن ذبحه هذا المحرم قبل إحرامه، فهو واجد طعاماً حلالاً لنفسه، فليس مضطراً. وإن ذبحه في الإحرام، أو ذبحه محرم آخر، فأوجه: أصحها: يتخير بينهما. والثاني: تتعين

الميتة. والثالث: الصيد. ولو وجد المحرم صيداً، وطعام الغير، فهل يتعين الصيد، أم الطعام، أم يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه: أو أقوال، سواء جعلنا الصيد الذي يذبحه المحرم ميتة، أم لا. وإن وجد صيداً، وميتة، وطعام الغير، فسبعة أوجه: أصحابها: تتعين الميتة. والثاني: الطعام. والثالث: الصيد. والرابع: يتخير بينها. والخامس: يتخير بين الطعام والميتة. والسادس: يتخير بين الصيد والميتة. والسابع: يتخير بين الصيد والطعام.

فرع: إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة، فهل على المضطر قيمة ما يأكل منه؟ وجهان: بناءً على القولين في أن المحرم، هل يستقر ملكه على الصيد. المسألة الحادية عشرة: لو وجد ميتتين، إحداهما من جنس المأكول، دون الأخرى، أو إحداهما طاهرة في الحياة دون الأخرى، كشاة، وحمار أو كلب، فهل يتخير بينهما، أم تتعين الشاة؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون الراجح ترك الكلب، والتخير بين الباقي. والله أعلم. المسألة الثانية عشرة: ليس للعاصي بسفره أكل الميتة حتى يتوب على الصحيح. وسبق بيانه في صلاة المسافر.

المسألة الثالثة عشرة: نص الشافعي رحمته الله: أن المريض إذا وجد مع غيره طعاماً يضره ويزيد في مرضه، جاز له تركه وأكل الميتة، ويلزم مثله لو كان الطعام له. وعدّ هذا من أنواع الضرورة، وكذا التداوي كما سبق. وسبق أيضاً في أول الكتاب، بيان الانتفاع بالنجاسات. ولو تنجس الخف بخرزه بشعر الخنزير، فغسل سبعاً إحداهن بتراب، طهر ظاهره دون باطنه، وهو موضع الخرز. وقيل: كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض، فراجعه القفال فيه فقال: الأمر إذا ضاق اتسع، أشار إلى كثرة النوافل.

قلت: بل الظاهر أنه أراد أن هذا القدر مما تعم به البلوى، ويتعذر أو يشق الاحتراز منه، فعفي عنه مطلقاً. وإنما كان لا يصلي فيه الفريضة احتياطاً لها، وإلا، فمقتضى قوله العفو فيهما. ولا فرق بين الفريضة والنفل في اجتناب النجاسة ومما يدل على صحة ما تأولته، أن القفال قال في شرحه «التلخيص»: سألت أبا زيد عن الخف يخرز بشعر الخنزير، هل تجوز الصلاة فيه؟ فقال: الأمر إذا ضاق اتسع، قال القفال: مراده أن بالناس حاجة إلى الخرز به، فللضرورة جَوَزْنَا ذلك. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالأطعمة

إحداها: قال الشيخ إبراهيم المروذي في تعليقه: وردت أخبار في النهي عن

أكل الطين، ولا يثبت شيء منها، وينبغي أن نحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه .
قلت: قطع صاحب «المهذب» وغيره بتحريم أكل التراب . والله أعلم .
الثانية: يكره أن يأكل من الطعام الحلال فوق شبعه، ويكره أن يعيب الطعام .
ويستحب أن يأكل من أسفل الصفحة، وأن يقول بعد الفراغ: «الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه» .

الثالثة: إذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلماً، استحب له ضيافته، ولا تجب . والأحاديث الواردة في الباب، محمولة على الاستحباب .
الرابعة: من مرَّ بثمر غيره أو زرعه، لم يجز له أن يأخذ منه، ولا يأكل بغير إذن صاحبه، إلا أن يكون مضطراً، فيأكل ويضمن . وحكم الثمار الساقطة من الأشجار، حكم سائر الثمار إن كانت داخل الجدار . فإن كانت خارجه، فذلك إن لم تجرِ عادتهم بإباحتها، فإن جرت بذلك، فهل تجري العادة المطردة مجرى الإباحة؟ وجهان:

قلت: الأصح: تجري . والمختار: أنه يجوز أكل الإنسان من طعام قريبه وصديقه بغير إذنه إذا غلب على ظنه أنه لا يكره ذلك، فإن تشكك، فحرام بلا خلاف . ويستحب ترك التبسط في الأطعمة المباحة، فإنه ليس من أخلاق السلف، هذا إذا لم تدع إليه حاجة، كقرى الضيف، والتوسعة على العيال في الأوقات المعروفة . والسنة: اختيار الحلو من الأطعمة، وتكثير الأيدي على الطعام، والتسمية في أوله . فإن نسي وتركها في أوله، أتى بها في أثناء الأكل . ويستحب الجهر بها ليدكر غيره، ويستحب الحديث الحسن على الأكل وقد بقيت آداب تتعلق بالأكل، أخرتها إلى باب الوليمة لكونه أليق بها . والله أعلم .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النذر^(١)

هو التزام شيء، وفيه فصلان:

أحدهما: في أركانه، وهي ثلاثة: الناذر، والمندور، والصيغة.

الركن الأول: الناذر. وهو كل مكلف مسلم، فلا يصح نذر الصبي والمجنون. وفي نذر السكران، الخلاف في تصرفاته. ولا يصح نذر الكافر على الصحيح. ويصح من السفه المحجور عليه بفلس نذر القرب البدنية، ولا تصح المالية من السفه. وأما المفلس، فإن التزم في ذمته ولم يعين مالا، صح نذره، ويؤديه بعد قضاء حقوق الغرماء. فإن عيّن مالا، بني على ما لو أعتق أو وهب، هل يوقف صحة تصرفه، أم يكون باطلاً؟ فإن أبطلناه، فكذا النذر. وإن توقفنا، توقف النذر، قاله في «التتمة». قال: ولو نذر عتق المرهون، انعقد نذره^(٢). فإن نذّرنا، عتقه في الحال، أو عند أداء المال، وإلا، فهو كمن نذر إعتاق من لا يملكه.

الركن الثاني: الصيغة. فلا يصح النذر إلا باللفظ. وفي قول قديم: تصير الشاة ونحوها هدياً وأضحية بالنية وحدها، أو بها مع التقليد كما سبق في بابه. ثم النذر قسمان:

أحدهما: نذر التبرُّر، وهو نوعان:

أحدهما: نذر المجازاة، وهو أن يلتزم قرْبَةً في مقابلة حدوث نعمة، أو اندفاع بليّة، كقوله: إن شفى الله مريضتي، أو رزقني ولداً، فلله عليّ إعتاق، أو صوم، أو صلاة. فإذا حصل المعلق عليه، لزمه الوفاء بما التزم. ولو قال: فعليّ، ولم يقل: فلله عليّ، فالصحيح: أنه كذلك. وقيل: لا بدّ من التصريح بذكر الله تعالى، وهو قريب من الخلاف في وجوب الإضافة إلى الله تعالى في نية الوضوء والصلاة.

(١) النذر لغة: الإيجاب، تقول: نذرت كذا إذا أوجبتّه على نفسك.

وشرعاً: إلزام مكلف نفسه شيئاً لله تعالى.

(٢) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٦٦٩٦، ٦٧٠٠) وأبو داود في سننه برقم (٣٢٨٩) والترمذي في سننه برقم (١٥٢٦) والنسائي في سننه برقم (٣٨١٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٢٦) من حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه».

النوع الثاني: أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق على شيء، فيقول: الله عليّ أن أصليّ أو أصوم أو أعتق، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: يصح، ويلزم الوفاء به. والثاني: لا يصح، ولا يلزمه شيء.

فرع: لو عَقِبَ النذر بالمشيئة فقال: الله عليّ كذا إن شاء الله تعالى، لم يلزمه شيء، كما هو في تعقيب الأيمان، والطلاق، والعقود. ولو قال: الله عليّ كذا إن شاء زيد، لم يلزمه شيء وإن شاء زيد.

القسم الثاني: نذر اللّجاج والغضب، وهو أن يمنع نفسه من فعل، أو يحثها عليه بتعليق التزام قرينة بالفعل أو بالترك. ويقال فيه: يمين اللّجاج والغضب. ويقال له أيضاً: يمين الغلق. ويقال: نذر الغلق - بفتح الغين المعجمة واللام - فإذا قال: إن كلمت فلاناً، أو دخلت الدار، أو إن لم أخرج من البلد، فله عليّ صوم شهر، أو صلاة، أو حج، أو إعتاق رقبة، ثم كلمه، أو دخل، أو لم يخرج، ففيما يلزمه طرق. أشهرها: على ثلاثة أقوال: أحدها: يلزمه الوفاء بما التزم. والثاني: يلزمه كفارة يمين. والثالث: يتخير بينهما، وهذا الثالث هو الأظهر عند العراقيين، لكن الأظهر على ما ذكره صاحب «التهذيب»، والرويانى، وإبراهيم المروزي، والموفق بن طاهر، وغيرهم، وجوب الكفارة. والطريق الثاني: القطع بالتخير. والثالث: نفي التخير، والاقتصار على القولين الأوّلين. والرابع: الاقتصار على التخير وقول وجوب الكفارة، ونفي القول الأول. والخامس: الاقتصار على التخير، ولزوم الوفاء، ونفي وجوب الكفارة.

قلت: الأظهر: التخير بين الجميع. والله أعلم.

فإن قلنا بوجوب الكفارة، فوفى بما التزم، لم تسقط الكفارة على الأصح، فإن كان الملتزم من جنس ما تتأذى به الكفارة، فالزيادة على قدر الكفارة تقع تطوعاً. وإن قلنا بالتخير، فلا فرق بين الحج والعمرة، وسائر العبادات. وخرج قول: أنه يلزم الوفاء بهما خاصة، لعظم أمرهما، كما يلزمان بالشروع.

فرع: إذا التزم على وجه اللّجاج إعتاق عبد بعينه، فإن قلنا: واجبه الوفاء بما التزم، أعتقه كيف كان. وإن قلنا: عليه كفارة يمين، فإن كان بحيث يجزىء في الكفارة، فله أن يعتقه أو يعتق غيره، أو يطعم، أو يكسو. وإن كان بحيث لا يجزىء، واختار الإعتاق، أعتق غيره. وإن قلنا: يتخير، فإن اختار الوفاء، أعتقه كيف كان، وإن اختار التكفير، اعتبر في إعتاقه صفات الأجزاء. وإن التزم إعتاق عبده، فإن أوجبنا الوفاء، أعتقهم. وإن أوجبنا الكفارة، أعتق واحداً، أو أطعم، أو كسا. وإن قال: إن فعلت كذا، فعبدي حرّ، وقع العتق إذا فعله بلا خلاف.

فرع: لو قال: إن فعلت كذا، فعليّ نذر، أو فلله عليّ نذر، نص الشافعي رحمه الله: أنه يلزمه كفارة يمين، وبهذا قطع صاحب «التهذيب» وإبراهيم المرؤذي: وقال القاضي حسين وغيره: هذا تفريع على قولنا: تجب الكفارة. فأما إن أوجبنا الوفاء، فيلزمه قربة من القرب، والتعيين إليه، وليكن ما يعينه مما يلتزم بالنذر. وعلى قول التخيير: يتخير بين ما ذكرنا وبين الكفارة. ولو قال: إن فعلت كذا فعليّ كفارة يمين، فالواجب كفارة على الأقوال كلها. ولو قال: فعليّ يمين، أو فلله عليّ يمين، فالصحيح: أنه لغو، لأنه لم يأت بنذر ولا صيغة يمين، وليست اليمين مما يثبت في الذمة. وقيل: يلزمه كفارة يمين إذا فعله. قال الإمام: وعلى هذا، فالوجه: أن يجعل كناية ويرجع إلى نيته. ولو قال: نذرت لله لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين، فهو يمين. وإن أطلق، فوجهان، ولو عدّد أجناس قرب فقال: إن دخلت فعليّ حج، وعتق، وصدقة، فإن أوجبنا الوفاء، لزمه ما التزمه، وإن أوجبنا الكفارة، لزمه كفارة واحدة على المذهب. وعن الشيخ أبي محمد، احتمال في تعددها. ولو قال ابتداءً: لله عليّ أن أدخل الدار اليوم، قال في «التهذيب»: المذهب: أنه يمين، وعليه كفارة يمين إن لم يدخل. وكذا لو قال لامرأته: إن دخلت الدار، فلله عليّ أن أطلقك، فهو كقوله: إن دخلت الدار فوالله لأطلقنك، حتى إذا مات أحدهما قبل التطبيق، لزمه كفارة يمين. ولو قال: إن دخلت الدار فلله عليّ أن أكل الخبز، فدخلها، لزمه كفارة يمين على الصحيح. وقيل: هو لغو.

فرع: لو قال ابتداءً: مالي صدقة، أو في سبيل الله، ففيه أوجه: أحدها وهو الأصح عند الغزالي، وقطع به القاضي حسين: أنه لغو، لأنه لم يأت بصيغة التزام. والثاني: أنه كما لو قال: لله عليّ أن أتصدق بمالي، فيلزمه التصديق. والثالث: يصير ماله بهذا اللفظ صدقة، كما لو قال: جعلت هذه الشاة أضحية. وقال في «التممة»: إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر، أو نواه، فهو كما لو قال: لله عليّ أن أتصدق بمالي أو أنفق في سبيل الله، وإلا، فلغو. وأما إذا قال: إن كلمت فلاناً، أو فعلت كذا، فمالي صدقة، فالمذهب الذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي رحمه الله: أنه بمنزلة قوله: فعليّ أن أتصدق بمالي، أو بجميع مالي. وطريق الوفاء: أن يتصدق بجميع أمواله. وإذا قال: في سبيل الله، يتصدق بجميع أمواله على الغزاة. وقال إمام الحرمين، والغزالي: يخرج هذا على الأوجه الثلاثة في الصورة الأولى. والمعتمد، ما نص عليه وقاله الجمهور.

فرع: الصيغة قد تتردد، فتحتمل نذر التبرُّر، وتحتمل نذر اللجاج، فيرجع فيها إلى قصد الشخص وإرادته، وفرّقوا بينهما، بأنه في نذر التبرُّر يرعّب في السبب، وهو

شفاء المريض مثلاً بالالتزام المسبب، وهو القربة المسماة. وفي اللجاج، يرغَّب عن السبب لكرهته الملتزم. وذكر الأصحاب في ضبطه، أن الفعل، إما طاعة، وإما معصية، وإما مباح. والالتزام في كل واحد منهما، تارة يعلق بالإثبات، وتارة بالنفي.

أما الطاعة، ففي طرف الإثبات يتصور نذر التبرُّر، بأن يقول: إن صليت، فلله عليَّ صوم يوم، معناه: إن وفقني الله للصلاة، صمت. فإذا وفق لها، لزمه الصوم. ويتصور اللجاج، بأن يقال له: صل، فيقول: لا أصلي، وإن صليت فعليَّ صوم أو عتق، فإذا صلَّى، ففيما يلزمه، الأقوال والطرق السابقة.

وأما في طرف النفي، فلا يتصور نذر التبرُّر، لأنه لا برَّ في ترك الطاعة، ويدخله اللجاج، بأن يمنع من الصلاة، فيقول: إن لم أصل، فلله عليَّ كذا، فإذا لم يصل، ففيما يلزمه الأقوال:

وأما المعصية، ففي طرف النفي، يتصور نذر التبرُّر، بأن يقول: إن لم أشرب الخمر، فلله عليَّ كذا، ويقصد: إن عصمني الله من الشرب. ويتصور نذر اللجاج، بأن يمنع من شربها، ويقول: إن لم أشربها، فلله عليَّ صوم أو صلاة. وفي طرف الإثبات لا يتصور إلا اللجاج، بأن يؤمر بالشرب، فيقول: إن شربت، فلله عليَّ كذا.

وأما المباح، فيتصور في طرفي النفي والإثبات فيه النوعان معاً. فالتبرُّر في الإثبات: إن أكلت كذا، فلله عليَّ صوم، يريد: إن يسره الله تعالى لي. واللجاج، أن يؤمر بأكله فيقول: إن أكلت، فلله عليَّ كذا. والتبرُّر في النفي: إن لم أكل كذا، فلله عليَّ صوم، يريد: إن أعانني الله تعالى على كسر شهوتي فتركته. واللجاج، أن يمنع من أكله فيقول: إن لم أكله، فلله عليَّ كذا. وإن قال: إن رأيت فلاناً، فعليَّ صوم. فإن أراد: إن رزقني الله رؤيته، فهو نذر تبرُّر. وإن ذكره لكرهته رؤيته، فهو لجاج. وفي «الوسيط» وجه في منع التبرر في المباح.

فرع: لا فرق في جميع ما ذكرناه، بين قوله: فعليَّ كذا، وبين قوله: فلله عليَّ كذا، هذا هو الصحيح. وفي وجه: لا يلزمه شيء إذا لم يذكر الله تعالى.

فرع: لو قال: أيمان البيعة لازمة لي - قال أصحابنا: كانت البيعة في زمن رسول الله ﷺ بالمصافحة، فلما ولي الحجاج، رتبها أيماناً تشتمل على ذكر اسم الله تعالى، وعلى الطلاق، والإعتاق، والحج، وصدقة المال - فإن يرد القائل الأيمان التي رتبها الحجاج، لم يلزمه شيء. وإن أرادها، نظر، إن قال: فطلاقها وعتاقها لازم لي وانعقدت يمينه بهما ولا حاجة إلى النية. وإن لم يصرح بذكرهما، لكن نواههما، فكذلك، لأنهما ينعقدان بالكناية مع النية. وإن نوى اليمين بالله تعالى، أو

لم ينو شيئاً، لم تتعقد يمينه، ولا شيء عليه.

فرع: نص الشافعي رحمته الله، في نذر اللجاج، أنه لو قال: إن فعلت كذا، فله عليّ نذر حج إن شاء فلان، فشاء، لم يكن عليه شيء. قال في «التتمة»: هذا إذا غلبنا في اللجاج معنى في النذر. فإن قلنا: هو يمين، فهو كمن قال: والله لا أفعل كذا إن شاء زيد، وسيأتي في الأيمان إن شاء الله تعالى أن من قال: والله لا أدخلها إن شاء فلان أن لا أدخلها. فإن شاء فلان، انعقدت يمينه عند المشيئة، وإلا، فلا.

الركن الثالث: المنذور.

الملتزم بالنذر: معصية، أو طاعة، أو مباح. فالمعصية، كنذر شرب الخمر، أو الزنا، أو القتل، أو الصلاة في حال الحدث، أو الصوم في حال الحيض، أو القراءة حال الجنابة، أو نذر ذبح نفسه أو ولده، فلا ينعقد نذره^(١). فإن لم يفعل المعصية المنذورة، فقد أحسن، ولا كفارة عليه على المذهب، وبه قطع جمهور الأصحاب. وحكى الربيع قولاً في وجوبها. واختاره الحافظ أبو بكر البيهقي، للحديث «لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين»^(٢). قال الجمهور: المراد بالحديث، نذر اللجاج. قالوا: ورواية الربيع من كيسه. وحكى بعضهم الخلاف وجهين:

قلت: هذا الحديث بهذا اللفظ، ضعيف باتفاق المحدثين، وإنما صح حديث عمران بن الحصين عن النبي ﷺ: «لا نذر في معصية الله»^(٣) رواه مسلم، وحديث عقبة بن عامر عن النبي ﷺ: «كفارة النذر كفارة اليمين»^(٤) رواه مسلم. والله أعلم.

وأما الطاعة فأنواع:

أحدها: الواجبات، فلا يصح نذرها، لأنها واجبة بإيجاب الشرع، فلا معنى لالتزامها، وذلك كنذر الصلوات الخمس، وصوم رمضان، وكذا لو نذر أن لا يشرب الخمر، ولا يزني. وسواء علّق ذلك بحصول نعمة، أو التزمه ابتداءً. وإذا خالف ما

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٢٩٠) والترمذي في سننه برقم (١٥٢٤) والنسائي في سننه برقم (٣٨٤٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٢٥) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٣٢٣/٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٤١) وأبو داود في سننه برقم (٣٣١٦).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٤٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٢٣) والترمذي في سننه برقم (١٥٢٨).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (١١٩٧، ١٨٦٤، ١٩٩٥) ومسلم في صحيحه برقم (٨٢٧) (٤١٥) كتاب الحج، والترمذي في سننه برقم (٣٢٦) وابن ماجه في سننه برقم (١٤١٠) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تشدوا الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: مسجدي هذا، والمسجد الحرام، والمسجد الأقصى».

ذكره، ففي لزوم الكفارة ما سبق في قسم المعصية. وادّعى صاحب «التهذيب» أن الظاهر هنا، وجوبها.

النوع الثاني: العبادات المقصودة، وهي التي شرعت للتقرب بها. وعلم من الشارع الاهتمام بتكليف الخلق إيقاعها عبادة، كالصوم والصلاة والصدقة والحج والاعتكاف والعتق، فهذه تلزم بالنذر بلا خلاف. قال الإمام: وفروض الكفاية التي يحتاج في أدائها إلى بذل مال أو مقاساة مشقة، تلزم بالنذر أيضاً، كالجهاد وتجهيز الموتى. ويجيء مما سنذكره إن شاء الله تعالى في نذر السنن الراتبية وجه: أنها لا تلزم. وعن القفال: أن من نذر الجهاد، لا يلزمه شيء. وفي صلاة الجنازة، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وما ليس فيه بذل مال، ولا كبير مشقة، وجهان: أصحهما: لزومها بالنذر أيضاً.

فرع: كما يلزم أصل العبادة بالنذر، يلزم الوفاء بالصفة المستحبة فيها إذا شرطت في النذر، كمن شرط في الصلاة المنذورة إطالة القيام، أو الركوع، أو السجود. أو شرط المشي في الحجة الملتزمة إذا قلنا: المشي في الحج أفضل من الركوب، فلو أفردت الصفة بالنذر، والأصل واجب شرعاً، كتطويل القراءة والركوع والسجود في الفرائض، أو أن يقرأ في الصبح مثلاً سورة كذا، أو أن يصلي الفرض في جماعة، فالأصح: لزومها، لأنها طاعة. والثاني: لا، لئلا تغير عما وضعها الشرع عليه. ولو نذر فعل السنن الراتبية، كالوتر، وسنة الفجر، والظهر، فعلى الوجهين. ولو نذر صوم رمضان في السفر، فوجهان: أحدهما وبه قطع في «الوجيز»، ونقله إبراهيم المرؤذي عن عامة الأصحاب: لا ينعقد نذره، وله الفطر، لأنه التزام يبطل رخصة الشرع. والثاني، وهو اختيار القاضي حسين وصاحب «التهذيب»: انعقاده ولزوم الوفاء كسائر المستحبات. ويجري الوجهان، فيمن نذر إتمام الصلاة في السفر، إذا قلنا: الإتمام أفضل. ويجريان فيمن نذر القيام في النوافل، أو استيعاب الرأس بالمسح، أو التلث في الوضوء أو الغسل، أو أن يسجد للتلاوة والشكر عند مقتضييهما. قال الإمام: وعلى مساق الوجه، لو نذر المريض القيام في الصلاة وتكلف المشقة، أو نذر صوماً، وشرط أن لا يفطر بالمرض، لم يلزم الوفاء، لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعاً، والمرض مرخص.

النوع الثالث: القربات التي لم تشرع لكونها عبادة، وإنما هي أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعظم فائدتها. وقد يبتغى بها وجه الله تعالى، فينال الثواب فيها، كعبادة المرضى، وزيارة القادمين، وإفشاء السلام بين المسلمين، وتشميت العاطس. وفي لزومها بالنذر، وجهان: الصحيح: اللزوم. ويلزم تجديد

الوضوء بالنذر على الأصح. قال في «التتمة»: لو نذر الاغتسال لكل صلاة، لزمه الوفاء، وليبين هذا على أن تجديد الغسل، هل يستحب؟ قال: ولو نذر الوضوء، انعقد نذره ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث، بل بالتجديد.

قلت: جزم أيضاً بانعقاد نذر الوضوء، القاضي حسين. وفي «التهذيب» وجه ضعيف: أنه لا يلزم. وقولهم: لا يخرج عن النذر إلا بالتجديد، معناه: بالتجديد حيث يشرع، وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاةً ما، على الأصح. والله أعلم.

قال: ولو نذر أن يتوضأ لكل صلاة، لزم الوضوء لكل صلاة. وإذا توضأ لها عن حدث، لا يلزمه الوضوء لها ثانياً، بل يكفي الوضوء الواحد عن واجبي الشرع والنذر. قال: ولو نذر التيمم، لم ينعقد على المذهب. قال: ولو نذر أن لا يهرب من ثلاثة فصاعداً من الكفار، فإن علم من نفسه القدرة على مقاومتهم، انعقد نذره، وإلا، فلا. وفي كلام الإمام: أنه لا يلزم بالنذر انكفاف قط، حتى لو نذر أن لا يفعل مكروهاً، لا ينعقد نذره. ولو نذر أن يحرم بالحج في شوال، أو من بلد كذا، لزمه على الأصح.

وأما المباح فالذي لم يرد فيه ترغيب، كالأكل، والنوم، والقيام، والقعود، فلو نذر فعلها أو تركها، لم ينعقد نذره. قال الأئمة: وقد يقصد بالأكل التقوي على العبادة، وبالنوم النشاط عند التهجد، فينال الثواب، لكن الفعل غير مقصود، والثواب يحصل بالقصد الجميل. وهل يكون نذر المباح يميناً توجب الكفارة عند المخالفة؟ فيه ما سبق في نذر المعاصي والفرض. وقطع القاضي بوجوب الكفارة في المباح، وذكر في المعصية وجهين، وعلق الكفارة باللفظ من غير حنث، وهذا لا يتحقق بثبوته. والصواب في كيفية الخلاف ما قدمناه.

فرع: لو نذر الجهاد في جهة بعينها، ففي تعيينها أوجه، قال صاحب «التلخيص»: يتعين، لاختلاف الجهات. وقال أبو زيد: لا يتعين، بل يجرئه أن يجاهد في جهة أسهل وأقرب منها. وقال الشيخ أبو علي: وهو الأصح الأعدل، لا يتعين، لكن يجب أن تكون التي يجاهد فيها كالمعينة في المسافة والمؤنة، وتجعل مسافات الجهات كمسافات مواقيت الحج.

فرع: يشترط في القرية المالية، كالصدقة، والتضحية، والإعتاق، أن يلتزمها في الذمة، أو يضيف إلى معين يملكه. فإن كان لغيره، لم ينعقد نذره قطعاً، ولا كفارة عليه على المذهب، وبه قطع الجمهور، وذكر في «التتمة» في لزومها وجهين: وهو شاذ. قال في «التتمة»: لو قال: إن ملكت عبداً، فله عليّ أن أعته، انعقد نذره. قال: ولو قال: إن شفى الله مريضاً، فكل عبد أملكه حر، أو فعبد فلان حر

إن ملكته، لم ينعقد نذره قطعاً، لأنه لم يلتزم التقرب بقربة، لكن علق الحرية بعد حصول النعمة بشرط، وليس هو مالكاً في حال التعليق، فلغا، كما لو قال: إن ملكت عبداً أو عبد فلان، فهو حر، فإنه لا يصح قطعاً. قال: ولو قال: إن شفى الله مريضى، فعبدى حر إن دخل الدار، انعقد، لأنه مالكة، وقد علقه بصفتين، الشفاء، والدخول. قال: ولو قال: إن شفى الله مريضى، فلله عليّ أن أشتري عبداً وأعتقه، انعقد.

فرع: قال: في «التهذيب» في باب الاستسقاء: لو نذر الإمام أن يستسقى، لزمه أن يخرج في الناس ويصلي بهم. ولو نذره واحد من الناس، لزمه أن يصلي منفرداً. وإن نذر أن يستسقى بالناس، لم ينعقد، لأنهم لا يطيعونه. ولو نذر أن يخطب وهو من أهله، لزمه. وهل له أن يخطب قاعداً مع استطاعته القيام؟ فيه خلاف كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الصلاة المنذورة.

فرع: سئل الغزالي رحمه الله في فتاويه عما لو قال البائع للمشتري: إن خرج المبيع مستحقاً، فلله عليّ أن أهبك ألف دينار، فهل يصح هذا النذر، أم لا؟ وإن حكم حاكم بصحته، هل يلزمه؟ فأجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، ولا يؤثر فيه قضاء القاضي، إلا إذا نقل مذهب معتبر في لزوم ذلك النذر.

فرع: قال بعضهم: لو نذر أن يكسو يتيماً لم يخرج عن نذره باليتيم الذمي، لأن مطلقة في الشرع للمسلم.

قلت: ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، أو جائزه، كما لو نذر إعتاق رقبة. والله أعلم.

الفصل الثاني: في أحكام النذر

إذا صح النذر، لزم الوفاء به. والمعتبر فيه: مقتضى ألفاظ الالتزام. والملتزمات أنواع:

الأول: الصوم، فإن أطلق التزامه فقال: لله عليّ صوم، أو أن أصوم، لزمه صوم يوم. ويجيء فيه وجه ضعيف: أنه يكفي إمساك بعض يوم، بناءً على أن النذر يُنزل على أقل ما يصح من جنسه، وأن إمساك بعض اليوم صوم، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى. ولو نذر صوم أيام وقدرها، فذاك. وإن أطلق ذكر الأيام، لزمه ثلاثة. ولو قال: أصوم دهرًا أو حينًا، كفاه صوم يوم.

فرع: هل يجب تبين النية في الصوم المنذور، أم تكفي نيته قبل الزوال؟ يبنى ذلك على أنه إذا التزم عبادة بالنذر وأطلقها، فعلى أي شيء يُنزل نذره؟ فيه قولان

مأخوذان من معاني كلام الشافعي رحمه الله. أحدهما: يُنْزَلُ على أقل واجب من جنسه يجب بأصل الشرع، لأن المنذور واجب، فجعل كواجب بالشرع ابتداءً. والثاني: يُنْزَلُ على أقل ما يصح من جنسه. وقد يقال: على أقل جائز الشرع، لأن لفظ الناذر لا يقتضي التزام زيادة عليه. وهذا الثاني، أصح عند الإمام، والغزالي، ولكن الأول أصح، فقد صححه العراقيون، والرويانى، وغيرهم. فإن قلنا بالقول الأول، أوجبنا التبييت، وإلا، جوّزناه بنية من النهار، هذا إذا أطلق نذر الصوم. فأما إذا نذر صوم يوم أو أيام، فصحته بنية النهار مع التنزيل على أقل ما يصح، تبني على أصل آخر، وهو أن صوم التطوع إذا نواه نهائياً، هل يكون صائماً من وقت النية، أم من أول النهار؟ وفيه خلاف سبق في بابه. والأصح: الثاني. فإن قلنا به، صح صوم الناذر بنية النهار، وإلا، وجب التبييت.

وينبغي على القولين في تنزيل النذر، مسائل:

منها: لو نذر أن يصلي وأطلق، إن قلنا بالقول الثاني، فركعة، وإلا، فركعتان، وهو المنصوص.

ومنها: جواز الصلاة قاعداً مع القدرة على القيام، فيه وجهان بناءً عليهما. فلو نذر أن يصلي قاعداً، جاز القعود قطعاً، كما لو صرح بنذر ركعة، أجزأته قطعاً. فإن صلى قائماً، فهو أفضل. ولو نذر أن يصلي قائماً، لزمه القيام قطعاً. ولو نذر أن يصلي ركعتين، فصلّى أربعاً بتسليمة واحدة بتشهد أو بتشهدين، قطع صاحب «التهذيب» بجوازه. وفي «التتمة»: فيه وجهان: ويمكن بناؤه على الأصل السابق: إن نزلنا على واجب الشرع، لم يجزئه كما لو صلى الصبح أربعاً، وإلا، أجزأه. وإن نذر أربع ركعات، فإن نزلنا على واجب الشرع، أمرناه بتشهدين. فإن ترك الأول، سجد للسهو، ولا يجوز أداؤها بتسليمتين. وإن نزلنا على الجائز. تخير، إن شاء أداها بتشهد وإن شاء بتشهدين. ويجوز بتسليمتين، بل هو أفضل.

قلت: الأصح: أنه يجوز بتسليمتين. والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرّجة على هذا الأصل عليه، وقوع الصلاة مثني، وزيادة فضلها. والله أعلم.

ولو نذر أن يصلي ركعتين على الأرض مستقبلاً القبلة، لم يجز فعلهما على الراحلة. ولو نذر فعلهما على الراحلة، فله فعلهما على الأرض مستقبلاً. وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ فيه خلاف مبني على هذا الأصل. وأما لو نذر أن يتصدق، فإنه لا يحمل على خمسة دراهم، أو نصف دينار، بل يجزئه أن يتصدق بدانق ودونه مما يتموّل، لأن الصدقة الواجبة في الزكاة غير منحصرة في نصاب الذهب والفضة، بل تكون في صدقة الفطر وفي الخلطة.

ومنها: إذا نذر إعتاق رقبة، فإن نزلنا على واجب الشرع، لزمه رقبة مؤمنة سليمة، وإلا، أجزأه كافرة مَعِيَّة. قال الداركي: الأول أصح.
قلت: الأصح عند الأكثرين: الثاني. منهم المحاملي، وصاحب «التنبيه» و«المستظهري»، وهو الراجح في الدليل. والله أعلم.

فلو قيد فقال: لله عليّ إعتاق رقبة مؤمنة سليمة، لم تجزه الكافرة ولا المَعِيَّة قطعاً. ولو قال: كافرة، أو مَعِيَّة، أجزأته قطعاً. ولو أعتق مسلمة، أو سليمة، فقبل: لا تجزئه، والصحيح: أنها تجزئه، لأنها أكمل، وذكر الكفر والعيب، ليس للتقرب، بل لجواز الاقتصار على الناقص، فصار كمن نذر التصديق بحنطة رديئة، يجوز له التصديق بالجيّدة. ولو قال: عليّ أن أعتق هذا الكافر، أو المَعِيْب، لم يجزئه غيره، لتعلق النذر بعينه. أما لو نذر أن يعتكف، فليس جنس الاعتكاف واجباً بالشرع، وقد سبق في باب وجهان في أنه هل يشترط اللبث، أم يكفي المرور في المسجد مع النية؟ والأول أصح. فعلى هذا لا بد من لبث، ويخرج عن النذر بلبث ساعة، ويستحب أن يمكث يوماً. وإن اكتفينا بالمرور، فلإمام فيه احتمالان. أحدهما: يشترط لبث، لأن لفظ الاعتكاف يشعر به. والثاني: لا، حملاً له على حقيقته شرعاً.

فصل: إذا لزمه صوم يوم النذر، استحَب المبادرة به، ولا تجب المبادرة، بل يخرج عن نذره بأي يوم كان مما يقبل الصوم، غير رمضان. ولو نذر صوم خميس ولم يعين، صام أي خميس شاء. فإذا مضى خميس ولم يصمه، استقر في ذمته، حتى لو مات قبل الصوم، فدي عنه. ولو عين في نذره يوماً كأول خميس من الشهر، أو خميس هذا الأسبوع، تعين على المذهب، وبه قطع الجمهور، فلا يجوز الصوم قبله، وإذا تأخر عنه، صار قضاءً، فإن أخر بلا عذر، أثم، وإن أخر بعذر سفر أو مرض، لم يَأْثَم. وقال الصيدلاني وغيره: فيه وجهان: الثاني منهما: لا يتعين، كما لو عين مكاناً، فعلى هذا يجوز الصوم قبله وبعده. ولو عين يوماً من أسبوع، والتبس عليه، فينبغي أن يكون يوم الجمعة، لأنه آخر الأسبوع، فإن لم يكن هو المعين، أجزأه وكان قضاءً. ولو نذر صوم يوم مطلق من الأسبوع المعين، صام منه أي يوم كان.

فرع: اليوم المعين بالنذر وإن عَيَّنَّاه، لا يثبت له خواص رمضان من الكفارة بالفطر بالجماع فيه، ووجوب الإمساك لو أفطر فيه، وعدم قبول صوم آخر من قضاء أو كفارة، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة، صح بلا خلاف، كذا قاله الإمام. وفي «التهذيب» وجه آخر: أنه لا ينعقد كأيام رمضان.

فرع: الخلاف السابق في أن اليوم المعين بالنذر، هل يتعين؟ يجري مثله في الصلاة إذا عين لها في نذرها وقتاً، وفي الحج إذا عين له سنة. وجزم صاحب

«التهذيب» بالتعيين، قال: لو نذر صلاة في وقت معين غير أوقات النهي، تعين، فلا يجوز قبله، ولا يجوز التأخير عنه، وإذا لم يصل فيه، وجب القضاء. ولو نذر أن يصلي ضحوة، صلى في ضحوة أي يوم شاء، فلو صلى في غير الضحوة، لم يجزه. ولو عين ضحوة، فلم يصل فيها، قضى أي وقت كان من ضحوة وغيرها. ولو عين للصدقة وقتاً، قال الصيدلاني: يجوز تقديمها على وقتها بلا خلاف.

فرع: لو نذر صوم أيام، مثل أن قال: الله تعالى علي صوم عشرة أيام، فالقول في أن المبادرة تستحب ولا تجب، وفي أنه إذا عينها هل تتعين؟ على ما ذكرناه في اليوم الواحد. ويجري الخلاف في تعيين الشهر والسنة المعينين. وحيث لا نذكره نحن ولا الأصحاب، نقتصر على الصحيح. ويجوز صومها متتابعة ومتفرقة، لحصول الوفاء بالمسمى. وإن قيد النذر بالتتابع، لزمه. فلو أخل به، فحكمه حكم صوم الشهرين المتتابعين. ولو قيد بالتفريق، فوجهان: أحدهما: لا يجب التفريق، وأقربهما: أنه يجب، وبه قطع ابن كج، وصاحب «التهذيب» وغيرهما، لأن التفريق معتبر في صوم التمتع. فعلى هذا، قالوا: لو صام عشرة متتابعة، حسبت له خمسة، ويلغى بعد كل يوم يوم.

فرع: لو نذر صوم شهر، نظر، إن عين كرجب أو شعبان، أو قال: أصوم شهراً من الآن، فالصوم يقع متتابعاً لتعين أيام الشهر. وليس التابع مستحقاً في نفسه، حتى لو أفطر يوماً، لا يلزمه الاستئناف. ولو فاته الجميع، لا يلزمه التابع في قضائه كرمضان فلو شرط التابع، فوجهان: أحدهما: لا يلزمه، لأن شرط التابع مع تعيين الشهر لغو. وأصحهما وبه قطع العراقيون: يجب، حتى لو أفسد يوماً، لزمه الاستئناف. وإذا فات، قضاه متتابعاً. وإن أطلق وقال: أصوم شهراً، فله التفريق والتتابع. فإن فرق، صام ثلاثين يوماً. وإن تابع وابتدأ بعد مضي بعض الشهر الهلالي، فكذلك، وإن ابتدأ في أول الشهر وخرج ناقصاً، كفاه.

فرع: إذا نذر صوم سنة، فله حالان:

أحدهما: أن يعين سنة متوالية، كقوله: أصوم سنة كذا، أو أصوم سنة من أول شهر كذا، أو من الغد فصيامها يقع متتابعاً بحق الوقت، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين، وكذا أيام التشريق، بناءً على المذهب: أنه يحرم صومها، ولا يجب قضائها، لأنها غير داخلة في النذر. وإذا أفطرت بحيض أو نفاس، ففي وجوب القضاء قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: لا يجب كالعيد، وبه قال الجمهور، وصححه أبو علي الطبري، وابن القطان، والرويان. ولو أفطر بالمرض، ففيه هذا الخلاف. ورجح ابن كج وجوب القضاء، لأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام الحيض،

ويصح أن تنذر صوم أيام المرض. ولو أفطر بالسفر، وجب القضاء على المذهب، وقيل: على الخلاف، وبه قال ابن كج. وإذا أفطر بعض الأيام بغير عذر، أثم ولزمه القضاء بلا خلاف. وسواء أفطر بعذر، أم بغيره، لا يلزمه الاستئناف. وإذا فات صوم السنة، لم يجب التتابع في قضائه كرمضان.

هذا كله إذا لم يتعرض للتتابع. فإن شرط التتابع مع التعيين للسنة، فعلى الوجهين السابقين في الشهر. فإن قلنا: تجب رعايته فأفطر بغير عذر، وجب الاستئناف. وإن أفطرت بالحيض، لم يجب. والإفطار بالسفر والمرض، له حكم الشهرين المتتابعين. فإن قلنا: لا يبطل التتابع، ففي القضاء الخلاف السابق. ولو قال: لله عليّ صوم هذه السنة، تناول السنة الشرعية، وهي من المحرم إلى المحرم فإن كان مضى بعضها، لم يلزمه إلا صوم الباقي. فإن كان رمضان باقياً، لم يلزمه قضاؤه عن النذر، ولا قضاء العيدين. وفي التشريق والحيض والمرض، ما ذكرنا في جميع السنة.

الحال الثاني: نذر صوم سنة وأطلق، نظر، إن لم يشرط التتابع، صام ثلاثمائة وستين يوماً، أو اثني عشر شهراً بالهلال، وكل شهر استوعبه بالصوم فناقضه كالكامل. وإن انكسر شهر، أتمه ثلاثين. وشوال وذو الحجة منكسران بسبب العيد والتشريق، ولا يلزم التتابع. فإن صام سنة متوالية، قضى رمضان والعيدين والتشريق. ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر، وتقضي أيام الحيض، هذا الذي ذكرناه هو المذهب. وحكي وجه أنه لا يخرج عن نذره إلا بثلاثمائة وستين يوماً. ووجه: أنه إذا صام من المحرم إلى المحرم، أو من شهر آخر إلى مثله، أجزاه، لأنه يقال: صام سنة، ولا يلزمه قضاء رمضان والعيدين والتشريق. أما إذا شرط التتابع فقال: لله على أن أصوم سنة متتابعاً، فيلزمه التتابع، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين والتشريق.

وهل يلزمه قضاؤها للنذر؟ فيه طريقتان. المذهب وهو المنصوص، وبه قطع الجمهور: أنه يلزمه القضاء على الاتصال بآخر المحسوب من السنة. والثاني: في وجوبه وجهان: أحدهما: لا يلزمه كالسنة المعينة، ثم يحسب بالشهر الهلالي وإن كان ناقصاً. وإذا أفطر بلا عذر، وجب الاستئناف. وإن أفطرت بالحيض لم يجب الاستئناف. وفي السفر والمرض، ما ذكرنا في الشهرين المتتابعين. ثم في قضاء أيام الحيض والمرض، الخلاف المذكور في الحال الأول. وإذا نذر صوم شهر بعينه، فقضاء ما يفطره لمرض أو حيض، على ما سبق في السنة. وكذا لو نذرت صوم يوم معين، فحاضت، ففي وجوب القضاء القولان. ولو نذرت صوم يوم غير معين، فشرعت في صوم، فحاضت، لزمها القضاء.

فرع: لو نذر صوم ثلاثمائة وستين يوماً، لزمه صوم هذا العدد، ولا يجب التتابع. ولو قال: متتابعة، وجب التتابع، ويقضي لرمضان والعديد والتشريق على الاتصال. وحكي وجه: أن التتابع يلغو هنا، وهو شاذ.

فصل: من شرع في صوم تطوع فنذر إتمامه، لزمه إتمامه على الصحيح، ويجري الخلاف فيمن نذر أن يتم صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل. وإذا أصبح ممسكاً ولم ينو، فهو متمكن من صوم التطوع. فلو نذر أن يصوم، فقد أطلقوا في لزوم الوفاء قولين بناءً على أن النذر ينزل على واجب الشرع، أم على ما يصح؟ قال الإمام: والذي أراه، اللزوم، قال: وقال الأصحاب: لو قال: عليّ أن أصلي ركعة واحدة، لم يلزمه إلا ركعة. ولو قال: عليّ أن أصلي كذا قاعداً، لزمه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، وإنهم تكلفوا فرقاً بينهما، قال: ولا فرق، فيجب تنزيلهما على الخلاف.

فرع: لو نذر صوم بعض يوم، لم ينعقد نذره على الأصح. وعلى الثاني، ينعقد وعليه صوم يوم كامل. وذكر في «التتمة» تفرعاً على الانعقاد: أنه لو أمسك بقية نهاره عن النذر، أجزأه إن لم يكن أكل شيئاً في أوله. فإن أكل، لا يجزئه على الصحيح. وقد سبق في كتاب الصوم وجه: أنه إذا نوى التطوع بعد الأكل، أجزأه. فعلى ذلك الوجه: يجزئه هذا عن نذره. ولو نذر أن يصلي بعض ركعة، ففي انعقاده وجهان كالصوم. ووجه الانعقاد: أنه قد يؤمر بفعل ما دون ركعة، ويثاب عليه، وهو ما إذا أدرك الإمام بعد الركوع، حتى يدرك به فضيلة الجماعة في الركعة الأخيرة. قال في «التتمة»: فعلى هذا، يلزمه ركعة كاملة إن أراد أن يأتي بالمنذور منفرداً. وإن اقتدى بإمام بعد الركوع في الركعة الأخيرة، خرج عن نذره، لأنه أتى بما التزمه وهو قربة في نفسه. وقطع غيره، بأنه يلزمه ركعة مطلقاً. ولو نذر ركوعاً، لزمه ركعة باتفاق المفرّعين. ولو نذر تشهداً، ففي «التتمة»: أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها، أو يقتدي بمن قعد للتشهد في آخر صلاته، أو يكبر ويسجد سجدة، ويتشهد على طريقة من يقول: سجود التلاوة يقتضي التشهد، فيخرج به عن نذره. ولو نذر سجدة فردة، فطريقان. في «التتمة»: أن السجدة قربة، بدليل سجدي التلاوة والشكر. فيكون في انعقاد نذره، الوجهان في نذر عيادة المريض، وتشميت العاطس. فإن قلنا: لا ينعقد، فالحكم كما في الركوع، والطريق الثاني: لا ينعقد نذر السجدة قطعاً، وهو الأصح، وبه قطع الشيخ أبو محمد بناءً على الأصح، أنها ليست قربة بلا سبب.

فرع: لو نذر أن يحج هذه السنة، وهو على مئة فرسخ، ولم يبق إلا يوم

واحد، فالمذهب: أنه لا ينعقد نذره، ولا شيء عليه. وقيل: في لزوم كفارة بذلك خلاف سبق نظائره. وقيل: ينعقد نذره، ويقضي في سنة أخرى.

فرع: لو نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، ففي انعقاد نذره قولان أظهرهما عند الأكثرين: انعقاده. فعلى هذا، إن قدم ليلاً، فلا صوم على الناذر، إذ لم يوجد يوم قدومه. ولو عني باليوم الوقت، فالليل غير قابل للصوم، ويستحب أن يصوم الغد، أو يوماً آخر. وإن قدم نهاراً، فللناذر أحوال:

أحدها: أن يكون مفطراً، فيلزمه أن يصوم عن نذره يوماً. وهل نقول: لزمه بالنذر الصوم من أول اليوم، أم من وقت القدوم؟ وجهان: ويقال: قولان. أصحهما: الأول، وبه قال ابن الحداد. وتظهر فائدة الخلاف في صور.

منها: لو نذر اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم نصف النهار. إن قلنا بالأول، اعتكف باقي اليوم وقضى ما مضى. قال الصيدلاني: وله أن يعتكف يوماً مكانه. والظاهر: أنه يتعين. وإن قلنا بالثاني، اعتكف باقي اليوم، وليس عليه شيء آخر.

ومنها: إذا قال لعبده: أنت حر اليوم الذي يقدم فيه فلان، فباعه ضحوة، ثم قدم فلان في بقية يومه، فإن قلنا بالأول، بان بطلان البيع وحرية العبد، وبه قال ابن الحداد، وإن قلنا بالثاني، فالبيع صحيح، ولا حرية. هذا إذا كان قدوم فلان بعد تفرقهما عن المجلس ولزوم العقد. أما لو قدم قبل انقضاء الخيار، فيحصل العتق على الوجهين، لأنه إذا وجدت الصفة المعلق عليها، والخيار ثابت، حصل العتق. ولو مات السيد ضحوة، ثم قدم فلان، لم يورث عنه على الوجه الأول، ويورث على الثاني. ولو أعتقه عن كفارته، ثم قدم، لم يجزه على الأول، ويجزئه على الثاني.

ومنها: لو قال لزوجته: أنت طالق يوم يقدم فلان، فماتت، أو مات الزوج في بعض الأيام، ثم قدم فلان في بقية ذلك اليوم، فإن قلنا بالأول، بان أن الموت بعد الطلاق، فلا توارث بينهما إن كان الطلاق بائناً، وإن قلنا بالثاني، لم يقع الطلاق. ولو خالعهما في صدر النهار، ثم قدم فلان في آخره، فعلى الأول يتبين بطلان الخلع إن كان الطلاق بائناً، وعلى الثاني، يصح الخلع، ولا يقع الطلاق المعلق.

الحال الثاني: أن يقدم فلان والناذر صائم عن واجب من قضاء أو نذر، فيتيمم ما هو فيه، ويصوم لهذا النذر يوماً آخر. واستحب الشافعي رحمه الله، أن يعيد الصوم الواجب الذي هو فيه، لأنه بان أنه صام يوماً مستحق الصوم، لكونه يوم قدوم فلان. قال في «التهذيب»: في هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه، ثم صامه عن نذر آخر أو قضاء، ينعقد، ويقضي نذر هذا اليوم.

الحال الثالث: أنه يقدم وهو صائم تطوعاً، أو غير صائم، لكنه ممسك، قال في «التهذيب»: ويكون ذلك قبل الزوال، فيبنى على أنه يلزمه الصوم من أول النهار، أم من وقت القدوم؟ إن قلنا بالأول، لزمه صوم يوم آخر، ويستحب أن يممسك بقية النهار، وإن قلنا بالثاني، ففي «التتمة»: أنه يبنى على جواز نذر صوم بعض يوم. إن جوزناه، نوى إذا قدم، وكفاه ذلك، ويستحب أن يعيد يوماً كاملاً للخروج من الخلاف. وإن لم نجوزّه، فلا شيء عليه، ويستحب أن يقضي. وقال في «التهذيب»: إن قلنا: يلزم الصوم من وقت القدوم، فهنا وجهان: أحدهما: يلزمه صوم يوم آخر. والثاني: يلزمه إتمام ما هو فيه، ويكون أوله تطوعاً، وآخره فرضاً. كمن دخل في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، يلزمه الإتمام. هذا إذا كان صائماً عن تطوع، وإن لم يكن صائماً، نوى، ويصوم بقية النهار إن كان قبل الزوال. أما إذا تبين للناذر أن فلاناً يقدم غداً، فنوى الصوم من الليل، ففي إجزائه عن نذره وجهان: أحدهما: يجزئه، وبه قطع الأكثرون، لأنه بنى النية على أصل مظنون. وخص صاحب «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: يلزم الصوم من أول اليوم، قال: فإن قلنا باللزوم من وقت القدوم، لم يجزه.

الحال الرابع: أن يقدم فلان يوم العيد، أو في رمضان، فهو كما لو قدم ليلاً.

فصل: إذا نذر صوم يوم الاثنين أبداً، لزمه الوفاء، تفرعاً على الصحيح: أن الوقت المعين للصوم يتعين. ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً، فقدم يوم الاثنين، ففي انعقاد نذر ذلك اليوم الخلاف السابق، وسائر الاثنين تلزمه كما لو نذر صوم الاثنين. ولا يجب قضاء الاثنين الواقعة في رمضان، لكن لو وقع فيه خمسة أثنين، ففي قضاء الخامس قولان - وكذا لو وقع يوم عيد في يوم الاثنين - أظهرهما: لا قضاء كالأثنين في رمضان، وأيام التشريق كالعيد، بناءً على المذهب: أنها لا تقبل الصوم. ولو صدر هذا النذر من امرأة، وأفطرت في بعض الاثنين بحيض أو نفاس، فالمذهب: أن القضاء على القولين كالعيد، وبه قطع الأكثرون. وقيل: يجب قطعاً، لأن واجبه شرعاً يقضى، فكذا بالنذر. ثم الطريقتان فيما إذا لم يكن لها عادة غالبية، فإن كانت، فعدم القضاء فيما يقع في عاداتها أظهر، وقطع به بعضهم. وقيل: خلافه، لأن العادة قد تختلف. ولو أفطر الناذر بعض الاثنين بالمرض، فالمذهب: وجوب القضاء، وبه قطع قاطعون، وقيل: هو على الخلاف فيمن نذر سنة بعينها. ولو لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة، قدّم صوم الكفارة على الاثنين، سواء تقدم وجوب الكفارة، أو تأخر، لأنه يمكن قضاء الاثنين. ولو عكس، لم يتمكن من الكفارة، لفوات التتابع. ثم إن لزم الكفارة بعد نذر الاثنين، قضى الاثنين الواقعة

في الشهرين، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد النذر. وإن لزمته الكفارة قبله، فوجهان: وقيل: قولان. أصحابهما عند صاحب «التهذيب» وطائفة من العراقيين: يجب القضاء، ويحكي عن رواية الربيع. والثاني: لا، وهو الأصح عند القاضيين أبي الطيب، وابن كج، وإمام الحرمين، والغزالي.

قلت: الثاني: أصح. والله أعلم.

ولو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً، أو شهرين، أو أسبوعاً، ثم نذر الأثنين، فإن لم يعين الشهر، أو الشهرين، فهو كما لو لزمته الكفارة، ثم نذر الأثنين. وإن عيّن، ففي «التممة»: أنه يبنى على أنه إذا عيّن وقتاً للصوم، هل يجوز أن يصوم فيه عن قضاء، أو نذر آخر؟ وقد سبق فيه الخلاف. فإن جَوَّزناه، فهو كما لو لم يعيّن. وإن لم نجوّزه، فحكم ذلك الشهر حكم رمضان، وبهذا قطع صاحب «التهذيب». وقال أيضاً: إذا صادف نذران زماناً معيناً، فيحتمل أن يقال: لا ينعقد النذر الثاني، وطرده هذا الاحتمال فيما إذا قال: إن قدم زيد، فله عليّ أن أصوم اليوم التالي لقدمه، وإن قدم عمرو، فله عليّ أن أصوم أول خميس بعد قدمه، فقداً معاً يوم الأربعاء. ونقل أنه يصوم عن أول نذر نذره، ويقضي يوماً للنذر الثاني. وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد شفاء مريضه، ونذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فشفي المريض، وأصبح الناذر في أول الخميس صائماً، فقدم فيه فلان، يقع صوماً عما نواه، والنذر للآخر. فإن قلنا: لا ينعقد، فلا شيء عليه. وإن قلنا: ينعقد، قضى عنه يوماً آخر.

فصل: إذا نذر صوم الدهر، انعقد نذره، ويستثنى عنه أيام العيد، وأيام التشريق، وقضاء رمضان. وكذا لو كان عليه كفارة حال النذر. فلو لزمه كفارة بعد النذر، فالمذهب: أنه يصوم عنها ويفدي عن النذر. وقال في «التممة»: يبنى على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، أم جائزة؟ إن قلنا بالأول، لم يصم عن الكفارة، ويصير كالعاجز عن جميع الخصال، وإن قلنا بالثاني، صام عن الكفارة. ثم إن لزمته بسبب هو فيه مختار، لزمه الفدية، وإلا، فلا. ولو أفطر في رمضان بعذر أو غيره، لزمه القضاء، ويقدمه على النذر، كما يقدم الأداء.

ثم إن أفطر بعذر، فلا فدية. وإن تعدى، لزمته. ولو أفطر يوماً، فلا سبيل إلى قضائه، لاستغراق العمر. ثم إن كان بعذر مرض، أو سفر، فلا فدية. وإن تعدى، لزمته. قال الإمام: ولو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطره متعدياً، فالوجه: أنه يصح وإن كان الواجب غير ما فعل، ثم يلزمه المدُّ لما ترك من الأداء في ذلك اليوم. وينبغي أن يكون في صحته الخلاف السابق في أن الزمن المعين لصوم النذر، هل

يصح فيه غيره لأن أيام عمره متعيّنة للنذر؟ قال الإمام: وهل يجوز أن يصوم عن المفطر المتعدي وليّه في حياته تفريعاً على أنه يصوم عن الميت وليّه؟ الظاهر: جوازه، لتعذر القضاء منه. وفيه احتمال من جهة أنه قد يطرأ عذر يجوز ترك الصوم له، ويتصوّر تكلف القضاء منه، وقد يستفاد مما ذكره الإمام: أنه إذا سافر، قضى ما أفطر فيه متعدياً، وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي؟

فصل: لو نذر صوم يوم العيد، لم ينعقد، كما لو نذرت صوم يوم الحيض. ولو نذر صوم أيام التشريق، لم ينعقد على المذهب. وإذا جوّزنا على وجه صومها لغير المتمتع، ففي انعقادها وجهان: كنذر الصلاة في وقت الكراهة. والأصح: أنه لا ينعقد نذر صوم يوم الشك، ولا الصلاة في الأوقات المكروهة. النوع الثاني من الملتزمات: الحج، والعمرة.

الحج والعمرة، يلزمان بالنذر، فإذا نذرهما ماشياً، فهل يلزمه المشي، أم له الركوب؟ فيه قولان. أظهرهما: الأول، وهما مبنيان على أن الحج ماشياً أفضل، أم راكباً؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: المشي أفضل. والثاني: الركوب أفضل. والثالث: هما سواء. وقال ابن سريج: هما سواء ما لم يحرم. فإذا أحرم، فالمشي أفضل. قال الغزالي في «الإحياء»: من سهل عليه المشي، فهو أفضل في حقه، ومن ضعف وساء خلقه لو مشى، فالركوب أفضل.

قلت: الصواب: أن الركوب أفضل وإن كان الأظهر لزوم المشي بالنذر، لأنه مقصود. والله أعلم.

فإن قلنا: المشي أفضل، لزمه بالنذر، وإن قلنا: الركوب، أو سوينا، لم يلزمه المشي بالنذر.

ويتفرّع على لزوم المشي مسائل:

إحداها: لو صرح بابتداء المشي من دويرة أهله إلى الفراغ، هل يلزمه المشي قبل الإحرام؟ وجهان: أصحهما: نعم، فلو أطلق الحج ماشياً، فإن قلنا: لا يلزمه المشي من دويرة أهله مع التصريح به، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: أصحهما: يلزمه من وقت الإحرام، سواء أحرم من الميقات أو قبله، وبهذا قطع جماعة. وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أنه من أين يلزمه الإحرام؟ فعن أبي إسحاق: من دويرة أهله. وعن غيره: من الميقات. فعلى الأول: يمشي من دويرة أهله. وعلى الثاني: من الميقات. ولو قال: أمشي حاجاً، فالصحيح أنه كقوله: أحج ماشياً. ومقتضى كل واحد منهما، اقتران الحج والمشي. وفيه وجه أن قوله: أمشي حاجاً، يقتضي أن يمشي من مخرجه إلى الحج.

الثانية: في نهاية المشي طريقان. المذهب: أنه يلزمه المشي حتى يتحلل التحليلين، وبهذا قطع الجمهور، وهو المنصوص، وله الركوب بعد التحليلين وإن بقي عليه الرمي أيام منى. والطريق الثاني: فيه وجهان حكاهما الإمام. أحدهما: هذا. والثاني: له الركوب بعد التحلل الأول. وأما العمرة، فليس لها إلا تحلل واحد، فيمشي حتى يفرغ منها. والقياس: أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها، فله أن يركب، ولم يذكره.

الثالثة: لو فاته الحج، لزمه القضاء ماشياً. وإذا تحلل في سنة الفوات بأعمال عمرة، هل يلزمه المشي في تلك الأعمال؟ قولان: أظهرهما عند الأكثرين: لا يلزمه، لأنه خرج بالفوات عن أن يجزئه عن نذره. ولو فسد الحج بعد الشروع فيه، فهل يجب المشي في الماضي في فاسده؟ فيه القولان.

الرابعة: لو ترك المشي بعذر، بأن عجز، فحج ركباً، وقع حجه عن النذر. وهل عليه جبر المشي الفاتئ بإراقة الدم؟ قولان. أحدهما: لا، كما لو نذر الصلاة قائماً، فعجز، صلى قاعداً ولا شيء عليه. وأظهرهما: نعم. فعلى هذا، يلزمه شاة على المشهور. وفي قول: بدنة، وإن ترك المشي مع القدرة، فحج ركباً، فقد أساء. وفيه قولان: القديم. لا تبرأ ذمته من حجه، بل عليه القضاء، لأنه لم يأت به على صفته الملتزمة. والأظهر: أنه تبرأ ذمته. فعلى هذا، هل يلزمه الدم؟ قولان، أو وجهان: أظهرهما: نعم. وهل هو شاة، أم بدنة؟ فيه الخلاف السابق.

فرع: من نذر حجاً، استحَب أن يبادر إليه في أول سني الإمكان. فإن مات قبل الإمكان، فلا شيء عليه كحجة الإسلام. وإن مات بعده، أُحج عنه من ماله؟ وإن عيّن في نذره سنة، تعينت على الصحيح كالصوم، فلو حج قبلها، لم يجزئه. ولو قال: أُحج في عامي هذا، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام، لزمه الوفاء تفريراً على الصحيح. فإن لم يفعل مع الإمكان، صار ديناً في ذمته يقضيه بنفسه. فإن مات ولم يقض، أُحج عنه من ماله. وإن لم يمكنه، قال في «التتمة»: إن كان مريضاً وقت خروج الناس، ولم يتمكن من الخروج معهم، أو لم يجد رفقة، وكان الطريق مخوفاً لا يتأتى للأحاد سلوكه، فلا قضاء عليه، لأن المندور حج في تلك السنة، ولم يقدر عليه، وكما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هذه. ولو صدّه عدو أو سلطان بعد ما أحرم حتى مضى العام، قال الإمام: إذا امتنع عليه الإحرام للعدو، فالمنصوص: أنه لا قضاء. وخروج ابن سريج قولاً: أنه يجب، وبه قال المزني. كما لو قال: أصوم غداً، فأغمني عليه حتى مضى الغد، يجب القضاء. والمذهب: الأول. ولو منعه عدو أو سلطان وحده، أو منعه رب الدين وهو لا يقدر

على وفائه، لم يلزمه القضاء على الأظهر. ولو منعه المرض بعد الإحرام، فالمذهب وجوب القضاء، وبه قطع الجمهور، ولا ينزل منزلة الصد، لأنه يتحلل بالصد ولا يتحلل بالمرض. وحكى الإمام عن الأصحاب، تخريجه على الخلاف في الصد، وكذلك حكى الخلاف فيما إذا امتنع الحج في ذلك العام بعد الاستطاعة. وإذا رأيت كتب الأصحاب، وجدتها متفقة على أن الحجة المنذورة في ذلك، كحجة الإسلام، إن اجتمعت في العام الذي عيّن شرائط فرض الحج، وجب الوفاء واستقر في الذمة، وإلا، فلا. والنسيان وخطأ الطريق والضلال فيه، كالمرض. ولو كان النذر معضوباً وقت النذر، أو طراً العضب ولم يجد المال حتى مضت السنة المعيّنة، فلا قضاء عليه. ولو نذر صلاة، أو صوماً أو اعتكافاً في وقت معيّن، فمنعه عما نذر عدو أو سلطان، لزمه القضاء، بخلاف الحج، لأن الواجب بالنذر، كالواجب بالشرع، وقد يجب الصوم والصلاة مع العجز، فلزما بالنذر. والحج لا يجب إلا بالاستطاعة.

فرع: إذا نذر حجات كثيرة، انعقد نذره، ويأتي بهن على توالي السنين بشرط الإمكان. فإن آخر، استقر في ذمته ما أخره. فإذا نذر عشر حجات، ومات بعد خمس سنين أمكنه الحج فيهن، قضى من ماله خمس حجات. ولو نذرهما المعضوب، ومات بعد سنة وكان يمكنه أن يحج عن نفسه الحجج العشر في تلك السنة، قضيت من ماله. وإن لم يف ماله إلا بحجتين أو ثلاث، لم يستقر إلا المقدور عليه.

فرع: من نذر الحج، لزمه أن يحج بنفسه، إلا أن يكون معضوباً فيُحج عن نفسه.

فرع: لو نذر الحج راكباً، فإن قلنا: المشي أفضل، أو سوّينا بينهما، فإن شاء مشى، وإن شاء ركب. وإن قلنا: الركوب أفضل، لزمه الوفاء. فإن مشى، فعليه دم. وقال صاحب «التهذيب»: عندي أنه لا دم، لأنه عدل إلى أشق الأمرين. ولو نذر أن يحج حافياً، فله لبس النعلين، ولا شيء عليه.

فرع: يخرج الناذر عن حج النذر بالإنفراد، وبالتمتع، وبالقران. وإذا نذر القران، فقد التزم التُسكُّين. فإن أتى بهما مفردين، فقد أتى بالأفضل، وخرج عن نذره. وإن تمتع، فكذلك وإن نذر الحج والعمرة مفردين، فقرن، أو تمتع وقلنا بالمذهب: إن الأفراد أفضل، فهو كما لو نذر الحج ماشياً وقلنا: المشي أفضل، فحج راكباً.

فرع: من نذر أن يحج، وعليه حجة الإسلام، لزمه للنذر حجة أخرى، كما لو نذر أن يصلي، وعليه صلاة الظهر، يلزمه صلاة أخرى.

النوع الثالث: إتيان المساجد. فإذا قال: لله عليّ أن أمشي إلى بيت الله

الحرام، أو آتيه، أو أمشي إلى البيت الحرام، لزمه إتيانه على المذهب. وقيل: في لزومه قولان. ولو قال: أمشي إلى بيت الله، أو آتيه، ولم يقل: الحرام، فوجهان: أو قولان. أحدهما: يحمل على البيت الحرام. وأصحهما: لا ينعقد نذره، إلا أن ينوي البيت الحرام. ولو قال: أمشي إلى الحرام، أو المسجد الحرام، أو إلى مكة، أو ذكر بقعة أخرى من بقاع الحرم، كالصفا، والمروة، ومسجد الخيف، ومنى، ومزدلفة، ومقام إبراهيم، وقبة زمزم، وغيرها، فهو كما لو قال: إلى بيت الله الحرام. حتى لو قال: آتي دار أبي جهل، أو دار الخيزران، كان الحكم كذلك، لشمول حرمة الحرم في تنفير الصيد وغيره.

ولو نذر أن يأتي عرفات، فإن أراد التزام الحج وعبر عنه بشهود عرفة، أو نوى أن يأتيها محرماً، انعقد نذره بالحج. فإن لم ينو ذلك، لم ينعقد نذره، لأن عرفات من الحل، فهو كبلد آخر. وعن ابن أبي هريرة: أنه إن نذر إتيان عرفات يوم عرفات، لزمه أن يأتيها حاجاً. وقيد في «التتمة» هذا الوجه بما إذا قال ذلك يوم عرفة بعد الزوال. وعن القاضي حسين: الاكتفاء بأن يحصل له شهودها يوم عرفة، وربما قال بهذا الجواب على الإطلاق. والصحيح، ما قدمناه. ولو قال: آتي مر الظهران، أو بقعة أخرى قريباً من الحرم، لم يلزمه شيء قطعاً، وسواء في لزوم الإتيان، لفظ المشي، والإتيان، والانتقال، والذهاب، والمضي، والمصير، والمسير، ونحوها. ولو نذر أن يمس بثوبه حطيم الكعبة، فهو كما لو نوى إتيانها. ولو نذر أن يأتي مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى، ففي لزوم إتيانها قولان. قال في «البويطي»: يلزم، وقال في «الأم»: لا يلزم، ويلغو النذر. وهذا هو الأظهر عند العراقيين والروائيين وغيرهم.

التفريع: إن قلنا بالمذهب: إنه يلزم إتيان المسجد الحرام بالتزامه، قال الصيدلاني وغيره: إن حملنا النذر على الواجب شرعاً، لزمه حج أو عمرة، وهذا نص الشافعي رحمه الله في المسألة، وهو المذهب. وإن قلنا: لا يحمل على الواجب، بني على أصل آخر، وهو أن دخول مكة هل يقتضي الإحرام بحج أو عمرة، أم لا؟ إن قلنا: نعم، فإذا أتاه، لزمه حج أو عمرة. وإن قلنا: لا، فهو كمسجد المدينة والأقصى، ففيه القولان في أنه هل يلزم إتيانه؟ وإذا لزم، فتفريعه كتفريع المسجدين. أما إذا أوجبنا إتيان مسجد المدينة والأقصى، فهل يلزمه مع الإتيان شيء آخر؟ وجهان: أحدهما: لا، إذ لم يلتزمه. وأصحهما: نعم، إذ الإتيان المجرد ليس بقرية.

فعلى هذا فيما يلزمه أوجه: أحدها: يتعين أن يصلي في المسجد الذي أتاه.

قال الإمام: الذي أراه أنه لا يلزمه ركعتان، بل يكفيهِ ركعة قولاً واحداً. وذكر ابن الصباغ والأكثر: أنه يصلي ركعتين. قال ابن القطان: وهل يكفي أن يصلي فريضة، أم لا بد من صلاة زائدة؟ وجهان بناءً على وجهين فيمن نذر أن يعتكف شهراً بصوم، فهل يكفيهِ أن يعتكف في رمضان؟ والوجه الثاني: يتعين أنه يعتكف فيه ولو ساعة، لأن الاعتكاف أخص القربات بالمسجد. والثالث وهو الأصح: يتخير بينهما، وبه قطع في «التهذيب». وقال الشيخ أبو علي: يكفي في مسجد المدينة أن يزور قبر النبي ﷺ. وتوقف فيه الإمام من جهة أن الزيارة لا تتعلق بالمسجد وتعظيمه. قال: وقياسه أنه لو تصدق في المسجد، أو صام يوماً، كفاه. والظاهر: الاكتفاء بالزيارة. وإذا نزلنا المسجد الحرام منزلة المسجدين، وأوجبنا ضم قربة إلى الإتيان، ففي تلك القربة أوجه: أحدها: الصلاة. والثاني: الحج أو العمرة. والثالث: يتخير. قال الإمام: ولو قيل: يكفي الطواف، لم يبعد. ثم مهما قال: أمشي إلى بيت الله الحرام، لم يكن له الركوب على الأصح، بل يلزمه المشي كما سبق فيما إذا قال: أحج ماشياً. والوجه الآخر: يمشي من الميقات. وذكر القاضي أبو الطيب وكثير من العراقيين: أنه لا خلاف بين الأصحاب أنه يمشي من دويرة أهله. لكن يُحرم من دويرة أهله، أم من الميقات؟ وجهان: قال أبو إسحاق: من دويرة أهله. وقال صاحب «الإفصاح»: من الميقات، وهو الأصح. ولو قال: أمشي إلى مسجد المدينة، أو الأقصى، وأوجبنا الإتيان، ففي وجوب المشي وجهان: أحدهما: الوجوب. ولو كان لفظ النذر الإتيان، أو الذهاب، أو غيرهما مما سوى المشي، فله الركوب بلا خلاف. وأما إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى الثلاثة، فلا ينعقد نذره، إذ ليس في قصدها قربة، وقد قال ﷺ: «لا تُشدُّ الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد...» الحديث.

قال الإمام: كان شيخي يفتي بالمنع من شد الرحال إلى غير هذه المساجد الثلاثة، وربما كان يقول: يحرم. قال: والظاهر أنه ليس فيه تحريم ولا كراهة، وبه قال الشيخ أبو علي.

ومقصود الحديث، تخصيص القرية بقصد المساجد الثلاثة.

واعلم أنه سبق في الاعتكاف، أن من عيّن بنذره مسجد المدينة، أو الأقصى للاعتكاف، تعيّن على الأظهر. والفرق: أن الاعتكاف عبادة في نفسه، وهو مخصوص بالمسجد، فإذا كان للمسجد فضل، فكأنه التزم فضيلة في العبادة الملتزمة، والإتيان بخلافه، ويوضحه: أنه لا خلاف في أنه لو نذر إتيان سائر المساجد، لم يلزمه، وفي مثله في الاعتكاف خلاف.

فرع: إذا نذر الصلاة في موضع معين، لزمه الصلاة لا محالة، ثم إن عيّن المسجد الحرام، تعين للصلاة الملتزمة. وإن عيّن مسجد المدينة أو الأقصى، فطريقان. قال الأكثرون: في تعيينه القولان في لزوم الإتيان. وقطع المرازمة بالتعيين، والتعيين هنا أرجح كالاكتفاف، وإن عيّن سائر المساجد والمواضع، لم يتعين. وإذا عيّن مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة، وقلنا بالتعيين، فصلى في المسجد الحرام، خرج عن نذره على الأصح، بخلاف العكس. وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟ وجهان:

قلت: فيه وجه ثالث: أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى، دون عكسه. وهذا هو الأصح، ونص عليه في «البويطي». والله أعلم.

وذكر الإمام، أنه لو قال: أصلي في مسجد المدينة، فصلى في غيره ألف صلاة، لم يخرج عن نذره، كما لو نذر ألف صلاة، لا يخرج عن نذره بصلاة واحدة في مسجد المدينة وإن شيخه كان يقول: لو نذر صلاة في الكعبة، فصلى في أطراف المسجد، خرج عن نذره.

فرع: قد سبق أن المذهب في نذر المشي إلى بيت الله الحرام، أنه يجب قصده بالحج أو العمرة. فلو قال في نذره: أمشي إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة، فوجهان: أحدهما: ينعقد نذره ويلغو قوله: بلا حج ولا عمرة. والثاني: لا ينعقد، ثم إذا أتاه، فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة، لزمه حج أو عمرة. وإن قلنا: لا، فعلى ما ذكرنا في مسجد المدينة والأقصى.

قلت: أصحهما: ينعقد. والله أعلم.

فرع: لو قال: أصلي الفرائض في المسجد. قال في «الوسيط»: يلزمه إذا قلنا: صفات الفرائض تفرد بالالتزام.

فرع: قال القاضي ابن كج: إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ، فعندي أنه يلزمه الوفاء وجهاً واحداً. ولو نذر أن يزور قبر غيره، فوجهان.

فرع: قال في «التتمة»: لو قال: أمشي، ونوى بقلبه حاجاً أو معتمراً، انعقد النذر على ما نوى، وإن نوى إلى بيت الله الحرام، جعل ما نواه كأنه تلفظ به.

النوع الرابع: الهدايا والضحايا. إذا نذر ذبح حيوان، ولم يتعرض لهدي ولا أضحية، بأن قال: لله عليّ أن أذبح هذه البقرة، أو أنحر هذه البدنة، فإن قال مع ذلك: وأنصدق بلحمها، أو نواه، لزمه الذبح والتصدق. وإن لم يقله ولا نواه، فوجهان: أحدهما: ينعقد نذره، ويلزمه الذبح والتصدق. وأصحهما: لا ينعقد. ولو

نذر أن يهدي بدنة أو شاة إلى مكة، أو أن يتقرب بسوقها إليها ويذبحها ويفرق لحمها على فقرائها، لزمه الوفاء، ولو لم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم، لزمه الذبح بها أيضاً. وفي تفرقة اللحم بها وجهان: أحدهما: لا تجب تفرقة بها إلا أن ينوي، بل له أن يفرق في موضع آخر. وأصحهما: الوجوب.

ولو نذر أن يذبح خارج الحرم ويفرق اللحم في الحرم على أهله. قال في «التتمة»: الذبح خارج الحرم لا قربة فيه، فيذبح حيث شاء، ويلزمه تفرقة اللحم، وكأنه نذر أن يهدي إلى مكة لحماً. ولو نذر أن يذبح بمكة ويفرق اللحم على فقراء بلد آخر، وفى بما التزم. ولو قال: لله عليّ أن أنحر أو أذبح بمكة، ولم يتعرض للفظ القربة والتضحية، ولا التصدق باللحم، ففي انعقاد نذره وجهان: أصحهما: الانعقاد، وبه قطع الجمهور. وعلى هذا في وجوب التصدق باللحم على فقرائها الوجهان السابقان. ولو نذر الذبح بأفضل بلد، كان كنذر الذبح بمكة، فإنها أفضل البلاد. ولو نذر الذبح أو النحر ببلدة أخرى ولم يقل مع ذلك: وأتصدق على فقرائها، ولا نواه، فوجهان: أو قولان. أصحهما وهو نصه «الأم»: لا ينعقد. والثاني: ينعقد. فإن قلنا: ينعقد لو تلفظ مع ذلك بالتصدق أو نواه، فهل يتعين التصدق باللحم، على فقرائها، أم يجوز نقله إلى غيرهم؟ فيه طريقتان. المذهب: أنهم يتعينون. وقيل: فيه خلاف مأخوذ من نقل الصدقة. فإن قلنا: لا يتعينون، لم يجب الذبح بتلك البلدة، بخلاف مكة، فإنها محل ذبح الهدايا. وإن قلنا: يتعينون، فوجهان: أحدهما: لا يجب الذبح بها، بل لو ذبح خارجها ونقل اللحم إليها طرياً، جاز، وبهذا قطع صاحب «التهذيب» وجماعة. والثاني: تتعين إراقة الدم بها كمكة، وبهذا قطع العراقيون وحكوه عن نصه في «الأم». ولو قال: أضحي ببلد كذا، وأفرق اللحم على أهلها، انعقد نذره، ويغني ذكر التصدق، ونيته. وجعل الإمام وجوب التفرقة على أهلها ووجوب الذبح بها على الخلاف السابق. قال: ولو اقتصر على قوله: أضحي بها، فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة بهم؟ وجهان: الصحيح الذي جرى عليه الأئمة: أنه تجب التفرقة والذبح بها. وفي فتاوى القفال: أنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أتصدق بعشرة على فلان، فشفاه الله تعالى، لزمه التصدق عليه. فإن لم يقبل، لم يلزمه شيء. وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء؟ يحتمل أن يقال: نعم، كما لو نذر إعتاق عبد معين إن شفى، فشفى، له المطالبة بالاعتاق، وكما لو وجبت الزكاة والمستحقون في البلد محصورون، لهم المطالبة.

فصل: إذا قال: لله عليّ أن أضحي ببدنة أو أهدي بدنة. قال الإمام: البدنة

في اللغة: الإبل، ثم الشرع قد يقيم مقامها بقرة، أو سبعاً من الغنم. وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: اسم البدنة يقع على الإبل والبقر والغنم جميعاً. ثم له حالان:

أحدهما: أن يطلق التزام البدنة، فله إخراجها من الإبل. وهل له العدول إلى بقرة أو سَبْع من الغنم؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا. والثاني: نعم. والصحيح المنصوص: أنه إن وجدت الإبل، لم يجز العدول، وإلا جاز.

الحال الثاني: أن يقيّد فيقول: عليّ أن أضحي ببدنة من الإبل أو ينوبها، فلا يجزئه غير الإبل إذا وجدت بلا خلاف، فإن عدت، فوجهان: أحدهما: يصبر إلى أن يجدها ولا يجزئه غيرها. والصحيح المنصوص: أن البقرة تجزئه بالقيمة. فإن كانت قيمة البقرة دون قيمة البدنة من الإبل، فعليه إخراج الفاضل. وفي وجه: لا تعتبر القيمة كما في حالة الإطلاق. والصحيح: الأول.

واختلفوا في كيفية إخراج الفاضل، ففي «الكافي» للقاضي الروياني: أنه يشتري به بقرة أخرى إن أمكن، وإلا، فهل يشتري به شقصاً، أو يتصدق به على المساكين؟ وجهان: وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يتصدق به. وقال المتولي: يشارك إنساناً في بدنة أو بقرة، أو يشتري به شاة. وإذا عدل إلى الغنم في هذه الحالة، اعتبرت القيمة أيضاً. ثم نقل الروياني في «جمع الجوامع»: أنه إذا لم يجد الإبل في حالة التقيد، يتخير بين البقرة والغنم، لأن الاعتبار بالقيمة. والذي ذكره ابن كج والمتولي: أنه لا يعدل إلى الغنم مع القدرة على البقرة، لأنها أقرب. ولو وجد ثلاث شياه بقيمة البدنة، فوجهان: أحدهما: لا تجزئه، بل عليه أن يتم السبع من عنده. والثاني: تجزئه لفوائهن بالقيمة، قاله أبو الحسين النسوي من أصحابنا شيخ كان في زمن أبي إسحاق وابن خيران. ولو نذر شاة، فجعل بدلها بدنة، جاز. وهل يكون الكل فرضاً؟ وجهان:

فرع: في الصفات المعتبرة في الحيوان المنذور مطلقاً

فإذا قال: لله عليّ أن أهدي بغيراً، أو بقرة، أو شاة، فهل يشترط فيه السن المجزئ في الأضحية والسلامة من العيوب؟ قولان بناءً على أن مطلق النذر يحمل على أقل ما وجب من ذلك الجنس، أو على أقل ما يتقرب به. والأول: أظهر. ولو قال: أضحي ببعير، أو بقرة، ففيه مثل هذا الخلاف. قال الإمام: وبالاتفاق لا يجزئ الفصيل، لأنه لا يسمّى بغيراً، ولا العجل إذا ذكر البقرة، ولا السخلة إذا ذكر الشاة. ولو قال: أضحي ببدنة أو أهدي بدنة، جرى الخلاف. ورأى الإمام هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة. ولو قال: لله عليّ هدي، أو أن أهدي ولم

يسم شيئاً، ففيه القولان إن حملنا على أقل ما يتقرب به من جنسه، خرج عن نذره بكل منحة حتى الدجاجة والبيضة وكل ما يتموّل، لوقوع الاسم عليه. وعلى هذا، فالصحيح: أنه لا يجب إيصاله مكة، وصرفه إلى فقرائها، بل يجوز التصدق به على غيرهم. وينسب هذا القول إلى «الإملاء» والقديم. وإن حملنا على أقل ما يجب من جنسه، حمل على ما يجرىء في الأضحية، وينسب هذا إلى الجديد. وعلى هذا يجب إيصاله مكة، فإن محلّ الهدى الحرم. وفيه وجه ضعيف: أنه لا يجب إلا أن يصرح به. ولو قال: عليّ أن أهدي الهدى، حمل على المعهود الشرعي بلا خلاف.

فرع: ولو نذر أن يهدي ما لا معيّنًا، وجب صرفه إلى مساكين الحرم. وفيه وجه ضعيف: أنهم لا يتعينون. ثم ينظر، إن كان المعين من النعم، بأن قال: أهدي هذه البدنة أو الشاة، وجب التصدق بها بعد الذبح، ولا يجوز التصدق بها حيّة، لأن في ذبحها قربة، ويجب الذبح في الحرم على الأصح. وعلى الثاني: يجوز أن يذبح خارج الحرم، بشرط أن ينقل اللحم إليه قبل أن يتغيّر. وإن كان من غير النعم وتيسّر نقله إلى الحرم، بأن قال: أهدي هذه الطيبة، أو الطائر، أو الحمار، أو الثوب، وجب حمله إلى الحرم. وأطلق مطلقون: أن مؤنة النقل على الناذر، فإن لم يكن له مال، بيع بعضه لنقل الباقي. وأستحسن ما حكى عن القفال: أنه إن قال: أهدي هذا، فالمؤنة عليه، وإن قال: جعلته هدياً، فالمؤنة فيه، يباع بعضه. لكن مقتضى جعله هدياً، أن يوصل كله الحرم، فيلتزم مؤنته، كما لو قال: أهدي. ثم إذا بلغ الحرم، فالصحيح: أنه يجب صرفه إلى مساكين الحرم. لكن لو نوى صرفه إلى تطيب الكعبة، أو جعل الثوب سترًا لها، أو قربة أخرى هناك، صرفه إلى ما نوى. وفيه وجه: أنه وإن أطلق، فله صرفه إلى ما يرى. ووجه أضعف منه: أن الثوب الصالح للستر، يحمل عليه عند الإطلاق. قال الإمام: قياس المذهب والذي صرح به الأئمة: أن ذلك المال المعين، يمتنع بيعه وتفرقة ثمنه، بل يتصدق بعينه، وينزل تعيينه منزلة تعيين الأضحية والشاة في الزكاة، فيتصدق بالطيبة والطائر وما في معناهما حيّاً، ولا يذبحه، إذ لا قربة في ذبحه. ولو ذبحه فنقصت القيمة، تصدّق باللحم وغرم ما نقص. وفي «التممة» وجه آخر ضعيف: أنه يذبح. وطردهما فيما إذا أطلق ذكر الحيوان وقلنا: لا يشترط أن يهدي ما يجرىء في الأضحية. أما إذا نذر إهداء بغير معيب، فهل يذبحه؟ وجهان: أحدهما: نعم، نظراً إلى جنسه. وأصحهما: لا، لأنه لا يصلح للتضحية كالطيبة. أما إذا كان المال المعين مما لا يتيسر نقله، كالدار، والأرض، والشجر، وحجر الرحي، فيباع وينقل ثمنه فيتصدق به على مساكين الحرم. قال في «التهذيب»: ويتولّى الناذر البيع والنقل بنفسه.

فرع: في مسائل من «الأم»

لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، لزمه أن يهديها، إلا أن تكون نيته: إني سأحدث نذراً، أو سأهديها. ولو نذر أن يهدي هدياً، ونوى بهيمة، أو جدياً، أو رضيعاً، أجزأه. والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدى، ولم ينو شيئاً. ولو نذر أن يهدي شاة عوراء، أو عمياء، أو ما لا يجوز التضحية به، أهده، ولو أهدي تاماً، كان أفضل.

فصل: في مسائل منتورة

إحداها: إذا نذر الصوم في بلد، لم يتعين، بل له أن يصوم حيث شاء، سواء عين مكة أو غيرها. وفي وجه شاذ: إذا عين الحرم، اختص به.

الثانية: ستر الكعبة وتطيبها من القربات، سواء سترها بالحرير وغيره. ولو نذر سترها وتطيبها، صح نذره. وإذا نذر أن يجعل ما يهديه في رتاج الكعبة وطيبها، قال إبراهيم المروزي: ينقله إليها ويسلمه إلى القيم ليصرفه في الجهة المذكورة، إلا أن يكون قد نص في نذره أنه يتولّى ذلك بنفسه. ولو نذر تطيب مسجد المدينة، أو الأقصى، أو غيرهما من المساجد، ففيه تردّد للإمام. ومال الإمام إلى تخصيصه بالكعبة، والمسجد الحرام.

الثالثة: نقل القاضي ابن كج وجهين فيمن قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أعجل زكاة مالي، هل يصح نذره؟ ووجهين فيمن قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أذبح عن ولدي، هل يلزمه الذبح عن ولده، لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرّب به؟ ووجهين فيما إذا قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أذبح ابني، فإن لم يجز فشاة مكانه، هل يلزمه ذبح شاة؟ ووجهين فيما إذا نذر النصراني أن يصلي أو يصوم، ثم أسلم، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا وصومه؟

قلت: الأصح في الصورة الثانية: الصحة. وفي الباقي: البطلان. والله أعلم.

الرابعة: في فتاوى القفال: أنه لو نذر أن يضحي بشاة، ثم عين شاة لنذره، فلما قدّمها للذبح صارت معيبة، لا تجزىء. ولو نذر أن يهدي شاة، ثم عين شاة، وذهب بها إلى مكة، فلما قدّمها للذبح تعيبت، أجزأته، لأن الهدى ما يهدى إلى الحرم، وبالوصول إليه حصل الإهداء، والتضحية لا تحصل إلا بالذبح.

الخامسة: قال صاحب «التقريب»: لو قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أشتري بدرهم خبزاً وأتصدق به، لا يلزمه الشراء، بل يلزمه أن يتصدق بخبز قيمته درهم.

السادسة: لو قال: إن شفى الله مريضى، فله على رجلى حجٌ ماشياً، صح نذره، إلا أن يريد إلزام الرجل حاجة. ولو قال: على نفسي أو رقبتي، صح. السابعة: إذا نذر إعتاق رقبة وكان عليه رقبة عن كفارة، فأعتق رقبتي، ونواهما عن الواجب، أجزأه وإن لم يعين، كما لو كان عليه كفارتان مختلفتان. الثامنة: لو نذر صلاتين، لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمة واحدة. التاسعة: لو قال: إن شفى الله مريضى، فله على أن أتصدق بشيء، صح نذره، ويتصدق بما شاء من قليل وكثير. ولو قال: فعلى ألف، ولم يعين شيئاً باللفظ ولا بالنية، لم يلزمه شيء.

العاشر: ولو نذر صوم شهر، ومات قبل إمكان الصوم، يُطعم عنه عن كل يوم مدً، بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان لمرض، أو سفر، ومات قبل إمكان القضاء، لا يُطعم عنه، لأن المنذور مستقرٌ بنفس النذر، قاله القفال، وبنى على هذا: أنه لو حلف وحنث في يمينه وهو معسر فرضه الصيام، فمات قبل الإمكان، يُطعم عنه. وأنه لو نذر حجة، ومات قبل الإمكان، يُحج عنه، وهذا بخلاف ما قدمناه في الحج. الحادية عشرة: قال القفال: من التزم بالنذر أن لا يكلم الأدميين، يحتمل أن يقال: يلزمه، لأنه مما يتقرب به، ويحتمل أن يقال: لا، لما فيه من التضيق والتشديد، وليس ذلك من شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس. قلت: الاحتمال الثاني أصح.

واعلم أنه ثبت في «صحيحى» البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ نهى عن النذر^(١). وفي فتاوى القاضي حسين: أنها لو كانت تلد أولاداً ويموتون، فقالت: إن عاش لي ولد، فله على عتق رقبة، قال: يشترط للزوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أكبر أولادها الموتى، وإن قلت تلك الزيادة. وقال العبّادي: متى ولدت حياً، لزمها العتق وإن لم يعيش أكثر من ساعة، لأنه عاش. والأول: أصح. وأنه لو نذر التضحية بهذه الشاة على أن لا يتصدق بلحمها، لا ينعقد. وأنه لو قال: إن الله مريضى، فله على أن أتصدق بدينار، فشفي، فأراد التصدق به على ذلك المريض وهو فقير، فإن كان لا يلزمه نفقته، جاز، وإلا، فلا.

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٦٦٠٨، ٦٦٩٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٣٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٢٨٧) والنسائي في سننه برقم (٣٨١٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٢٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: أخذ رسول الله ﷺ يوماً ينهانا عن النذر ويقول: «إنه لا يرد شيئاً وإنما يستخرج به من الشحيح» وفي لفظ: «إنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل».

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله على أن أتصدق بدينار، فشفى، فأراد التصدق به على ذلك المريض وهو فقير، فإن كان لا يلزمه نفقته، جاز، وإلا، فلا. وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله على أن أصوم الاثنين من هذه السنة. قال: لا ينعقد نذر الثاني، لأن الزمان مستحق لغيره. وقال العبّادي: ينعقد ويلزمه القضاء. قيل له: لو كان له عبد فقال: إن شفى الله مريضى، فله على عتقه، ثم قال: إن قدم زيد، فعلى عتقه، قال: ينعقدان، فإن وقعا معاً، أقرع بينهما، هذا آخر المنقول من فتاوى القاضي.

ومما يحتاج إليه: إذا نذر زيتاً، أو شمعاً، أو نحوه ليسرج به في مسجد أو غيره، إن كان بحيث ينتفع به - ولو على النُّدُور - مصلًّ هناك أو نائم أو غيرهما، صح ولزم. وإن كان يغلّق ولا يتمكن أحد من الدخول والانتفاع به، لم يصح. ولو وقف شيئاً ليشتري من غلّته زيت أو غيره ليسرج به في مسجد أو غيره، فحكمه في الصحة ما ذكرناه في النذور. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع (١)

باب: ما يصح به البيع

البيع: مقابلة مال بمال أو نحوه. ويعتبر في صحته ثلاثة أمور:
الأمر الأول: الصيغة، وهي الإيجاب من جهة البائع، كقوله: «بعتك» أو «ملكتك» ونحوهما. وفي «ملكتك» وجه ضعيف. والقبول من المشتري، كقوله: قبلت، أو ابتعت، أو اشتريت، أو تملكك. ويجيء في «تملكت» ذلك الوجه، وسواء تقدم قول البائع: بع، أو قول المشتري: اشتريت، فيصح البيع في الحالين، ولا يشترط اتفاق اللفظين، بل لو قال البائع: بعتك، أو اشتريت، فقال المشتري: تملكك، أو قال البائع: ملكتك. فقال: اشتريت، صح، لأن المعنى واحد..

فرع: المعاطاة، ليست بيعاً على المذهب. وخرج ابن سريج قولاً من الخلاف في مصير الهدي مندوراً بالتقليد: أنه يكتفى بها في المحقرات، وبه أفتى الروياني وغيره. والمحقر، كرطل خبز وغيره، مما يعتاد فيه المعاطاة. وقيل: هو ما دون نصاب السرقة. فعلى المذهب في حكم المأخوذ بالمعاطاة، وجهان: أحدهما: أنه إباحة لا يجوز الرجوع فيها، قاله القاضي أبو الطيب. وأصحهما: له حكم المقبوض بعقد فاسد، فيطالب كل واحد صاحبه بما دفعه إن كان باقياً، أو بضمانه إن تلف. فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة، قال الغزالي في «الإحياء»: هذا مستحق ظفر بمثل حقه، والمالك راضٍ، فله تملكه لا محالة. وقال الشيخ أبو حامد: لا مطالبة لواحد منهما، وتبرأ ذمتهم بالتراضي، وهذا يُشكل بسائر العقود الفاسدة، فإنه لا براءة وإن وجد التراضي. وقال مالك رحمته الله: ينعقد بكل ما يعده الناس بيعاً، واستحسنه ابن الصباغ.

قلت: هذا الذي استحسنه ابن الصباغ، هو الراجح دليلاً، وهو المختار، لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ. وممن اختاره: المتولي والبغوي وغيرهما. والله أعلم.

(١) البيع في اللغة: أخذ شيء وإعطاء شيء.

وفي الشرع: مبادلة مال بمال في الذمة، أو منفعة مباحة على التأبيد، غير ربا وقرض.

فرع: لو قال: بعني، فقال: بعثك. إن قال بعده: اشتريت، أو قبلت، انعقد قطعاً، وإلا، انعقد على الأصح. وقيل: على الأظهر. وقيل: ينعقد قطعاً. ولو قال: اشتري مني، فقال: اشتريت، قال في «التهذيب»: هو كالصورة السابقة. وقال بعضهم: لا ينعقد قطعاً. ولو قال: أتبيعني عبدك بكذا، أو قال: بعثني بكذا، فقال: بعث، لم ينعقد، حتى يقول بعده: اشتريت. وكذا لو قال البائع: أتشتري داري؟ أو اشتريت مني؟ فقال: اشتريت، لا ينعقد حتى يقول بعده: بعث.

فرع: كل تصرف يستقل به الشخص، كالطلاق والعتاق والإبراء، ينعقد بالكنية مع النية كانعقاده بالصريح. وما لا يستقل به، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول، ضربان أحدهما: ما يشترط فيه الشهادة كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد، فهذا لا ينعقد بالكنية، لأن الشاهد لا يعلم النية. والثاني: ما لا يشترط فيه، وهو نوعان: أحدهما: ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر، كالكتابة، والخلع، فينعقد بالكنية مع النية. والثاني: ما لا يقبل، كالبيع والإجارة وغيرهما. وفي انعقاد هذه التصرفات بالكنية مع النية، وجهان: أحدهما: الانعقاد كالخلع.

ومثال الكنية في البيع، أن يقول: خذه مني، أو تسلمه بألف، أو أدخلته في ملكك، أو جعلته لك بكذا وما أشبهها. ولو قال: سلطتك عليه بألف، ففي كونه كناية وجهان: أحدهما: لا، كقوله: أبحتكه بألف.

قلت: الأصح: أنه كناية. والله أعلم.

فرع: لو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه، ترتب ذلك على أن الطلاق، هل يقع بالكتب مع النية؟ إن قلنا: لا، فهذه العقود أولى أن لا تنعقد، وإلا، ففيها الوجهان في انعقادها بالكنيات. فإن قلنا: تنعقد، فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب على الأصح.

قلت: المذهب: أنه ينعقد البيع بالمكاتبة لحصول التراضي، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة. وقد صرح الرافعي بترجيح صحته بالمكاتبة في كتاب الطلاق، وستأتي هذه المسائل كلها مبسطة فيه إن شاء الله تعالى. واختار الغزالي في الفتاوى: أنه ينعقد، قال: وإذا قبل المكتوب إليه، ثبت له خيار المجلس، ما دام في مجلس القبول، ويتمادي خيار الكاتب أيضاً إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه، حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه، صح رجوعه، ولم ينعقد البيع. والله أعلم.

ولو تباع حاضراً بالمكاتبة، فإن منعناه في الغيبة، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: وحكم الكتب على القرطاس، والرق، واللوح، والأرض، والنقش على

الحجر والخشب، واحد، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء. قال بعض أصحابنا تفريراً على صحة البيع بالمكاتبة: لو قال: بعت داري لفلان وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت، انعقد البيع، لأن النطق أقوى من الكُتْب. قال إمام الحرمين: والخلاف المذكور، في أن البيع ونحوه، هل ينعقد بالكناية مع النية هو فيما إذا عدت قرائن الأحوال، فإن توفرت وأفادت التفاهم، وجب القطع بالصحة، لكن النكاح لا يصح بالكناية وإن توفرت القرائن. وأما البيع المقيّد بالإشهاد، فقال في «الوسيط»: الظاهر انعقاده عند توفّر القرائن.

قلت: قال الغزالي في الفتاوى: لو قال أحد المتبايعين: بعني، فقال: قد باعك الله، أو بارك الله لك فيه، أو قال في النكاح: زوّجك الله بنتي، أو قال في الإقالة: قد أقالك الله، أو قد ردّه الله عليك، فهذا كناية، فلا يصح النكاح بكل حال. وأما البيع والإقالة، فإن نواهما، صحا، وإلا، فلا. وإذا نواهما، كان التقدير: قد أقالك الله لأنني قد أقلتك. والله أعلم.

فرع: لو باع مال ولده لنفسه، أو مال نفسه لولده، فهل يفتقر إلى صيغتي الإيجاب والقبول، أم تكفي إحداهما؟ وجهان سيأتیان إن شاء الله تعالى بفروعهما في باب الخيار.

فرع: يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخلّلهما كلام أجنبي عن العقد، فإن طال، أو تخلّل، لم ينعقد، سواء تفرقا عن المجلس، أم لا. ولو مات المشتري بين الإيجاب والقبول، ووارثه حاضر، فقبل، فالأصح: المنع. وقال الداركي: يصح.

فرع: يشترط موافقة القبول للإيجاب. فلو قال: بعت بألف صحيحة، فقال: قبلت بألف قراضة، أو بالعكس. أو قال: بعت جميع الثوب بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمئة، لم يصح. ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمئة، ونصفه بخمسمئة، قال في «التمّة»: يصح العقد، لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق، وفيه نظر. وفي فتاوى القفال: أنه لو قال: بعتك بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمئة، صح البيع، وهو غريب.

فرع: لو قال المتوسط للبائع: بعت كذا؟ فقال: نعم، أو بعت. وقال للمشتري: اشتريتَ بكذا؟ فقال: نعم، أو اشتريت، انعقد على الأصح، لوجود الصيغة والتراضي. والثاني: لا، لعدم مخاطبتهما.

فرع: لو قال: بعتك بألف، فقال: قبلت، صح قطعاً، بخلاف النكاح، يشترط

فيه على رأي أن يقول: قبلت نكاحها، احتياطاً للأبضاع. ولو قال: بعثك بألف إن شئت، فقال: اشتريت، انعقد على الأصح، لأنه مقتضى الإطلاق.

فرع: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة.

فرع: جميع ما سبق، هو فيما ليس بضمني من البيوع. فأما البيع الضمني فيما إذا قال: أعتق عبدك عني على ألف، فلا تعتبر فيه الصيغ التي قدمنها، بل يكفي فيه الالتماس والجواب قطعاً.

الأمر الثاني: أهلية البائع والمشتري، ويشترط فيهما لصحة البيع: التكليف، فلا ينعقد بعبارة الصبي والمجنون، لا لأنفسهما، ولا لغيرهما، سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز، بأمر بإذن الولي أو بغير إذنه، وسواء بيع الاختبار وغيره. وبيع الاختبار: هو الذي يمتحنه الولي به ليستبين رشدَه عند مناهزة الاحتلام، ولكن يفوّض إليه الاستيلاء وتدبير العقل، فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ، أتى به الولي. وفي وجه ضعيف: يصح منه بيع الاختبار.

قلت: ويشترط في المتعاقدين، الاختيار. فإن أكرها على البيع، لم يصح، إلا إذا أكره بحق، بأن يتوجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه، أو شراء مال أسلم إليه فيه، فأكرهه الحاكم عليه، صح بيعه وشراؤه، لأنه إكراه بحق. فأما بيع المصادَر، فالأصح: صحته. وقد سبق بيانه في نصف الباب الثاني من الأتعمة. ويصح بيع السكران وشراؤه على المذهب، وإن كان غير مكلف كما تقرر في كتب الأصول، وسنوضحه في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

فرع: لو اشترى الصبي شيئاً فتلف في يده، أو أتلفه، فلا ضمان عليه في الحال، ولا بعد البلوغ. وكذا لو اقترض مالاً، لأن المالك هو المضيع بالتسليم إليه. وما دام باقياً، فللمالك الاسترداد. ولو سلّم ثمن ما اشتراه، لزم الولي استرداده، ولزم البائع ردّه إلى الولي. فإن ردّه إلى الصبي، لم يبرأ من الضمان. وهذا كما لو سلّم الصبي درهماً إلى صراف لينقده، أو سلّم متاعاً إلى مقوم ليقومه، فإذا أخذه، لم يجز ردّه إلى الصبي، بل يردّه إلى وليه إن كان المال للصبي. وإن كان لكامل، فإلى المالك. فلو أمره الولي بدفعه إلى الصبي، فدفعه إليه، سقط عنه الضمان إن كان المال للولي وإن كان للصبي، فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر ففعل، فإنه يلزمه الضمان. ولو تباع صبيان وتقابضا، وأتلف كل واحد ما قبضه، نظر، إن جرى ذلك بإذن الوليين، فالضمان عليهما، وإلا، فلا ضمان عليهما، وعلى الصبيين الضمان، لأن تسليمهما لا يعدّ تسليطاً وتضييعاً.

فرع: لا ينعقد نكاح الصبي وسائر تصرفاته، لكن في تدبير المميز ووصيته

خلاف المذكور في موضعه. ولو فتح باباً وأخبر بإذن أهل الدار في الدخول، أو أوصل هديّة وأخبر عن إهداء مهديها، فهل يجوز الاعتماد عليه؟ نظر، إن انضمت قرائن تحصيل العلم بذلك، جاز الدخول والقبول، وهو في الحقيقة عمل بالعلم، لا بقوله. وإن لم ينضم، نظر، إن كان غير مأمون القول، لم يعتمد، وإلا، فطريقان. أصحهما: القطع بالاعتماد. والثاني: على الوجهين في قبول روايته.

فرع: كما لا تصح تصرفاته اللفظية، لا يصح قبضه في تلك التصرفات، فلا يفيد قبضه الملك في الموهوب له وإن اتهمه الولي، ولا لغيره إذا أمره الموهوب له بالقبض له. ولو قال مستحق الدين لمن عليه: سلّم حقي إلى هذا الصبي، فسلّم إليه قدر حقه، لم يبرأ من الدين، وكان ما سلّمه باقياً في ملكه، حتى لو ضاع، لضاع عليه، ولا ضمان على الصبي، لأن الدافع ضيّعه بتسليمه، ويبقى الدين بحاله، لأن ما في الذمة لا يتعيّن إلا بقبض صحيح، فلا يزول عن الذمة، كما لو قال: ألق حقي في البحر، فألقى قدر حقه، لا يبرأ، بخلاف ما لو قال مالك الوديعة للمودع: سلّم مالي إلى هذا الصبي، فسلّم، خرج من العهدة، لأنه امتثل أمره في حقه المتعين كما لو قال: ألقها في البحر، فامتثل. ولو كانت الوديعة للصبي، فسلّمها إليه، ضمن، سواء كان بإذن الولي أو بغير إذنه، إذ ليس له تضييعها وإن أمره الولي به.

فصل: إسلام المتعاقدين ليس بشرط في مطلق التبائع، لكن لو اشترى كافر عبداً مسلماً، أو اتهمه، أو أوصي له به، فقبل، لم يملكه على الأظهر. قال في «التتمة»: القولان في الوصية، إذا قلنا: يملكها بالقبول. وإن قلنا بالموت، ثبت بلا خلاف كالإرث. ولو اشترى مصحفاً، أو شيئاً من حديث رسول الله ﷺ، فالمذهب: القطع بأنه لا يملك. وقيل: على القولين. قال العراقيون: وكتب الفقه التي فيها آثار السلف، لها حكم المصحف في هذا. وقال صاحب «الحاوي»: كتب الفقه والحديث يصح بيعها للكافر. وفي أمره بإزالة الملك عنها، وجهان:

قلت: الخلاف في بيع العبد، والمصحف، والحديث، والفقه، إنما هو في صحة العقد، مع أنه حرام بلا خلاف. والله أعلم.

وإذا قلنا: لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً، فاشترى من يعتق عليه كأبيه وابنه، صح على الأصح. ويجري الوجهان في كل شراء يستعقب عتقاً، كقول الكافر لمسلم: أعتق عبدك المسلم عني بعوض أو بغير عوض، وإجابته، وكما إذا أقر بحرية عبد مسلم في يد غيره ثم اشتراه. ورتب الإمام الخلاف في هاتين الصورتين على شراء القريب. وقال: الأولى أولى بالصحة، لأن الملك فيها ضمنّي، والثانية أولى بالمنع، لأن العتق فيها وإن حكم به، فهو ظاهر غير محقق، بخلاف القريب. ولو

اشترى الكافر عبداً مسلماً بشرط الإعتاق، وصححنا الشراء بهذا الشرط، فهو كما لو اشتراه مطلقاً، لأن العتق لا يحصل بنفس الشراء. وقيل: هو كشراء القريب.

فرع: يجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة، كدين في ذمته. ويجوز أن يستأجره بعينه على الأصح، حراً كان أو عبداً. فعلى هذا، هل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع، بأن يؤجره مسلماً؟ وجهان: قطع الشيخ أبو حامد: بأنه يؤمر. قلت: وإذا صححنا إجارة عينه، فهي مكروهة، نص عليه الشافعي رحمته الله. والله أعلم.

وفي ارتهانه العبد المسلم، وجهان: ويجوز إعارة العبد المسلم لكافر قطعاً. وكذا إيداعه عنده.

قلت: الأصح: صحة ارتهانه العبد المسلم والمصحف، ويسلم إلى عدل. وفي «الإعارة» وجه: أنها لا تجوز، وبه جزم صاحب «المهذب» و«التنبيه» والجرجاني: وهو ضعيف. والله أعلم.

فرع: لو باع الكافر عبداً مسلماً - ورثه، أو أسلم عنده - ثم وجد بالثوب عيباً، فالمذهب: أنه له رد الثوب بالعيب. وهل له استرداد العبد؟ وجهان أصحهما: له ذلك. والثاني: لا، بل يسترد قيمته، لأنه كالهالك. وطرده الإمام والغزالي، الوجهين في جواز رد الثوب. والصواب: الأول، وبه قطع في «التهذيب» وغيره. ولو وجد مشتري العبد به عيباً، ففي رده واسترداده الثوب طريقان. أحدهما: القطع بالجواز. والثاني: على الوجهين. ولو باع الكافر العبد المسلم، ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة بيع، لم ينفذ، وإن قلنا: فسخ، فعلى الوجهين في الرد بالعيب.

فرع: لو وكل كافر مسلماً ليشتري عبداً مسلماً، لم يصح، لأن العقد يقع للموكل أولاً، وينتقل إليه آخرًا. ولو وكل مسلم كافرًا ليشتري له عبداً مسلماً، فإن سمي الموكل في الشراء، صح، وإلا، فإن قلنا: يقع الملك للوكيل أولاً، لم يصح: وإن قلنا: يقع للموكل، صح.

فرع: لو اشترى كافر مرتدًا، فوجهان: لبقاء علقه الإسلام كالوجهين في قتل المرتد بذمي.

فرع: لو اشترى كافر كافرًا، فأسلم قبل قبضه، فهل يبطل البيع كمن اشترى عصيراً فتحمر قبل قبضه، أم لا كمن اشترى عبداً فأبقي قبل قبضه؟ وجهان: فإن قلنا: لا يبطل، فهل يقبضه المشتري، أم ينصب الحاكم من يقبض عنه ثم يأمره بإزالة الملك؟ وجهان: وقطع القفال في فتاويه: بأنه لا يبطل، ويقبضه الحاكم، وهذا أصح.

فرع: جميع ما سبق، تفريع على قول المنع. أما إذا صححنا شراءه، فإن علم الحاكم به قبل القبض، فيمكنه من القبض، أم ينصب من يقبضه؟ فيه الوجهان. وإذا حصل القبض، أو علم به بعد قبضه، أمر بإزالة الملك فيه، كما ذكره في الفرع بعده إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا كان في يد الكافر عبد، فأسلم، لم يزل ملكه عنه، ولكن لا يُقَرُّ في يده، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه، ببيع، أو هبة، أو عتق، أو غيرها. ولا يكفي الرهن والتزويج، والإجارة، والحيولة، وتكفي الكتابة على الأصح، وتكون كتابة صحيحة. وإن قلنا: لا تكفي، فوجهان: أحدهما: أنها كتابة فاسدة، فيباع العبد. والثاني: صحيحة. ثم إن جَوَزْنَا بيع المكاتب، بيع مكاتباً، وإلا، فسخت الكتابة وبيع. ولو امتنع من إزالة ملكه، باعه الحاكم عليه بثمن المثل، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق. فإن لم يجد مشترياً بثمن المثل، صبر وحال بينه وبينه، ويستكسب له، وتؤخذ نفقته منه. ولو أسلمت مُستولدة كافر، فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره بالبيع والهبة ونحوهما على المذهب. وهل يجبر على إعتاقها؟ وجهان: الصحيح: لا يجبر، بل يحال بينهما وينفق عليها وتستكسب له في يد مسلم. ولو مات كافر أسلم عبد في يده، صار لوارثه، وأمر بما كان يؤمر به مورثه، فإن امتثل، وإلا، بيع عليه.

قلت: قال المحاملي في كتابه «اللباب»: لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر ابتداءً، إلا في ست مسائل:

إحداها: بالارث.

الثانية: يسترجعه بإفلاس المشتري.

الثالثة: يرجع في هبته لولده.

الرابعة: إذا رُدَّ عليه بعب.

الخامسة: إذا قال لمسلم: أعتق عبدك عني، فأعتقه وصحناه.

السادسة: إذا كاتَبَ عبده الكافر، فأسلم العبد، ثم عجز عن النجوم، فله تعجيزه، وهذه السادسة فيها تساهل، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز. وترك سابعة، وهي: إذا اشترى من يعتق عليه. والله أعلم.

الأمر الثالث: صلاحية المعقود عليه، فيعتبر في المبيع لصحة بيعه، خمسة شروط:

أحدها: الطهارة، فالنفس ضربان: نجس العين، ونجس بعارض.

فالأول: لا يصح بيعه، فمنه الكلب، والخنزير، وما تولد من أحدهما، وسواء الكلب المعلم وغيره، ومنه الميتة، وسرجين جميع البهائم، والبول، ويجوز بيع

الفَيْلَج وفي باطنه الدود الميت، لأنه بقاءه من مصالحه، كالنجاسة في جوف الحيوان.

قلت: الفَيْلَج - بالفاء - وهو القُرْ. ويجوز بيعه وفيه الدود، سواء كان ميتاً أو حياً، وسواء باعه وَزناً، أو جزافاً، صَرَحَ به القاضي حسين في فتاويه. والله أعلم.

وفي بيع بزر القُرِّ وفأرة المسك، وجهان بناءً على طهارتهما.

الضرب الثاني: قسمان: أحدهما: متنجس يمكن تطهيره، كالثوب، والخشبة، والآجر، فيجوز بيعها، لأن جوهرها طاهر. فإن استتر شيء من ذلك بالنجاسة الواردة، خرج على بيع الغائب. والثاني: ما لا يمكن تطهيره، كالخل، واللبن، والدبس، إذا تنجست، فلا يجوز بيعها. وأما الدهن، فإن كان نجس العين، كودك الميتة، لم يصح بيعه بحال. وإن نجس بعارض، فهل يمكن تطهيره؟ وجهان: أحدهما: لا. فعلى هذا، لا يصح بيعه كالبول. والثاني: يمكن. فعلى هذا، في صحة بيعه وجهان: أحدهما: لا يصح، هذا ترتيبُ الأصحاب. وقيل: إن قلنا: يمكن تطهيره، جاز بيعه، وإلا، فوجهان.

قلت: هذا الترتيب غلط ظاهر، وإن كان قد جزم به في «الوسيط». وكيف يصح بيع ما لا يمكن تطهيره؟ قال المتولي: في بيع الصَّبغ النجس طريقان. أحدهما: كالزيت. والثاني: لا يصح قطعاً، لأنه لا يمكن تطهيره، وإنما يصبغ به الثوب ثم يغسل. والله أعلم.

وفي بيع الماء النجس، وجهان: كالدهن إذا قلنا: يمكن طهارته، لأن تطهير الماء ممكن بالمكثرة. وأشار بعضهم إلى الجزم بالمنع، وقال: إنه ليس بتطهير، بل يستحيل ببلوغه قَلَّتَيْن من صفة النجاسة إلى الطهارة، كالخمر تتخلل. ويجوز نقل الدهن النجس إلى الغير بالوصية، كالكلب. وأما هبته والصدقة به، فعن القاضي أبي الطيب: منعهما. ويشبه أن يكون فيهما ما في هبة الكلب من الخلاف.

قلت: ينبغي أن يُقطع بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه. وقد جزم المتولي، بأنه يجوز نقل اليد فيه بالوصية وغيرها. قال الشافعي رحمته الله في «المختصر»: لا يجوز اقتناء الكلب إلا لصيد، أو ماشية، أو زرع، وما في معناها، هذا نصه. واتفق الأصحاب على جواز اقتنائه لهذه الثلاثة، وعلى اقتنائه لتعليم الصيد ونحوه، والأصح: جواز اقتنائه لحفظ الدور والدروب وتربية الجرو لذلك، وتحريم اقتنائه قبل شراء الماشية والزرع. وكذا كلب الصيد لمن لا يصيد. ويجوز اقتناء السرجين، وتربية الزرع به، لكن يكره. واقتناء الخمر مذكور في كتاب «الرهن». والله أعلم.

الشرط الثاني: أن يكون منتفعاً به. فما لا نفع فيه، ليس بمال، فأخذُ المال في مقابلته باطل. ولعدم المنفعة سببان:

أحدهما: القلّة، كالحبة والحبّتين من الحنطة والزبيب ونحوهما، فإن ذلك القدر لا يعدُّ مالاً، ولا ينظر إلى ظهور النفع إذا ضم إليه غيره، ولا إلى ما يفرض من وضع الحبة في فخ. ولا فرق في ذلك بين زمان الرخص والغلاء. ومع هذا، فلا يجوز أخذ الحبة من صبرة الغير. فإن أخذ، لزمه ردها. فإن تلفت، فلا ضمان، إذ لا مالية لها. وقال القفال: يضمن مثلها. وحكى صاحب «التتمة» وجهاً: أنه يصح بيع ما لا منفعة فيه لقلّته، وهو شاذ ضعيف.

السبب الثاني: الخسّة، كالحشرات. والحيوان الطاهر، ضربان: ضرب ينتفع به، فيجوز بيعه، كالنعم، والخيل، والبغال، والحمير، والظباء، والغزلان. ومن الجوارح، كالصقور، والبزاة، والفهد. ومن الطير، كالحمام، والعصفور، والعقاب. وما ينتفع بلونه كالطاووس، أو صوته كالزرزور. ومما ينتفع به، القرد، والفيل، والهرة، ودود القز. وبيع النحل في الكوارة، صحيح إن شاهد جميعه، وإلا، فهو من بيع الغائب. وإن باعه وهو طائر، فوجهان: قطع في «التتمة»: بالصحة، وفي «التهذيب»: بالبطلان.

قلت: الأصح: الصحة. والله أعلم.

الضرب الثاني: ما لا ينتفع به، فلا يصح بيعه، كالخنافس، والعقارب، والحيات، والفأر، والنمل، ونحوها، ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها، وفي معناها السباع التي لا تصلح للصيد والقتال عليها، كالأسد والذئب والنمر. ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة. ونقل القاضي حسين وجهاً في جواز بيعها، لأنها طاهرة. والانتفاع بجلودها متوقع بالدباغ. ونقل أبو الحسن العبادي وجهاً آخر: أنه يجوز بيع النمل في «عسكر مُكْرَم» وهي المدينة المشهورة بخراسان، لأنه يعالج به السكر، و«نصيبين»، لأنه تعالج به العقارب الطيارة. والوجهان شاذان ضعيفان. ولا يجوز بيع الحداة، والرّخمة، والغراب. فإن كان في أجنحة بعضها فائدة، جاء فيها الوجه الذي حكاه القاضي، كذا قاله الإمام، ولكن بينهما فرق، فإن الجلود تدبغ، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة.

قلت: وجه الجواز، الانتفاع بريشها في النبل، فإنه وإن قلنا بنجاسته، يجوز الانتفاع به في النبل وغيره من اليايسات. والله أعلم.

ويصح بيع العلق على الأصح لمنفعة امتصاص الدم، ولا يصح بيع الحمار

الزَّمن الذي لا نفع فيه على الأصح، بخلاف العبد الزمن، فإنه يتقرب بإعتاقه. والثاني: يجوز لغرض جلده إذا مات.

فرع: السُّم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله، كالسَّمُونيا، والأفيون، جاز بيعه. وإن قتل كثيره وقليله، فقطع بالمنع. ومال الإمام وشيخه إلى الجواز ليدسَّ في طعام الكافر.

فرع: آلات الملاهي: كالزممار والطنبور وغيرهما، إن كانت بحيث لا تعدُّ بعد الرضِّ والحل مالاً، لم يصح بيعها، لأن منفعتها معدومة شرعاً. وإن كان رضاؤها يعدُّ مالاً، ففي صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرهما، وجهان: الصحيح: المنع. وتوسط الإمام، فذكر الإمام وجهاً ثالثاً اختاره هو والغزالي: أنه إن اتخذت من جوهر نفيس، صح بيعها. وإن اتخذت من خشب ونحوه، فلا، والمذهب: المنع المطلق، وبه أجاب عامة الأصحاب.

فرع: الجارية المغنية التي تساوي ألفاً بلا غناء، إذا اشتراها بألفين، فيه أوجه: قال المحمودي: بالبطلان، والأودني: بالصحة، وأبو زيد: إن قصد الغناء، بطل، وإلا، فلا.

قلت: الأصح: قول الأودني. قال إمام الحرمين: هو القياس السديد ولو بيعت بألف، صح قطعاً. ويجري الخلاف في كبش النطاح والديك الهَرَّاش. ولو باع إناءً من ذهب أو فضة، صح قطعاً، لأن المقصود الذهب فقط، ذكره القاضي أبو الطيب: قال المتولي: يكره بيع الشطرنج. قال: والنرد، إن صلح لبياذق الشطرنج، فكالشطرنج، وإلا، فكالزممار. والله أعلم.

فرع: بيع الماء المملوك صحيح على الصحيح، وستأتي تفاريعه في إحياء الموات إن شاء الله تعالى. فإذا صححناه، ففي بيعه على شط النهر، وبيع التراب في الصحراء، وبيع الحجارة بين الشعاب الكثيرة، والأحجار، وجهان: أحدهما: الجواز.

فرع: بيع لبن آدميات صحيح.

قلت: ولنا وجه: أنه نجس، فلا يصح بيعه، حكاه في «الحاوي» عن الأنماطي، وهو شاذ مردود، وسبق ذكره في كتاب «الطهارة». والله أعلم.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مملوكاً لمن يقع العقد له. فإن باشر العقد لنفسه، فليكن له، وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة، فليكن لذلك الغير. فلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية، فقولان: الجديد: بطلانه. والقديم: أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز، نفذ، وإلا، لغا. ويجري القولان فيما لو زوّج أمة غيره أو

ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق عبده، أو أجّر داره، أو وهبها بغير إذنه. ولو اشترى الفضولي لغيره، نظر، إن اشترى بعين مال الغير، ففيه القولان وإن اشترى في الذمة، نظر، إن أطلق أو نوى كونه للغير، فعلى الجديد: يقع للمباشر، وعلى القديم: يقف على الإجازة، فإن رد، نفذ في حق الفضولي. ولو قال: اشترت لفلان بألف في ذمته، فهو كاشترائه بعين مال الغير. ولو اقتصر على قوله: اشترت لفلان بألف، ولم يصف الثمن إلى ذمته، فعلى الجديد: وجهان: أحدهما: يلغو العقد، والثاني: يقع عن المباشر. وعلى القديم: يقف على إجازة فلان، فإن رد، ففيه الوجهان. ولو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه، نظر، إن لم يسمّه، وقع العقد عن المباشر، سواء أذن ذلك الغير، أم لا. وإن سماه، نظر، إن لم يأذن له، لغت التسمية. وهل يقع عنه، أم يبطل؟ وجهان: وإن أذن له، فهل تلغو التسمية؟ وجهان: فإن قلنا: نعم، فهل يبطل من أصله، أم يقع عن المباشر؟ فيه الوجهان. وإن قلنا: لا، وقع عن الأذن. وهل يكون الثمن المدفوع قرضاً، أم هبة؟ وجهان: قال الشيخ أبو محمد: وحيث قلنا بالقديم، فشرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال، مالكاً كان أو غيره. حتى لو أعتق عبد الطفل، أو طلق امرأته، لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد. حتى لو باع مال الطفل، فبلغ وأجاز، لم ينفذ، وكذا لو باع مال الغير، ثم ملكه وأجاز، قال إمام الحرمين: لم يعرف العراقيون هذا القول القديم، وقطعوا بالبطلان.

قلت: قد ذكر هذا القديم من العراقيين، المحاملي في «اللباب»، والشاشي، وصاحب «البيان»، ونص عليه في «البويطي»، وهو قوي، وإن كان الأظهر عند الأصحاب هو الجديد. والله أعلم.

فرع: لو غصب أموالاً وباعها وتصرّف في أثمانها مرة بعد أخرى، فقولان: أظهرهما: بطلان الجميع. والثاني: للمالك أن يجيزها وبأخذ الحاصل منها، لعسر تتبعها بالإبطال.

فرع: لو باع مال أبيه على ظنّ أنه حيّ وهو فضولي، فبان ميتاً حينئذ، وأنه ملك العاقد، فقولان: أظهرهما: أن البيع صحيح، لصدوره من مالك. والثاني: البطلان، لأنه في معنى المعلق بموته، ولأنه كالغائب. ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل - هل ينعقد؟ فيه وجهان - وبالخلاف في بيع التلجئة. وصورته: أن يخاف غصب ماله، أو الإكراه على بيعه، فيبيعه لإنسان بيعاً مطلقاً. وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر، لا على حقيقة البيع. والصحيح: صحته. ويجري الخلاف فيما لو باع العبد على ظنّ أنه أبق أو مكاتب، فبان أنه قد رجع، وفسخ الكتابة. ويجري فيمن

زَوْجَ أُمَةِ أَبِيهِ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ حَيٌّ، فَبَانَ مَيِّتًا، هَلْ يَصِحُّ النِّكَاحُ؟ فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَقَدْ نَقَلُوا وَجْهَيْنِ فَيَمْنُ قَالَ: إِنْ مَاتَ أَبِي فَقَدْ زَوَّجْتَكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ.

فرع: القولان في أصل بيع الفضولي، وفي الفرعين بعده يعبر عنهما بقولي وقف العقود. وحيث قالوا: فيه قولاً وقف العقود، أرادوا هذين القولين. وسمياً بذلك، لأن الخلاف آيلٌ إلى أن العقد، هل ينعقد على التوقف، أم لا بل يكون باطلاً؟ ثم ذكر الإمام: أن الصحة على قول الوقف ناجزة، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة. قال: ويطرد الوقف في كل عقد يقبل الاستنابة، كالبيع، والإجازات، والهبات، والعق، والطلاق، والنكاح، وغيرها.

الشرط الرابع: القدرة على تسليم المبيع، ولا بد منها. وفواتها قد يكون حساً، وقد يكون شراً. وفيه مسائل:

إحداها: بيع الآبق والضالّ باطل، عرف موضعه، أم لا، لأنه غير مقدور على تسليمه في الحال. هذا هو المذهب المعروف. قال الأصحاب: لا يشترط في الحكم بالبطالان، اليأس من التسليم، بل يكفي ظهور التعذر. وأحسن بعض الأصحاب فقال: إذا عرف موضعه وعلم أنه يصله إذا رام وصوله، فليس له حكم الآبق.

الثانية: إذا باع المالك ماله المغصوب، نظر، إن قدر البائع على استرداده وتسليمه، صح البيع، كما يصح بيع الوديعة. وإن عجز، نظر، إن باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب، لم يصح. وإن باعه من قادر على انتزاعه، صح على الأصح. ثم إن علم المشتري بالحال، فلا خيار له. لكن لو عجز عن انتزاعه لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب، فله الخيار على الصحيح. وإن كان جاهلاً حال العقد، فله الخيار. ولو باع الآبق ممن يسهل عليه رده، ففيه الوجهان في المغصوب. ويجوز تزويج الآبقة والمغصوبة، وإعتاقهما. قال في «البيان»: لا يجوز كتابة المغصوب، لأنها تقتضي التمكين من التصرف.

الثالثة: لا يجوز بيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وإن كان مملوكاً له، لما فيه من الغرر. ولو باع السمك في بركة لا يمكنه الخروج منها، فإن كانت صغيرة يمكن أخذه بغير تعب ومشقة، صح. وإن كانت كبيرة لا يمكن أخذه إلا بتعب شديد، لم يصح على الأصح. وحيث صححنا، فهو إذا لم يمنع الماء رؤيته، فإن منعها، فعلى قولي بيع الغائب إن عرف قدره وصفته، وإلا، فلا يصح قطعاً. وبيع الحمام في البرج على تفصيل بيع السمك في البركة. ولو باعها وهي طائفة اعتماداً على عادة عودها ليلاً، فوجهان كما سبق في النحل. أصحهما: عند الإمام: الصحة، كالعبد

المبعوث في شغل. وأصحهما: عند الجمهور: المنع، إذ لا وثوق بعودها، لعدم عقلها.

قلت: ولو باع ثلجاً أو جمداً وزناً، وكان ينماح إلى أن يوزن، لم يصح على الأصح، وسيأتي هذا إن شاء الله تعالى في المسائل المنتورة في آخر كتاب الإجارة. والله أعلم.

الرابعة: لو باع جزءاً شائعاً من سيف أو إناء ونحوهما، صح وصار مشتركاً. ولو عيّن بعضه وباعه، لم يصح، لأن تسليمه لا يحصل إلا بقطعه، وفيه نقص وتضييع للمال. ولو باع ذراعاً فصاعداً من ثوب، فإن لم يعين الذراع، فسنذكره إن شاء الله تعالى. وإن عيّن، فإن كان الثوب نفيساً تنقص قيمته بالقطع، لم يصح البيع على الأصح المنصوص. والثاني: يصح كذراع من الأرض، وكما يصح بيع أحد زوجي الخف وإن نقصت قيمتها بتفريقهما. والقياس: طرد الوجهين في مسألة السيف والإناء. وإن لم تنقص قيمته بالقطع كغليظ الكرباس، صح على المذهب، وبه قطع الجمهور.

وحكى الإمام وشيخه فيه وجهين: ولو باع جزءاً معيناً من جدار أو أسطوانة، فإن كان فوقه شيء، لم يصح، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه، وإلا، فإن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما، لم يجز. وإن كان من لبن أو آجر، جاز، هكذا أطلقه في «التلخيص»، وهو محمول عند الأئمة على ما لو جعلت النهاية صفّاً من الآجر أو اللبن، دون أن يجعل المقطع نصف سمكها. وفي تجويز البيع إذا كان من لبن أو آجر إشكال وإن جعل النهاية ما ذكره، لأن موضع الشق قطعة واحدة، ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي، فيفسد البيع. ولهذا قالوا: لو باع جذعاً في بناء، لم يصح، لأن الهدم يوجب النقص. ولا فرق بين الجذع والآجر، وكذا لو باع فصّاً في خاتم. ثم ذكر بعض الشارحين لـ «المفتاح»: أنه لو باع داراً، إلا بيتاً في صدرها لا يلي شارعاً ولا ملكاً له على أنه لا ممر له في المبيع، لا يصح البيع.

الخامسة: لا يصح بيع المرهون بعد الإقباض قبل الفكاك.

السادسة: جناية العبد، إن أوجبت مالاً متعلقاً بذمته، لم يمنع بيعه بحال. وإن أوجبه متعلقاً برقبته، فإن باعه بعد اختيار الفداء، صح، كذا أطلقه في «التهذيب». وإن باعه قبله وهو معسر، فلا، ومنهم من طرد الخلاف الآتي في الموسر، وحكم بالخيار للمجني عليه إن صححنا. وإن كان موسراً، فالأظهر: أنه لا يصح. وقيل: لا يصح قطعاً. وقيل: موقوف. فإن فداه، نفذ، وإلا، فلا. فإن لم نصحح البيع، فالسيد على خيرته، إن شاء فداه، وإلا، فيسلمه لبياع في الجناية. وإن صححنه،

فالسيد ملتزم للفداء ببيعه مع العلم بجنانيته، فيجبر على تسليم الفداء، كما لو أعتقه أو قتله. وقيل: هو على خيرته، إن فدى، أمضى البيع، وإلا، فسخ والصحيح: أنه ملتزم للفداء.

فإن تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس، فسخ البيع، وبيع في الجناية، لأن حق المجني عليه سبق حق المشتري. هذا كله إذا أوجبت الجناية المال، لكونها خطأ، أو شبه عمد، أو عفا مستحق القصاص على مال، أو أتلف العبد مالا. أما إذا أوجبت قصاصاً ولا عفو، فالمذهب صحة البيع كبيع المريض المشرف على الموت. وقيل: فيه القولان. وإذا اختصرت، قلت: المذهب: أنه لا يصح بيعه إن تعلّق برقبته مال، ويصح إن تعلّق به قصاص.

ولو أعتق الجاني، فإن كان السيد معسراً، لم ينفذ على الأظهر. وقيل: لا ينفذ قطعاً. وإن كان موسراً، نفذ على أظهر الأقوال. والثالث: موقوف. إن فداه، نفذ، وإلا، فلا. واستيلاد الجنانية، كإعتاقها. ومتى فدى السيد الجاني، فالأظهر: أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد. والثاني: يتعين الأرض وإن كثر.

قلت: ولو ولدت الجارية، لم يتعلّق الأرض بالولد قطعاً، ذكره القاضي أبو الطيب في «نماء الرهن». والله أعلم.

الشرط الخامس: كون المبيع معلوماً. ولا يشترط العلم به من كل وجه، بل يشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته. أما العين، فمعناه: أنه لو قال: بعتك عبداً من العبيد، أو أحد عبديّ أو عبيدي هؤلاء، أو شاة من هذا القطيع، فهو باطل. وكذا لو قال: بعته، إلا واحداً، مبهماً. وسواء تساوت قيمة العبيد والشيء، أم لا، وسواء قال: ولك الخيار في التعيين، أم لا. وحكى في «التتمة» قولاً قديماً: أنه لو قال: بعتك أحد عبدي، أو عبيدي الثلاثة، على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو أقل، صح العقد، وهذا شاذ ضعيف. ولو كان له عبد فاختلط بعبيدٍ لغيره، فقال: بعتك عبدي من هؤلاء، والمشتري يراهم ولا يعرف عينه. قال في «التتمة»: له حكم بيع الغائب. وقال صاحب «التهذيب»: عندي أنه باطل.

فرع: بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة، من دار، وأرض، وعبد، وصبرة، وثمره، وغيرها، صحيح. لكن لو باع جزءاً شائعاً من شيء بمثله من ذلك الشيء، كالدار والفرس، كما إذا كان بينهما نصفين، باع نصفه بنصف صاحبه، فوجهان: أحدهما: لا يصح البيع، لعدم الحاجة إليه. وأصحهما: يصح، لوجود شرائطه، وله فوائد:

منها: لو كانا جميعاً أو أحدهما ملك نصيبه بالهبة من أبيه، انقطعت ولاية الرجوع.

ومنها: لو ملكه بالشراء، ثم اطلع بعد هذا التصرف على عيب، لم يملك الرد على بائعه.

ومنها: لو ملكته بالصدّاق، فطلقها قبل الدخول، لم يكن له الرجوع فيه. قلت: ولو باع نصفه بالثلث من نصف صاحبه، ففي صحته الوجهان. أصحهما: الصحة، ويصير بينهما أثلاثاً، وبهذا قطع صاحب «التقريب»، واستبعده الإمام. وقد ذكر الإمام الرافعي هذه المسألة في كتاب «الصلح». والله أعلم. ولو باع الجملة، واستثنى منها جزءاً شائعاً، جاز. مثاله: بعتك ثمرة هذا البستان، إلا ربعها وقدر الزكاة منها. ولو قال: بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم، إلا ما يخص ألفاً، فإن أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور، صح، وكان استثناء للثلث. وإن أراد ما يساوي ألفاً عند التقويم، فلا، لأنه مجهول. **فرع:** إذا باع أذرعاً من أرض أو دار أو ثوب، فإن كانا يعلمان جملة ذُرْعَانِها، بأن باع ذراعاً من عشرة، ويعلمان أن الجملة عشرة، صح على الصحيح، وكأنه باعه العشر. قال الإمام: إلا أن يعني معيناً فيبطل، كشاة من القطيع. ولو اختلفا، فقال المشتري: أردت الإشاعة، فالعقد صحيح. وقال البائع: بل أردت معيناً، ففيمن يصدق؟ احتمالان.

قلت: أرجحهما: البائع. والله أعلم. وإن كان أحدهما لا يعلم جملة الذُرْعَانِ، لم يصح البيع. ولو وقف على طرف الأرض وقال: بعتك كذا ذراعاً من موقفي هذا في جميع العرض إلى حيث ينتهي في الطول، صح على الأصح.

فرع: إذا قال: بعتك صاعاً من هذه الصبرة، فله حالان: أحدهما: أن يعلم مبلغ صيعانها، فالعقد صحيح قطعاً، وينزل على الإشاعة. ولو كانت الصبرة مئة صاع، فالمبيع عشر العشر، فلو تلف بعضها، تلف بقدره من المبيع. هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى الإمام في تنزيله وجهين: أحدهما: هذا. والثاني: المبيع صاع من الجملة غير مشاع، أيّ صاع كان. فعلى هذا، يبقى المبيع ما بقي صاع.

الحال الثاني: أن لا يعلم أو أحدها مبلغ صيعانها، فوجهان: أحدهما، وهو اختيار القفال: لا يصح، كما لو فرق صيعان الصبرة، وقال: بعتك صاعاً منها، فإنه لا يصح. وأصحهما: يصح وهو المنصوص. وفي فتاوى القفال: أنه كان إذا سئل

عن هذه المسألة، يفتي بهذا الثاني مع ذهابه إلى الأول، ويقول: المستفتي يستفتيني عن مذهب الشافعي رحمه الله، لا عما عندي. وعلى هذا، المبيع صاع منها، أي صاع كان. فلو تلف جميعها إلا صاعاً، تعين العقد فيه، والبائع بالخيار بين أن يسلم صاعاً من أعلى الصبرة أو أسفلها وإن لم يكن الأسفل مرئياً، لأن رؤية ظاهر الصبرة كروية كلها.

قلت: وأما استدلال الأول بأنه لو فرقت صيعانها فباع صاعاً لم يصح، فهكذا قطع به الجمهور. وحكى صاحب «المهذب» في تعليقه في الخلاف عن شيخه القاضي أبي الطيب صحة بيعه، لعدم الغرر. والصحيح: المنع. والله أعلم.

فرع: إبهام ممر الأرض المبيعة، كإبهام نفس المبيع. وصورته: أن يبيع أرضاً محفوفة بملكه من جميع الجوانب، ويشترط للمشتري حق الممر من جانب، ولم يعينه، فالبيع باطل، لاختلاف الغرض بالممر. فإن عين الممر من جانب، صح البيع. ولو قال: بعته بحقوقها، صح، وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب كما كان ثابتاً للبائع قبل البيع. وإن أطلق البيع ولم يتعرض للممر، فوجهان: أصحهما: يصح، ويكون كما لو قال: بعته بحقوقها. والثاني: أنه لا يقتضي الممر، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر، وفيه وجهان: أصحهما: بطلان البيع، لعدم الانتفاع في الحال، والثاني: الصحة، لإمكان تحصيل الممر، وقال في «التهذيب»: إن أمكن تحصيل ممر، صح البيع، وإلا، فلا.

ولو كانت الأرض المبيعة ملاصقة للشارع، فليس للمشتري سلوك ملك البائع، فإن العادة في مثلها الدخول من الشارع، فينزّل الأمر عليه. ولو كانت ملاصقة ملك المشتري، لم يتمكن من المرور فيما بقي للبائع، بل يدخل من ملكه القديم. وأبدى الإمام فيه احتمالاً، قال: وهذا إذا أطلق البيع، أما إذا قال: بحقوقها، فله الممر في ملك البائع. ولو باع داراً واستثنى لنفسه بيتاً، فله الممر، فإن نفى الممر، نظر، إن أمكن اتخاذ ممر، صح البيع، وإلا، فوجهان:

قلت: أصحهما: البطلان كمن باع ذراعاً من ثوب ينقص بالقطع. والله أعلم.

فصل: وأما القدر، فالمبيع قد يكون في الذمة، وقد يكون معيناً، والأول هو السّلم، والثاني هو المشهور باسم البيع، والثنى فيهما جميعاً قد يكون في الذمة وإن كان يشترط في السّلم تسليم رأس المال في مجلس العقد، وقد يكون معيناً، فما كان في الذمة من العوضين، اشترط كونه معلوم القدر، حتى لو قال: بعته ملء هذا البيت حنطة، أو بزنة هذه الصنجة ذهباً، لم يصح البيع. ولو قال: بعت بما باع به فلان فرسه أو ثوبه، وأحدهما لا يعلم، لم يصح على الصحيح، للغرر. وقيل:

يصح، للتمكن من العلم، كما لو قال: بعتك هذه الصبرة، كل صاع بدرهم، يصح البيع وإن كانت الجملة مجهولة في الحال. وقيل: إن حصل العلم قبل التفرق، صح. ولو قال: بعتك بمئة دينار إلا عشرة دراهم، لم يصح إلا أن يعلما قيمة الدينار بالدراهم.

قلت: ينبغي ألا يكفي علمهما بالقيمة، بل يشترط معه قصدهما استثناء القيمة. وذكر صاحب «المستظهر» فيما إذا لم يعلما حال العقد قيمة الدينار بالدراهم، ثم علما في الحال طريقتين. أصحهما: لا يصح كما ذكرنا. والثاني: على وجهين: والله أعلم.

ولو قال: بعتك بألف من الدراهم والدنانير، لم يصح.

فرع: إذا باع بدرهم أو دنانير، اشترط العلم بنوعها، فإن كان في البلد نقد واحد، أو نقود يغلب التعامل بواحد منها، انصرف العقد إلى المعهود وإن كان فلوساً، إلا أن يعين غيره. فإن كان نقد البلد مغشوشاً، ففي صحة المعاملة به وجهان ذكرناهما في كتاب «الزكاة»، إلا أنا خصصناهما بما إذا كان قدر النقرة مجولاً، وربما نقل العراقيون الوجهين مطلقاً، ووجهوا المنع بأن المقصود غير متميز عما ليس بمقصود، فصار كما لو شيب اللبن بالماء وبيع، فإنه لا يصح. وحكي وجه ثالث: أنه إذا كان الغش غالباً، لم يجز التعامل بها. وإن كان مغلوباً، جاز. وعلى الجملة، الأصح الصحة مطلقاً، وعلى هذا، ينصرف إليه العقد عند الإطلاق. ولو باع بمغشوشة، ثم بان أن فضتها قليلة جداً، فله الرد على المذهب.

وقيل: وجهان: أما إذا كان في البلد نقدان أو نقود لا غلبة لبعضها، فلا يصح البيع حتى يعين. وتقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد. فإن كان فيه نقدان فصاعداً، ولا غالب، عيّن القاضي واحداً للتقويم. ولو غلب من جنس العروض نوع، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق؟ وجهان: أصحهما: ينصرف كالنقد. ومن صورته: أن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها أو بشعير في الذمة، ثم يحضره قبل التفرق. وكما ينصرف العقد إلى النقد الغالب، ينصرف في الصفات إليه أيضاً. حتى لو باع بدينار أو بعشرة دنانير، والمعهود في البلد الصالح، انصرف إليه، وإن كان المعهود المكسر، انصرف إليه.

قال في «البيان»: إلا أن تتفاوت قيمة المكسر، فلا يصح. وعلى هذا القياس، لو كان المعهود، أن يؤخذ نصف الثمن من هذا، ونصفه من ذاك، أو أن يؤخذ على نسبة أخرى، فالبيع صحيح محمول عليه. وإن كان يُعْهَد التعامل بهذا مرة، وبهذا مرة، ولم يكن بينهما تفاوت، صح البيع، وسَلَّم ما شاء منهما. وإن كان بينهما

تفاوت بطل البيع كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق. ولو قال: بعت بألف صحاح ومكسرة، فوجهان: أحدهما: البيع باطل. والثاني: أنه صحيح ويحمل على التنصيف. ويشبه أن يجري هذا الوجه فيما إذا قال: بعت بألف ذهباً وفضةً.

قلت: لا جريان له هناك، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة، فيعظم الغرر. والله أعلم.

فرع: لو قال: بعتك بدينار صحيح، فجاء بصحيحين وزنهما مثقال، لزمه القبول، لأن الغرض لا يختلف بذلك. وإن جاء بصحيح وزنه مثقال ونصف، قال في «التممة»: لزمه قبوله، والزيادة أمانة في يده. والصواب: أنه لا يلزمه القبول، لما في الشركة من الضرر، وقد ذكر في «البيان» نحو هذا. فلو تراضيا به، جاز. وحينئذ لو أراد أحدهما كسره، وامتنع الآخر، لم يجبر عليه، لما في هذه القسمة من الضرر.

ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدوراً، جاز إن كان يعم وجوده. وإن لم يشترط، فعليه شق وزنه نصف مثقال. فإن سلم إليه صحيحاً أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه، جاز. ولو باعه شيئاً بنصف دينار صحيح، ثم باعه شيئاً آخر بنصف دينار صحيح، فإن سلم صحيحاً عنهما، فقد زاد خيراً، وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار، جاز. فلو شرط في العقد الثاني تسليم صحيح عنهما، فالعقد الثاني فاسد، والأول ماضٍ على الصحة إن جرى الثاني بعد لزومه، وإلا، فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد في زمن الخيار، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

فرع: لو باع بنقد قد انقطع عن أيدي الناس، فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم. وإن كان لا يوجد في تلك البلدة، ويوجد في غيرها، فإن كان الثمن حالاً، أو مؤجلاً إلى مدة لا يمكن نقله فيها، فهو باطل أيضاً. وإن كان مؤجلاً إلى مدة يمكن نقله فيها، صح. ثم إن حلّ الأجل وقد أحضره، فذاك، وإلا، فيبني على أن الاستبدال عن الثمن، هل يجوز؟ إن قلنا: لا، فهو كانقطاع المسلم فيه. وإن قلنا: نعم، استبدل، ولا يفسخ العقد على الصحيح. وفي وجه: يفسخ. فإن كان يوجد في البلد، إلا أنه عزيز، فإن جوّزنا الاستبدال، صح العقد. فإن وجد، فذاك، وإلا فيستبدل. وإن لم نجوّزه، لم يصح. فلو كان النقد الذي جرى به التعامل موجوداً، ثم انقطع. فإن جوّزنا الاستبدال، استبدل، وإلا، فهو كانقطاع المسلم فيه.

فرع: لو باع بنقد معين أو مطلق وحملناه على نقد البلد، فأبطل السلطان ذلك النقد، لم يكن للبائع إلا ذاك النقد، كما لو أسلم في حنطة فرخست، فليس له غيرها. وفيه وجه شاذ ضعيف: أنه مخير إن شاء أجاز العقد بذلك النقد، وإن شاء فسخه، كما لو تعيب قبل القبض.

فرع: لو قال: بعثك هذه الصبرة، كل صاع بدرهم، أو هذه الأرض، أو الثوب، كل ذراع بدرهم، أو هذه الأغنام، كل شاة بدرهم، صح العقد في الجميع على الصحيح، ولا تضر جهالة جملة الثمن، لأنه معلوم التفصيل. وقال ابن القطان: لا يصح. ولو قال: بعثك عشرة من هذه الأغنام بكذا، لم يصح وأن علم عدد الجملة، بخلاف مثله في الثوب والصبرة والأرض، لأن قيمة الشياه تختلف. ولو قال: بعثك من هذه الصبرة، كل صاع بدرهم، لم يصح. وقال ابن سريج: يصح في صاع فقط.

قلت: وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإجارة، أنه لو قال: بعثك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، لم يصح على الصحيح الذي قطع به الجمهور، واختار الإمام وشيخه الصحة. والله أعلم.

ولو قال: بعثك هذه الصبرة بعشرة دراهم، كل صاع بدرهم، أو قال مثله في الأرض والثوب، نظر، إن خرج كما ذكر، صح البيع. وإن خرج زائداً أو ناقصاً، ففيه قولان. أظهرهما: لا يصح، لتعذر الجمع بين الأمرين. والثاني: يصح، لإشارته إلى الصبرة ويلغو الوصف. فعلى هذا، إن خرج ناقصاً، فالمشتري بالخيار. فإن أجاز، فهل يجيز بجميع الثمن لمقابلة الصبرة به، أم بالقسط لمقابلة كل صاع بدرهم؟ وجهان: وإن خرج زائداً، فلمن تكون الزيادة؟ وجهان: أحدهما: للمشتري، فلا خيار له قطعاً، ولا للبائع على الأصح. والثاني: يكون للبائع، فلا خيار له، وللمشتري الخيار على الأصح.

فرع: هذا الذي سبق، هو فيما إذا كان العوض في الذمة، فأما إذا كان معيناً، فلا تشترط معرفة قدره بالكيل والوزن. فلو قال: بعثك هذه الصبرة، أو بعثك بهذه الدراهم، صح وتكفي المشاهدة، لكن هل يكره بيع الصبرة جزافاً؟ قولان.

قلت: أظهرهما: يكره، وقطع به جماعة، وكذا البيع بصبرة الدراهم مكروه. والله أعلم.

ولو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض، أو باع السمن أو نحوه في ظرف مختلف الأجزاء رِقَّةً وَغَلْظاً، فثلاث طرق. أحدها: أن في صحة البيع قولني بيع الغائب، والثاني: القطع بالصحة، والثالث: القطع بالبطلان، وهو ضعيف وإن كان منسوباً إلى المحققين. فإن قلنا: بالصحة، فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة، أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها، وإن قلنا: بالبطلان، فلو باع الصبرة والمشتري يظنها على استواء الأرض، ثم بان تحتها دكة، فهل نتبين بطلان

العقد؟ وجهان: أحدهما: لا، ولكن للمشتري الخيار، كالعيب والتدليس، وبه قطع صاحب «الشامل» وغيره. والله أعلم.

فرع: لو قال: بعثك هذه الصبرة إلا صاعاً، فإن كانت معلومة الصيعان، صح، وإلا، فلا.

فصل: وأما الصفة: ففيها مسائل:

إحداها: في بيع الأعيان الغائبة والحاضرة التي لم تر، قولان. قال في القديم و«الإملاء»: والصرف من الجديد يصح، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم، وقال بتصحيحه طائفة من أئمتنا، وأفتوا به، منهم، البغوي، والرويان. وقال في «الأم» و«البويطي»: لا يصح، وهو اختيار المزني. وفي محل القولين، ثلاث طرق. أحدها: أنهما فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما بلا فرق. والثاني: أنهما فيما شاهده البائع دون المشتري. فإن لم يشاهده البائع، فباطل قطعاً. والثالث: إن رآه المشتري، صح قطعاً، وإلا، فالحولان.

المسألة الثانية: القولان في شراء الغائب وبيعه يجريان في إجارتها، وفيما إذا أجر بعين غائبة، أو صالح عليها، أو جعلها رأس مال السَّلَمَ وسَلَّمَهَا في المجلس. أما إذا أصدقها عيناً غائبة، أو خالعهما عليها، أو عفا عن القصاص على عين غائبة، فيصح النكاح وتقع البينونة، ويسقط القصاص قطعاً. وفي صحة المسمى، القولان. فإن لم يصح، وجب مهر المثل على الرجل في النكاح، وعلى المرأة في الخلع، ووجبت الدية على المعفو عنه. ويجريان في رهن الغائب وهبته، وهما أولى بالصحة، لعدم الغرر. ولهذا، إذا صححناهما، فلا خيار عند الرؤية.

المسألة الثالثة: إن لم يجز بيع الغائب وشراؤه، لم يجز بيع الأعمى وشراؤه، وإلا، فوجهان: أحدهما: لا يجوز أيضاً، إذ لا سبيل إلى رؤيته، فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار. والثاني: يجوز، ويقام وصف غيره له مقام رؤيته، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم. فإذا قلنا: لا يصح بيعه وشراؤه، لم يصح منه الإجارة والرهن والهبة أيضاً. وهل له أن يكتب عبده؟ قال في «التهذيب»: لا. وقال في «التتمة»: المذهب جوازه، تغليباً للعتق.

قلت: الأصح: الجواز. والله أعلم.

ويجوز أن يؤجر نفسه، وللعبد الأعمى أن يشتري نفسه، وأن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه، ويجوز أن يتزوج. وإذا زوّج موليته تفرعاً على أن العمى غير قاذح في الولاية، والصدّاق عين مال، لم يثبت المسمى، وكذا لو خالع الأعمى على مال. أما إذا أسلم في شيء، أو أسلم إليه، فينظر، إن عمي بعد بلوغه سن التمييز، صح،

لأنه يعرف الأوصاف، ثم يוכל من يقبض عنه على الوصف المشروط، ولا يصح قبضه بنفسه على الأصح، لأنه لا يميز بين المستحق وغيره. وإن خلق أعمى، أو عمي قبل التميز، فوجهان: أحدهما: عند العراقيين والأكثرين من غيرهم: الصحة، لأنه يعرف بالسمع. فعلى هذا، إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفاً معيناً في المجلس، فإن كان معيناً، فهو كبيع العين. ثم كل ما لا يصح من الأعمى من التصرفات، فطريقه أن يוכל، ويحتمل ذلك للضرورة.

قلت: لو كان الأعمى رأى شيئاً مما لا يتغير، صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير، وهو المذهب. والله أعلم.

المسألة الرابعة: إذا لم نجوز بيع الغائب وشراؤه، فعليه فروع:

أحدها: لو اشترى غائباً رآه قبل العقد، نظر، إن كان مما لا يتغير غالباً، كالأرض، والأواني، والحديد، والنحاس، ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية والشراء، صح العقد، لحصول العلم المقصود. وقال الأنماطي: لا يصح، وهو شاذ مردود. فإذا صححناه، فوجده كما رآه أولاً، فلا خيار.

وإن وجده متغيراً، فالمذهب: أن العقد صحيح، وله الخيار، وبهذا قطع الجمهور. وذكر في «الوسيط» وجهاً: أنه يتبين بطلان البيع لتبين انتفاء المعرفة. قال الإمام: وليس المراد بتغيره حدوث عيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية. فكل ما فات منها، فهو كتبين الخلف في الشرط. وأما إذا كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالباً، بأن رأى ما يسرع فساده من الأطعمة، ثم اشتراه بعد مدة صالحة، فالبيع باطل. وإن مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها، ويحتمل أن لا يتغير، أو كان حيواناً، فالأصح الصحة. فإن وجده متغيراً، فله الخيار. وإذا اختلفا، فقال المشتري: تغير. وقال البائع: هو بحاله، فالأصح المنصوص، أن القول قول المشتري مع يمينه، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب. والثاني: القول قول البائع.

الثاني: استقصاء الأوصاف على الحدّ المعتبر في السلم، هل يقوم مقام الرؤية - وكذا سماع وصفه - بطريق التواتر؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع العراقيون.

الثالث: لو رأى بعض الشيء دون بعض، فإن كان مما يستدل برؤية بعضه على الباقي، صح البيع قطعاً، وذلك مثل رؤية ظاهر صبرة الحنطة ونحوها. ثم لا خيار إذا رأى باطنها، إلا إذا خالف ظاهرها. وحكي قول شاذ ضعيف: أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة، بل لا بد من أن يقلبها ليعرف باطنها، والمشهور، هو الأول. وفي معنى الحنطة والشعير، صبرة الجوز واللوز والدقيق. فلو كان شيء منها في وعاء،

فرأى أعلاه، أو رأى أعلى السمن والخل وسائر المائعات في ظروفها، كفى. ولو كانت الحنطة في بيت مملوء منها، فرأى بعضها من الكوة أو الباب، كفى إن عرف سعة البيت وعمقه، وإلا، فلا. وكذا حكم الجمد في المجمدة.

ولا تكفي رؤية صبرة البطيخ، والسفرجل، والرمان، بل لا بدّ من رؤية كل واحدة منها. ولا يكفي في سلّة العنب والخوخ ونحوهما، رؤية أعلاها، لكثرة الاختلاف فيها، بخلاف الحبوب. وأما التمر، فإن لم تلتق حباته، فصبرته كصبرة الجوز، واللوز. وإن التزقت كالقوصرة، كفى رؤية أعلاها على الصحيح. وأما القطن في العدّل، فهل تكفي رؤية أعلاه، أم لا بدّ من رؤية جميعه؟ فيه خلاف حكاه الصيمري وقال: الأشبه عندي، أنه كقوصرة التمر.

الرابع: لو أراه أنموذجاً وبنى أمر البيع عليه، نظر، إن قال: بعثك من هذا النوع كذا، فهو باطل، لأنه لم يعين مالا ولم يراع شروط السّلم، ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح، لأن الوصف باللفظ يرجع إليه عند النزاع. وإن قال: بعثك الحنطة التي في هذا البيت، وهذا الأنموذج منها، فإن لم يدخل الأنموذج في البيع، لم يصح على الأصح، لأن المبيع غير مرئي. وإن أدخله، صح على الأصح. ولا يخفى أن مسألة الأنموذج، مفروضة في المتماثلات.

الخامس: إذا كان الشيء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي. فإن كان المرئي صواناً له، كقشر الرمان والبيض، كفى رؤيته، وكذا شراء الجوز واللوز في القشر الأسفل. ولا يصح بيع اللب وحده على القولين جميعاً، لأن تسليمه لا يمكن إلا بكسر القشر فينقص عين المبيع. ولو رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها، لم يكف، لأن المعرفة التامة لا تحصل به، وليس فيه صلاح له، بخلاف السمك يراه في الماء الصافي، يجوز بيعه. وكذا الأرض يعلوها ماءً صافٍ، لأن الماء من صلاحهما. وإن لم يكن كذلك، لم تكف رؤية البعض على هذا القول الذي تفرّع عليه. وأما على القول الآخر، فيأتي ذكره إن شاء الله تعالى في المسألة الخامسة.

السادس: الرؤية في كل شيء على حسب ما يليق به. ففي شراء الدار، لا بد من رؤية البيوت، والسقوف والسطوح، والجدران، داخلاً وخارجاً، والمستحم والبالوعة. وفي البستان، يشترط رؤية الأشجار، والجدران، ومسائل الماء، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوهما. وقيل: في اشتراط رؤية طريق الدار، ومجرى الماء الذي تدور به الرحي، وجهان: ويشترط في شراء العبد رؤية الوجه، والأطراف، ولا يجوز رؤية العورة. وفي باقي البدن، وجهان: أحدهما: الاشتراط، وبه قطع صاحب «التهذيب» و«الرقم». وفي الجارية أوجه:

أحدها: كالعبد. والثاني: يشترط رؤية ما يظهر عند الخدمة. والثالث: تكفي رؤية الوجه والكفين. وفي الأسنان واللسان، وجهان: ويشترط رؤية الشعر على الأصح. قلت: الأصح: أنها كالعبد. والله أعلم.

ويشترط في الدواب رؤية مقدّمها، ومؤخّرهما وقوائمها، ويشترط رفع السرج والإكاف، والجُلّ. وفي وجه: يشترط أن يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره، ويشترط في الثوب المطوي نشره. قال الإمام: ويحتمل عندي أن يصحح بيع الثياب التي لا تنشر أصلاً إلا عند القطع، لما في نشرها من النقص.

قلت: قال القفال في «شرح التلخيص»: لو اشترى الثوب المطوي وصحّحناه، فنشره، واختار الفسخ، وكان لطيه مؤنة، ولم يحسن طيه، لزم المشتري مؤنة الطي، كما لو اشترى شيئاً ونقله إلى بيته فوجد به عيباً، فإن مؤنة الرد على المشتري. والله أعلم.

ثم إذا نشرت، فما كان صفيقاً كالديباج المنقش، فلا بدّ من رؤية وجهيه، وكذا البُسط والزلاليّ. وما كان رقيقاً، لا يختلف وجهاه، كالكرباس، كفى رؤية أحد وجهيه على الأصح. ولا يصح بيع الثياب التّوّزيّة في المُسوح على هذا القول، ولا بدّ في شراء المصحف والكتب من تقليب الأوراق ورؤية جميعها. وفي الورق البياض، لا بدّ من رؤية جميع الطاقات. قال أبو الحسن العبادي: الفُقّاع يفتح رأسه فينظر فيه بقدر الإمكان، ليصح بيعه. وأطلق الغزالي في «الإحياء»: المسامحة به. قلت: الأصح: قول الغزالي. والله أعلم.

المسألة الخامسة: إذا جَوَرنا بيع الغائب، فعليه فروع:

أحدها: بيع اللَّبن في الضرع باطل. فلو قال: بعثك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا، لم يجز على المذهب، لعدم تيقن وجود ذلك القدر. وقيل: فيه قولان بيع الغائب. ولو حلب شيئاً من اللبن فأراه، ثم باعه رطلاً مما في الضرع، فوجهان كالأنموذج. وذكر الغزالي الوجهين، فيما لو قبض قدراً من الضرع وأحكم شدّه وباع ما فيه.

قلت: الأصح في الصورتين، البطلان، لأنه يختلط بغيره مما ينصبّ في الضرع. والله أعلم.

الثاني: لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم. وفي وجه: يجوز بشرط الجزّ، وهو شاذ ضعيف. ويجوز بيع الصوف على ظهر الحيوان بعد الذكاة، وتجوز الوصية باللبن في الضرع، والصوف على الظهر.

الثالث: بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ، باطل، سواء بيع الجلد واللحم معاً،

أو أحدهما. ولا يجوز بيع الأركاع والرؤوس قبل الإبانة. وفي الأركاع وجه شاذ. ويجوز بيعها بعد الإبانة نيئة ومشوية. وكذا المسموط نيئاً ومشوياً. وفي النّيء احتمال للإمام.

الرابع: بيع المسك في الفأرة، باطل، سواء بيع معها أو دونها، كاللحم في الجلد، سواء فتح رأس الفأرة، أم لا. وقال في «التتمة»: إذا كانت مفتوحة، نظر، إن لم يتفاوت ثخنها، وشاهد المسك فيها، صح البيع، وإلا، فلا. وقال ابن سريج: يجوز بيعه مع الفأرة مطلقاً، كالجوز. ولو رأى المسك خارج الفأرة، ثم اشتراه بعد الرد إليها، فإن كان رأسها مفتوحاً فرآه، جاز، وإلا، فعلى قولي بيع الغائب.

قلت: قال أصحابنا: لو باع المسك المختلط بغيره، لم يصح، لأن المقصود مجهول. كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بماء. ولو باع سمناً في ظرف، ورأى أعلاه مع ظرفه أو دونه، صح. فإن قال: بعته بظرفه، كل رطل بدرهم، فإن لم يكن للظرف قيمة، بطل. وإن كان، فقد قيل: يصح وإن اختلفت قيمتهما، كما لو باع فواكه مختلطة، أو حنطة مختلطة بشعير وزناً أو كيلاً. وقيل: باطل، لأن المقصود السمن، وهو مجهول، بخلاف الفواكه، فكلها مقصودة. وقيل: إن علما وزن الظرف والسمن، جاز، وإلا، فلا، وهذا هو الأصح، صححه الجمهور، وقطع به معظم العراقيين. وإن باع المسك بفأرة، كل مثقال بدينار، فكالسمن بظرفه، ذكره البغوي وغيره. والله أعلم.

الخامس: لو رأى بعض الثوب، وبعضه الآخر في صندوق، فالمنذهب: أنه على القولين في الغائب، وبه قال الجمهور. وقيل: باطل قطعاً. ولو كان المبيع شيئين، رأى أحدهما فقط، فإن أبطلنا بيع الغائب، بطل فيما لم يره، وفي المرئي قولاً تفريق الصفقة، وإلا، ففي صحة العقد فيهما، القولان فيمن جمع في صفقة بين مختلفي الحكم، لأن ما رآه لا خيار فيه، وما لم يره فيه الخيار. فإن صححنا، فله رد ما لم يره وإمساك ما رآه.

السادس: إذا لم يشرط الرؤية، فلا بد من ذكر جنس المبيع ونوعه، بأن يقول: بعثك عبدي التركي، أو فرسي العربي. ولا يكفي: بعثك ما في كمي أو كفي أو خزانتي، أو ميراثي من فلان، إذا لم يعرفه المشتري. وفي وجه: يكفي. وفي وجه آخر: يكفي ذكر الجنس، ولا حاجة إلى النوع، فيقول: عبدي، وهما شاذان ضعيفان. وإذا ذكر الجنس والنوع، لم يفتقر إلى ذكر الصفات على الأصح المنصوص في «الإملاء» والقديم. وفي وجه: يفتقر إلى ذكر معظم الصفات، وضبط ذلك بما يصف به المدعى عند القاضي، قاله القاضي أبو حامد. وفي وجه أضعف منه: يفتقر

إلى صفات السَّلَم، قاله أبو علي الطبري. فعلى الأصح: لو كان له عبدان من أنواع، فلا بد من زيادة يقع بها التمييز كالتعرض للسِّنِّ أو غيره.

السابع: إذا قلنا: يشترط الوصف فوصف، فإن وجده كما وصف، فله الخيار على الأصح. وقيل: له الخيار قطعاً. وإن وجده دون وصفه، فله الخيار قطعاً. وإن قلنا: لا حاجة إلى الوصف، فللمشتري الخيار عند الرؤية، سواء شرط الخيار، أم لا. وقيل: لا يثبت الخيار إلا أن يشترطه. والصحيح: الأول. وهل له الخيار قبل الرؤية؟ فيه أوجه: الصحيح: أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية، ولا تنفذ إجارتة. والثاني: ينفذان. والثالث: لا ينفذان. وأما البائع، فالأصح: أنه لا خيار له، سواء كان رأى المبيع، أم لا. وقيل: له الخيار في الحالين. وقيل: له الخيار إن لم يكن رآه، وبه قطع الشيخ ومتابعوه كالمشتري. ثم خيار الرؤية حيث ثبت، هل هو على الفور، أم يمتد امتداد مجلس الرؤية؟ وجهان: أحدهما: يمتد. قال الشيخ أبو محمد: الوجهان بناءً على وجهين في أنه هل يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية كشراء العين الحاضرة، أم لا يثبت للاستغناء بخيار الرؤية؟ فعلى الأول: خيار الرؤية على الفور، ثلثاً يثبت خيار مجلسين. وعلى الثاني: يمتد.

الثامن: لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الرؤية، ففي انفساخ البيع وجهان: كنظيره في خيار الشرط. ولو باعه قبل الرؤية، لم يصح، بخلاف ما لو باعه في زمن خيار الشرط، فإنه يصح على الأصح، لأنه يصير مجيزاً للعقد، وهنا لا إجازة قبل الرؤية.

التاسع: هل يجوز أن يوكل في الرؤية من يفسخ أو يجيز ما يستصوبه؟ وجهان: أحدهما: يجوز كالتوكيل في خيار العيب والخلف. والثاني: لا، لأنه خيار شهوة لا يتوقف على نقص ولا غرض، فأشبهه ما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة، يوكل في الاختيار.

العاشر: نقل صاحب «التتمة» والرويانى وجهاً: أنه يعتبر على قول اشتراط الرؤية، الذوق في الخل ونحوه، والشم في المسك ونحوه، واللمس في الثياب ونحوها، والصحيح المعروف: أنها لا تعتبر.

الحادي عشر: ذكر بعضهم: أنه لا بد من ذكر موضع المبيع الغائب. فلو كان في غير بلد التبايع، وجب تسليمه في ذلك البلد، ولا يجوز شرط تسليمه في بلد التبايع. بخلاف السلم، فإنه مضمون في الذمة. والعين الغائبة غير مضمونة في الذمة، فاشتراط نقلها، يكون بيعاً وشرطاً.

الثاني عشر: لو رأى ثوبين فسرق أحدهما، فاشترى الباقي ولا يعلم أيهما

المسروق، قال الغزالي في «الوسيط»: إن تساوت صفتها وقدرهما وقيمتها، كنصفي كرباس واحد، صح قطعاً، وإن اختلفا في شيء من ذلك، خرج على بيع الغائب.

الثالث عشر: إذا لم نشط الرؤية، فاختلفا، فقال البائع للمشتري: رأيت المبيع فلا خيار لك، فأنكر المشتري، فالقول قول البائع على الأصح. وإن شرطنا الرؤية فاختلفا، قال الغزالي في فتاويه: القول قول البائع، لأن إقدام المشتري على العقد، اعتراف بصحته، ولا ينفك هذا عن خلاف.

قلت: هذه مسألة اختلافهما في مفسد للعقد، وفيها الخلاف المعروف. والأصح: أن القول قول من يدعي الصحة، وعليه فرعها الغزالي.

وبقيت مسائل تعلق بالباب، منها بيع أستار الكعبة، فيه خلاف قدمته في أواخر الحج. وبيع أشجار الحرم وصيد، حرام باطل. قال القفال: إلا أن يقطع شيئاً يسيراً لدواء، فيجوز بيعه حينئذ. وفيما قاله نظر، وينبغي أن لا يجوز كالطعام الذي أبيع له أكله، لا يجوز بيعه. قال صاحب «التلخيص»: حكم شجر النقيع - بالنون - الذي هو الجَمَى، حكم أشجار الحرم، فلا يجوز بيعه. ومما تعم به البلوى ما اعتاده الناس من بيع نصيبه من الماء الجاري من النهر. قال المحاملي في «اللباب»: هذا باطل لوجهين. أحدهما: أن المبيع غير معلوم القدر. والثاني: أن الماء الجاري غير مملوك، وسيأتي هذا مع غيره مبسوطاً في آخر كتاب إحياء الموات إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

باب: الربا^(١)

إنما يحرم الربا في المطعوم، والذهب، والفضة. فأما المطعوم، فسواء كان مما يُكال أو يوزن، أم لا، هذا هو الجديد، وهو الأظهر. والقديم: أنه يشترط مع الطعم الكيل أو الوزن. فعلى هذا، لا ربا في السفرجل، والرُّمَّان، والبيض، والجوز، وغيره مما لا يكال ولا يوزن. وقال الأودني من أصحابنا: لا يجوز بيع مالٍ بجنسه متفاضلاً، ولا يشترط الطعم، وهذا شاذ مردود. والمراد بالمطعوم: ما يعد للطعم غالباً تقوُّتاً، أو تأدُّماً، أو تفكُّهاً، أو غيرها، فيدخل فيه الفواكه، والحبوب، والبقول، والتوابل، وغيرها. وسواء ما أكل نادراً كالبلوط، والطرثوث، وما أكل غالباً، وما أكل وحده أو مع غيره. ويجري الربا في الزعفران على الأصح،

(١) الربا في اللغة: الزيادة.

وفي الشرع: زيادة أحد البدلين المتجانسين من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض.

وسواء ما أكل للتداوي كالإهليلج، والبليج، والسقمونيا وغيرها، وما أكل لغرض آخر.

وفي «التتمة» وجه: أنه ما يقتل كثيره ويستعمل قليله في الأدوية كالسقمونيا، لا ربا فيها، وهو ضعيف. والطين الخراساني، ليس ربوياً على المذهب. والأرميني، ربوي على الصحيح، لأنه دواء. ودهن البنفسج، والورد، والبان، ربوي على الأصح. ودهن الكتان، والسمك، وحب الكتان، وماء الورد، والعود، ليس ربوياً على الأصح. والزنجبيل، والمصطكى، ربوي على الأصح. والماء إذا صححنا بيعه، ربوي على الأصح. ولا ربا في الحيوان، ولكن ما يباح أكله على هيئته كالسمك الصغير، على وجه يجري فيه الربا على الأصح.

وأما الذهب والفضة، فقليل: يثبت الربا فيهما لعينهما، لا لعلّة. وقال الجمهور: العلة فيهما صلاحية الثمنية الغالبة. وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالباً. والعبارتان تشملان التبر، والمضروب، والحلي، والأواني منهما. وفي تعدّي الحكم إلى الفلوس إذا راجت وجه، والصحيح: أنه لا ربا فيهما لانتفاء الثمنية الغالبة. ولا يتعدى إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعاً.

فصل: إذا باع مالاً بمال، فله حالان: أحدهما: أن لا يكونا ربوبين. والثاني: أن يكونا. فالحال الأول يشمل ما إذا لم يكن فيهما ربوي، وما إذا كان أحدهما ربوياً. وعلى التقديرين في هذا الحال، لا تجب رعاية التماثل، ولا الحلول، ولا التقابض في المجلس، سواء اتفق الجنس، أو اختلف. حتى لو باع حيواناً بحيوانين من جنسه، أو أسلم ثوباً في ثوبين من جنسه، جاز. وأما الحال الثاني: فتارة يكونان ربوبين بعثتين، وتارة بعلة. فإن كانا بعثتين، لم تجب رعاية التماثل ولا التقابض ولا الحلول.

ومن صوره: أن يسلّم أحد النقيدين في الحنطة، أو يبيع الحنطة بالذهب أو بالفضة، نقداً، أو نسيئة وإن كانا بعلة. فإن اتحد الجنس، بأن باع الذهب بالذهب، والحنطة بالحنطة، ثبتت أحكام الربا الثلاثة، فتجب رعاية التماثل والحلول والتقابض في المجلس. وإن اختلف الجنس، كالحنطة بالشعير، والذهب بالفضة، لم تعتبر المائلة، ويعتبر الحلول والتقابض في المجلس.

فرع: حيث اعتبرنا التقابض، فنفترقاً قبله، بطل العقد. ولو تقابضاً بعض كل واحد من العوضين، ثم تفرقاً، بطل فيما لم يقبض. وفي المقبوض قولاً تفريق الصفقة. والتخاير في المجلس قبل التقابض، كالتفرق، فيبطل العقد. وقال ابن

سريع: لا يبطل. والصحيح: الأول. ولو وُكِّل أحدهما وكيلاً بالقبض، فقبض قبل مفارقة الموكل المجلس، جاز، وبعده لا يجوز.

فرع: قد سبق بيع مال الربا بجنسه مع زيادة، لا يجوز. فلو أراد بيع صحاح بمكسرة، أو غير ذلك مع الزيادة، فله طرق:

منها: أن يبيع الدراهم بالدنانير، أو بعرض. فإذا تقابضا وتخaira، أو تفرقا، اشترى منه الدراهم المكسرة بالدنانير أو العرض، فيصح ذلك، سواء اتخذه عادة، أم لا. ولو اشترى المكسرة بالدنانير، أو العرض الذي اشتراه منه قبل قبضه، لم يجز. وإن كان بعد قبضه وقبل التفرق والتخاير، جاز على المذهب، بخلاف ما لو باعه لغير بائعه قبل التفرق والتخاير، فإنه لا يجوز، لما فيه من إسقاط خيار العاقد الآخر، وهنا يحصل بتبايعهما الثاني إجازة الأول.

ومنها: أن يقرض صاحبه الصحاح، ويستقرض منه المكسرة، ثم يبريء كل واحد منهما صاحبه.

ومنها: أن يهب كل واحد ماله للآخر.

ومنها: أن يبيع الصحاح بوزنها مكسورة، ويهبه صاحب المكسورة الزيادة، فجميع هذه الطرق جائزة، إذا لم يشرط في إقراضه وهبته ويبيعه ما يفعله الآخر.

قلت: هذه الطرق وإن كانت جائزة عندنا، فهي مكروهة إذا نوي ذلك. ودلائل الكراهة أكثر من أن تحصى. والله أعلم.

فرع: لو باع نصفاً شائعاً من دينار قيمته عشرة دراهم بخمسة، جاز، ويسلم إليه الدينار ليحصل تسليم النصف، ويكون النصف الآخر أمانة في يد القابض، بخلاف ما لو كان له عشرة عليه، فأعطاه عشرة عدداً فوزنت، فكانت أحد عشر، كان الدينار الفاضل للدافع على الإشاعة، ويكون مضموناً على القابض، لأنه قبضه لنفسه. ثم إذا سلم الدراهم الخمسة، فله أن يستقرضها ويشترى بها النصف الآخر. ولو باعه كل الدينار بعشرة، وليس معه إلا خمسة، فدفعها إليه، واستقرض منه خمسة أخرى، فقبضها وردّها إليه عن الثمن، جاز، ولو استقرض الخمسة المدفوعة، لم يكف على الأصح.

فصل: معيار الشرع الذي ترعى المماثلة به، هو الكيل والوزن. فالمكيل، لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً، ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت وزناً. والموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً، ولا يضر مع الاستواء في الوزن التفاوت كيلاً. والذهب والفضة، موزونان. والحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، والملح، ونحوها، مكيلة، وكل ما كان مكياً بالحجاز على عهد رسول الله ﷺ، فهو مكيل،

وما كان موزوناً، فموزون. فلو أحدث الناس خلاف ذلك، فلا اعتبار بإحداثهم. فلو كان الملح قِطْعاً كباراً، فوجهان: أحدهما: يسحق ويباع كيلاً، فإنه الأصل. وأصحهما: يباع وزناً اعتباراً بهيئته في الحال. وكذا كل شيء يتجافى في الكيل، يباع بعضه ببعض وزناً، وما لم يكن على عهد رسول الله ﷺ، أو كان ولم يُعَلِّمْ هل كان يكال، أم يوزن؟ أو عُلِمَ أنه كان يوزن مرة ويكال أخرى، ولم يكن أحدهما أغلب، قال المتولي: إن كان أكبر جرماً من التمر، اعتبر فيه الوزن، وإن كان مثله أو أصغر، ففيه أوجه: أصحها: تعتبر عادة الوقت في بلد البيع. والثاني: عادة الوقت في أكثر البلاد.

فإن اختلفت ولا غالب، اعتبرنا شبه الأشياء به. والثالث: يعتبر الوزن. والرابع: الكيل. والخامس: يعتبر بأشبه الأشياء به. والسادس: يتخير بين الكيل والوزن، وهو ضعيف. ثم منهم من خص هذا الخلاف بما إذا لم يكن للشيء أصل معلوم العيار. أما إذا استخرج ما هذا حاله من أصل. فهو معتبر بأصله. ومنهم من أطلق، قال الإمام: وسواء المكيال المعتاد في عصر رسول الله ﷺ، وسائر المكيال المحدثه بعده، كما أننا إذا عرفنا التساوي بالتعديل في كفتي الميزان، تكتفي به وإن لم نعرف قدر ما في كل كفة. وفي الكيل بالقصعة ونحوها مما لا يعتاد الكيل به. تردّد للقفال. والأصح، الجواز. والوزن بالطيار والقَرَسُطون، وزن. وأما الماء، فقد يتأتى به الوزن، بأن يوضع الشيء في ظرف ويلقى في الماء، وينظر قدر غوصه، لكنه ليس وزناً شرعياً ولا عرفياً، فالظاهر: أنه لا يجوز التعويل عليه في الربويات.

قلت: قد عوّل أصحابنا عليه في أداء المسلم فيه، وفي الزكاة، في مسألة الإناء بعضه ذهب وبعضه فضة، وقد ذكرناه في باب، ولكن الفرق ظاهر. والله أعلم.

فرع: هذا الذي ذكرناه، كلّه في مقدّر يباع بجنسه. أما ما لا يقدر بكيل ولا وزن، كالبطيخ، والقثاء، والرمان، والسفرجل، فإن قلنا بالقديم: إنه لا ربا فيها، جاز بيع بعضها ببعض كيف شاء، حتى قال القفال: لو جُفّف شيء منها، وكان يوزن في جفافه، فلا ربا فيه أيضاً، لأنه لا ربا فيه في أكمل أحواله وهو حال الرطوبة. قال الإمام: والظاهر جريان الربا فيه، فإنه في حال الجفاف مطعوم مقدّر. وإن قلنا بالجدید: إن فيه الربا، جاز بيعه بغير جنسه كيف شاء. وأما بجنسه، فينظر، إن كان مما يجفّف، كالبطيخ الذي يفلق، وحبّ الرمان الحامض، وكل ما يجفّف من الثمار، وإن مقدراً كالشمش، والخوخ، والكمثري الذي يفلق، لم يجز بيع بعضه ببعض في حال الرطوبة، ويجوز حال الجفاف على الصحيح. وعلى الشاذ: لا يجوز، إذ ليس له حال كمال.

وإن كان مما لا يجفّف، كالقثاء ونحوه، فهل يجوز بيع بعضه ببعض في حال

رطوبته؟ فيه وفي المقدّرات التي لا تجفف، كالرطب الذي لا يتّمر، والعنب الذي لا يتزبّب، قولان. أظهرهما: لا يجوز، كالرطب، بالرطب. والثاني: يجوز، كاللبن باللبن. فعلى هذا، إن لم يمكن كيّله، كالبطيخ والقثاء، بيع وزناً. وإن أمكن، كالتفاح والتين، فيباع كيلاً أو وزناً؟ وجهان: أحدهما: وزناً، ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد.

فرع: لو أراد شريكان قسمة ربوي، فإن قلنا بالأظهر: إن القسمة بيع، لم يجز قسمة المكيّل وزناً، ولا الموزون كيلاً. وما لا يباع بعضه ببعض، كالرطب والعنب، لا يقسم أصلاً. وإن قلنا: القسمة إفراز، جاز قسمة المكيّل وزناً وعكسه، وجاز قسمة الرطب ونحوه وزناً. ولا يجوز قسمة غير الرطب والعنب خرساً. ويجوز قسمتهما خرساً إذا قلنا: إفراز. وقيل: لا يجوز. والأول هو الأصح المنصوص.

فرع: لا يجوز بيع الربوي بجنسه جزافاً، ولا بالتخمين والتحري. فلو باع صبرة حنطة بصبرة، أو دراهم بدراهم جزافاً، وخرجتا متماثلتين، لم يصح العقد، لأن التساوي شرط. وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد. ولهذا، لو نكح امرأة لا يعلم أهي أخته، أم معتدة، أم لا؟ لم يصح النكاح، وسواء جهلا الصبرتين أو إحداهما. ولو قال: بعثك هذه الصبرة بهذه مكيّلة، أو كيلاً بكيل، أو هذه الدراهم بتلك موازنة، أو وزناً بوزن، فإن كالا، أو وزناً، وخرجتا سواء، صح العقد، وإلا، لم يصح على الأظهر. وعلى الثاني: يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة، ولمشتري الكبيرة الخيار. وحيث صححنا، فتفرقا بعد تقابض الجملتين، وقبل الكيل والوزن، لم يبطل العقد على الأصح. ولو قال: بعثك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك، وصبرة المخاطب أكبر، صح. ثم إن كالا في المجلس وتقابضا، تم العقد. وإن تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل، فعلى الوجهين. ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير جزافاً، جاز، ولو باعها بها صاعاً بصاع، أو بصاعين، فهو كما لو كانتا من جنس واحد.

قلت: قال أكثر أصحابنا: إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير، صاعاً بصاع، وخرجتا متساويتين، صح. وإن تفاضلتا، فرضي صاحب الزائدة بتسليم الزيادة، تم البيع، ولزم الآخر قبولها. وإن رضي صاحب الناقصة بقدرها من الزائدة، أقر العقد. وإن تشاحاً، فسخ البيع. والله أعلم.

فصل: في بيان القاعدة المعروفة بمدّ عجوة

ومقصوده: أن يشتمل العقد على ربوي من الجانبين، ويختلف العوضان أو أحدهما، جنساً، أو نوعاً، أو صفة، وهو ضربان:

أحدهما: يكون الربوي من الجانبين جنساً، والثاني: يكون جنسين. فالأول: فيه تقع القاعدة المقصودة.

فمن صورته: أن يختلف الجنس من الطرفين أو أحدهما، كما إذا باع مدَّ عجوة، ودرهماً بمدَّ عجوة ودرهم، أو بمدَّي عجوة، أو بدرهمين، أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير، أو بصاعي حنطة، أو بصاعي شعير.

ومن صورته: أن يختلف النوع أو الصفة من الطرفين أو أحدهما، كما إذا باع مدَّ عجوة ومدَّ صيحاني، بمدَّ عجوة، ومدَّ صيحاني، أو بمدَّي عجوة، أو بمدَّي صيحاني أو باع مئة دينار جيدة، ومئة دينار رديئة بمائتي دينار جيد، أو رديء، أو وسط، أو بمئة جيد، ومئة رديء، فلا يصح البيع في شيء من هذه الصور ونظائرها. هذا هو الصحيح المعروف الذي قطع به الجمهور، ولنا وجه: أنه إذا باع مدَّ عجوة ودرهماً بمدَّ ودرهم، والدرهمان من ضرب واحد، والمدان من شجرة واحدة، أو باع صاع حنطة وصاع شعير بمثلهما، وصاعا الحنطة من صبرة، وكذا الشعير، صح. ويحكي هذا عن القاضيين أبي الطيب وحسين، واختاره الروياني. وحكى صاحب «البيان» وجهاً: أنه لا يضر اختلاف النوع والصفة، إذا اتحد الجنس. والمعروف ما سبق.

ومن صور هذا الأصل: أن يبيع ديناراً صحيحاً وديناراً مكسراً بدينار صحيح وآخر مكسّر، أو بصحيحين، أو بمكسّرين إذا كانت قيمة المكسّر دون الصحيح، ولنا وجه ضعيف: أن صفة الصحة في محل المسامحة. ثم إن الأصحاب، أطلقوا القول بالبطلان في حكايتهم المذهب. وحكى صاحب «التتمة»: أنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدّين، بطل العقد في المدّ المضموم إلى الدرهم وفيما يقابله من المدّين. وهل يبطل في الدرهم وما يقابله من المدّين؟ فيه قولان تفريق الصفة. وعلى هذا قياس ما لو باعهما بدرهمين، أو باع صاع حنطة وصاع شعير، بصاعي حنطة، أو بصاعي شعير. ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولاً على ما فضله. ولو كان الجيد مخلوطاً بالرديء، فباع صاعاً منه بمثله، أو بجيد، أو برديء، جاز، لأن التوزيع إنما يكون عند تميز أحد النوعين عن الآخر. أما إذا لم يتميز، فهو كما لو باع صاعاً وسطاً بجيد، أو رديء، فيجوز. ثم صور البطلان مفروضة فيما إذا قابل الجملة بالجملة. فلو فُضِّل، فتبايعا مدَّ عجوة ودرهماً بمدَّ ودرهم، وجعلا المدّ في مقابلة المدّ، والدرهم في مقابلة الدرهم، أو جعلوا المدّ في مقابلة الدرهم، والدرهم في مقابلة المدّ جاز، وكان كصفتين متباينتين.

الضرب الثاني: أن يكون الربوي من الطرفين جنسين، وفي الطرفين أو أحدهما شيء آخر، فإن اختلفت علة الربا، بأن باع درهماً وديناراً بصاع حنطة وصاع شعير،

جاز. وإن اتفقت، فإن كان التقابض شرطاً في جميع العوضين، بأن باع صاع حنطة أو صاع شعير، بصاعي تمر، أو بصاع تمر وصاع ملح، جاز أيضاً. وإن كان التقابض شرطاً في البعض فقط، بأن باع صاع حنطة ودرهماً، بصاعي شعير، ففيه قولاً الجمع بين مختلفي الحكم، لأن ما يقابل الدرهم من الشعير، لا يشترط فيه التقابض. وما يقابل الحنطة يشترط فيه.

فرع: لو باع صاع حنطة بصاع حنطة، وفيهما أو في أحدهما زوان، أو عقد التبن، أو مدر، أو حبات شعير، لم يجز. وضبط الإمام المنع، بأن يكون الخليط قدرًا لو مُيزَ ظهر على المكيال، فإن كان لا يظهر، لم يضر، ولو كان فيهما أو في أحدهما دقاق تبن، أو قليل تراب، لم يضر، لأن ذلك يدخل في تضاعيف الحنطة، ولا يظهر في المكيال، بخلاف ما لو باع موزوناً بجنسه وفيهما أو في أحدهما قليل تراب، لا يجوز، لأنه يؤثر في الوزن. ولو باع حنطة بشعير وفيهما أو في أحدهما حبات من الآخر يسيرة، صح، وإن كثر، لم يصح، قال الإمام: ولا يضبط ذلك بالتأثير في الكيل، ولا بالتموّل، بل ضبط الكثير أن يكون الشعير المخالط للحنطة قدرًا يقصد تمييزه ليستعمل شعيراً، وكذا بالعكس.

فرع: لو باع داراً بذهب، فظهر فيها معدن ذهب، أو باع داراً فيها بئر ماءٍ بدار فيها بئر ماءٍ، وقلنا: الماء ربوي، صح البيع في المسألتين على الأصح، لأنه تابع، والثاني: لا يصح، كييع دار مؤهت بذهب تمويهاً يحصل منه شيء بذهب.

فصل: في الحال الذي تعتبر فيه المماثلة، الربوي ضربان: ما يتغير من حال إلى حال، وما لا يتغير. فالمتغير، تعتبر المماثلة في بيع الجنس منه بالجنس في أكمل أحواله. فمنه: الفواكه، فتعتبر المماثلة حال الجفاف خاصة، فلا يجوز بيع الرطب بتمر ولا رطب^(١)، ولا بيع العنب بعنب ولا زبيب، وكذا كل ثمرة لها حال جفاف، كالتين، والمشمش، والخوخ، والبطيخ والكمثري اللذين يفلقان، والإجاص، والرمان الحامض، لا يباع رطبها برطبها ولا بيابسها. وحكى وجه في المشمش والخوخ، وما لا يعم تجفيفه عموم تجفيف الرطب: أنه يجوز بيعها ببعض في حال الرطوبة، لأنها أكمل أحوالها. وهذا الوجه شاذ.

(١) كما أخرج أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٩، ٣٣٦٠) والنسائي في سننه برقم (٤٥٥٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٤) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يُسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال لمن حوله: «أينقص الرطب إذا ييس؟» قالوا: نعم، فنهى عن ذلك.

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٢/ ٣٤١ - ٣٤٢).

ويجوز بيع الجديد بالعتيق، إلا أن تبقى في الجديد نداوة بحيث يظهر أثر زوالها في المكيال. وأما ما ليس له حال جفاف، كالعنب الذي لا يتزبب، والرطب الذي لا يتمر، والبطيخ والكمثرى اللذين لا يفلقان، والرمان الحلو، والبادنجان، والقرع، والبقول، فقد سبق أنه لا يجوز بيع بعضها ببعض على الأظهر. وجوز المزني بيع الرطب بالرطب، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، رضي الله عنهم. ويستثنى من بيع الرطب بالتمر، صورة العرايا، وستأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: يجوز بيع الحنطة بالحنطة بعد التنقية من القشر والتبن، ما دامت على هيأتها بعد تناهي جفافها. فإذا بطلت تلك الهيئة خرجت عن الكمال. فلا يجوز بيع الحنطة بشيء مما يتخذ منها من المطعومات، كالدقيق، والسويق، والخبز، والنشا، ولا بما فيه شيء مما يتخذ من الحنطة، كالمصل ففيه الدقيق، والفالودج ففيه النشا. وكذا لا يجوز بيع الأشياء بعضها ببعض، لخروجها عن حال الكمال. هذا هو المذهب والمشهور. وحكي قول: أنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق كيلاً، وجعل إمام الحرمين هذا القول، في أن الحنطة والدقيق جنسان يجوز التفاضل فيهما. ويشبه أن يكون منفرداً بهذه الرواية.

وحكي البويطي والمزني قولاً: أنه يجوز بيع الدقيق بالدقيق، كالدهن بالدهن. وحكي قول في جواز بيع الخبز الجاف المدقوق بمثله كيلاً. وقول: أن الحنطة مع السويق جنسان. وكل هذه الأقوال شاذة. ولا يجوز بيع الحنطة المقلية ولا المبلولة بمثلها ولا بغيرها. وإن جففت المبلولة، لم يجز أيضاً، لتفاوت جفافها، والحنطة التي فركت وأخرجت من السنابل ولم يتم جفافها، كالمبلولة. والنخالة ليست ربوية، وكذا الحنطة المسوسة التي لم يبق فيها شيء من اللب، فيجوز بيعها بالحنطة وبعضها ببعض متفاضلاً.

فرع: السمسسم وغيره من الحبوب التي تتخذ منها الأدهان حال كمالها ما دامت على هيأتها كالأقوات، فلا يجوز بيع طحينها بطحينها، كالدقيق بالدقيق. وأما دهنها المستخرج، فكامل، فيجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً على الصحيح. وقيل: لا يجوز لما يطرح فيه من ملح ونحوه.

فرع: قد يكون للشيء حالتا كمال، كالزبيب والخل كاملان، وأصلهما العنب. وكذا العصير، كامل على الأصح، فيجوز بيع عصير العنب بعصير العنب، وعصير الرطب بعصير الرطب. والمعيار فيه وفي الدهن، الكيل. ويجوز بيع الكسب بالكسب وزناً إن لم يكن فيه خلط. فإن كان، لم يجز.

فرع: الأدهان المطيبة، كدهن الورد، والبنفسج، والنيلوفر، كلها مستخرجة

من السمسم. فإذا قلنا: يجري فيها الربا، جاز بيع بعضها ببعض وإن ربى السمسم فيها ثم استخرج دهنه. وإن استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه، لم يجز.

فرع: عصير الرمان والتفاح وسائر الثمار، كعصير العنب والرطب، وكذا عصير قصب السكر. ويجوز بيع خل الرطب، بخل الرطب، وخل العنب، بخل العنب كيلاً. ولا يجوز بيع خل الزبيب بمثله، ولا خل التمر بمثله، لأن فيهما ماءً، فيمتنع العلم بالمماثلة. ولا يجوز بيع خل العنب بخل الزبيب، ولا خل الرطب بخل التمر، لأن في أحدهما ماءً. ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل التمر إذا قلنا: الماء ربوي.

قلت: فإن قلنا: الماء غير ربوي، فمقتضى كلام الرافعي جوازه، وبه صرح الجمهور. وقيل: فيه القولان، فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم، لأن الخليين يشترط فيهما القبض في المجلس، بخلاف الماءين. وممن ذكر هذا الطريق، البغوي في كتابه «التعليق في شرح مختصر المزني». وهذا الطريق هو الصواب، ولعل الأصحاب اقتصروا على أصح القولين، وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم. والله أعلم.

ويجوز بيع خل الزبيب بخل الرطب، وخل التمر بخل العنب، لأن الماء في أحد الطرفين، والمماثلة بين الخليين غير معتبرة، تفريعاً على الصحيح أنهما جنسان.

فرع: اللبن كامل، فيباع بعضه ببعض، سواء فيه الحليب، والحامض، والرائب الخاثر، ما لم يكن مغلي بالنار، فيباع بعضها ببعض كيلاً. ولا مبالاة بكون ما يحويه المكيال من الخاثر أكثر وزناً، لأن الاعتبار بالكيل، كالحنطة الصلبة بالرخوة. وفي كلام الإمام ما يقتضي جواز الكيل والوزن جميعاً. ويجوز بيع السمن بالسمن كيلاً إن كان ذائباً، ووزناً إن كان جامداً، قاله في «التهذيب»، وهو توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون. المنصوص: أنه يوزن. وقال أبو إسحاق: يُكال. ويجوز بيع المخيض بالمخيض، إذا لم يكن فيهما ماء. ومال المتولي إلى المنع. والمذهب: الجواز. ولا يجوز بيع الأقط بالأقط، ولا المصل بالمصل، ولا الجبن بالجبن، ولا يجوز بيع الزبد بالزبد، ولا بالسمن على الأصح. ولا يجوز بيع اللبن بما اتخذ منه، كالسمن والمخيض وغيرهما.

فرع: الربوي المعروض على النار، ضربان:

أحدهما: المعروض للعقد والطبخ، كالدبس، واللحم المشوي، فلا يجوز بيع الدبس بالدبس، والسكر بالسكر، والفانيد بالفانيد، واللبن باللبن، على الأصح في الجميع. ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر، ولا بالسكر، كالرطب بالرطب،

وبالتمر. أما اللحم، إذا بيع بجنسه، فإن كانا طريين، أو أحدهما، لم يجز على الصحيح.

وإن كانا مقدّدين، جاز، إلا أن يكون فيهما، أو في أحدهما من الملح ما يظهر في الوزن. ويشترط أن يتناهى جفافه، بخلاف التمر، فإنه يباع الجديد منه بالعتيق وبالجديد، لأنه مكيل، وأثر الرطوبة الباقية، لا تظهر في المكيال، واللحم موزون، فيظهر أثر الرطوبة في الوزن. هذا إذا لم يكن اللحم مطبوخاً ولا مشوياً. فأما المطبوخ، فلا يجوز بيعهما بمثلهما ولا بالنّيء.

الضرب الثاني: المعروض للتمييز والتصفية، فهو كامل، فيجوز بيع بعضه ببعض، كالسمن. وفي العسل المصفى بالنار، وجهان: أحدهما: أنه كامل كالمصفى بالشمس، ومعياره معيار السمن. ولا يجوز بيع الشهد بالشهد، ولا بالعسل. ويجوز بيع الشمع بالعسل وبالشهد، لأن الشمع ليس ربوياً.

فرع: التمر إذا نزع نواه، بطل كماله، لأنه يسرع إليه الفساد. فلا يجوز بيع منزوع النوى بمثله، ولا بغير منزوعه على الصحيح. وقيل: يجوز فيهما. وقيل: يجوز بمثله فقط. ومفلق المشمش، والخوخ، ونحوهما، لا يبطل كماله بنزع النوى على الأصح. ولا يبطل كمال اللحم بنزع عظمه، لأنه لا يتعلق صلاحه ببقائه. وهل يشترط نزع العظم في جواز بيع بعضه ببعض؟ وجهان: أحدهما عند الأكثرين: الاشتراط. والثاني: يسامح به. فعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب، ولا يضر تفاوت العظام، كما لا يضر تفاوت النوى.

فصل: في معرفة الجنسية

قد سبق في أول الباب، أن بيع الربوي بجنسه، يشترط فيه المماثلة. وبغير جنسه، يجوز فيه التفاضل. والتجانس وعدمه، قد يظهران، وقد يشتبهان، فما ظهر، فلا حاجة إلى تنصيص عليه، وما اشتبه، يحتاج. فمن ذلك، لحوم الحيوانات، هل هي جنس، أم أجناس؟ قولان. أظهرهما: أنهما أجناس. فإن قلنا: جنس، فالحيوانات البرية وحشيتها وأهلها كلها جنس، وكذا البحرية كلها جنس. وفي البحرية مع البرية، وجهان: أحدهما: جنس. والثاني: جنسان. وإن قلنا: أجناس، فحيوان البر مع البحر جنسان، والأهلي مع الوحشي جنسان. ثم لكل واحد منهما أجناس، فلحوم الإبل على اختلاف أنواعها جنس واحد، ولحوم البقر جواميسها وغيرها جنس، والغنم ضأنها ومعزها جنس، والبقر الوحشي جنس، والظباء جنس. وفي الظبي مع الإبل تردّد للشيخ أبي محمد، واستقر جوابه أنهما كالضأن والمعز.

وأما الطيور، فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس، والبطوط جنس. وعن الربيع: أن الحمام بالمعنى المتقدم في الحج، وهو كل ما عب وهدر، جنس. فيدخل فيه القمري، والدبسي، والفواخت. واختار هذا جماعة، منهم الإمام، وصاحب «التهذيب»، واستبعده العراقيون، وجعلوا كل واحد منها جنساً. وسُمّوك البحر جنس. وأما غنم الماء وبقره وغيرهما، ففيها - مع السمك - أو مع مثلها، قولان. أظهرهما: أنها أجناس. وفي الجراد أوجه: أحدها: أنه ليس من جنس اللحوم. والثاني: أنه من لحوم البرّيّات. والثالث: أنه من لحوم البحريات.

قلت: أصحهما: الأول. والله أعلم.

وأما أعضاء الحيوان الواحد، كالكرش، والكبد، والطحال، والقلب، والرئة، فالمذهب: أنها أجناس. والمخ، جنس آخر، وكذا الجلد.

قلت: المعروف، أن الجلد ليس ربوياً، فيجوز بيع جلد بجلود وبغيرها، فلا حاجة إلى قوله: إنه جنس آخر. والله أعلم.

وشحم الظهر مع شحم البطن، جنسان. وسنام البعير معهما، جنس آخر. والرأس، والأكارع، من جنس اللحوم. وفي الأكارع احتمال للإمام. وأما الأدقة والخلول والأدهان، فهي أجناس على المذهب. وكذا عصير العنب مع عصير الرطب. وحكي في الأدقة قول أنها جنس، ووجه أبعد منه في الخلول والأدهان، ويجري مثله في عصير العنب مع عصير الرطب. والألبان، أجناس على المذهب، فيجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً، وبيع أحدهما بما يتخذ من الآخر. ولبن الضأن والمعز، جنس، ولبن الوعل مع المعز الأهلي، جنسان. وبيوض الطير، أجناس على المذهب. وقيل: وجهان: أصحهما: أنها أجناس. وزيت الزيتون مع زيت الفجل، والتمر المعروف مع التمر الهندي، أجناس على المذهب. وفي البطيخ المعروف مع الهندي، والقثاء مع الخيار، وجهان: قلت: الأصح: أنهما جنسان. والله أعلم.

والبقول، كالهندباء والننع وغيرهما، أجناس إن قلنا: إنها ربوية. ودهن السمسم وكسبه، جنسان، كالمخيض مع السمن. وفي عصير العنب مع خله، والسكر مع الفانيذ، وجهان: أصحهما: جنسان. والسكر الطبرزد والنبات، جنس واحد. والسكر الأحمر مع الأبيض، جنس على الأصح، لأنه عكر الأبيض، ألا أن صفتيهما مختلفة.

فرع: بيع اللحم بالحيوان المأكول من جنسه، باطل، خلافاً للمزني. وإن باعه بحيوان مأكول من غير جنسه كلحم غنم ببقرة، فإن قلنا: اللحوم جنس، بطل. وإن

قلنا: أجناس، بطل أيضاً على الأظهر. وإن باعه بحيوان غير مأكول، بطل على الأظهر. وفي بيع الشحم والألية والطحال والقلب والكلية والرئة بالحيوان، والسنام بالبعير، ولحم السمك بالشاة، وجهان: أحدهما: البطان. ويجري الوجهان في بيع الجلد بالحيوان إن لم يكن مدبوغاً. فإن دبغ فلا منع.

فرع: لا يجوز بيع دهن السمسم ولا كسبه بالسمسم، ولا دهن الجوز بلبه، ولا بيع السمن باللبن. ويجوز بيع الجوز بالجوز وزناً، واللوز باللوز كيلاً مع قشرهما على المذهب. وحكي قول: أنه لا يجوز، ويجوز بيع لبّ الجوز بلبه، ولب اللوز بلبه على الصحيح. ويجوز بيع البيض بالبيض في قشره وزناً، على المذهب. ويجوز بيع لبن الشاة بشاة ليس في ضرعها لبن، بأن جرى البيع عقيب الحلب، فإن كان في ضرعها لبن، لم يجز. ولو باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن، لم يصح على الصحيح. وبيع بيض بدجاجة كبيع لبن بشاة. ولو باع لبن شاة ببقرة في ضرعها لبن، فإن قلنا: الألبان جنس، لم يجز، وإلا، فقولان: للجمع بين مختلفي الحكم، فإن ما يقابل اللبن من اللبن، يشترط فيه التقابض، وما يقابل الحيوان، لا يشترط.

فرع: يجري الربا في دار الحرب جريانه في دار الإسلام، سواء فيه المسلم، والكافر.

باب: البيوع المنهي عنها

ما ورد فيه النهي من البيوع، قد يحكم بفساده وهو الأغلب، لأنه مقتضى النهي. وقد لا يحكم بفساده، لكون النهي ليس لخصوصية البيع، بل لأمر آخر. فالقسم الأول، أنواع:

منها: بيع اللحم بالحيوان، وقد سبق.

ومنها: بيع ما لم يقبض، وبيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وبيع الكالء بالكالء. وسنشرحها بعد، إن شاء الله تعالى.

ومنها: بيع الغرر^(١).

ومنها: بيع ما لم يقدر على تسليمه، وقد سبق.

ومنها: بيع مال الغير.

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٥١٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٧٦) والترمذي في سننه برقم (١٢٣٠) والنسائي في سننه برقم (٤٥٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٩٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر.

ومنها: بيع ما ليس عنده، وفيه تفسيران. أحدهما: أن يبيع غائباً. والثاني: ما لا يملكه ليشتره فيسلمه.

ومنها: بيع الكلب والخنزير، وقد سبق ذكرهما في شرائط المبيع.

ومنها: بيع عَسْب الفحل^(١) - بفتح العين وإسكان السين المهملتين - ، والمشهور في كتب الفقه: أنه ضرابه، وقيل: أجرة ضرابه، وقيل: هو ماؤه. فعلى الأول والثالث، تقديره: بدل عَسْب الفحل. وفي رواية الشافعي رحمته الله نهى عن ثمن عَسْب الفحل. والحاصل: إن بذل عَوْضاً عن الضراب، إن كان بيعاً، فباطل قطعاً، وكذا إن كان إجارة على الأصح. ويجوز أن يعطي صاحب الأنثى صاحب الفحل شيئاً على سبيل الهدية.

ومنها: بيع حبل الحبلة، هو نتاج التاج. ومعناه: أن يبيع بثمر إلى أن يلد ولد هذه الدابة. كذا فسره ابن عمر والشافعي وغيرهما رحمهم الله. وقيل: هو بيع ولد نتاج هذه الدابة، قاله أبو عبيد وأهل اللغة.

ومنها: بيع الملاقيح، وهي ما في بطون الأمهات من الأجنة، الواحدة: ملقوحة. وبيع المضامين، وهي ما في أصلاب الفحول.

ومنها: بيع الملامسة^(٢). وفيه تأويلات. أحدها: تأويل الشافعي رحمته الله، وهو أن يأتي بثوب مطوي، أو في ظلمة، فيلمسه المستام فيقول صاحبه: بعته بكذا، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته. والثاني: أن يجعل نفس اللبس بيعاً، فيقول: إذا لمستته فهو مبيع لك. والثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره، ولزم البيع. وهذا البيع باطل على التأويلات كلها. وفي الأول، احتمال للإمام، وقاله صاحب «التتمة» تفريعاً على صحة نفي خيار الرؤية. قال في «التتمة»: وعلى التأويل الثاني، له حكم المعاوضة. والمذهب: الجزم بالبطان على التأويلات.

ومنها: بيع المنابذة^(٣)، وفيه تأويلات. أحدها: أن يجعل نفس النبد بيعاً، قاله

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٢٨٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٢٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٧٣) والنسائي في سننه برقم (٤٦٨٦) من حديث ابن عمر رحمهم الله قال: نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل.

(٢) كما أخرج البخاري في صحيحه بالأرقام (٢١٤٦، ٣٧٨٠، ٥٨٢١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥١١) والنسائي في سننه برقم (٤٥٢١) والترمذي في سننه برقم (١٣١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة.

(٣) انظر التعليق السابق.

الشافعي رحمه الله، وهو بيع باطل. قال الأصحاب: ويجيء فيه الخلاف في المعاطاة، فإن المنابذة مع قرينة البيع، هي نفس المعاطاة. والثاني: أن يقول: بعتك على أني إذا نبذته إليك، لزم البيع، وهو باطل. والثالث: أن المراد نبذ الحصاة، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: بيع الحصاة، وفيه تأويلات. أحدها: أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة. والثاني: أن يقول: بعتك على أنك بالخيار إلى أن أرمي الحصاة. والثالث: أن يجعل نفس الرمي بيعاً، فيقول: إذا رميت الحصاة، فهذا الثوب مبيع لك بكذا، والبيع باطل في جميعها.

ومنها: بيعتان فيبيعة، وفيه تأويلان نص عليهما في «المختصر». أحدهما: أن يقول: بعتك هذا بألف، على أن تبيعني دارك بكذا، أو تشتري مني داري بكذا، وهو باطل. والثاني: أن يقول: بعته بألف نقداً، أو بألفين نسيئة، فخذ بأيهما شئت أو شئت أنا، وهو باطل. أما لو قال: بعتك بألف نقداً، وبألفين نسيئة، أو قال: بعتك نصفه بألف، ونصفه بألفين، فيصح العقد. ولو قال: بعتك هذا العبد بألف، نصف بستمئة، لم يصح، لأن ابتداء كلامه يقتضي توزيع الثمن على المثلث بالسوية، وآخره يناقضه.

ومنها: بيع المحاقلة والمزابنة، وسيأتي بيانها أن شاء الله تعالى.

ومنها: بيع المجر - بفتح الميم وإسكان الجيم والراء - وهو ما في الرحم، وقيل: هو الربا. وقيل: هو المحاقلة والمزابنة.

ومنها: بيع السنين، وله تفسيران. أحدهما: بيع ثمرة النخلة سنين. والثاني: أن يقول: بعتك هذا سنة، على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا، فترد إلي المبيع وأرد إليك الثمن.

ومنها: بيع العُربان. ويقال: العُربون، وهو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم، على أنه إن أخذ السلعة، فهي من الثمن، وإلا، فهي للمدفع إليه مجاناً. ويفسر أيضاً بأن يدفع دراهم إلى صانع ليعمل له خفاً أو خاتماً أو ينسج له ثوباً، على أنه إن رضيه، فالمدفع من الثمن، وإلا، فهو للمدفع إليه.

ومنها: بيع العنب قبل أن يسود، والحب قبل أن يشتد، وبيع الثمار قبل أن تنجو من العاهة، وسيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى.

ومنها: بيع السلاح لأهل الحرب، لا يصح، ويجوز بيعهم الحديد، لأنه لا يتعين للسلاح.

قلت: بيع السلاح لأهل الذمة في دار الإسلام، صحيح. وقيل: وجهان: حكاهما المتولي والبغوي والرويانى وغيرهم. والله أعلم.

ومنها: أن النبي ﷺ، نهى عن ثمن الهرة^(١). قال القفال: المراد: الهرة الوحشية، إذ ليس فيها منفعة استثناس ولا غيره.

قلت: مذهبنا: أنه يصح بيع الهرة الأهلية، نص عليه الشافعي رحمه الله وغيره. والجواب عن الحديث من أوجه: ذكرها الخطابي. أحدها: أنه تكلم في صحته. والثاني: جواب القفال. والثالث: أنه نهى تنزيه. والمقصود: أن الناس يتسامحون به ويتعاورونه. هذه أجوبة الخطابي، لكن الأول باطل، فإن الحديث في «صحيح مسلم» من رواية جابر رضي الله عنه. والله أعلم.

ومنها: النهي عن بيع وسلف، وهو البيع بشرط القرض.

ومنها: النهي عن بيع وشرط. والشرط ينقسم إلى فاسد، وصحيح. فالفسد: يفسد العقد على المذهب، وفيه كلام سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى. فمن الفاسد، إذا باع عبده بألف، بشرط أن يبيعه داره، أو يشتري منه داره، وبشرط أن يقرضه عشرة، فالعقد الأول باطل. فإذا أتيا بالبيع الثاني، نظر، إن كانا يعلمان بطلان الأول، صح، وإلا، فلا، لأنهما يأتیان به على حكم الشرط الفاسد، كذا قطع به صاحب «التهذيب» وغيره. والقياس: صحته، وبه قطع الإمام، وحكاه عن شيخه في كتاب «الرهن». ولو اشترى زرعاً، وشرط على بائعه أن يحصده، بطل البيع على المذهب. وقيل: فيه قولان، لأنه جمع بين بيع وإجارة. وقيل: شرط الحصاد باطل. وفي البيع قولاً تفريق الصفقة. وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض، فقال: اشتريته بعشرة، على أن تحصده بدرهم، لأنه جعل الإجارة شرطاً في البيع، فهو في معنى بيعتين في بيعة.

ولو قال: اشتريت هذا الزرع، واستأجرتك على حصاده بعشرة، فقال: بعث وأجرت، فطريقان. أحدهما: على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم. والثاني: تبطل الإجارة. وفي البيع قولاً تفريق الصفقة. ولو قال: اشتريت هذا الزرع بعشرة، واستأجرتك لحصده بدرهم، صح الشراء، ولم تصح الإجارة، لأنه استأجره للعمل فيما لم يملكه. ونظائر مسألة الزرع تقاس بها، كما إذا اشترى ثوباً وشرط عليه

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٥٦٩) من حديث أبي الزبير قال: سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنور؟ قال: زجر النبي ﷺ عن ذلك.

صبغه، وخياطته، أو لبناً وشرط عليه طبخه، أو نعلًا وشرط عليه أن ينعل به دابته، أو عبداً رضيعاً على أنه يتم إرضاعه، أو متاعاً على أن يحمله إلى بيته، والبائع يعرف بيته، فإن لم يعرفه، بطل قطعاً. ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمة مطلقاً، فهل يصح العقد ويسلمه إليه في موضعه، أم لا يصح حتى يشترط تسليمه في موضعه، لأن العادة قد تقتضي حمله إلى داره؟ فيه وجهان:

قلت: أصحابهما: الصحة. والله أعلم.

وأما الشرط الصحيح في البيع، فمن أنواعه شرط الأجل المعلوم في الثمن. فإن كان الثمن مجهولاً، بطل. قال الروياني: ولو أجل الثمن ألف سنة، بطل العقد، للعلم بأنه لا يعيش هذه المدة. فعلى هذا، يشترط في صحة الأجل، احتمال بقاءه إليه.

قلت: لا يشترط احتمال بقاءه إليه، بل ينتقل إلى وارثه، لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا إليه، فاسد. والله أعلم.

ثم موضع الأجل، إذا كان العوض في الذمة. فأما ذكره في المبيع أو في الثمن المعين، مثل أن يقول: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا، فباطل، يبطل البيع. ولو حلَّ الأجل، فأجلَّ البائع المشتري مدة، أو زاد في الأجل قبل حلول الأجل المضروب، فهو وعدٌ لا يلزم. كما أن بدل الإلتاف لا يتأجل وإن أجله. ولو أوصى من له دين حالاً على إنسان بإمهاله مدة، لزم ورثته إمهاله تلك المدة، لأن التبرعات بعد الموت تلزم، قاله في «التتمة». ولو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل، فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال؟ وجهان: أصحابهما: لا يسقط، لأن الأجل صفة تابعة، والصفة لا تفرد بالإسقاط، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة، أو الدنانير الصحاح، لو أسقط صفة الجودة والصحة، لم تسقط. ومن أنواعه، شرط الخيار ثلاثة أيام، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: شرط الرهن، والكفيل، والشهادة، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن، أو يتكفل به كفيل، أو يشهد عليه، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً. ويجوز أيضاً أن يشترط المشتري على البائع كفيلًا بالعهد، ولا بد من تعيين الرهن والكفيل. والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه. وفي الكفيل المشاهدة، أو المعرفة بالاسم والنسب، ولا يكفي الوصف، كقوله: رجل موثر ثقة. هذا هو المنقول للأصحاب. ولو قال قائل: الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله، لم يكن مبعداً. وقال القاضي ابن

كج: لا يشترط تعيين الكفيل. فإذا أطلق، أقام من شاء كفيلاً، وهذا شاذ مردود. ولا يشترط تعيين الشهود على الأصح. وادعى الإمام، أنه لا يشترط قطعاً، ورد الخلاف إلى أنه لو عين الشهود، هل يتعينون؟ ولا يشترط التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل على الأصح، بل إن اتفقا على يد المرتهن، أو عدل، وإلا جعله الحاكم في يد عدل.

وينبغي أن يكون المشروط رهنه، غير المبيع. فلو شرط كون المبيع نفسه رهناً بالثمن، بطل البيع على المذهب، وبه قطع الأصحاب، إلا الإمام، فإنه قال: هو مبني على أن البداءة بالتسليم بمن؟ فإن قلنا: بالبائع أو يجبران، أو لا يجبران، بطل البيع، لأنه شرط ينافي مقتضاه. وإن قلنا: بالمشتري، فوجهان: أحدهما: هذا. والثاني: يصح البيع والشرط، سواء كان الثمن حالاً، أو مؤجلاً. ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض ويرده إليه، بطل البيع أيضاً. ولو رهنه بالثمن من غير شرط، صح إن كان بعد القبض. فإن كان قبله، فلا إن كان الثمن حالاً، لأن الحبس ثابت له. وإن كان مؤجلاً، فهو كرهن المبيع بدين آخر قبل القبض. ثم إذا لم يرهن المشتري ما شرطه، أو لم يشهد، أو لم يتكفل الذي عينه، فلا إجبار، لكن للبائع الخيار. ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين. فإن فسخ، فذاك. وإن أجاز، فلا خيار للمشتري. ولو عين شاهدين، فامتنعنا من التحمل، فإن قلنا: لا بد من تعيين الشاهدين، فللبائع الخيار، وإلا، فلا. ولو باع بشرط الرهن، فهلك المرهون قبل القبض، أو تعيب، أو وجد به عيباً قديماً، فله الخيار في فسخ البيع، وإن تعيب بعد القبض، فلا خيار. ولو ادعى الراهن أنه حدث بعد القبض، وقال المرتهن: قبله، فالقول قول الراهن. ولو هلك الرهن بعد القبض، أو تعيب ثم اطلع على عيب قديم، فلا أرش له، وليس له فسخ البيع على الأصح.

فرع: في بيع الرقيق بشرط العتق، ثلاثة أقوال: المشهور: أنه يصح العقد والشرط. والثاني: يبطلان. والثالث: يصح البيع ويبطل الشرط. فإذا صححنا الشرط، فذاك إذا أطلق، أو قال: بشرط أن تعتقه عن نفسك. أما إذا قال: بشرط أن تعتقه عني، فهو لاغ. ثم في العتق المشروط، وجهان: أحدهما: أنه حق لله تعالى، كالملتزم بالنذر. والثاني: أنه حق للبائع، فعلى هذا للبائع المطالبة به قطعاً.

وإن قلنا: إنه لله تعالى، فللبائع المطالبة به أيضاً على الأصح. وإذا أعتقه المشتري، فالولاء له بلا خلاف، سواء قلنا: الحق لله تعالى، أم للبائع، لأنه أعتق

ملكه. فإن امتنع من العتق، فإن قلنا: الحق لله تعالى، أُجبر عليه. وإن قلنا: للبائع، لم يجبر، بل يخير البائع في فسخ البيع. وإذا قلنا بالإجبار، قال في «التتمة»: يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع من الطلاق، فيعتقه القاضي على قول، ويحبسه حتى يعتق على قول. وذكر الإمام احتمالين. أحدهما: هذا. والثاني: يتعين الحبس. فإذا قلنا: العتق حق للبائع، فأسقطه، سقط، كما لو اشترط رهناً أو كفيلاً ثم عفا عنه. وعن الشيخ أبي محمد: أن شرط الرهن والكفيل لا يفرد بالإسقاط، كالأجل، فلو أعتق المشتري هذا العبد عن الكفارة، فإن قلنا: الحق لله تعالى، أو للبائع، ولم يأذن، لم يجز. وإن أذن، أجزأه عنها على الأصح.

ويجوز استخدامه، والوطء والإكساب للمشتري. ولو قتل، كانت القيمة له، ولا يكلفه صرفها إلى عبد آخر ليعتقه. ولو باعه لغيره وشرط عليه عتقه، لم يصح على الصحيح. ولو أولد الجارية، لم يجزئه عن الإعتاق على الصحيح. ولو مات العبد قبل عتقه، فأوجه: أصحها: ليس عليه إلا الثمن المسمّى، لأنه لم يلتزم غيره. والثاني: عليه مع ذلك قدر التفاوت بمثل نسبته من الثمن. والثالث: للبائع الخيار، إن شاء أجاز العقد ولا شيء له، وإن شاء فسخ وردّ ما أخذ من الثمن ورجع بقيمة العبد. والرابع: يفسخ. ثم إن هذه الأوجه، مفرّعة على أن العتق للبائع، أم مطردة سواء قلنا: له، أو لله تعالى؟ فيه رأيان للإمام. أظهرهما: الثاني.

قلت: وهذا الثاني، مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم. والله أعلم.

ولو اشترى عبداً بشرط أن يدبره، أو يكاتبه، أو يعتقه بعد شهر أو سنة، أو داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، فالأصح: أن البيع باطل في جميع ذلك. وقيل: إنه كشرط الإعتاق. وجميع ما سبق في شرط الإعتاق مفروض فيما إذا لم يتعرّض للولاء. فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع، فالمذهب: أن البيع باطل، وبهذا قطع الجمهور. وحكي قول: أنه يصح البيع، ويبطل الشرط. وحكى الإمام وجهاً: أنه يصح الشرط أيضاً، ولا يعرف هذا الوجه عن غير الإمام. ولو اشترى بشرط الولاء دون شرط الإعتاق، بأن قال: بعتكه بشرط أن يكون لي الولاء إن أعتقته، فالبيع باطل قطعاً، ذكره في «التتمة». ولو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه، فالبيع باطل قطعاً، لتعذر الوفاء بالشرط، فإنه يعتق عليه قبل إعتاقه، قاله القاضي حسين.

قلت: قد حكى الرافعي في كتاب «كفارة الظهار» عن ابن كج: أنه لو اشترى عبداً بشرط أن يعلّق عتقه بصفة، لم يصح البيع على الأصح. وحكى وجهين فيما لو اشترى جارية حاملاً بشرط العتق، فولدت ثم أعتقها، هل يتبعها الولد؟ وأنه لو باع

عبدًا بشرط أن يبيعه المشتري بشرط العتق، فالمذهب: بطلان البيع. وعن ابن القطان: أنه على وجهين: والله أعلم.

فصل: في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها

قال الأصحاب: الشرط ضربان: ما يقتضيه مطلق العقد، وما لا يقتضيه. فالأول: كالإقباض والانتفاع، والرد بالعيب ونحوها، فلا يضر التعرض لها ولا ينفع. والثاني: قسمان: ما يتعلق بمصلحة العقد، وما لا يتعلق. فالأول: قد يتعلق بالثمن، كشرط الرهن والكفيل، وقد يتعلق بالثمن، كشرط أن يكون العبد خياطًا، أو كاتبًا، وقد يتعلق بهما، كشرط الخيار. فهذه الشروط، لا تفسد العقد، وتصح في أنفسها. والقسم الثاني: نوعان: ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعًا، وما يتعلق.

فالأول: كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، ولا يلبس إلا الخز، ونحو ذلك، فهذا لا يفسد العقد، بل يلغو، هكذا قطع به الإمام، والغزالي. وقال صاحب «التممة»: لو شرط التزام ما ليس بلازم، بأن باع بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم شهرًا غير رمضان، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها، فالبيع باطل، لأنه ألزم ما ليس بلازم. ومقتضى هذا فساد العقد في مسألة الهريسة. والثاني: كشرطه أن لا يقبض ما اشتراه، أو لا يتصرف فيه بالبيع والوطء ونحوهما، وكشرط بيع آخر، أو قرض، وكشرط أن لا خسارة عليه في ثمنه إن باعه فنقص، فهذه الشروط وأشباهها فاسدة تفسد البيع، إلا الاعتاق على ما سبق.

فرع: لا يجوز بيع الحمل، لا من مالك الأم، ولا من غيره. ولو باع حاملًا بيعًا مطلقًا، دخل الحمل في البيع. ولو باعها واستثنى حملها، لم يصح البيع على المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى الإمام فيه وجهين: ولو كانت الأم لإنسان، والحمل لآخر، فباع الأم لمالك الحمل أو لغيره، أو باع جارية حاملًا بحرر، فالمذهب: أن البيع باطل، وبه قطع الأكثرون. وقيل: يصح، واختاره الإمام، والغزالي. ولو باع جارية، أو دابة بشرط أنها حامل، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: يصح البيع. والثاني: لا يصح. وقيل: يصح في الجارية قطعًا، وهما مبنيان على أن الحمل يعلم، أم لا. إن قلنا: لا، لم يصح، وإلا، صح. ولو قال: بعثك هذه الدابة وحملها، أو هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن، لم يصح على الأصح. وبه قال ابن الحداد، والشيخ أبو علي، لأنه جعل المجهول مبيعًا مع المعلوم، بخلاف البيع بشرط أنها حامل، فإنه وصف تابع. وقال أبو زيد: يصح، لأنه يدخل عند الإطلاق، فلا يضر ذكره كأساس الدار.

ولو قال: بعثك الجبة بحشوها، فقليل: هو على الخلاف. وقيل: يصح قطعاً، لأن الحشو داخل في مسمى الجبة، فذكره تأكيد للفظ الجبة، بخلاف الحمل، فإذا قلنا بالبطلان في هذه الصور، قال الشيخ أبو علي: في صورة الجبة في صحة البيع في الظهارة والبطانة قولاً تفريق الصفقة، وفي صورة الدابة، يبطل البيع في الجميع، لأن الحشو يمكن معرفة قيمته. قال الإمام: هذا حسن. ولو باع حاملاً وشرط وضعها لرأس الشهر ونحوه، لم يصح البيع قطعاً، وبيض الطير، كحمل الدابة والجارية في جميع ذلك. ولو باع شاة بشرط أنها لبون، فطريقان. أصحهما: أنه على الخلاف في البيع بشرط الحمل، لكن الصحة هنا أقوى. والطريق الثاني: يصح قطعاً، لأن هذا شرط صفة فيها لا يقتضي وجود اللبن فيها حالة العقد، فهو كشرط الكتابة في العبد. فلو شرط كون اللبن في الضرع، كان كشرط الحمل قطعاً. ولو شرط كونها تدّر كل يوم كذا رطلاً من اللبن، بطل البيع قطعاً، لأن ذلك لا ينضبط، فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات. ولو باع لبوناً، واستثنى لبنها، لم يصح العقد على الصحيح، كاستثناء حمل الجارية، والكسب في بيع السمسم، والحب في بيع القطن.

فرع: ومن الشروط الصحيحة باتفاق، أو على خلاف، مسائل نشير إلى بعضها مختصرة.

منها: البيع بشرط البراءة من العيوب.

ومنها: بيع الثمار بشرط القطع وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: لو باع مكيلاً أو موزوناً أو مذكوعاً، بشرط أن يكال بمكيال معين، أو بوزن معين، أو بذرع معين، أو شرط ذلك في الثمن، ففيه خلاف نشرحه في باب السّلم إن شاء الله تعالى. وفي معناه، تعيين رجل يتولّى الكيل أو الوزن.

ومنها: لو باع داراً واستثنى لنفسه سكنها، أو دابة استثنى ظهرها، إن لم يبين المدة، لم يصح البيع قطعاً، وإن بينها، لم يصح أيضاً على الأصح.

ومنها: لو باع بشرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفي الثمن، فإن كان مؤجلاً، بطل العقد. وإن كان حالاً، بني على أن البداءة بالتسليم بمن؟ فإن جعلنا ذلك من مقتضى العقد، لم يضر ذكره، وإلا، فيفسد العقد.

ومنها: لو قال: بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً، فإن أراد هبة صاع أو يبيعه من موضع آخر، فالعقد باطل، لأنه شرط عقد في عقد. وإن أراد أنها إن خرجت عشرة أصع أخذت تسعة دراهم، فإن كانت الصيعان مجهولة، لم

يصح، لأنه لا يعلم حصة كل صاع. وإن كانت معلومة، صح. فإن كانت عشرة، فقد باع كل صاع وتُسَعاً بدرهم، ولو قال: بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، على أن أنقصك صاعاً، فإن أراد رد صاع إليه، فهو فاسد. وإن أراد أنها إن خرجت تسعة أصع، أخذت عشرة دراهم، فإن كانت الصيعان مجهولة، لم يصح، وإن كانت معلومة، صح. فإن كانت تسعة أصع، فقد باع كل صاع بدرهم وتُسَع. وفيه وجه: أنه لا يصح مع العلم أيضاً، لقصور العبارة عن المَحْمِل المذكور. ولو قال: بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، على أن أزيدك صاعاً، أو أنقصك، ولم يبين إحدى الجهتين، فهو فاسد.

ومنها: لو باع أرضاً على أنها مئة ذراع، فخرجت دون المئة، فقولان: أظهرهما: صحة البيع. وقيل: يصح قطعاً للإشارة، وصار كالحُلف في الصفة. فعلى هذا، للمشتري الخيار في الفسخ، ولا يسقط بحطّ البائع من الثمن قدر النقص. وإذا أجاز، يجيز بجميع الثمن على الأظهر، وبقسطه على القول الآخر. ولو خرجت أكثر من مئة، ففي صحة البيع القولان. فإن صححناه، فالصحيح: أن للبائع الخيار. فإن أجاز، كانت كلها للمشتري، ولا يطالبه للزيادة بشيء. والوجه الآخر، اختاره صاحب «التهذيب»: أنه لا خيار للبائع، ويصح البيع في الجميع، بجميع الثمن المسمى، ويُنزَل شرطه منزلة من شرط كون المبيع معيماً فخرج سليماً، لا خيار له. فإذا قلنا بالصحيح، فقال المشتري: لا تفسخ، فأنا أقع بالقدر المشروط شائعاً ولك الزيادة، لم يسقط خيار البائع على الأظهر.

ولو قال: لا تفسخ لأزيدك في الثمن لما زاد، لم يكن له ذلك، ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف. ويقاس بهذه المسألة ما إذا باع الثوب على أنه عشرة أذرع، أو القطيع على أنه عشرون شاة، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعاً، وحصل نقص أو زيادة. وفرق صاحب «الشامل» بين الصبرة وغيرها، فقال: إن زادت الصبرة، رد الزيادة. وإن نقصت وأجاز المشتري، أجاز بالحصة، وفيما سواها يجيز بجميع الثمن.

ومنها: لو قال: بع عبدك من زيد بألف على أن عليّ خمسمئة، فباعه على هذا الشرط، لم يصح البيع على الأصح. والثاني: يصح ويجب على زيد ألف، وعلى الأمر خمسمئة، كما لو قال: ألق متاعك في البحر على أن عليّ كذا.

فصل: البيع الصحيح إذا ضم إليه شرط، فذلك الشرط ضربان، صحيح، وفاسد. فإن كان صحيحاً، فالعقد صحيح. وإن كان فاسداً، فإن كان مما لا يفرد بالعقد، نظر، إن لم يتعلق به غرض يورث تنازاعاً، لم يؤثر ذلك في العقد كما سبق.

قال الإمام: ومن هذا القبيل، ما إذا عين الشهود لتوثيق الثمن، وقلنا: لا يتعينون، فلا يفسد به العقد، وإن تعلق به غرض، فسد البيع بفساده، للنهي عن بيع وشرط. هذا هو المشهور. ولنا قول رواه أبو ثور: أن البيع لا يفسد بفساد الشرط بحال، لقصة بريرة رضي الله عنها^(١). وإن كان مما يفرد بالعقد، كالرهن والكفيل، فهل يفسد البيع بفسادهما؟ قولان. أظهرهما: يفسد، كسائر الشروط الفاسدة. والثاني: لا، كالصداق الفاسد لا يفسد النكاح. ولو باع بشرط نفى خيار المجلس، أو خيار الرؤية، ففيه خلاف نذكره في باب الخيار إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا اشترى شيئاً فاسداً، إما لشرط فاسد، وإما لسبب آخر، ثم قبضه، لم يملكه بالقبض، ولا ينفذ تصرفه فيه، ويلزمه ردّه، وعليه مؤنة ردّه كالمغصوب. ولا يجوز حبسه، لاسترداد الثمن. ولا يقدر به على الغرماء على المذهب. وحكي قول ووجه للإصطخري: أن له حبسه ويقدر به، وهو شاذ ضعيف. وتلزمه أجرة المثل للمدة التي كان في يده، سواء استوفى المنفعة، أم تلفت تحت يده. وإن تعيّب في يده، فعليه أرش النقص، وإن تلف، فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، كالمغصوب، لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده. وفي وجه: تعتبر قيمته يوم التلف. وفي وجه: يوم القبض. وقد يعبر عن هذا الخلاف بالأقوال: وكيف كان، فالمذهب: اعتبار الأكثر. وما حدث من الزوائد المنفصلة، كالولد، والثمرة، والمتصلة، كالسمن، وتعلم صنعة، مضمون عليه كزوائد المغصوب. وفي وجه شاذ: لا يضمن الزيادة عند التلف. ولو أنفق على العبد مدة، لم يرجع بها على البائع إن كان المشتري عالماً بفساد البيع، وإلا، فوجهان. قلت: أصحهما: لا يرجع. والله أعلم.

وإن كانت جارية، فوطئها المشتري، فإن كان الواطيء والموطوءة جاهلين، فلا حدّ، ويجب المهر. وإن كانا عالمين، وجب الحد إن اشتراها بميتة، أو دم. وإن

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٦١، ٢٧١٧) وفي غير موضع، ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها أن بريرة جاءت إليها تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أفضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي، فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا، وقالوا: إن شئت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لها رسول الله ﷺ: «ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق» ثم قام رسول الله ﷺ فقال: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مئة مرة، شرط الله أحق وأوثق».

اشتراها بخمر، أو بشرط فاسد، فلا حدّ، لاختلاف العلماء في حصول الملك، فإن أبا حنيفة رحمته الله، يملكه في هذه الحالة، فصار كالوطء في النكاح بلا وليّ ونحوه. قال الإمام: ويجوز أن يقال: يجب الحدّ، فإن أبا حنيفة رحمته الله، لا يبيح الوطء، وإن كان يثبت الملك، بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي. وإذا لم يجب الحدّ، وجب المهر. فإن كانت بكرًا، وجب مع مهر البكر أرش البكارة. أما مهر البكر، فللاستمتاع ببكر. وأما الأرش، فلا تلاف البكارة. وإن استولدها، فالولد حرٌّ للشبهة. فإن خرج حيًّا، فعليه قيمته يوم الولادة، وتستقر عليه قيمته. بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحقة، فإنه يغرم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع، لأنه غرّه، ولا تصير الجارية في الحال أم ولد. فإن كان ملكها في وقت، فقولان: وإن نقصت بالحمل أو الوضع، لزمه الأرش. وإن خرج الولد ميتًا، فلا قيمة. لكن إن سقط بجناية، وجبت الغرة على عاقلة الجاني، وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة، ويطالب به المالك من شاء من الجاني والمشتري. ولو ماتت في الطلق، لزمه قيمتها، وكذا لو وطئ أمة الغير بشبهة فأحبّلها فماتت في الطلق. وهذه الصورة وأخواتها، المذكورة في كتاب «الرهن» واضحة.

فرع: لو اشترى شيئاً شراءً فاسداً، فباعه لآخر، فهو كالغاصب يبيع المغصوب. فإن حصل في يد الثاني، لزمه ردّه إلى المالك. فإن تلف في يده، نظر، إن كانت قيمته في يدهما سواء، أو كانت في يد الثاني أكثر، رجع المالك بالجميع على من شاء منهما، والقرار على الثاني، لحصول التلف في يده. وإن كانت القيمة في يد الأول أكثر، فضمنان النقص على الأول، والباقي يرجع به على من شاء منهما، والقرار على الثاني. وكل نقص حدث في يد الثاني، يطالب به الأول، ويرجع به على الثاني، وكذا حكم أجرة المثل.

فصل: إذا فسد العقد بشرط فاسد، ثم حذف الشرط، لم ينقلب العقد صحيحاً، سواء كان الحذف في المجلس أو بعده. وفي وجه: ينقلب صحيحاً إن حذف في المجلس، وهو شاذ ضعيف. ولو زاد في الثمن أو المثمن، أو زاد إثبات الخيار، أو الأجل، أو قدرهما، نظر، إن كان ذلك بعد لزوم العقد، لم يلحق بالعقد. وكذا الحكم في رأس مال السّلم والمسلم فيه والصدّاق وغيرها، وكذا الحطّ، لا يلحق شيء من ذلك بالعقد، حتى أن الشّفيع يأخذ بما سمي في العقد، لا بما بقي بعد الحطّ. وإن كانت هذه الإلحاقات قبل لزوم العقد، بأن كانت في مجلس العقد، أو في زمن خيار الشرط، فأوجه: أحدها: لا يلحق. وصححه في «التتمة». والثاني: يلحق في خيار المجلس، دون خيار الشرط، قاله أبو زيد، والقفال.

والثالث، وهو الأصح عند الأكثرين: يلحق في مدة الخيارين جميعاً، وهو ظاهر النص. فعلى هذا في محل الجواز، وجهان: أحدهما قاله أبو علي الطبري، واختاره الشيخ أبو علي، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه مفرّع على قولنا: الملك في زمن الخيار للبائع، أو قلنا: موقوف وفسخ العقد، فأما إن قلنا: للمشتري، أو قلنا إنه موقوف وأمضي العقد، فلا يلحق كما بعد اللزوم. والوجه الثاني: أن الجواز مطرد على الأقوال كلها، وهو الصحيح عند العراقيين. فإذا قلنا: يلحق، فالزيادة تلزم الشفيع كما تلزم المشتري. وفي الحطّ قبل اللزوم، مثل هذا الخلاف. فإن ألحقناه بالعقد، انحط عن الشفيع. وعلى هذا الوجه: ما يلحق بالعقد من الشروط الفاسدة قبل انقضاء الخيار، له حكم المقترن بالعقد في إفساده، وينحطّ جميع الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن.

القسم الثاني من المناهي: ما لا يقتضي الفساد.

فمنه الاحتكار، وهو حرام على الصحيح، وقيل: مكروه، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء، ولا يدّعه للضعفاء، ويحبسه لبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة. ولا بأس بالشراء في وقت الرخص لبيع في وقت الغلاء. ولا بأس بإمساك غلّة ضيعته لبيع في وقت الغلاء، ولكن الأولى أن يبيع ما فضل عن كفايته. وفي كراهة إمساكه، وجهان: ثم تحريم الاحتكار يختص بالأقوات. ومنها: التمر، والزبيب، ولا يعم جميع الأطعمة. ومنها: التسعير، وهو حرام في كل وقت على الصحيح. والثاني: يجوز في وقت الغلاء دون الرخص. وقيل: إن كان الطعام مجلوباً، حرم التسعير. وإن كان يزرع في البلد ويكون عند القنّاة، جاز. وحيث جوزنا التسعير، فذلك في الأطعمة، ويلحق بها علف الدواب على الأصح. وإذا سَعَّر الإمام عليه، فخالف، استحق التعزير. وفي صحة البيع، وجهان المذكوران في «التتمة». قلت: الأصح: صحة البيع. والله أعلم.

[فصل: يحرم أن يبيع حاضر لباد]

فصل: يحرم أن يبيع حاضر لباد^(١)، وهو أن يقدم إلى البلد بدوي أو قروي بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت، ليرجع إلى وطنه، فيأتيه بلدي فيقول: ضع متاعك

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه بالأرقام (٢١٥٨، ٢١٦٣، ٢٢٧٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٢١) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٩) والنسائي في سننه برقم (٤٥١٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٧٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد.

عندي لأبيعه لك على التدرّيج بأغلى من هذا السعر. ولتحرّيمه، شروط. أحدها: أن يكون عالمياً بالنهي فيه. وهذا شرط يعم جميع المناهي. والثاني: أن يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة إليه، كالأطعمة ونحوها. فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادراً، فلا يدخل في النهي. والثالث: أن يظهر بيع ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر لكبر البلد، أو قلة ما معه، أو لعموم وجوده ورخص السعر، فوجهان أوفقهما للحديث التحريم. والرابع: أن يعرض الحضري، ذلك على البدوي ويدعوه إليه. أما إذا التمس البدوي منه بيعه تدريجاً، أو قصد الإقامة في البلد لبيعه كذلك، فسأل البلدي تفويضه إليه، فلا بأس، لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك منه، ولو أن البلدي استشار البلدي فيما فيه حظه، فهل يرشده إلى الادخار والبيع على التدرّيج؟ وجهان: حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة، وأبي إسحاق المروزي: أنه يجب عليه إرشاده إليه، أداءً للنصيحة. وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه لا يرشده إليه توسيعاً على الناس. ثم لو باع البلدي للبدوي عند اجتماع شروط التحريم، أثم وصح البيع.

قلت: قال الفقهاء: الإثم على البلدي دون البدوي، ولا خيار للمشتري. والله أعلم.

[فصل: يحرم تلقي الركبان]

فصل: يحرم تلقي الركبان^(١)، وهو أن يتلقى طائفة يحملون طعاماً إلى البلد، فيشريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفة سعره. وشرط تحرّيمه، أن يعلم النهي ويقصد التلقي. فلو خالف فتلقى واشترى، أثم، وصح البيع، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعلموا السعر، وبعده يثبت لهم الخيار^(٢) إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد، سواء أخبر كاذباً أو لم يخبر. وإن كان الشراء بسعر البلد أو أكثر، فوجهان: الأصح: لا خيار لهم. ولو ابتدأ القادمون فالتمسوا منه الشراء وهم عالمون بسعر البلد أو غير عالمين، فعلى الوجهين. ولو لم يقصد التلقي، بل خرج لشغل من اصطيد وغيره، فراهم فاشترى منهم، فوجهان: أحدهما: لا يعصي، لعدم التلقي، وأصحهما: عند الأكثرين: يعصي، لشمول المعنى. فعلى الأول: لا خيار لهم، وإن

(١) انظر التعليق السابق.

(٢) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٥١٩) والنسائي في سننه برقم (٤٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار».

كانوا مغبونين. وقيل: إن أخبر بالسعر كاذباً، فلهم الخيار. وحيث أثبتنا الخيار في هذه الصور، فهو على الفور على الأصح. والثاني: يمتد ثلاثة أيام. ولو تلقى الركبان وباعهم ما يقصدون شراءه من البلد، فهل هو كالمتلقي للشراء؟ وجهان:

[فصل: يحرم السوم على سوم أخيه]

فصل: يحرم السوم على سوم أخيه^(١). وهو أن يأخذ شيئاً ليشتريه، فيجيء إليه غيره ويقول: ردّه حتى أبيعك خيراً منه بهذا الثمن، أو يقول لمالكه: استردّه لأشتريه منك بأكثر. وإنما يحرم بعد استقرار الثمن. فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب، فلغيره الدخول عليه والزيادة فيه. وإنما يحرم، إذا حصل التراضي صريحاً. فإن لم يصرح، ولكن جرى ما يدل على الرضى، ففي التحريم وجهان: أحدهما: لا يحرم. فإن لم يجر شيء، بل سكت، فالمذهب: أنه لا يحرم، كما لو صرح بالرد. وقيل: هو على الوجهين. ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وأن يشتري على شراء أخيه. فالبيع على بيع أخيه، أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن خيار المجلس أو الشرط: افسخ لأبيعك خيراً منه، أو أرخص. والشراء على شرائه أن يقول للبائع: افسخ لأشتريه منك بأكثر. وشرط القاضي ابن كج في البيع على البيع، أن لا يكون المشتري مغبوناً غبناً مفرطاً. فإن كان، فله أن يعرفه ويبيع على بيعه، لأنه ضرب من النصيحة.

قلت: هذا الشرط انفرد به ابن كج، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، والمختار: أنه ليس بشرط. والله أعلم.

ولو أذن البائع في بيعه، ارتفع التحريم على الصحيح.

[فصل في تحريم النجش]

فصل: يحرم النجش، وهو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليغرّ غيره. فإن اغتر به إنسان فاشتراها، صح البيع، ثم لا خيار له إن لم يكن الذي فعله الناجش بمواطأة من البائع، وإن كان، فلا خيار أيضاً على الأصح. ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا، فصدقه واشتراه، فبان خلافه، قال ابن الصباغ: في ثبوت الخيار، الوجهان. واعلم أن الشافعي رحمته الله، أطلق القول بتعصية

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢١٥٠، ٢٧٢٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يسم المسلم على سوم أخيه» وفي لفظ: «... نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه».

الناجش، وشرط في تعصية البائع على بيع أخيه أن يكون عالماً بالنهي. قال الأصحاب: السبب فيه أن النجش خديعة، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد، معلوم من الألفاظ العامة وإن لم يعلم هذا الحديث، والبيع على بيع أخيه، إنما عرف تحريمه من الخبر الوارد فيه فلا يعرفه من لا يعرف هذا الخبر، قال الرافعي: ولك أن تقول: البيع على بيع أخيه، إضرار أيضاً، وتحريم الإضرار معلوم من الألفاظ العامة، والوجه تخصيص التعصية بمن عرف التحريم بعموم أو خصوص.

[فصل في تحريم التفريق بين الجارية وولدها في البيع والقسمة والهبة]

فصل: يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها، ولا يحرم التفريق في العتق، ولا في الوصية. وفي الرد بالعيب، وجهان: وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله: لو اشترى جارية وولدها الصغير، ثم تفاسخا البيع في أحدهما، جاز، وحكم التفريق في الرهن مذكور في بابه. وإذا فرّق بينهما في البيع والهبة، ففي صحة العقد قولان. أظهرهما: لا يصح، لأنه منهي عن تسليمه. قال أبو الفرج البزّاز: القولان في التفريق بعد أن تسقيه اللبن، أما قبله، فلا يصح قطعاً. وإلى متى يمتد تحريم التفريق؟ قولان. أحدهما: إلى البلوغ. وأظهرهما: إلى بلوغه سن التمييز سبع سنين، أو ثمان سنين تقريباً. ويكره التفريق بعد البلوغ. فلو فرّق بعده ببيع أو هبة، يصح قطعاً. ولو كانت الأم رقيقة والولد حرّاً، أو بالعكس، فلا منع من بيع الرقيق منهما. وهل الجدة والأب وسائر المحارم كالأم؟ فيه كلام يأتي في كتاب «السّير» إن شاء الله تعالى. والتفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن، جائز على الصحيح، وبه قطع الجمهور.

قلت: هذا الوجه الشاذ في منع التفريق بين البهيمة وولدها، هو في التفريق بغير الذبح. وأما ذبح أحدهما، فجائز بلا خلاف. والله أعلم.

[فصل: في بيع الرطب والعنب]

فصل: بيع الرطب والعنب ممن يتوهم اتخاذه إياه نبيذاً، أو خمراً، مكروه. وإن تحقّق اتخاذه ذلك، فهل يحرم، أو يكره؟ وجهان: فلو باع، صح على التقديرين.

قلت: الأصح: التحريم. ثم قال الغزالي في «الإحياء»: بيع الغلمان المرد، إن عرف بالفجور بالغلمان، له حكم بيع العنب من الخمار. وكذا كل تصرّف يفضي إلى معصية. والله أعلم.

وبيع السلاح للبغاة وقطاع الطريق، مكروه، ولكنه يصح. وتكره مبايعة من

اشتملت يده على حلال وحرام، وسواء كان الحلال أكثر، أو بالعكس. فلو باعه، صح.

قلت: قال أصحابنا: لو دخل قرية يسكنها مجوس، لم يصح شراء اللحم منها حتى يعلم أهليّة الذابح، لأن الأصل التحريم، فلا يزال إلا يقين أو ظاهر. والله أعلم.

فصل: ليس من المناهي بيع العينة - بكسر العين المهملة وبعد الياء نون - وهو أن يبيع غيره شيئاً بثمن مؤجل، ويسلمه إليه، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقداً. وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول، أم لا، وسواء صارت العينة عادة له غالبية في البلد، أم لا. هذا هو الصحيح المعروف في كتب الأصحاب، وأفتى الأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني، والشيخ أبو محمد: بأنه إذا صار عادة له، صار البيع الثاني كالمشروط في الأول، فيبطلان جميعاً.

[فصل: في حكم بيع المصاحف وكتب الحديث]

فصل: يجوز بيع دور مكة، وبيع المصحف، وكتب الحديث. وقال الصيمري: يكره بيع المصحف.

قلت: ونص الشافعي رحمته الله، على كراهة بيع المصحف. وقال الروياني وغيره: لا يكره، وسائر الكتب المشتملة على ما يباح الانتفاع به، يجوز بيعها بلا كراهة. ومن المناهي: البيع في وقت النداء يوم الجمعة، وسبق بيانه في بابها. ومنها في الحديث: نهى عن بيع المضطر^(١). قال الخطابي: فيه تأويلان. أحدهما: المراد به: المكروه، فلا يصح بيعه إن أكره بغير حق، وإن كان بحق، صح. والثاني: أن يكون عليه ديون مستغرقة، فتحتاج إلى بيع ما معه بالوكس، فيستحب أن لا يُبتاع منه، بل يعان، إما بهبة، وإما بقرض، وإما باستمهال صاحب الدين. فإن اشترى منه، صح.

ومنها: النهي عن بيع المصراة، والنهي عن بيع ما فيه عيب، إلا أن يبيّنه، وكلاهما حرام، إلا أنه ينعقد.

ومنها: النهي عن البيع في المسجد، وسبق تفصيله في الاعتكاف.

ومنها: يكره غبن المسترسل، ويكره بيع العينة، وسبق بيانه.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٨٢) وأحمد في المسند (١١٦/١) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٧٣).

ومنها: ما قاله صاحب «التلخيص». قال: نهى عن بيع الماء، وهو محمول على ما إذا أفرد ماء عَيْن أو بئر أو نهر بالبيع، فإن باعه مع الأرض، بأن باع أرضاً مع شربها من الماء في نهر أو وادٍ، صح، ودخل الماء في البيع تبعاً. وكذا إذا كان الماء في إناء أو حوض أو غيرهما مجتمعاً، فبيعه صحيح مفرداً وتابعاً. والله أعلم.

باب: تفريق الصفقة

إذا جمع شيئين في صفقة، فهو ضربان: أحدهما: أن يجمع بينهما في عقد واحد. والثاني: في عقدين مختلفي الحكم. أما الضرب الأول: فله حالان: أحدهما: أن يقع التفريق في الابتداء. والثاني: أن يقع في الانتهاء.

فالحال الأول: ينظر، إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، بطل العقد في الجميع، كمن جمع بين أختين، أو خمس نسوة في عقد نكاح. وإن لم يكن كذلك، فإما أن يجمع بين شيئين كل واحد منهما قابل لما أورده عليه من العقد، وإما أن لا يكون كذلك. فإن كان الأول، بأن جمع بين عيين في البيع، صح العقد فيهما. ثم إن كانا من جنسين كعبد وثوب، أو من جنس، لكنهما مختلفا القيمة كعبدين، وزَّع الثمن عليهما باعتبار القيمة. وإن كانا من جنس ومتفقي القيمة كقفيزي حنطة واحدة، وزَّع عليهما باعتبار الأجزاء. وإن كان الثاني، فإما أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلك العقد، كمن باع خمراً وميتة، فالعقد باطل، وإما أن يكون أحدهما قابلاً، فالذي هو غير قابل، قسمان:

أحدهما: أن يكون متقوماً، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة، ففي صحة البيع في عبده، قولان. أظهرهما: يصح، واختاره المزني. والثاني: لا يصح. وفي علته، وجهان: وقيل: قولان. أحدهما: الجمع بين حلال وحرام. والثاني: جهالة العوض الذي يقابل الحلال.

والقسم الثاني: أن لا يكون متقوماً، وهو نوعان:

أحدهما: يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة، كمن باع حراً وعبداً، فالحرُّ غير متقوم، لكن يمكن تقديره رقيقاً. وفي المسألة، طريقان. أصحهما: طرد القولين. والثاني: القطع بالفساد. قال الشيخ أبو محمد: القولان على الطريق الأول فيما إذا كان المشتري جاهلاً بالحال. فإن كان عالماً، فالوجه: القطع بالبطلان. ولو باع عبده ومكاتبه، أو أم ولده، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره، لأنهما متقومان بدليل الإتلاف.

النوع الثاني: أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير فرض تغير الخلقة، كمن باع خلاً وخمراً، أو مذكاة وميته، أو شاة وخنزيراً، ففي صحة البيع في الخل والمذكاة والشاة، خلاف مرتّب على العبد مع الحرّ، وأولى بالفساد، لأنه لا بد في التقويم من التقدير بغيره، ولا يكون المقوم هو المذكور في العقد. ولو رهن عبده وعبد غيره، أو حراً وعبدًا، أو وهبهما، فإن صححنا البيع، فهنا أولى، وإلا، فقولان بناءً على العلتين. ولو زوج أخته وأجنبية، أو مسلمة ومجوسية، فكالرهن والهبة.

الحال الثاني: أن يقع التفريق في الانتهاء، وهو قسمان:

أحدهما: أن لا يكون اختيارياً، كمن اشترى عبيدين، فتلّف أحدهما قبل قبضهما، انفسخ البيع في التالف، وفي الباقي، طريقتان. أحدهما: على القولين في جمع عبده وعبد غيره. وأصحهما: القطع بأنه لا ينفسخ، لعدم العلتين. ولو تفرّقا في السلم وبعض رأس المال غير مقبوض، أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض، انفسخ العقد في غير المقبوض. وفي الباقي، الطريقتان. فلو قبض أحد العبيدين وتلف الآخر في يد البائع، ترتّب الانفساخ في المقبوض على الصورة السابقة، وهذه أولى بعدم الانفساخ، لتأكد العقد فيه بانتقال الضمان إلى المشتري. هذا إن كان المقبوض باقياً في يد المشتري. فإن تلف في يده، ثم تلف الآخر في يد البائع، فالقول بالانفساخ أضعف، لتلفه على ضمانه. وإذا قلنا بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ وجهان: أحدهما: نعم، ويرد قيمته. والثاني: لا، وعليه حصته من الثمن.

ولو اكرى داراً وسكنها بعض المدة، ثم انهدمت، انفسخ العقد في المستقبل، ويُخرَج في الماضي على الخلاف في المقبوض التالف. فإن قلنا: لا ينفسخ، فهل له الفسخ؟ فيه الوجهان. فإن قلنا: لا فسخ، فعليه من المسمى ما يقابل الماضي. وإن قلنا بالفسخ، وفسخ، فعليه أجرة المثل للماضي. ولو انقطع بعض السلم فيه عند المحل والباقي مقبوض، أو غير مقبوض، وقلنا: لو انقطع الكل، ينفسخ العقد، انفسخ في المنقطع. وفي الباقي، الخلاف فيما إذا تلف أحد الشيئين قبل قبضهما. فإذا قلنا: لا ينفسخ، فله الفسخ. فإن أجاز، فعليه حصته من رأس المال فقط. وإن قلنا: إنه لو انقطع الكل، لم ينفسخ العقد، فالمسلم بالخيار، إن شاء فسخ العقد في الكل، وإن شاء أجازة في الكل. وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟ قولان، بناءً على ما سنذكره في القسم الذي يليه.

القسم الثاني: أن يكون اختيارياً، كمن اشترى عبيدين صفقة واحدة، فوجد بأحدهما عيباً، فهل له إفراده بالرد؟ قولان. أظهرهما: ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامد. والقولان، في العبيدين وكل شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر. فأما في

زوجي خف ومصراعي باب ونحوهما، فلا يجوز الأفراد قطعاً. وشذ بعضهم، فطرد القولين، ولا فرق على القولين بين أن يتفق ذلك بعد القبض أو قبله. فإن لم نجوز الأفراد، فقال: رددت المعيب، فهل يكون ذلك رداً لهما؟ أصحهما: لا، بل هو لغو. ولو رضي البائع بإفراده، جاز على الأصح.

وإذا جَوَّزنا الأفراد، فرده، استرد قسطه من الثمن. وعلى هذا القول، لو أراد ردَّ السِّلَم والمُعيب جميعاً، فله ذلك على الصحيح. ولو وجد العيب بالعبدین معاً، وأراد إفراد أحدهما بالرد، جرى القولان. ولو تلف أحد العبدین أو باعه، ووجد بالباقي عيباً، ففي إفراده بالرد قولان مرتبان، وأولى بالجواز، لتعذر ردهما. فإن جَوَّزنا الأفراد، ردَّ الباقي واسترد من الثمن حصته. وطريق التوزيع: تقدير العبدین سليمين، وتقويمهما، وتقسيط المسمى على القيمتين. فلو اختلفا في قيمة التالف، فادَّعى المشتري ما يقتضي زيادة المرجوع به على ما اعترف به البائع، فالأظهر: أن القول قول البائع مع يمينه، لأن الثمن ملكه، فلا يسترد منه إلا ما اعترف به. وإن لم نجوز الأفراد، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: لا فسخ له، ولكن يرجع بأرث العيب، لأن الهلاك أعظم من العيب. ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد. فعلى هذا، إن اختلفا في قيمة التالف، عاد القولان. وهل النظر في قيمة التالف إلى يوم العقد، أو يوم القبض؟ فيه الخلاف الذي سيأتي في معرفة أرث العيب القديم. والوجه الثاني: أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي، ويردهما ويفسخ العقد. فإن اختلفا في قيمة التالف، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه غارم. وفيه وجه شاذ: أن القول قول البائع، لئلا تزال يده عما لم يعترف به.

فرع: لو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه، بعضه له، كعبد، أو صاع حنطة له نصفها، أو صاع حنطة له أحدهما، صفقة واحدة، ترتب على ما إذا باع عبدین أحدهما له. فإن قلنا: يصح هناك في ملكه، فهنا أولى، وإلا، فقولان: إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام، لم يصح، وإن عللنا بالجهالة، صح، لأن حصة المملوك معلومة. ولو باع جميع الثمار وفيها الزكاة، فهل يصح البيع في قدر الزكاة؟ سبق بيانه في كتاب «الزكاة». فإن قلنا: لا يصح، فالترتيب في الباقي كما ذكرنا فيمن باع عبداً له نصفه. ولو باع أربعين شاة فيها واجب الزكاة، وقلنا: لا يصح بيع قدر الزكاة، فالترتيب في الباقي كما سبق فيمن باع عبده وعبد غيره.

فرع: ومما يتفرع على العَلَّتَيْن، لو ملك زيد عبداً، وعمرو آخر، فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد، ففي صحة العقد قولان. وكذا لو باع عبدین له لرجلين، لكل واحد واحداً بعينه بثمن واحد، إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام، صح، وإن

عللنا بالجهالة، فلا، لأن حصة كل واحد مجهولة. ولو باع عبده وعبده غيره، وسمى لكل واحد ثمنًا، فقال: بعتك هذا بمئة، وهذا بخمسين، فإن عللنا بالجمع، فسد، وإن عللنا بالجهالة، صح في عبده، كذا قاله في «التتمة». ولك أن تقول: سندر أن تفصيل الثمن من أسباب تعدد العقد، وإن تعدد، وجب القضاء بالصحة على العلتين.

فرع: اعلم أن طائفة من الأصحاب، توسطوا بين قولي تفريق الصفقة، فقالوا: الأصح: الصحة في المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه. والأصح: الفساد إن كان مما يتوزع على قيمته. وقال الأكثرون: الأصح: الصحة في القسمين.

فصل: إذا باع ماله ومال غيره، وصححناه في ماله، نظر، إن كان المشتري جاهلاً بالحال، فله الخيار. فإن، أجاز، فكم يلزمه من الثمن؟ قولان. أظهرهما: حصة المملوك فقط إذا وزع على القيمتين. والثاني: يلزمه جميع الثمن، ثم قيل: القولان فيما إذا كان المبيع مما يتقسط الثمن عليه بالقيمة. فإن كان مما يتقسط على أجزائه، فالواجب القسط قطعاً. والأصح: طرد القولين في الحالين. فإن قلنا: الواجب جميع الثمن، فلا خيار للبائع. وإن قلنا: القسط، فلا خيار له أيضاً على الأصح. وإن كان المشتري عالماً بالحال، فلا خيار له كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه. وكم يلزمه من الثمن؟ فيه طريقتان. المذهب: أنه على القولين. وقيل: يجب الجميع قطعاً، لأنه التزمه عالماً. ولو اشترى عبداً وحرراً، أو خلاً وحرماً، أو مذكاة وميتة، أو شاة وخنزيراً، وصححنا العقد فيما يقبله، وكان المشتري جاهلاً بالحال، فأجاز، أو كان عالماً، ففيما يلزمه؟ الطريقتان. فإن أوجبنا القسط، ففي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء، وجهان: أحدهما عند الغزالي: ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة. والثاني: يقدر الخمر خلاً، ويوزع عليهما باعتبار الأجزاء، وتقدر الميتة مذكاة، والخنزير شاة، ويوزع عليهما باعتبار القيمة. وقيل: يقدر الخمر عصيراً، والخنزير بقرة.

قلت: هذا الذي صححه الغزالي، احتمال للإمام. والصحيح: هو الثاني، وبه قطع الدارمي والبعوي وآخرون، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال. والله أعلم.

ولو نكح مسلمة ومجوسية في عقد، وصححنا نكاح المسلمة، فالذي قطع به الجماهير: أنه لا يلزمه جميع المسمى قطعاً، لأنه لا خيار له، بخلاف البيع على قول. وقيل: في قول: يلزمه جميع المسمى، وله الخيار في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل. فإذا قلنا بقول الجمهور، ففيما يلزمه قولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: قسطها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل المجوسية. ولو اشترى

عبدین، فتلف أحدهما قبل القبض، فانفسخ العقد فيه، وقلنا: لا يفسخ في الباقي، فله الخيار فيه. فإن أجاز، فالواجب قسطه من الثمن قطعاً. كذا قاله الجمهور، لأن الثمن يوزع عليهما في الابتداء. وطرده أبو إسحاق المروزي فيه القولين.

فرع: لو باع ربوياً بجنسه، فخرج بعض أحد العوضين مستحقاً، وصححنا العقد في الباقي، فأجاز، فالواجب القسط بلا خلاف، لأن الفصل بينهما حرام.

فرع: لو باع معلوماً ومجهولاً، لم يصح في المجهول، وينبني في المعلوم على ما لو كانا معلومين وأحدهما لغيره. فإن قلنا: لا يصح فيما له، لم يصح هنا في المعلوم، وإلا، فقولان: بناءً على أنه كم يلزمه من الثمن؟ فإن قلنا: الجميع، صح، ولزمه هنا أيضاً جميع الثمن. وإن قلنا: القسط، لم يصح، لتعذر التقسيط. وحكي قول شاذ: أنه يصح، وله الخيار. فإن أجاز، لزمه جميع الثمن.

فرع: في الإشارة إلى طرف من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة

واعلم أن محاباة المريض مرض الموت في البيع والشراء، حكمها حكم هبته وسائر تبرعاته، تعتبر من الثلث. فإذا باع المريض عبداً يساوي ثلاثين بعشرة، ولا مال له غيره، بطل البيع في بعض المبيع، وفي الباقي، طريقتان. أحدهما عند الجمهور: أنه على قولي تفريق الصفقة. والثاني: القطع بالصحة، وهو الأصح عند صاحب «التهذيب»، لأن المحاباة هنا وصية، وهي تقبل من الغرم ما لا يقبل غيرها. فإن صححنا بيع الباقي، ففي كفيته قولان. ويقال: وجهان: أحدهما: يصح البيع في القدر الذي يحتمله الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن، ويبطل في الباقي، فيصح في ثلثي العبد بالعشرة، ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته عشرة، والثمن وهو عشرة، وذلك مثل المحاباة وهي عشرة. ولا تدور المسألة على هذا القول. والثاني: أنه إذا ارتد البيع في بعض المبيع، وجب أن يرتد إلى المشتري ما يقابله من الثمن، فتدور المسألة، لأن ما ينفذ فيه البيع، يخرج من التركة، وما يقابله من الثمن، يدخل فيها. ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع، يزيد بزيادة التركة، وينقص بنقصها. ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق. منها، أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة. ويصحح البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة.

فنقول في هذه الصورة: ثلث المال عشرة، والمحاباة عشرون، والعشرة نصف العشرين، فيصح البيع في نصف العبد، وقيمته خمسة عشر، بنصف الثمن وهو خمسة، كأنه اشترى سدسه بخمسة، ووصى له بثلثه، ويبقى مع الورثة نصف العبد،

وهو خمسة عشر، والثلث وهو خمسة، فالمبلغ عشرون. وذلك مثل المحاباة. واختلف الأصحاب في الأصح في هذين القولين، أو الوجهين، في الكيفية، فذهب الأكثرون إلى ترجيح الأول، وبه قال ابن الحداد. قال القفال والأستاذ أبو منصور البغدادي وغيرهما: هو المنصوص للشافعي رحمته الله. قالوا: والثاني: خرجه ابن سريج. وذهب آخرون إلى ترجيح الثاني، وهو اختيار أكثر الحُساب، وبه قال ابن القاص، وابن اللبان، وتابعهما إمام الحرمين، وهذا أقوى في المعنى.

ولو باع مريض صاع حنطة يساوي عشرين، بصاع لصحيح يساوي عشرة، ومات ولا مال له غيره، فإن قلنا بالقول الأول، فالبيع باطل فيهما بلا خلاف، لأن مقتضاه صحة البيع في قدر الثلث وهو ستة وثلثان. وفيما يقابله من صاع الصحيح المشتري، وهو نصفه، فيكون خمسة أسداس صاع في مقابلة صاع، وذلك ربا. وإن قلنا بالثاني، صح البيع في ثلثي صاع المريض بثلثي صاع الصحيح، وبطل في الباقي. وقطع قاطعون بهذا الثاني هنا، لثلا يبطل غرض الميت في الوصية. قال في «التهذيب»: وهو الأصح. وطريقه: أن ثلث مال المريض ستة وثلثان، والمحاباة عشرة، والسته والثلثان ثلثا العشرة، فنفذ البيع في ثلثي صاع، ويثبت الخيار للصحيح، لتبعيض صفقته، ولا خيار لورثة الميت، لثلا يبطلوا المحاباة التي هي وصية، وهذا متفق عليه. وغلطوا صاحب «التلخيص» في إطلاقه قولين في ثبوت الخيار. ولو كانت المسألة بحالها، وصاع المريض يساوي ثلاثين، وقلنا: يتقسط الثمن، صح البيع في نصف صاع بنصف صاع. ولو كانت بحالها وصاع المريض يساوي أربعين، صح البيع في أربعة أتساع الصاع بأربعة أتساع الصاع. ولو أتلّف المريض الصاع الذي أخذه ثم مات، وفرعنا على القول الذي يجيء عليه الدور، صح البيع في ثلثه بثلث صاع صاحبه، سواء كانت قيمة صاع المريض عشرين أو ثلاثين، أو أكثر، لأن ما أتلّفه قد نقص من ماله. أما ما صح البيع فيه، فهو ملكه، وقد أتلّفه. وأما ما بطل فيه البيع، فعليه ضمانه، فينقص قدر الغرم من ماله. ومتى كثرت القيمة، كان المصروف إلى الغرم أقل، والمحاباة أكثر. ومتى قلّت، كان المصروف إلى الغرم أكثر، والمحاباة أقل.

مثاله: كانت قيمة صاع المريض عشرين، وصاع الصحيح عشرة، فمال المريض عشرون، وقد أتلّف عشرة نحطها من ماله، يبقى عشرة كأنها كل ماله، والمحاباة عشرة، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فيصح البيع في ثلث الصاع، لأن ثلث صاع المريض ستة وثلثان وثلث صاع، الصحيح: ثلاثة وثلث، فالمحاباة بثلاثة وثلث، وقد بقي في يد الورثة ثلثا صاع، وهو ثلاثة عشر وثلث، يؤدّون منه قيمة ثلثي صاع

الصحيح، وهو ستة وثلثان، تبقى في أيديهم ستة وثلثان، وهي مثلاً المحاباة. فلو كانت بحالها وصاع المريض يساوي ثلاثين، فمأل المريض ثلاثون، وقد أتلّف عشرة نحطها من ماله، يبقى عشرون كأنها كل ماله، والمحاباة عشرون مثل ماله، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فصح البيع في ثلث صاع، لأن ثلث صاع المريض عشرة، وثلث صاع الصحيح ثلاثة وثلث، فالمحابة ستة وثلثين، وقد بقي في يد الورثة ثلثا صاع، وهو عشرون، يؤدّون منه قيمة ثلثي صاع الصحيح، وهو ستة وثلثان، يبقى في أيديهم ثلاثة عشر وثلث، وهي مثلاً المحاباة.

الضرب الثاني من جمع الصفقة: أن يجمع عقدين مختلفي الحكم. فإذا جمع في صفقة بين إجارة وسلم، أو إجارة وبيع، أو سلم وبيع عين، أو صرف وغيره، فقولان: أظهرهما: يصح العقد فيهما. والثاني: لا يصح في واحد منهما. وصورة الإجارة والسلم: أجرتك داري سنة، وبعتك كذا سلماً بكذا.

وصورة الإجارة والبيع: بعتك عبدي وأجرتك داري سنة بكذا. ولو جمع بيعاً ونكاحاً فقال: زوّجتك جاريتي هذه، وبعتك عبدي هذا بكذا، والمخاطب ممن يحل له نكاح الأمة، أو قال: زوّجتك بنتي، وبعتك عبدها، وهي في حجره أو رشيدة وگلته في بيعه، صح النكاح بلا خلاف. وفي البيع والمسمى في النكاح، القولان. فإن صححنا، وزّع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل، وإلا، وجب في النكاح مهر المثل. ولو جمع بيعاً وكتابة، فقال لعبده: كاتبك على نجمين، وبعتك ثوبي هذا جميعاً بألف، فإن حكمنا بالبطلان في الصور السابقة، فهنا أولى، وإلا، فالبيع باطل، وفي الكتابة القولان.

فصل: محل القولين في مسائل الباب، إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعدّدت، حتى لو باع ماله في صفقة، ومال غيره في صفقة أخرى، صح في ماله بلا خلاف. وأما بيان تعدّدها واتحادها، فطريقه أن يقول: إذا سمى لكل واحدٍ من الشئتين ثمناً مفصلاً فقال: بعتك هذا بكذا، وهذا بكذا، فقبل المشتري كذلك على التفصيل، فهما عقدان متعددان. ولو جمع المشتري في القبول فقال: قبلت فيهما، فكذلك على المذهب، لأن القبول يترتب على الإيجاب. فإذا وقع مفسراً، فكذلك القبول. وقيل: إن الصفقة متحدة، وهو شاذ. وتعدد الصفقة أيضاً بتعدد البائع وإن اتحد المشتري والمعقود عليه، كما إذا باع رجلان عبداً لرجل صفقة واحدة. وهل تتعدد بتعدد المشتري، مثل أن يشتري رجلان من رجل عبداً؟ فقولان: أظهرهما: تتعدد كالبائع. والثاني: لا، لأن المشتري بان على الإيجاب السابق، فالنظر إلى من أوجب العقد.

وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا .

منها : إذا حكمنا بالتعدد، فوزن أحد المشتريين نصيبه من الثمن، لزم البائع تسليم قسطه من المبيع بتسليم المشاع . وإن قلنا بالاتحاد، لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما وإن وزن جميع ما عليه، حتى يزن الآخر، لثبوت حق الحبس، كما لو اتحد المشتري وسلّم بعض الثمن، لا يسلم إليه قسطه من المبيع . وفيه وجه : أنه يسلم إليه القسط إذا كان مما يقبل القسمة، وهو شاذ .

ومنها : إذا قلنا بالتعدد، فخاطب رجل رجلين، فقال : بعثكما هذا العبد بألف، فقبل أحدهما نصف بخمسمئة، أو قال مالكا عبد لرجل : بعناك هذا العبد بألف، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمئة، لم يصح على الأصح .

فرع : إذا وكل رجلان رجلاً في البيع، أو الشراء، وقلنا : الصفقة تعدد بتعدد المشتري، أو وكل رجلين في البيع أو الشراء، فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد، أو المعقود له؟ فيه أوجه : أصحابها : عند الأكثرين : أن الاعتبار بالعقد، وبه قال ابن الحداد، لأن أحكام العقد تتعلق به . ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل، وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل . والثاني : الاعتبار بالمعقود له، قاله أبو زيد، والخضري، وصححه الغزالي في «الوجيز»، لأن الملك له . والثالث : الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له، وفي الشراء بالعقد، قاله أبو إسحاق المروزي . والفرق، أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له . ولهذا، لو أنكر المعقود له الإذن في المباشرة، وقع العقد للمباشر، بخلاف طرف البيع . قال الإمام : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة . فإن وكله بشراء عبد بثوب معين، فهو كالتوكيل بالبيع . والرابع : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعاً، فأيهما تعدد، تعدد العقد اعتباراً بالشقص المشفوع، فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل .

ويتفرع على هذا الأوجه، مسائل :

منها : لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين، فخرج معيياً، فإن اعتبرنا العقد، فليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد، كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معيياً، لم يكن لأحدهما أفراد نصيبه بالرد . وهل لأحد الموكلين والابنين أخذ الأرض؟ إن وقع اليأس من رد الآخر، بأن رضي به، فنعم، وإن لم يقع، فكذلك على الأصح .

ومنها : لو وكل رجلان رجلاً ببيع عبدٍ لهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه، فباع الكل، ثم خرج معيياً، فعلى الوجه الأول : لا يجوز للمشتري رد نصيب

أحدهما. وعلى الأوجه الآخر: يجوز. ولو وكل رجل رجلين في بيع عبده، فباعاه لرجل، فعلى الوجه الأول: يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما. وعلى الأوجه الآخر: لا يجوز. ولو وكل رجلان رجلاً في شراء عبد، أو وكل رجل رجلاً في شراء عبد له ولنفسه، ففعل، وخرج العبد معيماً، فعلى الوجه الأول والثالث: ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد. وعلى الثاني والرابع: يجوز. وقال القفال: إن علم البائع أنه يشتري لهما، فلا أحدهما رد نصيبه لرضى البائع بالشقيص. وإن جهله، فلا.

ومنها: لو وكل رجلان رجلاً في بيع عبد، ورجلان رجلاً في شرائه، فتبايع الوكيلان، فخرج معيماً، فعلى الوجه الأول: لا يجوز التفريق. وعلى الوجه الآخر: يجوز. ولو وكل رجل رجلين في بيع عبد، ووكل رجل آخرين في شراء، فتبايع الوكلاء، فعلى الوجه الأول: يجوز التفريق. وعلى الأوجه الآخر: لا يجوز.

باب: خيار المجلس والشرط

الخيار ضربان: خيار نقص، وهو ما يتعلق بفوات شيء مظنون الحصول. وخيار شهوة، وهو ما لا يتعلق بفوات شيء. فالأول: له باب نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأما الثاني: فله سببان: المجلس، والشرط. وإذا صححنا بيع الغائب، أثبتنا خيار الرؤية، فتصير الأسباب ثلاثة.

السبب الأول: كونهما مجتمعين في مجلس العقد، فلكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما لم يتفرقا أو يتخيرا^(١).

فصل: في بيان العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا تثبت فيها العقود، ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة، إما من الجانبين، كالشركة، والوكالة، والقراض، والوديعة، والعارية، وإما من أحدهما، كالضمان، والكتابة، فلا خيار فيها، وكذا الرهن، لكن لو كان الرهن مشروطاً في بيع وأقبضه قبل التفريق، أمكن فسخ الرهن، بأن يفسخ البيع، فينفسخ الرهن تبعاً. وحكي وجه: أنه يثبت الخيار في الكتابة والضمان، وهو شاذ ضعيف.

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢١١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع».

الضرب الثاني: العقود اللازمة، وهي نوعان: واردة على العين، وواردة على المنفعة.

فالنوع الأول: كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، والسلم، والتولية، والتشريك، وصلاح المعاوضة، فثبت فيها جميعاً خيار المجلس، وتستثنى صور: إحداها: إذا باع ماله لولده أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس، وجهان: أحدهما: يثبت. فعلى هذا، يثبت خيار للأب، وخيار للولد، والأب نائبه. فإن ألزم البيع لنفسه وللولد، لزم. وإن ألزم لنفسه، بقي الخيار للولد. وإذا فارق المجلس، لزم العقد على الأصح. والثاني: لا يلزم إلا بالإلزام، لأنه لا يمكن أن يفارق نفسه وإن فارق المجلس.

الثانية: لو اشترى من يعتق عليه، كأبيه وابنه، قال جمهور الأصحاب: يبنى ثبوت خيار المجلس على أقوال الملك في زمن الخيار. فإن قلنا: إنه للبائع، فلهما الخيار، ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زمن الخيار. وإن قلنا: موقوف، فلهما الخيار. وإذا أمضينا العقد، تبيّن أنه عتق بالشراء. وإن قلنا: الملك للمشتري، فلا خيار له، ويثبت للبائع. ومتى يعتق؟ وجهان: أحدهما: لا يحكم بعتقه حتى يمضي زمن الخيار، ثم نحكم يومئذ بعتقه من يوم الشراء. والثاني: نحكم بعتقه حين الشراء. وعلى هذا، هل ينقطع خيار البائع؟ وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشتري العبد الأجنبي في زمن الخيار، وقلنا: الملك له. قال في «التهذيب»: ويحتمل أن نحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضاً، تفريعاً على أن الملك له، وأن لا يعتق العبد في الحال، لأنه لم يوجد منه الرضى إلا بأصل العقد. هذه طريقة الجمهور. وقال إمام الحرمين: المذهب، أنه لا خيار. وقال الأودني: يثبت، وتابع الغزالي إمامه على ما اختاره، وهو شاذ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب.

الثالثة: الصحيح: أن شراء العبد نفسه من سيده، جائز. وفي ثبوت خيار المجلس، وجهان حكاهما أبو حسن العبادي، ومال إلى ترجيح ثبوته، وقطع الغزالي وصاحب «التتمة» بعدم ثبوته.

الرابعة: في ثبوت الخيار في شراء الجمد في شدة الحر، وجهان: لأنه يتلف بمضي الزمان.

الخامسة: إن صححنا بيع الغائب، ولم نثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية، فهذا البيع من صور الاستثناء.

السادسة: إن باع بشرط نفي خيار المجلس، فثلاثة أوجه سنذكرها قريباً إن شاء الله تعالى. أحدها: يصح البيع والشرط. فعلى هذا، تكون هذه الصورة مستثناة، هذا

حكم المبيع بأنواعه. ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة، ولا في الإبراء، ولا في الإقالة إن قلنا: إنها فسخ، وإن قلنا: إنها بيع، ففيها الخيار. ولا يثبت في الحوالة إن قلنا: إنها ليست معاوضة، وإن قلنا: معاوضة، فكذا أيضاً على الأصح، لأنها ليست على قواعد المعاوضات. ولا يثبت في الشفعة للمشتري، وفي ثبوته للشفيع، وجهان: فإن أثبتناه، فقليل: معناه: أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفرعنا على قول الفور.

قال إمام الحرمين: هذا غلط، بل الصحيح: أنه على الفور. ثم له الخيار في نقض الملك ورده. ومن اختار عين ماله لإفلاس المشتري، فلا خيار له، وفي وجه ضعيف: له الخيار، ما دام في المجلس. ولا خيار في الوقف كالعق، ولا في الهبة إن لم يكن ثواب. فإن كان ثواب مشروط، أو قلنا: يقتضيه الإطلاق، فلا خيار أيضاً على الأصح، لأنه لا يسمى بيعاً، والحديث ورد في المتبايعين. ويثبت الخيار في القسمة، إن كان فيها رد، وإلا، فإن جرت بالإجبار، فلا خيار، وإن جرت بالتراضي، فإن قلنا: إنها إقرار، فلا خيار، وإن قلنا: بيع، فكذا على الأصح.

النوع الثاني: العقد الوارد على المنفعة:

فمنه: النكاح، ولا خيار فيه، ولا خيار في الصداق على الأصح. فإن أثبتناه، ففسخت، وجب مهر المثل. وعلى هذين الوجهين، ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع، ولا تندفع الفرقة بحال.

ومنه: الإجارة، وفي ثبوت خيار المجلس فيها، وجهان: أصحهما: عند صاحب «المهذب» وشيخه الكرخي: يثبت، وبه قال الإصطخري وصاحب «التلخيص»، وأصحهما: عند الإمام وصاحب «التهذيب» والأكثرين: لا يثبت، وبه قال أبو إسحاق وابن خيران. قال القفال في طائفة: الخلاف في إجارة العين. أما الإجارة على الذمة، فيثبت فيها قطعاً كالسلم. فإن أثبتنا الخيار في إجارة العين، ففي ابتداء مدّتها، وجهان: أحدهما: من وقت انقضاء الخيار بالتفرق. فعلى هذا، لو أراد المؤجر أن يؤجره لغيره في مدة الخيار، قال الإمام: لم يجزه أحد فيما أظن، وإن كان محتملاً في القياس. وأصحهما: أنها تحسب من وقت العقد. فعلى هذا، على من تحسب مدة الخيار؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر، فهي محسوبة على المؤجر. وإن كانت بعده، فوجهان: بناءً على أن المبيع إذا هلك في يد المشتري في زمن الخيار، من ضمان من يكون؟ الأصح: أنه من ضمان المشتري. فعلى هذا، يحسب على المستأجر، وعليه تمام الأجرة. والثاني: من ضمان البائع. فعلى هذا، يحسب على المؤجر، ويحطّ من الأجرة قدر ما يقابل تلك المدة. وأما

المساقاة، ففي ثبوت خيار المجلس فيها، طريقان. أحدهما: على الخلاف في الإجارة. والثاني: القطع بالمنع، لعظم الغرر فيها، فلا يضم إليه غرر الخيار. والمسابقة، كالإجارة، إن قلنا: إنها لازمة، وكالعقود الجائزة، إن قلنا: جائزة.

فرع: لو تبايعا بشرط نفي خيار المجلس، فثلاثة أوجه: أحدها: البيع باطل، والثاني: أنه صحيح، ولا خيار. والثالث: صحيح، والخيار ثابت. ولو شرط نفي خيار الرؤية على قول صحة بيع الغائب، فالمذهب: أن البيع باطل، وبه قطع الأكثرون. وطرد الإمام، والغزالي فيه الخلاف. وهذا الخلاف، يشبه الخلاف في شرط البراءة من العيوب. ويتفرع على نفي خيار المجلس ما إذا قال لعبده: إن بعثتك، فأنت حر، ثم باعه بشرط نفي الخيار، فإن قلنا: البيع باطل، أو صحيح، ولا خيار، لم يعتق. وإن قلنا: صحيح، والخيار ثابت، عتق، لأن عتق البائع في مدة الخيار نافذ.

فصل: فيما ينقطع به خيار المجلس

وجملته: أن كل عقد ثبت فيه هذا الخيار، فإنه ينقطع بالتخاير، وينقطع أيضاً بأن يتفرقاً بأبدانهما عن مجلس العقد. أما التخاير، فهو أن يقولوا: تخايرنا، أو اخترنا إمضاء العقد، أو أمضيناه، أو أجزناه، أو ألزمناه، وما أشبهها. فلو قال أحدهما: اخترت إمضاءه، انقطع خياره، وبقي خيار الآخر، كما إذا أسقط أحدهما خيار الشرط. وفي وجه ضعيف: لا يبقى خيار الآخر، لأن هذا الخيار لا يتبع بعض ثبوته، فلا يتبع بعض سقوطه. ولو قال أحدهما لصاحبه: اختر أو خيرتك، فقال الآخر: اخترت، انقطع خيارهما. وإن سكت، لم ينقطع خياره، وينقطع خيار القائل على الأصح، لأنه دليل الرضى. ولو أجاز واحد، وفسخ الآخر، قَدِمَ الفسخ.

ولو تقابضا في المجلس، وتبايعا العوضين بيعاً ثانياً، صح البيع الثاني أيضاً على المذهب، وبه قطع الجمهور، لأنه رضى بلزوم الأول. وقيل: إنه يبنى على أن الخيار، هل يمنع انتقال الملك؟ إن قلنا: يمنع، لم يصح. ولو تقابضا في الصرف، ثم أجازا في المجلس، لزم العقد. فإن أجازاه قبل التقابض، فوجهان: أحدهما: تلغو الإجارة، فيبقى الخيار. والثاني: يلزم العقد، وعليهما التقابض. فإن تفرقاً قبل التقابض، انفسخ العقد، ولا يَأْتِمَانُ إن تفرقاً عن تراضٍ. وإن انفرد أحدهما بالمفارقة، أثم. وأما التفرق، فأن يتفرقاً بأبدانهما، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة، أو قاما وتماشيا مراحل، فهما على خيارهما. هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور. وحكي وجه: أنه لا يزيد على ثلاثة أيام. ووجه: أنهما لو شرعا في أمر

آخر، وأعرضاً عما يتعلق بالعقد، وطال الفصل، انقطع الخيار. ثم الرجوع في التفرق إلى العادة. فما عدّه الناس تفرُّقاً، لزم به العقد. فلو كانا في دار صغيرة، فالتفرُّق أن يخرج أحدهما منها، أو يصعد السطح. وكذا لو كانا في مسجد صغير، أو سفينة صغيرة. فإن كانت الدار كبيرة، حصل التفرُّق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن، أو من الصحن إلى بيت أو صُفَّة. وإن كانا في صحراء أو في سوق، فإذا ولّى أحدهما ظهره ومشى قليلاً، حصل التفرق على الصحيح. وقال الإصطخري: يشترط أن يبعد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت، لم يسمع كلامه. ولا يحصل التفرق، بأن يرخى ستر بينهما، أو يشق نهر. ولا يحصل ببناء جدار بينهما من طين أو جصّ على الأصح. وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما، كالصحراء.

فرع: لو تناديا متباعين، وتبايعا، صح البيع. قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا خيار لهما، لأن التفرق الطاريء يقطع الخيار، فالمقارن يمنع ثبوته. ويحتمل أن يقال: يثبت ما دام في موضعهما، وبهذا قطع صاحب «التتمة». ثم إذا فارق أحدهما موضعه، بطل خياره. وهل يبطل خيار الآخر، أم يدوم إلى أن يفارق مكانه؟ فيه احتمالان للإمام.

قلت: الأصح: ثبوت الخيار، وأنه متى فارق أحدهما موضعه، بطل خيار الآخر. ولو تبايعا وهما في بيتين من دار أو صحن وُصْفَة، ينبغي أن يكونا كالتبايعين فيما ذكرنا، وأن يثبت الخيار حتى يفارق أحدهما. والله أعلم.

فرع: لو مات أحدهما في المجلس، نص أن الخيار لوارثه، وقال في المكاتب: إذا باع ومات في المجلس، وجب البيع. وللأصحاب ثلاث طرق. أصحها: في المسألتين قولان. أظهرهما: يثبت الخيار للوارث والسيد، كخيار الشرط والعيب. والثاني: يلزم، لأنه أبلغ من المفارقة بالبدن. والطريق الثاني: يثبت لهما قطعاً. وقوله في المكاتب: وجب البيع، معناه: لا يبطل، بخلاف الكتابة. والثالث: تقرير النصين. والفرق، بأن الوارث خليفة الميت، بخلاف السيد. وحكي قول مخرج من خيار المجلس في خيار الشرط: أنه لا يورث، وهو شاذ. ولو باع العبد المأذون، أو اشترى، ومات في المجلس، فكالمكاتب. وكذا الوكيل بال شراء إذا مات في المجلس، هل للموكل الخيار؟ فيه الخلاف كالمكاتب. هذا إذا فرغنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس التوكيل. وفي وجه: يعتبر مجلس الموكل، وهو شاذ. ثم إن لم يثبت الخيار للوارث، فقد انقطع خيار الميت. وأما الحي، ففي «التهذيب»: أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس. وقال الإمام: يلزم العقد

من الجانبين، ويجوز تقدير خلاف فيه، لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كثبوته.

قلت: قول صاحب «التهذيب» أصح، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حسين: يمتد حتى يجتمع هو والوارث. ورابع حكاه الروياني: أنه ينقطع خياره بموت صاحبه. فإذا بلغ الخبر الوارث، حدث لهذا الخيار معه. والله أعلم.

وإن قلنا: يثبت الخيار للوارث، فإن كان حاضراً في المجلس، امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا. وإن كان غائباً، فله الخيار إذا وصل الخبر إليه. وهل هو على الفور، أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه؟ وجهان كالوجهين في خيار الشرط إذا ورثه الوارث وبلغه الخبر بعد مضي مدة الخيار، ففي وجه: يمتد كما كان يمتد للميت لو بقي. ومنهم من بناهما على وجهين في كيفية ثبوته للعاقد الباقي. أحدهما: له الخيار ما دام في مجلس العقد. فعلى هذا، يكون خيار الوارث في المجلس الذي يشاهد فيه المبيع. والثاني: يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث في مجلس، فحينئذ يثبت الخيار للوارث.

قلت: حاصل الخلاف في خيار المجلس للوارث الغائب، أربعة أوجه: منها ثلاثة جمعها القاضي حسين. أصحها: يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر. والثاني: حتى يجتمعا. والثالث: على الفور. والرابع: يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع، ولا يتأخر. والله أعلم.

فرع: إذا ورثه اثنان فصاعداً، وكانوا حضوراً في مجلس العقد، فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر، ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح. وإن كانوا غائبين عن المجلس، قال في «التتمة»: إن قلنا في الوارث الواحد: يثبت الخيار في مجلس مشاهدة المبيع، فلهم الخيار إذا اجتمعوا في مجلس واحد. وإن قلنا: له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد، فكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا به. ومتى فسخ بعضهم، وأجاز بعضهم، ففي وجه: لا يفسخ في شيء والأصح: أنه يفسخ في الجميع، كالمورث إذا فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض.

قلت: وسواء فسخ بعضهم في نصيبه فقط، أو في الجميع. والله أعلم.

فرع: إذا حُمل أحد المتعاقدين، فأخرج من المجلس مُكرهاً، فإن مُنع الفسخ بأن سُدَّ فمه، لم ينقطع خياره على المذهب. وقيل: وجهان كالقولين في الموت، وهنا أولى ببقائه، لأن إبطال حقه قهراً، بعيد. وإن لم يمنع الفسخ، فطريقان. أحدهما: ينقطع. وأصحهما: على وجهين: أصحهما: لا ينقطع. فإن قلنا: ينقطع خياره، انقطع أيضاً خيار الماكث، وإلا، فله التصرف بالفسخ والإجارة إذا تمكّن.

وهل هو على الفور؟ فيه الخلاف السابق. فإن قلنا: لا يتقيد بالفور، وكان مستقراً حين زايله الإكراه في مجلس، امتد الخيار امتداد ذلك المجلس. وإن كان ماراً، فإذا فارق في مروره مكان التمكّن، انقطع خياره، وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع بالعاقد الآخر إن طال الزمان. وإن قصر، ففيه احتمال للإمام. وإذا لم يبطل خيار المُخْرَج، لم يبطل خيار الماكث أيضاً إن منع الخروج معه، وإلا، بطل على الأصح. ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما، ففي انقطاع الخيار قولان، كحنت المكره. ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر مع التمكّن، بطل خيارهما، وإن لم يتمكن، بطل خيار الهارب وحده، قاله في «التهذيب».

قلت: أطلق الفوراني، والمتولي، وصاحب «العدة» و«البيان» وغيرهم: أنه يبطل خيارهما بلا تفصيل، وهو الأصح، لأنه تمكن من الفسخ بالقول، ولأن الهارب فارق مختاراً، بخلاف المكره، فإنه لا فعل له. والله أعلم.

فرع: لو جُن أحدهما، أو أغمي عليه، لم ينقطع الخيار، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة. وفي وجه مخرج من الموت: أنه ينقطع. ولو خرس أحدهما في المجلس، فإن كانت له إشارة مفهومة، أو كتابة، فهو على خياره، وإلا، نصب الحاكم نائباً عنه.

فرع: لو جاء المتعاقدان معاً، فقال أحدهما: تفرقنا بعد البيع، فلزم، وأنكر الثاني التفرق، وأراد الفسخ، فالقول قول الثاني مع يمينه، للأصل. ولو اتفقا على التفرق، وقال أحدهما: فسخت قبله، وأنكر الآخر، فالقول قول المنكر مع يمينه على الصحيح، وعلى الثاني: قول مدعي الفسخ، لأنه أعلم بتصرفه. ولو اتفقا على عدم التفرق، وادعى أحدهما الفسخ، وأنكر الآخر، فدعواه الفسخ، فسخ.

السبب الثاني للخيار: الشرط. يصح خيار الشرط بالإجماع، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام، فإن زاد، بطل البيع، ويجوز دون الثلاثة. فلو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، فهل يبطل البيع، أو يصح ويباع عند الإشراف على الفساد، ويقام ثمنه مقامه؟ وجهان حكاهما صاحب «البيان».

قلت: أصحهما: الأول. والله أعلم.

ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد. فلو شرط خيار ثلاثة فما دونها من آخر الشهر، أو متى شاء، أو شرطاً خيار الغد دون اليوم، بطل البيع. ولا يجوز شرط الخيار مطلقاً، ولا تقديره بمدة مجهولة. فإن فعل، بطل العقد، ولو شرطاً الخيار إلى وقت طلوع الشمس من الغد، جاز. ولو قالاً: إلى طلوعها، قال الزبيري: لا يجوز، لأن السماء قد تغيم فلا تطلع، وهذا بعيد، فإن التغيم إنما يمنع من الإشراق واتصال

الشعاع، لا من الطلوع. واتفقوا على أنه يجوز أن يقول: إلى الغروب، وإلى وقت الغروب.

قلت: الأصح: خلاف قول الزيري. والله أعلم.

ولو تباعا نهائياً بشرط الخيار إلى الليل، أو عكسه، لم يدخل فيه الليل والنهار، كما لو باع بألف إلى رمضان، لا يدخل رمضان في الأجل.

فرع: لو باع عبيدين بشرط الخيار في أحدهما لا بعينه، بطل البيع، كما لو باع أحدهما لا بعينه. ولو شرط الخيار في أحدهما بعينه، ففيه قولان الجمع بين مختلفي الحكم، وكذا لو شرط في أحدهما خيار يوم، وفي الآخر، يومين. فإن صححنا البيع، ثبت الخيار فيما شرط كما شرط. ولو شرط الخيار فيهما، ثم أراد الفسخ في أحدهما، فعلى قولي تفريق الصفقة في الرد بالعيب. ولو اشترى اثنان شيئاً من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار، فلا أحدهما الفسخ في نصيبه، كما في الرد بالعيب. ولو شرط لأحدهما الخيار، دون الآخر، صح البيع على الأظهر.

فرع: لو اشترى بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، بطل البيع، كما لو تباعا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم، فلا بيع بينهما، هذا هو الصحيح. وعن أبي إسحاق: أنه يصح العقد، والمذكور في الصورة الأولى: شرط الخيار للمشتري. وفي الثانية: شرط للبائع.

فرع: قد اشتهر في الشرع، أن قوله: لا خلافة، عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام. فإذا أطلقها عالمين بمعناها، كان كالتصريح بالاشتراط. وإن كانا جاهلين، لم يثبت الخيار. فإن علم البائع دون المشتري، فوجهان: قلت: الصحيح: أنه لا يثبت. والله أعلم.

فرع: إذا شرط الخيار ثلاثة أيام، ثم أسقطا اليوم الأول، سقط الكل.

فرع: إذا تباعا بشرط الخيار ثلاثة فما دونها، فابتداء المدة من وقت العقد، أم من وقت التفرق، أو التأخير؟ فيه وجهان: أحدهما: الأول. وأما ابتداء مدة الأجل، فإن جعلنا الخيار من العقد، فالأجل أولى، وإلا، فوجهان: فإذا قلنا: ابتداء الخيار من العقد، فانقضت المدة وهما مصطحبان بعد، انقطع خيار الشرط، وبقي خيار المجلس. وإن تفرقا والمدة باقية، فالحكم بالعكس. ولو أسقطا أحد الخيارين، لم يسقط الآخر. ولو قالوا: ألزمتنا العقد، أو أسقطنا الخيار مطلقاً، سقطا. ولو شرطا الابتداء من وقت التفرق، بطل العقد على الصحيح. وفي وجه: يصح البيع والشرط. وأما إذا قلنا: ابتداء الخيار من التفرق: فإذا تفرقا، انقطع خيار المجلس، واستؤنف

خيار الشرط. ولو أسقطا الخيار قبل التفرق، بطل خيار المجلس، ويبطل الآخر على الأصح، لأنه غير ثابت. ولو شرطاً ابتداءً من حين العقد، فوجهان: أحدهما: يصح العقد والشرط. ولو شرطاً الخيار بعد العقد وقبل التفرق، وقلنا بشوته، فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف، وعلى الأول: يحسب من وقت الشرط، لا من وقت العقد، ولا من التفرق.

فرع: مَنْ له خيار الشرط، له فسخ العقد حَضَرَ صاحبه أو غاب، ولا يفتقر نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم.

فصل: فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت

والقول الجملي فيه: أنه مع خيار المجلس يتلزمان في الأغلب، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط، فربما انفكا لذلك، فإذا أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس.

واعلم بأنهما متفقان في صورة الخلاف والوفاق، إلا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس، كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين، كالسلم، لا يجوز شرط الخيار فيها وإن ثبت خيار المجلس، وإلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف. وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون، وإلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبايع لمفلس، لم يطردوه هنا، وإلا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة قاطعة تنفي خيار الشرط، وإلا أن في الإجارة أيضاً طريقة مثل ذلك. وحكم شرط الخيار في الصداق، مذكور في كتاب «الصداق».

فصل: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع. ويجوز أن يشترط لأحدهما يوم، وللآخر يومان أو ثلاثة. فإن شرطه لغيرهما، فإن كان الغير أجنبياً، فقولان: أحدهما: يفسد البيع. وأظهرهما: يصح البيع والشرط، ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد. ولا فرق على القولين بين أن يشترط جميعاً أو أحدهما الخيار لشخص واحد، وبين أن يشترط هذا الخيار لواحد، وهذا لآخر. فإذا قلنا بالأظهر، ففي ثبوت الخيار للشارط أيضاً قولان، أو وجهان: أظهرهما: وهو ظاهر نصه في الصرف: أنه لا يثبت، اقتصاراً على الشرط. فإذا لم نثبت الخيار للعاقدين مع الأجنبي، فمات الأجنبي في زمن الخيار، ثبت له الآن على الأصح.

وإن أثبتنا الخيار للعاقدين مع الأجنبي، فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ. ولو فسخ أحدهما، وأجاز الآخر، فالفسخ أولى. ولو اشترى شيئاً على أن يؤامر

فلاناً، فيأتي بما يأمره به من الفسخ والإجازة، فالمنصوص: أنه يجوز، وليس له الرد حتى يقول: استأمرته، فأمرني بالفسخ. وتكلموا فيه من وجهين: أحدهما: أنه لماذا شرط أن يقول: استأمرته؟ قال الذين خصّوا الخيار المشروط للأجنبي به: هذا جواب على المذهب الذي قلناه ومؤيد له. وقال الآخرون: إنه مذكور احتياطاً. والوجه الثاني: أنه أطلق في التصوير شرط المؤامرة، فهل يحتمل ذلك؟ الصحيح: أنه لا يحتمل، واللفظ محمول على ما إذا قيّد المؤامرة بالثلاث فما دونها. وقيل: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاث، كخيار الرؤية. أما إذا كان ذلك الغير هو الموكل، فيثبت الخيار للموكل فقط، وللوكيل بالبيع والشراء شرط الخيار للموكل على الأصح، لأن ذلك لا يضره. وطرد الشيخ أبو علي الوجهين في شرط الخيار لنفسه أيضاً. وليس للوكيل في البيع شرط الخيار للمشتري، ولا للوكيل في الشراء شرطه للبائع، فإن خالف، بطل العقد. وإذا شرط الخيار لنفسه، وجوّزناه، أو أذن فيه صريحاً، ثبت له الخيار، ولا يفعل إلا ما فيه الحظ للموكل، لأنه مؤتمن، بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار، لا يلزمه رعاية الحظ، هكذا ذكره. ولقائل أن يجعل شرط الخيار له ائتماناً، وهذا أظهر إذا جعلناه نائباً عن العاقد. ثم هل يثبت للموكل الخيار معه في هذه الصورة؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا شرط للأجنبي، هل يثبت للعاقد؟ وحكى الإمام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالإذن المطلق من الموكل، ثلاثة أوجه: أن الخيار يثبت للوكيل، أو للموكل، أم لهما؟

قلت: أصحهما: للوكيل. ولو حضر الموكل مجلس العقد، فحجر على الوكيل في خيار المجلس، فمنعه الفسخ والإجازة، فقد ذكر الغزالي كلاماً معناه: أن فيه احتمالين. أحدهما: يجب الامتثال، وينقطع خيار الوكيل، قال: وهو مشكل، لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل، وهو مشكل. والثاني: لا يمتثل، لأنه من لوازم السبب السابق، وهو البيع، ولكنه مشكل، لأنه يخالف شأن الوكالة التي مقتضاها امتثال قول الموكل، وهذا الثاني أرجح، وهذا معنى كلام الغزالي في «البيسط» و«الوسيط». وليس في المسألة خلاف وإن كانت عبارته موهمة إثبات خلاف. والله أعلم.

فصل: مُلْكُ المِبيِعِ في زمن الخيار لمن؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها، للمشتري، والملك في الثمن للبائع. والثاني: للبائع، والملك في الثمن للمشتري. والثالث: موقوف. فإن تم البيع، بان حصول الملك للمشتري بنفس البيع، وإلا، بان أن ملك البائع لم يزل. وكذا يتوقف في الثمن. وفي موضع الأقوال، طرق. أحدها: أنها إذا كان الخيار لهما، إما بالشرط، وإما بالمجلس. أما إذا كان لأحدهما، فهو مالك

المبيع، لنفوذ تصرفه. والثاني: أنه لا خلاف في المسألة، ولكن إن كان الخيار للبائع، فالملك له. وإن كان للمشتري، فله. وإن كان لهما، فموقوف. وتُنزَل الأقوال على هذه الأحوال. والثالث: طرد الأقوال في جميع الأحوال، وهو الأصح عند عامة الأصحاب، منهم العراقيون، والحلي. وأما الأظهر من الأقوال، فقال الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه: الأظهر: أن الملك للمشتري، وبه قال الإمام. وقال آخرون، الأظهر: الوقف، وبه قال صاحب «التهذيب»، والأشبه: توسط ذكره جماعة، وهو أنه إن كان الخيار للبائع، فالأظهر: بقاء الملك له. وإن كان للمشتري، فالأظهر: انتقاله إليه. وإن كان لهما، فالأظهر: الوقف.

التفريع. لهذه الأقوال، فروع كثيرة:

منها: ما يذكر في أبوابه.

ومنها: ما يذكر هنا. فمن ذلك، كسب العبد والأمة المبيعين في زمن الخيار، فإن تم البيع، فهو للمشتري إن قلنا: الملك له، أو موقوف. وإن قلنا: للبائع، فوجهان: قال الجمهور: الكسب للبائع، لأن الملك له عند حصوله. وقال أبو علي الطبري: للمشتري. وإن فسخ البيع، فهو للبائع إن قلنا: الملك له، أو موقوف. وإن قلنا: للمشتري، فوجهان: أحدهما: للمشتري. وقال أبو إسحاق: للبائع. وفي معنى الكسب: اللبن، والثمر، والبيض، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة.

ومنه: النتاج، فإن فرض حدوث الولد وانفصاله في مدة الخيار لامتداد المجلس، فهو كالكسب. وإن كانت الجارية أو البهيمة حاملاً عند البيع، وولدت في زمن الخيار، بني على أن الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن؟ وفيه قولان. أحدهما: لا، كأعضائها. فعلى هذا، هو كالكسب بلا فرق. وأظهرهما: نعم، كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم. فعلى هذا، الحمل مع الأم كعنين بيعتا معاً. فإن فسخ البيع، فهما للبائع، وإلا، فللمشتري.

ومنه: العتق، فإذا أعتق البائع في زمن الخيار المشروط لهما، أو للبائع، نفذ إعتاقه على كل قول. وإن أعتقه المشتري، فإن قلنا: الملك للبائع، لم ينفذ إن فسخ البيع، وكذا إن تم على الأصح. وإن قلنا: موقوف، فالعتق أيضاً موقوف، فإن تم العقد، بان نفوذه، وإلا، فلا. وإن قلنا: الملك للمشتري، ففي العتق وجهان: أحدهما: وهو ظاهر النص: لا ينفذ، صيانة لحق البائع عن الإبطال. وعن ابن سريج: أنه ينفذ، لمصادفته الملك. ثم قيل بالنفوذ عنه مطلقاً. وقيل: إنه يفرق بين أن يكون موسراً، فينفذ، أو معسراً، فلا ينفذ، كالمرهون. فإن قلنا: لا ينفذ، فاختار

البائع الإجازة، ففي الحكم بنفوذه الآن، وجهان: وإن قلنا: ينفذ، فمن وقت الإجازة، أم الإعتاق؟ وجهان: أحدهما: الأول.

وإن قلنا بوجه ابن سريج، ففي بطلان خيار البائع، وجهان: أحدهما: يبطل، وليس له إلا الثمن. وأصحهما: لا يبطل، لكن لا يرد العتق، بل إذا فسخ، أخذ منه قيمة العبد، كنظيره في الرد بالعيب. هذا كله إذا كان الخيار لهما، أو للبائع. أما إذا كان للمشتري، فينفذ إعتاقه على جميع الأقوال، لأنه إما مصادف ملكه، وإما الإجازة، وليس فيه إبطال حق الغير. وإن أعتقه البائع، فإن قلنا: الملك للمشتري، لم ينفذ، تم البيع أم فُسخ. ويجيء فيما لو فسخ الوجه الناظر إلى المآل. وإن قلنا بالوقف، لم ينفذ إن تم البيع، وإلا، نفذ. وإن قلنا: إنه للبائع، فإن اتفق الفسخ، فهو نافذ، وإلا، فقد أعتق ملكه الذي تعلّق به حق لازم، فهو كإعتاق الراهن.

ومنه: الوطء، فإن كان الخيار لهما، أو للبائع، ففي حله للبائع، طرق. أحدها: أننا إن جعلنا الملك له، فهو حلال، وإلا، فوجهان: وجه الحل: أنه يتضمن الفسخ، وفي ذلك عود الملك إليه معه، أو قبيله. والطريق الثاني: إن لم نجعل الملك له، فحرام، وإلا، فوجهان: وجه التحريم: ضعف الملك، والطريق الثالث: القطع بالحل مطلقاً. والمذهب من هذا كله: الحل، إن جعلنا الملك له، والتحريم، إن لم نجعله له، ولا مهر عليه بحال. وأما وطء المشتري، فحرام قطعاً، لأنه وإن ملك على قول، فملك ضعيف، ولكن لا حدّ عليه على الأقوال، لوجود الملك أو شبهته.

وهل يلزمه المهر؟ إن تم البيع، فلا، إن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف. وإن قلنا: للبائع، وجب المهر له على الصحيح. وقال أبو إسحاق: لا يجب، نظراً إلى المآل. وإن فسخ البيع، وجب المهر للبائع إن قلنا: الملك له أو موقوف. وإن قلنا: للمشتري، فلا مهر على الأصح. ولو أولدها، فالولد حر نسيب على الأقوال: وهل يثبت الاستيلاد؟ إن قلنا: الملك للبائع، فلا. ثم إن تم البيع، أو ملكها بعد ذلك، ففي ثبوته حينئذ قولان، كمن وطئ جارية غيره بشبهة ثم ملكها. وعلى وجه الناظر إلى المآل، إذا تم البيع، نفذ الاستيلاد بلا خلاف. وعلى قول الوقف، إن تم البيع، بان ثبوت الاستيلاد، وإلا، فلا. فلو ملكها يوماً، عاد القولان. وعلى قولنا: الملك للمشتري في ثبوت الاستيلاد، الخلاف المذكور في العتق. فإن لم يثبت في الحال، وتم البيع، بان ثبوته.

ورتب الأئمة الخلاف في الاستيلاد على الخلاف في العتق، فقليل: الاستيلاد أولى بالثبوت. وقيل: عكسه. وقال الإمام: ولا يبعد القول بالتسوية. والقول في

وجوب قيمة الولد على المشتري، كالقول في المهر. أما إذا كان الخيار للمشتري وحده، فحكم حل الوطء كما سبق في حل الوطء في طرف البائع، إذا كان الخيار لهما، أو له. وأما البائع، فيحرم عليه الوطء هنا. فلو وطئ، فالقول في وجوب المهر وثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرناه في طرف المشتري، إذا كان الخيار لهما، أو للبائع.

فرع: إذا تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار، نظر، إن كان قبل القبض، انفسخ العقد. وإن كان بعده وقلنا: الملك للبائع، انفسخ أيضاً، فيسترد الثمن، ويغرم للبائع القيمة. وفي القيمة، الخلاف المذكور في كيفية غرامة المستعير والمستام. وإن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف، فوجهان أو قولان. أحدهما: ينفسخ أيضاً، لحصول الهلاك قبل استقرار العقد. وأصحهما: لا ينفسخ، لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب. فإن قلنا بالانفساخ، فعلى المشتري القيمة. قال الإمام: وهنا يقطع باعتبار قيمة يوم التلف، لأن الملك قبل ذلك لمشتري. وإن قلنا بعدم الانفساخ، فهل ينقطع الخيار؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع. وأصحهما: لا، كما لا يمتنع التحالف بتلف المبيع، ويخالف الرد بالعيب، لأن الضرر ثم يندفع بالأرش، فإن قلنا بالأول، استقر العقد، ولزم الثمن. وإن قلنا بالثاني، فإن تم العقد، لزم الثمن، وإلا، وجبت القيمة على المشتري، واسترد الثمن. فإن تنازعا في تعيين القيمة، فالقول قول المشتري. ومن الأصحاب من قطع بعدم الانفساخ وإن قلنا: الملك للبائع. وذكروا تفريعاً: أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار، فعلى البائع رد الثمن، وعلى المشتري القيمة. قال الإمام: هذا تخطيط ظاهر.

فرع: لو قبض المشتري المبيع في زمن الخيار، وأتلفه متلف قبل انقضائه، إن قلنا: الملك للبائع، انفسخ البيع كالتلف. وإن قلنا: للمشتري أو موقوف، نظر، إن أتلفه أجنبي، بني على ما لو تلف. إن قلنا: ينفسخ العقد هناك، فهو كإتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن قلنا: لا ينفسخ، وهو الأصح، فكذا هنا، وعلى الأجنبي القيمة، والخيار بحاله. فإن تم البيع، فهي للمشتري، وإلا، فللبائع. وإن أتلفه المشتري، استقر الثمن عليه. فإن أتلفه في يد البائع، وجعلنا إتلافه قبضاً، فهو كما لو تلف في يده. وإن أتلفه البائع في يد المشتري، ففي «التتمة»: أنه يبنى على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي، أم كالتلف بأفة سماوية؟ وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

فرع: لو تلف بعض المبيع في زمن الخيار بعد القبض، بأن اشترى عبيدين،

فمات أحدهما، ففي الانفساخ في التالف، الخيار السابق. فإن انفسخ، جاء في الانفساخ في الباقي قولاً تفريق الصفقة. وإن لم ينفسخ، ففي خياره في الباقي، إن قلنا: يجوز ردّ أحد العبدین إذا اشتراهما بشرط الخيار، وإلا، ففي بقاء الخيار في الباقي، الوجهان. وإذا بقي الخيار فيه، ففسخ، ردّه مع قيمة الهالك.

فرع: إذا قبض المبيع في زمن الخيار، ثم أودعه عند البائع، فتلف في يده، فهو كما لو تلف في يد المشتري. حتى إذا فرّعنا على أن الملك للبائع، ينفسخ البيع، ويسترد الثمن، ويغرم القيمة، حكاه الإمام عن الصيدلاني. ثم أبدى احتمالاً في وجوب القيمة لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك.

فرع: لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار. فلو تبرّع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع. وقيل: ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه. والأول: أصح.

فرع: لو اشترى زوجته بشرط الخيار، ثم خاطبها بالطلاق في زمن الخيار، فإن تم العقد وقلنا: الملك للمشتري أو موقوف، لم يقع الطلاق. وإن قلنا: للبائع، وقع. وإن فسخ وقلنا: للبائع أو موقوف، وقع. وإن قلنا: للمشتري، فوجهان: وليس له الوطء في زمن الخيار، لأنه لا يدرى أيطأ بالملك، أو بالزوجة؟ هذا هو الصحيح المنصوص. وفي وجه: له الوطء.

فصل: فيما يحصل به الفسخ والإجازة

لا يخفى ما يحصلان به من الألفاظ، كقول البائع: فسخت البيع، أو استرجعت المبيع، أو رددت الثمن. وقال الصيمري: قول البائع في زمن الخيار: لا أبيع حتى يزيد في الثمن، وقول المشتري: لا أفعل، فسخ، وكذا قول المشتري: لا أشتري حتى تنقص لي من الثمن، وقول البائع: لا أفعل، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال.

فرع: إذا كان للبائع خيار، فوطؤه المبيعة في زمن الخيار، فسخ على الصحيح، لإشعاره باختيار الإمساك. وفي وجه: لا يكون فسخاً. وفي وجه: إنما يكون فسخاً إذا نوى به الفسخ. فعلى الصحيح، لو قبل أو باشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة، لا يكون فسخاً على الأصح، وكذا الركوب والاستخدام. وقطع في «التهذيب» بأن الجميع فسخ.

فرع: إعتاق البائع إن كان له الخيار، فسخ بلا خلاف. وفي بيعه، وجهان:

أصحهما: أنه فسخ. فعلى هذا، في صحة البيع المأتي به، وجهان: أحدهما: الصحة، كالعقود. ويجري هذا الخلاف في الإجارة والتزويج، وكذا في الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض، وسواء وهب لمن لا يتمكّن من الرجوع في هبته، أو يتمكّن، كوله. فإن تجرّد الرهن والهبة عن القبض، فهو كالعرض على البيع، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا علم البائع أن المشتري يطاء الجارية، وسكت عليه، هل يكون مجيزاً؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو سكت على بيعه وإجارته، وكما لو سكت على وطء أمته، لا يسقط به المهر. ولو وطئ بالإذن، حصلت الإجارة، ولم يجب على المشتري مهر ولا قيمة ولد، وثبت الاستيلاء قطعاً. وما سبق في الفصل الماضي، مفروض فيما إذا لم يأذن له البائع في الوطاء ولا علم به.

فرع: وطء المشتري، هل هو إجارة منه؟ وجهان: أحدهما: نعم، وإعتاقه إن كان بإذن البائع، نفذ، وحصلت الإجارة في الطرفين، وإلا، ففي نفوذه ما سبق. فإن نفذ، حصلت الإجارة، وإلا، فوجهان: أحدهما: الحصول، لدلالته على اختيار التملك. قال الإمام: ويتجه أن يقال: إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه، لم يكن إجارة قطعاً. وإن باع، أو وقف، أو وهب وأقبض بغير إذن البائع لم ينفذ قطعاً، ولكن يكون إجارة على الأصح. ولو باشر هذه التصرفات بإذن البائع، أو باع للبائع نفسه، صح على الأصح. قال ابن الصباغ: وعلى الوجهين جميعاً، يلزم البيع، ويسقط الخيار. وقياس ما سبق: أنا إذا لم نفذها، كان سقوط الخيار على وجهين: ولو أذن له البائع في طحن الحنطة المبيعة، فطحنها، كان مجيزاً. ومجرد الإذن في هذه التصرفات، لا يكون إجارة من البائع، حتى لو رجع قبل التصرف، كان على خياره، ذكره الصيدلاني وغيره.

فرع: في العرض على البيع والإذن والتوكيل

فيه وجهان - وكذا في الرهن والهبة، دون القبض - . أحدهما: أنها كلها فسخ من جهة البائع، وإجارة من جهة المشتري. وأصحهما: أنها ليست فسخاً، ولا إجارة. ولو باع المبيع في زمن الخيار بشرط الخيار، قال الإمام: إن قلنا: لا يزول ملك البائع، فهو قريب من الهبة الخالية من القبض، وإن قلنا: يزول، ففيه احتمال، لأنه أبقى لنفسه مستدركاً.

فرع: اشترى عبداً بجارية، ثم أعتقهما معاً، نظر، إن كان الخيار لهما، عتقت الجارية، بناءً على ما سبق أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ، ولا يعتق العبد

المشتري وإن جعلنا الملك فيه لمشتريه، لما فيه من إبطال حق صاحبه على الأصح. وعلى الوجه القائل بنفاذ إعتاق المشتري، تفريراً على أن الملك للمشتري، يعتق العبد، ولا تعتق الجارية. وإن كان الخيار لمشتري العبد، فثلاثة أوجه: أصحها: يعتق العبد، لأنه إجازة. والأصل: استمرار العقد. والثاني: تعتق الجارية، لأن عتقها فسخ، فقدّم على الإجازة. ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين، وأجاز الآخر، قدّم الفسخ. والثالث: لا يعتق واحد منهما.

وإن كان الخيار لبائع العبد وحده، فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتري، والخيار لصاحبه، وبالإضافة إلى الجارية بائع. وقد سبق الخلاف في إعتاقهما. والذي يُفتى به: أنه لا ينفذ العتق في واحد منهما في الحال. فإن فسخ صاحبه، نفذ في الجارية، وإلا، ففي العبد. ولو كانت المسألة بحالها وأعتقهما مشتري الجارية، ففسخ الحكم بما ذكرناه، وقل: إن كان الخيار لهما، عتق العبد دون الجارية على الأصح. وإن كان للمعتق وحده، فعلى الأوجه الثلاثة. في الأول: يعتق العبد، وفي الثاني: الجارية، ولا يخفى الثالث.

باب: خيار النقيصة

هو منوط بفوات شيء من المعقود عليه كان يُظن حصوله، وذلك الظن من أحد ثلاثة أمور: أولها: شرط كونه بتلك الصفة. وثانيها: اطراد العرف بحصولها فيه. وثالثها: أن يفعل العاقد ما يورث ظن حصولها.

فالأول: من أسباب الظن: كقوله: بعث هذا العبد بشرط كونه كاتباً.

والصفات الملزمة بالشرط، قسمان:

أحدهما: يتعلق به غرض مقصود، فالخلف فيها يثبت الخيار وفاقاً، أو على خلاف فيه، وذلك بحسب قوّة الغرض وضعفه.

والثاني: لا يتعلق به غرض مقصود، فاشترطه لغو، ولا خيار بفقده. فإذا شرط كون العبد كاتباً أو خبازاً أو صائغاً، فهو من القسم الأول. ويكفي أن يوجد من الصفة المشروطة ما ينطلق عليه الاسم، ولا تشترط النهاية فيها. ولو شرط إسلام العبد، فبان كافراً، أو شرط كون الجارية يهودية أو نصرانية، فبانت مجوسية، ثبت الخيار. ولو شرط كفره، فبان مسلماً، ثبت الخيار على الصحيح. وقيل: إن كان قريباً من بلاد الكفر، أو في ناحية أغلب أهلها الذمّيون، ثبت الخيار، وإلا، فلا. وقال المزني: لا خيار أصلاً. ولو شرط بكاراة الجارية، فبانث ثيباً، فله الرد، سواء كانت مزوّجة، أم لا.

وقال أبو إسحاق: لا خيار إن كانت مزوجة، لأن الافتضاخ حق للزوج. والصحيح: الأول، لأنه قد يطلقها. ولو شرط ثيابتها، فبانت بكراً، أو شرط سبوبة شعرها، فبان جعداً، فلا خيار على الأصح، لأنها أفضل، كما لو شرط كون العبد أمياً، فبان كاتباً، أو كونه فاسقاً، فبان عفيفاً. ولو شرط الجعودة، فبان سبطاً، ثبت الخيار. ولو شرط كون العبد خصياً، فبان فحلاً أو عكسه، فله الرد، لشدة اختلاف الأغراض. وقيل: لا رد في الصورة الأولى. ولو شرط كونه مختوناً، فبان أقلف، فله الرد، وبالعكس لا رد. وقال في «التتمة»: إلا أن يكون العبد مجوسياً. وهناك مجوس يشترى الأقلف بزيادة، فله الرد. ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة، فهو لغو.

وخيار الخلف على الفور، فيبطل بالتأخير كما سنذكر في العيب إن شاء الله تعالى.

ولو تعدد الرد بهلاك وغيره، فله الأرض كما في العيب. ومسائل الفصل كلها مبنية على أن الخلاف في الشرط لا يفسد البيع. وحكي قول ضعيف: أنه يفسده.

الثاني: من أسباب الظن: اطراد العرف. فمن اشترى شيئاً، فوجده معيباً، فله الرد. ومن باع شيئاً يعلم به عيباً، وجب عليه بيانه للمشتري.

قلت: ويجب أيضاً على غير البائع ممن علمه إعلام المشتري. والله أعلم. فمن العيوب: الخضاء، والجَبُّ، والزنا، والسرقة في العبيد والإماء، والإباق، والبَحْرُ والصُّنَانُ فيهما. والبخر الذي هو عيب، هو الناشئ من تغير المعدة، دون ما يكون لقلح الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم. والصُّنَانُ الذي هو عيب، هو المستحكم الذي يخالف العادة، دون ما يكون لعارض عرق، أو حركة عنيفة، أو اجتماع وسخ. ونص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع، فللمشتري الرد وإن تاب وحسنت حاله، لأن تهمة الزنا لا تزول، ولهذا لا يعود إحسان الحر الزاني بالتوبة، وكذلك الإباق والسرقة، يكفي في كونهما عيباً مرة واحدة.

ومن العيوب: كون الدار أو الضيعة منزل الجند. قال القاضي حسين في فتاويه: هذا إذا اختصت من بين ما حواليتها بذلك، فإن كان ما حواليتها من الدور بمثابة، فلا رد، وكونها ثقيلة الخراج، عيب، وإن كنا لانرى أصل الخراج في تلك البلاد، لتفاوت القيمة والرغبة. ونعني بثقل الخراج، كونه فوق المعتاد في أمثالها. وفي وجه: لا رد بثقل الخراج، ولا بكونها منزل الجند. وألحق في «التتمة» بهاتين الصورتين، ما إذا اشترى داراً، فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق، ويزعزعون

الأبنية، أو أرضاً فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع. ولو اشترى أرضاً يتوهم أن لا خراج عليها، فبان خلافه، فإن لم يكن على مثلها خراج، فله الرد. وإن كان على مثلها ذلك القدر، فلا رد. وبول الرقيق في الفراش، عيب في العبد والأمة، إذا كان في غير أوانه. أما في الصغر، فلا. وقدره في «التهذيب» بما دون سبع سنين. والأصح: اعتبار مصيره عادة.

ومن العيوب: مرض الرقيق وسائر الحيوانات، سوى المرض المخوف وغيره. ومنها: كون الرقيق مجنوناً، أو مخبلاً، أو أبله، أو أبرص، أو مجذوماً، أو أشل، أو أقرع، أو أصم، أو أعمى، أو أعور، أو أخفش، أو أجهر، أو أعشى، أو أخشم، أو أبكم، أو أرت لا يفهم، أو فاقد الذوق أو أنملة أو الشعر أو الظفر، أو له أصبع زائدة، أو سنٌّ شاغية، أو مقلوع بعض الأسنان، وكون البهيمة درء، إلا في السن المعتاد، وكونه ذا قروح، أو ثآليل كثيرة، أو بهق، أو أبيض الشعر في غير أوانه، ولا بأس بحمرته.

قلت: البهق - بفتح الباء الموحدة والهاء - وهو بياض يعتري الجلد يخالف لونه، ليس ببرص. وأما السن الشاغية، فهي الزائدة المخالفة لنبات الأسنان. والأخفش، نوعان: أحدهما: ضعيف البصر خلقة. والثاني: يكون بعلة حدثت، وهو الذي يبصر بالليل دون النهار، وفي يوم الغيم دون الصحو، وكلاهما عيب. وأما الأجهر - بالجيم - فهو الذي لا يبصر في الشمس. والأعشى: هو الذي يبصر بالنهار، ولا يبصر بالليل. والمرأة عشواء. والأخشم: الذي في أنفه داء لا يشم شيئاً. وتقدم بيان الأرت في صفة الأئمة. والله أعلم.

ومنها: كونه ناماً، أو ساحراً، أو قاذفاً للمحسسات، أو مقامراً، أو تاركاً للصلوات، أو شارباً للخمر. وفي وجه ضعيف: لا رد بالشرب وترك الصلاة. ومنها: كونه خنثى مشكلاً، أو غير مشكل. وفي وجه ضعيف: إن كان رجلاً ويبول من فرج الرجال، فلا رد.

ومنها: كون العبد مخنثاً، أو ممكناً من نفسه، وكون الجارية رتقاء، أو قرناء، أو مستحاضة، أو معتدة، أو محرمة، أو مزوجة، وكون العبد مزوجاً. وفي التزويج، وجه ضعيف.

قلت: إذا أحرم بإذن السيد، فللمشتري الخيار، وإلا، فلا، لأن له تحليله، كالبائع، وقد قدمنا هذا في آخر كتاب «الحج». والله أعلم. ومنها: تعلق الدين برقبتهما، ولا رد بما يتعلق بالذمة. ومنها: كونهما مرتدّين، فلو بانا كافرين أصليين، ف قيل: لا رد، لا في العبد،

ولا في الإماء، سواء كان ذلك الكفر مانعاً من الاستمتاع، كالتمجس والتوثن، أو لم يكن، كالتهود، وبهذا قطع صاحب «التتمة». والأصح ما في «التهذيب»: أنه إن وجد الجارية مجوسية، أو وثنية، فله الرد، وإن وجدها كتابية، أو وجد العبد كافراً أي كفر كان، فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر، بحيث لا تقل الرغبة فيه. وإن كان في بلاد الإسلام، حيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته، فله الرد. ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة، أو آيسة، فلا رد. وإن كانت في سن تحيض النساء في مثلها غالباً، فله الرد. ولو تطاول طهرها، وجاوز العادات الغالبة، فله الرد. والحمل في الجارية عيب، وفي سائر الحيوان، ليس بعيب على الصحيح. وقال في «التهذيب»: عيب.

ومن العيوب: كون الدابة جموحاً، أو عضوضاً، أو رموحاً، وكون الماء مشمساً، والرمل تحت الأرض إن كانت مما تطلب للبناء، والأحجار إن كانت مما تطلب للزرع والغرس. وليست حموضة الرمان بعيب، بخلاف البطيخ.

فرع: لا رد بكون الرقيق رطب الكلام، أو غليظ الصوت، أو سيئ الأدب، أو ولد زنا، أو مغنياً، أو حجاماً، أو أكولاً، أو قليل الأكل. وترد الدابة بقلّة الأكل. ولا بكون الأمة ثيباً، إلا إذا كانت صغيرة والمعهود في مثلها البكارة، وإلا بكونها عقيماً، وكون العبد عتياً. وعن الصيمري، إثبات الرد بالتعنين، وهو الأصح عند الإمام. ولا بكون الأمة مختونة، أو غير مختونة، ولا بكون العبد مختوناً، أو غير مختون، إلا إذا كان كبيراً يخاف عليه من الختان. وفي وجه: لا تستثنى هذه الحالة أيضاً. ولا بكون الرقيق ممن يعتق على المشتري، ولا بكون الأمة أخته من الرضاع، أو النسب، أو موطوءة أبيه، أو ابنه، بخلاف المحرمة والمعتدة، لأن التحريم هناك عام، فتقل الرغبة، وهنا خاص به. وفي وجه: يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة. ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح. وفي وجه: باطل. ولو اشترى شيئاً، فبان أن بائعه باعه بوكالة، أو وصاية، أو ولاية، أو أمانة، فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟ وجهان:

قلت: الأصح: أنه لا رد. والله أعلم.

ولو بان كون العبد مبيعاً في جنابة عمد، وقد تاب عنها، فوجهان: فإن لم يتب، فعيب. وجنابة الخطأ، ليست بعيب، إلا أن يكثر.

فرع: من العيوب: نجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل.

ومنها: خشونة مشي الدابة، بحيث يخاف منها السقوط، وشرب البهيمة لبن نفسها.

فرع: ذكر القاضي أبو سعد بن أحمد في «شرح أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي، فصلاً في عيوب العبيد والجواري.

منها: اصطكاك الكعبين، وانقلاب القدمين إلى الوحشي، والخيلاان الكثيرة، وآثار الشجاج والقروح والكي، وسواد الأسنان، والكلف المغير للبشرة، وذهاب الأشفار، وكون أحد ثديي الجارية أكبر من الآخر، والحفر في الأسنان، وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها.

قلت: في فتاوى الغزالي: إذا اشترى أرضاً، فبان أنها تنزُّ إذا زادت دجلة، وتضرُّ بالزرع، فله الرد إن قلَّت الرغبة بسببه. والله أعلم. هذا ما حضر ذكره من العيوب، ولا مطمع في استيعابها. فإن أردت ضبطاً، فأشدُّ العبارات ما أشار إليه الإمام رحمه الله، وهو أن يقال: يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص العين، أو القيمة تنقيصاً يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثاله عدمه، وإنما اعتبرنا نقص العين لمسألة الخصاء. وإنما لم نكتف بنقص العين، بل شرطنا فوات غرض صحيح، لأنه لو قطع من فخذ أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شيئاً ولا تفوَّت غرضاً، لا يثبت الرد. ولهذا قال صاحب «التقريب»: إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية، ثبت الرد، وإلا، فلا. وإنما اعتبرنا الشرط المذكور، لأن الثيابة مثلاً في الإماء، معنى ينقص القيمة، لكن لا ردَّ بها، لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة.

فصل: العيب ينقسم إلى ما كان موجوداً قبل البيع، فيثبت به الرد، وإلى ما حدث بعده، فينظر، إن حدث قبل القبض، فكمثل. وإن حدث بعده، فله حالان: أحدهما: أن لا يستند إلى سبب سابق على القبض، فلا رد به. والثاني: أن يستند، وفيه صور:

إحداها: بيع المرتد صحيح على الصحيح، كالمريض المشرف على الهلاك. وفي وجه: لا يصح كالجاني. وأما القاتل في المحاربة، فإن تاب قبل الظفر به، فبيعه كبيع الجاني، لسقوط العقوبة المتحتمة. وكذا إن تاب بعد الظفر وقلنا بسقوط العقوبة، وإلا، فثلاث طرق. أصحها: أنه كالمرتد، والثاني: القطع بأنه لا يصح بيعه، إذ لا منفعة فيه لاستحقاق قتله، بخلاف المرتد فإنه قد يسلم. والثالث: أنه كبيع الجاني. فإن صححنا البيع في هذه الصور، فقتل المرتد، أو المحارب، أو الجاني جناية توجب القصاص، نُظِر، إن كان ذلك قبل القبض، انفسخ البيع، وإن كان بعده، وكان المشتري جاهلاً بحاله، فوجهان: أحدهما: أنه من ضمان المشتري. وتعلق القتل به، كالعيب. فإذا هلك، رجع على البائع بالأرث، وهو ما

بين قيمته مستحق القتل، وغير مستحقه من الثمن. وأصحهما: أنه من ضمان البائع، فيرجع المشتري عليه بجميع الثمن، ويخرج على الوجهين مؤنة تجهيزه من الكفن والدفن وغيرهما. ففي الأول: هي على المشتري. وفي الثاني: على البائع. وإن كان المشتري عالماً بالحال عند الشراء، أو تبين له بعد الشراء، ولم يرد، فعلى الوجه الأول: لا يرجع بشيء كسائر العيوب. وعلى الثاني: وجهان: أحدهما: يرجع بجميع الثمن. وأصحهما: لا يرجع بشيء، لدخوله في العقد على بصيرة، وإمساكه مع العلم بحاله.

قلت: قال صاحب «التلخيص»: كل ما جاز بيعه، فعلى متلفه القيمة، إلا في مسألة، وهو العبد المرتد يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه. قال الففال: هذا صحيح، لا قيمة على متلفه، لأنه مستحق الإتلاف. قال: وكذا العبد إذا قُتل في قطع الطريق، فقتله رجل، فلا قيمة عليه، لأنه مستحق القتل. قال: فهذا يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه، فهذه صورة ثانية. والله أعلم.

الصورة الثانية: بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة، صحيح بلا خلاف. فلو قُطع في يد المشتري، عاد التفصيل المذكور في الصورة السابقة. فإن كان جاهلاً بحاله حتى قُطع، فعلى الوجه الأول: ليس له الرد، لكون القطع من ضمانه، لكن يرجع على البائع بالأرض، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن. وعلى الأصح: له الرد واسترجاع جميع الثمن، كما لو قطع في يد البائع. فلو تعذر الرد بسبب، فالنظر في الأرض على هذا الوجه إلى التفاوت بين العبد سليماً وأقطع. وإن كان المشتري عالماً، فليس له الرد ولا الأرض.

الصورة الثالثة: إذا اشترى مزوجة لم يعلم حالها حتى وطئها الزوج بعد القبض، فإن كانت ثيباً، فله الرد. وإن كانت بكرًا، فنقص الافتضاظ من ضمان البائع أو المشتري؟ فيه الوجهان. إن جعلناه من ضمان البائع، فللمشتري الرد بكونها مزوجة. فإن تعذر الرد بسبب، رجع بالأرض، وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة ومزوجة مفتضة من الثمن. وإن جعلناه من ضمان المشتري، فلا رد له، وله الأرض، وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة من الثمن. وإن كان عالماً بزواجها، أو علم ورضي، فلا رد له. فإن وجد بها عيباً قديماً بعد ما افتضت في يده، فله الرد إن جعلناه من ضمان البائع، وإلا، رجع بالأرض، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها معيبة.

الصورة الرابعة: لو اشترى عبداً مريضاً، واستمر مرضه إلى أن مات في يد

المشتري، فطريقان. أحدهما: أنه على الخلاف في الصورة السابقة، وبه قال الحليني. وأصحهما: وأشهرهما: القطع بأنه من ضمان المشتري، لأن المرض يتزايد، والردة خصلة واحدة وجدت في يد البائع. فعلى هذا، إن كان جاهلاً، رجع بالأرش، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً. وتوسط صاحب «التهذيب» بين الطريقتين، فقطع فيما إذا لم يكن المرض مخوفاً، بأنه من ضمان المشتري، وجعل المرض المخوف والجرح الساري، على الوجهين.

الثالث: من أسباب الظن: الفعل المغرر. والأصل فيه: التصرية، وهي أن يربط أخلاف الناقة، أو غيرها، ويترك حلبها يوماً فأكثر حتى يجتمع اللبن في ضرعها، فيظن المشتري غزارة لبنها، فيزيد في ثمنها. وهذا الفعل حرام، لما فيه من التدليس، ويثبت به الخيار للمشتري. وفي خياره، وجهان: أحصهما: أنه على الفور. والثاني: يمتد إلى ثلاثة أيام. ولو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام بإقرار البائع أو بيئته، فخياره على الفور على الوجه الأول. وعلى الثاني: يمتد إلى آخر الثلاثة. وهل ابتدائها من العقد أو من التفريق؟ فيه الوجهان في خيار الشرط. ولو عرف التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها، فعلى الوجه الثاني: لا خيار، لامتناع مجاوزة الثلاثة. وعلى الأول: يثبت على الفور قطعاً. ولو اشترى عالماً بالتصرية، فله الخيار على الثاني، للحديث، ولا خيار على الأول كسائر العيوب.

فرع: إن علم التصرية قبل الحلب، ردها ولا شيء عليه. وإن كان بعده، فإن كان اللبن باقياً، لم يكلف المشتري رده مع المصرة، لأن ما حدث بعد البيع، ملكه، وقد اختلط بالمبيع، وتعدّر التمييز. وإذا أمسكه، كان كما لو تلف. فإن أراد رده، فهل يجبر عليه البائع؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه أقرب من بدله. وأصحهما: لا، لذهاب طراوته. ولا خلاف، أنه لو حمض، لم يكلف أخذه. وإن كان تالفاً، فيرد مع المصرة صاعاً من تمر^(١). وهل يتعين جنس التمر وقدر الصاع؟ أما الجنس، فالأصح: أنه يتعين التمر. فإن أعوز، قال الماوردي: ردّ قيمته بالمدينة. والثاني: لا يتعين. فعلى هذا، وجهان: أحصهما: القائم مقامه الأقوات، كصدقة الفطر. قال الإمام: ولا يتعدى هنا إلى الأقط. وعلى هذا، وجهان: أحدهما: يتخير بين

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢١٥٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٥١٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٣) والنسائي في سننه برقم (٤٥٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «... ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها فإن رضىها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر».

الأقوات. وأصحهما: الاعتبار بغالب قوت البلد. والوجه الثاني: يقوم مقامه أيضاً غير الأقوات. حتى لو عدل إلى مثل اللبن، أو قيمته عند إعواز المثل، أجبر البائع على القبول كسائر المتلفات.

وهذا كله إذا لم يرض البائع، فأما لو تراضيا بغير التمر من قوت أو غيره، أو على رد اللبن المحلوب عند بقاءه، فيجوز بلا خلاف، كذا قاله في «التهذيب» وغيره. وذكر ابن كج وجهين في جواز إبدال التمر بالبُرِّ إذا تراضيا. وأما القدر، فوجهان: أصحهما: الواجب صاع، قلَّ اللبن أو كثر، للحديث. والثاني: يتقدر الواجب بقدر اللبن. وعلى هذا، فقد يزيد الواجب على الصاع، وقد ينقص. ثم منهم من خصَّ هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة، وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه. ومتى قلنا بالثاني، قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز. فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلاً، أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة.

فرع: لو اشترى شاة بصاع تمر، فوجدها مصرّة، فعلى الأصح: يردها وصاعاً، ويسترد الصاع الذي هو ثمن. وعلى الثاني: تقوّم مصرّة وغير مصرّة، ويجب بقدر التفاوت من الصاع.

فرع: غير المصرّة إذا حلب لبنها، ثم ردها بعب، قال في «التهذيب»: ردّ بدل اللبن كالمصرّة. وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه: أنه لا يرده، لأنه قليل غير معتنى بجمعه، بخلاف المصرّة. ورأى الإمام تخريج ذلك على أن اللبن، هل يأخذ قسطاً من الثمن، أم لا؟ والصحيح: الأخذ.

فرع: لو لم يقصد البائع التصرية، لكن ترك الحلب ناسياً، أو لشغل عرض، أو تصرّت بنفسها، ففي ثبوت الخيار وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع الغزالي، لعدم التدليس. وأصحهما: عند صاحب «التهذيب»: نعم، لحصول الضرر.

فرع: خيار التصرية، يعم الحيوانات المأكولة. وفي وجه شاذ: يختص بالنعم. ولو اشترى أتاناً فوجدها مصرّة، فأوجه: الصحيح: أنه يردها، ولا يرد اللبن شيئاً، لأنه نجس. والثاني: يردها ويرد بدله، قاله الإصطخري، لذهابه إلى أنه طاهر مشروب. والثالث: لا يردها لحقارة لبنها. ولو اشترى جارية، فوجدها مصرّة، فأوجه: أصحها: يرد، ولا يرد بدل اللبن، لأنه لا يعتاض عنه غالباً. والثاني: يرد، ويرد بدله. والثالث: لا يرد، بل يأخذ الأرض.

فرع: هذا الخيار، غير منوط بالتصرية لذاتها، بل لما فيها من التلبس، فيلتحق بها ما يشاركها فيه. حتى لو حبس ماء القناة، أو الرحي، ثم أرسله عند البيع

أو الإجارة، فظن المشتري كثرته، ثم تبين له الحال، فله الخيار. وكذا لو حمّر وجه الجارية، أو سوّد شعرها، أو جعده، أو أرسل الزنبور على وجهها، فظنها المشتري سميّة، ثم بان خلافه، فله الخيار. ولو لطح ثوب العبد بالمداد، أو ألبسه ثوب الكتّاب، أو الخبازين، وخيّل كونه كاتباً، أو خبازاً، فبان خلافه، أو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها، فظنها المشتري حاملاً، أو أرسل الزنبور في ضرعها فانتفخ وظنها لبوناً، فلا خيار على الأصح، لتقصير المشتري.

فرع: لو بانت التصرية، لكن درّ اللبن على الحد الذي أشعرت به التصرية، واستمر كذلك، ففي ثبوت الخيار، وجهان كالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم، إلا بعد زواله، وكالقولين فيما لو عُتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج.

فرع: رضي بإمساك المصراة، ثم وجد بها عيباً قديماً، نص أنه يردها ويرد بدل اللبن، وهو المذهب. وقيل: هو كمن اشترى عبيدين فتلف أحدهما، وأراد رد الآخر، فيخرج على تفريق الصفقة.

فرع: الخيار في تلقي الركبان مستنده التغيرير، كالتصرية. وكذا خيار النجش إن أثبتناه. وقد سبق بيانهما في باب المناهي.

فرع: مجرد الغبن، لا يثبت الخيار وإن تفاحش. ولو اشترى زوجة بثمان كثير يتوهمها جوهرة، فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن، لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة، ونقل المتولي وجهاً شاذاً: أنه كسراء الغائب، وتجعل الرؤية التي لا تنفيذ المعرفة ولا تنفي الغرر، كالمعدومة.

فصل: إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع، فهل يصح هذا الشرط؟ فيه أربع طرق. أصحها: أن المسألة على ثلاثة أقوال: أظهرها: يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال. والثاني: يبرأ من كل عيب، ولا ردّ بحال. والثالث: لا يبرأ من عيب ما. والطريق الثاني: القطع بالقول الأول. والطريق الثالث: يبرأ في الحيوان من غير المعلوم، دون المعلوم، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم، وفي غير المعلوم قولان. والطريق الرابع: فيه ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره. ثالثها: الفرق بين المعلوم وغيره. ولو قال: بعتك بشرط أن لا ترد بالعيب، جرى فيه هذا الخلاف. وزعم صاحب «التتمة»: أنه فاسد قطعاً، مفسد للعقد.

ولو عيّن عيباً وشرط البراءة منه، نظر، إن كان مما لا يعاين، كقوله: بشرط براءتي من الزنا، أو السرقة، أو الإباق، برىء منه بلا خلاف، لأن ذكرها إعلام بها.

وإن كان مما يعاين، كالبرص، فإن أراه قدره وموضعه، برئ قطعاً، وإلا، فهو كشرط البراءة مطلقاً، لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه. هكذا فصلوا، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب. فأما ما لا يعرفه ويريد البراءة منه لو كان، فقد حكى الإمام تفريراً على فساد الشرط فيه خلافاً.

التفريع: إن بطل هذا الشرط، لم يبطل به البيع على الأصح. وإن صح، فذلك في العيوب الموجودة حال العقد. فأما الحادث بعده، وقبل القبض، فيجوز الرد به. ولو شرط البراءة من العيوب الكائنة والتي ستحدث، فوجهان: أحدهما: وبه قطع الأكثرون: أنه فاسد. فإن أفرد ما سيحدث بالشرط، فأولى بالفساد. وأما إذا فرعنا على أظهر الأقوال، فكما لا يبرأ عما علمه وكتمه، فكذا لا يبرأ عن العيوب الظاهرة من الحيوان، لسهولة معرفتها، وإنما يبرأ عن عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها. ومنهم من اعتبر نفس العلم، ولم يفرق بين الظاهر والباطن. وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان؟ قيل: نعم، لعسر معرفته. وقال الأكثرون: لا، لتبديل أحوال الحيوان.

فصل: من موانع الرد، أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع، وذلك، قد يكون لهلاكه، وقد يكون مع بقاءه. وعلى التقدير الثاني، قد يكون لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص، وربما كان مع قبوله للنقل. وعلى التقدير الثاني، فربما كان لزوال ملكه، وربما كان مع بقاءه لتعلق حق مانع.

الحال الأول والثاني: إذا هلك المبيع في يد المشتري، بأن مات العبد، أو قتل، أو تلف الثوب، أو أكل الطعام، أو خرج عن أن يقبل النقل، بأن أعتق العبد، أو استولد الجارية، أو وقف الضيعة، ثم علم كونه معيباً، فقد تعدد الرد، لفوات المردود، لكن يرجع على البائع بالأرث، والأرث جزء من الثمن، نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة. وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن، لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع، كان مضموناً عليه بالثمن. فإذا احتبس جزء منه، كان مضموناً بجزء من الثمن.

مثاله: كانت القيمة مئة دون العيب، وتسعين مع العيب، فالتفاوت بالعشر، فيكون الرجوع بعشر الثمن. فإن كان مئتين، فبعشرين. وإن كان خمسين، فبخمسة. وأما القيمة المعتبرة، فالمذهب: أنه تعتبر أقل القيمتين من يوم البيع ويوم القبض، وبهذا قطع الأكثرون. وقيل: فيها أقوال: أظهرها: هذا. والثاني: يوم القبض. والثالث: يوم البيع. وإذا ثبت الأرث، فلو كان الأرث بعد في ذمة المشتري، برئ من قدر الأرث. وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب، أم يتوقف على الطلب؟

وجهان: أصحابهما: الثاني، وإن كان قد وفاه وهو باقٍ في يد البائع، فهل يتعين لحق المشتري، أم يجوز للبائع إبداله؟ وجهان: أصحابهما: الأول، ولو كان المبيع باقياً، والثلث تالفاً، جاز الرد، ويأخذ مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان متقوِّماً أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض، ويجوز الاستبدال عنه كالقرض، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه، كالتلف. ولو خرج وعاد، فهل يتعين لأخذ المشتري، أم للبائع إبداله؟ وجهان: أصحابهما: أولهما.

وإن كان الثمن باقياً في يده بحاله، فإن كان معيناً في العقد، أخذه. وإن كان في الذمة ونقده، ففي تعيينه لأخذ المشتري، وجهان: وإن كان ناقصاً، نظر، إن تلف بعضه، أخذ الباقي وبدل التالف. وإن كان نقص صفة، كالشلل ونحوه، لم يغرم الأرض على الأصح. كما لو زاد زيادة متصلة، يأخذها مجاناً. ولو لم تنقص القيمة بالعيب، كخروج العبد خصياً، فلا أرش. ولو اشترى عبداً بشرط العتق، ثم وجد به عيباً بعدما أعتقه، نقل ابن كج، عن ابن القطان: أنه لا أرش له هنا. ونقل عنه وجهين فيمن اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيباً، قال: وعندي له الأرض في الصورتين.

الحال الثالث: لو زال ملكه عن المبيع، ثم علم به عيباً، فلا رد في الحال. وأما الرجوع بالأرض، فإن زال بعوض كالهبة بشرط الثواب والبيع، فقولان: أحدهما: يرجع كما لو مات، وهذا تخريج ابن سريج. فعلى تخريجه لو أخذ الأرض ثم رد عليه مشتره بالعيب، فهل له رده مع الأرض، واسترداد الثمن؟ وجهان: والقول الثاني، وهو المشهور: لا يرجع. ولم لا يرجع؟ قال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظلامة. وقال ابن أبي هريرة: لأنه ما أيس من الرد، فربما عاد إليه فردة. وهذا المعنى، هو الأصح، وهو منصوص عليه في اختلاف العراقيين. وإن زال بلا عوض، فعلى تخريج ابن سريج: يرجع بالأرض. وعلى المشهور، وجهان: بناءً على المعنيين. إن قلنا بالأول: رجع، لأنه لم يستدرك الظلامة. وإن قلنا بالثاني، فلا، لأنه ربما عاد إليه. ومنهم من قطع بعدم الرجوع هنا. وإن عاد الملك إليه بعد زواله، نظر، هل زال بعوض، أم بغيره؟ فهما ضربان:

الضرب الأول: أن يزول بعوض، بأن باعه، فينظر، أعاد بطريق الرد بالعيب، أم بغيره؟ فهما قسمان:

القسم الأول: أن يعود بطريق الرد بالعيب، فله رده على بائعه، لأنه زال التعذر، وبأن أنه لم يستدرك الظلامة، وليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول، لأنه لم يملك منه. ولو حدث به عيب في يد المشتري الثاني، ثم ظهر عيب قديم،

فعلى تخريج ابن سريج: للمشتري الأول أخذ الأرض من بائعه، كما لو لم يحدث عيب، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني. وعلى المشهور: ينظر، إن قبله المشتري الأول مع عيبه الحادث، خيرٌ بائعه، إن قبله، فذاك، وإلا، أخذ الأرض منه. وعن ابن القطان: لا يأخذه، واسترداده رضىً بالعيب. وإن لم يقبله، وغرم الأرض للثاني، ففي رجوعه بالأرض على بائعه وجهان: أحدهما: لا يرجع، وبه قال ابن الحداد، لأنه لو قبله، ربما قبله منه بائعه، فكان متبرعاً بغرامة الأرض. وأصحهما: يرجع، لأنه ربما لا يقبله بائعه، فيتضرر. وعلى الوجهين: لا يرجع ما لم يغرم للثاني، لأنه ربما لا يطالبه فيبقى مستدركاً للظلامة. ولو كانت المسألة بحالها، وتلف المبيع في يد المشتري الثاني أو كان عبداً فأعتقه، ثم ظهر العيب القديم، رجع المشتري الثاني بالأرض على المشتري الأول، والأول بالأرض على بائعه بلا خلاف، لحصول اليأس من الرد، لكن هل يرجع على بائعه قبل أن يغرمه لمشتريه؟ وجهان بناءً على المعنيين. إن عللنا باستدراك الظلامة، لم يرجع ما لم يغرم، وإن عللنا بالثاني، رجع. ويجري الوجهان، فيما لو أبرأه الثاني، هل يرجع هو على بائعه؟

القسم الثاني: أن يعود لا بطريق الرد، بأن عاد بإرث، أو هبة، أو قبول وصية، أو إقالة، فهل له رده على بائعه؟ وجهان لهما مأخذان. أحدهما: البناء على المعنيين السابقين. إن عللنا بالأول، لم يرد، لأنه استدراك الظلامة، ولم يبطل ذلك الاستدراك، بخلاف ما لو رد عليه بالعيب. وإن عللنا بالثاني، رد، لزوال التعذر، كما لو رد عليه بعيب. والمأخذ الثاني: أن الملك العائد، هل ينزل منزلة غير الزائل؟ وإن عاد بطريق الشراء، ثم ظهر عيب قديم كان في يد البائع الأول، فإن عللنا بالمعنى الأول، لم يرد على البائع الأول، لحصول الاستدراك، ويرد على الثاني. وإن عللنا بالثاني، فإن شاء، رد على الأول، وإن شاء على الثاني. وإذا رد على الثاني، فله أن يرد عليه، وحينئذ يرد هو على الأول. ويجيء وجه: أنه لا يرد على الأول، بناءً على أن الزائل العائد، كالذي لم يعد. ووجه: أنه لا يرد على الثاني، لأنه لو رد عليه، لرد هو أيضاً عليه.

الضرب الثاني: أن يزول لا بعوض، فينظر، إن عاد أيضاً لا بعوض، فجواز الرد مبنيٌّ على أنه هل يأخذ الأرض لو لم يعد؟ إن قلنا: لا، فله الرد. وإن قلنا: يأخذ، فهل ينحصر الحق فيه، أم يعود إلى الرد عند القدرة؟ وجهان: وإن عاد بعوض، بأن اشتراه، فإن قلنا: لا يرد في الحالة الأولى، فكذا هنا، ويرده على البائع الأخير. وإن قلنا: يرد، فهنا هل يرد على الأول، أو على الثاني، أم يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه:

فرع: باع زيد عمراً شيئاً، ثم اشتراه منه، فظهر عيب كان في يد زيد، فإن كانا عالمين بالحال، فلا رد. وإن كان زيد عالماً، فلا رد له ولا لعمرو أيضاً، لزوال ملكه، ولا أرش له على الصحيح، لاستدراك الظلامة، أو لتوقع العود. فإن تلف في يد زيد، أخذ الأرش على التعليل الثاني. وهكذا الحكم لو باعه لغيره. وإن كان عمرو عالماً، فلا رد له، ولزيد الرد. وإن كانا جاهلين، فلزيد الرد إن اشتراه بغير جنس ما باعه، أو بأكثر منه، ثم لعمرو أن يرد عليه. وإن اشتراه بمثله، فلا رد لزيد في أحد الوجهين، لأن عمراً يرده عليه، فلا فائدة، وله الرد في أحدهما: لأنه ربما رضي به، فلم يرد. ولو تلف في يد زيد، ثم علم به عيباً قديماً، فحيث يرد لو بقي، يرجع بالأرش، وحيث لا يرد، لا يرجع.

الحال الرابع: إذا تعلّق به حق، بأن رهنه، ثم علم العيب، فلا رد في الحال. وهل له الأرش؟ إن عللنا باستدراك الظلامة، فنعم. وإن عللنا بتوقع العود، فلا. فعلى هذا، لو تمكن من الرد، رده. وإن حصل اليأس، أخذ الأرش. وإن أجّره ولم نجوّز بيع المستأجر، فهو كالرهن. وإن جوّزناه، فإن رضي البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة، رد عليه، وإلا، تعذر الرد، وفي الأرش وجهان: ويجريان فيما لو تعذر الرد بإباق أو غضب. ولو عرف العيب بعد تزويج الجارية أو العبد، ولم يرض البائع بالأخذ، قطع بعضهم بأن المشتري يأخذ الأرش هنا، لأنه لم يستدرك الظلامة، والنكاح يراد للدوام، فاليأس حاصل. واختاره الروياني، والمتولي. ولو عرفه بعد الكتابة، ففي «التتمة»: أنه كالتزويج. وذكر الماوردي: أنه لا يأخذ الأرش على المعنيين، بل يصبر، لأنه قد يستدرك الظلامة بالنجوم، وقد يعود إليه بالعجز، فيرده. والأصح: أنه كالرهن، وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم.

فصل: الرد بالعيب على الفور، فيبطل بالتأخير بلا عذر. ولا يتوقف على حضور الخصم وقضاء القاضي. والمبادرة إلى الرد، معتبرة بالعادة، فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد. ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة، فله التأخير إلى فراغه. وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس. وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. ولو اطلع ليلاً، فله التأخير إلى الصباح. وإن لم يكن عذر، فقد ذكر الغزالي فيه ترتيباً مشكلاً خلاف المذهب.

واعلم أن كيفية المبادرة، وما يكون تقصيراً، وما لا يكون، إنما نبسطه في كتاب الشفعة، ونذكر هنا ما لا بد منه، فالذي فهمته من كلام الأصحاب: أن البائع إن كان في البلد، رد عليه بنفسه أو بوكيله، وكذا إن كان وكيله حاضراً، ولا حاجة إلى المرافعة إلى القاضي. ولو تركه، ورفع الأمر إلى القاضي، فهو زيادة توكيد.

وحاصل هذا، تخييره بين الأمرين. وإن كان غائباً عن البلد، رفع إلى القاضي. قال القاضي حسين في فتاويه: يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم، وأنه أقبضه الثمن وظهر العيب، وأنه فسخ، ويقيم البيعة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي، ويحلفه القاضي مع البيعة، لأنه قضاء على غائب، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل، ويبقى الثمن ديناً على الغائب، فيقضيه القاضي من ماله. فإن لم يجد له سوى المبيع، باعه فيه. وإلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي في الحالين، لو تمكن من الإشهاد على الفسخ، هل يلزمه؟ وجهان: قطع صاحب «التتمة» وغيره، باللزوم. ويجري الخلاف فيما لو أخر بعذر مرض، أو غيره. ولو عجز في الحال عن الإشهاد، فهل عليه التلفظ بالفسخ؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام، وصاحب «التهذيب»: لا حاجة إليه. وإذا لقي البائع فسلم عليه، لم يضر. فلو اشتغل بمحادثته، بطل حقه.

فرع: لو أخر الرد مع العلم بالعيب، ثم قال: أخرت لأنني لم أعلم أن لي الرد، فإن كان قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام، قبل قوله، وله الرد، وإلا، فلا. ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير، قبل قوله، لأنه يخفى على العوام.

قلت: إنما يقبل قوله: لم أعلم أن الرد على الفور، وقول الشفيع: لم أعلم أن الشفعة على الفور، إذا كان ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب «الشفعة». والله أعلم.

فرع: حيث بطل الرد بالتقصير، بطل الأرش.

فرع: ليس لمن له الرد، أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش، وليس للبائع أن يمنعه من الرد، ويدفع الأرش. فلو رضيا بترك الرد على جزء من الثمن، أو مال آخر، ففي صحة هذه المصالحة وجهان؟ أصحهما: المنع، فيجب على المشتري رد ما أخذ. وهل يبطل حقه من الرد؟ وجهان: أصحهما: لا، والوجهان إذا ظن صحة المصالحة. فإن علم بطلانها، بطل حقه قطعاً.

فرع: كما أن تأخير الرد مع الإمكان تقصير، فكذا الاستعمال والانتفاع والتصرف، لإشعارها بالرضى. فلو كان المبيع رقيقاً، فاستخدمه في مدة طلب الخصم أو القاضي، بطل حقه. وإن كان بشيء خفيف، كقوله: اسقني أو ناولني الثوب أو أغلق الباب، ففيه وجه: أنه لا يضر، لأنه قد يؤمر به غير المملوك، وبه قطع الماوردي وغيره. والأصح الأشهر: أنه لا فرق.

قلت: قال القفال في «شرح التلخيص»: لو جاءه العبد بكوز ماء، فأخذ الكوز، لم يضر، لأن وضع الكوز في يده، كوضعه على الأرض. فإن شرب، ورد الكوز إليه، فهو استعمال. والله أعلم.

ولو ركب الدابة لا للرد، بطل حقه، وإن ركبها للرد أو السقي، فوجهان: أصحهما: البطلان أيضاً، كما لو لبس الثوب للرد، فإن كانت جموحاً يعسر سوقها وقودها، فهو معذور في الركوب. ولو ركبها للانتفاع، فاطلع على العيب، لم تجز استدامة الركوب وإن توجه للرد. وإن كان لابساً، فاطلع على عيب الثوب في الطريق، فتوجه للرد ولم ينزع، فهو معذور، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد، قاله الماوردي. ولو علف الدابة أو سقاها أو حلبها في الطريق، لم يضر. ولو كان عليها سرج أو إكاف، فتركه عليها، بطل حقه، لأنه انتفاع، ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل، أو تحميل. ويعذر بترك العذار واللجام، لأنهما خفيفان لا يعدن تعليقهما على الدابة انتفاعاً، ولأن القود يعسر دونهما. ولو أنعلها في الطريق، قال الشيخ أبو حامد: إن كانت تمشي بلا نعل، بطل حقه، وإلا، فلا. ونقل الروياني وجهاً في جواز الانتفاع في الطريق مطلقاً، حتى روى عن أبيه جواز وطء الجارية الثيب.

قلت: لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، فأجاز المشتري البيع، ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يعد العبد إليه. وذكره الإمام الرافعي في آخر المسائل المنثورة في آخر كتاب «الإجارة» وسأذكره إن شاء الله تعالى هناك. والله أعلم.

فصل: إذا حدث بالمبيع عيب في يد المشتري بجناية أو آفة، ثم اطلع على عيب قديم، لم يملك الرد قهراً، لما فيه من الإضرار بالبائع، ولا يكلف المشتري الرضى به بل يُعلم البائع به فإن رضي به معيباً، قيل للمشتري: إما أن ترده، وإما أن تقنع به ولا شيء لك. وإن لم يرض به، فلا بد من أن يضم المشتري أرش العيب الحادث إلى المبيع ليرده، أو يغرم البائع للمشتري أرش العيب القديم ليمسكه. فإن اتفقا على أحد هذين المسلكين، فذاك. وإن اختلفا، فدعا أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث، ودعا الآخر إلى الإمساك وغرامة أرش العيب القديم، ففيه أوجه: أحدها: المتبع قول المشتري. والثاني: رأي البائع والثالث وهو أصحها: المتبع رأي من يدعو إلى الإمساك والرجوع بأرش القديم، سواء كان البائع أو المشتري. وما ذكرناه من إعلام المشتري البائع، يكون على الفور. فإن أخره بلا عذر، بطل حقه من الرد والأرش، إلا أن يكون العيب الحادث قريب الزوال غالباً، كالرمد والحمى، فلا يعتبر الفور على أحد القولين، بل له انتظار زواله ليرده سليماً عن العيب الحادث. ومهما زال العيب الحادث بعدما أخذ المشتري أرش العيب القديم، أو قضى به

القاضي، ولم يأخذه، فهل له الفسخ ورد الأرش؟ وجهان: أصحهما: لا. ولو تراضيا، ولا قضاء، فالأصح: أن له الفسخ.

فرع: لو علم العيب القديم بعد زوال الحادث، رد على الصحيح، وفيه وجه ضعيف جداً. ولو زال القديم قبل أخذ أرشه، لم يأخذه. وإن زال بعد أخذه، رده على المذهب. وقيل: وجهان: كما لو نبت سن المجني عليه بعد أخذ الدية، هل يردّها؟

فصل: كل ما يثبت الرد على البائع لو كان عنده، يمنع الرد إذا حدث عند المشتري. وما لا رد به على البائع، لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري، إلا في الأقل. فلو خصي العبد، ثم علم به عيباً قديماً، فلا رد، وإن زادت قيمته. ولو نسي القرآن، أو صنعة، ثم علم به عيباً قديماً، فلا رد، لنقصان القيمة. ولو زوجها، ثم علم بها عيباً، فكذا ذلك. قال الروياني: إلا أن يقول الزوج: إن ردك المشتري بعيب، فأنت طالق، وكان ذلك قبل الدخول، فله الرد، لزوال المانع. ولو علم عيب جارية اشتراها من أبيه أو ابنه بعد أن وطئها وهي ثيب، فله الرد وإن حرمت على البائع، لأن القية لم تنقص بذلك. وكذا لو كانت الجارية رضية، فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري، ثم علم بها عيباً. وإقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري بدين المعاملة، أو بدين الإتلاف، مع تكذيب المولى، لا يمنع الرد بالعيب القديم. وإن صدقه المولى على دين الإتلاف، منع منه. فإن عفا المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش، فهل له الفسخ ورد الأرش؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش لرهنه العبد، أو كتابته، أو إيقاعه، أو غصبه ونحوها. إن مكّنّه من ذلك، ثم زال المانع من الرد، قال في «التهذيب»: أصحهما: لا فسخ.

فرع: حدث في يد المشتري نكتة بياض في عين العبد، ووجد نكتة قديمة، فزالت إحداهما، فقال البائع: الزائلة القديمة، فلا رد ولا أرش. وقال المشتري: بل الحادثة، ولي الرد، حلفا على ما قالا. فإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى له. وإن حلفا، استفاد البائع دفع الرد، والمشتري أخذ الأرش. فإن اختلفا في الأرش، فليس له إلا الأقل، لأنه المستيقن.

فصل: إذا اشترى حلياً من ذهب أو فضة وزنه مئة مثلاً، بمئة من جنسه، ثم اطلع على عيب قديم، وقد حدث عنده عيب، فأوجه: أصحها: عند الأكثرين: يفسخ البيع، ويرد الحلي مع أرش النقص الحادث، ولا يلزم الربا، لأن المقابلة، بين الحلي والثلث، وهما متمثلان. والعيب الحادث، مضمون عليه، كعيب المأخوذ

على جهة السوم، فعليه غرامته. والثاني، وهو قول ابن سريج: أنه يفسخ العقد، لتعذر إمضائه، ولا يرد الحلّي على البائع، لتعذر رده مع الأرض ودونه، فيجعل كالتالف، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيباً بالعيب القديم، سليماً عن الحادث. واختار الغزالي هذا الوجه، وضعفه الإمام وغيره. والثالث، وهو قول صاحب «التقريب»، والداركي، واختاره الإمام وغيره: أنه يرجع بأرشف العيب القديم، كسائر الصور.

والمماثلة في الربوي، إنما تشترط في ابتداء العقد، والأرشف حق وجب بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق. وقياس هذا الوجه: تجويز الرد مع الأرض عن الحادث كسائر الأموال. وإذا أخذ الأرض، فقليل: يشترط كونه من غير جنس العوضين، حذراً من الربا. والأصح: جوازه منهما، لأنه لو امتنع الجنس، لامتنع غيره، لأنه بيع ربوي بجنسه مع شيء آخر. ولو عرف العيب القديم بعد تلف الحلّي عنده، فالذي ذكره صاحب «الشامل» و«التتمة»: أنه يفسخ العقد، ويسترد الثمن، ويغرم قيمة التالف، ولا يمكن أخذ الأرض للربا. وفي وجه: يجوز أخذ الأرض، وصححه في «التهذيب». وعلى هذا، ففي اشتراط كونه من غير الجنس، ما سبق. ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالحلي والنقد، بل تجري في كل ربوي بيع بجنسه.

فرع: لو أنعل الدابة، ثم علم بها عيباً قديماً، نظر، إن لم يعبها نزع النعل، فله نزعها والرد. فإن لم ينزع والحالة هذه، لم يجب على البائع قبول النعل. وإن كان النزع يخرم ثقب المسامير، ويعيب الحافر، فنزع، بطل حقه من الرد والأرشف، وفيه احتمال للإمام. ولو ردها مع النعل، أجبر البائع على القبول، وليس للمشتري طلب قيمة النعل. ثم ترك النعل، هل هو تمليك من المشتري، فيكون للبائع لو سقط، أم إعراض فيكون للمشتري؟ وجهان: أشبههما: الثاني.

فرع: لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته، ثم علم عيبه، فإن رضي بالرد من غير أن يطالب بشيء، فعلى البائع القبول، ويصير الصبغ ملكاً للبائع، لأنه صفة للثوب لا تزايله، وليس كالنعل. هذا لفظ الإمام، قال: ولا صائر إلى أنه يرد، ويبقى شريكاً في الثوب كما في المغصوب، والاحتمال يتطرق إليه. وإن أراد الرد وأخذ قيمة الصبغ، ففي وجوب الإجابة على البائع، وجهان: أحدهما: لا تجب، لكن يأخذ المشتري الأرض. ولو طلب المشتري أرشف العيب، وقال البائع: رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ، ففيمن يجاب؟ وجهان: وقطع ابن الصباغ والمتولي، بأن المجاب البائع، ولا أرشف للمشتري.

فرع: لو قصر الثوب، ثم علم العيب، بني على أن القصارة عين أو أثر؟ إن

قلنا: عين، فكالصبع. وإن قلنا: أثر، رد الثوب بلا شيء، كالزيادات المتصلة، وعلى هذا فقس نظائره.

فصل: إذا اشترى ما مأكوله في جوفه، كالرمانج، والبطيخ، والرمان، والجوز، واللوز، والفندق، والبيض، فكسره فوجده فاسداً، نظر، إن لم يكن لفساده قيمة كالبيضة المذرة التي لا تصلح لشيء، والبطيخة الشديدة التغير، رجع بجميع الثمن، نص عليه. وكيف طريقه؟ قال معظم الأصحاب: يتبين فساد البيع لوروده على غير متقوم. وقال القفال وطائفة: لا يتبين فساد البيع، بل طريقه استدراك الظلامة. وكما يرجع بجزء من الثمن لنقص جزء من المبيع، يرجع ب كله لفوات كل المبيع. وتظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن يختص حتى يكون عليه تنظيف الموضع منها؟ أما إذا كان لفساده قيمة، كالرمانج، وبيض النعام، والبطيخ إذا وجده حامضاً، أو مدود بعض الأطراف، فللكسر حالان:

أحدهما: أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بمثله، فقولان: أظهرهما عند الأكثرين: له رده قهراً كالمصرأة. والثاني، لا، كما لو قطع الثوب. فعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم، أو يضم أرش النقصان إليه، ويرده كما سبق. وعلى الأول، هل يغرم أرش الكسر؟ قولان. أظهرهما: لا، لأنه معذور. والثاني: يغرم ما بين قيمته صحيحاً فاسد اللب ومكسوراً فاسد اللب، ولا ينظر إلى الثمن.

الحال الثاني: أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر، فلا رد على المذهب كسائر العيوب. وقيل بطرد القولين. إذا عرفت هذا، فكسر الجوز ونحوه، وثقب الرمانج، من صور الحال الأول. وكسر الرمانج وترضيض بيض النعام، من صور الحال الثاني. وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير. والتدويد لا يعرف إلا بالتقوير، وقد يحتاج إلى الشق ليعرف، وقد يستغنى في معرفة حال البيض بالقلقلة عن الكسر. ولو شرط في الرمان الحلاوة، فبان حامضاً بالغرز، رد. وإن بان بالشق، فلا.

فرع: اشترى ثوباً مطوياً وهو مما ينقص بالنشر، فنشره ووقف على عيب به لا يوقف عليه إلا بالنشر، ففيه القولان. كذا أطلقه الأصحاب على طبقاتهم مع جعلهم بيع الثوب المطوي من صور بيع الغائب، ولم يتعرض الأئمة لهذا الإشكال إلا من وجهين: أحدهما: ذكر إمام الحرمين أن هذا الفرع مبني على تصحيح بيع الغائب. والثاني: قال صاحب «الحاوي» وغيره: إن كان مطوياً على أكثر من طاقين، لم يصح

البيع إن لم نجوز بيع الغائب. وإن كان مطوياً على طاقين، صح، لأنه يرى جميع الثوب من جانبيه، وهذا حسن، لكن المطوي على طاقين، لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهي الثوب، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف سبق. ووراء هذا تصويران. أحدهما: أن تفرض رؤية الثوب قبل الطي، والطي قبل البيع. والثاني: أن ما نقص بالنشر مرة، ينقص به مرتين أو أكثر. فلو نشر مرة، وبيع وأعيد طيّه، ثم نشره المشتري فزاد النقص به، انتظم التصوير.

فصل: المبيع في الصفقة الواحدة، إن كان شيئين، بأن اشترى عبيدين فخرجا معيين، فله ردهما، وكذا لو خرج أحدهما معيباً. وليس له رد بعضه إن كان الباقي باقياً في ملكه، لما فيه من التشقيص على البائع، فإن رضي به البائع، جاز على الأصح. وإن كان الباقي زائلاً عن ملكه، بأن عرف العيب بعد بيع بعض المبيع، ففي رد الباقي طريقان. أحدهما: على قولي تفريق الصفقة. وأصحهما: القطع بالمنع، كما لو كان باقياً في ملكه. فعلى هذا، هل يرجع بالأرّش؟ أما للقدر المبيع، فعلى ما ذكرنا فيما إذا باع الكل. وأما للقدر الباقي، فوجهان: أحدهما: يرجع، لتعذر الرد، ولا ينتظر عود الزائل ليرد الجميع، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث. ويجري الوجهان فيما لو اشترى عبيدين وباع أحدهما ثم علم العيب ولم نجوز رد الباقي، هل يرجع بالأرّش؟ ولو اشترى عبداً، ومات وخلف ابنين، فوجدا به عيباً، فالأصح، وهو قول ابن الحداد: لا ينفرد أحدهما بالرد، لأن الصفقة وقعت متحدة. ولهذا لو سلّم أحد الابنين نصف الثمن، لم يلزم البائع تسليم النصف إليه. والثاني: ينفرد، لأنه رد جميع ما ملك.

هذا كله إذا اتحد العاقدان، أما إذا اشترى رجل من رجلين عبداً وخرج معيباً، فله أن يفرد نصيب أحدهما بالرد، لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد. ولو اشترى رجلان عبداً من رجل، فقولان: أظهرهما: أن لأحدهما أن ينفرد بالرد، لأنه رد جميع ما ملك، فإن جوزنا الانفراد، فانفرد أحدهما، فهل تبطل الشركة بينهما ويخلص للممسك ما أمسك، وللرّاد ما استرد، أم تبقى الشركة بينهما فيما أمسك واسترد؟ وجهان: أحدهما: الأول. وإن منعنا الانفراد، فذاك فيما ينقص بالتبعض. أما ما لا ينقص، كالحبوب، فوجهان بناءً على أن المانع ضرر التبعض، أو اتحاد الصفقة؟ ولو أراد الممنوع من الرد الأرّش، قال الإمام: إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر، بأن أعتقه وهو معسر، فله أخذ الأرّش، وإلا، نظر، فإن رضي صاحبه بالعيب، بني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه، وأراد الكل والرجوع بنصف الثمن، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل؟ وفيه وجهان: إن

قلنا: لا، أخذ الأرش. وإن قلنا: نعم، فكذلك على الأصح، لأنه تَوَقَّع بعيد. وإن كان صاحبه غائباً لا يعرف الحال، ففي الأرش وجهان بسبب الحيلولة الناجزة. ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين، كان كل واحد منهما مشترى ربع العبد من كل واحد من البائعين، فلكل واحد رداً للربع إلى أحدهما. ولو اشترى ثلاثة من رجلان، كان كل واحد مشترى ثلث العبد من كل واحد من البائعين. ولو اشترى رجلان، عبيدين من رجلين، فقد اشترى كل واحد من كل واحد ربع كل عبد، فلكل واحد رد جميع ما اشترى من كل واحد عليه. ولو رد ربع أحد العبيدين وحده، ففيه قولان التفريق. ولو اشترى بعض عبد في صفقة، وباقيه في صفقة من البائع الأول أو غيره، فله ردُّ أحد البعضين وحده، لتعدد الصفقة. ولو علم العيب بعد العقد الأول، ولم يمكنه الرد، فاشترى الباقي، فليس له رد الباقي، وله رد الأول عند الإمكان.

فصل: إذا وجد بالمبيع عيب، فقال البائع: حدث عند المشتري، وقال المشتري: بل كان عندك، نظر، إن كان العيب مما لا يمكن حدوثه بعد البيع كالأصبع الزائدة، وشين الشجّة المندملة، وقد جرى البيع أمس، فالقول قول المشتري. وإن لم يحتمل تقدّمه، كجراحة طرية، وقد جرى البيع والقبض من سنة، فالقول قول البائع من غير يمين. وإن احتمل قدمه وحدثه كالمرض، فالقول قول البائع، لأن الأصل لزوم العقد واستمراره. وكيف يحلف؟ ينظر في جوابه للمشتري. فإن ادعى المشتري أن بالمبيع عيباً كان قبل القبض، فأراد الرد، فقال في جوابه: ليس له الرد عليّ بالعيب الذي يذكره، أو لا يلزمني قبوله، حلف على ذلك، ولا يكلف التعرض لعدم العيب يوم البيع، ولا يوم القبض، لجواز أنه أقبضه معيباً وهو عالم به، أو أنه رضي به بعد البيع، ولو نطق به لصار مدعياً مطالباً بالبينة.

وإن قال في الجواب: ما بعته إلا سليماً، أو ما أقبضته إلا سليماً، فهل يلزمه أن يحلف كذلك، أم يكفي الاقتصار على أنه لا يستحق الرد، أو لا يلزمني قبوله؟ فيه وجهان: أحدهما: يلزمه التعرض لما تعرض له في الجواب، لتطابق اليمين الجواب، وبهذا قطع صاحب «التهذيب» وغيره. وهذا التفصيل والخلاف، جاريان في جميع الدعاوى والأجوبة. ثم يمينه تكون على البتّ، فيحلف: لقد بعته وما به هذا العيب. ولا يكفي أن يقول: بعته ولا أعلم به هذا العيب. وتجاوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد، وعلم خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشهادة على الإعسار وعدالة الشهود، وغيرهما. وعند عدم الاختبار، يجوز أيضاً الاعتماد على ظاهر السلامة إذا لم يعلم، ولا ظن خلافه.

فرع: لو زعم المشتري أن بالمبيع عيباً، فأنكره البائع، فالقول قوله. ولو

اختلفا في بعض الصفات، هل هو عيب؟ فالقول قول البائع مع يمينه، وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما. قال في «التهذيب»: إن قال واحد من أهل المعرفة به: إنه عيب، ثبت الرد. واعتبر في «التتمة» شهادة اثنين. ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب، أو تقصيره في الرد، فالقول قول المشتري.

فرع: مدار الرد على التعيب عند القبض، حتى لو كان معيباً عند البيع، فقبضه وقد زال العيب، فلا رد بما كان، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد، سقط حقه من الرد.

فصل: الفسخ يرفع العقد من حينه، لا من أصله على الصحيح. وفي وجه: يرفعه من أصله. وفي وجه: يرفعه من أصله إن كان قبل القبض.

فرع: الاستخدام لا يمنع الرد بلا خلاف. ولو وطئ المشتري الثيب، فله الرد، ولا مهر عليه. ووطئ الأجنبي والبائع بشبهة كوطئ المشتري، لا يمنع الرد. وأما وطئهما مختاراً زنى، فهو عيب حادث.

هذا في الوطء بعد القبض، فإن وطئها المشتري قبل القبض، فله الرد، ولا يصير قابضاً لها ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها. فإن تلفت قبل القبض، فهل عليه المهر للبائع؟ وجهان: بناءً على أن الفسخ قبل القبض، رفع للعقد من أصله، أو حينه؟ الصحيح: لا مهر. وإن وطئها أجنبي وهي زانية، فهو عيب حدث قبل القبض. وإن كانت مكرهة، فللمشتري المهر، ولا خيار له بهذا الوطء. ووطئ البائع كوطئ الأجنبي، لكن لا مهر عليه إن قلنا: إن جنابة البائع قبل القبض كالآفة السماوية. أما البكر، فافتضاؤها بعد القبض عيب حادث، وقبله جنابة على المبيع قبل القبض. وإن افتضها الأجنبي بغير آلة الافتضااض، فعليه ما نقص من قيمتها. وإن افتض بآلته، فعليه المهر. وهل يدخل فيه أرش البكارة، أم يفرد؟ وجهان: أصحهما: يدخل، فعليه مهر مثلها بكرةً. والثاني: يفرد، فعليه أرش البكارة، ومهر مثلها ثيباً. ثم المشتري إن أجاز العقد، فالجميع له، وإلا، فقد أرش البكارة للبائع، لعودها إليه ناقصة، والباقي للمشتري. وإن افتضها البائع، فإن أجاز المشتري، فلا شيء على البائع إن قلنا: جنابته كالآفة السماوية. وإن قلنا: إنها كجنابة الأجنبي، فحكمه حكمه.

وإن فسخ المشتري، فليس على البائع أرش البكارة. وهل عليه مهرها ثيباً؟ إن افتض بآلته، بني على أن جنابته كالآفة السماوية، أم لا؟ وإن افتضها المشتري، استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها. فإن سلمت حتى قبضها، فعليه الثمن بكامله. وإن تلفت قبل القبض، فعليه بقدر الافتضااض من الثمن. وهل عليه مهر مثل

ثيب؟ إن افتضها بآلة الافتضااض، يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله، أو من حينه؟ هذا هو الصحيح. وفي وجه: افتضااض المشتري قبل القبض، كافتضااض الأجنبي.

فرع: زيادة المبيع ضربان، متصلة، ومنفصلة.

أما المتصلة: كالسمن، والتعليم، وكبر الشجرة، فهي تابعة للأصل في الرد، ولا شيء على البائع بسببها.

وأما المنفصلة: كالأجرة، والولد، والثمرة، وكسب الرقيق، ومهر الجارية الموطوءة بشبهة، فلا تمنع الرد بالعيب، وتسلم للمشتري، سواء الزوائد الحادثة قبل القبض وبعده. وفيما إذا كان الرد قبل القبض، وجه ضعيف: أنها للبائع، تفرعاً على أن الفسخ دفع للعقد من أصله. فلو نقصت الجارية أو البهيمة بالولادة، امتنع الرد للنقص الحادث وإن لم يكن الولد مانعاً. وتكلموا في أفراد الجارية بالرد وإن لم تنقص بالولادة بسبب التفريق بينها وبين الولد، فقل: لا يجوز الرد، ويتعين الأرش، إلا أن يكون العلم بالعيب بعد بلوغ الولد حداً يجوز فيه التفريق. وقيل: لا يحرم التفريق هنا للحاجة، وستأتي المسألة مع نظيرها في الرهن إن شاء الله تعالى.

فرع: اشترى جارية أو بهيمة حاملاً، فوجد بها عيباً، فإن كانت بعد حاملاً، ردها كذلك. وإن وضعت الحمل ونقصت بالولادة، فلا رد. وإن لم تنقص، ففي رد الولد معها قولان، بناءً على أن الحمل هل يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن، أم لا؟ والأظهر: نعم. ويخرج على هذا الخلاف: أنه هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن؟ وأنه لو هلك قبل القبض، هل يسقط من الثمن بحصته؟ وأنه هل للمشتري بيع الولد قبل القبض؟ فإن قلنا: له قسط من الثمن، جاز الحبس، وسقط الثمن، ولم يجز البيع، وإلا، انعكس الحكم. ولو اشترى نخلة وعليها طلع مؤبر، ووجد بها عيباً بعد التأبير، ففي الثمرة طريقان. أحدهما: على قولين كالحمل. والثاني: القطع بأخذها قسطاً، لأنها مشاهدة مستيقنة.

ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً، فحبلت، ثم اطلع على عيب، فإن نقصت بالحمل، فلا رد إن كان الحمل حصل في يد المشتري. وإن لم ينقص الحمل، أو كان الحمل في يد البائع، فله الرد. وحكم الولد مبني على الخلاف. إن قلنا: يأخذ قسطاً، بقي للمشتري فيأخذه إذا انفصل على الصحيح. وفي وجه: أنه للبائع، لاتصاله بالأم عند الرد. وإن قلنا: لا يأخذ، فهي للبائع. وأطلق بعضهم: أن الحمل الحادث نقص، لأنه في الجارية يؤثر في النشاط والجمال، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل عليها والركوب. ولو اشترى نخلة وأطلعت في يده، ثم علم عيباً، فلمن الطلع؟ فيه وجهان: ولو كان على ظهر الحيوان صوف عند البيع، فجزه، ثم

علم به عيباً، رد الصوف معه. فإن استجز ثانياً وجزّه، ثم علم العيب، لم يرد الثاني، لحدوثه في ملكه. وإن لم يجزّه، رده تبعاً. ولو اشترى أرضاً فيها أصول الكراث ونحوه، وأدخلناها في البيع، فنبتت في يد المشتري، ثم علم بالأرض عيباً، ردها وبقي النابت للمشتري، فإنها ليست تبعاً للأرض.

فصل: الإقالة بعد البيع جائزة، بل إذا ندم أحدهما، يستحب للآخر إقالته، وهي أن يقول المتبايعان: تقايلنا، أو تفاسخنا. أو يقول أحدهما: أقلتكَ، فيقول الآخر: قبلت وما أشبهه. وفي كونها فسخاً أو بيعاً، قولان. أظهرهما: فسخ. وقيل: القولان في لفظ الإقالة. فأما إن قالاً: تفاسخنا، ففسخ قطعاً. فإن قلنا: بيع، تجددت بها الشفعة، وإلا، فلا. ولو تقايلنا في الصرف، وجب التقابض في المجلس إن قلنا: بيع، وإلا، فلا. وتجاوز الإقالة قبل قبض المبيع، إن قلنا: فسخ، وإلا، فهي كبيع المبيع من البائع قبل القبض. وتجاوز في السّلم قبل القبض إن قلنا: فسخ، وإلا، فلا. ولا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن قلنا: بيع، وإلا، فالأصح: الجواز، كالفسخ بالتحالف، وعلى هذا، يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان متقوّماً. ولو اشترى عبيدين، فتلف أحدهما، ففي الإقالة في الباقي خلاف مرتّب، لأن الإقالة تصادف القائم، فيستتبع التالف. وإن تقابلا والمبيع في يد المشتري، لم ينفذ تصرّف البائع فيه إن قلنا: بيع، ونفذ إن قلنا: فسخ. فإن تلف في يده، انفسخت الإقالة إن قلنا: بيع، وبقي البيع الأول بحاله، وإلا، فعلى المشتري ضمانه، لأنه مقبوض على حكم العوض، كالمأخوذ قرضاً أو سوماً، والواجب فيه، إن كان متقوّماً، أقل القيمتين من يوم العقد والقبض. وإن تعيب في يده، فإن قلنا: بيع، يخير البائع بين أن يجيز الإقالة ولا شيء له، وبين أن يفسخ ويأخذ الثمن. وإن قلنا: فسخ، غرم أرش العيب.

ولو استعمله بعد الإقالة. فإن قلنا: بيع، فهو كالبيع يستعمله البائع، وإلا، فعليه الأجرة. ولو علم البائع بالمبيع عيباً كان حدث في يد المشتري قبل الإقالة، فلا رد له إن قلنا: فسخ، وإلا، فله رده. ويجوز للمشتري حبس المبيع، لاسترداده الثمن على القولين، ولا يشترط في الإقالة ذكر الثمن، ولا يصح إلا بذلك الثمن. فلو زاد أو نقص، بطلت، وبقي البيع بحاله، حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو على أن يأخذ الصحاح عن المكسر، لم يصح. ويجوز للورثة الإقالة بعد موت المتبايعين، وتجاوز في بعض المبيع. قال الإمام: هذا إذا لم تلزم جهالة. أما إذا اشترى عبيدين، فتقايلنا في أحدهما مع بقاء الثاني، فلا يجوز على قولنا: بيع، للجعل بحصة كل واحد. وتجاوز الإقالة في بعض المسلّم فيه، لكن لو أقاله في البعض ليعجل الباقي،

أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي، فهي فاسدة.

قلت: قال القفال في شرحه «التلخيص»: لو تقايلا، ثم اختلفا في الثمن، ففيه ثلاثة أوجه: سواء قلنا: الإقالة بيع، أو فسخ، أصحابها:، وهو قول ابن المرزبان: أن القول قول البائع. والثاني: قول المشتري. والثالث: يتحالفان وتبطل الإقالة، قال الدارمي: وإذا تقايلا وقد زاد المبيع، فالزيادة المتميزة للمشتري، وغيرها للبائع. قال: ولو اختلفا في وجود الإقالة، صدّق منكرها. قال: ولو باعه، ثم تقايلا بعد حلول الأجل ودفع المال، استرجعه المشتري في الحال، ولا يلزمه أن يصبر قدر الأجل. وإن لم يكن دفعه، سقط وبرئاً جميعاً. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالبائ

إحداها: الثمن المعين إذا خرج معيباً، يرد بالعيب كالمبيع. وإن لم يكن معيباً، استبدل، ولا يفسخ العقد، سواء خرج معيباً بخشونة، أو سواد، أو وجدت سكتته مخالفة سكة النقد الذي تناوله العقد، أو خرج نحاساً، أو رصاصاً.

المسألة الثانية: تصارفاً وتقابضاً، ثم وجد أحدهما بما قبض خلاً، فله حالان:

أحدهما: أن يرد العقد على معيّنين، فإن خرج أحدهما نحاساً، بطل العقد، لأنه بان أنه غير ما عقد عليه. وقيل: إنه صحيح، تغليباً للإشارة. هذا إن كان له قيمة، فإن لم يكن، لم يجزى هذا الوجه الضعيف. وإن خرج بعضه بهذه الصفة، لم يصح العقد فيه، وفي الباقي قولاً تفريق الصفة. فإن لم يبطل، فله الخيار. فإن أجاز والجنس مختلف، بأن تبايعا ذهباً بفضة، جاء القولان في أن الإجازة بجميع الثمن، أم بالقسط؟ وإن كان الجنس متفقاً، فالإجازة بالحصة قطعاً، لامتناع التفاضل. وإن خرج أحدهم خشناً، أو أسود فلمن أخذه الخيار، ولا يجوز الاستبدال وإن خرج بعضه كذلك، فله الخيار أيضاً. وهل له الفسخ في المعيب، والإجازة في الباقي؟ فيه قولاً التفريق. فإن جوزنا، فالإجازة بالحصة.

الحال الثاني: أن يرد عى ما في الذمة، ثم يحضره ويتقابض، فإن خرج أحدهما نحاساً وهما في المجلس، استبدل. وإن تفرقا، فالعقد باطل، لأن المقبوض غير ما عقد عليه. وإن خرج خشناً، أو أسود، فإن لم يتفرقا، فله الخيار بين الرضى به والاستبدال. وإن تفرقا، فهل له الاستبدال؟ قولان. أظهرهما: نعم. كالمسلم فيه إذا خرج معيباً، لأن القبض الأول صحيح، إذ لو رضى به، لجاز. والبدل قائم مقامه، ويجب أخذ البدل قبل التفرق عن مجلس الرد. وإن خرج البعض كذلك، وقد تفرقا، فإن جوزنا الاستبدال، استبدل، وإلا، فله الخيار بين فسخ العقد في الكل

والإجازة. وهل له الفسخ في ذلك القدر والإجازة في الباقي؟ فيه قولان التفريق.

ورأس مال السلم، حكمه حكم عوض الصرف. ولو وجد أحد المتصارفين بما أخذه عيباً بعد تلفه، أو تباعاً طعماً بطعام، ثم وجد أحدهما بالمأخوذ عيباً بعد تلفه، نظر، وإن ورد العقد في معيّنين، واختلف الجنس، فهو كبيع العرض بالنقد. وإن كان متفقاً، ففيه الخلاف السابق في مسألة الحلّي. وإن ورد على ما في الذمة ولم يتفرقا بعد، غرم ما تلف عنده، ويستبدل. وكذا إن تفرقا، وجوزنا الاستبدال. ولو وجد المسلم إليه برأس مال السلم عيباً بعد تلفه عنده، فإن كان معيناً أو في الذمة، وعين وتفرقا، ولم نجوز الاستبدال، سقط من المسلم فيه بقدر نقصان العيب من قيمة رأس المال. وإن كان في الذمة وهما في المجلس، غرم التالف واستبدل. وكذا إن كان بعد التفرق وجوزنا الاستبدال.

المسألة الثالثة: باع عبداً بألف، وأخذ بالألف ثوباً، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً، ورده، قال القاضي أبو الطيب: يرجع بالثوب، لأنه إنما تملكه بالثمن. وإذا فسخ البيع، سقط الثمن فانفسخ بيع الثوب. وقال الجمهور: يرجع بالألف، لأن الثوب مملوك بعقد آخر. ولو مات العبد قبل القبض، وانفسخ البيع، قال ابن سريج: يرجع بالألف دون الثوب، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد، ولا يرفعه من أصله، وهو الأصح، وفيه وجه آخر.

المسألة الرابعة: باع عصيراً، فوجد المشتري به عيباً بعدما صار خمراً، فلا سبيل إلى رد الخمر، فيأخذ الأرض. فإن تخلل، فللبائع أن يسترده، ولا يدفع الأرض. ولو اشترى ذمي من ذمي خمراً، ثم أسلماً، وعلم المشتري بالخمر عيباً، استرد جزءاً من الثمن على سبيل الأرض، ولا رد. ولو أسلم البائع وحده، فلا رد أيضاً. ولو أسلم المشتري وحده، فله الرد، قاله ابن سريج، وعلل بأن المسلم لا يتملك الخمر، بل نزيل يده عنها.

المسألة الخامسة: مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب، على المشتري، ولو هلك في يده، ضمنه.

المسألة السادسة: اختلفا في الثمن بعد رد المبيع، فالصحيح: أن القول قول البائع، لأنه غارم، كما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة. وقيل: يتحالفان، وتبقى السلعة في يد المشتري، وله الأرض على البائع، قاله ابن أبي هريرة. فقيل له: إذا لم يعرف الثمن، كيف يعرف الأرض؟ فقال: أحكم بالأرض من القدر المتفق عليه.

المسألة السابعة: لو احتيج إلى الرجوع بالأرض، فاختلغا في الثمن، فالقول قول البائع على الأظهر. وعلى الثاني: قول المشتري.

المسألة الثامنة: أوصى إلى رجل ببيع عبده أو ثوبه وشراء جارية بثمنه وإعتاقها، ففعل الوصي ذلك، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً، فله رده على الوصي ومطالبته بالثمن، كما يرد على الوكيل، ثم الوصي يبيع العبد المردود، ويدفع الثمن إلى المشتري. ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل، فهل للوكيل بيعه ثانياً؟ وجهان: أحدهما: نعم، كالوصي. وأصحهما: لا، لأن هذا ملك جديد فاحتاج إلى إذن جديد، بخلاف الإيصاء، فإنه تولية وتفويض كلي. ولو وُكِّل في البيع بشرط الخيار للمشتري، فامتثل ورد المشتري، فإن قلنا: ملك البائع لم يزل، فله بيعه ثانياً. وإن قلنا: زال وعاد، فهو كالرد بالعيب. ثم إذا باعه الوصي ثانياً، نظر، إن باعه بمثل الثمن الأول، فذاك.

وإن باعه بأقل، فهل النقص على الوصي، أو في ذمة الموصي؟ وجهان: أحدهما: الأول، وبه قال ابن الحداد، لأنه إنما أمره بشراء الجارية بثمن العبد، لا بالزيادة. وعلى هذا، لو مات العبد في يده بنفس الرد، غرم جميع الثمن. ولو باعه بأكثر من الثمن الأول، فإن كان ذلك لزيادة قيمة أو رغبة راغب، دفع قدر الثمن إلى المشتري، والباقي للوارث. وإن لم يكن كذلك، فقد بان أن البيع الأول باطل، للغبن. ويقع عتق الجارية عن الوصي إن اشتراها في الذمة، وإن اشتراها بعين ثمن العبد، لم ينفذ الشراء ولا الإعناق، وعليه شراء جارية أخرى بهذا الثمن وإعتاقها عن الموصي، هكذا أطلقه الأصحاب، ولا بد فيه من تقييد وتأويل، لأن بيعه بالغبن وتسليمه عن علم بالحال، خيانة. والأمين ينعزل بالخيانة، فلا يتمكن من شراء جارية أخرى.

قلت: ليس في كلام الأصحاب، أنه باع بالغبن عالماً، فالصورة مفروضة فيمن لم يعلم الغبن، ولا يحتاج إلى تكلف تصويرها في العالم وأن القاضي جدّد له ولاية. وهذه مسائل ألحقها. لو اشترى سلعة بألف في الذمة، فقضاه عنه أجنبي متبرعاً فردت السلعة بعيب، لزم البائع رد الألف. وعلى من يرد؟ وجهان: أحدهما: على الأجنبي، لأنه الدافع. والثاني: على المشتري، لأنه يقدر دخوله في ملكه. فإذا رد المبيع، رد إليه ما قابله، وبهذا الوجه قطع صاحب «المعاينة» ذكره في باب الرهن. قال: ولو خرجت السلعة مستحقة، رد الألف على الأجنبي قطعاً، لأننا تبيّن أن لا ثمن ولا بيع. قال أصحابنا: إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب، خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف الشروط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض. قال القفال، والصيدلاني، وآخرون: لو اشترى ثوباً وقبضه وسلّم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيباً قديماً، فردّه، فوجد الثمن معيباً

ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع، يأخذه ناقصاً، ولا شيء له بسبب النقص. وفيه احتمال لإمام الحرمين، ذكره في باب تعجيل الزكاة. والله أعلم.

باب: حكم المبيع قبل القبض وبعده وصفة القبض

للقبض حكمان:

أحدهما: انتقال الضمان إلى المشتري. فالمبيع قبل القبض، من ضمان البائع، ومعناه، أنه لو تلف، انفسخ العقد وسقط الثمن. فلو أبرأ المشتري البائع من ضمان المبيع قبل القبض، فهل يبرأ، حتى لو تلف لا ينفسخ العقد ولا يسقط الثمن؟ قولان. أظهرهما: لا يبرأ، ولا يتغير حكم العقد. ثم إذا انفسخ البيع، كان المبيع هالكاً على ملك البائع. حتى لو كان عبداً، كانت مؤنة تجهيزه على البائع. وهل نقول بانتقال الملك إليه قبيل الهلاك، أم يرتفع العقد من أصله؟ وجهان خرجهما ابن سريج. أصحهما: وهو اختياره واختيار ابن الحداد: لا يرتفع من أصله كالرد بالعيب، وفي الزوائد الحادثة بيد البائع، من الولد والثمرة واللبن والبيض والكسب وغيرها هذان الوجهان، وذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض، وطردهما جماعة في الإقالة إذا جعلناها فسخاً، وخرجوا عليهما الزوائد. والأصح في الجميع: أنها للمشتري، وتكون أمانة في يد البائع. ولو هلك، والأصل باق بحاله، فلا خيار للمشتري. وفي معنى الزوائد، الركاز الذي يجده العبد وما وهب له، فقبضه وقبّله، وما أوصي له به فقبّله، هذا حكم التلف بأفة سماوية. أما إذا أتلّف المبيع قبل القبض، فله ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يتلفه المشتري، فهو قبض منه على الصحيح، لأنه أتلّف ملكه، فصار كما لو أتلّف المالك المغصوب في يد الغاصب، يبرأ الغاصب، ويصير المالك مسترداً بالإتلاف. وفي وجه: إتلافه ليس بقبض، لكن عليه القيمة للبائع، ويسترد الثمن، ويكون التلف من ضمان البائع. هذا عند العلم. أما إذا كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قبضاً؟ وجهان بناءً على القولين، فيما إذا قدّم الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً، هل يبرأ الغاصب؟ فإن لم نجعله قابضاً، فهو كإتلاف البائع.

القسم الثاني: أن يتلفه أجنبي، فطريقان. أصحهما: على قولين. أحدهما: أنه كالتلف بأفة سماوية، لتعذر التسليم. وأظهرهما: أنه لا ينفسخ، بل للمشتري الخيار، إن شاء فسخ واسترد الثمن، ويغرم الأجنبي للبائع، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي. والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، قاله ابن سريج. وإذا قلنا به، فهل للبائع حبس

القيمة لأخذ الثمن؟ وجهان: أحدهما: نعم. كما يحبس المرتهن قيمة المرهون. وأصحهما: لا، كالمشتري إذا أُلِف المبيع، لا يغرم القيمة ليحبسها البائع. وعلى الأول، لو تلفت القيمة في يده بأفة سماوية، هل ينفسخ البيع لأنها بدل المبيع؟ وجهان: أصحهما: لا.

القسم الثالث: أن يتلفه البائع، فطريقان. أصحهما: على قولين. أظهرهما: ينفسخ البيع كالأفة. والثاني: لا، بل إن شاء فسخ وسقط الثمن، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن. وقد يقع ذلك في أقول التقاص. والطريق الثاني: القطع بالقول الأول. فإن لم نقل بالانفساخ، عاد الخلاف في حبس القيمة. وقيل: لا حبس هنا قطعاً، لتعديده بإتلاف العين.

فرع: باع شقصاً من عبد، وأعتق باقيه قبل القبض وهو موسر، عتق كله، وانفسخ البيع، وسقط الثمن إن جعلنا إتلاف البائع كالأفة السماوية، وإلا، فللمشتري الخيار.

فرع: لو استعمل البائع المبيع قبل القبض، فلا أجرة عليه إن جعلنا إتلافه كالأفة، وإلا، فعليه الأجرة.

فرع: إتلاف الأعجمي، والصبي الذي لا يميز، بأمر البائع أو المشتري، كإتلافهما. وإتلاف المميز بأمرهما، كإتلاف الأجنبي. وذكر القاضي حسين، أن إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف يلغو، وإذا أُلِف، فله الخيار. وأنه لو أذن البائع في الأكل والإحراق، ففعل، كان التلف من ضمان البائع، بخلاف ما لو أذن للغاصب ففعل، فإنه يبرأ، لأن الملك هناك مستقر. وفي فتاوى القفال: أن إتلاف عبد البائع، كإتلاف الأجنبي. وكذا، إتلاف عبد المشتري بغير إذنه. فإن أجاز، جعل قابضاً، كما لو أُلِف نفسه. وإن فسخ، اتبع البائع الجاني. وأنه لو كان المبيع علفاً، فاعتلفه حمار المشتري بالنهار، ينفسخ البيع. وإن اعتلفه بالليل، لم ينفسخ، وللمشتري الخيار، فإن أجاز، فهو قابض، وإلا، طالبه البائع بقيمة ما أُلِف حماره. وأطلق القول، بأن إتلاف بهيمة البائع، كالأفة السماوية. فقيل له: فهلا فرقت فيها أيضاً بين الليل والنهار؟ فقال: هذا موضع فكر.

فرع: لو صال العبد المبيع على المشتري في يد البائع، فقتله دفعاً، قال القاضي: يستقر عليه الثمن، لأنه أُلِف لغرضه. وقال الشيخ أبو علي: لا يستقر.

قلت: قول أبي علي أصح. ولهذا، لا يضمه الأجنبي، ولا المحرم لو كان صيداً. وكذا لو صال المغصوب على مالكة فقتله دفعاً، لم يبرأ الغاصب، سواء علم

أنه ملكه، أم لا. وفي العالم، وجه شاذ، وسيأتي إيضاحه في أول كتاب الغصب إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

فرع: لو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع، فللبائع الاسترداد إذا ثبت له حق الحبس، فإن أتلفه في يد المشتري، فقولان: أحدهما: عليه القيمة، ولا خيار للمشتري، لاستقرار العقد بالقبض وإن كان ظالماً فيه. والثاني: يجعل مسترداً بالإتلاف، كما أن المشتري قابض بالإتلاف. وعلى هذا، فيفسخ البيع، أو يثبت الخيار للمشتري. قال الإمام: الظاهر: الثاني.

فرع: وقوع الدرة في البحر قبل القبض، كالتلف، فيفسخ به البيع. وكذا انفلات الصيد المتوحش والطير، قاله في «التتمة»: ولو غرق الماء الأرض المشتراة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل، أو ركبها رمل، فهل هو كالتلف أو يثبت الخيار؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

فرع: لو أبق العبد قبل القبض، أو ضاع في انتهاب العسكر، لم يفسخ البيع، لبقاء المايّة ورجاء العود. وفي وجه ضعيف: يفسخ كالتلف. ولو غصبه غاصب، فليس له إلا الخيار. فإن أجاز، لم يلزمه تسليم الثمن، وإن سلّمه، قال القفال: ليس له الاسترداد، لتمكنه من الفسخ. وإن أجاز، ثم أراد الفسخ، فله ذلك، كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ، لأنه يتضرر كل ساعة. وحكي عن القفال مثله فيما إذا أتلّف الأجنبي المبيع قبل القبض، وأجاز المشتري لاتباع الأجنبي، ثم أراد الفسخ، قال القاضي: في هذه الصورة، ينبغي أن لا يمكّن من الرجوع، لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي، فأشبهه الحوالة.

فرع: لو جحد البائع العين قبل القبض، فللمشتري الفسخ، للتعذر.

فرع: منقول من فتاوى القاضي

باع عبده رجلاً، ثم باعه لآخر وسلّمه إليه، وعجز عن انتزاعه منه وتسليمه إلى الأول، فهذا جناية منه على المبيع، فهو كالجناية الحسّية، فيفسخ البيع على الأظهر، ويثبت للمشتري الخيار في القول الثاني، بين أن يفسخ وبين أن يجيز ويأخذ القيمة من البائع. ولو طالب البائع بالتسليم، وزعم قدرته عليه، وقال البائع: أنا عاجز عنه، حلف. فإن نكل، حلف المشتري أنه قادر، وحبس إلى أن يسلمه أو يقيم البيّنة بعجزه، فإن ادعى المشتري الأول على الثاني العلم بالحال، فأنكر: حلفه، فإن نكل، حلف هو وأخذ منه.

فصل: إذا طرأ على المبيع قبل القبض، عيب أو نقص، نظر إن كان بآفة

سماوية، بأن عمي العبد، أو شئت يده، أو سقطت، فللمشتري الخيار، إن شاء فسخ، وإلا، أجاز بجميع الثمن، ولا أرش له مع القدرة على الفسخ. وإن كان بجناية، عادت الأقسام الثلاثة:

أولها: أن يكون الجاني هو المشتري. فإذا قطع يد العبد مثلاً قبل القبض، فلا خيار له، لأن النقص بفعله، بل يمتنع بسببه الرد بجميع العيوب القديمة، ويجعل قابضاً لبعض المبيع، حتى يستقر عليه ضمانه. فإن مات العبد في يد البائع بعد الاندمال، لم يضمن المشتري اليد بأرشها المقدّر، ولا بما نقص من القيمة، وإنما يضمنها بجزء من الثمن، كما يضمن الجميع بكل الثمن. وفي معياره، وجهان: أصحهما وبه قال ابن سريج وابن الحداد: يقوم العبد صحيحاً ثم مقطوعاً، ويعرف التفاوت، فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة.

بيانه: قوم صحيحاً بثلاثين، ومقطوعاً بخمسة عشر، فعليه نصف الثمن. ولو قوم مقطوعاً بعشرين، كان عليه ثلث الثمن. والوجه الثاني، قاله القاضي أبو الطيب: يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة، وهو النصف. وعلى هذا، لو قطع يديه واندملتا، ثم مات العبد في يد البائع، لزم المشتري تمام الثمن.

هذا كله تفريع على الصحيح أن إتلاف المشتري قبض. فأما على الوجه الضعيف: أنه ليس بقبض، فلا يجعل قابضاً لشيء من العبد، وعليه ضمان اليد بأرشها المقدّر، وهو نصف القيمة كالأجنبي. وقياسه: أن يكون له الخيار.

القسم الثاني: أن يكون الجاني أجنبياً، فيقطع يده قبل القبض، فللمشتري الخيار، إن شاء فسخ، وتبع البائع الجاني، وإن شاء أجاز البيع بجميع الثمن وغرم الجاني. قال الماوردي: وإنما يغرمه إذا قبض العبد. أما قبله، فلا، لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع. ثم الغرامة الواجبة على الأجنبي، هل هي نصف القيمة، أو ما نقص من القيمة بالقطع؟ قولان جاريان في جراح العبيد مطلقاً. والمشهور: الأول.

القسم الثالث: أن يجني البائع، فيقطع يد العبد قبل تسليمه، فإن قلنا بالأظهر: إن جنايته كالأفة السماوية، فللمشتري الخيار، إن شاء فسخ واسترد الثمن، وإن شاء أجاز بجميع الثمن. وإن قلنا: كجناية الأجنبي، فله الخيار أيضاً، إن فسخ، فذاك، وإن أجاز، رجع بالأرش على البائع. وفي قدره القولان المذكوران في الأجنبي.

فصل: إذا اشترى عبيدين، فتلف أحدهما قبل القبض، انفسخ البيع فيه، وفي الباقي قولان التفريق. فإن قلنا: لا ينفسخ، وأجاز، فبكم يجيز؟ فيه خلاف قدّمناه في باب تفريق الصفقة. ولو احترق سقف الدار المباعة قبل القبض، أو تلف بعض

أبنيتهما، فوجهان: أحدهما: أنه كالتعيب، كسقوط يد المبيع ونحوه. وأصحهما: أنه كتلف أحد العبدین، فيفسخ البيع فيه. وفي الباقي، القولان، لأن السقف يمكن بيعه منفصلاً، بخلاف يد العبد. وذكر بعض المتأخرين: أنه إذا احترق من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها، ولم يبق إلا طرف، انفسخ البيع في الكل، وجعل فوات البعض في ذلك، كفوات الكل.

الحكم الثاني للقبض: التسلط على التصرف، فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض، عقاراً كان أو منقولاً، لا بإذن البائع، ولا دون إذنه، لا قبل أداء الثمن، ولا بعده. وفي الإعتاق قبل القبض، أوجه: أصحها: يصح، ويصير قبضاً، سواء كان للبائع حق الحبس، أم لا. والثاني: لا يصح. والثالث: إن لم يكن للبائع حق الحبس، بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً وقد أدّاه المشتري، صح، وإلا، فلا. وإن وقف المبيع قبل القبض. قال في «التتمة»: إن قلنا: الوقف يفتقر إلى القبول، فهو كالبيع، وإلا، فهو كالإعتاق، وبه قطع في «الحاوي»، وقال: يصير قبضاً، حتى لو لم يرفع البائع يده عنه، صار مضموناً عليه بالقيمة. وكذا قال في إباحة الطعام للمساكين إذا كان قد اشتراه جزافاً. والكتابة كالبيع على الأصح، إذ ليس لها قوة العتق وغلته، والاستيلاء كالعتق.

وفي الرهن والهبة، وجهان: وقيل: قولان. أصحهما: عند جمهور الأصحاب: لا يصحان. وإذا صححناهما، فنفس العقد ليس بقبض، بل يقبضه المشتري من البائع، ثم يسلمه للمتهب والمرتهن. فلو أذن للمتهب والمرتهن في قبضه، قال في «التهذيب»: يكفي، ويتم به البيع والرهن والهبة بعده. وقال الماوردي: لا يكفي ذلك للبيع وما بعده، ولكن ينظر، إن قصد قبضه للمشتري، صح قبض البيع، ولا بد من استئناف قبض للهبة، ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه. وإن قصد قبضه لنفسه، لم يحصل القبض للبيع، ولا للهبة، لأن قبضها، يجب أن يتأخر عن تمام البيع. والإقراض والتصدق كالهبة والرهن، ففيهما الخلاف. ولا تصح إجارته على الأصح عند الجمهور. ويصح التزويج على أصح الأوجه، ولا يصح في الثاني. وفي الثالث: إن كان للبائع حق الحبس، لم يصح، وإلا، صح. وطرد هذا الوجه في الإجارة. وإذا صححنا التزويج، فوطئ الزوج، لم يكن قبضاً.

فرع: كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، لا يجوز جعله أجرة ولا عوضاً في صلح. ولا يجوز السلم ولا التولية والإشراك. وفي التولية والإشراك، وجه ضعيف.

فرع: جميع ما ذكرنا، في تصرفه مع غير البائع. أما إذا باعه للبائع، فوجهان: أصحهما: أنه كغيره. والثاني: يصح، وهما فيما إذا باعه بغير جنس الثمن، أو

بزيادة، أو نقص، أو تفاوت صفة، وإلا، فهو إقالة بصيغة البيع، قاله في «التتمة». ولو رهنه أو وهبه له، فطريقان. أحدهما: القطع بالبطلان. وأصحهما: أنه على الخلاف كغيره. فإن جَوَزنا، فأذن له في القبض، فقبض، ملك في صورة الهبة، وثبت الرهن. ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن، بل إن تلف، انفسخ البيع. ولو رهنه عند البائع بالثمن، فقد سبق حكمه.

فرع لابن سريج:

باع عبداً بثوب، وقبض الثوب، ولم يسلم العبد، فله بيع الثوب، وليس للآخر بيع العبد. فلو باع الثوب وهلك العبد، بطل العقد فيه، ولا يبطل في الثوب، ويغرم قيمته لبائعه. ولا فرق بين أن يكون هلاك العبد بعد تسليم الثوب أو قبله، لخروجه عن ملكه بالبيع، ولو تلف الثوب والعبد في يده، غرم لبائع الثوب القيمة، ولمشتريه الثمن.

[فصل: في المال المستحق للإنسان عند غيره]

فصل: المال المستحق للإنسان عند غيره، عين، ودين. أما الثاني: فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأما الأول: فضربان: أمانة، ومضمون.

الضرب الأول: الأمانات، فيجوز للمالك بيعها، لتمام الملك، وهي كالوديعة في يد المودع، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل، والمال في يد الوكيل في البيع ونحوه، وفي يد المرتهن بعد فكاك الرهن، وفي يد المستأجر بعد فراغ المدة، والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيداً، وما كسبه العبد باحتطاب وغيره، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد. ولو ورث مالا، فله بيعه قبل أخذه، إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضاً مثل ما اشتراه ولم يقبضه. ولو اشترى من مورثه شيئاً، ومات المورث قبل التسليم، فله بيعه، سواء كان على المورث دين، أم لا. وحق الغريم يتعلق بالثمن، فإن كان له وارث آخر، لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه. ولو أوصى له بمال، فقبل الوصية بعد موت الموصي، فله بيعه قبل قبضه. وإن باعه بعد الموت وقبل القبول، جاز إن قلنا: تملك الوصية بالموت. وإن قلنا: بالقبول، أو هو موقوف، فلا.

الضرب الثاني: المضمونات، وهي نوعان:

الأول: المضمون بالقيمة، ويسمى: ضمان اليد، فيصح بيعه قبل القبض، لتمام الملك فيه. ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره. حتى لو باع

عبدًا، فوجد المشتري به عيبًا، وفسخ البيع، كان للبائع بيع العبد وإن لم يسترده، قال في «التتمة»: إلا إذا لم يؤد الثمن، فإن للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن. ولو فسخ السلم لانقطاع السلم فيه، فللمسلم بيع رأس المال قبل استرداده. وكذا للبائع بيع المبيع إذا فسخ بإفلاس المشتري، ولم يسترده بعد. ويجوز بيع المال في يد المستعير والمستام، وفي يد المشتري والمتهب في الشراء والهبة الفاسدين. ويجوز بيع المغصوب للغاصب.

النوع الثاني: المضمون بعوض في عقد معاوضة، لا يصح بيعه قبل القبض، لتوهم الانفساخ بتلفه، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال. وفي بيع الصداق قبل القبض، قولان، بناءً على أنه مضمون على الزوج ضمان العقد، أو ضمان اليد؟ والأظهر: ضمان العقد. ويجري القولان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض، وبيع العافي عن القود المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ.

فرع: وراء ما ذكرنا صور، إذا تأملتھا عرفت من أي ضرب هي.

فمنها: حكى صاحب «التلخيص» عن نص الشافعي رحمته الله: أن الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس، يجوز بيعها قبل القبض. فمن الأصحاب من قال: هذا إذا أفرزه السلطان، فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له، ويكفي ذلك لصحة البيع. ومنهم من لم يكتف بذلك، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلًا في قبضه، فقبضه الوكيل، ثم باعه الموكل، وإلا، فهو بيع شيء غير مملوك، وبهذا قطع القفال في «الشرح».

قلت: الأول: أصح وأقرب إلى النص. وقوله: وبه قطع القفال، يعني بعدم الاكتفاء، لا بالتأويل المذكور، فإني رأيت في شرح «التلخيص» للقفال، المنع المذكور. قال: ومراد الشافعي رحمته الله بالرزق، الغنيمة، ولم يذكر غيره. ودليل ما قاله الأول، أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة، احتمال للمصلحة والرفق بالجند، لمسيس الحاجة. والله أعلم.

ومنها: بيع أحد الغانمين نصيبه على الإشاعة قبل القبض، صحيح إذا كان معلوماً وحكمنا بثبوت الملك في الغنيمة. وفيما يملكها به خلاف مذكور في بابه.

ومنها: لو رجع فيما وهب لولده، فله بيعه قبل قبضه على الصحيح.

ومنها: الشفيع إذا تملك الشقص، قال في «التهذيب»: له بيعه قبل القبض. وقال في «التتمة»: ليس له ذلك، لأن الأخذ بها معاوضة.

قلت: الثاني: أقوى. والله أعلم.

ومنها: للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة، قبل أن يأخذها.

ومنها: إذا استأجر صَبَاغاً لصبغ ثوب وسلَّمه إليه، فليس للمالك بيعه قبل صبغه، لأن له حبسه لعمل ما يستحق به الأجرة. وإذا صبغه، فله بيعه قبل استرداده إن دفع الأجرة، وإلا، فلا، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة. ولو استأجر قَصَّاراً لقصر ثوب وسلَّمه إليه، لم يجز بيعه قبل قصره، فإذا قصره، بني على أن القسارة عين فيكون كمسألة الصبغ، أو أثر، فله البيع، إذ ليس للقصار الحبس على هذا، وعلى هذا قياس صبغ الذهب، ورياضة الدابة، ونسج الغزل.

ومنها: إذا قاسم شريكه، فبيع ما صار له قبل قبضه، يبنى على أن القسمة بيع، أو إفراز؟

ومنها: إذا أثبت صيداً بالرمي، أو وقع في شبكه، فله بيعه وإن لم يأخذه، ذكره صاحب «التلخيص» هنا، قال القفال: ليس هو مما نحن فيه، لأنه بإثباته قبضه حكماً.

فرع: تصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض، كالولد، والثمرة، يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ، أو لا تعود، فإن أعدناها، لم يتصرف فيها كالأصل، وإلا، تصرف. ولو كانت الجارية حاملاً عند البيع، وولدت قبل القبض، إن قلنا: الحمل يقابله قسط من الثمن، لم يتصرف فيه، وإلا، فهو كالولد الحادث بعد البيع.

فرع: إذا باع متاعاً بدراهم، أو بدنانير معيّنة، فلها حكم المبيع، فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها، لأنها تتعين بالتعيين، فلا يجوز للمشتري إبدالها بمثلها، ولو تلفت قبل القبض، انفسخ البيع، ولو وجد البائع بها عيباً، لم يستبدل بها، بل إن رضيها، وإلا، فسخ العقد، فلو أبدلها بمثلها، أو بغير جنسها برضى البائع، فهو كبيع المبيع للبائع.

فصل: الدين في الذمة ثلاثة أضرب. مثنى، وثمن، وغيرهما. وفي حقيقة الثمن أوجه: أحدها: ما ألصق به الباء، قاله القفال. والثاني: النقد، والمثنى ما يقابله على الوجهين. وأصحها: أن الثمن: النقد، والمثنى: ما يقابله. فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين، فالثمن ما ألصق به الباء، والمثنى ما يقابله. فلو باع أحد النقدين بالآخر، فعلى الوجه الثاني: لا مثنى فيه. ولو باع عرضاً بعرض، فعلى الوجه الثاني: لا ثمن فيه، وإنما هو مبادلة. ولو قال: بعتك هذه

الدرهم بهذا العبد، فعلى الوجه الأول: العبد ثمن، والدرهم مثنى. وعلى الوجه الثاني والثالث: في صحة العقد، وجهان: كالسلم في الدرهم والدنانير. فإن صححنا، فالعبد مثنى. ولو قال: بعثك هذا الثوب بعبد، ووصفه، صح العقد، فإن قلنا: الثمن ما ألصق به الباء، فالعبد ثمن. ولا يجب تسليم الثوب في المجلس، وإلا، ففي وجوب تسليم الثوب وجهان: لأنه ليس فيه لفظ السلم، لكن فيه معناه، فإذا عرفت هذا، عدنا إلى بيان الأضراب:

الضرب الأول: المثنى، وهو المسلم فيه، فلا يجوز الاستبدال عنه، ولا بيعه. وهل تجوز الحوالة به، بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو إتلاف، أو الحوالة عليه، بأن يحيل المسلم من له دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه؟ فيه ثلاثة أوجه: أصحابها: لا. والثاني: نعم. والثالث: لا تجوز عليه، وتجاوز به. وهكذا حكوا الثالث، وعكسه في «الوسيط» فقال: تجوز عليه لا به، ولا أظن نقله ثابتاً.

الضرب الثاني: الثمن، فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة، ففي الاستبدال عنها، طريقان. أحدهما: القطع بالجواز، قاله القاضي أبو حامد، وابن القطان. وأشهرهما: على قولين. أظهرهما: وهو الجديد: جوازه. والقديم: منعه. ولو باع في الذمة بغير الدراهم والدنانير، فإن قلنا: الثمن ما ألصق به الباء، جاز الاستبدال عنه كالنقدين، وادعى في «التهذيب»: أنه المذهب، وإلا، فلا، لأن ما ثبت في الذمة مثنى، لم يجز الاستبدال عنه. والأجرة كالثمن، والصدّاق وبدل الخلع، كذلك إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان العقد، وإلا، فهما كبذل الإتلاف.

التفريع: إن منعنا الاستبدال عن الدراهم، فذاك إذا استبدل عنها عرضاً. فلو استبدل نوعاً منها بنوع، أو استبدل الدراهم عن الدنانير، فوجهان: لاستوائهما في الرواج، وإن جوزناه، فلا فرق بين بدل وبدل. ثم ينظر، إن استبدل ما يوافقهما في علة الربا كدنانير عن دراهم، اشترط قبض البدل في المجلس، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيراً إن جوزنا ذلك. وفي اشتراط تعيين البدل عند العقد، وجهان: أحدهما: يشترط، وإلا، فهو بيع دين بدين. وأصحهما: لا، كما لو تصارفا في الذمة، ثم عيّنا وتقابضا في المجلس. وإن استبدل ما لا يوافقهما في علة الربا، كالطعام والسياب عن الدراهم، نظر، إن عين البدل، جاز. وفي اشتراط قبضه في المجلس، وجهان: صحح الغزالي وجماعة الاشتراط، وهو ظاهر نصه في «المختصر»، وصحح الإمام والبغوي عدمه.

قلت: الثاني: أصح، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

وإن لم يعين، بل وصف في الذمة، فعلى الوجهين السابقين إن جوزنا، اشترط التعيين في المجلس. وفي اشتراط القبض الوجهان.

الضرب الثالث: ما ليس بضمن ولا مضمن، كدين القرض والإتلاف، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، كما لو كان له في يد غيره مال بغصب أو عارية، يجوز بيعه له، ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض، على ما سبق. وفي «الشامل» أن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف. فإن بقي في يده، فلا، ولم يفرق الجمهور. ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال، ويجوز عكسه.

فرع: اعلم أن الاستبدال، بيع لمن عليه دين. فأما بيعه لغيره، كمن له على إنسان مئة، فاشترى من آخر عبداً بتلك المئة، فلا يصح على الأظهر، لعدم القدرة على التسليم. وعلى الثاني: يصح، بشرط أن يقبض مشتري الدين الدين ممن عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس. فإن تفرقا قبل قبض أحدهما، بطل العقد.

قلت: الأظهر: الصحة. والله أعلم.

ولو كان له دين على إنسان، والآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه، لم يصح، اتفق الجنس أو اختلف، لنهيهِ ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ^(١).

فصل: في حقيقة القبض

والقول الجملي فيه، أن الرجوع فيما يكون قبضاً إلى العادة. ويختلف بحسب اختلاف المال. وتفصيله أن المبيع نوعان:

النوع الأول: ما لا يعتبر فيه تقدير، إما لعدم إمكانه، وإما مع إمكانه، فينظر، إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه. ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه، ويشترط كونه فارغاً من أمتعة البائع، فلو باع داراً فيها أمتعة للبائع، توقف التسليم على تفرغها، وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش.

قلت: وقد حكى الرافعي بعد هذا وجهاً عند بيع الأرض المزروعة في باب الألفاظ المطلقة في البيع، أنه لا يصح بيع الدار المشحونة، وأن إمام الحرمين، ادعى أنه ظاهر المذهب. والله أعلم.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥٧/٢) والبيهقي في سننه (٢٩٠/٥) والدارقطني في سننه (٣١٩) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٣٨٢).

ولو جمع البائع متاعه في بيت من الدار، وخلّى بين المشتري وبين الدار، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت. وفي اشتراط حضور المتبايعين عند المبيع، ثلاثة أوجه: أحدها: يشترط، فإن حضرا عنده، فقال البائع للمشتري: دونك هذا ولا مانع، حصل القبض، وإلا، فلا. والثاني: يشترط حضور المشتري دون البائع. وأصحها: لا يشترط حضور واحد منهما، لأن ذلك يشق. فعلى هذا، هل يشترط زمان إمكان المضي؟ وجهان: أصحهما: نعم. وفي معنى الأرض الشجر الثابت، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجداد. وإن كان المبيع من المنقولات، فالمذهب والمشهور: أنه لا يكفي فيه التخلية، بل يشترط النقل والتحريك. وفي قول رواه حرملة: يكفي. وفي وجه: يكفي لنقل الضمان إلى المشتري، ولا يكفي لجواز تصرفه. فعلى المذهب: يأمر العبد بالانتقال من موضعه، ويسوق الدابة أو يقودها.

قلت: ولا يكفي استعماله الدابة وركوبها بلا نقل، وكذا وطء الجارية على الصحيح. ذكره في «البيان». والله أعلم.

وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع، كموات، ومسجد، وشارع، أو في موضع يختص بالمشتري، فالتحويل إلى مكان منه، كافٍ. وإن كان في بقعة مخصوصة بالبائع، فالنقل من زاوية منه إلى زاوية، أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، ويكفي لدخوله في ضمانه. وإن نقل بإذنه، حصل القبض، وكأنه استعار ما نقل إليه. ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة، فخلّى البائع بينها وبينه، حصل القبض في الدار. وفي الأمتعة، وجهان: أصحهما: يشترط نقلها كما لو أفردت. والثاني: يحصل فيها القبض تبعاً، وبه قطع الماوردي وزاد فقال: لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة، وخلّى البائع بينه وبينها، حصل القبض في الصبرة.

قلت: قال: ولو استأجرها، فوجهان: الصحيح: أنه ليس قبضاً. والله أعلم.

فرع: لو لم يتفقا على القبض، فجاء البائع بالمبيع، فامتنع المشتري من قبضه، أجبره الحاكم عليه. فإن أصر، أمر الحاكم من يقبضه عنه، كما لو كان غائباً.

فرع: لو جاء البائع بالمبيع، فقال المشتري: ضعه، فوضعه بين يديه، حصل القبض، وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريده، فوجهان: أحدهما: لا يحصل القبض، كما لا يحصل الإيداع. وأصحهما: يحصل، لوجوب التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك، يبرأ من الضمان. فعلى هذا، للمشتري التصرف فيه، ولو تلف، فمن ضمانه. لكن لو خرج مستحقاً ولم تُجز إلا وضعه، فليس للمستحق مطالبة المشتري بالضمان، لأن هذا القدر لا يكفي

لضمان الغصب. ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحقه، ففي حصول التسليم خلاف مرتّب على المبيع، وأولى بعدم الحصول، لعدم تعين الدين فيه.

فرع: للمشتري الاستقلال بنقل المبيع، إن كان دفع الثمن، أو كان مؤجلاً، كما للمرأة قبض الصداق بغير إذن الزوج إذا سلّمت نفسها، وإلا، فلا، وعليه الرد، لأن البائع يستحق الحبس لاستيفاء الثمن، ولا ينفذ تصرفه فيه، لكن يدخل في ضمانه.

فرع: دفع ظرفاً إلى البائع وقال: اجعل المبيع فيه، ففعل، لا يحصل التسليم، إذ لم يوجد من المشتري قبض، والظرف غير مضمون على البائع، لأنه استعمله في ملك المشتري بإذنه. وفي مثله في السّلم، يكون الظرف مضموناً على المسلم إليه، لأنه استعمله في ملك نفسه. ولو قال للبائع: أعزني ظرفك، واجعل المبيع فيه، ففعل، لا يصير المشتري قابضاً.

النوع الثاني: ما يعتبر فيه تقدير، بأن اشترى ثوباً أو أرضاً مذارعة، أو متاعاً موازنة، أو صبرة مكايلة، أو معدوداً بالعدد، فلا يكفي للقبض ما سبق في النوع الأول، بل لا بدّ مع ذلك من الذرع، أو الوزن، أو الكيل، أو العد^(١).

وكذا لو أسلم في أصع طعام، أو أرطال منه، يشترط في قبضه الكيل والوزن. فلو قبض جزافاً ما اشتراه مكايلة، دخل المقبوض في ضمانه. وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه، فإن باع الجميع، لم يصح، لأنه قد يزيد على المستحق. فإن باع ما يتيقن أنه له، لم يصح أيضاً على الصحيح الذي قاله الجمهور. وقبض ما اشتراه كيلاً بالوزن، أو وزناً بالكيل، كقبضه جزافاً. ولو قال البائع: خذه، فإنه كذا، فأخذه مصداقاً له، فالقبض فاسد أيضاً حتى يقع اكتيال صحيح. فإن زاد، رد الزيادة. وأن نقص، أخذ التمام. فلو تلف المقبوض، فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر، وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره، فالقول قول القابض. فلو أقر بجريان الكيل، لم يسمع منه خلافه.

وللمبيع مكايلة صور:

منها: قوله: بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم.

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢١٣٢، ٢١٣٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٢٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٩٧) والترمذي في سننه برقم (١٢٩١) والنسائي في سننه برقم (٤٦٢٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وفي لفظ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله».

ومنها: بعتكها على أنها عشرة أصع.

ومنها: بعتك عشرة أصع منها، وهما يعلمان صيعانها، أو لا يعلمان إذا جَوَزنا ذلك.

فرع: ليس على البائع الرضى بكيل المشتري، ولا على المشتري الرضى بكيل البائع، بل يتفقدان على كيال، وإن لم يتراضيا، نصب الحاكم أميناً يتولاه، قاله في «الحاوي».

فرع: مؤنة الكيل الذي يفتقر إليه القبض على البائع، كمؤنة إحضار المبيع الغائب، ومؤنة وزن الثمن على المشتري، لتوقف التسليم عليه. ومؤنة نقد الثمن، هل هي على البائع، أو المشتري؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون الأصح، أنها على البائع. والله أعلم.

فرع: لو كان لزيد على عمرو طعام سلماً، ولآخر مثله على زيد، فأراد زيد أداء ما عليه مما له على عمرو، فقال لغريمه: اذهب إلى عمرو واقبض لنفسك ما لي عليه، فقبضه، فهو فاسد، وكذا لو قال: احضر معي لأكتاله منه لك، ففعل. وإذا فسد القبض، فالمقبوض مضمون على القابض. وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد؟ وجهان: أحدهما: نعم. فإن قلنا: لا تبرأ، فعلى القابض رد المقبوض إلى عمرو. ولو قال زيد: اذهب فاقبضه لي، ثم اقبضه مني لنفسك بذلك الكيل، أو قال: احضر معي لأقبضه لنفسي، ثم تأخذه بذلك الكيل، ففعل، فقبضه لزيد في الصورة الأولى، وقبض زيد لنفسه في الثانية، صحيحان، وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد، والقبض الآخر فاسد، والمقبوض مضمون عليه. وفي وجه: يصح قبضه لنفسه في الصورة الأولى. ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه، ثم كاله على مشتريه وأقبضه، فقد جرى الصاعان، وصح القبضان. فلو زاد حين كاله ثانياً، أو نقص، فالزيادة لزيد، والنقص عليه إن كان قدراً يقع بين الكيلين. فإن كان أكثر، علمنا أن الكيل الأول غلط، فيرد زيد الزيادة، ويرجع بالنقصان. ولو أن زيدا لما اكتاله لنفسه لم يخرج من المكيال، وسلّمه كذلك إلى مشتريه، فوجهان: أحدهما: لا يصح القبض الثاني حتى يخرج من المكيال. ويتبدى كلاً. وأصحهما عند الأكثرين: أن استدامته في المكيال، كابتداء الكيل.

وهذه الصورة، كما تجري في ديني السلم، تجري فيما لو كان أحدهما مستحقاً بالسلم، والآخر بقرض أو إتلاف.

فرع: للمشتري أن يوكل في القبض، وللبائع أن يوكل في الإقباض، ويشترط فيه أمران:

أحدهما: أن لا يوكل المشتري من يده يد البائع، كعبده، ومستولده، ولا بأس

بتوكيل أبيه وابنه ومكاتبه. وفي توكيله عبده المأذون له، وجهان: أحدهما: لا يجوز. ولو قال للبائع: وكُل من يقبض لي منك، ففعل، جاز، ويكون وكيلاً للمشتري. وكذا لو وكل البائع بأن يأمر من يشتري منه للموكل.

الأمر الثاني: أن لا يكون القابض والمقبض واحداً، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلاً بالإقباض، ويوكله المشتري بالقبض. كما لا يجوز أن يوكله هذا بالبيع، وذاك بالشراء. ولو كان عليه طعام أو غيره من سلّم أو غيره، فدفع إلى المستحق دراهم، وقال: اشتر بها مثل ما تستحقه لي، واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك، ففعل، صح الشراء والقبض للموكل، ولا يصح قبضه لنفسه، لاتحاد القابض والمقبض، ولا امتناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه. وفي وجه ضعيف: يصح قبضه لنفسه، وإنما يمتنع قبضه من نفسه لغيره. ولو قال: اشتر بهذه الدراهم لي، واقبضه لنفسك، ففعل، صح الشراء، ولم يصح قبضه لنفسه، ويكون المقبوض مضموناً عليه. وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل؟ فيه الوجهان السابقان. ولو قال: اشتر لنفسك، فالتوكيل فاسد، وتكون الدراهم أمانة في يده، لأنه لم يقبضها ليملكها. فإن اشترى في الذمة، وقع عنه وأدى الثمن من ماله. وإن اشترى بعينها، فهو باطل على الصحيح. ولو قال لمستحق الحنطة: اكنل حقلك من الصبرة، لم يصح على الأصح، لأن الكيل أحد ركني القبض، وقد صار نائباً فيه من جهة البائع، متأصلاً لنفسه.

فرع: يستثنى عن الشرط الثاني، ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه، أو لنفسه من مال الصغير، فإنه يتولى طرفي القبض، كما يتولى طرفي البيع. وفي احتياجه إلى النقل في المنقول، وجهان: أحدهما: يحتاج، كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلاً.

فرع: يستثنى عن صورة القبض المذكور، إتلاف المشتري المبيع، فإنه قبض كما سبق.

قلت: ومما يستثنى أيضاً، إذا كان المبيع خفيفاً يُتناول باليد، فقبضه بالتناول واحتواء اليد عليه، كذا قاله المحاملي وصاحب «التنبيه» وغيرهم، لأنه يعد قبضاً. والله أعلم.

فرع: قبض الجزء الشائع، إنما يحصل بتسليم الجميع، ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده، ولو طلب القسمة قبل القبض، قال في «التتمة»: يجاب إليها، لأننا إن قلنا: القسمة إفراز، فظاهر. وإن قلنا: بيع، فالرضى غير معتبر فيه، فإن الشريك يجبر عليه. وإذا لم يعتبر الرضى، جاز أن لا يعتبر القبض كالشفعة.

فصل: يلزم كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذي يستحقه الآخر. فإن

قال كلٌّ: لا أسلم حتى أقبض ما أستحقه، فأربعة أقول. أحدها: يلزِمُ الحاكم كل واحد بإحضار ما عليه، فإذا أحضر، سلّم الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، يبدأ بأيهما شاء، أو يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك. والثاني: لا يجبر واحداً منهما، بل يمنعهما من التخاصم. فإذا سلّم أحدهما، أجبر الآخر. والثالث: يجبر المشتري. وأظهرهما: يجبر البائع. وقيل: يجبر البائع قطعاً، واختاره الشيخ أبو حامد. هذا إذا كان الثمن في الذمة، فإن كان معيناً، سقط القول الثالث.

قلت: الذي قطع به الجمهور وهو المذهب: أنه يسقط الرابع أيضاً، كما إذا باعه عرضاً بعرض، لأن الثمن يتعيّن بالتعيين عندنا. والله أعلم.

وإن تبايعا عرضاً بعرض، سقط القول الرابع أيضاً، وبقي الأولان. أظهرهما: يجبران، وبه قطع في «الشامل». فإذا قلنا: يجبر البائع أولاً، أو قلنا: لا يجبر، فتبرّع، وسلّم أولاً، أجبر المشتري على تسليم الثمن في الحال إن كان حاضراً في المجلس، وإلا، فللمشتري حالان:

أحدهما: أن يكون موسراً، فإن كان ماله في البلد، حجر عليه أن يسلم الثمن، لئلا يتصرف في أمواله بما يبطل حق البائع. وحكى الغزالي وجهاً: أنه لا يحجر عليه، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن. ولم أرَ هذا الوجه على هذا الإطلاق لغيره. فإذا قلنا بالمذهب المعروف، قال جماهير الأصحاب: يحجر عليه في المبيع وسائر أمواله. وقيل: لا يحجر في سائر أمواله إن كان ماله وافياً بديونه. وعلى هذا، هل يدخل المبيع في الاحتساب؟ وجهان: أشبههما: يدخل.

قلت: هذا الحجر، يخالف الحجر على المفلس من وجهين: أحدهما: أنه لا يسلب على الرجوع إلى عين المال. والثاني: أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء. واتفقوا، على أنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس، لم يحجر أيضاً هذا الحجر، لعدم الحاجة إليه. والله أعلم.

وإن كان ماله غائباً عن البلد، نظر، إن كان على مسافة القصر، لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره. وفيما يفعل؟ وجهان: أحدهما: يباع في حقه ويؤدى من ثمنه. وأصحهما: عند الأكثرين: أن له فسخ البيع، لتعذر تحصيل الثمن، كما لو أفلس المشتري بالثمن. فإن فسخ، فذاك، وإن صبر إلى الإحضار، فالحجر على ما سبق. وقال ابن سريج: لا فسخ، بل يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار، وزعم في «الوسيط» أنه الأصح، وليس كذلك. وإن كان دون مسافة القصر، فهل هو كالذي في البلد، أو كالذي على مسافة القصر؟ وجهان: قلت: أصحهما: الأول، وبه قطع في «المحرر». والله أعلم.

الحال الثاني: أن يكون معسراً، فهو مفلس، والبائع أحق بمتاعه، هذا هو الصحيح المنصوص. وفيه وجه ضعيف: أنه لا فسخ، بل تباع السلعة، ويوفى من ثمنها حق البائع، فإن فضل شيء، فللمشتري.

فرع: جميع ما ذكرناه من الأقوال والتفريع، جارٍ فيما إذا اختلف المكري والمستأجر في الابتداء بالتسليم بلا فرق.

فرع: هنا أمر مهم، وهو أن طائفة توهمت أن الخلاف في الابتداء بالتسليم، خلاف في أن البائع، هل له حق الحبس، أم لا؟ إن قلنا: الابتداء بالبائع، فليس له حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإلا، فله. ونازع الأكثرون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاعهما في مجرد الابتداء، وكان كل واحد يبذل ما عليه، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه. فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذلك للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر المبيع. وبهذا صرح الشيخ أبو حامد، والماوردي. والمثبتون من المتأخرين قالوا: وإنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً. أما المؤجل، فليس له الحبس به، لرضاه بتأخيره. ولو لم يتفق التسليم حتى حلّ الأجل، فلا حبس أيضاً. ولو تبرّع بالتسليم، لم يكن له رده إلى حبسه، وكذا لو أعاره للمشتري على الأصح. ولو أودعه إياه، فله ذلك. ولو صالح من الثمن على مال، فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض. ولو اشترى بوكالة اثنين شيئاً، ووفى نصف الثمن عن أحدهما، لم يلزم البائع تسليم النصف، بناءً على أن الاعتبار بالعقد. ولو باع بوكالة اثنين، فإذا قبض نصيب أحدهما من الثمن، لزم تسليم النصف، كذا قاله في «التهذيب».

وينبغي أن يجيء وجه في لزوم تسليم النصف من الوجهين السابقين في باب تفريق الصفقة، أن البائع إذا قبض بعض الثمن، هل يلزمه تسليم قسطه من المبيع؟ ووجه في جواز أخذ الوكيل لأحدهما وحده من الوجهين في العبد المشترك إذا باعاه، هل لأحدهما أن يتفرد بأخذ نصيبه؟

باب: بيان الألفاظ التي تطلق في البيع وتتأثر بالقرائن المنضمة إليها

هي ثلاثة أقسام: راجعة إلى مطلق العقد، وإلى الثمن، وإلى المبيع.
القسم الأول: لفظان.

أحدهما: التولية، وهي أن يشتري شيئاً، ثم يقول لغيره: ولّيتك هذا العقد، فيجوز. ويشترط قبوله في المجلس على عادة التخاطب، بأن يقول: قبلت، أو

تولّيت، ويلزمه مثل الثمن الأول قدرًا وصفة، ولا يشترط ذكره إذا علماه، فإن لم يعلمه المشتري، أعلمه به ثم ولّاه. وهي نوع بيع، فيشترط فيه القدرة على التسليم والتقابض إذا كان صرفاً، وسائر الشروط، ولا يجوز قبل القبض على الصحيح.

والزوائد المنفصلة قبل التولية، تبقى للموّلّي، ولو كان المبيع شقصاً مشفوعاً، وعفا الشفيع، تجددت الشفعة بالتولية. ولو حط البائع بعد التولية بعض الثمن، انحط على الموّلّي أيضاً. ولو حط الكل، فكذا، لأنه وإن كان بيعاً جديداً، فخاصيّته وفائدته التنزيل على الثمن الأول. وعن القاضي حسين: أنه ينبغي جريان خلاف في جميع هذه الأحكام. ففي وجه: يجعل الموّلّي نائباً عن الموّلّي، فتكون الزوائد للنائب، ولا تتجدد الشفعة، ويلحقه الحط. وفي وجه: تعكس هذه الأحكام، ونقول: هي بيع جديد. والمذهب: ما سبق. وعلى هذا، لو حط البعض قبل التولية، لم تصح التولية إلا بالباقي. ولو حط الكل، لم تصح التولية.

فرع: من شرط التولية، كون الثمن مثلياً. فلو اشتراه بعرض، لم يصح، إلا إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلى إنسان فولاه العقد. ولو اشتراه بعرض وقال: قام عليّ بكذا، وقد وليتك العقد بما قام عليّ، أو أرادت عقد التولية عليّ صداقها بلفظ القيام، أو أرادها الرجل في عوض الخلع، فوجهان: ولو أخبر الموّلّي عما اشترى وكذب، فقليل: هو كالكذب في المراجعة، ويأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وقيل: يُحطّ قدر الخيانة قولاً واحداً.

اللفظ الثاني: الإشراك، وهو أن يشتري شيئاً، ثم يشرك غيره فيه ليصير بعضه له بقسطه من الثمن. ثم إن صرح بالمنصفة وغيرها، فذاك. وإن أطلق الإشراك، فوجهان: أحدهما وبه قطع صاحب «التهذيب»: يفسد العقد، وأصحهما: عند الغزالي وقطع به في «التتمة»: أنه يصح ويحمل على المنصفة.

قلت: قطع القفال في شرح «التلخيص» بالوجه الثاني، وصححه في «المحرر» وهو الأصح. قال القفال، وصورة التصريح بالإشراك في النصف، أن يقول: أشركتك بالنصف. فإن قال: أشركتك في النصف، كان له الربع. والله أعلم. والإشراك في البعض، كالتولية في الكل في الأحكام السابقة.

القسم الثاني: المراجعة: بيع المراجعة جائز من غير كراهة، وهو عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، بأن يشتري شيئاً بمئة، ثم يقول لغيره: بعثك هذا بما اشتريته وربح ده يازده، أو بربح درهم لكل عشرة، أو في كل عشرة، ويجوز أن يضم إلى رأس المال شيئاً ثم يبيعه مراجعة، مثل أن يقول: اشتريته بمئة، وقد بعثتك بمئتين وربح ده يازده، وكأنه قال: بعث بمئتين وعشرين. وكما يجوز البيع

مراوحة، يجوز مُحاطَّة مثل أن يقول: بعث بما اشتريت به وحطَّ ده يازده. وفي القدر المحطوط، وجهان: أحدهما: من كل عشرة واحد، كما زيد في المراوحة على كل عشرة واحد. وأصحهما: يحط من كل أحد عشر واحد، لأن الربح في المراوحة جزء من أحد عشر، فكذا الحط، وليس في حط واحد من عشرة رعاية للنسبة. فإذا كان قد اشترى بمئة، فالثمن على الوجه الأول: تسعون. وعلى الثاني: تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم. ولو اشترى بمئة وعشرة، فالثمن على الوجه الأول، تسعة وتسعون. وعلى الثاني، مئة. وطرد كثير من العراقيين وغيرهم الوجهين. فمن قال: بعث بما اشتريت، بحط درهم من كل عشرة، قال إمام الحرمين: هذا غلط، فإن في هذه الصيغة تصريحاً بحط واحد من كل عشرة، فلا وجه للخلاف فيه. وهذا الذي قاله الإمام بيّن. وذكر الماوردي وغيره: أنه إذا قال: بحط درهم من كل عشرة، فالمحطوط درهم من كل عشرة. وإن قال: بحط درهم لكل عشرة، فالمحطوط واحد من أحد عشر.

فصل: لبيع المراوحة عبارات. أكثرها دَوْرَانًا على الألسنة ثلاث:

إحداهن: بعث بما اشتريت، أو بما بذلت من الثمن وربح كذا.

الثانية: بعث بما قام عليّ وربح كذا. ويختلف حكم العبارتين فيما يدخل تحتها، وفيما يجب الاخبار عنه، كما سنفضله إن شاء الله تعالى. فإذا قال: بعث بما أشتريت، لم يدخل فيه سوى الثمن. فإذا قال: بما قام عليّ، دخل فيه مع الثمن أجره الكيال والدلال والحمال والحارس والقصار والرفاء والصباغ، وقيمة الصبغ، وأجرة الختان، وتطيين الدار، وسائر المؤن التي تُلتَزَم للاسترباح، وألحق بها كراء البيت الذي فيه المتاع. وأما المؤن التي يقصد بها استبقاء الملك، دون الاسترباح، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة، فلا تدخل على الصحيح. ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستوفاة من المبيع، لكن العلف الزائد على المعتاد للتسمين، يدخل. وأجرة الطبيب إن اشترى مريضاً، كأجرة القصار. فإن حدث المرض عنده، فكالنفقة. وفي مؤنة السائس، تردد عند الإمام. والأصح: أنها كالعلف. ولو قصر الثوب بنفسه، أو كال، أو حمل، أو طين الدار بنفسه، لم تدخل الأجرة فيه، لأن السلعة إنما تعدّ قائمة عليه بما بذل، وكذا لو كان البيت ملكه، أو تبرع أجنبي بالعمل، أو بإعارة البيت، فإن أراد استدراك ذلك، فطريقه أن يقول: اشتريت، أو قام عليّ بكذا، وعملت فيه ما أجرته كذا، وقد بعته بهما وربح كذا.

العبرة الثالثة: بعثك برأس المال وربح كذا، فالصحيح: أنه كقوله: بما اشتريت، وقال القاضي أبو الطيب: هو كقوله: بما قام عليّ، واختاره ابن الصباغ.

فرع: قال في «التتمة»: المكس الذي يأخذه السلطان، يدخل في لفظ القيام. قال: وفي دخول فداء العبد إذا جنى ففداه، وجهان: وقطع الجمهور بأن الفداء لا يدخل، ولا ما أعطاه لمن رد المغصوب في شيء من الألفاظ.

فرع: العبارات الثلاث، تجري في المحاطة جريانها في المرابحة.

فصل: ينبغي أن يكون رأس المال، أو ما قامت به السلعة، معلوماً عند المتبايعين مرابحة. فإن جهله أحدهما، لم يصح العقد على الأصح كغير المرابحة. فعلى هذا، لو زالت الجهالة في المجلس، لم ينقلب صحيحاً على الصحيح. والثاني من الوجهين الأولين: يصح، لأن الثمن الثاني مبني على الأول، ومعرفته سهلة، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل معرفة الثمن لسهولتها. فعلى هذا، في اشتراط زوال الجهالة في المجلس، وجهان: ومهما كان الثمن دراهم معينة غير معلومة الوزن. ففي جواز بيعه مرابحة، الخلاف المذكور، الأصح: البطلان.

فصل: بيع المرابحة مبني على الأمانة، فعلى البائع الصدق في الإخبار عما اشترى به، وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام. ولو اشترى بمئة، وخرج عن ملكه، ثم اشتراه بخمسين، فرأس ماله خمسون، ولا يجوز ضم الثمن الأول إليه. ولو اشتراه بمئة، وباعه بخمسين، ثم اشتراه ثانياً بمئة، فرأس ماله مئة، ولا يجوز أن يضم إليه خسارته أولاً، فيخبر بمئة وخمسين. ولو اشتراه بمئة، وباعه بمئة وخمسين، ثم اشتراه بمئة، فإن باعه مرابحة بلفظ رأس المال، أو بلفظ «ما اشتريت»، أخبر بمئة. وإن باعه بلفظ «قام عليّ»، فوجهان: أصحهما: يخبر بمئة. والثاني: بخمسين.

فرع: يكره أن يواطء صاحبه فيبيعه بما اشتراه، ثم يشتريه منه بأكثر، ليخبر به في المرابحة. فإن فعل ذلك، قال ابن الصباغ: ثبت للمشتري الخيار، وخالفه غيره.

قلت: ممن خالفه صاحب «المهذب» وغيره. وقول ابن الصباغ أقوى. والله أعلم.

فرع: لو اشترى سلعة، ثم قبل لزوم العقد، ألحقاً بالثمن زيادة أو نقصاً، وصححناه، فالثمن ما استقر عليه العقد. وإن حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وباع بلفظ «ما اشتريت»، لم يلزمه حط المحطوط عنه، وإن باع بلفظ «قام عليّ»، لم يخبر إلا بالباقي. فإن حط الكل، لم يجز بيعه مرابحة بهذا اللفظ، ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المرابحة، لم يلحق الحط المشتري منه على الصحيح. وفي وجه: يلحق كما في التولية والإشراك.

فرع: لو اشترى شيئاً بعرض، وباعه مرابحة بلفظ الشراء، أو بلفظ القيام، ذكر

أنه اشتراه بعرض قيمته كذا، ولا يقتصر على ذكر القيمة. وإن اشتراه بدين على البائع، فإن كان مليئاً غير مماطل، لم يجب الإخبار به. وإن كان ممطلاً، وجب.

فرع: يجوز أن يبيع مرابحة بعض ما اشتراه، ويذكر قسطه من الثمن. وكذا لو اشترى قفيزي حنطة ونحوها، وباع أحدهما مرابحة. ولو اشترى عبدين أو ثوبين، وأراد بيع أحدهما مرابحة، فطريقه أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء، ويوزع الثمن على القيمتين، ثم يبيعه بحصته من الثمن.

فرع: يجب الإخبار بالعيوب الحادثة في يده، سواء حدث العيب بأفة سماوية، أو بجنايته، أو بجناية غيره، سواء نقص العين، أو القيمة. ولو اطلع على عيب قديم، فرضي به، ذكره في المرابحة. ولو تعذر رده بعيب حادث وأخذ الأرض، فإن باعه بلفظ «قام عليّ»، حط الأرض، وإن باع بلفظ «ما اشترت»، ذكر ما جرى به العقد والعيب، وأخذ الأرض. ولو أخذ أرض جنائته، ثم باعه، فإن باع بلفظ «ما اشترت»، ذكر الثمن والجناية. وإن باع بلفظ «قام عليّ» فوجهان: أحدهما: أنه كالكسب والزيادات، والمبيع قائم عليه بتمام الثمن. وأصحهما: يحط الأرض من الثمن، كأرض العيب. والمراد من الأرض هنا: قدر النقص، لا المأخوذ بتمامه. فإذا قطعت يد العبد، وقيمه مئة فنقص ثلاثين، أخذ خمسين من الجاني، وحط من الثمن ثلاثين، لا خمسين، هذا هو الصحيح. وفي وجه: يحط جميع المأخوذ من الثمن، وهو شاذ. ولو نقص من القيمة أكثر من الأرض المقدر، حط ما أخذ من الثمن، وأخبر عن قيامه عليه بالباقي، وأنه نقص من قيمته كذا.

فرع: لو اشتراه بغبن، لزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين. واختار الإمام والغزالي: أنه لا يلزم. ولو اشترى من ابنه الطفل، وجب الإخبار به، لأن الغالب في مثله الزيادة، نظراً للطفل، ودفعاً للتهمة. ولو اشترى من أبيه أو ابنه الرشيد، لم يجب الإخبار به على الأصح باتفاقهم، كالشراء من زوجته ومكاتبه. وفي «الشامل» ما يقتضي تردداً في المكاتب.

فرع: لو اشتراه بثمان مؤجل، وجب الإخبار به على الصحيح.

فرع: لا يجب الإخبار بوطء الثيب، ولا مهرها الذي أخذه، ولا الزيادات المنفصلة، كالولد، واللبن، والصوف، والثمرة. ولو كانت حاملاً يوم الشراء، أو كان في ضرعها لبن، أو على ظهرها صوف، أو على النخلة طلع، فاستوفاه، حط بقسطها من الثمن. وهذا في الحمل بناءً على أنه يأخذ قسطاً من الثمن.

فصل: لو قال: اشترت بمئة، وباعه مرابحة، ثم بان أنه اشتراه بتسعين بإقراره أو ببينة، فالبيع صحيح على الصحيح. فعلى هذا، كذبه ضربان، خيانة،

وغلط. وفي الضربين، قولان. أظهرهما: يحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح. والثاني: لا تسقط. فإن قلنا بالسقوط، ففي ثبوت الخيار للمشتري طريقان. أصحهما: على قولين. أظهرهما: لا خيار. والثاني: يثبت. والطريق الثاني: إن بان كذبه بالبينة، فله الخيار. وإن بان بالإقرار، فلا، لأنه إذا ظهر بالبينة، لا يؤمن خيانة أخرى، والإقرار يشعر بالأمانة. فإن قلنا: لا خيار، أو قلنا به، فأمسك بما بقي بعد الحط، فهل للبائع خيار؟ وجهان: وقيل: قولان. أصحهما: لا. وقيل الوجهان في صورة الخيانة.

وأما في صورة الغلط، فله الخيار قطعاً. وإن قلنا بعدم السقوط، فللمشتري الخيار، إلا أن يكون عالماً بكذب البائع، فيكون كمن اشترى معيماً وهو يعلمه. وإذا ثبت الخيار، فقال البائع: لا تفسخ، فإني أحط عنك الزيادة، ففي سقوط خياره، وجهان: وجميع ما ذكرناه، إذا كان المبيع باقياً. فأما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع، فقطع الماوردي بسقوط الزيادة وربحها. والأصح: طرد القولين.

قلت: هذا الذي قطع به الماوردي، نقله صاحب «المهذب» والشاشي عن أصحابنا مطلقاً. والله أعلم.

فإن قلنا بالسقوط، فلا خيار للمشتري. وأما البائع، فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة، فكذا هنا، وإلا، فيثبت هنا، وإن قلنا بعدم السقوط، فهل للمشتري الفسخ؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لو علم العيب بعد تلف المبيع، لكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح، كما يرجع بأرشف العيب. ولو اشتراه بمؤجل فلم يبين الأجل، لم يثبت في حق المشتري الثاني، ولكن له الخيار، وكذا إذا ترك شيئاً آخر مما يجب ذكره. قال الغزالي: إذا لم يخبر عن العيب، ففي استحقاق حط قدر التفاوت القولان في الكذب - ولم أر لغيره تعرضاً لذلك - فإن ثبت الخلاف، فالطريق على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها.

قلت: المعروف في المذهب: أنه لا حط بذلك، ويندفع الضرر عن المشتري بثبوت الخيار. والله أعلم.

فرع: إذا كذب بالنقصان فقال: كان الثمن، أو رأس المال، أو ما قامت به السلعة مئة، وباع مرابحة، ثم قال: غلطت، إنما هو مئة وعشرة، فينظر، إن صدقه المشتري، فوجهان: أحدهما: يصح البيع، كما لو غلط بالزيادة، وبه قطع الماوردي، والغزالي في «الوجيز»، وأصحهما عند الإمام والبعوي: لا يصح، لتعذر إيمضائه.

قلت: الأول: أصح، وبه قطع المحاملي، والجرجاني، وصاحب «المهذب»، والشاشي، وخلائق. والله أعلم.

فإن قلنا بالأول، فالأصح: أن الزيادة لا تثبت، لكن للبائع الخيار. والثاني: أنها تثبت مع ربحها، وللمشتري الخيار. وإن كذبه المشتري، فله حالان: أحدهما: أن لا يبين للغلط وجهاً محتملاً، فلا يقبل قوله، ولو أقام بينة، لم تسمع. فلو زعم أن المشتري عالم بصدقه، وطلب تحليفه أنه لا يعلم، فهل له ذلك؟ وجهان:

قلت: أصحهما: له تحليفه، وبه قطع المحاملي في «المقنع» وغيره. والله أعلم.

فإن قلنا: يحلفه، فنكل، ففي رد اليمين على المدعي، وجهان: قلت: أصحهما: تردُّ. والله أعلم.

وإذا قلنا: يحلف المشتري، حلف على نفي العلم، فإن حلف، أمضي العقد على ما حلف عليه. وإن نكل، ورددنا اليمين، فالبائع يحلف على القطع. وإذا حلف، فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه، وبين الفسخ، كذا أطلقوه. ومقتضى قولنا: إن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه كالإقرار، أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق.

الحال الثاني: أن يبين للغلط وجهاً محتملاً، بأن يقول: إنما اشتراه وكيلي وأخبرت أن الثمن مئة فبان خلافه، أو ورد عليّ منه كتاب فبان مزوراً، أو كنت راجعت جريدتي، فغلطت من ثمن متاع إلى غيره، فتسمع دعواه للتحليف. وقيل بطرد الخلاف في التحليف. فإن قلنا: لا يحلف، لم تسمع بينته، وإلا، سمعت على الأصح.

فصل: قوله في المراجعة: بعثك بكذا، يقتضي أن يكون الربح من جنس الثمن الأول، ولكن يجوز جعل الربح من غير جنس الأصل. ولو قال: اشتريت بكذا، وبعثك به وربح درهم على كل عشرة، فالربح يكون من نقد البلد، لإطلاقه الدراهم، ويكون الأصل مثل الثمن، سواء كان من نقد البلد أو غيره.

فصل: لو اتهم بغير عوض، لم يجز بيعه مراجعة إلا أن يبين القيمة، ويبيع بها مراجعة. ولو اتهم بشرط الثواب، ذكره وباع به مراجعة، وإذا أجر داراً بعبد، أو نكحت على عبد، أو خالعه على عبد، أو صالح من دم عليه، لم يجز بيع العبد مراجعة بلفظ الشراء، ويجوز بلفظ «قام عليّ». ويذكر في الإجارة، أجرة مثل الدار. وفي النكاح والخلع، مهر المثل. وفي الصلح، الدية.

فصل: أطبقوا على تصوير المراجعة، فيما إذا قال: بعثك بما اشتريت وربح كذا، وبما قام عليّ، ولم يذكروا فيه خلافاً. وذكروا فيما إذا قال: أوصيت له بنصيب ابني، وجهاً أنه لا يصح، وإنما يصح، إذا قال: بمثل نصيب ابني، فكأنهم اقتصروا هنا على الأصح، وإلا، فلا فرق بين البابين.

قلت: هذا التأويل، خلاف مقتضى كلامهم، والفرق ظاهر، فإن السابق إلى الفهم من قوله: بما اشتريت، أن معناه: بمثل ما اشتريت، وحذفه اختصار، ولا يظهر هذا التقدير في الوصية. والله أعلم.

القسم الثالث: فيما يطلق من الألفاظ في المبيع، وهي ستة:

اللفظ الأول: لفظ الأرض، وفي معناها، البقعة، والساحة، والعروة. فإذا قال: بعثك هذه الأرض، وكان فيها أبنية وأشجار، نظر، إن قال: دون ما فيها من الشجر والبناء، لم تدخل الأشجار والأبنية في البيع. وإن قال: بما فيها، دخلت. وكذا إن قال: بعثكها بحقوقها على الصحيح. فإن أطلق، فنص هنا أنها تدخل. ونص فيما لو رهن الأرض، وأطلق: أنها لا تدخل. وللاصحاب طرق. أصحابها: عند الجمهور: تقرير النصين. والثاني: فيهما قولان. والثالث: القطع بعدم الدخول فيهما، قاله ابن سريج، واختاره الإمام، والغزالي.

فصل: الزرع، ضربان:

الضرب الأول: ما يؤخذ دفعة واحدة، كالحنطة والشعير، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض. ويصح بيع الأرض المزروعة على المذهب، كما لو باع داراً مشحونة بأمته. وقيل: يخرج على القولين في بيع المستأجرة. فإذا قلنا بالمذهب، فللمشتري الخيار إن جهل الحال، بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع، وإلا، فلا. وهل يحكم بمصير الأرض في يد المشتري ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنها مشغولة فاشتبهت المشحونة بأمته. وأصحابهما: نعم، لحصول تسليم الرقبة المباعة. ويخالف الدار، فإن تفريغها ممكن في الحال، وقد سبق فيها خلاف.

فرع: إذا كان في الأرض جزر أو فجل أو سلق أو ثوم، لم يدخل في بيع الأرض كالحنطة. واعلم أن كل زرع لا يدخل عند الإطلاق، لا يدخل وإن قال: بحقوقها.

فرع: لا يؤمر البائع بقطع زرعه في الحال، بل له تركه إلى أوان الحصاد، فعند وقت الحصاد، يؤمر بالقطع والتفريغ. وعليه تسوية الأرض، وقلع العروق التي

يضر بقاؤها الأرض، كعروق الذرة، تشبيهاً بما إذا كان في الدار أمتعة لا يتسع لها باب الدار، فإنه ينقض، وعلى البائع ضمانه.

الضرب الثاني: ما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر، كالقطن الحجازي، والنرجس، والبنفسج، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع. وفي دخول الأصول، الخلاف السابق في الأشجار. وحكي وجه في النرجس والبنفسج: أنهما من الضرب الأول. وأما ما يجزئ مراراً، كالقث، والقصب، والهندباء، والننع، والكرفس، والطرخون، فتبقى جزئها الظاهرة عند البيع للبائع. وفي دخول الأصول، الخلاف. وعن الشيخ أبي محمد، القطع بدخولها في بيع الأرض. وإذا قلنا: بدخولها، فليشترط على البائع قطع الجزء الظاهرة، لأنها تزيد، ويشته المبيع بغيره. وسواء كان ما ظهر بالغاً أو أن الجز، أم لا. قال في «التتمة»: إلا القصب، فلا يكلف قطعه، إلا أن يكون ما ظهر قدراً ينتفع به. ولو كان في الأرض أشجار خلاف تقطع من وجه الأرض، فهي كالقصب.

فرع: لو كانت الأرض المبيعة مبذورة، ففي البذر الكامن مثل التفصيل المذكور في الزرع. فالبذر الذي لا ثبات لنباته، ويؤخذ دفعة واحدة، لا يدخل في بيع الأرض، ويبقى إلى أوان الحصاد، وللمشتري الخيار إن كان جاهلاً به، فإن تركه البائع له، سقط خياره، وعليه القبول، ولو قال: آخذه وأفرغ الأرض، سقط الخيار أيضاً إن أمكن ذلك في زمن يسير. والبذر الذي يدوم، كنوى النخيل، والجوز، واللوز، وبذر الكراث ونحوه من البقول، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض، حكم الأشجار. وجميع ما ذكرنا في المسألتين، هو فيمن أطلق بيع الأرض. فأما إن باعها مع الزرع أو البذر، فسنذكره في اللفظ السادس إن شاء الله تعالى.

فصل: الحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض، أو مثبتة، دخلت في بيع الأرض. فإن كانت تضر بالزرع والغرس، فهو عيب إن كانت الأرض تقصد لذلك. وفي وجه ضعيف: أنه ليس بعيب، وإنما هو فوات فضيلة. وإن كانت مدفونة فيها، لم تدخل في البيع، كالكنوز والأقمشة في الدار. ثم إن كان المشتري عالماً به، فلا خيار له في فسخ العقد، وله إجبار البائع على القلع والنقل، تفريغاً لملكه، بخلاف الزرع، فإن له أمداً ينتظر، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وإن طال، كما لو اشترى داراً فيها أقمشة يعلمها، فلا أجرة له في مدة نقلها، ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض. وإن كان جاهلاً، فللحجارة مع الأرض، أربعة أحوال:

أحدها: أن لا يكون في قلعها ولا في تركها ضرر، بأن لا يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة لمثلها أجرة، ولا تنقص الأرض بها، فللبائع النقل، وعليه تسوية

الأرض، ولا خيار للمشتري، وله إجبار البائع على النقل على الصحيح. وفي وجه: لا يجبره، والخيار للبائع.

الحال الثاني: أن لا يكون في قلعه ضرر، ويكون في تركها ضرر، فيؤمر البائع بالنقل. ولا خيار للمشتري، كما لو اشترى داراً، فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدة البالوعة، فقال البائع: أنا أصلحه وأنقيها، لا خيار للمشتري.

الحال الثالث: أن يكون القلع والترك مضرين، فللمشتري الخيار، سواء جهل أصل الأحجار، أو كون قلعه مضرراً، ولا يسقط خياره بترك البائع الأحجار لأن لقاءها مضر. وهل يسقط بقول البائع: لا تفسخ لأغرم لك أجره المثل مدة النقل؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو قال البائع: لا تفسخ بالعيب لأغرم لك الأرض. ثم إن اختار المشتري إمضاء البيع، لزم البائع النقل، وتسوية الأرض، سواء كان النقل قبل القبض أو بعده. وهل تجب أجره المثل لمدة النقل نظر، إن كان النقل قبل القبض بني على أن جناية البائع قبل القبض كافة سماوية، أم كجناية الأجنبي؟ إن قلنا بالأول، لم تجب، وإلا، فهو كما لو نقل بعد القبض. وإن كان النقل بعد القبض، ففي وجوبها وجهان: أحدهما عند الأكثرين: تجب، كما لو جنى على المبيع بعد القبض، عليه ضمانه. وإن اختصرت قلت: في الأجرة أوجه: أحدها: ثالثها: إن كان النقل قبل القبض، لم يجب، وبعده، يجب. ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرض لو بقي في الأرض بعد التسوية عيب.

الحال الرابع: أن يكون في قلعه ضرر، وليس في تركها ضرر، فللمشتري الخيار، فإن أجاز، ففي وجوب الأجرة والأرض ما سبق، ولا يسقط خياره بقول البائع: اقلع وأغرم الأجرة أو أرض النقص، قاله في «التهذيب». ويجيء فيه الخلاف المذكور في الحالة الثالثة. ولو رضي بترك الأحجار في الأرض، سقط خيار المشتري. ثم ينظر، إن قال: تركتها للمشتري، فهل هو تمليك للمشتري، أم مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ وجهان: كالوجهين في ترك نعل الدابة المردودة بالعيب. أحدهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، فلو قلعه المشتري يوماً، فهي له. ولو أراد البائع الرجوع فيها، لم يكن له. وإن قلنا بالثاني، فهي للبائع. فلو أراد الرجوع، قال الأكثرون: له ذلك، ويعود خيار المشتري. وقال الإمام: لا رجوع له، ويلزمه الوفاء بالترك. وإن قال: وهبتها لك، واجتمعت شرائط الهبة، حصل الملك، وقيل بطرد الخلاف. فإن لم تجتمع، ففي صحتها للضرورة، وجهان: فإن صححنا، ففي حصول الملك ما ذكرنا في لفظ الترك. وجميع ما ذكرنا، إذا كانت الأرض بيضاء.

أما إذا كان فيها غراس، فينظر، إن كان حاصلاً يوم البيع واشتراه مع الأرض، فنقصان الغراس وتعيُّبه بالأحجار، كتعيُّب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام. وإن أحدثه المشتري عالماً بالأحجار، فللبائع قلعها، وليس عليه ضمان نقص الغراس. وإن أحدثه جاهلاً، لم يثبت الخيار على الأصح، لأن الضرر راجع إلى غير المبيع. فإن كانت الأرض تنقص أيضاً بالأحجار، نظر، إن لم يحصل بالغرس وقلع المغروس نقص في الأرض، فله القلع والفسخ. وإن حصل، فلا خيار في الفسخ، إذ لا يجوز رد المبيع ناقصاً، لكن يأخذ الأرض. وإذا قلع البائع، فنقص الغراس، لزمه أرش النقص بلا خلاف، أما إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشتري، ففي «التهذيب»: أنه يترك إلى أوان الحصاد، لأن له غاية منتظرة، بخلاف الغراس. ومنهم من سَوَّى بينه وبين الغراس.

قلت: الأصح: قول صاحب «التهذيب»، وقد وافقه جماعة. قال صاحب «الإبانة»: إذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد، فعليه تسوية الأرض. والله أعلم.

فرع: هل له الأجرة في مدة بقاء الزرع؟ قطع الجمهور، بأن لا أجرة. وقيل: وجهان: الأصح: لا أجرة، وتقع تلك المدة مستثناة، كمن باع داراً مشحونة بأمتعة، لا يستحق المشتري أجرة لمدة التفريغ.

فرع: تكلم إمام الحرمين، في أن الأصحاب رحمهم الله، لم يوجبوا على هادم الجدار إعادته، بل أوجبوا أرشه، وأوجبوا تسوية الحفر على البائع والغاصب، وأجاب عنه، بأن طمَّ الحفر لا يكاد يتفاوت، وهيآت الأبنية تتفاوت، فشبّه الطم بذوات الأمثال، والجدار بذوات القيم. حتى لو رفع كِنِة أو لبنيتين من رأس جدار، وأمكن الرد من غير خلل في الهيئة، فهو كطم الحفر. وفي وجوب إعادة الجدار، خلاف نذكره في الصلح إن شاء الله تعالى.

واللفظ الثاني: البستان، والباغ - بالغين المعجمة - ، وهو بمعنى البستان. فإذا قال: بعثك هذا الباغ أو البستان، دخل في البيع الأرض والأشجار والحائط. وفي دخول البناء الذي فيه، ما سبق في دخوله في لفظ الأرض، وفي العريش الذي توضع عليه القضبان تردد للشيخ أبي محمد. والظاهر عند الإمام: دخوله. وذكروا أن لفظ الكرم، كلفظ البستان. لكن العادة في نواحيننا، إخراج الحائط عن مسمى الكرم، وإدخاله في مسمى البستان. ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح عليه. ولو قال: هذه الدار، البستان، دخل الأبنية والأشجار جميعاً. ولو قال: هذا الحائط، البستان، أو هذه المحوطة، دخل الحائط المحوطة وما فيه من الأشجار،

وفي البناء، الخلاف السابق، كذا ذكره في «التهذيب»، ولا يظهر في لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار، فليدخلا، أو ليكونا على الخلاف.

فرع: لو قال: بعتك هذه القرية، دخلت الأبنية والساحات التي يحيط بها السور. وفي الأشجار وسطها، الخلاف. الصحيح: دخولها. وفي المزارع، ثلاثة أوجه: الصحيح الذي عليه الجمهور: لا تدخل، سواء قال: بحقوقها، أم لا، بل لا تدخل إلا بالنص على المزارع. والثاني قاله إمام الحرمين: تدخل. والثالث قاله ابن كج: إن قال: بحقوقها، دخلت، وإلا، فلا.

قلت: قد قال الغزالي وغيره: بعتك الدسكرة كبعتك القرية. والله أعلم.

اللفظ الثالث: الدار، فإذا قال: بعتك هذه الدار، دخلت الأرض والأبنية جميعها، حتى يدخل الحمّام المعدود من مرافقها. وحكي عن نضه: أن الحمّام لا يدخل، وحملوه على حمّامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل. ولو كان في وسطها شجر، ففي دخوله الخلاف السابق في لفظ الأرض. ونقل الإمام في دخولها، ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كثرت بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً، لم تدخل، وإلا، دخلت. وأما الآلات في الدار، فثلاثة أضرب:

أحدها: المنقولات، كالدلو، والبكرة، والرشاء، والمجارف، والسرر، والرفوف الموضوعة على الأوتاد، والسلالم التي لم تسمّر ولم تطين، والأقفال، والكنوز، والدفائن، فلا يدخل شيء منها. وفي مفتاح المغلاق المثبت، وجهان: أحدهما: يدخل. ويجري الوجهان في ألواح الدكاكين، وفي الأعلى من حجري الرحي.

الضرب الثاني: ما أثبت تنمة للدار ليلقى فيها، كالسقف والأبواب المنصوبة وما عليها من الأغلاق والحلق والسلاسل والضبّات، فتدخل قطعاً.

الضرب الثالث: ما أثبت على غير هذا الوجه، كالرفوف والدّنان والأجانات المثبتة والسلالم المسمرة، والأوتاد المثبتة في الأرض، أو في الجدار، والأسفل من حجري الرحي، وخشب القصار، ومعجن الخبّاز، فيدخل كل ذلك على الأصح، لثباتها. وأشار إمام الحرمين إلى القطع بدخول الحجرين في البيع باسم الطاحونة، وتدخل الأجانات المثبتة إذا باع باسم المدبغة والمصبغة، وإن الخلاف إنما هو في البيع باسم الدار. وفي «التنمة» ما يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة.

قلت: ويجري الوجهان في قدر الحمّام، قاله في «التنمة». والله أعلم.

فرع: لا تدخل مسایل الماء في بيع الأرض، ولا يدخل فيه شربها من القناة

والنهر المملوكين، إلا أن يشترطه، أو يقول: بحقوقها. وفي وجه: لا يكفي ذكر الحقوق.

فرع: لو كان في الدار المبيعة بئر ماء، دخلت في البيع، والماء الحاصل في البئر حال البيع، لا يدخل على الصحيح. وفي وجه: يدخل، كالثمرة التي لم تؤبّر، للعرف. وإن شرط دخوله في البيع، صح على قولنا: الماء مملوك، بل لا يصح البيع دون هذا الشرط، وإلا، اختلط الماء الموجود للبائع بماء يحدث للمشتري، وانفسخ البيع.

قلت: هذا الشرط على قولنا: الماء مملوك. فإن قلنا: لا يملك، صح البيع مطلقاً، بل لا يجوز شرطه، لأنه لا يملكه، ويكون المشتري أحق به، لأنه في يده، كما لو توخّل صيد في أرضه. والله أعلم.

وذكر الخلاف في الماء وفروعه، يأتي في إحياء الموات إن شاء الله تعالى.

فرع: لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر، كالنفط، والملح، والقار، والكبريت، فهو كالماء. وإن كان باطناً، كالذهب، والفضة، دخل في البيع، إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بالذهب، بسبب الربا. وفي بيعه بالفضة قولان، للجمع بين الصرف والبيع في صفقة.

فرع: باع داراً في طريق غير نافذ، دخل حريمها في البيع. وفي دخول الأشجار، الخلاف السابق. وإن كان في طريق نافذ، لم يدخل الحريم والأشجار في البيع، بل لا حريم لمثل هذه الدار، كما سنذكره في إحياء الموات إن شاء الله تعالى.

اللفظ الرابع: العبد، إذا ملك السيد عبده ملاً، لم يملكه على الأظهر. فلو ملكه، ثم باعه، لم يدخل المال في البيع. فإن باعه مع المال، فإن قلنا: لا يملك، اعتبر في المال شروط المبيع. حتى لو كان مجهولاً أو غائباً، أو ديناً والثلث دين، أو ذهباً والثلث ذهب، لم يصح. فلو كان ذهباً، والثلث فضة، أو عكسه، ففيه قولان الجمع بين بيع وصرف. وإن قلنا: يملك، فقد نص أن المال ينتقل إلى المشتري مع العبد، وأنه لا بأس بجهالته وغيبته.

واختلفوا في سبب احتمال ذلك، فقال الإصطخري: لأن المال تابع، ويحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل، كما يحتمل الجهل بحقوق الدار. والأصح عند الأصحاب، ما قاله ابن سريج وأبو إسحاق: أن المال ليس مبيعاً أصلاً ولا تبعاً، ويكون شرطه تبقية له على العبد كما كان، فللمشتري انتزاعه كما كان للبائع الانتزاع. فعلى هذا، لو كان الثلث ربوياً، والمال من جنسه، فلا بأس. وعلى الأول: لا يجوز. ولا يحتمل الربا في التابع، كما لا يحتمل في الأصل.

فرع: الثياب التي على العبد في دخولها في بيعه، أوجه: أصحابها: لا يدخل شيء منها. والثاني: تدخل. والثالث: يدخل ساتر العورة فقط. ولا يدخل عذار الدابة في بيعها على الأصح كالسرج، ويدخل النعل، وبُرة الناقة، إلا أن يكون من ذهب.

اللفظ الخامس: الشجر، فإذا باع الشجرة مطلقاً، دخلت الأغصان لكن لا يدخل الغصن اليابس في بيع الشجرة الرطبة، لأن العادة قطعه كالثمار، وقال في «التهذيب»: ويحتمل أن يدخل كالصوف على الغنم، وتدخل العروق والأوراق، إلا أن شجرة الفرصاد إذا بيعت في الربيع وقد خرجت أوراقها، ففي دخولها وجهان: أصحابهما: الدخول كغير وقت الربيع، وتدخل أوراق شجر النبق على المذهب، وقيل: كالفرصاد.

قلت: وتدخل الكمام تحت اسم الشجرة، لأنها تبقى بقاء الأغصان، قاله في «الوسيط». والله أعلم.

ولو باع شجرة يابسة نابثة، لزم المشتري تفريغ الأرض منها، للعادة. وقال في «التتمة»: لو شرط إبقاءها، بطل البيع، كما لو اشترى ثمرة مؤبّرة وشرط عدم القطع عند الجداد، وإن باعها بشرط القطع، جاز. وتدخل العروق في البيع عند شرط القلع، ولا تدخل عند شرط القطع، بل تقطع عن وجه الأرض. وإن كانت الشجرة رطبة، فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القلع، اتبع الشرط، وإن أطلق، جاز الإبقاء للعادة. وهل يدخل المغرس في البيع؟ وجهان: أصحابهما: لا، لأن الاسم لا يتناولها، فإن أدخلناه فأنقلعت الشجرة، أو قلّعها المالك، كان له غرس بدلها، وله بيع المغرس، وإلا، فلا. ويجري الوجهان، فيما لو اشترى أرضاً وشرط البائع لنفسه شجرة، هل يبقى له المغرس، أم لا؟

قلت: وإذا لم يدخل المغرس في الصورة الأولى، فليس للبائع قلع الشجرة مجاناً. وهل يجب عليه إبقاؤها ما أراد المشتري، أم له قلّعها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية؟ وجهان محكيان في «النهاية» و«البسيط» في كتاب «الرهن». أصحابهما: الأول. والله أعلم.

فصل: في بيان الحال الذي تندرج فيه الثمرة في بيع الشجرة

النخل، ذكور وإناث. ومعظم المقصود من الذكور، استصلاح الإناث بها. والذي يبدو فيها أولاً أكّمة صغار، ثم تكبر وتطول حتى تصير كأذان الحمر. فإذا كبرت، شققت فظهرت العناقيد في أوساطها، فيذر فيها طلع الذكور ليكون رطبها

أجود. والتشقيق وذو الطلع فيها، يسمى: التآبير، ويسمى: التلقيح. ثم الأكثرون يسمون الكمام الخارج كله: طلعاً. والإمام خصّ اسم الطلع بما يظهر من النور على العنقود عند تشقق الكمام. ثم المتعهدون للنخل، لا يؤثرون جميع الكمام، بل يكتفون بتآبير البعض، ويتشقق الباقي بنفسه، وتنبت ريح الذكور إليه. وقد لا يؤثّر في الحائط شيء، وتشقق الأكّمة بنفسها، إلا أن رطبها لا يجيء جيداً. وكذا الخارج من الذكور، يتشقق بنفسه، ولا يشقق غالباً. فإذا باع نخلة عليها ثمرة، فإن شرطت لأحدهما، اتبع الشرط. وإن أطلقا، فإن كانت شققت أو تشققت بنفسها، فهي للبائع، وإلا، فللمشتري. وإن باع الذكور من النخل بعد تشقق طلعتها، فالطلع للبائع، وإلا، فوجهان: أحدهما: للمشتري. والثاني: للبائع.

فرع: ما عدا النخل من الشجر، أقسام:

أحدها: ما يقصد منه الورق، كشجر الفرصاد، وقد ذكرناه. قال في «البيان»: وشجر الحناء ونحوه، يجوز أن يكون فيه خلاف كالفرصاد، ويجوز أن يقطع بأنه إذا ظهر ورقه، كان للبائع، لأنه لا ثمر لها سوى الورق، بخلاف الفرصاد، فإن له ثمرة مأكولة.

القسم الثاني: ما يقصد منه الورد، وهو ضربان:

أحدهما: يخرج في كمام، ثم يتفتح كالورد الأحمر. فإذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه، فهو للبائع كطلع النخل المتشقق. إن بيع قبل تفتحه، فللمشتري على الأصح.

والضرب الثاني: يخرج ورده ظاهراً كالياسمين. فإن خرج ورده، فللبائع، وإلا، فللمشتري.

القسم الثالث: ما يقصد منه الثمرة، وهو نوعان: ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كمام، كالتين، والعنب، فهو كالياسمين. والثاني: ما تخرج بهما، وهو ضربان: أحدهما: ما تخرج ثمرته في نور، ثم يتناثر نوره فتبرز الثمرة بلا حائل، كالشمش، والتفاح، والكمثرى وشبهها. فإن باع الأصل قبل انعقاد الثمرة، انعقدت للمشتري وإن كان النور قد خرج. وإن باعه بعد الانعقاد وتناثر النور، فللبائع. وإن باعه بعد الانعقاد وقبل تناثر النور، فوجهان: أحدهما وهو نصه: أنها للمشتري. والثاني: للبائع.

الضرب الثاني: ما يبقى له حائل على الثمرة المقصودة، وهو صنفان:

أحدهما: له قشر واحد كالرمان. فإذا بيع أصله وقد ظهر الرمان، فهو للبائع، وإلا، فهو للمشتري.

والثاني: ما له قشران، كالجوز واللوز والفسق والرانج. فإن باعها قبل خروجها، فالذي يخرج للمشتري، وإلا، فللبائع. ولا يعتبر مع ذلك تشقق القشر الأعلى على الأصح.

ثم من هذين الصنفين، ما تخرج ثمرته في قشر بغير نور، كالجوز والفسق. ومنها: ما تخرج في نور، ثم يتناثر نوره، كالرمان، واللوز. وما ذكرناه من حكمهما، هو فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور. فإن بيع قبله، عاد فيه الكلام السابق.

فرع: القطن نوعان: أحدهما: له ساق يبقى سنين يشمر كل سنة، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة، فهو كالنخل، إن بيع أصله قبل تشقق الجوزق، فالشمر للمشتري، وإلا، فللبائع. والثاني: ما لا يبقى أكثر من سنة، هو كالزرع، إن باعه قبل خروج الجوزق، أو بعده وقبل تكامل القطن، وجب شرط القطع. ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق، فهو للمشتري، لحدوثه في ملكه. قال في «التهذيب»: وإن باعه بعد تكامل القطن، فإن تشقق الجوزق، صح البيع مطلقاً، ودخل القطن في البيع، بخلاف الثمرة المؤبرة، لا تدخل، لأن الشجرة مقصودة لثمار جميع الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة. وإن لم يتشقق، لم يصح البيع على الأصح، لأن المقصود مستور بما ليس من صلاحه، بخلاف الجوز واللوز في القشر الأسفل.

فرع: لا يشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التأبير في كل كمام وعنقود، بل إذا باع نخلة أبر بعضها، فالكل للبائع، وإن باع نخلات أبر بعضها فقط، فله حالان: أحدهما: أن يكون في بستان واحد، فينظر، إن اتحد النوع والصفة، فجميع الثمار للبائع. وإن أفرد بالبيع غير المؤبر، فالأصح أن الثمرة للمشتري، والثاني: للبائع اكتفاءً بوقت التأبير عنه. وإن اختلف النوع، فالأصح أن الجميع للبائع. وقال ابن خيران: غير المؤبر للمشتري، والمؤبر للبائع.

الحال الثاني: أن تكون في بستانين، فالمذهب: أنه يفرد كل بستان بحكمه. وقيل: هما كالبستان الواحد، سواء تباعد البستانان أو تلاصقا.

فرع: باع نخلة وبقيت الثمرة له، ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة، أو من أخرى حيث يقتضي الحال اشتراكهما، فوجهان: أحدهما: الطلع الجديد للبائع أيضاً، لأنه من ثمرة العام. وقال ابن أبي هريرة: للمشتري، لحدوثه في ملكه.

فرع: جمع في صفة ذكور النخل وإناثها، له حكم الجمع بين نوعين من الإناث.

فرع: قال في «التهذيب»: تشقق بعض جوز القطن، كتشقق كله. وما تشقق من

الورد، للبائع، وما لم يتشقق، للمشتري وإن كانا على شجرة واحدة، ولا يتبع بعضه بعضاً، بخلاف النخل، لأن الورد يجنى في الحال، فلا يخاف اختلاطه. قال: ولو ظهر بعض التين والعنب، فالظاهر للبائع، وغيره للمشتري، وفي هذه الصورة نظر.

فصل: إذا باع الشجرة، وبقيت الثمرة للبائع، فإن شرط القطع في الحال، لزمه. وإن أطلق، فليس للمشتري تكليفه القطع في الحال، بل له الإبقاء إلى أوان الجداد وقطاف العنب. فإذا جاء وقت الجداد، لم يمكن من أخذها على التدرج، ولا أن يؤخرها إلى نهاية النضج. ولو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعه قبل النضج، كلف القطع على العادة. ولو تعذر السقي لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقاء الثمرة، فالأظهر أنه ليس له الإبقاء. ولو أصاب الثمار آفة، ولم يكن في تركها فائدة، فهل له الإبقاء؟ قولان. وسقي الثمار عند الحاجة على البائع، وعلى المشتري تمكينه من دخول البستان للسقي. فإن لم يأتئمه، نصب الحاكم أميناً للسقي، ومؤنته على البائع.

وإذا كان السقي ينفع الثمار والأشجار، فلكل واحد السقي، وليس للآخر منعه. وإن كان يضر بهما، فليس لأحدهما السقي إلا برضى الآخر، وإن أضر بالثمار ونفع الأشجار، فأراد المشتري السقي، فمنعه البائع، فوجهان: أحدهما: له السقي. وأصحهما: أنه إن سامح أحدهما بحقه أقر، وإلا، فسح البيع، وإن أضر بالشجر ونفع الثمار، فتنازعا، فعلى الوجهين، الأصح: يفسخ إن لم يسامح. والثاني: للبائع السقي. هذا نقل الجمهور. وقال الإمام: في صورتين ثلاثة أوجه: أحدها: يجاب المشتري. والثاني: البائع. والثالث: يتساويان. ولو كان السقي يضر بواحد، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر، ففي إلحاقه بتقابل الضرر، احتمالان عند الإمام. ولو لم يسق البائع، وتضرر المشتري ببقاء الثمار لامتناعها رطوبة الشجر، أجبر على السقي أو القطع. فإن تعذر السقي لانقطاع الماء، ففيه القولان السابقان.

قلت: هذان القولان، فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة. فإن لم يكن، وجب القطع بلا خلاف، كذا قاله الإمام، وصاحب «التهذيب». والله أعلم.

اللفظ السادس: الثمار، وهي تباع بعد بدو الصلاح وقبله.

الحالة الأولى: إذا بيعت بعد بدو الصلاح، جاز مطلقاً، وبشرط إبقائها إلى وقت الجداد، وبشرط القطع، سواء كانت الأصول للبائع، أم للمشتري، أم لغيرهما. فإن أطلق، فله الإبقاء إلى وقت الجداد، ولا يجوز بيع الثمار بعد الصلاح مع ما يحدث بعدها.

الحالة الثانية: إذا بيعت قبل بدو الصلاح، فإما أن تباع مفردة عن الشجر، وإما

معه.

الضرب الأول: المفردة. وللأشجار صورتان:

إحدهما: أن تكون للبائع الغلة أو للمشتري أو لغيرهما. فلا يجوز بيع الثمار مطلقاً، ولا بشرط الإبقاء، ويجوز بشرط القطع بالإجماع. ولو كانت الكروم في بلاد شديدة البرد بحيث لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة، واعتاد أهلها قطع الحصرم، فوجهان: قال القفال: يجوز بيعها بغير شرط القطع، ويكون المعتاد كالمشروط. ومنع الأكثرون ذلك. ويجري الخلاف فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون، حتى تنزل عاداتهم على رأي منزله شرط الانتفاع، ويحكم بفساد الرهن. ولو باع بشرط القطع، وجب الوفاء به. فلو تراضيا على تركه، فلا بأس، ويكون بدو الصلاح، ككبر العبد الصغير. وإنما يجوز البيع بشرط القطع، إذا كان المقطوع منتفعاً به، كالحصرم واللوز ونحوهما. فأما ما لا منفعة فيه، كالجوز والكمثرى، فلا يصح بيعه بشرط القطع أيضاً.

الصورة الثانية: أن تكون الأشجار للمشتري، بأن يبيع إنساناً شجرة، وتبقى الثمرة له، ثم يبيعه الثمرة، أو يوصي لإنسان بالثمرة فيبيعها لصاحب الشجرة، ففي اشتراط القطع، وجهان: أحدهما: عند الجمهور: يشترط، ولكن لا يلزمه الوفاء بالشرط هنا، بل له الإبقاء، إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره عن أشجاره. ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبّرة، فبقيت للبائع، فلا حاجة إلى شرط القطع، لأن المبيع هو الشجرة، وهي غير متعرضة للعاهات، والثمرة مملوكة له بحكم الدوام. ولو كانت الثمرة غير مؤبّرة، فاستثنائها لنفسه، ففي وجوب شرط القطع وجهان: أحدهما: لا يجب، لأنه في الحقيقة استدامة لملكها. فعلى هذا، له الإبقاء إلى وقت الجداد. ولو صرح بشرط الإبقاء، جاز. والثاني: يجب، ولا يصح التصريح بالإبقاء.

قلت: قال الإمام: إذا قلنا: يجب شرط القطع، فأطلق، فظاهر كلام الأصحاب أن الاستثناء باطل، والثمرة للمشتري. قال: وهذا مشكل، فإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائها محال. قال: فالوجه عدُّ الاستثناء المطلق شرطاً فاسداً مفسداً للعقد في الأشجار، كاستثناء الحمل. والله أعلم.

الضرب الثاني: أن تباع الثمرة مع الشجر، فيجوز من غير شرط القطع، بل لا يجوز شرط القطع.

قلت: لو قطع شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة وهي عليها، جاز من غير شرط القطع، لأن الثمرة لا تبقى عليها، فيصير كشرط القطع. والله أعلم.

فرع: لا يشترط للاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح في كل عنقود، بل إذا باع ثمرة شجرة واحدة بدا الصلاح في بعضها، صح من غير شرط القطع. ولو باع

ثمار أشجار بدا الصلاح في بعضها، نظر، إن اختلف الجنس، لم يغيّر بدو الصلاح في جنس حكم جنس آخر. فلو باع رطباً وعنباً بدا الصلاح في أحدهما فقط، وجب شرط القطع في الآخر. وإن اتحد الجنس، فالكلام في اتحاد البستان وتعددده. وإذا اتحد، ففي بيعها صفقة واحدة وإفراد ما لم يبدُ فيه الصلاح بالبيع. وحكم الأقسام كلها على ما سبق في التأبير بلا فرق، حتى أن الأصح: أنه لا تبعية عند الأفراد، وأنه لا أثر لاختلاف النوع، وأنه لا يتبع بستان بستاناً. ولو بدا الصلاح في ملك غير البائع، ولم يبدُ في ملكه، فإن كانا في بستانين، فلا عبرة به قطعاً، وكذا إن كانا في بستان واحد على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو أبر ملك غير البائع في بستان واحد. والأصح: أنه لا يكون للمبيع حكم المؤبر.

فرع: يحصل بدو الصلاح بظهور النضج، ومبادئ الحلاوة، وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين، وذلك فيما لا يتلون، بأن يتموه ويلين، وفيما يتلون، بأن يحمّر أو يصفرّ أو يسودّ، وهذه الأوصاف وإن عرف بها بدو الصلاح، فليس واحد منها شرطاً فيه، لأن القثاء لا يتصور فيه شيء منها، بل يستطاب أكله صغيراً وكبيراً. وإنما بدو صلاحه، أن يكبر بحيث يجنى في الغالب ويؤكل، وإنما يؤكل في الصغر على الندور. وكذا الزرع، لا يتصور فيه شيء منها، وبدو صلاحه باشتداد الحب. قال صاحب «التهذيب»: بيع أوراق الفرصاد قبل تناضجها، لا يجوز إلا بشرط القطع، وبعده يجوز مطلقاً وبشرط القطع.

والعبارة الشاملة، أن يقال: بدو الصلاح في هذه الأشياء، صيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالباً لكونها على تلك الصفة.

فرع: بيع البطيخ قبل بدو صلاحه، لا يصح من غير شرط القطع، فإن بدا الصلاح في كله أو بعضه، نظر، إن كان يخاف خروج غيره، فلا بد من شرط القطع، فإن شرط فلم يقطع حتى اختلط، ففي انفساخ البيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى. وإن كان لا يخاف خروج غيره، جاز بيعه من غير شرط القطع. هذا إذا أفرد البطيخ بالبيع، ووراء حالتان:

إحدهما: لو أفرد أصوله بالبيع، قال العراقيون وغيرهم: يجوز، ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط. ثم الحمل الموجود، يبقى للبائع، وما يحدث، يكون للمشتري. وإن خيف اختلاط الحملين، فلا بد من شرط القطع. فإن شرط، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط، فطريقان سنذكرهما في نظيره إن شاء الله تعالى. ولو باع الأصول قبل خروج الحمل، فلا بد من شرط القطع والقلع، كالزرع الأخضر. وإذا شرط، ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل، فهو للمشتري.

الحالة الثانية: باع البطيخ مع أصوله، قال الإمام والغزالي: لا بد من شرط القطع، لأن البطيخ مع أصوله متعرّض للعاهة، بخلاف الشجرة مع الثمرة. فلو باع البطيخ مع الأرض، استغني عن شرط القطع، والأرض كالشجر. ومقتضى ما ذكرناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط، أنه لا حاجة إلى شرط القطع. وبالذنجان ونحوه، كالبطيخ في الأحوال الثلاث.

فرع: لابن الحداد

لو باع نصف الثمار على رؤوس الشجر مشاعاً قبل بدوّ الصلاح، لم يصح. وعلّوه بأن هذا البيع يفتقر إلى شرط القطع، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل، فيتضرر البائع بقطع غير المبيع، فأشبه ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف. وما ذكره من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الجميع، إنما يستمر بتقدير دوام الإشاعة وامتناع القسمة. أما إذا جوّزنا قسمة الثمار الرطبة بناءً على أنها إفراز، فيمكن قطع النصف من غير قطع الجميع، بأن يقسم أولاً، فليكن منع البيع مبنياً على القول بامتناع القسمة، لا مطلقاً، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد. قال القاضي أبو الطيب: وهو الصحيح. ولو باع نصفها مع نصف النخل، صح وكانت الثمار تابعة. ولو كانت الثمرة لواحد، والشجرة لآخر، فباع صاحب الثمرة صاحب الشجرة نصفها، فوجهان بناءً على اشتراط القطع هنا. ولو كانت الأشجار والثمار مشتركة بين رجلين، فاشتري أحدهما نصيب شريكه من الثمرة، لم يصح. ولو اشترى نصيب شريكه من الثمرة بنصيبه من الشجر، لم يجز مطلقاً، ويجوز بشرط القطع، لأن جملة الثمار تصير لمشتري الثمرة، وجملة الشجر للآخر، ويلزم مشتري الثمرة قطع الجميع، لأنه بهذه المعاملة التزم قطع النصف المشتري، وتفرغ الأشجار لصاحبه، وبيع الشجرة على أن يفرغها البائع، جائز. وكذا لو كانت الأشجار لأحدهما، والثمرة بينهما، فاشتري صاحب الشجر نصيب صاحبه من الثمر بنصف الشجر على شرط القطع، جاز.

فرع: لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع. فإن باعه مع الأرض، جاز تبعاً. وكذا لا يجوز بيع البقول في الأرض دون الأرض إلا بشرط القطع أو القلع، سواء كان مما يجزّ مراراً، أو لا يجزّ إلا مرة، هكذا نقله صاحب «التهذيب» وغيره في البقول. وقال الغزالي: بيع أصول البقول لا يتقيد بشرط القطع، إذ لا تتعرض للآفة. وبيع الزرع بعد اشتداد حبه، كبيع الثمر بعد صلاحه، فلا يحتاج إلى شرط القطع.

فرع: يشترط ظهور المقصود. فإذا باع ثمرة لا كمام لها، كالتين والعنب

والكمثرى، جاز، سواء باعها على الشجرة، أو على الأرض. ولو باع الشعير أو السُّلْتُ مع سنبله، جاز بعد الحصاد وقبله، لأن حَبَّاته ظاهرة. ولو كانت للثمر أو الحب كمام لا يزال إلا عند الأكل، كالرمان والعَلَس، فكمثل. وأما ما له كمامان يزال أحدهما، ويبقى الآخر إلى وقت الأكل، كالجوز واللوز والرانج، فيجوز بيعه في القشر الأسفل، ولا يجوز في الأعلى، لا على الشجر، ولا على الأرض. وفي قول: يجوز في القشر الأعلى ما دام رطباً. وبيع الباقلاء في القشر الأعلى، فيه هذا الخلاف. وادعى إمام الحرمين، أن الظاهر فيه الصحة، لأن الشافعي رحمته الله، أمر أن يُشْتَرَى له الباقلاء الرطب.

قلت: المنصوص في «الأم»: أنه لا يصح بيعه. قال صاحب «التهذيب» وغيره: هو الأصح، وبه قطع صاحب «التنبيه». هذا إذا كان الجوز واللوز والبقلاء رطباً. فإن بقي في قشره الأعلى، فليس، لم يجز بيعه وجهاً واحداً إذا لم نجوز بيع الغائب، كذا قاله الإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهما. وحكى فيه صاحب «التممة» وجهاً: أنه يصح وإن أبطلنا بيع الغائب. ويصح بيع طلع النخل مع قشره في الأصح. والله أعلم.

وأما ما لا يرى حبه في سنبله، كالحنطة، والعدس، والسَّمْسَم، فما دام في سنبله، لا يجوز بيعه مفرداً عن سنبله قطعاً، ولا معه على الجديد الأظهر، كبيع تراب الصاغة، وكبيع الحنطة في تبناها، فإنه لا يصح قطعاً. وفي الأرز، طريقان. المذهب: أنه كالشعير، فيصح بيعه في سنبله. وقيل: كالحنطة. ولا يصح بيع الجزر، والثوم، والبصل، والفجل، والسلق في الأرض، لتستر مقصودها. ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع. ويجوز بيع القُنْبِيط في الأرض، لظهوره، وكذا نوع من السلجم يكون ظاهراً. ويجوز بيع اللوز في القشر الأعلى قبل انعقاد الأسفل، لأنه مأْكول كله كالتفاح. وهل المنع في صور الفرع مقطوع به، أم مفرَّع على منع بيع الغائب؟ قال الإمام: هو مفرَّع عليه. فإن جَوَّزنا بيع الغائب صح البيع في جميعها. وفي «التهذيب»: أن المنع في بيع الجزر ونحوه في الأرض، ليس مفرَّعاً عليه، لأن في بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته، وهنا لا يمكن.

قلت: هذا أصح، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب. ونقل عن بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه. والله أعلم.

وإذا قلنا بالمنع، فباع الجوز مثلاً في القشر الأعلى مع الشجرة، أو باع الحنطة في سنبلها مع الأرض، فطريقان. أحدهما: يبطل في الجوز والحنطة، وفي الشجرة والأرض قولاً تفريق الصفة. وأصحهما: القطع بالبطلان في الجميع، للجهل بأحد

المقصودين، وتعذر التوزيع. ولو باع أرضاً مبذورة مع البذر، فقليل: يصح في البذر أيضاً تبعاً للأرض. والمذهب: بطلان البيع فيه. ثم في الأرض الطريقتان. ومن قال بالصحة في الأرض، لا يذهب إلى التوزيع، بل يوجب جميع الثمن بناءً على قولنا في تفريق الصفقة، بأخذ جميع الثمن.

فصل: لا يصح بيع المحاقلة، وهو أن يبيع الحنطة في سنبليها بكيل معلوم من الحنطة. ولبطلانه علتان. إحداهما: أنه يبيع حنطة وتبنٍ بحنطة، وذلك رباً. والثانية: أنه يبيع حنطة في سنبليها. فلو باع شعيراً في سنبله بحنطة خالصة، وتقابضا في المجلس، أو باع زرعاً قبل ظهور الحب بحب، جاز، لأن الحشيش غير ربوي.

فصل: قد سبق أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر، ويستثنى منه بيع العرايا، فإنه جائز، وهو أن يبيع رطب نخلة أو نخلات باعتبار الخرص بقدر كيلها من التمر، ولا يصح إلا بالخرص. ويشترط التقابض في المجلس بتسليم التمر إلى البائع بالكيل، وتخليفة البائع بينه وبين النخلة. فإن كان التمر غائباً عنهما، أو كانا غائبين عن النخل، فأحضراه، أو حضرا عند النخل، جاز. ثم إن لم يظهر تفاوت بين التمر المجعول عوضاً، وبين ما في الرطب من التمر، بأن أكيل الرطب في الحال، فذاك. وإن ظهر، نظر، فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين، لم يضر. وإن كان أكثر، فالعقد باطل. وفي وجه ضعيف: يصح في قدر القليل من الكثير، ولمشتري الكثير الخيار. ويجوز بيع العرايا في العنب كالرطب، ولا يجوز في سائر الثمار على الأظهر. ويجوز فيما دون خمسة أوسق من التمر، لا فيما زاد على الخمسة قطعاً، ولا في خمسة على الأظهر. هذا إذا باع في صفقة. فلو باع قدراً كثيراً في صفقات لا تزيد كل واحدة على ما ذكرنا، جاز. وكذا لو باع في صفقة لرجلين بحيث يخص كل واحد القدر الجائز. فلو باع رجلاً لرجل، فوجهان: أحدهما: أنه كبيع رجل لرجلين. والثاني: كبيعه لرجل صفقة. ولو باع رجلاً لرجلين صفقة، لم يجز فيما زاد على عشرة أوسق، ويجوز فيما دون العشرة. وفي العشرة القولان.

قلت: وسواء في هذه الصور كانت العقود في مجلس أو مجالس. حتى لو باع رجل لرجل ألف وسق في مجلس واحد بصفقات كل واحدة دون خمسة أوسق، جاز. والله أعلم.

وجميع ما ذكرنا في بيع الرطب بالتمر، فلو باع رطباً على النخل، برطب على النخل خرساً فيهما، أو برطب على الأرض كيلاً فيه، فأوجه: أحدهما: لا يجوز، قاله الإصطخري. والثاني: يجوز، قاله ابن خيران. والثالث: إن اختلف نوعهما، جاز، وإلا، فلا، قاله أبو إسحاق. والرابع: جريان هذا التفصيل إن كانا على

النخل، فإن كان أحدهما على الأرض، لم يجز، حكى أيضاً عن أبي إسحاق. ولو باع الرطب بالرطب على الأرض، لم يصح على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال القفال: فيه هذا الخلاف، لأنه إذا جاز البيع وهما على النخل، واحتملت جهالة الخرص، فالجواز مع تحقق المساواة بالكيل أولى.

فرع: يجوز بيع العرايا للمحتاجين، وفي الأغنياء قولان. أظهرهما: الجواز.

فصل: إذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح، لزمه سقيها قبل التخلية وبعدها بقدر ما تنمي به الثمار وتسلم من التلف والفساد. فلو شرط كون السقي على المشتري، بطل البيع، ثم المشتري يتسلط على التصرف في الثمرة بعد تخلية البائع بينه وبينها من كل وجه. فإن عرضت جائحة من حر، أو برد، أو جراد، أو حريق، أو نحوها قبل التخلية، فهي من ضمان البائع. فإن تلف جميع الثمار، انفسخ البيع. وإن تلف بعضها، انفسخ فيه. وفي الباقي قولان: الفرق. وإن عرضت بعدها، فإن كان باعها بعد بدو الصلاح، فقولان: الجديد الأظهر: أن الجوائح من ضمان المشتري. والقديم: أنها من ضمان البائع. ولا فرق على القولين، بين أن يشرط القطع، أم لا. وقيل: إن شرطه، كانت من ضمان المشتري قطعاً، لتفريطه، ولأنه لا علة بينهما، إذ لا يجب السقي على البائع هنا، وحكى هذا عن القفال. وقيل: إن شرطه، كانت من ضمان البائع قطعاً، لأن ما شرط قطعه، فقبضه بالقطع والنقل، فقد تلفت قبل القبض.

ويتفرع على كونها من ضمان البائع، فروع:

أحدها: أن المحكوم بكونه من ضمان البائع، ما تلف قبل وقت الجداد أما ما تلف بعد وقت الجداد، وإمكان النقل، فمن ضمان المشتري على الأظهر. وقيل: على الأصح لتقصيره. وعلى الثاني: من ضمان البائع، لعدم التسليم التام. قال الإمام: وهذا الخلاف إذا لم يعد مقصراً مضيقاً بتأخيرته، كالיום واليومين. فإن عدَّ، فلا مساغ للخلاف.

الثاني: لو تلف بعض الثمر، فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية. ولو عابت الثمرة بالجائحة، ثبت الخيار على هذا القول، كما لو عابت قبل التخلية. وعلى الجديد: لا يثبت.

الثالث: لو ضاعت الثمرة بغصب أو سرقة، فالمذهب: أنها من ضمان المشتري، وبه قطع الأكثرون. وقيل: على القولين في الجائحة، وبه قطع العراقيون. قلت: إذا قلنا بالقديم، فاختلفا في الفئات بالجائحة، فقال البائع: ربع الثمرة. وقال المشتري: نصفها، فالقول قول البائع، لأن الأصل براءة ذمته وعدم الهلاك. قال في «التتمة»: لو اختلفا في وقوع الجائحة، فالغالب أنها لا تخفى، فإن لم تُعرف

أصلاً، فالقول قول البائع بلا يمين. وإن عرف وقوعها عاماً، فالقول قول المشتري بلا يمين. وإن أصابت قوماً دون قوم، فالقول قول البائع بيمينه، لأن الأصل عدم الهلاك ولزوم الثمن. والله أعلم.

فرع: هذا الذي ذكرناه من القولين، هو في الجوائح السماوية التي لا تنسب إلى البائع بحال. فأما إن ترك السقي وعرضت في الثمار آفة بسبب العطش. فإن تلفت، فالمذهب: القطع بانفساخ العقد. وقيل: فيه القولان كالسماوية. فإن قلنا: لا انفساخ، لزم البائع الضمان بالقيمة، أو المثل. وإنما يضمن ما تلف، ولا ينظر إلى ما كان ينتهي إليه لولا العارض. وإن تعيبت، فللمشتري الخيار. وإن قلنا: الجائحة من ضمانه، لأن الشرع ألزم البائع تنمية الثمار بالسقي، فالتعيب الحادث بترك السقي، كالعيب المتقدم على القبض. وإن أفضى التعيب إلى تلف، نظر، إن لم يشعر به المشتري حتى تلف، عاد الخلاف في الانفساخ، ولزم البائع الضمان إن قلنا: لا انفساخ ولا خيار بعد التلف، كذا قاله الإمام. وإن شعر به ولم يفسخ حتى تلف، فوجهان: أحدهما: يغرم البائع، لعدوانه. والثاني: لا، لتقصير المشتري بترك الفسخ.

فرع: باع الثمر مع الشجر، فتلف الثمر بجائحة قبل التخلية، بطل العقد فيه. وفي الشجر القولان. وإن تلف بعد التخلية، فمن ضمان المشتري بلا خلاف. قلت: ولو كانت الثمرة لرجل، والشجر لآخر، فباعها لصاحب الشجرة، وخلّى بينهما، ثم تلفت، فمن ضمان المشتري بلا خلاف، لانقطاع العلائق. والله أعلم.

فرع: اشترى طعاماً مكايلة، وقبضه جزافاً، فهلك في يده، ففي انفساخ البيع وجهان: لبقاء الكيل بينهما.

فرع: من العوارض، اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها. فأما الاختلاط الذي يبقى معه التمييز، فلا اعتبار به. وأما غيره، فإذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح والشجرة تثمر في السنة مرتين، نظر، إن كان ذلك مما يغلب التلاحق فيه، وعلم أن الحمل الثاني يختلط بالأول، كالتين، والبطيخ، والقثاء، والبادنجان، لم يصح البيع، إلا أن يشترط أن المشتري يقطع ثمرته عند خوف الاختلاط. وفي قول أو وجه: أنه موقوف. فإن سمح البائع بما حدث، تبين انعقاد البيع، وإلا، فلا. ثم إذا شرط القطع فلم يتفق حتى اختلط، فهو كالتلاحق فيما يندر. وإن كان مما يندر فيه التلاحق، وعلم عدم الاختلاط، أو لم يعلم كيف يكون الحال، فيصح البيع مطلقاً، وبشرط القطع والتبقي. ثم إن حصل الاختلاط، فله حالان: أحدهما: أن يحصل قبل التخلية، فقولان: أحدهما: ينفسخ البيع، لتعذر

التسليم قبل القبض. وأظهرهما: لا، لبقاء عين المبيع، فعلى هذا، يثبت للمشتري الخيار. وفي قول ضعيف: لا خيار. والاختلاط قبل القبض، كهو بعده. ثم إن سمح البائع بترك الثمرة الجديدة للمشتري، سقط خياره على الأصح كما سبق في نعل الدابة. وإن باع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع، فلم يتفق القطع حتى اختلطت، جرى القولان في الانفساخ، ويجريان فيما إذا باع حنطة فانصبَّ عليها مثلها قبل القبض، وكذا في المائعات. وإن اختلط الثوب بأمثاله، أو الشاة المبيعة بأمثالها، فالصحيح الانفساخ. وفي وجه: لا، لإمكان تسليمه بتسليم الجميع. ولو باع جزء من القُتْ بشرط القطع، فلم يقطعها حتى طالت، وتعدر التمييز، جرى القولان. وقيل: لا ينفسخ هنا قطعاً، تشبيهاً لطولها بكبر الثمرة والشجرة، وبنماء الحيوان، وهو ضعيف، لأن البائع يجبر على تسليم الأشياء المذكورة بزيادتها، وهنا لا يجبر على تسليم ما زاد.

الحال الثاني: أن يحصل الاختلاط بعد التخلية، فطريقان. أحدهما: القطع بعدم الانفساخ. وأصحهما عند الجمهور: أنه على القولين. فإن قلنا: لا انفساخ، فإن تصالحا وتوافقا على شيء، فذاك، وإلا، فالقول قول صاحب اليد في قدر حق الآخر. ولمن اليد في صورة الثمار؟ فيه أوجه: أحدها: للبائع. والثاني: للمشتري. والثالث: لهما. وفي صورة الحنطة للمشتري، فإن كان المشتري أودعه الحنطة بعد القبض ثم اختلطت، فالقول قول البائع.

فرع: باع شجرة عليها ثمرة للبائع، وهي مما تثمر في السنة مرتين، ويغلب تلاحقها، لا يصح البيع إلا بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط، ويجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان المبيع هو الثمرة. ثم إذا تبايعا بهذا الشرط، فلم يتفق القطع حتى اختلطا، أو كانت الشجرة مما ينذر فيها التلاحق والاختلاط، فاتفق وقوعه، فطريقان. قال الأكثرون: في الانفساخ القولان. وقيل: لا انفساخ قطعاً. فإن قلنا: لا انفساخ، فسمح البائع بترك الثمرة القديمة، أجبر المشتري على القبول. وإن رضي المشتري بترك الثمرة الحادثة، أجبر البائع على القبول وأقر العقد. ويحتمل خلاف في الإيجاب، فأن استمر على النزاع، فالمثبتون للقولين قالوا: يفسخ العقد. والقاطعون قالوا: لا فسخ، بل أيهما كانت الثمرة والشجرة في يده، فالقول قوله في قدر ما يستحقه الآخر. قال في «التهذيب»: هذا هو القياس، لأن الفسخ لا يرفع النزاع، لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري. وإن قلنا بالانفساخ، استرد المشتري الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار، قاله في «التتمة».

باب: معاملات العبيد

العبد مأذون له في التجارة، وغيره. الأول: المأذون له، فيجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة وسائر التصرفات، كالبيع والشراء بالإجماع. ويستفيد بالإذن في التجارة كل ما يندرج تحت اسمها، وما كان من لوازمها وتوابعها، كالنشر، والطهي، وحمل المتاع إلى الحانوت، والرد بالعيب، والمخاصمة في العهدة، ونحوها. ولا يستفيد غير ذلك، هذا جملة القول فيه.

وتفصيله بصور:

إحداها: ليس للمأذون في التجارة أن يُنكح، كما ليس للمأذون في النكاح أن يتَّجر.

الثانية: لا يجوز أن يؤجر نفسه على الصحيح، وله أن يؤجر مال التجارة كعبيدها وثيابها ودوابها على الأصح.

الثالثة: إذا أذن له في التجارة في نوع، أو شهر، أو سنة، لم يتجاوز المأذون. الرابعة: لو دفع إليه ألفاً وقال: اتجر فيه، فله أن يشتري بعين الألف، وبقدرة في الذمة، ولا يزيد. ولو قال: اجعله رأس مالك، وتصرّف أو اتجر، فله أن يشتري بأكثر من الألف.

الخامسة: ليس للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة. فإن أذن له فيه السيد، جاز، ثم ينزل المأذون الثاني بعزل السيد، سواء انتزعه من يد المأذون الأول، أم لا. وهل له أن يوكل عبده في آحاد التصرفات؟ وجهان: أحدهما عند الإمام والغزالي: نعم. والثاني: لا، وهو مقتضى كلام صاحب «التهذيب». قلت: وليس له أن يوكل أجنبياً، كالوكيل لا يوكل، بخلاف المكاتب، لأنه يتصرّف لنفسه. والله أعلم.

السادسة: لا يتخذ دعوة للمجهّزين، ولا يتصدق، ولا ينفق على نفسه من مال التجارة، لأنه ملك السيد، ولا يعامل سيده بيعاً وشراءً.

السابعة: ما كسبه المأذون بالاحتطاب، والاصطياد، والالتهاب، وقبول الوصية، والأخذ من المعدن، هل يضم إلى مال التجارة حتى يتصرف فيه؟ فيه وجهان: أحدهما في «التهذيب»: نعم، لأنها من الأكساب. والثاني: لا، وبه قطع الفوراني، والإمام، والغزالي.

الثامنة: لا ينزل المأذون بالإباق، بل له التصرف في البلد الذي صار إليه، إلا إذا خصّ السيد الإذن بهذا البلد.

قلت: وفي «التتمة» وجه ضعيف: أنه لا يصح تصرّفه في الغيبة. والله أعلم.
التاسعة: له أن يأذن في التجارة لمستولده قطعاً. ولو أذن لأمته، ثم استولدها، لم تنعزل على الصحيح.

العاشرة: لو رأى عبده يبيع ويشترى، فسكت عنه، لم يصبر مأذوناً.
الحادية عشرة: لو ركبته الديون، لم يزل ملك سيده عما في يده. فلو تصرّف فيه ببيع، أو هبة، أو إعتاق بإذن المأذون والغرماء، جاز، ويبقى الدين في ذمة العبد. وإن أذن العبد دون الغرماء، لم يجز. وإن أذنوا دونه، فوجهان:

قلت: أصحهما: لا يجوز. وصححه البغوي، لأن الدين يتعلق بذمة العبد ولم يرض. والله أعلم.

الثانية عشرة: إقرار المأذون بدين المعاملة مقبول، سواء أقر لأبيه أو ابنه، أو لأجنبي.

الثالثة عشرة: لا يجوز أن يبيع بنسيئة، ولا بدون ثمن المثل، ولا يسافر بمال التجارة إلا بإذن السيد، ولا يتمكن من عزل نفسه، بخلاف الوكيل.

قلت: ولو كان لرجلين عبد، فأذن له أحدهما في التجارة، لم يصح حتى يأذن الآخر، كما لو أذن له في النكاح، لا يصح حتى يأذن الآخر. والله أعلم.

فرع: قال صاحب «التتمة»: في جواز معاملة من لا يعرف رقه وحرّيته، قولان. أظهرهما: الجواز. لأن الأصل والغالب الحرية. والثاني: المنع، لأن الأصل بقاء الحجر. وقطع إمام الحرمين بالجواز. ومن عرف رقه، لم يجز له أن يعامله حتى يعرف إذن السيد. ولا يكفي قول العبد: أنا مأذون، كما لو زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون، وإنما يعرف كونه مأذوناً بسماع الإذن من السيد، أو ببينة. فإن شاع في الناس كونه مأذوناً، كفى على الأصح. وإذا علم كونه مأذوناً، فقال: حجر عليّ السيد، لم تجز معاملته. فإن قال السيد: لم أحجر عليه، فوجهان: أصحهما: لا يعامل أيضاً، لأنه العاقد، وهو يقول: العقد باطل. ولو عامل المأذون من يعلم رقه، ولم يعلم الإذن، فبان مأذوناً، قال الأئمة: هو كمن باع مال أبيه على أنه حي فبان ميتاً، ومثله قولان حكاهما الحلبي فيما إذا ادعى الوكالة فكذبه، فعامله، ثم بان أنه وكيل.

قلت: ولو باع مالاً يظنه لنفسه، فبان مال أبيه وكان ميتاً حال العقد، صح بلا خلاف، كذا نقله الإمام عن شيخه. والله أعلم.

فرع: لو علم كونه مأذوناً فعامله، ثم امتنع من التسليم إليه حتى يُشهد على

الإذن، فله ذلك خوفاً من إنكار السيد، كما لو صدق مدعي الوكالة بقبض الحق، ثم امتنع من التسليم حتى يشهد الموكل على الوكالة.

فصل: إذا باع المأذون سلعة، وقبض الثمن، فاستُحقت وقد تلف الثمن في يد العبد، فللمشتري الرجوع ببذله على العبد على الصحيح، لأنه مباشر العقد. وفي وجه: لا يرجع عليه، لأن يده يد السيد. وفي مطالبة السيد أوجه: أصحها: يطالب أيضاً، لأن العقد له. والثاني: لا. والثالث: إن كان في يد العبد وفاءً، لم يطالب، وإلا، فيطالب. وقال ابن سريج: إن كان السيد دفع إليه عين مال وقال: بعها وخذ ثمنها واتجر فيه، أو قال: اشتر هذه السلعة وبعها واتجر في ثمنها، ففعل، ثم ظهر الاستحقاق، فطالبه المشتري بالثمن، فله أن يطالب السيد بقضاء الدين عنه، لأنه أوقعه فيه. وإن اشترى باختياره سلعة وباعها، ثم ظهر الاستحقاق، فلا. ولو اشترى المأذون شيئاً للتجارة، ففي مطالبة السيد بالثمن هذه الأوجه. والوجه الأول والثاني جاريان في رب المال مع عامل القراض. ولو سلم الرجل إلى وكيله ألفاً، وقال: اشتر لي عبداً وأد هذا الألف في ثمنه، فاشترى الوكيل، ففي مطالبة الموكل طريقان. أقيسهما: طرد الوجهين. والثاني: القطع بالمطالبة، ولا حكم لهذا التعيين. وإذا توجهت المطالبة على العبد، لم تندفع بعثقه. وفي رجوعه بالمغروم بعد العتق على سيده، وجهان: أصحهما: لا يرجع.

فصل: لو سلم إلى عبده ألفاً ليتجر فيه، فاشترى بعينه شيئاً، ثم تلف الألف في يده، انفسخ البيع. وإن اشترى في الذمة على عزم صرف الألف في الثمن، فأربعة أوجه: أصحها: لا ينفسخ العقد، بل أن أخرج السيد ألفاً آخر، أمضي العقد، وإلا، فللبائع فسخه. والثاني: يجب على السيد ألف آخر. والثالث: يجب الثمن في كسب العبد. والرابع: ينفسخ العقد. فإذا قلنا: على السيد ألف آخر، فهل يتصرف العبد فيه بالإذن السابق، أم يشترط إذن جديد؟ وجهان: قال الإمام: وإنما يطالب بالألف الجديد البائع دون العبد. ولا شك أن العبد لا يمد يده إلى ألف من مال السيد، وأنه لا يتصرف فيما يسلمه البائع. وإنما تظهر فائدة الوجهين، فيما لو ارتفع العقد بسبب ورجع الألف.

قلت: قال صاحب «التهذيب»: لو اشترى المأذون شيئاً بعرض، فتلف الشيء ثم خرج العرض مستحقاً، فالقيمة في كسبه، أم على السيد؟ وجهان: والله أعلم.

فصل: ديون معاملات المأذون، تؤدي مما في يده من مال التجارة، سواء الأرباح الحاصلة بتجارته ورأس المال. وهل تؤدي من أكسابه بغير التجارة

كالاحتطاب والاصطياد؟ وجهان: أحدهما: لا، كسائر أموال السيد. وأصحهما: نعم. كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح، ثم ما فضل، يكون في ذمته إلى أن يعتق، ولا يتعلق برقبته، ولا بذمة السيد قطعاً، ولا بما يكسبه المأذون بعد الحجر على الأصح. وإذا باعه السيد، أو أعتقه، صار محجوراً عليه على الأصح. وفي قضاء ديونه مما يكسبه في يد المشتري، الخلاف المذكور فيما كسبه بعد الحجر عليه. ولو كان للمأذون لها أولاد، لم يتعلق الدين بهم. ولو أتلف السيد ما في يد المأذون من مال التجارة، لزمه ما أتلف بقدر الدين. ولو قتله السيد وليس في يده مال، لم يلزمه قضاء الديوان.

فرع: لو تصرف السيد فيما في يد المأذون ببيع أو هبة أو إعتاق، ولا دين على المأذون، جاز. وفي وجه ضعيف: يشترط أن يقدم عليه حجراً. وإن كان عليه دين، فقد سبق حكم تصرفه.

فرع: لو أذن لعبده في التجارة مطلقاً، ولم يعين مالاً، فعن أبي طاهر الزيادي، أنه لا يصح هذا الإذن. وعن غيره: أنه يصح، وله التصرف في أنواع أمواله. وقد بقيت من أحكام المأذون مسائل مذكورة في موضعها.

قلت: قال في «التهذيب»: لو جني على المأذون، أو كانت أمة فوطئت بشبهة، لا تقضى ديون التجارة من الأرش والمهر. ولو اشترى المأذون من يعتق على سيده بغير إذنه، لم يصح على الأظهر. فإن قلنا: يصح، ولم يكن على المأذون دين، عتق على المولى. وإن كان دين، ففي عتقه قولان، كما لو اشترى بإذن المولى. وإن اشترى بإذنه، صح. فإن لم يكن على المأذون دين، عتق. وإن كان، فقولان: أحدهما: لا يعتق. والثاني: يعتق ويغرم قيمته للغرماء. ولو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة، وفي يده أموال، حلت المؤجلة، كما تحل بموت الحر، ذكره القاضي حسين في الفتاوى. والله أعلم.

فصل: وأما غير المأذون، فقد يكون مأذوناً في غير التجارة، وقد لا يكون مأذوناً أصلاً. وأحكامه مفرقة في أبوابها، لكن نذكر منها طرفاً، فليس للعبد أن يتزوج بغير إذن السيد، وهكذا حكم كل تصرف يتعلق برقبته. فإن وصي له، أو وُهب له، كان وصية وهبة لسيده. وفي صحة قبوله فيهما بغير إذن سيده، وجهان: والأصح: الصحة، كما لو خالع، صح، ودخل العوض في ملك سيده قهراً. وفي صحة ضمانه وجهان مذكوران بفروعهما في بابه. وفي صحة شرائه بغير إذن سيده، طريقان. أحدهما: القطع ببطلانه. وأصحهما: على وجهين: أصحهما: البطلان،

فإن صححناه، فالثمن في ذمته. وذكروا وجهين: أحدهما: أن الملك للسيد. ثم إن علم البائع رقبته، لم يطالبه بشيء حتى يعتق، وإلا، فله الخيار، إن شاء صبر إلى العتق، وإن شاء فسخ ورجع إلى عين ماله. والثاني: أن الملك للعبد، ثم السيد بالخيار بين أن يقره عليه، وبين أن ينزعه منه. وللبيع الرجوع إلى عين المبيع ما دام في يد العبد، لتعذر الثمن، كالإفلاس. وإن تلف في يده، فليس له إلا الصبر، إلى أن يعتق. وإن انتزعه السيد، فليس للبايع الرجوع فيه على الصحيح الذي قاله الأكثرون، كما لو زالت يد المفلس عما اشتراه. وفي وجه: يرجع فيأخذه من السيد. وأما إذا أبطلنا شراءه، فللمالك استرداد العين ما دامت باقية، سواء كانت في يد السيد، أو العبد. فإن تلفت في يد العبد، تعلّق الضمان بدمته. وإن تلفت في يد السيد، فللبائع مطالبته، وله مطالبة العبد بعد العتق. وإن أدّى الثمن من مال السيد، فله استرداده، ولا يجب على السيد الضمان إذا رآه فلم يأخذه من يد العبد. والاستقراض كالشراء في جميع ما ذكرناه.

فرع: للعبد إجارة نفسه بإذن سيده، وله بيعها ورهنها على الأصح. ولو اشترى أو باع لغيره بالوكالة بغير إذن السيد، لم يصح على الأصح، لتعلّق العهدة بالوكيل.

فصل: لا يملك العبد بتمليك غير سيده. وفي ملكه بتمليك سيده، قولان. الأظهر الجديد: لا يملك. فعلى القديم: للسيد الرجوع فيه متى شاء، وليس للعبد التصرف فيه لا بإذن سيده. فلو كان له عبدان، فملك كل واحد منهما صاحبه، فالحكم للتمليك الثاني، وهو رجوع عن الأول. فإن وقعا معاً من وكيلين، تدافعا. فإن ملكه جارية، وقلنا بالقديم، فهل للعبد وطؤها؟ فيه أوجه: الصحيح: يجوز بإذن السيد، ولا يجوز بغيره. والثاني: يجوز مطلقاً. والثالث: يحرم مطلقاً، لضعف ملكه.

قلت: قال في «التهذيب»: لو أولدها، فالولد مملوك للعبد، ولا يعتق عليه، لنقصان ملكه. فإذا عتق، عتق الولد. قال: والمدر، والمعلّق عتقه على صفة، كالقن، فلا يحل لهم الوطاء على الجديد وإن أذن السيد فيه. وفي حله على القديم ما ذكرنا. ومن بعضه حر، إذا ملك بحريته مالاً، فاشترى جارية، ملكها، ولا يحل له وطؤها على الجديد، ويحل في القديم بإذن السيد، ولا يحل بغير إذنه، لأن بعضه مملوك، فلم يصح التسري. ولا يحل للمكاتب التسري بغير إذن سيده، وبإذنه قولان، كتبرّعه. وقيل: إن حرمت التسري على العبد، فالمكاتب أولى، وإلا، فقولان: والله أعلم.

باب: اختلاف المتبايعين وتحالفهما

إذا اختلفا في قدر الثمن، أو جنسه، أو صفته، أو شرط الخيار أو الأجل، أو قدرهما، أو في شرط الرهن أو الكفيل مع الاتفاق على عقد صحيح، فإن كان لأحدهما بيّنة، قضى بها. فإن أقاما بيّنتين وقلنا بالتساقط، فكأنه لا بيّنة، وإلا، توقّفنا إلى ظهور الحال. وإن لم تكن بيّنة، تحالفا، سواء كانت السلعة باقية أو تالفة، وسواء اختلف المتبايعان أو ورثتهما، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع، فقال البائع: بعثك العبد بألف، فقال: بعثتيه مع الجارية بألفين، تحالفا. فلو قال البائع: بعثك العبد، فقال: بل الجارية، واتفقا على الثمن، فإن كان الثمن معيناً، تحالفا. وإن كان في الذمة، فوجهان: أحدهما: يتحالفان، قاله ابن الحداد، واختاره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ. والثاني: لا، قاله الشيخ أبو حامد، واختاره الإمام، وصاحب «التهذيب». فإن قلنا: لا تحالف، حلف كل واحد على نفي ما ادّعى عليه فقط، ولا يتعلق بيمينيهما فسخ ولا انفساخ. ولو كانت بحالها وأقام كل واحد بيّنة توافقه، سلّمت الجارية للمشتري. وأما العبد، فقد أقرّ البائع ببيعه، وقامت البيّنة عليه. فإن كان في يد المشتري، أقرّ عنده. وإن كان في يد البائع، فوجهان: أحدهما: يسلم إلى المشتري ويجبر على قبوله. والثاني: لا يجبر، بل يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه. فإن لم يكن له كسب، ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه، فعل.

فرع: يجري التحالف في جميع عقود المعاوضات، كالسّلم، والإجارة، والقراض، والمساقاة، والجعالة، والصلح عن الدم، والكتابة. ثم في البيع ونحوه، يُفسخ العقد بعد التحالف، أو يفسخ ويتراذآن، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وفي الصلح عن الدم، لا يعود استحقاقه، بل أثر التحالف الرجوع إلى الدّية، وكذا لا يرجع البضع، بل في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل. وفي الخلع يرجع إليه الزوج.

قال الإمام: إن قيل: أي معنى للتحالف في القراض، مع أن لكل واحد فسخه بكل حال، وقد منع القاضي حسين التحالف في البيع في زمن الخيار، لإمكان الفسخ بالخيار؟

فالجواب: أن التحالف ما وُضع للفسخ، بل عُرضت الأيمان رجاء أن ينكل الكاذب، فيقرر العقد بيمين الصادق. فإن لم يتفق ذلك، وأصرّا، فُسخ العقد للضرورة، ونازع القاضي فيما ذكره، ثم مال إلى موافقته، ورأى في القراض أن يفصل فيقال: التحالف قبل الشروع في العمل لا معنى له، وبعده يؤول النزاع إلى مقصود من ربح أو أجرة مثل، فيتحالفان، والجعالة كالقراض.

فرع: لو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبتيه، فلا تحالف إذا لم يتفقا على عقد، بل يحلف كل واحد على نفي ما يدعى عليه. فإذا حلفا، لزم مدعي الهبة ردُّه بزوائده على المشهور. وفي قول: القول قول مدعي الهبة. وشذ صاحب «التممة» فحكى وجهاً: أنهما يتحالفان، وزعم أنه الصحيح. ولو قال: بعته بألف، فقال: وهبتيه، حلف كل واحد على نفي ما ادَّعى عليه، وردَّ الألف، واستردَّ العين. ولو قال: وهبته بألف استقرضته، فقال: بل بعته، فالقول قول المالك مع يمينه، ويردُّ الألف، ولا يمين على الآخر، ولا يكون رهناً، لأنه لا يدَّعيه.

فصل: وإن اختلفا من غير اتفاق على عقد صحيح، بأن يدَّعي أحدهما صحة العقد، والآخر فساداً. مثل أن يقول: بعتك بألف، فقال: بل بألف وزق خمر، أو قال: شرطنا شرطاً مفسداً، فأنكر، فلا تحالف. والأصح عند الأكثرين: أن القول قول من يدَّعي الصحة، وهو ظاهر نصه. كما لو قال: هذا الذي بعته حرُّ الأصل، فقال: بل هو مملوك، فإن القول قول البائع. والثاني: القول قول الآخر. ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر، فعلى الوجهين. وقيل: يُقطع بالفساد، فإذا قلنا: القول قول من يدَّعي الصحة، فقال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسة وزق خمر، وحلف البائع على نفي سبب الفساد، صدَّق، وبقي النزاع في قدر الثمن، فيتحالفان.

فصل: لو اشترى شيئاً، فقبضه، ثم جاء بمعيب ليرده بالعيب، فقال البائع: ليس هذا هو الذي سلمته إليك، فالقول قول البائع، لأن الأصل السلامة. فلو كان ذلك في السِّلَم، فقال: ليس هذا على الوصف الذي سلمتُ إليك، فوجهان: أحدهما: القول قول المسلم إليه، كما أن القول قول البائع. وأصحهما: القول قول المسلم، لأن اشتغال الذمة بمال السِّلَم معلوم، والبراءة غير معلومة، ويخالف البيع، لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء، وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل بقاء العقد. ويجري الوجهان في الثمن في الذمة، أن القول قول الدافع، أم القابض؟ وعن ابن سريج وجه ثالث، يفرق بين ما يمنع صحة القبض، وما لا يمنع. فإن كان الثمن دراهم في الذمة، وكان ما أراد البائع رده زيوفاً، فالقول قول البائع، لإنكاره أصل القبض الصحيح. وإن كانت ورقاً رديئة النوع، لخشونة، أو اضطراب سكة، فالقول قول المشتري. ولا يخفى مثل هذا التفصيل في المسلم فيه. ولو كان الثمن معيناً، فهو كالبيع، فإذا وقع فيه هذا الخلاف، فالقول قول المشتري مع يمينه. قال في «التهذيب»: لكن لو كان المعين نحاساً لا قيمة له، فالقول قول الراذ. وينبغي أن يكون هذا على الخلاف فيما إذا ادَّعى أحدهما صحة العقد، والآخر فساداً.

فرع: اشترى طعاماً كيلاً، وقبضه بالكيل، أو وزناً، وقبضه بالوزن، أو أسلم

فيه وقبضه، ثم جاء وادعى نقصاً، فإن كان قدراً ينفع مثله في الكيل والوزن، قُبِلَ، وإلا، فلا على الأظهر.

فرع: اختلفا في القبض، فالقول قول المشتري.

فرع: باع عصيراً وأقبضه، ووجد خمرأً، فقال البائع: تخمّر في يدك، فقال: بل سلّمته خمرأً فيكون القبض فاسداً، وأمكن صدقهما، فأيهما يصدّق؟ قولان. قلت: أظهرهما: تصديق البائع. والله أعلم.

ولو قال أحدهما: كان خمرأً عند البيع، فهذا يدّعي فساد العقد، والآخر يدّعي صحته، وقد سبق حكمه. وعلى هذا يقاس ما لو اشترى لبنأً، فأخذه المشتري في ظرف، ثم وُجدت فيه فأرة ميتة، وتنازعا في نجاسته عند البيع، أو عند القبض.

فرع: قال: بعته بشرط أنه كاتب، وأنكر البائع الشرط، فوجهان: أحدهما: يتحالفان، كاختلافهما في الأجل. والثاني: القول قول البائع، كاختلافهما في العيب. ولو كان الثمن مؤجلاً، فاختلفا في انقضاء الأجل، فالأصل بقاءه.

فصل: في كيفية التحالف

قاعدته: أن يحلف كل واحد على إثبات قوله، ونفي قول صاحبه. وفيمن يُبدأ بيمينه؟ طريقان. أحدهما: البائع. وأصحهما: أنه على ثلاثة أقوال: أظهرها: البائع. والثاني: المشتري. والثالث: يتساويان. وعلى هذا، وجهان: أحدهما: يتخير الحاكم فيبدأ بمن اتفق. والثاني: يقرع بينهما. ولو تحالف الزوجان في الصداق، فعلى الطريق الأول، يبدأ بالزوج. وعلى الثاني: إن قدّمنا البائع، فوجهان: أحدهما: وأقربهما إلى النص: يبدأ بالزوج. والثاني: بالمرأة. وإن قدّمنا المشتري، فالقياس انعكاس الوجهين. ولا يخفى من ينزل منزلة البائع في سائر العقود. ثم جميع ما ذكرناه في الاستحباب دون الاشتراط، نص عليه الشيخ أبو حامد، وصاحباً «التتمة» و«التهذيب». وتقديم أحد الجانبين، مخصوص بما إذا باع عرضاً بثمن في الذمة. فأما إذا تبادلا عرضاً بعرض، فلا يتجه إلا التسوية، قاله الإمام. وينبغي أن يخرج على أن الثمن ماذا؟

فرع: المذهب، وظاهر النص: الاكتفاء بيمين واحدة - من كل واحد - تجمع النفي والإثبات، فيقول البائع: ما بعث بخمسمئة، وإنما بعث بألف. ويقول المشتري: ما اشتريت بألف، وإنما اشتريت بخمسمئة، وفيه قول ضعيف مخرّج: أنه يحلف أولاً على مجرد النفي. فإن اكتفينا بيمين تجمع النفي والإثبات، فحلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف، سواء نكل عن النفي والإثبات معاً، أو عن

أحدهما. وينبغي أن يقدّم النفي على الإثبات، لأن النفي هو الأصل. وقال الإصطخري: يقدّم الإثبات، لأنه المقصود. والصحيح: الأول. وهذا الخلاف في الاستحباب على الأصح. وقيل: في الاستحقاق. فإذا قلنا بالمخرّج: إنه يحلف أولاً على مجرد النفي، فأضاف إليه الإثبات، كان لغواً. فإذا حلف من ابتدء به، عرضنا اليمين على الآخر. فإن نكل، حلف الأول يميناً ثانية على الإثبات، وقضي له، وإن نكل عن الإثبات، لم يقض له. قال الشيخ أبو محمد: ويكون كما لو تحالفا، لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد، نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكّل أولاً. ولو نكل الأول عن يمين النفي أولاً، حلف الآخر على النفي والإثبات، وقضي له. ولو حلفا على النفي، فوجهان: أصحهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات، لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن وقد حصلت. والثاني: تُعرض يمين الإثبات عليهما. فإن حلفا، تم التحالف. وإن نكل أحدهما، قضي للتحالف. والكلام على هذا القول المخرّج في تقديم النفي أو الإثبات كما ذكرنا، على المذهب. فلو نكلا جميعاً، فوجهان: أحدهما: أنه كتحالفهما. والثاني: يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة.

قلت: هذان الوجهان، ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه، وذكر أن أئمة المذهب لم يتعرّضوا لهذه المسألة، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدمين. وقال الغزالي في «البسيط»: له حكم التحالف على الظاهر. والأصح: اختيار التوقف. والله أعلم.

فصل: إذا تحالفا، فالصحيح المنصوص: أنه لا يفسخ العقد بمجرد التحالف. وفي وجه: يفسخ، حكى ذلك عن أبي بكر الفارسي، فإن قلنا: يفسخ، فتصادقاً بعده، لم يعد البيع، بل لا بد من تجديد عقد. وهل يفسخ في الحال، أم نتبين ارتفاعه من أصله؟ وجهان: أصحهما: الأول، لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف. وإن قلنا: لا يفسخ، دعاهما الحاكم بعد التحالف إلى الموافقة، فإن دفع المشتري ما طلبه البائع، أجبر عليه البائع، وإلا، فإن قنع بما قاله المشتري، فذاك، وإلا، فيفسخ العقد. وفي مَنْ يفسخ وجهان: أحدهما: الحاكم. وأصحهما للعاقدين أيضاً أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالعيب. قال الإمام: وإذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ، فذاك إذا استمر على النزاع ولم يفسخا، أو التمس الفسخ. أما إذا أعرض عن الخصومة، ولم يتفقا على شيء، ولا فسخا، ففيه تردّد. ثم إذا فسخ العقد، ارتفع في الظاهر.

وفي ارتفاعه في الباطن، ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كان البائع صادقاً، ارتفع،

لتعذر وصوله إلى حقه. كما لو فسخ بإفلاسه. وإن كان كاذباً، فلا، لتمكنه بالصدق من حقه. وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا قلنا: يفسخ بمجرد التحالف، أم يقطع بالارتفاع باطناً؟ وجهان: فإذا قلنا: يرتفع باطناً، تراوياً، وتصرف كل واحد فيما عاد إليه. وإن منعناه، لم يجز لهما التصرف، لكن إن كان البائع صادقاً، فقد ظفر بمال من ظلمه، وهو المبيع الذي استرده، فله بيعه بالحاكم على وجه، وبنفسه على الأصح، ويستوفي حقه من ثمنه. وقال الإمام: إن صدر الفسخ من المحق، فالوجه تنفيذه باطناً. وإن صدر من المبطل، فالوجه منعه. وإن صدر منهما، فلا شك في الانفساخ باطناً، وليس ذلك موضع الخلاف، ويكون كما لو تقابلا. وإذا صدر من المبطل، ولم ينفذه باطناً، فطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه. وإن صدر من القاضي، فالظاهر: الانفساخ باطناً ليتنفع به المحق.

فرع: إذا انفسخ البيع بالتحالف، أو فسخ، لزِم المشتري رد المبيع إن كان باقياً بحاله، ويبقى له الولد والثمرة والكسب والمهر. وإن كان تالفاً، لزمه قيمته، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع، أم لا. قلت: وفي وجه ضعيف لابن خيران: لا يستحق البائع زيادةً على ما ادّعاه. والله أعلم.

وفي القيمة المعتبرة، أوجه: وقال الإمام: أقوال: أصحها: قيمة يوم التلف. والثاني: يوم القبض. والثالث: أقلها. والرابع: أكثر القيم من القبض إلى التلف. ولو اشترى عBDين، فتلف أحدهما، ثم اختلفا وتحالف، فهل يرد العبد الباقي؟ فيه الخلاف المذكور في مثله إذا وجد الباقي معيياً. إن قلنا: يرد، فيضم قيمة التالف إليه. وفي القيمة المعتبرة هذه الأوجه. ولو كان المبيع باقياً، لكن حدث به عيب، رده مع الأرض، وهو قدر ما نقص من القيمة، لأن الكل مضمون عليه بجميع القيمة، فبعضه ببعضها، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع، واقتضى الحال الأرض، يجب جزء من الثمن، لأن الكل مضمون على البائع بجميع الثمن، فبعضه ببعضه. قال الشيخ أبو علي: هذا أصل مطرد في المسائل: أن ما ضمن كله بالقيمة، فبعضه ببعضها كالمغصوب وغيره، إلا في صورة، وهي لو عجل زكاة ماله، فتلف قبل الحول، وكان ما عجله تالفاً، يغرم القابض القيمة. ولو كان معيياً، ففي الأرض وجهان: وقد ذكرنا هذه المسألة في الزكاة، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها.

ثم التلف قد يكون حكماً، بأن وقف المبيع، أو أعتقه، أو باعه، أو وهبه وأقبضه، فتجب القيمة، وهذه التصرفات ماضية على الصحة. وقال أبو بكر الفارسي: نئين بالتحالف فسادها، وترد العين، والصحيح، الأول. والتعيب أيضاً،

قد يكون حقيقياً، وقد يكون حكماً، بأن زوج الأمة، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، وتعود إلى البائع، والنكاح صحيح. وعن الفارسي: أنه يبطل النكاح. ومهما اختلفا في القيمة أو الأرش، فالقول قول المشتري. ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا، لم يمتنع الفسخ، فإن الإباق لا يزيد على التلف، ويغرم المشتري قيمته، لتعذر حصوله. وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة. وإن رهنه، فالبائع بالخيار، إن شاء صبر إلى فكاكه، وإن شاء أخذ القيمة. وإن آجره، بني على جواز بيع المستأجر. إن منعناه، فهو كما لو رهنه، وإن جَوَّزناه، فللبائع أخذه، لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية. وإن كان آجره للبائع، فله أخذه قطعاً.

وفي انفساخ الإجارة، وجهان: كما لو باع الدار لمستأجرها. إن قلنا: لا تنفسخ، فعلى البائع الأجرة المسماة للمشتري، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع. وإذا غرم القيمة في هذه الصور، ثم ارتفع السبب الحائل، وأمكن الرد، فهل يرد العين ويسترد القيمة؟ يبنى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملك لمن؟ أما الآبق، ففيه وجهان: أحدهما: أنه ملك للمشتري، ولا يرد عليه الفسخ، كما لا يباع، وإنما هو وارد على القيمة، وأصحهما: أنه في إباقه ملك البائع، والفسخ وارد عليه. وإنما وجبت القيمة للحيلولة. وأما المرهون والمكاتب، ففيهما طريقان. أحدهما: طرد الوجهين. وأصحهما: القطع ببقاء الملك للمشتري، وبه قال الشيخ أبو محمد، كما إذا أفلس والمبيع آبق، يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه. ولو كان مكاتباً أو مرهوناً، لم يكن له ذلك. وأما المستأجر، فإن منعنا بيعه، فهل هو كالمرهون، أم كالأبق؟ فيه احتمالان للإمام. فإن قلنا ببقاء الملك للمشتري، فالفسخ وارد على القيمة كما لو تلف، فلا رد ولا استرداد. وإن قلنا بانقلابه إلى البائع، ثبت الرد والاسترداد عند زوال الحيلولة.

فصل: لو اختلفا، ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد، إن لم يكن الأمر كما قال، لم يعتق في الحال، لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه، فإن عاد العبد إلى البائع بالفسخ أو بغيره، عتق عليه، لأن المشتري كاذب بزعمه، فهو كمن أقر بحريته ثم اشتراه. ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذباً، ويعتق على المشتري إن كان صادقاً. وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري. ولو صدق المشتري البائع، حكم بعتقه عليه، ويُرَدُّ الفسخ إن تفاسخا. كما لو رد العبد بعيب ثم قال: كنت أعتقته، يُرَدُّ الفسخ، ويحكم بعتقه. فلو صدق البائع المشتري، نظر، إن حلف البائع بالحرية أولاً، ثم المشتري، فإذا صدقه البائع

بعد يمينه، ثم عاد إليه، لم يعتق، لأنه لم يكذب المشتري بعدما حلف بالحرية حتى يجعل مقرأً بعثقه. وأن حلف المشتري بحريته أولاً، ثم حلف البائع، وصدقه، عتق إذا عاد إليه، لأن حلفه بعد حلف المشتري، تكذيب له، واعتراف بالحرية عليه. ولو كانت المسألة بحالها، لكن المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلى ملك البائع، عتق ذلك القدر عليه، ولم يقوّم عليه الباقي، لأنه لم يقع العتق بمباشرة.

فصل: لو جرى العقد بين وكيلين، ففي تحالفهما وجهان: لأن فائدة اليمين الإقرار، وإقرار الوكيل لا يقبل.

قلت: ينبغي أن يكون الأصح: التحالف. وفائدته الفسخ، أو أن ينكل أحدهما، فيحلف الآخر، ويقضى له إذا قلنا: حلفه مع النكول كالبينة. والله أعلم.

فصل: لو كان المبيع جارية، فوطئها المشتري، ثم اختلفا وتحالف، فإن كانت ثيباً، فلا شيء عليه مع ردها. وإن كانت بكرًا، ردها مع أرش البكارة، لأنه نقصان جزء. ولو ترفع المتنازعان إلى مجلس الحكم، ولم يتحالفا بعد، فهل للمشتري وطء المبيعة؟ وجهان: أحدهما: نعم، لبقاء ملكه. وفي جوازه بعد التحالف وقبل الفسخ، وجهان مرتبان، وأولى بالتحريم.

فصل: لو تقايلا، أو رد المشتري المبيع بعد قبض البائع الثمن، واختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه، لأنه غارم.

قلت: ولو قال البائع: بعثك الشجرة بعد التأبير، فالثمرة لي، فقال المشتري: بل قبله، فلي، فالقول قول البائع، لأن الأصل بقاء ملكه. ولو اشترى عبيدين، فتلف أحدهما، ووجد بالآخر عيباً فرده، وقلنا: يجوز رد أحدهما، فاختلفا في قيمة التالف، فالقول قول البائع على الأظهر، لأنه ملك الثمن، فلا يزال ملكه إلا عما يقرُّ به، والثاني: قول المشتري، كالغارم. وذكر في «التتمة» وجهاً: أنهما إذا اختلفا في صفة البيع، لا يتحالفان، بل القول قول البائع، لأن الصفة المشروطة تلحقه بالعيب، فصار كدعواه عيباً. ولو اختلفا في وقت وجود العيب، كان القول قول البائع. والصحيح: أنهما يتحالفان كما سبق، وبه قطع الأصحاب.

قال في «التتمة»: ولو اختلفا في انقضاء الأجل، حكي عن نصه: أن القول قول البائع. قال أصحابنا: صورة المسألة في السلم، لأن الأجل في السلم حق البائع، فإذا ادعى المسلم انقضائه، فقد ادعى استحقاق مطالبة، والبائع المسلم إليه ينكرها، فالقول قوله، ولأن اختلافهما في انقضاء فالأجل مع اتفاقهما على قدره، اختلاف في تاريخ العقد، فكان المسلم يدعي وقوعه في شهر، والمسلم إليه ينكره. فلو اختلفا في أصل العقد، كان القول قول منكره، فكذا هنا. وأما في باب الشراء، الأجل حق

المشتري، فالقول قوله، لما ذكرنا من العلتين. فلو باع شيئاً ومات، فظهر أن المبيع كان لابن الميت، فقال المشتري: باعه عليك أبوك في صغرك لحاجة، وصدقه الابن أن الأب باعه في صغره، لكن قال: لم يبعه عليّ، بل باعه لنفسه متعدياً، قال الغزالي في الفتاوى: القول قول المشتري، لأن الأب نائب الشرع، فلا يُتَّهم إلا بحجة، كما لو قال: اشتريت من وكيلك، فقال: هو وكيلي، ولكن باع لنفسه، فالقول قول المشتري. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السلم (١)

يقال: السلم والسلف، ولفظة السلف تطلق أيضاً على القرض، ويشترك السلم والقرض في أن كلا منهما إثبات مال في الذمة بمبدول في الحال، وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة.

منها: أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً. وقيل: إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة. وقيل: إسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله. ثم السلم: بيع، كما سبق، ويختص بشروط:

الشرط الأول: تسليم رأس المال في مجلس العقد. فلو تفرقا قبل قبضه، بطل العقد. ولو تفرقا قبل قبض بعضه، بطل فيما لم يقبض، وسقط بقسطه من السلم فيه. والحكم في المقبوض، كمن اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض. ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد، بل لو قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا، ثم عين وسلم في المجلس، جاز، وكذلك في الصرف لو باع ديناراً بدينار، أو بdraهم في الذمة، عين وسلم في المجلس، ولو باع طعاماً بطعام في الذمة، ثم عين وسلم في المجلس، فوجهان: أحدهما عند الأصحاب: الجواز. والثاني: المنع، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف. فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق، جاز. ولو رده إليه عن دين، قال أبو العباس الروياني: لا يصح، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه. فإذا تفرقا، فعن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك، ويستأنف إقباضه للدين. ولو كان له في ذمة رجل دراهم، فقال: أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك في كذا، فإن أسلم مؤجلاً أو حالاً ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق، فهو باطل، وكذا إن أحضره وسلمه في المجلس على الأصح. وأطلق صاحب «التتمة» الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حال، هل يغني عن تسليم رأس المال؟ والأصح: المنع.

فرع: لا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل، وإن قبضه المسلم إليه من الرجل في المجلس. فلو قال للمحال عليه: سلّمه إليه، ففعل، لم يكف لصحة السلم، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره، لكن يصير المسلم إليه وكيلاً

(١) السلم والسلف بمعنى واحد، وهو بيع سلعة آجلة موصوفة في الذمة بثمن مقدم.

عن المسلم في قبض ذلك. ثم السَّلم يقتضي قبضاً آخر، ولا يصح قبضه من نفسه. ولو أحال المسلم إليه برأس المال على المسلم، فتفرقا قبل التسليم، بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضاً، لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي. ولو أحضر رأس المال، فقال المسلم إليه: سلمه إليه، ففعل، صح، ويكون المحتال وكياًلاً عن المسلم إليه في القبض.

فرع: لو كان رأس المال دراهم في الذمة، فصالح عنها على المال، لم يصح وإن قبض ما صالح عليه. ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض، لم يصح إن لم يصح إعتاق المشتري قبل القبض، وإلا فوجهان: والفرق أنه لو نفذ، لكان قبضاً حكماً، ولا يكفي ذلك في السلم، فإن صححنا متفرقاً قبل قبضه، بطل العقد. وإلا فيصح. وفي نفوذ العتق وجهان:

فرع: متى فسخ السلم بسبب يقتضيه، وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باقٍ، رجع المشتري بعينه. وإن كان تالفاً، رجع الى بدله، وهو المثل في المثلي، والقيمة في غيره. وإن كان موصوفاً في الذمة، وعين في المجلس وهو باقٍ، فهل له المطالبة بعينه، أم للمسلم إليه الإبدال؟ وجهان: أصحهما الأول.

فرع: لو وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه، فقال المسلم: أقبضتكم بعد التفرق، وقال: بل قبله، وأقام كل واحد بينة على قوله، فبينة المسلم اليه أولى. حكى ذلك عن ابن سريج.

فرع: إذا كان رأس المال في الذمة، اشترط معرفة قدره، وذكر صفته أيضاً إن كان عوضاً. فإن كان معيناً وهو مثلي، فهل تكفي معاينته، أم لا بد من ذكر صفته وقدره، كياًلاً في المكيل، ووزناً في الموزون، وذرعاً في المذروع؟ قولان: أظهرهما الأول. وقيل: إن كان حائلاً، كفت قطعاً. والمذهب: طرد القولين فيهما. وإن كان متقوماً و ضبطت صفاته بالمعاينة، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان. قطع الأكثرين بعدم الاشتراط، وهو المذهب. وقيل: بطرد القولين، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل على المذهب. وقيل: القولان في المؤجل، فأما الحال، فتكفي فيه المعاينة قطعاً، كما في البيع. ثم موضع القولين، إذا تفرقا قبل العلم بالقدر، والقيمة. فلو علما، ثم تفرقا، صح بلا خلاف. وبنى كثير من الأصحاب على هذين القولين، أنه هل يجوز أن يجعل رأس المال ما لا يجوز السلم فيه، كالجوهرة؟ إن قلنا بالأظهر، جاز، وإلا فلا. قال الإمام: وليس هو على هذا الإطلاق، بل الجوهرة المثمنة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها، وجب أن يجوز جعلها رأس مال، لأن منع السلم فيه سببه عرّة الموجود، ولا معنى لاشتراط عموم

الوجود في رأس المال. وإذا جوزنا السلم، ورأس المال جزاف، واتفق فسخ، وتنازعا في قدره، فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم.

قلت: إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير، حمل على غالب نقد البلد. فلو استوت، لم يصح حتى يبين كالثمن في البيع. والله أعلم.

الشرط الثاني: كون المسلم فيه ديناً، فلو استعمل لفظ السلم في العين فقال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فليس هذا سلماً. وفي انعقاده بيعاً قولان: أظهرهما: لا لاختلال لفظه. ولو قال: بعته بلا ثمن، أو لا ثمن لي عليك، فقال: اشتريت، وقبضه، فهل يكون هبة؟ فيه مثل هذين القولين، وهل يكون المقبول مضموناً؟ وجهان: ولو قال: بعته هذا ولم يتعرض للثمن أصلاً، لم يكن تملكاً على المذهب، والمقبوض مضمون. وقيل: فيه الوجهان، ولو أسلم بلفظ الشراء، فقال: اشتريت طعاماً أو ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال: بعته، انعقد. وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى، أم بيع اعتباراً بلفظه؟ وجهان: أحدهما الثاني. فعلى هذا، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس، ويثبت فيه خيار الشرط. وفي جواز الاعتياض عن الثوب قولان، كما في الثمن. ومنهم من قطع بالمنع. وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى، وجب تسليم الدراهم في المجلس، ولم يثبت فيه خيار الشرط، ولم يجز الاعتياض عن الثوب. ولو قال: اشتريت ثوباً صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي، فإن جعلناه سلماً، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس. وإن قلنا: بيع، لم يجب.

فصل: يصح السلم الحال، كالمؤجل. فإن صرح بحلول أو تأجيل، فذاك، وإن أطلق، فوجهان: وقيل: قولان، أحدهما عند الجمهور: يصح ويكون حالاً. والثاني: لا ينعقد. ولو أطلق العقد ثم ألحقاً به أجلاً في المجلس، فالنص لحوقه، وهو المذهب، ويجيء فيه الخلاف السابق في سائر الإلحاقات. ولو صرحا بالأجل في نفس العقد، ثم أسقطاه في المجلس، سقط وصار العقد حالاً.

فرع: الشرط المفسد للعقد، إذا حذفه في المجلس، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً؟ وجهان: الصحيح الذي عليه الجمهور: لا. وفي وجه: لو حذف الأجل المجهول في المجلس، انقلب العقد صحيحاً. واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما. قال الإمام: الأصح تخصيصه بالأجل. واختلفوا في أن زمن الخيار المشروط، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تفريعاً على هذا الوجه الضعيف؟ والأصح: أنه لا يلحق به.

فصل: إذا أسلم مؤجلاً، اشترط كونه معلوماً، فلا يجوز توقيته بما يختلف، كالحصاد، وقدم الحاج. ولو قال: إلى العطاء، لم يصح، إن أراد وصوله، فإن

أراد وقت خروجه وقد عين السلطان له وقتاً، جاز، بخلاف ما إذا قال: إلى وقت الحصاد، إذ ليس له وقت معين. ولو قال: إلى الشتاء، أو الصيف، لم يجز إلا أن يريد الوقت. ولنا وجه شاذ قاله ابن خزيمة من أصحابنا: أنه يجوز التوقيت باليسار.

فرع: التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب، لأنها معلومة، وكذا التوقيت بالنيروز، والمهرجان جائز على الصحيح. وفي وجه: لا يصح. قال الإمام: لأنهما يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برج الحمل والميزان، وقد يتفق ذلك ليلاً، ثم ينحس مسار الشمس كل سنة قدر ربع يوم وليلة. ولو وقت بفصح النصارى، نص الشافعي رحمته الله: أنه لا يصح، فقال بعض أصحابه بظاهره اجتناباً لمواقيت الكفار. وقال جمهور الأصحاب: إن اختص بمعرفته الكفار، لم يصح، لأنه لا اعتماد على قولهم، وإن عرفه المسلمون، جاز كالنيروز. ثم اعتبر جماعة فيهما معرفة المتعاقدين. وقال أكثر الأصحاب: يكفي معرفة الناس. وسواء اعتبرنا معرفتهما، أم لا. فلو عرفا، كفى على الصحيح. وفي وجه: يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما، لأنهما قد يختلفان، فلا بد من مرجع. وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل، كفطير اليهود ونحوه.

قلت: الفصح، بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين، وهو عيد لهم معروف، وهو لفظ عربي. والفطير، عيد اليهود، ليس عربياً، وقد طرد صاحب الحاوي، الوجه في الفصح في شهور الفرس وشهور الروم. والله أعلم.

فرع: لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني، جاز. وإن أطلقا، فوجهان: أحدهما: لا يصح. والأصح المنصوص: صحته، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به، ويجري الخلاف في التوقيت بشهور ربيع، أو جمادى، أو العيد، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول. وفي «الحاوي» وجه: أن التوقيت بالنفر الأول، أو الثاني، لا يجوز لغير أهل مكة، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم. وذكر وجهين في التوقيت بيوم القر لأهل مكة، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم. وهذا الذي قاله ضعيف، لأننا إن اعتبرنا علم العاقلين، فلا فرق، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم.

قلت: يوم القر، بفتح القاف وتشديد الراء، وهو الحادي عشر من ذي الحجة، سمي به لأنهم يقرؤون فيه بمنى، وينفرون بعده النفرين، في الثاني عشر، والثالث عشر. وهذا الوجه الذي ذكره في «الحاوي» قوي. ودعوى الإمام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معناهم لا تقبل، بل ربما لا يعرف القر كثير من المتفقهين. والله أعلم.

فرع: لو أَجَلًا إلى سنة أو سنين مطلقة، حمل على الهلالية. فإن قيد بالرومية، أو الفارسية، أو الشمسية، أو العدديّة. وهي ثلاثمئة وستون يوماً، تقيد. وكذا مطلق الأشهر محمول على الأشهر الهلالية. ثم إن جرى العقد في أول الشهر، اعتبر الجميع بالأهلة، تامة كانت أو ناقصة. وإن جرى بعد مضي بعض الشهر، عدّ باقيه بالأيام، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة، ثم يتم المنكسر بثلاثين. وفيه وجه: أنه إذا انكسر شهراً، اعتبر جميع الشهور بالعدد. وضرب الإمام مثلاً للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار فقال: عقدا وقد بقي من صفر لحظة، ونقص الربيعان وجمادى، فيحسب الربيعان بالأهلة، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر، ويكمل جمادى الآخرة بيوم إلا لحظة. ثم قال الإمام: كنت أودُّ أن يكتفي في هذه الصورة بالأشهر الثلاثة، فإنها جرت عربية كوامل. وما تمناه الإمام، هو الذي نقله صاحب «التتمة» وغيره، وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى الأولى. قالوا: وإنما يراعى العدد، إذا عقد في غير اليوم الأخير، وهذا هو الصواب.

فرع: لو قال: إلى يوم الجمعة، أو إلى رمضان، حل بأول جزء منه، لتحقيق الاسم. وربما يقال: بانتهاء ليلة الجمعة، وبانتهاء شعبان، وهما بمعنى، ولو قال محله: في الجمعة، أو في رمضان، فوجهان: أحدهما: لا يصح العقد، لأنه جعل اليوم ظرفاً، فكأنه قال: في وقت من أوقاته. والثاني: يصح ويحمل على الأول. قلت: كذا قاله جمهور الأصحاب. إذا قال في يوم كذا، أو شهر كذا، أو سنة كذا، لا يصح على الأصح، وسووا بينهما، وحكى الطبري في العدّ وجهاً: أنه يصح في يوم كذا دون الشهر، وجعل صاحب «الحاوي» هذه الصور على مراتب، فقال: من الأصحاب من قال: يبطل في السنة دون الشهر، قال: فأما اليوم، فالصحيح فيه الجواز لقرب ما بين طرفيه. والأصح المعتمد قدمناه. والله أعلم.

ولو قال: إلى أول رمضان أو آخره، بطل، كذا قاله الأصحاب، لأنه يقع على جميع النصف الأول أو الأخير. قال الإمام البغوي: ينبغي أن يصح، ويحمل على الجزء الأول من كل نصف، كمسألة النفر، وكاليوم والشهر، يحمل على أولهما، وكتعليق الطلاق.

فرع: لو أسلم في جنس إلى أجلين، أو جنسين إلى أجل، صح على الأظهر. الشرط الثالث: القدرة على التسليم، وهذا الشرط ليس من خواص السلم، بل يعم كل بيع كما سبق، وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوبه. وذلك في البيع والسلم الحالّ في الحال، وفي السلم المؤجل عند المحلّ. فلو أسلم في منقطع لدى المحل، كالرطب في الشتاء، أو فيما يعز وجوده كالصيد حيث يعز، لم يصح. فلو

غلب على الظن وجوده، لكن لا يحصّله إلا بمشقة عظيمة، كالقدر الكثير في الباكورة، فوجهان: أقربهما إلى كلام الأكثرين: البطلان. ولو أسلم في شيء لا يوجد ببلده ويوجد في غيره، قال الإمام: إن كان قريباً منه، صح، وإلا فلا، قال: ولا تعتبر فيه مسافة القصر، وإنما التقريب فيه أن يقال: إن كان يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة، لا للتحف والمصادرات، صح السلم، وإلا فلا. ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل، فلا بأس بانقطاعه قبله وبعده. وإن أسلم فيما يعم، ثم انقطع عند المحل لجائحة، فقولان: أحدهما: ينفسخ العقد. وأظهرهما: لا، بل يتخير المسلم، فإن شاء فسخ، وإن شاء صبر إلى وجوده. ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد عند المحل أصلاً، أو وجد فسوّف المسلم إليه حتى انقطع. وقيل: القولان في الحالة الأولى. أما الثانية، فلا ينفسخ فيها قطعاً بحال، فإن أجاز ثم بدا له، مُكِّن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة، كان لها ذلك.

قلت: هذا هو الصحيح، وذكر صاحب «التتمة» في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور، أم لا؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع بالإفلاس. والله أعلم.

ولو صرح بإسقاط حق الفسخ، لم يسقط على الأصح. ولو قال المسلم إليه: لا تصبر وخذ رأس مالك، لم يلزمه على الصحيح. ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة، والمسلم فيه معدوم، جرى القولان. وكذا لو كان موجوداً عند المحل وتأخر التسليم لغية أحد المتعاقدين، ثم حضر وقد انقطع. ولو انقطع بعض المسلم فيه، فقد ذكرنا حكمه في باب تفريق الصفقة. ولو أسلم فيما يعم عند المحل، فعرضت آفة علم بها انقطاع الجنس عن المحل، فهل يتنجز حكم الانقطاع في الحال، أم يتأخر إلى المحل؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

فرع: فيما يحصل به الانقطاع

فإذا لم يوجد المسلم فيه أصلاً، بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة، فأصابه جائحة مستأصلة، فهذا انقطاع حقيقي. ولو وجد في غير ذلك البلد، لكن يفسد بنقله، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه، فهو انقطاع. ولو كانوا يبيعونه بثمن غال، فليس بانقطاع، بل يجب تحصيله. ولو أمكن نقله، وجب إن كان قريباً. وفيما يضبط به القرب خلاف، نقل فيه صاحب «التهذيب» في آخرين وجهين: أحدهما: يجب نقله مما دون مسافة القصر. والثاني: من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً. وقال الإمام: لا اعتبار لمسافة القصر. فإن أمكن النقل على عسر، فالأصح أنه لا ينفسخ قطعاً. وقيل: على القولين.

الشرط الرابع: بيان محل التسليم. في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب. أحدها: فيه قولان مطلقاً. والثاني: إن عقداً في موضع يصلح للتسليم، لم يشترط التعيين، وإلا، اشترط. والثالث: إن كان لحمله مؤنة، اشترط، وإلا، فلا. والرابع: إن لم يصلح الموضع، اشترط، وإلا، فقولان: والخامس: إن لم يكن لحمله مؤنة، لم يشترط، وإلا، فقولان: والسادس: إن كان له مؤنة، اشترط. وإلا فقولان: قال الإمام: هذا أصح الطرق، وهو اختيار القفال. والمذهب الذي يفتى به من هذا كله: وجوب التعيين إن لم يكن الموضع صالحاً، أو كان لحمله مؤنة، وإلا، فلا، ومتى شرطنا التعيين، فتركاه، بطل العقد. وإن لم نشرطه فعين، تعيين. وعند الطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح. وفي «التتمة»: إذا لم يكن لحمله مؤنة، سلمه في أي موضع صالح شاء. وحكى وجهاً: أنه إذا لم يكن الموضع صالحاً للتسليم، حمل على أقرب موضع صالح. ولو عين موضعاً فخرّب، وخرج عن صلاحية التسليم، فأوجه: أحدها: يتعين ذلك الموضع. والثاني: لا، وللمسلم الخيار. والثالث: يتعين أقرب موضع صالح. قلت: الثالث، أقيسها. والله أعلم.

وأما السلم الحال، فلا يشترط فيه التعيين، كالبيع. ويتعين موضع العقد للتسليم، لكن لو عينا غيره، جاز، بخلاف البيع، لأن السلم يقبل التأجيل، فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم. والأيمان لا تحتمل التأجيل، فلا تحتمل ما يتضمن تأخير التسليم. قال في «التهذيب»: ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه، بل تلك الناحية. وحكم الثمن في الذمة، حكم المسلم فيه. وإن كان معيناً، فهو كالبيع.

قلت: قال في «التتمة»: الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً، وكذا الصداق، وعوض الخلع، والكتابة ومال الصلح عن دم العمد، وكل عوض ملتزم في الذمة، له حكم السلم في الحال، إن عين للتسليم مكان، جاز، وإلا تعين موضع العقد، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه. والله أعلم. الشرط الخامس: العلم بالمقدار^(١)، والعلم يكون بالكيل، أو الوزن، أو الذرع، أو العد. ويجوز السلم في المكيل وزناً، وفي الموزون كيلاً إذا تأتى كيله.

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٢٣٩ - ٢٢٤١، ٢٢٥٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

وفي وجه ضعيف: لا يجوز في الموزون كيلاً، وحمل إمام الحرمين إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً، حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً، لم يصح. وأما البطيخ، والقثاء، والبقول، والسفرجل، والرمان، والبادنجان، والرانج، والبيض، فالمعتبر فيها الوزن. ويجوز السلم في الجوز واللوز وزناً إذا لم تختلف قشوره غالباً، ويجوز كيلاً على الأصح، وكذا الفستق والبندق.

فصل: لا يجوز السلم في البطيخة، والسفرجلة، ولا في عدد منها، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عزة الوجود. وكذا لو أسلم في ثوب وصفه، وقال: وزنه كذا، أو في مئة صاع حنطة على أن وزنها كذا، لا يصح لما ذكرنا. ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة، جاز، لأنه إن زاد، أمكن نحته. وأما اللبّن، فيجمع فيه بين العدد والوزن. فيقول: كذا لبنة، وزن كل واحدة كذا، لأنه باختياره، فلا يعز، ثم الأمر فيها على التقريب.

قلت: هكذا قال أصحابنا الخراسانيون يشترط في اللبّن الجمع بين العدد والوزن، ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن. ونص الشافعي رحمته الله في آخر كتاب السلم من «الأم» على أن الوزن فيه مستحب، لو تركه فلا بأس، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخنته، وأنه من طين معروف. والله أعلم.

فرع: لو عين للكيل ما لا يعتاد الكيل به، كالكوز، بطل السلم. ولو قال في البيع: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة، جاز على الأصح، لعدم الغرر. ولو عين في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً، لم يفسد العقد على الأصح، بل يلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها. وهل السلم الحال كالمؤجل، أم كالبيع؟ وجهان: قطع الشيخ أبو حامد، بأنه كالمؤجل، لأن الشافعي رحمته الله قال: لو أصدقها ملء هذه الجرة خلاً، لم يصح، لأنها قد تنكسر، فلا يمكن التسليم، فكذا هنا. ولو قال: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب، أو مئة صاع حنطة كهذه الحنطة، قال العراقيون: لا يصح كمسألة الكوز، لأن هذه الحنطة والثوب قد يتلفان. وقال في «التهذيب»: يصح ويقوم مقام الوصف. ولو أسلم في ثوب وصفه، ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف.

فرع: لو أسلم في حنطة قرية صغيرة بعينها، أو ثمرة بستان بعينه، لم يصح. وإن أسلم في ثمرة ناحية، أو قرية كبيرة، نظر، إن أفاد تنوعاً كمعقلي البصرة، جاز، لأنه مع معقلي بغداد صنف واحد، لكن يختلفان في الأوصاف، فله غرض في

ذلك. وإن لم يفد تنوعاً، فوجهان: أحدهما: أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة. وأصحهما: الصحة، لأنه لا ينقطع غالباً.

الشرط السادس: معرفة الأوصاف. فذكر أوصاف المسلم فيه في العقد، شرط، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه، أو كانت تنضبط، فتركاً بعض ما يجب ذكره. ثم من الأصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض، ومنهم من يعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة، ومنهم من يجمع بينهما، وليس شيء منها على إطلاقه، فإن كون العبد قوياً في العمل، أو ضعيفاً، أو كاتباً، أو أمياً، وما أشبه ذلك، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها. ولتعدد الضبط أسباب، منها: الاختلاط، والمختلطات أربعة أنواع.

الأول: المختلطات المقصودة الأركان، ولا ينضبط أقدار أخلاطها، وأوصافها، كالهريسة، ومعظم المرق، والحلوى، والمعجنات، والغالية المركبة من المسك، والعود، والعنبر، والكافور، والقسي، فلا يصح السلم فيها، ولا يجوز في الخفاف، والنعال على الصحيح. والترياق المخلوط كالجالية. فإن كان نباتاً واحداً، أو حجراً، جاز السلم فيه. والنيل بعد الخروط، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه، وقبلهما، يجوز، والمغازل كالنبال.

الثاني: المختلطات المقصودة الأركان، التي تنضبط أقدارها وصفاتها، كثوب العتابي، والخز المركب من الإبريسم، والوبر، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص لسهولة ضبطها. ويجري الوجهان في الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسيج من غير جنس الأصل، كالإبريسم على القطن، والكتان، فإن كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها، فهي كالمعجنات.

الثالث: المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد، كالخبز فيه الملح، لكنه غير مقصود في نفسه. وفي السلم فيه وجهان: أصحهما: عند الجمهور: لا يصح، وأصحهما: عند الإمام والغزالي: الصحة. ويجوز السلم في الجبن، والأقط، وخل التمر، والزبيب، والسّمك الذي عليه شيء من الملح على الأصح في الجميع، لحقارة أخلاطها. وأما الأدهان المطيبة، كدهن البنفسج، والبان، والورد، فإن خالطها شيء من جرم الطيب، لم يجز السلم فيها، وإن تروح السّمسم بها واعتصر، جاز. ولا يجوز في المخيض الذي يخالطه الماء، نص عليه. وفي «التتمة»: أن المصل كالمخيض، لأنه يخالطه الدقيق.

الرابع: المختلطات خلقة، كالشهد، والأصح: صحة السلم فيه، والشمع فيه كنوى التمر. ويجوز في العسل والشمع.

فرع: سبق أن ما يندر وجوده لا يجوز السلم فيه، والشيء قد يندر من حيث جنسه، كلحم الصيد في غير موضعه، وقد يندر باستقصاء الأوصاف لندور اجتماعها، فلا يجوز السلم في اللآلئ الكبار، واليواقيت، والزبرجد، والمرجان، ويجوز في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً.

قلت: هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين: أن ما لا يعدُّ الكيل فيه ضبطاً، لا يصح السلم فيه كيلاً، فكأنه اختار هنا، ما تقدم من إطلاق الأصحاب. والله أعلم.

واختلف في ضبط الصغير، فقليل: ما يطلب للتداوي، صغير، وما طلب للزينة، كبير. وعن الشيخ أبي محمد: أن ما وزنه سدس دينار، يجوز السلم فيه، وإن كان يطلب للترتين. والوجه: أن اعتباره السدس للتقريب.

فرع: لو أسلم في الجارية وولدها، أو أختها، أو عمتها، أو شاة وسخلتها، لم يصح لندور اجتماعهما بالصفات، هكذا أطلقه الشافعي رحمه الله والأصحاب. وقال الإمام: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها، وتمتنع فيمن تكثر. ولو أسلم في عبد وجارية، وشرط كونه كاتباً وهي ماشطة، جاز. ولو أسلم في الجارية، وشرط كونها حاملاً، بطل السلم في المذهب. وقيل: قولان بناءً على أن الحمل، هل له حكم، أم لا؟ إن قلنا: نعم، جاز، وإلا، فلا. لو أسلم في شاة لبون، ففي صحته قولان. أظهرهما: المنع، وبه أجاب البغوي.

فصل: يجوز السلم في الحيوان، وهو أنواع. منها، الرقيق، فإذا أسلم فيه، وجب التعرض لأمره:

أحدها: النوع، فيذكر أنه تركي أو رومي، فإن اختلف صنف النوع، وجب ذكره على الأظهر.

الثاني: اللون، فيذكر أنه أبيض أو أسود، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة، والسواد بالصفاء أو الكدرة، هذا إن اختلف لون الصنف، فإن لم يختلف، لم يجب ذكر اللون.

الثالث: الذكورة والأنوثة.

الرابع: السن، فيقول: محتلم، أو ابن ست، أو سبع، والأمر في السن على التقريب، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلاً بلا زيادة ولا نقصان، لم يجز لندوره. والرجوع في الاحتلام، إلى قول العبد. وفي السن، يعتمد قوله إن كان بالغاً، وقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا، فالرجوع إلى النحّاسين، فتعتبر ظنونهم.

الخامس: القد، فيبين أنه طويل، أو قصير، أو رُبْع، ونقل الإمام عن العراقيين، أنه لا يجب ذكر القد. والموجود في كتب العراقيين، القطع بوجوبه، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة، وإن تفاوت به الغرض والقيمة، لأن ذلك يورث غرّة. وفي ذكر الأوصاف التي يعتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء، كالكحل، والدّعج، وتكلم الوجه، وسمن الجارية وما أشبهها، وجهان: أحدهما: يجب، قاله الشيخ أبو محمد، وأصحهما: لا. والأصح: أنه لا يشترط ذكر الملاحه. ويستحب أن يذكر كونه مفلج الأسنان أو غيره، وجعد الشعر أو سبطه. ويجب ذكر الثيابة، والبكارة، على الأصح.

فرع: لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً، جاز. قال الصيمري: ولو شرط أنه ذو زوجة، أو أنها ذات زوج، جاز، وزعم أنه لا يندر. قال: ولو شرط كونه زانياً، أو قاذفاً، أو سارقاً، جاز، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية، أو قوادة، لا يصح.

فرع: لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة، فوجهان: قال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة، فيسلمها بعد أن يطمأها، فيكون في معنى اقتراض الجواري. والصحيح: الجواز، كإسلام صغار الإبل في كبارها. وهل يمكن من تسليمها عما عليه؟ وجهان: فإن قلنا: يمكن، فلا مبالاة بالوطء كوطء الثيب، وردّها بالغيب. ومنها الإبل، ويجب فيها ذكر الأنوثة، والذكورة، والسن، واللون، والنوع، فيقول: من نَعَم بني فلان ونتاجهم، هذا إذا كثر عددهم وعرف لهم النتاج، كبني تميم. فأما النسبة إلى طائفة يسيرة، فكتعيين ثمرة بستان. ولو اختلف نَعَم بني فلان، فالأظهر: أنه يشترط التعيين. ومنها الخيل، فيجب ذكر ما يجب في الإبل. ولو ذكر معها الشيات كالأغر، والمحجل، واللطيم، كان أولى. فإن تركه، جاز. وهكذا القول في البقر، والغنم، والبغال، والحمير. وما لا يبين نوعه بالإضافة إلى قوم، يبين بالإضافة إلى بلد وغيره. ويجوز السلم في الطيور على الصحيح، وبه قطع الجماهير. وفي «المهذب»: لا يجوز. فإن جوزناه، وصف منها النوع، والصغر، والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنّها. فإن عرف، وصف به. ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم الوجود، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به.

فصل: السلم في اللحم جائز، ويجب فيه بيان أمور:

أحدها: الجنس، كلحم بقر أو غنم.

الثاني: النوع. فيقول: لحم بقر عراب أو جواميس، وضأن أو معز.

الثالث: ذكر أو أنثى، خصي أو فحل.

الرابع: السن، فيقول: لحم صغير أو كبير، ومن الصغير، رضيع أو فطيم. ومن الكبير، جذع أو ثني.

الخامس: يبين أنه من راعية أو معلوفة. قال الإمام: ولا أكتفي بالعلف بالمرة والمرات، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم.

السادس: يبين أنه من الفخذ، أو الكتف أو الجنب. وفي كتب العراقيين، أمر سابع، وهو بيان السمن والهزال. ولا يجوز شرط الأعجف، لأنه عيب، وشرطه مفسد للعقد. ويجوز في اللحم المملح، والقديد إذا لم يكن عليه غير المملح. فإن كان، فقد سبق الخلاف في جوازه في نظيره. ثم إذا أطلق السلم في اللحم، وجب قبول ما فيه من العظم على العادة. وإن شرط نزع، جاز ولم يجب قبوله.

فرع: يجوز السلم في الشحم، والألية، والكبد، والطحال، والكلية، والرئة.

فرع: إذا أسلم في لحم صيد، ذكر ما يجب في سائر اللحوم. لكن الصيد لا يكون خصياً، ولا معلوفاً، فلا يجب ذكر هذين الأمرين. قال الشيخ أبو حامد والمقتدون به: يبين أنه صيد بأحبولة، أو بسهم، أو بجارحة، وأنها كلب، أو فهد، لأن صيد الكلب أطيب.

فرع: في لحم الطير والسمك يبين الجنس، والنوع، والصغر، والكبر من حيث الجثة. ولا يشترط ذكر الذكورة والأنوثة، إلا إذا أمكن التمييز، وتعلق به غرض. ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كبيرين. ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير، والذنب من السمك.

فصل: لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوي، ولا في الخبز على الأصح كما سبق. وفي الدبس، والعسل المصفى بالنار، والسكر، والفانيذ، واللبأ، وجهان: واستبعد الإمام المنع فيها كلها.

قلت: وممن اختار الصحة في هذه الأشياء الغزالي وصاحب «التتمة». والله أعلم.

وتردد صاحب «التقريب» في السلم في الماء، ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصدّد ويقطر، ولا عبرة بتأثير الشمس، فيجوز السلم في العسل المصفى بالشمس.

فرع: لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر، والأكارع كالرؤوس. قلت: فإذا جَوَّزناه في الأكارع، فَمِنْ شرطه أن يقول: من الأيدي والأرجل. والله أعلم.

فإن جوزنا، فله ثلاثة شروط. أن تكون نيئة، وأن تكون منقاة من الشعر والصوف، ويسلم فيها وزناً، فإن فقد شرط، لم يجز قطعاً.

فصل: يذكر في التمر النوع، فيقول: معقلي أو برني، والبلد، فيقول: بغدادي، واللون، وصغر الحبات، وكبرها، وكونه جديداً، أو عتيقاً. والحنطة، وسائر الحبوب، كالتمر. وفي الرطب، يذكر جميع ذلك، إلا الجديد والعتيق. قال في «الوسيط»: يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب، وهو خلاف ما عليه الأصحاب. وفي العسل، يذكر أنه جبلي، أو بلدي، صيفي أو خريفي، أو أصفر أو أبيض، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق، ويقبل ما رقَّ بسبب الحر، ولا يقبل ما رقَّ رقة عيب.

فصل: يجوز السلم في اللبن، ويبين فيه ما يبين في اللحم، سوى الأمر الثالث والسادس، ويبين نوع العلف، لاختلاف الغرض به، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة، لأن المطلق ينصرف إلى الحلو، بل لو أسلم في اللبن الحامض، لم يجز، لأن الحموضة عيب. وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة، فإنما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة. وإذا أسلم في السمن، يبين ما يبين في اللبن، ويذكر أنه أبيض، أو أصفر. وهل يحتاج إلى ذكر العتيق والجديد؟ وجهان: قال الشيخ أبو حامد: لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه. وقال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب، لا كل عتيق، فيجب بيانه. وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن، وأنه زبد يومه أو أمسه. ويجوز في اللبن كيلاً ووزناً، لكن لا يكال حتى تسكن رغوته، ويوزن قبل سكونها. والسمن يكال ويوزن، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال، فيتعين الوزن، وليس في الزبد إلا الوزن، وكذا اللبأ المجفف، وقبل الجفاف، هو كاللبن. وإذا جوزنا السلم في الجبن، وجب بيان نوعه وبلده، وأنه رطب أو يابس. وأما المخيض الذي فيه ماء، فلا يجوز السلم فيه، نص الشافعي رحمته الله. وإن لم يكن فيه ماء، جاز، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة، لأنها مقصودة فيه.

فصل: إذا أسلم في الصوف، قال: صوف بلد كذا، وذكر لونه وطوله وقصره، وأنه خريفي أو ربيعي، من ذكور أو إناث، لأن صوف الإناث أشد نعومة. واستغنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة، ولا يقبل إلا خالصاً من الشوك والبعر، فإن شرط كونه مغسولاً، جاز، إلا أن يعيبه الغسل. والشعر والوبر، كالصوف، ويضبط الجميع وزناً.

فصل: يبين في القطن بلده، ولونه، وكثرة لحمه، وقلته، والخشونة، والنعومة، وكونه عتيقاً أو جديداً إن اختلف الغرض به، والمطلق يحمل على الجاف

وعلى ما فيه الحب. ويجوز في الخليج، وفي حب القطن، ولا يجوز في القطن في الجوزق قبل التشقق. وأما بعده، ففي «التهذيب»: أنه يجوز. وقال في «التتمة»: ظاهر المذهب: أنه لا يجوز، لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه، وهذا هو الذي أطلق العراقيون حكايته عن النص.

فصل: يبين في الإبريسم لونه، وبلده، ودقته، وغلظه، ولا يشترط ذكر الخشونة والنعومة، ولا يجوز السلم في القرّ وفيه الدود، لا حياً ولا ميتاً، لأنه يمنع معرفة وزن القرّ. وبعد خروج الدود، يجوز.

فصل: وإذا أسلم في الغزل، ذكر ما يذكر في القطن، ويذكر الدقة والغلط. ويجوز السلم في غزل الكتان، ويجوز شرط كونه مصبوغاً، ويشترط بيان الصبغ.

فصل: إذا أسلم في الثياب، ذكر جنسها من إبريسم، أو قطن، أو كتان، والنوع، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عنه، وعن الجنس أيضاً، ويبين الطول، والعرض، والغلط، والدقة، والنعومة، والخشونة، ويجوز في المقصود، والمطلق محمول على الخام. ولا يجوز في الملبوس، لأنه لا ينضبط. ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج، كالبرود. والمعروف في كتب الأصحاب: أنه لا يجوز المصبوغ بعد النسج. وفيه وجه: أنه يجوز، قاله طائفة، منهم الشيخ أبو محمد، وصاحب «الحاوي»، وهو القياس. قال الصيمري: يجوز السلم في القمص، والسراويلات، إذا ضبطت طولاً وعرضاً، وسعة وضيقاً.

فصل: الخشب أنواع. منها الحطب، فيذكر نوعه، وغلظه، ودقته، وأنه من نفس الشجر، أو من أغصانه، ووزنه، ولا يجب التعرض للرطوبة، والجفاف، والمطلق محمول على الجفاف، ويجب قبول المعوج، والمستقيم. ومنها ما يطلب للبناء، كالجدوع، فيذكر النوع، والطول، والغلط، والدقة، ولا يشترط الوزن على الصحيح، وشرطه الشيخ أبو محمد، ولو ذكر، جاز، بخلاف الثياب. ولا يجوز في المخروط، لاختلاف أعلاه وأسفله. ومنها ما يطلب ليغرس، فيذكر العدد، والنوع، والطول، والغلط. ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام، فيذكر فيه النوع، والدقة، والغلط، وزاد بعضهم كونه سهلياً، أو جبلياً، لأن الجبلي أصلح. ومنهم من شرط الوزن فيه، وفي خشب البناء.

فصل: إذا أسلم في الحديد، ذكر نوعه، وأنه ذكر أو أنثى، ولونه، وخشونته، ولينه. وفي الرصاص يذكر نوعه من قلع وغيره. وفي الصفر، من شبه وغيره، ولونهما، وخشونتهما، ولينهما، ولا بد من الوزن في جميع ذلك.

فرع: كل شيء لا يتأتى وزنه بالقبان لكبره، يوزن بالعرض على الماء .
قلت : قد سبقت كيفية الوزن بالماء في باب الربا . والله أعلم .

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بما سبق

إحداها : السلم في المنافع ، كتعليم القرآن وغيره ، جائز ، ذكره الروياني .
الثانية : السلم في الدراهم والدنانير ، جائز على الأصح ، بشرط أن يكون رأس المال غيرهما .

قلت : اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير ، ولا عكسه سلماً مؤجلاً . وفي الحال وجهان محكيان في «البيان» وغيره . الأصح المنصوص في «الأم» في مواضع : أنه لا يصح . والثاني : يصح بشرط قبضهما في المجلس ، قاله القاضي أبو الطيب . والله أعلم .

الثالثة : يجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود ، كالمسك ، والعنبر ، والكافور ، فيذكر وزنها ونوعها فيقول : عنبر أشهب .

الرابعة : يجوز السلم في الزجاج ، والطين ، والجص ، والنورة ، وحجارة الأرحية ، والأبنية ، والأواني ، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ، ولا يشترط الوزن .

قلت : عدم اشتراط الوزن في الأرحية ، هو الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والبعوي ، وآخرون ، وقطع الغزالي باشتراطه . وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه ، وليس كما ادعى . والله أعلم .

الخامسة : لا يجوز السلم في الحباب ، والكيزان ، والطسوت ، والقماقم ، والطناجير والمناثر ، والبرام المعمولة ، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة . ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب ، لعدم اختلافه ، وفي الأسطال المربعة .

السادسة : يجوز السلم في الكاغد عدداً ، ويبين نوعه وطوله . ويجوز في الآجر على الأصح . وفي وجه : لا يصح لتأثير النار . ولا يجوز السلم في العقار ، ولا في الأرز ، والعلس ، لاستتارهما بالكمام ، ويجوز في الدقيق على الصحيح .

فصل: هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في المسلّم فيه؟ وجهان : قال العراقيون : يشترط ، وهو ظاهر النص ، لاختلاف الغرض به . وقال غيرهم : لا يشترط ، ويحمل المطلق على الجيد ، وهو الأصح .

قلت : قوله : ظاهر النص ، مما ينكر عليه . فقد نص عليه في مواضع من «الأم» نصاً صريحاً ، وهو مبين في «شرح المذهب» . والله أعلم .

وسواء قلنا بالاشتراط، أو شرطاً، ينزل على أقل الدرجات. ولو شرط الأجود، لم يصح العقد على المذهب. وقيل: فيه قولان كالأردا. ولو شرط الرداء، فإن كانت رداء العيب، لم يصح العقد. وإن كانت رداء النوع، فقال كثيرون: يصح. وأطلق الغزالي في «الوجيز» البطلان.

قلت: وقد قال بالبطلان أيضاً إمام الحرمين. والأصح: الصحة، وبه قطع العراقيون. ونص عليه الشافعي رحمته الله في «الأم» نصاً صريحاً في مواضع. والله أعلم. وإن شرط الرداء، جاز على الأظهر. وقيل: الأصح.

فرع: ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته. فإذا أتى بما يقع على اسم الوصف المشروط، كفى، ووجب قبوله، لأن الرتب لا نهاية لها، وهي كمن باع بشرط أنه كاتب أو خباز.

فصل: صفات المسلم فيه مشهورة عند الناس، وغير مشهورة، ولا بد من معرفة العاقلين صفاته. فإن جهلها أحدهما، لم يصح العقد، وهل يكفي معرفتهما؟ وجهان: أصحهما: لا، وهو منصوص، بل لا بد من معرفة عدلين ليرجع إليهما عند تنازعهما. وقيل: تعتبر فيها الاستفاضة، ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيال المذكور إلا عدلان. وما ذكرناه الآن، يخالف ما قدمناه في فصيح النصارى من بعض الوجوه. ولعل الفرق، أن الجهالة هناك عائدة الى الأجل، وهنا الى المعقود عليه، فجاز أن يحتمل هناك ما لا يحتمل هنا.

فصل: في أداء المسلم فيه، والكلام في صفته وزمانه ومكانه

أما صفته، فإن أتى بغير جنسه، لم يجز قبوله، إذ لا يجوز الاعتياض عنه. وإن أتى بجنسه وعلى صفته المشروطة، وجب قبوله قطعاً، وإن كان أجود، جاز قبوله قطعاً، ووجب على الأصح. وإن كان أردأ، جاز قبوله ولم يجب. وإن أتى بنوع آخر، بأن أسلم في التمر المعقلي، فأحضر البرني، أو في ثوب هروي، فأتى بمروي، فأوجه: أصحها: يحرم قبوله. والثاني: يجب. والثالث: يجوز، كما لو اختلفت الصفة، واختلفوا في أن التفاوت بين التركي والهندي، تفاوت جنس، أم تفاوت نوع؟ والصحيح: الثاني. وفي أن التفاوت بين الرطب والتمر، وبين ما سقي بماء السماء وما سقي بغيره، تفاوت نوع، أو صفة؟ والأصح: الأول.

فرع: ما أسلم فيه كيلاً قبضه كيلاً. وما أسلم فيه وزناً، قبضه وزناً ولا يجوز العكس. وإذا كال لا يزلزل المكيال، ولا يضع الكف على جوانبه. ويجب تسليم

الحنطة ونحوها نقية من الزوان والمدر والتراب، فإن كان فيها شيء قليل من ذلك، وقد أسلم كيلاً، جاز، وإن أسلم وزناً، لم يجز.

قلت: هكذا أطلق جمهور الأصحاب، وقال صاحب «الحاوي»: فيما إذا أسلم كيلاً، إلا أن يكون لإخراج التراب مؤنة، فلا يلزمه قبولها. قال في «البيان»: دقائق التبن كالتراب. والله أعلم.

ويجب تسليم التمر جافاً، والرطب صحيحاً غير مشدخ.

وأما زمانه: فإن كان السلم مؤجلاً، لم يخف أنه لا مطالبة قبل المحل. فإن أتى به المسلم إليه قبله، فامتنع من قبوله، قال جمهور الأصحاب: إن كان له غرض في الامتناع، بأن كان وقت نهب، أو كان حيواناً يحتاج علفاً، أو ثمرة، أو لحماً يريد أكلها عند المحل طرياً، أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة، كالحنطة وشبهها، لم يجبر على القبول. وإن لم يكن له غرض في الامتناع، فإن كان للمؤدي غرض سوى براءة الذمة، بأن كان به رهن أو كفيل، أجبر على القبول على المذهب. وقيل: قولان. وهل يلحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول؟ وجهان: الأصح: يلحق. وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة، فقولان: أصحهما: يجبر، وإن تقابل غرضاهما، فالمرعي جانب المستحق على المذهب. وقيل: بطرد القولين، وعكس الغزالي هذا الترتيب، وهو شاذ مردود. وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه. وأما إذا كان السلم حالاً، فله المطالبة به في الحال. فلو أتى به المسلم إليه، فامتنع من قبضه، فإن كان للدافع غرض سوى البراءة، أُجبر على القبول، وإلا، فالمذهب: أنه يجبر على القبول أو الإبراء. وقيل: على القولين، وحيث ثبت الإجبار، فلو أصر على الامتناع، أخذه الحاكم له.

وأما مكانه: فإذا قلنا: يتعين مكان العقد للتسليم، أو قلنا: لا يتعين فعيناه، وجب التسليم فيه. فلو وجد المسلم إليه في غير ذلك المكان، فإن كان لنقله مؤنة، لم يطالب به. وهل يطالب بالقيمة للحيلولة؟ وجهان: الصحيح: لا، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز، وبهذا قطع العراقيون وصاحب «التهذيب»، فعلى هذا، للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال، كما لو انقطع المسلم فيه. وإن لم يكن لنقله مؤنة كالدراهم والدنانير، فله مطالبة به، وأشار إمام الحرمين إلى الخلاف فيه. ولو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الإتلاف، فهل له مطالبة بالمثل؟ فيه خلاف، الأصح: ليس له المطالبة إلا بالقيمة. ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم، فامتنع المستحق من أخذه، فإن كان لنقله مؤنة، أو كان الموضع مخوفاً، لم يجز، وإلا فوجهان بناءً على القولين في التعجيل

قبل المحل. فلو رضي، وأخذه، لم يكن له أن يكلفه مؤنة النقل.
قلت: أصحابهما: إجباره. ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه،
فأحضره، فوجهان مشهوران. أصحابهما: يجب قبوله. والثاني: لا يجوز. والله
أعلم.

باب: القرض^(١)

هو مندوب إليه. وأركانه أربعة: العاقدان، والصيغة، والشيء المقرض، فلا
يصح إلا من أهل التبرع. وأما الصيغة، فالإيجاب لا بد منه، وهو أن يقول:
أقرضتك، أو أسلفتك، أو خذ هذا بمثله، أو خذ واصرفه في حوائجك وردّ بدله،
أو ملكتك على أن تردّ بدله، فلو اقتصر على «ملكته» فهو هبة، فإن اختلفا في ذكر
البذل، فالقول قول الآخذ.

قلت: وحكي وجه: أن القول قول الدافع، وهو متجه. وفي «التتمة» وجه: أن
الإقتصار على «ملكته» قرض. والله أعلم.

وأما القبول، فشرط على الأصح، وبه قطع الجمهور. وادعى إمام الحرمين أن
عدم الاشتراط أصح.

قلت: وقطع صاحب «التتمة» بأنه لا يشترط الإيجاب، ولا القبول، بل إذا قال
لرجل: أقرضني كذا، أو أرسل إليه رسولاً، فبعث إليه المال، صح القرض. وكذا
قال رب المال: أقرضتك هذه الدراهم، وسلمها إليه، ثبت القرض. والله أعلم.
وأما الشيء المقرض، فالمال ضربان:

أحدهما: يجوز السلم فيه، فيجوز إقراضه حيواناً كان، أو غيره. لكن إن كان
جارية، نظر، إن كانت محرّماً للمستقرض، بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة، جاز
إقراضها قطعاً. وإن كانت حلالاً، لم يجز على الأظهر المنصوص قديماً وجديداً.

قلت: هذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرّم، هو الذي قطع به الجماهير.
وقال في «الحاوي»: إن كانت ممن لا يستبيحها المستقرض، بأن اقترضها محرم، أو
امرأة، فوجهان: قال البغداديون: يجوز. وقال البصريون: لا يجوز ويصِرُّ جنساً لا
يجوز قرضه. والله أعلم.

الضرب الثاني: ما لا يجوز السلم فيه، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب في
المتقوّمات رد المثل أو القيمة، إن قلنا بالأول، لم يجز. وبالثاني، جاز. وفي

(١) القرض: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله.

إقراض الخبز، وجهان: كالسلم فيه. أصحهما: في «التهذيب»: لا يجوز. واختار صاحب «الشامل» وغيره: الجواز. وأشار في «البيان» إلى ترتيب الخلاف، إن جوزنا السلم، جاز هنا، وإلا فوجهان: قال: فإن جوزناه، رد مثله وزناً إن أوجبنا في المتقومات المثل. وإن أوجبنا القيمة، وجبت هنا. فإن شرط المثل فوجهان:

قلت: قطع صاحب «التتمة» والمستظهري، بجواز قرضه وزناً. واحتج صاحب «الشامل» و«التتمة» بإجماع أهل الامصار على فعله في الأعصار بلا إنكار، وهو مذهب أحمد رحمته الله، وأبي يوسف، ومحمد، وذكر صاحب «التتمة» وجهين في إقراض الخمر الحامض. أحدهما: الجواز، لا طراد العادة.

وفي فتاوى القاضي حسين: لا يجوز إقراض الروبة، لأنها تختلف بالحموضة. قال: ولا يجوز إقراض المنافع، لأنه لا يجوز السلم فيها، ولا إقراض ماء القناة، لأنه مجهول. والله أعلم.

فرع: يشترط أن يكون المقرض معلوم القدر، ويجوز إقراض المكيل وزناً وعكسه كالسلم. وقال الفقهاء: لا يجوز إقراض المكيل وزناً، بخلاف السلم، فإنه لا يشترط فيه استواء العوضين. وزاد فقال: لو أتلّف مئة رطل حنطة، ضمنها بالكيل. ولو باع شقصاً بمئة رطل حنطة، أخذ الشفيع بمثلها كيلاً. والأصح في الجميع: الجواز.

فصل: يحرم كل قرض جر منفعة، كشرط رد الصحيح عن المكسر، أو الجيد عن الرديء، وكشرط رده ببلد آخر، فإن شرط زيادة في القدر، حرم إن كان المال ربوياً، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح. وحكى الإمام أنه يصح الشرط الجار للمنفعة في غير الربوي، وهو شاذ غلط. فإن جرى القرض بشرط من هذه، فسد القرض على الصحيح، فلا يجوز التصرف فيه. وقيل: لا يفسد، لأنه عقد مسامحة. ولو أقرضه بلا شرط، فردّ أجود أو أكثر أو ببلد آخر، جاز، ولا فرق بين الربوي وغيره، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح.

قلت: قال في «التتمة»: لو قصد إقراض المشهور بالزيادة للزيادة، ففي كراهته وجهان: والله أعلم.

ولو شرط ردّ الأردأ أو المكسر، لغا الشرط، ولا يفسد العقد على الأصح، وأشار بعضهم إلى خلاف في صحة الشرط. ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحال. فلو شرط أجلاً، نظر، إن لم يكن للمقرض غرض فيه، فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح. وإن كان، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء، فهو كالتأجيل بلا غرض، أم كشرط رد الصحيح عن المكسر؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ويجوز فيه

شرط الرهن والكفيل، وشرط أن يشهد عليه أو يُقرَّ به عند الحاكم. فإن شرط رهناً بدين آخر، فهو كشرط زيادة الصفة. ولو شرط أن يقرضه مالاً آخر، صح على الصحيح، ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعد، كما لو وهبه ثوباً بشرط أن يهبه غيره.

فصل: فيما يملك به المقرض قولان منتزعان من كلام الشافعي رحمته الله. أظهرهما: بالقبض. والثاني: بالتصرف. فإن قلنا: بالقبض، فهل للمقرض أن يلزمه رده بعينه ما دام باقياً، أم للمستقرض ردُّ بدله مع وجوده؟ وجهان: أحدهما عند الأكثرين: الأول.

ولو رده المستقرض بعينه لزم المقرض قبوله قطعاً. وإن قلنا: يملك بالتصرف، فمعناه: إذا تصرف، تبين ثبوت ملكه. ثم في ذلك التصرف، أوجه: أحدها: أنه كل تصرف يزيل الملك. والثاني: كل تصرف يتعلق بالرقبة. والثالث: كل تصرف يستدعي الملك. فعلى الأوجه: يكفي البيع، والهبة، والاعتاق، والاتلاف. ولا يكفي الرهن، والتزويج، والإجارة، وطحن الحنطة، وخبز الدقيق، وذبح الشاة، على الوجه الأول.

قلت: فتكون هذه العقود باطلة والله أعلم.

ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني، وما سوى الرهن، على الثالث، لأنه يجوز أن يستعير الرهن، فيرهنه. وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنه كل تصرف يمنع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري. فإن قلنا بالأول، فهل يكفي البيع بشرط الخيار؟ إن قلنا: لا يزيل الملك، فلا، وإلا، فوجهان: لأنه لا يزيله بصفة اللزوم.

فرع: اقترض حيواناً، إن قلنا: يملك بالقبض، فنفقته على المقرض، وإلا، فعلى المقرض إلى أن يتصرف المقرض. ولو اقترض من يعتق عليه، عتق إذا قبضه إن قلنا: يملك به، ولا يعتق إن قلنا: بالتصرف. قال في «التهذيب»: ويجوز أن يقال: يعتق ويحكم بالملك قبيله.

قلت: جزم صاحب «التتمة» بهذا الاحتمال، ولكن المعروف: أن لا يعتق. والله أعلم.

فصل: أداء القرض في الصفة والمكان والزمان، كالمسلم فيه. ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الإقراض، فليس له مطالبته بالمثل، وله مطالبته بالقيمة. فلو عاد إلى مكان الإقراض، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل؟ وهل للمقرض مطالبته بردّ القيمة؟ وجهان:

قلت: أحدهما: لا. والله أعلم.

والقيمة التي يطالب بها، قيمة بلد القرض يوم المطالبة. وكذا في السلم يطالب بقيمة بلد العقد إذا جَوَّرنا أخذ قيمته.

قلت: المعتبر في السلم، قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم. والله أعلم.

فرع: إذا اقترض مثلياً، رد مثلياً، وإن رد متقوماً، فالأصح عند الأكثرين: أنه يردُّ مثله من حيث الصورة. والثاني: يردُّ القيمة يوم القبض إن قلنا: يملك به. وإن قلنا: بالتصرف، فوجهان: أحدهما: كذلك. والثاني: تجب قيمته أكثر ما كانت من القبض الى التصرف. وإذا اختلفا في قدر القيمة، أو صفة المثل، فالقول قول المستقرض.

قلت: قال في «المهذب» لو قال: أقرضتك ألفاً وقبل وتفرّقاً، ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل، جاز، وإلا، فلا، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل. وإذا جَوَّرنا إقراض الخبز، فهل يردُّ المثل أو القيمة؟ فيه الوجهان. فإن قلنا: القيمة، فشرط الخبز، فوجهان: أحدهما: يصح الشرط، لأن مبناه على المساهلة والرفق. قال الشاشي: قال القاضي أبو حامد: إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية، جاز قبولها بلا كراهة، هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس، وكرهها ابن مسعود. قال المحاملي وغيره من أصحابنا: يستحب للمستقرض أن يردُّ أجود مما أخذ، للحديث الصحيح في ذلك^(١) ولا يكره للمقرض أخذ ذلك. ولو أقرضه نقداً، فأبطل السلطان المعاملة به، فليس له إلا النقد الذي أقرضه، نص عليه الشافعي رحمته الله، ونقله عنه أيضاً ابن المنذر، وقد سبق نظيره في البيع. وفي فتاوى القاضي حسين: أنه لو قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان، فأخذها منه، لا يكون قرضاً، بل هذا توكيل بقبض الدّين، فبعد القبض لا بدّ من قرض جديد. ولو كانت العشرة في يد فلان معينة، ودیعة أو غيرها، صح. والله أعلم.



(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٦٠٠) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٦) والترمذي في سننه برقم (١٣١٨) والنسائي في سننه برقم (٤٦٣١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٨٥) من حديث أبي رافع رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بَكْرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بَكْرَهُ، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء».

كتاب الرهن^(١)

فيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة.

الركن الأول: المرهون، وله شروط:

الشرط الأول: كونه عيناً، فلا يصح رهن المنفعة، بأن يرهنه سكنى الدار مدة، سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلاً. ولا يصح رهن الدين على الأصح، ويصح رهن المشاع، سواء رهنه عند شريكه أو غيره، قبل القسمة أم لم يقبلها.

قلت: سواء كان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره. والله أعلم.

ولو رهن نصيبه من بيت من دار بإذن شريكه، صح، وبغير إذنه، وجهان: أصحهما: عند الإمام: صحته كما يصح بيعه. وأصحهما: عند البغوي: فساده، وادعى طرد الخلاف في البيع.

قلت: وممن وافق الإمام في تصحيح صحته الغزالي في «البيسط»، وصاحب «التتمة»، وغيرهما. وأما طرد الخلاف في البيع، فشاذاً، فقد قطع الأصحاب بصحته. والله أعلم.

فإن قسمت الدار، فوقع هذا البيت في نصيب شريكه، فهل هو كتلف المرهون بأفة سماوية، أم يغرم الراهن قيمته ويكون رهناً لكونه حصل له بدله؟ فيه احتمالان للإمام. أصحهما: الثاني. وقال الإمام محمد بن يحيى: إن كان مختاراً في القسمة، غرم، وإن كان مجبراً، فلا.

قلت: هذا المذكور تفريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب: أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة. وشذ صاحب «التتمة» فقال: لا تقسم قسمة واحدة، بل يقسم البيت وحده، ويسلم نصيب الراهن للمرتهن، ثم يقسم الباقي، كما لو باع نصيبه من ذلك البيت. وقد أشار صاحب «المهذب» ومن تابعه، إلى أنهما إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه، يبقى مرهوناً، وهذا ضعيف. والمتحصّل من هذا

(١) الرهن: جعل عين مالية، وثيقة بدين، ليستوفى منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء.

الخلافاً: أن المختار جواز قسمتهما جملة، وأن لا يبقى مرهوناً، بل يغرم. والله أعلم.

فرع: إذا رهن المشاع، فقبضه بتسليم له، فإذا قبض، جرت المهايأة بين المرتهن والشريك جريانها بين الشريكين. ولا بأس بتبعض اليد بحكم الشرع، كما لا بأس به لاستيفاء الراهن المنافع.

قلت: قال أصحابنا: إن كان المرهون مما لا ينقل، خلّى الراهن بين المرتهن وبينه، سواء حضر الشريك أم لا. وإن كان مما ينقل، لم يحصل قبضه إلا بالنقل، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك. فإن أذن، قبض، وإن امتنع، فإن رضي المرتهن بكونها في يد الشريك، جاز، وناب عنه في القبض، وإن تنازعا، نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما، فإن كان له منفعة آجره. والله أعلم.

الشرط الثاني: مختلف فيه، وهو صلاحية المرتهن، لثبوت اليد عليه. فإن رهن عبداً مسلماً أو مصحفاً عند كافر، أو السلاح عند حربي، أو جارية حسناء عند أجنبي، صح على المذهب في جميعها، فيجعل العبد والمصحف في يد عدل.

قلت: وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر، ففي «تهذيب» الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره: أن العقد حرام. وفي «التهذيب» للبغوي: أنه مكروه، ذكره في كتاب الجزية. والله أعلم.

ثم إن كانت الجارية صغيرة لا تشتهى، فهي كالعبد، وإلا، فإن رهنه عند محرم أو امرأة، فذاك. وإن رهنه عند أجنبي ثقة وعنده زوجته، أو جاريته، أو نسوة يؤمن معهم الإمام بها، فلا بأس، وإلا، فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة، أو رجل عدل بالصفة المذكورة في المرتهن. فإن شرط وضعها عند غير من ذكرنا، فهو شرط فاسد. وألحق الإمام بالصغيرة، الخسيسة مع دمامة الصورة، لكن الفرق ظاهر. ولو كان المرهون خنثى، فكالجارية، إلا أنه لا يوضع عند امرأة.

الشرط الثالث: كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين، فلا يصح رهن أم الولد، والمكاتب، والوقف، وسائر ما لا يصح بيعه. وسواد العراق وقف على المسلمين على المذهب، فلا يجوز رهنه. وأبنيته، وأشجاره، إن كانت من تربته وغراسه الذي كان قبل الوقف، فهي كالأرض. وإن أحدث فيها من غيرها، جاز رهنها. فإن رهنه مع الأرض، فهي من صور تفريق الصفقة، وكذا رهن الأرض مطلقاً إن قلنا: إن البناء والغراس يدخلان فيه. وإذا صح الرهن في البناء، فلا خراج على المرتهن، وإنما هو على الراهن. فإن أداه المرتهن بغير إذنه، فهو متبرع، وإن

أداه بإذنه بشرط الرجوع، رجع. وإن لم يشترط الرجوع، فوجهان يجريان في أداء دين الغير بإذنه مطلقاً، وظاهر النص: الرجوع.

فصل: التفريق بين الأم وولدها الصغير، حرام، وفي إفساده البيع قولان سبقا. ويصح رهن أحدهما دون الآخر. وإذا أريد البيع، ففيه وجهان: أحدهما: يباع المرهون وحده، ويحتمل التفريق للضرورة. وأصحهما: يباعان جميعاً، ويوزع الثمن على قيمتهما. وفي كيفيته كلام يحتاج إلى مقدمة، وهي رجل رهن أرضاً بيضاء، فنبت فيها نخل، فله حالان:

أحدهما: أن يرهن الأرض ثم يدفن النوى فيها، أو يحمله السيل أو الطير، فهي للراهن، ولا يجبر في الحال على قلعها، فلعله يؤدّي الدّين من موضع آخر. فإن دعت الحاجة إلى بيع الأرض، نظر، إن وقى ثمن الأرض إذا بيعت وحدها بالدين، بيعت وحدها ولم يقلع النخل. وكذا لو لم يف به، إلا أن قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء. ولو لم يف به وقيمتها تنقص بالأشجار، فللمرتهن قلعها لبيع الأرض بيضاء، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض، فتباعان ويوزّع الثمن عليها. هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالإفلاس. فإن كان، فلا قلع بحال، لتعلق حق الغرماء به، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما، فما قابل الأرض، اختص به المرتهن، وما قابل الأشجار، قسم بين الغرماء. فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار، حسب النقص على الشجر، لأن حق المرتهن في الأرض فارغة.

الحال الثاني: أن يكون النوى مدفوناً في الأرض يوم الرهن، ثم ينبت. فإن كان المرتهن جاهلاً بالحال، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن. فإن فسخ، وإلا فهو كما لو كان عالماً، وإن كان عالماً فلا خيار. وإذا بيعت الأرض مع النخل، وزّع الثمن عليهما. والمعتبر في الحال الأول، قيمة الأرض فارغة. وفي الحال الثاني، قيمة أرض مشغولة، لأنها كانت مشغولة يوم الرهن. وفي كيفية اعتبار الشجر وجهان نقلهما الإمام في الحالين. أصحهما: تقوّم الأرض وحدها. فإذا قيل: هي مئة، قوّمت مع الأشجار، فإذا قيل: هي مئة وعشرون، فالزيادة بسبب الأشجار سدس، فيراعي في الثمن نسبة الأسداس. والثاني: تقوّم الأشجار وحدها. فإذا قيل: هي خمسون، كانت النسبة بالثلث، ثم في المثال المذكور لإيضاح الوجهين تكون قيمة الأرض ناقصة بسبب الاجتماع، لأننا فرضنا قيمتها وحدها مئة، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين، وقيمة المجموع مئة وعشرين. عدنا إلى مسألة الأم والولد، فإذا بيعا معاً، وأردنا التوزيع، ففيه طريقان:

أحدهما: أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الأرض والشجر، فتعتبر قيمة الأم وحدها. وفي الولد الوجهان.

والطريق الثاني: أن الأم لا تقوّم وحدها، بل تقوّم مع الولد وهي خاصّته، لأنها رهنّت وهي ذات ولد، والأرض بلا أشجار. وبهذا الوجه قطع الأكثرون. فلو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنى، وبيعا معاً، فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها.

قلت: ذكر الإمام الرافعي في مسألة الغراس والأرض الفرق بين علم المرتهن وجهله في ثبوت الخيار، ولم يذكره هنا، فكأنه أراد أنه مثله. وقد صرح صاحب «الشامل» بذلك فقال: إن كان عالماً بالولد حال الارتهان، فلا خيار، وإلا، فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن. وقال صاحب «الحاوي»: إن علم، فلا خيار، وإلا، فإن قلنا: تباع الأم دون الولد، فلا خيار، وإن قلنا: يباعان، ففي الخيار وجهان: وجه المنع: أنه لا يتحقق نقصها، بل قد تزيد. فإن قيل: ما فائدة الخلاف في التوزيع، والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال؟ قلنا: تظهر فائدته عند ازدحام غرماء الميت والمفلس، وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين، فينفذ في حصة الولد دون الأم، ذكره الإمام، والغزالي في «البسيط». والله أعلم.

فصل: إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد، فإن أمكن تجفيفه كالرطب والعنب، صح رهنه وجفف. وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف، والريحان، والجَمَد، فإن رهنه بدين حال، صح، ثم إن بيع في الدين، أو قضي الدين من موضع آخر، فذاك، وإلا بيع وجعل الثمن رهنًا، فلو تركه المرتهن حتى فسد، قال في «التهذيب»: إن كان الراهن أذن له في بيعه، ضمن، وإلا، فلا. ويجوز أن يقال: عليه الرفع إلى القاضي لبيعه.

قلت: هذا الاحتمال الذي قاله الإمام الرافعي رحمه الله، قوي أو متعين. وقد قال صاحب «التتمة» في هذه الصورة: إن سكتا حتى فسد، أو طلب المرتهن بيعه، فامتنع الراهن، فهو من ضمان الراهن. وإن طلب الراهن بيعه، فامتنع المرتهن، فمن ضمان المرتهن. والله أعلم.

وإن رهنه بدين مؤجل، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم حلول الأجل قبل فساد، فهو كرهنه بالحال.

الثاني: أن يعلم عكسه. فإن شرط في الرهن بيعه عند الإشراف على الفساد، وجعل ثمنه رهنًا، صح ولزم الوفاء بالشرط. فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل، بطل الرهن لمناقضته مقصود الرهن. وإن لم يشرط ذا ولا ذاك، فهل هو

كشروط البيع أم كشرط عدم البيع؟ قولان، أظهرهما عند العراقيين: الثاني، وميل غيرهم الى الأول.

قلت: قال الإمام الرافعي في «المحرر» أظهرهما: لا يصح الرهن. والله أعلم.

الثالث: أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان، فالمذهب: الصحة. ولو رهن ما لا يسرع اليه الفساد، فحدث ما عرّضه للفساد قبل الأجل، بأن ابتلت الحنطة، وتعدّر تجفيفها، لم يفسخ بحال. ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون، ففي الانفساخ وجهان: كما في حدوث الموت والجنون. وإذا لم يفسخ، بيع وجعل الثمن رهناً مكانه.

قلت: الأرجح: أنه لا يفسخ، وهذا الذي قطع به، من أنه إذا لم يفسخ يباع، وهو المذهب. ونقل الإمام: أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه. ونقل صاحب «الحاوي» فيه قولين:

أحدهما: يجبر الراهن على بيعه حفظاً للوثيقة، كما يجبر على نفقته.

والثاني: لا، لأن حق المرتهن في حبسه فقط، وهذا ضعيف. والله أعلم.

فصل: رهن العبد المحارب، كبيعته. ورهن المرتد صحيح على المذهب كبيعته. فإن علم المرتهن ردّه، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن. وإن جهل، يخير، فإن قتل قبل قبضه، فله فسخ البيع. وإن قتل بعده، فمن ضمان من؟ فيه وجهان سبقا في البيع. فإن قلنا: من ضمان البائع، فللمرتهن فسخ البيع، وإلا فلا فسخ ولا أرش، كما لو مات في يده.

قلت: ولو رهنه عبداً مريضاً، لم يعلم بمرضه المرتهن حتى مات في يده، فلا خيار له، قاله في المعاياة، قال: لأن الموت بألم حادث، بخلاف قتل المرتد. والله أعلم.

فرع: الجاني إن لم نصحح بيعه، فرهنه أولى، وإلا، فقولان: لأن الجناية الطارئة، يقدم صاحبها على حق المرتهن، فالمتقدمة أولى. فإن لم نصحح رهنه، ففداه السيد، أو أسقط المجني عليه حقه، فلا بد من استئناف رهن. وإن صححنه، فقال المسعودي والإمام: يكون مختاراً للفداء كما لو باعه، وقال ابن الصباغ: لا يلزمه الفداء، بخلاف البيع، لأن محل الجناية باقٍ هنا، والجناية لا تنافي الرهن.

قلت: قال البغوي أيضاً: يكون ملتزماً للفداء. ولكن الأكثرون قالوا كقول ابن الصباغ، منهم الشيخ أبو حامد، والماوردي، وصاحب «العدة» وغيرهم. قالوا: هو مخير بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية. فإن فداه، بقي الرهن، وإلا بيع في الجناية، وبطل الرهن إن استغرقه الأرش، وإلا بيع بقدره، واستقر الرهن في الباقي.

وإذا قلنا: لا يصح رهن الجاني، فسواء كان الأرض درهماً، والعبد يساوي الوفاء، أم غير ذلك، نص عليه الشافعي رحمته الله والأصحاب. وأما إثبات الخيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه، ففيه تفصيل في «الحاوي» وغيره. إن كان عالماً بالجنائية، فلا خيار في الحال. فإن اقتص منه في طرفه، بقي رهناً، ولا خيار للمرتهن في البيع، لعلمه بالعيب. وإن قتل قصاصاً، فإن قلنا: إنه من ضمان البائع، فله الخيار كما لو بان مستحقاً، وإن قلنا: من ضمان المشتري، فلا خيار، لأنه معيب علم به، وإن عفا مستحق القصاص على ماله، فإن فداه، بقي رهناً، ولا خيار للمرتهن، وإن بيع للجنائية، بطل الرهن.

وفي الخيار وجهان: وإن عفا عن القصاص، سقط أثر الجنائية. أما إذا كان جاهلاً بالجنائية، فإن علم قبل استقرار حكمها، يخير. فإن فسخ، وإلا فيصير عالماً، وحكمه ما سبق. وإن لم يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف، لم يبطل الرهن بالقصاص، لكن للمرتهن الخيار. وإن كان قصاص نفس، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن استقر حكمها على مال، فإن فداه، كان كالعفو على مال. وإن بيع، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن عفا بلا مال، سقط أثر الجنائية، ثم إن لم يتب العبد من الجنائية وكان مصرّاً، فهذا عيب، فللمرتهن الخيار. وإن تاب، فهل ذلك عيب في الحال؟ وجهان: فإن قلنا: عيب، فله الخيار، وإلا، فوجهان: أحدهما: يعتبر الابتداء فيثبته. والآخر: ينظر في الحال، هذا كلام صاحب «الحاوي» وفيه نفائس. والله أعلم.

وإذا قلنا: يصح رهن الجاني جنائية توجب القصاص، ولا يصح إذا أوجبت مالا، فرهن والواجب القصاص، فعفا على مال، فهل يبطل الرهن من أصله، أم يكون كجنائية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجنائية؟ وجهان: اختار الشيخ أبو محمد أولهما. فعلى هذا لو كان العبد حفر بئراً في محل عدوان، فمات فيها بعدما رهن إنساناً، ففي تبين الفساد، وجهان: والفرق أنه رهن في الصورة الأولى وهو جان.

فرع: رهن المدبر باطل على المذهب، وهو نصه، ورجحه الجمهور. فعلى هذا، التدبير باقٍ على صحته. وإن صححنا رهنه، بطل التدبير بناءً على أنه وصية، فقد رجع عنها. وقيل: لا يبطل فيكون مدبراً مرهوناً. فعلى هذا، إن قضى الدين من غيره، فذاك، وإن رجع في التدبير وباعه في الدين، بطل التدبير. وإن امتنع من الرجوع ومن بيعه، فإن كان له مال آخر، أجبر على قضائه منه، وإلا فوجهان: أحدهما: يباع في الدين. والثاني: يحكم بفساد الرهن.

قلت: هذا الذي ذكر حكم المذهب، ولا يغترّ بقوله في «الوسيط»: ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه، وإن كان قوياً في الدليل. والله أعلم.

فرع: رهن المعلق عتقه بصفة، له صور:

إحداها: رهنه بدين حالّ أو مؤجل تيقن حلوله قبل وجود الصّفة، فيصح ويباع في الدين. فإن لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة، بني على القولين في أن الاعتبار بالعتق المعلق بحالة التعليق، أم بحال وجود الصفة؟ إن قلنا بالأول، عتق، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً.

قلت: هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول، هو الذي جزم به صاحب «التهذيب» وجزم صاحب «التتمة» بأنه لا خيار له، وقد سقط حقه، لأن الرهن سلّم له ثم بطل فصار كموته، والأول: أصح، وأقيس. والله أعلم.

وإن قلنا بالثاني، فهو كإعتاق المرهون، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية: رهنه بدين مؤجل تيقن وجود الصفة قبل حلوله، فالمذهب: بطلان الرهن. وقيل: قولان، وهو ضعيف. فعلى الصحة: يباع إذا قرب أو ان الصفة. ويجعل ثمنه رهنًا.

الثالثة: أن لا يتيقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه، فالأظهر: بطلانه. وقيل: باطل قطعاً.

فرع: رهن الثمر على الشجر له حالان:

أحدهما: أن يرهنه مع الشجر. فإن كان الثمر مما يمكن تجفيفه، صح، سواء بدا فيها الصلاح. أم لا، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وإن لم يمكن ولم نصح رهن ما يسرع الفساد، فالمذهب: بطلان رهن الثمر. وفي الشجر قولاً تفريق الصفة. وقيل: يصح فيهما قطعاً.

الثاني: رهن الثمر وحده. فإن لم يمكن تجفيفه، فهو كرهن ما يسرع فساده، وإلا، فهو ضربان:

أحدهما: يرهن قبل بدو الصلاح. فإن رهن بدين حالّ وشرط قطعها وبيعها بشرط القطع، جاز. وإن أطلق، جاز أيضاً على الأظهر. وإن رهن بمؤجل، نظر، إن كان يحل قبل بلوغ الثمر وقت الإدراك أو بعده، فهو كالحال. وإن كان يحل قبل بلوغه وقت الإدراك، فإن رهنها مطلقاً، لم يصح على الأظهر. وقيل: لا يصح قطعاً كالبيع. وإن شرط القطع، فقيل: يصح قطعاً. وقيل: على القولين، وجه المنع: التشبيه بمن باع بشرط القطع بعد مدة.

قلت: المذهب الصحة فيما إذا شرط القطع، وبه قطع جماعة. والله أعلم.

الضرب الثاني: أن يرهن بعد بدو الصلاح، فيجوز بشرط القطع ومطلقاً. إن

رهن بحالٍ أو مؤجل، هو في معناه. وإن رهنه بمؤجل يحل قبل بلوغها وقت الإدراك، فعلى ما سبق في الضرب الأول. ومتى صح رهن الثمار على الأشجار، فمؤنة السقي والجداد والتجفيف على الراهن. فإن لم يكن له شيء، باع الحاكم جزءاً منها وأنفقه عليها. ولو توافق الراهن والمرتهن على ترك السقي، جاز على الصحيح. وقيل: يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان. وادعى الروياني أنه لا يصح. ولو أراد أحدهما قطع الثمرة قبل وقت الجداد، فلآخر الامتناع، وليس له الامتناع بعد وقت الجداد، بل يباع في الدين إن حل، وإلا، أمسكه رهناً.

فرع: الشجرة التي تثمر في السنة مرتين، يجوز رهن ثمرها الحاصل بدين حالاً. وبمؤجل يحل قبل اختلاط الثمرة الثانية بالأولى، وإلا، فإن شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية، لم يصح. وإن شرط قطعه، صح. وإن أطلق، فقولان: فإن صححنا، أو رهن بشرط القطع، فلم يقطع حتى اختلط، ففي بطلان الرهن قولان كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض. والرهن بعد القبض، كالبيع قبله، فإن قلنا: يبطل الرهن، فذاك. وإن قلنا: لا يبطل، فلو اتفقا قبل القبض، بطل على الصحيح. وإذا لم يبطل، فإن رضي الراهن، يكون الجميع رهناً أو توافقاً على كون النصف - من الجملة مثلاً - رهناً، فذاك، وإن اختلفا في قدر المرهون، هل هو نصف المختلط، أو ثلثه، أو نحو ذلك؟ فالقول قول الراهن مع يمينه. وقال المزني: قول المرتهن.

فرع: رهن زرعاً بعد اشتداد حبه، فكبيعه، إن كان تُرى حباته في سنبله، صح، وإلا فلا، على الأظهر. وإن رهنه وهو بقل، فكرهن الثمرة قبل بدو الصلاح. وقال صاحب «التلخيص»: لا يجوز قطعاً إن كان الدين مؤجلاً، وإن صرح بشرط القطع عند المحل، لأن الزرع لا يجوز بيعه مسنبلاً. وقد يقع الحلول في تلك الحالة، ولأن زيادة الزرع يطوله، فهو كثرة تحدث وتختلط.

فصل: لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب، فلو استعاد عبداً ليرهنه بدين، فرهنه، جاز. وهل سبيله سبيل الضمان، أم العارية؟ قولان. أظهرهما: الأول. ومعناه: أنه ضمن الدين في رقبة عبده. قال الإمام: هذا العقد أخذ شبهاً من ذا، وشبهاً من ذاك، وليس القولان في تمحضه عارية أو ضماناً، وإنما هما في أن المغلّب أيهما؟ وقال ابن سريج: إذا جعلناه عارية، لم يصح هذا التصرف، لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم. فعلى هذا يشترط في المرهون كونه ملك الراهن. والصواب، ما سبق، وعليه التفريع. والعارية قد تلزم، كالإعارة للدفن، ونظائره. ويتفرع على المذهب فروع:

أحدها: لو أذن في رهن عبده، ثم رجع قبل أن يقبض المرتهن، جاز، وبعد قبضه: لا رجوع على قول الضمان قطعاً، ولا على قول العارية على الأصح، وإلا، فلا فائدة في هذا العقد ولا وثوق به. وقال صاحب «التقريب»: إن كان الدين حالاً، رجع. وإن كان مؤجلاً، ففي جواز رجوعه قبل الأجل، وجهان: كما لو أعار للغراس مدة. ومتى جوزناه فرجع، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال.

الثاني: لو أراد المالك إجبار الراهن على فكه، فله ذلك بكل حال، إلا إذا كان الدين مؤجلاً، وقلنا: إنه ضمان، وإذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن، فللمالك أن يقول للمرتهن: إما أن ترد إليّ، وإما أن تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن، كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل، فللضامن أن يقول: إما أن تطالب بحقك، وإما أن تبرئني.

الثالث: إذا حل المؤجل، أو كان حالاً، قال الإمام: إن قلنا: إنه ضمان، لم يبع في حق المرتهن، إن قدر الراهن على إداء الدين إلا بإذن جديد، وإن كان معسراً، يبع وإن سخط المالك. وإن قلنا: عارية، لم يُبع إلا بإذن جديد، سواء كان الراهن موسراً، أو معسراً. ولك أن تقول: الرهن وإن صدر من المالك، لا يسلط على البيع إلا بإذن جديد، فإن لم يأذن، يبع عليه، فالمراجعة لا بد منها. ثم إذا لم يأذن في البيع، فقياس المذهب أن يقال: إن قلنا: عارية، عاد الوجهان في جواز رجوعه، وإن قلنا: ضمان، ولم يؤد الراهن الدين، لم يمكّن من الانتفاع، ويبيع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً، كما لو ضمن في ذمته، يطالب موسراً كان الأصيل، أو معسراً، ثم إذا بيع في الدين بقيمته، رجع بها المالك على الراهن. وإن بيع بأقل، بقدر يتغابن الناس بمثله، فإن قلنا: ضمان، رجع بما يبيع به. وإن قلنا: عارية، رجع بقيمته، وإن بيع بأكثر من قيمته رجع بما يبيع به إن قلنا: ضمان. وإن قلنا: عارية، فقال الأكثرون: لا يرجع إلا بالقيمة، لأن العارية بها يضمن. وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما يبيع به كله، لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن، وهذا أحسن، واختاره الإمام، وابن الصباغ، والرويان.

قلت: هذا الذي قاله القاضي، هو الصواب، واختاره أيضاً الشاشي وغيره. والله أعلم.

الرابع: لو تلف في يد المرتهن، فإن قلنا: عارية، لزم الراهن الضمان. وإن قلنا: ضمان، فلا شيء عليه ولا شيء على المرتهن بحال، لأنه مرتهن لا مستعير. ولو تلف في يد الراهن، قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين، كما لو تلف في يد المرتهن، وأطلق الغزالي، أنه يضمن، لأنه مستعير.

قلت: المذهب: الضمان. والله أعلم.

الخامس: لو جنى في يد المرتهن، فبيع في الجناية، فإن قلنا: عارية، لزم الراهن القيمة. قال الإمام: هذا إذا قلنا: العارية تضمن ضمان المغصوب، وإلا، فلا شيء عليه.

السادس: إذا قلنا: ضمان، وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما، وحكي قول قديم غريب ضعيف: أن الحلول والتأجيل لا يشترط ذكرهما، والأصح: أنه يشترط بيان من يرهّن عنده، ولا خلاف أنه إذا عين شيئاً من ذلك، لم يجز مخالفته، لكن لو عين قدراً فرهّن بما دونه، جاز، ولو زاد عليه، فقليل: يبطل في الزائد، وفي المأذون قولاً تفريق الصفة والمذهب: القطع بالبطلان في الجميع للمخالفة. وكما لو باع الوكيل بغبن فاحش، لا يصح في شيء. ولو قال: أعرني لأرهنه بألف، أو عند فلان، كان ذلك كتنقييد المعير على الأصح.

قلت: وإذا قلنا: عارية، فله أن يرهّن عند الإطلاق بأي جنس شاء، وبالحال والمؤجل. قال في «التتمة» لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته، لأن فيه ضرراً. فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين. ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل، لم يصح كعكسه، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل. والله أعلم.

السابع: لو أعتقه المالك، إن قلنا: ضمان، فقد حكى الإمام عن القاضي: أنه ينفذ ويوقف فيه. وفي «التهذيب» أنه كإعتاق المرهون، وإن قلنا: عارية، قال القاضي: فكإعتاق المرهون، وهذا تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية. وفي «التهذيب» أنه يصح ويكون رجوعاً، وهو تفريع على عدم اللزوم.

الثامن: لو قال مالك العبد: ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا، قال القاضي: صح ذلك على قول الضمان، ويكون كالإعارة للرهن. قال الإمام: وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالأعيان، تقريباً له من المرهون، وإن لم يعتبر ذلك في الضمان المطلق في الذمة.

التاسع: لو قضى المعير الدين بمال نفسه، انفك الرهن، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء بإذن الراهن أم بغيره، وسنوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى. فلو اختلفا في الإذن، فالقول قول الراهن، ولو شهد المرتهن للمعير، قبلت شهادته لعدم التهمة. ولو رهن عبده بدين غيره دون إذنه، جاز، وإذا بيع فيه، فلا رجوع.

الركن الثاني: المرهون به، وله ثلاثة شروط:

أحدهما: كونه ديناً، فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد، كالبيع، أو بحكم اليد كالمغصوب، والمستعار، والمأخوذ على جهة السوم، وفي وجه ضعيف: يجوز كل ذلك.

الشرط الثاني: كونه ثابتاً، فلا يصح بما لم يثبت، بأن رهنه بما يستقرضه، أو بضمن ما سيشتريه. وفي وجه شاذ: يصح إن عين ما يستقرضه. وفي وجه: لو تراهنا بالضمن، ثم لم يتفرقا حتى تباعا، صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن، والصحيح: الأول. فعلى الصحيح: لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه، كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن. فإذا استقرض أو اشترى منه، لم يصح ديناً إلا برهن جديد. وفي وجه ضعيف: يصير. ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين، بأن قال: بعتك هذا بألف، وارتهنت هذا الثوب به، فقال: اشتريت ورهنت، أو قال: أقرضتك هذه الدراهم، وارتهنت بها عبدك، فقال: استقرضتها ورهنته، صح الرهن على الأصح، وهو ظاهر النص. ولو قال البائع: ارتهنت وبعته، وقال المشتري: اشتريت ورهنت، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على أحد شقي البيع. وكذا لو قال: ارتهنت وبعته، وقال المشتري: رهنت واشتريت، لتقدم شقي الرهن على شقي البيع، فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع، والآخر بعد شقي البيع. ولو قال: بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب، فقال: بعته وارتهنت، بني على الخلاف في مسألة الإيجاب والاستيجاب. ولو قال: بعني بكذا على أن ترهنني دارك، فقال: اشتريت ورهنت، فوجهان: أحدهما، يتم العقد بما جرى. قال في «التمة»: هو ظاهر النص. والثاني، قاله القاضي: لا يتم بل يشترط أن يقول بعده: ارتهنت أو قبلت، لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه، كما لو قال: افعل كذا لتبيعي، لا يكون مستوجباً للبيع، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والأولى أن يفرق، فإنه لم يصرح في المقيس عليه بالتماس، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل، وهنا باع وشرط الرهن، وهو يشتمل الالتماس، أو أبلغ منه.

الشرط الثالث: كونه لازماً. والديون الثابتة ضربان: أحدهما: ما لا يصير لازماً بحال، كنجوم الكتابة، فلا يصح الرهن به، والآخر غيره. وهو نوعان: لازم في حال الرهن، وغير لازم. فالأول يصح الرهن به، سواء كان مسبوقاً بحالة الجواز، أم لا، وسواء كان مستقراً، كالقرض وأرش الجناية، وضمن المبيع المقترض، أو غير مستقر، كالضمن قبل قبض المبيع، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصدّاق قبل الدخول. وأما الثاني: فينظر، إن كان الأصل في وضعه اللزوم، كالضمن في مدة الخيار، صح الرهن به أيضاً، لقربه من اللزوم، قال الإمام: وهذا

مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، فأما إذا جعلناه مانعاً، فالظاهر منع الرهن، لوقوعه قبل ثبوت الدين، ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم يمض مدة الخيار. أما ما كان أصل وضعه على الجواز، كالجعل في الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل تمامه، فلا يصح الرهن به على الأصح. وإن كان بعد الفراغ من العمل، صح قطعاً، للزومه. وإن كان قبل الشروع، لم يصح قطعاً، لعدم ثبوته، وعدم تعيين المستحق.

قلت: هذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب، أو أكثرهم، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل، لا سيما عبارة «الوسيط» وتعليقه. والله أعلم.

أما المسابقة، فإن جعلناها كالأجارة، أو كالجعالة، فلها حكمها.

فرع: يصح الرهن بالمنافع المستحقة بالإجارة إن وردت على الذمة، ويبيع المرهون عند الحاجة، وتحصل المنفعة من ثمنه، وإن كانت إجارة عين، لم يصح لفوات الشرط الأول.

فرع: لا يصح رهن الملاك بالزكاة، والعاقلة بالدية قبل تمام الحول، لفوات الشرط الثاني، ويجوز بعده.

فرع: التوثق بالرهن والضمان شديد التقارب، فما جاز الرهن به، جاز ضمانه، وكذا عكسه إلا أن ضمان العهدة جائز. ولا يجوز الرهن به. هذا هو المذهب وحكي وجه: أنه لا يصح ضمان العهدة. ووجه عن القفال: أنه يصح الرهن بها.

قلت: كذا قال الشيخ أبو حامد في «التعليق» والغزالي في «الوسيط» ما صح ضمانه، صح الرهن به إلا في مسألة العهدة ويستثنى أيضاً، أن ضمان رد الأعيان المضمونة، صحيح على المذهب بها، باطل على الصحيح، وممن استثناهما الغزالي في «الوسيط». والله أعلم.

فصل: يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنًا بعد رهن، ثم هو كما لو رهنهما معاً. ولو كان الشيء مرهوناً بعشرة، وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً، لم يصح على الجديد الأظهر. فإن أراد ذلك، فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول، ثم يرهنه بالجميع. ولو جنى المرهون، ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهوناً، بالدين والفداء، صح على المذهب وهو نصه، لأنه من مصالح الرهن، فإنه يتضمن إبقاءه. وقيل: فيه القولان. ولو اعترف الراهن أنه مرهون بعشرين، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة ثم بعشرة، وقلنا: لا يجوز، ونازعه المرتهن، فالقول قول

المرتتهن مع يمينه، لأن اعتراف الراهن، يقوي جانبه، ولو قال المرتتهن في جوابه: فسخنا الرهن الأول، واستأنفنا بالعشرين رهناً، فهل القول قول المرتتهن لاعتضاده بقول الراهن، رهن بعشرين أم قول الراهن لأن الأصل عدم الفسخ؟ وجهان: ميل الصيدلاني إلى أولهما، وصحح صاحب «التهذيب» الثاني، ورتب عليه فقال: لو شهد شاهدان أنه رهنه بألف، ثم بألفين، لم يحكم بأنه رهن بألفين، ما لم يصرحاً بأن الثاني كان بعد فسخ الأول.

فرع: رهن بعشرة ثم استقرض عشرة ليكون رهناً بهما، وأشهد شاهدين أنه رهن بالعشرين، فإن لم يعلم الشاهدان الحال ونقلاً ما سمعا، فهل يحكم بكونه رهناً بالعشرين، إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد، وجهان: وإن عرفا الحال، فإن كانا يعتقدان جواز الإلحاق، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالعشرين، أم عليهما بيان الحال؟ وجهان:

قلت: أصحهما: لا يجوز، لأن الاجتهاد إلى الحاكم، لا إليهما. والله أعلم. وإن كانا يعتقدان منع الإلحاق، لم يشهدا إلا بما جرى باطناً على الصحيح. وهذا التفصيل، فيما إذا شهدا بنفس الرهن، وفيه صَوَّر الجمهور: فإن شهدا على إقرار الراهن، فالوجه تجويزه مطلقاً.

قلت: كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل، وقال صاحب «الحاوي»: إن كان الشاهدان مجتهدين، ففيه التفصيل، وإن كانا غير مجتهدين، لم يجز مطلقاً، ولزمهما شرح الحال. ولو مات وعليه دين مستغرق، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً، ففي صحته الوجهان بناءً على القولين. والله أعلم.

الركن الثالث: الصيغة، فيعتبر الإيجاب والقبول، اعتبارهما في البيع، والخلاف في المعاطاة والاستيجاب والإيجاب عائد كله هنا.

فرع: الرهن قسماً: أحدهما: مشروط في عقد، كمن باع، أو أجر، أو أسلم، أو زوج بشرط الرهن بالثمن، أو الأجرة، أو المسلم فيه، أو الصداق. والقسم الثاني: ما لم يشترط، ويسمى: رهن التبرع، والرهن المبتدأ. فالأول، كبعتك داري بكذا على أن ترهنني به عبدك، فقال: اشتريت ورهنت، وقد ذكرنا خلافاً في أنه يتم الرهن بهذا، أم لا بد من قوله بعده: ارتهنت. فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول، كما يقوم الاستيجاب مقامه، وحكي وجه: أنهما إذا شرطا الرهن في نفس البيع، صار مرهوناً من غير استئناف رهن، ويقام التشارط مقام الإيجاب والقبول.

فرع: الشرط في الرهن ضربان: أحدهما: شرط يقتضيه، فلا يضر ذكره في

رهن التبوع، ولا في الرهن المشروط في عقد، كقوله: رهنتك على أن تباع في دينك، أو لا تباع إلا بإذنك، أو يتقدم به على الغرماء. والثاني: ما لا يقتضيه، وهو إما متعلق بمصلحة العقد، كالإشهاد، وإما لا غرض فيه، كقوله: بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، وحكمهما كما سبق في كتاب البيع. وأما غيرهما، وهو نوعان:

أحدهما: تنفع المرتهن ويضر الراهن، كشرط المنافع أو الزوائد للمرتهن، فالشرط باطل، فإن كان رهن تبوع، بطل الرهن أيضاً على الأظهر، وإن كان مشروطاً في بيع، نظر، إن لم يجز جهالة الثمن، بأن شرط في البيع رهنًا على أنه يبقى بعد قضاء الدين محبوساً شهراً، فسد الرهن على الأظهر. وفي فساد البيع القولان فيما إذا شرط عقداً فاسداً في بيع، فإن صححنا البيع، فللبائع الخيار، صح الرهن أم فسد، لأنه وإن صح، لم يسلم له الشرط، وإن جرّ جهالة، بأن شرط في البيع رهنًا تكون منافعه للمرتهن، فالبيع باطل على المذهب. وقيل: هو الذي لا يجز جهالة، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة. فلو قيدها فقال: ويكون منفعتها لي سنة مثلاً، فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وفيه خلاف سبق.

النوع الثاني: ينفع الراهن ويضر المرتهن، كرهنتك بشرط أن لا يباع في الدين، أو لا يباع إلا بعد المحل بشهر أو بأكثر من ثمن المثل، أو برضاي، فالرهن باطل، كذا قطع به الأصحاب. وعن ابن خيران: أنه قال: يجيء في فساده القولان، وهو غريب. والصواب الأول، فلو كان مشروطاً في بيع، عاد القولان في فساده بفساد الرهن، فإن لم يفسد، فللبائع الخيار.

فرع: زوائد المرهون غير مرهونة، فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن تحدث الثمرة أو الولد مرهوناً، لم يصح الشرط على الأظهر. وقيل: قطعاً، لأنه مجهول معدوم، فإن صححنا، ففي إكساب العبد إذا شرط كونها مرهونة وجهان: أحدهما: المنع، لأنها ليست من أجزاء الأصل. وإن أفسدنا، ففي صحة الرهن قولان. فإن كان شرطاً في بيع، وصححنا الشرط، أو أبطلناه وصححنا الرهن، صح البيع، وللبائع الخيار، وإلا ففي صحة البيع قولان. وإذا اختصرت. قلت: فيه أربعة أقوال: أحدها: بطلان الجميع. والثاني: صحة الجميع. والثالث: صحة البيع فقط. والرابع: صحته مع الرهن دون الشرط.

قلت: هذا الرابع، هو المنصوص، كذا قاله في «الشامل». والله أعلم.

فرع: أقرضه بشرط أن يرهن به شيئاً يكون منافعه للمقرض، فالقرض باطل. فلو شرط كون المنافع مرهونة، فالشرط باطل، والقرض صحيح، لأنه لا يجز نفعا وفي صحة الرهن القولان.

فرع: لو قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به، وبالألف الذي لي عليك كذا أو بذلك الألف وحده، فالقرض فاسد. ولو قال المستقرض: أقرضني ألفاً على أن أرهن به، وبالألف القديم، أو بالقديم فقط كذا، فالأصح فساد القرض. ولو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين، أو بالدين رهناً، بطل البيع كما سبق. فلو رهن المستقرض، أو المشتري كما شرط، فإن علم فساد الشرط، نظر، إن رهن بالألف القديم، صح، وإن رهن بهما، لم يصح بالألف الذي فسد قرضه، لأنه لم يملكه، وإنما هو مضمون في يده، والأعيان لا يرهن بها. وفي صحته في الألف القديم قولاً تفريق الصفقة. فإن صح، لم يوزع، بل كله مرهون بالألف القديم، لأن وضع الرهن على وثيق كل بعض من أبعاض الدين بجميع المرهون. فلو تلف الألف الذي فسد قبضه في يده، صار ديناً في ذمته، وصح الرهن بالألفين حينئذ. وإن ظن صحته، فإن رهن بالقديم، فوجهان: قال القاضي: لا يصح، وقال الشيخ أبو محمد وغيره: يصح.

قلت: قول الشيخ أبي محمد، هو الأصح، واختاره الإمام، والغزالي في «البيسط» وزيف الإمام قول القاضي. والله أعلم.

ولو رهن بالألفين وقلنا: الصفقة تفرق، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف. وكذا لو باع بشرط بيع آخر، فأنشأه ظاناً صحة العقد، وقد سبقت هذه الصورة في بابها.

فصل: سبق ذكر الخلاف في دخول الأبنية والأشجار في الرهن تحت اسم الأرض، وفي دخول المغرس تحت رهن الشجرة، والأسس تحت الجدار، خلاف مرتب على البيع، والرهن أولى بالمنع لضعفه. ولا تدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة قطعاً، ولا غير المؤبرة على الأظهر. وقيل: قطعاً. ولا يدخل البناء بين الأشجار تحت رهن الأشجار، وإن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع. وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار فكذلك على المذهب. وقيل: فيه الوجهان كالمغرس. ويدخل في الأشجار، الأغصان، والأوراق، لكن الذي يفصل غالباً، كأغصان الخلاف، وورق الآس، والفرصاد، فيه القولان في الثمرة غير المؤبرة، وفي اندراج الجنين تحت رهن الحيوان خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى. واللبن في الضرع لا يدخل على المذهب، ولا يدخل الصوف على الظهر. وقيل: يدخل قطعاً. وقيل: إن كان قد بلغ أو انجز لم يدخل، وإلا دخل.

فصل: قال: رهنتك هذه الخريطة بما فيها، أو هذا الحق بما فيه، فإن كان ما فيهما معلوماً مرئياً، صح الرهن في الظرف والمظروف، وإلا، لم يصح في المظروف. وفي الخريطة والحق قولاً الصفقة. وأما نصه في «المختصر» على الصحة

في الحق، وعدمها في الخريطة، فسببه أنه فرض المسألة في حق له قيمة تقصد بالرهن، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن، وحينئذ يكون المقصود ما فيها. ولو كان اللفظ مضافاً إلى ما فيهما جميعاً، وكان ما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه، بطل فيهما جميعاً، وفي وجه: يصح فيها وإن كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ. ولو عكست التصوير في الحق والخريطة، كان الحكم يعكس، كما نص عليه بلا فرق. ولو قال: رهنك الظرف دون ما فيه، صح الرهن فيه مهما كان له قيمة. فإن قلت: لأنه إذا أفرد فقد وجه الرهن نحوه، وجعله المقصود. وإن رهن الظرف ولم يتعرض لما فيه نفيًا ولا إثباتًا. فإن كان بحيث يقصد بالرهن وحده، فهو المرهون لا غير، وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول، فهل المرهون الظرف فقط؟ أو مع المظروف؟ وجهان: أحدهما: أولهما. ويجيء على قياسه وجهان إذا لم يكن متمولاً، لأن الرهن ينزل على المظروف أم يلغى.

قلت: قال إمام الحرمين، والغزالي في «السيط» كما ذكرناه في الرهن، يجري مثله في البيع حرفاً حرفاً، فيما إذا قال: بعثك الخريطة بما فيها، أو وحدها، أو الخريطة، لأن مأخذه اللفظ. والله أعلم.

الركن الرابع: العاقدان، فيعتبر فيهما التكليف، لكن الرهن تبرع. فإن صدر من أهل التبرع فيما له، فذاك، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة والاحتياط، فلهن الولي مال الصبي، والمجنون، والمحجور عليه لسفه، وارتهاؤه لهم، مشروطان بالمصلحة والاحتياط، فمن صور الرهن للمصلحة، أن يشتري للطفل ما يساوي مئتين بمئة نسيئة، ويرهن به ما يساوي مئة من ماله، فيجوز لأنه إن لم يعرض تلف، ففيه غبطة ظاهرة. وإن تلف المرهون، كان في المشتري ما يجبره. ولو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على مئة، ترك هذا الشراء، لأنه ربما تلف المرهون. فإن كان مما لا يتلف في العادة كالعقار، فالمذهب أنه لا يجوز. وعن الشيخ أبي محمد ميل إلى جوازه. ومنها إذا وقع نهب أو حريق، وخاف الولي على ماله، فله أن يشتري عقاراً، ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يمكن أدائه في الحال، ولم يبع صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن. ولو اقترض له والحالة هذه، ورهن به، لم يجز، قاله الصيدلاني، لأنه يخاف التلف على ما يقرضه خوفه على ما يرهنه. ولك أن تقول: إن لم يجد من يستودعه، ووجد من يرهنه، والمرهون أكثر قيمة من القرض، وجب أن يجوز رهنه. ومنها أن يقترض له لحاجته إلى النفقة، أو الكسوة، أو لتوفية ما لزمه، أو لإصلاح ضياعه أو مرمتها ارتقاباً لغلتها، أو لانتظار حلول دين له مؤجل، أو نفاق متاعه الكاسد فإن لم يرتقب شيئاً من ذلك، فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض.

وحكي وجه شاذ: أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال، وليس بشيء. وأما الارتهان، فمن صور المصلحة فيه، أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي، فيرتهن به إلى تيسيره. ومنها أن يكون دينه مؤجلاً بأن ورثه كذلك. ومنها أن يبيع الولي ماله مؤجلاً بغبطة، فلا يكتفى بيسار المشتري، بل لا بد من الارتهان بالثمن. وفي «النهاية» إشارة إلى خلاف ذلك، أخذاً من جواز إبطاء ماله. وإذا ارتهن جاز أن يرتهن بجميع الثمن على الصحيح. وفي وجه: يشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً، وإنما يرتهن ويؤجل بالنسيئة للفاضل.

قلت: هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري. وقول الغزالي: إنه مذهب العراقيين، ليس بجيد، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين. وإنما اشتهر الخلاف عندهم، فيما إذا باع ما يساوي مئة نقداً، ومئة وعشرين نسيئة بمئة وعشرين نسيئة، وأخذ بالجميع رهناً، ففيه عندهم وجهان: الصحيح وظاهر النص، وقول أكثرهم: إنه صحيح. قال صاحب «الحاوي»، وشيخه الصيمري، وصاحب «البيان» وآخرون من العراقيين: فإذا جوزنا البيع نسيئة، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً، ويكون الأجل قصيراً: قال واختلفوا في حد الأجل التي لا تجوز الزيادة عليه، فقيل: سنة. وقال الجمهور: لا يتقدر بالسنة، بل يعتبر عرف الناس. ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن، فإن فقد شرط من هذه، بطل البيع، ويلزمه أن يشهد عليه، فإن ترك الإشهاد، ففي بطلان البيع وجهان: والله أعلم.

ومنها أن يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب، ويرتهن به، قال الصيدلاني: والأولى أن لا يرتهن إذا خيف تلف المرهون، لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن، وحيث جاز الرهن، فشرطه أن يرهن عند أمين يجوز إيداعه. وسواء في ذلك كان الولي أباً، أو جدّاً، أو وصياً، أو حاكماً، أو أمينه. لكن حيث جاز الرهن أو الارتهان، جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهما، ويتوليا الطرفين، وليس لغيرهما ذلك، وإذا تولى الأب الطرفين، فقبضه وإقباضه سنذكرهما قريباً في رهن الوديعة عند المودع إن شاء الله تعالى.

فصل: رهن المكاتب وارتهانه، جائزاً بشرط المصلحة والاحتياط، كما ذكرنا في الصبي. وتفصيل صور الارتهان، كما سبق في الصبي. وقيل: لا يجوز أن يستقل بالرهن، وبإذن السيد قولان، تنزيلاً لرهنه منزلة تبرعه. وقيل: لا يجوز استقلاله بالبيع نسيئة بحال، وبإذن السيد القولان.

فصل: المأذون إذا دفع إليه سيده مالاً ليتجر فيه، فهو كالمكاتب إلا في شيئين. أحدهما: أن رهنه أولى بالمنع، لكون الرهن ليس من عقد التجارة. والثاني: له البيع نسيئة بإذن سيده بلا خلاف. فإن قال له: اتجر بجاهك، ولم يدفع إليه مالاً،

فله البيع والشراء في الذمة حالاً ومؤجلاً، وكذا الرهن والارتهان، إذ لا ضرر على سيده. فإن فضل في يده مال، كان كما لو دفع إليه مالا.

قلت: قوله: إن رهنه أولى بالمنع، يعني ما منعناه في المكاتب فهنا أولى، وما لا، فوجهان: وهذا ترتيب الإمام، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبنا «الشامل» و«التهذيب» بأنه كالمكاتب. والله أعلم.

الباب الثاني: في حكم القبض والطوارئ قبله

القبض ركن في لزوم الرهن. ولو رهن ولم يقبض، فله ذلك. فإن كان شرط في بيع، فللبائع الخيار. ثم من صح ارتهانه، صح قبضه. وتجري النيابة في القبض جريانها في العقد، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن، ولا عبده ومدبره، وأم ولده قطعاً، ولا عبده المأذون على أصح الأوجه. وفي الثالث: إن ركبته ديون، صحت استنابته، لانقطاع سلطة السيد عما في يده كالمكاتب، وإلا، فلا، وتصح استنابة المكاتب، لاستقلاله باليد والتصرف.

فصل: صفة القبض هنا في العقار والمنقول، كما سبق في البيع، ويطرد الخلاف في كون التولية في المنقول قبضاً، وعن القاضي: القطع بأنها لا تكفي هنا، لأن القبض مستحق هناك.

فرع: أودع عند رجل مالا، ثم رهنه عنده، فظاهر نصه: أنه لا بد من إذن جديد في القبض، ولو وهبه له، فظاهر نصه: حصول القبض بلا إذن في القبض، ولأصحاب طرق. أصحها: فيهما قولان، أظهرهما: اشتراط الإذن فيهما. والطريق الثاني: تقرير النصين، لأن الرهن توثيق، وهو حاصل بغير القبض، والهبة تمليك، ومقصوده الانتفاع، ولا يتم ذلك إلا بالقبض، فكانت الهبة لمن في يده رضا بالقبض. والثالث باعتبار الأذن فيهما، قاله ابن خيران. وسواء شرط الإذن الجديد، أم لا، فلا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض. لكن إذا شرط الإذن، فهذا الزمان يعتبر من وقت الإذن. وإن لم يشترطه، فمن وقت العقد. وقال حرملة: لا حاجة إلى مضي هذا الزمان، ويلزم العقد بنفسه، والصحيح الأول.

قلت: قوله: قال حرملة معناه: قال حرملة مذهباً لنفسه، لا نقلاً عن الشافعي رحمته الله، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون. وإنما نبهت على هذا، لثلا يغتر بعبارة صاحب «المهذب» فإنها صريحة، أو كالصريحة، في أن حرملة نقله عن الشافعي رحمته الله، فحصل أن المسألة ذات وجهين: لا قولين. والله أعلم.

فعلى الصحيح، إن كان المرهون منقولاً غائباً، اعتبر زمان يمكن المصير فيه

إليه ونقله. وهل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته؟ فيه أوجه: أصحابهما: لا. والثاني: نعم. والثالث: إن كان مما يشك في بقاءه، كالحيوان، فإنه معرض للآفات، اشترط. وإن تيقن بقاءه، فلا، فإن شرطنا الحضور والمشاهدة، فالمذهب أنه لا يشترط مع ذلك نقله، فإن شرطنا النقل، أو المشاهدة، فهل يصح التوكيل فيه؟ فيه وجهان: أصحابهما: الصحة، كابتداء القبض. والثاني: لا، لأن ابتداء القبض له، فليتمّه.

فرع: لو ذهب ليقبضه، فوجده قد ذهب من يده، نظر، إن أذن له في القبض بعد العقد، فله أخذه حيث وجده، وإلا، لم يأخذه حتى يقبضه الراهن، سواء شرطنا الإذن الجديد، أم لا، كذا قاله ابن عبدان، وكأنه صورّه فيما إذا علم خروجه من يده قبل العقد. أما إذا خرج بعده ولم يشترط الإذن الجديد، فقد جعلنا الرهن ممن هو في يده إذنًا في القبض، فليكن كما لو استأنف إذنًا.

فرع: إذا رهن الأب مال الطفل عند نفسه، أو ماله عند الطفل، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض، وجهان: فإن شرطناه، فهو كرهن الوديعة عند المودع، فيعود الخلاف المذكور. وقصد الأب قبضاً وإقباضاً، كالإذن الجديد هناك.

فرع: إذا باع المالك الوديعة، أو العارية ممن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟ وجهان: أصحابهما: نعم. ثم اشتراط المشاهدة والنقل، كما سبق في الرهن والهبة، فعلى هذا، هل يحتاج إلى إذن في القبض؟ نظر، إن كان الثمن حالاً ولم يوفه، لم يحصل على القبض إلا بإذن البائع، فإن وفاه أو كان مؤجلاً، فالمذهب: أنه لا يحتاج إليه، وبهذا قطع الجمهور. وقيل: هو كالرهن، والفرق على المذهب: أن القبض مستحق في البيع، فكفى دوامه.

فرع: إذا رهن المالك ماله عند الغاصب، أو المستعير، أو المستام، أو الوكيل، صح. والقول في افتقار لزومه إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض، وإلى إذن جديد في القبض، على ما ذكرناه في رهن الوديعة عند المودع. وقيل: لا بد في الغصب من إذن قطعاً، لعدم الإذن في أول اليد. وإذا رهن عند الغاصب، لا يبرأ من الضمان، فإن أراد البراءة، رده إلى الراهن، ثم له الاسترداد بحكم الارتهان. فإن امتنع الراهن من قبضه، فله إجباره. ولو أراد الراهن إجبار المرتهن على رده إليه، ثم يرده هو عليه، لم يكن له ذلك على الأصح، وبه قال القاضي، إذ لا غرض له في براءة ذمة المرتهن. وإن أودعه عند الغاصب، برىء على الأصح، لأن مقصود الإيداع، الائتمان، والضمان والأمانة لا يجتمعان، فإنه لو تعدى في الوديعة، لم يبق أميناً، بخلاف الرهن، فإنه يجتمع هو والضمان، فإنه لو تعدى في الرهن، صار

ضامناً وبقي الرهن. والإجارة، والتوكيل، والقراض على المال المغصوب، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءة على المذهب. ولو صرح بإبراء الغاصب من ضمان الغصب، والمال باقٍ في يده، ففي براءته ومصير يده يد أمانة، وجهان أصحهما: لا يبرأ.

قلت: قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ، وصححه البغوي، قال صاحب «الشامل» و«المهذب»: هو ظاهر النص. والله أعلم.

فرع: لو رهن العارية عند المستعير، أو المقبوض بالسوم، أو بشراء فاسد عند قابضه، لم يبرأ على الأصح.

قلت: قال صاحب «الشامل»: إذا رهن العارية عند المستعير، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها. فإن منعه الانتفاع، ففي زوال الضمان وجهان: وقال في «الحاوي»: في بطلان العارية وجهان: أحدهما: لا تبطل، وله الانتفاع. فعلى هذا، يبقى الضمان. والثاني: تبطل العارية، وليس له الانتفاع، ويسقط الضمان. والله أعلم.

فصل: في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض

وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما ينشئه الراهن من التصرفات، فكل مزيل للملك، كالبيع، والإعتاق، والإصداق، وجعله أجرة، والرهن، والهبة مع القبض والكتابة، والوطء مع الإحبال، يكون رجوعاً عن الرهن إذا وُجد قبل القبض. والتزويج، والوطء بلا إحبال، ليس برجوع، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز. وأما الإجارة، فإن جَوَزنا رهن المستأجر وبيعه، فليس برجوع، وإلا، فرجوع على الأصح. والتدبير، رجوع على الصحيح المنصوص.

قلت: قال أصحابنا العراقيون وصاحب «التتمة»: إن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين، لم يكن رجوعاً قطعاً، وإلا فعلى الخلاف والبناء المذكور. والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعاً مطلقاً، ونص عليه في «الأم» وقطع به الشيخ أبو حامد والبغوي. والله أعلم.

النوع الثاني: ما يعرض للمتعاقدَيْن، فإن مات أحدهما قبل القبض، فنص: أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن، وفيهما طرق. أصحها: . فيهما قولان. أظهرهما: لا يبطل فيهما، لأن مصيره إلى اللزوم، فلا يبطل بموتهما كالبيع. والثاني: يبطل، لأنه جائز، فبطل كالوكالة. والطريق الثاني: تقرير النصين، لأن المرهون بعد موت

الراهن، ملك لوارثه. وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم، وفي موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج الى الوثيقة حاجة ميتة. والثالث: القطع بعدم البطلان فيهما. فإذا قلنا بالقولين، فقليل: هما مختصان برهن التبرع. فأما المشروط في بيع، فلا يبطل قطعاً لتأكده. والمذهب: طردهما في النوعين، وبه قال الجمهور. فإذا أبقينا الرهن، قام وارث الراهن مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن في القبض، وسواء أبطلناه أم لا، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط، ثبت الخيار في فسخ البيع. ولو جنّ أحدهما، أو أغمى عليه قبل القبض، فإن قلنا: لا يبطل بالموت، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: فإن لم نبطله، فجن المرتهن، قبض من ينظر في ماله. فإن لم يسلمه الراهن وكان مشروطاً في بيع، فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة. وإن جن الراهن، فإن كان مشروطاً في بيع، وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه، والحظ في الإمضاء، سلمه. وإن لم يخف، أو كان الحظ في الفسخ، أو كان رهن تبرع، لم يسلمه، كذا أطلقوه، ومرادهم: إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة، لأنهما تجوّزان رهن مال المجنون ابتداءً، فلاستدامة أولى. ولو طرأ على أحدهما حجر سفه، أو فلس، لم يبطل على المذهب.

النوع الثالث: ما يعرض في المرهون. فلو رهن عصيراً وأقبضه، فانقلب في يد المرتهن خمرأً، بطل الرهن على الصحيح، وبه قطع الجمهور، لخروجه عن المالّية. وقيل: إن عاد خلاً، بان أن الرهن لم يبطل، وإلا، بان بطلانه، فإن أبطلنا، فلا خيار للمرتهن إن كان مشروطاً في بيع لأنه حدث في يده، فإن عاد خلاً، عاد الرهن على المشهور، كما يعود الملك. ومرادهم ببطلانه أولاً: ارتفاع حكمه ما دام خمرأً، ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية. ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن، فدبغ جلدها، لم يعد رهنأً على الأصح، واختاره الأكثرون، لأن ماليتها حدثت بالمعالجة، بخلاف الخمر، ولأن العائد غير ذلك الملك. ولو انقلب خمرأً قبل القبض، ففي بطلانه البطلان الكلي، وجهان: أحدهما: نعم، لاختلاله في حال ضعف الرهن، وعدم لزومه. والثاني: لا، كما بعد القبض. ومقتضى كلامهم، ترجيح هذا.

قلت: قد قطع صاحبنا «الشامل» و«البيان» بالأول، ولكن الثاني أصح، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

قال في «التهذيب» وعلى الوجهين لو كان مشروطاً في بيع، ثبت الخيار للمرتهن، لأن الخلّ دون العصير. ولا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل وعاد خلاً، فعلى الوجه الثاني: لا بد من استئناف قبض، وعلى الأول: لا بد من استئناف عقد، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهنه ما هو في يده.

فرع: لو انقلب المبيع خمرًا قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وعَوْدِهِ إِذَا عاد خلًّا على ما ذكرناه في انقلاب العصير المرهون خمرًا بعد القبض.

قلت: هذا هو المذهب، وبه قال الأكثرون، وقطع جماعة من العراقيين، منهم صاحب «الشامل» بأنه يبطل البيع، وفرَّقوا بينه وبين الرهن بعد القبض، بأن الرهن عاد تبعاً للملك الراهن، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري. والله أعلم.

ولو جنى المرهون قبل القبض، وتعلّق برقبته أرش، وقلنا: رهن الجاني ابتداءً فاسد، ففي بطلان الرهن وجهان: كتخمر العصير، وهنا أولى بعدم البطلان، لدوام الملك في الجاني. قال الإمام: وإباق المرهون قبل القبض يخرج على وجهين: لأنه انتهى إلى حالة تمنع ابتداء الرهن.

قلت: أصحهما: لا يبطل، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

فصل: في تخلُّل الخمر وتخليلها

الخمر نوعان:

أحدهما: محترمة، وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلًّا، وإنما كانت محترمة، لأن اتخاذ الخل جائز بالإجماع، ولا ينقلب العصير إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة، فلو لم يحترم وأريق في تلك الحال، لتعدّر اتخاذ الخل.

النوع الثاني: غير محترمة، وهي التي اتخذ عصيرها للخمرية. ثم في النوعين مسائل:

إحداها: تخليل الخمر بطرح العصير، أو الملح، أو الخل، أو الخبز الحارّ، أو غيرها فيها حرام. والخل الحاصل منها نجس لعتين. إحداهما: تحريم التخليل. والثانية: نجاسة المطروح بالملاقاة، فتستمر نجاسته، إذ لا مزيل لها، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهرًا، بخلاف أجزاء الدّن. ثم سواء في هذا الخمر المحترمة وغيرها، والمطروح قصدًا، أو اتفاقًا، كاللقاء الريح. وفي وجه: يجوز تخليل المحترمة. وفي وجه: تطهر إذا طرح بغير قصد. والصحيح: الأول. ولو طرح في العصير بصلًا، أو ملحًا، واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد، فوجهان: أحدهما: يطهر، لأنه لا قاه في حال طهارته كأجزاء الدّن. وأصحهما: لا، لأن المطروح تنجس بالتخمر، فيستمر، بخلاف أجزاء الدّن للضرورة. ولو طرح العصير على الخل، وكان العصير غالباً يغمر الخل عند الاشتداد، ففي طهارته إذا انقلب خلًّا هذان الوجهان. ولو كان الخل غالباً يمنع العصير من الاشتداد، فلا بأس.

المسألة الثانية: إمساك المحترمة لتصير خلًّا، جائز، وغير المحترمة يجب

إراقتها. فلو لم يرقها فتخللت، طهرت، لأن النجاسة والتحريم للشدة، وقد زالت، وحكي وجه: أنه لو أمسك غير المحترمة فتخللت، لم تطهر. وحكى الإمام عن بعض الخلافيين: أنه لا يجوز إمساك المحترمة، بل طريقه أن يعرض عن العصير إلى أن يصير خلاً، فإن اتفق رؤيته إياه خمراً، أراقه، وهذان شاذان منكران.

فرع: متى عادت الطهارة بالتخلل، طهرت أجزاء الظرف للضرورة، وعن الداركي: إن لم يتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير، طهر، وإلا، فلا، والصواب المعروف: الطهارة مطلقاً. وكما يطهر ما يلاقي الخل بعد التخلل، يطهر ما فوقه مما أصابه الخمر في حال الغليان، قاله القاضي حسين، وأبو الربيع الإيلافي.

قلت: هو بكسر الهمزة، وبالياء المثناة تحت، وبالقف منسوب إلى إيلاق، وهي ناحية من بلاد الشاش، واسم أبي الربيع هذا: طاهر بن عبد الله، إمام جليل، من أصحاب القفال المروزي، وأبي إسحاق الأسفراييني. والله أعلم.

الثالثة لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس وعكسه، أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة، طهرت على الأصح، وقال أبو سهل الصعلوكي: لا تطهر، والمحترمة أولى بالطهارة.

فرع: عن الشيخ أبي علي، خلاف في صحة بيع الخمر المحترمة، بناءً على الخلاف في طهارتها، وقد سبق في الطهارة. وإذا استحالت أجواف حبات العناقيد خمراً، ففي بيعها اعتماداً على طهارة ظاهرها، وتوقع طهارة باطنها، وجهان: وطردوهما في البيضة المستحيل باطنها دماً، والصحيح: المنع.

الباب الثالث: في حكم المرهون بعد القبض

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في جانب الراهن، وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين، كالبيع والهبة ونحوهما. ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن، وهو الرهن عند غيره، ومن كل تصرف ينقص المرهون، أو يقلل الرغبة فيه، كالتزويج.

قلت: فلو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين، فالنكاح باطل، صرح به القاضي أبو الطيب، لأنه ممنوع منه، وقياساً على البيع. والله أعلم.

وأما الإجارة، فإن كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل انقضاء مدتها، بطلت الإجارة على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: إن جوزنا بيع المستأجر، صحت، وإلا فلا، وقال في «التممة»: تبطل في قدر الأجل. وفي الزائد قولاً تفريق الصفة. ولم يفصل الجمهور، بل أطلقوا القول بالبطلان. وإن كان الأجل يحل بعد انقضاء

مدة الإجارة أو معها، صحت قطعاً. فإن حل قبل انقضائها بموت الراهن، فوجهان: أحدهما: تنفسخ الإجارة رعاية لحق المرتهن، لأنه أسبق، ويضارب المستأجر بالأجرة المدفوعة مع الغرماء. والثاني وهو اختيار ابن القطان: أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الإجارة، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفي المعتدة حق السكنى جمعاً بين الحقين. وعلى هذا، يضارب المرتهن بدينه في الحال. فإذا انقضت المدة وبيع المرهون، قضى باقي دينه. فإن فضل شيء، فللغرماء. هذا كله إذا أجر لغير المرتهن. فلو أجره، جاز ولا يبطل الرهن، وكذا لو كان مستأجره فرهته عنده، جاز. فلو كانت الإجارة قبل تسليم الرهن، ثم سلمه عنهما جميعاً، جاز. ولو سلم عن الرهن، وقع عنهما جميعاً، لأن القبض في الإجارة مستحق. ولو سلم عن الإجارة، لم يحصل قبض الرهن. وما قدمناه من منع الراهن من البيع وسائر التصرفات. والحكم بإبطالها، هو الجديد المشهور. وعلى القديم المجوز وقف العقود: تكون هذه التصرفات موقوفة على الفكك وعدمه، ومال الإمام إلى تخريجها على الخلاف في بيع المفلس ماله، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا أعتق الراهن المرهون، ففي تنفيذه ثلاثة أقوال: أظهرها: الثالث، وهو إن كان موسراً، نفذ، وإلا، فلا، فإن قلنا: لا ينفذ، فالرهن بحاله، فلو انفك ببراء أو غيره، فقولان: أو وجهان: أحدهما: لا ينفذ، لأنه أعتق وهو لا يملك إعتاقه، فأشبهه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه، ثم زال حجره. وقطع جماعة بالنفوذ. وإن بيع في الدين ثم ملكه، لم يعتق على المذهب. وقيل: على الخلاف. وإن قلنا: ينفذ مطلقاً، لزم الراهن قيمته يوم الإعتاق، فإن كان موسراً، أخذت في الحال، وجعلت رهناً مكانه، وإلا، أمهل إلى اليسار، فإذا أيسر، أخذت وجعلت رهناً إن لم يحل الدين، وإن حل، طولب به، ولا معنى للرهن، كذا قاله العراقيون. ولك أن تقول: كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال، وقد يكون بال مؤجل، فكذا قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً وإن حل الحق إلى تيسر الاستيفاء. قال الإمام: ومهما بذل القيمة على قصد الغرم، صارت رهناً ولا حاجة إلى عقد مستأنف، والاعتبار بقصد المؤدي. ومتى كان موسراً، وقلنا: ينفذ مطلقاً، أو من الموسر، ففي وقت نفوذه طريقان. أحدهما: على الأقوال في وقت نفوذ عتق نصيب شريكه. ففي قول: يتعجل. وفي قول: يتأخر إلى دفع القيمة. وفي قول: يتوقف. فإذا غرم، أسندنا العتق تبيناً. والطريق الثاني، وهو المذهب: القطع بنفوذه في الحال. والفرق: أن العتق هناك يسري إلى ملك غيره، فلا يزول إلا بقبضه قيمته، وهنا يصادف ملكه.

قلت: قوله: إذا كان موسراً، ففيه طريقان، إشارة إلى أن المعسر إذا نفذنا

عتقه، يعتق في الحال بلا خلاف، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد، وصاحب «الشامل» وغيرهما. والله أعلم.

فرع: لو علق عتقه بفكاك الرهن، نفذ عند الفكاك، إذ لا ضرر على المرتهن. وإن علق بصفة أخرى، فإن وجدت قبل فكاك الرهن، ففيه أقوال التنجيز. وإن وجدت بعده، نفذ على الأصح.

فرع: لو رهن نصف العبد ثم أعتق نصفه، فإن أضاف العتق إلى النصف المرهون، ففيه الأقوال: وإن أضافه إلى النصف الآخر، أو أطلق، عتق ما ليس بمرهون، ويسري إلى المرهون إن نفذنا إعتاقه، وكذا إن لم ننفذه على الأصح لأنه يسري إلى ملك غيره، فملكه أولى. وعلى هذا، يفرق بين الموسر والمعسر على الأصح، حكاه الإمام عن المحققين، وجزم في «التتمة» بأن لا فرق لأنه ملكه.

قلت: إذا أعتق المرهون عن كفارته، أجزأه إن قلنا: ينفذ إعتاقه. وإن أعتقه عن كفارة غيره، فلا يعتق، لأنه بيع، قاله القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم.

فرع: وقف المرهون، باطل على المذهب. وقيل: على الأقوال: وقال في «التتمة» إن قلنا: لا يحتاج إلى القبول، فكالعتق، وإلا فباطل.

فصل: ليس للراهن وطء المرهونة بكرًا كانت أو ثيبًا، عزل، أم لا. وفي وجه ضعيف: يجوز وطء ثيب لا تحبل لصغر، أو إياس، ووطء الحامل من الزنا، ولكن وطء الحامل من الزنا، مكروه مطلقاً.

قلت: وفي وجه: يحرم. والله أعلم.

فلو خالف فوطئ، فلا حد ولا مهر، وعليه أرش البكارة إن افتضاها. فإن شاء جعله رهناً، وإن شاء قضاه من الدين، فإن أولدها، فالولد نسيب حر، ولا قيمة عليه، وفي مصيرها أم ولد أقوال العتق، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر، لقوة الإحبال. وقيل: عكسه، لأن العتق أقوى من جهة، فإنه تنجز به الحرية، بخلاف الاستيلاء. وقيل: هما سواء. وإن شئت قلت: فيه ثلاثة طرق، القطع بالنفوذ، وعدمه، وأصحها: وهو الثالث: طرد الأقوال، فإن نفذ بالاستيلاء، لزمه القيمة، والحكم على ما سبق في العتق، وإلا، فالرهن بحاله. فلو حل الحق وهي حامل، لم يجز بيعها على الأصح، لأنها حامل بحرّ. وإذا ولدت لا تباع حتى تسقي الولد اللبن، ونجد مرضعاً خوفاً من أن يسافر بها المشتري، فيهلك الولد، فإذا وجدت المرضع، بيعت الأم، ولا يبالي بالتفريق بينها وبين الولد للضرورة. ثم إن استغرقها الدين، بيعت كلها، وإلا فيباع قدر الدين وإن أفضى التشقيص إلى نقصان رعاية لحق الاستيلاء، فإن لم يوجد من يشتري البعض، بيع الجميع للضرورة، وإذا بيع بقدر

الدين، انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاء فيه، وتكون النفقة على المشتري والمستولد بحسب النصيين، ويكون الكسب بينهما. ومتى عادت الى ملكه بعد بيعها في الدين، نفذ الاستيلاء على الأظهر. وقيل: قطعاً. ولو انفك رهنها من غير بيع، نفذ الاستيلاء على المذهب. وقيل: هو كما لو بيعت ثم ملكها. وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للمرتهن، وإنما تباع في الحق للضرورة، وهذا معنى قول الأئمة: الاستيلاء ثابت في حق الراهن. وإنما الخلاف في ثبوته في حق المرتهن.

فرع: لو ماتت هذه الجارية بالولادة. وقلنا: الاستيلاء لا ينفذ، لزمه قيمتها على الصحيح، فتكون رهنًا مكانها. ولو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة، وجبت قيمتها على الصحيح. ولو كانت حرة، لم تجب الدية على الأصح، لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة، لأن الوطء استيلاء عليها، والعلوق من آثاره، فأدمننا الاستيلاء كالمُحرم إذا نَفَرَ صيداً وبقي نفاره الى الهلاك بالتعثر وغيره. والحرّة لا تدخل تحت الاستيلاء. ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة، فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة، لم يجب الضمان على الأظهر، لأن الولادة غير مضافة إليه، لقطع النسب. ولو ماتت زوجته من الولادة، لم يجب الضمان بلا خلاف، لتولده من مستحق. وحيث أوجبنا ضمان الحرّة، فهو الدية على عاقلته. وحيث أوجبنا القيمة، وجب قيمتها يوم الإحبال على الأصح، لأنه سبب التلف، كما لو جرح عبداً قيمته مئة، فبقي زمناً حتى مات وقيّمته عشرة، لزمه مئة. والوجه الثاني: تجب قيمتها يوم الموت، لأنه وقت التلف. والثالث: يجب أكثرهما، كالغصب. ولو لم تمت، ونقصت بالولادة، لزمه الأرش. فإن شاء جعله رهنًا معها، وإن شاء صرفه في قضاء الدين.

فصل: للراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالمرتهن، كسكنى الدار، وركوب الدابة، واستكساب العبد، ولبس الثوب، وإلا إذا نقص باللبس، وإنزاء الفحل، إلا إذا نقص قيمته. والإنزاء على الأنثى، إن كان الدين يحل قبل ظهور الحمل، أو تلد قبل حلوله. فإن كان يحل بعد ظهوره وقبل الولادة، فإن قلنا: الحمل لا يعرف، جاز أيضاً، لأنها تباع مع الحمل. وإن قلنا: يعرف وهو الأظهر، لم يجز، لأنه لا يمكن بيعها دون الحمل، وهو غير مرهون. وليس له البناء في الأرض المرهونة، ولا الغراس، وفي وجه: يجوز إن كان الدين مؤجلاً، والصحيح: المنع. والزرع إن نقص قيمة الأرض لاستيفاء قوّتها، ممنوع. وإن لم ينقص وكان بحيث يحصد قبل حلول الأجل، فلا منع. فلو تأخر الإدراك لعارض، ترك إلى الإدراك. وإن كان بحيث يحصد بعد الحلول، أو كان الدين حالاً، منع على المشهور، لأنه تقلُّ الرغبة في

المزروعة. وفي قول: لا منع، ويجبر على القطع عند المحل إن لم يف قيمتها مزروعة دون الزرع بالدين. ولو غرس أو بنى حيث منعناه، لم يقلع قبل حلول الأجل على الصحيح، فلعله يقضي الدين من غيره. وأما بعد حلول الأجل والحاجة إلى البيع، فيقلع إن لم تف قيمة الأرض بدينه، وزادت بالقلع. فلو صار الراهن محجوراً عليه بالإفلاس، ففي القلع وجهان: بخلاف ما لو نبت النخل من نوى حملة السيل، حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة، لأننا منعناه هنا.

فصل: اليد على المرهون، مستحقة للمرتهن لأنها مقصود التوثق. فما لا منفعة فيه مع بقاء عينه، كالنقود والحبوب، لا تُزال يد المرتهن عنه. وأما غيره، فإن أمكن تحصيل الغرض مع بقاءه في يد المرتهن، تعيّن فعله جمعاً بين الحقين، وإنما تُزال يده عند اشتداد الحاجة إليه. فإن كان العبد مكتسباً وتيسر استكسابه هناك، لم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب. فإن أراد الاستخدام أو الركوب أو غيرهما من الانتفاع المحجوج إلى إخراجهم من يده، ففي قول قديم: لا يخرج، والمشهور: أنه يخرج. ثم إن استوفى تلك المنافع بإعارة لعدل، أو إجارة بشرطها السابق، فله ذلك. وإن أراد استيفاءها بنفسه، قال في «الأم»: له ذلك، ومنعه في القديم، فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده. والثاني: على غيره. وقال آخرون: هما قولان مطلقا، وهذا أصح.

قلت: المذهب: جوازه مطلقاً. والله أعلم.

وفرع الإمام والغزالي على الجواز: أنه إن وثق المرتهن بالتسليم، فذاك، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع، فإن كان موثقاً به عند الناس، مشهور العدالة، لم يكلف الإشهاد في كل أخذة على الأصح. فإن كان المرهون جارية، فأراد أخذها للاستخدام، لم يمكن منه، إلا إذا أمن غشيانه، بأن كان محرماً، أو ثقة وله أهل. ثم إن كان له إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدوم استيفاءها، فذاك. وإن كانت تستوفى في بعض الأوقات، كالركوب، والاستخدام، استوفى نهاراً، ورُدَّ إلى المرتهن ليلاً.

فرع: ليس للراهن المسافرة به بحال وإن قُصر سفره، لما فيه من الخطر. ولهذا منع زوج الأمة من السفر بها. وإنما جاز لسيدها السفر بها لحقه المتعلق بالرقبة، ولئلا يمتنع من تزويجها، ويجوز للحر السفر بزوجه الحرة.

فرع: كلام الغزالي يدل على أنه لا ينتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهن خدمته، ولم يتعرض الأكثر لذلك. ومقتضى كلامهم: أن له الاستخدام مع إمكان الاستكساب.

قلت: كلام الغزالي، محمول على موافقة الأصحاب، وقد ذكرت تأويله في شرح «الوسيط». والله أعلم.

فرع: لا تُزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع، لأن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض، وملك الراهن مستقر. وهل يُستكسب في يده للمشتري، أم تُعطل منافعه؟ فيه خلاف للأصحاب.

قلت: الأرجح: استكسابه. والله أعلم.

فرع: التصرفات التي منع بها الراهن لحق المرتهن، إذا أذن فيها، نفذت. فإن أذن في الوطاء، حل، فإن لم تُحبل، فالمرهون والرهن بحاله. وإن أحبل، أو أعتق، أو باع بالإذن، نفذت وبطل الرهن، وله الرجوع عن الإذن قبل تصرف الراهن. وإذا رجع، فالتصرف بعده تصرف بلا إذن. ولو أذن في الهبة والإقباض، ورجع قبل الإقباض، صح وامتنع الإقباض. ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار، فرجع المرتهن، لم يصح رجوعه على الأصح، لأن البيع مبني على اللزوم. ولو رجع عن الإذن ولم يعلم الراهن، فتصرف لم ينفذ على الأصح. ومتى أحبل، أو أعتق، أو باع وادعى الإذن، فالقول قول المرتهن مع يمينه. فإن حلف، فتصرفه بغير إذن. وإن نكل، فحلف الراهن، فهو كالتصرف بالإذن. فإن نكل الراهن، ففي رد اليمين على الجارية والعبد، طريقتان. أحدهما: على القولين في الرد على الغرماء إذا نكل الوارث. وأصحهما: القطع بالرد، لأن الغرماء يثبتون الحق ابتداء للميت، وهذان يثبتان لأنفسهما. ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن، حلفوا على نفي العلم. ولو اختلف المرتهن وورثة الراهن، حلفوا يمين الرد على البت. وفي ثبوت إذن المرتهن برجل وإمرأتين، وجهان حكاهما ابن كج، القياس: المنع، كالوكالة.

فرع: لو حصل عند المرهونة ولد، فقال الراهن: وطئتها بإذنك فأنت بهذا الولد مني وهي أم ولد، فقال المرتهن: بل هو من زوج أو زنى، فالقول قول الراهن بلا يمين، لأنه إذا أقر بكون الولد منه، لم يقبل رجوعه، فلا يحلف، وإنما يقبل قوله بشرط أن يسلم له المرتهن أربعة أشياء، وهي: الإذن في الوطاء، وأنه وطئ، وأنها ولدت، وأنها مضت مدة إمكان الولد منه. فإن أنكر واحداً من الأربعة، فالقول قوله، لأن الأصل عدمه. وفي وجه: القول قول الراهن في الوطاء، ولو لم يتعرض المرتهن لهذه الأشياء منعاً وتسليماً، واقتصر على إنكار الاستيلاد، فالقول قوله، وعلى الراهن إثبات هذه الأشياء.

فرع: لو أعتق أو وهب بإذن المرتهن، بطل حقه من الرهن، سواء كان دينه

حالاً أو مؤجلاً، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه. ولو باع بإذنه والدين مؤجلاً، فكذا. وإن كان حالاً، قضى حقه من ثمنه، وحمل إذنه المطلق على البيع لغرضه. ولو أذن بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه، فقولان: سواء كان الدين حالاً، أو مؤجلاً. أظهرهما: يبطل الإذن والبيع. والثاني: يصحان، ويلزم الراهن الوفاء بالشرط. ولو أذن في الإعتاق بشرط جعل القيمة رهناً، أو في الوطاء بهذا الشرط، إن أحبل، ففيه القولان. ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل حقه من ثمنه وهو مؤجل، فالصحيح المنصوص: فساد البيع والإذن، لفساد الشرط. وفي قول مخرج: يصحان، ويجعل الثمن رهناً مكانه. ولو اختلفا فقال المرتهن: أذنت بشرط أن ترهن الثمن، فقال الراهن: بل أذنت مطلقاً، فالقول قول المرتهن. ثم إن كان الاختلاف قبل البيع، فليس له البيع. وإن كان بعده، وحلف المرتهن، فإن صححنا الإذن، فعلى الراهن رهن الثمن، وإلا، فإن صدق المشتري المرتهن، فالبيع باطل ويبقى مرهوناً. وإن كذبه، نظر، إن أنكر أصل الرهن، حلف، وعلى الراهن أن يرهن قيمته، وإن أقر بكونه مرهوناً، وادعى مثل ما ادعاه الراهن، فعليه رد المبيع ويمين المرتهن حجة عليه. قال الشيخ أبو حامد: ولو أقام المرتهن بينة أنه كان مرهوناً، فهو كإقرار المشتري به.

فرع: منقول عن «الأم»

لو أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون، فهلك في الضرب، فلا ضمان، لأنه تولد من مأذون فيه، كما لو أذن في الوطاء وأحبل. ولو قال: أدّبه، فضربه فهلك، لزمه الضمان.

فصل: الديون التي على الميت، تتعلق بتركته قطعاً. وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر، أن هذا يتعلق لا يمنع الإرث على الصحيح. فعلى هذا، في كفيته قولان، ويقال: وجهان: أحدهما: كتعلق الأرض برقبة الجاني. وأظهرهما: كتعلق الدين بالمرهون، لأن الشارع إنما أثبت هذا يتعلق نظراً للميت، لتبرأ ذمته، فاللائق به، أن لا يسلط الوارث عليه. فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر، لم يصح قطعاً، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون. ويجيء في الإعتاق خلاف، فإن كان موسراً، نفذ في وجهه، بناءً على تعلق الأرض، ولا ينفذ في وجهه، بناءً على تعلق المرهون. وفي وجهه: هما موقوفان. فإن قضى الدين، تبيناً نفوذهما، وإلا، فلا. ولا فرق بين كون الدين مستغرقاً للتركة، أو أقل منها على الأصح على قياس المرهون. والثاني: إن كان الدين أقل، نفذ تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين، لأن الحجر في

مال كثير لشيء حقير، بعيد. وإذا حكمنا ببطلان تصرف الوارث، فلم يكن على التركة دين ظاهر، فتصرف، ثم ظهر دين، بأن كان باع شيئاً وأكل ثمنه، فرد بالعيب، ولزم رد الثمن، أو سقط ساقط في بئر كان احتفرها عدواناً، فوجهان: أحدهما: تبين فساد التصرف لتقدم سبب الدين، فألحق بالمقارن. وأصحهما: لا يفسد. فعلى هذا، إن أدى الوارث الدين، وإلا، فوجهان: أحدهما: يفسخ ذلك التصرف ليصل إلى المستحق حقه. والثاني: لا، بل يطالب الوارث بالدين، ويجعل كالضامن، وللوارث على كل حال أن يمسك عين التركة ويؤدّي الدين من خالص ماله. ولو كان الدين أكثر من التركة، فقال الوارث: أخذها بقيمتها، وأراد الغرماء بيعها لتوقع زيادة راغب، أيهما يجاب؟ وجهان: أحدهما: الوارث. وفي تعلق حق الغرماء بزوائد التركة، كالكسب والنتاج، خلاف مبني على أن الدين يمنع الإرث، أم لا؟ إن منع، تعلق، وإلا، فلا.

قلت: سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها، ففيه الخلاف السابق، وسواء علم الوارث بالدين المقارن، أم لا، قاله الشيخ نصر المقدسي، لأن ما يتعلق بحقوق الأدميين، لا يختلف به. والله أعلم.

الطرف الثاني: في جانب المرتهن، وهو مستحق لليد بعد لزوم الرهن، ولا تزال يده إلا للانتفاع كما سبق، ثم يرد إليه ليلاً، وإن كان العبد ممن يعمل ليلاً كالحارس، رد إليه نهائياً. ولو شرطاً في الابتداء وضعه في يد ثالث، جاز. فإن شرطاً عند إثنين، ونصاً على أن لكل واحد منهما الإنفراد بالحفظ، أو على أن يحفظاه معاً في حرز، اتبع الشرط. وإن أطلقناه، فوجهان: أحدهما: ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ. كما لو أوصى إلى رجلين، أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما. والثاني: يجوز الانفراد لثلاث يشق عليهما، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما، فذاك، وإن تنازعا والرهن مما ينقسم، قسم وحفظ كل واحد نصفه، وإلا حفظ هذا مدة، وهذا مدة. ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني، فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه، ففي جوازه وجهان:

قلت: قطع صاحب «التهذيب» بأنه لا يجوز. والله أعلم.

فرع: إذا أراد الذي وضعه عنده الرد، رده إليهما، أو إلى وكيلهما، فإن كانا غائبين ولا وكيل، فهو كردّ الوديعة، وسيأتي إن شاء الله تعالى. وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر، فإن فعل ضمن واسترد منه إن كان باقياً، وإن تلف في يد المدفوع إليه، نظر، إن دفعه إلى الراهن، رجع المرتهن بكامل قيمته وإن زادت على

حقه، ليكون رهناً مكانه، ويغرم من شاء من العدل والراهن، والقرار على الراهن، وإن دفعه إلى المرتهن، ضمناً، والقرار على المرتهن، فإن كان الدين حالاً وهو من جنس القيمة، جاء الكلام في التفاضل، وإن غصب المرتهن الرهن من يد العدل، ضمن. فلو رده إليه براء. وقيل: لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك، أو بإذن جديد للعدل في أخذه، والصحيح: الأول. وكذا الحكم لو غصب الوديعة من المودع، أو العين المستأجرة من المستأجر، أو المرهونة من المرتهن، ثم رد إليهم. ولو غصب اللقطة من الملتقط، ثم رد إليه، لم يبرأ. ولو غصب من المستعير أو المستام، ثم رده إليه، فوجهان: لأنهما مأذونان من جهة المالك، لكنهما ضامنان.

فرع: لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن إلى يد عدل آخر، جاز، وإن طلبه أحدهما، لا يجاب، إلا أن يتغير حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ، أو تحدث بينه وبين أحدهما عداوة، ويطلب نقله، فينقل آخر يتفقان عليه، فإن تشاحاً، وضعه الحاكم عند من يراه. ولو كان من وضعه عنده فاسقاً في الابتداء، فزاد فسقاً، فهو كما لو حدث فسقه. وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه. ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله، أو مات، كان للراهن نقله على الصحيح، وفي وجه: لا تزال يد ورثته، لكن إذا لم يرض بيدهم، ضم القاضي إليهم مشرفاً.

فرع: إذا ادعى العدل هلاك الرهن في يده، أو رده، فالقول قوله مع يمينه، كالمودع. ولو أتلّف الرهن عمداً، أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر. ولو أتلّفه مخطئاً، أو أتلّفه غيره، أخذت القيمة ووضعت عنده، كذا قاله الأكثر، وذهب الإمام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد. وقياسه، أن يقال: لو كان في يد المرتهن، فأتلّف وأخذ بدله، كان للراهن أن لا يرضى بيده في البدل.

فصل: المرتهن يستحق بيع المرهون عند الحاجة، ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء، وإنما يبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن، فلو لم يأذن المرتهن وأراد الراهن بيعه، قال له القاضي: ائذن في بيعه وخذ حقه من ثمنه، أو أبرئه. وإن طلب المرتهن بيعه، وأبى الراهن، ولم يقض الدين، أجبره القاضي على قضائه، أو البيع، إما بنفسه، أو وكيله، فإن أصر، باعه الحاكم. ولو كان الراهن غائباً، أثبت الحال عند الحاكم لبيعه. فإن لم يكن له بينة، أو لم يكن في البلد حاكم، فله بيعه بنفسه كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة.

فرع: لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه، فباع في غيبة الراهن، فوجهان: أحدهما: يصح البيع كما لو أذن له في بيع غيره. وأصحهما: لا، لأنه يبيعه لغرض نفسه، فيتهم في الاستعجال وترك النظر. وإن باعه بحضوره، صح على الصحيح،

وهو ظاهر النص لعدم التهمة. وقيل: لا يصح، لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه، فعلى هذا، لا يصح توكيله ببيعه أصلاً، ويتفرع عليه، أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع، فالبيع باطل. وإن كان رهن تبرع، فعلى القولين في الشرط الفاسد النافع للمرتهن أنه هل يبطل الرهن؟ ولو قال للمرتهن: بع المرهون، واستوف الثمن لي، ثم استوفه لنفسك، صح البيع، والاستيفاء للراهن، ولا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدانة اليد والإمساك، فلا بد من وزن جديد، أو كيل جديد، كما هو شأن القبض في المقدرات. ثم إذا استوفاه لنفسه بعد ذلك بكيل أو وزن، ففي صحته وجهان ذكرناهما في نظائرهما في البيع، لاتحاد القابض والمقبض. فإن صححنا، برئت ذمة الراهن من الدين، والمستوفى من ضمانه. وإن أبطلنا وهو الأصح، لم يبرأ الراهن، ويدخل المستوفى في ضمانه، لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان.

قلت: دخوله في ضمانه، يكون بعد قبضه لنفسه، فأما قبله، فهو في يده أمانة بلا خلاف. وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل، فالأمانة مستمرة، صرح به الإمام والغزالي في «السيط» وغيرهما. ولو قبضه لنفسه بفعل من غير وكيل ولا وزن، دخل في ضمانه، لأنه قبض فاسد، فله في الضمان حكم الصحيح. والله أعلم.

ولو كانت الصيغة: ثم أمسكه لنفسك، فلا بد من إحداث فعل على الأصح. وعلى الثاني: يكفي مجرد الإمساك. ولو قال: بعه لي واستوف الثمن لنفسك، صح البيع، ولم يصح استيفاء الثمن، لأنه ما لم يصح القبض للراهن، لا يتصور القبض لنفسه، وهنا بمجرد قبضه يصير مضموناً عليه. ولو قال: بعه لنفسك، فقولان: أظهرهما: أن الإذن باطل، ولا يتمكن من البيع، لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه. والثاني: يصح اكتفاء بقوله: بعه، وإلغاءً للباقي، ولأن السابق إلى الفهم منه، الأمر بالبيع لغرضه بالتوصل إلى دينه. ولو أطلق وقال: بعه، ولم يقل: لي، ولا لنفسك، فوجهان: أحدهما: صحة البيع، كما لو قال لأجنبي: بعه. والثاني: المنع لعلتين. إحداهما: أن البيع مستحق للمرتهن، فكأنه قال: بعه لنفسك. والثانية: التهمة كما سبق. وعلى العلتين، لو كان الثمن مؤجلاً وقال: بعه، صح، لانتفاءهما. وإن قال: بعه واستوف حقك من ثمنه، جاءت التهمة. وإن قدر له الثمن، لم يصح البيع على العلة الأولى، ويصح على الثانية، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع.

فرع: إذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة، كإذن الراهن للمرتهن، وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني.

فرع: إذا وضع الرهن عند عدل، وشرطاً أن يبيعه عند المحل، جاز، وهل يشترط تجديد إذن الراهن؟ وجهان: أصحهما: لا، لأن الأصل بقاؤه. وأما المرتهن، فقال العراقيون: يشترط مراجعته قطعاً، لأن البيع لإيصاله حقه إذا طالب، فليستأذن، فربما أمهل، وربما أبرأ. وعكسه الإمام فقال: لا خلاف أنه لا يراجع، لأن غرضه توفية الحق، بخلاف الراهن، فإنه قد يبقى العين لنفسه.

فرع: لو عزل الراهن العدل قبل البيع، انعزل. ولو عزله المرتهن، فوجهان: أصحهما: لا ينعزل، لأنه وكيل الراهن، فإنه المالك. والثاني: ينعزل، وهو ظاهر النص، كما لو عزله الراهن، لأنه يتصرف لهما، ولا خلاف أنه لو منعه من البيع، لم يبيع، وكذا لو مات أحدهما. وإذا قلنا: لا ينعزل بعزل المرتهن، فجدد له إذناً، جاز البيع، ولم يشترط تجديد توكيل الراهن. قال في «الوسيط»: ومساق هذا، أنه لو عزله الراهن، ثم عاد فوكله، اشترط إذن جديد من المرتهن، ويلزم عليه أن يقال: لا يعتد بإذن المرتهن قبل توكيل الراهن، ولا بإذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي إياه، والكل محتمل.

فرع: إذا باع العدل وأخذ الثمن، فهو أمين، والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن. فلو تلف في يد العدل، ثم خرج الرهن مستحقاً، فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل أو الراهن، والقرار على الراهن. ولو مات الراهن، فأمر الحاكم العدل أو غيره ببيعه فباعه، وتلف الثمن ثم خرج مستحقاً، رجع المشتري في مال الرهن، ولا يكون العدل طريقاً في الضمان على الأصح، لأنه نائب الحاكم، والحاكم لا يضمن. والثاني: يكون كالوكيل والوصي. وإذا ادعى العدل تلف الثمن في يده، قبل قوله مع يمينه. وإن ادعى تسليمه إلى المرتهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه. فإذا حلف، أخذ حقه من الراهن، ورجع الراهن على العدل وإن كان قد أذن له في التسليم. ولو صدّقه الراهن في التسليم، فإن كان أمره بالإشهاد، ضمن العدل بلا خلاف، لتقصيره. وكذا إن لم يأمره على الأصح، لتفريطه. فلو قال: أشهدت ومات شهودي، وصدقه الراهن، فلا ضمان. وإن كذبه، فوجهان سنذكرهما مع نظرهما في باب الضمان إن شاء الله تعالى.

فرع: لو باع العدل بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به، أو بثمان مؤجل، أو بغير نقد البلد، لم يصح. وقيل: يصح بالمؤجل، وهو غلط. ولو سلم المال إلى المشتري، صار ضامناً. فإن كان المبيع باقياً، استرد، وجاز للعدل بيعه بالإذن السابق وإن صار مضموناً عليه. وإذا باعه وأخذ ثمنه، لم يكن الثمن مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه. وإن كان تالفاً، فإن باع بغير نقد البلد، أو بمؤجل، فالراهن بالخيار في

التغريم من شاء من العدل والمشتري كمال قيمته. وكذا إن باع بدون ثمن المثل على الأظهر. وعلى الثاني: إن غرم العدل، حط النقص الذي كان يحتمل في الابتداء للغبن المعتاد. مثاله، ثمن مثله عشرة، ويتغابن فيه بدرهم، فباعه بثمانية، نغرمه تسعة، ونأخذ الدرهم الباقي من المشتري، كذا نقلوه. وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع بغير نقد البلد، وفي المؤجل، وإنما اتفق النص على القولين في الغبن، لأنه يخالف الأمرين الآخرين. ويدل عليه أن صاحب «التهذيب» في آخرين، جعلوا كيفية تغريم الوكيل إذا باع على صفة من هذه الصفات، وسلم المبيع على هذا الخلاف، وسوّوا بين الصور الثلاث. ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وسائر الوكلاء. وعلى كل حال، فالقرار على المشتري، لحصول الهلاك عنده.

فرع: لو قال أحد المتراهنين: بعه بالدراهم، وقال الآخر: بالدنانير، لم يبيع بواحد منهما، فيرفعان الأمر إلى القاضي ليبيع بنقد البلد، ثم إن كان الحق من نقد البلد، وإلا صرف نقد البلد إليه. فلو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن، جاز.

فرع: لو باع بثمن المثل، فزاد راغب قبل التفرق، فليفسخ البيع، وليبعه له. فإن لم يفعل، فوجهان: أحدهما: لا ينفسخ البيع، لأن الزيادة غير موثوق بها، وأصحهما: الانفساخ، لأن المجلس كحال العقد. فعلى هذا، لو بدا للراغب قبل التمكن من بيعه، فالبيع الأول بحاله، وإن كان بعده، بطل، فلا بد من بيع جديد. وفي وجه: إذا بدا له، بأن أن البيع بحاله، وهو ضعيف. ولو لم يفسخ العدل، بل باع الراغب، ففي كونه فسخاً لذلك البيع، ثم في صحته في نفسه، خلاف سبق في البيع، وأشار الإمام إلى أن الوكيل لو باع ثم فسخ البيع، هل يتمكن من البيع مرة أخرى، فيه خلاف. والأمر بالبيع من الراغب هنا، تفريع على أنه يتمكن. أو مفروض فيمن صرح له في الإذن بذلك. وأكثر هذه المسائل، تطرد في جميع الوكالات.

قلت: قوله: فزاد راغب قبل التفرق، فيه نقص، وكان ينبغي أن يقول: قبل انقضاء الخيار، ليعم خيارى المجلس والشرط، فإن حكمها في هذا سواء. صرح به صاحب «الشامل» وغيره. قال أصحابنا: ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار، لزم البيع، ولا أثر للزيادة، لكن يستحب للعدل أن يستقيل المشتري لبيعته بالزيادة للراغب، أو لهذا المشتري إن شاء. والله أعلم.

فصل: مؤنة الرهن التي يبقى بها، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة على الراهن. وفي معناها، سقي الأشجار والكروم، ومؤنة الجداد، وتجفيف الثمار، وأجرة الاصطبل، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به من هو في يده، وأجرة من يرد الآبق، وما أشبه ذلك. وحكى الإمام والمتولي وجهين: في أن

هذه المؤن، هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله، أصحهما: الإجمار، حفظاً للوثيقة. والثاني: عن الشيخ أبي محمد وغيره: لا يجبر؛ بل يبيع القاضي جزءاً منه فيها بحسب الحاجة. وفرع الإمام على هذا، أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل، ألحق في ذلك بما يفسد قبل الأجل، فيباع ويجعل ثمنه رهنًا، وهذا ضعيف، وكذا أصله المفرع عليه. وإذا قلنا بالأصح فلم يكن للراهن شيء، أو لم يكن حاضراً، باع الحاكم جزءاً من المرهون واكترى به بيتاً يحفظ فيه الرهن، كذا قاله الأصحاب. وأما المؤنات الدائرة، فيشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال وترك الجمال المستأجرة، أو عجز عن الإنفاق عليها.

قلت: قال القاضي أبو الطيب: إن قال المرتهن: أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن، أذن له الحاكم. فإن أنفق وأراد أن يكون رهنًا بالنفقة والدين، فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهنًا بالدين والفداء، وقد نص على جوازه، وفيه طريقان تقدما. والمذهب: الصحة. فإن أنفق بغير إذن الحاكم، فإن أمكنه الحاكم، أو لم يمكنه، ولم يشهد، فلا رجوع، وإن أشهد، فوجهان بناءً على هرب الجمال. والله أعلم.

فرع: لا يمنع الراهن مصلحة في المرهون، كفصده وحجامة، وتوديج الدابة وبزغها والمعالجة بالأدوية والمراهم، لكن لا يجبر عليها، بخلاف النفقة. وطرّد صاحب «التتمة» الوجهين في المداواة. ثم إن كانت المداواة مما يرجى نفعه ويؤمن ضرره، فذاك، وإن خيف وغلبت السلامة، فهل للمرتهن منعه؟ وجهان: قلت: أصحهما: لا. والله أعلم.

ويجريان في قطع اليد المتأكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر. فإن كان الخطر في الترك دون القطع، فله القطع، وليس له قطع سلعة وأصبع لا خطر في تركها، إذا خيف ضرر، فإن كان الغالب السلامة، فعلى الخلاف. وله ختان العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء، إن كان يندمل قبل حلول الأجل، لأنه ضروري، والغالب منه السلامة. وإن لم يندمل، وكان فيه نقص، لم يجز. وكذا لو كان به عارض يخاف معه من الختان.

قلت: كذا أطلق أكثر الأصحاب، أو كثيرون منهم، جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير، وصرح المتولي والشيخ نصر، بأنه لا فرق. وقال صاحب «المهذب» ومن تابعه: يمنع من ختان الكبير دون الصغير، لخوف التلف. وهذا ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» ويؤيده، أنهم عدّوا عدم الختان عيباً في الكبير، دون الصغير، كما سبق. والله أعلم.

فرع: له تأبير النخل المرهونة. ولو ازدحمت وقال أهل الخبرة: تحويلها أنفع، جاز تحويلها، وكذا لو رأوا قطع البعض لصالح الأكثر. ثم ما يقطع منها أو يجف، يبقى مرهوناً، بخلاف ما يحدث من السعف ويجف، فإنه غير مرهون، كالشجرة، وما كان ظاهراً منها عند الرهن، قال في «التتمة»: هو مرهون. وقال في «الشامل»: لا فرق.

قلت: قال القاضي أبو الطيب: وما يحصل من الليف، والعراجين والكرب، كالسعف. والكرب بفتح الكاف والراء: أصول السعف. والله أعلم.

فرع: لا يمنع من رعي الماشية وقت الأمن، وتأوي ليلاً إلى يد المرتهن أو العدل. ولو أراد الراهن أن يبعد في طلب النجعة، وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً، فللمرتهن المنع، وإلا، فلا منع، وتأوي إلى يد عدل يتفقان عليه، وإلا، فينصبه الحاكم. وإن أراد المرتهن ذلك، وليس بالقرب ما يكفي، لم يمنع. وكذا لو أراد نقل المتاع من بيت غير محرز إلى محرز. ولو أراد الانتقال من مكانهما، فإن انتقلا إلى أرض واحدة، فذاك، وإلا، جعلت الماشية مع الراهن، ويحتاط ليلاً كما سبق.

فصل: الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يسقط بتلفه شيء من الدين، ولا يلزمه، ضمانه إلا إذا تعدى فيه. وإذا برىء الراهن من الدين بأداء أو إبراء أو حوالة، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يصير مضموناً إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة. وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء، كمن طيرت الريح ثوباً إلى داره، فيعلم المرتهن به، أو يرده، لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة.

فرع: كل عقد اقتضى صحيحه الضمان، فكذلك فاسده. وما لا يقتضي صحيحه الضمان، فكذا فاسده. أما الأول: فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان، فالفاسد أولى. وأما الثاني: فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً.

فرع: لو أعار الراهن المرهون للمرتهن لينتفع به، ضمنه المرتهن، ولو رهنه أرضاً، وأذن له في غراسها بعد شهر، فهي بعد الشهر عارية، غرس، أم لا؟ وقبله أمانة، حتى لو غرس قبله قلع.

فرع: رهنه مالاً على أنه إذا حل الأجل، فهو مبيع له، أو على أنه مبيع له بعد شهر، فالبيع والرهن باطلان، ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع، وبعده مضمون، لأن البيع عقد ضمان. وفي وجه: إنما يصير مضموناً، إذا أمسكه على سبيل الشراء. أما إذا أمسكه على موجب الدين، فلا، والصحيح: الأول. فلو كان أرضاً، فغرس فيها المرتهن، أو بنى قبل وقت البيع، قلع مجاناً، وكذا لو غرس

بعده عالماً بفساد البيع. وإن كان جاهلاً، لم يقلع مجاناً، لوقوعه بإذن المالك وجهله التحريم، فيكون حكمه كما لو غرس المستعير ورجع المعير.

فرع: إذا ادعى المرتهن تلف المرهون في يده، قبل قوله مع يمينه. وإن ادعى رده إلى الراهن، قال العراقيون: القول قول الراهن مع يمينه، لأنه أخذه لمنفعة نفسه، فأشبهه المستعير، بخلاف دعوى التلف، فإنه لا يتعلق بالاختيار، فلا تساعده فيه البينة. قالوا: وكذا حكم المستأجر إذا ادعى الرد، ويقبل قول المودع والوكيل بغير جعل مع يمينهما. لأنهما أمينان متحمضان. وفي الوكيل بجعل. والمضارب والأجير المشترك، إذا لم نضمنه، ذكروا وجهين: أحدهما: يقبل قولهم مع اليمين، لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك، وانتفاعهم بالعمل في العين، لا بالعين، بخلاف المرتهن والمستأجر. وهذه الطريقة، هي طريقة أكثر الأصحاب، لاسيما قدمائهم، وتابعهم الروياني. وقال بعض الخراسانيين من المراززة وغيرهم: كل أمين يصدق في دعوى الرد، كالتلف. فقد اتفقوا في الطرق، على تصديق جميعهم في دعوى التلف. وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافاً فيه، وليس هو كذلك قطعاً.

فرع: لو رهن الغاصب المغصوب عند إنسان، فتلف في يد المرتهن، فللمالك تضمين الغاصب. وفي تضمينه المرتهن، طريقان، قال العراقيون: فيه وجهان: أحدهما: لا، لأن يده يد أمانة. وأصحهما: يضمن، لثبوت يده على ما لم يأتّمه مالكة عليه. فعلى هذا، وجهان: أحدهما: يستقر الضمان عليه، لحصول التلف عنده ونزول التلف منزلة الإتلاف في الغصب. وأصحهما: يرجع على الغاصب لتغيره. والطريق الثاني: القطع بتضمينه وعدم الاستقرار، قاله المراززة ويجري الطريقان في المستأجر من الغاصب، والمستودع، والمضارب، ووكيله في بيعه. وكل هذا إذا جهلوا الغصب، فإن علموا، فهم غاصبون أيضاً، والمستعير منه، والمستام، يطالبان ويستقر عليهما الضمان، لأنها يد ضمان.

فرع: لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتهن، فسد الشرط والرهن، ولا يكون مضموناً عليه لما سبق.

فرع: قال: خذ هذا الكيس واستوف حقه منه، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي منه، فإذا استوفى، كان مضموناً عليه. ولو كان فيه دراهم، فقال: خذه بدراهمك، وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر، أو كانت من أكثر دراهمه، لم يملكه، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد. وإن كانت معلومة وبقدر حقه، ملكه. ولو قال: خذ هذا العبد بحقك، ولم يكن سلفاً، فقبل، ملكه. وإن لم يقبل وأخذه، دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد.

فصل: ليس للمرتتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق، وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية، ومن الانتفاع. فلو وطىء المرهونة بغير إذن الراهن، فكوطء غيرها. فإن ظنها زوجته أو أمته، فلا حد، وعليه المهر، والولد نسيب حر، وعليه قيمته للراهن. وإن لم يظن ذلك، ولم يدع جهلاً، فهو زان يلزمه الحد، كما لو وطىء المستأجر المستأجرة، ويجب المهر إن كانت مكرهة. وإن طاوَعته، فلا على الأصح. وإن ادعى الجهل بالتحريم، لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة عن علماء المسلمين، فيقبل، لدفع الحد. وحكى المسعودي في قبوله لثبوت النسب وحرية الولد والمهر، خلافاً. والأصح: ثبوت الجميع، لأن الشبهة كما تدفع الحد، تثبت النسب والحرية. وإذا سقط الحد، وجب المهر.

وإن وطىء بإذن الراهن، فإن علم أنه حرام، لزمه الحد على الصحيح. وإن ادعى جهل التحريم، فوجهان: أحدهما: لا يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو في معناه. وأصحهما: يقبل مطلقاً، لأنه قد يخفى التحريم مع الإذن. وإذا سقط الحد، سقط المهر إن كانت مطاوعة، وإلا وجب على الأظهر، لسقوط الحد، وقياساً على المفوضة في النكاح. والثاني: لا يجب، لإذن مستحقة، فأشبهه زنا الحرة. فإن أولدها بوطئه، فالولد له نسيب حر، وتجب قيمته على المذهب. وقيل: فيه القولان في المهر، ولا تصير الجارية أم ولد له في الحال. فإن ملكها، فقولان: أظهرهما: لا تصير.

فرع: زعم المرتتهن بعد الوطء أن الراهن كان باعه إياها، أو وهبها له، وأقبضه، وأنكر الراهن، فالقول قول الراهن مع يمينه. فإن حلف، فهي والولد رقيقان له. فإن ملكها المرتتهن، فهي أم ولد له، والولد حر لإقراره. فإن نكل الراهن، فحلف المرتتهن، فهي أم ولد، والولد حر.

فصل: فيما يتعلق به حق الوثيقة

وهي متعلقة بعين المرهون قطعاً. وأما غير العين، فضربان:

أحدهما: بدل العين فلو جنى على المرهون، وأخذ الأرش، وانتقل الرهن إليه، كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل، ويجعل في يد من كان الأصل في يده. وما دام الأرش في ذمة الجاني، هل يحكم بأنه مرهون؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الدين لا يكون رهناً. فإذا تعين، صار مرهوناً، والحالة المتخللة، كتخمر العصير وتخلله بعد. والثاني: نعم، لأنه مال بخلاف الخمر، وإنما يمتنع رهن الدين ابتداءً. قلت: الثاني: أرجح، وبالأول قطع المراوزة. والله أعلم.

والخصم في بدل المرهون، هو الراهن. فلو ترك الخصومة، فهل يخاصم المرتتهن؟ قولان. أظهرهما عند الأصحاب: لا، كذا قاله في «التهذيب».

قلت: وقطع الإمام، والغزالي، بأنه يخاصم. والله أعلم.

وإذا خاصم الراهن، فللمرتتهن حضور خصومته، لتعلق حقه بالمأخوذ. ثم إن أقر الجاني، أو أقام الراهن بينة، أو حلف بعد نكول المدعى عليه، ثبتت الجناية. وإن نكل الراهن، فهل يحلف المرتتهن؟ قولان، كغرماء المفلس إذا نكل.

فرع: إذا ثبتت الجناية، فإن كانت عمداً، فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتتهن. وإن عفا عن القصاص، ثبت المال إن قلنا: مطلق العفو يقتضي المال، وإلا، لم يجب، وهو الأصح، كذا قاله في «التهذيب». وإن عفا على أن لا مال، فإن قلنا: يوجب العمد أحد الأمرين، لم يصح عفو عن المال، وإن قلنا: موجب القود، فإن قلنا: العفو المطلق لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن قلنا: يوجب، فالأصح: أنه لا يجب أيضاً، لأن القتل لم يوجب، وإنما يجب بعفوه، وذلك نوع اكتساب، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتتهن. وإن لم يقبض ولم يعف، فقليل: يجبر على أحدهما. وقيل: إن قلنا: موجب أحد الأمرين، أجبر، وإلا، فلا، لأنه يملك إسقاطه، فتأخيره أولى بأن يملكه.

قلت: ينبغي أن يقال: إن قلنا: إذا عفا على أن لا مال لا يصح، أجبر، وإلا، فلا. والله أعلم.

وإن كانت الجناية خطأً، أو عفا ووجب المال، فعفا عنه، لم يصح عفو على المشهور لحق المرتتهن. وفي قول العفو موقوف، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتتهن، فإن انفك الرهن، رد إلى الجاني، وبان صحة العفو، وإلا بان بطلانه. ولو أراد الراهن المصالحة عن الأرش الواجب على جنس آخر، لم يصح إلا بإذن المرتتهن. وإذا أذن، صح وكان المأخوذ مرهوناً، كذا نقلوه. ولو أبرأ المرتتهن الجاني، لم يصح، لكن لا يسقط حقه من الوثيقة على الأصح، لأنه لم يصح الإبراء، فلا يصح ما تضمنه. كما لو وهب المرهون لرجل.

الضرب الثاني: زوائده، فإن كانت متصلة، كسمن العبد، وكبر الشجرة، تبعت الأصل في الرهن. وإن كانت منفصلة، كالثمرة، والولد، واللبن، والبيض، والصوف، لم يسر إليها الرهن، وكذا الأكساب والمهر، وما أشبه ذلك مما يحدث بعد الرهن. ولو رهن حاملاً، واحتيج إلى بيعها حاملاً، بيعت كذلك في الدين، لأننا إن قلنا: الحمل يعلم، فكأنه رهنهما، وإلا، فقد رهنها والحمل محض صفة. ولو

ولدت قبل البيع، فهل الولد رهن؟ قولان. إن قلنا: الحمل لا يعلم، فلا، وإلا، فنعم. وقيل: قولان، لضعف الرهن عن الإستتباع. فإن قلنا: لا، فقال في ابتداء العقد: رهنها مع حملها، لا يكون مرهوناً على الأصح. ولو جاز ذلك، لجاز إفراجه بالرهن. أما إذا حبلت بعد الرهن، وكانت يوم البيع حاملاً، فإن قلنا: لا يعلم، بيعت، وهو كالسمن، وإلا، فلا يكون مرهوناً، ويتعذر بيعها، لأن استثناء الحمل متعذر، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً وتوزيع الثمن، لأن الحمل لا تعرف قيمته.

فرع: لو رهن نخلة، ثم أطلعت، فطريقان. أحدهما: أن يبيعها مع الطلع، على القولين كالحمل. والثاني: القطع بأن الطلع غير مرهون. فعلى هذا يباع النخل، ويستثنى الطلع، بخلاف الحامل. ولو كانت مطلعة وقت الرهن، ففي دخول الطلع، على ما سبق في الباب الأول. فإن أدخلناه، فكان وقت البيع طلعاً بعد، يبيع مع النخلة، وإن كانت قد أبرت، فطريقان:

أحدهما: على القولين، كما لو ولدت الحامل. والثاني: القطع ببيعه مع النخلة، لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن.

فرع: الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدوثه، وسائر الزوائد، بحالة العقد على الصحيح. وقيل: بحالة القبض، لأن الرهن به يلزم.

فرع: أرش البكارة، وأطراف العبد مرهون لأنهما ليسا من الزوائد، بل بدل جزء.

فرع: ضرب الرجل الجارية المرهونة، فألقت جنيناً ميتاً، لزم الضارب عشر قيمة الأم، ولا يكون مرهوناً، لأنه بدل الولد، فإن دخلها نقص، لم يجب بسببه شيء، ولكن قدر أرش النقص من العشر يكون رهنًا، فإن ألقته حياً ومات، ففيما يلزم الجاني؟ قولان. أظهرهما: قيمة الجنين حياً، وأرش نقصان الأم إن نقصت. فعلى هذا القيمة للراهن، والأرش مرهون. والثاني: أكثر الأمرين من أرش النقص، وقيمة الجنين. فعلى هذا، إن كان الأرش أكثر، فالماخوذ رهن كله. وإن كانت القيمة أكثر، فقدّر الأرش رهن. وأما البهيمة المرهونة، إذا ضربت فألقت جنيناً ميتاً، فلا شيء على الضارب سوى أرش النقص إن نقصت، ويكون رهنًا.

الطرف الثالث: في فك الرهن.

ينفك بأسباب:

أحدها: فسخ المرتهن. والثاني: تلف المرهون بأفة سماوية. إذا جنى المرهون، لم يبطل الرهن بمجرد، بل الجناية ضربان:

أحدهما: يتعلق بأجنبي، فيقدم حق المجني عليه، لأنه متعين في الرقبة. وحق

المرتتهن ثابت في الذمة. فإن اقتصر منه، بطل الرهن. فإن وجب مال، فبيع فيه، بطل أيضاً. حتى لو عاد إلى ملك الراهن، لم يكن رهناً. ولو كان الواجب دون قيمة العبد، بيع بقدره، والباقي رهن. فإن تعذر بيع بعضه، أو نقص بالتبعض، بيع كله، وما فضل عن الأرش يكون رهناً. ولو عفا عن الأرش، أو فداه الراهن، بقي رهناً. وكذا لو فداه المرتتهن. ثم في رجوعه على الراهن، ما سبق في رهن أرض الخراج. هذا كله إذا جنى بغير إذن سيده. فإن أمره السيد بها، فإن لم يكن مميزاً، أو كان أعجباً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمر به، فالجاني هو السيد، وعليه القصاص أو الضمان، ولا يتعلق المال برقبة العبد على الأصح. فإن قلنا: يتعلق، فبيع في الجناية، لزم السيد أن يرهن قيمته مكانه. وإذا جنى مثل هذا العبد، فقال السيد: أنا أمرته بذلك، لم يقبل قوله في حق المجني عليه، بل يباع العبد فيها، وعلى السيد القيمة، لإقراره. وإن كان العبد مميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه، بالغاً كان أو غير بالغ، فهو كما لو لم يأذن السيد إلا أن السيد يأثم.

الضرب الثاني: أن يتعلق بالسيد، وفيه مسائل:

إحداها: إذا جنى على طرف سيده عمداً، فله القصاص. فإن اقتصر، بطل الرهن. وإن عفا على مال، أو كانت الجناية خطأ، فالصحيح: أنه لا يثبت المال، لأن السيد لا يثبت له على عبده مال، فيبقى الرهن كما كان. وقال ابن سريج: يثبت للسيد المال، ويتوصل به إلى فك الرهن.

الثانية: جنى على نفس السيد عمداً، فللوارث القصاص. فإن عفا على مال، أو كانت الجناية خطأ، لم يثبت على الأظهر.

الثالثة: جنى على طرف من يرثه السيد، كأبيه، فله القصاص، وله العفو على مال. ولو جنى خطأ، ثبت المال. فإن مات قبل الاستيفاء، وورثه السيد، فوجهان: أحدهما: عند الصيدلاني والإمام: يسقط بمجرد انتقاله، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين، كما لا يجوز ابتداءه. والثاني وبه قطع العراقيون: لا يسقط، وله بيعه فيه كما كان للمورث.

الرابعة: جنى على نفس المورث عمداً، فللسيد القصاص. فإن عفا على مال، أو كانت خطأ، بني على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً، أم يتلقاها عن المورث. إن قلنا بالأول، لم يثبت، وإلا، فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه وانتقل إليه بالإرث.

الخامسة: قتل عبداً آخر للراهن، نظر، إن لم يكن المقتول مرهوناً، فهو كما لو جنى على السيد. وحكم القن والمدبر وأم الولد سواء. وإن كان مرهوناً أيضاً، فله حالان:

أحدهما: أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن القاتل، فإن قتل عمداً، فللسيد القصاص، ويبطل الرهنان جميعاً، وإن عفا على مال، أو قتل خطأ، وجب المال متعلقاً برقبته لحق المرتهن القاتل. وإن عفا بلا مال، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، وجب المال، ولم يصح العفو إلا برضى المرتهن. وإن قلنا: موجب القود، فإن قلنا: العفو المطلق لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن قلنا: يوجبه، فكذلك على الأصح، وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، ثبت كما لو عفا على مال. وإن قلنا: لا يوجبه، صح العفو، وبطل رهن مرتهن القاتل، وبقي القاتل رهنًا. وعفو المحجور عليه بالفلس، كعفو الراهن، لأن أموال المفلس والمرهون سواء في الحجر. ثم متى وجب المال، نظر، إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها، فوجهان: أحدهما: ينقل القاتل إلى يد مرتهن القاتل، ولا يباع، لأنه لا فائدة فيه، وأصحهما: يباع ويجعل الثمن رهنًا في يده، لأن حقه في مالية العبد، لا في عينه، لأنه قد يرغب راغب بزيادة. وإن كان أقل من قيمة القاتل، فعلى الوجه الأول: ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القاتل. وعلى الثاني: يباع منه بقدر الواجب، ويبقى الباقي رهنًا. فإن تعذر بيع البعض، أو نقص بالتبعض، بيع الجميع، وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل. وإنما يجيء الوجهان، إذا طلب الراهن النقل، ومرتهن القاتل البيع، فأيهما يجاب؟ فيه الوجهان. أما إذا طلب الراهن البيع، ومرتهن القاتل النقل، فالمجاب الراهن، لأنه لا حق للمرتهن المذكور في عينه. ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقتين، فهو المسلوك قطعاً. ولو اتفق الراهن ومرتهن القاتل على النقل، قال الإمام: ليس لمرتهن القاتل المنازعة فيه، وطلب البيع. ومقتضى التعليل السابق، يتوقع راغب أنه له ذلك.

الحال الثاني: أن يكون مرهوناً عند مرتهن القاتل أيضاً. فإن كان العبدان مرهونين بدين واحد، فقد نقصت الوثيقة ولا جابر، كما لو مات أحدهما. وإن كانا مرهونين بدينين، نظر في الدينين، أهما مختلفان حلولاً وتأجيلاً، أم لا؟ فإن اختلفا، فله التوثق لدين القاتل بالقاتل، لأنه إن كان الحال دين المقتول، ففائدته الاستيفاء من ثمنه في الحال. وإن كان دين القاتل، فتحصل الوثيقة بالمؤجل، ويطالب بالحال. وكذا الحكم، لو كانا مؤجلين، وأحد الأجلين أطول. وإن اتفقا في الحلول والتأجيل، نظر، هل بينهما اختلاف قدر، أم لا؟ فإن لم يكن عشرة وعشرة، فإن كان العبدان مختلفي القيمة، وقيمة القاتل أكثر، لم تنقل الوثيقة. وإن كانت قيمة القاتل أكثر، نقل منه قدر قيمة القاتل إلى دين القاتل، وبقي الباقي رهنًا بما كان. وإن كانا سواء في القيمة، بقي القاتل رهنًا بما كان، ولا فائدة في النقل. وإن اختلف قدر الدينين، نظر، إن تساوت قيمة العبدين، أو كان القاتل أكثر قيمة، فإن كان المرهون

بأكثر الدينين هو القتل، فله توثيقه بالقاتل. وإن كان المرهون بأقلهما هو القتل، فلا فائدة في النقل. وإن كان القتل أقلهما قيمة، فإن كان مرهوناً بأقل الدينين، فلا فائدة في النقل. وإن كان بأكثرهما، نقل من القاتل قدر قيمة القتل إلى الدين الآخر. وحيث قلنا: تنقل الوثيقة، فهل يباع ويقام ثمنه مقام القتل، أم يقام عينه مقامه؟ فيه الوجهان السابقان.

فرع: هذا الذي ذكرناه من أقسام اختلاف الدينين، هو المعتبر فقط، كذا قاله الأكثرون. فلو اختلف الدينان في الاستقرار وعدمه، بأن كان أحدهما عوضاً ما يتوقع رده بالعيب، أو صدقاً قبل الدخول، فلا أثر له عند الجمهور. وحكى في «الشامل» عن أبي إسحاق المروزي أنه إن كان القاتل مرهوناً بالمستقر، فلا فائدة في النقل. وإن كان مرهوناً بالآخر، فوجهان وكذا قول الغزالي في «الوسيط»: اختلاف جنس الدينين، كاختلاف القدر، فهو وإن كان متجهاً في المعنى، فمخالف لنص الشافعي رحمته الله والأصحاب كلهم: أنه لا تأثير لاختلاف الجنس.

قلت: المراد باختلاف الجنس، أن يكون أحدهما دنائير، والآخر دراهم، واستويا في المالية بحيث لو قوّم أحدهما بالآخر، لم يزد ولم ينقص. والله أعلم.

فرع: لو تساوى الدينان في الأوصاف، وقلنا: الوثيقة لا تنقل، فقال المرتهن: قد جنى فلا آمنه، فبيعه وضَعُوا ثمنه رهناً مكانه، هل يجاب؟ وجهان.

فرع: لو جنى على مكاتب السيد، فانتقل الحق إليه بموته أو عجزه، فهو كالمنتقل من المورث.

السبب الثالث لانفكاك الرهن: براءة الذمة عن جميع الدين بالقضاء، أو الإبراء، أو الحوالة، أو الإقالة المسقط للثمن المرهون به، أو المسلم فيه المرهون به. ولو اعتاض عن الدين عيناً، انفك الرهن، لتحول الحق من الذمة إلى العين. ثم لو تلفت العين قبل التسليم، بطل الاعتياض، ويعود الرهن كما عاد الدين، ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن، كما أن حق الحبس يبقى ما بقي شيء من الثمن، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال. ولو رهن عبدين وسلم أحدهما، كان المسلم مرهوناً بجميع الدين.

فرع: إنما يتصور انفكاك بعض المرهون بأحد أمور:

أحدها: تعدد العقد، بأن رهن نصف العبد بعشرة، ونصفه الآخر في صفة أخرى.

الثاني: أن يتعدد مستحق الدين، بأن رهنه عند رجلين صفقة واحدة، ثم برىء من دين أحدهما بأداء أو إبراء، انفك الرهن بقسط دينه. وفي وجه: إن اتحدت جهة

دَينيهما، بأن أتلف عليهما مالا، أو ابتاع منهما، لم ينفك شيء بالبراءة عن أحدهما، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهة. والصحيح: الانفكاك مطلقاً.

الثالث: أن يتعدد مَن عليه الدين، بأن رهن رجلان عند رجل، فإذا برىء أحدهما، انفك نصيبه.

الرابع: إذا وكل رجلان رجلاً يرهن عبدهما عند زيد بدينه عليهما، ثم قضى أحد الموكلين دينه، فقليل: قولان. والمذهب: القطع بانفكاك نصيبه، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدد. قال الإمام: لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدد، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه، تعدد الدين. ويخالف هذا، البيع والشراء، حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين، أم بالوكيل؟ لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر.

الخامس: إذا استعار عبداً من مالكيه ليرهنه، فرهنه، ثم أدى نصف الدين، وقصد به الشيوع من غير تخصيص بحصة أحدهما، لم ينفك من الرهن شيء. وإن قصد أداءً عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه، ففي انفكاكه أقوال: ثالثها: أنه إن علم المرتهن أن العبد لمالكين، انفك، وإلا، فلا، حكاه المحاملي وغيره. قال الإمام: ولا نعلم لهذا وجهاً، لأن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين، ولا يختلف ذلك بالجهل والعلم، وإنما أثر الجهل إثبات الخيار. ثم في عيون المسائل، ما يدل على أن الأظهر الانفكاك.

قلت: صرح صاحب «الحاوي» وغيره، بأن الانفكاك أظهر. والله أعلم.

ولو كان لرجلين عبدان متماثلان القيمة، فاستعارهما للرهن، فرهنهما، ثم قضى نصف الدين لينفك أحدهما، فالأصح طرد القولين. وقيل: ينفك قطعاً. وإذا قلنا بالانفكاك، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فللمرتهن الخيار إذا جهل بأنه لمالكين على الأصح. وقيل: الأظهر. ولو استعار من رجلين ورهن عند رجلين، كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً عند الرجلين. فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد من المرتهنين، فعلى القولين. وإن أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما، فله ذلك بلا خلاف. ولو استعار اثنان من واحد، ورهنا عند واحد، ثم قضى أحدهما ما عليه، انفك النصف لتعدد العاقد، هكذا نقلوه.

فرع: قال في «التهذيب»: لو استعار ليرهن عند واحد، فرهن عند اثنين، أو بالعكس، لم يجز. أما في الصورة الأولى، فلعدم الإذن، وأما العكس، فلأنه إذا رهن عند اثنين، ينفك بعض الرهن بأداء دين أحدهما، وإذا رهن عند واحد، لا ينفك شيء إلا بأداء الجميع، ونقل صاحب «التتمة» وغيره الجواز في الطرفين، والأول أصح.

السادس: لو رهن عبداً بمئة، ثم مات عن اثنين، فقضى أحدهما حصته من الدين، ففي انفكاك نصيبه قولان. أظهرهما: لا ينفك، وقطع به جماعة، لأن الرهن صدر أولاً من واحد. ولو مات من عليه دين، وتعلق الدين بتركته، فقضى بعض الورثة نصيبه، قال الإمام: لا يبعد أن يخرج انفكاك نصيبه من التركة على قولين، بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين، وأنكر الباقي، هل على المقر أداء جميع الدين من نصيبه من التركة؟ وعلى هذا البناء، فالأصح الانفكاك، لأن الجديد: أنه لا يلزم أداء جميع الدين مما في يده من التركة ثم الحكم بانفكاك نصيبه، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك. فلو كان الموت مسبوقاً بالمرض، كان التعلق سابقاً على ملك الورثة، فإن للدين أثراً بيناً في الحجر على المريض. فيشبه أن يكون القول في انفكاك نصيبه، كما سبق في الصورة السابقة، ولا فرق بين أن يكون تعلق الدين بالتركة في هذه الصورة، ثابتاً بإقرار الوارث، أو ببينة. وقد قيدها الغزالي، بما إذا ثبت بإقرار الوارث، وصورة المسألة غنية عن هذا القيد، ولم يذكره إمام الحرمين.

قلت: قول الإمام الرافعي: الحكم بالانفكاك، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق... إلى آخره. هذا خلاف مقتضى إطلاق الإمام، والغزالي، والظاهر أن المسألة على إطلاقها، وليست هذه الصورة من الأولى في شيء، لأن الأولى: في انفكاك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت. والثانية: في فك نصيبه من تعلق التركة، وليس للرهن في الثانية وجود، ففي قول: ينفك تعلق الدين بنصيبه، فينفذ تصرفه فيه. وفي قول: لا ينفك التعلق، فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. والله أعلم.

فرع: إذا كان المرهون لمالكين، وانفك نصيب أحدهما بأداء أو إبراء فأراد القسمة، فإن كان مما ينقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، فله أن يقاس المرتهن بإذن شريكه، نص عليه وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كالثياب، والعبيد، قال العراقيون: لا يجاب إليه. وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار، قالوا: لزم الشريك أن يوافقه، وفي المرتهن، وجهان: أحدهما: له الإمتناع لما في القسمة من التبعض وقلة الرغبة، هذا ما ذكره العراقيون في طرقهم. وزاد آخرون، منهم أصحاب القفال، فقالوا: تجوز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق، فإن جعلناها بيعاً، فهو بيع المرهون بغيره، وهو ممتنع. والجمهور أطبقوا على تجوز القسمة هنا، وجعلوا تأثير كونها بيعاً افتقارها إلى إذن المرتهن. ثم إذا جوزنا القسمة، فطريق الطالب أن يراجع الشريك، فإن ساعد، فذاك، وإلا، فيرفع الأمر إلى القاضي ليقسم. وفي وجه: لا حاجة إلى إذن الشريك في المتمثلات، لأن قسمتها إجبار،

والصحيح الأول. ولو قاسم المرتهن وهو مأذون له من جهة المالك، أو الحاكم عند امتناع المالك، جاز، وإلا، فلا. وإذا منعناها فرضي المرتهن، فالمفهوم من كلام الجمهور صحتها. قال الإمام: لا يصح وإن رضي، لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن. فأما في بيعه بما ليس برهن ليصير رهناً، فلا. وهذا إشكال قوي.

قلت: ليس بقوي لمن تأمله، ولا يسلم الحكم الذي ادّعاه، فالمعتمد ما قاله الأصحاب. والله أعلم.

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من الرهن، فعلى التفصيل الذي بيناه. ولو رهن واحد عند اثنين، وقضى نصيب أحدهما، ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي رهناً، ففي اشتراط رضى الذي بقي رهنه ما ذكرنا.

الباب الرابع: في الاختلاف

التنازع في الرهن يفرض في أمور:

الأمر الأول: أصل العقد. فإذا قال: رهنتني، فأنكر المالك، أو رهنتني ثوبك، فقال: بل عبدي. أو بألفين، فقال: بل بألف. أو رهنتني الأرض بأشجارها، فقال: بل وحدها، فالقول قول المالك مع يمينه. ولو قال: رهنتني الأشجار مع الأرض يوم رهن الأرض، فقال: لم تكن هذه الأشجار أو بعضها يوم رهن الأرض، بل أحدثتها بعد، نظر، فإن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن، فالمرتهن كاذب، والقول قول الراهن بلا يمين. وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده، فالراهن كاذب، فإن اعترف في مفاوضاتها أنه رهن الأرض بما فيها، كانت الأشجار مرهونة، ولا حاجة إلى يمين المرتهن، وإن زعم رهن الأرض وحدها، أو ما سوى الأشجار المختلف فيها، واقتصر على نفي الوجود، فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة، فيطالب بجواب دعوى الرهن، فإن أصر على إنكار الوجود، فقد جعل ناكلاً، وردت اليمين على المرتهن. فإن رجع إلى الاعتراف بالوجود، وأنكر رهنها، قبلنا إنكاره، وحلف لجواز صدقه في نفي الرهن.

وإن كان الشجر بحيث يحتمل الوجود يوم رهن الأرض، والحدوث بعده فالقول قول الراهن. فإذا حلف، فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الأحكام، وقد سبق بيانها. هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار الوجود، وهو الصحيح. وفي وجه: لا بد من إنكار الرهن صريحاً. والحكم بتصديق الراهن في هذه الصورة، مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع. فإن اختلفا في رهن مشروط في بيع، تحالفا كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها

فصل: لو ادعى رجل على رجلين أنهما رهناه عبدهما بمئة، وأقبضاه، فأنكرا الرهن، أو الرهن والدين جميعاً، فالقول قولهما مع اليمين. وإن صدقه أحدهما، فنصيبه رهن بخمسين، والقول قول المكذب في نصيبه مع يمينه. فلو شهد المصدق للمدعي على شريك المكذب، قبلت شهادته، فإن شهد معه آخر، وحلف المدعي، ثبت رهن الجميع. ولو زعم كل منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن، وشهد عليه، فوجهان: ويقال: قولان: أحدهما: لا تقبل شهادته، لأن كل واحد يزعم أن صاحبه كاذب ظالم بالجحود. وطعن المشهود له في الشاهد، يمنع قبول شهادته له. وأصحهما: تقبل، وبه قال الأكثرون، لأنه ربما نسيا. فإن تعمدا، فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق. ولهذا، لو تخاصم رجلان في شيء، ثم شهدا في حادثة، قبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم. فعلى هذا، إذا حلف مع كل واحد، أو أقام شاهداً آخر، ثبت رهن الجميع. وقال ابن القطان: الذي شهد أولاً يقبل، دون الآخر، لأنه انتهض خصماً منتقماً.

فرع: ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما وأقبضهما، فإن صدقهما أو كذبهما، لم يخف الحكم. وإن صدق أحدهما، فنصف العبد رهن عنده، ويحلف للآخر. وهل تقبل شهادة المصدق للمكذب؟ قال ابن كج: نعم. وقال الآخرون: لا. وحكى الإمام والغزالي وجهين بناءً على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بابتياح أو غيره، فصدق أحدهما، هل يستبد بالنصف، أم يشاركه الآخر فيه؟ فيه وجهان: إن قلنا: يستبد، قبلت، وإلا، فلا، لأنه متهم. وقال البغوي: إن لم ينكر إلا الرهن، قبل. وإن أنكر الرهن والدين، فحينئذ يفرق بين دعواهما الإرث وغيره. والذي ينبغي أن يفتى به، القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة، والمنع إن اقتضت، لأنه متهم.

فرع: منصوص عليه

ادعى زيد وعمر على ابني بكر، أنهما رهنا عندهما عبدهما المشترك بينهما بمئة، فصدق أحد المدعين، ثبت ما ادعاه، وكان له على كل واحد منهما ربع المئة، ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به. وإن صدق أحد الابنين زیداً، والآخر عمراً، ثبت الرهن في نصف العبد، لكل واحد من المدعين في ربه بربع المئة. فلو شهد أحد الاثنين على أخيه، قبلت. ولو شهد أحد المدعين للآخر، فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية.

فرع: منصوص في المختصر

ادعى رجلان على رجل، فقال كل واحد: رهنني عبدك هذا وأقبضتنيه، فإن

كذبهما، فالقول قوله، ويحلف لكل واحد يميناً. وإن كذب أحدهما، وصدق الآخر، قضى بالرهن للمصدق. وفي تحليفه للمكذب قولان. أظهرهما: لا. فإن قلنا: يحلف، فنكل، فحلف المكذب يمين الرد، ففيما يستفيد بها وجهان: أحدهما: يقضى له بالرهن وينزع من الأول. وأصحهما: يأخذ القيمة من المالك، ليكون رهناً عنده. وإن صدقهما جميعاً، نظر، فإن لم يدعيا سبق، أو ادعاه كل منهما، وقال المدعى عليه: لا أعرف السابق، وصدقه، فوجهان: أحدهما: يقسم بينهما، كما لو تنازعا شيئاً في يد ثالث فاعترف لهما، وأصحهما: يحكم ببطالان العقد، كما لو زوج وليان ولم يعرف السابق. وإن ادعى كل واحد سبق، وأن الراهن عالم بصدقه، فالقول قوله مع يمينه. فإن نكل، ردت اليمين عليهما. فإن حلف أحدهما، قضى له. وإن حلفا، أو نكلا، تعذر معرفة السابق، وعاد الوجهان. وإن صدق أحدهما في سبق، وكذب الآخر، قضى للمصدق. وهل يحلفه المكذب؟ فيه القولان السابقان. وحيث قلنا: مقتضى الصدق، فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب. فإن كان، فقولان: أحدهما: يقضى لصاحب اليد. وأظهرهما: المصدق يقدم، لأن اليد لا دلالة لها على الرهن. ولو كان العبد من أيديهما، فالمصدق مقدم في النصف الذي في يده، وفي النصف الآخر، القولان. والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض، لا العقد. حتى لو صدق هذا في سبق العقد، وهذا في سبق القبض، قدم الثاني.

قلت: ولو قال المدعى عليه: رهنته عند أحدكما، ونسيت، حلف على نفي العلم. فإن نكل، ردت عليهما، فإن حلفا، أو نكلا، انفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق، ونقله الإمام وغيره عن الأصحاب. وخرج وجه: أنه لا ينفسخ، بل يفسخه الحاكم، وبهذا الوجه قطع صاحب «الوسيط»، وهو شاذ ضعيف. وإن حلف الراهن على نفي العلم، تحالفاً على الصحيح، كما لو نكل. وفي وجه: انتهت الخصومة. والله أعلم.

فرع: دفع متاعاً إلى رجل، وأرسله إلى غيره ليستقرض منه للدافع ويرهن المتاع، ففعل، ثم اختلفا، فقال المرسل إليه: استقرض مئة ورهنته بها، وقال المرسل: لم أذن إلا في خمسين، نظر، إن صدق الرسول المرسل، فالمرسل إليه مدّع على المرسل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ، فالقول قولهما في نفي دعواه. وإن صدق المرسل إليه، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل، لأنه مظلوم بزعمه. وإن لم يصدقه، رجع عليه. هكذا ذكره، وفيه إشكال، وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل.

الأمر الثاني: القبض. فإذا تنازعا في قبض المرهون، فإن كان في وقت النزاع في يد الراهن، فالقول قوله مع يمينه. وإن كان في يد المرتهن وقال: قبضته عن الرهن، وأنكر الراهن، فقال: بل غصبته، فالقول قول الراهن على الصحيح. وقيل: قول المرتهن، وهو شاذ ضعيف. وإن قال الراهن: بل قبضته عن جهة أخرى مأذون فيها، بأن قال: أودعته، أو أعرت، أو أكرت، أو أكرته لفلان فأكرهه، فهل القول قول المرتهن، لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، أو قول الراهن، لأن الأصل عدم ما ادعاه؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وهو المنصوص. ويجري مثل هذا التفصيل، فيما إذا اختلف البائع والمشتري، حيث كان للبائع حق الحبس، وصادفنا المبيع في يد المشتري، فادعى البائع أنه أعاره، أو أودعه، لكن الأصح هنا حصول القبض، لقوة يده بالملك. وهذا تفريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والإيداع، وفيه خلاف سبق.

ولو صدقه الراهن في إذنه في القبض على جهة الرهن، ولكن قال: رجعت قبل قبضك، فالقول قول المرتهن في عدم الرجوع، لأن الأصل عدمه. ولو قال الراهن: لم يقبضه بعد، وقال المرتهن: قبضته، فمن كان المرهون في يده منهما، فالقول قوله باتفاق الأصحاب، وعليه حملوا النصين المختلفين في «الأم».

فرع: إقرار الراهن بإقباض المرهون، مقبول ملزم، لكن بشرط الإمكان. حتى لو قال: رهنه اليوم داري بالشام، وأقبضته إياها وهما بمكة، فهو لاغ. ولو قامت البينة على إقراره بالإقباض في موضع الإمكان، فقال: لم يكن إقراري عن حقيقة، فحلّفوه أنه قبض، نظر، إن ذكر لإقراره تأويلاً، بأن قال: كنت أقبضته بالقول، وظننت أنه يكفي قبضاً، أو وقع إليّ كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوراً، أو قال: أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض، فله تحليفه. وإن لم يذكر تأويلاً، فوجهان: أحدهما: عند العراقيين: يحلّفه، وبه قال: ابن خيران وغيره، وهو ظاهر النص. وأصحهما: عند المراوزة: لا، وبه قال أبو إسحاق.

قلت: طريقة العراقيين أفقه وأصح. والله أعلم.

وقد حكى في «الوسيط» وجهاً: أنه لا يحلّفه مطلقاً وإن ذكر تأويلاً. وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب. ولو لم يقم بينة على إقراره، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه، فوجهان: قال القفال: لا يحلّفه وإن ذكر تأويلاً، لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق. وقال غيره: لا فرق، لشمول الإمكان. ولو شهد الشهود على نفس القبض، فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره، فقال: ما أقرت، لأنه تكذيب للشهود.

فرع: لو كان الرهن مشروطاً في بيع، فقال المشتري: أقبضت، ثم تلف الرهن، فلا خيار لك في البيع، وأقام على إقراره بالقبض حجة، فأراد المرتهن تحليفه، فهو كما ذكرنا في إقرار الرهن وطلب الراهن يمين المرتهن. ويقاس على هذا، ما إذا قامت بينة بإقراره لزيد بألف، فقال: إنما أقررت وأشهدت ليقرضني، ثم لم يقرضني، وكذا سائر نظائرها.

الأمر الثالث: الجناية، وهي ضربان:

الضرب الأول: جنى على العبد المرهون، فأقر رجل أنه الجاني، فإن صدقه المتراهنان أو كذباه، لم يخف حكمه. وإن صدقه الراهن فقط، أخذ الأرش وفاز به، فليس للمرتهن التوثق به. وإن صدقه المرتهن فقط، أخذ الأرش وكان مرهوناً. فإن قضى الدين من غيره، أو أبرأه المرتهن، فالأصح: أنه يرد الأرش إلى المقر. والثاني: يجعل في بيت المال، لأنه مال ضائع لا يدعيه أحد.

الضرب الثاني: جناية المرهون، والنزاع في جنائته، يقع تارة بعد لزوم الرهن، وتارة قبله.

الحال الأول: بعده، فإذا أقر المرتهن بأنه جنى، ووافقه العبد أم لا، فالقول قول الراهن مع يمينه. وإذا بيع في دين المرتهن، لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره السابق. ولو أقر الراهن بجنائته، وأنكر المرتهن، فالقول قوله. وإذا بيع في الدين، فلا شيء للمقر له على الراهن. وحكى ابن كج وجهاً: أنه يقبل إقرار الراهن، ويباع العبد في الجناية، ويغرم الراهن للمرتهن.

الحال الثاني: تنازعا في جنائته قبل لزوم الرهن، فأقر الراهن بأنه كان ألتف مالا، أو جنى جناية توجب المال، فإن لم يعين المجني عليه، أو عينه فلم يصدقه، أو لم يدع ذلك، فالرهن مستمر بحاله. وإن عينه وادعاه المجني عليه، نظر، إن صدقه المرتهن، بيع في الجناية، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع. وإن كذبه، فقولان: أظههما: لا يقبل قول الراهن، صيانة لحق المرتهن. والثاني: يقبل، لأنه مالك. ويجري القولان فيما لو قال: كنت غصبته، أو اشتريته شراءً فاسداً، أو بعته، أو وهبته وأقبضته وأعتقته. ولا حاجة في صورة العتق إلى تصديق العبد ودعواه، بخلاف المقر له في باقي الصور. وفي الإقرار بالعتق قول ثالث: أنه إن كان موسراً، نفذ، وإلا، فلا، كالإعتاق. ونقل الإمام هذا القول في جميع هذه الصور. فإن قلنا: لا يقبل إقرار الراهن، فالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه، ويحلف على نفي العلم بالجناية. وإذا حلف واستمر الرهن، فهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ قولان. قال الأئمة. أظههما: يغرم كما لو قبله، لأنه حال بينه وبين

حقه، وهما كالقولين فيمن أقر بالدار لزيد، ثم لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ ويعبر عنهما بقولي الغرم للحيلولة، لأنه بإقراره الأول حال بين من أقر له ثانياً وبين حقه. فإن قلنا: يغرم، طوّل في الحال إن كان موسراً. وإن كان معسراً، فإذا أيسر.

وفيما يغرم للمجني عليه؟ طريقان. أحدهما: على قولين. أظهرهما: الأقل من قيمته وأرش الجناية. وثانيهما: الأرش بالغاً ما بلغ. والطريق الثاني وهو المذهب وبه قال الأكثرون: يغرم الأقل قطعاً، كأم الولد، لامتناع البيع، بخلاف القن. وإذا قلنا: لا يغرم الراهن، فإن بيع في الدين، فلا شيء عليه. لكن لو ملكه، لزمه تسليمه في الجناية، وكذا لو انفك رهنه. هذا كله إذا حلف المرتهن، فإن نكل، فعلى من ترد اليمين؟ قولان. ويقال: وجهان: أحدهما: على الراهن، لأنه مالك العبد، والخصومة تجري بينه وبين المرتهن. وأظهرهما: على المجني عليه، لأن الحق له، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً. فإذا حلف المردود عليه منهما، بيع العبد في الجناية، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه، لأن فواته حصل بنكوله. ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته، بيع كله، وإلا فبقدر الأرش. وهل يكون الباقي رهناً؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن اليمين المردودة كالبينة، أو كالإقرار بأنه كان جانباً في الابتداء، فلا يصح رهن شيء منه.

وإذا رددنا على الراهن، فنكل، فهل يرد على المجني عليه؟ قولان. ويقال: وجهان: أحدهما: نعم لأن الحق له. وأصحهما: لا، لأن اليمين لا ترد مرة بعد أخرى. فعلى هذا، نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن. وهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ فيه القولان. وإن رددناه على المجني عليه فنكل، قال الشيخ أبو محمد: تسقط دعواه، وانتهت الخصومة. وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه. وإذا لم ترد، لا يغرم له الراهن، قولاً واحداً، وتحال الحيلولة على نكوله، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة، وهو أن الراهن لا يقبل إقراره. فإن قبلناه، فهل يحلف، أم يقبل بلا يمين؟ قولان، أو وجهان: أحدهما: لا يحلف، لأن اليمين للزجر ليرجع الكاذب. وهنا لا يقبل رجوعه. وأصحهما عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه: يحلف لحق المرتهن، ويحلف على البت. وسواء حلفناه، أم لا، فيباع العبد في الجناية كله أو بعضه على ما سبق، وللمرتهن الخيار في فسخ البيع. وإن نكل، حلف المرتهن، لأننا إنما حلفنا الراهن لحقه.

وفي فائدة حلفه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره. أظهرهما: أن فائدته: تقدير الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات. والثاني: فائدته: أن يغرم الراهن قيمته، ليكون رهناً مكانه، ويباع العبد في الجناية بإقرار الراهن. فإن قلنا بالأول،

فهل يغرم الراهن للمقرّر له لكونه حال بنكوله بينه وبين حقه؟ فيه القولان السابقان. وإن قلنا بالثاني، فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع؟ وجهان: أحدهما: نعم، لفوات العين المشروطة. والثاني: لا، لحصول الوثيقة بالقيمة. وإن نكل المرتهن، بيع العبد في الجناية، ولا خيار له في فسخ البيع، ولا غرم على الراهن. وجميع ما ذكرناه مبني على أن رهن الجاني لا يصح، فإن صححناه، فقليل: يقبل إقراره قطعاً، فيغرم المجني عليه، ويستمر الرهن. وقال آخرون: بطرد القولين. ووجه المنع: أنه يحل بلزوم الرهن، لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تغريم الراهن.

فرع: لو أقر السيد عليه بجناية توجب القصاص، لم يقبل إقراره على العبد، فلو قال، ثم عفا على مال، فهو كما لو أقر بما يوجب المال.

فرع: لو أقر بالعتق وقلنا: لا يقبل، فالمذهب والمنصوص: أنه يجعل كإنشاء الإعتاق. وفيه الأقوال، لأن من ملك إنشاء أمر، قبل إقراره به. ونقل الإمام في نفوذه وجهين: مع قولنا: ينفذ الإنشاء.

فرع: رهن الجارية الموطوءة جائز، ولا يمنع من التصرف، لاحتمال الحمل. فإذا رهن جارية، فأنت بولد، فإن كان الانفصال لدون ستة أشهر من الوطء، أو لأكثر من أربع سنين، فالرهن بحاله، والولد مملوك له، لأنه لا يلحق به. وإن كان لسته أشهر فأكثر إلى أربع سنين، فقال الراهن: هذا الولد مني، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن، فإن صدقه المرتهن، أو قامت بينة، فهي أم ولد له، والرهن باطل، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه رهنها. وإن كذبه ولا بينة، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاء، قولان، كإقراره بالعتق ونظائره، والتفريع كما سبق. وعلى كل حال، فالولد حر ثابت النسب عند الإمكان. ولو لم يصادف ولداً في الحال، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن، ففيه التفصيل السابق والخلاف، وحيث قلنا: يحلف المجني عليه، تحلف المستولدة، فإنها في مرتبته، وفي العتق يحلف العبد.

قلت: ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن، فإن لم ينفذ استيلاذه، لم يقبل إقراره، وإلا، ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق، أحدهما: يقبل. والله أعلم.

فرع: لو باع عبداً، ثم أقر بأنه كان غصبه، أو باعه، أو اشتراه شراءً فاسداً، لم يقبل قوله، لأنه أقر في ملك الغير، وهو مردود ظاهراً، ويخالف إقرار الراهن فإنه في ملكه. وقيل بطرد الخلاف، والمذهب: الأول. وعلى هذا، فالقول قول المشتري. فإن نكل فهل الرد على المدعي، أم على المقر البائع؟ قولان. ولو أجّر عبداً، ثم قال: كنت بعته، أو أجرته، أو أعتقته، ففيه الخلاف المذكور في الرهن،

كبقاء الملك. ولو كاتبه، ثم أقر بما لا يصح معه كتابة، قال ابن كج: فيه الخلاف. وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يقبل، لأن المكاتب كمن زال ملكه عنه.

الأمر الرابع: ما يفك به الرهن. فإذا أذن المرتهن في بيع الرهن، فباع الراهن، ورجع المرتهن عن الإذن، ثم اختلفا، فقال: رجعت قبل البيع، فلم يصح، وبقي رهناً كما كان، وقال الراهن: بل رجعت بعده، فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين، وقيل: قول الراهن. وقال في «التهذيب»: إن قال الراهن أولاً: تصرفت بإذنك، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله، فالقول قول الراهن. وإن قال: رجعت، ثم قال الراهن: كنت بعث قبل رجوعك، فالقول قول المرتهن. ولو أنكر الراهن أصل الرجوع، فالقول قوله مع يمينه.

فصل: عليه دينان، أحدهما حالاً، وبه رهن، أو كفيل، أو هو ثمن مبيع محبوس به، فسلم إليه ألفاً، وقال: أعطيتك عنه، وقال القابض: بل عن الدين الآخر، فالقول قول الدافع، سواء اختلفا في نيته أو لفظه. قال الأئمة: فالاعتبار في أداء الدين، بقصد المؤدي. حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده، ونوى من عليه الدين أداء الدين برئت ذمته، وصار المدفوع ملكاً للقابض.

فرع: كان عليه دينان، فأدى عن أحدهما بعينه، وقع عنه. وإن ادعى عنهما، قسط عليهما. وإن لم يقصد في الحال شيئاً، فوجهان: أحدهما: يراجع، فيصرفه إليهما أو إلى ما شاء منهما. والثاني: يقع عنهما. وعلى هذا تردد الصيقلاني في حكايته، أنه يوزع عليهما بالتسوية، أم بالتقسيم؟ وعلى هذا القياس نظائر المسألة، كما إذا تباع مشركان درهماً بدرهمين، وسلم الزيادة من التزامها، ثم أسلما، فإن قصد تسليمه عن الزيادة، لزمه الأصل، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه. وإن قصد تسليمه عنهما، وزّع عليهما، وسقط ما بقي من الزيادة. وإن لم يقصد شيئاً، ففيه الوجهان. ولو كان لزيد عليه مئة، ولعمرو مثلها، فوكلا وكيلاً بالاستيفاء، فدفعت المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمرو، فذاك، وإن أطلق، فعلى الوجهين. ولو قال: خذه وادفعه إلى فلان، أو إليهما، فهذا توكيل منه بالأداء، وله التغيير ما لم يصل إلى المستحق.

قلت: هذا الذي ذكره، اقتصر على الأصح. فقد قال إمام الحرمين: إذا قال من عليه الدين لهذا الوكيل: خذ الألف وادفعه إلى فلان، فوجهان: أفقهما أنه بالقبض ينعزل عن وكالة المستحق، وصار وكيلاً للمديون. والثاني: يبقى وكيلاً للأول. فعلى هذا، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير، فمن ضمان صاحب الدين وقد برىء الدافع. وعلى الأول: هو من ضمان الدافع، والدين باقٍ عليه. وإن قصر

الوكيل، فعليه الضمان. وأيهما يطالبه؟ فيه الوجهان. قال الإمام: ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول، بل مجرد قوله: ادفع إلى فلان، فيه الوجهان. والله أعلم.

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مئة، وكل واحد منهما مئة، فإن قصدهما أو أحدهما، فهو لما قصد. وإن أطلق، فعلى الوجهين. وإن اختلفا فقال المبرىء: أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل، فقال المديون: بل عن الآخر، فالقول قول المبرىء مع يمينه.

فصل: اختلفا في قَدَم عيب المرهون وحدوثه، فقد سبق بيانه في «كتاب البيع». ولو رهنه عصيراً، ثم بعد قبضه اختلفا، فقال المرتهن: قبضته وقد تخمر، فلي الخيار في فسخ البيع المشروط، وقال الراهن: بل صار عندك خمراً، فالأظهر: أن القول قول الراهن، لأن الأصل بقاء لزوم البيع. والثاني: قول المرتهن، لأن الأصل عدم قبض صحيح. ولو زعم المرتهن أنه كان خمراً يوم العقد، وكان شرطه في البيع شرط رهن فاسد، فقل بطرد القولين. وقيل: القول قول المرتهن قطعاً. ولو سلم العبد المشروط رهنه ملتفاً بثوب، ثم وجد ميتاً، فقال الراهن: مات عندك، فقال: بل أعطيتني ميتاً، فأيهما يقبل؟ فيه القولان. ولو اشترى مائعاً، وجاء بظرف فصبه البائع فيه، فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: كانت في ظرفك، وقال المشتري: قبضته وفيه الفأرة، ففيمن يصدق؟ القولان. ولو زعم المشتري كونها فيه حال البيع، فهذا اختلاف في جريان العقد صحيحاً، أم فاسداً؟ وقد سبق بيانه.

فصل: ليس للراهن أن يقول: أحضر المرهون وأنا أقضي دينك من مالي، بل لا يلزمه الإحضار بعد قضائه، وإنما عليه التمكين كالمودع. والإحضار، وما يحتاج إليه من مؤنة على رب المال. ولو احتيج إلى بيعه في الدين، فمؤنة الإحضار على الراهن.

قلت: قال صاحب «المعایة»: إذا رهن شيئاً ولم يشترط جعله في يد عدل، أو المرتهن، فإن كان جارية، صح قطعاً، وكذا غيرها على الصحيح. والفرق أنها لا تكون في يد المرتهن، وغيرها قد يكون، فيتنازعان. قال أصحابنا: لو كان بالمرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات، أو حدث به عيب في يده، لم يكن له فسخ البيع المشروط فيه، كما لو جرى ذلك في يد المشتري، وليس له أن يطالب بالأرث ليكون مرهوناً، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. قال القاضي: ولو رهن عبيدين، وسلم أحدهما فمات في يد المرتهن، وامتنع الراهن من تسليم الآخر، لم يكن له خيار في فسخ البيع لأنه لم يمكنه رده على حاله. والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب التَّفْلِيسِ

التفليس في اللغة: النداء على المفلس، وشهره بصفة الإفلاس. وأما في الشرع، فقال الأئمة: المفلس: مَنْ عليه ديون لا يفي بها ماله. ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي سنذكرها إن شاء الله تعالى. وإذا حجر عليه، ثبت حكمَان. أحدهما: تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر بالغرماء، ولا تراحمها الديون الحادثة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. والثاني: أن مَنْ وَجَدَ عند المفلس عين ماله، كان أحق به من غيره. فلو مات مفلساً قبل الحجر عليه، تعلقت الديون بتركته كما سبق في الرهن. ولا فرق في ذلك بين المفلس وغيره، ولكن يثبت الحكم الثاني، ويكون موته مفلساً كالحجر عليه. ولو كان مال الميت وافياً بديونه، فالصحيح: أنه لا يرجع في عين المبيع، كما في حال الحياة، لتيسر الثمن. وقال الإصطخري: يرجع.

واعلم أن التعلق المانع من التصرف، يفتقر إلى حجر القاضي عليه قطعاً. وكذا الرجوع إلى عين المبيع. هذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب تعريضاً و تصريحاً. وقد يشعر بعض كلامهم بالاستغناء فيه عن حجر القاضي، ولكن المعتمد الأول.

فصل: يحجر القاضي على المفلس بالتماس الغرماء الحجر عليه بالديون الحالة الزائدة على قدر ماله، فهذه قيود:

القيد الأول: الالتماس، فلا بد منه. فليس للقاضي الحجر بغير التماس، لأن الحق لهم. فلو كانت الديون لمجانين، أو صبيان، أو محجور عليه بسفه، حجر لمصلحتهم بلا التماس، ولا يحجر لدين الغائبين، لأنه لا يستوفي مالهم في الذمم، إنما يحفظ أعيان أموالهم.

قلت: وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوّزة للحجر، وجب على الحاكم الحجر، صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب، وأصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البسيط» وآخرين. وإنما نبهت عليه، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا: «فللقاضي الحجر»، وليس مرادهم أنه مخير فيه. والله أعلم.

القيد الثاني: كون الالتماس من الغرماء، فلو التمس بعضهم ودَيْنه قدر يجوز

الحجر به، حجر، وإلا، فلا، على الأصح. وإذا حجر، لا يختص أثره بالملتمس، بل يعمهم كلهم.

قلت: أطلق أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب»: أنه إذا عجز ماله عن ديونه، فطلب الحجر بعض الغرماء، حجر، ولم يعتبروا قدر دين الطالب، وهذا قوي. والله أعلم.

ولو لم يلتمس أحد عنهم، والتمسه المفلس، حجر على الأصح، لأن له غرضاً.

القيد الثالث: كون الدين حالاً، فلا حجر بالمؤجل وإن لم يف المالك به، لأنه لا مطالبة في الحال. فإن كان بعضه حالاً، فإن كان قادراً يجوز الحجر له حجر وإلا، فلا.

فرع: إذا حجر عليه بالفلس، لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور، لأن الأجل حق مقصود له، فلا يفوت. وفي قول: يحل كالموت. فعلى هذا القول، لو لم يكن عليه إلا مؤجل، هل يحجر عليه؟ وجهان: الصحيح: لا. ولو جن وعليه مؤجل، حل على المشهور. فإن قلنا بالحلول، قسم المال بين أصحاب هذه الديون. وأصحاب الحالة من الابتداء، كما لو مات. وإن كان في المؤجل ثمن متاع موجود عند المفلس، فلبائع الرجوع إلى عينه، كما لو كان حالاً في الابتداء. وفي وجه: أن فائدة الحلول، أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه، فيحفظه إلى مضي المدة. فإن وجد وفاءً، فذاك، وإلا فحينئذ يفسخ. وقيل: لا فسخ حينئذ أيضاً. بل لو باع بمؤجل وحل الأجل، ثم أفلس المشتري وحجر عليه، فليس للبائع الفسخ والرجوع. والأول: أصح. وإن قلنا بعدم الحلول، بيع ماله، وقسم على أصحاب الحال، ولا يدخر لأصحاب المؤجل شيء، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب المؤجل، كما لا يحجر به ابتداءً. وهل تدخل في البيع الأمتعة المشتراة بمؤجل؟ وجهان: أحدهما: نعم، كسائر أمواله، وليس لبائعها تعلق بها، لأنه لا مطالبة في الحال على هذا. فإن لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الأجل، ففي جواز الفسخ الآن وجهان:

قلت: أحدهما: الجواز، قاله في «الوجيز». والله أعلم.

والوجه الثاني: لا تباع، فإنها كالمرهونة بحقوق بائعها، بل توقف إلى انقضاء الأجل، فإن انقضى والحجر باقٍ، ثبت حق الفسخ. وإن فك، فكذلك، ولا حاجة إلى إعادة الحجر على الصحيح، بل عزلها وانتظار الأجل كبقاء الحجر بالإضافة إلى المبيع.

القيد الرابع: كون الديون زائدة على أمواله. فلو كانت مساوية والرجل كسوب ينفق من كسبه، فلا حجر. وإن ظهرت أمارات الإفلاس، بأن لم يكن كسوباً، وكان ينفق من ماله، أو لم يف كسبه بنفقته، فوجهان: أحدهما: عند العراقيين: لا حجر، واختار الإمام الحجر. ويجري الوجهان، فيما إذا كانت الديون أقل، وكانت بحيث يغلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة، لكثرة النفقة. وهذه الصورة أولى بالمنع. وإذا حجر عليه في صورة المساواة، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع؟ وجهان: أحدهما: نعم، لإطلاق الحديث^(١). والثاني: لا، لتمكنه من استيفاء الثمن بكماله. وهل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله، وأثمانها في حساب ديونه؟ وجهان: أحدهما: الإدخال.

فصل: وإذا حجر عليه، استحب للحاكم أن يشهد عليه، ليحذر الناس معاملته. وإذا حجر، امتنع منه كل تصرف مبتدئ يصادف المال الموجود عند الحجر، فهذه قيود:

القيد الأول: كون التصرف مصادفاً للمال. والتصرف ضربان: إنشاء، وإقرار. الأول: الإنشاء، وهو قسمان:

أحدهما: يصادف المال، وينقسم إلى تحصيل، كالاكتطاب والانتهاج، وقبول الوصية، ولا منع منه قطعاً، لأنه كامل الحال. وغرض الحجر: منعه مما يضر الغرماء. وإلى تفويت، فينظر، إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية، صح، فإن فضل المال، نفذ، وإلا، فلا. وإن كان غير ذلك، فإما أن يكون مورده عين مال، وإما في الذمة، فهما نوعان: الأول: كالبيع، والهبة، والرهن، والإعتاق، والكتابة، وفيها قولان. أحدهما: أنها موقوفة، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين لارتفاع القيمة، أو إبراءً، نفذناه، وإلا، فتبين أنه كان لغواً. وأظهرهما: لا يصح شيء منها، لتعلق حق الغرماء بالأعيان، كالرهن. ثم اختلف في محل القولين، فقيل: هما فيما إذا اقتصر الحاكم على الحجر، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه. فإن جعل ذلك، لم ينفذ تصرفه قطعاً، واحتج هؤلاء بقول الشافعي رحمته الله: إذا جعل ماله لغرمائه، فلا زكاة عليه وطردهما آخرون في الحالين، وهو الأشهر، قال هؤلاء: وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقياً، والنص محمول على ما إذا باعه

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٠٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٥٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٥١٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٦٢) والنسائي في سننه برقم (٤٦٩٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٥٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره».

لهم. فإن نفذناه بعد الحجر، وجب تأخير ما تصرف فيه، وقضاء الدين من غيره، فلعله يفضل، فإن لم يفضل، نقصنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف، والأضعف الرهن والهبة، لخلوهما عن العوض، ثم البيع، ثم الكتابة، ثم العتق، قال الإمام: فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق، فقال الغرماء: يبعوه ونجزوا حقنا، ففيه احتمال. وغالب الظن أنهم يجابون.

قلت: هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق، وحكاه صاحب «المهذب» عن الأصحاب. ثم قال: ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث، والمختار ما قاله الأصحاب. فعلى هذا، لو كان وقف وعتق، ففي «الشامل» أن العتق يفسخ، ثم الوقف. وقال صاحب «البيان»: ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً، لأن العتق له قوة وسراية، وهذا أصح. ولو تعارض الرهن والهبة، فسخ الرهن، لأنه لا يملك به العين. والله أعلم.

وهذا الذي ذكرناه في بيعه لغير الغرماء، فإن باعهم، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

النوع الثاني: ما يرد على الدمة بأن اشترى في الدمة، أو باع طعاماً سَلَمًا، فيصح ويثبت في ذمته. وفي قول شاذ: لا يصح.

القسم الثاني: ما لا يصادف المال، فلا منع منه، كالنكاح، والطلاق، والخلع، واستيفاء القصاص، والعفو عنه، واستلحاق النسب، ونفيه باللعان.

الضرب الثاني: الإقرار. فإن أقر بدين لزمه قبل الحجر عن معاملة، أو إتلاف، أو غيرهما، لزمه ما أقر به. وهل يقبل في حق الغرماء؟ قولان. أحدهما: لا. لثلاث يضرهم بالمزاحمة. وأظهرهما: يقبل، كما لو ثبت بالبينة. وكإقرار المريض بدين يزحم غرماء الصحة، ولعدم التهمة الظاهرة. وإن أقر بدين لزمه بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة، لم تقبل في حق الغرماء. وإن قال: عن إتلاف أو جناية، فالمذهب: أنه كما قبل الحجر، وقيل: كدين المعاملة بعده. وإن أقر بدين ولم ينسبه، فقياس المذهب: التنزيل على الأول، وجعله كإسناده إلى ما قبل الحجر.

قلت: هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر. فإن أمكنت، فينبغي أن يراجع، لأنه يقبل إقراره. والله أعلم.

وأما إذا أقر بعين مالٍ لغيره، فقال: غصبته، أو استعترته، أو أخذته سوماً، فقولان كما لو أسند الدين إلى ما قبل الحجر، أظهرهما: القبول. لكن إذا قبلنا، ففائدته هناك مزاحمة المقر له الغرماء، وهنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل، فإن فضل،

سلم إليه، وإلا، فالغرم في ذمته. والفرق بين الإنشاء، حيث أبطلناه في الحال قطعاً وكذا عند زوال الحجر على الأظهر، وبين الإقرار حيث قبلناه في المفلس قطعاً، وفي الغرماء على الأظهر، أن مقصود الحجر، منعه التصرف، فأبطلناه. والإقرار إخبار عن ماض، والحجر لا يسلبه العبارة.

فرع: أقر بسرقة توجب القطع، قطع. وفي رد المسروق، القولان. والقبول هنا أولى، لبعده عن التهمة. ولو أقر بما يوجب القصاص، فعفا على مال، ففي «التهذيب» أنه كالإقرار بدين الجنائية. وقطع بعضهم بالقبول، لانقضاء التهمة.

فرع: ادَّعَى عليه مال لزمه قبل الحجر، فأنكر ونكل، فحلف المدعي، إن قلنا: النكول ورد اليمين كالبينة، زاحم، وإن قلنا: كالإقرار، فعلى القولين.

القيد الثاني: كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحجر. فلو تجدد بعده باصطياد، أو اتهام، أو قبول وصية، ففي تعدي الحجر إليه ومنعه التصرف فيه، وجهان: أحدهما: التعدي. ولو اشترى في الذمة، ففي تصرفه، هذان الوجهان. وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه؟ فيه أوجه: أصحابها: الثالث، وهو إثباته للجاهل دون العالم. فإن لم نثبت، فهل يزاحم الغرماء بالثمن؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه حادث برضى مستحقه، والمزاحمة بالدين الحادث ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لزم برضى مستحقه. فإن كان في مقابلته شيء، كثمن المبيع، ففيه هذان الوجهان، وإلا، فلا مزاحمة بلا خلاف، بل يصير إلى انفكاك الحجر.

الثاني: ما لزم بغير رضى المستحق، كالجنائية والإتلاف، فيزاحم به على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: لتعلق حقوق الأولين، كما لو جنى وليس له إلا عبد مرهون، لا يزاحم المجني عليه المرتهن.

الثالث: ما يتجدد بسبب مؤنة المال، كأجرة الكيال، والوَّزان، والحمال والمنادي، والدلال، وكراء البيت الذي فيه المتاع، فهذه المؤن تقدم على حقوق الغرماء، لأنها لمصلحة الحجر. هذا إن لم نجد متبرعاً. فإن وجد، أو كان في بيت المال سعة، لم يصرف مال المفلس إليها.

قلت: لو تجدد دين بعد الحجر، وأقر بسابق وقلنا: لا مزاحمة بهما، فهما سواء، وما فضل، قسم بينهما، قاله في «التتمة». والله أعلم.

القيد الثالث: كون التصرف مبتدأً، فلو اشترى شيئاً قبل الحجر، فوجده بعد الحجر معيباً، فله رده إن كان في الرد غبطة، لأن الحجر لا ينعطف على ماض، فإن منع من الرد عيب حادث، لزمه الأرش، ولم يملك المفلس إسقاطه. وإن كانت الغبطة في بقاءه، لم يملك رده، لأنه تفويت بغير عوض. ولهذا نص الشافعي رحمته الله،

على أنه لو اشترى في صحته شيئاً، ثم مرض، ووجده معيباً، فأمسكه والغبطة في رده، كان القدر الذي نقصه العيب محسوباً من الثلث، وكذلك الولي إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً، لا يرده إذا كانت الغبطة في بقاءه، ولا يثبت الأرش في هذه الصورة، لأن الرد غير ممتنع في نفسه، وإنما المصلحة تقتضي الامتناع.

فرع: لو تباعا بشرط الخيار، ففلساً أو أحدهما، فلكل منهما إجازة البيع ورده بغير رضى الغرماء، هكذا نص عليه الشافعي رحمته الله. وفيه ثلاثة طرق. أصحابها: الأخذ بظاهره، فيجوز الفسخ والإجازة على وفق الغبطة، وعلى خلافها، لأنه إنما يمنع من ابتداء تصرف. والثاني: تجويزهما بشرط الغبطة كالرد بالعيب. والثالث: إن وقعا على وفق الغبطة، صح، وإلا، فيبني على أقوال الملك في زمن الخيار، وينظر من أفلس. فإن كان المشتري، وقلنا: الملك للبائع، فللمشتري الإجازة والفسخ. وإن قلنا: للمشتري، فله الإجازة، لأنها استدامة ملك، ولا فسخ، لأنه إزالة. وإن أفلس البائع، وقلنا: الملك له، فله الفسخ، لأنه استدامة، وليس له الإجازة. وإن قلنا: للمشتري، فللبائع الفسخ والإجازة.

فصل: من مات وعليه دين، فادعى وارثه ديناً له على رجل، وأقام شاهداً وحلف معه، ثبت الحق وجعل في تركته. فإن لم يحلف، لم ترد اليمين على الغرماء على الجديد. ولو ادعى المحجور عليه بالفلس ديناً والتصوير كما ذكرنا، لم يحلف الغرماء على المذهب. وقيل: فيه القولان. وحكى الإمام عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء. وعن الأكثرين، القطع بمنع الدعوى ابتداءً، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى، والمفلس في الثانية.

قلت: وطرده صاحب «التهذيب» القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه. والله أعلم.

وسواء كان المدعى عيناً أو ديناً، قاله ابن كج: وفرع على قولنا: يحلف الغرماء، أنه لو حلف بعضهم فقط، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة. قال: ولو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم، فهل يكون المحلوف عليه لهم ويبطل الإبراء؟ أم يكون للمفلس؟ أم يسقط عن المدعى عليه فلا يستوفى أصلاً؟ فيه ثلاثة أوجه.

قلت: ينبغي أن يكون أصحابها: كونه للمفلس. ويجيء مثله في غرماء الميت، وهذا المذكور عن ابن كج في حلف بعضهم، قاله آخرون، منهم صاحب «الحاوي». ولو ادعى المفلس على رجل مالاً، ولم يكن له شاهد، ونكل المدعى عليه، ثم

المفلس، ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد، قاله القاضي أبو الطيب، وصاحب «التهذيب». ولا يحلف الغريم إلا على قدر دينه. والله أعلم.

فصل: إذا أراد السفر من عليه دين، فإن كان حالاً، فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه. قال أصحابنا: وليس هذا منعاً من السفر، كما يمنع عبده وزوجته السفر، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته حتى يوفي. وإن كان مؤجلاً، فإن لم يكن السفر مخوفاً، فلا منع، إذ لا مطالبة، وليس له طلب رهن ولا كفيل قطعاً، ولا يكلفه الإشهاد على الصحيح. وسواء كان الأجل قريباً أم بعيداً، فإن أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله، فله ذلك بشرط أن لا يلازمه. فإن كان السفر مخوفاً، كالجهاد، وركوب البحر، فلا منع على الأصح مطلقاً. وفي وجه: يمنع إلى أن يؤدي الحق، أو يعطي كفيلاً، قاله الإصطخري: وفي وجه: إن لم يخلف وفاءً، منعه. وفي وجه: إن كان المديون من المرتزقة، لم يمنع الجهاد، وإلا، منع، واختار الروياني مذهب مالك رحمته الله فقال: له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول.

فصل: إذا ثبت إعسار المديون، لم يجز حبسه، ولا ملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر. وأما الذي له مال وعليه دين، فيجب أداؤه إذا طلب. فإذا امتنع، أمره الحاكم به. فإن امتنع، باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه.

قلت: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع، فالحاكم بالخيار، إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه. والله أعلم.

فإن التمس الغرماء الحجر عليه، حجر على الأصح كيلاً يُلَف ماله. فإن أخفى ماله، حبسه القاضي حتى يظهره. فإن لم ينزجر بالحبس. زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره. وإن كان ماله ظاهراً، فهل يحبسه لامتناعه؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان: الذي عليه عمل القضاة، الحبس. فإن ادعى أنه تلف وصار مفلساً، فعليه البينة. ثم إن شهدوا على التلف، قبلت شهادتهم، ولم تعتبر فيهم الخبرة مطلقاً. وإن شهدوا بإعساره، قبلت بشرط الخبرة الباطنة. قال الصيدلاني: ويحمل قولهم: معسر، على أنهم وقفوا على تلف المال.

فرع: إذا ادعى المديون أنه معسر، أو قسم مال المحجور عليه على الغرماء، وبقي بعض الدين، فزعم أنه لا يملك شيئاً آخر، وأنكر الغرماء، نظر، إن لزمه الدين في مقابلة مال، بأن اشترى، أو اقترض، أو باع سلماً، فهو كما لو ادعى هلاك المال، فعليه البينة. وإن لزمه لا في مقابلة مال، فثلاثة أوجه: أحصها: يقبل قوله

بيمينه. والثاني: يحتاج إلى البينة. والثالث: إن لزمه باختياره كالصداق والضمان، لم يقبل، واحتاج إلى البينة، وإن لزمه لا باختياره كأرش الجناية وغرامة المتلف، قبل قوله بيمينه، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته بما لا يقدر عليه.

فرع: البينة على الإعسار مسموعة، وإن تعلقت بالنفي للحاجة، كشهادة أن لا وارث غيره، وتسمع وإن أقامها في الحال. ويشترط في الشهود مع شروط الشهود، الخبرة الباطنة كطول الجوار أو المخالطة. فإن عرف القاضي أنهم بهذه الصفة، فذاك، وإلا، فله اعتماد قولهم: إنا بهذه الصفة، قاله في «النهاية». ويكفي شاهدان كسائر الحقوق. وقال الفوراني: يشترط ثلاثة، وهذا شاذ. وفيه حديث في «صحيح مسلم» وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط. وأما صيغة شهادتهم، فأن يقولوا: هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه. ولو أضافوا إليه: وهو ممن تحل له الصدقة، جاز ولا يشترط. قال في «التتمة»: ولا يقتضون على أنه لا ملك له، حتى لا تتمحض شهادتهم نفياً، لفظاً ومعنى، ويحلف المشهود له مع البينة، لجواز أن يكون له مال في الباطن. وهل هذا التحليف واجب، أم مستحب؟ قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما: الوجوب، وعلى التقديرين، هل يتوقف على استدعاء الخصم؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو ادعى على ميت أو غائب. فعلى هذا هو من آداب القضاء. وأصحهما: نعم. كيمين المدعى عليه. قال الإمام: الخلاف فيما إذا سكت، فأما إذا قال: لست أطلب يمينه، ورضيت بإطلاقة، فلا يحلف بلا خلاف.

فرع: حيث قبلنا قوله مع يمينه، فيقبل في الحال كالبينة. قال الإمام: ويحتمل أن يتأني القاضي ويسأل عن باطن حاله، بخلاف البينة. وحيث قلنا: لا يقبل قوله إلا ببينة، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره، فله تحليفهم على نفي العلم، فإن نكلوا، حلف وثبت إعساره. وإن حلفوا، حبس. ومهما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم إعساره، فإن له تحليفهم، قال في «التتمة»: إلا أن يظهر للقاضي أنه يقصد الإيذاء واللجاج.

فرع: إذا حبسه، لا يغفل عنه بالكلية. فلو كان غريباً لا يتأني له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه إعساره، شهد به عند القاضي لئلا يتخلد في الحبس، ومتى ثبت الإعسار، وخلاه الحاكم، فعاد الغرماء وادّعوا بعد أيام أنه استفاد مالاً، وأنكر، فالقول قوله، وعليهم البينة. فإن أتوا بشاهدين فقالا: رأينا في يده مالاً يتصرف فيه، أخذه الغرماء. فإن قال: أخذته من فلان وديعة أو قراضاً، وصدقه المقر له، فهو له ولا حق فيه للغرماء. وهل لهم تحليفه: أنه لم يواطىء المقر له، وأقر عن

تحقيق؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه لو رجع عن إقراره، لم يقبل. وإن كذبه المقر له، صرف إلى الغرماء، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر. وإن كان المقر له غائباً، توقف حتى يحضر، فإن صدقه، أخذه، وإلا، فأخذه الغرماء.

فرع: في حبس الوالدين بدين الولد، وجهان: أصحهما: عند الغزالي: يحبس. وأصحهما: في «التهذيب» وغيره، لا يحبس، ولا فرق بين دين النفقة وغيره، ولا بين الولد الصغير والكبير.

قلت: وإذا حبس المفلس، لم يَأْثَم بترك الجمعة إذا كان معسراً. قال الصيمري: وقيل: يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه، فيسقط الحضور. والنفقة في الحبس في ماله على المذهب. وحكى الصيمري، والشاشي، وصاحب «البيان» فيها وجهين ثانيهما أنها على الغريم. فإن كان المفلس ذا صنعة، مكن من عملها في الحبس على الأصح. والثاني: يمنع إن علم منه مماثلة بسبب ذلك، حكاها الصيمري والشاشي وصاحب «البيان».

ورأيت في فتاوى الغزالي رحمه الله، أنه سئل، هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجه ومحادثه أصدقائه؟ فقال: الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في منعه. وفي فتاوى صاحب «الشامل» أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه، لم يمنع، وإن كان غير محتاج بل يريد الترفيه، منع. وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه. وأن الزوجة إذا حبست في دين استدانتها بغير إذن الزوج، فإن ثبت بالبينة، لم يسقط نفقتها مدة الحبس، لأنه بغير رضاها فأشبهه الممرض. وإن ثبت بالإقرار، سقطت، هكذا قال، والمختار سقوطها في الحالين، كما لو وطئت بشبهة فاعتدت، فإنها تسقط، وإن كانت معذورة. قال أصحابنا: ولو حبس في حق رجل، فجاء آخر وادعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرده. قال في «البيان»: لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه، أخرج. فإن وجد من يخدمه، ففي وجوب إخراجه، وجهان: فإن جن، أخرج قطعاً. وإذا حبس لحق جماعة، لم يكن لواحد إخراجه، حتى يجتمعوا على إخراجه ولو حبس لحق غريم، ثم استحق آخر حبسه، جعله القاضي محبوساً للإثنين، فلا يخرج إلا باجتماعهما. قال: وإذا ثبت إعساره، أخرجه بغير إذن الغريم. . . والله أعلم.

فصل: إذا حجر الحاكم على المفلس، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته، لئلا يطول زمن الحجر، ولا يفرط في الاستعجال، لئلا يباع بثمن بخس، ويستحب

أن يبيع بحضرة المفلس، أو وكيله، وكذا يفعل إذا باع المرهون. ويستحب أيضاً إحضار الغرماء، ويقدم بيع المرهون والجاني، ليتعجل حق مستحقيهما. فإن فضل عنهما شيء ضم إلى سائر الأموال. وإن بقي من دين المرتهن شيء، ضارب به. قلت: ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض، ويقدم بالربح المشروط، صرح به الجرجاني وهو ظاهر. والله أعلم.

ويبيع أولاً ما يخاف فسادَه، ثم الحيوان، ثم سائر المنقولات، ثم العقار، ويبيع كل شيء في سوقه.

قلت: بيع كل شيء في سوقه، مستحب. فلو باع في غيره بثمن مثله، صح، قاله أصحابنا. وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني، وهو إذا لم يخف تلف ما يسرع فسادَه. فإن خيف، قدم بيعه عليهما. والله أعلم.

ويجب أن يبيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد. فإن كانت الديون من غير ذلك النقد، ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم، صرفه إليه. وإلا فيجوز صرفه إليهم إلا أن يكون سلماً.

فرع: لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، نص عليه الشافعي رحمته الله. وقد سبق أقواله، فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم، فقال أبو إسحاق: نصه هنا تفريع على قولنا يبدأ بالمشتري، ويجيء عند النزاع قول آخر: أنهما يجبران معاً، ولا يجيء قولنا لا يجبر واحد منهما، لأن الحال لا يحتمل التأخير، ولا قولنا: البداءة بالبائع، لأن من تصرف لغيره، لزمه الاحتياط. وقال ابن القطان: تجب البداءة هنا بتسليم الثمن، بلا خلاف. ثم لو خالف الواجب وسلم قبل قبض الثمن، ضمن، وسنذكر إن شاء الله تعالى كيفية الضمان.

فرع: ما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم، فالأولى أن لا يؤخر. وإن كان يعسر لقلته وكثرة الديون. فله التأخير لتجتمع، فإن أبوا التأخير، ففي «النهاية» إطلاق القول بأنه يجيبهم. والظاهر، خلافه وإذا تأخرت القسمة، فإن وجد من يقرضه إياه، فعل، ويشترط فيه الأمانة واليسار. وليودع عند من يرضاه الغرماء، فإن اختلفوا أو عينوا غير عدل، فالرأي للحاكم، ولا يقنع بغير عدل. ولو تلف شيء في يد العدل، فهو من ضمان المفلس، سواء كان في حياة المفلس أو بعد موته.

فرع: لا يكلف الغرماء عند القسمة إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم، ويكفي بأن الحجر قد استفاض. فلو كان غريم، لظهر وطلب حقه، هكذا نقله الإمام عن صاحب «التقريب»، ثم قال: ولا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء وبين القسمة

على الورثة. فإذا قلنا: في الورثة لا بد من بينة بأن لا وارث غيرهم، فكذا الغرماء. ولنفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء.

قلت: الأصح: قول صاحب «التقريب» وهو ظاهر كلام الجمهور. ويفرق أيضاً، بأن الغريم الموجود، تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحم. ثم لو قدر مزاحم، لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة، وليست مزاحمة الغريم متحتمة، فإنه لو أبرأ أو أعرض، سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك. والله أعلم.

وإذا جرت القسمة، ثم ظهر غريم، فالصحيح أن القسمة لا تنقض، ولكن يشاركهم بالحصّة، لأن المقصود يحصل بذلك. وفي وجه، ينقض فيستأنف. فعلى الصحيح، لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين، لأحدهما عشرون، وللآخر عشرة، فأخذ الأول عشرة، والآخر خمسة، فظهر غريم له ثلاثون، استرد من كل واحد نصف ما أخذه. ولو كان دينهما عشرة وعشرة، فقسم المال نصفين، ثم ظهر غريم بعشرة، رجع على كل واحد بثلث ما أخذه. فإن أتلّف أحدهما، ما أخذ وكان معسراً لا يحصل منه شيء، فوجهان: أصحهما: يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذه، وكأنه كل المال ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه وقسماه بينهما. والثاني: لا يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه، وله ثلث ما أخذه المتلف دين عليه. ولو ظهر الغريم الثالث، وظهر للمفلس مال عتيق، أو حادث بعد الحجر، صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأولان. فإن فضل شيء قسم على الثلاثة، وهذا كله في ظهور غريم بدين قديم. فإن كان بحادث بعد الحجر، فلا مشاركة في المال القديم. وإن ظهر مال قديم، وحديث مال باحتطاب وغيره، فالقديم للقدماء خاصة، والحادث للجميع.

فرع: لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً، والثلث غير باق، فهو كدين ظهر، وحكمه ما سبق. وإن باع الحاكم ماله، فظهر مستحقاً بعد قبض الثمن وتلفه، رجع المشتري في مال المفلس، ولا يطالب الحاكم به. ولو نصب أميناً فباعه، ففي كونه طريقاً، وجهان: كما ذكرنا في العدل الذي نصبه القاضي لبيع المرهون.

قلت: أصحهما: لا يكون، قاله صاحب «التهذيب». والله أعلم. وإذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقاً، وغرم في مال المفلس، قدما على الغرماء على المذهب، لأنه من مصالح البيع كأجرة الكيال لئلا يرغب عن الشراء من ماله. وفي قول، يضاربان. وقيل: إن رجعا قبل القسمة، قدما. وإن كان بعد القسمة واستئناف حجر بسبب مال تجدد، ضارباً.

فصل: فيما يباع من مال المفلس

فيه مسائل:

إحداها: ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته، وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والأقارب، لأنه موسر ما لم يزل ملكه. وكذلك يكسوهم بالمعروف. هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات. وأما قدر نفقة الزوجات، فقال الإمام: لا شك أن نفقته نفقة المعسرين. وقال الروياني: نفقة الموسرين. وهذا قياس الباب، إذ لو كان نفقة المعسر، لما أنفق على القريب.

قلت: يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رحمته الله، إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. والله أعلم.

الثانية: يباع مسكنه وخادمه. وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانة، أو كان منصبه يقتضي ذلك، هذا هو المذهب والمنصوص. وفي وجهه، يتيان إذا كانا لائقين به دون النفيسين. وفي وجهه، يبقى المسكن فقط.

الثالثة: يترك له دست ثياب تليق به، من قميص، وسراويل، ومُئعل، ومكعب. وإن كان في الشتاء زاد جبة. ويترك له عمامة، وطيلسان، وخف ودراعة يلبسها فوق القميص، إن كان يليق به لبسها. وتوقف الإمام في الخف والطيلسان وقال: تركهما لا يخرم المروءة. وذكر أن الاعتبار بحاله في إفلاسه، لا في بسطته وثروته. لكن المفهوم من كلام الأصحاب، أنهم لا يوافقونه ويمنعون قوله: تركهما لا يحرم المروءة. ولو كان يلبس قبل إفلاسه فوق ما يليق بمثله رددناه إلى ما يليق، ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً، لم يرد إليه. ويترك لعياله من الثوب، كما يترك له. ولا يترك الفرش والبسط، لكن يسامح بالبلد والحصير القليل القيمة.

الرابعة: يترك قوت يوم القسمة له ولمن عليه نفقته، لأنه موسر في أوله. ولا يزداد على نفقة ذلك اليوم، وذكر الغزالي، أنه يترك له سكنى ذلك اليوم أيضاً، فاستمر على قياس النفقة، لكنه لم يتعرض له غيره.

الخامسة: كل ما قلنا يترك له، إن لم نجده في ماله، اشترى له.

قلت: قال صاحب «التهذيب»: يباع عليه مركوبه، وإن كان ذا مروءة. قال أصحابنا: وإذا مات المفلس، قدم كفنه، وحنوطه، ومؤنة غسله ودفنه على الديون، وكذلك من مات من عبيده، وأم ولده، وزوجته إن أوجبنا عليه كفنها، وكذلك أقاربه الذين تلزمه نفقتهم، نص عليه في «المختصر» واتفقوا عليه. قال في «البيان» وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم. والله أعلم.

فصل: من قواعد الباب، أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، ولا يمكن من تفويت ما هو حاصل. فلو جني عليه أو على عبده، فله القصاص. ولا يلزمه العفو على مال. فلو كانت الجناية موجبة للمال، فليس له ولا لوارثه العفو بغير إذن الغرماء. ولو كان أسلم في شيء، فليس له أن يقبضه مسامحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بإذنهم. ولو كان وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: يتقدر الثواب بما يرضى به الواهب، فله أن يرضى بما شاء. ولا يكلفه طلب زيادة، لأنه تحصيل. وإن قلنا: يتقدر المثل، لم يجز الرضى بما دونه. ولو زاد على المثل، لم يجب القبول. وليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والأجرة في الديون أو بقيتها. ولو كان له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه، فهل يؤاجران عليه؟ وجهان: ميل الإمام إلى المنع. وفي تعاليق العراقيين، ما يدل على أن الإيجار أصح. فعلى هذا، يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين. ومقتضى هذا، إدامة الحجر إلى فناء الدين، وهذا كالمستبعد.

قلت: الإيجار أصح، وصححه في «المحرر». وذكر الغزالي في «الفتاوي» أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين، والتخلص من المطالبة. والله أعلم.

فصل: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء، فهل ينفك الحجر بنفسه، أم يحتاج إلى فك الحاكم؟ وجهان: أصحهما: يحتاج كحجر السفه. هذا إن اعترف الغرماء أن لا مال له سواه. فإن ادعوا مالاً آخر، فأنكر، فقد سبق بيانه. ولو اتفق الغرماء على رفع الحجر، فهل يرتفع كالمرهون، أم لا يرتفع إلا بالحاكم لاحتمال غريم آخر؟ فيه وجهان. ولو باع المفلس ماله لغريمه بدينه ولا غريم سواه، أو حجر عليه لجماعة، فباعهم أمواله بديونهم، فهل يصح بغير إذن القاضي؟ وجهان: أصحهما: لا بد من إذنه. ولو باعه لغريمه بعين أو ببعض دينه، فهو كما لو باعه لأجنبي، لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه، بخلاف ما إذا باع بكل الدين، فإنه يسقط الدين، وإذا سقط، ارتفع الحجر. ولو باع لأجنبي بإذن الغرماء، لم يصح. وقال الإمام: يحتمل أن يصح كبيع المرهون بإذن المرتهن.

الحكم الثاني: الرجوع في عين المال، ونقدم عليه مسائل:

إحداها: من حجر عليه بإفلاس، ووجد من باعه ولم يقبض الثمن متاعه عنده، فله أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله، والأصح: أن هذا الخيار على الفور، كخيار العيب والخلف. فإن علم فلم يفسخ، بطل حقه من الرجوع في العين. وفي وجه: يدوم كخيار الهبة للولد. وفي وجه: يدوم ثلاثة أيام.

الثانية في افتقار هذا الفسخ إلى إذن الحاكم، وجهان: أحدهما: لا يفتقر، لثبوت الحديث فيه، كخيار العتق. ولوضوح الحديث، قال الإصطخري: لو حكم الحاكم بمنع الفسخ، نقضنا حكمه.

قلت: الأصح: أن لا ينقض، للاختلاف فيه. والله أعلم.

الثالثة: لا يحصل هذا الفسخ ببيع البائع، وإعتاقه، ووطئه المبيعة على الأصح، وتلغو هذه التصرفات.

الرابعة: صيغة الفسخ، كقوله: فسخت البيع، أو نقضته، أو رفعته، فلو اقتصر على رددت الثمن، أو فسخت البيع فيه، حصل الفسخ على الأصح. ووجه المنع: أن مقتضى الفسخ، إضافته إلى العقد المطلق.

فصل: حق الرجوع، إنما يثبت بشروط، ولا يختص بالمبيع، بل يجري في غيره من المعاوضات، ويحصل بيانه بالنظر في العوض المتعذر تحصيله، والمعوض المسترجع، والمعاوضة التي انتقل الملك بها إلى المفلس. أما العوض وهو الثمن وغيره من الأعواض، فيعتبر فيه وصفان:

أحدهما: تعذر استثنائه بالإفلاس، وفيه صور:

إحداها: إذا كان ماله وافياً بالديون وجوزنا الحجر، فحجر، ففي ثبوت الرجوع، وجهان: وقطع الغزالي بالمنع، لأنه يصل إلى الثمن.

الثانية: لو قال الغرماء: لا نفسخ لتقدمك بالثمن، لم يلزمه ذلك على الصحيح، لأن فيه منتهً وقد يظهر مزاحم. ولو قالوا: نؤدي الثمن من خالص أموالنا، أو تبرع به أجنبي، فليس عليه القبول. ولو أجاب، ثم ظهر غريم آخر، لم يزاحمه في المأخوذ. ولو مات المشتري، فقال الوارث: لا ترجع فأنا أقدمك، لم يلزمه القبول. فلو قال: أؤدي من مالي، فوجهان: وقطع في «التتمة» بلزوم القبول، لأن الوارث خليفة الميت.

الثالثة: لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار، أو هرب، أو مات مليئاً، وامتنع الوارث من التسليم، فلا فسخ على الأصح، لعدم عيب الإفلاس، وإمكان الاستيفاء بالسلطان. فإن فرض عجز، فنادر لا عبرة به. ولو ضمن بغير إذنه، فوجهان: أحدهما: يرجع كما لو تبرع رجل بالثمن. والثاني: لا، لأن الحق قد صار في ذمته، وتوجهت عليه المطالبة، بخلاف المتبرع. ولو أعير للمشتري شيء، فرهنه على الثمن، فعلى الوجهين. ولو انقطع جنس الثمن، فإن جوزنا الاعتياض عنه، فلا تعذر في استيفاء عوض عنه، فلا فسخ، وإلا فكانقطاع المسلم فيه، فيثبت حق الفسخ على الأظهر. وعلى الثاني: ينفسخ.

الوصف الثاني: كون الثمن حائلاً. فلو كان مؤجلاً، فلا فسخ على المذهب. وفيه وجه سبق في أول الباب. ولو حل الأجل قبل انفكاك حجره، فقد سبق بيانه هناك. وأما المعاوضة، فيعتبر فيما ملك به المفلس، شرطان. أحدهما: كونه معاوضة مختصة، فيدخل فيه أشياء، ويخرج منه أشياء. فما يخرج أنه لا فسخ بتعذر استيفاء عوض الصلح عن الدم، ولا يتعذر عوض الخلع قطعاً. وأنه لا فسخ للزوج بامتناعها من تسليم نفسها. وفي فسخها بتعذر الصداق، خلاف معروف. وأما الذي يدخل فيه، فمنه السلم، والإجارة. أما السلم، فإذا أفلس المسلم إليه قبل أداء المسلم فيه، فلرأس المال ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن يكون باقياً، فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كالباع. فإن أراد أن يضارب بالمسلم فيه، فسنذكر كيفية المضاربة.

الحال الثاني: أن يكون تالفاً، فوجهان: أحدهما: له الفسخ والمضاربة برأس المال، لأنه تعذر الوصول إلى تمام حقه، فأشبه انقطاع جنس المسلم فيه. فعلى هذا قيل: يجيء قول بانفساخ السلم، كما جاء في الانقطاع. وقيل: لا، لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع. وأصحهما: ليس له الفسخ، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالف. ويخالف الانقطاع، لأن هناك إذا فسخ، رجع إلى رأس المال بتمامه، وهنا ليس إلا المضاربة، ولو لم يفسخ لضارب بالمسلم فيه وهو أنفع غالباً، فعلى هذا يقوم المسلم فيه ويضارب المسلم بقيمته، فإذا عرف حصته، نظر، إن كان في المال من جنس المسلم فيه، صرفه إليه، وإلا فيشتري بحصته منه ويعطاه، لأن الاعتياض عنه لا يجوز. هذا إذا لم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً. فإن كان، فقليل: لا فسخ، إذ لا بد من المضاربة على التقديرين. والصحيح: ثبوت الفسخ، لأنه يثبت في هذه الحالة في حق غير المفلس، ففي حقه أولى، وكالرد بالعيب. وفيه فائدة، فإن ما يخصه بالفسخ، يأخذه في الحال عن رأس المال. وما يخصه بلا فسخ، لا يعطاه، بل يوقف إلى عود المسلم فيه فيشتري به.

فرع: لو قوّمنا المسلم فيه، فكانت قيمته عشرين، فأفرزنا للمسلم فيه من المال عشرة، لكون الدين مثل المال، فرخص السعر قبل الشراء، فوجد بالعشرة جميع المسلم فيه، فوجهان: أحدهما وبه قطع في «الشامل»: يرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته آخراً، فيصرف إليه خمسة، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء، لأن الموقوف باقٍ على ملك المفلس، وحق المسلم في الحنطة، فإذا صارت القيمة عشرة، فهي دينه. والثاني وبه قطع في «التهذيب» ونقله الإمام عن الجماهير: يشتري به جميع حقه ويعطاه، اعتباراً بيوم القسمة. وهو إن لم

يملك الموقوف، فهو كالمرهون بحق، وانقطع به حقه من الحصص، حتى لو تلف قبل التسليم إليه، لم يتعلق بشيء مما عند الغرماء، وبقي حقه في ذمة المفلس. ولا خلاف أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم، كان الفاضل للغرماء، وليس له أن يقول: الزائد لي. ولو وقفنا في الصورة المذكورة عشرة، فغلا السعر، ولم نجد القدر المسلم فيه إلا بأربعين، فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون، فيسترجع من الغرماء ما يتم به حصته أربعين. وعلى الثاني: لا يزاحمهم، وليس له إلا ما وقف له.

فرع: لو تضاربوا، وأخذ المسلم ما يخصه قدرًا من المسلم فيه، وارتفع الحجر عنه، ثم حدث له مال وأعيد الحجر، واحتاجوا إلى المضاربة ثانياً، قدمنا المسلم فيه. فإن وجدنا قيمته كقيمه أولاً، فذاك. وإن زادت، فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة، وإن نقصت، فهل الاعتبار بالقيمة الثانية، أم بالقيمة الأولى؟ وجهان: الصحيح: الأول. قال الإمام: ولا أعرف للثاني وجهاً. ولو كان المسلم فيه عبداً أو ثوباً، فحصة المسلم يشتري بها شقص منه للضرورة. فإن لم يوجد، فللمسلم الفسخ.

الحال الثالث: أن يكون بعض رأس المال باقياً، وبعضه تالفاً، وهو كتلف بعض المبيع، وسنذكره إن شاء الله تعالى، وأما الإجارة، فنتكلم في إفلاس المستأجر، ثم المؤجر:

القسم الأول: المستأجر، والإجارة نوعان:

أحدهما: إجارة عين. فإذا أجر أرضاً، أو دابة، وأفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة، فللمؤجر فيه فسخ الإجارة على المشهور، تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان في البيع. وفي قول: لا، إذ لا وجود لها. فعلى المشهور: إن لم يفسخ، واختار المضاربة بالأجرة، فله ذلك. ثم إن كانت العين المستأجرة فارغة، أجزاها الحاكم على المفلس، وصرف الأجرة إلى الغرماء. وإن كان الفلاس بعد مضي بعض المدة، فللمؤجر فسخ الإجارة في المدة الباقية، والمضاربة بقسط الماضية من الأجرة المسماة، بناءً على أنه لو باع عبيدين، فتلف أحدهما، ثم أفلس، يفسخ البيع في الباقي، ويضارب بثمان التالف. ولو أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق، وحجر عليه، ففسخ المؤجر، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء، لأنه لصيانة المال، ثم في المأمن يضعه عند الحاكم. ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم، فوجهان المذكوران في نظائرها. ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر، نظر، إن استحصد

الزرع، فله المطالبة بالحصاد، وتفرغ الأرض، وإلا، فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه، أو على التبقية إلى الإدراك، فلهم ذلك، بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل للمدة الباقية، لأنها لحفظه على الغرماء. وإن اختلفوا، فأراد بعضهم القطع، وبعضهم التبقية، فعن أبي إسحاق: يعمل بالمصلحة، والصحيح: أنه إن كان له قيمة لو قطع، أجبنا من أراد القطع من المفلس والغرماء، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم، ولا عليهم انتظار النماء. فعلى هذا، لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية، فهو أحد الغرماء، فله طلب القطع، وإن لم يكن له قيمة لو قطع، أجبنا من طلب التبقية، إذ لا فائدة لطالب القطع. وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق، أو بطلب بعضهم، وأجبناه، فالسقي وسائر المؤن، إن تطوع بها الغرماء أو بعضهم، أو أنفقوا عليه على قدر ديونهم، فذاك، وإن أنفق بعضهم ليرجع، فلا بد من إذن الحاكم، أو اتفاق الغرماء والمفلس. فإذا حصل الإذن، قدم المنفق بما أنفق. وكذا لو أنفقوا على قدر ديونهم، ثم ظهر غريم آخر، قدم المنفقون بما أنفقوا على الغرماء. وهل يجوز الاتفاق عليه من مال المفلس؟ وجهان: أصحهما: الجواز. ووجه المنع: أن حصول الفائدة متوهم.

قلت: وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده، على أن يرجع بما أنفق، جاز وكان ديناً في ذمة المفلس، لا يشارك به الغرماء، لأنه وجب بعد الحجر. وإن أنفق بعضهم بإذن باقيهم فقط، على أن يرجع عليهم، رجع عليهم في مالهم. والله أعلم.

النوع الثاني: الإجارة على الذمة. ولنا خلاف في أن هذه الإجارة، هل لها حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس، أم لا؟ فإن قلنا: لا، فهي كإجارة العين، وإلا، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق لمصير الأجرة مقبوضة قبل التفرق. فلو فرض الفلاس في المجلس، فإن أثبتنا خيار المجلس فيها، استغني عن هذا الخيار، وإلا، فهي كإجارة العين.

القسم الثاني: إفلاس المؤجر في إجارة العين، أو الذمة. أما الأولى: فإذا أجر دابة، أو داراً لرجل، فأفلس، فلا فسخ للمستأجر، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال، فيقدم بها كما يقدم حق المرتهن، ثم إذا طلب الغرماء بيع المستأجر، فإن قلنا: لا يجوز، فعليهم الصبر إلى انقضاء المدة. وإن جوزناه، أُجيبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الإجارة، إذ ليس عليهم الصبر لتنمية المال. وأما الثانية: فإذا التزم في ذمته نقل متاع إلى بلد، ثم أفلس، نظر، إن كانت الإجارة باقية في يد المفلس، فله فسخ الأجرة والرجوع إلى عين ماله، كانت تالفة، فلا فسخ، ويضارب الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة، وهي أجرة المثل، كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه.

ثم إن جعلنا هذه الإجارة سلماً، فحصته بالمضاربة لا تسلم إليه، لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه، بل ينظر، فإن كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبعض، بأن كان الملتزم حمل مئة رطل، فينقل بالحصة بعض المئة. وإن لم يقبله كقسارة ثوب، ورياضة دابة، وركوب إلى بلد، ولو نقل إلى نصف الطريق ل بقي ضائعاً، قال الإمام: للمستأجر الفسخ بهذا السبب، والمضاربة بالأجرة المبدولة. وأما إذا لم نجعل هذه الإجارة سلماً، فتسلم الحصة بعينها إليه، لجواز الاعتياض. هذا كله إذا لم يكن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة. فإن كان التزم النقل، وسلم دابة لينقل عليها، ثم أفلس، بني على أن الدابة المسلمة تتعين بالتعيين، وفيها وجهان مذكوران في باب الإجارة. فإن قلنا: تتعين، فلا فسخ، ونقدم المستأجر بمنفعتها، كالمعينة في العقد، وإلا، فهو كما لو لم يسلمها.

فرع: اقترض مالاً، ثم أفلس وهو باقٍ في يده، فللمقرض الرجوع فيه، سواء قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف.

فرع: باع مالاً واستوفى ثمنه، وامتنع من تسليم المبيع، أو هرب، فهل للمشتري الفسخ كما لو أبق المبيع، أم لا لأنه لا نقص في نفس المبيع؟ فيه وجهان: الشرط الثاني للمعاوضة: أن تكون سابقة للحجر. وفي بعض مسائل هذا الشرط، خلاف. فإذا اشترى المفلس شيئاً بعد الحجر، وصححناه، فقد سبق في ثبوت الرجوع خلاف. ولو أجر داراً وسلمها إلى المستأجر وقبض الأجرة ثم أفلس وحجر عليه، فقد سبق أن الإجارة مستمرة، فإن انهدمت في أثناء المدة، انفسخت الإجارة فيما بقي، وضارب المستأجر بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام قبل قسمة المال بينهم. وإن كان بعدها ضارب أيضاً على الأصح، لاستناده إلى عقد سبق الحجر، فأشبهه انهدامها قبل القسمة. ووجه المنع: أنه دين حدث بعد القسمة. ولو باع جارية بعبد، وتقابضا، ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه، وهلك في يده، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً، فرده، فله طلب قيمة الجارية لا محالة. وكيف يطالب؟ وجهان: أحدهما: يضارب كغيره. والثاني: يقدم على الغرماء بقيمتها، لأنه أدخل بدلها عبداً في المال، ويخالف هذا من باعه شيئاً، لأن هذا حق مستند إلى ما قبل الحجر. وأما المعوَّض، فيشترط في المبيع المرجوع فيه شرطان:

أحدهما: بقاؤه في ملك المفلس. فلو هلك بأفة أو جناية، لم يرجع، سواء كانت قيمته مثل الثمن، أو أكثر، وليس له إلا المضاربة بالثمن. وفي وجه: إن زادت القيمة، ضارب بها واستفاد زيادة حصته. ولو خرج عن ملكه ببيع، أو هبة، أو اعتاق، أو وقف، فهو كالهلاك، وليس له فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع، فإنه

يفسخها. لسبق حقه عليها. ولو استولد، أو كاتب، فلا رجوع. ولو دبر، أو علق بصفة، أو زوجها، رجع. وإن أجر، فلا رجوع إن لم يجوز بيع المستأجر، وإلا، فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر، وإلا، فيضارب بالثمن، وإن جنى، أو رهن، فلا رجوع. فإن قضى حق المجني عليه والمرتهن ببيع بعضه، فالبايع واجد لبعض المبيع، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. ولو انفك الرهن، أو برىء عن الجناية، رجع. ولو كان المبيع صيداً فأحرم البائع، لم يرجع.

فرع: لو زال ملك المشتري، ثم عاد، ثم حجر عليه، فإن عاد بلا عوض، كالإرث، والهبة، والوصية، ففي رجوعه وجهان: وإن عاد بعوض، بأن اشتراه، فإن كان دفع الثمن إلى البائع الثاني، فكعوده بلا عوض. وإن لم يدفعه، وقلنا بثبوتها للبايع لو عاد بلا عوض، فهل الأول أولى لسبق حقه، أم الثاني لقرب حقه، أم يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن؟ فيه أوجه:

قلت: أصح الوجهين أولاً: أنه لا يرجع، وبه قطع الجرجاني في «التحرير» وغيره. قال بغوي: ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب. والله أعلم.

وعجز المكاتب وعوده، كانفكاك الرهن. وقيل: كعود الملك.

قلت: لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً، ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري، وأفلس بالثمن، فأوجه: أحدها: يأخذه الشفيع، ويؤخذ منه الثمن، فيخص به البائع، جمعاً بين الحقين. والثاني: يأخذه البائع، وأصحهما: عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب، وآخرين: يأخذه الشفيع، ويكون الثمن بين الغرماء كلهم. والله أعلم.

الشرط الثاني: أن لا يحدث في المبيع تغير مانع. وللتغير حالان: حال بالنقص، وحال بالزيادة.

الحال الأول: النقص، وهو قسمان:

أحدهما: نقص لا يتقسط الثمن عليه، ولا يفرد بعقد، كالعيب. فإن كان بأفة سماوية، فالبايع بالخيار. إن شاء رجع فيه ناقصاً ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالثمن كتعيب المبيع في يد البائع، وسواء كان النقص حسيماً كسقوط بعض الأعضاء والعصى، أو غيره، كنسيان الحرفة والتزويج والأباق والزنا. وحكي قول: أنه يأخذ المعيب، ويضارب بأرش النقص، كما نذكره في القسم الثاني إن شاء الله تعالى. وهو شاذ ضعيف. وإن كان بجناية، فإن كان بجناية أجنبي، لزمه الأرض إما مقدر، وإما غير مقدر، بناءً على الخلاف، في أن جرح العبد مقدر، أم لا؟ وللبايع أخذه معيماً، والمضاربة بمثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن. وإن كان بجناية البائع،

فكلاً أجنبي. وإن كان بجناية المشتري، فطريقان. أصحهما: عند الإمام: أنه كالأجنبي، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء، فكأنه صرف جزءاً من المبيع إلى غرضه. والثاني وبه قطع صاحب «التهذيب» وغيره: أنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض، ففي قول، كالأجنبي، وعلى الأظهر، كالآفة السماوية.

قلت: المذهب: أنه كالآفة السماوية، وبه قطع جماعات. والله أعلم.

القسم الثاني: نقص يتقسط الثمن عليه، ويصح إفراده بالعقد، كمن اشترى عشرين أو ثوبين، فتلف أحدهما في يده، ثم حجر عليه، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والمضاربة بحصة ثمن التالف. ولو بقي جميع المبيع، وأراد البائع الرجوع في بعضه، مكن، لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في كله، فهو كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه، يجوز. ومن الأصحاب، من حكى قولين في أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن، أم بجميع الثمن ولا يضارب بشيء؟ قال الإمام: وطردهما أصحاب هذه الطريقة في كل مسألة تضاهيها. حتى لو باع شقصاً وسيفاً بمئة، يأخذ الشقص بجميع المئة على قول. قال الإمام: وهذا قريب من خرق الإجماع هذا إذا تلف أحد العبدین ولم يقبض من الثمن شيئاً.

أما إذا باع عشرين متساويي القيمة بمئة، وقبض خمسين، فتلف أحدهما في يد المشتري، ثم أفلس، فالقديم: أنه لا رجوع، بل يضارب بباقي الثمن مع الغرماء، والجديد: أنه يرجع. فعلى هذا يرجع في جميع العبد الباقي بما يفي من الثمن، ويجعل ما قبض في مقابلة التالف. هذا هو المذهب، والمنصوص. وقيل: فيه قول مخرج: أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف باقي الثمن، ويضارب الغرماء بنصفه. ولو قبض بعض الثمن، ولم يتلف شيء من المبيع، ففي رجوعه، القولان، القديم، والجديد. فعلى الجديد: يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن. فلو قبض نصف الثمن، رجع في نصف العبد المبيع، أو العبدین المبيعین.

فرع: لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه، ثم أفلس، فالمذهب وبه قطع الجمهور: أنه كتلف بعض المبيع، كما لو انصب. فعلى هذا إن ذهب نصفه، أخذ الباقي بنصف الثمن، وضارب بنصفه. وإن ذهب ثلثه، أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن. وقيل: وجهان: أصحهما: هذا. والثاني: أنه كتعب المبيع، فيرجع فيما بقي إن شاء، ويقنع به. ولو كان بدل الزيت عصير، فالأصح: أنه كالزيت. وقيل: تعب قطعاً، لأن الذاهب منه الماء، ولا مالية له، بخلاف الزيت. فإذا قلنا: بالأصح، فكان العصير أربعة أرتال، يساوي ثلاثة دراهم، فأغلاها فصارت ثلاثة أرتال، فيرجع في الباقي، ويضارب بربع الثمن للذاهب، ولا عبرة بنقص قيمة المغلي لو

عادت إلى درهمين. فلو زادت فصارت أربعة، بني على أن الزيادة الحاصلة بالصنعة، عين، أم أثر؟ إن قلنا: أثر، فاز البائع بما زاد. وإن قلنا: عين، قال القفال: الجواب كذلك. وقال غيره: يكون المفلس شريكاً بالدرهم الزائد. فلو بقيت القيمة ثلاثة، فإن قلنا: الزيادة أثر، فاز بها البائع. وإن قلنا: عين، فكذلك عند القفال وعند غيره، يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم، فإن هذا القدر، هو قسط الرطل الذاهب، فهذا هو المستمر على القواعد. ولصاحب «التلخيص» في المسألة كلام غلطوه فيه.

فرع: لو كان المبيع داراً فانهدمت، ولم يتلف من نقضها شيء، فله حكم القسم الأول، كالعمى ونحوه. وإن تلف نقضها بإحراق وغيره، فهو من القسم الثاني، كذا أطلقوه. ولك أن تقول: ينبغي أن يطرد فيه الخلاف السابق في تلف سقف الدار المبعة قبل القبض، أنه كالتعيب، أو كتلف أحد العبدین.

الحال الثاني: التغير بالزيادة، وهو نوعان:

أحدهما: الزيادات الحاصلة، لا من خارج، وهي ثلاثة أضرب:

أحدها: المتصلة من كل وجه، كالسمن، وتعلم الصنعة، وكبر الشجرة، فلا عبرة بها. وللبائع الرجوع من غير شيء يلتزمه للزيادة، وهذا حكم الزيادات في جميع الأبواب، إلا الصداق، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول، لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها.

الضرب الثاني: الزيادات المنفصلة من كل وجه، كالولد، واللبن، والثمرة، فيرجع في الأصل، وتبقى الزوائد للمفلس. فلو كان ولد الأمة صغيراً، فوجهان: أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد، أخذه مع الأم، وإلا، فيضارب لامتناع التفريق. وأصحهما: إن بذل قيمة الولد، وإلا فيباعان ويصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولد إلى المفلس. وذكرنا وجهين: فيما إذا وجد الأم معيبة، وهناك ولد صغير: أنه يترك الرد وينتقل إلى الأرض، أو يحتمل التفريق للضرورة. وفيما إذا رهن الأم دون الولد، أنهما يباعان معاً، أو يحتمل التفريق. ولم يذكرنا فيما نحن فيه احتمال التفريق، بل احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال: يجيء وجه التفريق هنا، لكن لم يذكره اقتصاراً على الأصح، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس مبيع كله، مصروف إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق، مع إمكان المحافظة على جانب الراجع، وكون ملك المفلس مزالاً.

قلت: هذا الثاني هو الصواب، وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً، وحكى صاحب «الحاوي» والمستظهر، وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً: أنه يجوز التفريق

بينهما للضرورة، كمسألة الرهن. وقالوا: ليس هو بصحيح، إذ لا ضرورة، وفرقوا بما سبق، فحصل أن دعوى الإمام الرافعي ليست بمقبولة. والله أعلم.

فرع: لو كان المبيع بذراً، فزرعه فنبت، أو بيضة فتفرخت في يده، ثم فلس، فوجهان: أحدهما: عند العراقيين وصاحب «التهذيب»: يرجع فيه، لأنه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى، فأشبهه الودّي إذا صار نخلاً. والثاني: ليس له الرجوع، لأن المبيع هلك، وهذا شيء جديد استجد إسماءً، ويجري الوجهان في العصير إذا تخمر في يد المشتري، ثم تخلل، ثم فلس. ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض، ففلس وقد اشتد الحب، فقليل: بطرد الوجهين. وقيل: القطع بالرجوع.

الضرب الثالث: الزيادات المتصلة من وجه دون وجه، كالحمل. فإن حدث بعد الشراء، وانفصل قبل الرجوع، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني. وإن كانت حاملاً عند الشراء والرجوع جميعاً، فهو كالسمن فيرجع فيها حاملاً. وإن كانت حاملاً يوم الشراء وولدت قبل الرجوع، ففي تعدي الرجوع إلى الولد، قولان، بناءً على أن الحمل يعرف، أم لا؟ إن قلنا: نعم وهو الأظهر، رجع كما لو اشترى شيئين، وإلا، فلا، وإن كانت حائلاً عند الشراء، حاملاً عند الرجوع، فقولان أظهرهما عند الجمهور: يرجع فيها حاملاً، لأن الحمل تابع في البيع، فكذا هنا. والثاني: لا يرجع في الحمل، فعلى هذا: يرجع في الأم على الأصح. وقيل: لا، بل يضارب. فإن قلنا: يرجع في الأم فقط، قال الشيخ أبو محمد: يرجع فيها قبل الوضع. فإذا ولدت، فالولد للمفلس. وقال الصيدلاني وغيره: لا يرجع في الحال، بل يصير إلى انفصال الولد، ثم الاحتراز عن التفريق بين الأم والولد، طريقه ما سبق.

قلت: قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين، وصرح به صاحب «الحاوي» وغيره. قال صاحب «الحاوي»: ولا يلزم تسليمها إلى البائع، لحق المفلس، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه، لحق البائع في الأم، ولا يجوز أخذ قيمة الولد، فتوضع الأم عند عدل يتفقان عليه، وإلا فيختار الحاكم عدلاً. قال: ونفقتها على البائع دون المفلس، لأنه مالك الأم، وسواء قلنا: تجب نفقة الحامل لحملها، أم لا. قال أصحابنا: وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية، إلا أن في باقي الحيوانات، يجوز التفريق بينهما وبين ولدها الصغير، بخلاف الجارية. والله أعلم.

فرع: استتار الثمار بالأكمة وظهورها بالتأبير، قريبان من استتار الجنين

وظهوره بالانفصال. وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين. أولها: أن يشتري نخلاً عليها ثمرة غير مؤبّرة كانت عند الرجوع غير مؤبّرة أيضاً. وثانيها: أن يشتريها ولا ثمرة عليها، ثم حدث بها ثمرة عند الرجوع مؤبّرة، أو مدركة، أو مجذوزة، فحكمها ما ذكرناه في الحمل. وثالثها: إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبّرة، وعند الرجوع مؤبّرة، فطريقان. أحدهما: أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حاملاً عند البيع ووضعت قبل الرجوع. والثاني: القطع بأخذها، لأنها وإن كانت مستترة، فهي شاهدة موثوق بها، قابلة للأفراد بالبيع، وكانت أحد مقصودي البيع، فرجع فيها رجوعه في النخل. ورابعها: إذا كانت النخلة عند الشراء غير مطلعة، وأطلعت عند المشتري، وكانت يوم الرجوع غير مؤبّرة، فقولان: أظهرهما وهو رواية المزني وحرمة: يأخذ الطلع مع النخل، لأنه تبع في البيع، فكذا هنا. والثاني: لا يأخذه وهو رواية الربيع، لأنه يصح إفراده فأشبهه المؤبّرة. وقيل: لا يأخذه قطعاً. قال الشيخ أبو حامد: وعلى هذا قياس الثمرة التي لم تؤبر. فحيث أزال الملك باختياره بعوض، بيع ما لم يؤبر. وإن زال قهراً بعوض، كالشفعة، والرد بالعيب، فالتبعية على هذين القولين. وإن زال بلا عوض، باختيار أو قهر، كالرجوع بهبة الولد، ففيه أيضاً القولان. وحكم باقي الثمرة وما يلتحق منها بالمؤبّرة، وما لا، أوضحناه في البيع. فإذا قلنا برواية المزني، فجرى التأبير والرجوع، فقال البائع: رجعت قبل التأبير، فالثمار لي، وقال المفلس: بعده، فالمذهب: أن القول قول المفلس مع يمينه، لأن الأصل عدم الرجوع حينئذ، وبقاء الثمار له. قال المسعودي: ويخرج قول أن القول قوله بلا يمين، بناءً على أن النكول ورد اليمين كالإقرار، وأنه لو أقر، لم يقبل إقراره. وفي قول: القول قول البائع، لأنه أعرف بتصرفه.

قلت: ينبغي أن يجيء قول: أن القول قول السابق بالدعوى. وقول: أنهما إن اتفقا على وقت التأبير، واختلفا في الفسخ، فقول المفلس. وإن اتفقا على وقت الفسخ، واختلفا في التأبير، فقول البائع، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة، والرجعة، والإسلام. قال صاحب «الشامل» وغيره: وكذا لو قال البائع: بعثك بعد التأبير، فالثمرة لي. وقال المشتري: قبله، فالقول قول البائع مع يمينه، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين. والله أعلم.

فإذا حلف المفلس، حلف على نفي العلم بسبق الرجوع على التأبير، لا على نفي السبق.

قلت: فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع، سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين، لأنه يوافقه على نفي علمه، قاله الإمام. والله أعلم.

فإن حلف، بقيت الثمار له. وإن نكل، فهل للغرماء أن يحلفوا؟ فيه الخلاف السابق، فيما إذا ادعى المفلس شيئاً ولم يحلف. فإن قلنا: لا يحلفون وهو المذهب، أو يحلفون، فنكلوا، عرضت اليمين على البائع، فإن نكل، فهو كما لو حلف المفلس. وإن حلف، فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة، فالثمرة له. وإن جعلناها كالإقرار، فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء. فإن لم يقبله، صرفت الثمار إلى الغرماء. فإن فضل شيء، أخذ البائع بحلفه السابق. هذا إذا كذب الغرماء البائع، كما كذبه المفلس. فإن صدقوه، لم يقبل قولهم على المفلس، بل إذا حلف، بقيت الثمار له، وليس لهم طلب قسمتها، لأنهم يزعمون أنها للبائع، وليس له التصرف فيها، للحجر، واحتمال أن يكون له غريم آخر، لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم، أو إبراء ذمته من ذلك القدر، هذا هو الصحيح، كما لو جاء المكاتب بالنجم، فقال السيد: غصبته، فيقال: خذه، أو أبرئه عنه. وفي وجه: لا يجبرون، بخلاف المكاتب، لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه، وليس على المفلس كبير ضرر. وإذا أجبروا على أخذها، فللبائع أخذها منهم لإقرارهم. وإن لم يجبروا وقسمت أمواله، فله طلب فك الحجر إذا قلنا: لا يرتفع بنفسه. ولو كانت من غير جنس حقوقهم، فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعاً على الإيجاب، لم يتمكن البائع من أخذه منهم، بل عليهم رده إلى المشتري. فإن لم يأخذه، فهو مال ضائع.

قلت: هذا هو الصحيح المعروف. وفي «الحاوي» وجه شاذ: أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها، والصواب ما سبق. والله أعلم.

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع بصيغة الشهادة وشرطها، أو عدل وحلف معه البائع، قضى له. كذا أطلق الشافعي رحمته الله وجماهير الأصحاب، وأحسن بعض الشارحين للمختصر، فحمله على ما إذا شهدا قبل تصديق البائع. ولو صدق بعض الغرماء البائع، وكذبه بعضهم، فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمرة. فلو أراد قسمتها على الجميع، فوجهان: قال أبو إسحاق: له ذلك، كما لو صدقه الجميع. وقال الأكثرون: لا، لأن المصدق يتضرر، لكون البائع يأخذ منه ما أخذ، والمفلس لا يتضرر بعدم الصرف إليه، لإمكان الصرف إلى من كذب، بخلاف ما إذا صدقه الجميع. وإذا صرف إلى المكذبين، ولم يف بحقوقهم، ضاربوا المصدقين في باقي الأموال ببقية دينهم مؤاخذاً لهم على الأصح المنصوص - وفي وجه: بجميع ديونهم - لأن زعم المصدقين، أن شيئاً من ديون المكذبين لم يتأدَّ. هذا كله إذا كذب المفلس

البائع، فلو صدقه، نظر، إن صدقه الغرماء أيضاً، قضي له. وإن كذبوه وزعموا أنه أقر بمواطأة، فعلى القولين في إقراره بعين أو دين. إن قلنا: لا يقبل، فللبائع تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون رجوعه قبل التأبير على المذهب. وقيل: في تحليفهم القولان في حلف الغرماء على الدين، وهو ضعيف، لأن اليمين هنا توجهت عليهم ابتداءً، وهناك ينبون عن المفلس. واليمين لا تجري فيها النيابة.

قلت: وليس للغرماء تحليف المفلس، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به، قاله في «الحاوي» وغيره. والله أعلم.

فرع: الاعتبار في انفصال الجنين وتأبير الثمار بحال الرجوع دون الحجر، لأن ملك المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع.

فصل: متى رجع البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس، فليس له قطعها، بل عليه إبقاؤها إلى الجداد، وكذا لو رجع في الأرض وهي مزروعة بزرع المفلس، يترك إلى الحصاد، كما لو اشترى أرضاً مزروعة، لم يكن له تكليف البائع قلعه. ثم إذا أبقى الزرع، فلا أجره على المذهب. وحكي قول مخرّج مما لو بنى أو غرس، فإن للبائع الإبقاء بأجرة، ثم الكلام في طلب الغرماء والمفلس، القطع، أو الجداد والحصاد على ما سبق.

فرع: متى ثبت الرجوع في الثمار بالتصريح ببيعها مع الشجر، أو قلنا به في الحالة الثالثة والرابعة، فتلقت الثمار بجائحة، أو أكل أو غيرهما، ثم فلس، أخذ البائع الشجر بحصتها من الثمن، وضارب بحصة الثمر، فتقوّم الشجر وعليها الثمر، فيقال مثلاً: قيمتها مئة، وتقوّم وحدها فيقال: تسعون، فيضارب بعشر الثمن. فإن حصل في قيمتها انخفاض أو ارتفاع، فالصحيح أن الاعتبار في الثمار بالأقل من قيمتي يومي العقد والقبض، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر، فالنقص قبله كان من ضمان البائع، فلا يحسب على المشتري. وإن كانت يوم العقد أقل، فالزيادة ملك المشتري، وتلفت، فلا حق للبائع فيها. وفي وجه شاذ: يعتبر يوم القبض.

وأما الشجر، ففيها وجهان: أحدهما: يعتبر أكثر القيمتين، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع، فنقصه عليه، وزيادته للمشتري، فيأخذ بالأكثر، ليكون النقص محسوباً عليه. كما أن في الثمرة الباقية على المشتري، يعتبر الأقل، ليكون النقص محسوباً عليه. والثاني: يعتبر يوم العقد قل أم كثر، لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة، وعين الأشجار باقية، فيفوز بها البائع، ولا يحسب عليه. وهذا الثاني، هو المنقول في «التهذيب» و«التتمة» وبالأول جزم الصيدلاني وغيره،

وصححه الغزالي. مثل ذلك، قيمة الشجر يوم البيع عشرة، وقيمة الثمر خمسة. فلو لم تختلف القيمة، لأخذ الشجرة بثلاثي الثمن، وضارب للثمرة بالثلث.

وإن زادت قيمة الثمرة وكانت يوم القبض عشرة، فعلى الصحيح، هو كما لو كانت بحالها اعتباراً لأقل قيمتها. وعلى الشاذ: يضارب بنصف الثمن. ولو نقصت وكانت يوم القبض درهمين ونصفاً، ضارب بخمس الثمن. فلو زادت قيمة الشجر أو نقصت، فالحكم على الوجه الثاني، كما لو بقيت بحالها. وعلى الأول كذلك إن نقصت. وإن زادت، فكانت خمسة عشر، ضارب بربع الثمن. قال الإمام: وإذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين فتساوتا، ولكن بينهما نقص. فإن كان لمجرد انخفاض السوق، فلا عبرة به. وإن كان لعيب طراً وزال، فكذلك على الظاهر. كما أنه يسقط بزواله حق الرد بالعيب. وإن لم يزل العيب، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق، فالذي أراه، إعتبار قيمته يوم العيب، لأن النقص من ضمان البائع، والارتفاع بعده في ملك المشتري، فلا يجبره. قال: وإذا اعتبرنا في الشجر أكثر القيمتين، فكانت قيمته يوم العقد مئة، ويوم القبض مئة وخمسين، ويوم رجوع البائع مئتين، فالوجه: القطع باعتبار المئتين.

ولو كانت قيمتها يومي العقد والقبض ما ذكرناه، ويوم الرجوع مئة، اعتبر يوم الرجوع، لأن ما طراً من زيادة ونقص وزال، ليس ثابتاً يوم العقد حتى يقول: إنه وقت المقابلة، ولا يوم أخذ البائع ليحسب عليه.

فرع: سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشيئين المبيعين، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي، على ما ذكرناه في الأشجار والثمار بلا فرق. النوع الثاني من الزيادات: ما التحق بالمبيع من خارج، وينقسم إلى عين محضة، وصفة محضة، ومركب منهما.

الضرب الأول: العين المحضة، ولها حالان:

أحدهما: أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع، كمن اشترى أرضاً فغرس فيها، أو بنى، ثم فلس قبل أداء الثمن، فإذا اختار البائع الرجوع في الأرض، نظر، إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتسليم الأرض بيضاء، رجع فيها وقلعوا، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء لئتملكها مع الأرض. وإذا قلعوا، وجب تسوية الحفر من مال المفلس، وإن حدث في الأرض نقص بالقلع، وجب أرشه في ماله. قال الشيخ أبو حامد: يضارب به. وفي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدّم به، لأنه لتخليص ماله. وإن قال المفلس: يقلع. وقال الغرماء: نأخذ القيمة من البائع لئتملكه، أو بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء، أجيب من في قوله

المصلحة. فإن امتنعوا جميعاً من القلع، لم يجبروا، لأنه غير متعد. ثم ينظر، إن رجع على أن يملك البناء والغراس بقيمتها، أو يقلع ويغرم أرش النقص، فله ذلك، لأنه يندفع به الضرر من الجانبين، والاختيار فيهما إليه، وليس للغرماء والمفلس الامتناع، بخلاف ما سبق في الزرع، لأن له أمداً قريباً.

وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها، لم يكن له ذلك على الأظهر، لأنه ينقص قيمة البناء والغراس، ويضرهم، والضرر لا يزال بالضرر. وفي قول: له ذلك، كما لو صبغ المشتري الثوب ثم فلس، يرجع البائع في الثوب فقط. وقيل: إن كانت الأرض كثيرة القيمة، والبناء والغراس مستحقين بالإضافة إليها، كان له ذلك. وإن كان عكسه، فلا، اتباعاً للأقل الأكثر. وقيل: إن أراد الرجوع في البياض المتخلل بين البناء والشجر، ويضارب للباقي بقسطه من الثمن، كان له. وإن أراد الرجوع في الجميع، فلا، فإن قلنا بالأظهر، فالبائع يضارب بالثمن، أو يعود إلى بذل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش النقص. وإن مكناه من الرجوع فيها، فوافق الغرماء والمفلس، وباع الأرض معهم حين باعوا البناء فذاك. وطريق التوزيع، ما سبق في الرهن. وإن امتنع، لم يجبر على الأظهر، وإذا لم يوافقهم، فباعوا البناء والغراس، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة، والقلع مع الأرش، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه، هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها، وهو الصواب المعتمد. وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: لا رجوع بحال. والثاني: تباع الأرض والبناء رفقا بالمفلس. والثالث: يرجع في الأرض ويتخير بين ثلاث خصال: تملك البناء والغراس بالقيمة، وقلعهما مع التزام أرش النقص، وإبقاؤهما بأجرة المثل، يأخذها من ملكهما. وإذا عين خصلة، فاختار الغرماء والمفلس غيرها، أو امتنعوا من الكل، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض، ويقلع مجاناً، أو يجبرون على ما عينه. والرابع: إن كانت قيمة البناء أكثر، فالبائع فاقد عين ماله. وإن كانت قيمة الأرض أكثر، فواجد. هذا نقل الإمام، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأولى، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟

فرع: اشترى الأرض من رجل، والغراس من آخر، وغرسه فيها، ثم فلس، فلكل الرجوع إلى عين ماله. فإن رجعا وأراد صاحب الغراس القلع، مكن وعليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت. وإن أراد صاحب الأرض، فكذلك إن ضمن أرش النقص، وإلا، فوجهان: أحدهما: المنع، لأنه غرس محترم، كغرس المفلس. والثاني: له، لأنه باع الغرس مفرداً، فيأخذه كذلك.

الحال الثاني: أن لا تكون الزيادة قابلة للتمييز، كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض، فإذا اشترى صاع حنطة أو رطل زيت، فخلطه بحنطة، أو زيت، ثم فلس، فإن كان مثله، فللبائع الفسخ، وتملك صاع من المخلوط، وطلب القسمة. وإن طلب البيع، فهل يجاب؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لا يجاب الشريك. والثاني: نعم، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه، ويصل بالبيع إلى بدل حقه، وقد يكون له غرض. وإن كان المخلوط أردأ من المبيع، فله الفسخ والرجوع في قدر حقه من المخلوط. وفي كفيته وجهان: أحدهما: يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، لأنه لو أخذ صاعاً، نقص حقه. ولو أخذ أكثر، حصل الربا. فعلى هذا، إن كان المبيع يساوي درهمين، والمخلوط به درهماً، قسم الثمن أثلاثاً. وأحدهما: ليس له إلا أخذ صاع، أو المضاربة، لأنه نقص حصل في المبيع، كتعب العبد. وخرج قول أن الخلط بالمثل والأردأ يمنع الرجوع، وليس بشيء. وإن كان المخلوط به أجود، فأقول: أظهرها: ليس له الرجوع، بل يضارب بالثمن. والثاني: يرجع ويباعان، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة. والثالث: يوزع نفس المخلوط بينهما باعتبار القيمة. فإذا كان المبيع يساوي درهماً، والمخلوط به درهمين، أخذ ثلثي صاع، وهذا القول أضعفها، وهو رواية البويطي والربيع.

فرع: قال الإمام: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود، فكان أحد الخليطين كثيراً، والآخر قليلاً، لا تظهر به زيادة في الحس، ويقع مثله بين الكيلين، فإن كان الكثير للبائع، فالوجه: القطع بكونه واحداً عين ماله، وإن كان الكثير للمشتري، فالظاهر كونه فاقداً.

فرع: لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع، كالزيت بالشيرج، فلا فسخ، بل هو كالتلف، وفيه احتمال للإمام.

الضرب الثاني: الصفة المحضة. فإذا اشترى حنطةً فطحنها، أو ثوباً فقصره، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب، ثم فلس، فللبائع الرجوع فيه. ثم إن لم تزد قيمته، فلا شركة للمفلس، وإن نقصت، فلا شيء للبائع غيره، وإن زادت، فقولان: أحدهما: أن هذه الزيادة أثر، ولا شركة للمفلس، لأنها صفات تابعة، كسمن الدابة بالعلف، وكبر الودي بالسقي. وأظهرهما: أنها عين، والمفلس شريك بها، لأنها زيادة بفعل محترم متقوّم، ويجري القولان، فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه، أو لحماً فشواه، أو شاة فذبجها، أو أرضاً فضرب من ترابها لبناً أو عرصة، وآلات البناء فبنى بها داراً. أما تعليم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين. وقيل: هي أثر قطعاً، كالسمن. وضبط صور

القولين، أن يصنع به ما يجوز الاستئجار عليه، فيظهر به أثر فيه. وإنما اعتبرنا الأثر، لأن حفظ الدابة وسياستها، يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به مشاركة للمفلس، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة. فإن قلنا: أثر، أخذ البائع المبيع بزيادته. وإن قلنا: عين، بيع وللمفلس بنسبة ما زاد في قيمته.

مثاله، قيمة الثوب خمسة، وبلغ بالقصارة ستة، فللمفلس سدس الثمن. فلو ارتفعت القيمة، أو انخفضت بالسوق، فالزيادة والنقص بينهما على هذه النسبة. فلو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة، بأن صار مثل ذلك الثوب يساوي غير مقصور ستة، ومقصوراً سبعة، فللمفلس سبع الثمن فقط. فلو زادت قيمة القصارة دون الثوب، بأن كان مثل هذا الثوب يساوي مقصوراً سبعة، وغير مقصور خمسة، فللمفلس سبعان من الثمن. وعلى هذا القياس. ويجوز للبائع أن يمسك المبيع، ويمنع من بيعه، ويبذل للمفلس حصة الزيادة، كذا نقل في «التهذيب» وغيره، كما تبذل قيمة البناء والغراس. ومنعه في «التتمة» لأن الصفة لا تقابل بعوض.

قلت: الأصح: نقل صاحب «التهذيب»، وبه قطع صاحب «الشامل» و«البيان». وقال صاحب «الحاوي»: ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع، ولا المفلس، ولا الغرماء، بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل. والله أعلم.

فرع: إذا استأجر المفلس أو غيره على القصارة، أو الطحن، فعمل الأجير عمله، فهل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة؟ إن قلنا: القصارة وما في معناها أثر، فلا. وإن قلنا: عين، فنعم. كما للبائع حبس المبيع، لاستيفاء الثمن، وبه قال الأكثرون.

قلت: هكذا أطلق المسألة كثيرون، أو الأكثرون، ونص الشافعي رحمته الله في «الأم» والشيخ أبو حامد، والماوردي، وغيرهم، على أنه ليس للأجير حبسه، ولا لصاحب الثوب أخذه، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة، أو يباع لهما. وهذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق. فإن جعله عند العدل، حبس. لكن ظاهر كلام الأكثرين: أن الأجير يحبسه في يده. والله أعلم.

الضرب الثالث: ما هو عين من وجه، وصفة من وجه، كصبغ الثوب، ولت السوق وشبههما. فإذا اشترى ثوباً وصبغه، فإن نقصت القيمة، أو لم تزد، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني. وإن زادت، فقد تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل، أو أكثر.

الحال الأول: مثل أن يكون الثوب يساوي أربعة، والصبغ درهمين، وصارت قيمته مصبوغاً ستة، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب، ويكون المفلس شريكاً له في الصبغ، فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً. وهل يقول: كل الثوب للبائع، وكل الصبغ

للمفلس، كما لو غرس؟ أو يقول: يشتركان فيهما جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كخلط الزيت؟ فيه وجهان:

الحال الثاني: مثل أن تصير قيمته مصبوغاً خمسة، فالنقص محال على الصبغ، لأنه هالك في الثوب، والثوب بحاله، فيباع، وللبائع أربعة أخماس الثوب، وللمفلس خمس.

الحال الثالث: مثل أن تصير قيمته مصبوغاً ثمانية، فالزيادة حصلت بصنعة الصبغ. فإن قلنا: الصنعة عين، فالزيادة مع الصبغ للمفلس، فيجعل الثمن بينهما نصفين. وإن قلنا: أثر، فوجهان: أحدهما: يفوز البائع بالزيادة، فله ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربع. وأصحهما: وبه قال الأكثرون: يكون للبائع ثلثا الثمن، وللمفلس ثلثه، لأن الصنعة اتصلت بهما، فوزعت عليهما. ولو صارت قيمته مصبوغاً ستة عشر مثلاً، أو رغب فيه رجل فاشتراه، ففي كيفية القسمة، هذه الأوجه الثلاثة. ثم ما يستحقه المفلس من الثمن للبائع، دفعه ليخلص له الثوب مصبوغاً. ومنع ذلك صاحب «التممة» كما سبق. هذا كله إذا صبغه بصبغ نفسه. أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من رجل، فصبغه به، ثم فلس، فللبائع الرجوع فيهما، إلا أن تكون قيمته بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها، فيكون فاقداً للصبغ. فإن زادت القيمة، بأن كانت قيمة الثوب أربعة، والصبغ درهمين، فصارت مصبوغاً ثمانية، وقلنا: الصنعة أثر، أخذه، ولا شيء للمفلس. وإن قلنا: عين، فالمفلس شريك بالربع.

ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته، والصبغ من آخر بدرهمين وهما قيمته، وصبغه، وأراد البائعان الرجوع، فإن كان مصبوغاً لا يزيد على أربعة، فصاحب الصبغ فاقد ماله، وصاحب الثوب واجد ماله، بكماله إن لم ينقص عن أربعة، وناقصاً إن نقص. فإن زاد على أربعة، فصاحب الصبغ أيضاً واجد ماله، بكماله إن بلغت الزيادة درهمين، وناقصاً إن لم تبلغهما. وإن كانت قيمته مصبوغاً ثمانية، فإن قلنا: الصنعة أثر، فالشركة بين البائعين، كهي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبغ نفسه. وإن قلنا: عين، فنصف الثمن لبائع الثوب، وربعه لبائع الصبغ، والربع للمفلس. ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوباً له، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قبل الصبغ، وإلا، فهو فاقد. وإذا رجع، فالقول في الشركة بينهما كما سبق.

قلت: وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ، فوجهان: أحدهما: وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب «البيان»: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له

غيره، وإن شاء ضارب بالجميع. والثاني: له أخذه والمضاربة بالباقي. وبهذا قطع في «المهذب» و«الشامل» و«العدة» وغيرها. والله أعلم.

فرع: حكم صبغ الثوب، كالبناء والغراس. فلو قال المفلس والغرماء: نقلعه ونغرم نقص الثوب، قال ابن كج: لهم ذلك.

فرع: ما ذكرناه من القطع بالشركة بالصبغ، إذا لم يحصل، هو على إطلاقه، سواء أمكن تمييز الصبغ من الثوب، أو صار مستهلكاً. وفي وجه: إذا صار مستهلكاً، صار كالقسارة في أنه عين أم أثر.

فرع: إذا اشترى ثوباً، واستأجر قصّاراً فقصره، ولم يوفه أجرته حتى فلس، فإن قلنا: القسارة أثر، فليس للأجير إلا المضاربة بالأجرة، وللبائع الرجوع في الثوب مقصوراً، ولا شيء عليه لما زاد. وقال صاحب «التلخيص»: عليه أجرة القصار، فكأنه استأجره. وغلطه الأصحاب فيه. وإن قلنا: عين، نظر، إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما قبل القسارة، فالأجير فاقد عين ماله. وإن زادت، فلكل من البائع والأجير، الرجوع إلى عين ماله. فلو كانت قيمة الثوب عشرة، والأجرة درهم، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر، بيع. وللبائع عشرة، وللأجير درهم، والباقي للمفلس. ولو كانت الأجرة تساوي خمسة دراهم، والثوب بعد القسارة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة، فعشرة للبائع، ودرهم للأجير، ويضارب بأربعة. وإن لم يفسخ، فعشرة للبائع، ودرهم للمفلس، ويضارب الأجير بالخمس. وحكى في «الوسيط» وجهاً: أنه ليس للأجير إلا القسارة الناقصة، أو المضاربة، كما هو قياس الأعيان. ولم أر هذا النقل لغيره، فالمعتمد ما سبق.

ولو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجر صباغاً صبغه بصبغ قيمته درهم، فصارت قيمته خمسة عشرة، فالأربعة الزائدة حصلت بالصنعة، فيجري فيها القولان في أنها عين أو أثر. فإن رجع البائع والصباغ، بيع بخمسة عشر، وقسم على أحد عشر إن قلنا: أثر. وإن قلنا: عين، فلهما أحد عشر، والأربعة للمفلس. ولو كانت بحالها، وبيع بثلاثين، قال ابن الحداد: للبائع عشرون، وللصباغ درهمان وللمفلس ثمانية. وقال غيره: يقسم الجميع على أحد عشر، عشرة للبائع، ودرهم للصباغ، ولا شيء للمفلس. قال أبو علي: الأول جواب على قولنا: عين. والثاني: على أنها أثر. ولو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجره على قصارته بدرهم، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر، فبيع بثلاثين، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريراً على العين: إنه يتضاعف حق كل منهم، كما قاله ابن الحداد في الصبغ. قال الإمام: ينبغي أن يكون للبائع عشرون، وللمفلس تسعة، وللقصار درهم كما كان،

ولا يزيد حقه، لأن القسارة غير مستحقة للقصار. وإنما هي مرهونة بحقه، وهذا استدراك حسن.

فرع: لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب، أجبر على الأصح، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، فكأن هذا القائل يعطي القسارة حكم العين من كل وجه.

فصل: لو أخفى المديون بعض ماله، ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه، ورجع أصحاب الأمتعة فيها، وقسم باقي ماله بين غرمائه، ثم علمنا إخفاءه، لم ينقص شيء من ذلك، لأن للقاضي بيع مال الممتنع وصرفه في دينه. والرجوع في عين المبيع بامتناع المشتري من أداء الثمن، مختلف فيه. فإذا حكم به، نفذ، كذا قاله في «التتمة»، وفيه توقف، لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز ذلك.

فصل: من له الفسخ بالإفلاس، لو ترك الفسخ على مال، لم يثبت المال. فإن كان جاهلاً بجوازه، ففي بطلان حقه من الفسخ، وجهان كما سبق في الرد بالعيب.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحجر (١)

هو نوعان: حجر شرع لغيره، وحجر لمصلحة نفسه.

النوع الأول: خمسة أضرب. حجر الراهن لحق المرتهن، وحجر المفلس لحق الغرماء، وحجر المريض للورثة، وحجر العبد لسيده، وكذا المكاتب لسيده والله تعالى. وخامسها: حجر المرتد لحق المسلمين. وهذه الأضرب خاصة لا تعم التصرفات، بل يصح من هؤلاء المحجورين، الإقرار بالعقوبات، وكثير من التصرفات، وهي مذكورة في أبوابها.

النوع الثاني: ثلاثة أضرب. أحدها: حجر المجنون، ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالإفاقة، وتنسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها. ومن عامله، أو أقرضه، فتلف المال عنده، أو أتلفه، فمالكه هو المضيّع. وما دام باقياً يجوز استرداده. والثاني: حجر الصبي. قال في «التتمة»: ومن له أدنى تمييز، ولم يكمل عقله، فهو كالصبي المميز. وتديبره ووصيته، يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى. وقد سبق إذنه في الدخول وحمله الهدية. والثالث: حجر السفیه المبذّر، والضرب الأول أعم من الثاني. والثاني أعم من الثالث. ومقصود الكتاب هذه الأضرب، والثالث معظم المقصود.

فصل: فيما يزول به حجر الصبي

قال جماعة: ينقطع حجر الصبي بالبلوغ رشيداً. ومنهم من يقول: حجر الصبي ينقطع بمجرد البلوغ، وليس هذا اختلافاً محققاً، بل من قال بالأول، أراد الإطلاق الكلّي، ومن قال بالثاني، بالحجر أراد الحجر المخصوص بالصبي، وهذا أولى، لأن الصبي سبب مستقل بالحجر، وكذلك التبذير. وأحكامهما متغايرة. ومن بلغ مبذراً، فحكم تصرفه حكم تصرف السفیه، لا حكم تصرف الصبي.

فرع: للبلوغ أسباب: منها مشترك بين الرجال والنساء، ومختص بالنساء.

أما المشترك، فمنه السن. فإذا استكمل المولود خمسة عشرة سنة قمرية، فقد

(١) الحجر لغة المنع، وفي الشرع: منع إنسان من تصرفه في ماله.

بلغ^(١). وفي وجه: يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة، وهو شاذ ضعيف.

السبب الثاني: خروج المني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبلها، هذا هو الصحيح المعتمد. وفي وجه: إنما يدخل بمضي نصف السنة العاشرة. وفي وجه: باستكمال العاشرة. ولنا وجه: أن المني لا يكون بلوغ في النساء، لأنه نادر فيهن. وعلى هذا، قال الإمام: الذي يتجه عندي: أنه لا يلزمها الغسل. وهذا الوجه شاذ، وفيما قاله الإمام نظر.

السبب الثالث: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار^(٢). وهل هو حقيقة البلوغ، أم دليله؟ قولان: أظهرهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، فهو بلوغ في المسلمين أيضاً. وإن قلنا بالثاني، فالأصح أنه ليس ببلوغ.

قلت: اختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين، واختار الإمام الرافعي في «المحرر» أنه لا يكون بلوغاً. والله أعلم.

ثم المعتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق، فأما الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، فلا أثر له. وأما شعر الإبط، واللحية، والشارب، فقليل: كالعانة. وقيل: لا أثر لها قطعاً. وألحق صاحب «التهذيب» الإبط بالعانة دون اللحية والشارب.

قلت: ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة، هذا هو الصحيح. وقيل: تمس من فوق حائل. يلصق بها شمع ونحوه ليعتبر ببلوغه به وكلاهما خطأ، إذ يحتمل أنه حلقة، أو نبت شيء يسير. والله أعلم.

وأما ثقل الصوت، ونهود الثدي، ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة، فلا أثر لها على المذهب. وطرد في «التتمة» فيها الخلاف. وأما ما يختص بالنساء، فاثنتان. أحدهما: الحيض فهو لوقت الإمكان، بلوغ. والثاني: الحبل، فإنه مسبق

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٦٦٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٨٦٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد للقتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.

(٢) كما أخرج الترمذي في سننه برقم (١٥٨٤) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٠٤) والنسائي في سننه برقم (٣٤٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٤١) من حديث عطية القرظي رضي الله عنه قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلّى سبيله، فكنتم ممن لم ينبت فخلّى سبيلي.

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن الترمذي برقم (١٢٨٨).

بالإنزال، لكن لا نستيقن الولد إلا بالوضع. فإذا وضعت، حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء. فإن كانت مطلقة، وأتت بولد يلحق الزوج، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق.

فرع: الخنثى المشكل، إذا خرج من ذكره ما هو بصفة المنى، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض، حكم ببلوغه على الأصح. لأنه ذكر أمني، أو أنثى حاضت. والثاني: لا للتعارض. وإن وجد أحد الأمرين فقط، أو أمني وحاض بالفرج، فقطع الجمهور بأنه ليس ببلوغ، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه. والحق، ما قاله الإمام، أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما، كما يحكم بذكورته وأنوثته. ثم إن ظهر خلافه، غيرنا الحكم.

قلت: قال صاحب «التتمة»: إذا أنزل الخنثى من ذكره أو خرج الدم من فرجه مرة، لم يحكم ببلوغه. فإن تكرر، حكم به. وهذا الذي قاله حسن وإن كان غريباً. والله أعلم.

فرع: وأما الرشد، فقد قال الشافعي رحمته الله: هو إصلاح الدين والمال، والمراد بالصالح في الدين: أن لا يرتكب محرماً يسقط العدالة، وفي المال: أن لا يبذر. فمن التبذير تضييع المال بإلقائه في البحر، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها، وكذا الإنفاق في المحرمات. وأما الصرف في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله، فقال الإمام، والغزالي: هو تبذير. وقال الأكثرون: لا، لأن المال يتخذ لينتفع فيه ويلتذ. وكذا القول في التجمل بالثياب الفاخرة، والإكثار من شراء الجواني، والاستمتاع بهن، وما أشبه ذلك. وأما الصرف إلى وجوه الخير، كالصدقات، وفك الرقاب، وبناء المساجد والمدارس، وشبه ذلك، فليس بتبذير، فلا سرف في الخير، كما لا خير في السرف. وقال الشيخ أبو محمد: إن بلغ الصبي وهو مفرط بالإنفاق في هذه الوجوه، فهو مبذر. وإن عرض ذلك بعد بلوغه مقتصدًا، لم يصير مبذراً، والمعروف للأصحاب ما سبق. وبالجمله التبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات وصرفه في المحرمات.

فرع: لا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه. ويختلف بطبقات الناس، فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيهما، وولد الزارع في أمر الزراعة والإنفاق على القوام بها، والمحترف فيما يتعلق بحرفته، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة وشبهها من مصالح البيت. ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار، بل لا بد من مرتين فأكثر بحيث يفيد غلبة الظن برشده. وفي وقت الاختبار. وجهان: أحدهما: بعد البلوغ. وأصحهما:

قبله . وعلى هذا في كفيته وجهان : أصحهما : يدفع إليه قدر من المال ، ويمتنح في المماكسة والمساومة . فإذا آن الأمر إلى العقد ، عقد الولي . والثاني : يعقد الصبي ويصح منه هذا العقد للحاجة . ولو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار ، فلا ضمان على الولي .

قلت : والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب ، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم ، وصرح به القاضي أبو الطيب وغيره . والله أعلم .

فصل : إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه ، ولم يدفع إليه المال . وفي « التتمة » وجه ، أنه إن بلغ مصلحاً لماله ، دفع إليه وصح تصرفه فيه ، وإن كان فاسقاً . وإن بلغ مفسداً لماله ، منع منه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وهذا الوجه شاذ ضعيف ، والصواب ما تقدم وعليه التفريع ، فيستدام الحجر عليه ، ويتصرف في ماله من كان يتصرف قبل بلوغه . وإن بلغ رشيداً ، دفع إليه ماله . وهل ينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد ؟ أم يحتاج إلى فك ؟ وجهان : أصحهما : الأول لأنه لم يثبت بالحاكم ، فلم يتوقف عليه ، كحجر المجنون ، يزول بنفس الإفاقة . والثاني : يحتاج ، فعلى هذا ينفك بالقاضي أو الأب ، أو الجد . وفي الوصي والقيم وجهان : وعلى هذا لو تصرف قبل الفك ، فهو كتصرف من أنشئ عليه الحجر بالسفه الطارئ بعد البلوغ . ويجري الوجهان في الاحتياج فيما لو بلغ غير رشيد ، ثم رشد . وإذا حصل الرشد ، فلا فرق بين الرجل والمرأة وبين أن تكون مزوجة أو غيرها .

فرع : لو عاد التبذير بعدما بلغ رشيداً ، فوجهان : أحدهما : يعود الحجر عليه بنفس التبذير ، كما لو جن . وأصحهما : لا يعود ، لكن يعيده القاضي ، ولا يعيده غيره على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يعيده الأب والجد كما يعيده القاضي . ولو عاد الفسق دون التبذير ، لم يعد الحجر قطعاً ، ولا يعاد أيضاً على المذهب ، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ، لأن الحجر كان ثابتاً ، فبقي . وإذا حجر على من طرأ عليه السفه ، ثم عاد رشيداً ، فإن قلنا : الحجر عليه لا يثبت إلا بحجر القاضي ، لم يرتفع إلا برفعه . وإذا قلنا : يثبت بنفسه ، ففي زواله الخلاف السابق فيمن بلغ رشيداً . وأما الذي يلي أمر من حجر عليه للسفه الطارئ ، فهو القاضي إن قلنا : لا بد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجوراً بنفس السفه ، فوجهان : كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، أحدهما الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنوناً . والثاني : القاضي لأن ولاية الأب زالت ، فلا تعود . والأول أصح في صورة الجنون ، والثاني أصح في صورة السفه . واعلم أن

الغزالي صرح في «الوسيط» و«الوجيز» بأن عود التبذير وحده لا أثر له، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعاً، وليس كما قال، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كاف في ذلك كما سبق.

قلت: أما «الوجيز» فهو فيه كما نقله عنه، وكذا في أكثر نسخ «الوسيط». وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب. وكذا وجد في أصل الغزالي، وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب. والله أعلم.

فرع: لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك النوع؟ وجهان: لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص.

فرع: الشحيح على نفسه جداً مع اليسار، في الحجر عليه لينفق بالمعروف وجهان: أصحهما: المنع.

فصل: فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه، وما لا يصح

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي، كالبيع، والشراء، والإعناق، والكتابة، والهبة، والنكاح، وسواء اشترى بعين أو في الذمة. وفي الشراء في الذمة وجه، أنه يصح تخريجاً من العبد، وليس بشيء. وإذا باع وأقبض، استرد من المشتري، فإن تلف في يده، ضمن. ولو اشترى وقبض، أو استقرض فتلف المأخوذ في يده، أو أتلّفه، فلا ضمان لأن الذي أقبضه هو المضيع، ويسترد وليه الثمن إن كان أقبضه. وسواء كان من عامله عالماً بحاله، أم جاهلاً لتقصيره بالبحث عن حاله. ولا يجب على السفه أيضاً الضمان بعد فك الحجر، لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبهه الصبي، لكن الصبي لا يأثم، والسفيه يأثم لأنه مكلف. وفي وجه، يضمن بعد فك الحجر إن كان أتلّفه بنفسه، وهو شاذ.

قلت: هذا إذا أقبضه البائع الرشيد. فأما إذا أقبضه السفه بغير إذن البائع، أو أقبضه البائع، وهو صبي أو محجور عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعاً، صرح به أصحابنا، وفقهه ظاهر. والله أعلم.

هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات، فأما إذا أذن له الولي، فإن أطلق الإذن، فهو لغو وإن عين تصرفاً وقدر العوض، فوجهان: أصحهما: عند الغزالي: الصحة، كما لو أذن في النكاح، فإنه يصح قطعاً، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه. وأصحهما: عند البغوي: لا يصح كما لو أذن للصبي.

قلت: هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم، الجرجاني، والرافعي في «المحرر» وجزم به الروياني في «الحلية». والله أعلم.

ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات، هل يصح عقده للموكل، وفيما لو اتهم أو قبل الوصية لنفسه.

قلت: الأصح: صحة اتهامه وبه قطع الجرجاني. والله أعلم.

ولو أودعه إنسان شيئاً فتلف عنده، فلا ضمان عليه. وإن أتلفه، فقولان كما لو أودع صبيّاً.

المسألة الثانية: لو أقر بدين معاملة، لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده، كالصبي. وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر، وجه أنه يصح تخريجاً من المفلس على قول، وليس شيء. ولو أقر بإتلاف أو جناية توجب المال، لم يقبل على الأظهر كدين المعاملة. ثم ما ردناه من إقراره لا يؤاخذ به بعد فك الحجر. ولو أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً، قبل. ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع. وفي المال قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة. هذا إن لم يقبل إقراره بالإتلاف. فإن قبلناه، فهنا أولى. ولو أقر بقصاص وعفا المستحق على مال ثبت على الصحيح، لأنه يتعلق باختيار غيره، لا بإقراره. ولو أقر بنسب، ثبت وينفق على الولد المستلحق من بيت المال.

قلت: كذا قال الأصحاب في كل طرقهم: يقبل إقراره بالنسب، وينفق عليه من بيت المال قطعاً. وشذ الروياني فقال في «الحلية»: يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين، وينفق عليه من ماله، وهذا شاذ نبهت عليه لثلا يغتر به. ولو أقر بالاستيلاء، لم يقبل. والله أعلم.

ومن ادعى عليه دين معاملة قبل الحجر وأقام بينة سمعت، فإن لم تكن بينة، وقلنا: النكول ورد اليمين كالبينه، سمعت، وإن قلنا: كالإقرار، فلا.

المسألة الثالثة: يصح طلاقه وخلعه، وظهاره، ورجعته، ونفيه النسب باللعان، وشبه ذلك، إذ لا تعلق لها بالمال. ولو كان السفية مطلقاً مع حاجته إلى النكاح، سري بجارية فإن تضجر منها، أبدلت.

المسألة الرابعة: حكمه في العبادات، كالرشيد، لكن لا يفرق الزكاة بنفسه. ولو أحرم بغير إذن الولي، انعقد إحرامه. فإن أحرم بحج تطوع، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المعهودة، ولم يكن له في طريقه كسب في تلك الزيادة، فللولي منعه. ثم المذهب وبه قطع الأكثرون، أنه كالمحصّر يتحلل بالصوم، إذا قلنا: لدم الإحصال بدل، لأنه ممنوع من المال، ونقل الإمام فيه وجهين: هذا، والثاني أن

عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة، لا يتحلل إلا بقاء البيت. وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة، لم يمنعه الولي، بل ينفق عليه من ماله، ولم يسلمه إليه، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق. وإن أحرم بحجة مفروضة، كحجة الإسلام والنذر قبل الحجر، لم ينفق عليه الولي كما ذكرنا. قال في «التتمة»: والمنذورة بعد الحجر، كالمنذورة قبله إن سلكتنا بالنذر مسلك واجب الشرع، وإلا فهي كحجة التطوع.

قلت: ولو أفسد حجه المفروض بالجماع، لزمه المضي فيه والقضاء. وهل يعطيه الولي نفقة القضاء؟ وجهان: حكاها الماوردي. والله أعلم.

ولو نذر التصديق بعين مال، لم يصح. وفي الذمة ينعقد. ولو حلف، انعقدت يمينه ويكفر عند الحنث بالصوم كالعبد.

قلت: وفيه وجه حكاها صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، أنه يلزمه التكفير بالمال، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفیه. قال القاضي: فإن كثر حنثه، لزمه الكفارة، ولا يخرجها الولي، ولا يصح صومه، بل تبقى عليه حتى يعسر، فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء. وإذا قلنا: بالصحيح أن واجبه الصوم، فلم يصم حتى فك حجره. قال الماوردي: إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء، لم يجزئه الصوم مع اليسار. وإن اعتبرنا حال الوجوب، ففي أجزاء الصوم وجهان: لأنه كان من أهل الصوم، إلا أنه كان موسراً. والله أعلم.

فصل: فيمن يلي أمر الصبي والمجنون، وكيف يتصرف

أما الذي يلي، فهو الأب ثم الجد، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي.

قلت: وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاها القاضي أبو الطيب، والشاشي، وآخرون. وينبغي أن يكون الراجح، الاكتفاء بالعدالة الظاهرة. والله أعلم.

ولا ولاية للأب على الأصح. وقال الإصطخري: لها ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما. وأما كيفية التصرف، فالتقول الجملي فيه: كون التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيجوز للولي أن يشتري له العقار، بل هو أولى من التجارة. فإن لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج، أو جور السلطان، أو إشراف الموضع على الخراب، لم يجز. ويجوز أن يبني له الدور والمساكن، ويبني بالآجر

والطين دون اللبن والجص. قال الروياني: جوز كثير من الأصحاب البناء على عادة البلد كيف كان. قال: وهو الاختيار. ولا يبيع عقاره إلا لحاجته، مثل أن لا يكون له ما يصرفه في نفقته وكسوته، وقصرت غلته عن الوفاء بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو لغبطة مثل أن يكون ثقل الخراج، أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن. ويجوز أن يبيع ماله نسيئة وبالعرض، إذا رأى المصلحة فيه. وإذا باع نسيئة، زاد على ثمنه نقداً، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً. فإن لم يفعل، ضمن، كذا قاله الجمهور. وحكى الإمام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن، وكان المشتري مليئاً، وقال: الأصح الصحة. ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن، ويجوز الاعتماد على ذمة المليء. وإذا باع الأب مال ولده لنفسه نسيئة، لا يحتاج إلى رهن من نفسه، لأنه أمين في حق ولده.

فرع: إذا باع الأب أو الجد عقار الطفل ورفع إلى القاضي، سجل على بيعه، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة، لأنه غير متهم. وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة.

قلت: وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد ليسجل لهما، وجهان حكاهما في «البيان». والله أعلم.

وإذا بلغ الصبي وادعى على الأب أو الجد بيع ماله بغير مصلحة، فالقول قولهما مع اليمين. وإن ادعاه على الوصي أو الأمين، فالقول قول المدعي في العقار، وعليهما البينة. وفي غير العقار وجهان: أحدهما: كالعقار. والفرق عسر الإشهاد في كل قليل وكثير يبيعه، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي، ولا بين العقار وغيره. ودعواه على المشتري من الولي، كهي على الولي.

فرع: ليس للوصي بيع ماله لنفسه، ولا بيع مال نفسه له، ولالأب والجد ذلك، ولهما بيع مال أحد الصغيرين للآخر. وهل يشترط أن يقول: بعت واشترت، كما لو باع لغيره. أم يكفي أحدهما؟ وجهان سبقا في البيع.

فرع: إذا اشترى الولي للطفل، فليشتر من ثقة. وحيث أمر بالارتهان، لا يقوم الكفيل مقامه.

فرع: لا يستوفى القصاص المستحق له، ولا يعفو، ولا يعتق عبده، ولو كان بعوض، ولا يكتبهم، ولا يهب أمواله ولو بشرط الثواب، ولا يطلق زوجته ولو بعوض. ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً، أخذ أو ترك بحسب المصلحة. فإن ترك بحسب المصلحة، ثم بلغ الصبي وأراد أخذه، لم يمكّن على الأصح، كما لو أخذ للمصلحة، ثم بلغ الصبي وأراد رده. والثاني: يمكن لأنه لو كان بالغاً، كان له

الأخذ. وإن خالف المصلحة والآخذ المخالف للمصلحة، لم يدخل في ولايته، فلا يفوت بتصرف الولي.

قلت: فإذا قلنا بالأصح، فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة، قال صاحب «المهذب» وغيره: حكمه حكم بيع العقار. والله أعلم.

فرع: ليس للولي أخذ أجره ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً، وإن كان فقيراً وانقطع بسببه عن الكسب، فله أخذ قدر النفقة. وفي التعليق: أنه يأخذ أقل الأمرين من قدر النفقة، وأجره المثل.

قلت: هذا المنقول عن التعليق، هو المعروف في أكثر كتب العراقيين ونقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقاً، وحكاه هو وغيره عن نص الشافعي (رحمته الله)، وحكى الماوردي والشافعي وجهاً، أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر أجرته. والصحيح المعروف، القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً. والله أعلم.

والقول في أنه هل يستبد بالأخذ، يأتي في «كتاب النكاح» إن شاء الله تعالى. وهل عليه ضمان ما أخذه كالمضطر إذا أكل طعام الغير أم لا؟ كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال؟ فيه قولان.

قلت: أظهرهما: لا ضمان، لظاهر القرآن، ولأنه بدل عمله. والله أعلم.

فرع: للولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكله، قال ابن سريج: وللمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل، قال: وهذا أولى بالجواز، لأن كلاً منهم من أهل المسامحة.

قلت: لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور، بل هو مستحب، ونقل صاحب «البيان» من أصحابنا، أنه مستحب، ذكره في باب الشركة، ودلائله من الأحاديث الصحيحة كثيرة. والله أعلم.

فرع: يجب على الولي أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف، ويخرج من أمواله الزكاة وأروش الجنایات وإن لم تطلب، ونفقة القريب بعد الطلب.

فرع: إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله، سافر، وإلا، فإن كان الطريق مخوفاً، لم يسافر به، وإن كان آمناً، فوجهان: أحدهما: الجواز لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، والولي مأمور بالمصلحة بخلاف المودع. والثاني: المنع وبه قطع العراقيون كالوديعة.

قلت: لو سافر به في البحر، لم يجز إن كان مخوفاً، وكذا إن كانت سلامته غالبية على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. والله أعلم.

ثم إذا أجاز له المسافرة به، جاز أن يبعثه مع أمين.

فرع: ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي، إلا عند ضرورة نهب أو حريق ونحوه، أو إذا أراد سفرًا. ويجوز للقاضي الإقراض، وإن لم يكن شيء من ذلك لكثرة أشغاله. وفي وجه: القاضي كغيره. ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض على الأصح، فإن عجز عنه، فله الإيداع. ويشترط فيمن يودعه الأمانة، وفي من يقرضه الأمانة واليسار. وإذا أقرض ورأى أن يأخذ به رهناً، أخذه، وإلا تركه.

قلت: يستحب للحاكم إذا حجر على السفية، أن يشهد على حجره. وإن رأى أن ينادي عليه في البلد، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكى في «الحاوي» و«المستظهر» عن أبي علي ابن أبي هريرة وجهاً، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفية كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها، حكاه في «البيان». ولو وجب للسفيه قصاص، فله أن يقتص ويعفو. فإن عفا على مال، صح، ووجب دفع المال إلى وليه. وإن عفا مطلقاً، أو على غير مال، فإن قلنا: القتل يوجب أحد الأمرين: القصاص أو الدية، وجبت الدية لأن عفوه عنها لا يصح، وإن قلنا: يوجب القصاص فقط، سقط القصاص، ولا مال. وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً، لم يتغير حكمه، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته. وحكى في «الحاوي» وجهاً، أنه يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثه، وهذا شاذ ضعيف. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح (١)

فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، وليس هذا على سبيل الحد، بل أرادوا ضرباً من التعريف، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالباً، ثم أدخل الشافعي والأصحاب رحمهم الله في الباب، التزاماً في المشترك، كالشوارع ونحوها. وفي الكتاب ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أحكام الصلح

وقد يجري بين المتداعيين، وبين المدعي وأجنبي. والقسم الأول نوعان: أحدهما: ما يجري على الإقرار وهو ضربان: أحدهما: الصلح عن العين. وهو صنفان:

أحدهما: صلح المعاوضة، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة، بأن ادعى عليه داراً فأقر له بها، وصالحه منها على عبد أو ثوب، فهذا الصنف حكمه حكم البيع، وإن عقد بلفظ الصلح. وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب، والشفعة، والمنع من التصرف قبل القبض، واشتراط القبض في المجلس إن كان المصالح عليه والمصالح عنه متفقين في علة الربا، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كان جنساً ربوياً، وجريان التحالف عند الاختلاف، ويفسد بالغرر، والجهل، والشروط الفاسدة كفساد البيع. ولو صالحه منها على منفعة دار، أو خدمة عبد مدة معلومة، جاز، ويكون هذا الصلح إجارة، فتثبت فيه أحكام الإجارة.

الصنف الثاني: صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها، أو من العبدین على أحدهما، فهذا هبة بعض المدعى لمن في يده، فيشترط لصحته القبول ومضي مدة إمكان القبض. وفي اشتراط إذن جديد في قبضه، الخلاف المذكور في كتاب الرهن. ويصح بلفظ الهبة، وما هو في معناها. وفي صحته بلفظ الصلح، وجهان: أحدهما: لا، لأن الصلح

(١) الصلح في اللغة: التوفيق أي قطع المنازعة.

وفي الشرع: هو العقد الذي ينقطع به خصومة المتخاصمين.

يتضمن المعاوضة. ومحال أن يقابل ملكه ببعضه. وأصحهما: الصحة، لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح، هي سبق الخصومة، وقد حصلت. ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع.

فرع: الصلح يخالف البيع في صور:

إحداها: المسألة السابقة، وهي إذا صالح صلح الحطيطة بلفظ الصلح، فإنه يصح على الأصح. ولو كان بلفظ البيع، لم يصح قطعاً.

الثانية: لو قال من غير سبق خصومة: بعني دارك بكذا، فباع، صح. ولو قال والحالة هذه: صالحني عن دارك هذه بألف، لم يصح على الأصح، لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة، وكأن هذا الخلاف فيما لو استعملنا لفظ الصلح بلا نية. فلو استعملناه ونوينا البيع، كان كناية بلا شك، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

الثالثة: لو صالح عن القصاص، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه.

الرابعة: قال صاحب «التلخيص»: لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم، جاز ولا يقوم مقامه البيع، واعترض عليه القفال، بأن تلك المصالحة، ليست بمصالحة عن أموالهم وإنما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم، وهذا صحيح، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين، فإن لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات.

الخامسة: قال صاحب «التلخيص»: لو صالح من إرش الموضحة على شيء معلوم، جاز إذا علما قدر أرشها. ولو باع، لم يجز وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين، وقالوا: إن كان الأرش مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه. وإن كان معلوم القدر والصفة، كالدرهم، إذا ضبطت، صح الصلح عنها، وصح بيعها ممن هي عليه. وإن كان معلوم القدر دون الصفة، على الوجه المعتبر في السلم، كالإبل الواجبة في الدية، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح ولفظ البيع جميعاً وجهان: ويقال: قولان. أحدهما: يصح كمن اشترى عيناً لم يعرف صفتها. وأصحهما: المنع كما لو أسلم في شيء لم يصفه، هذا في الجراحة التي لا توجب القود، فإن أوجبته في النفس، أو فيما دونها، فالصلح عنها مبني على أن موجب العمد ماذا؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

الضرب الثاني: الصلح عن الدين، وهو صنفان:

أحدهما: صلح المعاوضة وهو الجاري على عين الدين المدعى. فينظر، إن

صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة، فلا بد من قبض العوض في المجلس، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح. فإن لم يكن العوضان ربويين، فإن كان العوض عيناً، صح الصلح، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح. وإن كان ديناً، صح على الأصح، ولكن يشترط التعيين في المجلس، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح.

الصنف الثاني: صلح الحطييط وهو الجاري على بعض الدين المدعى، فهو إبراء عن بعض الدين، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في معناه، بأن قال: أبرأتك من خمسمئة من الألف الذي عليك، أو صالحتك على الباقي، برىء مما أبرأه، ولا يشترط القبول على الصحيح. وفي وجه بعيد: يشترط فيه، وفي كل إبراء، ولا يشترط قبض الباقي في المجلس. وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال: صالحتك على الألف الذي لي عليك على خمسمئة، فوجهان كنظيره في صلح الحطيطة في العين، والأصح الصحة.

وفي اشتراط القبول وجهان: كالوجهين فيما لو قال لمن عليه الدين: وهبته لك. والأصح، الاشتراط، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه. ولو صالح منه على خمسمئة معينة، جرى الوجهان. ورأى الإمام الفساد هنا أظهر. ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع، كنظيره في الصلح عن العين. ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حال أو عكسه. فباطل، لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق. فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق، سقط الأجل بالاستيفاء، وكذا الحكم في الصحيح والمكسر. ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمئة حالة، فباطل. ولو صالح من ألف حال على خمسمئة مؤجلة، فهذا ليس من المعاوضة في شيء، بل هو مسامحة من وجهين: أحدهما حظ خمسمئة. والثاني: إلحاق أجل بالباقي. والأول شائع، فيبرأ عن خمسمئة. والثاني: وعد لا يلزم، فله المطالبة بالباقي في الحال.

فرع: قال أحد الوارثين لصاحبه: تركت حقي من التركة لك، فقال: قبلت، لم يصح ويبقى حقه كما كان. ولو قال: صالحتك من نصيبي على هذا الثوب، فإن كانت التركة أعياناً، فهو صلح عن العين. وإن كانت ديوناً عليه، فهو صلح عن الدين. وإن كانت على غيره، فهو بيع دين لغير من عليه، وقد سبق حكمه. وإن كان فيها عين ودين على الغير، ولم نجوز بيع الدين لغير من عليه، بطل الصلح في الدين. وفي العين قولاً تفريق الصفقة.

فرع: له في يد رجل ألف درهم، وخمسون ديناراً، فصالحه منه على ألفي درهم، لا يجوز. وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم، ومئة دينار، وهي في يد

أحدهما، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم، لم يجز. ولو كان المبلغ المذكور ديناً في ذمة غيره، فصالحه منه على ألفي درهم، جاز. والفرق أنه إذا كان في الذمة، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين، ومعتاضاً عن الدنانير الألف الآخر. وإذا كان معيناً، كان الصلح عنه اعتياضاً، فكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم. وهو من صور مدّ عجوة. ونقل الإمام عن القاضي حسين وجهاً في صورة الدين بالمنع، تنزيلاً على المعاوضة.

فرع: صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة، فهو إعارة للدار يرجع فيها متى شاء. وإذا رجع، لم يستحق أجرة للمدة الماضية على الصحيح، لأنها عارية. وفي وجه: يستحق، لأنه قابل به رفع اليد عنها، وهو عوض فاسد، فيرجع بأجرة المثل. ولو صالحه عنها على أن يسكنها بمنفعة عبده سنة، فهو كما لو أجر داراً بمنفعة عبد سنة.

فرع: صالح عن الزرع الأخضر بشرط القطع، جاز. ودون هذا الشرط لا يجوز. ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض، فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح. ولو كان النزاع في نصف الزرع، ثم أقر المدعى عليه، وتصالحا عنه على الشيء، لم يجز. وإن شرطاً القطع، كما لو باع نصف الزرع مشاعاً، لا يصح، سواء شرط، أم لا.

النوع الثاني: الصلح عن الإنكار، فينظر، إن جرى على غير المدعى، فهو باطل. وصورة الصلح على الإنكار، أن يدعي عليه داراً مثلاً، فينكر، ثم يتصالحا على ثوب أو دين، ولا يكون طلب الصلح منه إقراراً، لأنه ربما يريد قطع الخصومة، هذا إذا قال: صالحني مطلقاً، أو صالحني عن دعوائك. بل الصلح عن الدعوى، لا يصح مع الإقرار أيضاً، لأن مجرد الدعوى لا يعتاض عنه. ولو قال بعد الإنكار: صالحني عن الدار التي ادعيتها، فهل يكون إقراراً، كما لو قال: ملّكني، أم لا، لاحتمال قطع الخصومة؟ وجهان: أحدهما: الثاني. فعلى هذا، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. ولو قال: بعنيها، أو هبها لي، فالصحيح أنه إقرار. لأنه صريح في التماس التملك. وقال الشيخ أبو حامد: هو كقوله: صالحني. ومثله: لو كان النزاع في جارية، فقال: زوجنيها. ولو قال: أعزني أو أجرني فأولى بأن لا يكون إقراراً. ولو كان النزاع في دين، فقال: أبرئني، فهو إقرار. ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر، وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلى القبول، صح، لأنه مستقل به، فلا حاجة إلى تصديق الغريم، بخلاف الصلح. ولهذا لو أبرأه من بعد التحليف، لو صح، ولو تصالحا بعد التحليف، لم يصح.

فرع: لو جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين، فوجهان: قال القفال: يصح، لأنهما متفقان على أن المدعي يستحق النصف، لأن المدعي يزعم استحقاق الجميع، والمدعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له، وتسليمه إليه، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق، وقال الأكثرون: باطل، كما لو كان على غير المدعي. قالوا: ومتى اختلف القابض والدافع في الجهة، فالقول قول الدافع كما سبق في الرهن. والدافع هنا، يقول: إنما بذلت النصف لدفع الأذى، حتى لا يرفعني إلى القاضي، ولا يقيم علي بينة زور.

وإن كان المدعى ديناً، وتصالحا على بعضه على الإنكار، نظر، إن صالحه عن ألف على خمسمئة مثلاً في الذمة، لم يصح. ولو أحضر الخمسمئة وتصالحا من الألف المدعى عليها، فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين. فإن لم يصح، فهنا أولى. وإلا، فوجهان: والأصح: البطلان باتفاقهم. والفرق أن ما في الذمة، ليس هو ذلك المحضر، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار. ولو تصالحا، ثم اختلفا هل تصالحا على الإنكار، أم على الاعتراف؟ قال ابن كج: القول قول مدعي الإنكار، لأن الأصل أن لا عقد. وينبغي أن يخرج على الوجهين فيما لو تنازع المتبايعان، هل عقدا صحيحاً أم فاسداً.

قلت: الصواب، ما قاله ابن كج، وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد، وصاحب «البيان» وغيرهما. والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة، والغالب وقوع الصلح على الإنكار. والله أعلم.

القسم الثاني من الباب: في الصلح الجاري بين المدعى وأجنبي، وله حالان: الحال الأول: مع إقرار المدعى عليه. فإن كان المدعى عيناً، وقال الأجنبي: إن المدعى عليه وكلني في مصالحتك له على نصف المدعى، أو على هذا العبد من ماله، فتصالحا عليه، صح. وكذا لو قال: وكلني في مصالحتك عنه على عشرة في ذمته. ثم إن كان صادقاً في الوكالة، صار المدعى ملكاً للمدعى عليه، وإلا، فهو شراء الفضول، وقد سبق بيانه وتفريعه. وإن قال: أمرني بالمصالحة عنه على هذا العبد من مالي، فصالحه عليه، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه بإذن ذلك الغير، وقد سبق خلاف في صحته، وأنه إذا صح، هل هو هبة، أو قرض؟ ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله، أو بدين في ذمته، صح له، كما لو اشتراه. وقيل: وجهان: كما لو قال لغيره من غير سبق دعوى: صالحني من دارك على ألف، لأنه لم يجر مع الأجنبي خصومة. والمذهب، الصحة، لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب. أما إذا كان هذا المدعى ديناً، وقال: وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه، أو

على هذا الثوب من ماله، فصالحه، صح. ولو قال: على هذا الثوب، وهو ملكي، فوجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه بيع شيء بدين غيره. والثاني: يصح، ويسقط الدين كمن ضمن ديناً وأداه.

قلت: الأول: أصح. والله أعلم.

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته، فهو ابتياع دين في ذمة الغير، وسبق بيانه في موضعه.

قلت: لو قال: صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمئة، صح، سواء كان بإذنه أم لا، لأن القضاء دين غيره بغير إذنه جائز. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يكون منكراً ظاهراً، فجاء أجنبي فقال: أقر المدعى عليه عندي، ووكلني في مصالحتك له، إلا أنه لا يظهر إقراره لثلاث تنزعه منه، فصالحه، صح، لأن دعوى الإنسان الوكالة في البيع والشراء وسائر المعاملات مقبولة. فإن قال: هو منكر، ولكنه مبطل، فصالحني له على عبدي هذا، لتقطع الخصومة بينكما، فوجهان: قال الإمام: أصحهما: لا يصح، لأنه صلح إنكار. والثاني: يصح، لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان. هذا إذا كان المدعى عيناً، فإن كان ديناً، فقليل: على الوجهين. والمذهب: القطع بالصحة. والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين ماله بغير إذنه. ويمكن قضاء دينه بغير إذنه. وإن قال: هو منكر، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك، وصالحه مع ذلك، لم يصح، سواء كان المصالح عليه له، أو للمدعى عليه. كما لو صالحه المدعي وهو منكر. وإن قال: هو منكر ومبطل في إنكاره، فصالحني لنفسي بعبدي هذا، أو بعشرة في ذمتي لأخذه منه، فإن كان المدعى ديناً، فهو ابتياع دين في ذمة غيره. وإن كان عيناً، فهو شراء مغصوب، فينظر في قدرته على انتزاعه وعجزه. وقد سبق بيان الحاليين في أول البيع. ولو صالح وقال: أنا قادر على انتزاعه، صح العقد على الأصح، اكتفاءً بقوله. والثاني: لا، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه، وهو عاجز عن انتزاعه. قال الإمام: والوجه أن يقال: إن كان الأجنبي كاذباً، فالعقد باطل باطناً، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه، الوجهان. وإن كان صادقاً، حكم بصحة العقد باطناً، وقطعنا بمؤاخذته، لكن لا تزال يد المدعى عليه إلا بحجة.

فرع: كالمثال لما ذكرنا

ادعى رجل على ورثة ميت داراً من تركته، وقال: غصبنيها، فأقروا له، جاز لهم مصالحته. فإن دفعوا إلى بعضهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه، جاز، وكان

عاقداً عن نفسه ووكيلاً عن الباقيين. ولو قالوا لواحد: صالحه عنا على ثوبك، فصالحه عنهم، فإن لم يسمهم في الصلح، وقع الصلح عنه. وإن سماهم، فهل تلغى التسمية؟ وجهان: فإن لم تلغها، وقع الصلح عنهم. وهل الثوب هبة لهم، أو قرض عليهم؟ وجهان: وإن ألغيناها، فهل يصح الصلح كله للعاقداً، أم يبطل في نصيب الشركاء ويخرج نصيبه على قولي تفريق الصفقة؟ وجهان: وإن صالحه بعضهم على مال له دون إذن الباقيين ليمتلك جميع الدار، جاز. وإن صالح لتكون الدار له ولهم جميعاً، لغا ذكرهم، وعاد الوجهان في أن الجميع يقع له، أم يبطل في نصيبهم. ويخرج نصيبه على قولي الصفقة.

فرع: أسلم كافر على أكثر من أربع نسوة، ومات قبل الاختيار والتعيين، وقف الميراث بينهن. فإن اصطلحن على القسمة على تفاوت أو تساوي، جاز، للضرورة. ولو اصطلحن على أن تأخذ ثلاث منهم أو أربع المال الموقوف، ويبدلن للباقيات عوضاً من خالص أموالهم، لم يصح. ونظير المسألة، ما لو طلق إحدى إمرأته ومات قبل البيان، ووقف لهم نصيب زوجة فاصطلحتا، وما إذا ادعى اثنان وديعة في يد رجل، فقال: لا أعلم لأيكما هي، وما إذا تداعيا داراً في يدهما، وأقام كلٌ بينة. ثم اصطلحا. وكذا لو كانت في يد ثالث وقلنا باستعمال البيتين.

قلت: وهذه مسائل تتعلق بالباب:

إحداها: ادعى داراً، فأقر، فصالحه على عبد، فخرج مستحقاً، أو ردّه بعيب، أو هلك قبل القبض، رجعت الدار إلى الأول. وإن وجد به عيباً بعدما هلك، أو تعيب في يده، أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد، كما لو باعها بعبد. الثانية: ادعى عليه داراً، فأنكره، فقال المدعي: أعطيك ألفاً وتقر لي بها، ففعل، فليس بصلح، ولا يلزم الألف، بل بذله وأخذه حرام. وهل يكون هذا إقراراً؟ وجهان في «العدة» و«البيان».

الثالثة: صالح أجنبي عن المدعي عليه بعوض معين، فوجده المدعي معيباً، فله رده، ولا يرجع ببذله بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعي عليه، وكذا لو خرج العوض مستحقاً. ولو صالحه على دراهم في الذمة، فأعطاه دراهم، فوجدها معيبة وردها، أو خرجت مستحقة، فله المطالبة ببذله.

الرابعة: قال الشافعي رحمته الله: لو اشترى رجل أرضاً وبنائها مسجداً، فجاء رجل فادعاهما، فإن صدقه المشتري، لزمه قيمتها. وإن كذبه، فصالحه رجل آخر، صح الصلح، لأنه بذل مال على جهة القرية، ولأن القيمة على المشتري، لأنه وقفه. والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه، جائز.

الخامسة: لو أتلّف عليه شيئاً قيمته دينار، فأقر به، وصالحه على أكثر من دينار، لم يصح، لأن الواجب قيمة المتلف، فلم يصح الصلح على أكثر منه، كمن غصب ديناراً، فصالح على أكثر منه. ولو صالحه عنه بعوض مؤجل، لم يصح. السادسة: سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول، لا يصح. قال الشافعي رحمته الله: لو ادعى عليه شيئاً مجملاً، فأقر له به وصالحه عنه على عوض، صح الصلح. قال الشيخ أبو حامد وغيره: هذا إذا كان المعقود عليه معلوماً لهما، فيصح وإن لم يسمياه، كما لو قال: بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا، فقال: اشتريت، صح.

السابعة: إذا أنكر المدعى عليه، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق، فهل يحل له التوكيل؟ وجهان: قال ابن سريج: يحرم عليه الإنكار. ولو فعله، فله التوكيل في المصالحة. وقال أبو إسحاق: يحرم عليه أيضاً التوكيل. ولو مات مورثه وخلف عينا فادعاه رجل، فأنكره ولا يعلم صدقه، وخاف من اليمين، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح، لتزول الشبهة، حكاه في «البيان». والله أعلم.

الباب الثاني: في التزاحم على الحقوق

وفيه فصول:

الفصل الأول: في الطريق

وهو قسمان: نافذ، وغيره. أما النافذ: فالناس كلهم يستحقون المرور فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور، ولا أن يشرع فيه جناحاً، أو يتخذ على جدرانه ساباطاً يضر بالمارة. فإن لم يضر، فلا منع منهما. ويرجع في معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق. فإن كان ضيقاً لا تمر فيه القوافل والفوارس، فينبغي أن يرتفع بحيث يمر المارّ تحته منتصباً. وإن كانوا يمرون فيه، فليكن ارتفاعه إلى حد يمر فيه المحمل مع الكنيسة فوقه على البعير، لأنه وإن كان نادراً، فإنه قد يتفق. ولا تشترط زيادة على هذا، على الصحيح. وقال أبو عبيد بن حَرْبويه: يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحته منصوب الرمح. واتفق الأصحاب على تضعيف قوله، لأن وضع الرمح على الكتف، ليس بعسير.

ويجوز لكل أحد أن يفتح الأبواب من ملكه إلى الشارع كيف شاء. وأما نصب الدكة وغرس الشجرة، فإن كان يضيق الطريق ويضر بالمارة، منع، وإلا، فوجهان: أحدهما: الجواز، كالجناح الذي لا يضر بهم. وأصحهما، وبه قطع العراقيون واختاره الإمام: المنع. ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء، سواء

صالح الإمام، أو غيره، وسواء ضرر بالمارة، أم لا. ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه، فانهدم، أو هدمه، فأشعر رجل آخر جناحاً في محاذاته لا تمكن معه إعادة الأول، جاز، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه، يجوز لغيره الارتفاق به، هكذا قاله الأصحاب. ولك أن تقول: المرتفق بالعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع، وإنما يبطل بالسفر والإعراض عن الحرفة. فقياسه أن لا يبطل هنا بمجرد الهدم والانهدام، بل يعتبر إعراضه عن إعادته.

قلت: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق، ثم فارق موقفه، أو قعد للاستراحة ونحوها، فلا يرد اعتراض الإمام الرافعي رحمه الله. قال أصحابنا: ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه، لم يكن للأول منعه، إذ لا ضرر. ولو أخرج فوق جناح الأول، قال ابن الصباغ: إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق الجناح الأول، لم يمنع، وإلا، فله منعه. ولو أخرج مقابلاً له، لم يمنع، إلا أن يعطل انتفاع الأول. ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق، لم يكن لجاره مطالبة بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق، لأنه مباح سبق إليه. والله أعلم.

واعلم أن الأكثرين، لم يتعرضوا في الأضرار الممنوع إلا للارتفاع، والانخفاض. وأما إظلام الموضع، فقال ابن الصباغ وطائفة: لا يؤثر، ومقتضى المعنى المذكور، ولفظ الشافعي رحمته الله، وأكثر الأصحاب، تأثيره. وقد صرح به منصور التميمي. وفي «التتمة»: إن انقطع الضوء كله، أثر، وإن نقص، فلا.

فرع: الشوارع التي في البلاد، والجواري الممتدة في الصحاري سواء في أنها منفكة عن الملك والاختصاص. والأصل فيها، الإباحة وجواز الانتفاع، إلا فيما يقدح في مقصودها وهو الاستطراق. قال الإمام: ومصير الموضع شارعاً، له صورتان، إحدهما: أن يجعل الرجل ملكه شارعاً وسيلاً مسبلاً. والثانية: أن تجيء جماعة بلدة أو قرية، ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن، ويفتحوا إليه الأبواب. ثم حكى عن شيخه، ما يقتضي صورة ثالثة، وهو أن يصير موضع من الموات جادة يستطرقها الرفاق، فلا يجوز تغييره. وإنه كان يتردد في بنيات الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها. وكل موات، يجوز استطراقه، لكن لا يمنع أحد من إحيائه وصرف الممر عنه، بخلاف الشوارع.

قلت: قال الإمام: ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً. قال: وإذا وجدنا جادة مستطركة، ومسلكاً مشروعاً نافذاً، حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً. وأما قدر الطريق، فقل من تعرض لضبطه، وهو مهم جداً، وحكمه، أنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبيلها

صاحبها، فهو إلى خيرته، والأفضل توسيعها. وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء، فذاك. وإن اختلفوا، فقدره سبع أذرع، وهذا معنى ما ثبت في «صحيحي» البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق، أن يجعل عرضه سبع أذرع»^(١). ولو كان الطريق واسعاً، لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه، وإن قلّ، يجوز عمارة ما حوله من الموات، ويملكه بالأحياء بحيث لا يضر بالمارة. ومن المهمات المستفادة، أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة. وإن جاز لهم استطرافها، لأنه كإعلانهم البناء على بناء المسلمين، أو أبلغ. هذا هو الصحيح، وذكر الشاشي في جوازه وجهين: ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز، هدم عليه. والله أعلم.

القسم الثاني: الطريق الذي لا ينفذ، كالسكة المسدودة الأسفل، والكلام فيها ثلاثة أمور:

الأمر الأول: إشراع الجناح، فلا يجوز لغير أهل السكة بلا خلاف، ولا لهم على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم، سواء تضرروا، أم لا. والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه: يجوز إذا لم يضر بالباقيين، فإن أضر ورضي أهل السكة جاز. ولو صالحوه على شيء، لم يصح بلا خلاف، لأن الهواء تابع، فلا يفرد بالمال صلحاً، كما لا يفرد به بيعاً. وهكذا الحكم في صلح صاحب الدار عن الجناح المشرع إليها، ونعني بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب. ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره؟ وجهان: أحدهما: الاختصاص، لأن ذلك هو محل تردده، وما عداه، فهو فيه كغير أهل السكة. وتظهر فائدة الخلاف على قول الأكثرين في منع إشراع الجناح إلا برضاهم. فإن شركنا الكل في الكل، جاز لكل واحد من أهل السكة المنع. وإن خصصنا، فإنما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه ورأس الدرب. وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد، في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح: من هو؟ لكنهم لم يذكروه.

قلت: قول الرافعي: لم يذكروه، من أعجب العجب، فقد ذكره صاحب «التهذيب»، مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن «النهاية». والله أعلم.

ولو اجتمع المستحقون فسدوا رأس السكة، لم يمنعوا منه، كذا قاله الجمهور.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٧٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلفتم في الطريق فجعل عرضه سبع أذرع».

وقال أبو الحسن العبادي: يحتمل أن يمنعوا، لأن أهل الشارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة. ولو امتنع بعضهم، لم يكن للباقيين السد قطعاً. ولو سدوا باتفاقهم، لم يستقل بعضهم بالفتح. ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم، جاز. ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم، مُنعوا لِحَقِّ من يليهم. ولو أراد الأسفل قسمته فوجهان: بناءً على الاشتراك فيه، ثم ما ذكرناه من سد الباب وقسمة الصحن، مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد. فإن كان فيها مسجد عتيق، أو جديد، منعوا من السد والقسمة، لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه، ذكره ابن كج. وعلى قياسه، لا يجوز الإشرع عند الإضرار وإن رضي أهل السكة، لحق سائر المسلمين.

الأمر الثاني: فتح الباب، فليس لمن لا باب له في السكة إحداث باب إلا برضى أهلها كلهم. فلو قال: أفتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق، أو أفتحه وأسمره، فوجهان: أصحهما: عند أبي القاسم الكرخي: لا يمنع. قلت: قلَّ من بيّن الأصح من هذين الوجهين، ولهذا، اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي. وممن صححه، صاحب «البيان» والرافعي في «المحرر» وخالفهم الجرجاني، والشاشي، فصححا المنع، وهو أفقه. والله أعلم.

ولو كان له باب في السكة، وأراد أن يفتح غيره، فإن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة، فلمن الباب المفتوح بين داره ورأس السكة منعه، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة، وجهان: بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح. وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة، فإن سد الأول، جاز، وإلا، فكما إذا كان أبعد، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول، أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب، فيتضررون به. وحكى في «النهاية» طريقة جازمة، بأن لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة، لأن الفاتح لا يمر عليهم. وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة.

قلت: جزم صاحب «الشامل» بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة، ولم يسد الأول، جاز، ولا منع لأحد. وهذا وإن كان ظاهراً، فما نقله الإمام أقوى. ولم يذكر الرافعي - فيما إذا كان المفتوح أبعد - حكمَ مَنْ بابه مقابل المفتوح، لا فوقه ولا تحته. وقد ذكر الإمام، أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكة، ففيه الوجهان. والله أعلم.

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع، كفتح باب وسد باب.

فرع: لو كان له داران، ينفذ باب إحدهما إلى الشارع، والأخرى إلى سكة

منسدة، فأراد فتح باب من إحداهما إلى الأخرى، لم يكن لأهل السكة منعه على الأصح. ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة، ففتح من إحداهما إلى الأخرى، ففي ثبوت المنع لأهل السكتين، الوجهان، قاله الإمام. وموضع الوجهين، ما إذا سد باب إحداهما، وفتح الباب لغرض الاستطراق. أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه، فلا منع قطعاً.

قلت: هذه العبارة فاسدة، فإنها توهم اختصاص الخلاف، بما إذا سد باب إحداهما، وذلك خطأ، بل الصواب، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين، وكل أصحاب مصرحون به. قال أصحابنا: ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة، ويترك بابيهما على حالهما، جاز قطعاً. وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا، القاضي أبو الطيب في تعليقه. فالصواب أن يقال: موضع الوجهين، إذا لم يقصد اتساع ملكه. وأما قوله: كذا نقله الإمام، فإن الوجهين مشهوران جداً. وقوله الأصح: الجواز، تابع فيه صاحب «التهذيب»، وخالفه أصحابنا العراقيون، فنلقوا عن الجمهور، المنع. بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع. قال: وعندي أنه يجوز. والله أعلم.

فرع: حيث منعنا فتح الباب إلى السكة المنسدة، فصالحه أهل السكة بمال، جاز، بخلاف الجناح، لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء. قال في «التتمة»: ثم إن قدروا مدة، فهو إجارة. وإن أطلقوا، أو شرطوا التأييد، فهو بيع جزء شائع من السكة، وتنزيل له منزلة أحدهم. كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه نهراً، كان ذلك تمليكاً للنهر. ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره، صح، ويكون كالصلح عن إجراء الماء على سطحه، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح، لأن السكة لا تتراد إلا للاستطراق، فإثبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك. وأما الدار والسطح، فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء.

قلت: قال أصحابنا: لو كانت داره في آخر السكة المنسدة، فأراد نقل بابها إلى الوسط، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً، فإن شركنا الجميع في جميع السكة، كان للباقيين منعه، وإلا، فلا. والله أعلم.

الأمر الثالث: فتح المنافذ والكوات للاستضاءة، ولا منع منه بحال، لمصادفته الملك، بل له إزالة رفح الجدار، وجعل شباك مكانه.

فرع: قال الإمام: لو فتح من لا باب له في السكة المنسدة باباً برضى أهلها، كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا، ولا يلزمهم بالرجوع شيء، بخلاف ما لو أعار

الأرض للبناء والغراس، ثم رجع، فإنه لا يقلعه مجاناً. وهذا لم أره لغيره. والقياس: أن لا فرق.

فرع: قال الروياني: إذا كان بين داريه طريق نافذ، فحفر تحته سرداباً من إحدهما إلى الأخرى، وأحكمه بالأزج لم يمنع. قال: وبمثلها أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذاً، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق، كاستطراق الدرب النافذ. قال: وغلط من قال بخلافه، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع، والظاهر خلافه. واعتذر الإمام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الإباحة المستفادة من قرائن الأحوال.

قلت: هذا الذي ذكره الروياني - فيما كان الطريق نافذاً - صحيح. وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. وأما تجويزه ذلك - فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً - ونقله ذلك عن الأصحاب، فضعيف، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب، ولعله وجده في كتاب أو كتابين، فإنني رأيت له مثل هذا كثيراً. وكيف كان، فهذا الحكم ضعيف، فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن، جاز، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على هذا. وإذا ثبت أنها ملكهم، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم، كذا السرداب تحتها. والله أعلم.

الفصل الثاني: في الجدار

الجدار بين المالكين قسمان:

القسم الأول: المختص. فهل للجار وضع جذوع عليه بغير إذن مالكة؟ قولان. القديم: نعم. ويجبر المالك إن امتنع، والجديد: لا، ولا يجبر.

قلت: الأظهر: هو الجديد. وممن نص على تصحيحه، صاحب «المهذب»، والجرجاني، والشاشي، وغيرهم، وقطع به جماعة. والله أعلم.

فعلى القديم: إنما يجبر بشروط:

أحدها: أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه.

والثاني: أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، ولا يبني عليه أزجاً، ولا يضع عليه ما يضر الجدار.

والثالث: أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو لا يملك

إلا جداراً، فإن ملك جدارين، فليسقف عليهما، وليس له إجبار صاحب الجدار، ولم يعتبر الإمام هذا الشرط هكذا. بل قال: يشترط كون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت، ويحتاج رابعاً. فأما إذا كان الكل للغير، فلا يضع قولاً واحداً. قال: ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا الشرط، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكره الإمام، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبين. والمذهب: ما قدمناه. وإن قلنا بالجديد، فلا بد من رضى المالك. فإن رضى بلا عوض، فهو عارية، يرجع فيها قبل وضع الجذوع والبناء عليها قطعاً، وبعده، على الأصح كسائر العواري. وإذا رجع، لا يتمكن من قلعه مجاناً. وفي فائدة رجوعه وجهان: أحدهما: أنه يتخير بين أن يبقى بأجرة، وبين أن يقلع، ويضمن أرش النقص، كما لو أعار أرضاً للبناء.

لكن في إعارة الأرض خصلة ثلاثة، وهي تملك البناء بقيمته، وليس لمالك الجدار ذلك، لأن الأرض أصل، فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تابع، فلا يستتبع. والثاني: ليس له إلا الأجرة، ولا يملك القلع أصلاً، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستعير، لأن الجذوع إذا رفعت أطرافها، لم تستمسك على الجدار الباقي. والوجه الثاني: لا يملك الرجوع أصلاً، ولا يستفيد به القلع، ولا طلب الأجرة للمستقبل، وبه قطع العراقيون، لأن مثل هذه الإعارة، يراد بها التأبيد، فأشبهه الإعارة لدفن ميت، فإنه لا ينش ولا أجرة. فعلى هذا، لو رفع الجذوع صاحبها، أو سقطت بنفسها، لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح. وكذا لو سقط الجدار فبناه مالكة بتلك الآلة، لأن الإذن إنما تناول مرة. فإن بناه بغير تلك الآلة، فلا خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد، لأنه جدار آخر.

قلت: الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن. فلو منعه المالك، لم يعد بلا خلاف، إذ لا ضرر، كذا صرح به صاحب «التتمة». وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه، فقال في وجه: ليس له منعه لأنه صار له حق لازم، هذا كله إذا وضع أولاً بإذن. فلو ملكا دارين، ورأيا خشباً على الجدار، ولا يعلم كيف وضع، فإذا سقط الحائط، فليس له منعه، من إعادة الجذوع بلا خلاف، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» و«الشامل» وآخرون، لأننا حكمنا بأنه وضع بحق، وشككنا في المجوز للرجوع. ولو أراد صاحب الحائط نقضه، فإن كان مستهدماً، جاز، وحكم إعادة جذوع ما سبق. وإن لم يكن مستهدماً، لم يمكن من نقضه قطعاً. والله أعلم.

أما إذا رضى بعوض، فقد يكون على وجه البيع أو الإجارة، وسنتكلم فيهما إن شاء الله تعالى. ولو صالحه عنه على المال، لم يجز على قول الإجبار، لأن من ثبت

له حق، لا يجوز أخذ عوض منه عليه، وإن قلنا: لا، جاز، بخلاف الصلح عن الجناح، لأنه هواء مجرد.

القسم الثاني: المشترك، والكلام فيه ثلاثة أمور:

الأمر الأول: الانتفاع به، فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتداً، أو يفتح فيه كوة، أو يترّب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه، كسائر الأملاك المشتركة، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع، ويستثنى من الانتفاع، ضربان:

أحدهما: لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه، ففي إجبار شريكه، القولان، كالجار وأولى.

والثاني: ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات، فلكل واحد منهما الاستقلال به، كالاستناد وإسناد المتاع إليه، ويجوز في الجدار الخالص للجار مثله، وهو كالاستضاءة بسراج الغير، والاستظلال بجداره، فإنه جائز. ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد، فهل يمتنع؟ وجهان: لأنه عناد محض.

قلت: أصحهما: لا يمتنع. والله أعلم.

ومن الضرب الثاني، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك، بحيث لا يقع ثقله عليه.

الأمر الثاني: قسمته، إما في كل الطول ونصف والعرض، وإما في نصف الطول وكل العرض، وليس المراد بالطول: ارتفاعه عن الأرض، فإن ذلك سمك، وإنما طول الجدار: امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلاً، والعرض: هو البعد الثالث، فإذا كان طوله عشرة أذرع، وعرضه ذراعاً، فقسمته في كل الطول ونصف العرض: أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع. وقسمته بالعكس: أن يجعل لكل واحد خمسة أذرع طولاً في عرض ذراع، أو أي واحداً من النوعين تراضياً عليه، جاز. لكن كيف يقسم؟ وجهان: أحدهما: يعلم بعلامة وخط يرسم. والثاني: يشق وينشر بالمنشار.

وينطبق على هذا الثاني ما ذكره العراقيون: أنهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول، لم يجبهما، لأن شق الجدار في الطول إتلاف له، وتضييع، ولكنهما يباشرانها بأنفسهما إن شاءا، وهو كما لو هدماه، واقتسما النقض. وإن طلب أحدهما القسمة، وامتنع الآخر، نظر، إن طلب النوع الأول، لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الإضرار. وقيل: يجاب ويجبر الممتنع، لكن لا يقسم بالقرعة، بل يخص كل واحد مما يليه.

وإن طلب النوع الثاني، لم يجب إليه على الأصح. أما إذا انهدم الجدار

وظهرت العرصة، أو كان بينهما عرصة جدار لم يبين عليها، فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني، يجاب قطعاً. وإن طلبها بالنوع الأول، فإن قلنا في الجدار: إن طالب مثل هذه القسمة يجاب، ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة، فكذا هنا. وإن قلنا هناك: لا يجاب، فهنا وجهان: أصحهما: عند العراقيين وغيرهم: الإجابة. وإذا بنى الجدار وأراد تعريضه، زاد فيه من عرض بيته.

الأمر الثالث: العمارة، فإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه، أو لغيره، ففي «التهذيب» وغيره: أن النص إجبار الهادم على إعادته، وأن القياس: أنه يغرم نقضه ولا يجبر على البناء، لأن الجدار ليس مثلياً.

قلت: قد ذكر صاحب «التنبيه» وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم، فيما إذا استهدم، فهدمه أحدهما بلا إذن، طريقتين. أصحهما: القطع بإجباره على إعادة مثله. والثاني: فيه القولان السابقان في الإجبار ابتداءً، أحدهما عليه إعادة مثله، والثاني: لا شيء. وقطع إمام الحرمين في أواخر باب «ثمرة الحائط يباع أصله» بأن من هدم حائط غيره عدواناً، يلزمه أرش ما نقص، ولا يلزمه بناؤه، لأنه ليس بمثلي، والمذهب ما نص عليه. والله أعلم.

ولو انهدم الجدار بنفسه، أو هدماه معاً لاستهدامه أو غيره، وامتنع أحدهما من العمارة، فقولان: القديم: إجباره عليها دفعاً للضرر وصيانة للأمل المشترك عن التعطيل. والجديد: لا إجبار، كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة. ويجري القولان في النهر، والقناة، والبئر المشتركة، إذا امتنع أحدهما من التنقية والعمارة.

قلت: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمات. والأظهر عند جمهور الأصحاب، هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه: المحاملي، والجرجاني، وصاحب «التنبيه» وغيرهم. وصحح صاحب «الشامل» القديم، وأفتى به الشاشي. وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس، أن يجبر. وقال: والاختيار، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة، أجبره. وإن كان لإعسار، أو غرض صحيح، أو شك فيه، لم يجبر. وهذا التفصيل الذي قاله، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار، فالمختار الجاري على القواعد: أن لا إجبار مطلقاً. والله أعلم.

ولو كان علو الدار لواحد، وسفلها لآخر، فانهدمت، فليس لصاحب السفلى إجبار صاحب العلو على معاونته في إعادة السفلى. وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على إعادته ليني عليه؟ فيه القولان. وقيل: القولان فيما إذا انهدم، أو هدم، فلا شرط. أما لو استهدم، فهدمه صاحب السفلى بشرط الإعادة، فيجبر قطعاً.

ويجري القولان، فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما، هل يجبر الآخر على مساعدته؟

قلت: قال أصحابنا: ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه. والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالقديم، فأصر الممتنع، أنفق الحاكم عليه من ماله. فإن لم يكن له مال، اقترض عليه، أو أذن الشريك في الإنفاق عليه، ليرجع على الممتنع. فلو استقل به للشريك، فلا رجوع على المذهب. وقيل: قولان. القديم: نعم. والجديد: لا. وقيل: يرجع في القديم. وفي الجديد، قولان وقيل: إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم، رجع، وإلا، فلا. ثم إذا بناه، إن كان بالآلة القديمة، فالجدار بينهما كما كان. والسفل في الصورة الأخرى لصاحبه كما كان، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه. وإن بناه بآلة من عنده، فالمعاد ملكه، وله نقضه. فلو قال الشريك: لا تنقض وأغرم لك نصف القيمة، لم يجز له النقض، لأننا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة، فلاستدامة أولى.

فرع: إذا قلنا بالجديد، فأراد الطالب الانفراد بالعمارة، نظر، إن أرادها بالنقض المشترك، أو أراد صاحب العلو إعادة السفل بنقض صاحب الأسفل، أو بآلة مشتركة، فلآخر منعه. وإن أراد بناءه بآلة من عنده، فله ذلك ليصل إلى حقه. ثم المعاد ملكه، يضع عليه ما شاء، وينقضه إذا شاء. فلو قال شريك الجدار: لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة، أو قال صاحب السفل: لا تنقض لأغرم لك القيمة، لم يلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة. ولو قال صاحب السفل: انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي. فإن كان طالبه بالبناء، فامتنع، لم يجبره، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه، لم يجب، لكن له أن يتملك السفل بالقيمة، ذكره في «التهذيب»، وإن لم يبن عليه العلو، أجيب صاحب السفل، ومتى بنى بآلة نفسه، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد، بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما، وليس له منع صاحب السفل من السكون على الصحيح، لأن العرصه ملكه. ولو أنفق على البئر والنهر، فليس له منع الشريك من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين. ولو كان للممتنع على الجدار المنهدم جذوع، فأراد إعادتها بعد أن بناه الطالب بآلة نفسه، لزمه تمكينه، أو نقض ما أعاد لبيني معه الممتنع، ويعيد جذوعه.

فرع: لو تعاونوا على إعادة الجدار المشترك بنقضه، بقي على ما كان. فلو شرطاً زيادة لأحدهما، لم يصح على الصحيح. وفي وجه: يصح، لتراضيهما. فلو

انفرد أحدهما بالبناء بالنقض المشترك بإذن شريكه، بشرط أن يكون له الثلثان، جاز، ويكون السدس الزائد في مقابلة عمله في نصيب الآخر، هكذا أطلقوه. واستدرك الإمام فقال: هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقص في الحال، لتكون الأجرة عتيدة. فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء، فلا يصح، لأن الأعيان لا تؤجل. ولو بناه أحدهما بآلة نفسه بإذن الآخر، بشرط أن يكون ثلثا الجدار له، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له، وعمله فيه بسدس العرصة المبني عليها. وفي صحة هذه المعاملة قولان، لجمعها بيعاً وإجارة. وشرط صحتها: معرفة الآلات وصفة الجدار، ويعود النظر في شرط ثلث النقص في الحال، أو بعد البناء.

فرع: إذا كان له حق إجراء ماء في ملك غيره، فانهدم، لم يجب على مستحق الإجراء مشاركته في العمارة، لأنها تتعلق بالآلات وهي لمالكها. وإن كان الانهدام بسبب الماء، فلا عمارة عليه أيضاً. قال الإمام: وفيه احتمال، لكن الظاهر، أن لا عمارة عليه، لأن الانهدام تولد من مستحق.

الفصل الثالث: في السقف

فإذا كان السفلى لرجل، والعلو لرجل، فقد يكون السقف بين ملكيهما مشتركاً، وقد يكون لأحدهما. وحكم القسمين في الانتفاع، يخالف حكمهما في الجدار، فيجوز لصاحب العلو، الجلوس ووضع الأثقال عليه على العادة، ولصاحب السفلى الاستئجار به، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف، كالثوب ونحوه قطعاً. وفي غيره، أوجه: أحدها: لا يجوز أصلاً. والثاني: يجوز ما لا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف. وأصحها: يجوز مطلقاً على العادة بلا فرق بين ما يحتاج إلى وتد وغيره. قال الشيخ أبو محمد: فإن قلنا: ليس له إثبات التود والتعليق فيه، فليس لصاحب العلو غرز التود في الوجه الذي يليه. وإن جوزناه له، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان: لندور حاجته، بخلاف التعليق.

فرع: إذن المالك لغيره في البناء على ملكه، قد يكون بغير عوض، وهو الإعارة، وقد يكون بعوض. فمن صورته، أن يُكري أرضه، أو رأس جداره، أو سقفه، مدة معلومة بأجرة معلومة، فيجوز، وسيله سبيل سائر الإجازات. ومنها أن يأذن فيه بصيغة البيع، ويبين الثمن، وهو صحيح، خلافاً للزماني رحمه الله. ثم يتصور ذلك بعبارتين. إحداها: أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم. والثانية: أن يبيع حق البناء على ملكه. والأولى، هي عبارة الشافعي رحمته الله وجماهير الأصحاب. والثانية: عبارة الإمام، والغزالي، رحمهما الله تعالى. والأشبه: أن

المراد منهما شيء واحد. ثم في حقيقة هذا العقد، أوجه: أحدها: أنه بيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجدوع. والثاني: أنه إجارة. وإنما لم يشترط تقدير المدة، لأن العقد الوارد على المنفعة، تتبع فيه الحاجة. فإذا اقتضت التأييد، أبد، كالنكاح. وأصحهما: أنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما، لكونه على منفعة، لكنها مؤبدة. فإذا قلنا: ليس بيعاً، فعقده بلفظ الإجارة، ولم يتعرض لمدة، انعقد أيضاً على الأصح، كما ينعقد بلفظ الصلح، لأنه كما يوافق البيع في التأييد، يوافقها في المنفعة.

وإذا جرت هذه المعاملة، وبنى المشتري عليه، لم يكن للبائع أن يكلفه النقص ليغرم له أرش النقص. ولو انهدم الجدار أو السقف بعد بناء المشتري عليه وإعادة ماله، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها. ولو انهدم قبل البناء، فللمشتري البناء عليه إذا أعاده. وهل يجبره على إعادته؟ فيه الخلاف السابق. ولو هدم صاحب السفلى أو غيره السفلى قبل بناء المشتري، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري، لأنه حال بينه وبين حقه. فلو أعيد السفلى، استرد الهادم القيمة لزوال الحيلولة. ولو كان الهدم بعد البناء، فالقياس أن يقال: إن قلنا: إن من هدم جدار غيره، يلزمه إعادته، لزمه إعادة السفلى والعلو. وإن قلنا: عليه أرش النقص، فعليه أرش نقص الآلات، وقيمة حق البناء للحيلولة. وبالجمله لا ينفسخ هذا العقد بعارض هدم وانهدام، لالتحاقه بالبيع.

فرع: سواء جرى الإذن في البناء بعوض أو بغيره، يجب بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجدار أو السطح، بيان سمك البناء وطوله وعرضه، وكون الجدران منضدة أو خالية الأجواف، وكيفية السقف المحمول عليه، لأن الغرض يختلف بذلك. وفي وجه: يكفي إطلاق ذكر البناء، ويحمل على ما يحتمله المبني عليه، ولا يشترط التعرض لوزن ما بينه على الصحيح، لأن التعريف في كل شيء بحسبه. ولو كانت الآلات حاضرة، أغنت مشاهدتها عن كل وصف. وإذا أذن في البناء على أرضه، لم يجب ذكر سمك البناء وكيفيته على الصحيح، لأن الأرض تحتمل كل شيء.

فرع: ادعى بيتاً في يد رجل، فأقر، وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه، جاز وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء. ولو تنازعا في سفله، واتفقا على كون العلو للمدعى عليه، فأقر له بما ادعى، وتصالحا على أن يبني المدعى على السطح، ويكون السفلى للمدعى عليه، جاز، وذلك بيع السفلى بحق البناء على العلو.

فصل: من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره، أو إجراء

ماءٍ في أرض رجل، لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض على المذهب. وحكي قول قديم: أنه يجبر، وهو شاذ. فإن أذن فيه بإجارة، أو إعارة، أو بيع، جاز. ثم في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء، والسطوح التي ينحدر الماء إليه منها. ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة. وإذا أذن وبيّن، ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء، فإن كان عارية، فهو رجوع، وإن كان بيعاً أو إجارة، فللمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه. وأما في الأرض، فقال في «التهذيب»: لا حاجة في العارية إلى بيان، لأنه إذا شاء رجع، والأرض تحتل ما تحتل. وإن أجر، وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها، وقدر المدة.

قال في «الشامل»: ويشترط كون الساقية محفورة. وإذا استأجر، لا يملك الحفر. وإن باع، وجب بيان الطول والعرض. وفي العمق وجهان: بناءً على أن المشتري، يملك موضع المجرى، أم لا يملك إلا حق الإجراء؟ ومقتضى كلام الأصحاب ترجيح الأول. هذا إذا كان لفظ البيع: بعثك مسيل الماء. فإن قال: حقّ مسيل الماء، فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقد ما سبق في بيع حق البناء. وفي المواضع كلها، ليس له دخول الأرض بغير إذن مالكةا، إلا أن يريد تنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج منه من النهر.

فرع: المأذون له في إجراء ماء المطر، ليس له إلقاء الثلج، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه، ولا أن يجري فيه ما يغسل به ثيابه وأوانيّه، بل لا يجوز أن يصلح على ترك الثلج على سطحه ولا إجراء الغسالات على مال، لأن الحاجة لا تدعو إليه. وفي الأول، ضرر ظاهر. وفي الثاني، جهالة. والمأذون له في إلقاء الثلج، ليس له إجراء الماء.

فرع: تجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حش غيره على مال، وكذا على جمع الزبل والقمامة في ملكه، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها، وكذا المصالحة على البيوتة على سطح. فلو باع مستحق البيوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح غيره مدة بقاء داره، فإن المشتري يستحق الإجراء بقية المدة، لأن الإجراء من مرافق الدار، بخلاف البيوتة.

فرع: لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره، فللجار مطالبته بإزالتها. فإن لم يفعل، فله تحويلها عن ملكه. فإن لم يمكن، فله قطعها، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي، وفيه وجه ضعيف. فلو صالحه على إبقائها بعوض، لم يصح إن لم يستند الغصن إلى شيء، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء. وإن استند إلى جدار، فإن كان بعد

الجفاف، جاز، وإن كان رطباً، فلا، لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره. فقال طائفة من أصحابنا البصريين: يجوز، وما ينمى يكون تابعاً. والأول أصح. وانتشار العروق، كانتشار الأغصان. وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار، قاله الإصطخري.

الباب الثالث: في التنازع

فيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا ادعى على رجلين داراً في يدهما، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، ثبت له النصف بإقرار المصدق، والقول قول المكذب. فلو صالح المدعي المقر على مال، وأراد المكذب أخذها بالشفعة، ففيه طريقان:

أحدهما، قول الشيخ أبي حامد وجماعة: إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين، فله ذلك، لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر. وإن ملكا بسبب واحد، من إرث، أو شراء، فوجهان: أحدهما: المنع، لأنه زعم أن الدار ليست للمدعي، وأن الصلح باطل. وأصحهما: يأخذ، لأننا حكمنا في الظاهر بصحة الصلح. ولا يبعد انتقال ملك أحدهما فقط وإن ملكا بسبب.

والطريق الثاني، قاله ابن الصباغ: إن اقتصر المكذب على قوله: لا شيء لك في يدي، أو لا يلزماني تسليم شيء إليك، أخذ. وإن قال مع ذلك: وهذه الدار ورثناها، ففيه الوجهان. وهذا الطريق، أقرب، مع أن قوله: ورثناها، لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه، بل يجوز انتقاله إلى المدعي. فالأختار: أن يقطع بجواز الأخذ، إلا أن يقول: إن الشريك مالك في الحال.

قلت: هذا الذي اختاره، هو الصواب، وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. والله أعلم.

المسألة الثانية: ادعى رجلان داراً في يد رجل، فأقر لأحدهما بنصفها، نظر، إن ادعياها إرثاً ولم يتعرضا لقبض، شارك صاحبه فيما أخذه، لأن التركة مشتركة، فالحاصل منها مشترك. وإن قالوا: ورثناها وقبضناها، ثم غصبناها، لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين. فإن ادعيا ملكاً بشراء أو غيره، فإن لم يقولوا: اشترينا معاً، فلا مشاركة. وإن قالوا: اشترينا معاً، أو لتهبنا معاً، وقبضنا معاً، فوجهان: أحدهما: أنه كالإرث. والثاني: لا مشاركة. فلو لم يتعرضا لسبب الملك، فلا مشاركة قطعاً، نص عليه في «المختصر». وحيث شركنا في هذه الصور، فصالح المصدق المدعي عليه على مال، فإن كان بإذن الشريك، صح، وإلا، فباطل في نصيب الشريك. وفي نصيبه قولاً تفريق الصفقة. وقيل: يصح في جميع المقر به لتوافق المتعاقدين، وهو ضعيف.

ولو ادعى داراً في يده، فأقر لأحدهما بجميعها، فإن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه، بأن قال: هذه الدار بيننا، ونحو ذلك، شاركه. وإن لم يوجد، بل اقتصر على دعوى النصف، نظر، إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: الجميع لي، سلم الجميع له، ولا يلزم من ادعائه النصف أن لا يكون الباقي له، ولعله ادعى النصف، لكون البينة ما تساعده على غيره، أو يخاف الجحود الكلي. وإن قال: النصف الآخر لصاحبي، سلم لصاحبه. وإن لم يثبت لنفسه، ولا لرفيقه، فهل يترك في يد المدعى عليه، أم يحفظه القاضي، أم يسلم إلى رفيقه؟ فيه أوجه: أصحها: أولها.

المسألة الثالثة: تداعيا جداراً حائلاً بين ملكيهما، فله حالان:

أحدهما: أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه، فيرجح جانبه. وصورته: أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص، ونصف جداره الخاص في المتنازع فيه، ويظهر ذلك في الزوايا. وكذلك لو كان لأحدهما عليه أزج لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه، بأن أميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً. وإذا ترجح جانبه، حلف وحكم له بالجدار، إلا أن تقوم بينة على خلافه. ولا يحصل الرجحان بوجود الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها، وإدراج أخرى. ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما، وليس منها شيء في ملك الآخر، فالخشبة لمن طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً، قال الإمام: ولا يخلو من احتمال.

الحال الثاني: أن يكون متصلاً ببنايهما جميعاً، أو منفصلاً عنهما، فهو في أيديهما، فإن أقام أحدهما بينة، قضي له، وإلا، فيحلف كل واحد منهما للآخر. فإذا حلفا، أو نكلا، جعل الجدار بينهما بظاهر اليد. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضي للحالف بالجميع. وهل يحلف كل واحد على النصف الذي يحصل له، أم على الجميع لأنه ادعاه؟ وجهان: أصحهما: الأول. قال الشافعي رحمته الله: ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج، ولا أنصاف اللبن، ولا معاقد القمط معناه: لا أرجح بشيء منها. قال المفسرون لكلامه: المراد بالخوارج: الصور، والكتابة المتخذة في ظاهر الجدار. وبالدواخل: الطاقات، والمحاريب في باطن الجدار. وبأنصاف اللبن: أن يكون الجدار من لبنات مقطعة، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جانب، ومواضع الكسر إلى جانب. ومعاقد القمط، تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما. وأغلب ما يكون ذلك، في الستر بين السطوح، فيشد بحبال، أو خيوط. وربما جعل عليها خشبة معترضة، فيكون العقد من جانب، والوجه المستوي من

جانب. ولو كان لأحدهما عليه جذوع، لم يرجح، لأنه لا يدل على الملك، كما لو تنازعا داراً في يدهما ولأحدهما فيها متاع، فإذا حلفا، بقيت الجذوع بحالها، لاحتمال أنها وضعت بحق.

المسألة الرابعة: السقف المتوسط بين سفلى أحدهما وعلو الآخر، كالجدار بين ملكيهما، فإذا تداعياه، فإن لم يكن إحداه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو، جعل في يد صاحب السفلى، لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف. وإن أمكن بأن يكون السقف عالياً، فيثقب وسط الجدار، وتوضع رؤوس الجذوع في الثقب، فيصير البيت بيتين، فهو في أيديهما، لاشتراكهما في الانتفاع به.

المسألة الخامسة: علو الخان أو الدار لأحدهما، والسفلى للآخر، وتنازعا في العرصة أو الدهليز. فإن كان المرقى في الصدر، جعلت بينهما، لأن لكل واحد يداً، وتصرفا بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما. قال الإمام: وكان لا يبعد أن يقال: ليس للعلو إلا الممر، وتجعل الرقبة للسفلى. لكن لم يصير إليه أحد من الأصحاب. وإن كان المرقى في الدهليز أو الوسط، فمن أول الباب إلى المرقى، بينهما، وفيما وراءه، وجهان: أصحاب السفلى، لانقطاع صاحب العلو عنه، واختصاص صاحب السفلى يداً وتصرفاً. والثاني: بينهما، لأن صاحب العلو قد ينتفع به بوضع الأمتعة فيه، وطرح القمامة. وإن كان المرقى خارجاً، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال. ولو تنازعا المرقى وهو داخل، فإن كان منقولاً كالسلم الذي يوضع ويرفع، فإن كان في بيت لصاحب السفلى، فهو في يده، وإن كان في غرفة لصاحب العلو، ففي يده. وإن كان منصوباً في موضع المرقى، فنقل ابن كج عن الأكثرين: أنه لصاحب العلو، لعود منفعته إليه. وعن ابن خيران: أنه لصاحب السفلى كسائر المنقولات. وهذا هو الوجه. وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه، كالسلم المسمّر، والأخشاب المعقودة، فلصاحب العلو، لعود نفعه إليه. وكذا إن كان مبنياً من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيء. فإن كان تحته بيت، فهو بينهما كسائر السقوف. وإن كان تحته موضع حب أو جرّة، فالأصح: أنه لصاحب العلو. والثاني: أنه كما لو كان تحته بيت.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحَوَالَة (١)

أصلها مجمع عليه . ومن أحيل على مليء استحب أن يحتال . ولا بد في وجودها من ستة أمور: محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال . ويشترط في صحتها أمور: منها ما يرجع إلى الدينين ، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة .

وفي حقيقة الحوالة ، وجهان: أحدهما: أنها إستيفاء حق ، كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه . إذ لو كانت معاوضة ، لما جاز فيها التفرق قبل القبض إذا كانا ربويين . وأصحهما: أنها بيع ، وهو المنصوص ، لأنها تبديل مال بمال . وعلى هذا ، وجهان: أحدهما: أنها بيع عين بعين ، وإلا ، فيبطل ، للنهي عن بيع دين بدين . والصحيح: أنها بيع دين بدين ، واستثني هذا للحاجة . قال الإمام وشيخه رحمهما الله: لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين: الاستيفاء والاعتياض ، والخلاف في أن أيهما أغلب؟ أما شروطها فثلاثة:

الشرط الأول: الرضى ، فلا تصح إلا برضى المحيل والمحتال . وأما المحال عليه ، فإن كان عليه دين للمحيل ، لم يعتبر رضاه على الأصح . وإن لم يكن ، لم يصح بغير رضاه قطعاً . وبإذنه وجهان: بناءً على أنها اعتياض أم استيفاء ، إن قلنا: استيفاء ، صح ، وإلا ، فلا . فإن صححنا ، فوجهان: أحدهما: يبرأ المحيل بنفس الحوالة كسائر الحوالات . وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: لا يبرأ ، بل قبوله ضمان مجرد . فإن قلنا: لا تصح هذه الحوالة ، فلا شيء على المحال عليه . فإن تطوع وأداه ، كان قضاءً لدين غيره . وإن قلنا: يصح ، فهو كما لو ضمن ، فيرجع على المحيل إن أدى بإذنه ، وكذا بغير إذنه على الأصح ، لجريان الحوالة بإذنه ، وفي رجوعه قبل الأداء ، وجهان بناءً على براءة المحيل . إن قلنا: يبرأ ، فنعم ، وإلا ، فلا . وإذا طالب المحتال بالأداء ، فله مطالبة المحيل بتخليصه . وهل له ذلك قبل مطالبة

(١) الحوالة: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

المحتال؟ وجهان: كالوجهين في مطالبة الضامن. ولو أبرأ المحتال، لم يرجع على المحيل بشيء. ولو قبضه المحتال ثم وهبه له، ففي الرجوع وجهان. قلت: أصحهما: الرجوع. والله أعلم.

ولو ضمن عنه ضامن، لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه، أو من ضامنه. ولو أحال المحتال على غيره، نظر، إن أحاله على من عليه دين، رجع على محيله بنفس الحوالة، لحصول الأداء بها. وإن أحال على من لا دين عليه، لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحال عليه.

فرع: قد ذكرنا أن الرضى شرط. والمراد به: الإيجاب والقبول. ولو قال المحتال: أحلني. فقال: أحلتك، ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع. وقيل: ينعقد هنا قطعاً، لأن مبناها على الرفق والمسامحة.

الشرط الثاني: أن يكون ديناً لازماً، أو مصيره إلى اللزوم.

والدين، ضربان: لازم، وغيره.

أما غيره، ففيه مسائل:

إحداها: الثمن في مدة الخيار، تصح الحوالة به وعليه، على الأصح. فإن منعنا، ففي انقطاع الخيار به، وجهان: وإن جوزنا، فقطع الإمام والغزالي: بأنه لا يبطل الخيار. فلو اتفق فسخ البيع، بطلت الحوالة، لأنها إنما صحت لإفضاء البيع إلى اللزوم. فإذا لم يفض، لم تصح. ومنقول الشيخ أبي علي واختياره، بطلان الخيار، لأن مقتضى الحوالة اللزوم. فلو بقي الخيار، فات مقتضاها، فإن أبطلنا، فأحال البائع المشتري على ثالث، بطل خيارهما، لتراضيهما. وإذا أحال البائع رجلاً على المشتري، لا يبطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول ورضى. وأما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار، وقبل قبض المبيع، فالمذهب الذي عليه الجمهور: القطع بجوازها. وللمسعودي إشارة إلى منعها، لكونه غير مستقر. وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه.

المسألة الثانية: إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم، لم يصح على الأصح. وقال الحليني: يصح. ولو أحال المكاتب سيده بالنجوم، صح على الأصح، وبه قطع الأكثرون. ولو كان للسيد عليه دين معاملة، فأحال عليه، بني على أنه لو عجز نفسه، هل يسقط ذلك الدين؟ إن قلنا: لا، صحت، وإلا، فلا.

قلت: الأصح: الصحة، وبه قطع صاحب «الشامل». والله أعلم.

المسألة الثالثة: مال الجعالة. القياس أن يجيء في الحوالة به وعليه، الخلاف

المذكور في الرهن به، وفي ضمانه. وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل، ومنعها قبله.

قلت: قطع الماوردي بالمنع مطلقاً. والله أعلم.

قال المتولي: لو أحال من عليه الزكاة الساعي، جاز إن قلنا: هي استيفاء. وإن قلنا: اعتياض، فلا، لامتناع أخذ العوض عن الزكاة.

الضرب الثاني: الدين اللازم، فتجوز الحوالة به وعليه، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب، أو اختلفا، بأن كان أحدهما ثمناً، والآخر أجرة، أو قرضاً، أو بدل متلف.

قلت: أطلق الإمام الرافعي، أن الدين اللازم، تصح الحوالة به وعليه، واقتدى في ذلك بالغزالي، وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. وحكي وجهه في «الحاوي» و«التممة» وغيرهما: أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض. فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر، ليخرج هذا. والله أعلم.

فرع: كل دين تجوز الحوالة به وعليه، فسواء كان مثلياً كالأثمان والحبوب، أو متقوماً كالثياب والعبيد. وفي وجهه: يشترط كونه مثلياً. ولا خلاف أنه يشترط العلم بقدر ما يحال به وعليه، وبصفتيهما، إلا إذا أحال بابل الدية أو عليها، وصححنا الحوالة في المنقولات، فوجهان: أو قولان، بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها. والأصح: المنع، للجهل بصفتيهما.

الشرط الثالث: اتفاق الدينين، فيشترط اتفاقهما جنساً، وقدرًا، وحلولاً، وتأجيلاً، وصحة، وتكسراً، وجودة، ورداءة. وفي وجهه: تجوز الحوالة بالقليل على الكثير، وبالصحيح على المكسر، وبالجديد على الرديء، وبالمؤجل على الحال، وبالأبعد أجلاً على الأقرب، وكأنه تبرع بالزيادة. والصحيح: المنع. قال المتولي: ومعنى قولنا: هذه الحوالة غير صحيحة عند الاختلاف، أن الحق لا يتحول من الدراهم إلى الدنانير مثلاً، لكنها لو جرت فهي حوالة على من لا دين عليه وسبق حكمها.

فصل: الحوالة إذا جرت بشروطها، برىء المحيل من دين المحتال، وتحول الحق إلى ذمة المحال عليه، وبرىء المحال عليه من دين المحيل. حتى لو أفلس المحال عليه ومات، أو لم يمت، أو جحد وحلف، لم يكن للمحتال الرجوع إلى المحيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدين ثم تلف في يده. فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس، أو الجحود، فهل تصح الحوالة والشرط، أم الحوالة فقط؟ أم لا

يصحاح؟ فيه أوجه: هذا إذا طرأ الإفلاس. فلو كان مفلساً حال الحوالة، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه لا خيار للمحتال، سواء شرط يساره، أم أطلق. وفي وجه: يثبت خياره في الحالين، وفي وجه: يثبت إن شرط فقط. واختار الغزالي، الثبوت مطلقاً، وهو خلاف المذهب.

فرع: صالح مع أجنبي عن دين على عين، ثم جحد الأجنبي وحلف، ففي عوده إلى من كان عليه الدين، وجهان: قال القاضي حسين: نعم. وأبو عاصم: لا. قلت: الأصح: قول القاضي. والله أعلم.

فرع: خرج المحال عليه عبداً. فإن كان لأجنبي، وللمحيل دين في ذمته، صحت الحوالة، كما لو أحال على معسر، ويتبعه المحتال بعد العتق. وهل له الرجوع على المحيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسراً، وأولى بالرجوع. وإن كان عبداً للمحيل، فإن كان له في ذمته دين، بأن ثبت قبل ملكه، وقلنا: لا يسقط، فهو كما لو كان لأجنبي. وإن لم يكن له في ذمته دين، فهي حوالة على من لا دين عليه. فإن صححناها وجعلناها ضماناً، فهو ضمان العبد عن سيده بإذنه، وسيأتي بيانه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى. ولا يخفى حكمه لو كان لأجنبي ولم يكن للمحيل عليه دين.

فصل: إذا اشترى عبداً، وأحال البائع بالثمن على رجل، ثم علم بالعبد عيباً قديماً، فردّه بالعيب أو بالإقالة، أو التحالف، أو غيرها، ففي بطلان الحوالة، ثلاثة طرق: أحدها: البطلان. والثاني: لا. والثالث: على قولين. أظهرهما: البطلان، وهما مبنيان على أنها إستيفاء، أم بيع؟ إن قلنا: إستيفاء بطلت، وإلا، فلا. قلت: المذهب: البطلان، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

وسواء كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع، أو قبله، على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: إنما الخلاف إذا كان بعده. فإن رد قبله، بطلت قطعاً، لعدم تأكيدها. وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أم قبله على الأصح، وهو اختيار الأكثرين. وقال العراقيون والشيخ أبو علي: إن كان بعده، لم تبطل قطعاً، وإنما الخلاف قبله. ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن، فقيل: فيه القولان، والمذهب: أنها لا تبطل قطعاً، وبه قطع الجمهور، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري، أم لا. والفرق، أن هنا تعلق الحق بثالث، فإذا القولان مخصوصان بالصورة الأولى، فنفرع عليهما. فإن لم نبطلها، لم يطالب المشتري المحال عليه بحال، بل يرجع على البائع فيطالبه إن كان قبض مال الحوالة، ولا يتعين حقه في ما أخذ، بل له إبداله. وإن لم يقبضه، فله قبضه. وهل للمشتري

الرجوع عليه قبل قبضه لكون الحوالة كالمقبوض، أم لا، لعدم حقيقة القبض؟ وجهان: أحدهما: الثاني. فعلى هذا له مطالبة بتحصيل القبض ليرجع عليه. وفي وجه: لا يملك مطالبة بالتحصيل أيضاً، وهو شاذ ضعيف. وأما إذا أبطلنا الحوالة، فإن كان قبض من المحال عليه، فليس له رده عليه، لأن قبضه بإذن المشتري.

فلو رد، لم يسقط عنه مطالبة المشتري، بل يلزمه الرد على المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه. فإن كان تالفاً، لزمه بدله، وإن لم يكن قبضه، فليس له قبضه، لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان فلو خالف وقبض، لم يقع عنه. وفي وقوعه عن المشتري، وجهان: أحدهما: يقع، لبقاء الإذن. وأصحهما: لا، لعدم الحوالة والوكالة، ولأنه إنما يقبض لنفسه، ولم يبق له حق، بخلاف ما إذا فسدت الشركة والوكالة، فإن التصرف يصح، لبقاء الإذن، لكن التصرف يقع للموكل. أما في صورة إحالة البائع على المشتري، إذا قلنا بالمذهب: إنها لا تبطل، فإن كان المحتال قبض من المشتري، رجع المشتري على البائع، وإن لم يقبض، فهل للمشتري الرجوع في الحال، أم لا يرجع إلا بعد القبض؟ فيه الوجهان السابقان.

فرع: قال ابن الحداد: إذا أحالها بصدقها، ثم طلقها قبل الدخول، لم تبطل الحوالة، وللزوج مطالبتها بنصف المهر. قال من شرح كتابه: المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع. فإن لم تبطل هناك، فهنا أولى، وإلا ففي بطلانها في نصف الصداق، وجهان: والفرق أن الطلاق سبب حادث، لا يستند إلى ما تقدم، بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره. ولو أحالها ثم انفسخ النكاح بردتها، أو بنسخ أحدهما بعيب، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضاً، ويرجع الزوج عليها في صورة الطلاق بنصف الصداق، وبجميعه في الردة والفسخ. وإذا قلنا بالبطلان، فليس له مطالبة المحال عليه، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق.

فرع: باع عبداً وأحال بضمنه على المشتري، ثم تصادق المتبايعان على أنه حر الأصل. فإن وافقهما المحتال، أو قامت بينة بحريته، بطلت الحوالة، لبطلان البيع، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبقى حقه كما كان، وهذه البينة يقيمها العبد، أو يشهدون حسبة. ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان، لأنهما كذباها بدخولهما في البيع. وإن كذبهما المحتال، ولا بينة، فلهما تحليفه على نفي العلم، فإذا حلف، بقيت الحوالة في حقه، وله أخذ المال من المشتري. وهل يرجع المشتري على البائع لأنه قضى دينه بإذنه؟ أم لا، لأنه يقول: ظلمني المحتال بما أخذ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه؟ قال في «التهذيب»: بالثاني. وقال الشيخ أبو حامد، وابن كج،

وأبو علي بالأول. فعلى هذا، يرجع إذا دفع المال إلى المحتال. وفي رجوعه قبله، الوجهان السابقان. وإن نكل المحتال، حلف المشتري. ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، بطلت الحوالة. وإن جعلناها كالبينة، فهو كما لو حلف، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة. ثم ما ذكرناه في إقرار المحتال وقيام البينة، من بطلان الحوالة، مفروض فيما إذا وقع التعرض، لكون الحوالة بالثمن. فإن لم تقع، وزعم البائع أن الحوالة عليه بدين آخر له على المشتري. فإن أنكر المشتري أصل الدين، فالقول قوله مع يمينه. وإن صدقه وأنكر الحوالة به، فإن لم نعتبر رضى المحال عليه، فلا عبرة بإنكاره. وإن اعتبرناه، فهل القول قول مدعي صحة الحوالة، أو فسادها؟ فيه الخلاف في نظائرها.

فصل: إذا كان لزيد عليك مئة، ولك على عمرو مئة، فوجد زيد منك ما يجوز له قبض مالك على عمرو، فله صورتان:

إحدهما: أن تقول لزيد: وكلتك لتقبضه لي، وقال: بل أحلتني عليه، فينظر، إن اختلفتما في أصل اللفظ، فزعمت الوكالة بلفظها، وزعم زيد الحوالة بلفظها، فالقول قولك مع يمينك عملاً بالأصل. وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة، وزعمت أنك أردت به تسليطه بالوكالة، فوجهان: أحدهما: القول قولك، وبه قال أكثر الأصحاب. وقال ابن سريج: القول قول زيد مع يمينه. وقطع به القاضي حسين. قال الأئمة: وموضع الوجهين أن يكون اللفظ الجاري بينكما: أحلتك بمئة على عمرو. فأما إذا قلت بالمئة التي لك عليّ على عمرو، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول زيد قطعاً. فإن قلنا: القول قول زيد، فحلف، ثبتت الحوالة وبرئت. وإن قلنا: القول قولك في الصورة الأولى أو الثانية على الأصح، فحلفت، نظر، هل قبض زيد من عمرو، أم لا؟ فإن قبض، برئت ذمة عمرو، لدفعه إلى وكيل أو محتال. وفي وجه: لا يبرأ في صورة اتفاقكما على لفظ الحوالة. والصحيح: الأول. ثم ينظر، فإن كان المقبوض باقياً، لزمه تسليمه إليك. وهل له مطالبتك بحقه؟ وجهان: أحدهما: لا، لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة. وأحدهما: نعم، لأنه إن كان وكيلاً، فظاهر.

وإن كان محتالاً، فقد استرجعت منه ظلماً، فلا يضيع حقه. والوجهان، في الرجوع ظاهراً. فأما بينه وبين الله تعالى، فإنه إذا لم يصل إلى حقه عندك، فله إمساك المأخوذ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالك وأنت ظالمه. وإن كان المقبوض تالفاً، فقد قطع الأكثرون، بأنه لا يضمن إذا لم يكن التلف بتفريط، لأنه وكيل في زعمك، والوكيل أمين، وليس له مطالبتك، لأنه استوفى بزعمه. وقال في «التهذيب»: يضمن،

لأنه ثبتت وكالته. والوكيل، إذا أخذ المال لنفسه، ضمن. أما إذا لم يقبض زيد من عمرو، فليس له القبض بعد حلفك، لأن الحوالة اندفعت وصار معزولاً عن الوكالة بانكاره، ولك مطالبة عمرو بحقك. وهل لزيد مطالبتك بحقه؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض وسلم إليك، قال صاحب «البيان»: ينبغي أن لا يطالبك هنا قطعاً، لا اعترافه بأن حقه على عمرو، وأن ما قبضته أنت من عمرو، ليس حقاً له، بخلاف ما إذا قبض، فإن حقه تعين في المقبوض، فإذا أخذته، أخذت ماله.

الصورة الثانية: أن تقول لزيد: أحلتك على عمرو، فيقول: بل وكلتني بقبض ما عليه، وحقني باقي. ويظهر تصوير هذا الخلاف عند إفلاس عمرو. فينظر، إن اختلفتما في أصل اللفظ، فالقول قول زيد مع يمينه. وإن اتفقتما على لفظ الحوالة، جرى الوجهان السابقان في الصورة الأولى على عكس ما سبق. فعلى قول ابن سريج، القول قولك، مع اليمين، وعلى قول الأكثرين، القول قول زيد مع يمينه. فإن قلنا: قولك، فحلفت، برئت من دين زيد، ولزيد مطالبة عمرو، إما بالوكالة، وإما بالحوالة، وما يأخذه يكون له، لأنك تقول: إنه حقه، وعلى زعمه هو لك، وحقه عليك، فيأخذه بحقه. وحيث قلنا: القول قول زيد، فحلف، فإن لم يكن قبض المال من عمرو، فليس له قبضه، لأن قولك: ما وكلتك، يتضمن عزله إن كان وكيلاً، وله مطالبتك بحقه. وهل لك الرجوع إلى عمرو؟ وجهان: لأنك اعترفت بتحول ما عليه إلى زيد. ووجه الرجوع وهو اختيار ابن كج، أن زيدا إن كان وكيلاً فلم يقبض، فبقي حقه. وإن كان محتالاً، فقد ظلمك بأخذه منك، وما على عمرو حقه، فلك أخذه عوضاً عما ظلمك به. وإن قبض المال من عمرو، فقد برئت ذمة عمرو. ثم إن كان المقبوض باقياً، فقد حكى الغزالي وجهين: أحدهما: يطالبك بحقه، ويرد المقبوض عليك. والثاني وهو الصحيح: أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض، لأنه من جنس حقه، وصاحبه يزعم أنه ملكه. ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يردّه ويطالب ببدل حقه، وله أن يأخذه بحقه. وإن تلف بتفريط، فلك عليه الضمان، وله عليك حقه. وربما يقع التقاص. وإن لم يكن منه تفريط، فلا ضمان، لأنه وكيل أمين. وفي وجه ضعيف: يضمن، لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره، الضمان، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه، تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان.

فصل: في مسائل منثورة

الأولى: لو أحلت زيدا على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحاله

بكر على آخر، جاز، وقد تعدد المحال عليهم دون المحتال. ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم أحال زيد بكرةً على عمرو، ثم أحال بكر آخر على عمرو، جاز التعدد هنا في المحتالين دون المحال عليه. ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين، فأحال زيداً عليك، جاز.

الثانية: لك على رجلين مئة، على كل واحد خمسون، وكل واحد ضامن عن صاحبه، فأحالك أحدهما بالمئة على إنسان، برئاً جميعاً. وإن أحلت على أحدهما بالمئة، برئ الثاني، لأن الحوالة كالقبض. وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين، جاز، ويبرأ كل واحد عما ضمن. وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المئة من أيهما شاء، فعن ابن سريج: في صحته وجهان: وجه المنع: أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة.

الثالثة: لك على رجل مال، فطالبته، فقال: أحلت فلاناً علي وفلان غائب، فأنكرت، فالقول قولك مع يمينك. فلو أقام بينة، سمعت وسقطت مطالبتك له. وهل تثبت به الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قدم؟ وجهان.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الضمان^(١)

هو صحيح بالإجماع، وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي خمسة:

الركن الأول: المضمون عنه. ولا يشترط رضاه بالاتفاق، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز، فضمانه أولى، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً سواء خلف وفاءً، أم لا. ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح.

قلت: وسواء كان المضمون عنه حراً، أم عبداً، أم معسراً. والله أعلم.

الركن الثاني: المضمون له، ويشترط معرفته على الأصح. وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين، فإن شرطناه، لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح، فإن شرطناه، فليكن بينه وبين الضمان ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود. وإن لم نشترطه، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان. فإن تأخر عنه، فهو إجارة إن جوزنا وقف العقود، قاله الإمام، وفرع على قولنا: لا يشترط رضاه، فقال: إذا ضمن بغير رضاه، نظر إن ضمن بغير إذن المضمون عنه، فالمضمون له بالخيار، إن شاء طالب الضامن، وإن شاء تركه. وإن ضمن بإذنه، فحيث قلنا: يرجع الضامن على المضمون عنه، يجبر المضمون له على قبوله، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه. وإن قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: أدّ ديني ولم يشترط الرجوع، وقلنا: لا يرجع. وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول؟ وجهان بناءً على أن المؤدى يقع فداءً، أم موهوباً لمن عليه الدين؟ إن قلنا بالثاني، لم يكن له الامتناع، وهو الأشهر، فحصل في معرفة المضمون عنه، وله أوجه: أصحها: يشترط معرفة المضمون له فقط. والثاني: يشترط معرفتهما. والثالث: لا. ورابع حكاة الإمام: يشترط معرفة المضمون عنه فقط، وهو غريب ضعيف.

قلت: وإذا شرطنا قبول المضمون له، فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله، قاله في «الحاوي» لأنه لم يتم الضمان، فأشبه البيع. والله أعلم.

(١) الضمان هو التزام ما وجب على غيره.

الركن الثالث: الضامن. وشرطه: صحة العبارة، وأهلية التبرع.

أما صحة العبارة، فيخرج عنه الصغير، والمجنون، والمبرسم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم. ولو ضمن إنسان ثم قال: كنت صبيّاً يوم الضمان، وكان محتملاً، قبل قوله مع يمينه. وكذا لو قال: كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق، أو أقام به بينة، وإلا فالقول قول المضمون له مع يمينه. وفي ضمان السكران، الخلاف المذكور في تصرفاته.

قلت: هذا في السكران بمعصية. فأما السكران بمباح، فكالمجنون. والله أعلم.

وأما الأخرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة، لم نعرف أنه ضمن حتى نصح أو نبطل، وإن كانت له إشارة مفهومة، صح ضمانه بها كبيعه وسائر تصرفاته. وفي وجه: لا يصح ضمانه، إذ لا ضرورة إليه، بخلاف سائر التصرفات. ولو ضمن بالكتابة، فوجهان: سواء أحسن الإشارة، أم لا. أصحابهما: الصحة، وذلك عند القرينة المشعرة، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات.

وأما أهلية التبرع، فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي، لأنه تبرع، وتبرعه لا يصح بإذن الولي. كذا قال الإمام، والغزالي: إن الضمان تبرع، وإنما يظهر هذا حيث لا رجوع. وأما حيث ثبت الرجوع، فهو قرض محض. ويدل عليه نص الشافعي رحمته الله: أنه لو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون عنه، حسب من ثلثه. وإن ضمن بإذنه، فمن رأس المال، لأن للورثة الرجوع على الأصيل، وهو وإن لم يكن تبرعاً فلا يصح من السفه كالبيع وسائر التصرفات المالية. فإن أذن فيه الولي، فليكن كما لو كان في البيع.

قلت: الذي قاله الإمام، هو الصواب. وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الإذن وعدمه. وقول الرافعي: إنه ليس تبرعاً، فاسد، فإنه لو سلم أنه كالقرض، كان القرض تبرعاً. وقوله: إذا أذن الولي، كان كالبيع، يعني: فيجري فيه الوجهان، فاسد أيضاً، فإن البيع، إنما صح على وجه، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة، والضمان غرر كله بلا مصلحة. وأما ضمان المريض، فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث، لأنه تبرع. فإن كان عليه دين مستغرق، فالضمان باطل. وإن خرج بعضه من الثلث، صح فيه. فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به. والله أعلم.

وأما المحجور عليه لفلس، فضمانه كشرائه.

فرع: ضمان المرأة صحيح، مزوجة كانت أو غيرها، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها.

فرع: في ضمان العبد بغير إذن سيده مأذوناً كان أو غيره، وجهان: أحدهما: صحيح يتبع به إذا عتق، إذ لا ضرر على سيده، كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه السيد. وأصحهما: لا يصح. وإن ضمن بإذن سيده، صح. ثم إن قال: اقضه مما تكسبه، أو قال للمأذون: اقضه مما في يدك، قضى منه. وإن عين مائلاً وأمر بالقضاء منه، فكمثل. وإن اقتصر على الإذن في الضمان، فإن لم يكن مأذوناً، ففيه أوجه: أصحها: يتعلق بما يكسبه بعد الإذن كالمهر. والثاني: يكون في ذمته إلى أن يعتق لأنه أذن في الالتزام دون الأداء. والثالث: يتعلق برقبته. وإن كان مأذوناً له في التجارة، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل؟ أم بهما وبرأس المال؟ فيه أوجه: أصحها: آخرها. وحيث قلنا: يؤدي مما في يده، فلو كان عليه ديون، ففيه أوجه عن ابن سريج، أحدها: يشارك المضمون له الغرماء، كسائر الديون. والثاني: لا يتعلق الضمان بما في يده أصلاً، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء. والثالث: يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين. قلت: أصحها: الثالث. والله أعلم.

وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه. فإن حجر باستدعاء الغرماء، لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً. وأم الولد والمدير، كالقن في الضمان، وكذا من بعضه حر إن لم يكن بينه وبين سيده مهياة، أو كانت ضمن في نوبة السيد. فإن ضمن في نوبته، صح قطعاً. ويجوز إن ضمن في نوبته، أن يخرج على الخلاف في المؤن والأكساب النادرة، هل تدخل في المهياة؟ والمكاتب بلا إذن، كالقن، وبالإذن، قالوا: هو على القولين في تبرعاته.

فرع: ضمن عبد بإذن سيده، وأدى في حال رقه، فحق الرجوع لسيده. وإن أدى بعد عتقه، فالرجوع للعبد على الأصح. ولو ضمن العبد لسيده عن أجنبي، لم يصح لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده، ولو ضمن لأجنبي عن سيده، فإن لم يأذن السيد، فهو كما لو ضمن عن أجنبي. وإن أذن، صح. ثم إن أدى قبل عتقه، فلا رجوع، وبعده، وجهان بناءً على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي؟

قلت: لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده، صح كالأجنبي. ولو ضمن السيد لعبد ديناً على أجنبي، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة، فالضمان باطل. وإلا فوجهان: قاله في «الحاوي». والله أعلم.

الركن الرابع: الحق المضمون، وشرطه ثلاث صفات: كونه ثابتاً، لازماً، معلوماً.

الصفة الأولى: الثبوت، وفيها مسائل:

إحداها: إذا ضمن ما لم يجب، وسيجب بقرض أو بيع، وشبههما، فطريقان. أحدهما: القطع بالبطلان، لأنها وثيقة، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة. وأشهرهما على قولين. الجديد، البطلان. والقديم، الصحة، لأن الحاجة قد تدعو إليه. ونقل الإمام، فروعاً على القديم. أحدها: إذا قال ضمنت لك ثمن ما تبيع فلاناً، فباع شيئاً بعد شيء، كان ضامناً للجميع، لأن «ما» من أدوات الشرط، فتقتضي التعميم، بخلاف ما إذا قال: إذا بعت فلاناً، فأنا ضامن، لا يكون ضامناً إلا ثمن ما باعه أولاً، لأن «إذا» ليست من أدوات الشرط. والثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين، فهنا أولى. وإلا، فوجهان: وكذا معرفة المضمون عنه. الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل، وليس له الرجوع بعد لزومه. وأما قبله، فعن ابن سريج، أن له الرجوع. وقال غيره: لا، لأن وضعه على اللزوم. وأما إذا قلنا بالجديد، فقال: أقرض فلاناً كذا وعلي ضمانه، فأقرضه، فالصحيح، أنه لا يجوز، وجوزه ابن سريج.

المسألة الثانية: ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة، صحيح سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين. وكذا ضمان الأدم، ونفقة الخادم، وسائر المؤن. ولو ضمن نفقة اليوم، فكمثل، لأنها تجب بطلوع الفجر. وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل، قولان بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين؟ إن قلنا بالأول وهو القديم، صح، وإن قلنا بالثاني، وهو الجديد الأظهر، فلا، هكذا نقله عامة الأصحاب. وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع قولنا: ضمان ما لم يجب باطل، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح. فإن جوزنا ضمن نفقة المستقبل، فله شرطان:

أحدهما: أن يقدر مدة. فإن أطلق، لم يصح فيما بعد الغد، وفيه وجهان كما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، هل يصح في الشهر الأول؟

الشرط الثاني: أن يكون المضمون نفقة المعسر، وإن كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر. وفي «التتمة» وجه، أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط، لأن الظاهر استمرار حاله.

فرع: لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلية. وفي نفقة يومه وجهان: لأن سبيلها سبيل البر والصلة. ولهذا، تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير.

المسألة الثالثة: باع شيئاً فخرج مستحقاً، لزمه رد الثمن، ولا حاجة فيه إلى شرط والتزام. قال القفال: ومن الحماقة اشتراط ذلك في القَبالات. وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً، فهذا ضمان العهدة، ويسمى ضمان الدرك. أما ضمان العهدة، فقال في «التتمة»: إنما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله. وفي صحة هذا الضمان، طريقان. أحدهما: يصح قطعاً. وأصحهما: على قولين. أظهرهما: الصحة للحاجة إليه. والثاني: البطلان. فإن صححنا، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن. فأما قبله، فوجهان: أحدهما. المنع لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض. والثاني: الصحة لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده.

فرع: كما يصح ضمان العهدة للمشتري، يصح ضمان نقص الصنعة للبائع بأن جاء المشتري بصنعة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضمن ضامن نقصها إن نقصت. وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع، هل المقبوض من النوع الذي يستحقه؟ فإذا خرج ناقصاً، أو رديئاً، طالب البائع الضامن بالنقص وبالنوع المستحق إذا رد المقبوض على المشتري. ولو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنعة، صدق البائع بيمينه. فإذا حلف، طالب المشتري بالنقص ولا يطالب الضامن على الأصح، لأن الأصل براءته. ولو اختلف البائع والضامن في نقصها، فالمصدق الضامن على الأصح، لأن الأصل براءته بخلاف المشتري، فإن ذمته كانت مشغولة.

فرع: لو ضمن عهدة الثمن، إن خرج المبيع معيباً ورده، أو بان فساد البيع بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط مفسد، فوجهان: أحدهما: الصحة. وهو الذي ذكره العراقيون للحاجة. والثاني: المنع لندور الحاجة، ولأنه في المعيب ضمان ما لم يجب. فإن قلنا: يصح إذا ضمن صريحاً، فحكى الإمام والغزالي وجهين في اندراجهم تحت مطلق ضمان العهدة.

فرع: في مسائل تتعلق بضمان الدرك

إحداها: من ألفاظ هذا الضمان، أن يقول للمشتري: ضمنت لك عهدته، أو دركه، أو خلاصك منه. ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع، لم يصح لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استحق. ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً، لم يصح ضمان الخلاص. وفي العهدة قولاً الصفقة. ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع، بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن.

الثانية: يشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن. فإن لم يكن، فهو كما لو لم يكن قدر الثمن في المراجعة معلوماً.

الثالثة: يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه، ولا يجوز قبله على الأصح. ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً، لأن المسلم فيه في الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنما يتصور في المقبوض، وحينئذ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال.

الرابعة: إذا ظهر الاستحقاق، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن. ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مستحقاً أو كان شقصاً ثبت فيه شفعة ببيع سابق، فأخذه الشفيع بذلك البيع، ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره، ففي مطالبته الضامن، وجهان: أحدهما: نعم كالاستحقاق. والثاني: لا للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن. ولو خرج المبيع معيباً فردّه المشتري، ففي مطالبته الضامن بالثمن، وجهان: وأولى بأن لا يطالب، لأن الرد هنا بسبب حادث وهو مختار فيه، فأشبهه الفسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايل، هذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد. أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد، ففي «التتمة» أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد، ولم يكن من البائع تفريط فيه. وفي العيب الموجود عند العقد، سبب الرد موجود عند العقد، والبائع مفرط بالإخفاء، فالتحق بالاستحقاق على رأي.

قلت: أصح الوجهين الأولين، لا يطالب. ولو خرج المبيع معيباً وقد حدث عند المشتري عيب، ففي رجوعه بالأرش على الضامن، الوجهان. والله أعلم.

ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن، وانفسخ العقد، هل يطالب الضامن بالثمن؟ إن قلنا: ينفسخ من أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق. وإن قلنا: من حينه، فكالرد بالعيب. ولو خرج بعض المبيع مستحقاً، ففي صحة البيع في الباقي قولاً الصفقة، وإن قلنا: يصح وأجاز المشتري، فإن قلنا: يجيز بجميع الثمن، لم يطالب الضامن بشيء. وإن قلنا: بالقسط، طالبه بقسط المستحق من الثمن. وإن فسخ، طالبه بالقسط، ومطالبته بحصة الباقي من الثمن، كمطالبته عند الفسخ بالعيب. وإن قلنا: لا يصح، ففي مطالبته بالثمن طريقان. أحدهما: أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه، والثاني: القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق، هذا كله إذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا في المسألة الأولى. أما إذا عين جهة الاستحقاق، فقال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً، فلا يطالب بجهة أخرى. وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق، لم يطالب عند الاستحقاق.

الخامسة: اشترى أرضاً وبنى فيها، أو غرس ثم خرجت مستحقة، فقلع المستحق البناء والغراس، فهل يجب أرش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً؟ وجهان: الأصح المنصوص، وجوبه. فعلى هذا، لو ضمنه ضامن، نظر إن كان قبل ظهور الاستحقاق، أو بعده وقبل القلع، لم يصح. وإن كان بعدهما، صح إن كان قدره معلوماً. ولو ضمن رجل عهدة الأرض وأرش نقص البناء والغراس في عقد واحد، لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولاً الصفقة. ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلاً بهما، فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً. وقال جماعة من الأصحاب: ضمان نقص البناء والغراس، كما لا يصح من غير البائع، لا يصح من البائع، وهذا إن أريد به أنه لغو. كما لو ضمن العهدة لوجوب الأرش عليه من غير التزام، فهو جار على ظاهر المذهب. وإلا، فهو ذهاب منهم إلى أنه لا أرش عليه. الصفة الثانية: اللزوم.

والديون الثابتة، ضربان:

أحدهما: ما لا يصير إلى اللزوم بحال، وهو نجوم الكتابة، فلا يصح ضمانها على الصحيح. ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم، فإن ضمن لأجنبي، صح. وإذا غرم، رجع على المكاتب إن ضمنه بإذنه. وإن ضمنه لسيدته، بني على أن ذلك الدين، هل يسقط بعجزه؟ وفيه وجهان: إن قلنا: نعم وهو الأصح، لم يصح كضمان النجوم

الضرب الثاني: ما له مصير إلى اللزوم. فإن كان لازماً في حال الضمان، صح ضمانه سواء كان مستقراً أم لا كالمهر قبل الدخول، والثلث قبل قبض المبيع، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء، والرد بالعيب وشبههما. وإن لم يكن لازماً حال الضمان، فهو نوعان:

أحدهما: الأصل في وضعه اللزوم، كالثلث في مدة الخيار، وفي ضمانه وجهان: أحدهما: الصحة. قال في «التتمة» هذا الخلاف، إذا كان الخيار للمشتري أو لهما. أما إذا كان للبائع، فقط، فيصح قطعاً لأن الدين لازم في حق من عليه. وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان، مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثلث إلى البائع. أما إذا منعه، فهو ضمان ما لم يجب.

النوع الثاني: ما الأصل في وضعه الجواز، كالجعل في الجعالة، وفيه وجهان كما سبق في الرهن به، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه، كما سبق هناك. وضمان مال المسابقة، إن جعلناها إجارة، صح، وإلا فكالجعل.

الصفة الثالثة: العلم، وفيه صور:

إحداها: ضمان المجهول، فيه طريقان، كضمان ما لم يجب. فإن صححنه، فشرطه أن يمكن الإحاطة به، بأن يقول: أنا ضامن ثمن ما بعته فلاناً، وهو جاهل به، لأن معرفته متيسرة. أما إذا قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان، فباطل قطعاً. والقولان في صحة ضمان المجهول يجريان في صحة الإبراء عنه. وذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين. أحدهما: الخلاف في صحة شرط البراءة عن العيوب، فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقدار. والثاني: أن الإبراء هل هو إسقاط كالإعتاق؟ أم تمليك المديون ما في ذمته، ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان. إن قلنا: إسقاط، صح الإبراء عن المجهول. وإلا، فلا، وهو الأظهر. ويتخرج على هذا الأصل مسائل:

منها: لو عرف المبريء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ. إن قلنا: إسقاط، صح، وإلا فيشترط علمه كالمتهب.

ومنها: لو كان له دين على هذا، ودين على هذا، فقال: أبرأت أحكما. إن قلنا: إسقاط، صح، وأخذ بالبيان. وإلا فلا، كما لو كان له في يد كل واحد عبد، فقال: ملكت أحكما العبد الذي في يده.

ومنها: لو كان لأبيه دين على رجل، فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب، إن قلنا: إسقاط صح، كما لو قال لعبد أبيه: أعتقك، وهو لا يعلم موت الأب. إن قلنا: تمليك، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فبان ميتاً.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطاً، وإن جعلناه تمليكاً، لم يحتج إليه على الصحيح المنصوص. فإن اعتبرنا القبول، ارتد بالرد، وإلا، فوجهان:

قلت: أصحهما: لا يرتد. والله أعلم.

وهذه المسائل، ذكرها في «التتمة» مع أخوات لها. واحتج للتمليك بأنه لو قال للمديون: ملكتك ما في ذمتك، صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة، ولولا أنه تمليك، لافتقر إلى نية أو قرينة، كما إذا قال لعبد: ملكتك رقبتك، أو لزوجته: ملكتك نفسك، فإنه يحتاج إلى النية.

فرع: لو اغتابه فقال: اغتبتك، فاجعلني في حل ففعل، وهو لا يدري ما اغتابه به، فوجهان: أحدهما: يبرأ لأنه إسقاط محض، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص، وهو لا يعلم عين المقطوع، فإنه يصح. والثاني: لا لأن المقصود رضاه، ولا يمكن الرضى بالمجهول، ويخالف القصاص، فإنه مبني على التغليب والسراية بخلاف إسقاط المظالم.

الصورة الثانية: ضمان أروش الجنايات، صحيح إن كان دراهم أو دنانير. وفي

ضمان إيل الدية، إذا لم نجوز ضمان المجهول، وجهان: ويقال: قولان. أصحهما: الصحة. وقيل: يصح قطعاً كما يصح الإبراء عنها. وإذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضي الرجوع، فهل يرجع بالحيوان؟ أم بالقيمة؟ قال الإمام: لا يبعد أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان. ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة، لأنها غير ثابتة بعد.

الصورة الثالثة: إذا منعنا ضمان المجهول، فقال: ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: الصحة لانتفاء الغرر، فعلى هذا، يلزمه عشرة على الأصح. وقيل: ثمانية. وقيل: تسعة.

قلت: الأصح: تسعة، وسنوضحه في الإقرار إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

وإن قال: ضمنت لك ما بين درهم وعشرة، فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة، صح وكان ضامناً لثمانية. وإلا، ففي صحته في الثمانية القولان، أو الوجهان. ولو قال: ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان، وهو لا يعرف مبلغها، فهل يصح الضمان في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال؟ وجهان: كما لو أجر كل شهر بدرهم، فهل يصح في الشهر الأول، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء.

فرع: يصح ضمان الزكاة عمن هي عليه على الصحيح. وقيل: لا لأنها حق لله تعالى ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة. فعلى الصحيح، يعتبر الإذن عند الأداء على الأصح.

فرع: يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمة كالأموال.

فصل: في كفالة البدن

ويسمى أيضاً، كفالة الوجه، وهي صحيحة على المشهور. وقيل: تصح قطعاً، فتجوز ببدن من عليه مال، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح. والثاني: يشترط بناء على أنه لو مات، غرم الكفيل المال. ويشترط أن يكون المال مما يصح ضمانه. فلو تكفل ببدن مكاتب للنجوم التي عليه، لم يصح. فإن كان عليه عقوبة، فإن كانت لآدمي كالقصاص وحد القذف، صحت الكفالة على الأظهر. وقيل: لا تصح قطعاً. وإن كانت حداً لله تعالى، لم تصح على المذهب. وقيل: قولان. وضبط الإمام والغزالي من تكفل ببدنه فقالا: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه، فيخرج على هذا الضابط صور، منها: الكفالة ببدن امرأة يدعي رجل زوجيتها، صحيحة. وكذلك الكفالة بها، لمن ثبتت زوجيته. قال في «التتمة»:

والظاهر، أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من ادعى عليه القصاص، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه، قال ابن سريج: يصح ويلزمه السعي في رده. ويجيء فيه مثل ما حكينا في الزوجة.

ومنها: الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه. وإذا كان كذلك، صحت الكفالة ببدنه.

ومنها: الصبي، والمجنون، قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتها في الإتلاف، وغيره، فتجوز الكفالة فيهما. ثم إن كفل بإذن وليها، فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة، وإن كفل بغير إذنه، فهو كالکفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه.

ومنها: قال الإمام: لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة، فالكفالة باطلة، لأن مَنْ بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد للخصومات، والكفيل فرع المكفول به. وإذا لم يجب حضوره، لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل. وهذا الذي قاله، تفریع على أنه لا يلزم إحضار من هو على مسافة القصر، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: الحق الذي تجوز بسببه الكفالة، إن ثبت على المكفول ببدنه بإقرار أو بينة، فذاك. وإن لم يثبت، لكنه ادعى عليه، فلم ينكر وسكت، صحت الكفالة أيضاً. وإن أنكر، فوجهان: أحدهما: أنها باطلة. لأن الأصل البراءة والكفالة بمن لا حق عليه باطلة. وأصحهما: الصحة لأن الحضور مستحق. ومعظم الكفالات إنما تقع قبل ثبوت الحق.

فرع: تجوز الكفالة ببدن الغائب، والمحبوس، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، كما يجوز للمعسر ضمان المال.

فرع: يشترط كون المكفول ببدنه معيناً. فلو قال: كفلت بدن أحد هذين، لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين.

فصل: في ضمان الأعيان

فإذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره، نظر، إن كانت مضمونة عليه كالمغصوب، والمستعار، والمستام، والأمانات إذا خان فيها، فله صورتان: أحدهما: يضمن رد أعيانها. فالمذهب الذي عليه الجمهور، أنه على قولي كفالة البدن. وقيل: يصح قطعاً. والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه،

وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، فالتزام المقصود، أولى. فإن صححنا، فردها، بريء من الضمان. وإن تلفت وتعذر الرد، فهل عليه قيمتها؟ وجهان: كما لو مات المكفول ببدنه. فإن أوجبنا، فهل يجب في المغصوب أكثر القيم؟ أم قيمته يوم التلف لأن الكفيل لم يكن متعدياً؟ وجهان:

قلت: الثاني أقوى. والله أعلم.

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد في يد البائع، جرى الخلاف في الضمان. فإن صححناه وتلف، انفسخ البيع. فإن لم يدفع المشتري الثمن، لم يطالب الضامن بشيء. وإن كان دفعه، عاد الوجهان في أن الضامن، هل يغرم؟ فإن غرمناه، فهل يغرم الثمن؟ أم أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ وجهان: أصحهما: أولهما.

الصورة الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. قال البغوي: يبنى على أن المكفول ببدنه لو مات، هل يغرم الكفيل الدين؟ إن قلنا: نعم، صح ضمان القيمة لو تلف العين. وإلا، فلا، وهو الصحيح لهذا، ولأن القيمة قبل تلف العين، غير واجبة. أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك، والوكيل، والوصي، فلا يصح ضمانها قطعاً، لأنها غير مضمونة الرد أيضاً، وإنما يجب على الأمين التخلية فقط. ولو تكفل ببدن العبد الجاني جنابة توجب المال، فهو كضمان العين. ومنهم من قطع بالمنع. والفرق أن العين المضمونة مستحقة، ونفس العبد ليست مستحقة، وإنما المقصود تحصيل الأرض من بدله، وبدله مجهول.

فرع: باع شيئاً بثوب أو بدراهم معينة، فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثمن في الذمة وضمن العهدة.

فرع: رهن ثوباً ولم يسلمه، فضمن رجل تسليمه، لم يصح لأنه ضمان ما ليس بلازم.

فرع: في مسائل من الكفالة

إحداها: إذا عين في الكفالة مكاناً للتسليم، تعين. وإن أطلق، فالمذهب أنها تصح ويجب التسليم في مكان الكفالة. وقيل: هو كما لو أطلق السلم. وإذا أتى الكفيل بالمكفول به في غير الموضع المستحق، جاز قبوله، وله أن يمتنع إن كان فيه غرض، بأن كان قد عين مجلس الحكم، أو موضعاً يجد فيه من يعينه على خصمه. فإن لم يختلف الغرض، فالظاهر أنه يلزمه قبوله. فإن امتنع، رفعه إلى الحاكم ليقبض عنه. فإن لم يكن حاكم، أشهد شاهدين أنه سلمه إليه.

الثانية: يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم،

سواء طلبه المستحق أم أباه، بشرط أن لا يكون هناك حائل كيّد سلطان، ومتغلب، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه. وحبس الحاكم بالحق، لا يمنع صحة التسليم، لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق. ولو حضر المكفول به وقال: سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل، برىء الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين. ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل، لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه هو، ولا أحد عن جهته، حتى قال القاضي حسين: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه، لم يبرأ الكفيل. وكذلك لو سلمه أجنبي، لا عن جهة الكفيل. وإن سلمه عن جهة الكفيل، فإن كان بإذنه، فهو كما لو سلمه الكفيل. وإن كان بغير إذنه، فليس على المكفول به قبوله، لكن لو قبل: برىء الكفيل. ولو كفل رجل لرجلين، فسلم إلى أحدهما، لم يبرأ من حق الآخر. ولو كفل رجلان لرجل، فسلم أحدهما، قال في «التهذيب»: إن كفلاه على الترتيب، وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي أم لم يقل. وإن كفلاه معاً، فوجهان: قال المزني: يبرأ أيضاً صاحبه، كما لو دفع أحد الضامنين الدين. وقال ابن سريج والأكثر: لا يبرأ، كما لو كان بالدين رهنان، فانفك أحدهما، لا ينفك الآخر، ويخالف قضاء الدين، فإنه يبرىء الأصيل، وإذا برىء، برىء كل ضامن. ولو كانت المسألة بحالها، وكفل كل واحد من الكفيلين بدن صاحبه، ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه، فعلى قول المزني: يبرأ كل واحد عن الكفالة الأولى وعن كفالة صاحبه. وعلى قول ابن سريج: يبرأ المسلم عن الكفالتين، ويبرأ صاحبه عن كفالته دون الكفالة الأولى.

الثالثة: كما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم، يبرأ أيضاً إذا أبرأه المكفول له. ولو قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به أو عليه، فوجهان: أحدهما: يبرأ الأصيل والكفيل. والثاني: يرجع. فإن فسر بنفي الدين، فذاك. وإن فسر بنفي الوديعة والشركة ونحوهما، قبل قوله، فإن كذابه، حلف.

الرابعة: إذا غاب المكفول ببذنه، نظر، إن غاب غيبة منقطعة والمراد بها أن لا يعرف موضعه وينقطع خبره، فلا يكلف الكفيل إحضاره. وإن عرف موضعه، فإن كان دون مسافة القصر، لزمه إحضاره لكن يمهل مدة الذهاب والإياب ليحضره. فإن مضت المدة ولم يحضره، حبس. وإن كان على مسافة القصر، فوجهان: أحدهما: يلزمه إحضاره. والثاني: لا يطالب به. ولو كان غائباً حال الكفالة، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة.

الخامسة: إذا مات المكفول به، ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل، وجهان: أحدهما: لا ينقطع، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة

البينة على صورته، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت. والثاني: ينقطع. وهل يطالب الكفيل بمال؟ وجهان: أحدهما: لا لأنه لم يلتزمه. كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع، فإنه لا يطالب برد رأس المال. والثاني: يطالب، وبه وقال ابن سريج لأنه وثيقة كالرهن. وعلى هذا، هل يطالب بالدين، أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به؟ وجهان بناء على القولين، في أن السيد يفدي الجاني بالأرش، أم بأقل الأمرين من الأرشفة وقيمة العبد؟

قلت: المختار، المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد. قال صاحب «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب رحمهم الله، بطلت الكفالة ولا شيء في تركته. وعلى قول ابن سريج: ينبغي أن لا تبطل، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أر له فيه نصاً. ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه. فإن كان له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي. فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، دون الوصي، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج. والله أعلم.

السادسة: لو هرب المكفول به إلى حيث لا يُعلم، أو توارى، ففي مطالبة الكفيل بالمال، خلاف مرتب على الموت، وأولى بأن لا يطالب، إذ لم نياس من إحضاره.

السابعة: إذا تكفل وشرط أنه إن عجز عن تسليمه، غرم الدين. فإن قلنا: يغرم عند الإطلاق، صح، وإلا، فالكفالة باطلة.

الثامنة: يشترط رضى المكفول ببدنه على الصحيح، ولا يشترط رضى المكفول له على الصحيح. فإذا كفل بغير رضى المكفول به، فأراد إحضاره لطلب المكفول له، نظر، إن قال: أخضر خصمي، فللكفيل مطالبة بالحضور، وعليه الإجابة لا بسبب الكفالة، بل لأنه وكله في إحضاره. وإن لم يقل ذلك، بل قال: أخرج عن حقي، فهل له مطالبة المكفول به؟ وجهان. أحدهما: لا كما لو ضمن عنه بغير إذنه مالا، وطالب المضمون له الضامن، فإنه لا يطالب المضمون عنه. وذكرنا على هذا أنه يحبس، واستبعده الأئمة لأنه حبس على ما لا يقدر عليه. والثاني: نعم، لأن المطالبة بالخروج عن العهدة، تتضمن التوكيل في الإحضار.

التاسعة: لو تكفل ببدن الكفيل كفيل، ثم كفيل، ثم كذلك آخرون بلا حصر، جاز، لأنه تكفل بمن عليه حق لازم، وقياساً على ضمان المال. ثم إذا برىء واحد برىء من بعده دون من قبله.

العاشرة: في موت المكفول له، ثلاثة أوجه: أحدها: بقاء الكفالة وقيام وارثه

مقامه، كما لو ضمن له المال، والثاني: تبطل، لأنها ضعيفة. والثالث: إن كان عليه دين، أو له وصي، بقيت، وإلا، فلا، لأن الوصي نائبه والدين لا بد منه.

الركن الخامس: الصيغة، وفيه مسائل:

الأولى: لا بد من صيغة دالة على التزام، كقوله: ضمنت لك مالك على فلان، أو تكفلت ببدن فلان، أو أنا باحضر هذا المال أو هذا الشخص كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو حميل، أو قبيل. وفي «البيان» وجه: أن لفظ القبيل ليس بصريح، ويطرده هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في العقد. ولو قال: خل عن فلان والدين الذي لك عليه عندي، فليس بصريح في الضمان. ولو قال: دين فلان إليّ، فوجهان:

قلت: أقواهما: ليس بصريح. والله أعلم.

ولو قال: أؤدي المال، أو أحضر الشخص، فهذا ليس بالتزام، وإنما هو وعد. ولو تكفل فأبراه المستحق، ثم وجده ملازماً للخصم فقال: خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة، صار كفيلاً.

الثانية: لو شرط الضامن، أو الكفيل الخيار لنفسه، لم يصح الضمان. فلو شرط للمضمون له، لم يضر، لأن الخيار في المطالبة والإبراء له أبداً.

الثالثة: لو علق الضمان بوقت أو غيره فقال: إذا جاء رأس الشهر، فقد ضمنت، أو إن لم يؤد مالك غداً، فأنا ضامن، لم يصح على المذهب، كما لا يصح مؤقتاً، كقوله: أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم، فأنا بريء. وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب، جاز التعليق. قال الإمام: ويجيء في تعليق الإبراء القولان، لأنه إسقاط فإذا قلنا: بالقديم، فقال: إذا بعث عبدك بألف، فأنا ضامن للثمن، فباعه بألفين، قال ابن سريج: لا يكون ضامناً لشيء. وفي وجه: يصير ضامناً لألف. ولو باعه بخمسمئة، ففي كونه ضامناً لها، الوجهان. ولو قال: إذا أقرضته عشرة، فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر، فهو ضامن للعشرة على الوجهين، لأن من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة. وإن أقرضه خمسة، فعن ابن سريج: تسليم كونه ضامناً لها. قال الإمام: وهو خلاف قياسه، لأن الشرط لم يتحقق. ولو علق كفالة البدن بمجيء الشهر، فإن جوزنا تعليق المال، فهي أولى، وإلا، فوجهان: كالخلاف في تعليق الوكالة، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة. ولو علقها بحصاد الزرع، فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع، لانضمام الجهالة. وإن علقها بقدوم زيد،

فأولى بالمنع، للجهل بأصل حصول القدوم، فإن جوزنا، فوجد الشرط المعلق عليه، صار كفيلاً.

الرابعة: لو وُت كفالة البدن فقال: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى، برئت، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: البطلان، كضمان المال. ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الإحضار شهراً، جاز للحاجة كمثله في الوكالة، وتوقف فيه الإمام، وجعل الغزالي في «الوسيط» هذا التوقف وجهاً. فإذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه، وامتنع المكفول له من قبوله، نظر، هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلاً، أم لا؟ وحكم القسمين، على ما سبق فيمن سلمه في غير المكان المعين. ولو شرط لإحضاره أجلاً مجهولاً، كالحصاد، ففي صحة الكفالة، وجهان: أصحهما: المنع.

الخامسة: لو ضمن الدين الحالّ حالاً، أو أطلق، لزمه حالاً، وإن ضمن المؤجل مؤجلاً بأجل، أو أطلق لزمه لأجله. وإن ضمن الحالّ مؤجلاً بأجل معلوم، فوجهان: أحدهما: لا يصح الضمان، للاختلاف. وأصحهما: الصحة، للحاجة، وعلى هذا، فالمذهب ثبوت الأجل، فلا يطالب إلا كما التزم، وبهذا قطع الجمهور. وشذ إمام الحرمين فادعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان لفساده، وجهين: أصحهما: الفساد. أما لو ضمن المؤجل حالاً، والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأصل الضمان، فوجهان كعكسه، أصحهما: الصحة. وعلى هذا، هل يلزمه الوفاء بالتعجيل؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لو التزم الأصيل التعجيل. وعلى هذا، هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً، أم تبعاً؟ فيه وجهان: وفائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه. ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلاً إلى شهر، فهو كضمان المؤجل حالاً.

السادسة: لو تكفل ببدن رجل، أو نفسه، أو جسمه، أو روحه، صح. وإن تكفل بعضو منه، فأربعة أوجه:

أحدها: أنه باطل، كالبيع والإجارة، بخلاف العتق والطلاق، لأن لهما قوة وسراية، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب. واختاره ابن الصباغ. الثاني: يصح.

والثالث: إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه، كالرأس، والقلب، والكبد، والدماغ، صح. وإن بقي دونه، كالرجل، واليد، لم يصح. وقال في «التهذيب»: هذا أصح.

والرابع: ما عبّر به عن جميع البدن، كالرأس، والرقبة، يصح. وما لا، كاليد،

والرجل، فلا. قال القفال: هذا أصح. وللوجه حكم سائر الأعضاء، كذا قاله الجمهور. وقال الإمام: يصح قطعاً، لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه. وأما الجزء الشائع، كالنصف والثلث، فكالجزء الذي لا يبقى البدن دونه، فيكون فيه وجهان: قلت: قطع صاحب «الحاوي» بصحة الكفالة فيما لو كفّل برأسه، أو وجهه، أو عينه، أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يحيى دونه، أو جزء شائع. والله أعلم.

فرع: في مسائل تتعلق بالبَاب

إحداها: ضمن عن رجل ألفاً، وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهماً ولا يحسبه من الضمان، فالشرط باطل. وفي بطلان الضمان، وجهان: قلت: أصحهما: البطلان. والله أعلم.

الثانية: ضمن أو كفّل، ثم ادعى أنه لم يكن على المضمون عنه، والمكفول حق، فالقول قول المضمون له. وهل يحلف، أم يقبل بلا يمين؟ وجهان عن ابن سريج. فإن قلنا: بالأول، فنكل، حلف الضامن، وسقطت عنه المطالبة. ولو أقر أنه ضمن، أو كفّل بشرط الخيار، وأنكر المضمون له الشرط، بني ذلك على تبعض الإقرار. إن قلنا: لا يبعض، فالقول قول الضامن مع يمينه. وإن بعّضناه، فقول المضمون له.

الثالثة: قال الكفيل: برىء المكفول، وأنكر المكفول له، قبل إنكاره بيمينه. فإن نكل فحلف الكفيل، برىء، ولا يبرأ المكفول.

الرابعة: قال تكفلت ببدن زيد، فإن حضرته، وإلا فأنا كفيل ببدن عمرو، لم يصح. ولو قال للمكفول له: أبرىء الكفيل، وأنا كفيل المكفول، قال الأكثرون: لا يصح. وقال ابن سريج: يصح.

الخامسة: الكفالة ببدن الأجير المعين، صحيحة على الصحيح. ومن قال بتغريم الكفيل عند موت الأصيل، لم يصححها، لأنه إذا مات، انفسخ العقد وسقط الحق.

البَاب الثاني: فيما يترتب

على الضمان الصحيح من الأحكام

وهي ثلاثة:

الحكم الأول: أن تتجدد للمضمون له مطالبة الضامن، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه، بل له مطالبتهما جميعاً، ومطالبة أيهما شاء.

قلت: وله مطالبة أحدهما ببعضه، والآخر بباقيه. والله أعلم.

فلو ضمن بشرط براءة الأصيل، لم يصح على الأصح، لأنه ينافي بمقتضاه.

والثاني: يصح الضمان والشرط. والثالث: يصح الضمان فقط. فإن صححناهما، برىء الأصيل، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بإذنه، لأنه حصل براءته كما لو أدى. ومهما أبرأ مستحق الدين الأصيل، برىء الضامن لسقوط الحق، كما لو أدى الأصيل الدين، أو أحال مستحقه على إنسان، أو أحال المستحق غريمه عليه. وكذا يبرأ ببراءته ضامن الضامن. ولو أبرأ الضامن، لم يبرأ الأصيل، لكن يبرأ ضامن الضامن. ولو أبرأ ضامن الضامن، لم يبرأ الضامن.

فرع: ضمن ديناً مؤجلاً، فمات الأصيل، حل عليه الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح. وقال ابن القطان: يحل، لأنه فرعه، فعلى الصحيح، لو أخر المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل، أو إبرائه، لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعاً إذا غرم. وفي وجه ضعيف: ليس له هذه المطالبة. ولو مات الضامن، حل عليه الدين. فإن أخذ المستحق المال من تركته، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل، وفي وجه شاذ: لا يحل بموت الضامن.

الحكم الثاني: في مطالبة الضامن المضمون عنه بالأداء، ومداره على وجهين خرّجهما ابن سريج رحمه الله، في أن مجرد الضمان يوجب حقاً للضامن على الأصيل ويثبت علاقة بينهما، أم لا؟ فإذا طالب المضمون له الضامن بالمال، فله مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه. وفي وجه شاذ: ليس له، وليس له مطالبته قبل أن يطالب على الأصح. وهل للضامن تغريم الأصيل قبل أن يغرم حيث يثبت له الرجوع؟ وجهان: بناءً على التخريج المذكور. وليكن الوجهان تفريعاً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الأصيل، يملكه. وفيه وجهان بناءً على التخريج.

ولو دفعه الأصيل ابتداءً بلا مطالبة، فإن قلنا: يملكه، فله التصرف فيه، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه، بل عليه رده. ولو هلك عنده، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد. ولو دفعه إليه وقال: اقض ما ضمنّت عني، فهو وكيل الأصيل، والمال أمانة في يده. ولو حبس المضمون له الضامن، فهل له حبس الأصيل؟ وجهان بناءً على التخريج. إن أثبتنا العلاقة بينهما. فنعم وإلا فلا، وهو الأصح. ولو أبرأ الضامن الأصيل عما سيغرم، إن أثبتنا العلاقة، صح الإبراء، وإلا، فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب، ووجد سبب وجوبه. ولو صالح الضامن الأصيل عن العشرة التي سيغرمها على خمسة، إن أثبتناها في الحال، صح الصلح،

وكأنه أخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقي، وإلا، فلا يصح. ولو ضمن عن الأصيل ضامن للضامن، ففي صحته، الوجهان. وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن. والأصح في الجميع: المنع. ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً بما ضمن، ففي صحة الشرط الوجهان. فإن صححنا فوفى، وإلا فللضامن فسخ الضمان. وإن أفسدناه، فسد به الضمان على الأصح.

الحكم الثالث: الرجوع. أما غير الضامن إذا أدى دين غيره بغير إذنه، فلا رجوع، لأنه متبرع. وإن أدى بإذنه، رجع إن شرط الرجوع قطعاً. وكذا إن أطلق على الأصح. وفي وجه ثالث: إن كان حالهما يقتضي الرجوع، رجع، وإلا، فلا، كنظيره من الهبة. وأما الضامن، فله أربعة أحوال:

الحال الأول: يضمن بإذن ويؤدي بإذن، فيرجع سواء شرط الرجوع، أم لا. قال الإمام: ويحتمل أن ينزل منزلة الإذن في الأداء بلا ضمان، حتى يقال: إن شرط الرجوع، رجع، وإلا فعلى الخلاف. وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه.

الحال الثاني: أن يضمن ويؤدي بلا إذن، فلا رجوع.

الحال الثالث: يضمن بغير إذن، ويؤدي بالإذن، فلا رجوع على الأصح. فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع، ففيه احتمالان للإمام، أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان. والثاني: لا، لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة.

قلت: الاحتمال الأول أصح. والله أعلم.

الحال الرابع: يضمن بالإذن، ويؤدي بلا إذن، فأوجه: الأصح المنصوص: يرجع. والثاني: لا. والثالث: إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة، ولكن أمكنه استئذان الأصل، لم يرجع، وإلا فيرجع.

فرع: حوالة الضامن المضمون له على إنسان، وقبوله حوالة المضمون له عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه.

فصل: في كيفية الرجوع

فإن كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته، رجع به. وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الأداء بلا ضمان، ثم في الضامن. أما الأول، فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه، إن أثبتناه لو صالح على غير الجنس، ففي رجوعه أوجه: أصحها: يرجع. والثاني: لا. والثالث: إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ،

رجع، وإن قال: أدّ ما عليّ من الدنانير مثلاً، فلا رجوع. وإذا قلنا: يرجع، رجع بما سنذكر في الضامن إن شاء الله تعالى. وأما الضامن، إذا صالح على غير الجنس، فيرجع بلا خلاف، لأن بالضمان ثبت المال في ذمته كثبوته في ذمة الأصيل، والمصالحة معاملة مبنية عليه. ثم ينظر، فإن كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين، لم يرجع بالزيادة. وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمئة، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: يرجع بتسعمئة. والثاني: بالألف. ولو باعه العبد بألف، ثم تقاصا، رجع بالألف بلا خلاف. ولو قال: بعتك العبد بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحة البيع، وجهان: فإن صححنا، فهل يرجع بما ضمنه؟ أم بالأقل مما ضمنه، ومن قيمة العبد؟ وجهان:

قلت: المختار الصحة، وأنه يرجع بما ضمنه. والله أعلم.

أما إذا اختلفت الصفة، فإن كان المؤدى خيراً، بأن أدى الصحاح عن المكسرة، لم يرجع بالصحاح. وإن كان بالعكس، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس. وعن الشيخ أبي محمد، القطع بالرجوع.

فرع: في مسائل تتعلق بالرجوع

أحداها: ضمن عشرة، وأدى خمسة، وأبرأه رب المال عن الباقي، لم يرجع إلا بالخمسة المغرومة، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل. ولو صالحه من العشرة على خمسة، لم يرجع إلا بالخمسة أيضاً، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي.

الثانية: ضمن ذمي لذمي ديناً على مسلم، ثم تصالحا على خمر، فهل يبرأ المسلم لأن المصالحة بين ذميين، أم لا، كما لو دفع الخمر بنفسه؟ وجهان: فإن قلنا: بالأول، ففي رجوع الضامن على المسلم، وجهان: لأن ما أدى ليس بمال، إلا أنه أسقط الدين.

قلت: الأصح: لا يبرأ، ولا يرجع. والله أعلم.

الثالثة: ضمن عن الضامن آخر، وأدى الثاني، فرجوعه على الأول، كرجوع الأول على الأصيل، فيراعى الإذن وعدمه. وإذا لم يثبت له الرجوع على الأول لم يثبت بأدائه للأول الرجوع على الأصيل لأنه لم يغرم. وإذا ثبت له الرجوع على الأول فرجع، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل، ويترك الأول نظر، إن كان الأصيل قال له: اضمن عن ضامني، ففي رجوعه عليه، وجهان: كما لو قال لإنسان: أدّ ديني وليس كما لو قال: أدّ دين فلان، حيث لا يرجع قطعاً على الأمر، لأن الحق لم يتعلق بذمته. وإن لم يقل له:

اضمن عن ضامني، فإن كان الحال لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل، لم يرجع الثاني عليه. وإن اقتضاه، فكذلك على الأصح، لأنه لم يضمن عن الأصيل. ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً، فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر، وإنما الرجوع للمؤدي على الأصيل. ولو ضمن عن الأول والأصيل معاً، فأدى، فله أن يرجع على أيهما شاء، وأن يرجع على هذا البعض، وعلى ذاك البعض، ثم للأول الرجوع على الأصيل بما غرم بشرطه.

الرابعة: على زيد عشرة، ضمنها اثنان، كل واحد خمسة، وضمن كل واحد عن الآخر، فلرب المال مطالبة كل واحد منهما بالعشرة، نصفها عن الأصيل، ونصفها عن الآخر، فإن أدى أحدهما العشرة، رجع بالنصف على الأصيل، وبالنصف على صاحبه. وهل له الرجوع بالجميع على الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ فيه الوجهان. وإن لم يؤدّ إلا خمسة، نظر، هل أداها عن الأصيل، أو عن صاحبه، أو عنهما؟ ويثبت الرجوع بحسبه.

الخامسة: ضمن الثمن، فهلك المبيع له أو وجد به عيباً فرده، أو ضمن الصداق، فارتدت المرأة قبل الدخول، أو فسخت بعيب، نظر، إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضامن، برىء الضامن والأصيل. وإن كان بعده، فإن كان بحيث يثبت الرجوع، رجع بالمغروم على الأصيل، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ إن كان هالكاً. وإن كان باقياً، رده بعينه. وهل له إمساكه ورد بدله؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بعيب وعين دراھمه عند البائع، فأراد إمساكها ورد مثلها، والأصح: المنع. وإنما يغرم للأصيل دون الضامن، لأن في ضمن الأداء عنه إقراضه وتمليكه إياه. وإن كان بحيث لا يثبت للضامن الرجوع، فلا شيء له على الأصيل، ويلزم المضمون له رد ما أخذ. وعلى من يرد؟ فيه الخلاف فيمن تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

السادسة: أدى الضامن الدين، ثم وهبه رب الدين له، ففي رجوعه على الأصيل، وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج، ثم طلقها قبل الدخول.

قلت: الأصح: الرجوع. والله أعلم.

السابعة: لرجل على رجلين عشرة، وضمن كل واحد ما على الآخر، فلرب الدين أن يطالبهما، ومن شاء منهما بالعشرة، فإن أداها أحدهما، برئاً جميعاً، وللمؤدي الرجوع بخمسة على صاحبه إن وجد شرط الرجوع. وإن أدى كل واحد خمسة عما عليه، فلا رجوع. وإن أدى عن الآخر، جاء خلاف التقاص. وإن أدى

أحدهما خمسة، ولم يؤد الآخر شيئاً، فإن أداها عن نفسه، برىء مما عليه، وبقي على صاحبه ما كان عليه والمؤدي ضامن له. وإن أداها عن صاحبه، رجع بها عليه، وبقي عليه، ما كان عليه، وصاحبه ضامن له. وإن أداها عنهما، فلكل نصف حكمه. وإن أدى ولم يقصد شيئاً، فهل يقسط عليهما؟ أو يقال: اصرف إلى ما شئت؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن. ومن فوائدهما، أن يكون بنصيب أحدهما رهن. فإن قلنا: له صرفه، فصرفه إلى ما به الرهن، انفك، وإلا، فلا. ولو قال المؤدي: أدت عما عليّ، فقال القابض: بل عن صاحبك، صدق المؤدي بيمينه. فإذا حلف، برىء مما عليه، لكن لرب الدين مطالبته بخمسة على الصحيح، لأن عليه خمسة أخرى، إما بالأصالة، وإما بالضمان. وفي وجه: لا مطالبة له، لأنه إن طالبه عن الأصالة، فالشرع يصدق المؤدي في البراءة منها. وإن طالبه بالضمان، فربُّ الدين معترف بأنه أدى عنه.

وإن أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلاً وضماناً، وبرىء الآخر من الضمان دون الأصل. وإن أبرأ أحدهما عن خمسة، نظر، إن أبرأه عن الأصل، برىء عنه، وبرىء صاحبه عن ضمانه وبقي عليه ضمان ما على صاحبه. وإن أبرأه عن الضمان برىء عنه، وبقي عليه الأصيل، وبقي على صاحبه الأصل والضمان. وإن أبرأه عن الخمسة من الجهتين جميعاً، سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان، وعن صاحبه نصف الضمان وبقي عليه الأصل، ونصف الضمان، فيطالبه بسبعة ونصف، ويطالب المبرأ بخمسة. وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً، فهل يحمل على النصف، أم يخير ليصرف إلى ما شاء؟ فيه الوجهان. ولو قال: أبرأت عن الضمان، فقال المبرأ: بل عن الأصل، فالقول قول المبرىء.

الثامنة: ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفاً باعهما به عبداً قبضاه، أو عن جهة أخرى، وأن كل واحد منهما ضمن ما على الآخر وأقام بذلك بينة، فأخذ الألف من زيد، نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف. قال الجمهور: هذا إذا لم يكن وُجد من زيد تكذيب للبينه. فإن كان، لم يرجع، لأنه مظلوم بزعمه، فلا يطالب غير ظالمه، وهذا هو الأصح. وقال ابن خيران: يرجع وإن صرح بالتكذيب، لأن البينة أبطلت حكم إنكاره.

فرع: جميع ما سبق من رجوع المأذون له في الأداء، والضامن على الأصيل، مفروض فيما إذا أشهد على الأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين. فلو أشهد واحداً اعتماداً على أنه يحلف معه، أو أشهد مستورين، فبانا فاسقين، كفى ذلك على الأصح. ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب، لأنه لا يفضي إلى المقصود. أما

إذا أدى بلا إشهد، وأنكر ربُّ المال، فإن أدى في غيبة الأصيل، فمقصر، فلا يرجع إن كذبه الأصيل قطعاً، وكذا إن صدقه على الأصح. وهل يحلف الأصيل إذا كذبه؟ قال في «التتمة»: يبنى على أنه لو صدقه، هل يرجع عليه؟ إن قلنا: نعم، حلفه على نفي العلم بالأداء، وإلا بني على أن النكول ورد اليمين، كالإقرار، أم كالبينة؟ إن قلنا: كالإقرار، لم يحلفه، لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن، فيكون كتصديقه، وذلك لا يفيد الرجوع. وإن قلنا: كالبينة، حلفه طمعاً في أن ينكل، ويحلف، فيكون كالبينة. ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال، رجع على الأصح، لسقوط المطالبة، فإنه أقوى من البينة. وأما إذا أدى بحضور الأصيل، فيرجع على الصحيح المنصوص.

ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد، ولكن مات الشهود أو غابوا، ثبت الرجوع على الصحيح. وقيل: لا، وهو شاذ ضعيف. ولو قال الضامن: أشهدت وماتوا، وأنكر الأصيل الإشهد، فهل القول قول الأصيل، لأن الأصل عدم الإشهد، أو قول الضامن، لأن الأصل عدم التقصير؟ وجهان: أحدهما: الأول. ولو قال: أشهدت فلاناً وفلاناً، فكذبه، فهو كما لو لم يشهد. ولو قال: لا ندري وربما نسينا، ففيه تردد للإمام. ومتى لم تقم بينة بالأداء، وحلف رب المال، بقيت مطالبتة بحالها. فإن أخذ المال من الأصيل، فذاك. وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى، فقليل: لا يرجع بشيء، والأصح: أنه يرجع. وهل يرجع بالمغروم أولاً لأنه مظلوم بالثاني، أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يرجع بأقلهما. فإن كان الأول، فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني. وإن كان الثاني، فهو المبرىء، ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد. والله أعلم.

فصل: الضمان في مرض الموت، إذا كان بحيث يثبت الرجوع، ووجد الضامن مرجعاً، فهو محسوب من رأس المال. وإن لم يثبت الرجوع، أو لم يجد مرجعاً لموت الأصيل معسراً، فمن الثلث. ومتى وفّت تركة الأصيل بثلاثي الدين، فلا دور، لأن صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن، رجعوا بثلاثيه في تركة الأصيل. وإن أخذ تركة الأصيل وبقي شيء، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعاً، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً. وإن لم تف التركة بالثلثين، فقد يقع الدور، كمريض ضمن تسعين، ومات وليس له إلا تسعون، ومات الأصيل وليس له إلا خمسة وأربعون، فرب المال بالخيار، إن شاء أخذ تركة الأصيل كلها ولا دور حينئذٍ، ويطالب ورثة الضامن بثلاثين، ويقع تبرعاً إذ لم يبق للأصيل تركة يرجع فيها، وإن

أراد الاخذ من تركة الضامن، لزم الدور، لأن ما يغرمه ورثة الضامن، يرجع إليهم بعضه، لأن المغروم صار ديناً لهم على الأصيل، فيتضاربون به مع رب المال في تركة الأصيل، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة التركة زيادة المغروم، ومن زيادة المغروم زيادة الراجع. وطريق استخراجها أن يقال: يأخذ رب المال من ورثة الضامن شيئاً، ويرجع إليهم مثل نصفه، لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء، وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان، والتالف نصف شيء، ومثلاً شيء، فإذا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً. وإذا جبرنا وقابلنا، عدلت تسعون شيئاً ونصفاً فيكون الشيء ستين، فبان أن المأخوذ ستون، وحينئذ يكون الستون ديناً لهم على الأصيل، وقد بقي لرب المال ثلاثون، فيتضاربون في تركته بسهمين وسهم، وتركته خمسة وأربعون، يأخذ منها الورثة ثلاثين، ورب الدين خمسة عشر، ويتعطل باقي دينه وهو خمسة عشر، ويكون الحاصل للورثة ستين، ثلاثين بقيت عندهم، وثلاثين أخذوها من تركة الأصيل، وذلك مثلاً ما تلف ووقع تبرعاً، وهو ثلاثون.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن تركة الأصيل ثلاثون، فيأخذ رب الدين شيئاً، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه، لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء تعدل مثلي التالف بالضمان، وهو ثلثا شيء، فمثلاً شيء وثلث. فإذا تسعون إلا ثلث شيء يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا جبرنا وقابلنا، عدلت تسعون شيئين، فيكون الشيء خمسة وأربعين، وذلك ما أخذه رب الدين، وصار ديناً لورثة الضامن على الأصيل، وبقي لرب الدين عليه خمسة وأربعون أيضاً، فيتضاربون في تركته بسهم وسهم، فتجعل بينهما مناصفة. ولو كانت تركة الأصيل ستين، فلا دور، بل لرب الدين أخذ تركة الضامن كلها، ثم هم يأخذون تركة الأصيل كلها بحق الرجوع، ويقع الباقي تبرعاً.

قلت: وهذه مسائل مثورة، تتعلق بالضمان. وترك بياضاً في الأصل.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة^(١)

كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع، يقال: هو مشترك. وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال، كالقصاص، وحدّ القذف، ومنفعة كلب الصيد، ونحوه، وإلى متعلق بمال، وذلك إما عين مال ومنفعته، كما لو غنموا مالاً أو ورثوه أو اشتروه. وإما مجرد منفعة، كما لو استأجروا عبداً، أو وُصّي لهم بمنفعته. وإما مجرد العين، كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه. وإما حق يتوصل به إلى مال، كالشفعة الثابتة لجماعة. والشركة، قد تحدث بلا اختيار، كالإرث. وباختيار، كالشراء، وهذا مقصود الكتاب. والشركة أربعة أنواع:

النوع الأول: شركة العنان، ولها ثلاثة أركان:

الأول: العاقدان والمعتبر فيهما، أهلية التوكيل والتوكل. وتكره مشاركة الذمي، ومن لا يحترز من الربا ونحوه.

الثاني: الصيغة، ولا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة والتصرف. فإن أذن كل واحدٍ لصاحبه صريحاً، فذاك. فلو قالوا: اشتركنا، واقتصرا عليه، لم يكف ذلك، لتسلطهما على التصرف من الجانبين على الأصح عند الأكثرين. ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع، ولم يأذن الآخر، تصرف المأذون في جميع المال، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع وقال: أنا لا أتصرف إلا في نصيبي. ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نصيبه، لم يصح العقد، لما فيه من الحجر على المالك في ملكه. ثم ينظر في المأذون فيه، فإن عين جنساً، لم يتصرف المأذون في نصيب الإذن في غير ذلك الجنس. وإن قال: تصرف وأتجر فيما شئت من أجناس المال، جاز على الصحيح. وفي وجه: لا بد من التعيين.

قلت: ولو أطلق الإذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه، جاز على الأصح كالقراض. والله أعلم.

(١) الشركة لغة: الاختلاط أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يتميزان عن بعضهما. وشرعاً: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف.

الثالث: المال المعقود عليه، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: تجوز الشركة في النقدين قطعاً، ولا تجوز في المتقومات قطعاً. وفي المثليات، قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما: الجواز. والمراد بالنقدين، الدراهم والدنانير المضروبة. أما التبر والحلي والسبائك، فأطلقوا منع الشركة فيها. ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الغصب. فإن جعلناه متقوماً، لم تجز الشركة. وإلا، فعلى الخلاف في المثلي. وأما الدراهم المغشوشة، فقال الروياني: لا تصح الشركة فيها. وحكى في «التتمة» في صحة القراض عليها، خلافاً مبنيّاً على جواز المعاملة بها، إن جوزناها، فقد ألحقنا المغشوش بالخالص، وإلا، فلا. فإذا جاء في القراض خلاف، ففي الشركة أولى. وقال صاحب «العدة»: الفتوى، جواز الشركة فيها إن استمر في البلد رواجها.

قلت: هذا المنقول عن «العدة» هو الأصح. وأما قوله: أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره، فعجب، فإن صاحب «التتمة» حكى في انعقاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالمثلي. والمراد بصاحب «العدة» هنا، أبوالمكارم الروياني. والله أعلم.

ثم ما ذكرناه في المسألة من منع الشركة وجوازها، المراد به: إذا أخرج هذا قدرًا من ماله، وذاك قدرًا، وجعلاهما رأس مال. وتتصور الشركة على غير هذا الوجه في جميع الأموال، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: إذا أخرج كل واحد قدرًا من المال الذي تجوز الشركة فيه، وأراد الشركة، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز. فإن لم يفعلوا، فتلف مال أحدهما قبل التصرف، تلف على صاحبه فقط، وتعذر إثبات الشركة في الباقي، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدرهم والدنانير، أو الصفة كاختلاف السكة، وكالصالح والمكسرة، أو المثقوبة، وكالعتيقة والجديدة، والبيضاء والسوداء. وفي البيض والسود، وجه عن الإصطخري. وإذا جوزنا الشركة في المثليات، وجب تساويهما جنساً ووصفاً، فلا يكفي خلط حنطة حمراء ببيضاء لإمكان التمييز، وإن كان فيه عسر. وفي وجه: يكفي، لأنه يعد خلطاً. وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد، فإن تأخر، حكى في «التتمة» وجهين: أحدهما: المنع، إذ لا اشتراك حال العقد. والثاني: الجواز إن وقع في مجلس العقد، لأنه كالعقد. فإن تأخر عنه، لم يجز على الوجهين. ومال الإمام إلى جوازه، لأن الشركة توكيل، وتوكل. لكن لو قيد الإذن بالتصرف في المال المفرد، فلا بد من تجديد الإذن. ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها، فقد ملكوها شائعة، وذلك أبلغ من الخلط. فإذا انضم إليه الإذن في

التصرف، تم العقد. ولهذا قال المزني والأصحاب: الحيلة في الشركة في العروض المتقومة، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، سواء تجانس العرضان أو اختلفا، ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما، فيتقاضيان، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف.

وقال في «التتمة»: يصير العرضان مشتركين، ويملكان التصرف فيهما بالإذن، لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً، وهو ناضٍ، ومقتضى إطلاق الجمهور، ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً، وهو الصحيح. ولو لم يتبايعا العرضين، لكن باعاهما بعرض أو نقد، ففي صحة البيع، قولان سبقا. فإن صححناها، كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوي أو التفاضل بحسب قيمة العرضين، فيأذن كل واحد لصاحبه في التصرف.

قلت: وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه، فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين؟ وجهان حكاهما في «الحاوي». والصحيح: لا يشترط. ومن الحيل في هذا أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته، ثم يتقاضا. والله أعلم.

المسألة الثالثة: الصحيح: أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين، وقال الأنماطي: يشترط، وهو ضعيف. وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان، أو على نسبة أخرى؟ وجهان: أصحهما: لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعد. ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك، وكل واحدٍ يجهل حصته، فأذن كل واحد لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه، هل يصح الإذن؟ وجهان: أحدهما: لا، لجهلهما. وأصحهما: نعم، لأن الحق لا يعدوهم. وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبهمة كالمثمنات.

فرع: لو كان لهما ثوبان اشتبهتا، لم يكف ذلك لعقد الشركة، فإن المالين متميزان، لكن اشتبهتا.

فرع: قال أصحابنا العراقيون وغيرهم: إذا جوزنا الشركة في المثليات، فإن استوت القيمتان، كانا شريكين على السواء. وإن اختلفتا، بأن كان لأحدهما قفيز قيمته مئة، وللآخر قفيز قيمته خمسون، فهما شريكان مثالثة، وهذا مبني على قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة.

فرع: لأحدهما دراهم، وللآخر دنانير، واشتريا شيئاً بهما، فطريقه أن يقوّم ما

ليس بنقد البلد منهما بما هو نقده، فإن استوت قيمتهما، فالشركة على التساوي، وإلا فعلى الاختلاف.

النوع الثاني: شركة الأبدان، وهو أن يشترك الدالان أو الحمالان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان، ليكون بينهما متساوياً أو متفاضلاً، وهي باطلة، سواء اتفقا في الصنعة، أو اختلفا، كالخياط والنجار، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاخص بفوائده، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة، ليكون الدر والنسل بينهما، فإنه لا يصح. وفي وجه ضعيف: يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا.

قلت: هذا الوجه، حكاه صاحب «الشامل» وغيره قولاً. والله أعلم.

فإذا أبطلنا، فاكسبا، نظر، إن انفردا، فلكل كسبه، وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل، لا بحسب الشرط.

النوع الثالث: شركة المفاوضة، وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم. وهي باطلة. فلو استعملا لفظ المفاوضة، وأرادا شركة العنان، جاز، نص عليه. وهذا يقوي تصحيح العقود بالكنايات.

النوع الرابع: شركة الوجوه، وقد فسرت بصور.

أشهرها: أن يشترك وجهان عند الناس، لبيتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد يكون بينهما، فيبيعانه ويؤديان الأثمان، فما فضل فهو بينهما. الثانية: أن يبتاع وجه في الذمة، ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون ربحه بينهما. والثالثة: أن يشتري وجه لا مال له، وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجه، والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه، والربح بينهما. وبهذا الثالث فسرهما ابن كج والإمام. ويقرب منه ما ذكره الغزالي، وهو أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون له بعض الربح، وهي في الصور كلها باطلة، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة. ثم ما يشتري أحدهما في الصورة الأولى والثانية، فهو له، يختص بربحه وخسرانه، ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا صرح بالإذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء، وقصد المشتري موكله. وأما الصورة الثالثة، فليست بشركة في الحقيقة، بل قراض فاسد لاستبداد المالك باليد. فإن لم يكن المال نقداً، زاد للفساد وجه آخر.

فرع: في مسائل تتعلق بما سبق

وهي منصوصة في البويطي:

إحداها: لو أخذ جملاً لرجل، وراوية لآخر، وتشاركوا على أن يستقي الآخذ

الماء، والحاصل بينهم، فهو باطل. فلو استقي، فلمن يكون الماء؟ نقل صاحب «التلخيص» وآخرون فيه اختلاف قول، وضعف الجمهور هذه الطريقة، وصوّبوا تفصيلاً ذكره ابن سريج، وهو أنه إن كان الماء مملوكاً للمستقي، أو مباحاً، لكن قصد به نفسه، فهو له، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجره المثل. وإن قصد الشركة، فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات. فإن منعناها، فهو للمستقي، وعليه الأجرة لهما. وإن جوزناها وهو الأصح، فالماء بينهم. وفي كيفية الشركة، وجهان: أحدهما: تقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد، وحكي عن نضه في البويطي. وأصحهما: عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال: أنه يقسم بينهم بالسوية اتباعاً لقصد، فعلى هذا، يرجع المستقي على كل واحد من صاحبيه بثلث أجره منفعة، إذ لم يصل إليه منها إلا الثلث، ويرجع كل واحد من صاحبيه بثلاثي أجرة ماله على صاحبه، وعلى المستقي. وعلى الوجه الأول: لا تراجع بينهم أصلاً.

الثانية: استأجر رجل الراوية من صاحبها، والجمل من صاحبه، واستأجر أيضاً المستقي لاستقاء الماء وهو مباح، نظر، إن أفرد كل واحد بعقد، صح والماء للمستأجر، وإن جمع الجميع في عقد، ففي صحة الإجارة، قولان. كمن اشترى عينين لرجلين بثمن واحد، فإن صححنا، وُزعت الأجرة المسماة على أجور الامثال، وإلا، فلكل واحد عليه أجرة المثل، ويكون الماء للمستأجر صححنا الإجارة أم أفسدناها، لأننا وإن أفسدناها، فمنافعهم مضمونة بالأجرة، قاله الإمام. وإن نوى المستقي نفسه، وفرعنا على فساد الإجارة، فعن الشيخ أبي علي: أنه أيضاً للمستأجر، وتوقف فيه الإمام، لأن منفعة غير مستحقة للمستأجر، وقد قصد نفسه، فليكن الحاصل له. وموضع القولين، إذا وردت الإجارة على عين المستقي والجمل والراوية، فأما إذا أُلزم ذممهم، فتصح الإجارة قطعاً.

الثالثة: اشترك أربعة، لأحدهم بيت رحي، ولآخر حجر الرحي، ولآخر بغل يديره، والرابع يعمل في الرحي، على أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم، فهو فاسد. ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكيها، وأفرد كل واحد بعقد، لزمه ما سمي لكل واحد، وإن جمعهم في عقد، فإن لزم ذممهم الطحن، صح العقد، وكانت الأجرة المسماة بينهم أرباعاً، ويتراجعون بأجرة المثل، لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها، حيث أخذ ربع المسمى، وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أصحابه، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل. وإن استأجر عين العامل وأعيان الآلات، ففيه القولان السابقان. فإن أفسدنا الإجارة، فلكل واحد أجرة مثله.

وإن صححناها، وزع المسمى عليهم، ويكون التراجع بينهم على ما سبق. وإن أُلزم مالك الحنطة ذمة العامل الطحن، لزمه، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أجرة المثل، إلا أن يستأجر منهم إجارة صحيحة، فعليه المسمى.

الرابعة: لواحد بذر، ولآخر أرض، ولآخر آلة الحرث، اشتركوا مع رابع ليعمل، وتكون الغلة بينهم، فالزرع لصاحب البذر، وعليه لأصحابه أجرة المثل. قال في «التتمة»: فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل منه شيء، فلا شيء لهم، لأنهم لم يحصلوا له شيئاً. ولا يخفى عدول هذا عن القياس الظاهر. قلت: الذي قاله في «التتمة» هو الصواب. والله أعلم.

فصل: في حكم الشركة الصحيحة

لها أحكام:

أحدها: إذا وجد الإذن من الطرفين، تسلط كل واحد منهما على التصرف. وتصرف الشريك كتصرف الوكيل، لا ببيع نسيئة، ولا بغير نقد البلد، ولا ببيع ولا يشتري بغبن فاحش إلا بإذن الشريك. فإن باع بالغبن الفاحش، لم يصح في نصيب شريكه. وفي نصيبه، قولاً تفريق الصفقة. فإن لم نفرقها، بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها. وإن فرقناها، انفسخت الشركة في المبيع، وصار مشتركاً بين المشتري والشريك. وإن اشترى بالغبن، نظر، إن اشترى بعين مال الشركة، فهو كما لو باع. وإن اشترى في الذمة، لم يقع للشريك، وعليه وزن الثمن من خالص ماله.

فرع: ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة، ولا أن يبعّضه من غير إذن صاحبه. فإن فعل، ضمن.

الحكم الثاني: لكل واحدٍ فسخ الشركة متى شاء، كالوكالة. فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في نصيبي، انعزل المخاطب، ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول. ولو قال: فسخت الشركة، انفسخ القعد قطعاً. والمذهب: أنهما ينعزلان عن التصرف. وقال في «التتمة»: في بقاء تصرفهما، وجهان إن كانا صرحا في عقد الشركة بالإذن. ووجه البقاء: استمراره حتى يأتي بصريح العزل.

فرع: تنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه، كالوكالة. ثم في صورة الموت، إن لم يكن دين ولا وصية، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيداً، فإن كان مولياً عليه لصغره أو جنونه، فعل وليّه ما فيه حظه من الأمرين. وإنما تتقرر الشركة بعقد مستأنف، فإن كان على الميت دين، فليس للوارث

تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين. وإن كان هناك وصية لمعيّن، فهو كأحد الورثة. فإن كان غير معين، كالفقراء، لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية. ثم هو كما لو لم تكن وصية.

الحكم الثالث: أن الربح بينهما على قدر المالين، شرط ذلك، أم لا، تساويا في العمل، أم تفاوتاً. فإن شرطاً التساوي في الربح مع التفاوت في المال، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال، فسدت الشركة على المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى الإمام وجهاً آخر: أنها لا تفسد، ويوزع الربح على قدر المالين. ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح، فأطلق الجمهور لفظ الفساد، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام. فلو اختص أحدهما بزيادة عمل، وشرط له زيادة ربح، فوجهان: أحدهما: صحة الشرط، ويكون الزائد على حصة ملكه في مقابلة العمل، ويتركب العقد من شركة وقراض. وأصحهما: المنع، كما لو شرط التفاوت في الخسران، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال، ولا يصح جعله قراضاً، فإن هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك، وهنا بملكيهما.

ومتى فسد الشرط، لم يؤثر في فساد التصرف، لوجود الإذن، ويكون الربح على نسبة المالين، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله. فإن تساويا في المال والعمل، فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله، فلا أجرة فيه، ونصفه في مال صاحبه، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه، فيقع في التقاص. وإن تفاوتوا في العمل مع استواء المال، فساوى عمل أحدهما مثتين، والآخر مئة. فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر، فنصف عمله مئة، ونصف عمل صاحبه خمسون، فيبقى له بعد التقاص خمسون. وإن كان عمل صاحبه أكثر، ففي رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة، وجهان: أحدهما: الرجوع، كما لو فسد القراض. وأصحهما: المنع. ويجري الوجهان، فيما لو فسدت الشركة، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل، هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر؟ أما إذا تفاوتوا في المال، فكان لأحدهما ألف، وللآخر ألفان، وتفاوتوا في العمل، فعمل صاحب الأكثر أكثر، بأن يساوي عمله مثتين، وعمل الآخر مئة، فثلثا عمله في ماله، وثلثه في مال صاحبه، وعمل صاحبه بالعكس، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المثتين على الأقل، ولصاحب الأقل ثلثا المئة على صاحب الأكثر، وقدرهما متفق، فيقع في التقاص. وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر، والتفاوت كما صورنا، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال صاحبه، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله، وثلثه في مال شريكه، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مئة بعد التقاص. ولو تساويا في العمل، فلصاحب

الأقل ثلثا المئة على صاحب الأكثر، ولصاحب الأكثر ثلث المئة عليه، فثلث تقاص، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المئة.

فرع: ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح، يجري في سائر أسباب فساد الشركة. لكن قال الإمام: لو لم يكن بين المالين شيوع، وخلط، فلا شركة هنا على التحقيق، بل ثمن كل مال يختص بمالكه، ولا يقع مشتركاً. والكلام في الصحة والفساد، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة. وإن جرى توكيل من الجانبين، لم يخف حكمه.

فرع: إذا جوزنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل، فلم يشترطه، ولا اشترط توزيع الربح على قدر المالين، بل أطلقا، فذكر صاحب «التقريب» والشيخ أبو محمد، خلافاً في أن الربح يوزع على المالين، وتكون زياد العمل تبرعاً، أم تثبت للزيادة أجرة تخريجاً مما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة. ثم إذا شرطاً زيادة ربح لمن زاد عمله، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض؟ أم لا كسائر الشراك؟ وجهان: وكذا لو اشترطوا انفراد أحدهما بالعمل. والخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله، جارٍ فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف، وجعل له زيادة ربح. وقيل: يجوز هنا، ولا يجوز إذا اشتركا في أصل العمل، لأنه لا يدرى أن الربح بأي عمل حصل.

الحكم الرابع: أن يد كل منهما يد أمانة كالمودع. فإذا ادعى رد المال إلى شريكه، أو تلفاً، أو خسراناً، صدق. فإن أسند التلف إلى سبب ظاهر، طولب بالبينة على السبب. فإذا أقامها، صدق في الهلاك به. ولو ادعى أحدهما خيانة صاحبه، لم يسمع حتى يبين قدر ما خان به. فإذا بين، فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو كان في يد أحدهما مال، فقال: هو لي، صدق بيمينه. ولو اشترى شيئاً وقال: اشتريته لنفسي، وقال الآخر: بل للشركة، أو عكسه، فالقول قول المشتري، لأنه أعلم بقصده. ولو قال صاحب اليد: اقتسمنا، وهذا نصيبي، وقال الآخر: هو مشترك، فالقول قول الثاني. ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال، وقال كل واحد: هذا نصيبي من المشترك، وأنت أخذت نصيبك، حلفا، وجعل المال بينهما. فإن نكل أحدهما، قضى للحالف.

فرع: بينهما عبد، باعه أحدهما بإذن شريكه، وأذن له في قبض الثمن، أو قلنا: للوكيل بالبيع قبض الثمن، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن، فذلك يتصور على وجهين: أحدهما: أن يقول الشريك للبائع: قبضت كل الثمن، فسلم إلي نصيبي، ويوافقه المشتري على أن البائع قبض، وينكر البائع، فيبرأ المشتري عن

نصيب الذي لم يبيع، لاعترافه ببراءته. ثم هنا خصومة بين البائع والمشتري، وخصومة بين الشريكين، وربما تقدمت الأولى على الثانية، وربما تأخرت. فإن تقدمت، نظر، إن قامت للمشتري بينة على الأداء، اندفعت عنه مطالبة البائع. فإن شهد له الشريك، لم يقبل في نصيبه. وفي نصيب البائع القولان في تبعض الشهادة. وإن لم يقم بينة، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض. فإن حلف، أخذ نصيبه من المشتري، ولا يشاركه الذي لم يبيع فيه، لأنه يزعم أن ما يأخذه الآن ظلم. وإن نكل، وحلف المشتري، انقطعت عنه المطالبة. وإن نكل المشتري أيضاً، فوجهان. قال ابن القطان: لا يلزمه نصيب البائع، لأننا لا نقضي بالنكول. والصحيح: أنه يلزمه، لأنه ليس قضاءً بالنكول، بل مؤاخذه باعترافه بلزوم المال بالشراء. فإذا انقضت خصومه البائع والمشتري، فطلب الشريك حصته من البائع لزعمه أنه قبض الثمن، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة. فإن نكل البائع، حلف الشريك وأخذ منه نصيبه، ولا يرجع به البائع على المشتري، لأنه يزعم أن شريكه ظلمه، ولا يمنع البائع من الحلف نكوله على اليمين في الخصومة مع المشتري، لأنها خصومة أخرى مع آخر.

أما إذا تقدمت خصومة الشريكين، فادعى الذي لم يبيع على البائع قبض الثمن، وطلب حقه، فعليه البينة، ولا تقبل شهادة المشتري له. فإن لم تكن بينة، حلف البائع، فإن نكل، حلف المشتري وأخذ نصيبه من البائع. فإذا انقضت خصومة الشريكين، فطالب البائع المشتري بحقه، أخذه بيمينه. فإن نكل، حلف المشتري وبرىء. ولا يمنع البائع من الحلف وطلب حقه من المشتري نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه. وفي وجه: يمنعه، وهو ضعيف باتفاق الأصحاب. وعلى ضعفه، قال الإمام: القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري، ونكل البائع، وحلف المشتري. حتى يقال: تثبت للشريك مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة.

الوجه الثاني: أن يقول البائع للشريك: قبضت الثمن كله، وصدقه المشتري، وأنكر الشريك، فله حالان:

أحدهما: أن يكون الشريك مأذوناً من جهة البائع في قبض الثمن، فيبرأ المشتري من نصيب البائع، لاعترافه بأن وكيله قبضه. ثم تتصور خصومتان كما سبق، فإن تخاصم الشريك والمشتري، فالقول قول الشريك، فيحلف ويأخذ نصيبه، ويسلم له المأخوذ. وإن تخاصم البائع والشريك، حلف الشريك. فإن نكل، حلف البائع وأخذ حقه منه، ولا رجوع له على المشتري. وكل هذا، كما سبق في النزاع الأول. ولو شهد البائع للمشتري، لم يقبل، لأنه يشهد لنفسه.

الحال الثاني: أن يكون غير مأذون، فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن. ثم يكون البائع مأذوناً من جهة الشريك في القبض، وتارة لا.

القسم الأول: فإن كان، فله مطالبة المشتري بنصيبه، وليس له مطالبة بنصيب الشريك، لأنه لما أقر بقبض الشريك نصيب نفسه، صار معزولاً. ثم إذا تخاصم الشريك والمشتري، فعلى المشتري البينة بالقبض. فإن لم تكن، فالقول قول الشريك. فإذا حلف، ففيمن يأخذ حقه منه؟ وجهان: أحدهما: قال المزني وابن القاص وآخرون: إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري، لأن الصفقة واحدة، فكل جزء من الثمن شائع بينهما. فإذا شارك، لم يبق للبائع إلا ربع الثمن. وقال ابن سريج وغيره: ليس له إلا الأخذ من المشتري، ولا يشارك البائع فيما أخذه، لأن البائع انزعول عن الوكالة بإقرار أن الشريك أخذ حقه، فما يأخذه بعد الانعزال، يأخذه لنفسه فقط. وهذا الوجه استحسسه الشيخان: أبو حامد وأبو علي. ولو شهد البائع للمشتري على الشريك بقبض الثمن، فعلى قول المزني: لا تقبل شهادته، لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه. وعلى ما ذكره ابن سريج: تقبل.

القسم الثاني: أن لا يكون البائع مأذوناً في القبض، قال العراقيون: للبائع مطالبة المشتري بحقه، وما يأخذه يسلم له، وتقبل شهادته للمشتري على الشريك. ويجيء وجه: في مشاركة صاحبه، وفي قبول الشهادة. وحكى الحناطي وجهاً: أن أحد الوارثين، لو قبض من الدين قدر حصته، لم يشاركه الآخر، إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه، أو لا يجد مالا سواه. والصحيح: المشاركة مطلقاً. ولو ملكا عبداً، فباعاه صفقة، فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان: أحدهما: لا. فلو قبض شيئاً، شاركه الآخر كالميراث. وأرجحهما: نعم، كما لو انفرد بالبيع.

فرع: بينهما عبد، فغصب غاصب نصيب أحدهما، بأن نزل نفسه منزلته، فأزال يده، ولم يزل يد صاحبه، يصح من الذي لم يغصب نصيبه ببيع، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب، أو لقادر على أخذه من الغاصب. فلو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه، جميع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب، وصح في نصيب المالك، ولا يخرج على تفريق الصفقة، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع. وقيل: يبني نصيب المالك، على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً، ينصرف إلى نصيبه. أم يشيع؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب العتق. فإن قلنا: ينصرف إلى نصيبه، صح، وإلا فيبطل في ثلاثة أرباع العبد. وفي ربه قولاً تفريق الصفقة.

ولا ينظر إلى هذا البناء إذا باع المالكان معاً، وأطلقا. ولا يجعل كما لو أطلق كل واحد بيع نصف العبد، لأن هناك تناول العقد الصحيح جميع العبد. وهذان الفرعان، غير مختصين بباب الشركة، لكن ذكرهما لأصحاب هنا.

قلت: هذه مسائل متشورة:

إحداها: يستحب اشتراك المسافرين في الزاد مجلساً مجلساً، نص عليه أصحابنا، وصحت فيه الأحاديث والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالة^(١)

فيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: ما فيه التوكيل. وله شروط:

الشرط الأول: أن يكون مملوكاً له. فلو وكله في طلاق من سينكحها، أو بيع عبد سيملكه، أو إعتاق من سيملكه، أو قضاء دين سيلزمه، أو تزويج بنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها، وما أشبه ذلك، لم يصح على الأصح.

الشرط الثاني: أن يكون قابلاً للنيابة. والذي يفرض فيه النيابة، أنواع. منها العبادات. والأصل، امتناع النيابة فيها. ويستثنى الحج، والزكاة، والكفارات، والصدقات، وذبح الهدى، والأضحية، وركعتا الطواف من الأجير. وفيهما كلام يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى. وفي صوم الولي عن الميت، خلاف سبق في موضعه. وألحق بالعبادات، الشهادات، والأيمان. ومن الأيمان: الإيلاء، واللعان والقسامة، فلا يصح التوكيل في شيء منها قطعاً، ولا في الظهار على الأصح. وفي معنى الأيمان، النذور، وتعليق الطلاق، والعتق، وكذا التدبير على المذهب. وقيل: إن قلنا: إنه وصية، جاز. ومنها، المعاملات، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه، كالسلم، والصرف، والتولية، وغيرها، وفي الرهن، والهبة، والصلح، والإبراء، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والمضاربة، والإجارة، والجعالة، والمساقاة، والإيداع، والإعارة، والأخذ بالشفعة، والوقف، والوصية، وقبولها. وفي وجه شاذ: لا يجوز التوكيل في الوصية، لأنها قرينة. ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع، وفي تنجيز الطلاق والإعتاق والكتابة ونحوها. ويجوز في الرجعة على الأصح. ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة، فوكل بالاختيار، أو طلق إحدى امرأته، أو أعتق أحد عبديه، ووكل بالتعيين، لم يصح.

(١) الوكالة هي تفويض شخص غيره، ليقوم مقامه فيما تدخله النيابة.

قلت: لو أشار إلى واحدة وقال: وكلتك في تعيين هذه للطلاق، أو النكاح، أو أشار إلى أربع من المسلمات، فقال: وكلتك في تعيين النكاح فيهن، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح، قاله في «التتمة». والله أعلم.

ويجوز التوكيل في الإقالة وسائر الفسوخ، لكن ما هو على الفور، قد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيراً. وفي التوكيل في خيار الرؤية، خلاف سبق. ويجوز التوكيل في قبض الأموال، مضمونة كانت أو غيرها، وفي قبض الديون وإقباضها، ومنها: الجزية، يجوز في قبضها وإقباضها. وفي وجه: يمتنع توكيل الذمي مسلماً فيها.

قلت: قال أصحابنا: ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم. والله أعلم. ومنها: المعاصي، كالقتل، والسرقة، والغصب، والقذف، فلا مدخل للتوكيل فيها، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها.

فرع: في التوكيل في تملك المباحات، كإحياء الموات، والاحتطاب، والاصطياد، والاستقاء، وجهان: أحدهما: الجواز. فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل له، لأنه أحد أسباب الملك، فأشبهه الشراء.

قلت: هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين، وهما قولان مشهوران. والله أعلم.

ولو استأجره ليحتطب له، أو ليستقي، قال في «التهذيب»: هو على الوجهين. وبالمنع أجاب ابن كج. وقطع الإمام بالجواز، وقاس عليه وجه جواز التوكيل.

قلت: الأصح: قوله في «التهذيب». وسلك الجرجاني في كتابه «التحرير» طريقة أخرى فقال: يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة، وفي جوازه بغيرها وجهان: ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة، ويجوز بأجرة على الأصح. والله أعلم.

فرع: التوكيل بالإقرار، صورته أن يقول: وكلتك لتُقِرَّ عني لفلان بكذا، وفيه وجهان: أحدهما: عند الأكثرين: لا يصح، لأنه خبر، فأشبهه الشهادة. فعلى هذا، هل يجعل مقراً بنفس التوكيل؟ وجهان: أحدهما: نعم، قاله ابن القاص، واختاره الإمام. وأصحهما: عند البغوي: لا، كما أن التوكيل بالإبراء لا يكون إبراءً.

قلت: قول ابن القاص أصح عند الأكثرين. وإذا صححنا التوكيل، لم يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور، وفي «الحاوي» و«المستظهر» وجه: أنه يلزمه بنفس التوكيل. والله أعلم.

وإذا صححنا التوكيل، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقرّ به وقدره. فلو قال: أقر عني لفلان بشيء، فأقر، أخذ الوكيل بتفسيره. ولو اقتصر على قوله: أقر عني لفلان، فوجهان: أحدهما: هو كقوله: أقر عني بشيء. وأصحهما: لا يلزمه شيء بحال، لاحتمال أنه يريد الإقرار بعلم أو شجاعة، لا بمال. قلت: ولو قال: أقر عني لفلان بألف له عليّ، فهو إقرار بلا خلاف، صرح به الجرجاني وغيره. والله أعلم.

فرع: للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة، رضي الخصم أم لم يرض، وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل، سواء كان للموكل عذر، أم لا، وسواء كان المطلوب بالتوكيل في الخصومة مآلاً، أو عقوبة لآدمي، كالتقصاص وحد القذف. وأما حدود الله تعالى، فلا يجوز التوكيل في إثباتها، لأنها مبنية على الدرع. **فرع:** يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للإمام، وللسيد في حد مملوكه، ويجوز للوكيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق. وفي غيبته، طرق. أشهرها على قولين. أظهرهما: الجواز. والطريق الثاني: الجواز قطعاً. والثالث: المنع قطعاً.

قلت: قال ابن الصباغ: ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعاً، كما لا يجوز في الاغتنام. فإن التقط، أو غنم، كان له دون الموكل. قال صاحب «البيان»: ينبغي أن يكون الالتقاط على الخلاف في تملك المباحات. وما قاله ابن الصباغ، أقوى. ولو اضطرف رجلان، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض، فوكل وكيلاً في ملازمة المجلس، لم يصح، وينفسخ العقد بمفارقة الموكل، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد. فلو مات العاقد، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد؟ فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي في «البسيط» بناءً على بقاء خيار المجلس. والله أعلم.

الشرط الثالث: أن يكون ما وكل فيه معلوماً من بعض الوجوه، بحيث لا يعظم الغرر. وسواء كانت الوكالة عامة أو خاصة. أما العامة، ففيها طريقة لإمام الحرمين والغزالي، وطريقة للأصحاب. فأما طريقتهما، فقالا: لو قال: وكلتك في كل قليل وكثير، فباطلة. وإن ذكر الأمور المتعلقة به مفصلة، فقال: وكلتك في بيع أملاك، وتطبيق زوجاتي، وإعتاق عبيدي، صح توكيله. ولو قال: وكلتك في كل أمر هو إليّ مما يقبل التوكيل، ولم يفصل أجناس التصرفات، فوجهان: أحدهما: البطلان. وأما طريقة سائر الأصحاب، فقالوا: لو قال: وكلتك في كل قليل وكثير، أو في كل أموري، أو في جميع حقوقي، أو في كل قليل وكثير من أموري، أو فوضت إليك

جميع الأشياء، أو أنت وكيلني فتصرف في مالي كيف شئت، لم تصح الوكالة. قالوا: ولو قال: وكلتك في بيع أموالني، أو استيفاء ديوني، أو استرداد ودائعي، أو إعتاق عبيدي، صحت، وهذه الطريقة هي الصحيحة نقلاً ومعنى، وقد نص عليها الشافعي رحمته الله. وأما الوكالة الخاصة، ففيها صور:

إحداها: لو وكله في بيع جميع أمواله، أو قضاء ديونه واستيفائها، صح قطعاً. ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح. وكلام البغوي، يقتضي اشتراطه. وفي فتاوى القفال: لو قال: وكلتك في استيفاء ديوني على الناس، جاز وإن كان لا يعرف من عليه الدين، وأنه واحد أو جماعة كثيرة، وأي جنس ذلك الدين. أما إذا قال: بع بعض مالي، أو طائفة منه، أو سهماً، فلا يصح، لجهالته من الجملة. وكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو يسهل علمه. ولو قال: بع ما شئت من مالي، أو اقبض ما شئت من ديوني، جاز، ذكره في «المهذب» و«التهذيب». وفي «الحلية» ما يخالفه، فإنه قال: لو قال: بع من رأيت من عبيدي، لم يصح حتى يميز.

قلت: هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف. قال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل. وأما قول صاحب «الحلية»، ففي «البيان» أيضاً عن ابن الصباغ نحوه، فإنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي، لم يجز. ولو قال: ما تراه من عبيدي، جاز، وكلاهما شاذ ضعيف. وهذا النقل عن «الحلية»، إن كان المراد به «الحلية» للرويانى فغلط، فإن الذي في «حلية» الرويانى: لو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت، جاز، ولا يبيع الجميع، لأن «من» للتبعض. ولو وكله أن يزوجه من شاء، جاز، ذكره القاضي أبو حامد، وهذا لفظ الرويانى في «الحلية» بحروفه. وقد صرح إمام الحرمين، والغزالي في «السيط» بأنه إذا قال: بع من شئت من عبيدي، لا يبيع جميعهم، لأن «من» للتبعض. فلو باعهم إلا واحداً، جاز، قال أصحابنا: لو قال: بع هذا العبد، أو هذا، لم يصح. ولو وكله ليهب من ماله ما يرى، قال في «الحاوي»: لا يصح. وقياس ما سبق، أنه يصح. والله أعلم.

الثانية: التوكيل في الشراء.

ولا يكفي فيه أن يقول: اشتري لي شيئاً، أو حيواناً، أو رقيقاً، بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة. والنوع، كالتركي والهندي وغيرهما. ولا يشترط استقصاء أوصاف السلم، ولا ما يقرب منها بلا خلاف. فإن اختلفت أصناف نوع اختلافاً ظاهراً، قال الشيخ أبو محمد: لا بد من التعرض للصنف. وأما الثمن، فلا يشترط بيان قدره على الأصح. وعلى الثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول: من مئة إلى ألف. وحكى صاحب «التقريب» وجهاً: أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلقاً،

وهذا الوجه، ضعيف جداً. وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً، كان أبعد. قلت: ذكر في «السيط» تردداً في قوله: اشتر شيئاً تفريعاً على هذا الوجه. والله أعلم.

ولو قال: اشتر لي عبداً كما تشاء، فقليل: يصح، كما لو قال في القراض: اشتر من شئت من العبيد. والصحيح الذي عليه الأكثرون: لا يصح. والفرق، أن المقصود هناك، الربح، والعامل أعرف به. ولو وكله في شراء دار، يشترط ذكر المحلة والسكة. وفي الحانوت يذكر السوق، وعلى هذا القياس. قلت: وفي ذكر الثمن، الوجهان. والله أعلم.

الثالثة: التوكيل في الإبراء، يشترط فيه علم الموكل إذا قلنا بالأظهر: إنه لا يصح الإبراء عن المجهول كما سبق في «كتاب الضمان». ولا يشترط علم الوكيل على الأصح، وبه قطع القاضي والغزالي. وفي «المهذب» و«التهذيب»: اشترط علمه بجنسه وقدره كما لو قال: بع بما باع به فلان فرسه، فإنه يشترط لصحة البيع علم الوكيل دون الموكل. ولا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح، والخلاف فيه مبني على ما سبق أن الإبراء إسقاط أو تمليك. فإن قلنا: تمليك، اشترط علمه كالمتهب، وإلا، فلا. ثم إن كانت صيغته: أبرأ فلاناً عن ديني، أبرأه عن جميعه. وإن قال: عن شيء منه، أبرأه عن قليل منه. وإن قال: عما شئت، أبرأه عما شاء، وأبقى شيئاً.

قلت: قوله: أبرئه عن قليل منه، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء، كذا صرح به في «التتمة»، وهو واضح. ولو قال: أبرئه عن جميعه، فأبرأ عن بعضه، جاز، بخلاف ما لو باع بعض ما أمره ببيعه. والله أعلم.

الرابعة: قال: وكلتك في مخاصمة خصمائي، وأطلق، صح على الأصح وصار وكيلاً في جميع الخصومات. وقيل: يشترط تعيين من يخاصمه، لاختلاف الغرض به.

الركن الثاني: الموكل.

تشتط فيه صحة مباشرته بملك أو ولاية، فيخرج منه الصبي، والمجنون، والمغمى عليه، والنائم، والمرأة في التزويج، والفاسق في تزويج بنته إذا لم نجعله ولياً. وأما السكران، فتوكيله كسائر تصرفاته، ويدخل فيه توكيل الأب والجد في التزويج والمال. وأما الأخ والعم وغيرهما مما لا يجبر، ففي توكيلهم في التزويج وجهان يذكران في النكاح إن شاء الله تعالى. وأما الوكيل في البيع ونحوه، فلا يملك التوكيل إلا إذا أذن له الموكل، أو دلت عليه قرينة. وسيأتي تفصيله إن شاء الله

تعالى. وفي معناه، توكيل العبد المأذون. وأما المحجور عليه بسفه، أو فلس، أو رق، فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات، ولا يجوز فيما لا يستقل به إلا بعد إذن الولي، والمولى، والغريم. ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه، فقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما سيأذن فيه الولي، ولم يتعرض له.

قلت: قد يمكن الفرق، بأن الخلل هناك في عبارة المحجور عليه. والله أعلم. ويستثنى مما سبق، بيع الأعمى، وشراؤه. فإنه يصح التوكيل فيه، وإن لم يصح من الأعمى للضرورة.

قلت: قال في «الحاوي»: للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه، وإن شاء عن الطفل. وفي جوازه عن الطفل، نظر. والله أعلم. الركن الثالث: الوكيل.

وشروطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه، بأن يكون صحيح العبارة فيه، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات. وفي جواز اعتماد قول الصبي في الإذن في دخول الدار والملك عند إيصاله الهدية وجهان: وسبقا في البيع. فإن جوزناه، فهو وكالة من الأذن والمهدي. وعلى هذا، لو وكل الصبي فيه غيره، فالقياس تخريجه على الخلاف. والتفصيل في أن الوكيل، هل يوكل؟ فإن جاز، صار الصبي أهلاً للتوكيل، ولا يصح كون المرأة والمُحرم وكيلين في النكاح. وفي توكيل العبد في الشراء ونحوه، وجهان سبقا في باب مداينة العبيد. وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده، وجهان: أصحهما: الجواز.

قلت: وفي توكيله فيه بإذن السيد أيضاً، وجهان في «الشامل» و«البيان»، وقطعا بالمنع بغير إذنه، والمختار الجواز مطلقاً. والله أعلم.

وفي توكيله في الإيجاب وجهان: أصحهما: المنع، لأنه لا يزوج بنته، فبنت غيره أولى، كذا صححه الجمهور، وقطع به جماعة. وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد. والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية، كالعبد، وفي القبول يصح قطعاً. والمحجور عليه لفلس، يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً، وفيما يلزمها أيضاً على الأصح، كما يصح شراؤه على الصحيح.

فرع: يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها. قال في «التتمة»: ولا يصح توكيلها في رجعة نفسها، ولا رجعة غيرها، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء. ولا يصح توكيلها في الاختيار في النكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة. وفي الاختيار للفراق وجهان: لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح.

قلت: الأصح: لا يصح. والله أعلم.

فرع: توكيل المرتد في التصرفات المالية، يبنى على بقاء ملكه وزواله. إن أبقيناه، صح، وإن قطعناه، فلا، وإن وقفناه، فكذا التوكيل. ولو وكل، ثم ارتد، ففي انقطاع التوكيل، الأقوال الثلاثة. ولو وكل رجل مرتداً، أو ارتد الوكيل، لم يقدح في الوكالة، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه، لا لغيره، كذا نقل الأصحاب عن ابن سريج. وفي «التممة»: أنه مبني على أنه يصير محجوراً عليه، إن قلنا: نعم، انعزل، وإلا، فلا.

قلت: ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة، لا يصح. ولو وكله في قبول كتابية، صح. وإن وكله في طلاق مسلمة، فوجهان: لأنه لا يملك طلاق مسلمة، لكن يملك طلاقاً في الجملة. وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده. وبإذنه قولان، بناءً على صحته بإذنه. ولو وكل رجل مكاتباً بجعل يفى بأجرته، جاز. وبغير جعل، له حكم تبرعه. والله أعلم.

الركن الرابع: الصيغة. فيه مسائل:

المسألة الأولى: لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضى، كقوله: وكلتك في كذا، أو فوضته إليك، أو أنبتك فيه، وما أشبهه. ومثله: بع أو أعتق ونحوهما. وأما القبول، فيطلق بمعنيين. أحدهما: الرضى والرغبة فيما فوض إليه، ونقيضه الرد. والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات. ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول. حتى لو رد فقال: لا أقبل، أو لا أفعل، بطلت الوكالة. فلو رد ثم ندم، وأراد أن يفعل، لم يجز، بل لا بد من إذن جديد، لأن الوكالة جائزة، ترتفع في الدوام بالفسخ، فارتدادها بالرد في الابتداء أولى. وأما المعنى الثاني وهو القبول لفظاً، ففيه أوجه: أحدها: لا يشترط. والثاني: يشترط. والثالث: إن أتى بصيغة عقد، ك: وكلتك، وفوضت إليك، اشترط. وإن أتى بصيغة أمر، نحو: بع، واشتر، لم يشترط. فإن شرطنا القبول لفظاً، فهل يشترط على الفور كالبيع، أم في المجلس وإن طال؟ أم يجوز أبداً وإن فارق المجلس، كالوصية؟ فيه أوجه: الصحيح: الثالث. وأما القبول بالمعنى الأول، فلا يشترط فيه التعجيل بحال بلا خلاف. وإذا لم نشط القبول، فوكله، والوكيل لا يعلم، ثبتت وكالته على الأصح. فعلى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة، ثم بان وكيلاً، ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حياً، فبان ميتاً. وإن لم نثبت الوكالة، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر؟ وجهان:

فرع: حيث لا نشترط القبول، تكفي الكتابة والرسالة، ونجعله مأذوناً في التصرف. وحيث شرطنا، فحكمه كما لو كتب بالبيع، وقطع الروياني في الوكالة بالجواز.

قلت: قطع الماوردي أيضاً، وكثيرون بالجواز وهو الصواب. والله أعلم.

فرع: إذا شرطنا القبول، فقال: وكلني في كذا، فقال: وكلتك، فهل يكفي، أم لا بد من قبول بعده؟ فيه الخلاف السابق في البيع ونحوه. ثم قيل: الوكالة أحوج إلى الاشتراط، لأنها ضعيفة، ولو قيل: عكسه، لأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، لكان أقرب.

المسألة الثانية: إذا علق الوكالة بشرط، فقال: إذا قدم زيد، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في كذا، أو أنت وكيل، لم يصح على الأصح. فلو نَجَزَ الوكالة وشرط للتصرف شرطاً، بأن قال: وكلتك الآن في بيع هذا العبد، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر، صح التوكيل بلا خلاف، ولا يبيعه إلا إذا حصل الشرط. وإذا أفسدنا الوكالة بالتعليق، فتصرف الوكيل بعد حصول الشرط، صح تصرفه على الأصح، لحصول الإذن. وإن كان العقد فاسداً كما لو شرط للوكيل جعلاً مجهولاً، بأن قال: بع كذا ولك عشر ثمنه، تفسد الوكالة، ويصح البيع. فعلى هذا، فائدة فساد الوكالة سقوط الجعل المسمى إن كان، والرجوع إلى أجرة المثل، كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق، ويوجب مهر المثل، ولا يؤثر في صحة النكاح.

فرع: لو قال: وكلتك، ومتى عزلتك فأنت وكيل، ففي صحة الوكالة في الحال، وجهان: أحدهما: الصحة. فإذا قلنا: بالصحة، أو كان قوله: متى عزلتك، مفصولاً عن الوكالة، فعزله، نظر، إن لم يعلم به الوكيل، واعتبرنا علمه في نفوذ العزل، فهو على وكالته. وإن لم نعتبره، أو كان عالماً به، ففي عوده وكياًلاً بعد العزل وجهان بناءً على تعليق الوكالة، لأنه علق الوكالة ثانياً على العزل، أحدهما: المنع. فإن قلنا: يعود، نظر في اللفظ الموصول بالعزل. فإن كان قال: إذا عزلتك، أو مهما، أو متى، لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة. وإن قال: كلما عزلتك، اقتضى العود مرة بعد مرة أبداً، لأن «كلما» للتكرار. فإن أراد أن لا يعود وكياًلاً، فطريقه أن يوكل غيره في عزله، فينعزل، لأن المعلق عليه عزل نفسه. فإن كان قال: كلما عزلتك، أو عزلك أحد عني، فطريقه أن يقول: كلما عدت وكياًلاً، فأنت معزول. فإذا عزله، ينعزل لتقاوم التوكيل والعزل، واعتضاد العزل بالأصل، وهو الحجر في حق الغير. والخلاف في قبول الوكالة التعليق، جارٍ في أن العزل هل يقبله، ولكن بالترتيب؟ والعزل أولى بقبوله، لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً. وتصحيح

إدارة الوكالة والعزل جميعاً، مبني على قبولهما التعليق. قال الإمام: وإذا نفذنا العزل، وقلنا: تعود الوكالة، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف، ثم ترتب عليه الوكالة. فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف، ففي نفوذ تصرفه وجهان:

المسألة الثالثة: تصح الوكالة الموقفة، كقولك: وكلتك إلى شهر رمضان.

الباب الثاني: في أحكام الوكالة الصحيحة

وهي أربعة:

الأول: صحة تصرف الوكيل إذا وافق، والموافقة والمخالفة تعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة، وبالقرائن أخرى. فإن القرينة قد تقوى، فيترك لها إطلاق اللفظ. ولهذا لو أمره في الصيف بشراء الجمد، لا يشتريه في الشتاء. وقد يتعادل اللفظ والقرينة، ويحصل من تعادلهما خلاف في المسألة. وهذا القول الجملي، نوضحه بصور تعرف بها أخواتها:

إحداها: وكله في بيع شيء وأطلق، لا يصح بيعه بغير نقد البلد، ولا بضمن مؤجل، ولا بغبن فاحش على المشهور. وفي قول: يصح كل ذلك موقوفاً على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي، والصواب: الأول، وعليه التفرع. فلو كان في البلد نقدان، لزمه البيع بأغلبهما. فإن استويا في المعاملة، باع بأنفعهما للموكل. فإن استويا، تخير فيهما على الصحيح. وفي وجه: لا يصح الوكيل حتى يبين. ثم إذا باع الوكيل على أحد الأوصاف الممنوعة، لم يصح ضمناً للمبيع ما لم يسلمه إلى المشتري. فإذا سلم، ضمن. ثم القول فيه إذا كان المبيع باقياً، أو تلفاً. وفي كيفية تغريم الموكل الوكيل والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهن بغبن فاحش أو بغير نقد البلد، أو بنسيئة. فأما بيع الوكيل بغبن يسير، فجائز. واليسير هو الذي يتغابن الناس به ويحتملونه غالباً. وبيع ما يساوي عشرة بتسعة، متحمل. وبثمانية غير متحمل قال الروياني: ويختلف القدر المتحمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقار وغيرها.

فرع: لا يجوز للوكيل أن يقتصر على البيع بضمن المثل وهناك طالب بزيادة. فلو باع بضمن المثل، ثم حضر المجلس طالب بزيادة، فالحكم على ما سبق في عدل الرهن.

فرع: لو قال الموكل: بعه بكم شئت، فله البيع بالغبن الفاحش، ولا يجوز بالنسيئة، ولا بغير نقد البلد. ولو قال: بما شئت، فله البيع بغير النقد، ولا يجوز

بالغن، ولا بالنسيئة. ولو قال: كيف شئت، فله البيع بالنسيئة. ولا يجوز بالغن، ولا بغير نقد البلد، وعن القاضي حسين، جواز الجميع. ولو قال: بعه بما عَزَّ وهان، قال في «التتمة»: هو كقوله: بكم شئت. وقال العبادي: له البيع بالعرض والغن، ولا يجوز بالنسيئة، وهو الأولى.

فرع: الوكيل بالبيع مطلقاً، هل يجوز بيعه لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه؟ وجهان: أحدهما: الجواز، كما لو باع صديقه، وكالعلم يزوج موليته لابنه البالغ إذا أطلقت الإذن، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، فإنه يصح قطعاً. ويجري الوجهان في البيع للزوج والزوجة إذا قلنا: لا تقبل شهادته له، أو فيما لو باع لمكاتبه، والوجهان في الفروع المستقلين. أما ابنه الصغير، فلا يصح البيع له مطلقاً. وكذا لا يبيع من نفسه على الصحيح المعروف. وعن الإصطخري، جوازه. فعلى الصحيح: لو صرح في الإذن في بيعه لنفسه، فوجهان: قال ابن سريج: يصح. وقال الأكثرون: لا يصح. ولو أذن في بيعه لابنه الصغير، قال في «التتمة»: هو على هذا الخلاف. وقال البغوي: وجب أن يجوز. ويجري الوجهان، فيما لو وكله في الهبة لنفسه، أو تزويج بنته لنفسه. وفي تولي ابن العم طرفي النكاح، أن يتزوج بنت عمه بإذنها وهو وليها، والنكاح أولى بالمنع.

وفيما لو وكل مستحق الدين المدين باستيفائه من نفسه، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف، أو وكل الإمام السارق في قطع يده، أو وكل الزاني ليجلد نفسه. والصحيح: المنع في كل ذلك، وطردوهما في الوكيل في الخصومة من الجانبين، والأصح: المنع. فعلى هذا يتخير ويخاصم لأيهما شاء. ولو توكل في طرفي النكاح أو البيع، فعلى الوجهين. وقيل: بالمنع قطعاً. ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه، فقيل: على الوجهين. وقيل: يجوز قطعاً، وهو بناء على اشتراط القبول في الإبراء. فإن اشترطناه، جرى الوجهان، وإلا فيجوز قطعاً، كما لو وكل من عليه القصاص في العفو، والعبد في إعتاق نفسه. والوكيل في الشراء كالوكيل في البيع في أنه لا يشتري من نفسه، ولا مال ابنه الصغير. وفي ابنه الكبير، الوجهان في سائر الصور.

قلت: وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع، لم يجز أن يبيع لنفسه على الأصح. وحكى في «الحاوي» وجهاً: أنه يجوز تغليباً للأبوة، كما لو كان في حجره. والله أعلم.

فرع: إذا أذن في البيع مؤجلاً، نظر. إن قدر الأجل، صح التوكيل. وإن أطلق، فوجهان: أحدهما: لا يصح، لاختلاف الغرض. وأصحهما: يصح. وفيما

يحمل عليه، أوجه: أصحها: أنه ينظر إلى المتعارف في مثله. فإن لم يكن فيه عرف، راعى الأنفع. والثاني: له التأجيل إلى ما شاء. والثالث: إلى سنة.

الصورة الثانية: في قبض الثمن، وإقباض المبيع. فإذا وكله بالبيع مطلقاً، فهل يملك الوكيل قبض الثمن؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لم يأذن فيه، وقد يرضاه للبيع، ولا يرضاه لقبض الثمن. وأصحهما: نعم، لأنه من توابع البيع ومقتضياته. وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه؟ أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه. وقال الشيخ أبو علي: هو على الوجهين في قبض الثمن. ولو صرح بهما، لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وغيره.

قلت: الأصح: جواز تسليمه، ولكن بعد قبض الثمن. فهذا هو الراجح في الدليل، وفي النقل أيضاً، وقد صححه الرافعي في «المحرر». والله أعلم. والوكيل في الصرف، يملك القبض والإقباض بلا خلاف، لأنه شرط في صحة العقد، وكذلك في السلم يدفع وكيل المسلم رأس المال، ويقبضه وكيل المسلم إليه قطعاً.

فرع: إذا باع الوكيل بمؤجل حيث يجوز، سلم المبيع على المذهب، إذ لا حبس بالمؤجل، ويجيء وجه مما ذكره أبو علي: أنه لا يسلم، إذ لم يفوض إليه. ثم إذا حل الأجل، لا يملك الوكيل قبض الثمن إلا بإذن مستأنف. وإذا باع بحال، وجوزنا قبض الثمن، لم يسلم المبيع حتى يقبضه كما لو أذن فيهما صريحاً، وله مطالبة المشتري بتسليم الثمن. وإذا لم نجوز له القبض، فلا تجوز له المطالبة، وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال. ولو منعه من قبض الثمن، لم يجز قبضه قطعاً.

ولو منعه من تسليم المبيع، فكذلك عند الشيخ أبي علي. وقال آخرون: هذا الشرط فاسد، فإن التسليم مستحق بالعقد. وفي فساد الوكالة به وجهان: أحدهما: تفسد، ويسقط الجعل المسمى، فيرجع بأجرة المثل. والصواب أن يقال: المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق، هل للوكيل التسليم، أم لا؟ إن قلنا: لا، فعند المنع أولى، وإن قلنا: نعم، فذلك من توابع العقد وتتماته، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد، فإن المستحق هو التسليم، لا تسليمه بعينه، والممنوع منه تسليمه. فلو قال: امنع المبيع منه، فهذا شرط فاسد، لأن منع الحق عمن يستحق، وإثبات يده عليه، حرام. وفرق بين قوله: لا تسلّمه إليه، وقوله: أمسكه أو امنعه.

فرع: الوكيل بالشراء، إن لم يسلم الموكل إليه الثمن، واشترى في الذمة، فسيأتي الكلام - في أن المطالبة بالثمن، على من تتوجه؟ - في الحكم من الباب

الثاني إن شاء الله تعالى. وإن سلمه إليه واشترى بعينه، أو في الذمة، فهل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع بمجرد الإذن في الشراء؟ قال في «التتمة» و«التهذيب»: فيه الخلاف السابق في وكيل البائع، وجزم الغزالي بالجواز، فإن العرف يقتضيه.

قلت: الصحيح: القطع بالجواز، وهو الذي جزم به صاحب «الحاوي» والأكثر. وقال صاحب «الشامل»: يسلم الثمن قطعاً، ويقبض المبيع على الأصح، ففرق بينهما. والله أعلم.

فرع: إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل أو الوكيل حيث يجوز قبضه، لزم الوكيل تسليم المبيع وإن لم يأذن الموكل فيه، لأن الثمن إذا قبض صار دفع المبيع مستحقاً، وللمشتري الانفراد بأخذه. فإن أخذه المشتري، فذاك، وإن سلمه الوكيل، فالأمر محمول على أخذ المشتري، فلا حكم للتسليم.

فرع: ذكرنا أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن. فلو فعل، غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر. فإن كانت القيمة أكثر، بأن باعه بغبن محتمل، فهل يغرم جميع القيمة، أم يحط قدر الغبن؟ وجهان: أحدهما: أولهما. فإن باعه بغبن فاحش يأذن الموكل، فقياس الوجه الثاني: أن لا يغرم إلا قدر الثمن، ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعدما غرم، دفعه إلى الموكل، واسترد المغروم.

فرع: الوكيل باستيفاء الحق، هل يثبت، أو بإثباته، هل يستوفيه عيناً كان أو ديناً؟ فيه أوجه: أحدها: لا. والثاني: نعم. والثالث: يثبت ولا يستوفي. فلو كان الحق قصاصاً أو حداً، لم يستوفه على المذهب. وقال ابن خيران: على الوجهين.

الصورة الثالثة: في شرائه المعيب. فللوكيل بالشراء حالان:

أحدهما: أن يوكل في شراء موصوف، فلا يشتري إلا سليماً، فإن اشتري معيباً، نظر، إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به، فإن جهل العيب، وقع عن الموكل، وإن علمه، فأوجه: أحدها: لا يقع عنه، لأن الإطلاق يقتضي سليماً. والثاني: يقع. والثالث: إن كان عبداً يجزىء في الكفارة، وقع عنه، وإلا، فلا، إلا أن يكون كافراً، فإنه يجوز للوكيل شراؤه. وإن لم يساو ما اشتراه به، فإن علم، لم يقع عن الموكل، وإن جهل، وقع عنه على الأصح عند الأكثرين، كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً. وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل، فإن كان جاهلاً، فللموكل الرد قطعاً، وكذا للوكيل على الصحيح. وعن ابن سريج: أنه لا ينفرد بالرد. وإن كان الوكيل عالماً، فلا رد له، وللموكل الرد على الأصح. فعلى هذا، هل ينتقل الملك إلى الوكيل، أم يفسخ العقد من أصله؟ وجهان: فمن قال: بالانتقال، كأنه يقول: ينعقد موقوفاً حتى يتبين الحال، وإلا، فيستحيل ارتداد الملك من الموكل إلى الوكيل، قاله

الإمام. وهذا الخلاف، تفريع على وقوعه للموكل مع علم الوكيل، وهو خلاف ظاهر المذهب.

الحال الثاني: أن يكون وكيلاً في شراء معين. فإن لم ينفرد الوكيل في الحال الأول بالرد، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: الأصح المنصوص: الجواز، لأن الظاهر أنه يريده بشرط السلامة. ولم يذكروا في هذا الحال، متى يقع عن الموكل، ومتى لا يقع؟ والقياس: أنه كما سبق في الحال الأول. لكن لو كان المبيع معيباً يساوي ما اشتراه به وهو عالم، فإيقاعه عن الموكل هنا أولى، لجواز تعلق الغرض بعينه. وكل ما ذكرناه في الحالين، فيما إذا اشترى في الذمة. أما إذا اشترى بعين مال الموكل، فحيث قلنا هناك: لا يقع عن الموكل، لا يصح هنا أصلاً. وحيث قلنا: يقع، فكذا هنا، وليس للوكيل الرد على الأصح. ومتى ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة، فاطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده، ورضيه، سقط خيار الوكيل، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره.

وإذا أخر الوكيل الرد، أو صرح بالزام العقد، فهل له العود إلى الرد، لأن أصل الحق باقٍ وهو نائب، أم لا، لأنه بالتأخير كالعازل نفسه عن الرد؟ وجهان: أحدهما: الثاني. فإذا قلنا به، وأثبتنا له العود ولم يعد، فاطلع الموكل عليه، وأراد الرد، فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء، أو نواه وصدّقه البائع، وإلا، فوجهان: أحدهما: يرده على الوكيل، ويلزمه المبيع، لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل. فانصرف إليه. وبهذا قطعاً في «التهذيب» و«التممة». والثاني وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه: أن المبيع للموكل، وقد فات الرد لتفريط الوكيل. ويضمن الوكيل، وفيما يضمنه وجهان: قال أبو يحيى البلخي: يضمن قدر نقص قيمته من الثمن. فلو كانت القيمة تسعين، والثمن مئة، رجع بعشرة. فإن تساوى، فلا رجوع. وقال الأكثرون: يرجع بإرش العيب من الثمن.

قلت: المذكور عن «التهذيب» و«التممة» أصح، وقد نقله صاحب «المهذب» عن نص الشافعي رحمته الله. والله أعلم.

فرع: لو أراد الوكيل الرد بالعيب، فقال البائع: أخر حتى يحضر الموكل، لم يلزمه إجابته. وإذا رد، فحضر الموكل ورضيه، احتاج إلى استئناف الشراء. ولو أخر كما التمس البائع، فحضر الموكل ولم يرضه، قال البغوي: المبيع للوكيل، ولا رد، لتأخيره مع الإمكان. وقيل: له الرد، لأنه لم يرض بالعيب. ولقائل أن يقول للبغوي: أنت وسائر الأصحاب متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب، ثم حضر الموكل وأراد الرد، فله ذلك إن كان الوكيل سماه أو نواه، وهنا الوكيل والموكل والبائع

متصادقون على أن الشراء وقع للموكل، ومن ضرورة ذلك أن يكون سماه أو نواه، فوجب أن يقال: المبيع للموكل، وله الرد.

فرع: إذا أراد الوكيل الرد، فقال البائع: قد عرفه الموكل ورضيه، ولا رد لك، نظر، إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه، لم يلتفت إلى قوله، وإن احتمل، وأنكر الوكيل، حلف على نفي العلم برضى الموكل. وفي وجه ضعيف: لا يحلف. فإن عرضنا اليمين على الوكيل، فحلف، رده. فإن حضر الموكل، فصدق البائع، فعن ابن سريج: أن له استرداد المبيع من البائع، لموافقته إياه على الرضى قبل الرد. وعن القاضي حسين: لا يسترد، وينفذ فسخ الوكيل.

قلت: المنقول عن ابن سريج أصح، وبه قطع صاحبنا «الشامل» و«البيان». والله أعلم.

وإذا نكل الوكيل، حلف البائع، وسقط رد الوكيل. ثم إذا حضر الموكل، وصدق البائع، فذاك. وإن كذبه، قال في «التهذيب»: يلزم العقد الوكيل، ولا رد له، لإبطال الحق بالنكول. وفيه الإشكال السابق في الفرع قبله.

فرع: الوكيل بالبيع إذا باع، فوجد المشتري بالمبيع عيباً، رده عليه إن لم يعلمه وكيلاً، وإن علمه، فإن شاء رده عليه، ثم هو يرد على الموكل، وإن شاء رد على الموكل. وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب؟ فيه قولان.

قلت: ينبغي أن يكون أصحهما: عدم الحط. والله أعلم.

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري، وصدق الوكيل المشتري، رد على الوكيل، ولم يرد الوكيل على الموكل.

فرع: سيأتي في كتاب القراض إن شاء الله تعالى: أن الوكيل بالشراء، هل يشتري من يعتق على الموكل؟ فإن قلنا: يشتريه، فكان معيباً، فللوكيل رده، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضاه بالعيب، ذكره في «التهذيب».

الصورة الرابعة: في توكيل الوكيل، فإن سكت الموكل عنه، نظر، إن كان أمراً يتأتى له الإتيان به، لم يجز أن يوكل فيه. وإن لم يتأت منه، لكونه لا يحسنه، أو لا يليق بمنصبه، فله التوكيل على الصحيح، لأن المقصود من مثله الاستنابة. وفي وجه: لا يوكل، لقصور اللفظ. ولو كثرت التصرفات الموكَّل فيها، ولم يمكنه الإتيان بجميعها، لكثرتها، فالمذهب: أنه يوكل فيما يزيد على الممكن، ولا يوكل في الممكن. وفي وجه: يوكل في الجميع. وقيل: لا يوكل في الممكن. وفي الباقي وجهان: وقيل: في الجميع وجهان: وإن أذن له في التوكيل، فله أحوال:

الحال الأول: إذا قال: وكل عن نفسك، ففعل، انزل الثاني بعزل الأول إياه،

وبموته وجنونه على الصحيح في الجميع، لأنه نائبه. ولو عزل الموكل الأول، انعزل. وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف. ولو عزل الموكل الثاني، انعزل على الأصح، كما ينعزل بموته وجنونه. والثاني: لا، لأنه ليس وكيلًا من جهته. والذي يجمع هذه الاختلافات، أن الوكيل الثاني، هل هو وكيل الوكيل الأول كما لو صرح به، أم وكيل الموكل، ويكون تقديره: أقم غيرك مقام نفسك؟ والأصح: أنه وكيل الوكيل الأول.

الحال الثاني: أن يقول: وكل عني، فالثاني وكيل الموكل، وله عزل أيهما شاء، وليس لأحدهما عزل الآخر، ولا ينعزل أحدهما بانعزال الآخر.

الحال الثالث: إذا قال: وكلتك في كذا، وأذنت لك أن توكل فيه، ولم يقل: عنك، ولا عني، فهذا كالصورة الأولى، أم كالثانية؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وإذا جوزنا له أن يوكل في صورة سكوت الموكل، فينبغي أن يوكل عن موكله. فلو وكل عن نفسه، فوجهان:

قلت: أصحهما: لا يجوز. والله أعلم.

فرع: حيث ملك الوكيل أن يوكل، فشرطه أن يوكل أميناً، إلا أن يعين له غيره. ولو وكل أميناً، ثم فسق، هل له عزله؟ وجهان:

قلت: أقيسهما: المنع. والله أعلم.

فرع: لو وكله في تصرف، وقال: افعل فيه ما شئت، لم يكن ذلك إذناً في التوكيل على الأصح.

قلت: لو قال: كل ما تصنعه، فهو جائز، فهو كقوله: افعل ما شئت. والله أعلم.

الصورة الخامسة: في امتثال تقييد الموكل. والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا، مفروضة في التوكيل المطلق، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد. وحاصله: أنه يجب مراعاة تقييد الموكل، ورعاية المفهوم منه بحسب العرف، وفيه مسائل:

إحداها: إذا عين الموكل شخصاً، بأن قال: بع لزيد. أو عين وقتاً، بأن قال: بع يوم الجمعة، لم يجز أن يبيع لغير زيد، ولا قبل الجمعة، ولا بعده.

قلت: هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده: إنه لا يصح. قالوا: وكذا حكم العتق، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده. وأما الطلاق، فنقل صاحباً «الشامل» و«البيان» عن الداركي، أنه قال: إن طلقها قبل الجمعة، لا يقع، وإن طلقها

بعده يقع، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة، كانت مطلقة يوم السبت، بخلاف الخميس. ولم أر هذا لغيره، وفيه نظر. والله أعلم.

لو عين مكاناً من سوق ونحوها، نظر، إن كان له في ذلك المكان غرض ظاهر، بأن كان الراغبون فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز البيع في غيره. وإلا، فوجهان: أحدهما: يجوز، وبه قال القاضي أبو حامد، وقطع به الغزالي. وأصحهما: عند ابن القطان والبعوي: المنع.

قلت: قطع بالجواز أيضاً صاحباً «التبهي» و«التتمة» وغيرهما، لكن الأصح على الجملة: المنع، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في «المحرر».

قلت: هذا إذا لم يقدر الثمن. فإن قال: بع في سوق كذا بمئة، فباع بمئة في غيرها، جاز، صرح به صاحباً «الشامل» و«التتمة» وغيرهما. والله أعلم.

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غيره، امتنع قطعاً. ولو قال: بع في بلد كذا، قال ابن كج: هو كقوله: بع في سوق كذا، حتى لو باع في بلد آخر، جاء فيه التفصيل المذكور، وهذا صحيح، لكنه يصير ضامناً بالنقل من ذلك البلد، ويكون الثمن مضموناً في يده. بل لو أطلق التوكيل في البيع في بلد، فليع فيه. فإن نقل، ضمن.

المسألة الثانية: قال: بع بمئة درهم، لم يبع بدونها، وله البيع بأكثر. والمقصود بالتقدير: أن لا ينقص فيهما من العرف. وفي وجه شاذ حكاه العبادي: لا يجوز البيع بأكثر من مئة. والصحيح المعروف: الأول. ولو نهاه عن الزيادة صريحاً، لم يزد قطعاً.

قلت: حكي في «النهاية» و«البسيط» عن صاحب «التقريب» أنه لو قال: بع بمئة ولا تزد، فزاد، أو اشتر هذا العبد بمئة ولا تنقص، فنقص، ففي صحته وجهان: قالوا: والوجه أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع، لم ينفذ، لمخالفته، وإن احتمل أنه يريد: لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص، اتجه التنفيذ. والله أعلم.

وهل له البيع بمئة وهناك راغب بزيادة على المئة؟ فيه وجهان:

قلت: أصحهما: المنع، لأنه مأمور بالإحتياط والغبطة. والله أعلم.

قال الأصحاب: ولو كان المشتري معيناً، فإن قال: بعه لزيد بمئة، لم يجز أن يبيع بأكثر منها قطعاً، لأنه ربما قصد إرفافة.

فرع: لو قال: بع ثوبي، ولا تبعه بأكثر من مئة، لم يبعه بأكثر من مئة، ويبيع بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل. ولو قال: بعه بمئة، ولا تبعه بمئة وخمسين، فليس له يبعه بمئة وخمسين، ويجوز بما دون ذلك ما لم ينقص عن مئة، ولا يجوز بما زاد على مئة وخمسين على الأصح.

فرع: الشراء كالبيع فيما سبق. فإذا قال: اشتر بمئة، فله الشراء بأقل، إلا أن ينهيه، ولا يشتري بما فوقها. ولو قال: اشتر بمئة، ولا تشتري بخمسين، فله الشراء بالمئة وبما بينها وبين خمسين، ولا يجوز بخمسين. وفيما دونها، الوجهان.

قلت: قال أصحابنا: لو قال: اشتر عبد فلان بمئة، فاشتره بأقل منها، صح، وهذا يخالف ما سبق في قوله: بعه لزيد بمئة. قال صاحب «الحاوي»: والفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المئة، فلا يجوز قبض ما نهى عنه. وفي الشراء، مأمور بدفع مئة، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز. والله أعلم.

المسألة الثالثة: لو قال: بعه إلى أجل، وبيّن قدره، أو قلنا: لا حاجة إلى بيانه، وحملناه على المعتاد، فخالف وباع حالاً، نظر، إن باعه بقيمته حالاً، لم يصح، لأنه أقل مما أمره به. وإن باعه حالاً بقيمته إلى ذلك الأجل، نظر، إن كان في وقت لا يؤمن النهب والسرقة، أو كان لحفظه مؤونة في الحال، لم يصح أيضاً. وإن لم يكن شيء من ذلك، صح على الأصح. ولا فرق فيما ذكرنا بين ثمن المثل عند الإطلاق، وبين ما قدره من الثمن، بأن قال: بع بمئة نسيئة، فباع بمئة نقداً. ولو قال: بع بكذا إلى شهرين، فباع به إلى شهر، ففيه الوجهان. ولو قال: اشتر حالاً، فاشتره مؤجلاً بقيمته مؤجلاً، لم يصح للموكل، لأنه أكثر، وإن اشتره بقيمته حالاً، فوجهان كما في طرف البيع. قال صاحب «التتمة»: هذا إذا قلنا: إن مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه، يلزمه القبول. وأما إذا قلنا: لا يلزمه، فلا يصح الشراء هنا للموكل بحال. وذكر هو وغيره تخريجاً على المسألة التي نحن فيها: أن الوكيل بالشراء مطلقاً، لو اشترى نسيئة بثمن مثله نقداً، جاز، لأنه زاد خيراً، وللموكل تفرغ ذمته بالتعجيل.

قلت: هذا المنقول أولاً عن «التتمة» قد عكسه صاحب «الشامل» فقال: هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله، وحيث يجبر، يصح الشراء قطعاً. وهذا الذي قاله، أصح وأقرب وأقرب إلى تعليل الأصحاب. والله أعلم.

فرع: لو دفع إليه ديناراً، وقال: اشتر به شاة، ووصفها، فاشترى به شاتين بتلك الصفة، نظر، إن لم تساو واحدة منهما ديناراً، لم يصح الشراء للموكل وإن زادت قيمتهما جميعاً على الدينار، لفوات ما وكل فيه. وإن ساوت كل واحدة ديناراً، فقولان: أظهرهما: صحة الشراء، وحصول الملك فيهما للموكل، لأنه حصل غرضه وزاد خيراً. والثاني: لا تقع الشاتان للموكل، لأنه لم يأذن فيهما، بل ينظر، إن اشتراهما في الذمة، فللموكل واحدة بنصف دينار، والأخرى للوكيل، ويرد على الموكل نصف دينار. وللموكل أن ينتزع الثانية منه، ويقرر العقد فيهما، لأنه عقد

العقد له. وفي قول شاذ: لا يصح الشراء للموكل في واحدة منهما، بل يقعان للوكيل. وإن اشتراهما بعين الدينار، فقد اشترى شاة بإذنه، وشاة بلا إذنه، فيبني على وقف العقود. فإن قلنا: لا توقف على الإجازة، بطل العقد في شاة. وفي الأخرى قولاً تفريق الصفقة. وإن قلنا: توقف، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار، وإن شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على البائع. وهذا القول مشكل، لأن تعيين الشاة للموكل أو لإبطال العقد فيها، ليس بأولى من تعيين الأخرى، والتخير يشبه بيع شاة من شاتين، وهو باطل. فإذا صححنا الشراء فيهما للموكل، فباع الوكيل إحداهما بغير إذن الموكل، ففي صحة بيعه، قولان. وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار، وباعها بدينارين. وقيل: هذا الخلاف، هو القولان في بيع الفضولي، فعلى الجديد: يلغو، وعلى القديم: ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل.

قلت: الأظهر: أنه لا يصح بيعه. قال أصحابنا: ولو اشترى به شاتين، تساوي إحداهما ديناراً، والأخرى بعض دينار، فطريقان. الأصح منهما عند القاضي أبي الطيب والأصحاب: صحة البيع فيهما جميعاً، ويكون كما لو ساوت كل واحدة ديناراً على ما سبق. فعلى الأظهر: يلزم البيع فيهما جميعاً للموكل، وبه قطع المحاملي وغيره. والطريق الثاني: لا يصح في حق الموكل واحدة منهما. فعلى الأظهر: لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً، لم يصح قطعاً، وإن باع الأخرى، فعلى الخلاف. وإن قلنا: للوكيل إحداهما، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها، وللموكل انتزاعها كما سبق. والله أعلم.

فرع: قال: بع عبدي بمئة درهم، فباعه بمئة وعبد أو وثوب يساوي مئة، فعن ابن سريج: أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين، وأولى بالمنع، لأنه عدل عن الجنس. فإن أبطلنا، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف، أم في الجميع؟ قولان. فإن قلنا: في ذلك القدر، قال في «التتمة»: لا خيار له، لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمئة، فالبعض أولى. وأما المشتري، فإن لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم، فله الخيار، وإن علم، فوجهان: لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له.

قلت: ولو باعه بمئة درهم ودينار، ففي «التتمة» و«التهذيب»: أنه على الخلاف في مئة وثوب. وقطع صاحب «الشامل» بالصحة، لأنه من جنس الأثمان، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع: الصحة. والله أعلم.

فرع: لو قال: بع بألف درهم، فباع بألف دينار، لم يصح، لأنه غير المأمور

به، وفيه احتمال ذكره ابن كج، والغزالي في «الوجيز». وعلى هذا الاحتمال: البيع بعرض يساوي ألف دينار، يشبه أن يكون كالبيع بألف دينار.

الصورة السادسة: في الوكالة في الخصومة، وفيها مسائل:

إحداها: الوكيل بالخصومة من جهة المدعي، يدعي ويقيم البينة ويسعى في تعديلها، ويحلف ويطلب الحكم والقضاء، ويفعل ما هو وسيلة إلى الإثبات. والوكيل من جهة المدعى عليه، ينكر ويظعن في الشهود، ويسعى في الدفع بما أمكنه.

الثانية: هل يشترط في التوكيل في الخصومة بيان ما فيه الخصومة، من دم، أو مال، أو عين، أو دين، أو أَرش جنائية، أو بدل مال؟ حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخاصمه.

الثالثة: لو أقر وكيل المدعي بالقبض، أو الإبراء، أو قبول الحوالة، أو المصالحة على مال، أو بأن الحق مؤجل، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعي، لم يقبل، سواء أقر في مجلس الحكم، أم في غيره، كما لا يصح إبرأؤه ومصالحته، لأن اسم الخصومة لا يتناولهما، فكذا الإقرار. ثم وكيل المدعي، إذا أقر بالقبض، أو الإبراء، انعزل، وكذا وكيل المدعى عليه، إذا أقر بالحق، انعزل، لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة. وأطلق ابن كج وجهين في بطلان وكالته بالإقرار.

قلت: ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه، لم ينعزل، لأن إبراءه باطل، ولا يتضمن اعترافاً بأن المدعي ظالم، بخلاف الإقرار، وكذا فرق صاحب «الحاوي» وغيره. والله أعلم.

فرع: نقل في «النهاية» أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه، لا يُقبل تعديله بينة المدعي، لأنه كالأقرار في كونه قاطعاً للخصومة، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار.

الرابعة: تقبل شهادة الوكيل على موكله، وتقبل لموكله في غير ما توكل فيه. وإن شهد بما توكل فيه، نظر، إن شهد قبل العزل، أو بعده وقد خاصم فيه، لم يقبل، للتهمة. وإن كان بعده ولم يخاصم، قبلت على الأصح. هذه هي الطريقة الصحيحة المشهورة. وقال الإمام: قياس المرازمة، أن يعكس فيقال: إن لم يخاصم، قبلت، وإلا، فوجهان: قال: وهذا التفصيل، إذا جرى الأمر على تواصل. فإن طال الفصل، فالوجه: القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه.

الخامسة: لو وكل رجلين بالخصومة، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما، فوجهان: الأصح: لا يستقل واحد منهما، بل يتشاوران ويتباصران. كما لو وكلهما في بيع أو طلاق أو غيرهما، أو وصى إليهما. ولو وكل رجلين في حفظ متاع،

فالأصح: أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه، بل يحفظانه في حرز بينهما. والثاني: ينفرد. فإن قبل القسمة، قسم ليحفظ كل واحد بعضه.

السادسة: ادعى عند القاضي أنه وكيل زيد، فإن كان المقصود بالخصومة حاضراً، وصدّقه، ثبتت الوكالة، وله مخاصمته، وإن كذبه، أقام البيئة على الوكالة. ولا يشترط في إقامة البيئة تقدّم دعوى حق الموكل على الخصم. وإن كان غائباً، وأقام الوكيل بيئة بالوكالة، سمعها القاضي وأثبتها. ولا يعتبر حضور الخصم في إثبات الوكالة، خلافاً لأبي حنيفة رحمته الله حيث قال: لا تسمع البيئة إلا في وجه الخصم. قال الإمام: وهو بناء على مذهبه، في امتناع القضاء على الغائب. ثم حكى الإمام عن القاضي حسين: أنه لا بد وأن ينصب القاضي مسخراً ينوب عن الغائب، ليقيم المدعي البيئة في وجهه. قال الإمام: وهذا بعيد لا أعرف له أصلاً، مع ما فيه من مخالفة الأصحاب. وحكى عنه أيضاً أن القضاة اصطلاحوا على أن من وكل في مجلس القضاء وكيلًا بالخصومة، اختص التوكيل بالمخاصمة في ذلك المجلس. قال الإمام: والذي نعرفه للأصحاب أنه يخاصم في ذلك المجلس وبعده، ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه.

السابعة: وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه، وطلب حقوقه، فللوكيل أن يخاصم عنه ما دام حاضراً في المجلس، اعتماداً على العيان. فإن غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه اعتماداً على اسم ونسب يذكره، فلا بد من إقامة بيئة على أن فلان ابن فلان وكله، أو على أن الذي وكله هو فلان ابن فلان، ذكره أصحابنا العراقيون، والشيخ أبو عاصم العبادي. وعبرة العبادي: إنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضي ويثق بهما. ثم إن الإمام حكى عن القاضي حسين - رحمهما الله - أن عادة الحكام التساهل في هذه البيئة، والاكتفاء بالعدالة الظاهرة، وترك البحث والاستزكاء تسهياً على الغرباء. وقال القاضي أبو سعد ابن أبي يوسف في شرح «مختصر العبادي»: يمكن أن يكتفى بمعرّف واحد إذا كان موثقاً به، كما قال الشيخ أبو محمد: إن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها، يحصل بمعرّف واحد، لأنه إخبار لا شهادة.

قلت: وإذا ادعى على وكيل مالا، وأقام بيئة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يلزمه دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بيته؟ والله أعلم.

الصورة السابعة: وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل، حصل العفو ووجبت الدية كما لو فعله الموكل بنفسه. فلو صالح على خنزير، فهو لغو على الأصح، فيبقى القصاص، لأنه غير مأذون فيه. والثاني: أنه كالعفو على خمر. وعلى هذا، لو صالح على الدية، أو على ما يصلح عوضاً، جاز. ولو جرت هذه المخالفة بين الموجب والقابل في الصلح، لغا قطعاً، لعدم انتظام الخطاب. ولو وكله في خلع زوجته على خمر، فخالعها على خمر أو خنزير، فعلى ما سبق في الصلح عن الدم.

فرع: وكله في بيع أو شراء فاسد، لم يملك فاسداً ولا صحيحاً، لعدم الإذن.

الصورة الثامنة: في مخالفته، فإذا سلّم إليه ألفاً، وقال: اشتر بعينه ثوباً، فاشتري في الذمة لينقذ الألف، لم يصح للموكل. ولو قال: اشتر في الذمة وسلّم الألف في ثمنه، فاشتري بعينه، لم يصح على الأصح. ولو سلمه إليه، وقال: اشتر ثوباً، ولم يقل: بعينه، ولا في الذمة، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: اشتر بعينه، لأن قرينة التسليم تشعر به. وأصحهما: أن الوكيل يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة، لأن الاسم يتناولهما.

قلت: وإذا قال: اشتر في الذمة وسلّمه فيه، فاشتري للموكل في الذمة، ونقد الوكيل الثمن من ماله، برى الموكل من الثمن، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء، لأنه متبرع بقضاء دينه، ويلزمه رد الألف المعينة إلى الموكل، صرح به الماوردي وغيره، وهو ظاهر. والله أعلم.

فصل: في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل

أما البيع، فإذا قال: بيع هذا العبد، فباع آخر، فباطل. وأما الشراء، فإن وقع بعين مال الموكل، فباطل. وإن وقع في الذمة، نظر، إن لم يسم الموكل، وقع عن الوكيل، وكذا إن سماه على الأصح. وتلغو التسمية، لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه، ولم يكن صَرَفَه إليه، صار كأنه لم يسمه. والثاني: العقد باطل. فإذا قلنا: بالأصح، فذلك إذا قال: بعتك، فقال: اشتريت لموكلي فلان. فأما إذا قال البائع: بعث فلاناً، فقال الوكيل: اشتريته له، فالمذهب بطلان العقد، لأنه لم تجر بينهما مخاطبة. ويخالف النكاح حيث يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة، بل لا يصح إلا كذلك، لأن للبيع أحكاماً تتعلق بالمجلس كالخيار وغيره، وتلك الأحكام، إنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين، فاعتبر جريان المخاطبة بينهما، والنكاح سفارة محضة. ثم ما ذكرناه في هذا الفصل، تفريع على الجديد، وهو منع وقف العقود، وإلغاء تصرف الفضولي. وأما على القديم، فالوكيل كأجنبي،

فيقف الشراء في الذمة على إجازته. فإن أجاز، وقع عنه، وإلا، فعن الوكيل، وكذا الشراء بعين ماله، وبيع العبد الآخر، ينعقدان موقوفين على هذا القول كما ذكرنا في بابه.

فرع: وكيل المتهم في القبول، يجب أن يسمى موكله، وإلا فيقع عنه، لجريان الخطاب معه، ولا ينصرف بالنية إلى الموكل، لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب، وليس كل أحد يسمح بالتبرع عليه، بخلاف الشراء، فإن المقصود منه حصول العوض.

قلت: قال في «البيان»: لو وكله أن يزوج بنته زيداً، فزوجهها وكيل زيد لزيد، صح. ولو وكله في بيع عبده لزيد، فباعه لوكيل زيد، لم يصح. والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك، والبيع يقبله. ولهذا يقول وكيل النكاح: زوج موكلتي، ولا يقول: زوجني لموكلتي. وفي البيع يقول: بعني لموكلتي ولا يقول: بع موكلتي. والله أعلم.

الحكم الثاني: للوكالة حكم الأمانة. فيد الوكيل يد أمانة، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط، سواء كان بجعل، أو متبرعاً، فإن تعدى، بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، ضمن قطعاً، ولا ينزل عن المذهب، بل يصح تصرفه، وإذا باع وسلم المبيع، زال عنه الضمان، لأنه أخرجه من يده بإذن المالك. وفي زوال الضمان بمجرد البيع، وجهان: أحدهما: نعم، لزوال ملك الموكل. وأصحهما: لا، لأنه يرتفع العقد بتلفه قبل القبض. وأما الثمن الذي يقبضه، فلا يكون مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه. ولو رد عليه المبيع بعيب، عاد الضمان.

فرع: لو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها شيئاً، فتصرف فيها على أن يكون قرضاً عليه، صار ضامناً. وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه، ولا في الذمة، فلو حصل، كان ما اشتراه لنفسه دون موكله. ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إليه، فاشتري بها للموكل، فهو على الخلاف في انعزاله بالتعدي. فعلى المذهب: لا ينزل، فيصح شراؤه، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه. فلو رد ما اشتراه بعيب، واسترد الثمن، عاد مضموناً عليه.

فرع: متى طالب الموكل الوكيل برد ماله، لزمه أن يخلّي بينه وبينه، فإن امتنع، صار ضامناً كالمودع.

الحكم الثالث: في العهدة، فيه مسائل:

إحداها: الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله في شرائه فلمن يقع الملك؟ وجهان: أحدهما: للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، لأن الخطاب جرى معه. وأحكام العقد تتعلق به. والصحيح: أنه يقع أولاً للموكل، كما لو اشترى الأب للطفل، فإنه

يقع للطفل ابتداءً، ولأنه لو وقع للوكيل، لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله، فلا يعتق قطعاً.

الثانية: أحكام العقد في البيع والشراء، تتعلق بالوكيل دون الموكل، حتى تعتبر رؤية الوكيل للمبيع دون الموكل، وتلزم بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكل، وكذا تسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط، يعتبران قبل مفارقة الوكيل. والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية، إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكل، حتى لو أراد الموكل الإجازة، كان للوكيل الفسخ، ذكره في «التممة».

الثالثة: إذا اشترى الوكيل بضمن معين، طالبه به البائع، إن كان في يده، وإلا، فلا. وإن اشترى في الذمة، فإن كان الموكل قد سلم إليه ما يصرفه في الثمن، طالبه البائع، وإلا، فإن أنكر البائع كونه وكيلاً، أو قال: لا أدري، هل هو وكيل، أم لا؟ طالبه به. وإن اعترف بوكالته، فهل يطالب به الموكل فقط؟ أم الوكيل فقط؟ أم يطالب أيهما شاء؟ فيه أوجه: أصحابها: الثالث. فإن قلنا: بالثاني، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم؟ فيه وجهان: أصحابهما: المنع. وإذا غرم الوكيل للبائع، رجع على الموكل، ولا يشترط لثبوت الرجوع اشتراط الرجوع على المذهب. وإذا قلنا: بالثالث، فالوكيل كالضامن، والموكل كالمضمون عنه، فيرجع الوكيل إذا غرم. والقول في اعتبار شرط الرجوع، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم، كما سبق في الضمان. وفرع ابن سريج على الأوجه فقال: لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة، ففعل، ثم ردها البائع بعيب، فإن قلنا: بالوجه الأول أو الثالث، لزم الوكيل تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل، وليس له إمساكها ودفع بدلها. وإن قلنا بالثاني، فله ذلك، لأن ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه، أقرضه إياه ليبرئ ذمته. فإن عاد، فهو ملكه. وللمستقرض إمساك ما استقرضه ورد مثله. ولك أن تقول: لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة، وإنما الكلام في أنه متى يرجع؟ وبأي شيء يرجع؟ فإذا كان كذلك، اتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعاً لمؤنة التراجع، لا إقراضاً.

الرابعة: الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن، إما بإذن صريح، وإما بمقتضى البيع. إذا قلنا به، فتلف المقبوض في يده، ثم خرج المبيع مستحقاً، والمشتري معترف بالوكالة، فهل يرجع بالثمن على الوكيل لحصول التلف عنده؟ أم على الموكل لأنه سفيره ويده يده؟ أم على من شاء منهما؟ فيه الأوجه السابقة. فإن قلنا: على الموكل أو الوكيل، فغرم، لا يرجع أحدهما على صاحبه. وإن قلنا: يغرم أيهما شاء، فثلاثة أوجه: أصحابها: وأشهرها: أنه إن غرم الموكل، لم يرجع على الوكيل، وإن غرم

الوكيل، رجع على الموكل. والثاني: يرجع الموكل دون الوكيل، لحصول التلف في يده. والثالث: لا يرجع واحد منهما. والذي يفتى به من هذه الاختلافات: أن المشتري يغرم من شاء منهما، والقرار على الموكل. ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في بدل الرهن وإن كان يطرد فيه الخلاف.

الخامسة: الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده، ثم بان مستحقاً، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله، لأنه غاصب. وفي مطالبة الوكيل أو الموكل، الأوجه الثلاثة. قال الإمام: والأقيس في المسألتين: أنه لا رجوع إلا على الوكيل، لحصول التلف في يده، وبظهور الاستحقاق بان أن لا عقد، وصار الوكيل قابضاً ملك غيره بلا حق. ويجري الخلاف في القرار في هذه الصورة.

السادسة: الوكيل بالبيع، إذا باع بثمن في الذمة، واستوفاه ودفعه إلى الموكل، وخرج مستحقاً أو معيباً، فرده، فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن، وله أن يغرم الوكيل، لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه. وفيما يغرمه وجهان: أحدهما: قيمة العين، لأنه فوتها. والثاني: الثمن، لأن حقه انتقل إليه. فإن قلنا: بالأول، فأخذ منه القيمة، طالب الوكيل المشتري بالثمن. فإذا أخذه، دفعه إلى الموكل واسترد القيمة.

السابعة: دفع إليه دراهم ليشتري عبداً بعينها، ففعل، فتلفت في يده قبل التسليم، انفسخ البيع، ولا شيء على الوكيل. وإن تلفت قبل الشراء، ارتفعت الوكالة. ولو قال: اشتر في الذمة، وأصرفها إلى الثمن، فتلفت في يد الوكيل بعد الشراء، لم ينفسخ العقد. ولكن هل ينقلب إلى الوكيل ويلزمه الثمن؟ أم يبقى للموكل. وعليه مثل الدراهم؟ أم يقال للموكل: إن أردته فادفع مثل تلك الدراهم، وإلا فيقع عن الوكيل وعليه الثمن؟ فيه ثلاثة أوجه: ولو تلفت قبل الشراء، لم ينزل. فإن اشترى للموكل، فهل يقع له، أم للوكيل؟ فيه الوجهان الأولان من هذه الثلاثة.

قلت: هكذا ذكره صاحب «التهذيب»: وقطع في «الحاوي» بأنه إذا قال: اشتر في الذمة أو بعينها، فتلفت، انفسخت الوكالة، وانعزل، فإذا اشترى بعده، وقع للوكيل قطعاً. والله أعلم.

فرع: إذا اشترى الوكيل شراءً فاسداً، وقبض، وتلف المبيع في يده، أو بعد تسليمه إلى الموكل، فللمالك مطالبة بالضمان، ثم هو يرجع على الموكل.

فرع: لو أرسل رسولاً ليستقرض له، فاقترض، فهو كوكيل المشتري. وفي مطالبة ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن. والمذهب: أنه يطالب، وأنه إذا غرم، رجع على الموكل.

الحكم الرابع: الجواز من الجانبين، فلكل واحد منهما العزل. ولا ارتفاعها أسباب:

الأول: أن يعزله الموكل بقوله: عزلته، أو رفعت الوكالة، أو فسختها، أو أبطلتها، أو أخرجته عنها، فينعزل سواء ابتداءً توكيله، أو وكله بسؤال الخصم، بأن سألت زوجها أن يوكل في الطلاق، أو الخلع، أو المرتهن الراهن أن يوكل ببيع الرهن، أو سأله خصمه أن يوكل في الخصومة. وهل ينعزل قبل بلوغ العزل إليه؟ قولان. أظهرهما: ينعزل. فإن قلنا: لا ينعزل حتى يبلغه الخبر، فالمعتبر خبر من تقبل روايته، دون الصبي والفاسق. وإذا قلنا: ينعزل، فينبغي للموكل أن يشهد على العزل، لأن قوله بعد تصرف الوكيل: كنت عزلته، لا يقبل.

الثاني: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي، أو أخرجتها عن الوكالة، أو رددتها، انعزل قطعاً، كذا قاله الأصحاب. وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة الموكل: بع واعتق ونحوهما من صيغ الأمر، لم ينعزل بردّ الوكالة، وعزله نفسه، لأن ذلك إذن وإباحه، فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يرتد برد المباح له، ولا يشترط في انعزاله بعزل نفسه حصول علم الموكل.

الثالث: ينعزل الوكيل بخروجه، أو خروج الموكل عن أهلية تلك التصرفات بالموت أو الجنون. وفي وجه: لا ينعزل بجنون لا يمتد، بحيث تتعطل المهمات. ويخرج إلى نصب قوَّام. والإغماء، كالجنون على الأصح. والثاني: لا ينعزل به، واختاره الإمام، والغزالي في «الوسيط»، لأن المغمى عليه، لا يلتحق بمن تولى عليه. والمعتبر في الانعزال، التحاق الوكيل والموكل بمن تولى عليه. وفي معنى الجنون، الحجر عليه بسفه، أو فلس في كل تصرف لا ينفذ منهما. وكذا لو طرأ الرق، بأن وكل حربياً، ثم استرق. وإذا جن الموكل، انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعاً، بخلاف العزل.

الرابع: خروج محل التصرف عن ملك الموكل، بأن باع الموكل ما وكله في بيعه أو أعتقه. فلو وكله ببيعه. ثم آجره، قال في «التتمة»: ينعزل، لأن الإجارة إن منعت البيع، لم يبق مالاً للتصرف، وإلا، فهي علامة الندم، لأن من يريد البيع لا يؤاجر لقلّة الرغبات. وتزويج الجارية، عزل. وفي طحن الحنطة وجهان: وجه الانعزال، بطلان اسم الحنطة. وأما العرض على البيع وتوكيل وكيل آخر، فليس بعزل قطعاً.

الخامس: لو وكل عبده في بيع أو تصرف آخر، ثم أعتقه أو باعه، ففي انعزاله أوجه: ثالثها: أنه إن كانت الصيغة: وكلتك، بقي الإذن. وإن كانت: بع، أو نحوه،

ارتفع. والكتابة، كالبيع. وعبد غيره كعبد. وإذا حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع، لزمه استئذان المشتري، لأن منافعه صارت له. فلو لم يستأذن، نفذ تصرفه لبقاء الإذن وإن عصى، قال الإمام: وفيه احتمال.

قلت: لم يصحح الرافعي شيئاً من الخلاف في انزاله، ولم يصححه الجمهور. وقد صحح صاحب «الحاوي» والجرجاني في المعاينة انزاله. وقطع به الجرجاني في كتابه «التحرير». وأما عبد غيره، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب «التهذيب». ولكن المذهب، والذي جزم به الأكثرون: القطع ببقائه. قال صاحب «البيان»: والخلاف في عبد غيره، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل غيره. فأما إن قال: إن شئت فتوكل لفلان، وإلا، فلا تتوكل، ثم أعتقه أو باعه، فلا ينزل قطعاً كالأجنبي. والله أعلم.

السادس: لو جحد الوكيل الوكالة، هل يكون ذلك عزلاً؟ فيه أوجه: أصحابها: ثالثها: إن كان لنسيان أو غرض في الإخفاء، لم يكن عزلاً، وإن تعمد ولا غرض في الإخفاء، انزل. ولو أنكر الموكل التوكيل، ففي انزاله الأوجه.

قلت: ومن فروع هذه، لو وكل رجلين، فعزل أحدهما لا بعينه، فوجهان في «الحاوي» و«المستظهر»، أصحابهما: لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز، للشك في أهليته. والثاني: لكل التصرف، لأن الأصل بقاء تصرفه. والله أعلم.

فرع: متى قلنا: الوكالة جائزة، أردنا الخالية عن الجعل. فأما إذا شرط فيها جعل معلوم، واجتمعت شرائط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة، فهي لازمة. وإن عقد بلفظ الوكالة، أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود، أم بمعانيها؟

فصل: في مسائل منثورة

إحداها: وكله ببيع، فباع، ورد عليه المبيع بعيب، أو أمره بشرط الخيار، فشرطه، ففسخ البيع، لم يكن له بيعه ثانياً.

الثانية: قال: بع نصيبي من كذا، أو قاسم شركائي، أو خذ بالشفعة، فأنكر الخصم ملكه، هل له الإثبات؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء، هل يثبت؟

الثالثة: قال: بع بشرط الخيار، فباع مطلقاً، لم يصح. ولو أمره بالبيع وأطلق، لم يكن للوكيل شرط الخيار، للمشتري، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع. وفي شرطهما الخيار لأنفسهما أو للموكل، وجهان: قلت: أصحابهما: الجواز، وبه قطع في «التممة». والله أعلم.

الرابعة: أمره بشراء عبد، أو بيع عبد، لا يجوز العقد على بعضه، لضرر التبعض ولو فرضت فيه غبطة. وفيه وجه شاذ ضعيف. ولو قال: اشتره بهذا الثوب، فاشتره بنصف الثوب، صح.

الخامسة: قال: بع هؤلاء العبيد، أو اشتر لي خمسة أعبد، ووصفهم، فله الجمع والتفريق، إذ لا ضرر. ولو قال: اشترهم صفقة، ففرق، لم يصح للموكل. فلو اشترى خمسة من مالكين، لأحدهما ثلاثة، وللآخر اثنان دفعة، وصححنا مثل هذا العقد، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان: أحدهما: الصحة، لأنه ملكهم دفعة. وأصحهما: المنع، لأنه إذا تعدد البائع، لم تكن الصفقة واحدة.

السادسة: قال: بع هؤلاء الأعبد الثلاثة بألف، لم يبيع واحداً منهم بدون ألف. ولو باعه بألف، صح. ثم هل يبيع الآخرين؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم. ولو قال: بع من عبيدي من شئت، أبقى بعضهم ولو واحداً.

السابعة: وكَّله باستيفاء دينه على زيد، فمات زيد، نظر، إن قال: وكلتك بطلب حقي من زيد، لم يطالب الورثة. وإن قال: بطلب حقي الذي على زيد، طالبهم. قلت: ولو لم يمت، جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان، قاله في «الشامل» وغيره. والله أعلم.

الثامنة: أمره بالبيع مؤجلاً، لا يلزمه المطالبة بعد الأجل، ولكن عليه بيان الغريم. وكذلك لو قال: ادفع هذا الذهب إلى صائغ، فقال: دفعته، فطالبه الموكل ببيانه، فقال القفال: يلزمه البيان. فلو امتنع، صار متعدداً، حتى لو بينه بعد ذلك، وكان تلف في يد الصائغ، يلزمه الضمان. قال القفال: والأصحاب يقولون: لا يلزمه البيان.

قلت: هذا المنقول عن الأصحاب، ضعيف أو خطأ. والله أعلم. التاسعة: قال لرجل: بع عبدك لفلان بألف، وأنا أدفعه إليك، فباعه له، قال ابن سريج: يستحق البائع الألف على الأمر دون المشتري. فإذا غرم الأمر، رجع على المشتري.

قلت: هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجهين: وهما لزوم الألف للأمر، ورجوعه بها بغير إذن المشتري. ومن قضى دين غيره بلا إذن، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان. وقد قال أصحابنا: لو قال: بع عبدك لفلان بألف عليّ، لم يصح التزامه. فالصواب: أنه لا يلزم الأمر شيء، لأنه ضمان ما لم يجب، ولا جرى سبب وجوبه. ثم رأيت صاحب «الحاوي» رحمه الله، أوضح المسألة فقال: لو قال لرجل: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم، وهي عليّ دونه، فله حالان:

أحدهما: أن يكون هذا الأمر هو المتولي للعقد، فيصح ويكون مشترياً لغيره بضمن في ذمته، فيعتبر حال زيد المشتري له. فإن كان مولياً عليه، أو أذن فيه، كان الشراء له، والضمن على العاقد الضامن. وإن كان غير مولى عليه، ولا أذن، كان المشتري للعاقد، يعني على الأصح فيما لو قال: اشتريه لزيد، وليس وكيلاً له وعلى وجه: يبعه باطل.

الحال الثاني: أن يكون زيد هو العاقد، فوجهان: أحدهما: يصح ويكون العبد لزيد بلا ثمن، والضمن على الضامن الأمر، قاله ابن سريج. والثاني - قال: وهو الصحيح - : أن البيع باطل، لأن عقد البيع ما أوجب تملك المبيع عوضاً على المالك، وهذا مفقود هنا، فيبطل. فعلى هذا، لو قال: بع عبدك على زيد بألف درهم، وخمسمة عليّ، ففعل، فعند ابن سريج: العقد صحيح، وعلى المشتري ألف، وعلى الأمر خمسمئة، وعلى الصحيح: العقد باطل، هذا كلام صاحب «الحاوي» وهو واضح حسن. وعجب من الإمام الرافعي، اقتصاره على ما حكاه عن ابن سريج، وإهماله بيان المذهب الصحيح. ثم حكايته عن ابن سريج، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا. والله أعلم.

العاشرة: قال: اشتري عبد فلان بثوبك هذا، أو بدراهمك، ففعل، حصل الملك للأمر ورجع عليه المأمور بالقيمة أو المثل. وفي وجه ضعيف: لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع.

الحادية عشرة: متى قبض وكيل المشتري المبيع، وغرم الثمن من ماله، لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له. وفي وجه ضعيف: له ذلك.

الثانية عشرة: وكّله عمرو باستيفاء دينه من زيد، فقال زيد: خذ هذه العشرة، واقض بها دين عمرو، فأخذها، صار وكيلاً لزيد في قضاء دينه، حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل. ولو تلفت عند الوكيل، بقي الدين على زيد. ولو قال زيد: خذها عن الدين الذي تطالبني به لعمرو، فأخذها، كان قبضاً لعمرو، وبرئ زيد، وليس له الاسترداد. ولو قال: خذها قضاءً لدين فلان، فهذا محتمل للحالين. فلو تنازع عمرو وزيد، فالقول قول زيد بيمينه.

قلت: المختار في هذه الصورة، أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو. والله أعلم.

الثالثة عشرة: دفع إليه دراهم ليتصدق بها، فتصدق ونوى نفسه، لغت نيته ووقعت الصدقة للأمر.

الرابعة عشرة: وكّل عبداً ليشترى له نفسه، أو مولى آخر من مولاه، صح على

الأصح. فعلى هذا، قال صاحب «التقريب»: يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول: اشتريت نفسي منك لموكلي فلان، وإلا فقله: اشتريت نفسي، صريح في اقتضاء العتق، فلا يندفع بمجرد النية. ولو قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من سيدي، ففعل، صح. قال صاحب «التقريب»: ويشترط التصريح بالإضافة إلى العبد، فلو أطلق، وقع الشراء للوكيل، لأن البائع لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل توفية الثمن.

الخامسة عشرة: قال لرجل: أسلم لي في كذا، وأدّ رأس المال من مالك، ثم ارجع عليّ، قال ابن سريج: يصح ويكون رأس المال قرضاً على الأمر. وقيل: لا يصح، لأن الإقراض لا يتم إلا بالإقباض، ولم يوجد من المستقرض قبض.

قلت: الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «العدة»: أنه لا يصح. قال الشيخ أبو حامد: هذا الذي قاله أبو العباس، سهو منه. قال: وقد نص الشافعي رحمته الله في كتاب الصرف، أن ذلك لا يجوز. والله أعلم.

السادسة عشرة: لو أبرأ وكيل المسلم المسلم إليه، لم يلزم إبرأؤه الموكل. لكن المسلم إليه لو قال: لا أعلمك وكياً، وإنما التزمت لك شيئاً وأبرأتني منه، نفذ في الظاهر، ويتعطل بفعله حق المسلم. وفي وجوب الضمان عليه قولاً الغرم بالحيلولة. والأظهر: وجوبه، لكن لا يغرم مثل المسلم فيه ولا قيمته، كي لا يكون اعتياضاً عن السلم، وإنما يغرم رأس المال، كذا حكاه الإمام عن العراقيين، واستحسنه. ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه.

السابعة عشرة: قال: اشتر لي طعاماً، نص الشافعي رحمته الله، على أنه يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم. قال الروياني: وعلى هذا لو كان بطبرستان، لم يصح التوكيل، لأنه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم.

الثامنة عشرة: قال: وكلتك بإبراء غرمائي، لم يملك الوكيل إبراء نفسه. فإن قال: وإن شئت فأبرئ نفسي، فعلى الخلاف في توكيل المديون بإبراء نفسه. ولو قال: فرّق ثلثي على الفقراء، وإن شئت أن تضعه في نفسك فافعل، فعلى الخلاف فيمن أذن له في البيع لنفسه.

التاسعة عشرة: قال: بع هذا ثم هذا، لزمه رعاية الترتيب، قاله القفال. العشرون: جعل للوكيل أجلاً، فباع، استحقه وإن تلف الثمن في يده، لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل.

قلت: ومن مسائل الباب فروع:

أحدها: قال في «الحاوي»: لو شهد لزيد شاهدان عند الحاكم أن عمراً وكّله،

فإن وقع في نفس زيد صدقهما، جاز العمل بالوكالة. ولو رد الحاكم شهادتهما، لم يمنع ذلك من العمل بها، لأن قبولها عند زيد خبر، وعند الحاكم شهادة. وإن لم يصدقهما، لم يجز له العمل بها، ولا يغني قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقه.

الثاني: قال في «الحاوي»: إذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بتوكيله، فإن كانت الوكالة فيما لو جحد الموكل ضمنه الوكيل، كالبيع، والشراء، وقبض المال، وقضاء الدين، لزمه. وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل، كإثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمة الشريك، لم يلزمه.

الثالث: قال في «البيان»: لو قال: اشتر لي جارية أطؤها، ووصفها، وبين ثمنها، فاشترى من تحرم عليه، أو أخت من يطؤها، لم يلزم الموكل، لأنه غير المأذون فيه.

الرابع: وكَّله أن يتزوج امرأة، ففي اشتراط تعيينها وجهان في «البيان» وغيره، الأصح أو الصحيح: الاشتراط. والله أعلم.

الباب الثالث: في الاختلاف

وهو ثلاثة أضرب:

الأول: في أصل العقد. فإذا اختلفا في أصل الوكالة، أو كيفيتها، أو قدر ما يشتري به، فقال: وكلتني في بيع كله، أو بيع نسيئة، أو بعشرة، فقال: بل في بيع بعضه، أو بحال، أو بخمسة، فالقول قول الموكل.

فرع: أذن في شراء جارية، فاشترها الوكيل بعشرين، وقال: أذنت لي في العشرين، وقال الموكل: بل في عشرة، وحلفناه، فحلف، فينظر في الشراء، أكان بعين مال الموكل، أم في الذمة؟ فإن كان بعينه، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان، وأن الشراء له، فهو باطل. وإن لم يذكر في العقد، وقال بعد الشراء: إنما اشتريت له، فإن صدقه البائع، فالعقد باطل، فإذا بطل، فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ. وإن كذبه البائع، وقال: إنما اشتريت لنفسك والمال لك، حلف على نفي العلم بالوكالة، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر، وسلم الثمن المعين إلى البائع، وغرم الوكيل مثله للموكل. وإن كان الشراء في الذمة، نظر، إن لم يسم الموكل بل نواه، كانت الجارية للوكيل بالشراء له ظاهراً، وإن سماه، فإن صدقه البائع بطل الشراء، لاتفاقهما على أنه للغير. وإن كذبه، وقال: أنت مبطل في تسميته، لزم الشراء للوكيل.

وهل يكون كما لو اقتصر على النية، أم يبطل الشراء؟ وجهان سبق نظرهما.

أصحهما: صحته ووقوعه للوكيل. وحيث صححنا الشراء، وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً، وهو يزعم أنها للموكل، قال المزني: والشافعي رحمهما الله: يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر للمأمور، فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين، فقد بعته إياها بعشرين. فيقول الآخر: قبلت ليحل له الفرج. قال أصحابنا: إن أطلق الموكل وقال: بعتكها بعشرين. فقال المشتري: اشتريت، صارت الجارية له ظاهراً وباطناً. وإن علق كما ذكره المزني، فوجهان: أحدهما: لا يصح، للتعليق. قالوا: والتعليق فيما حكاه المزني، من كلام الحاكم، لا من كلام الموكل. وأصحهما: الصحة، لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط، فلا يضر التعرض له. وسواء أطلق البيع، أو علقه، لا نجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل. وإن امتنع الموكل من الإجابة، أو لم يرفق به الحاكم، نظر، إن كان الوكيل كاذباً، لم يحل له وطؤها، ولا التصرف فيها ببيع ولا غيره إن كان الشراء بعين مال الموكل، لأن الجارية للبائع. وإن كان في الذمة، ثبت الحل، لوقوع الشراء للوكيل، لكونه مخالفاً للموكل. وذكر في «التممة»: أنه إذا كان كاذباً والشراء بعين مال الموكل، فللوكيل بيعها بنفسه أو بالحاكم، لأن البائع يكون أخذ مال الموكل بغير استحقاق، وقد غرم الوكيل للموكل، وكان له أن يقول للبائع: رد مال الموكل، لكن تعذر ذلك باليمين، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ملكه.

وإن كان الوكيل صادقاً، ففيه أوجه:

أحدها: يحل للوكيل ظاهراً وباطناً، فيحل له الوطاء وكل تصرف، حكى عن الإصطخري، وهو بناء على أن الملك يقع للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل. فإذا تعذر نقله، بقي له. ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا اشترى في الذمة، وإليه مال الإمام. والوجه الثاني: إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل، فالجارية له ظاهراً وباطناً، وكأنه كذب نفسه، وإلا، فلا.

والوجه الثالث: وهو الأصح: أنه لا يملكها باطناً، بل هي للموكل، وللوكيل عليه الثمن، فهو كمن له على رجل دين لا يؤديه، فظفر بغير جنس حقه، ففي جواز بيعه وأخذ الحق من ثمنه، خلاف. الأصح: الجواز. ثم هل يباشر البيع بنفسه، أم يرفع الأمر إلى القاضي لبيع؟ فيه خلاف. والأصح هنا: له البيع بنفسه، لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع. وإذا قلنا: ليس له أخذ حقه من ثمنها، فهل يوقف في يده حتى يظهر مالها، ويأخذها الحاكم ويحفظها؟ وجهان: يأتي نظائرهما إن شاء الله تعالى.

فرع: لو اشترى جارية، فقال الموكل: إنما وكلتك بشراء غيرها، وحلف عليه، بقيت الجارية في يد الوكيل، والحكم على ما ذكرناه في الصورة السابقة، فيتلف الحاكم ويرفق.

فرع: باع الوكيل مؤجلاً، ثم ادعى أنه مأذون له فيه، فقال الموكل: ما أذنت لك إلا في حال، فالقول قول الموكل. ثم لا يخلو، إما أن ينكر المشتري الوكالة، أو يعترف بها.

الحال الأول: أن ينكر، فالموكل يحتاج إلى البينة. فإن لم تكن فالقول قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة، فإن حلف، قرر المبيع في يده، وإلا، فترد العين على الموكل. فإن حلف، حكم بطلان البيع، وإلا، فهو كما لو حلف المشتري. ونقول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري، لا يمنعه من الحلف على الوكيل. وإذا حلف عليه، فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثلياً، ولا يطالب الوكيل المشتري حتى يحل الأجل، مؤاخذه له بمقتضى تصرفه، فإذا حل، نظر، إن رجع عن قوله الأول وصدق الموكل، لم يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن والقيمة. وإن لم يرجع، بل أصر على قوله، طالبه بالثمن بتمامه. فإن كان مثل القيمة أو أقل، فذاك. وإن كان أكثر، فالزيادة في يده للموكل بزعمه، والموكل ينكرها، فهل يحفظها أم يلزمه دفعها إلى القاضي؟ فيه خلاف مذكور في مواضع ثم إن كان ما أخذه من جنس حقه، فذاك، وإلا فعلى الخلاف السابق، كذا قاله الجمهور وهو المذهب. وقال الإمام، والغزالي: يقطع هنا بأخذه، لأن المالك في غير الجنس يدعيه لنفسه، والموكل هنا لا يدعي الثمن، فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم.

الحال الثاني: أن يعترف المشتري بالوكالة، فينظر، إن صدق الموكل، فالبيع باطل، وعليه رد المبيع. فإن تلف، فالموكل بالخيار، إن شاء غرّم الوكيل، لتعديده، وإن شاء غرّم المشتري. وقرار الضمان على المشتري، لحصول الهلاك في يده، ويرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل. وإن صدق الوكيل، فالقول قول الموكل مع يمينه، فإن حلف، أخذ العين. وإن نكل، حلف المشتري وبقيت له. الموضع الثاني: في المأذون فيه، إذا وكله في بيع، أو هبة، أو صلح، أو طلاق، أو إعتاق، أو إبراء، فقال: تصرفت كما أذنت، وقال الموكل: لم تتصرف بعد، نظر، إن جرى هذا الاختلاف بعد انعزال الوكيل، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأنه غير مالك للتصرف حينئذ. وإن جرى قبل الانعزال، فهل القول قول الموكل، أم الوكيل؟ قولان. أظهرهما عند الأكثرين: الأول، وهو نصه في مواضع. وقيل: ما يستقل به الوكيل، كالطلاق، والإعتاق، والإبراء، يقبل قوله فيه بيمينه، وما لا، كالبيع، فلا. ولو صدق الموكل الوكيل في البيع ونحوه، لكن قال: عزلتك قبل التصرف، وقال الوكيل: بل بعد التصرف، فهو كما لو قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، فقالت: انقضت عدتي

قبل الرجعة. ولو قال الموكل: باع الوكيل، فقال: لم أبع. فإن صدق المشتري الموكل، حكم بانتقال الملك إليه، وإلا، فالقول قوله.

فرع: دعوى الوكيل تلف المال، مقبولة بيمينه قطعاً، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل، وكذا إن كان بجعل على الأصح، وقد ذكرناه في كتاب الرهن. وكل ما ذكرناه هنا وهناك، إذا ادعى الرد على من ائتمنه. فإن ادعى الرد على غيره، لم يقبل، وسيأتي إيضاحه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى. ومن ذلك، أن يدعي الوكيل الرد على رسول المالك، لاسترداد ما عنده، وينكر الرسول، فالقول قول الرسول بلا خلاف، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه. وقيل: يلزمه، لأنه معترف بالرسالة، ويدرسوله يده، فكأنه ادعى الرد عليه. الموضوع الثالث: في القبض، فإذا وكله بقبض دين، فقال: قبضته، وأنكر الموكل، نظر، إن قال: قبضته وهو باقٍ في يدي، فحذه، لزمه أخذه، ولا معنى لهذا الاختلاف. وإن قال: قبضته وتلف في يدي، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم بقبض الوكيل، لأن الأصل بقاء حقه، هذا هو المذهب. وقيل: بطرد الخلاف في اختلافهما في البيع ونحوه. فعلى المذهب، إذا حلف الموكل، أخذ حقه ممن كان عليه، ولا رجوع له على الوكيل، لاعترافه بأنه مظلوم. ولو وكله في البيع وقبض الثمن، أو في البيع مطلقاً، وجوزنا له قبض الثمن، فاتفقا على البيع، واختلفا في قبض الثمن، فقال الوكيل: قبضته وتلف في يدي، أو دفعته إليك وأنكر الموكل، ففي المصدق منهما طريقان. أحدهما: على الخلاف السابق في البيع ونحوه. وأصحهما: أنهما إن اختلفا قبل تسليم المبيع، فالقول قول الموكل، وإن كان بعد تسليمه، فوجهان: أحدهما: قول الموكل. وأصحهما: قول الوكيل، وبه قال ابن الحداد، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيانه بالتسليم بلا قبض، والأصل عدمه.

وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً. فإذا أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل، لم يكن خائناً بالتسليم بلا قبض، فالاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فإذا صدقنا الوكيل فحلف، ففي براءة المشتري، وجهان: أحدهما عند الإمام: يبرأ. وأصحهما: عند البغوي: لا. فعلى الأول، إذا حلف وبرى المشتري، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً، فإن رده على الموكل وغرمه الثمن، لم يكن له الرجوع على الوكيل، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً. وإن رده على الوكيل وغرمه، لم يرجع على الموكل، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئاً، ولا يلزم من تصديقنا للوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن نثبت بها حقاً على غيره. ولو خرج المبيع مستحقاً، رجع المشتري بالثمن على الوكيل، لأنه

دفعه إليه، ولا رجوع له على الموكل لما سبق. ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن، وقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكل: بل هو باقٍ عندك، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه. والمذهب: أن القول قول الموكل. ولو قال الموكل: قبضت الثمن فادفعه إليّ، فقال الوكيل: لم أقبضه بعد، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وليس للموكل طلبه من المشتري، لاعترافه بقبض وكيله، لكن لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض الثمن، فهو متعد، فللموكل أن يغرمه قيمة المبيع.

فصل: دفع إليه مالا، ووكله بقضاء دينه به، ثم قال الوكيل: قضيت به، وأنكر رب الدين، صدق رب الدين بيمينه، فإذا حلف، طالب الموكل بحقه، وليس له مطالبة الوكيل. وهل يقبل قول الوكيل على الموكل؟ قولان. أظهرهما: لا. والثاني: نعم بيمينه. فعلى الأظهر: ينظر، إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضرة الموكل، فلا رجوع للموكل عليه على الأصح. وإن دفع في غيبته، رجع، وسواء صدقه الموكل في الدفع، أم لا، على الصحيح. وفي وجه: لا يرجع إذا صدقه. فلو قال: دفعت بحضرتك، صدق الموكل بيمينه. وإن كان قد أشهد، لكن مات الشهود، أو جنوا، أو غابوا، فلا رجوع. وإن أشهد واحداً أو مستورين، فبانا فاسقين، فوجهان: وكل ذلك، على ما ذكرناه في رجوع الضامن على الأصيل. ولو أمره بالإيداع، ففي لزوم الإشهاد وجهان مذكوران في الودعة.

فصل: إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، لم يقبل إلا بينة على الصحيح.

فصل: إذا طالب المالك من في يده المال بالرد، فقال: لا أرد حتى تشهد عليك، نظر، إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل، فأوجه: أصحها: ليس له ذلك. والثاني: بلى. والثالث: إن كان التوقف إلى الإشهاد يؤخر التسليم، فليس له، وإلا، فله. وإن كان ممن لا يقبل قوله كالغاصب، فإن كان عليه بينة بالأخذ، فله الامتناع، وإلا، فوجهان: صحح البغوي الامتناع، وقطع العراقيون بعدمه، لأنه يمكنه أن يقول: ليس له عندي شيء، ويحلف، والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان.

فصل: إذا كان عليه دين لزيد، أو عين في يده، فقال رجل: أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه، فله حالان:

أحدهما: أن يصدقه في دعوى الوكالة، فله دفعه إليه. فإن دفع فحضر زيد، وأنكر الوكالة، فالقول قوله بيمينه. فإذا حلف، فإن كان الحق عيناً، أخذها، فإن تلفت، فله تغريم من شاء منهما، ولا رجوع للغارم على الآخر، لأنه مظلوم بزعمه،

فلا يؤاخذ غير ظالمه . قال في «التتمة»: هذا إذا تلفت بلا تفريط وإن تلفت بتفريط القابض، نظر، إن غرم القابض، فلا رجوع. وإن غرم الدافع، رجع، لأن القابض وكيل عنده، والوكيل يضمن بالتفريط، وزيد ظالمه بأخذ القيمة منه، وماله في ذمة القابض، فيستوفيه بحقه. وإن كان الحق ديناً، فله مطالبة الدافع بحقه. وإذا غرمه، قال المتولي: إن كان المدفوع باقياً، فله استرداده وإن كان ذلك لزيد في زعمه، لأنه ظالمه بتفريطه، وقد ظفر بماله. وإن كان تالفاً، فإن فرط فيه، غرمه، وإلا، فلا. وهل لزيد مطالبة القابض؟ نظر، إن تلف المدفوع عنده، فلا، وكذا إن كان باقياً على الأصح، وبه قال الأكثرون، لأن الآخذ فضولي بزعمه، والمأخوذ ليس حقه، وإنما هو مال المديون. وقال أبو إسحاق، والشيخ أبو حامد: له مطالبتها، لأنه في معنى وكيله بالدفع إليه. فعلى هذا، إذا أخذه، برىء الدافع، هذا كله في جواز الدفع إذا صدقه في الوكالة، وهل يلزم الدفع، أم له الامتناع إلى قيام البينة؟ نص هنا، أن له الامتناع. ونص فيما لو أقر بدين أو عين لزيد، وأنه مات وهذا وارثه: أنه يلزمه الدفع بلا بينة؟ فقيل قولان فيهما. والمذهب: تقرير النصين.

الحال الثاني: أن لا يصدقه، فلا يكلف الرفع إليه. فإن دفع ثم حضر زيد وحلف على نفي الوكالة، غرم الدافع، وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً، لأنه لم يصرح بصدقه. ولو أنكر الوكالة أو الحق، وكان الوكيل مأذوناً له في إقامة البينة، أو قلنا: الوكيل بالقبض مطلقاً له إقامة البينة، أقامها وأخذ الحق. فإن لم تكن بينة، فهل له التحليف؟ يبني على أنه لو صدقه، هل يلزمه الدفع؟ إن قلنا: نعم، حلفه، وإلا، فيبني على أن النكول مع يمين الرد كالبينة، أم كالأقرار؟ وإن قلنا: بالأول، حلفه، وإلا، فلا.

فرع: جاء رجل وقال لمن عليه الدين: أحالني به مالكة، فصدقه. وقلنا: إذا صدق مدعي الوكالة، لا يلزمه الدفع، فهنا وجهان: أحدهما: يلزمه كالوارث. ولو كذبه ولم تكن بينة، هل له تحليفه؟ إن ألزمناه الدفع، فنعم، وإلا، فكما سبق. ولو قال: مات فلان وله عندي كذا، وهذا وصيه، فهو كقوله: وارثه. فلو قال: مات، وقد أوصى به لهذا الرجل، فكأقراره بالحوالة.

فرع: إذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي، أو لم نوجب، فدفع، ثم بان حياة المستحق، وغرم الدافع، فله الرجوع على المدفوع إليه. ولو جحد الحوالة، فكجحد الوكالة.

فصل: إذا ادعى على رجل أنه دفع إليه متاعاً لبيعه ويقبض ثمنه، وطالبه برده، أو قال: بعته وقبضت ثمنه فسلمه إليّ، فأنكر المدعي عليه، فأقام المدعي بينة

بما ادعى، فادعى المدعى عليه أنه كان تلف، أو رد، نظر في صيغة جحوده، فإن قال: ما لك عندي شيء، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، قبل قوله في الرد والتلف. وإن أقام بينة، سمعت، إذ لا تناقض بين كلاميه. وإذا كانت صيغته: ما وكلتني، أو ما دفعت إليّ شيئاً، أو ما قبضت، فإن ادعى التلف أو الرد قبل الجحود، لم يقبل، لمناقضته، ولزمه الضمان. وإن أقام بينة بما ادعاه، فوجهان: أحدهما: تسمع دعواه وبينته. وأصحهما: عند الإمام، والغزالي: لا تسمع. ولو ادعى أنه رد بعد الجحود، لم يصدق، لمصيره خائناً. فلو أقام بينة، سمعت على المذهب، وهو المعروف، لأن غايته أن يكون كالغاصب، ومعلوم أنه تسمع بينته بالرد. وقال الإمام: فيه الوجهان، للتناقض، وهو حسن. ولو ادعى التلف بعد الجحود، صدق بيمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين، ولكن يلزمه الضمان، لخيانته، كما إذا ادعى الغاصب التلف.

فصل: إذا ادعى عليه خيانة، لم تسمع حتى يبين ما خان به، بأن يقول: بعث بعشرة، وما دفعت إليّ إلا خمسة.

فصل: وكل قبض دين أو استرداد وديعة، فقال المديون والمودع: دفعت، وصدقه الموكل، وأنكر الوكيل، هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد.

قلت: الأصح: أنه لا يغرم. والله أعلم.

فصل: من قال: أنا وكيل في النكاح أو البيع، وصدقه من يعامله، صح العقد. فلو قال الوكيل بعد العقد: لم أكن مأذوناً فيه، لم يلتفت إليه، ولم يحكم ببطلان العقد، وكذا لو صدقه المشتري، لأن فيه حقاً للموكل، إلا أن يقيم المشتري بينة على إقراره بأنه لم يكن مأذوناً في ذلك التصرف.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإقرار

هو إخبار عن حق سابق، وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة:

الركن الأول: المقر، وهو مطلق، ومحجور عليه. فالمطلق، يصح إقراره. قال الغزالي: يصح إقراره بكل ما يقدر على إنشائه، وهذا الضبط تستثنى منه صور. منها: لو قال الوكيل: تصرفتُ كما أذنت، فقال الموكل: لم تتصرف، لم يقبل إقرار الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الإنشاء. وكذا لو قال: استوفيتُ ما أمرتني باستيفائه، ونازعه كما سبق.

ومنها: إنشاء نكاح الثيب إلى وليها، وإقراره غير مقبول، ويمكن أن يزداد في الضبط فيقال: ينفذ إقراره في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بإنشائها. أو يقال: ما يقدر على إنشائه، يؤخذ المقر بموجب إقراره، ولا يلزمه نفوذه في حق الغير، فتخرج عنه المسائل. وأما المحجور، فقد ذكرنا أقسامه في كتاب الحجر. فمنه الصبي، وإقراره باطل، لكن يصح إقراره بالوصية والتدبير إذا صححناها منه. ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام، أو ادعت أنها بلغت بالحيض في وقت إمكانهما، صدقا. فإن فرض ذلك في خصومة، لم يحلفا، لأنه لا يعرف إلا من جهتهما، فأشبه إذا علق العتق بمشيئة غيره فقال: شئت، صدق بلا يمين، هكذا قاله الشيخ أبو زيد، والإمام، والغزالي. قال الإمام: فلو بلغ مبلغاً يتيقن بلوغه، فالظاهر أنه لا يحلف أيضاً على أنه كان بالغاً، لأننا إذا حكمنا بمقتضى قوله، فقد أنهينا الخصومة منتهاها، فلا عود إلى التحليف. وفي «التهذيب» وغيره: أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة، وذكر أنه احتلم، حلف وأخذ السهم. فإن لم يحلف، ففي إعطائه، وجهان: ولو ادعى البلوغ بالسن، طوب بالبيئة، لامكانها. فلو كان غريباً خامل الذكر، فهل يطالب بالبيئة لإمكانها من جنس المدعي؟ أم يلحق بالاحتلام؟ أم ينظر إلى الإنبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار؟ فيه ثلاثة احتمالات للإمام. أصحها: أولها.

قلت: ولو أقر بعد بلوغه ورشده أنه أتلف في صباه مالاً، لزمه الآن قطعاً، كما لو قامت به بينة، ذكره ابن كج. والله أعلم.

ومنه المجنون، وهو مسلوب العبارة إنشاء وإقراراً في كل شيء بلا استثناء. وفي السكران، خلاف وتفصيل مشهور، نذكره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

قلت: والمغمى عليه، ومن زال عقله بسبب يعذر فيه، كشرب الدواء ونحوه، أو أكره على شرب الخمر، لا يصح إقرارهم. والله أعلم.

ومنه: حجر المبذر والمفلس، وقد سبق حكمهما في بابيهما. ويقبل إقرار المحجور عليه للفلس بالنكاح، دون المحجور عليه لسفه، اعتباراً للإقرار بالإنشاء. قال الإمام: وإقرار السفهية بأنها منكوحة فلان، كإقرار الرشيدة، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانبها، وفيه احتمال بسبب ضعف قولها وعقلها.

فصل: ومن المحجور عليه: الرقيق. والذي يُقَرُّ به، ضربان:

أحدهما: يوجب العقوبة، كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، والقذف، وما يوجب القصاص في النفس، أو الطرف، فيقبل إقراره به، وتقام عليه عقوبته، خلافاً للمزني. وإذا أقر بسرقة توجب القطع، قُبِلَ في القطع. وأما المال، فإن كان تالفاً، فقولان: أحدهما: يقبل ويتعلق الضمان برقبته. وأظهرهما: لا يقبل ويتعلق الضمان بدمته، إلا أن يصدقه السيد فيقبل. وإن كان باقياً، نظر، إن كان في يد السيد، لم ينتزع منه إلا بتصديقه. وإن كان في يد العبد، فطريقان. أحدهما: أن في انتزاعه القولين في التالف. فإن قلنا: لا ينتزع، ثبت بدله في دمه. والطريق الثاني: لا ينتزع قطعاً، لأن يده كيد سيده. وقيل: إن كان المال في يد العبد، قبل إقراره، وإلا، فلا. وإذا اختصرت قلت: في قوله أربعة أقوال: أظهرها: لا يقبل. والثاني: يقبل. والثالث: يقبل إن كان المال باقياً. والرابع: عكسه. وإذا أقر بسرقة توجب القطع، ثم رجع، كان كإقراره بسرقة لا توجب القطع، وسنذكرها في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى. ولو أقر بالقصاص على نفسه، فعفا المستحق على مال، أو عفا مطلقاً، وقلنا: إنه يوجب المال، فوجهان: أحدهما: عند البغوي: أنه يتعلق برقبته. وإن كذبه السيد، لأنه إنما أقر بالعقوبة، وإنما وجب المال بالعفو. والثاني: أن الحكم كذلك إن قلنا: موجب العمد القصاص، فإن قلنا: موجه أحد الأمرين، ففي ثبوت المال، قولان، كالإقرار بالسرقة الموجبة للقطع.

الضرب الثاني: ما لا يوجب عقوبة، فإذا أقر بدين جنائية، كغصب، أو سرقة لا توجب قطعاً، أو إتلاف، وصدقه السيد، تعلق برقبته، فيباع فيه إلا أن يفديه السيد،

وإذا بيع فبقي شيء من الدين، فهل يتبع به إذا عتق؟ فيه قولان المذكوران في كتاب الجنائيات.

قلت: أظهرهما وهو الجديد: لا يتبع. والله أعلم.

وإن كذبه السيد، لم يتعلق برقبته، لكن يتعلق بذمته، يُتبع به إذا عتق، ولا يخرج عن القولين فيما إذا بيع في الدين وبقي شيء، لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة، فكأن الحق انحصر فيها. وقيل: بطردهما، لأن الزائد على القيمة لا يتعلق بالرقبة، كما أن أصل الحق هنا، غير متعلق بها. ولو أقر بدين معاملة، فإن لم يكن مأذوناً له في التجارة، لم يقبل إقراره على السيد، بل يتعلق المُقَرُّ به بذمته، يطالب به إذا عتق، سواء صدقه السيد، أم لا. وإن كان مأذوناً فيها، قُبِلَ وأدى من كسبه وما في يده، إلا إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض. ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين، ولم يعين جهته، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح، لاحتمال أنه بإتلاف، ولا فرق في دين الإتلاف بين المأذون وغيره. ولو حجر عليه، فأقر بعد الحجر بدين معاملة، إضافة إلى حال الإذن، لم تقبل إضافته على الأصح.

فرع: من نصفه حر، لو أقر بدين جنائية، لم يقبل فيما يتعلق بسيدته، إلا أن يصدقه، ويقبل في نصفه. وعليه قضاؤه مما في يده. ولو أقر بدين معاملة، فمتى صححنا تصرفه، قبلنا إقراره عليه، وقضيناها مما في يده. ومتى لم نصححه، فإقراره كإقرار العبد.

فرع: إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبة، مردود، وبدين الجنائية، مقبول، إلا أنه إذا بيع فيه وبقي شيء، لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه. وكذا إقراره بدين المعاملة، لا يقبل على العبد.

قلت: قال ابن كج: لو عتق، ثم أقر بأنه أتلف مائلاً لرجل قبل العتق، لم يلزم السيد، ويُطالب به العبد. ولو قامت بينة بأنه كان جنى، لزم السيد أقل الأمرين من أرش جنايته وقيمته. قال البغوي: كل ما قبل إقرار العبد فيه كالعقوبات، فالدعوى فيه تكون على العبد. وما لا يقبل المال المتعلق برقبته، إذا صدقه السيد، فالدعوى على السيد. فإن ادعى في هذا على العبد، إن كان له بينة، سمعت، وإلا، فإن قلنا: اليمين المردودة كالبينية، سمعت رجاء نكوله. وإن قلنا: كالإقرار، فلا. ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة، وله بينة، ففي سماعها وجهان: كالدين المؤجل. والله أعلم.

فصل: ومن المحجور عليهم، المريض مرض الموت، وفيه مسائل:

إحداها: يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات، وبالدين والعين للأجنبي،

وفي إقراره للوارث بالمال، طريقان. أحدهما: يقبل قطعاً. وأصحهما: عند الجمهور: على قولين. أظهرهما: القبول. واختار الروياني مذهب مالك رحمه الله، وهو أنه إن كان متهماً، لم يقبل إقراره، وإلا، فيقبل، ويجتهد الحاكم في ذلك. فإن قلنا: لا يقبل، فهل الاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت، أم بحال الإقرار؟ فيه وجهان: وقيل: قولان. أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد: بحال الموت، كالوصية. ولو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه، وأقبضه في الصحة، أشار الإمام إلى طريقين. أحدهما: القطع بالمنع، لأنه عاجز عن انشائه. والثاني: أنه على القولين في الإقرار للوارث، ورجح الغزالي: المنع، واختار القاضي حسين: القبول.

قلت: القبول أرجح. والله أعلم.

ولو أقر لوارثه وأجنبي معاً، وقلنا: لا يقبل للوارث، قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر.

المسألة الثانية: لو أقر في صحته بدين لرجل، وفي مرضه بدين لآخر، فهما سواء، كما لو ثبتا بالبينة، وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض.

قلت: وحكى في «البيان» قولاً شاذاً: أن دين الصحة يقدم. والله أعلم.

ولو أقر في صحته أو مرضه بدين، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر، فوجهان: أحدهما: يتساويان فيتضاربان في التركة، لأن الوارث يقوم مقامه، فصار كمن أقر بدينين. والثاني: يقدم ما أقر به المورث، لأنه بالموت تعلق بالتركة ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأول ببينة ثم أقر وارثه، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت، ثم أقر لآخر بدين آخر، وسواء كان الدين الأول مستغرقاً للتركة، أم لا. ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته، ثم تردت بهيمة في بئر كان حفرها بمحل عدوان، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم، الخلاف السابق فيما إذا جنى المفلس بعد الحجر عليه، قاله في «التتمة».

المسألة الثالثة: مات وخلف ألف درهم، فادعى رجل أنه أوصى له بثلث ماله، فصدقه الوارث، ثم جاء آخر فادعى عليه ألف درهم ديناً، فصدقه الوارث، قيل: يصرف الثلث إلى الوصية، لتقدمها. وقيل: يقدم الدين على الوصية كما هو المعروف فيهما. ولو صدق مدعي دين، أولاً، قدم قطعاً. ولو صدق المدعين معاً، قال الأكثرون: يقسم الألف بينهما أرباعاً، لأننا نحتاج إلى الألف للدين، وإلى ثلث المال للوصية، فيخص الوصية ثلث عائل، وهو الربع. وقال الصيدلاني: تسقط الوصية، ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة، وهذا هو الصواب، سواء قدمنا عند ترتب الإقرارين، الأول منهما، أو سويًا.

المسألة الرابعة: أقر المريض بعين مال لإنسان، ثم أقر لآخر بدين مستغرق أو غير مستغرق، سُلِّمَت العين للأول، ولا شيء للثاني، لأن المقر مات ولا يعرف له مال. ولو أقر بالدين أولاً، ثم أقر بالعين، فوجهان: أحدهما: أنه كما لو أقر بالعين أولاً، لأن الإقرار في الدين، لا يتضمن حجراً في العين، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه فيها. والثاني: يتزاحمان، لتعارض القوة فيهما.

قلت: لو أقر المريض أنه أعتق عبداً في صحته، وعليه دين يستغرق تركته، نفذ عتقه، لأن الإقرار ليس تبرعاً، بل إخبار عن حق سابق. ولو ملك أخاه، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته، وهو أقرب عصبته، نفذ عتقه. وهل يرث؟ يبني على الإقرار للوارث. إن صححناه، ورث، وإلا، فلا، لأن توريثه يقتضي إبطال حرثته، فيذهب الإرث. والله أعلم.

فرع: يشترط في صحة الإقرار الاختيار، فإقرار المكره، باطل كسائر تصرفه. قلت: ولو ضرب ليقر، فأقر في حال الضرب، لم يصح. وإن ضرب ليصدق في القضية، قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: إن أقر في حال الضرب، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر بعد الضرب، عمل به، ولو لم يستعده وعمل بالإقرار حال الضرب، جاز مع الكراهة، هذا كلام الماوردي. وقبول إقراره حال الضرب مشكل، لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرهاً، فإن المكره هو مَنْ أكره على شيء واحد، وهنا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار. وقبول إقراره بعد الضرب، فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر. والله أعلم.

الركن الثاني: المقر له، وله ثلاثة شروط:

أحدها: أهلية استحقاق الحق المقر به. فلو قال: لهذا الحمار أو لدابة فلان علي ألف، فهو لغو، ولو قال: لفلان علي ألف بسببها، صح على الصحيح، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها أو اكتراها. وقيل: لا يلزمه، لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة، ولا يتصور ذلك. ولو قال: لعبد فلان علي ألف أو عندي ألف، صح وكان إقراراً لسيده، والإضافة فيه كالإضافة في الهبة وسائر الانشاءات.

فرع: قال: لحمل فلانة علي ألف أو عندي ألف، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسند إلى جهة صحيحة، كقوله: ورثه من أبيه، أو وصى به له فلان، فيعتبر إقراره. ثم إن انفصل ميتاً، فلا حق له، ويكون لورثة من قال: أنه ورثه منه، أو للموصي، أو ورثته في صورة الوصية. وإن انفصل حياً، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الإقرار، استحققه. وإن انفصل لأكثر من أربع سنين، فلا، لتيقن عدمه،

وإن انفصل لسته أشهر فأكثر، ولدون أربع سنين، فإن كانت مستفرشة، لم يستحق، وإلا فقولان:

قلت: أظهرهما: الاستحقاق. والله أعلم.

وإذا ثبت الاستحقاق، فإن ولدت ذكراً، فهو له. أو ذكرين فأكثر، فلهم بالسوية، وإن ولدت أنثى، فهو لها إن أسنده إلى وصية. وإن أسنده إلى إرث من أبيها، فلها نصفه. وإن ولدت ذكراً وأنثى، فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية، وأثلاثاً إن أسنده إلى الإرث. هذا إذا اقتضت جهة الورثة ما ذكرنا، فإن اقتضت التسوية، كولدَي أم، سُوي بينهما في الثلث. قال الإمام: ولو أطلق الإرث، سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها.

قلت: وهذا المحكي عن الإمام قاله أيضاً ابن الصباغ. وقال الشيخ أبو حامد: يكون بينهما بالسوية. وإن تعذرت مراجعة المقر، فينبغي القطع بالسوية بينهما. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يطلق الإقرار، فيصح على الأظهر، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه.

الحال الثالث: أن يسند إلى جهة باطلة، كقوله: أقرضنيه أو باعني به شيئاً، فإن أبطلنا المطلق، فذا أولى، وإلا، فطريقان. أحدهما: القطع بالصحة. والثاني: على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه.

قلت: الأصح في هذا الحال: البطلان، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

وإذا صححنا الإقرار في الحاليين الآخرين، فانفصل ميتاً، فلا شيء له، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث والوصية، ويعمل بمقتضاها. قال الإمام: وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين، وكان القاضي يسأل حصة ليصل الحق إلى مستحقه. فإن مات قبل البيان، فكمن أقر لإنسان فردّه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يطالب ورثته كنفسه. وإن انفصل حياً للمدة المعتبرة، فالكل له، ذكراً كان أو أنثى. وإن انفصل ذكر وأنثى، فهو لهما بالسوية. ومتى انفصل حي وميت، فالميت كالمعدوم، وينظر في الحي كما ذكرنا.

فرع: أقر لإنسان بحمل جارية، أو بهيمة، ففيه التفصيل المذكور في الإقرار للحمل. فإن قال: إنه أوصى له به، صح، وينظر، كم بين انفصاليه وبين يوم الإقرار من المدة، على ما سبق. وفي حمل البهيمة، يرجع إلى أهل الخبرة. وإن أطلق، أو أسند إلى جهة باطلة، ففيه الخلاف المذكور. ولو أقر بالحمل لرجل، وبالأمر لآخر،

فإن جوزنا الإقرار بالحمل، صح الإقراران، وإلا، فقال البغوي: هما جميعاً للآخر، وهذا بناء على أن الإقرار بالحامل، إقرار بالحمل، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

فرع: أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوهما بمال، وأسنده إلى جهة صحيحة، كغلة وقف عليه، صح. وإن أطلق، فوجهان: تخريجاً من القولين في الحمل، وعلى قياسه ما إذا اسند إلى جهة باطلة.

الشرط الثاني: عدم تكذيبه، فيشترط لصحة الإقرار، عدم تكذيب المقر له، وإن كنا لا نشترط قبوله لفظاً. فإن كذبه، نظر، إن كان المقر به مالاً، ففيما يفعل به، أوجه: أصحابها: يترك في يد المقر. والثاني: ينتزعه الحاكم ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة. فإن رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلاً آخر. والثالث: يجبر المقر له على القبول والقبض، وهو بعيد. قال الشيخ أبو محمد: موضع الخلاف، ما إذا قال المقر: هذا المال لفلان، فكذبه. فأما إذا قال للقاضي: إن في يدي مالاً لا أعرف مالكة، فالوجه: القطع بأن القاضي يتولى حفظه. وأبعد بعضهم، فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً. ولو رجع المقر له عن الإنكار، وصدق المقر، فقد حكى الإمام، والغزالي: القطع بقبوله وتسليم المال إليه.

والأصح، ما ذكره المتولي وغيره: أنه مفرع على الخلاف. فإن قلنا: يترك في يد المقر، فقد حكمنا ببطالان الإقرار، فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد. وإن قلنا: ينتزعه الحاكم ويحفظه، لم يسلم إليه أيضاً. بل لو أقام بينة بأنه ملكه، لم تسمع، وإنما يسلم إليه إذا قلنا: بالوجه الثالث البعيد، فحصل أن المذهب عدم تسليمه إليه. ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له، وقال: غلطت، أو تعمدت الكذب، فإن قلنا: ينتزعه الحاكم، لم يقبل. وإن قلنا: يترك في يده، فوجهان: أصحابهما: عند الجمهور: يقبل. وأصحابهما: عند الإمام، والغزالي: لا يقبل. وجميع ما ذكرناه في الإقرار، بثوب ونحوه. فلو أقر له بعبده، فأنكره، فوجهان: أحدهما: يحكم بعتقه، لأنهما لا يدعيانه، كاللقيط إذا قال بعد بلوغه: أنا عبد لزيد، فأنكر زيد، يحكم بحريته. وأصحابهما: لا يعتق، لأنه محكوم برقه، فلا يرفع إلا بيقين، بخلاف اللقيط، فإنه محكوم بحريته بالدار، فعلى هذا، حكمه كالثوب ونحوه على ما مضى. أما إذا كان المقر به قصاصاً، أو حد قذف، فكذبه المقر له، فيسقط، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع، وأنكر رب المال السرقة، فلا قطع. وفي المال، ما سبق. ولو أقرت بالنكاح، وأنكر، سقط حكم الإقرار في حقه.

فرع: في يده عبدان، فقال: أحدهما لزيد، ثم عين أحدهما، فقال زيد: إنما عبدي الآخر، فهو مكذب للمقر في المعين، ومدّع في الآخر.

فرع: ادعى على رجل ألفاً من ثمن مبيع، فقال: قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بعد بينته بأنه ما أقبضه الثمن، سُمعت، وألزم المشتري الثمن، لأنه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه، فيبطل حكم الإقرار، وبقي الثمن على المشتري.

الشرط الثالث: أن يكون معيّناً نوع تعيين، بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب. فلو قال لإنسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: علي ألف، ففي صحته وجهان بناءً على ما لو أقر بمعيّن فكذبه، هل ينتزع من يده؟ إن قلنا: نعم، لأنه مال ضائع، فكذا هنا، فيصح الإقرار، وإن قلنا: لا، لم يصح، وهو الصحيح. قال المتولي: فلو جاء واحد فقال: أنا الذي أردتني ولي عليك ألف، فالتقول قول المقر بيمينه في نفي الإرادة ونفي الألف.

الركن الثالث: المقرّ به. ويجوز الإقرار بالمجهول، فإن كان ما يقر به عيناً، فشرطه أن لا يكون مملوكاً للمقر حين يقر، لأن الإقرار ليس بإزالة مُلك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له. فلو قال: داري هذه، أو ثوبي الذي أملكه، لزيد، فهو متناقض، وهو محمول على الوعد بالهبة، ولو قال: مسكني هذا لزيد، كان إقراراً، لأنه قد يسكن ملك غيره. ولو شهدت بينة أن الدار الفلانية أقر زيد بأنها ملك عمرو، وكانت ملك زيد إلى أن أقر، كانت الشهادة باطلة، نص عليه. ولو قال: هي لزيد وكانت ملكي إلى وقت الإقرار، فإقراره نافذ. والذي ذكره بعده مناقض لأوله، فيلغو كما لو قال: هي له، وليست له، وهذا في الأعيان، وكذا في الديون إذا كان له على غيره في الظاهر دين، من قرض، أو أجرة، أو ثمن، فقال: ديني الذي على زيد لعمرو، فهو باطل. ولو قال: الدين الذي على زيد هو لعمرو، واسمي في الكتاب عارية، فهو إقرار صحيح، فلعله كان وكيلاً عنه في الإقراض والإجارة والبيع. ثم عمرو يدّعي المال على زيد لنفسه، فإن أنكر، فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد، ثم على إقراره له بما على زيد، وبين أن يقيم البينة أولاً على الإقرار، ثم على الدين، كذا ذكره القفال.

فرع: استثنى صاحب «التلخيص» ثلاثة ديون، ومنع الإقرار بها، أحدها: الصداق في ذمة الزوج، لا تقر به المرأة. والثاني: بدل الخلع في ذمة الزوجة، لا يقر به الزوج. والثالث: أرش الجناية، لا يقر به المجني عليه. فإن كانت الجناية

على عبد أو مال آخر، جاز له أن يقر به للغير، لاحتمال كونه له يوم الجناية. قال الأئمة: هذه الديون، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً للوكالة، فيجوز انتقالها بالحوالة، وكذلك بالبيع على قول، فيصح الإقرار بها عند احتمال جريان ناقل. وحملوا ما ذكره صاحب «التلخيص» على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان ناقل، لكن سائر الديون أيضاً كذلك، فلا يصح الاستثناء، بل الأعيان أيضاً بهذه المثابة. حتى لو أعتق عبده، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الإعتاق بدين أو غيره، لم يصح، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال، ولم يجز بينهما ما يوجب المال. وقال أبو العباس الجرجاني في الديون الثلاثة: إن أسند الإقرار بها إلى جهة حوالة أو بيع، إن جوزناه، صح، وإلا، فعلى قولين، كما لو أقر للحمل وأطلق.

فصل: يشترط في الحكم بثبوت ملك المقر له، أن يكون المقر به تحت يد المقرّ وتصرفه. فإن لم يكن، لم يحكم به في الحال، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة، ولا تلغية من كل وجه بل لو حصل المقرّ به يوماً في يد المقر، لزمه تسليمه إليه. ولو قال: العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا، ثم حصل العبد في يده، يؤمر ببيعه في دين عمرو. ولو أقر بحرية عبد في يد رجل، أو شهد بحريته، فلم تقبل شهادته، ثم اشتراه، صح، تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع، وهو البائع، ويحكم بحريته، وترفع يده عنه. ثم لإقراره صيغتان:

إحداهما: أن يقول: إنك أعتقته وتسترقه ظلماً، قال الأصحاب: فيكون هذا العقد من جانب البائع بيعاً قطعاً، وفي جانب المشتري، وجهان: أحدهما: شراء. وأصحهما: افتداء، لاعترافه بحريته. وحكى الإمام، والغزالي، فيه ثلاثة أوجه: أصحها: بيع من البائع، وافتداء من المقر. والثاني: بيع منهما. والثالث: فداء منهما. وهذا الثالث فاسد في جهة البائع. وكيف يصح أخذه المال ليفدي من يسترقه؟ ولو قيل: فيه المعنيان، وأيهما أغلب؟ فيه الخلاف، لكان قريباً، والمعتمد ما ذكرنا عن الأصحاب. ويثبت للبائع في هذا العقد خيار المجلس والشرط، بناء على ظاهر المذهب، أنه بيع من جانبه. ولو كان البيع بثمن معين، فخرج معيباً وردّه، كان له استرداد العبد، بخلاف ما لو باع عبداً فأعتقه المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيباً وردّه، حيث لا يسترد العبد، بل يعدل إلى القيمة لاتفاقهما على العتق هناك. وأما المقر المشتري، فإن جعلناه شراءً في حقه، فله الخيار. وإن قلنا: فداء، فلا.

وعلى الوجهين: لا رد له لو خرج العبد معيباً، لكن له أخذ الأرض على قولنا: شراء، وليس له على الافتداء، وذكر الإمام: أنه إذا لم يثبت الخيار للمشتري، ففي

ثبوته للبائع وجهان: لأن هذا الخيار، لا يكاد يتبعّض. والمذهب على الجملة: ثبوته للبائع دون المشتري. وأما ولاؤه، فموقوف. فإن مات وخلف مالا، ولا وارث له بغير الولاء، نظر، إن صدق البائع المشتري، أخذه وردّ الثمن. وإن كذبه وأصر على كلامه الأول، فظاهر النص: أن الميراث يوقف كما وقف الولاء. واعترض عليه المزني فقال: للمشتري أخذ قدر الثمن مما تركه. فإن فضل شيء، كان الفاضل موقوفاً، لأن المشتري، إما كاذب، فالميت رقيق له وجميع أكسابه له، وإما صادق، فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء، وقد ظلمه بأخذ الثمن، وتعذر استرداده، فإذا ظفر بماله، كان له أخذ قدر الثمن. واختلف الأصحاب، فذهبت طائفة إلى ظاهر النص، وتخطئة المزني، قالوا: لأنه لو أخذه لأنه كسب مملوكه، فقد نفاه بإقراره، أو بجهة الظفر بمال ظالمه، فقد بذله تقرباً إلى الله تعالى باستنقاذ حر، فلا يرجع فيه كالصدقة، ولأنه لا يدري بأي جهة يأخذه، فيوقف إلى ظهور جهته. وذهب ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور: إلى أن المذهب ما قاله المزني. وقال ابن سريج وغيره: وقد نص عليه الشافعي رحمته الله في غير هذا الموضع. وحملوا ما ذكره هنا، على أن ما يأخذه بجهة الولاء يكون موقوفاً وقف الولاء، وهو ما زاد على قدر الثمن. فأما المستحق بكل حال، فلا معنى للوقف فيه. قالوا: ويجوز الرجوع في المبدول فدية وقربة، كمن فدى أسيراً ثم استولى المسلمون على الكفار ووجد الفادي عين ماله، أخذه. وأما اختلاف الجهة، فلا يمنع الأخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق.

الصيغة الثانية: يقول: هو حر الأصل، أو أعتق قبل أن تشتريه، فإذا اشتراه، فهو افتداءً من جهته بلا خلاف. وأما إذا مات وخلف مالا، ولا وارث له بغير الولاء، فماله لبيت المال، وليس للمشتري أخذ شيء منه، لأن المال بزعمه ليس للبائع حتى يأخذه عوضاً عن الثمن. ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري، لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن، لأنه لا حرية في زعمه، وقد تلف المبيع قبل القبض.

فرع: لو أقر بحرية عبد، ثم استأجره، لم يحل له استخدامه، وللمكري مطالبته بالأجرة. ولو أقر بحرية جارية لزيد، ثم قبل نكاحها منه، لم يحل له وطؤها، ولزيد مطالبته بمهرها.

قلت: ينبغي أن يقال: إن أقر أن زيداً أعتقها، ولم يكن لها عصبه، صح تزويجه، لأنه إما مالك، وإما مولى حُرّة. والله أعلم.

فرع: قال: هذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد، ثم اشتراه منه، ففي صحة العقد، وجهان حكاهما الإمام. أحدهما: الصحة، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه.

والثاني: المنع، لأن التصحيح هناك للافتداء والإنقاذ من الرق، ولا يتجه مثله في تخليص عبد الغير.

فرع: أقر بعد في يده لزيد، فقال العبد: بل أنا ملك عمرو، يسلم إلى زيد، لأنه في يد من يسترقه، لا في نفسه. فلو أعتقه زيد، لم يكن لعمرو تسلم رقبته، ولا التصرف فيها، لما فيه من إبطال ولاء زيد. وهل له أخذ إكسابه؟ وجهان: وجه المنع: أن الإكساب، فرع الرق، ولم يثبت.

الركن الرابع: الصيغة، وفيه مسائل:

إحداها: قول القائل: لفلان كذا، صيغة إقرار. وقوله: لفلان عليّ، أو في ذمتي، إقرار بالدين ظاهراً. وقوله: عندي أو معي، إقرار بالعين. وقوله: له قبلي كذا، قال في «التهذيب»: هو دين، ويشبه أن يكون صالحاً للدين والعين جميعاً.

قلت: قوله: إقرار بالعين، معناه: أنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودعة له عنده، قاله البغوي. قال: حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت وديعة تلفت، أو رددتها، قبل قوله بيمينه، بخلاف ما إذا قلنا: إنه دين، فإنه لو فسره بالوديعة، لم يقبل. وإذا ادعى التلف، لم ينفعه، بل يلزمه الضمان. والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا قال رجل: لك علي ألف، فقال في جوابه: زن، أو خذ، أو استوف، أو اتزن، لم يكن إقراراً، لأنه ليس بالتزام، ولأنه قد يذكر للاستهزاء. وفي وجه: اتزن، إقرار، وهو شاذ. ولو قال: خذه، أو زنه، أو اختم عليه، أو شده في هميانك، أو اجعله في كيسك، أو اختم عليه، فليس بإقرار على الصحيح، وقال الزبيري: إقرار.

قلت: ولو قال: وهي صحاح، فهو كقوله: زنه. والله أعلم.

ولو قال في الجواب: بلى، أو نعم، أو أجل، أو صدقت، فهو إقرار. قالوا: ولو قال: لعمري، فإقرار. ولعل العرف يختلف فيه. ولو قال: أنا مقر به، أو بما تدعيه، أو لست منكرأ له، فهو إقرار له. ولو قال: أنا مقر، ولم يقل: به، أو لست منكرأ، أو أنا أقر، فليس بإقرار. ولو قال: أنا أقر لك به، فوجهان: نسب الإمام كونه إقراراً إلى الأكثرين. وفيه نظر، لأن العراقيين، والقاضي حسين، والروباني، قطعوا بأنه ليس بإقرار، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادراً. ويتأيد كونه إقراراً، بأنهم اتفقوا على أنه لو قال: لا أنكر ما تدعيه، كان إقراراً، ولم يحملوه على الوعد بالإقرار. ولو قال: لا أنكر أن يكون محققاً، فليس بإقرار، لجواز أن يريد في شيء آخر. فلو قال: فيما يدعيه، فهو إقرار. ولو قال: لا أقر به ولا أنكره، فهو كسكوته، فيجعل منكرأ، وتعرض عليه اليمين. ولو قال: أبرأتني منه، أو قضيته، فإقرار، وعليه

بينه القضاء والإبراء. وفي وجه: أبرأتني منه، ليس بإقرار، وليس بشيء. ولو قال: أقررت بأنك أبرأتني واستوفيت مني فليس بإقرار. ولو قال في الجواب: لعل، أو عسى، أو أظن، أو أحسب، أو أقدر، فليس بإقرار.

فرع: اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب. ومن جملتها: الأداء، والإبراء، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب: إن صدقت، وما في معناها، إقرار على غير هذه الحالة. فأما إذا اجتمعت القرائن، فلا تجعل إقراراً. ويقال: فيه خلاف، لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال: لي عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك علي ألف، فإن المتولي حكى فيه وجهين.

المسألة الثالثة: إذا قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى، كان إقراراً. وإن قال: نعم، فوجهان: وقطع البغوي وغيره، بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه في اللغة. وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي، بأنه إقرار، وصححه الإمام، والغزالي، لأن الإقرار يحمل على مفهوم أهل العرف، لا على دقائق العربية.

قلت: هذا الثاني: هو الأصح، وصححه الرافعي في «المحرر». والله أعلم. ولو قال: هل لي عليك ألف؟ فقال: نعم، فإقرار.

المسألة الرابعة: إذا قال: اشتري مني عبدي هذا، فقال: نعم، فهو إقرار منه للقاتل، كما لو قال: أعتق عبدي هذا، فقال: نعم. ويمكن أن يجيء فيه خلاف مما سبق في الصلح، كقوله: بعنيه. ولو قال: اشتري مني هذا العبد، ولم يقل: عبدي، فالتصديق بـ«نعم» يقتضي الاعتراف بأنه يملك بيعه، لا أنه يملك العبد. ولو ادعى عليه عبداً، فقال: اشتريته من وكيلك فلان، فهو إقرار له، ويحلف المدعي أنه ما وكل فلاناً في بيع.

المسألة الخامسة: لو قال: له علي ألف في علمي، أو فيما أعلم، أو أشهد، فهي إقرار.

المسألة السادسة: قال: كان علي ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له، فهل هو إقرار في الحال عملاً بالاستصحاب، أم لا، لأنه غير معترف في الحال؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون أصحابهما: الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني. والله أعلم.

ويقرب منه الخلاف، فيما لو قال: هذه داري أسكنت فيها فلاناً، ثم أخرجته منها، فهو إقرار باليد على الأصح، لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالها. وقال أبو علي

الزجاجي: ليس بإقرار، لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته. ولو قال: ملكتها من زيد، فهو إقرار، بملكها لزيد، ودعوى انتقالها منه، فإن لم يصدقه زيد، لزمه ردها إليه.

قلت: ولو قال: ملكتها على يد زيد، لم يكن إقراراً له بها، لأن معناه: كان زيد وكيلاً، قاله البغوي. والله أعلم.

المسألة السابعة: قال: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم، فإقرار على المذهب، وتردد فيه بعضهم. وإن قال: أعط غداً، أو ابعث من يأخذه، أو أمهلني يوماً، أو أمهلني حتى أصرف الدراهم أو أفتح الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ، أو لا أجد اليوم، أو لا تُدِم المطالبة، أو ما أكثر ما تتقاضى، أو والله لأقضيَنَّك، فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رحمته الله. وأما أصحابنا، فمختلفون في ذلك، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر. ومثله: أسرج دابة فلان هذه، فقال: نعم. أو أخبرني زيد أن لي عليك ألفاً، فقال: نعم، أو متى تقضي حقي؟ فقال: غداً.

المسألة الثامنة: قال له رجل: غصبت ثوبي. فقال: ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك، فليس بإقرار. ولو قال: ما لزيد عليّ أكثر من مئة درهم، فليس بإقرار على الأصح. وقيل: تلزم المئة. ولو قال معسر لزيد: عليّ ألف إن رزقني الله تعالى مالاً، فقيل: ليس بإقرار للتعليق، وقيل: إقرار، وذلك بيان لوقت الأداء. والأصح: أنه يستفسر، فإن فسر بالتأجيل، صح، وإن فسر بالتعليق، لنا.

قلت: وإن تعذر استفساره، قال في «العدة»: الأصح: أنه إقرار. والله أعلم.

المسألة التاسعة: شهد عليه شاهد، فقال: هو صادق، أو عدل، فليس بإقرار. وإن قال: صادق فيما شهد به، أو عدل فيه، كان إقراراً، قاله في «التهذيب».

قلت: في لزومه بقوله: عدل، نظر. والله أعلم.

وإن قال: إن شهد عليّ فلان وفلان، أو شاهدان بكذا، فهما صادقان، فهو إقرار على الأظهر وإن لم يشهدا. وإن قال: إن شهدا صدقتهما، فليس بإقرار قطعاً.

قلت: في «البيان»: أنه لو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: لزيد عليّ أكثر مما لك، لا شيء عليه لواحد منهما. ولو قال: لي مخرج من دعواك، فليس بإقرار. قال: ولو قال: لي عليك ألف أقرضتك، فقال: والله لا اقترضت منك غيره، أو كم تمنّ به، قال الصيمري: هو إقرار. وإن قال: ما أعجب هذا، أو نتحاسب، فليس بإقرار. وإن كتب: لزيد عليّ ألف درهم، ثم قال للشهود: اشهدوا علي بما فيه، فليس بإقرار، كما لو كتب عليه غيره، فقال: اشهدوا بما كتب. وقد وافقنا أبو حنيفة رحمته الله على الثانية دون الأولى. ووافق أيضاً على ما لو كتب ذلك على الأرض.

ولو قال: له علي ألف إن مت، فليس بإقرار، كما لو قال: إن قدم زيد. ووافق أبو حنيفة رحمته الله على الثانية دون الأولى. ولو قال: له علي ألف إلا أن يبدو لي، فوجهان حكاهما في «العدة» و«البيان»، ولعل الأصح: أنه إقرار. والله أعلم.

المسألة العاشرة: إقرار أهل كل لغة بلغتهم وغير لغتهم، إذا عرفوها، صحيح. ولو أقر عجمي بالعربية وقال: لم أفهم معناه، بل لُفنت فتلقنت، صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه، وكذا الحكم في جميع العقود والحلول.

المسألة الحادية عشرة: لو أقر ثم قال: كنت يوم الإقرار صغيراً، وهو محتمل، صدق بيمينه، لأن الأصل الصغر. وكذا لو قال: كنت مجنوناً وقد عهد له جنون. ولو قال: كنت مكرهاً، وهناك أمانة الإكراه، من حبس، أو موكل عليه، فكذلك. فإن لم تكن أمانة، لم يقبل قوله. والأمانة، إنما تثبت باعتراف المقر له، أو بالبينه، وإنما يؤثر إذا كان الإقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل. أما إذا كان في حبس زيد، فلا يقدح ذلك في الإقرار لعمره.

المسألة الثانية عشرة: إذا شهد الشهود، وتعرضوا لبلوغه، وصحة عقله، واختياره، فادعى المقر خلافه، لم يقبل، لما فيه من تكذيب الشهود، ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل، والطوعية، والحرية، والرشد. ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح. وفي قول: يشترط التعرض لحرية مجهول الحرية. وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط، والمذهب الصحيح: الأول. قال الأصحاب: وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً في صحة عقله وبلوغه، احتياط. ولو تقيدت شهادة الإقرار بكونه طائعاً، وأقام الشهود عليه بينة بكونه كان مكرهاً، قُدمت بينة الإكراه، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقاً، بل لا بد من التفصيل.

الباب الثاني: في الإقرار بالمجمل

يصح الإقرار بالمجمل، وهو المجهول للحاجة. وسواء أقر به ابتداءً، أو جواباً عن دعوى معلومة، بأن قال: لي عليك ألف، فقال: لك علي شيء. والألفاظ التي تقع فيها الجهالة، لا تنحصر. وبين الشافعي والأصحاب رحمته الله ما كثر استعماله، ليُعرف ويقاس عليه غيره، وألفاظ الباب سبعة أضرب:

الضرب الأول: شيء. فإذا قال: له علي شيء، طلبنا تفسيره. فإن فسره بما يتمول، قبل، كثر أم قل، كرهيف، وفلس، وتمررة حيث يكون لها قيمة. وإن فسره بما لا يتمول، لكنه من جنس ما يتمول، كحبة حنطة، أو شعير، أو قمع باذنجانة، فوجهان: أحدهما: لا يقبل تفسيره، لأنه لا يصح التزامه، كما لا تصح الدعوى به.

وأصحهما: القبول، لأنه شيء يحرم أخذه، ويجب على أخذه رده، وقولهم: لا تصح الدعوى به، ممنوع. والتمرة أو الزبينة حيث لا قيمة لها، على الوجهين. وقيل: يقبل قطعاً. وإن لم يكن من جنس ما يتمول، فإما أن يجوز اقتناؤه لمنفعته، وإما، لا. فالأول: كالكلب المعلم، والسرجين، وجلد الميتة القابل للدباغ، والكلب القابل للتعليم، والخمر المحترمة، فيقبل التفسير به على الأصح. وأما الثاني: فكالخنزير، وجلد الكلب، والكلب الذي لا نفع فيه، والخمر غير المحترمة، فلا يقبل تفسيره به على الأصح. ولو فسر به بوديعة، قبل على الصحيح، لأن عليه ردها عند الطلب، وقد يتعدى فتصير مضمونة، وقيل: لا، لأنها في يده، لا عليه. ولو فسر بحق الشفعة، قبل. ولو فسر به برد السلام والعيادة، لم يقبل. قال البغوي: ولو قال: له حق، قبل تفسيره بهما، وفيه نظر.

قلت: ولو فسر الشيء بحدّ قذق، قبل على الأصح. والله أعلم.

فرع: لو قال: غصبت منه شيئاً، قبل تفسيره ما يقبل في الصور السابقة إذا احتمله اللفظ، احترازاً من الوديعة وحق الشفعة، ويقبل بالخمرة والخنزير، نص عليه في «الأم»، لأن الغصب لا يشعر بالتزام وثبوت مال، وإنما يقتضي الأخذ، بخلاف قوله: عليّ. ولو قال: له عندي شيء، وفسر بخمرة أو خنزير، قبل على الصحيح.

قلت: قال أصحابنا: لو قال: غصبتك، أو غصبتك ما تعلم، لم يلزمه شيء، لأنه قد يغصبه نفسه، فيحبسه. ولو قال: غصبتك شيئاً، ثم قال: أردت نفسك، لم يقبل. والله أعلم.

فصل: إذا أقر بمجمل، إما شيء، وإما غيره، مما سنذكره إن شاء الله تعالى، وطالبناه بالتفسير، فامتنع، فأربعة أوجه: أصحها: نحبسه كحبسنا من امتنع من أداء الحق، لأن التفسير واجب عليه. والثاني: لا يحبس، بل ينظر، إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع من التفسير، جعل منكراً، وتعرض اليمين عليه. فإن أصر، جعل ناكلاً، وحلف المدعي. وإن أقر ابتداءً، قلنا للمقر له: ادّع عليه حَقك، فإذا ادعى، وأقر بما ادعاه، أو أنكر، أجرينا عليه حكمه. وإن قال: لا أدري، جعلناه منكراً، فإن أصر، جعلناه ناكلاً، لأنه إذا أمكن حصول الغرض بلا حبس، لا يحبس. والثالث: إن أقر بغصب، وامتنع من بيان المغصوب، حبس. وإن أقر بدين مبهم، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني. والرابع: إن قال: عليّ شيء، وامتنع من التفسير، لم يحبس. وإن قال: عليّ ثوب، أو فضة، ولم يبين، حبس، قاله أبو عاصم العبادي، وأشار في شرح كلامه، إلى أن الفرق مبني على قبول تفسير الشيء بالخمرة ونحوه، فإنه لا يتوجه بذلك مطالبة وحبس.

فرع: إذا فسر المبهم بتفسير صحيح، وصدقه المقر له، فذاك، وإلا فليبين جنس الحق وقدره، وليدَّعه، والقول قول المقر في نفيه. ثم إن كان من جنسه، بأن فسر بمئة درهم، وقال المقر له: لي عليك مئتان، فإن صدقه على إرادة المئة، فهي ثابتة باتفاقهما، ويحلف المقر على نفي الزيادة. وإن قال: أراد به المئتين، حلف المقر أنه ما أراد المئتين، وأنه ليس عليه إلا مئة، ويجمع بينهما بيمين واحدة على الصحيح. وقال ابن المرزبان: لا بد من يمينين. فلو نكل، حلف المقر له على استحقاق المئتين، ولا يحلف على الإرادة، لأنه لا اطلاع له عليها، بخلاف ما إذا مات المقر، وفسر الوارث، فادعى المقر له زيادة، فيحلف الوارث على نفي إرادة المورث، لأنه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره. قال البغوي: ومثله: لو أوصى بمجمل ومات، ففسره الوارث، وزعم الموصى له أنه أكثر، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة، ولا يتعرض للإرادة.

والفرق، أن الإقرار إخبار عن حق سابق، وقد يطلع عليه، والوصية إنشاء أمر على الجهالة، وبيانه: إذا مات الموصي إلى الوارث. وأما إذا كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر، فينظر، إن صدقه في الإرادة، فقال: هو ثابت لي عليه، ولي عليه مع ذلك كذا، ثبت المتفق عليه، والقول قول المقر في نفي غيره. وإن صدقه في الإرادة، وقال: ليس لي عليه ما فسر به، إنما لي عليه كذا، بطل حكم الإقرار برده، وكان مدعياً عليه في غيره. وإن كذبه في دعوى الإرادة، وقال: إنما أراد ما ادعيته، حلف المقر على نفي الإرادة، وبقي ما يدعيه. ثم إن كذبه في استحقاق المقر به، بطل الإقرار فيه، وإلا، فيثبت. ولو اقتصر المقر له على دعوى الإرادة، وقال: ما أردت بكلامك ما فسرت به، وإنما أردت كذا، إما من جنس المقر به، وإما من غيره، لم يسمع منه، لأن الإقرار والإرادة لا يثبتان حقاً له، بل الإقرار إخبار عن سابق، فعليه أن يدعي الحق نفسه. قال الإمام: وفيه وجه ضعيف: أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة، وهو كالخلاف في أن من ادعى على خصمه أنه أقر له بألف درهم، هل تسمع؟ أم عليه أن يدعي نفس الألف؟ أما إذا ضم إلى الإرادة دعوى الاستحقاق، فيحلف المقر على نفيهما على التفصيل المذكور. واتفقت الطرق عليه.

فرع: مات المبهم قبل التفسير، طولب به الوارث. فإن امتنع، فقولان: أحدهما: يوقف مما ترك أقل ما يتمول. وأظهرهما: يوقف الجميع، لأنه مرتهن بالدين.

الضرب الثاني: مال. فإذا قال: له عليّ مال، قبل تفسيره بأقل ما يتمول، ولا يقبل بما ليس بمال، كالكلب وجلد الميتة، قال الإمام: والوجه: القبول بالتمرة

الواحدة حيث يكثر، لأنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع، هكذا ذكره العراقيون، وقالوا: كل متمول مال، ولا ينعكس. وتلتحق حبة الحنطة بالتمرة. وفي قبول التفسير بالمستولدة، وجهان: أحدهما: القبول. وإن فسره بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في الملك في رقبة الوقف، هل هو للموقوف عليه؟

فرع: إذا قال: له عليّ مال عظيم، أو كثير، أو كبير، أو جليل، أو نفيس، أو خطير، أو غير تافه، أو مال، وأي مال، قبل في تفسيره بأقل ما يتمول، لأنه يحتمل أن يريد عظيم خطره بكفر مستحله، وإثم غاصبه. وقد قال الشافعي رحمته الله: أصل ما أبني عليه الإقرار، أن لا ألزم إلا اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة. وحكي وجه غريب: أنه يجب أن يزيد تفسير «مال عظيم» على تفسير مطلق المال، ليكون لوصفه بالعظم فائدة. ولو قال: مال حقير، أو قليل، أو خسيس، أو طفيف، أو تافه، أو نزر، أو يسير، فهو كقوله: مال. وتحمل هذه الصفات على احتقار الناس إياه، أو على أنه فان.

فرع: قال: لزيد عليّ مال أكثر من مال فلان، يقبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان، لأنه يحتمل أنه أكثر لكونه حلالاً، وذلك حرام أو نحوه. قلت: وسواء علم مال فلان، أم لم يعلم. والله أعلم.

وكما أن القدر مبهم، فكذلك الجنس والنوع. ولو قال: له عليّ أكثر من مال فلان عدداً والإبهام في الجنس والنوع. ولو قال: له علي من الذهب أكثر من مال فلان، فالإبهام في القدر والنوع. ولو قال: من صحاح الذهب، فالإبهام في القدر وحده. ولو قال: لزيد عليّ مال أكثر مما شهد به الشهود على فلان، قبل في تفسيره بأقل متمول، لاحتمال أن يعتقدهم شهود زور، ويقصد أن القليل الحلال أكثر بركة من كثير يؤخذ بالباطل. ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على فلان، فوجهان: أحدهما: يلزم القدر المقضي به، لأن قضاء القاضي محمول على الحق. وأصحهما: أنه كالشهادة، فيقبل أقل متمول، لأنه قد يقضي بشهادة كاذبين. ولو قال: لزيد عليّ أكثر مما في يد فلان، قبل أقل متمول. ولو قال: له عليّ أكثر مما في يد فلان من الدراهم، لم يلزمه التفسير بجنس الدراهم، لكن يلزم بذلك العدد من أي جنس فسر، وزيادة أقل متمول، كذا قاله في «التهذيب»، وهو مخالف ما سبق من وجهين: أحدهما: إلزام ذلك العدد. والثاني: إلزام زيادة، لأن التأويل الذي ذكرناه للأكثرية، بنفيهما جميعاً. ولو قال: له عليّ من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم، قال البغوي: يلزمه ثلاثة دراهم، وزيادة أقل ما يتمول. والأصح: ما نقله الإمام أنه لا يلزمه زيادة، حملاً للأكثر على ما سبق.

وحكى عن شيخه: أنه لو فسر به بما دون الثلاثة، قبل أيضاً. ولو كان في يده عشرة دراهم، وقال المقر: لم أعلم، وظننتها ثلاثة، قبل قوله بيمينه.

الضرب الثالث: كذا. فإذا قال: لزيد عليّ كذا، فهو كقوله: له شيء. ولو قال: كذا كذا، فهو كقوله: كذا، والتكرار للتأكيد. ولو قال: كذا وكذا، لزمه التفسير بشيئين متفقين أو مختلفين، بحيث يقبل كل واحد منهما في تفسير «كذا». وهكذا الحكم فيما لو قال: علي شيء شيء، أو شيء شيء. ولو قال: كذا درهم، يلزمه درهم فقط، وكان الدرهم تفسير ما أبهمه. وفي وجه لأبي إسحاق: يلزمه عشرون درهماً إن كان يعرف العربية، لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر بعده. والصحيح المعروف: هو الأول. وأجاب الأصحاب، بأن في تفسير المبهم لا ينظر إلى الإعراب. ولهذا لو قال: عليّ كذا درهم صحيح، لا يلزمه مئة درهم بالاتفاق، وإن كان ذلك مقتضاه بالعربية. ولو قال: كذا درهم من غير صفة الصحة، لزمه أيضاً درهم على الصحيح. وقيل: بعض درهم. ولو قال: كذا درهم، بالرفع، لزمه درهم بلا خلاف.

ولو قال: كذا درهم، ووقف عليه ساكناً، فكالمخفوض. ولو قال: كذا كذا درهماً، لزمه درهم فقط على الصحيح. وقال أبو إسحاق: يلزمه أحد عشر درهماً إن عرف العربية. ولو قال: كذا كذا درهم، أو درهم لزمه درهم فقط. ويجيء في المخفوض الوجه السابق ببعض درهم. ولو قال: كذا وكذا درهماً، لزمه درهمان على المذهب. وفي قول: درهم. وفي قول: درهم شيء. وفي وجه لأبي إسحاق: أحد وعشرون درهماً إن عرف العربية. ولو قال: كذا وكذا درهم، بالرفع، لزمه درهم فقط على المذهب. وقيل: قولان. ثانيهما: درهمان. ولو قال: كذا وكذا درهم، بالخفض، لزمه درهم فقط. ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم، أو لا يلزمه إلا بعض درهم. ولو قال: كذا وكذا وكذا درهماً، فإن قلنا: إذا كرر مرتين يلزمه درهمان، لزمه هنا ثلاثة. وإن قلنا: درهم، فكذا هنا.

فصل: قال: له عليّ ألف ودرهم، أو ودراهم، أو ألف وثوب، أو ألف وعبد، فله تفسيره بغير جنس ما عطف عليه. ولو قال: له خمسة عشر درهماً، فكلها دراهم. ولو قال: خمسة وعشرون درهماً، فكلها دراهم على الصحيح وقال ابن خيران، والإصطخري: العشرون دراهم، والخمسة مجملة تفسرها. وعلى هذا الخلاف قوله: مئة وخمسة وعشرون درهماً، وقوله: ألف ومئة وخمسة وعشرون درهماً، وكذا قوله: ألف وثلاثة أثواب، وقوله: مئة وأربعة دانير، وقوله: مئة ونصف درهم. ولو قال: درهم ونصف، أو عشرة دراهم ونصف، فالكل دراهم على

الصحيح الذي قاله الأكثرون، لأنه المعروف في الاستعمال. وقال الإصطخري وجماعة: النصف مجملة. ولو قال: نصف ودرهم، فالنصف مجمل. ولو قال: مئة وقفيز حنطة، فالمئة مجملة، بخلاف قوله: مئة وثلاثة دراهم، لأن الدراهم تصلح تفسيراً للكل، والحنطة لا تصلح تفسيراً للمئة، لأنه لا يصح أن يقال: مئة حنطة. ولو قال: عليّ ألف درهم، برفعهما وتنوينهما، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف مما قيمة الألف منه درهم.

الضرب الرابع: درهم. قد ذكرنا في الزكاة، أن دراهم الإسلام المعتبر بها نُصِبَ الزكاة والديات وغيرها، كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وكل درهم ستة دوانيق. ونزيد الآن، أن الدانق: ثمان حبات وخمسا حبة، فيكون الدرهم خمسين حبة وخمسي حبة، والمراد: حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر، لكن قطع من طرفيها ما دق وطل، والدينار: اثنان وسبعون حبة منها، هكذا نقل عن رواية أبي القاسم بن سَلَّام، وحكاها الخطابي عن ابن سريج. وفي «الحلية» للرويانى، أن الدانق ثمان حبات، فيكون الدرهم: ثمانية وأربعين حبة. فإذا قال: له عليّ درهم، أو ألف درهم، ثم قال: هي ناقصة، نظر، إن كان في بلد دراهمه تامة، وذكره متصلاً، قبل على المذهب، كما لو استثنى. وقال ابن خيران: في قبوله قولان بناءً على تبعض الإقرار. وإن كان ذكره منفصلاً، لم يقبل، ولزمه دراهم الإسلام، إلا أن يصدقه المقر له، لأن لفظ الدرهم صريح فيه وضعاً وعرفاً. واختار الرويانى أنه يقبل، لأن اللفظ يحتمله، والأصل براءة ذمته، وحكاها عن جماعة من الأصحاب، وهو شاذ. وإن كان في بلد دراهمه ناقصة، فُبل إن ذكره متصلاً قطعاً، وكذا إن ذكره منفصلاً على الأصح المنصوص. ويجري هذا الخلاف، فيمن أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من دراهم الإسلام، مثل غزنة^(١)، هل يحمل على دراهم البلد، أو الإسلام؟ فإن قلنا: بالأول، فقال: عنيت دراهم الإسلام، منفصلاً، لم يقبل. وإن كان متصلاً، فعلى الطريقين. والمذهب: القبول.

فرع: الدرهم عند الإطلاق، إنما يستعمل في النقرة. فلو أقر بدراهم، وفسرها بفلوس، لم يقبل، وإن فسرها بمغشوشة، فكالتفسير بالناقصة، لأن نقرتها تنقص عن التامة، فيعود فيه التفصيل في الناقصة. ولو فسر بجنس رديء من الفضة، أو قال: أردت من سكة كذا، وهي جارية في ذلك البلد، قبل، كما لو قال: له عليّ ثوب، ثم فسره برديء، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه، بخلاف ما لو فسر بناقصة، لأنه يرفع

(١) مدينة تقع في طرف خراسان.

شيئاً مما أقر به، ويخالف البيع، فإنه يحمل على سكة البلد، لأنه إنشاء معاملة. والغالب، أن المعاملة في كل بلد بما يروج فيه. والإقرار، إخبار عن حق سابق، وربما ثبت في ذمته ببلد آخر، فوجب قبول تفسيره. وقال المزني: لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد، ووافقه غيره من أصحابنا.

فرع: إذا قال: له عليّ درهم أو دريهمات، أو درهم صغير، أو دراهم صغار، ففيه اختلاف كثير. والأصح: أنه كقوله: درهم أو دراهم، فيعود في تفسيره بالنقص التفصيل السابق، وليس التقييد بالصغير كالتيقيد بالنقصان، لأن لفظ الدراهم صريح في الوزن، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل، ويجوز بالإضافة إلى غيرها. وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه: يلزمه من الدراهم الطبرية، وهي أربعة دوانيق. ولم يفرقوا بين بلد وبلد، لأن ذلك المتيقن. ولو قال: درهم كبير، فالمذهب: أنه كقوله: درهم. وقال البغوي: إن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو تامة، لزمه درهم الإسلام. وإن كانت أوزانهم زائدة، لزمه من نقد البلد. وفي إلزامه نقد البلد إشكال.

فرع: إذا قال: عليّ دراهم، لزمه ثلاثة، ولا يقبل تفسيره بأقل منها. ولو قال: دراهم عظيمة، أو كثيرة، فثلاثة، ويجيء فيه الوجه السابق في «مال عظيم» ولو قال: عليّ أقل أعداد الدراهم، لزمه درهمان. ولو قال: مئة درهم عدد، لزمه مئة درهم بوزن الإسلام صحاح. قال في «التهذيب»: ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانيق، وكذلك في البيع. ولا يقبل مئة بالعدد ناقصة الوزن، إلا أن يكون نقد البلد عددية ناقصة، فظاهر المذهب: القبول. ولو قال: عليّ مئة عدد من الدراهم، اعتبر العدد دون الوزن.

فصل: قال: عليّ من درهم إلى عشرة، لزمه تسعة على الأصح عند العراقيين، والغزالي. وقيل: عشرة، وصححه البغوي. وقيل: ثمانية، كما لو قال: بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لا يدخل الجداران في البيع. واحتج الشيخ أبو حامد للأول، بأنه لو قال: لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة، تدخل الأولى في الإقرار دون الأخيرة. وفيما قاله نظر، وينبغي أن لا تدخل الأولى أيضاً، كقوله: بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار. ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة، فالصحيح المشهور: أنه يلزمه ثمانية، وهو نصه. وقيل: تسعة، ونقله في «المفتاح» عن نصه. وقيل: عشرة، حكاه أبو خلف السلمي عن القفال. ولم يفرقوا بين قوله: ما بين درهم إلى عشرة، وقوله: ما بين درهم وعشرة. وربما سؤوا بينهما. ويجوز أن يفرق، فيقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة.

قلت: القطع بالثمانية، هو الصواب، وقول الإمام الرافعي رحمه الله: لم يفرقوا، غير مقبول، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه، فقطع بالثمانية في قوله: ما بين درهم وعشرة. وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة. والله أعلم.

فصل: قال: له عليّ درهم في عشرة، إن أراد الظرف، لزمه درهم فقط. وإن أراد الحساب، فعشرة. وإن أراد بـ«في»: «مع»، لزمه أحد عشر. وإن أطلق، فدرهم. وحكي قول في مثله في الطلاق: أنه يحمل على الحساب، وهو جارٍ هنا.

الضرب الخامس: الظرف. الأصل في هذا، أن الإقرار بالظروف ليس إقراراً بالمظروف. وكذا عكسه، ودليله، البناء على اليقين. أما إذا قال: له عندي زيت في جرة، أو سيف في غمد، أو ثوب في منديل، أو تمر في جراب، أو لبن في كوز، أو طعام في سفينة، أو غصبتة زيتاً في جرة، فهو مقرّ بالمظروف فقط. ولو قال: له عندي غمد فيه سيف، وجرة فيها زيت، وجراب فيه تمر، وسفينة فيها طعام، فإقرار بالظرف فقط. ولو قال: فرس في إصطبل، أو حمار على ظهره إكاف، أو دابة عليها سرج أو زمام، وعبد على رأسه عمامة، أو في وسطه منطقة، أو في رجله خف، أو عليه قميص، فإقرار بالدابة والعبد فقط. ولو قال: عمامة على رأس عبد، أو سرج على ظهر دابة، فإقرار بالعمامة والسرج فقط.

وقال صاحب «التلخيص»: إذا قال: عبد على رأسه عمامة، أو في رجله خف، فإقرار بهما مع العبد. وجمهور الأصحاب، على ما سبق. ولو قال: دابة مسروجة، أو دار مفروشة، لم يكن مقرراً بالسرج والفرش، بخلاف ما لو قال: بسرجهما وبفرشهما، وبخلاف ما لو قال: ثوب مطرز، لأن الطراز، جزء من الثوب. وقيل: إن ركب فيه بعد النسج، فعلى وجهين مذكورين في أخوات المسألة. ولو قال: فصّ في خاتم، فإقرار بالفص فقط، ولو قال: خاتم فيه فص ففي كونه مقرراً أيضاً بالفص وجهان: قال البغوي. أحدهما: المنع. ولو اقتصر على قوله: عندي له خاتم. ثم قال بعد ذلك: ما أردت الفص، لم يقبل منه على المذهب، بل يلزمه الخاتم بنفسه، لأن الخاتم تناولهما، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الإقرار، وحكى الغزالي فيه وجهين: ولو قال: حمل في بطن جارية، لم يكن مقرراً بالجارية. وكذا نعل في حافر دابة، وعروة على قمقمة. ولو قال: جارية في بطنها حمل، ودابة في حافرها نعل، وقمقمة عليها عروة، فوجهان: كقوله: خاتم في فص. ولو قال: هذه الجارية لفلان، وكانت حاملاً، لم يدخل الحمل في الإقرار على الأصح، لأنه إخبار، فكان على حسب إرادة المخبر، بخلاف البيع، فإن الحمل يدخل فيه. ولو قال: له هذه الجارية إلا حملها، لم يدخل الحمل قطعاً.

ولو قال: ثمرة على شجرة، لم يكن مقراً بالشجرة. ولو قال: شجرة عليها ثمرة، بني على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الإقرار بالشجرة؟ وهي لا تدخل بعد التأبير على الصحيح، ولا قبله على الأصح، وبه قطع البغوي، لأن الاسم لا يتناولها لغة، بخلاف البيع، فإنه ينزل على المعتاد، وذكر القفال وغيره في ضبط الباب: أن ما دخل تحت البيع المطلق، دخل تحت الإقرار، وما لا، فلا، وما ذكرنا في المسائل يقتضي أن يقال في الضبط: ما لا يتبع في البيع، ولا يتناوله الاسم، لم يدخل، وما يتبع ويتناوله الاسم، دخل، وما يتبع ولم يتناوله الاسم، فوجهان:

فصل: إذا قال: له علي ألف في هذا الكيس، لزمه، سواء كان فيه ألف، أم لم يكن فيه شيء أصلاً، لأن قوله: علي، يقتضي اللزوم، ولا يكون مقراً بالكيس كما سبق. فإن كان فيه دون الألف، فوجهان: قال أبو زيد: لا يلزمه إلا ذلك القدر. وقال القفال: يلزمه الإتمام، وهذا أصح. ولو قال: علي ألف الذي في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، لم يلزمه الإتمام على الصحيح. وإن لم يكن فيه شيء، فوجهان: ويقال: قولان، بناء على ما لو حلف: ليشربن ماء هذا الكوز، ولا ماء فيه، هل تنعقد يمينه ويحنث، أم لا؟

قلت: ينبغي أن يكون الراجح: أنه لا يلزمه، لأنه لم يعترف بشيء في ذمته. والله أعلم.

فصل: لو قال: لفلان في هذا العبد ألف درهم، فهذا لفظ مجمل، فيسأل، فإن قال: أردت أنه جني عليه، أو على ماله جنايةً أرشها ألف، قبل ويعلق الأرش برقبته. وإن قال: أردت أنه رهن عنده بألف علي، فوجهان: أحدهما: لا يقبل، لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف، ومحل الدين الذمة، لا المرهون. فعلى هذا، إذا نازعه المقر له، أخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير، وطالبناه للإقرار المجمل بتفسير صالح. وأصحهما: القبول، لأن الدين وإن كان في الذمة، فله تعلق ظاهر بالمرهون. وإن قال: أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً، قيل له: هل وزنت في ثمنه شيئاً؟ فإن قال: لا، فالعبد كله للمقر له. وإن قال: نعم، سئل عن كيفية الشراء، أكان دفعة واحدة، أم لا؟ فإن قال: دفعة، سئل ما قدر ما وزن؟ فإن قال: وزنت ألفاً أيضاً، فالعبد بينهما نصفان. وإن قال: ألفين، فله ثلثا العبد، وللمقر له ثلاثة. وعلى هذا، القياس، ولا نظر إلى قيمة العبد. وإن قال: اشتريناه دفعتين ووزن هو في ثمن عشره مثلاً ألفاً، واشتريت أنا تسعة أعشاره بألف، قبل قوله، لأنه محتمل. وإن قال: أردت أنه أوصي له من ثمنه بألف، قبل وبيع ودفع إليه من ثمنه ألف، وليس له دفع الألف من ماله. ولو قال: دفع إلي ألف لأشتري له العبد، ففعلت، فإن صدقه المقر له،

فالعبد له . وإن كذبه ، فقد رد إقراره بالعبد ، وعليه ردُّ الألف الذي أخذ . وإن قال : أردت أنه أقرضني ألفاً ، فصرفته إلى ثمنه ، قبل ولزمه الألف . وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عوده هنا . ولو قال : له من هذا العبد ألف درهم ، فهو كقوله : في هذا العبد . ولو قال : من ثمن هذا العبد ، فكذا ، قاله في «التهذيب» . وجميع ما ذكرناه في هذا الفصل ، هو فيما إذا اقتصر على قوله : له في هذا العبد ، ولم يقل : عليّ ، فإن قال : عليّ ، كان التزاماً بكل حال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفصل الذي بعد هذا .

فرع: قال : له عليّ درهم في دينار ، فهو كقوله : له ألف في هذا العبد . فإن نوى نفي «مع» ، لزمه .

قلت : وإن لم ينو شيئاً ، لزمه درهم فقط . والله أعلم .

فصل: قال الشافعي رحمته الله في «المختصر» : لو قال : له في ميراث أبي ألف درهم ، كان مقراً على أبيه بدين . ولو قال : له في ميراثي من أبي ألف درهم ، كان هبة ، إلا أن يريد إقراراً . قال الأصحاب : النصاب على ظاهرهما . وعن صاحب «التقريب» إشارة إلى التسوية ، كأنه نقل وخرج . والمذهب : الفرق . ومثله ، لو قال : له في هذه الدار نصفها ، فهو إقرار . ولو قال : في داري نصفها ، فهو وعد هبة ، نص عليهما . ولو قال : له في مالي ألف درهم ، كان إقراراً . ولو قال : له من مالي ألف درهم ، كان وعد هبة ، نص عليهما . واختلف الأصحاب في قوله : له في مالي ألف ، ف قيل : قولان . أحدهما : هو وعد هبة . والثاني : إقرار . وقيل : هبة قطعاً . وحملوا النص على خطأ النسخ ، وربما أولوه على ما لو أتى بصيغة التزام فقال : عليّ في مالي ، فإنه إقرار ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أثبتنا الخلاف ، فعن الشيخ أبي علي ، طرده فيما إذا قال : في داري نصفها . وامتنع من طرده فيما إذا قال : في ميراثي من أبي . وعن صاحب «التقريب» وغيره ، طرده فيه بطريق الأولى ، لأن قوله : في ميراثي من أبي ، أولى بأن يجعل إقراراً من قوله : في مالي أو في داري ، لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها ، فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدين ، بخلاف المال والدار .

وأما فرقه في النص الأخير ، بين «في» و«من» ، فمن الأصحاب من قال : لا فرق ، ولم يثبت هذا النص ، أو أولوه ، ومنهم من فرق ، بأن «في» يقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له ، وقوله : من مالي ، يقتضي التبعض ، وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع له شيئاً من ماله . وإذا فرقنا بينهما ، لزمه مثله في الميراث قطعاً . والمذهب : أنه لا فرق بينهما ، وأن الحكم في قوله : «في مالي» كما ذكرنا أولاً في

«ميراثي». واستبعد الإمام تخريج الخلاف في قوله: له في داري نصفها، لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه، لم ينتظم منه الإقرار ببعضه، كما لا ينتظم الإقرار ب كله في قوله: «داري لفلان»، وخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه، كقوله: في مالي ألف، أو في داري ألف. وحيث قلنا في هذه الصور: إنه وعد هبة، لا إقرار، فذلك إذا لم يذكر كلمة الالتزام فأما إذا ذكرها بأن قال: عليّ ألف درهم في هذا المال، أو في مالي، أو في ميراثي من أبي، أو في ميراث أبي، أو في داري، أو في عبدي، أو هذا العبد، فهو إقرار بكل حال. ولو قال: له في ميراثي من أبي، أو في مالي بحق لزمي. أو بحق ثابت، وما أشبهه، فهو إقرار بكل حال، كما لو قال: عليّ، ذكره ابن القاص، والشيخ أبو حامد، وغيرهما. واعلم أن مقتضى قولنا في قوله: علي في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم، هو إقرار: أنه يلزمه الألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً، بخلاف ما إذا قال: له عليّ ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، فإن فيه خلافاً سبق، فإن ظرفية العبد للدراهم، ليست كظرفية الكيس لها، لكن لو قال: له في هذا العبد ألف، من غير كلمة «عليّ»، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفاً، لم يجب عليه تتميم الألف بحال.

الضرب السادس: التأكيد والعطف ونحوهما. وفيه مسائل:

إحداها: قال: علي درهم درهم درهم، لزمه درهم فقط، وكذا لو كرره هكذا ألف مرة فأكثر. ولو قال: درهم ودرهم، أو درهم ثم درهم، لزمه درهماً للمغايرة. ولو قال: درهم ودرهم ودرهم، لزمه بالأول والثاني درهماً. وأما الثالث، فإن أراد به درهماً آخر، لزمه، وإن قال: أردت به تأكيد الثاني، قُبل، ولزمه درهماً فقط. وإن قال: أردت به تأكيد الأول، لم يقبل على الأصح، فيلزمه ثلاثة. وإن أطلق، لزمه ثلاثة على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وقال ابن خيران: فيه قولان كالطلاق، ثانيهما درهماً. فعلى المذهب، لو كرره عشر مرات فأكثر، لزمه بعدد ما كرر. ولو قال: عليّ درهم، ثم درهم، ثم درهم، فهو كقوله: درهم ودرهم ودرهم. ولو قال: درهم ودرهم، ثم درهم، لزمه ثلاثة بكل حال.

الثانية: قال: عليّ درهم مع درهم، أو معه درهم، أو فوق درهم، أو فوقه درهم، أو تحت درهم، أو تحته درهم، أو عليّ درهم، أو عليه درهم، فالمذهب والمنصوص والذي قطع به الأكثرون: أنه يلزمه درهم. وقيل: قولان. ثانيهما: درهم. وقال الداركي: مع الهاء، درهماً، وب حذفها، درهم. ولو قال: له عليّ درهم قبل درهم، أو قبله درهم، أو بعده درهم، لزمه درهماً على المذهب

والمنصوص، وبه قطع الأكثرون. وقيل: قولان. ثانيهما: درهم. وقال ابن خيران وغيره: مع الهاء درهمان. وب حذفها، درهم.

الثالثة: قال: له عليّ أو عندي درهم فدرهم، إن أراد العطف، لزمه درهمان، وإلا، فالنص لزوم درهم فقط. ونص في: أنت طالق، فطالق، أنه طلقان. وقال ابن خيران: فيهما قولان. أحدهما: درهمان وطلقان. والثاني: درهم وطلقة. والمذهب الذي قطع به الأكثرون: تقرير النصين. ولو قال: درهم فقفيز حنطة، فهل يلزمه درهم فقط، أم يلزمه جميعاً؟ فيه هذا الخلاف. وذكر أبو العباس الروياني، أن قياس ما ذكرنا في الطلاق: أنه إذا قال: بعثك بدرهم فدرهم، يكون بائعاً بدرهمين، لأنه إنشاء، لا إخبار.

الرابعة: إذا قال: عليّ درهم، بل درهم، لزمه درهم فقط. ولو قال: درهم، لا بل درهم، ولكن درهم، ف كذلك. ولو قال: درهم، لا بل درهمان، أو قفيز حنطة، لا بل قفيزان، لزمه درهمان، أو قفيزان فقط. هذا إذا لم يعين. فأما إن قال: له عندي هذا القفيز، بل هذان القفيزان، فيلزمه الثلاثة، لأن المعين لا يدخل في المعين. وكذا لو اختلف جنس الأول والثاني مع عدم التعيين، بأن قال: درهم بل دينار، أو قفيز حنطة، بل قفيزا شعير، لزمه الدرهم والديناران، وقفيز الحنطة وقفيزا الشعير. ولو قال: درهمان بل درهم، أو عشرة، بل تسعة، لزمه الدرهمان والعشرة، لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل، ويدخل فيه الأقل. ولو قال: دينار، بل ديناران، بل ثلاثة، لزمه ثلاثة. ولو قال: دينار وديناران، بل قفيز وقفيزان، لزمه ثلاثة دنانير وثلاثة أفقرة، وقس عليه ما شئت.

الضرب السابع: التكرار. القول الجملي فيه أن تكرر الإقرار لا يقتضي تكرار المقرّ به، لأن الإقرار إخبار، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه، فينزل على واحد، إلا إذا عرض ما يمنع من ذلك، فيحكم بالمغايرة. فإذا أقر لزيد يوم السبت بألف، ويوم الأحد بألف، لزمه ألف فقط، سواء وقع الإقراران في مجلس أو مجلسين، وسواء كتب به صكاً وأشهد عليه شهوداً على التعاقب، أو كتب صكاً بألف وأشهد عليه، ثم كتب صكاً بألف وأشهد عليه. ولو أقر في يوم بألف، وفي آخر بخمسمئة، دخل الأقل في الأكثر. ولو أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية، أو قال مرة: صحاح، ومرة: مكسرة، لزمه ألفان. وكذا لو قال: قبضت منه يوم السبت عشرة، ثم قال: قبضت منه يوم الأحد عشرة، أو طلقها يوم السبت طلقة، ثم قال: طلقها يوم الأحد طلقتين، تعدد. ولو قال يوم السبت: طلقها طلقة، ثم أقر يوم الأحد بطلقتين، لم يلزم إلا طلقتان. ولو أضاف

أحد الإقرارين إلى سبب، أو وصف الدراهم بصفة، وأطلق الإقرار الآخر، نزل المطلق على المضاف، لإمكانه.

فرع: لو شهد عدل أنه أقر يوم السبت بألف، أو بغصب دار، وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بألف، أو بغصب تلك الدار، لَقَّنا الشهادتين واعتبرنا الألف والغصب، لأن الإقرار لا يوجب حقاً بنفسه، وإنما هو إخبار عن ثابت، فينظر إلى المخبر عنه وإلى اتفاقهما على الإخبار عنه. وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية، والآخر على إقراره بألف بالعجمية. ولو شهد عدل أنه طلقها يوم السبت، وآخر أنه طلقها يوم الأحد، لم يثبت بشهادتهما شيء لأنهما لا يتفقان على شيء، وليس هو إخباراً حتى ينظر إلى المقصود المخبر عنه. وقيل: في الإقرارين والطلاقين، قولان بالنقل والتخريج. قال الإمام: أما التخريج من الطلاق إلى الإقرار، فقريب في المعنى وإن بعد في النقل، لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد، بل شهد هذا على إقرار، وذاك على إقرار آخر. والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة، زيادة التوثق، وأما التخريج من الإقرار إلى الطلاق، فبعيد نقلاً ومعنى، لأن من طلق اليوم، ثم طلق غداً، والمرأة رجعية، وزعم أنه أراد طليقة واحدة، لم يقبل منه، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم، وشاهد على طلاق الغد؟ ويجري التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الأفعال، كالقتل، والقبض، وغيرهما. والمذهب: الأول، حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعربية، والآخر أنه قذف يوم الأحد بالعجمية، لم يثبت بشهادتهما شيء.

ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه، أو قذفه بالعربية، والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه بالعجمية، لم يلفق أيضاً، لأن المقر به شيان مختلفان. ولو شهد عدل بألف من ثمن مبيع، وآخر بألف من قرض، أو شهد أحدهما بألف اقترضه يوم السبت، وآخر بألف اقترضه يوم الأحد، لم يثبت بشهادتهما شيء، لكن للمشهود له أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوى به، ويحلف مع الذي يشهد به، وله أن يذيعهما، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين. ولو كانت الشهادة على الإقرار، فشهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الآخر أنه أقر بألف من قرض، لم يثبت الألف أيضاً على الصحيح. ولو ادعى ألفاً، فشهد أحدهما أنه ضمن الألف، والآخر أنه ضمن خمسمئة، ففي ثبوت خمسمئة قولان، وهذا قريب من التخريج في الإنشاءات، أو هو هو. ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين، والآخر أنه أبرأه، لم يلفق على المذهب. ولو شهد الثاني أنه برىء إليه منه، قال أبو عاصم العبادي: يلفق. وقيل: بخلافه.

فرع: ادعى ألفين، وشهد له عدل بألفين، وآخر بألف، ثبت الألف، وله أن يحلف مع الشاهد بألفين، ويأخذ ألفين. وكذا الحكم، لو كانت الشهادتان على الإقرار. ولو شهد أحدهما بثلاثين، والآخر بعشرين، ثبتت العشرون كالألف مع الألفين. وفي وجه ضعيف: لا تثبت، لأن لفظ الثلاثين لا يشمل العشرين، ولفظ الالفين، يشمل الألف، فربما سمع أحدهما الألف، وغفل عن آخره. ولو ادعى ألفاً، فشهد له عدل بألف، وآخر بألفين، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يُستشهد. وفي مصيره بذلك مجروحاً، وجهان: إن لم يصير مجروحاً، فشهادته بالزيادة مردودة. وفي الباقي، قولاً تبعيض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الألف، وخص الخلاف في التبعض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد، كما إذا شهد لنفسه ولغيره. فأما إذا زاد على المدعى به، فقله في الزيادة ليس شهادة، بل هو كما لو أتى بالشهادة في غير مجلس الحكم. وإن قلنا: يصير مجروحاً، قال البغوي: يحلف مع شاهد الألف ويأخذه. وقال الإمام: إنه على هذا الوجه: إنما يصير مجروحاً في الزيادة، فأما الألف المدعى به، فلا حرج في الشهادة عليه، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد، كانت الشهادة في المدعى به على قولي التبعض. فإن لم نبعضها، فأعاد الشهادة بالألف، قبلت، لموافقتها الدعوى، ولا يحتاج إلى إعادة الدعوى على الأصح.

فصل: في مسائل منتورة

إحداها: أقر بجميع ما في يده وينسب إليه، صح. فلو تنازعا في شيء، هل كان في يده حينئذ؟ فالقول قول المقر، وعلى الآخر البينة. ولو قال: ليس لي مما في يدي إلا ألف، صح وعمل بمقتضاه. ولو قال: لا حق لي في شيء مما في يد فلان، ثم ادعى شيئاً وقال: لم أعلم كونه في يده يوم الإقرار، صدق بيمينه.

الثانية: قال: لفلان عليّ درهم أو دينار، لزمه أحدهما، وطولب بتعيينه. وقيل: لا يلزمه شيء، وهو ضعيف جداً.

الثالثة: قال: له عليّ ألف، أو على زيد أو على عمرو، لم يلزمه شيء. وكذا لو قال على سبيل الإقرار: أنت طالق، أو، لا، وإن ذكره في معرض الإنشاء، طلقت، كما لو قال: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك.

الرابعة: قال: لزيد عليّ ألف درهم، وإلا فلعمرو عليّ ألف دينار، لزمه ألف درهم لزيد، وكلامه الآخر للتأكيد.

الخامسة: الإقرار المطلق، ملزم، ويؤخذ به المقرّ على الصحيح المعروف.

وخرج وجهه: أنه لا يلزم حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم، لأن الأصل براءة الذمة، والإقرار ليس موجباً في نفسه، وأسباب الوجوب مختلف فيها. وربما ظن ما ليس بموجب موجباً، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل، وكما لو أقر بأن فلاناً، وارثه، لا يقبل حتى يبين جهة الإرث.

السادسة: قال: وهبت لك كذا وخرجتُ منه إليك، فالأصح، أن لا يكون مقراً بالإقباض، لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة. وقال القفال والشاش: هو إقرار بالإقباض، لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالإقباض بعد العقد المفروغ منه.

السابعة: أقر الأب بعين مال لابنه، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة، فهل له الرجوع؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه أفتى القاضيان: أبو الطيب، والماوردي، تنزيلاً للإقرار على أضعف الملكين، وأدنى السببين، كما ينزل على أقل المقدارين. والثاني: لا، قاله أبو عاصم العبادي، لأن الأصل بقاء الملك للمقر له. ويمكن أن يتوسط فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن، فالأمر على ما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي.

الثامنة: أقر في صك بأنه لا دعوى له على زيد، ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت به: في عمامته وقميصه، لا في داره وبستانه. قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف: هذا موضع تردد، والقياس قبوله، لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

قلت: هذا ضعيف وفاسد. والصواب: أنه لا يقبل في ظاهر الحكم، لكن المختار أن له تحليف المقر له، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك، ولعل هذا مراد القاضي. والله أعلم.

فصل: المقرّ به المجهول، قد يعرف بغير تفسير المقرّ، بأن يحيله على معرّف، وهو ضربان:

أحدهما: أن يقول: له عليّ من الدراهم بوزن هذه الصنجة، أو بعدد المكتوب في كتاب كذا، أو بقدر ما باع به زيد عبده، وما أشبه ذلك، فيرجع إلى ما أحال عليه.

الضرب الثاني: أن يذكر ما يمكن استخراجه بالحساب، فمن أمثلته: لزيد عليّ ألف إلا نصف ما لابنيه عليّ، ولابنيه عليّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ. ولمعرفته طرق:

أحدها: أن تجعل لزيد شيئاً، وتقول: للابنين ألف إلا ثلث شيء، فيأخذ نصفه

وهو خمسمئة إلا سدس شيء، وتسقطه من الألف، يبقى خمسمئة، وسدس شيء، وذلك يعدل الشيء المفروض لزيد، لأنه جعل له ألفاً إلا نصف ما لابنيه، فيسقط سدس شيء بسدس شيء، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمئة، فيكون الشيء التام ستمئة، وهي ما لزيد. فإذا أخذت ثلثها وهو مئتان، وأسقطته من الألف، بقي ثمانمئة، وهي ما أقرب به للابنين.

الثاني: أن تجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثناء الثلث منه، وتسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابنين، فيكون لهما ألف ينقص شيئاً، ثم يأخذ نصفه وهو خمسمئة تنقص نصف شيء، وتزيده على ما فرضناه لزيد، وهو ثلاثة أشياء، يكون خمسمئة وشيئين ونصف شيء، وذلك يعدل ألف درهم، يسقط خمسمئة بخمسمئة، تبقى خمسمئة في مقابلة شيئين ونصف شيء، فيكون الشيء مئتين، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء، فهو إذاً ستمئة.

الثالث: أن تقول: استثنى من أحد الإقرارين النصف، ومن الآخر الثلث، فتضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فيكون ستة، ثم تضرب في الجزء المستثنى من الإقرارين، وكلاهما واحد، فتضرب واحداً في واحد، يكون واحداً، ينقصه من الستة، تبقى خمسة تحفظها وتسميها: المقسوم عليه، ثم تضرب ما تبقى من مخرج كل واحد من الجزأين بعد إسقاطه في مخرج الثاني، وذلك بأن تضرب ما بقي من مخرج النصف بعد النصف، وهو واحد، في مخرج الثلث، وهو ثلاثة، تحصل ثلاثة، تضربها في الألف المذكور في الإقرار، يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه، وهو خمسة، يخرج نصيب الواحد ستمئة، فهي ما لزيد، وتضرب ما تبقى من مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان، في مخرج النصف، وهو اثنان، يكون أربعة، تضربها في الألف، يكون أربعة آلاف تقسمها على الخمسة، تخرج ثمانمئة فهي ما للابنين.

ولو قال: لزيد عليّ عشرة إلا ثلثي ما لعمر، ولعمر عشرة إلا ثلاثة أرباع ما لزيد، تضرب المخرج في المخرج، تكون اثني عشر، ثم تضرب أحد الجزئين في الآخر، وهو اثنان، في ثلاثة، تكون ستة، تسقطها من اثني عشر، تبقى ستة، ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين، وهو واحد، في أربعة، ثم تضربها في العشرة المذكورة في الإقرار، تكون أربعين تقسمها على الستة، فتكون ستة وثلثين، وذلك ما أقرب به لزيد، ثم تضرب واحداً وهو الباقي من مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة، تكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلثين تقسمها على الستة، تكون خمسة، وهو ما أقرب به لعمر.

واعلم أن الطريقتين الأولين، ضربان مجريان في أمثال هذه الصور بأسرها. وأما الطريق الثالث، فإنه لا يطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الإقرارين. ولو قال: لزيد عشرة إلا نصف ما لعمر، ولعمر ستة إلا ربع ما لزيد، كان مقراً لزيد بثمانية، ولعمر بأربعة. ولو قال: لزيد عشرة إلا نصف ما لعمر، ولعمر عشرة إلا ربع ما لزيد، كان مقراً لزيد بخمسة وخمسة أسباع، ولعمر بثمانية وأربعة أسباع. ويتصور صدور كل إقرار من شخص، بأن يدعي على زيد وعمر مالا، فيقول زيد: لك عليّ عشرة إلا نصف مالك على عمر، ويقول عمر: لك عليّ عشرة إلا ثلث مالك على زيد، وطريق الحساب لا يختلف.

الباب الثالث: في تعقيب الإقرار بما يغيره

هو استثناء وغيره. فالثاني ينقسم إلى ما يرفعه بالكلية، وإلى غيره، والأول ينقسم إلى ما لا ينتظم لفظاً، فيلغو، وإلى ما ينتظم، فإن كان مفصلاً، لم يقبل، وإن كان موصولاً، ففيه خلاف. والثاني: إن كان مفصلاً، لا يقبل أيضاً، وإن كان موصولاً، ففيه خلاف بالترتيب، هذا حاصل الباب. وإذا مرت بك مسائله عرفت من أي قبيل هي. وأما الاستثناء، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى، وفيه مسائل:

إحداها: قال: لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير، فإن وقع قوله: من ثمن خمر، مفصلاً عن قوله: له ألف، لم يقبل، ولزمه الألف. وإن كان موصولاً، فقولان: أحدهما: يقبل ولا يلزمه شيء، لأن الكل كلام واحد، فيعتبر جملة ولا يبيّض، فعلى هذا للمقر له تحليفه إن كان من ثمن خمر. وأظهرهما: عند العراقيين وغيرهم: لا يقبل، ويلزمه الألف، ويبعض إقراره، فيعتبر أوله ويلغى آخره، لأنه وصل به ما يرفعه، فأشبهه قوله: ألف لا يلزمي. فعلى هذا لو قال المقر: كان من ثمن خمر، وظننته يلزمي، فله تحليف المقر له على نفيه. ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في العادة، ولكنه يبطل حكمه شرعاً، بأن أضاف المقر به إلى بيع فاسد، كالبيع بثمن مجهول، وخيار مجهول. أو قال: تكفلت ببدن فلان بشرط الخيار، أو ضمنت لفلان كذا بشرط الخيار، وما أشبه ذلك، قال الإمام: وكنت أودّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين أن يكون عالماً، فيعذر الجاهل دون العالم، لكن لم يصبر إليه أحد من الأصحاب. أما إذا قدم الخمر فقال: له من ثمن خمر عليّ ألف، لا يلزمه شيء قطعاً بكل حال.

الثانية: قال: عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه، إذا سلمه سلمت الألف، فطريقان. أحدهما: طرد القولين. ففي قول: يقبل ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم

العبد. وفي قول: يؤخذ بأول الإقرار. والطريق الثاني وهو الأصح: القطع بالقبول، لأن المذكور آخرًا هنا لا يرفع الأول، بخلاف ثمن الخمر. وعلى هذا، لو قال: عليّ ألف من ثمن عبد فقط، ثم قال: مفصولاً عنه لم أقبض ذلك العبد، قبل أيضاً، لأنه علق الإقرار بالعبد، والأصل عدم قبضه. ولو اقتصر على قوله: لفلان عليّ ألف، ثم قال مفصولاً: هو ثمن عبد لم أقبضه، لم يقبل. ولا فرق عندنا، بين أن يقول: عليّ ألف من ثمن هذا العبد، أو من ثمن عبد.

الثالثة: قال: عليّ ألف قضيته، ففي قبوله القولان. وقيل: لا يقبل قطعاً. ولو قال: كان لفلان عليّ ألف قضيته، قُبِلَ عند الجمهور. وقيل: على الطريقتين. الرابعة: قال: عليّ ألف لا يلزمني، أو عليّ ألف أو، لا، لزمه الألف، لأنه غير منتظم.

قلت: هكذا رأيته في نسخ من كتاب الإمام الرافعي «عليّ الألف، أو، لا»، وهو غلط. وقد صرح به صاحب «التهذيب» و«البيان»: بأنه لا يلزمه في هذه الصورة شيء، كما لو قال: أنت طالق، أو، لا، فإنه لم يجزم بالالتزام، وما يبعد أن يكون الذي في كتاب الرافعي تصحيحاً من النسخ، أو تغييراً مما في «التهذيب»، فقد قال في «التهذيب»: لو قال: عليّ ألف، لا، فهو إقرار، وهذا صحيح، وقرنه في «التهذيب» بقوله: بألف لا يلزمني، وهو نظيره. ومعظم نقل الرافعي من «التهذيب» و«النهاية»، وكيف كان، فالصواب الذي يقطع به: أنه إذا قال: ألف أو، لا، فلا شيء عليه. والله أعلم.

الخامسة: قال: له عليّ ألف إن شاء الله، لم يلزمه شيء على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: على القولين. ولو قال: عليّ ألف إن شئت، أو إن شاء فلان، فلا شيء عليه على المذهب. قال الإمام: والوجه: طرد القولين. ولو قال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قَدِمَ زيد، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه، لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بشرط. وذكر الإمام وغيره: أنه على القولين. وكيف كان، فالمذهب أنه لا شيء عليه. وهذا إذا أطلق، أو قال: قصدت التعليق. فإن قصد التأجيل، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قَدِمَ التعليق فقال: إن جاء رأس الشهر فعليّ ألف، لم يلزمه قطعاً، لأنه لم توجد صيغة التزام جازمة. فإن قال: أردت التأجيل برأس الشهر، قبل. وفي «التممة» وجه: أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر، وهو غريب، وبه قطع فيما إذا قال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر.

السادسة: قال: عليّ ألف مؤجل إلى وقت كذا، فإن ذكر الأجل مفصولاً، لم

يقبل. وإن وصله، قبل على المذهب. وقيل: قولان. وإذا لم يقبل، فالقول قول المقر له بيمينه في نفي الأجل. ثم موضع الخلاف، أن يقر مطلقاً، أو مسنداً إلى سبب يقبل التعجيل والتأجيل. أما إذا أسند إلى ما لا يقبل الأجل، فقال: أقرضنيه مؤجلاً، فيلغو ذكر الأجل قطعاً. وإن أسند إلى ما يلزمه الأجل، كالدية على العاقلة، فإن ذكره في صدر إقراره بأن قال: قتل أخي زيداً خطأً، ولزمني من ديته كذا مؤجلاً إلى سنة انتهاءها كذا، قبل قطعاً. ولو قال: عليّ كذا من جهة تحمّل العقل مؤجلاً إلى كذا، فقولان: وقيل: يقبل قطعاً.

فرع: قال: بعثك أمس كذا، فلم تقبل، فقال: بل قبلت، فعلى قولي تبعض الإقرار، إن بعّضناه، صدّق بيمينه في قوله: قبلت. وكذا لو قال لعبد: أعتقتك على ألف، فلم تقبل، أو لامرأته: خالعتك على ألف، فلم تقبلي، فقالا: قبلنا.

فرع: إذا قال له: أريد أن أقر الآن بما ليس عليّ لفلان عليّ ألف. أو قال: ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها: قد طلقت امرأتي ثلاثاً، قال الشيخ أبو عاصم: لا يصح إقراره، ولا شيء عليه. وقال صاحب «التتمة»: الصحيح، أنه يلزمه، كقوله: عليّ ألف لا يلزمني.

السابعة: قال: لزيد عليّ ألف وزعم أنه ودیعة، فله حالان:

الحال الأول: أن يذكره منفصلاً، بأن أتى بألف بعد إقراره، وقال: أردت هذا وهو ودیعة عندي، وقال المقر له: هو ودیعة ولي عليك ألف آخر ديناً، وهو الذي أردته بإقرارك، فهل القول قول المقر له، أو المقر؟ فيه قولان. أظهرهما: الثاني وقيل به قطعاً، لأن قوله: عليّ، يحتمل أن يريد به: عندي، ويحتمل: إني تعديت فيها فصارت مضمونة عليّ، أو عليّ حفظها. ولو قال: عليّ ألف في ذمتي، أو ديناً، ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا، لم يقبل على المذهب، والقول قول المقر له بيمينه، لأن العين لا تثبت في الذمة. وقيل: في قبوله وجهان: ثم قال الإمام: إذا قبلنا التفسير بالودیعة، قال الأصحاب: الألف مضمونة، وليس بأمانة، لأن قوله: عليّ، تتضمن الالتزام. فإن ادعى تلف الألف الذي يزعم أنه ودیعة، لم يسقط عنه الضمان، وإن ادعى رده، لم يقبل، لأنه ضامن، وإنما يصدق الأمين. وهذا الذي قاله الإمام، مشكل دليلاً ونقلاً. أما الدليل، فلأن لفظه «عليّ»، كما يجوز أن يراد بها مصيرها مضمونة لتعديده، فيجوز أن يريد: وجوب حفظها، ويجوز أن يريد: عندي، كما سبق، وهذان لا ينافيان الأمانة. وأما النقل، فمقتضى كلام غيره، أنه إذا ادعى تلفه بعد الإقرار، صدق، وقد صرح به صاحب «الشامل» في موضعين من الباب.

الحال الثاني: أن يذكره متصلاً، فيقول: لفلان عليّ ألف ودیعة، فيقبل على

المذهب. وقال أبو إسحاق: على قولين، كقوله: ألف قضيته. وإذا قبلنا فأنتي بألف، وقال: هو هذا، قنع به، فإن لم يأت بشيء، وادعى التلف أو الرد، قبل على الأصح. وأما إذا قال: له معي أو عندي ألف، فهو مشعر بالأمانة، فيصدق في قوله: إنه كان وديعة، وفي دعوى التلف والرد. ولو قال: له عندي ألف درهم مضاربة ديناً أو وديعة ديناً، فهو مضمون عليه، ولا يقبل قوله في دعوى الرد والتلف، نص عليه. ووجهه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً. فإن قال: أردت أنه دفعه إليّ مضاربة أو وديعة بشرط الضمان، لم يقبل قوله، لأن شرط الأمانة لا يوجب الضمان، هذا إذا فسر منفصلاً. فإن فسره متصلاً، ففيه قولاً تبعيض الإقرار. ولو قال: له عندي ألف عارية، فهو مضمون عليه، صححنا إعارة الدراهم أو أفسدناها، لأن الفاسد كالصحيح في الضمان. ولو قال: دفع إليّ ألفاً، ثم فسره بوديعة، وادعى تلفها في يده، صدق بيمينه. وكذا لو قال: أخذت منه ألفاً. وقال القفال في «أخذت»: لو ادعى المأخوذ منه أنه غصبه، صدّق بيمينه في الغصب. والصحيح: أنه كقوله: دفع إليّ.

الثامنة: قال: هذه الدار لك عارية، فهو إقرار بالإعارة، وله الرجوع. وقال صاحب «التقريب»: قوله: «لك» إقرار بالملك، فذكر العارية بعده ينافيه، فيكون على قولي تبعيض الإقرار. والمذهب الأول. ولو قال: هذه الدار لك هبة عارية بإضافة الهبة إلى العارية، أو هبة سكنى، فهو كما لو قال: لك عارية، بلا فرق.

التاسعة: الإقرار بالهبة لا يتضمن الإقرار بقبضها على المذهب، وبه قطع الجمهور. وفي «الشامل»: فيه خلاف إذا كانت العين في يد الموهوب له، وقال: أقبضتني. ولو قال: وهبته وخرجت إليه منه، فقد سبق أن الأصح أنه ليس بإقرار بالقبض، وكذا لو قال: وهبت له وملكها، قاله البغوي. ولو أقر بالقبض، ثم ذكر لإقراره تأويلاً أو لم يذكر، فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال: رهنّت وأقبضت ثم عاد فأنكر.

العاشرة: لو أقر ببيع أو هبة وقبض، ثم قال: كان ذلك فاسداً، أو أقررت لظني الصحة، لم يصدق، لكن له تحليف المقر له، فإن نكل، حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة. ولو أقر بإتلاف مال على إنسان وأشهد عليه، ثم قال: كنت عازماً على الإتلاف فقدمت الإشهاد على الإتلاف، لم يلتفت إليه، بخلاف ما لو أشهد عليه بدين ثم قال: كنت عازماً على أن استقرض منه، فقدمت الشهادة على الاستقراض، قبل للتحليف، لأن هذا معتاد، بخلاف ذاك.

الحادية عشرة: أقر عجمي بالعربية وقال: لم أفهم معناه، لكن لقّنت، صدق

بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه. وكذا الحكم في جميع العقود والحلول. ولو ادعى أنه أقر وهو صبي أو مجنون، أو مكره، فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به في آخر الباب الأول.

الثانية عشرة: قال: غصبت هذه الدار من زيد، بل من عمرو، أو قال: غصبتها من زيد، وغصبتها زيد من عمرو، أو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو، سلّمت الدار إلى زيد. وفي غرمه لعمرو، قولان. أظهرهما عند الأكثرين: يغرم. وفي الصورة الثالثة طريقة جازمة بأن لا غرم، لأنه لم يقر بجناية في ملك الغير، بخلاف الأوليين. ثم قيل: القولان فيما إذا انتزعتها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد. فأما إذا سلمها بنفسه، فيغرم قطعاً. وقيل: القولان في الحالين.

قلت: الأصح طردهما في الحالين، قاله أصحابنا. ويجري الخلاف سواء وإلى بين الإقرار لهما، أم فصل بفصل قصير أو طويل. والله أعلم.

فرع: باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن، ثم قال: كنت بعتها لفلان، أو غصبتها منه، لم يقبل قوله على المشتري. وفي غرمه للمقر إليه طريقان. أحدهما: طرد القولين. وأصحهما: القطع بالغرم، لأنه فوت بتصرفه وتسليمه. ويبنى على هذا الخلاف، أن مدعي العين المبيعة، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري؟ إن قلنا: لو أقر، غرم القيمة، فله دعواها، وإلا، فلا. ولو كان في يد إنسان عين، فانتزعتها مدع بيمينه بعد نكول صاحب اليد، ثم جاء آخر يدعيها، هل له طلب القيمة من الأول؟ إن قلنا: النكول وردّ اليمين كالبينة، فلا، كما لو انتزع بالبينة. وإن قلنا: كالإقرار، ففي سماع دعوى الثاني عليه بالقيمة، الخلاف.

فرع: قال: غصبت هذه الدار من زيد، وملّكها لعمرو، سلّمت إلى زيد، لأنه اعترف له باليد. والظاهر: أنه محقّ فيها، ثم تكون الخصومة في الدار بين زيد وعمرو، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو، لأنه غاصب. وفي غرامة المقر لعمرو، طريقان. أحدهما: طرد القولين. وأصحهما: القطع بأن لا غرم، لأنه لا منافاة هنا بين الإقرارين، لجواز أن يكون الملك لعمرو، ويكون في يد زيد بإجارة، أو رهن، أو وصية بالمنافع، فيكون الآخذ غاصباً منه. وفي المسألة الأولى، الإقراران متنافيان. ولو أقر ذكر الغصب فقال: هذه الدار ملكها عمرو، وغصبتها من زيد، فوجهان: أحدهما: كالصورة الأولى، لعدم التنافي، فتسلّم إلى زيد، ولا يغرم لعمرو. والثاني: لا يقبل إقراره باليد بعد الملك، فتسلّم إلى عمرو. وفي غرمه لزيد القولان، هكذا أطلقوه وفيه مباحثة، لأننا إذا غرّمنا المقر في الصورة السابقة للثاني، فإنما نغرمه القيمة، لأنه أقر له بالملك، وهنا جعلناه مقراً باليد دون الملك، فلا وجه

لتغريمه، بل القياس أن يسأل عن يده: أكانت بإجارة أو رهن أو غيرهما؟ فإن كانت بإجارة، غرم قيمة المنفعة، وإن كانت رهناً، غرم قيمة المرهون ليتوثق به زيد، وكأنه أئلف المرهون. ثم إن استوفى الدين من موضع آخر، ردت القيمة عليه.

فرع: قال: غصبت هذه العين من أحدكما، طولب بالتعيين، فإذا عين أحدهما، سلمت إليه. وهل للثاني تحليفه؟ يبني على أنه لو أقر للثاني هل يغرم له؟ إن قلنا: لا، فلا، وإلا، فنعم، لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين فيغرمه، فعلى هذا، إذا نكل ردت اليمين على الثاني، فإذا حلف، فليس له إلا القيمة. وقيل: إن قلنا: النكول ورد اليمين كالإقرار، فالجواب كذلك. وإن قلنا: كالبينة، نزعت الدار من الأول وسلمت إلى الثاني، ولا غرم عليه للأول. وعلى هذا، فله التحليف وإن قلنا: لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل، فيحلف المدعي ويأخذ العين. أما إذا قال المقر: لا أدري من أيكما غصبت، وأصر عليه، فإن صدقاه، فالعين موقوفة بينهما حتى تبين المالك أو يصطلحا. وكذا إن كذباه وحلف لهما على نفي العلم، هذا هو المذهب.

قلت: ولو أقر أن الدار التي في تركة مورثه لزيد، بل لعمره، سلمت إلى زيد، وفي غرمه لعمره طريقتان في «الشامل» و«البيان» وغيرهما. أحدهما: القولان. والثاني: القطع بأن لا غرم. والفرق، أنه هنا معذور لعدم كمال اطلاعه. والله أعلم.

فصل: في الاستثناء

وهو جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما، بشرط أن يكون متصلاً، وأن لا يكون مستغرقاً. فإن سكوت بعد الإقرار، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى، لم ينفعه.

قلت: هكذا قال أصحابنا، إن تخلل الكلام الأجنبي، يبطل الاستثناء. وقال صاحباً «العدة» و«البيان»: إذا قال: علي ألف - أستغفر الله - الأمانة، صح الاستثناء عندنا، خلافاً لأبي حنيفة رحمته الله. ودليلنا، أنه فصل يسير، فصار كقوله: علي ألف - يا فلان - الأمانة، وهذا الذي نقلناه، فيه نظر. والله أعلم.

ولو استغرق فقال: علي عشرة إلا عشرة، لم يصح، وعليه عشرة، ويجوز استثناء الأكثر، فإذا قال: علي عشرة إلا تسعة، أو سوى تسعة، لزمه درهم.

فرع: الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات. فلو قال: علي عشرة إلا تسعة، إلا ثمانية، لزمه تسعة. ولو قال: علي عشرة، إلا تسعة، إلا ثمانية، إلا سبعة، إلا ستة، إلا خمسة، إلا أربعة، إلا ثلاثة، إلا درهمن، إلا درهم، لزمه

خمسـة . وطريق هذا وما أشبهه، أن يجمع الإثبات ويجمع النفي، ويسقط النفي من الإثبات، فما بقي فهو الواجب. فالأعداد المثبتة هنا ثلاثون، والمنفية خمسـة وعشرون. ثم معرفة المثبت، أن العدد المذكور أولاً، إن كان شفعاً، فالأشفاق مثبتة، والأوتار منفية. وإن كان وترأ، فبالعكس، وشرطه أن تكون الأعداد المذكورة على التوالي المعتاد، إذ يتلو كلُّ شفع وترأ، وبالعكس.

فرع: قال: ليس لفلان عليّ شيء إلا خمسـة، لزمه خمسـة. ولو قال: ليس عليّ عشرة إلا خمسـة، لم يلزمه شيء على الصحيح الذي قاله الأكثرون، لأن العشرة إلا خمسـة، خمسـة، فكأنه قال: ليس عليّ خمسـة. وفي وجه: يلزمه خمسـة، حكاة في «النهاية» بناءً على أن الاستثناء من النفي إثبات.

فرع: إذا أتى باستثناء بعد استثناء، والثاني مستغرق، صح الأول، وبطل الثاني.

مثاله: عليّ عشرة، إلا خمسـة، إلا عشرة، أو عشرة إلا خمسـة، إلا خمسـة، لزمه خمسـة. وإن كان الأول مستغرقاً دون الثاني، كقوله: عشرة، إلا عشرة، إلا أربعة، فأوجه: أحدها: يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الأول، لاستغراقه، ويبطل الثاني، لأنه من باطل، والثاني: يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان، لأن الكلام إنما يتم بآخره. قال في «الشامل»: وهذا أقيس. والثالث: يلزمه ستة، لأن الاستثناء الأول باطل، والثاني يرجع إلى الكلام. ولو قال: عشرة، إلا عشرة، إلا خمسـة، لزمه على الوجه الأول عشرة، وعلى الآخرين خمسـة. هذا إذا لم يكن في الاستثناءين عطف، فإن كان، بأن قال: عشرة إلا خمسـة، وإلا ثلاثة، أو عشرة إلا خمسـة وثلاثة، فهما جميعاً مستثنيان من العشرة، فلا يلزمه إلا درهماً قطعاً، فإن كان العدداً لو جمعا استغرقا، بأن قال: عشرة إلا سبعة وثلاثة، فهل يلزمه عشرة لكون الواو تجمعهما فيقتضي الاستغراق؟ أم يختص الثاني بالبطان فيلزمه ثلاثة لأن الأول صح استثناءه؟ وجهان: أحدهما: الثاني. وفي وجه ثالث: يفرق بين قوله: عشرة إلا سبعة وثلاثة، وبين قوله: عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة، ويقطع في الصورة الثانية بالبطان. ومهما كان في المستثنى أو المستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان: كما في الصورة السابقة. أحدهما: وهو المنصوص في الطلاق، وبه قطع الأكثرون: لا يجمع.

مثاله: عليّ درهماً ودرهم إلا درهماً، إن لم نجمع، لزمه ثلاثة، وإلا درهماً. ولو قال: ثلاثة إلا درهماً ودرهماً، فإن لم نجمع، لزمه درهم، وصح استثناء الدرهمين. وإن جمعنا، فثلاثة ويصير مستغرقاً. ولو قال: ثلاثة إلا درهماً

ودرهمين، فإن لم نجمع، لزمه درهمان وصح استثناء الدرهمين. وإن جمعنا، فثلاثة. ولو قال: درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً ودرهماً ودرهماً، لزمه ثلاثة على الوجهين. وحكم هذه الصورة في الطلاق، حكمها في الإقرار.

فرع: قال: عليّ عشرة إلا خمسة، أو ستة، قال المتولي: يلزمه أربعة، لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كقوله: عليّ خمسة أو ستة، فإنه يلزمه خمسة. ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة، لأنه أثبت عشرة، واستثنى خمسة، وشككنا في استثناء الدرهم السادس.

قلت: الصواب قول المتولي، لأن المختار أن الاستثناء بيان ما لم يُرد بأول الكلام، لأنه إبطال ما أثبت. والله أعلم.

فرع: قال: عليّ درهم غير دانق، فمقتضى النحو وبه قال أصحابنا: أنه إن نصب «غير»، فعليه خمسة دنانق، لأنه استثناء، وإلا، فعليه درهم تام، إذ المعنى: درهم، لا دانق. وقال الأكثرون: السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء، فيحمل عليه وإن أخطأ في الإعراب.

فرع: الاستثناء من غير الجنس، صحيح، كقوله: ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً، ثم عليه أن يبين ثوباً لا يستغرق قيمته الألف. فإن استغرق، فالتفسير لغو. وفي الاستثناء وجهان: أحدهما: يبطل ويلزمه الألف لأنه يبين ما أراد بالاستثناء، فكأنه يلفظ به وهو مستغرق. والثاني: لا يبطل، لأنه صحيح من حيث اللفظ. وإنما الخلل في تفسيره، فيقال: فسره بتفسير صحيح.

فرع: يصح استثناء المجمع من المجمع، والمجمع من المفصل، وبالعكس. فالأول، كقوله: ألف إلا شيئاً، فيبين جنس الألف أولاً، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف الذي بينه. والثاني: كقوله: عشرة دراهم إلا شيئاً، يفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة. والثالث: كقوله: شيء إلا درهماً، يفسر الشيء بما يزيد على درهم وإن قل. وكذا لو قال: ألف إلا درهماً، ولا يلزمه أن يكون الألف دراهم. ومهما بطل التفسير في هذه الصور، ففي بطلان الاستثناء الوجهان. وإن اتفق لفظ المستثنى والمستثنى منه. كقوله: شيء إلا شيئاً، أو: قال: مال إلا مالاً، حكى الإمام عن القاضي فيه وجهين: أحدهما: يبطل الاستثناء، كقوله: عشرة إلا عشرة. والثاني: لا، لوقوعه على القليل والكثير، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل متمول، ويحمل الأول على الزائد على أقل متمول. قال الإمام: وفي هذا التردد غفلة، لأننا إن ألغينا الاستثناء، اكتفينا بأقل متمول. وإن صححناه، ألزمناه أيضاً أقل متمول، فيتفق الوجهان. ويمكن أن يقال: حاصل الجواب، لا يختلف، لكن فيه فائدة، لأننا

إن أبطلنا، طالبناه بتفسير الأول فقط. وإن صححنا، طالبناه بتفسيرهما، وله آثار الامتناع من التفسير، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء من الأول، وما أشبه ذلك.

فرع: الاستثناء من المعين، صحيح، كقوله: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت، أو هذا القميص إلا كمه، أو هذه الدراهم إلا هذه الدراهم، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص، ونظائره. وفي وجه شاذ: لا يصح، لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من المعين، والأول هو الصحيح المنصوص، وعليه التفريع. ولو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً، صح ورجع إليه في التعيين. فإن ماتوا إلا واحداً فقال: هو الذي أردت بالاستثناء، قبل قوله بيمينه على الصحيح، لأنه محتمل. وقيل: لا يقبل، للتهمة، وهو شاذ متفق على ضعفه. ولو قال: غصبتهم إلا واحداً، فماتوا إلا واحداً. فقال: هو المستثنى، قبل بلا خلاف. وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحداً، لأن حقه ثبت في القيمة. ولو قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت منها لي، وهذا الخاتم له، وقصه لي، قبل، لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ، فكان كالاستثناء.

فصل: في مسائل تتعلق بالإقرار وإن كان بعضها أجنبياً

إحداها: في يده جارية، فقال رجل: بعتكها بكذا وسلمتها، فأذ الثمن. فقال: بل زوجتنيها بصداق كذا وهو عليّ، فله حالان:

أحدهما: أن يجري النزاع قبل أن يولدها صاحب اليد، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعى عليه، فإن حلفا، سقطت دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد، أم لا، لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكا، فهو منكر له، وتعود الجارية إلى المالك. ثم أحد الوجهين، أنها تعود إليه كعود المبيع إلى البائع، لإفلاس المشتري بالثمن. والثاني: تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه، وهو يستحق عليه الثمن، وقد ظفر بغير جنس حقه. فعلى هذا، يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها. فإن فضل شيء، فهو لصاحب اليد، ولا يحل له وطؤها. وعلى الأول: يحل وطؤها والتصرف، ولا بد من التلفظ بالفسخ. وإن حلف أحدهما فقط، نظر، إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المدعي اليمين المردودة على الشراء، ووجب الثمن. وإن حلف صاحب اليد على نفي الشراء ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج، حلف صاحب اليد اليمين المردودة على النكاح، وحكم له بالنكاح، وبأن رقبتهما للآخر. ثم لو ارتفع النكاح

بطلاق أو غيره، حلت للسيد في الظاهر. وكذا في الباطن إن كان كاذباً. وعن القاضي حسين: أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه، اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات. والصحيح الأول.

الحال الثاني: أن يولدها صاحب اليد، فالولد حر، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم، وهو يدعي الثمن، فيحلف صاحب اليد على نفيه. فإن حلف على نفي الشراء، سقط عنه الثمن المدعى. وهل يرجع المالك عليه بشيء؟ وجهان: أحدهما: يرجع بأقل الأمرين من الثمن والمهر، لأنه يدعي الثمن، وصاحب اليد مقر له بالمهر، فالأقل منهما متفق عليه، والثاني: لا يرجع بشيء، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه، والمهر الذي يقر به لا يدعيه الآخر، فلا يمكن من المطالبة. وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعدما حلف على نفي الشراء؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد للآخر، لم يقبل، فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يقبل؟ والثاني: نعم، طمعاً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح. ولو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المالك القديم اليمين المردودة. وعلى كل حال، فالجارية مقررة في يد صاحب اليد، فإنها أم ولده أو زوجته، وله وطؤها في الباطن.

وفي الحل ظاهراً، وجهان: أحدهما: تحل. ووجه المنع: أنه لا يدرى، أيطأ زوجته أم مملوكته؟ وإذا اختلفت الجهة، وجب الاحتياط للبضع، ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء، وإلا، فقولان: أحدهما: على المالك القديم، لأنها كانت عليه. وأظهرهما: أنها في كسب الجارية. فإن لم يكن كسب، ففي بيت المال. ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد، ماتت قنّة، وللمالك القديم أخذ القيمة مما تركته من أكسابها، وما فضل، فموقوف لا يدعيه أحد. وإن مات بعد موت المستولد، ماتت حرة، ومالها لوارثها بالنسب. فإن لم يكن، فهو موقوف، لأن الولاء لا يدعيه واحد منهما، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها، لأن الثمن بزعمه على المستولد وهي قد عتقت بموته، فلا يؤدي دينه مما جمعه بعد الحرية. هذا كله فيما إذا أصر على كلاهما. أما إذا رجع المالك القديم، وصدق صاحب اليد، فلا يقبل في رد حرية الولد وثبوت الاستيلاد، وتكون أكسابها له ما دام المستولد حياً. فإذا مات، عتقت وكانت أكسابها لها. ولو رجع المستولد، وصدق المالك القديم، لزمه الثمن وكان ولاؤها له.

المسألة الثانية: إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول. فلو أقر بعضهم بدين، وأنكر بعضهم، فقولان: القديم: أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به، وإلا، فيصرف جميع حصته إليه، لأنه إنما يستحق بعد قضاء

الدين. والجديد: أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة. فعلى الجديد: لو مات المنكر وورثه المقر، فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به؟ وجهان: أصحهما: نعم، لحصول جميع التركة في يده. ويتفرع على القولين فرعان. أحدهما: لو شهد بعض الورثة بدين على المورث. إن قلنا: لا يلزمه بالإقرار إلا حصته، قبلت شهادته، وإلا، فلا، لأنه متهم. وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله. الثاني: كيس في يد رجلين فيه ألف. قال أحدهما لثالث: لك نصف ما في هذا الكيس، فهل يحمل إقراره على النصف المضاف إليه، أم على نصف ما في يده، وهو الربع؟ وجهان بناءً على القولين.

قلت: أفقهما: الأول. والله أعلم.

المسألة الثالثة: مات عن ابنين، فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة، فهو كما لو أقر عليه بدين، فعلى القديم: تتعلق كل العشرة بثلاث نصيبه. وعلى الجديد: يتعلق نصف العشرة بثلاث نصيبه. ولو أقر أحدهما أنه أوصى بربع ماله، وأنكر الآخر، فعلى المقر أن يدفع إلى الموصى له ربع ما في يده. ولو أقر أنه أوصى بعين من أعيان أمواله، نظر، إن لم يقسما التركة، فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصى له، والباقي، للمنكر. وإن اقتسماهما، نظر، إن كانت تلك العين في يد المقر، لزمه دفعها إلى الموصى له، وإن كانت في يد المنكر، فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر، لأنه فوته عليه بالقسمة. ولو شهد المقر للموصى له، قبلت شهادته، ويغرم للمشهود عليه نصف قيمة العين، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً.

المسألة الرابعة: قال لعبد: أعتقتك على ألف، فطالبه بالألف، فأنكر العبد وحلف، سقطت دعوى المال، وحكم بعتق العبد، لإقراره، وكذا لو قال: بعتك نفسك إذا صححنا هذا التصرف، وهو الصحيح. ولو قال لولد عبده: بعتك والدك بكذا، فأنكر، فكذاك، لا عتراه بمصيره حراً بالملك.

المسألة الخامسة: قال: لفلان عندي خاتم، ثم جاء بخاتم، فقال: هو هذا الذي أقررت به، فنص في موضع أنه يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له. وقال في موضع آخر: لا يلزم التسليم. قال الأصحاب: الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له. والثاني: على ما إذا قال: الذي أقررت به غيره وليس هذا لي، فلا يسلم ما جاء به إليه. والقول قول المقر في نفي غيره.

المسألة السادسة: قال: لي عليك ألف ضمنتته، فقال: ما ضمنت شيئاً، ولكن لك علي ألف من قيمة متلف، لزم الألف على الأصح.

قلت: ومما يتعلق بالباب، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب الغصب:

ولو أقر بدار مبهمة ولم يعينها حتى مات، قام وارثه مقامه في التعيين. فإن عينها فذاك، وإن لم يعين، طوبى بالتعيين، فإن امتنع، كان للمقر له أن يعين. فإن عين وصدقه الوارث، فذاك، وإلا، فله أن يحلف أنها ليست المقر بها، فإن حلف، طوبى بالتعيين، فإن امتنع، حبس حتى يعين. قال القاضي أيضاً في آخر الغصب: لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه، وهي ملكه إلى الآن، وكذبه المشتري، وأراد أن يقيم بينة بذلك، فإن قال: بعثك ملكي أو داري أو نحو ذلك، مما يقتضي أنها ملكه، لم تسمع دعواه، وإلا، سمعت. قال الشاشي: لو قال: غصبت داره، ثم قال: أردت دارة الشمس والقمر، لم يقبل على الصحيح.

ولو باع شيئاً بشرط الخيار، ثم ادعاه رجل، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي، صح إقراره وانفسخ البيع، لأن له الفسخ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع، فإنه لا يقبل، لعجزه عن الفسخ. ولو أقر بثياب بدنه لزيد، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: يدخل فيه الطيلسان والدَّوَّاج وكل ما يلبسه. ولا يدخل فيه الخف، والمراد بالدَّوَّاج: اللحاف. ومقتضى كلام القاضي هذا، أنه يدخل فيه الفروة فإنها مما يلبسه، ولا شك في دخولها. وإنما نبهت عليه، لئلا يُتشكك فيها. وكذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه. ولو كتب على قرطاس: لفلان عليّ كذا، لم يكن إقراراً، وكذا الإشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ، قاله القاضي حسين. والله أعلم.

الباب الرابع: في الإقرار بالنسب

يشترط في المقر بالنسب، أن يكون بالصفات المعتمدة في سائر المقرين كما سبق. ثم لا يخلو، إما أن يلحق النسب بنفسه، وإما بغيره.

القسم الأول: أن يلحقه بنفسه، فيشترط فيه أمور:

الأول: أن لا يكذبه الحس، فيكون ما يدعيه ممكناً. فلو كان في سن لا يمكن أن يكون ولداً للمستلحق، فلا اعتبار بإقراره. فلو قدمت امرأة من بلاد الكفر ومعها صبي، وادعاه مسلم، لحقه إن احتمل أنه خرج إليها، أو أنها قدمت إليه قبل ذلك، وإلا، لم يلحقه.

الثاني: أن لا يكون المقر به مشهور النسب من غيره، سواء صدقه المقر به أم كذبه.

الثالث: أن يصدقه المقر به إن كان معتبر التصديق. فإن استلحق بالغاً فلم يصدقه، لم يثبت النسب إلا ببينة، فإن لم تكن بينة، حُلف المدعي، فإن حلف سقطت دعواه، وإن نكل، حلف المدعي وثبت نسبه. وكذا لو قال رجل لرجل: أنت

أبي، فالقول قول المنكر بيمينه. أما إذا استلحق صغيراً، فيثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات، ويرث هو الصغير إن مات. وإن استلحق صغيراً، فلما بلغ كذبه، فوجهان: أحدهما: يندفع النسب. وأصحهما: لا يندفع، لأن النسب يُحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبينة. فعلى هذا لو أراد المقر له تحليفه، قال ابن الصباغ: ينبغي أن لا يمكّن، لأنه لو رجع، لم يقبل، فلا معنى لتحليفه. ولو استلحق مجنوناً، فأفاق وأنكر، فعلى الوجهين.

ولو استلحق صبيّاً بعد موته، لحقه، سواء كان له مال، أم لا، ولا ينظر إلى التهمة بطلب المال، بل يرثه، لأن أمر النسب مبني على التغليب، ولهذا يثبت بمجرد الإمكان، حتى لو قتله ثم استلحقه بعد موته، قبل منه وحكم بسقوط القصاص. وإن كان الميت بالغاً، فوجهان: لأن شرط لحوق البالغ تصديقه، ولا تصديق بعد الموت، ولأن تأخير ربهما كان خوفاً من إنكاره. والأكثر أن على أنه يلحقه كالصغير. ومنعوا كون التصديق شرطاً على الإطلاق، بل هو شرط إذا كان المقرّ به أهلاً للتصديق، ولا اعتبار بالتهمة كما سبق. ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعدما بلغ عاقلاً.

فرع: إذا ازدحم جماعة على الاستلحاق، نظر، إن كان المقرّ به بالغاً، ثبت نسبه ممن صدّقه، فإن كان صبيّاً، لم يلحق بواحد منهما، بل حكمه ما ذكره في باب اللقيط إن شاء الله تعالى. فإذا عدم زحمة الغير، شرط رابع في الصغير. هذا كله إذا كان المقرّ به ذكراً حراً. فأما استلحاق المرأة والعبد، فسيأتيان في باب اللقيط إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا استلحق عبد الغير، أو معتقه، لم يلحق إن كان صغيراً، محافظة على حق الولاء للسيد، بل يحتاج إلى البينة. وإن كان بالغاً وصدقه، فوجهان: ولو استلحق عبداً في يده، فإن لم يوجد الإمكان، بأن كان أكبر سناً منه، لغا قوله. وإن وجد، فإن كان مجهول النسب، لحقه إن كان صغيراً، وحكم بعقه. وكذا إن كان بالغاً وصدقه. وإن كذبه، لم يثبت النسب. وفي العتق، وجهان: وكذا إن كان المقرّ به معروف النسب من غيره.

فرع: استلحق بالغاً عاقلاً، فوافقه، ثم رجعا، قال ابن أبي هريرة: يسقط النسب، كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقرّ له. وقال الشيخ أبو حامد: لا يسقط، لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق، كالثابت بالفراش.

فصل: له جارية ذات ولد، فقال: هذا ولدي من هذه الجارية، ثبت نسبه عند الإمكان. وفي كون الجارية أم ولد، قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما عند الشيخ

أبي حامد وجماعة: نعم. وأشبههما بالقاعدة، وأقربهما إلى القياس: لا، لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها. ولو قال: ولدي استولدتها به في ملكي، أو علّقت به في ملكي، انقطع الاحتمال، وكانت أم ولد قطعاً. وكذا لو قال: هذا ولدي منها، وهي في ملكي من عشر سنين، وكان الولد ابن سنة. وهذا كله إذا لم تكن الأمة مزوجة، ولا فراشاً له، أما إذا كانت مزوجة، فلا ينسب الولد إلى السيد، ولا أثر لاستلحاقه، للحوقه بالزوج. وإن كانت فراشاً له، فإن أقر بوطئها، لحقه الولد بالفراش، لا بالإقرار، فلا يعتبر فيه إلا الإمكان. ولا فرق في الاستلحاق بالاستيلاد، بين أن يكون في الصحة، أو في المرض، لأن إنشاء نافذ في الحالين.

فرع: له أمتان، لكل واحدة ولد، فقال: أحدهما ولدي، فلأمتين أحوال:

أحدها: أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشاً للسيد، فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين، فإذا عين أحدهما، ثبت نسبه وكان حراً وورثه. وهل تصير أمه أم ولد؟ ينظر، إن لم يزد على استلحاقه، فقولان كما قدمناه، وإن صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين، صارت أم ولد له، وإن صرح بأنه استولدها في النكاح، لم تصر، وإن أضافه إلى وطء شبهة، فقولان: وإن قال: استولدتها بالزنا مفصلاً على الاستلحاق، لم يقبل، وكانت أمية الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق، وإن وصله باللفظ، قال البغوي: لا يثبت النسب ولا أمية الولد، وينبغي أن يخرج على قولي تبعض الإقرار. ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه، وأنها المستولدة، فالقول قول السيد مع يمينه. وكذا لو بلغ الولد وادّعى، فإن نكل السيد، حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه.

ولو مات السيد قبل التعيين، قام وارثه مقامه في التعيين، وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية، والإرث، وتكون أم المعين مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت الاستيلاد، وإلا سئلوا، وحكم بيانهم حكم بيان المورث. فإن قالوا: لا نعلم كيف استولد، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق. وإذا لم يكن وارث، فهو كما لو أطلق الاستلحاق. ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق، بأن كان رآه، أو يرى قبل الدفن، أو يرى عصيته فيجد الشبه. فإن عجز عن الاستفادة بالقائف لعدمه، أو لإلحاقه الولدين به، أو نفيهما، أو أشكل الأمر عليه، أقرعنا بينهما ليعرف الحر منهما، ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد، ولا قائف، لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما؟ فلو اعتبرنا الانتساب، ربما انتسبا جميعاً إليه، فدام الإشكال، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث، لأن القرعة لا تعمل فيهما. وهل يوقف نصيب ابن، بين من خرجت قرعته، وبين

الآخر؟ وجهان يأتي قريباً بيانهما. وأما الاستيلاد، فهو على التفصيل السابق، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه، لم يثبت، وإن وجد، فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام: لا تحصل. والثاني: تحصل، وبه قطع الأكثرون.

فرع: حيث ثبت الاستيلاد، فالولد حر الأصل. لا ولاء عليه، وحيث لا يثبت، فعليه الولاء إلا إذا نسبته إلى وطء شبهة وقلنا: لا تصير أم ولد إذا ملكها. وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد، ورث الولد أمه وعتقت عليه. هذا إذا تعين، لا بالقرعة. وإن كان معه وارث آخر، عتق نصيبه ولم يشتر.

الحال الثاني: إذا كانت الأمتان مزوجتين، لم يقبل قول السيد، وولد كل أمة ملحق بزوجها. وإن كانتا فراشاً للسيد، بأن كان أقر بوطئها، لحقه الولدان بالفراش. الحال الثالث: كانت إحدهما مزوجة، لم يتعين إقراره في الأخرى، بل يطالب بالتعيين. فإن عين في ولد الأخرى، قبل وثبت نسبه، وإن كانت إحدهما فراشاً له، لم يتعين إقراره في ولدها، بل يؤمر بالتعيين، فإن عين في ولد الأخرى، لحقه بالإقرار، والولد الآخر يلحق به بالفراش.

فرع: له أمة لها ثلاثة أولاد. قال: أحد هؤلاء ولدي، ولم تكن مزوجة ولا فراشاً للسيد قبل ولادتهم، طوبى بالتعيين، فمن عينه منهم، فهو نسيب حر وارث، والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مرّ. ثم إن كان المعين الأوسط، فالأكبر رقيق، وأمر الأصغر مبني على استيلاد الأمة، فإن لم نجعلها مستولدة، فهو رقيق. وإن جعلناها، نظر، إن لم يدع الاستبراء بعد الأوسط، فقد صارت فراشاً له بالأوسط، فيلحقه الأصغر ويرثه على الصحيح. وقيل: لا يلحقه، بل له حكم الأم، يعتق بموت السيد. وإن ادعى الاستبراء، بني على أن نسب ملك اليمين، هل ينتفي به؟ إن قلنا: ينتفي، لم يلحقه الأصغر، وفي حكمه وجهان: أحدهما: أنه كالأم يعتق بموت السيد، لأنه ولد أم ولد. والثاني: يكون قَتاً، لأن ولد أم الولد قد تكون كذلك، كما لو أحبل الراهن المرهونة وقلنا: لا تصير أم ولد، فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها، فإنها تُحكم بأنها أم ولد له على الصحيح، والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها على الصحيح. وقيل: يأخذون. ولو مات السيد قبل التعيين، عين وارثه، فإن لم يكن وارث، أو قال: لا أعرف، عرضوا على القافة ليعين، والحكم على التقديرين، كما لو عين السيد. فإن تعذرت معرفة القائف، فالنص أنه يقرع بينهم ليعرف الحرية. وثبت الاستيلاد، على التفصيل السابق. واعترض المزني بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد، لأنه المقرّ به، أو

ولد أم ولد. وولد أم الولد، يعتق بموت السيد، إذا كان حراً بكل حال، لم يدخل في القرعة، لأنها ربما خرجت على غيره فيلزم إرقاقه. واختلف الأصحاب في الجواب، فسلم بعضهم حريته وقالوا: دخوله في القرعة إنما هو لرق غيره، ويعتق هو إن خرجت قرعته، ومنعها آخرون، بناءً على أن ولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً، والأول: أصح. وحكي وجه: أن الصغير يخرج عن القرعة، وهو شاذ ضعيف. فإذا أقرعنا فخرجت القرعة لواحد، فهو حر، والمذهب: أن النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الأولى. وقال المزني: الأصغر نسب بكل حال، وأبطل الأصحاب قوله، لكن الحق المطابق لما سبق، أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر، وبين ما إذا لم يدع. ويوافق المزني في الحالة الثانية. وإذا ثبت النسب، ثبتت الحرية قطعاً. وحيث لا يثبت النسب، فهل يوقف الميراث؟ وجهان: أحدهما: عند الجمهور: لا، لأنه إشكال وقع اليأس من زواله، فأشبهه غرق المتوارثين. والثاني: بلى كما لو طلق إحدى امرأتي ومات قبل البيان.

القسم الثاني: أن يلحق النسب بغيره، كقوله: هذا أخي ابن أبي وابن أُمي، أو يقر بعمومة غيره، فيكون ملحقاً للنسب بالجد، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشروط المتقدمة فيما إذا ألحق بنفسه، وبشروط أخر:

إحداها: أن يكون الملحق به ميتاً، فما دام حياً، ليس لغيره الإلحاق به وإن كان مجنوناً.

الثانية: أن لا يكون الملحق به قد نفى المقرّ به، فإن كان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته، فوجهان: أحدهما: وبه قطع معظم العراقيين: يلحقه كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه بلعان وغيره. والثاني: المنع. والثالث: صدور الإقرار من الورثة الحائزين للتركة.

فرع: إقرار الأجنبي لا يثبت به النسب كما ذكرنا، فلو مات مسلم عن ابن كافر، أو قاتل، أو رقيق، لم يقبل إقراره عليه بالنسب، كما لا يقبل إقراره عليه بمال. ولو كان له ابنان. كافر ومسلم، لم تعتبر موافقة الكافر، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر. ولا فرق في ثبوت النسب، بين أن يكون المقرّ به مسلماً، أو كافراً.

فرع: مات وخلف ابناً فأقرّ بابن آخر، ثبت نسبه. ولو مات وخلف بنين، أو بنين وبنات، فلا بد من اتفاقهم جميعاً. وتعتبر موافقة الزوج والزوجة على الصحيح. وفي وجه: لا تعتبر، لانقطاع الزوجية بالموت، ويجري الوجهان في المعق. ولو

خلف بنتاً واحدة، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقة، ثبت النسب بإقرارها، وإن لم تكن حائزة ووافقها الإمام، فوجهان يجريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له، فالحق الإمام به مجهولاً، أصحهما: وبه قطع العراقيون: الثبوت بموافقة الإمام. هذا إذا ذكره الإمام لا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم، فإن قلنا: يقضي بعلم نفسه، ثبت النسب، وإلا، فلا. ولا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة، أم بواسطة، كمن أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز تركة جده الملحق به، فإن كان قد مات أبوه قبل جده، والوارث ابن الابن، فلا واسطة.

فرع: وارثان، بالغ وصغير، فالصحيح أن البالغ لا ينفرد بالإقرار. وفي وجه: ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال. وعلى الصحيح: ينتظر بلوغ الصغير. فإن بلغ ووافق البالغ، ثبت النسب حينئذ. فإن مات قبل البلوغ، نظر، إن لم يخلف سوى المقر، ثبت النسب حينئذ. فإن لم يجدد إقراراً - وإن خلف ورثة سواهم - اعتبر موافقتهم، ولو كان أحدهما مجنوناً، فكالصبي. ولو خلف بالغين عاقلين فأقر أحدهما، وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف إلا أخاه المقر، فوجهان: أصحهما: يثبت النسب، لأن جميع الميراث صار له. والثاني: المنع، لأن إقرار الفرع مسبق بإنكار الأصل. ويجري الخلاف فيما إذا خلف المنكر وارثاً فأقر ذلك الوارث. ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر، ثبت النسب قطعاً، لأنه غير مسبق بتكذيب الأصل.

فرع: أقر الابن المستغرق بأخ مجهول، فأنكر المجهول نسب المعروف، لم يتأثر بإنكاره نسب المشهور على الصحيح، وفي وجه: يحتاج المقر إلى بينة على نسبه، وهو ضعيف، ويثبت نسب المجهول على الأصح. ولو أقر بأخ مجهول ثم أقرا بثالث، فأنكر الثالث نسب الثاني، ففي سقوط نسب الثاني وجهان: أصحهما: السقوط، لأنه يثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في ثبوت نسب الثاني. ولو أقر بأخوين مجهولين، فصدق كل واحد منهما الآخر، ثبت نسبهما، وإن كذب كل واحد منهما الآخر، ثبت النسبان على الأصح، لوجود الإقرار من حائز التركة. وإن صدق أحدهما الآخر، وكذبه الآخر، ثبت نسب المصدق فقط، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا، فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر، فإذا الوارث بنسب أحدهما، ثبت نسبهما.

فرع: أقر بنسب من يحجب المقر، بأن مات عن أخ فأقر بابن للميت، ثبت نسبه على الأصح.

فرع: في الميراث

المقرّ به حالان:

الأولى: أن لا يحجب المقرّين، فيشتركون على قدر حصصهم. ولو أقر أحد الابنين المعترفين بأخ، فأنكره الأخ الآخر، فالصحيح المنصوص: أنه لا يرث، لأن الإرث فرع النسب، ولم يثبت كما سبق. وفي وجه: يرث، ويشارك المقر فيما في يده، كما لو قال أحدهما: فلانة بنت أبينا، فأنكر الآخر، حرم على المقر نكاحها، وكما لو قال لعبد في التركة: إنه ابن أبينا، هل يحكم بعقته؟ وجهان: وكما لو قال أحد الشريكين في العقار لثالث: بعتك نصيبي، فأنكر، لا يثبت الشراء. وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف. وكما لو قال: لزيد على عمرو كذا وأنا ضامنه، فأنكر عمرو، ففي مطالبة المقر بالضمان وجهان: أصحهما: المطالبة، كما لو اعترف الزوج بالخلع، وأنكرت المرأة، ثبتت البينة، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل، وإذا قلنا: بالصحيح، قبل في ظاهر الحكم، وأما في الباطن، فهل على المقرّ إذا كان صادقاً أن يشركه فيما يرثه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لعلمه باستحقاقه. وعلى هذا، هل يشركه بنصف ما في يده، أم بثلثه؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الحال الثاني: أن يحجبهم أو بعضهم، بأن كان الوارث صغيراً في الظاهر أخاً أو معتقاً، فأقر بابن للميت، فإن لم يثبت نسبه، فذاك. وإن أثبتناه، لم يرث على الأصح، للدور، والثاني: يرث ويحجب المقر، قاله ابن سريج، واختاره صاحب «التقريب» وابن الصباغ وجماعة، وقالوا: المعتبر كونه وارثاً، لولا إقراره. ولو خلف بنتاً معتقة، فأقرت بأخ لها، فهل يرث ويكون الميراث بينهما أثلاثاً لكون توريثه لا يحجبها، أم لا لأنه يمنعها عصوبة الولاء؟ وجهان:

فرع: ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت، فأنكر الأخ ونكل عن اليمين، فحلف المدعي اليمين المردودة، ثبت نسبهم، ثم إن قلنا: النكول مع يمين الرد كالبينة، ورث وحجب الأخ. وإن قلنا: كالإقرار، ففيه الخلاف السابق في إقرار الأخ. ولو مات عن ابن وأخت، فأقرا بابن للميت، فعلى الأصح: تسلم الأخت نصيبها، لأنه لو ورثها الابن يحجبها، وعلى الثاني: يأخذ جميع ما في يدها. وكذا الحكم فيما لو خلف زوجة وأخاً، فأقرا بابن للميت، يكون للزوجة الربع على الأصح، وهذا الابن لا ينقص حقها، كما لا يسقط الأخ.

فرع: إقرار الورثة بزواج أو زوجة للميت، مقبول على المذهب. وحكي عن القديم قول: أنه لا يقبل. فإن قبلنا فأقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر، فالتوريث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر.

فرع: قال: زيد أخي، ثم فسر بأخوة الرضاع، حكى الروياني عن أبيه: أن الأشبه بالمذهب، أنه لا يقبل، لأنه خلاف الظاهر، ولهذا لو فسر بأخوة الإسلام، لم يقبل.

فرع: في فتاوى القفال، أنه لو أقر على أبيه بالولاء، فقال: هو معتق فلان، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً، كما في النسب.

قلت: لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابع، وأنكره الثالث، لم يثبت نسبه بإقرارهما، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة، ثبت نسبه. لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الأجنيين، لأن عليهما فيه ضرراً، قاله القاضي أبو الطيب. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العارية (١)

هي بتشديد الياء. قال الخطابي في «الغريب»: وقد تخفف، وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: المعير، ويعتبر فيه أن يملك للمنفعة، وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات، فيجوز للمستأجر أن يُعير لأنه يملك المنفعة، وللموصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يعيرهما، وليس للمستعير أن يعير على الصحيح، ولكن له أن يستوفي المنفعة لنفسه بوكيله.

قلت: قال صاحب «العدة»: ليس للأب أن يعير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله. وهذا الذي قاله، ينبغي أن يُحمل على خدمة تقابل بأجرة، أما ما كان محقراً بحيث لا يقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف: أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا. والله أعلم.

الركن الثاني: المستعير، ويشترط فيه كونه أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل، فلا تصح الإعارة للصبي، كما لا يوهب له.

الركن الثالث: المستعار، وله شرطان:

أحدهما: كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، كالعبد، والثوب، والدابة، والدار، فلا يجوز إعارة الطعام قطعاً، ولا الدراهم والدنانير على الأصح. قال الإمام: ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما. ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم، فأما إذا صرح بالإعارة للتزيين، فينبغي أن يقطع بالصحة، وبه قطع المتولي، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصوداً وإن ضعفت، وإذا لم نصحها، فجرت، فهي مضمونة على الصحيح، لأن العارية

(١) الإعارة: إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه، والعارية: هي العين المأخوذة للانتفاع، كأن يستعير إنسان من آخر سيارته ليسافر بها ثم يعيدها إليه.

الصحيحة مضمونة، وللفساد حكم الصحيح في الضمان، وقيل: لا ضمان، لأن ما جرى بينهما ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة. ومن قبض مال غيره بإذنه لا لمنفعته، كان أمانة.

الشرط الثاني: كون المنفعة مباحة، فيحرم استعارة الجارية للاستمتاع. وأما للخدمة، فيجوز إن أعارها لمحرّم أو امرأة، وإلا، فلا يجوز، لخوف الفتنة، إلا إذا كانت صغيرة لا تشتت، أو قبيحة، فوجهان:

قلت: أصحابهما: الجواز، وبه قطع جماعة، منهم صاحب «التهذيب». والله أعلم.

قال الغزالي: وإذا أعارها، صحت الإعارة، وإن كانت محرمة. ويشبه أن يقال بالفساد، كالإجارة للمنفعة المحرمة، ويشعر به إطلاق الجمهور نفي الجواز.

فرع: قلت: يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة لأن استخدامهما مكروه ولفظ الإمام ينفي الحلّ.

قلت: الذي قاله الأصحاب، أنه يكره كراهة تنزيه، قال الجرجاني: ويكره أيضاً استئجارهما. وقد يجوز إعارة ما لا يجوز إيجارته، وهو الفحل للضراب، والكلب للصيد، فإن إعارتهما صحيحة، وإيجارتهما باطلة على الأصح. والله أعلم. وتكره إعارة العبد المسلم لكافر كراهة تنزيه.

قلت: صرح الجرجاني وآخرون، بأنها حرام، وصرح صاحب «المهذب» وآخرون، بأنها لا تجوز، وظاهره التحريم، ولكن الأصح الجواز، وقد سبق في أول البيوع. والله أعلم.

فرع: يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرم، فإن فعل فتلف في يده، ضمن الجزاء لحق الله تعالى، والقيمة للحلال. ولو أعار المحرم حلالاً، فإن قلنا: المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لأنه غير مالك، وعلى المحرم الجزاء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال، لأنه متعد بالإعارة، فإنه يلزمه إرساله. وإن قلنا: لا يزول، صحت الإعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده.

فرع: دفع شاة إلى رجل وقال: ملكتك درها ونسلها، فهي هبة فاسدة، وما حصل في يده من الدر والنسل، كالمقبوض بالهبة الفاسدة، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة. ولو قال: أبحت لك درها ونسلها، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: ملكتك. والثاني: أنها إباحة صحيحة، والشاة عارية صحيحة، وبه قطع المتولي.

قلت: هذا أصح، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل»،

وحكم هذان والمتولي بالصحة فيما إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها. والله أعلم.

فعلى هذا، قد تكون العارية لاستفادة عين، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة. ولو قال: ملكتك درها، أو أبحتكه على أن تعلفها، قال البغوي: العلف أجره الشاة وثمر الدر والنسل، فالشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة بإجارة فاسدة، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد. وكذا لو دفع قُرَاضة إلى سقاء، وأخذ الكوز ليشرب، فسقط الكوز من يده وانكسر، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد، ولم يضمن الكوز لأنه في يده بإجارة فاسدة، وإن أخذه مجاناً، فالكوز عارية، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة.

فرع: قال المتولي: تعيين المستعار عند الإعارة، ليس بشرط. حتى لو قال: أعرنني دابة، فقال: ادخل الإصطبل فخذ ما أردت، صحت العارية، بخلاف الإجارة، فإنها تُصان عن مثل هذا، لأن الغرر لا يحتمل في المعاوضات.

الركن الرابع: الصيغة، واللفظ المعتمد به في الباب ما يدل على الإذن في الانتفاع، كقوله: أعرتك، أو خذه لتنتفع به، وما أشبههما. واختلفوا في الواجب من اللفظ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره: أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين، والفعل من الآخر. حتى لو قال المستعير: أعرنني، فسلمه المالك إليه، صحت الإعارة، كما لو قال: خذه لتنتفع به، فأخذه، قياساً على إباحة الطعام. وقال الغزالي: يعتبر اللفظ من جهة المعير، ولا يعتبر من جهة المستعير، وإنما يعتبر منه القبول، إما بالفعل وإما بالقول. وقال المتولي: لا يعتبر اللفظ في واحد منهما، حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه، تمت العارية. وكذا لو فرش لضييفه فراشاً أو بساطاً أو مصلياً، أو ألقى له وسادة فجلس عليها، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة، لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه، ولا بد في العارية من تعيين المستعير، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه بإباحة الطعام، ويوافقه ما حكى عن الشيخ أبي عاصم، أنه إذا انتفع بظرف الهدية المبسوطة إليه حيث جرت العادة باستعماله، كأكل الطعام من القصعة المبسوطة فيها، كان عارية، لأنه انتفاع بملك الغير بإذنه.

قلت: هذا المحكي عن أبي عاصم، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل. فأما إن كانت عوضاً، فالظرف أمانة في يده كالإجارة الفاسدة، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم. والله أعلم.

فرع: قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي إجارة فاسدة، وعلى كل

واحد أجرة مثل دابة صاحبه، وكذا الحكم، لو أعاره شيئاً بعوض مجهول، كما لو أعاره دابة ليعلفها، أو داره ليطين سطحها، وكذا لو كان العوض معلوماً، ولكن مدة الإعارة مجهولة، كقوله: أعرتك داري بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً. وفي وجه ضعيف: أنها عارية فاسدة، نظراً إلى اللفظ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه، وعلى الأول: لا ضمان، ولو بين مدة الإعارة وذكر عوضاً معلوماً، فقال: أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم، فهل هي إجارة صحيحة، أو إعارة فاسدة؟ وجهان: بناءً على أن الاعتبار باللفظ، أو المعنى؟

فرع: دفع دراهم إلى رجل وقال: اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك، أو دفع إليه بذراً وقال: ازرعه في هذه الأرض، فهو معير للhanوت والأرض، وأما الدراهم والبذر، فهل يكون هبة، أم قرصاً؟ وجهان.

الباب الثاني: في أحكامها

وهي ثلاثة:

الحكم الأول: الضمان^(١). فإذا تلفت العين في يد المستعير، ضمنها، سواء تلفت بأفة سماوية أم بفعله، بتقصير أم بلا تقصير، هذا هو المشهور. وحكي قول: أنها لا تضمن إلا بالتعدي فيها، وهو ضعيف. ولو أعار بشرط أن يكون أمانة، لغا الشرط وكانت مضمونة، وإذا ضمن، ففي القيمة المعتبرة أوجه: أصحها: قيمته يوم التلف. والثاني: يوم القبض. والثالث: أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف. ويبنى على هذا الخلاف، أن العارية إذا ولدت في يد المستعير، هل يكون الولد مضموناً في يده؟ إن قلنا: بالثالث، كان مضموناً، وإلا، فلا. وليس له استعماله بلا خلاف.

قلت: ولو استعار دابة وساقها، فتبعها ولدها، ولم يتكلم المالك فيه بإذن ولا نهى، فالولد أمانة، قاله القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم.

والمقبوض على جهة السوم، إذا تلف، في المعتبر من قيمته هذه الأوجه، لكن قال الإمام: الأصح فيه قيمته يوم القبض. وقال غيره: الأصح يوم التلف هذا إذا

(١) لما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٦٢) وأحمد في المسند (٤٠١/٣) والبيهقي في سننه (٨٩/٦) والطبراني في معجمه (٥٩/٨) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال ﷺ: «لا، بل عارية مضمونة».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في السلسلة الصحيحة برقم (٦٣١).

تلفت العارية لا بالاستعمال، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، بأن انمحق الثوب باللبس، فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء. وقيل: يضمن، فعلى هذا، وجهان: أحدهما: يضمن العين بجميع أجزائها، وبه قطع الإمام. وأصحهما: يضمنه في آخر حالات التقويم، وبه قطع البغوي. وأما الأجزاء، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه، كانمحق الثوب باللبس، لا يجب ضمانه على الصحيح، وما تلف منها بغير الاستعمال، ففيه وجهان: أحدهما: لا يضمن، كالتلف بالاستعمال. وأصحهما: الضمان، كتلف العين كلها. وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد، فهو كانمحق الثوب، وتعييبها به كالانمحق. وعن القفال: لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه، يضمن، سواء تعدى بما حمل، أم لا، لأنه إنما أذن في الحمل، لا في الجراحة، وردّها إلى المالك لا يخرجها عن الضمان، لأن السراية تولدت من مضمون، وهذا في الحمل الذي هو غير متعد به، تفريع على وجوب الضمان في صورة الانمحق، كذا ذكره الإمام.

فرع: مؤونة الردّ على المستعير، هذا كله إذا استعار من المالك. فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة، فتلفت العين، فوجهان: أحدهما: يضمن كما لو استعار من المالك. وأصحهما: لا يضمن، لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه، ومؤونة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر، وعلى المالك إن ردّ عليه كما لو ردّ عليه المستأجر.

فرع: إذا استعار العين المغصوبة من الغاصب، وتلفت في يده، غرّم المالك من شاء منهما قيمته يوم التلف، وقرار الضمان على المستعير. فإن كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر، نظر، إن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب، لم يطالب بها غيره. وإن كانت في يد المستعير، فإن قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم، فهي كقيمته يوم التلف، وإلا، فالزيادة كبذل المنافع. وحكم بدل المنافع، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المعير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان. والتي استوفاه بنفسه فيها قولان. أظهرهما: على المستعير، لمباشرة الإتلاف، والمستعير من المستأجر من الغاصب، حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمناً المستعير من المستأجر، وإلا، فيرجع بالقيمة التي غرّمها على المستأجر ويرجع المستأجر على الغاصب.

فرع: إذا أركب وكيله الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط، فلا ضمان، لأنه لم يأخذها لغرض نفسه،

وكذا لو سلمها إلى راض ليروضها، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنساناً فوقه إحرازاً للمال، فلا ضمان.

فرع: لو وجد مَنْ أعيأ في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالمذهب أنه يضمن، سواء التمس الراكب أو ابتدأه المركب، ومال الإمام، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهاً، وزعم أنه الأصح، والمعروف الأول، وهو الصواب. ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرديف نصف الضمان، ورأى الإمام أنه لا شيء عليه، تشبيهاً بالضعيف. وعلى المذهب: لو وضع متاعه على دابة رجل، وقال الواضع: سيرها، ففعل، كان صاحب المتاع مستعيراً من الدابة بقسط متاعه مما عليها، حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلفت، ضمن نصف الدابة. ولو لم يقل الواضع: سيرها، لكن سيرها المالك، لم يكن الواضع مستعيراً، بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة، لأنه كان حقه أن يطرحه. ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة، وللآخر متاع، فقال صاحب المتاع للآخر: احمل متاعي على دابتك، فأجاب، فصاحب المتاع مستعير، ولو قال: صاحب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة، فهو مستودع متاعه، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع، ذكره البغوي.

فرع: استعار دابة ليركبها إلى موضع، فجاوزه، فهو متعدّد من حين المجاوزة، وعليه أجره المثل ذهاباً من ذلك الموضع ورجوعاً إليه. وفي لزوم أجره المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه، وجهان: فإن أوجبتها، فليس له الركوب من ذلك الموضع، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه.

فرع: أودعه ثوباً وقال: إن شئت أن تلبسه فالبسه، فهو بعد اللبس عارية، وقبله وديعة على الصحيح، وقيل: عارية، لأنه مقبوض لتوقع نفع كالمقبوض بالسوم. قال صاحب «التقريب»: ولو قيل: لا ضمان في السوم تخريباً من هذا، لم يبعد.

فرع: استعار صندوقاً، فوجد فيه دراهم، فهي أمانة عنده، كما لو طيّرت الريح ثوباً في داره.

الحكم الثاني: تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير، وفيه مسائل:

الأولى: إذا أعاره أرضاً للزراعة، فإن بيّن ما يزرعه، كقوله: أعرتك لزراعة الحنطة، نظر، إن لم ينهه عن غيرها، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشعير، وليس له أن يزرع ما فوقها كالذرة والقطن. وإن نهاه عن غيرها، لم يكن له زرع غيرها. وحيث زرع ما ليس له، فللمعير قلعه مجاناً. وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين الزرع، صحت الإعارة على الأصح، ويزرع ما شاء، لإطلاق اللفظ. والثاني:

لا يصح، لتفاوت الضرر. ولو قيل: يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً، لكان مذهباً.

الثانية: إذا أعار للزراعة، لم يكن له البناء ولا الغراس. وإن أعار لأحدهما، فله الزراعة، وليس له الآخر على الأصح.

قلت: حكى صاحب «المهذب» وغيره وجهاً: أنه لا يجوز الزرع إذا استعار للبناء، لأن الزرع يرخي الأرض، بخلاف البناء. والصحيح: الجواز. والله أعلم.

الثالثة: إذا كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعداً، كالأرض تصلح للزراعة، والبناء، والغراس، وكالدابة للركوب، والحمل، فهل تصح للإعارة مطلقاً، أم يشترط بيان جهة الانتفاع؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام، والغزالي: الثاني، وقطع الروياني والبغوي بالأول.

قلت: صحح الرافعي في «المحرر» الثاني. والله أعلم.

فعلى الأول: له أن ينتفع كيف شاء. وقال الروياني: ينتفع بما هو العادة فيه، وهذا أحسن. وعلى الثاني: لو قال: أعرتك لتنتفع به كيف شئت، أو لتفعل به ما بدا لك، فوجهان:

الحكم الثالث: الجواز. فللمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء، سواء العارية المطلقة والمؤقتة، إلا في صورتين:

الصورة الأولى: إذا أعار أرضاً لدفن ميت، فدفن، لم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون، وله سقي الأشجار التي فيها إن لم يُفَضَّ إلى ظهور شيء من بدن الميت، وله الرجوع ما لم يوضع فيه الميت، قال المتولي: وكذا بعد الوضع ما لم يواره التراب. قال: ومؤونة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن، على ولي الميت، ولا يلزمه طمها.

قلت: كذا هو في نسخ كتاب الإمام الرافعي رحمه الله، وهو غلط في النقل عن المتولي، فإن المتولي قال: إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن، غرم لولي الميت مؤونة الحفر، لأنه بإذنه في الحفر أوقعه في التزام ما التزم، وفوت عليه مقصوده لمصلحة نفسه، فهذا لفظ المتولي بحروفه، وهو الصواب. والله أعلم.

وإطلاق الإعارة، لا يسلِّط على الدفن قطعاً وإن كان يسلِّط على ما شاء من المنافع على الوجهين كما سبق، والفرق ظاهر.

قلت: في «البيان» وغيره: أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً، صحت العارية.

فإذا نبع الماء، جاز للمستعير أخذه، لأن الماء يستباح بالاباحة. والله أعلم.

الصورة الثانية: إذا أعاره جداراً لوضع الجذوع، ففي جواز الرجوع وجهان: فإن جوزناه، فهل فائدته طلب الأجرة للمستقبل، أم التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص؟ وجهان: وقد سبق بيان هذا كله واضحاً مع بيان الأصح في كتاب الصلح.

قلت: ومن أحكامها، أنه لو مات المعير، أو جُن، أو أغمي عليه، أو حجر عليه لسفه، انفسخت الإعارة كسائر العقود الجائزة. وإن مات المستعير، انفسخت أيضاً، لأن الإذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه، وإذا انفسخت، وجب على المستعير ردها، ذكر هذه الجملة المتولي. والله أعلم.

فصل: إعارة الأرض للبناء أو الغراس، ضربان: مطلقة لم يبين لها مدة، ومقيدة بمدة.

الضرب الأول: المطلقة، وللمستعير فيها أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير، فإذا رجع، لم يكن له البناء والغراس. ولو فعل وهو عالم بالرجوع، قلع مجاناً، وكلف تسوية الأرض كالغاصب. وإن كان جاهلاً، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت. وأما ما بني وغرس قبل الرجوع، فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله، رفع، وإلا، فينظر، إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه، وتسوية الحفر، لزمه، فإن امتنع، قلعه المعير مجاناً، وإن شرط القلع دون التسوية، لم تلزمه التسوية، لأن شرط القلع رضى بالحفر. وإن لم يشرط القلع، نظر، إن أَراده المستعير، مكنّ منه، لأنه ملكه، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح.

قلت: كذا صححه الجمهور: أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد» وصاحب «الانتصار» وغيرهما، وبه قطع المحاملي في «المقنع» والرويانى في «الحلية» وهو الأصح. ولا يغتر بتصحيح الرافعي في «المحرر»: أنه لا يلزمه، فإنه ضعيف، نهى عليه في «مختصر المحرر». والله أعلم.

وإن لم يُرده، لم يكن للمعير قلعه مجاناً، لأنه محترم، ولكن يتخير المعير. وفيما يتخير؟ فيه أوجه: أحدها، وبه قطع الإمام، وأبو الحسن العبادي، والغزالي: يتخير بين ثلاث خصال: إحداها: أن يقيه بأجرة يأخذها. والثانية: أن يقلع ويضمن أرش النقص، وهو قدر التفاوت بين قيمته نابئاً ومقلوعاً. والثالثة: أن يتملكه بقيمته، فإن اختار خصلة، أجبر عليها المستعير. والثاني، وبه قطع البغوي: لا بد في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير، لأن الأولى إجارة والثالثة بيع. والثالث: يتخير بين خصلتين، القلع وضمان الأرش، والتملك بالقيمة، وبهذا قطع أبو علي

الزجاجي وأكثر العراقيين وغيرهم، وهذا أصح في المذهب. فعلى هذا، لو امتنع من الخصلتين، وبذل المستعير الاجرة، لم يكن للمعير القلع مجاناً. وإن لم يبذلها، فكذلك على الأصح، وبه قطع المخيرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً.

وما الذي يفعل فيه؟ وجهان: أحدهما: وبه قال: أبو علي الزجاجي: يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الغراس لفصل الخصومة. وقال الأكثرون، منهم المزني: يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئاً، ويجوز للمعير دخول الأرض، والانتفاع بها، والاستغلال بالبناء والشجر، لأنه جالس في ملكه، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير، ويجوز لسقي الأشجار وإصلاح الجدار على الأصح، صيانة لملكه عن الضياع. ووجه المنع: أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه. وعلى الأول: لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله، قال المتولي: لا يمكن إلا بالأجرة، ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه للآخر، وللمعير بيع ملكه لثالث، ثم يتخير المشتري تخير المعير، وهل للمستعير بيع البناء والغراس لثالث؟ وجهان: أحدهما: الجواز. فعلى هذا، يتنزل المشتري منزلة المستعير، وللمعير الخيار كما سبق وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال. ولو اتفق المعير والمستعير على بيع الأرض بما فيها بثمن واحد، فقد قيل: هو كما لو كان لهذا عبد، ولهذا عبد، فباعهما بثمن واحد، والمذهب: القطع بالجواز للحاجة. ثم كيف يوزع الثمن هنا، وفيما إذا باعهما الحاكم على أحد الوجهين؟ قال المتولي: هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الأرض المرهونة. وقال البغوي: يوزع على الأرض مشغولة بالغراس أو البناء، وعلى ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير، وحصة ما فيها للمستعير، وحكم الدخول والانتفاع والبيع، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنهما سواء.

الضرب الثاني: المقيدة بمدة. وللمستعير البناء والغراس في المدة، إلا أن يرجع المعير، وله أن يجدد كل يوم غرساً، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغراس. وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعده، فالحكم كما لو رجع في الضرب الأول، لكن هنا وجه: أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة، وقول: أنه إذا رجع بعد المدة، فله القلع مجاناً، نقله الساجي، واختاره الروياني. والمذهب: الأول.

فرع: قال المتولي: إذا بنى أحد الشريكين، أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحبه، ثم رجع صاحبه، لم يكن له القلع بأرش النقص، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه، وليس له أن يتملك بالقيمة، لأن للباني في الأرض مثل حقه، لكن له الإبقاء بأجرة. فإن لم يبذلها الباني، فهل يباع أو يعرض عنهما؟ فيه ما سبق.

قلت: كذا قال المتولي: فإن لم يبذلها الباني، وكان ينبغي أن يقول: فإن لم

يرض بها الشريك، فإن بذل الباني، ليس بشرط على المختار كما تقدم، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه، قلعه مجاناً، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع. والله أعلم.

فصل: أعار للزرع، فزرعها، فرجع قبل إدراك الزرع، فإن كان مما يعتاد قطعه، كلّف قطعه، وإلا، فأوجه: أحدها: للمعير أن يقلع ويغرم أرش النقص. والثاني: له تملكه بالقيمة، قاله القاضي أبو الطيب. والثالث وهو الصحيح: لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين، لأن للزرع أمداً، بخلاف البناء والغراس، فعلى هذا، يلزم المعير إبقاؤه إلى أوان حصاده، وهل له الأجرة؟ وجهان: أحدهما: لا، وهو منقول عن المزني، واختاره الروياني، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة. وأصحهما: نعم، لأنه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع، فأشبهه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق، فإن عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل. ولو أعار لزرع مدة، فانقضت والزرع غير مدرك، فإن كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير، فُلع مجاناً، وإلا، فهو كما لو أعار مطلقاً.

فرع: لو أعار للفسيل، قال الشيخ أبو محمد: إن كان ذلك مما يعتاد نقله، فهو كالزرع، وإلا، فكالبناء.

فرع: قال البغوي: إذا أعار للزرع مطلقاً، لم يزرع إلا زرعاً واحداً، وكذا لو أعار للغراس، فغرس وقلعه، لا يغرس بعده إلا بإذن جديد. وهذا بيّن أن قولنا: المستعير للبناء والغراس مطلقاً يبني ويغرس ما لم يرجع المعير، معناه: البناء المأذون فيه، وهو مرة واحدة، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى.

فصل: إذا حمل السيل حبات أو نوى لغيره إلى أرضه، لزمه ردها إلى مالِكها إن عرفه، وإلا، فيدفعها إلى القاضي، ولو نبتت في أرضه، فوجهان: أحدهما: لا يجبر مالِكها على قلعها، لأنه غير متعد. فعلى هذا، هو مستعير، فينظر في النابت أهو شجر، أم زرع؟ ويكون الحكم على ما سبق. وأصحهما: يجبر، لأن المالك لم يأذن، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره، فله قطعها. ولو حمل ما لا قيمة له، كنواة واحدة، أو حبة، فهل هي لمالك الأرض لأن التقوّم حصل في ملكه؟ أم لمالك الحبة لأنها كانت محرّمة الأخذ؟ وجهان: فعلى الثاني: في قلع النابت، الوجهان.

قلت: الأصح: كونها لمالك الحبة، وهذا في حبة ونواة لم يعرض عنها مالِكها، أما إذا أعرض عنها أو ألقاها، فينبغي القطع بكونها لصاحب الأرض. والله أعلم.

ولو قلع صاحب الشجرة شجرته، لزمه تسوية الأرض، لأنه لتخليص ملكه.

فصل: في الاختلاف

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال راكب الدابة لمالكها: أعرتنيها. فقال: بل أجرتكها مدة كذا بكذا، فتارة يختلفان والدابة باقية، وتارة يختلفان وهي تالفة.

الحال الأول: الباقية، وهو ضربان:

أحدهما: يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة. والثاني: قبلها. فالأول: نص فيه أن القول قول الراكب بيمينه. ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا، أن القول قول صاحب الأرض. والله أعلم.

وللأصحاب طريقان: أحدهما: تقرير النصين، واختاره القفال، لأن الدواب تكثر فيها الإعارة، بخلاف الأرض، وأصحهما: عند الجمهور، وبه قال المزني، والربيع، وابن سريج: فيهما قولان. أظهرهما: القول قول المالك، فعلى هذا كيف يحلف؟ وجهان: قال الشيخ أبو محمد وطائفة: يحلف على نفي الإعارة، ولا يتعرض لإثبات الأجرة، لأنه مدَّع فيها. وقال العراقيون والقاضي والأكثر: يتعرض لإثبات الأجرة مع نفي الإعارة. فعلى الأول: إذا حلف، استحق أقل الأمرين من أجرة المثل والمسمى. وعلى الثاني: أوجه: أحدها: يستحق المسمى. والثاني: أقل الأمرين. وأصحها: وهو نصه في «الام»: أجرة المثل. فلو نكل المالك عن اليمين، لم يحلف الراكب والزارع، لأنهما لا يدَّعيان حقاً على المالك، وإنما يدَّعيان الإعارة وليست لازمة. وعن القاضي حسين رمز إلى أنهما يحلفان للتخلص من الغرم، أما إذا قلنا: القول قول الراكب والزارع، فإن حلف على نفي الإجارة، كفاه وبرىء، وإن نكل، ردت اليمين على المالك، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح، وعلى الشاذ أجرة المثل.

الضرب الثاني: أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة، فالقول قول الراكب بيمينه. فإذا حلف على نفي الإجارة، سقطت دعوى الأجرة، وردت العين إلى المالك. وإن نكل، حلف المالك يمين الرد، واستحق الأجرة. وإنما لم يجز القولان، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً، ولم تتلف المنافع على المالك.

الحال الثاني: أن تكون الدابة تالفة، فإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة، فالراكب مقر بالقيمة، والمالك ينكرها ويدعي الأجرة، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الإقرار: أن اختلاف الجهة، هل يمنع الأخذ؟ إن قلنا: نعم، سقطت القيمة برده. وفيمن القول قوله في الأجرة، الطريقان في الحال الأول. وإن قلنا: لا، فإن

كانت الأجرة مثل القيمة أو أقل، أخذها بلا يمين. وإن كانت أكثر، أخذ قدر القيمة. وفي المصدق في الزائد، الخلاف السابق.

المسألة الثانية: قال المتصرف: أعرتني هذه الدابة أو الأرض، فقال المالك: بل غصبتنيها، فإن لم تمض مدة لها أجرة، فلا معنى للمنازعة، فيرد المال إلى مالكه. وإن مضت مدة لها أجرة، فنقل المزمي: أن القول قول المستعير. وللاصحاب طرق. أصحها: أنها على الطريقتين في المسألة الأولى، ففي طريق: يفرق بين الأرض والدابة. وفي طريق: هما على قولين. والطريق الثاني: القطع بأن القول قول المتصرف، لأن الظاهر أنه تصرف بحق. والثالث: القطع بأن القول قول مالكه، لأن الأصل عدم إذنه. ومن قال بهذا، خطأ المزمي في النقل. قال الشيخ أبو حامد: لكنه ضعيف، لأن الشافعي رحمته الله نص في «الأم» على ما نقله المزمي، هذا إذا كانت العين باقية. فلو تلفت، نظر، إن تلفت بعد مدة لها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالغصب، والمتصرف ينكر الأجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية، فالحكم في الأجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين. وأما القيمة، فقال البغوي: إن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ، لم يأخذها إلا باليمين، وإلا، فإن قلنا: العارية تضمن ضمان الغصب، أو لم نقل به، وكانت القيمة يوم التلف أكثر، أخذها بلا يمين، وإن كانت يوم التلف أقل، أخذها بلا يمين، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين. وإن هلك قبل مدة لها أجرة، لزمه القيمة. ثم قياس ما ذكره البغوي: أنا إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ، حلف، وإلا، يأخذ بلا يمين، ومقتضى كلام الإمام: أن لا يخرج على ذلك الخلاف، لا هذه الصورة، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة، قال: لأن العين متحدة، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين. والأول أصح.

المسألة الثالثة: قال المالك: غصبتنيها، وقال المتصرف: بل أجرتني، فالمذهب: أنه إن كانت العين باقية، ولم تمض مدة لها أجرة، فالمصدق المالك. فإذا حلف، استرد المال. وإن مضت مدة لها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل، والمتصرف يقر بالمسمى. فإن استويا، أو كانت أجرة المثل أقل، أخذ بلا يمين. وإن كانت أجرة المثل أكثر، أخذ قدر المسمى بلا يمين، والزيادة باليمين. قال البغوي: ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة، كما لو ادعى المالك فساد الإجارة، والمتصرف صحتها، يحلف المالك، ويأخذ أجرة المثل. وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين في يد المتصرف مدة، وتلفها، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة، والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة، فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين. وأخذ ما ينكره باليمين.

المسألة الرابعة: قال المالك: غصبتني، وقال صاحب اليد: بل أودعتني، حلف المالك على الأصح، وأخذ القيمة إن تلف المال، وأجرة المثل إن مضت مدة لها أجرة.

المسألة الخامسة: قال الراكب: أكرتنيها، وقال المالك: بل أعرتكها، والدابة باقية، فالقول قول المالك في نفي الإجارة. فإذا حلف، استردها. فإن نكل، حلف الراكب واستحق الإمساك. ثم إن مضت مدة لها أجرة، فالراكب يقر بالأجرة، والمالك ينكرها، ولا يخفى حكمه. وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة، فإن هلك عقب القبض، فالمذهب: أن المالك يحلف، ويأخذ القيمة، لأن الراكب أتلفها، ويدعي مسقطاً. وخرج قول في المسألة الأولى: أن القول قول الراكب، لأن الأصل براءته، وإن تلفت بعد مدة لها أجرة، فالمالك يدعي القيمة وينكر الأجرة، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة. فإن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ، حلف وأخذ القيمة، ولا عبرة بإقرار الراكب. وإن قلنا: لا يمنع، وهو الأصح، فإن كانت القيمة والأجرة سواء، أو كانت القيمة أقل، أخذها بلا يمين. وإن كانت القيمة أكثر، أخذ الزيادة باليمين.

فرع: استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع، لم يلزمه الأجرة، ذكره القفال.

فرع: مات المستعير، يلزم ورثته الرد وإن لم يطالب المعير. قلت: قال أصحابنا: الرد الواجب والمبرىء، هو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك. فلو رد الدابة إلى الإصطبل، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه، لم يبرأ من الضمان، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الغصب بيان هذا واضحاً. ولو رد الدابة إلى دار المعير، فلم يجده، فسلمها إلى زوجته، أو ولده، فإن سلمها المتسلم إلى المدعي، فضاغت، فالمعير بالخيار، إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء غرم الزوجة أو الولد. فإن غرم المستعير، رجع عليهما، وإن غرّمهما. لم يرجعا على المستعير. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الغضب (١)

للأصحاب رحمهم الله، عبارات في معنى الغضب:
إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي، وربما قيل: الاستيلاء على مال الغير.

الثانية: وهي أعم من الأولى: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق. واختار الإمام هذه العبارة، وقال: لا حاجة إلى التقييد بالعدوان، بل يثبت الغضب وحكمه من غير عدوان، كما لو أودع ثوباً عند رجل، ثم جاء المالك فأخذ ثوباً للمودع وهو يظنه ثوبه، أو لبسه المودع على ظن أنه ثوبه.

الثالثة: وهي أعم من الأوليين: أن كل مضمون على ممسكه فهو مغضوب، كالمقبوض بالبيع الفاسد، والوديعة إذا تعدى فيها المودع، الرهن إذا تعدى فيه المرتهن. وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى. وفي الصورة المذكورة، الثابت حكم الغضب، لا حقيقته.

قلت: كل هذه العبارات ناقصة، فإن الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمال، لا يدخل فيها مع أنه يغضب، وكذلك الاختصاصات بالحقوق، فلاختيار: أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق. والله أعلم.

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة، على تحريم الغضب، وفيه بابان:

الباب الأول: في الضمان

وفيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: في الموجب للضمان، والغضب وإن كان موجباً للضمان، فلا ينحصر الموجب فيه، بل الإلتاف أيضاً مضمن، وكذلك الاستعارة والاستيلاء وغيرهما، والإلتاف يكون بالمباشرة، أو بالتسبب، وماله مدخل في الهلاك، فقد

(١) الغضب لغة: أخذ الشيء ظلماً، وشرعاً: الاستيلاء على حق الغير ظلماً وعدواناً بغير حق.

يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد، لا. وما لا، فقد يُقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد، لا، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة، والإتيان به، مباشرةً، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه، يسمى سبباً، والإتيان به، تسبباً. وهذا القصد والتوقع، قد يكون لتأثيره بمجرد فيه، وهو علّة العلة، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول. فمن المباشرة: القتل، والأكل، والإحراق. ومن التسبب: الإكراه على إتلاف مال الغير. ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوان، فتردّت فيها بهيمة، أو عبد، أو حر، فإن رداه غيره، فالضمان على المباشري، لأن المباشري مقدمة على السبب، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى.

فرع: لو فتح رأس زقٍ فضاع ما فيه، نظر، إن كان مطروحاً على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح، ضمن. وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك، لكنه سقط، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويجذبه حتى أفضى إلى السقوط، ضمن، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله، بأن فتح رأسه، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً، حتى ابتل أسفله وسقط، ضمن. وإن سقط بعارض، كزلزلة، أو هبوب ريح، أو وقوع طائر، فلا ضمان. ولو فتح رأسه فأخذ ما فيه في الخروج، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً، فضمن الخارج بعد النكس، هل هو عليهما كالجارحين، أم على الثاني فقط كالحازّ مع الجارح؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني. هذا إذا كان ما في الزق مائعاً. فإن كان جامداً فطلعت الشمس فأذاخته وضاع، أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح فيجب الضمان على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو أزال أوراق العنب وجردّ عناقيده للشمس فأفسدتها، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها، لفقد ما يصلح لهما. ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد فذاب وضاع، فوجهان: أحدهما: لا ضمان على واحد منهما، وأصحهما: يضمن الثاني. ويجري الوجهان فيما لو قرب الفاتح أيضاً النار، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحاً فجاء رجل وقرب منه النار.

فرع: لو حلّ رباط سفينة فغرقت بالحلّ، ضمن، ولو غرقت بحادث، كهبوب ريح أو غيره، لم يضمن. وإن لم يظهر حادث، فوجهان: وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه.

فرع: فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار، ضمنه. فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال: أظهرها: إن طار في الحال، ضمن، وإلا، فلا. والثاني: يضمن مطلقاً. والثالث: لا يضمن مطلقاً. وفي ما جمع من فتاوى القفال - تفرعاً على

وجوب الضمان إذا طار في الحال -: أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص، ودخلته وقتلت الطائر، لزمه الضمان، لأنه في معنى إغراء الهرة، وأنه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر، لزم الفاتح ضمانه. وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة رجل، لزمه ضمانها، لأن فعل الطائر منسوب إليه، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال، لزم الفاتح ضمانه، ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الإصطبل فخرجت وضاعت، فالحكم على ما ذكرنا في القفص. ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل، قال القفال: إن كان نهاراً، لم يضمن الفاتح، وإن كان ليلاً، ضمن، كدابة نفسه. وقال العراقيون: لا يضمن، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزرور.

قلت: قطع ابن كج بما قاله القفال والله أعلم. ولو حل قيد العبد المجنون، أو فتح باب السجن، فذهب، فهو كما لو حل رباط البهيمة. وإن كان العبد عاقلاً، نظر، إن لم يكن أبقاً، فلا ضمان، لأن له اختياراً صحيحاً، فذهابه محال عليه، وإن كان أبقاً، فلا ضمان أيضاً على الأصح، وقيل: هو كحل رباط البهيمة، ففيه التفصيل.

فرع: لو وقع طائر على جداره، فنقّره، لم يضمن، لأنه كان ممتنعاً قبله، ولو رماه في الهواء فقتله، ضمنه، سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه.

فرع: لو فتح باب الحِرز فسرق غيره، أو دَلَّ سارقاً فسرق، أو أمر غاصباً فغصب، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع، فلا ضمان عليه. ولو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت، فلا ضمان، لأنه لم يتصرف في المال، كذا قالوه، ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفضى الأمر إلى هلاكها، لأن المتولي قال: لو كان له زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع.

قلت: الأصح في صورتَي الحبس عن الماشية والسقي: أنه لا ضمان، بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم.

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع، أو غصب البقرة فتبعها العجل، لم يضمن القطيع والعجل على الأصح.

فرع: لو نقل صبيّاً حراً إلى مَضِيعة، فاتفق سبع فافترسه، فلا ضمان لاحالة

الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته. ولو نقله إلى مَسْبِعة فافترسه سبع، فلا ضمان أيضاً، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب، وذكر الغزالي فيه وجهين: وليس بمعروف.

فصل: إثبات اليد العادية سبب للضمان، وينقسم إلى مباشرة، بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه، وإلى التسبب، وهو في الأولاد وسائر الزوائد، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة. ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار. أما المنقول، فالأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة غيره، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله، ففي كونه غاصباً ضامناً، وجهان: أحدهما: نعم، سواء قصد الاستيلاء أم لا. قال المتولي: وهذا إذا كان المالك غائباً، أما إذا كان حاضراً، فإن أزعجه وجلس على الفراش، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه، فيضمنه قطعاً، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار: أن لا يكون غاصباً إلا لنصفه. وأما العقار، فإن كان مالكه فيه، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكن، فهو غاصب، سواء قصد الاستيلاء، أم لا، لأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده، ولو سكن بيتاً من الدار، ومنع المالك منه دون باقي الدار، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار.

وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب: أنه غاصب، فلم يعتبروا في الغصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه، وقال الغزالي: لا يكون غصباً، واعتبر دخول الدار في غصبها، وهو ضعيف أما إذا لم يزعج المالك، ولكن دخل واستولى معه، فهو غاصب لنصف الدار، لاجتماع يدهما واستيلائهما، فإن كان الداخل ضعيفاً، والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً عليه، لم يكن غاصباً لشيء من الدار، ولا اعتبار بقصد ما لا يتمكن من تحقيقه. أما إذا لم يكن هناك مالك، فدخل على قصد الاستيلاء، فهو غاصب وإن كان ضعيفاً وصاحب الدار قوياً، لأن الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك، فإنه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها. وفي وجه: لا يكون غصباً، لأن مثله في العرف يعد هزأً، ولا يعد استيلاءً، وهو شاذ ضعيف، وإن دخل لا على قصد الاستيلاء، بل لينظر، هل يصلح له، أو غير ذلك؟ لم يكن غاصباً. قال المتولي: لكن لو انهدمت في تلك الحال، هل يضمنها؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتره، فتلف في تلك الحال، فإنه يضمنه.

وأصحهما: لا، لأن اليد على المنقول حقيقة. ولو اقتطع قطعة أرض ملاصقة لأرضه، وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه، ضمنها، لوجود الاستيلاء.

فصل: فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى

قد سبق معظم مسائله في كتاب الرهن، وحاصله: أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضمان، فيتخير المالك عند التلف، بين مطالبة الغاصب، ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغضوب أم لا، لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، فالجهل ليس مستقلاً للضمان. ثم الثاني، إن علم الغصب، فهو غاصب من الغاصب، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغضوب في يده، فقرار الضمان عليه. فإذا غرم، لا يرجع على الأول، وإذا غرم الأول رجوع عليه، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثاني أكثر، فلو كانت في يد الأول أكثر، لم يطالب بالزيادة إلا الأول، وتستقر عليه. أما إذا جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية، استقر الضمان على الثاني. وإن كانت يد أمانة كالوديعة، استقر على الغاصب على المذهب. وفي وجه: يستقر على المودع وفي وجه: لا يطالب المودع أصلاً، وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا، والقرض معدود من أيدي الضمان. ولو وهب المغضوب، فهل القرار على الغاصب لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهم لأنه أخذه للتملك؟ قولان: أظهرهما: الثاني. ولو زوج المغضوبة فتلفت عند الزوج، فالمذهب: أنه لا يطالب الزوج بقيمتها قطعاً. وقيل: كالمودع.

فرع: إذا أتلف القابض من الغاصب، نظر، إن استقل بالإتلاف، فقرار الضمان عليه. وإن حملة الغاصب عليه، بأن غصب طعاماً فقدّمه إليه ضيافة فأكله، فالقرار على الآكل إن كان عالمًا، وكذا إن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد. فعلى هذا، إن ضمنه، لم يرجع على الغاصب، وإن ضمن الغاصب، رجع عليه. وعلى القول الآخر بالعكس، هذا إذا قدمه إليه وسكت. فإن قال: هو ملكي، فإن ضمن الآكل، ففي رجوعه على الغاصب القولان. وإن ضمن الغاصب، فالمذهب: أنه لا يرجع قطعاً، لأنه معترف بأنه مظلوم، فلا يرجع على غير ظالمه. وقال المزني: يرجع عليه، وغلظه الأصحاب. ولو وهب المغضوب فأتلفه المتهم، فالقولان، وأولى بالاستقرار على المتهم.

فرع: لو قدم الطعام المغضوب إلى عبد إنسان فأكله، فإن جعلنا القرار على الحر الآكل، فهذه جناية من العبد يباع فيها، وإلا، فلا يباع، وإنما يطالب الغاصب كما لو قدم شعيراً مغضوباً إلى بهيمة بغير إذن مالكها.

فرع: غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها جاهلاً بالحال، فقرار ضمان النقص على الغاصب، ولا يخرج على القولين في آكل الطعام، لأنه ذبح للغاصب، وهناك انتفع بأكله.

فرع: لو أمر الغاصب رجلاً بإتلاف المغصوب بالقتل والإحراق ونحوهما، ففعله جاهلاً بالغصب، فالمذهب: القطع بالاستقرار على المتلف، لأنه حرام، بخلاف الآكل، ولا أثر للتغريم مع التحريم، وقيل على القولين.

فرع: قُدم المغصوب إلى مالكة، فأكله جاهلاً بالحال، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي: القرار على الغاصب، لم يبرأ من الضمان، وإلا، فيبرأ، وربما نصر العراقيون الأول. ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل. ولو أودعه للمالك، أو رهنه عنده، أو أجره إياه جاهلاً بالحال، فتلف عنده، لم يبرأ من الضمان على المذهب، وقيل بالقولين. ولو باعه للمالك، أو أقرضه، أو أعاره فتلفت عنده، برىء الغاصب. ولو دخل المالك دار الغاصب، فأكل طعاماً يظنه للغاصب، فكان هو المغصوب، برىء الغاصب، ولو صال العبد المغصوب على مالكة، فقتله المالك للدفع، لم يبرأ الغاصب، سواء علم أنه عبده، أم لا، لأن الإتلاف بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه، ولهذا لو كان العبد لغيره، لم يضمه. وفي وجه: يبرأ عند العلم، لإتلافه مال نفسه لمصلحته، وهو ضعيف.

فرع: زوّج المغصوبة بمالكها جاهلاً، فتلفت عنده، فهو كما لو أودعها عنده فتلفت، فلو استولدها، نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب على المذهب. ولو قال الغاصب للمالك: أعتق هذا، فأعتقه جاهلاً، نفذ العتق على الأصح، لأنه لا يبطل بالجهل، فعلى هذا، يبرأ الغاصب على الأصح، لعود مصلحة العتق إليه. وعلى الثاني: لا يبرأ، فيطالبه بقيمته. ولو قال: أعتقه عني، ففعل جاهلاً، ففي نفوذ العتق وجهان: إن نفذ، ففي وقوعه عن الغاصب، وجهان: الصحيح: المنع. ولو قال المالك للغاصب: أعتقه عني، أو مطلقاً، فأعتقه، عتق وبرىء الغاصب.

الطرف الثاني: في المضمون، قال الأصحاب رحمهم الله: المضمون هو المعصوم، وهو قسمان:

أحدهما: ما ليس بمال، وهو الأحرار، فيضمنون بالجناية على النفس والطرف، بالمباشرة تارة، وبالتسبب أخرى، وتفصيله في كتاب الديات.

الثاني: ما هو مال، وهو نوعان: أعيان، ومنافع. والأعيان ضربان: حيوان وغيره. والحيوان صنفان: آدمي وغيره.

أما الآدمي: فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر،

ويضمن أيضاً باليد العادية. وبدل نفسه: قيمته بالغة ما بلغت، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية. وأما الأطراف والجراحات، فما كان منها لا يتقدر واجبه في الحر، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته، سواء حصل بالجناية، أم فات تحت اليد العادية، وما كان مقدراً في الحر، ينظر، إن حصل بجناية، فقولان: الجديد الأظهر: أنه يتقدر من الرقيق أيضاً، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر، فيجب في يد العبد نصف قيمته، كما يجب في يد الحر نصف ديته، وعلى هذا، القياس. والقديم: الواجب ما نقص من قيمته كسائر الأموال. وأما ما يتلف تحت اليد العادية، كمن غصب عبداً فسقطت يده بأفة سماوية، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح.

وفي وجه: إن كان النقص أقل من المقدّر، وجب ما يجب على الجاني، فعلى الجديد: لو قطع الغاصب المغصوب، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش. لو قطع يديه، فعليه كمال القيمة. وكذا لو قطع أنثيه، فزادت قيمته. ولو كان النقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته، وجب ثلثا قيمته على القولين. أما على القديم، فلأنه قدر النقص. وأما على الجديد، فالنصف بالجناية، والسدس باليد العادية. ولو كان النقص بسقوط اليد بأفة ثلث القيمة، فهو الواجب على القديم، وكذا على الجديد تفرعاً على الصحيح، وعلى الوجه الآخر: الواجب نصف قيمته. والمكاتب، والمستولدة، والمدير، حكمهم في الضمان حكم القن.

الصنف الثاني: غير الآدمي من الحيوان، فيجب فيه باليد والجناية قيمته، وفي ما تلف من أجزائه ما نقص من قيمته، ويستوي فيه الخيل، والإبل، والحمير، وغيرها.

الضرب الثاني: غير الحيوان، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوّم، وسيأتي ضبطهما وحكمهما في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى.

النوع الثاني: المنافع، وهي أصناف:

منها: منافع الأموال من العبيد والثياب والأرض وغيرها، وهي مضمونة بالتفويت. والفوات تحت اليد العادية، فكل عين لها منفعة تستأجر لها، يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه، أو مسكاً فشمه، أو لم يشمه، لزمه أجرته. ولو كان العبد المغصوب يعرف صنائع، لزمه أجرة أعلاها أجرة، ولا يلزمه أجر الجميع. ولو استأجر عيناً لمنفعة، فاستعملها في غيرها، ضمنها.

قلت: ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه، أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها، وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها فإنها إذا لم تزرع نبت فيها الدغل

والحشيش، كان عليه رد الحشيش وأجرة الأرض، ولم يذكر القاضي أرش النقص. والظاهر: أنه يجب. والله أعلم

ومنها: منفعة البُضْع، فلا تضمن بالفوات تحت اليد، لأن اليد لا تثبت عليها، ولهذا يزوج السيد المغصوبة، ولا يؤجرها، كما لا يبيعها، وكذا لو تداعى رجلان نكاح امرأة، ادعيا عليها، ولا يدعي كل واحد منهما على الآخر وإن كانت عنده. وإذا أقرت لأحدهما، حكم بأنها زوجته، وذلك يدل على أن اليد لها، ولأن منفعة البضْع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة، وسائر المنافع تُستحق استحقاق ملك تام. ولهذا، من ملك منفعة بالاستئجار، ملك نقلها إلى غيره بعوض أو غيره، والزوج لا يملك، نقل منفعة البضْع. فأما إذا فوت منفعة البضْع بالوطف، فيضمن مهر المثل، وسيأتي تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

ومنها: منفعة بدن الحر، وهي مضمونة بالتفويت. فإذا قهر حراً وسخره في عمل، ضمن أجرته. وإن حبسه وعطل منافعه، لم يضمنها على الأصح، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده، بخلاف المال، وقال ابن أبي هريرة: يضمنها ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين. إحداهما: لو استأجر حراً وأراد أن يؤجره، هل له ذلك؟ والثانية: إذا أسلم الحر المستأجر نفسه، ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها، هل تنقصر أجرته؟ قال الأكثرون: له أن يؤجره وتنقصر أجرته. وقال القفال: لا يؤجره ولا تنقصر أجرته، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر، ويدخل في ضمانه إلا عند وجودها، هكذا ذكر الأصحاب توجيه الخلاف في المسائل الثلاث، ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه، بل اتفقوا على عدمه، ولكن من جَوَزَ إجارة المستأجر، وقرر الأجرة، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة، وجعل الغزالي الخلاف في المسائل مبنياً على التردد في دخوله تحت اليد ولم نر ذلك لغيره.

فرع: في دخول ثياب الحر في ضمان من استولى عليه، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

فرع: قال المتولي: لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر إلى موضع، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول، فلا شيء عليه. وإن كان واحتاج إلى مؤنة، فهي على الناقل، لتعديده.

ومنها: منفعة الكلب، فمن غصب كلب صيد أو حراسة، لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة، وهل تلزمه أجرة منفعتة؟ وجهان: بناءً على جواز إجارته. وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب، وجهان: أحدهما: للمالك، كصيد العبد

وكسبه. وأصحهما: للغاصب، كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما، فإنه للغاصب. ويجري الوجهان، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المغصوبين، وحيث كان الصيد للغاصب، لزمه أجرة مثل المغصوب، وحيث كان للمالك كصيد العبد، ففي وجوب الأجرة لزمنا الاصطاد وجهان: أصحهما: الوجوب، لأنه ربما كان يستعمله في شغل آخر.

قلت: والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الأجرة، فإن نقصت، وجب الناقص قطعاً. والله أعلم.

فرع: المغصوب، إذا دخله نقص، هل يجب أرشه مع الأجرة؟ نظر، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال، بأن غصب ثوباً أو عبداً، فنقصت قيمته بأفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض، وجب الأرش مع الأجرة، ثم الأجرة الواجبة لما قبل حدوث النقص، أجرة مثله سليماً، ولما بعده، أجرة مثله معيباً. وإن كان النقص بسبب الاستعمال، بأن لبس الثوب فأبلاه، فوجهان: أصحهما: يجبان، والثاني: لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص.

فرع: سيأتي إن شاء الله تعالى، أن العبد المغصوب إذا تعذر ردّه بأفة، غرم الغاصب قيمته للحيلولة، وتلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمة، وفيما بعدها، وجهان: أصحهما: الوجوب، لبقاء حكم الغصب. ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة، هل تكون مضمونة على الغاصب؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها؟ وفي أن جناية الآبق في إباقه، هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟ ولو غيب الغاصب المغصوب إلى مكان بعيد، وعسر رده، وغرم القيمة، قال الإمام: وطرد شيخني في هذه الصورة، الخلاف في الأحكام المذكورة، ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام. والفرق، أنه إذا غيبه بإختياره، فهو باقٍ في يده وتصرفه، فلا ينقطع عنه الضمان.

فرع: الخمر والخنزير، لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي، سواء أراق حيث تجوز الإراقة، أم حيث لا تجوز، ثم خمور أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها، ولو غصبت منهم والعين باقية، وجب ردها، وإن غصبت من مسلم، وجب ردها إن كانت محترمة، وإن لم تكن محترمة، لم يجب، بل تراق.

فرع: آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرهما، وكذا الصنم والصليب، لا يجب في إبطالها شيء، لأنها محرمة الاستعمال، ولا حرمة لتلك الصنعة. وفي الحد المشروع في إبطالها، وجهان: أحدهما: تُكسر وتُرضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها، لا الأولى ولا غيرها. وأصحهما: لا تكسر الكسر الفاحش

لكن تفصّل. وفي حد التفصيل وجهان: أحدهما: قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم، حتى إذا رفع وجه الربط وبقي على صورة قصعة، كفى. والثاني: أن يفصل إلى حد حتى لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء اتخاذ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رحمته الله وجماهير الأصحاب. ثم ما ذكرناه من الاقتصار على تفصيل الأجزاء، هو فيما إذا تمكن المحتسب منه، أما إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر، فله إبطاله بالكسر قطعاً. وحكى الإمام اتفاق الأصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة. ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع، فلا شيء عليه. ومن جاوزه، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أنى به. وإن أحرقتها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع.

قلت: قال الغزالي في «السيط»: أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها، لأن رضاها متمول. ومما يتعلق بهذا الفصل، أن الرجل، والمرأة، والعبد، والفاسق، والصبي المميز، يشتركون في جواز الإقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر. قال الغزالي في «الأحياء»: وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمر وغيرهما من المنكرات، كما ليس له منع البالغ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً، فهو من أهل القرب، وليس هذا من الولايات، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية، وسيأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب «السيرة» إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

الطرف الثالث: في قدر الواجب، فما كان مثلياً، ضمن بمثله. وما كان متقوماً، فبالقيمة. وفي ضبط المثلي أوجه: أحدها: كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي، وينسب هذا إلى نص الشافعي رحمته الله، لقوله في «المختصر»: وما له كيل أو وزن، فعليه مثل كيله أو وزنه. والثاني: يزداد مع هذا جواز السلم فيه. والثالث: زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيع بعضه ببعض. والرابع: ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم. والخامس: قاله العراقيون: المثلي ما لا تختلف أجزائه النوع منه في القيمة، وربما قيل في الجرم والقيمة. ويقرب منه قول: من قال: المثلي: المتشاكل في القيمة ومعظم المنافع. وما اختاره الإمام، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة، فزاد المنفعة، واختاره الغزالي، وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة. والوجه الأول منقوض بالمعجونات. والثالث: بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط، وقالوا: امتناع بيع بعضه ببعض لرعاية الكمال في حال

التمائل بمعزل عما نحن فيه. والرابع: لا حاصل له، فإنه منتقض بالأرض المتساوية، فإنها تنقسم كذلك، وليست مثلية: والخامس: ضعيف أيضاً منتقض بأشياء، فالأصح الوجه الثاني، لكن الأحسن أن يقال: المثلي: ما يحصره كيل أو وزن، ويجوز السلم فيه، ولا يقال: مكيل أو موزون، لأن المفهوم منه ما يعتاد كيله ووزنه، فيخرج منه الماء وهو مثلي، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح. ويحصل من الخلاف اختلاف من الصفر، والنحاس، والحديد، لأن أجزاءها مختلفة الجواهر، وكذا في التبر، والسبيكة، والمسك، والعنبر، والكافور، والثلج، والجمد، والقطن، لمثل ذلك. وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض، وكذا الدقيق. والأصح: أنها كلها مثلية. وفي السكر والفانيد والعسل المصنفي بالنار واللحم الطري، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه، وفي الخبز، لامتناع بيع بعضه ببعض، وأيضاً الخلاف في جواز السلم فيه. وأما الحبوب، والأدهان، والألبان، والسمن، والمخيض، والخل الذي ليس فيه ماء، والزبيب، والتمر، ونحوها، فمثلية بالاتفاق. والدراهم، والدنانير الخالصة، مثلية. ومقتضى العبارة الثانية، جريان خلاف فيها، لأن في السلم فيها خلافاً سبق.

قلت: الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب: أنها مثلية. والله أعلم. وفي المكسرة، الخلاف في تبر والسبيكة، وأما الدراهم والدنانير المغشوشة، فقال المتولي: إن جوزنا المعاملة بها، فمثلية، وإلا، فمتقومة.

فصل: إذا غصب مثلياً وتلف في يده، والمثل موجود، فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه القيمة. والمراد بالفقدان: أن لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهاً. أصحها: يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الإعواز. والثاني: أقصاها من الغصب إلى التلف. والثالث: أقصاها من التلف إلى الإعواز، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل، هل هو قيمة المغصوب لأنه الذي أتلّف على المالك، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة. والرابع: أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها. والخامس: أقصاها من الإعواز إلى المطالبة. والسادس: أقصاها من تلف المغصوب إلى المطالبة. والسابع: قيمته يوم التلف. والثامن: يوم الإعواز، اختاره أبو علي الزجاجي، بضم الزاي، والحناطي، بالحاء المهملة، والماوردي، وأبو خلف السلمي. والتاسع: يوم المطالبة. والعاشر: إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فقيمة يوم الإعواز. وإن فقد هناك فقط، فقيمة يوم الحكم بالقيمة. والحادي عشر: حكى عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه: قيمة يوم

أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود، فالقياس: أنه يجب على الوجه الاول. والثاني: أقصى القيم من الغصب إلى التلف. وعلى الثالث والسابع والثامن: قيمة يوم التلف، وأن يعود. والرابع والسادس والتاسع بحالها. وعلى الخامس أقصى القيم من التلف إلى يوم التقويم. والعاشر بحاله. قلت: والحادي عشر بحاله. والله أعلم.

ولو أتلّف لرجل مثلياً بلا غصب، وكان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد، فعلى الوجه الثاني: قيمة يوم الإتلاف. وعلى الأول والثالث: أقصى القيم من الإتلاف إلى الإيعاز. وعلى الرابع: من الإتلاف إلى التقويم. والقياس: عود الأوجه الباقية. ولو أتلّفه والمثل مفقود، فالقياس أن يقال: على الأوجه الثلاثة الأوائل، والسابع والثامن: تجب قيمة يوم الإتلاف. وعلى الرابع والخامس والسادس: أقصى القيم من الإتلاف إلى التقويم. وعلى التاسع: قيمة يوم التقويم. وعلى العاشر: إن كان مفقوداً في جميع البلاد، فيوم الإتلاف، وإلا، فيوم التغريم.

فرع: متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لإيعاز المثل، ثم وجد المثل، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان: أصحهما: لا.

قلت: ويجريان، في أن الغاصب والمتلف، هل لهما رد المثل وطلب القيمة. والله أعلم.

فرع: في أن المثلي، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان

أما المكان؛ فإذا غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر، كان للمالك أن يكلفه رده، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة. ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده. فلو تلف في البلد المنقول إليه، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين. فإن فقد المثل، غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة. ولو أتلّف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد، ثم ظفر به في آخر، هل له مطالبتة بالمثل؟ فيه ثلاثة أوجه: الصحيح الذي قطع به الأكثرون: إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدرهم والدنانير، فله المطالبة بالمثل، وإلا، لم يكن له طلب المثل، ولا للغارم تكليفه قبوله لما فيه من الضرر، وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل، لم يكن له تكليفه مؤنة النقل. والوجه الثاني: يطالبه بالمثل. وإن لزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أتلّف مثلياً في وقت الرخص، له طلب المثل في الغلاء. والثالث: إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف، طالبه بالمثل، وإلا، فلا.

وإذا قلنا بالمنع، فأخذ القيمة، ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك رد القيمة

وطلب المثل؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لإعواز المثل. ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد، وتلف هناك، أو أتلّفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا: إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة. وأما إذا اختلف الزمان، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة، وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة. هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية. فأما إن خرج بأن أتلّف ماء في مفازة، ثم اجتمع علي شط نهر أو في بلد، أو أتلّف عليه الجَمْد في الصيف، واجتمعنا في الشتاء، فليس للمتلف بذل المثل، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة، وفي الصيف، وإذا غرم القيمة ثم اجتمعنا في مثل تلك المفازة أو في الصيف، فهل يثبت التّرادُّ؟ فيه وجهان: وأما المسلم إليه والمقترض، إذا ظفر به المالك في بلد آخر، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم.

قلت: ولو قال المستحق: لا آخذ القيمة بل أنتظر وجود المثل، فله ذلك، نقله في «البيان»، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه، هل يجبر، ويمكن الفرق. ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل تعين قطعاً. والله أعلم.

فصل: الذهب والفضة، إن كانا مضروبين، فقد سبق أنهما مثليان، وإلا، فإن كان فيهما صنعة بأن أتلّف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون، فأربعة أوجه: أحدها: يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بقيمتها من غير جنسها، سواء كان ذلك نقد البلد، أم لا، لأننا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا. والثاني: يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد، كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر، يضمن بنقد البلد، سواء كان من جنس المكسور، أم لا. والثالث: يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن الفاضل، وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين. والرابع: وهو أصحها: يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه، ولا يلزم من ذلك الربا، فإنه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات، هكذا نقل الجمهور، وأحسن منه ترتيب البغوي، وهو أن صنعة الحلي متقومة، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر. فإن قلنا: متقوم، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان، وإن قلنا: مثلي، فوجهان: أحدهما: يضمن الجميع بغير جنسه. وأصحهما: يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أم من غيره. ولو أتلّف إناء من ذهب أو فضة، فإن جوزنا اتخاذه، فهو كما لو أتلّف حلياً، وإن منعه، فهو كإتلاف ما لا صنعة له. ولو أتلّف ما لا صنعة فيه كالتمر والسبيكة. فإن قلنا: هو مثلي، ضمن مثله، وإلا، فوجهان: أحدهما: يضمن قيمته بنقد

البلد، سواء كان من جنسه، أم لا كسائر المتقومات. والثاني: أن الجواب كذلك، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه، وكانت القيمة تزيد على الوزن، فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به، وهذا اختيار العراقيين.

فصل: إذا تغير المغصوب، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً، وعكسه، ومثلياً فيهما، ومتقوماً فيهما.

الحال الأول: كمن غصب رطباً وقلنا: إنه متقوم فصار تمراً، ثم تلف عنده، فوجهان: أحدهما، وبه قطع العراقيون: يضمن مثل التمر، لأنه أقرب إلى الحق، وأشبههما، وبه قطع البغوي: إن كان الرطب أكثر قيمة، لزمه قيمته لثلاث تضيع الزيادة، وإن كان التمر أكثر أو استويا، لزمه المثل، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب.

الحال الثاني: كمن غصب حنطة فطحنها، وتلف الدقيق عنده أو جعله خبزاً وأتلفه، وقلنا: لا مثل للدقيق والخبز، أو تمراً واتخذ منه خلاً بالماء، فعلى قول العراقيين: يضمن المثل وهو الحنطة والتمر، وعلى ما قطع به البغوي: إن كان المتقوم أكثر قيمة، غرمها، وإلا فالمثل، وعن القاضي حسين: يغرم أكثر القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل. فعلى هذا، إذا قيل: من غصب حنطة في الغلاء فتلف المغصوب عنده، ثم طالبه المالك في الرخص، فهل يغرمه المثل أو القيمة، لم يصح إطلاق الجواب بواحد منهما، بل الصواب أن يقال: إن تلفت وهي حنطة، غرم المثل. وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف، فالقيمة.

الحال الثالث: كمن غصب سمسماً فاتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده، قال العراقيون والغزالي: يغرمه المالك ما شاء منهما. وقال البغوي: إن كان قيمة أحدهما أكثر، غرم مثله، وإلا، فيتخير المالك ما شاء منهما.

الحال الرابع: يجب فيه أقصى القيم.

فرع: إذا لزمه المثل، لزمه تحصيله إن وجده بضمن المثل. فإن لم يجده إلا بزيادة، فوجهان: أحدهما: عند البغوي، والرويانى: يلزمه المثل، لأن المثل كالعين، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته. وأصحهما: عند آخرين، منهم الغزالي: لا يلزمه تحصيله، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم، كالرقبة، وماء الطهارة، ويخالف العين، فإنه تعدى فيها دون المثل.

قلت: هذا الثاني أصح، وقد صححه أيضاً الشاشي. والله أعلم.

فصل: غصب متقوماً فتلف عنده، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه، وتجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه، فلو كانت مئة فصارت مئتين، ثم عادت

بالرخص إلى خمسين، ثم تلف، لزمه مئتان. ولو تكرر ارتفاع السعر وانخفاضه، لم يضمن كل زيادة، وإنما يضمن الأكثر، ولا أثر لارتفاع السعر بعد التلف قطعاً. ولو أتلف متقوماً بلا غصب، لزمه قيمته يوم الإتلاف. فإن حصل التلف بتدرج وسراية، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مئة يومئذ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون، فقال القفال: يلزمه المئة، لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية، ففي نفس الإتلاف أولى.

فرع: لو لم يهلك المغصوب، لكن أبق، أو غيَّبه الغاصب، أو ضلَّت الدابة، أو ضاع الثوب، فللمالك أن يضمَّن القيمة في الحال للحيلولة. والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة، لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يُجبر على قبوله، أو الإبراء منه، بل لو أبرأه المالك عنها، لم ينفذ. وفي وجه: هي كالحقوق المستقرة، وهو شاذ. ثم القيمة المأخوذة، يملكها المالك كما يملك عند التلف، وينفذ تصرفه فيها، ولا يملك الغاصب المغصوب، فإذا ظفر بالمغصوب، فللمالك استرداده ورد القيمة، وللغاصب رده واسترداد القيمة. وهل له حبس المغصوب إلى أن يستردها؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رحمته الله: أن له ذلك، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن، لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري، وذكرنا أن الأصح: المنع، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه، والمنع هو اختيار الإمام في الموضوعين. وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك، فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها، أم لا.

قلت: الأقوى: أنه لا يجوز. والله أعلم.

ولو اتفقا على ترك التردّد، فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب، ثم التضمين للحيلولة، لا يختص بالمتقومات، بل يثبت في كل مغصوب خرج من اليد وتعذر رده.

قلت: قد حكى صاحب «البيان» عن القفال: أن المالك لا يملك القيمة المأخوذة للحيلولة، بل ينتفع به على ملك الغاصب، لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل، وهذا شاذ ضعيف نبهت عليه لئلا يُغتر به قال في «البيان»: ولو ظهر على المالك دين مستغرق، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها، لأنها عين ماله. وإن تلفت في يد المالك، رجع الغاصب بمثلها. وإن كانت باقية زائدة، رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة. قال القاضي أبو الطيب، والجرجاني: هذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد. والله أعلم.

فرع: سبق أن منافع المغصوب مضمونة. فلو كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة، فثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف. أحصاها: يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه. والثاني: كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل فإن كانت في الأول أكثر، ضمنها بالأكثر في جميع المدة، لأنه لو كانت العين في يده، فربما يكرها بها في جميع المدة. والثالث: بالأكثر في جميع المدة مطلقاً، وهو ضعيف.

فصل: زوائد المغصوب، منفصلة كانت، كالولد والثمرة والبيض، أو متصلة، كالسمن وتعلّم الصنعة، مضمونة على الغاصب كالأصل، سواء طلبه المالك بالرد، أم لا.

الطرف الرابع: في الاختلاف، وفيه مسائل:

الأولى: ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك. فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه، وقيل: قول المالك بيمينه، فعلى الصحيح، إذا حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة؟ وجهان: أحصهما: نعم.

الثانية: اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته، صدّق الغاصب لأن الأصل براءته، وعلى المالك البيّنة، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا، أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقوّمه المقوّمون بتلك الصفات ففي قول: يقبل ويقوّم بالأوصاف، وينزل على أقل الدرجات كالسّلم، والمشهور: المنع، للفتاوت. قال الإمام: لكن يستفيد المالك بالبيّنة على الأوصاف بإبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة، ثم قوّمه بحقير لا يليق بها، لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف. ولو قال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: بل خمسمئة، وجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسمئة من غير تقدير، فقيل: لا تسمع هكذا، والأكثر من سمعوها، قالوا: وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمئة إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه، ولو قال المالك: لا أدري كم قيمته، لم تسمع دعواه حتى يبيّن. وكذا لو قال الغاصب: أعلم أنه دون ما ذكره، ولا أعرف قدره، لم تسمع حتى يبيّن، فإذا بيّن حلف عليه.

الثالثة: قال المالك: كان العبد كاتباً أو محترفاً، فأنكر الغاصب، فالصحيح أن القول قول الغاصب، وقيل: قول المالك، لأنه أعرف بملكه. ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك، نظر، إن ادعى عيباً حادثاً فقال: كان أقطع أو سارقاً، ففي المصدّق قولان، أظهرهما: المالك. وإن ادعى عيباً خَلْقِيّاً، فقال: كان أكمه أو ولد

أعرج أو عديم اليد، فالمصدّق الغاصب على الصحيح، لأن الأصل العدم، ويمكن المالك البينة. والثاني: يصدّق المالك نظراً إلى غلبة السلامة. والثالث: يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره.

الرابعة: ردّ المغصوب وبه عيب، وقال: غصبته هكذا، وقال المالك: حدث العيب عندك، صدّق الغاصب، قاله المتولي.

قلت: وقاله ابن الصباغ أيضاً، ونقله في «البيان». والله أعلم.

الخامسة: تنازعا في الثياب التي على العبد، صدّق الغاصب، لثبوت يده.

السادسة: قال: غصبت داري بالكوفة، فقال: غصبتُها بالمدينة، فالقول قول المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة. وأما دار المدينة، فإن وافقه المدعى عليها، ثبتت، وإلا، فيبطل إقراره بها، لتكذيبه.

قلت: ومثله لو قال: غصبت مني عبداً فقال: بل جارية، ونحو ذلك. والله أعلم.

السابعة: غصب خمراً محترمة فهلكت عنده، فقال المغصوب منه: هلكت بعد التخلل، فقال الغاصب: قبله، صدّق الغاصب.

الثامنة: قال: طعمامي الذي غصبته كان جديداً، فقال الغاصب: بل عتيقاً، صدق الغاصب بيمينه. فإن نكل، حلف المالك، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه.

التاسعة: باع عبداً فجاء زيد وأدعى أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه، فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري. وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الإقرار. فإن ادعى العين على المشتري فصدقه، أخذ العبد منه، ولا رجوع له بالثمن على البائع. وإن كذبه المشتري، فأقام زيد بيّنة، أخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع. وإن لم يُقم بيّنة ونكل المشتري، حلف زيد وأخذه، ولا رجوع للمشتري بالثمن، لتقصيره بالنكول. وإن صدّقه البائع دون المشتري، لم يقبل إقرار البائع على المشتري ويبقى البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار، فيجعل ذلك فسخاً للبيع. ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردّ بعيب، لزمه تسليمه إلى زيد.

وإن صدّقه البائع والمشتري جميعاً، سلم العبد إلى زيد، وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً. ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدّقه البائع والمشتري، لم يبطل العتق، سواء وافقهما العبد أو خالفهما، لأن في عتقه حقاً لله تعالى، بخلاف ما لو كاتبه المشتري، ثم توافقوا على تصديق المدعي، لأن الكتابة قابلة للفسخ. وللمدعي في مسألة الإعتاق قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه،

وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لعمره، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه، وعلى من شاء منهما إن صدقاه جميعاً. وقرار الضمان على المشتري، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر، فلا يطالب المشتري بالزيادة. ولو مات المعتقد وقد كسب مالا، فهو للمدعي، لأن المال خالص حق آدمي، وقد توافقوا أنه مستحقه، بخلاف العتق، كذا أطلقوه. قال الإمام: وهو محمول على كسب يستقل به العبد، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد، فلا يستحقه المدعي، لاعترافه بخلوه عن الاذن.

قلت: ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حياً وأقام به بيّنة، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بيّنة، تعارضت البيّتان وسقطتا، وضمن الغاصب، لأن الأصل بقاء الغصب. ولو قال: غصبنا من زيد ألفاً، ثم قال: كنا عشرة أنفس، وخالفه زيد، قال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: القول قول الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءته مما زاد. والله أعلم.

الباب الثاني: في الطوارئ على المغصوب

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في النقص، وهو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: نقص القيمة فقط، كمن غصب ما يساوي عشرة، فرده بحاله وهو يساوي درهماً، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور: يلزمه نقص القيمة، ووافقه بعض أصحابنا، وهذا شاذ.

القسم الثاني: نقص القيمة والأجزاء، فالجزء الفائت، مضمون بقسطه من أقصى القيم من الغصب إلى التلف، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون.

مثاله: غصب ثوباً قيمته عشرة، فعادت بالرخص إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم، يرده مع خمسة دراهم، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب، وتلك الأجزاء في هذه الصورة، نصف الثوب، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى. ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة، لزمه مع رده عشرة. ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم، لزمه مع رده ستة، لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي: وأخطأ بعضهم فقال: يلزمه ثلاثة

لأنها الناقصة بالاستعمال، وقياس قول هذا: أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم، وفي الثانية خمسة.

ولو غصبه وقيمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة، ثم انخفض السعر فعادت إلى درهمين فردّه، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا يضمن النقصان الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوباً قيمته عشرة، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بال عشرة، قال ابن الحداد، وبعض الأصحاب: يغرم مع ردّ الثوب عشرة، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة.

وقال الجمهور: لا يغرم مع ردّه إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف. قال الإمام: والصفات كالأجزاء في هذا كله، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مئة، فنسي الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسياً مئة، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مئتين، لا يغرم مع رده إلا خمسين. ثم الجواب في صور إبلاء الثوب كلها مبني على أن أجره مثل المغصوب لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال، وهو الأصح. وسبق وجه: أنه لا يجمع بينهما. فعلى ذلك الوجه: الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل. ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه، فقال المالك: زادت قبل الإبراء فأغرم التالف بقسطه منها، وقال الغاصب: بل زادت بعده، قال ابن سريج: المصدّق الغاصب.

القسم الثالث: نقص الأجزاء والصفات وحدها، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى.

فصل: النقص الحادث في المغصوب، ضربان:

أحدهما: ما لا سراية له، فعلى الغاصب أرشه وردّ الباقي، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها، ولا بين أن تفوت معظم منافعه، أو لا تفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كدبح الشاة وطحن الحنطة، وتمزيق الثوب، أو لا يبطل. فلو أراد المالك ترك النقص عند الغاصب وتغريمه بدله، لم يكن له ذلك، لأنه عين ملكه. وفي وجه: إذا طحن الطعام، فله تركه وطلب المثل، لأنه أقرب إلى حقه من الدقيق.

الضرب الثاني: ما له سراية، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلّي، كما لو بلّ الحنطة وتمكّن فيها العفن الساري، أو اتخذ منها هريسة، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً وعمله عصيدة، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوطة:

أظهرها عند العراقيين: يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة. والثاني: يردّه مع أرش النقص، وليس للمالك إلا ذلك، واختاره الإمام، والبغوي. والثالث: يتخير المالك بين موجب القولين، واختاره الشيخ أبو محمد، والمسعودي. والرابع: يتخير الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه، وبين أن يرده مع أرش النقص.

قلت: رجح الرافعي في «المحرر» الأول أيضاً. والله أعلم.

فعلى الأول: لمن تكون الحنطة المبلولة؟ وجهان نقلهما المتولي: أحدهما: تبقى للمالك كما لو نجس زيتة وقلنا: لا يطهر بالغسل، فإن المالك أولى به. والثاني: يصير للغاصب. وإذا حكمنا بالأرض مع الرد، غرم أرش عيب سار. قال المتولي: فإن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه، فعل، وإن رأى يسلم أرش النقص المتحقق إليه في الحال ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته. وفي هذا نظر، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السراية، وهو حاصل في الحال. أما المتولد منه، فيجب قطع النظر عنه، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك. فلو نظرنا إلى المتولد منه، لانجرّ إلى تمام القيمة، وهو عود إلى القول الأول، وقد بين ما قلناه أبو خلف السلمي في «شرح المفتاح» فقال في قول التخيير: إن شاء المالك غرمه ما نقص إلى الآن، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل.

فرع: من صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه، فأشرف على الفساد. وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسر العلاج، كالسل والاستسقاء، ولم يرضه الإمام، لأن المريض المأيوس منه، قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعاً.

قلت: ولو غفن الطعام في يده لطول المكث، فطريقان. قال الشيخ أبو حامد: هو كبل الحنطة. وقال القاضي أبو الطيب: يتعين أخذه مع الأرض قطعاً، واختاره ابن الصباغ، وهو الأصح. والله أعلم.

فصل: في جناية العبد المغصوب، والجناية عليه

أما جنايته، فينظر إن جنى جناية توجب القصاص، واقتص منه في يد الغاصب، غرم الغاصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص. وإن جنى بما يوجب قصاصاً في الطرف، واقتص منه في يده، غرم بدله، كما لو سقط بأفة سماوية. ولو اقتص منه بعد الوفاء إلى السيد، يلزم الغاصب أيضاً، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك. ولو غصب مرتداً أو سارقاً

فقتل، أو قطع في يد الغاصب، فهل يضمّنه الغاصب؟ وجهان: كمن اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل، أو قطع في يده، فمن ضمان مَنْ يكون القتل أو القطع؟ أما إذا جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء. وبماذا يفديه؟ فيه طريقتان: المذهب: أنه يفديه بأقلّ الأمرين من الأرش وقيمة العبد.

وقال الإمام: فيه قولان: أحدهما: هذا. والثاني: بالأرش وإن زاد كالقولين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني. وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب، لم يخل، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب، وإما أن يردّه. فإن تلف في يده، فللمالك تغريمه أقصى القيم. فإذا أخذها، فللمجني عليه أن يغرم الغاصب إن لم يكن غرمه، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك، لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق بدلها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهناً. وفي وجه: لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك.

والصحيح: الأول. فإذا أخذ المجني عليه حقه في تلك القيمة، رجع المالك بما أخذه على الغاصب. ولو كان العبد يساوي ألفاً، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمئة، ثم جنى ومات عند الغاصب، فغرمه المالك الألف، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمئة وإن كان أرش الجناية ألفاً فأكثر، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية وإن رد العبد إلى المالك، نظر، إن رده بعدما غرم للمجني عليه، فذاك، وإن رد قبله فبيع في الجناية، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه، لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية، فإنه لا يرجع المالك بشيء، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه.

وفرّع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا: إذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جناية مستغرقة، ثم رده إلى المالك، ثم بيع في الجنائيتين وقسم الثمن بينهما نصفين، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد. ولو كان الفرع بحاله، وتلف العبد بعد الجنائيتين في يد الغاصب، فله طلب القيمة من الغاصب، وللمجني عليهما أخذها، فإذا أخذها، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب، لأنه أخذ منه نصفها بجناية في يد الغاصب، فإذا رجع به، فللمجني عليه الأول أخذها، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجناية الثانية. وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى، لأنه مأخوذ بجناية غير مضمونة على الغاصب. هذا هو الصحيح في الصورتين. وقيل: إذا رد العبد وبيع في الجناية، فالنصف الأول

يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة. وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنيتين، لا يأخذ المالك شيئاً، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة، والمجني عليه الثاني، يطالبه بنصف القيمة. ولو جنى المغصوب في يد الغاصب أولاً، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى، وكل واحد منهما تستغرق القيمة، فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنائية التي هي مضمونة عليه.

قال الشيخ أبو علي: سمعت القفال مرة يقول: ليس لواحد من المجني عليهما أخذ هذا النصف من المالك. أما الثاني، فلأن الجنائية عليه مسبقة بجنائية مستغرقة، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه. وأما الأول، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب، وهو متقدم على حق المجني عليه، فما لم يصبر حقه إليه، لا يرجع إلى غيره شيء. قال أبو علي: وليس هذا بشيء، بل للمجني عليه الأول أخذه كما في الجنائية السابقة، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة، فإن حقه وإن تقدم، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة. قال: وناظرت القفال فيه، فرجع إلى قولي. وعلى هذا إذا أخذه المجني عليه الأول، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذ ثانياً، لأن الأول أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه.

ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورناه، ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانياً فمات عنده، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليهما، ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة، لأنه أخذ منه بسبب جنائية مضمونة عليه. فإذا أخذه كان للمجني عليه الأول أن يأخذه منه، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة، وقد غرم الغاصب والحالة هذه القيمة مرتين، مرة بجنائية العبد في يده، ومرة بالقتل. أما الجنائية عليه، فإن قُتل، نظر، إن وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً، فللمالك القصاص. فإذا اقتصر، برىء الغاصب، لأنه أخذ بدل حقه، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة، كما لا نظر في الأحرار إلى تفاوت الدية. وإن لم يجب القصاص. فإن كان الجاني حراً، لزمه للجنائية قيمته يوم القتل، سواء قتله الغاصب أو أجنبي، والمالك بالخيار، بين أن يطالب بها الغاصب، أو الجاني، لكن القرار على الجاني.

ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر، ونقصت في يد الغاصب، لزمه ما نقص بحكم اليد. وإن كان الجاني عبداً، فإن سلمه سيده فبيع في الجنائية، نظر، إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت قيمته قد

نقصت عنده قبل القتل. وإن كان الثمن أقل، أخذ الباقي من الغاصب. وإن اختار سيده فداه، فإن قلنا: يفديه بالأرث، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور. وإن قلنا: يفدي بالأقل من الأرث والقيمة، فإن كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني، فالباقي على الغاصب، وإن كانت أقل أو مثلها، أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور. ولو اختار المالك تغريم الغاصب ابتداءً، فله ذلك، ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب، ثم يرجع الغاصب على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الغاصب. هذا إذا كانت الجناية قتلاً، فأما الجراحات، فلما أن يكون لها أرش مقدر في الحر، وإما لا، والواجب في الحالين، ما ذكرناه من قبل.

وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية، كان المعتر حال الاندمال، فإن لم يكن حينئذٍ نقص، لم يطالب بشيء. وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية، فهل يؤخذ في الحال، أم يؤخذ في الاندمال؟ قولان، كما لو كانت الجناية على حر، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى. وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه المقدر من القيمة، وكان الناقص أكثر من ذلك القدر، فعلى الغاصب ما زاد. وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة: أن الأصح: أنه لا يطالب. وهنا الأصح: أنه يطالب، والقرار على الجاني. واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصاً أو حداً، لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث أنه تلف لا بدل له، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار.

فرع: لو اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه، بأن قتل إنساناً، ثم قتله في يد الغاصب عبد رجل، فللمغصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب، ويسقط حق ورثة من قتله المغصوب، لأن العبد الجاني إذا هلك ولم يحصل له عوض، يضيع حق المجني عليه، لكن لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بحدوث عيب بعدما جنى، لم يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقص، ولولي من قتله التمسك به، وإن حدث العيب قبل جنائته، فاز المغصوب منه بالأرث. فلو لم يقتص المغصوب منه، بل عفا على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، فحكم تغريمه وأخذ المال على ما سبق في الجناية عليه من غير جناية منه. ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به، لأنه بدل الجاني على مورثهم. فإذا أخذه، رجع به المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه، ويسلم المأخوذ ثانياً كما سبق نظيره.

قلت: ومما يتعلق بالفصل، لو وثب العبد المغصوب فقتل الغاصب، وهرب إلى سيده، فإن كانت الجناية عمداً، قال الصيمري: إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية، سقط الضمان عن الغاصب في المال. وإن قتلوه، لزمهم قيمة العبد في التركة، وكأنهم لم يسلموه، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته. وإن قتل المغصوب سيده وهو في يد الغاصب، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد: أن لورثة المالك أن يقتضوا منه، وإذا قتلوه، استحقوا قيمته على الغاصب. وحكى في «البيان» وجهاً: أن جنايته تكون هدرًا. ولو صال العبد المغصوب أو الجمل المغصوب على رجل، فقتله المصول عليه للدفع، فلا ضمان عليه، ويجب ضمانه على الغاصب، ولا يرجع على المصول عليه. والله أعلم.

فصل: نقل التراب من الأرض المغصوبة، تارة يكون من غير إحداث حفر، ككشط وجهها، وتارة بإحداثها كحفر بئر أو نهر. ففي الحالة الأولى، للمالك إجباره على رده إن كان باقياً. فإن تلف وانمحق بهبوب الريح أو السيول، أجبره على رد مثله إليه، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع. وإن لم يطالبه المالك بالرد، نظر، إن كان له غرض، بأن دخل الأرض نقص يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريغه، أو إلى ملك غيره، أو شارع يخاف من التعثر به الضمان، فله الاستقلال بالرد. وإن لم يكن شيء من ذلك، بأن نقله إلى موات، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الطرف الآخر، فإن منعه المالك من الرد، لم يرد، وإن لم يمنعه، فهل يفتقر الرد إلى إذنه؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد، هل للمالك تكليفه النقل ثانياً؟ إن قلنا: لا، فله الرد بغير إذنه، وإلا، فلا، وهو الأصح. وإذا كان له غرض في الرد فردّه، فمنعه المالك من بسطه، لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً.

الحالة الثانية: إذا حفر بئراً فأمره المالك بطمها، لزمه، وإلا، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها. وقال المزني: لا يطم إلا بإذن المالك. فإن منعه وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان السقوط، فله الطم، وإلا، فلا، في الأصح، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً. فلو لم يقل: رضيت باستدامتها، واقتصر على المنع من الطم، قال المتولي: هو كما لو صرح بالرضي، لتضمنه إياه. وقال الإمام: لا يتضمنه. ولو طوى الغاصب البئر بآلة نفسه، فله نقلها، وللمالك إجباره عليه. فإن تركها ووهبها له، لم يلزمه القبول على الأصح. وحيث قلنا في الحالتين: يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه، أو شارع، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في

طريق الرد. فإن تيسر، لم يرد إلا بإذن، قاله الإمام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه. أما إذا تلف، ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان: وينبغي أن يجيء هذا الخلاف في الحالة الأولى، وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب، والأصح فيهما جميعاً، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالين كما كانت، إما بطلب المالك، وإما دونه، نظر، إن لم يبق في الأرض نقص، فلا شيء عليه، ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد، وإن بقي، لزمه أرشه مع الأجرة. هذا الذي ذكرناه من أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به، ووراءه تصرف للأصحاب قالوا: نص هنا: أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر، ولم يوجب التسوية لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك. ونص فيما إذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فنقلها: أنه يلزمه التسوية. فقل قولان فيهما، وقيل بتقرير النصين، والفرق ضعيف. وكلام الغزالي يوهم ظاهره خلاف ما ذكرناه، فليتأول على ما بيناه.

فصل: إذا خصي العبد المغصوب، فهو على قولين السابقين في جراح العبد. وهل يتقدر؟ إن قلنا بالجديد: أنه يتقدر، لزمه كمال القيمة، وإلا، فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شيء عليه. ولو سقط ذلك العضو بأفة سماوية، ولم تنقص قيمته، ورده، فلا شيء عليه على القولين، لكن قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية: أنه يلزمه كمال القيمة.

فرع: لو كان في الجارية المغصوبة سمن مفرط، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم تنقص قيمتها، لم يلزمه شيء، لأن السمن ليس له مقدر، بخلاف الأنثيين.

فصل: إذا غصب زيتاً أو دهنأ فأغلاه، فإن نقصت عينه فقط، كمن غصب صاعين قيمتهما درهمان فصارا بالإغلاء صاعاً قيمته درهمان، فوجهان: أصحهما: يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب. والثاني: يرده ولا شيء عليه. وإن نقصت قيمته فقط، رده مع الأرش. وإن نقصاً معاً، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيجب مع مثل الذاهب أرش نقص الباقي. وإن لم ينقص واحد منهما، رده ولا شيء عليه. ولو غصب عصيراً فأغلاه، فطريقان. أحدهما: أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح. وأصحها: لا، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته، لأن الذاهب مائتته، والذاهب من الزيت زيت. ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته، وفي الرطب إذا صار تمرأ.

فصل: نقص المغصوب هل ينجر بالكمال بعده؟ ينظر، إن كان الكمال من

الوجه الذي نقص به، كما لو هزلت الجارية ثم سمت وعادت القيمة كما كانت، لم ينجر على الأصح. وقيل: لا ينجر قطعاً، ولو كان المغصوب يحسن صنعه فنسيها، ثم ذكرها أو تعلمها، انجر على الأصح. وقيل: ينجر قطعاً، لأن تذكر الصنعة لا يعد شيئاً متجدداً، بخلاف السمن. والثاني: ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والإناء، ثم أعاد تلك الصنعة.

قلت: الأصح هنا، إلحاقه بالسمن، لا بتذكر الصنعة، لأن هذه صنعة أخرى وهو متبرع بعلمه. والله أعلم.

وحيث قلنا بالانجبار، فلو لم يبلغ بالعائد القيمة الأولى، ضمن ما بقي من النقص وانجر الباقي. أما إذا كان الكمال بوجه آخر، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى، أو أبطل صنعة الحلي وأحدث أخرى، فلا انجبار بحال. وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغيراً للناقص في المرة الآخرة، ضمن الجميع. حتى لو غصب جارية قيمتها مئة، فسمت وبلغت ألفاً، وتعلمت صنعة وبلغت ألفين، ثم هزلت ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مئة، يردها ويغرم ألفاً وتسع مئة، وكذا لو علمه الغاصب سورة من القرآن، أو حرفة فنسيها، ثم علمه أخرى فنسيها أيضاً، ضمنها. وإن لم يكن مغيراً، بأن علمه سورة واحدة، أو حرفة مراراً، وينسى في كل مرة، فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد، ضمن نقصان جميع المرات، وإلا، ضمن أكثر المرات نقصاً.

فرع: لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء، ثم نسيته، نقل الروياني عن النص: أنه لا يضمن النقص، لأنه محرم، وإنما يضمن المباح. وعن بعض الأصحاب: أنه يضمنه. ولهذا لو قتل عبداً مغنياً، يغرم تمام قيمته. قال: وهو الاختيار.

قلت: الأصح المختار: هو النص. وقد تقدم في فصل كسر الملاهي: أنه لا ضمان في صنعتها، لأنها محرمة، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص القاضي حسين وغيره، على أنه لو أتلّف كبشاً نطّاحاً، أو ديكاً هراًشاً، لزمه قيمته بلا نطّاح ولا هراش، لأنها محرمة. والله أعلم.

فرع: مرض العبد المغصوب، ثم برأ وزال أثر المرض وردّه، فلا شيء عليه على الصحيح. وقيل: يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء، وكذا الحكم لو ردّه مريضاً فبرأ وزال الأثر.

فرع: غصب شجرة فتحات ورقها، ثم أورقت، أو شاة فجرّ صوفها، ثم نبت، يغرم الأول قطعاً، ولا ينجر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت، أو تمعّط شعرها ثم نبت، فإنه ينجر. قال البغوي: لأن الورق والصوف

متقوّمان، فغرمهما، وسن الجارية وشعرها غير متقوّمين، وإنما يغرم أرش النقص بفقدتهما وقد زال.

فرع: غصب عصيراً فتخمرّ عنده، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير، لفوات المالية. قالوا: وعلى الغاصب إراقة الخمر. ولو جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك بلا قصد الخمرية، لكان جائزاً، فلو تخللت في يد الغاصب، فوجهان. أصحهما: أن الخل للمغصوب وعلى الغاصب أرش النقص أن نقصت قيمة الخل عن العصير، والثاني: يغرم مثل العصير. وعلى هذا، في الخل وجهان: أحدهما: للغاصب، وأصحهما: للمغصوب منه، لأنه فرع ملكه. ويجري هذا الخلاف، فيما لو غصب بيضة ففرخت عنده، أو بذراً فزرعه ونبت، أو بزر قرّ فصار قرّاً، فعلى الأصح: الحاصل للمالك، ولا غرم على الغاصب، إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه، لأن المغصوب عاد زائداً إليه. وعلى الثاني: يغرم المغصوب لهلاكه، ويكون الحاصل للمالك على الأصح، وللغاصب على الآخر.

فرع: غصب خمرأ فتخللت في يده، أو جلد ميتة فدبغه، فأربعة أوجه: أصحها: أن الخل والجلد للمغصوب منه. فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب، ضمنه. والثاني: للغاصب. والثالث: الخل للمغصوب منه، والجلد للغاصب، لأنه صار مالاً بفعله. والرابع: عكسه، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه، والخمر المحترمة كالجلد. وإذا قلنا: هما للمغصوب منه، فذلك إذا لم يكن المالك معرضاً عن الخمر والجلد، فإن أراق الخمر، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل، فهل للمعرض استرداد الحاصل؟ وجهان.

قلت: الأصح: ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد. والله أعلم.

الطرف الثاني: في الزيادة، وهي آثار محضة وأعيان.

أما الأثر، فالتقول الجُملي فيه: أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً، لتعدّيه، ثم ينظر، إن لم يمكن ردّه إلى الحالة الأولى ردّه بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته، وإلا فإن رضي به المالك، لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص، إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الأولى، فله الرد، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الأولى، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة. فإذا تقرر ذلك، فمن صورته، طحن الحنطة، وقصارة الثوب وخياطته، وضرب الطين لبناً، وذبح الشاة وشيّها. ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة. وإنما تكون الخياطة من هذا

القسم، إذا خاط بخيط المالك. فإن خاط بخيط الغاصب، فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى. ثم في الطحن والقسارة، والذبح، والشّي، لا يمكن الرد إلى ما كان. وكذا في شق الثوب وكسر الإناء، ولا يجبر على رفء الثوب وإصلاح الإناء، لأنه لا يعود إلى ما كان، ولو غزل القطن، ردّ الغزل وأرّش النقص إن نقص. ولو نسج الغزل، فالكرباس للمالك مع الأرّش إن نقص، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى ونسجه ثانياً، فإن أمكن، كالخز، فله إجباره. فإن نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الأصل، غرمه، ولا يغرم ما زاد بالنسج، لأن المالك أمره بنقصه. فإذا نقصه بغير إذن المالك، ضمنه أيضاً. ولو غصب نُقِرَ وضربها دراهم، أو صاغها حلياً، أو غصب نحاساً أو زجاجاً فجعله إناءً، فإن رضي المالك به، ردّه كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الأولى، إلا أن يضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عيابه، لأنه حينئذ يخاف التغيير، وحيث مُنِعَ من الرد إلى ما كان فخالف، فهو كإتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب. ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان، لزمه. فإذا امتثل، لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة، لكن لو نقص عما كان بما طرأ وزال، ضمنه.

وأما الأعيان، فمن صورها صبغ الثوب. ونقدم عليه صورتين:

إحدهما: إذا غصب أرضاً وبني فيها، أو غرس، أو زرع، كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع مجاناً. ولو أراد الغاصب القلع، لم يكن للمالك منعه، فإنه عين ماله. وإذا قلع، لزمه الأجرة. وفي وجوب التسوية والأرّش، ما سبق في نقل التراب. وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرّش النقص، أو لا يجب إلا أكثرهما؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال. ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة، أو يبيعهما أو الزرع بالأجرة، فهل على الغاصب إجابته؟ وجهان. أحدهما: نعم، كالمستعير، وأولى، لتعديّه. وأصحهما: لا، لتمكنه من القلع بلا غرامة. ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً فزرعها به، فللمالك أن يتكلفه إخراج البذر من الأرض ويغرمه أرّش النقص، وليس للغاصب إخراجها إذا رضي به المالك.

الصورة الثانية: إذ زوّق الأرض المغصوبة، نظر، إن كان بحيث لو نزع، لحصل منه شيء، فللمالك إجباره على النزع، فإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع، فهل يجبر المالك على قبوله؟ وجهان. ولو أراد الغاصب نزعها، فله ذلك، وسواء كان للمنزوع قيمة، أم لا، فإن نزع فنقصت عما كانت قبل التزويق، لزمه الأرّش. أما إذا كان التزويق تمويهاً لا يحصل منه عين بالنزع، فليس للغاصب النزع

إن رضي المالك. وهل للمالك إجباره عليه؟ وجهان. أحدهما: نعم، لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته. وأصحهما: لا، كالثوب إذا قَصَره. إذا ثبت هذا، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المغصوب، ثلاثة أحوال. الأول: أن يكون للغاصب، فينظر، إن كان الحاصل تمويهاً محضاً، فحكمه ما ذكرناه في التزويق. وإن حصل فيه عين مال بالانصباع، فهو ضربان:

الضرب الأول: إذا لم يمكن فصله، فقولان: القديم: إنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسَّمْن. والمشهور: أنهما شريكان، فينظر إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً، بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وصار يساوي مصبوغاً عشرين، فهو بينهما بالسوية، فلو رغب فيه راغب بثلاثين، كانت بينهما نصفين، وإن نقصت قيمته مصبوغاً عنهما، بأن صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر، فقد أطلق الأكثرون: أن النقص محسوب من الصبغ، لأن الثوب هو الأصل، والصبغ وإن كان عيناً، فهو تابع، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً، الثلثان للمغصوب منه.

وفي «الشامل» و«التتمة»: أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب، فالنقص محسوب من الثوب. وإن كان لانخفاض سعر الإصباغ، فمن الصبغ، وكذا لو كان النقص بسبب العمل، ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق. وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة، إنحق الصبغ، ولا حقَّ فيه للغاصب. وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب، فصار يساوي ثمانية، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان، فبرده مع درهمين. وإن زادت قيمته مصبوغاً عليهما، بأن صار ثلاثين، فمن أطلق الجواب في طرف النقص، أطلق هنا أن الزيادة بينهما على نسبة مائتيهما. ومن فصل قال: إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب، فالزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لارتفاع سعر الأصباغ، فهي للغاصب، وإن كان للعمل والصنعة، فهي بينهما، لأن الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمغصوب منه.

الضرب الثاني: إذا أمكن فصله عن الثوب، فقد حكى قول عن القديم: أنه إن كان المفصول لا قيمة له، فهو كالسَّمْن، والمشهور أنه ليس كالسمن، فلا يفوز به المغصوب منه. وهل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ وجهان: أحدهما عند العراقيين: لا. وأصحهما: عند البغوي وطائفة: نعم، واختاره الإمام، ونقل القطع به عن المراوزة. وإنما الخلاف، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيتاً، وذلك، قد يكون لضياح المنفصل بالكلية، وقد يكون لحقارته بالإضافة إلى قيمة الصَّبغ. ومن جملة الضياح، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لا تفي بأرشه

قيمة المفصول. ولو رضي المغصوب منه بإبقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينقص الثوب، وكذا إن نقص على الأصح. وإن تراضيا على ترك الصبغ بحاله، فهما شريكان. وكيفية الشركة، كما سبق في الضرب الأول.

فرع: لو ترك الغاصب الصبغ للمالك، فهل يجبر كالنعل في الدابة المردودة بالعيب لأنه تابع، أم لا، كالبناء والغراس إذا تركه الغاصب؟ وجهان. قال الروياني: أصحهما: الأول. قال الرافعي: بل الثاني أقيس وأشبه.

قلت: الثاني أصح. وممن صححه، صاحب «التنبيه» قال الجرجاني: ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمّره بمسامير للغاصب وتركها للمالك. والله أعلم.

ثم قيل: الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ، وفيما إذا لم يمكن. والأصح: تخصيصهما بما إذا أمكن وقلنا: إن الغاصب يجبر على الفصل، وإلا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر. وعلى هذا، فطريقان: أحدهما: أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل، إما لما يناله من التعب، وإما لأن المفصول يضيع كله أو أكثره، فإن لم يكن كذلك، لم يجب القبول بحال. والثاني: أن الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاً لا تفي بأرشفه قيمة الصبغ المفصول، فإن وفّت، لم يجب القبول بحال وإن تعب أو ضاع مُعْظَمُ المفصول. قال الإمام: وإذا قلنا: يجب القبول على المغصوب منه، لم يشترط تلفُّظُه بالقبول. وأما الغاصب، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق، كقوله: أعرضت عنه، أو تركته، أو أبرأته عن حقي، أو أسقطته، قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك.

فرع: لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، وأراد أن يملكه على الغاصب، فهل يجاب إليه؟ فيه أوجه - سواء كان الصبغ يمكن فصله، أو لا - أحدهما: نعم كالغراس في العارية. وأصحهما: لا، لأن المعير لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة، وهنا بخلافه. والثالث: إن كان الصبغ بحيث لو فصل لم يحصل منه شيء ينتفع به، فنعم، وإلا، فلا.

فرع: متى اشتركا في الثوب المصبوغ، فهل لأحدهما الإنفراد ببيع ملكه منه؟ وجهان: كبيع دار لا ممر لها. والأصح: المنع. ولو أراد مالك الثوب البيع، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يجبر الغاصب على موافقته ويباع، وإن أراد الغاصب البيع، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح، لئلا يستحق بتعديّه إزالة ملك غيره. وفي «النهاية»: القطع بأن واحداً منهما لا يجبر كسائر الشركاء.

الحال الثاني: أن يكون الصبغ مغصوباً من غير مالك الثوب، فإن لم يحدث

بفعله نقص، فلا غرم عليه، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في المالك والغاصب. وإن حدث، نظر، إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة، والتصوير كما سبق، فهو لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر. وإن كانت خمسة عشر، فوجهان: أحدهما: يكون الثوب بينهما نصفين، ويرجعان على الغاصب بخمسة. وأصحهما: أثلاثاً على ما سبق في الحال الأول، فإن كان مما يمكن فصله، فلهما تكليف الغاصب الفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ، غرمه الغاصب، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً إذا قلنا: المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول، هذا إذا حصل بالإنصباغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلا تمويه، فالحكم كما سبق في التزويق.

فرع: يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طير الريح ثوب إنسان في أجنة صباغ، فانصبغ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا تعدّي. ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة، فعلى ما سبق.

الحال الثالث: أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً. فإن لم يحدث بفعله نقص، فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض. وإن حدث بفعله نقص، ضمن الأرض، وإذا أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه. وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك.

فرع: إذا كان الصبغ للغاصب وقيمه عشرة، وقيمة الثوب عشرة، فبلغت قيمة الثوب مصبوغاً ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه، وإن فصل بإذنه، لم يلزمه إلا نقص العشرة. ولو عادت قيمته مصبوغاً إلى عشرة لانخفاض السعر وكان النقص في الثياب والأصباغ على نسبة واحدة، فالثوب بينهما بالسوية كما كان، والنقص داخل عليهما جميعاً، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة، فصار الثوب يساوي أربعة، غرم ما نقص، وهو خمس الثوب بأقصى القيم. والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه، وعشرة إن فصل بطلب المالك.

فصل: إذا خلط المغصوب بغيره، فقد يتعذر التمييز بينهما، وقد، لا. وإذا تعذر، فقد يكون ذلك الغير من جنسه، وقد، لا. فإن كان كالزيت بالزيت. والحنطة بالحنطة، نظر، فإن خلطه بأجود من المغصوب أو مثله، أو أردأ منه، فالمذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط.

وقيل: قولان: أحدهما: هذا. والثاني: يشتركان في المخلوط، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط. وقيل: إن خلط بالمثل، اشتركا، وإلا، فكالهالك. فإن قلنا: كالهالك، فللغاصب دفع المثل من غير المخلوط، وله دفعه منه إذا خلطه بالأجود أو بالمثل، وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردأ، إلا أن يرضى المالك. وإذا رضي، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر. وإن قلنا بالشركة، فإن خلط بالمثل، فقدّر زيت من المخلوط له.

وإن خلط بالأجود، بأن خلط صاعاً قيمته درهم، بصاع قيمته درهمان، نظر، إن أعطاه صاعاً من المخلوط، أجبر المالك على قبوله، وإلا فيباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً، فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالمشهور: أنه لا يجوز، وفي قول رواه البويطي: يجوز، وفي وجه: يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط، لأن اكتساب المغصوب صفة الجودة بالخلط، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردأ، بأن خلط صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته درهم، أخذ المغصوب منه صاعاً من المخلوط مع أرش النقص، لأن الغاصب متعدٍ بالخلط، بخلاف المفلس إذا خلط بالأردأ، فإن البائع إذا رجع بصاع من المخلوط لا أرش له، لعدم التعدي، فإن اتفقا على بيع المخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً، جاز، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين، فقليل: هو على الخلاف في طرق الأجود، وقيل: بالمنع قطعاً.

فرع: خلط الخل بالخل، واللبن باللبن، كخلط الزيت بالزيت. وإن خلط الدقيق بالدقيق، فإن قلنا: هو مثلي، فكالزيت بالزيت. وإن قلنا: متقوّم، فإن قلنا: المختلط هالك، فالواجب على الغاصب القيمة. وإن قلنا: بالشركة، بيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين. فإن أراد قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين، وكان الخلط بالأجود أو الأردأ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت. وإن كان الخلط بالمثل، جازت القسمة إن جعلناها إفرازاً. وإن جعلناها بيعاً، لم يجز، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز.

فرع: خلط المغصوب بغير الجنس، كزيت بشيرج أو دهن جوز، أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدة خاصيته، بخلاف الجيد بالرديء. وقيل: هو على الخلاف السابق، واختار المتولي الشركة هناك وهنا، وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن، جاز، وإن أراد قسمته، جاز، وكأن المغصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج. قال الإمام: وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لتّ السّويق بالزيت، وهو بعيد، وإنما هو كصبغ الثوب.

فرع: إذا لم يتعذر التمييز، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء، أو بغيره كالحنطة بالشعير.

فرع: إذا خلط الزيت بالماء، وأمكن التمييز، لزمه التمييز وأرشف النقص إن نقص، وإلا، فهو كخلطه بالشيرج، إلا أن لا تبقى له قيمة، فيكون هالكاً قطعاً. فإن حصل فيه - مميّزاً كان أو غيره - نقصٌ سارٍ، فقد سبق حكمه.

فصل: إذا غصب خشبة وأدخلها في بناء، أو بنى عليها، أو على آجر مغصوب، لم يملكها، بل عليه إخراجها وردها إلى المالك ما لم تعفن. فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة، فهي هالكة. فإذا أخرجها قبل العفن وردها، لزمه أرشف النقص وإن نقصت. وفي الأجرة ما ذكرناه في إبلاء الثوب بالاستعمال. ولو أدخل لوحاً مغصوباً في سفينة، نظر، إن لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال، بأن كانت على الأرض، أو مرساة على الشط، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزع غرقاً، أو لم يكن فيها نفس ولا مال، ولا خيف هلاك السفينة نفسها، لزمه نزعها وردها، فإن كان في لجة البحر وخيف من النزع هلاك حيوان محترم، سواء كان آدمياً الغاصب أو غيره، أو غير آدمي، لم ينزع حتى تصل الشط. وإن خيف من النزع هلاك مال، إما في السفينة، وإما في غيرها، فهو، إما للغاصب، أو لمن وضع ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً، فإن كان لهما، ففي نزع وجهان: أحدهما: عند الإمام: النزع، كما يهدم البناء لرد الخشبة. وأصحهما: عند ابن الصباغ وغيره: لا ينزع، لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى الشط. وإن كان لغيرهما، لم ينزع قطعاً.

قلت: الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ. والله أعلم.

وحيث لا ينزع إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر النزع، فحينئذ يردّ اللوح مع أرشف النقص ويسترد القيمة. وإن قلنا: لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب فاختلطت التي فيها اللوح بسفن للغاصب، ولا يوقف على اللوح إلا بنزع الجميع، فهل ينزع الجميع؟ وجهان:

قلت: كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح، وينبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع. والله أعلم.

فرع: الخيط المغصوب، إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما في البناء على الخشبة. وإن خيط به جرح حيوان، فهو قسمان: محترم، وغيره. والمحترم نوعان: آدمي وغيره.

أما الآدمي: فإن خيف من نزع هلاكه، لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته. ثم إن

خيطة جرح نفسه، فالضمان مستقر عليه. وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب، فقرار الضمان على المجروح. وإن كان جاهلاً، فعلى الخلاف فيما إذا أطمع المغصوب رجلاً. وفي معنى خوف الهلاك، خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وفاقاً وخلافاً.

وأما غير آدمي، فضربان. مأكول، وغيره فغيره، له حكم الآدمي، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين فيه. وأما المأكول، فإن كان لغير الغاصب، لم ينزع، وإن كان للغاصب، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: لا يذبح كغير المأكول. وإذا مات الحيوان وفيه الخيط. فإن كان غير آدمي نزع، وكذا إن كان آدمياً على الأصح.

وأما غير المحترم، فلا يبالي بهلاكه، فينزع منه الخيط. ومن هذا القسم: الخنزير، والكلب العقور، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه، قاله الإمام. وكذا المرتد على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وذكر الإمام فيه وجهين: وادعى أن الأوجه: منع النزع، لأن المثلة بالمرتد محرمة، بخلاف المثلة بالميت، لأننا نتوقع عود المرتد إلى الإسلام. ومن هذا القسم الحربي. وأما الزاني المحصن، والمحارب، فقال المتولي: هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط، لأن تفويت روجه مستحق، وحيث قلنا: لا ينزع، يجوز غصب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال. وحيث قلنا: ينزع، لا يجوز.

قلت: وحيث بلي الخيط، فلا نزع مطلقاً، بل تجب القيمة. والله أعلم.

فرع: حصل فصيل رجل في بيت رجل، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء، فإن كان بتفريط صاحب البيت، بأن غصبه وأدخله، نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً. وإن كان بتفريط صاحب الفصيل، نقض البناء، ولزمه أرش النقص. وإن دخل بنفسه، نقض أيضاً، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: ثانيهما: لا أرش عليه.

فرع: وقع دينار في محبرة، ولا يخرج إلا بكسرها، فإن وقع بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً، كسرت، ولا غرم على صاحب الدينار، وإن وقع بفعل صاحبه، أو بلا تفريط من أحد، كسرت، وعلى صاحبه الأرش. وقال ابن الصباغ: إذا لم يفرط أحد، والتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار، ينبغي أن لا تكسر، لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل.

فرع: أدخلت بهيمة رأسها في قدر، ولم يخرج إلا بكسرها، فإن كان معها صاحبها، فهو مفرط بترك الحفظ. فإن كانت غير مأكولة، كسرت القدر، وعليه أرش النقص. وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها وجهان: كمسألة الخيط. وإن لم يكن معها

أحد، فإن فرط صاحب القدر، بأن وضع القدر في موضع لا حق له فيه، كسرت، ولا أرش له. وإن لم يفرط، كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش، ولم يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل، والوجه: التسوية.

فرع: سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تتلفه البهيمة، متى يضمه مالها في بابه. فإذا ابتلعت شيئاً واقتضى الحال الضمان، نظر، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمنه. وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ، فإن كانت غير مأكولة، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع، للحيلولة. وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها الوجهان.

فرع: لو باع بهيمة بثمن معين، فابتلعت، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً، انفسخ البيع، وهذه بهيمة لبائعها ابتلعت مال المشتري، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقر العقد، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه. وإن كان الثمن مقبوضاً، لم ينفسخ البيع، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع.

فصل: غصب زَوْجِي خَفَّ قيمتهما عشرة، فرد أحدهما وقيمته ثلاثة، وتلف الآخر، لزمه سبعة قطعاً، لأن بعض المغصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلَف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ففيه أوجه: أصحها: عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه: يلزمه سبعة. وأصحها: عند الإمام، والبعوي: خمسة، كما لو أتلَف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإن كلاً منهما يضمن خمسة. والثالث: يلزمه ثلاثة، لأنها قيمة ما أتلَفه. ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف.

قلت: الأقوى، ما صححه الإمام، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل. ويخالف المقيس عليه، فإنه لا ضرر على المالك هناك. وصورته: أنهما أتلَفاهما دفعة واحدة. فإن تعاقبا، لزم الثاني ثلاثة. وفي الأول، الخلاف. وفي الصورة الأولى إذا غصبهما معاً وجه في «التنبية» و«التتمة»: أنه يلزمه ثلاثة، وهو غريب. والله أعلم.

الطرف الثالث: فيما يترتب على تصرفات الغاصب. وفيه مسائل:

إحداها: إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب، فقولان: الجديد: أنه إن باعه أو اشترى بعينه، فالتصرف باطل. وإن باع سلماً أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيه، فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، فلا تبرأ ذمته مما التزم، ويملك الغاصب ما أخذ، وأرباحه له. والقديم: أن بيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك. فإن أجاز، فالربح له. وكذا إذا التزم في الذمة وسلم، المغصوب، تكون الأرباح

للمالك، وهذه المسألة سبق ذكرها في البيع، ويتم شرحها في القراض إن شاء الله تعالى. والغرض هنا، أن ما ذكر بعدها مفرّع على الجديد، وهو الأظهر.

الثانية: وطئ الغاصب المغصوبة، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء، فلا حد عليهما، وعليه المهر للسيد، وكذا أرش البكارة إن كانت بكرًا. ثم هل يفرد الأرش فنقول: عليه مهر ثيب، والأرشف أم لا يفرد، فنقول: مهر بكر؟ وجهان: أصحهما: الأول. والوجه، أن يقال: إن اختلف المقدار بالاعتبارين، وجب الزائد، وقد أشار الإمام إليه، وإلا، ففيه الوجهان. وإن كانا عالمين بالتحريم، نظر، إن كانت الجارية مكرهة، فعلى الغاصب الحد والمهر، ويجب أرش البكارة إن كانت بكرًا. وإن كانت طائعة، فعليهما الحد، ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص. وقيل: على المشهور. ويجب أرش البكارة إن كانت بكرًا إذا قلنا: يفرد عن المهر، وإلا، ففي وجوب الزائد على مهر، وإلا، ففي وجوب الزائد على وهي ثيب، وجهان: أحدهما: لا يجب، كما لو زنت الحرة وهي طائعة وهي بكر. والثاني: يجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها. وإن كان الغاصب عالماً دونها، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرًا، والمهر. وإن كانت عالمة دونه، فعليها الحد دونه إن طأعته، ويجب المهر إن كانت مكرهة، وإلا، فعلى الخلاف. ثم الجهل بتحريم الوطء، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، وقد يكون لتوهم حلّها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباههما عليه وظنه أنها جاريته، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه.

الثالثة: إذا وطئ المشتري من الغاصب، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق، وإذا غرم المشتري المهر، فسيأتي القول في رجوعه به على الغاصب. وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً؟ وجهان: أصحهما: نعم، وهو مقتضى كلام الجمهور. وأشار الإمام إلى جريان الوجهين، سواء قلنا: يرجع المشتري بالمهر على الغاصب، أم لا. وقال: إذا قلنا: لا رجوع، فظاهر القياس: أنه لا يطالب. وإذا قلنا بالرجوع، فالظاهر المطالبة، لاستقرار الضمان عليه، وطرده الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة.

فرع: إذا تكرر وطئ الغاصب أو المشتري منه، فإن كان في حال الجهل، لم يجب إلا مهر، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه الوطء في نكاح فاسد مراراً. وإن كان عالماً، وجب المهر، لكونها مكرهة. أو قلنا بالوجوب مع طاعتها،

فوجهان: أحدهما: الاكتفاء بمهر. وأصحهما: يجب لكل مرة مهر. وإن وطئها، مرة عالماً، ومرة جاهلاً، وجب مهران.

فرع: هذا الذي ذكرنا، فيما إذا لم يكن الوطء محبلاً. أما إذا أحبل الغاصب أو المشتري منه، نظر، إن كان عالماً بالتحريم، فالولد رقيق للمالك غير نسيب، لكونه زانياً. فإن انفصل حياً، فهو مضمون على الغاصب، أو ميتاً بجناية، فبدله لسيده، أو بلا جناية، ففي وجوب ضمانه على الغاصب، وجهان: أحدهما وهو ظاهر النص: الوجوب، لثبوت اليد عليه تبعاً للأم، وبه قال الأنماطي، وابن سلمة، واختاره القفال. وبالمنع قال أبو إسحاق، واختاره أبو محمد، والإمام، والبعوي، لأن جنايته غير متيقنة، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده. ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً، فإن أوجبنا الضمان، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة جميعاً، وخرج الإمام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم، تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني.

أما إذا كان الواطئ جاهلاً بالتحريم، فالولد نسيب حر للشبهة، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حياً. فإن انفصل ميتاً بنفسه، فالصحيح: أنه لا قيمة عليه، وإن كان بجناية، فعلى الجاني ضمانه، وللمالك تضمين الغاصب، لأن له بدله، فقوّم عليه، ثم الواجب على الجاني العُرّة، وللمالك عشر قيمة الأم. فإن استويا، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم. وإن كانت قيمة العُرّة أكثر، فكذلك، والزيادة تستقر له بحق الإرث. وإن نقصت العُرّة عن العشر، فوجهان: أحدهما: أنه يضمن للمالك تمام العشر. والثاني: لا يضمن إلا قدر العُرّة. ولو انفصل ميتاً بجناية الغاصب، لزمه الضمان. ولو أحبل الغاصب ومات وترك أباه، ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية، فالعُرّة لجدة الطفل. ثم عن القاضي حسين: أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب. وعنه: أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين، فورثت سدس العُرّة، قُطع النظر عنه، ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس العُرّة، وكأنها كل العُرّة، والجوابان مختلفان، فرأى الإمام إثبات احتمالين في صورتين، ينظر في أحدهما، إلى أن من يملك الغرة، ينبغي أن يضمن للمالك، ويُستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب. قال المتولي: الغرة تجب مؤجلة، وإنما يغرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرة. وتوقف الإمام فيه. هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته. وفي وجه: لا ينظر إلى عشر قيمة الأم، بل تعتبر قيمته لو انفصل حياً. وفي وجه: يغرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة. ودعوى الجهل في هذا، كدعواه إذا لم تحبل على ما سبق. وحكى المسعودي خلافاً في قبولها لحرية

الولد، وإن قبلت لدفع الحد. ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقص الجارية إن نقصت بالولادة، فإن تلفت عنده، وجب أقصى القيم، ودخل فيه نقص الولادة وأرش البكارة. ولو ردها وهي حبلى، فماتت في يد المالك بالولادة، قال أبو عبد الله القطان في «المطارحات»: لا شيء عليه في صورة العلم، لأن الولد ليس منه حتى يقال: ماتت بولادة ولده. ونقل في صورة الجهل قولين، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان.

قلت: الأصح: قول المتولي. والله أعلم.

فرع: لو وطئ الغاصب بإذن المالك، فحيث قلنا: لا مهر إذا لم يأذن، فهنا أولى، وإلا، فقولان محافظة على حرمة البضع. وفي قيمة الولد، طريقان: قيل: كالمهر، وقيل: تجب قطعاً، لأنه لم يصرح بالإذن في الإحبال.

فصل: فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك

وفيه فروع:

الأول: إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضها إلى التلف، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب، ولا يرجع بما ضمنه عالمًا كان أو جاهلاً. وعن صاحب «التقريب»: أنه يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصاً، أم زادت قيمته، وهو شاذ.

الثاني: إذا تعيَّب المغصوب عند المشتري بمعي أو شلل أو نحوهما، فإن كان بفعل المشتري، استقر ضمانه عليه، وكذا لو أتلَّف الجميع. وإن كان بآفة سماوية، فقولان: أظهرهما: لا يرجع على الغاصب، وبه قطع العراقيون والأكثر.

الثالث: منافع المغصوب، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها، سواء استوفاهما بالسكون والركوب واللبس ونحوها، أم فاتت تحت يده، ولا يرجع بما استوفاه، ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح.

الرابع: لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حراً على المذهب. وقيل: قولان: ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: ولو وهب الجارية المغصوبة، فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال، وغرم قيمة الولد، ففي رجوعه بها وجهان:

الخامس: إذا بنى المشتري أو غرس في المغصوبة، فجاء المالك ونقض، رجع

بأرش النقصان على الغاصب على الأصح، وبه قطع العراقيون. قال البغوي: والقياس: أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمنهما.

السادس: لو زوج الغاصب المغصوبة، فوطئها الزوج جاهلاً، غرم مهر المثل للمالك، ولا يرجع به على الغاصب، لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر. فلو استخدمها الزوج، وغرم الأجرة، لم يرجع لأنه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام، بخلاف الوطء، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده، لأنه لم يستوفها، ولم يشرع على أن يضمن. والقول في قيمتها لو تلفت في يده، سبق، فإن غرمها، رجع بها. قال الأصحاب: وضابط هذه المسائل، أن ينظر فيما غرمه من أثبت يده على يد الغاصب جاهلاً. فإن دخل على أن يضمنه، لم يرجع، وأن شرع على أن لا يضمنه، فإن لم يستوف ما يقابله، رجع به. وإن استوفاه، فقولان: فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري، أو شجرة فأثمرت، فأكل فائدتهما وغرمهما للمالك، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان، كالمهر.

وإن هلك تحت يده، فهي كالمنافع التي لم يستوفها، وكذا القول في الأكساب. ولو انفصل الولد ميتاً، فالمذهب: أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب. ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره، وغرم أجرة مثلها، ففي رجوعه بها قولان، كالمهر، ويغرم المشتري اللبن وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك، كما لو غصب علفاً وعلف به بهيمة ماله، قال البغوي: وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمنه، ولا عاد نفعه إليه. ولو أجر العين المغصوبة، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك، ولم يرجع بها على الغاصب، ويسترد المسمى. ولو أعارها، رجع المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده. وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة، القولان. وكذا ما غرم للأجزاء التالفة بالاستعمال.

فرع: كل ما لو غرمه المشتري رجع به على الغاصب. فإذا طوّل به الغاصب وغرمه، لم يرجع به على المشتري، وكل ما لو غرمه المشتري، لم يرجع به على الغاصب، فإذا غرمه الغاصب، رجع به على المشتري، وكذا الحكم في غير المشتري ممن أثبت يده على يد الغاصب.

فرع: لو نقصت الجارية بالولادة، والولد رقيق نفى قيمته بنقصها، لم ينجر به النقص، بل يأخذ الولد والأرش.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالكتاب

إحداها: حمال تعب بخشبة، فأسندها إلى جدار رجل، فإن لم يأذن مالكة، ضمن الجدار إن وقع باسناده، وضمن ما تلف بوقوعه عليه. وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً، ضمن إن وقعت في الحال. وإن وقعت بعد ساعة، لم يضمن. وإن كان الجدار له أو لغيره، وقد أذن في إسنادها إليه، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة، كفتح رأس الزق.

الثانية: غصب داراً فنقصها وأتلف النقص، ضمن النقص وما نقص من قيمة العرصه. وهل يغرم أجره مثلها داراً إلى وقت النقص، أم إلى وقت الرد؟ وجهان: الثالثة: غصب شاة وأنزى عليها فحلاً، فالولد للمغصوب منه. ولو غصب فحلاً وأنزاه على شاته، فالولد للغاصب، ولا شيء عليه للإنزاء. فإن نقصت قيمته، غرم الأرش، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للإنزاء، على الخلاف في صحة الاستتجار له.

قلت: هذا التفرع، لا بد منه، وإنما فرعوه على الأصح. والله أعلم. الرابعة: غصب جارية ناهداً، فتدلى ثديها، أو عبداً شاباً، فشاخ، أو أمرد، فالتحى، ضمن النقصان.

الخامسة: غصب خشبة فاتخذ منها أبواباً وسمرها بمساميره، نزع المسامير. فإن نقصت الأبواب به، ضمن الأرش. ولو بذلها، ففي إيجاب المغصوب منه على قبولها وجهان سبق نظائرها.

السادسة: غصب ثوباً ونجسه، أو تنجس عنده، لا يجوز له تطهيره، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره. فإن غسله فنقص، ضمن النقص. ولو رده نجساً، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرش النقص اللازم منه، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره، إهلاك. وتنجيس الدهن، مبني على إمكان تطهيره. إن جوزناه، فهو كالثوب.

السابعة: غصب من الغاصب، فأبرأ المالك الأول عن ضمان الغصب، صح الإبراء، لأنه مطالب بقيمته، فهو كدين عليه. وإن ملكه العين المغصوبة، برىء، وانقلب الضمان على الثاني حقاً له. وإن باعه لغاصب الغاصب، أو وهبه له، وأذن في القبض، برىء الأول. وإن أودعه عند الثاني وقلنا: يصير أمانة في يده، برىء الأول أيضاً. وإن رهنه عند الثاني، لم يبرأ واحد منهما.

الثامنة: إذا رد المغصوب إلى المالك أو وكيله، أو وليه، برىء. ولو رد الدابة إلى اصطلبه، قال المتولي: برىء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره،

ولا يبرأ قبل العلم والإخبار. ولو امتنع المالك من الاسترداد، رفع الأمر إلى الحاكم.

التاسعة: لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان، برىء الأول، لأن القرار على الثاني، والأول كالضامن، كذا قاله القفال وغيره، وهذا إن كان بعد تلف المال فبين، وإن كان قبله، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن، وبالله التوفيق.

قلت: لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه، ومكث عنده، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوهما. ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه، لزمه أجره جميعه. وإن لم يغلقه، لكن شغل زاوية منه، لزمه أجره ما شغله وممن صرح بالمسألة الغزالي في «الفتاوى»، قال: وكما يضمن أجزاء المسجد بالإتلاف، يضمن منفعتة بإتلافها. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشفعة (١)

فيه ثلاثة أبواب :

الباب الأول: فيما تثبت به الشفعة

وله ثلاثة أركان :

الركن الأول: المأخوذ، وله ثلاثة شروط :

الشرط الأول: أن يكون عقاراً قال الأصحاب: الأعيان ثلاثة أضرب. أحدها: المنقولات، فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض. الثاني: الأرض، ثبتت الشفعة فيها سواء بيع الشقص منها وحده، أم مع شيء من المنقولات. الثالث: ما كان منقولاً ثم أثبت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار، فإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها على الصحيح، وإن بيعت الأرض وحدها، ثبتت الشفعة فيها وصار الشفيع معه كالمشتري. وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحاً، وإما على قولنا: تستتبعها. ثبتت الشفعة فيها تبعاً للأرض. فلو كان على الشجرة ثمرة مؤبرة، وأدخلت في البيع بالشرط، لم تثبت فيها الشفعة، لأنها لا تدوم في الأرض، فيأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها. وإن كانت غير مؤبرة، دخلت في البيع شرعاً، وهل للشفيع أخذها؟ وجهان أو قولان: أحدهما: نعم. فعلى هذا، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبّرت، أخذها أيضاً على الأصح. والثاني: لا لا يأخذها. فعلى هذا، فيما يأخذ به الأرض والنخل؟ وجهان: أحدهما: بحصتها من الثمن كالمؤبرة. والثاني: بجميع الثمن، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث. وإن كانت النخل حائلة عند البيع، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع، فإن كانت مؤبرة، لم يأخذها، وإلا، أخذها على الأظهر، وإذا بقيت الثمار للمشتري، لزم الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك. وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض المتخلل لها، أو بيع البستان كله. أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط، أو بيع الجدار مع الأس، فلا شفعة على الأصح، لأن الأرض تابعة هنا، والمتبوع منقول.

(١) الشفعة هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي، وسميت بذلك لأن صاحبها ضم المبيع إلى ملكه فصار شفعاً بعد أن كان نصيبه منفرداً في ملكه.

فرع: إذا باع شقصاً فيه زرع لا يجرُّ مراراً وأدخله في البيع بالشرط، أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ولا يأخذ الزرع. وإن كان مما يجرُّ مراراً، فالجزء الظاهرة لا تدخل في البيع المطلق كالثمرة المؤبَّرة، والأصول كالأشجار.

فرع: ما دخل في مطلق بيع الدار من الأبواب، والرفوف، والمسامير، تؤخذ بالشفعة تبعاً، كالأبنية، وكذا الدولاب الثابت في الأرض، سواء أداره الماء، أم غيره، بخلاف الدلو والمنقولات. ولو باع شقصاً من طاحونة، وقلنا: يدخل الحجر الأسفل والأعلى في البيع، أخذ الأسفل بالشفعة، وفي الأعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر.

الشرط الثاني: كون العقار ثابتاً. فلو باع شقصاً من غرفة مبنية على سقف لأحدهما أو لغيرهما، فلا شفعة، إذ لا قرار لها. فلو كان السقف المبنى عليه مشتركاً أيضاً، فلا شفعة على الأصح لما ذكرناه. ولو كان السفلى مشتركاً، والعلو لأحدهما، فباع صاحب العلو نصيبه من السفلى، فوجهان: أحدهما: أن الشريك يأخذ السفلى ونصف العلو بالشفعة، لأن الأرض مشتركة، وعلوها تابعها. وأصحهما: لا يأخذ إلا السفلى. ولو كان بينهما أرض مشتركة فيها شجر لأحدهما، فباع صاحب الشجر الشجر ونصيبه من الأرض، فعلى الوجهين.

الشرط الثالث: كونه منقسماً، فالعقار الذي لا يقبل القسمة، لا شفعة فيه على المذهب، وهو قوله الجديد. وقيل: تثبت. ومنهم من حكاها، قولاً قديماً. والمراد بالمنقسم: ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة. وفي ضبطه أوجه: أحدها: أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصاً فاحشاً، حتى لو كانت قيمة الدار مئة، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف ثلاثين، لم تقسم. والثاني: أنه الذي ينتفع بعد القسمة بوجه ما. أما ما لا يبقى فيه نفع بحال، فلا يقسم. وأصحهما: الثالث: أنه الذي إذا قسم، أمكن أن ينتفع به الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان نفع آخر. إذا عرف هذا، فلو كان بينهما طاحونة أو حمام، أو بئر أو نهر، فباع أحدهما نصيبه، نظر، إن كان المبيع كبيراً بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حجران، والحمام حمامين، أو كل بيت منه بيتين، والبئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فيجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيه المستقي، ويلقى فيه ما يخرج منها، تثبت الشفعة فيها. وإن لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع، فلا شفعة على الأصح. وعلى الوجهين الآخرين، لا يخفى الحكم. ولو اشترك اثنان في دار صغيرة، لأحدهما عشرين، وللآخر باقيةا، فإن أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم، فأيهما باع فلصاحبه الشفعة، وإن منعناها، فباع صاحب العشر، فلا شفعة لصاحبه. وإن باع

صاحب الكبير، فلصاحبه الشفعة على الأصح تفريراً على الأصح: أن صاحب الأكثر يجاب إلى القسمة. ولو كان حول البئر بياض وأمكنك القسمة بجعل البئر لواحد، والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه، أو كان موضع الحجر في الرحي واحداً، ولكن فيها بيت يصلح لغرض، وأمكنك القسمة بجعل موضع الرحي لواحد، وذلك البيت لآخر، فقال جماعة: تثبت الشفعة وأن هذه البئر من المنقسمات، وهذا تفرير على الإجماع في هذا النوع من القسمة. وعلى أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد، إمكان الانتفاع به من الوجه الذي كان.

فرع: شريكان في مزارع وبئر يستقى منها، باع أحدهما نصيبه منهما، ثبت للآخر الشفعة فيهما إن انقسمت البئر أو أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم، وإلا، فتثبت في المزرعة قطعاً، ولا تثبت في البئر على الأصح.

الركن الثاني: الآخذ، وهو كل شريك في رقة العقار، سواء فيه المسلم والذمي، والحر، والمكاتب. حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار، فلكل منهما الشفعة على الآخر، ولا شفعة للجار، ملاصقاً كان أو مقابلاً. وفي وجه: للملاصق الشفعة، وكذا للمقابل إذا لم ينفذ بينهما طريق، وهو شاذ، والصحيح المعروف: الأول. وإذا قضى الحنفى لشافعي بشفعة الجوار، لم يعترض عليه في الظاهر، وفي الحل باطناً خلاف موضعه كتاب الأفضية.

قلت: ولا يقتضي قضاء الحنفى بشفعة الجوار على الأصح. والله أعلم.

فرع: الدار إن كان بابها مفتوحاً إلى درب نافذ، ولا شركة لأحد فيها، فلا شفعة فيها ولا في ممرها، لأن هذا الدرب غير مملوك. وإن كان بابها إلى درب غير نافذ، فالدرب مشترك بين سكانه. فإن باع نصيبه من الممر فقط، فللشركاء الشفعة فيه إن كان منقسماً كما سبق، وإلا، ففيه الخلاف السابق. وإن باع الدار بممرها، فلا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح. فإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة، نظر، إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك على الصحيح إن كان منقسماً، وإلا. فعلى الخلاف في غير المنقسم. وقال الشيخ أبو محمد: إن كان في اتخاذ الممر الآخر عسر، أو مؤنة لها وقع، وكانت الشفعة على الخلاف، والمذهب: الأول. وإن لم يكن طريق آخر، ولا أمكن اتخاذها، ففيه أوجه: أصحها: لا شفعة لهم، لما فيه من الإضرار بالمشتري. والثاني: لهم الأخذ والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار. والثالث: إن مكّنوا المشتري من المرور، فلهم الشفعة، وإلا، فلا، جمعاً بين الحقين. وشركة مالكي سور الخان في صحنه، كشركة مالكي الدور في الدرب الذي لا ينفذ، وكذا الشركة في مسيل الماء

إلى الأرض دون الارض، وفي بئر المزرعة دون المزرعة، كالشركة في الممر.

فرع: تثبت الشفعة للذمي على المسلم، وعلى الذمي كثبوتها للمسلم، فلو باع ذمي شقصاً لذمي بخمر أو خنزير، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة، لم نردّه. ولو ترافعوا قبله، لم نحكم بالشفعة. ولو بيع الشقص، فارتد الشريك، فهو على شفעתه إن قلنا: الردة لا تزيل المالك. وإن قلنا: تزيله، فلا شفعة. فإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، لم تعد الشفعة على الأصح. وإن قلنا بالوقف، فمات أو قُتل على الردة، أخذته لبيت المال. كما لو اشترى معيباً، أو بشرط الخيار، وارتد ومات، فللإمام رده. ولو ارتد المشتري، فالشفيع على شفעתه.

فرع: دار نصفها لرجل، ونصفها لمسجد، اشتراه قيم المسجد له، أو وهب له ليُصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه، كان للقيم أخذه بالشفعة إن رأى فيه مصلحة، كما لو كان لبيت المال شركة في دار، فباع الشريك نصيبه، فللإمام الأخذ بالشفعة. وإن كان نصف الدار وقفاً، ونصفها طلقاً، فباع المالك نصيبه، فلا شفعة لمستحق الوقف على المذهب، ولا شفعة لمالك المنفعة فقط بوصية أو غيرها.

فرع: المأذون له بالتجارة، إذا اشترى شقصاً، ثم باع الشريك نصيبه، فله الأخذ بالشفعة، إلا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة. وله الإسقاط وإن أحاطت به الديون وكان في الأخذ غبطة، كما له منعه من الاعتياض في المستقبل. ولو أراد السيد أخذه بنفسه، فله ذلك.

فرع: لا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع الأخذ له، بدليل الوكيل، والولي، والعبد المأذون، فإن لهم الأخذ.

الركن الثالث: المأخوذ منه، وهو المشتري ومن في معناه. وفي ضبطه قيود:

الأول: كون ملكه طارئاً على ملك الأخذ. فإذا اشترى رجلان داراً معاً، أو شقصاً من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر، لاستوائهما في وقت حصول الملك.

الثاني: كونه لازماً. فإن باع بشرط الخيار لهما، أو للبائع، فلا شفعة ما دام الخيار باقياً. وإن شرط الخيار للمشتري فقط، فإن قلنا: الملك له، أخذه الشفيع في الحال على الأظهر عند الجمهور. وإن قلنا: الملك للبائع، أو موقوف، لم يأخذ في الحال على الأصح. فإن قلنا يأخذ، تبيّن أن المشتري ملكه قبل أخذه، وانقطع الخيار.

فرع: باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بتات، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني إذ زال ملكه، ولا للمشتري

منه، وإن تقدّم ملكه على ملك المشتري الأول إذا قلنا: لا يملك في زمن الخيار، لأن سبب الشفعة البيع، وهو سابق على ملكه. وأما الشفعة في المبيع ثانياً، فموقوفة إن توقفت في الملك، وللبائع الأول إن أبقينا الملك له، وللمشتري منه إن أثبتنا الملك له. وعلى هذا، قال المتولي: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة، بطلت شفעתه إن قلنا: الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله. وإن قلنا: يرفعه من حينه، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة. وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار.

فصل: إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً، وأراد رده، وجاء الشفيع يريد أخذه، ويرضى بكونه معيباً، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما عند الجمهور، وقطع به بعضهم: أن الشفيع أولى بالإجابة، لأن حقه سابق، فإنه ثبت بالبيع، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وذلك حاصل بأخذ الشفيع. ولأننا لو قدّمنا المشتري، بطل حق الشفيع بالكلية. وإذا قدمنا الشفيع، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته. والثاني: المشتري أولى، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد. ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع، ثم طلب الشفيع، فإن قلنا: المشتري أولى عند اجتماعهما، فلا يجاب، وإلا، فيجاب على الأصح، ويفسخ الرد. أو نقول: تبين أن الرد كان باطلاً، والخلاف - في أن المشتري أولى أو الشفيع - جارٍ فيما لو اشترى شقصاً بعد، ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة. وحكى البغوي جريانه فيما لو اشترى شقصاً بعد وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلف العبد في يده، ففي وجه: تبطل شفعة الشفيع. وفي وجه: يتمكن من الأخذ. وقطع ابن الصباغ وغيره، بأنه إذا كان الثمن عيناً فتلف قبل القبض، بطل البيع والشفعة.

فصل: أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول، أو ارتد، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه، وأما النصف الآخر، فهل الزوج أولى به، أم الشفيع؟ وجهان: وكذا إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن، فأراد البائع الفسخ، والشفيع الأخذ بالشفعة، فيه الوجهان. أصحهما: فيهما الشفيع أولى، لأن حقه أسبق، فإنه ثبت بالعقد. وفي وجه ثالث: الشفيع في الأولى أولى، والبائع في الثانية أولى. فإذا قدمنا الشفيع في صورة الإفلاس، ففيه أوجه: أصحها: أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم، لأن حق البائع إذا انتقل إلى الذمة، صار كسائر الغرماء، وبهذا قال ابن الحداد، والثاني: يقدم البائع بالثمن رعاية للجانيين. والثالث: إن كان البائع سلم الشقص ثم أفلس المشتري، لم يكن أولى بالثمن، لرضاه بذمته. وإن لم

يسلّمه، فهو أولى بالثمن. والخلاف في نصف الصداق، جارٍ فيما إذا أعاد كله إلى الزوج برّدتها، أو فسخ قبل الدخول.

هذا إذا اجتمع الشفيع والزوج أو البائع، أما إذا أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري، ثم أفلس، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشقص بحال، لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن، وحق الزوج إلى القيمة في مالها، كما لو زال الملك بيع أو غيره. ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف، ثم جاء الشفيع، ففي استرداده ما أخذه الزوج، وجهان: كما لو جاء بعد الرد بالعيب. وقيل: لا يسترد قطعاً، لأن المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقضه. فإن قلنا: يسترده، أخذه وما بقي في يدها، وإلا، فيأخذ ما في يدها ويدفع إليها نصف مهر المثل. ولو كان للشقص الممهور شفيعان، فطلبا، وأخذ أحدهما نصفه، ثم طلقها قبل أن يأخذ الآخر، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع. وأما النصف الآخر، فهل هو أولى، أم الشفيع؟ فيه الخلاف السابق، ويجري فيما إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري، ثم أفلس. فإن قلنا: الشفيع أولى، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن. وإن قلنا: البائع أولى، فإن شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن، وإلا، فيتركه ويضارب بكل الثمن.

القيد الثالث: أن يملكه بمعاوضة. فإن ملك بارث، أو هبة، أو وصية، فلا شفعة. فإن وهب بشرط الثواب، أو مطلقاً، وقلنا: تقتضي الثواب، تثبت الشفعة على الأصح للمعاوضة. وقيل: لا، لأنها ليست مقصودة. فعلى الأصح، هل يأخذ قبل قبض الموهوب لانه صار بيعاً، أم لا، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض؟ وجهان: أصحهما: الأول.

فرع: اشترى شقصاً، ثم تقايلا، فإن عفا الشفيع، وقلنا: الإقالة بيع، تجددت الشفعة، وأخذه من البائع. وإن قلنا: فسخ، لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب. وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة. فإن قلنا: الإقالة بيع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه. وإن قلنا: فسخ، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب.

فرع: إذا جعل الشقص أجرة، أو جعلاً، أو رأس مال في سلم، صداقاً، أو متعة، أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال، أو جعله المكاتب عوضاً عن النجوم، ثبتت الشفعة في كل ذلك. ولو أقرضه شقصاً، قال المتولي: القرض صحيح، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما ثبتت الشفعة في الجعل بعد العمل. وحكي

وجه: أنه إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض، فلا شفعة، وهو شاذ ضعيف.

فرع: بذل شقصاً عن بعض النجوم، ثم عجز ورق، فهل تبقى الشفعة لأنه كان عوضاً، أم تبطل لخروجه عن العوض؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: قال المولى لمستولده: إن خدمت أولادي شهراً، فلك هذا الشقص، فخدمتهم، استحقته. وهل تثبت فيه الشفعة كالأجرة، أم لا، لأنه وصية معتبرة من الثلث؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فصل: إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه، فلا شفعة له على الأصح. وبه قال ابن الحداد، لأنه لو تمكن منه، لم يؤمن أن يسامح في الثمن، ولهذا لا يبيعه مال نفسه. ولو اشترى شقصاً للطفل وهو شريك في العقار، فله الشفعة على الصحيح، إذ لا تهمة. وقيل: لا، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهدة الصبي من غير نفع له، وللاب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعاً أو اشترياً لقوة ولايتهما وشفقتهم، كما له بيع ماله لنفسه. ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار، فباع نصيب أحدهما لرجل، فله أخذه بالشفعة للآخر.

فرع: وكل أحد الشريكين صاحبه في بيع نصيبه، فباعه، فللوكيل أخذه بالشفعة على الأصح وقول الأكثرين، لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض على الوكيل إن قصر، بخلاف الصبي. ولو وكل رجل أحد الشريكين في شراء الشقص، فللوكيل الأخذ بالشفعة بلا خلاف. ولو وكل الشريك الشريك في بيع نصف نصيبه وأذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصيبه صفقة واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة. وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل؟ فيه الوجهان.

فرع: إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً، فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه، فالأصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ الشقص، لاستوائهما في الشركة. وقيل: الشريك الثالث يختص بالشفعة، فعلى هذا إن شاء أخذ جميع الشقص، وإن شاء تركه. وعلى الأصح: إن شاء أخذ نصف الشقص، أو تركه. فإن قال المشتري: خذ الكل، أو اترك الكل، وقد تركت أنا حقي، لم تلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة، لأن ملكه استقر على النصف بالشراء، فصار كما لو كان للشقص شفيعان: حاضر، وغائب، فأخذ الحاضر الجميع، فحضر الغائب، له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك

الجميع أو خذ الجميع فقد تركت حقّي، ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد.

وحكي وجه: أنه إذا ترك المشتري حقه، لزم الآخر أخذ الكل أو تركه، كما لو عفا أحد الشفيعين الأجنبيين. ولو كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصف نصيبه لثالث، ثم باع النصف الثاني لذلك الثالث، فعلى الأصح حكمه كما لو باع النصف الثاني لأجنبي، وسيأتي بيانه في الباب الثاني إن شاء تعالى. وعلى الوجه الآخر: لا شفعة للمشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين فقط.

فصل: إذا باع في مرض موته شقصاً، وحابى، فقد يكون الشفيع والمشتري أجنبيين، أو وارثين، وقد يكون المشتري وارثاً فقط، أو عكسه، فهذه أربعة أضرب: الضرب الأول: إذا كانا أجنبيين، فإن احتمل الثلث المحاباة، صح البيع، وأخذ الشقص بالشفعة. وإن لم يحتمله، بأن باع شقصاً يساوي ألفين بألف، ولا مال له غيره، نظر، إن رده الوارث، بطل البيع في قدر المحاباة. وفي صحته في الباقي طريقان: أحدهما: فيه قولاً تفريق الصفقة. والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بالصحة، ففيما يصح فيه البيع؟ قولان: أحدهما: يصح في قدر الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن. والثاني: لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن. وقد سبق بيان الأظهر من القولين في باب تفريق الصفقة. فإن قلنا بالقول الأول، صح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن. وإن قلنا بالثاني، دارت المسألة. وحسابها أن يقال: يصح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهي نصف شيء، فمثلاً شيء، فنَجْبَرُ ونقابل، فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف، والشيء من شيء ونصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص، وقيمته ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بثلثي الثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمئة وستة وستين وثلثين، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن، وهما ألف وثلاثمائة وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة.

وعلى القولين جميعاً، للمشتري الخيار، لأن جميع المبيع لم يسلم له. فإن أجاز، أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول، وثلثيه بثلث الثمن على الثاني. وإن أراد أن يفسخ، وطلب الشفيع، فأيهما يجاب؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالعيب، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع، هل تبطل الشفعة، أم للشفيع رد الفسخ؟ فيه ما سبق من الخلاف. وإن أجاز الورثة، صح البيع في الكل. ثم إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ لما فعل الميت، أخذ الشفيع الكل بكل الثمن.

وإن قلنا: إنها ابتداءً عطية منهم، لم يأخذ القدر المنفَّذ بإجازتهم، ويأخذ المستغني عن إجازتهم، وفيه القولان المذكوران عند الرد.

الضرب الثاني والثالث: أن يكونا وارثين، أو المشتري وارثاً، فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة. فإن لم نفرق الصفقة، بطل البيع في الكل، وإن فرقناها، فإن قلنا في الضرب الأول - والتصوير كما سبق -: إن البيع يصح في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، فهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن، وإن قلنا هناك: يصح في ثلثيه بثلي الثمن، فهنا يبطل البيع في الكل، كذا ذكره القفال وغيره، وفيه نظر. وينبغي أن يفرق بين الإجازة والرد، كالضرب الأول.

الضرب الرابع: أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري. فإن احتمل الثلث المحاباة، أو لم يحتمل، وصححنا البيع في بعض المحاباة في الضرب الأول، ومكناً الشفيع من أخذه، فهنا أوجه: أحدها: عند الجمهور: يصح البيع ويأخذه الوارث بالشفعة، لأن المحاباة مع المشتري، لا مع الوارث. والثاني: يصح ولا يأخذه الوارث بالشفعة. والثالث: لا يصح البيع أصلاً لتناقض الأحكام. والرابع: يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً. والخامس: لا يصح البيع إلا في القدر المقابل للثمن.

فصل: وقد سبق أن تقدّم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط. فلو كان في يد رجلين دار اشتريها بعقدين، وادعى كلٌّ أن شراءه سبق، وأنه يستحق على صاحبه الشفعة، نظر، إن ابتداء أحدهما بالدعوى، أو جاء معاً وتنازعا في البُداء، فقدم أحدهما بالقرعة فادعى، فعلى الآخر الجواب، ولا يكفيه قوله: شرائي قبل، لأنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينقي سبق شراء المدعي، وإما أن يقول المدعي، وإما أن يقول: شرائي قبل، لأنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي، وإما أن يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليك، وحينئذٍ يحلف، فإن حلف، استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول، فإن حلف، استقر ملكه أيضاً. وإن نكل المدعى عليه أولاً ورُدَّت اليمين على المدعي، فإن حلف، أخذ ما في يد المدعى عليه، وليس للمدعى عليه الناكل بعد ذلك أن يدعي عليه، لأنه لم يبق له ملك يأخذ به.

وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة، سقطت دعواه، وللمدعى عليه أن يدعي عليه. هذا إذا لم يكن بينة. أما إذا أقام أحدهما بينة بالسبق، فيقضى له. وإن أقام كلٌّ منهما بينة على سبق شرائه مطلقاً، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه يوم الأحد، فمتعارضتان، وفي تعارضهما قولان: أظهرهما: سقوطهما، فكأنه لا بينة. والثاني:

تستعملان. وفي كفيته أقوال: أحدها: بالقرعة. فمن قرع، أخذ نصيب الآخر بالشفعة. والثاني: بالقسمة، ولا فائدة فيها هنا، إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت، فيكون التصنيف مقيداً. والثالث: الوقف. وعلى هذا، يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال. وقيل: لا معنى للوقف هنا. ولو عينت البيتان وقتاً واحداً، فلا منافاة، لاحتمال وقوع العقدين معاً، ولا شفعة لواحد منهما، لوقوع العقدين معاً. وفي وجه: تسقطان والله أعلم.

الباب الثاني: في كيفية الأخذ بالشفعة

فيه أطراف:

الطرف الأول: فيما يحصل به الملك، لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري، ولا رضاه. وقال الصعلوكي: حضور المأخوذ منه، أو وكيله، شرط، وهو شاذ ضعيف، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ، كقوله: تملك، أو اخترت الأخذ بالشفعة، أو أخذته بالشفعة، وما أشبهه. وإلا، فهو من باب المعاطاة. ولو قال: أنا مطالب بالشفعة، لم يحصل به التملك على الأصح، وبه قطع المتولي. ولذلك قالوا: يعتبر في التملك بها، أن يكون الثمن معلوماً للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب. وينبغي أن يكون في صحة التملك مع جهالة الثمن ما ذكرناه في بيع المرابحة. وفي «التتمة» إشارة إلى نحوه، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بل يعتبر معه أحد أمور:

الأول: أن يسلم العوض إلى المشتري، فيملك به قبل أن يسلمه، وإلا فيخلى بينه وبينه، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم. قلت: أو يقبض عنه القاضي. والله أعلم.

الثاني: أن يسلم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته، إلا أن يبيع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة، أو عكسه، فيجب التقابض في المجلس. ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم الشقص، فوجهان: أحدهما: لا يحصل الملك، لأن قول المشتري وعد. وأصحهما: الحصول، لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض.

الثالث: أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة، ويختار التملك، فيقبض القاضي له بالشفعة، فوجهان: أحدهما: لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه، أو يرضى بتأخره. وأصحهما: الحصول.

الرابع: أن يشهد عدلين على الطلب واختيار الشفعة. فإن لم نثبت الملك

بحكم القاضي، فهنا أولى، وإلا، فوجهان لقوة قضاء القاضي. وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول، لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن، وأن يسلمه المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه. وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك، أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت ولم يحضره، فسخ الحاكم تملكه، هكذا قاله ابن سريج والجمهور. وقيل: إذا قصر في الأداء، بطل حقه. وإن لم يوجد، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه.

فرع: يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقه المجلس. وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ وجهان:

قلت: الذي صححه الأكثرون: أنه لا خيار للشفيع، ممن صححه صاحب «التنبية»، والفارقي، والرافعي في «المحرر»، وقطع به البغوي في كتابيه «التهذيب» وشرح «مختصر المزني»، وهو الراجح أيضاً في الدليل. والله أعلم.

فرع: إذا ملك الشفيع، امتنع تصرف المشتري، فلو طلبه ولم يثبت الملك بعد، لم يمتنع، وفيه احتمال للإمام، لتأكد حقه بالطلب. وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن، وجهان: أصحهما: المنع كالمشتري. والثاني: الجواز، لأنه قهري كالإرث. ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضي، لم ينفذ تصرفه قطعاً، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده.

فرع: في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره، طريقتان: أصحهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه، لم يملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه، فله التملك. ثم قيل: خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس. وقيل: يثبت قطعاً، لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين، بخلاف خيار الرؤية.

قلت: هذا الثاني، أصح، وصححه الإمام. والله أعلم.

والطريق الثاني: القطع بالمنع وإن صححنا بيع الغائب، لأن البيع جرى بالتراضي، فأثبتنا الخيار فيه، وها هنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه. فلو رضى المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فعلى قول الغائب. وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه، ليكون على ثقة منه.

فرع: للشفيع الرد بالعيب. ولو أفلس وكان المشتري سلم إليه الشقص راضياً بذمته، فله الاسترداد.

الطرف الثاني: فيما يأخذ به الشفيع، والمأخوذ أنواع:

أحدها: المبيع. فإن بيع بمثلي، أخذه بمثله. ثم إن قُدِّرَ بميعاد الشرع، أخذه به، وإن قُدِّرَ بغيره، بأن باع بمئة رطل حنطة، فهل يأخذه بمثله وزناً أو كيلاً؟ فيه خلاف سبق في القرض. فلو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ، عدل الى القيمة كالغصب. وإن بيع بمتقوّم من عبد وثوب ونحوهما، أخذه بقيمة ذلك المتقوّم. والاعتبار بقيمة يوم البيع، لأنه يوم إثبات العوض. وقال ابن سريج والبعوي وجماعة: يعتبر يوم استقرار العقد وانقطاع الخيار.

النوع الثاني: أن يكون الشقص رأس مال سلّم أخذه بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان متقوّمًا.

النوع الثالث: إذا صالح من دين على شقص، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان متقوّمًا. وسواء دين المعاملة ودين الإتلاف.

النوع الرابع: الشقص الممهور، يؤخذ بمهر مثل المرأة. وكذا إذا خالعهما على شقص. والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم الخلع. هذا هو الصحيح المعروف. وفي «التتمة» وجه: أنه يأخذه بقيمة الشقص. ولو متّع المطلقة بشقص، أخذه الشفيع بمتعة مثلها، لا بالمهر.

النوع الخامس: إذا أخذ من المكاتب شقصاً عوضاً عن النجوم، أخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها.

النوع السادس: الشقص الذي جُعِلَ أجره يؤخذ بأجرة مثل الدار.

النوع السابع: إذا صالح عليه عن الدم، أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجناية، ويعود فيه قول ابن سريج والبعوي.

النوع الثامن: قال المتولي: إذا اقترض شقصاً أخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا: المقترض يرد المثلي.

فصل: إذا كان الثمن حائلاً، بذله الشفيع في الحال. فإن كان بألف إلى سنة مثلاً، ففيه أقوال: أظهرها: يتخير، إن شاء عجل الثمن وأخذ الشقص في الحال، وإن شاء صبر إلى أن يحلّ الأجل، فحينئذ يبذل الألف، ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل. والثاني: له الأخذ بألف مؤجل. والثالث: يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة، فعلى الأول: لا يبطل حقه بالتأخير، لأنه بعذر.

وهل يجب إعلام المشتري بالطلب؟ وجهان: أحدهما: نعم. ولو مات المشتري وحلّ عليه، لم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل هو على خيرته، إن شاء عجل، وإن شاء أخر إلى انقضاء السنة. وإن مات الشفيع، فالخيرة لوارثه. ولو باع المشتري الشقص في المدة، صح، والشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني،

وبين أن يفسخه في الحال، أو عند حلول الأجل، ويأخذه بالثمن الأول. هذا إذا قلنا بالمذهب: إن الشفيع ينقض تصرف المشتري، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن قلنا بالقول الثاني، ففي موضعه وجهان: أحدهما: أنه إنما يأخذ بثلثين مؤجل إذا كان مليئاً موثقاً به وأعطى كفيلاً مليئاً، وإلا، فلا يأخذ. والثاني: له الأخذ مطلقاً. وإذا أخذه ثم مات، حل عليه الأجل. وإن قلنا بالثالث، فتعين العرض إلى الشفيع، وتعديل القيمة إلى من يعرفها. قال الإمام: فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلَّ الأجل، وجب أن لا يطالب على هذا القول إلا بالعرض المعدل، لأن الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع، ثم على القول الثاني والثالث، إذا أخرج الشفيع، بطل حقه.

فصل: إذا اشترى مع الشقص منقولاً، كسيف وثوب، صفقة واحدة، وزَّع الثمن عليهما على اعتبار قيمتهما، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، وتعتبر قيمتهما يوم البيع، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت صفقته لدخوله فيها عالماً بالحال.

فرع: إذا اشترى شقصاً من دار نقضت، فلها أحوال:

إحداها: أن تتعيب من غير تلف شيء منها، ولا انفصال بعضها عن بعض، بأن ينشق جدار، أو مالت أسطوانة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين، الترك، كتعيبها في يد البائع.

الثانية: أن يتلف بعضها، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن. وإن بقيت العرصة وتلفت السقف والجدران باحتراق وغيره، فيبنى على الخلاف السابق في كتاب البيع: أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد العبدین المبيعين، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته؟ فإن قلنا بالأصح: إنه كأحد العبدین، أخذ العرصة بحصتها من الثمن. وإن قلنا: كطرف العبد، أخذها بكل الثمن. وقيل: إن تلف بأفة سماوية، أخذ بكل الثمن. وإن تلف بإتلاف متلف، أخذ بالحصّة، لأن المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر.

الثالثة: أن لا يتلف شيء منها، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، فهل يأخذ الشفيع النقص. فيه قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: نعم. فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن، أو يتركهما. وإن قلنا: لا يأخذه، بني على أن السقف والجدار كأحد العبدین، أو كطرف العبد. إن قلنا بالأول، أخذ العرصة وما بقي من البناء بحصتها من الثمن، وإلا، فوجهان: أحدهما: يأخذ بالحصّة. والثاني وهو قياس الأصل المبني عليه: يأخذ بتمام الثمن كالحالة الأولى. وعلى هذا يُشبه النقص بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل أخذ الشفيع.

فصل: إذا اشترى الشقص، ثم اتفق المتبايعان على حطّ من الثمن، أو زيادة فيه، فذلك قد يكون بعد لزوم العقد وقبله، وفي زمن الخيار ومكانه. وسبق بيان ذلك كلّهُ في كتاب البيع. وحاصله: أنه لا يلحق الحط ولا الزيادة بالعقد بعد لزومه، لا حط الكل، ولا حط البعض. وفيما قبل لزومه، وجهان: أحدهما: اللحق. فإن قلنا به، وحط كل الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن، فلا شفعة للشريك، لأنه يصير، هبة على رأي، ويبطل على رأي.

فصل: إذا اشترى الشقص بعبد مثلاً، وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيباً، وأراد رده واسترداد الشقص، وطلب الشفيع الشقص، ففي المقدّم منهما خلاف سبق قريباً. وحكى الإمام طريفاً حازماً بتقديم البائع. ولو علم عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص لم ينقض ملك الشفيع، كما لو باع ثم اطلع على عيب. وفي قول: يسترد المشتري الشقص من الشفيع، ويرد عليه ما أخذه، ويسلم الشقص إلى البائع، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري، فردّ البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه، والمشهور هو الأول. فإذا قلنا به، أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري. فإن كانت مثل قيمة العبد، فذاك، وإلا، ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه وجهان: أحدهما: لا رجوع، لأن الشفيع ملكه بالمبدول، فلا يتغير حكمه. ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياح أو غيره، لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص، ولا المشتري من إجبار البائع على القبول وردّ القيمة، بخلاف ما إذا غرم قيمة المغصوب لإباقه، فرجع، لأن ملك المغصوب منه لم يزل، وملك المشتري قد زال.

وحكى المتولي فيه وجهين بناءً على أن الزائل العائد، كالذي لم يزل، أم كالذي لم يعد؟ والمذهب: الأول. ولو وجد البائع العيب بالعبد، وقد حدث عنده عيب، فأخذ الأرض لامتناع الرد، نظر، إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً، فلا رجوع عليه. وإن أخذه بقيمته معيباً، ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع. لكن الأصح هنا: الرجوع، ومال ابن الصباغ إلى القطع به، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرض، ووجوب الأرض من مقتضى العقد، لاقتضائه السلامة. ولو رضي البائع ولم يرده، ففيما يجب على الشفيع وجهان: أحدهما: قيمة العبد سليماً. والثاني: قيمته معيباً. حتى لو بذل قيمة السليم، استرد قسط السلامة من المشتري، وبالأول قطع البغوي، وغلط الإمام قائله.

فرع: للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وعلى الأخذ. ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ

الشفيع، فلا رد في الحال، ولا أرش له على المذهب. ويجيء فيه الخلاف السابق فيما إذا باعه. فلو رد عليه الشفيع بالعيب، رده حينئذٍ على البائع. ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع، ومنعه عيب حادث من الرد، فأخذ أرش العيب القديم، حط ذلك عن الشفيع. وإن قدر على الرد، لكن توافقا على الأرش، ففي صحة هذه المصالحة وجهان سبقا. فإن صححناها، ففي حطه عن الشفيع وجهان: أصحهما: الحط. والثاني: لا، لأنه تبرع من البائع.

فصل: اشترى بكفٍّ من الدراهم لا يعلم وزنها، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها، فيوزن ويكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر. فإن كان ذلك غائباً، فتبرع البائع باحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله، فذاك، وإلا، فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار، ولا الاخبار عنه. وإن هلك الثمن وتعدّر الوقوف عليه، تعدّر الأخذ بالشفعة. فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره، نظر، إن عين قدرًا وقال: اشتريت بكذا، وقال المشتري: لم يكن قدره معلوماً، فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك، ويحلف عليه. وقال ابن سريج لا يقنع منه ولا يحلف، بل إن أصر على ذلك، جعل ناكلاً وردت اليمين على الشفيع. وعلى هذا الخلاف، لو قال: نسيت، فهو كالنكول.

وإن لم يعين قدرًا، لكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان، فوجهان: أصحهما: لا تسمع دعواه حتى يعين قدرًا، فيحلف المشتري حينئذٍ أنه لا يعرف. والثاني: تسمع، ويحلف المشتري على ما يقوله. فإن نكل، حلف الشفيع على علم المشتري، وحبس المشتري حتى يبين قدره. فعلى الأول: طريق الشفيع أن يعين قدرًا، فإن وافقه المشتري، فذاك، وإلا، حلفه على نفيه، فإن نكل، استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه، وإن حلف المشتري، زاد وادعى ثانياً. وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري، فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف. وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين، ولهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

فصل: إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع، فإن ظهر في ثمن المبيع، نظر، إن كان معيناً، بان بطلان البيع وبطلت الشفعة، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه. وإن خرج بعضه مستحقاً، بطل البيع في ذلك القدر، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة. فإن فرقناها واختار المشتري الإجازة، فللشفيع الأخذ. وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه، ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول. وإن كان الثمن في الذمة، وخرج المدفوع مستحقاً، لزمه إبداله، والبيع والشفعة بحالهما، وللبيع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقبض الثمن، وإن ظهر

الاستحقاق في ثمن الشفيع، فإن كان جاهلاً، لم يبطل حقه وعليه الإبدال. وإن كان عالماً، لم يبطل على الأصح، واختاره كثير من الأصحاب، وقطع البغوي بالبطلان. ثم قال الشيخ أبو حامد وآخرون: الوجهان فيما إذا كان الثمن معيناً، بأن قال: تملك الشقص بهذه الدراهم. أما إذا كان غير معين، كقوله: تملكته بعشرة دنانير، ثم نقد المستحقة، فلا تبطل شفيعته قطعاً، وقيل: الوجهان في الحالين. قلت: الصحيح: الفرق بين الحاليتين. والله أعلم.

ثم في حالة الجهل والعلم، إذا قلنا: لا يبطل حقه، هل نتبين أنه لم يملك بأداء المستحق، ويفتقر إلى تملك جديد؟ أم نقول: قد ملكه والثن دين عليه؟ فيه وجهان: قال الغزالي: أصحهما: الثاني، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور، لا سيما في حالة العلم. وخروج الدنانير نحاساً، كخروجها مستحقة. ولو خرج ثمن المبيع رديئاً، فللبائع الخيار بين الرضى به والاستبدال. فإن رضى، لم يلزم المشتري الرضى بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره البغوي. قلت: وفي هذا احتمال ظاهر. والله أعلم.

ولو خرج ما دفعه الشفيع رديئاً، لم تبطل شفيعته عالماً كان أو جاهلاً. وقيل: هو كخروجه مستحقاً، والمذهب: الأول.

فصل: إذا بنى المشتري، أو غرس، أو زرع، في المشفوع، ثم علم الشفيع، فله الأخذ وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجاناً، لا بحق الشفعة، بل لأنه شريك. وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة، كان للآخر أن يقلع مجاناً. وإن بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز، ثم علم الشفيع، لم يكن له قلعه مجاناً، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله. وفي المسألة إشكالان. أحدهما: قال المزني: المقاسمة تتضمن الرضى من الشفيع، وإذا رضى بتملك المشتري بطلت شفيعته، فكيف يتصور ثبوت الشفعة بعد القسمة؟ الثاني: أن القسمة تقطع الشركة، فيصيران جارين، ولا شفعة للجار. وأجاب الأصحاب عن الأول، فصوروا صحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور.

منها: أن يقال للشفيع: جرى الشراء بألف، فيعفو ويقاسم، أو أن الشقص ملكه بالهبة فيقاسم، ثم بأن الشراء كان بدون ألف، وأن الملك حصل بالبيع، فتصح القسمة وتثبت الشفعة.

ومنها: أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل للبائع باخباره، أو بسبب آخر.

ومنها: أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه ومع المشتريين منهم، فيقاسم الوكيل المشتري بغير علم الشفيع.

ومنها: أن يكون له وكيل في القسمة وفي أخذ الأشفاص بالشفعة، فرأى في شقص الحظ في تركه، فيتركه، ويقاسم، ثم يقدم الشفيع، ويظهر له أن له الحظ في الأخذ، وكذلك ولي اليتيم.

ومنها: أن يكون الشفيع غائباً، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة، فيجيبه وإن علم بثبوت الشفعة، كذا قاله الأصحاب، وتوقف الإمام في إجابته إذا علم ثبوت الشفعة. وأما الثاني: فأجابوا عنه بأن الجواز إنما لا يكفي في الابتداء.

فاذا تقرر ما ذكرناه، فإن اختار المشتري قلع البناء والغراس، فله ذلك، ولا يكلف تسوية الأرض، لأنه كان متصرفاً في ملكه. فإن حدث في الأرض نقص، فيأخذه الشفيع على صفته، أو يترك. وإن لم يختار المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة، وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق. وإن كان قد زرع، بقي زرعه إلى أن يدرك فيحصد.

وقياس الباب: أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة. والمذهب في الموضوعين، ببقاء الزرع. ثم قال صاحب «التقريب»: في مطالبة الشفيع للمشتري بالأجرة، الخلاف في المعير. وقال الجمهور: لا مطالبة هنا قطعاً، وهو المذهب، لأنه زرع ملك نفسه، بخلاف المستعير، فأشبهه من باع أرضاً مزروعة، لا مطالبة للمشتري بأجرة مدة بقاء الزرع على المذهب، وقد سبق بيانه في كتاب البيع.

فرع: إذا زرع المشتري، فللشفيع تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد. قال الإمام: ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، لا يؤخر الأخذ إلى وقته. ولو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعة، ففي جواز تأخيره إلى القطاف وجهان: لأن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ.

فصل: تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما صحيحة، لأنها في ملكه. وقيل: باطلة، وهو شاذ. فعلى الصحيح: ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف، والهبة، والإجارة، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة. وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والإصداق، فهو كالخيار بين أن ينقضه ويأخذ الشقص بالعقد الأول، وبين أن لا ينقض ويأخذ بالعقد الثاني. هذا هو المذهب. وفي وجه: لا ينقض تصرفه. وفي وجه: لا ينقض ما تثبت فيه الشفعة،

لكن يتجدد حق الشفعة بذلك. وقيل: لا يتجدد أيضاً، لأنه تصرف يبطل الشفعة، فلا يثبتها. وفي وجه: لا ينقض الوقف، وينقض ما سواه.

فصل: في الاختلاف

وفيه مسائل:

الأولى: قال المشتري: عفوت عن شفعتك، أو قصرت، فسقطت، فالقول قول الشفيع.

الثانية: قال: اشتريت بألف، فقال الشفيع: بل بخمسمئة، صدق المشتري، لأنه أعلم بعقده. وكذا لو كان الثمن عرضاً، وتلف، واختلفا في قيمته، فإن نكل المشتري، حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه. فإن كان لأحدهما بيّنة، قضي بها. ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح، لأنه يشهد بحق نفسه. وقيل: تقبل، لأنه لا يجر لنفسه نفعاً، والثمن ثابت له بإقرار المشتري. ولو شهد للشفيع، فهل يقبل قوله؟ فيه أوجه: أحدها: لا، وبه قطع العراقيون، لأنه يشهد على فعله. والثاني: نعم، وصححه البغوي، لأنه ينقض حقه. والثالث: إن شهد قبل قبضه الثمن، قبلت، لأنه ينقض حقه، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن شهد بعده، فلا، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً، فإنه إذا قلّ الثمن، قلّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق. وإن أقام كل واحد منهما بيّنة، فوجهان: أحدهما: تقدم بيّنة المشتري، كما أن بيّنة الداخل أولى من بيّنة الخارج. وأصحهما: أنهما تتعارضان، لأن النزاع هنا فيما وقع العقد به، ولا دلالة للبيد عليه. فعلى هذا إن قلنا: تسقطان، فهو كما لو لم يكن بيّنة. وإن قلنا: تستعملان، فالاستعمال هنا بالقرعة أو الوقف.

الثالثة: اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري، فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبيّنة أو اليمين المردودة، لزم المشتري ما ادعاه البائع وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري. وتقبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تقبل للمشتري، لأنه متهم في تقليل الثمن. وإن لم تكن بيّنة، وتحالفاً، وفسخ عقدهما، أو انفسخ، فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص، أقر في يده، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع. وإن جرى قبل الأخذ، ففي سقوط حقه الخلاف السابق في خروجه معيباً. فإن قلنا: لا يسقط، أخذه بما حلف عليه البائع، لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن، فيأخذه منه وتكون عهده على البائع.

الرابعة: أنكر المشتري كون الطالب شريكاً، فالقول قول المشتري بيمينه، فيحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي شركته، فإن نكل، حلف الطالب على البتّ وأخذ بالشفعة، وكذا الحكم لو أنكر تقدّم ملك الطالب على ملكه.

الخامسة: إذا كانا شريكين في عقار، فغاب أحدهما، ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر عليه أنه اشتراه، وأنه يستحقه بالشفعة، فإن كان للمدعي بينة، قضي بها وأخذته بالشفعة. ثم إن اعترف المدعى عليه، سلم الثمن إليه، وإلا، فهل يترك الثمن في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه، أم يأخذ القاضي ويحفظه، أم يجبر على قبوله أو الإبراء منه؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الإقرار وغيره. ولو أقام المدعي بينة، وجاء المدعى عليه ببينة أنه ورثه أو اتهمه، تعارضتا. وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه، أو أعاره، فإن لم يكن للبنتين تاريخ، أو سبق تاريخ الإيداع، فلا منافاة فيقضى بالشفعة، لأنه ربما أودعه ثم باعه، وإن سبق تاريخ البيع، فلا منافاة أيضاً، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود. فإن انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الإيداع متأخراً، وقال الشهود: أودعه وهي ملكه، فهاهنا يراجع الشريك القديم. فإن قال: ودیعة، سقط حكم الشراء. وإن قال: لا حق لي فيه، قضي بالشفعة.

أما إذا لم يكن للمدعي بينة، فللمدعى عليه في الجواب أحوال:

أحدها: أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه، فهل للمدعي أخذه؟ وجهان: أحدهما: لا، إذ لا يقبل قوله على الغائب، فيوقف الأمر حتى يكتأب، هل هو مقر بالبيع؟ وأصحهما: نعم، لتصادقهما على البيع، ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقهما، فإذا قدم الغائب، فهو على حقه. الثاني: أن ينكر أصل الشراء، فيصدق بيمينه. ثم إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه التسليم إليه حلف ذلك ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء. وإن قال في الجواب: لم اشتريه، بل ورثته، أو اتهمته، فيحلف لذلك، أم يكفي الحلف على أنه لا يستحق الشفعة؟ وجهان سبقا في دعوى عيب المبيع.

وإن نكل المدعى عليه، حلف الطالب واستحق الشقص. وفي الثمن الأوجه السابقة. هذا إذا أنكر الشراء والشريك القديم غير معترف بالبيع، فإن كان معترفاً والشقص في يده، نظر، إن لم يعترف بقبض الثمن، ثبتت الشفعة على الأصح. وإلى من يسلم الثمن؟ وجهان: أحدهما: إلى البائع، وعهدته عليه، لأنه يتلقى الملك منه. والثاني: ينصب القاضي أميناً يقبض الثمن منه للمشتري ويدفعه إلى البائع، ويقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع. وإذا أخذ البائع ثمن الشقص، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن؟ وجهان: لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة، والرجوع عليه بالدرك أسهل. فإن قلنا: نعم، وحلف المشتري، فلا شيء عليه. وإن نكل، حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهدته عليه.

وأما ما أخذه من الشفيع، فهل يؤخذ منه ويوقف، أم يترك في يده؟ وجهان: كذا قال البغوي، وفي «الشامل» أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض أخذ الثمن من الشفيع؟ فإن رضي، فليقنع به، وهذا أصح. فإن اعترف مع البيع بقبض الثمن، فإن قلنا: لا شفعة إذا لم يعترف بالقبض، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: وأصحهما: ثبوتها. ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع، أم يأخذه القاضي ويحفظه، أم يجبر المشتري على قبوله والإبراء منه؟ فيه الأوجه السابقة.

الحال الثالث: أن يقول: اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي، فينظر في المضاف إليه، أحاضر، أم غائب، أم صبي؟ وحكمه ما يأتي في سائر الدعاوى إن شاء الله تعالى.

الطرف الثالث: في تراحم الشفعاء، وهو ثلاثة أضرب.

أحدها: أن يتفق الشركاء على الطلب. ونقدم عليه أن تعدد المستحقين قد يكون ابتداءً، بأن كانت الدار بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، وثبتت الشفعة للباقيين، وقد يكون دواماً، بأن يموت المستحق ويترك ورثة، فلهم الشفعة. فإن تساوت حصص المستحقين، تساوا في الشقص. وإن تفاوتت كنصف وثلث وسدس، فباع صاحب النصف، فقولان: أظهرهما: أن الشفعة على قدر الحصص، فيقسم النصف بينهما أثلاثاً. والثاني: على عدد الرؤوس، فيقسم نصفين.

فرع: مات مالك الدار عن ابنين: ثم مات أحدهما عن ابنين ثم باع أحد الابنين نصيبه، فهل يشترك الأخ والعم في الشفعة، أم يختص بها الأخ؟ قولان: أظهرهما: الأول. فعلى هذا، هل يوزع بينهما بالسوية، أم بالحصص؟ فيه القولان. وقال الإمام: مقتضى المذهب: القطع بالحصص. وإذا قلنا: يختص الأخ فعفاً، ففي ثبوتها للعم وجهان: أحدهما: لا، لأنه لو كان مستحقاً، لما تقدم عليه غيره. والثاني: نعم، لأنه شريك، وإنما تقدم الأخ، لزيادة قربه، كما أن المرتهن يقدم في المرهون على الغرماء. فلو سقط حقه، تمسك به الباقيون.

قلت: ينبغي أن يكون هذا الثاني أصح. والله أعلم.

ويجري القولان في مسألة الأخ والعم في كل صورة، ملك شريكاً بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء بسبب آخر، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد، ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة، وعلى الأظهر: للجميع. مثاله: بينهما دار، فباع أحدهما نصيبه لرجلين، أو وهبه، ثم باع أحدهما نصيبه.

ولو مات مَنْ له دار عن بنتين وأختين، فباعت إحدى البنتين نصيبها، فطريقان:

أحدهما: على القولين. ففي قول: تختص بالشفعة البنت الأخرى، وعلى الأظهر: يشتركن كلُّهن.

والطريق الثاني وهو المذهب: القطع بالاشتراك.

فرع: مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة، ففي كيفية إرثهما طرق. أصحها: يأخذان على قدر الميراث قطعاً. والثاني: القطع بالتسوية بينهما. والثالث: على القولين.

فرع: دار بين اثنين نصفين، باع أحدهما نصف نصيبه لزيد، ثم باع النصف الآخر لعمر، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول. ثم قد يعفو عنه، وقد يأخذه. وفي النصف الثاني أوجه: أحدها: يختص به الأول. والثاني: يشترك فيه الأول والمشتري الأول. أصحهما: إن عفا الشريك الأول عن النصف الأول، إشتراكاً، وإلا، فيختص به الشريك الأول.

الضرب الثاني: أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم. ونقدم عليه ما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها، وفيه أوجه: أصحها: يسقط جميعها كالقصاص. والثاني: لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف. والثالث: يسقط ما عفا عنه ويبقى الباقي، قال الصيدلاني: وموضع هذا الوجه، ما إذا رضي المشتري بتبعض الصفقة، فإن أبي وقال: خذ الكل أو دعه، فله ذلك. قال الإمام: وهذه الأوجه، إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور. فإن حكمنا به، فطريقان: منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي، ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وطرد الأوجه. ويؤيد الأول أن صاحب «الشامل» قال: استحق شقصاً، فجاء وقال: آخذ نصفه، سقطت شفعته في الكل، لأنه ترك طلب النصف. إذا تقرر هذا، فاستحق اثنان شفعة، فعفا أحدهما عن حقه، فأوجه: أصحها: يسقط حق العافي، ويثبت الجميع للآخر. فإن شاء أخذ الجميع، وإن شاء تركه، وليس له الاقتصار على قدر حصته، لثلاث تتبعض الصفقة على المشتري. والثاني: يسقط حقهما جميعاً، قاله ابن سريج، كالقصاص. والثالث: لا يسقط حق واحد منهما، تغليباً للثبوت كما سبق في الصورة الأولى. والرابع: يسقط حق العافي، وليس لصاحبه أن يأخذ إلا قسطه، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع. هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداءً. فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين، فعفا أحدهما، فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها، أم كثبوتها لابنين عفا أحدهما؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو كان للشقص شفيعان، فمات كلٌّ عن ابنين، فعفا أحدهما عن حقه، فحاصل المنقول تفريعاً على ما تقدم أوجه: أحدها: يسقط الكل. والثاني: يبقى الكل للأربعة.

والثالث: يسقط حق العافي وأخيه، ويأخذ الآخران. والرابع: ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشقص أثلاثاً. والخامس: يستقر حق العافي للمشتري، ويأخذ ثلاثة أرباع الشقص. والسادس: ينتقل حق العافي إلى أخيه فقط. قلت: أصحها: الرابع. والله أعلم.

فرع: مات الشفيع عن ابنين، فادعى المشتري عفوهما، فالقول قولهما مع يمينهما على البت. فلو ادعى عفو أبيهما، حلفا على نفي العلم. فإن حلفا، أخذنا وإن نكلا، حلف المشتري، وبطل حقهما. وإن حلف أحدهما فقط، فإن قلنا بالأصح: إنه إذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع، فلا يحلف المشتري، إذ لا فائدة فيه، وبه قال ابن الحداد. وإن قلنا: حق العافي يستقر للمشتري، حلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل. ثم الوارث الحالف، لا يستحق الجميع بنكول أخيه، ولكن إن صدّق أخاه على أنه لم يعف، فالشفعة بينهما. وإن ادعى عليه العفو، وأنكر الناكل، عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه، ولا يمنعه من الحلف نكوله في جواب المشتري. فإن حلف، فالشفعة بينهما. وإن نكل أيضاً، حلف المدعي أنه عفا، وحيثنذ يأخذ الجميع.

الضرب الثالث: أن يحضر بعض الشركاء دون بعض. فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية، فباع أحدهم نصيبه، وثبتت الشفعة للباقيين، فلم يحضر إلا واحد، فليس له أخذ حصته فقط، ولا يكلف الصبر إلى حضورهما، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه. وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما؟ إذا قلنا: الشفعة على الفور، وجهان: أصحهما: نعم، للعدر، وإذا أخذ الجميع، ثم حضر أحد الغائبين، أخذ منه النصف بنصف الثمن، كما لو لم يكن إلا شفيعان. فإذا حضر الثالث، فله أن يأخذ من كل واحد ثلث ما في يده، ثم يترتب على ما ذكرنا فروع:

أحدها: خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المذكور، ففي العهدة وجهان: أحدهما: عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه. والثاني: أن رجوع الأول على المشتري، فيسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول، فيسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الأول والثاني، يسترد من كل ما دفع إليه، وهذا أصح، ورجح العراقيون، الأول. وقال المتولي: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجره، ونقص قيمة الشقص. فأما الثمن، فكل فيسترد ما سلّمه ممن سلّمه إليه بلا خلاف.

الثاني: أخذ الحاضر جميع الشقص، فوجده معيباً فردّه، فحضر الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الجميع.

الثالث: ما يستوفيه الأول من المنافع، ويحصل له من الأجرة والثمرة، يسلّم له، فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها.

الرابع: أخذ الأول كل الشقص وأفرزه، بأن أتى الحاكم فنصب قيماً في مال الغائبين، فاقسما، وبني فيه، أو غرس ثم رجع الغائبان، هل لهما القلع؟ وجهان: أصحهما: لا، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجاناً. والثاني: نعم، لأنهما يستحقان كاستحقاق الأول، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيع مع المشتري.

الخامس: إذا حضر اثنان فأخذا الشقص، واقتسما مع القيم في مال الغائب، ثم قَدِم الغائب، فله الأخذ وإبطال القسمة، فإن عفا، استمرت القسمة.

السادس: أخذ اثنان، فحضر الثالث، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني شيئاً، فله ذلك، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر.

السابع: أخذ الأول الجميع، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط، فله ذلك على الأصح، لأنه لا يفرق الحق على الأول. فإن أخذ الثلث على هذا الوجه، أو بالتراضي، ثم حضر الثالث، نظر، إن أخذ من الأول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك، لأن حقه ثابت في كل جزء، ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمة نصفين لأننا متساويان. وإنما تصح قسمة الشقص في هذه الحالة من ثمانية عشر، لأننا نحتاج إلى عدد لثلثه ثلث وهو تسعة، مع الثاني منها ثلاثة، ومع الأول ستة، فينتزع الثالث من الثاني واحداً يضمه إلى الستة التي مع الأول، فلا ينقسم بينهما، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها اثنان في اثنين بأربعة، تبقى أربعة عشر للأول والثالث نصفين، وهذا المنقسم من ثمانية عشر، ربع الدار، فتقسم جملتها من اثنين وسبعين. هذا ما ذكره الأكثرون ونقلوه عن ابن سريج. وقال القاضي حسين: لما ترك الثاني سدساً للأول، صار عافياً عن بعض حقه، فيبطل جميع حقه على الأصح كما سبق، فينبغي أن يسقط حق الثاني كله، ويكون الشقص بين الأول والثالث.

قلت: الأصح قول الأكثرين، ولا يُسلّم أنه أسقط بعض حقه. والله أعلم.

الثامن: قال ابن الصباغ: لو حضر اثنان وأخذا الشقص، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب، فإن قضى له القاضي على الغائب، أخذ من كل ثلث ما في يده، وإلا، فهل يأخذ ثلث ما في يد الحاضر، أم نصفه؟ وجهان: ثم إن حضر الغائب

وغاب الحاضر، فإن كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما معه، أخذ من القادم ثلث ما في يده أيضاً. وإن كان أخذ نصفه، أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم بذلك نصيبه، وينقسم هذا الشقص من اثني عشر، وجملة الدار من ثمانية وأربعين. التاسع: ثبتت الشفعة لحاضر وغائب، فعفا الحاضر، ثم مات الغائب، فورثه الحاضر، فله أخذ الشقص كله بالشفعة تفريعاً على الأصح: أنه إذا عفا أحد الشريكين، أخذ الآخر الجميع. وإن قلنا: عفو أحدهما يسقط حق الآخر، لم يأخذ شيئاً. وإن قلنا: يستقر نصيب العافي للمشتري، لم يأخذ الحاضر بحق الإرث إلا النصف.

فصل: ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري. ولو اشترى اثنان شقصاً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فقط، إذ لا تفريق عليه. ولو باع اثنان من ملاءك الدار شقصاً لواحد، جاز أن يأخذ حصة أحد البائعين على الأصح. ولو باع اثنان نصيبهما لاثنتين بعقد واحد، فهو كأربعة عقود، تفريعاً على الأظهر أن تعدد البائع كتعدد المشتري، فللشفيع الخيار، فإن شاء أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر، أو يأخذ نصف الجملة بأخذ نصيب أحدهما، أو نصف نصيب كل واحد، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما. ولو وكّلا وكبلاً في بيع شقص أو شرائه، أو وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه، فالاعتبار بالعاقِد، أم بمن له العقد؟ فيه خلاف سبق في تفريق الصفقة. فلو كانت الدار لثلاثة، فوكل أحدهم ببيع نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، فليس للثالث إذا قلنا: الاعتبار بالعاقِد، إلا أخذ الجميع، أو ترك الجميع. وإن قلنا: الاعتبار بالمعقود له، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط.

ولو كانت الدار لرجلين، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق النصف الباقي له، فله ذلك، لأن الصفقة اشتملت على ما لا شفعة للموكل فيه وهو ملكه، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل، فأشبه من باع شقصاً وثوباً بمئة. وفي وجه ضعيف: أنها كالصورة السابقة. ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى، فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ، أم لا. وإن كان شفيعهما واحداً، جاز أيضاً على الأصح.

الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفيع

الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة: أن الشفعة على الفور. والثاني: تمتد ثلاثة أيام. والثالث: تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ. والرابع: تمتد إلى التصريح بإسقاطها. والخامس: إلى التصريح أو ما يدل عليه، كقوله: بع لمن شئت، أو هبه، وكذا قوله: بعنيه، أو هبه لي، أو قاسمني. وقيل: لا تبطل بهذا، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعفو أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو. وفي قول: ليس له ذلك، تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص، والتفريع على قول الفور. وإنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع. فلو لم يعلم حتى مضى سنون، فهو على شفيعته، ثم إذا علم، لا يكلف المبادرة، على خلاف العادة بالعدو ونحوه، بل يرجع فيه إلى العرف، فما عُدَّ تقصيراً وتوانياً في الطلب، يُسقط الشفعة، وما لا يُعَدُّ تقصيراً لعذر، لا يسقطها. والعذر ضربان:

أحدهما: ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر. فإن لم يفعل، بطلت شفيعته على الأصح، لتقصيره. والثاني: لا. والثالث إن لم يلحقه في التوكيل مئة ولا مؤنة ثقيلة، بطلت، وإلا، فلا. فإن لم يمكنه، فليشهد على الطلب. فإن لم يشهد، بطلت على الأظهر أو الأصح. والخوف من العدو، كالمرض، وكذا الحبس إذا كان ظلماً أو بدّين هو معسر به عاجز عن بينة الإعسار. وإن حبس بحق، بأن كان مليئاً، فغير معذور، ومثله الغيبة. فإذا كان الشفيع في بلد آخر، فعليه أن يخرج طالباً عند بلوغ الخبر، أو يبعث وكيلاً، إلا أن يكون الطريق مخوفاً، فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة معتمدين يصحبهم هو أو وكيله ويزول الحرُّ والبرد المفرطان. وإذا أخر لذلك، أو لم يمكنه السير بنفسه، ولا وجد وكيلاً، فليشهد على الطلب. فإن لم يشهد، ففي بطلان حقه الخلاف السابق، وأجري ذلك في وجوب الإشهاد إذا سار طالباً في الحال. والأظهر هنا: أنه لا يجب، ولا تبطل شفيعته بتركه، كما لو أرسل وكيلاً ولم يشهد، فإنه يكفي. وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب.

الضرب الثاني: ما ينتظر زواله عن قرب، بأن كان مشغولاً بصلاة، أو طعام، أو قضاء الحاجة، أو في حمام، فله الإتمام، ولا يكلف قطعها، على خلاف العادة على الصحيح. وقيل: يكلف قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة. وعلى الصحيح: لو دخل وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة، جاز له أن يقدمها، فإذا فرغ طلب الشفعة، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على ما يجزىء.

فرع: لو رفع الشفيع الأمر إلى القاضي، وترك مطالبة المشتري مع حضوره، جاز، وقد ذكرناه في الرد بالعيب. ولو أشهد على الطلب، ولم يراجع المشتري ولا القاضي، لم يكف. وإن كان المشتري غائباً، فالقياس: أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك. وإذا ألزماه بالإشهاد فلم يقدر عليه، فهل يؤمر أن يقول: تملكُ الشقص؟ وجهان سبق نظيرهما هناك. ولو تلاقيا في غير بلد الشقص، فأخّر الشفيع الأخذ إلى العود إليه، بطل حقه، لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص.

فصل: إذا أخرج الطلب ثم قال: أخرت لأني لم أصدق المُخبر، فإن أخبره عدلان، أو عدل وامرأتان، بطل حقه، وإن أخبره من لا يقبل خبره، ككافر، وفاسق، وصبي، لم يبطل. وإن أخبره ثقة، حر أو عبد، بطل حقه على الأصح. والمرأة كالعبد على المذهب. وقيل: كالفاسق. وعلى هذا، في النسوة وجهان بناءً على أن المدعي هل يقضي له بيمينه مع امرأتين؟ إن قلنا: لا، فهو كالمرأة، وإلا، فكالعدل الواحد، هذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يمكن التواطؤ على الكذب. فإن بلغه، بطل حقه وإن كانوا فساقاً.

فرع: لو كذبه المخبر فزاد في قدر الثمن، بأن قال: باع الشريك الشقص بألف، فعفا أو توانى، ثم بان بخمسمئة، لم يبطل حقه. ولو كذب بالنقص، فقال: باع بألف فعفا، فبان بألفين، بطل حقه. ولو كذب في تعيين المشتري، فقال باع زيدا، فعفا، فبان عمراً، أو قال المشتري: اشتريت لنفسي، فبان وكيلاً، أو كذب في جنس الثمن، فقال: باع بدراهم، فبان دنانير، وفي نوعه، فقال: باع بنيسابورية، فبان بـ «هروية»، أو في قدر المبيع، فقال: باع كل نصيبه، فبان بعضه، أو بالعكس، أو باع حالاً، فبان مؤجلاً، أو إلى شهر، فبان إلى شهرين، أو باع رجلين، فبان رجلاً، أو عكسه، لم يبطل حقه، لاختلاف الغرض بذلك. وشذ الإمام عن الأصحاب فقال: إذا أخبر بالدراهم أو الدنانير، فعفا، فبان عكسه ولم يتفاوت القدر عند التقويم، بطل حقه. ولو قيل: باع بكذا مؤجلاً فعفا، فباع حالاً، أو باع كله بألف، فبان بعضه بألف، بطل حقه قطعاً.

فرع: لقي المشتري فقال: السلام عليكم، أو سلام عليك، أو سلام عليكم، لم تبطل شفيعته، لأنه سُنّة. قال الإمام: ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة، لا يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام. ولو قال عند لقائه: بكم اشتريت؟ فوجهان: قطع العراقيون بالبطلان، وقالوا: حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث. والأصح: المنع، لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذه به. ولو قال: بارك

الله لك في صفقتك، لم تبطل على الأصح، وبه قطع الجمهور. ولو قال: اشتريت رخيصاً وما أشبهه، بطلت شفعته، لأنه فضول.

فرع: آخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة، وأنكر المشتري، فالقول قول الشفيع إن علم به العارض الذي ادّعاه، وإلا، فالمصدق المشتري. ولو قال: لم أعلم ثبوت حق الشفعة، أو كونها على الفور، فهو كما سبق في الرد بالعيب.

فصل: إذا باع الشفيع نصيبه، أو وهبه عالمياً بثبوت شفعته، بطلت، سواء قلنا: الشفعة على الفور أو التراخي، لزوال ضرر المشاركة. ولو باع بعضه، بطلت على الأظهر. وإن باع نصيبه جاهلاً بالشفعة، بطلت على الأصح، لزوال الضرر. ولو باع بعضه جاهلاً، أطلق البغوي: أنها لا تبطل. والوجه: أن يكون على القولين إن قلنا: إن بيع الجميع جاهلاً يُبطلها.

قلت: الأصح هنا على الجملة: أنها لا تبطل لعذر مع بقاء الحاجة للمشاركة. والله أعلم.

فصل: إذا صالح من حق الشفعة على مال، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب. واختار أبو إسحاق المروزي صحته. ولو تصالحا على أخذ بعض الشقص، فهل يصح لرضى المشتري بالتبعض، أم تبطل شفعته، أم يبطل الصلح ويبقى خياره بين أخذ الجميع وتركه؟ فيه ثلاثة أقوال:

فصل: في مسائل منتورة

إحداها: للمفلس العفو عن الشفعة، والأخذ، ولا اعتراض عليه للغرماء، وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف السابق في شرائه في الذمة. ثم الكلام في أنه من أين يؤدي الثمن؟ ذكرناه في التفليس.

الثانية: وهب شقصاً لعبده وقلنا: يملك، فباع شريكه، ثبت للعبد الشفعة، قاله أبو محمد. وفي افتقاره إلى إذن السيد، وجهان:

الثالثة: لعامل القراض الأخذ بالشفعة فإن لم يأخذ فللمالك الأخذ ولو اشترى بمال القراض شقصاً من شريك رب المال، فلا شفعة له على الأصح. وإن كان العامل شريكاً فيه، فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح، أو كان وقلنا: لا يملك بالظهور. فإن قلنا: يملك به، فعلى الوجهين في المالك.

الرابعة: إذا كان الشقص في يد البائع، فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري، فوجهان: أحدهما: له ذلك، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلم إلى الشفيع. فإن كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين. والثاني: لا

يكلف ذلك، بل يأخذه الشفيع من البائع. وسواء أخذه من المشتري أو البائع، فعهد الشفيع على المشتري، لأن الملك انتقل إليه منه.

قلت: الأول أصح، وبه قطع صاحب «التنبيه» وآخرون، هكذا ذكر الوجهين صاحب «الشامل» وآخرون، وذكر القاضي أبو الطيب، وصاحب «المهذب» وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين: وقطع صاحب «التنبيه» بالمنع. وصحح المتولي الجواز، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض. والله أعلم.

الخامسة: اشترى شقصاً بشرط البراءة من العيوب، فإن أبطلنا البيع، فذاك، وإن صححناه وأبطلنا الشرط، فكالشراء مطلقاً. وإن صححنا الشرط، فللشفيع رده بالعيب على المشتري، وليس للمشتري الرد.

السادسة: لو علم الشفيع العيب ولم يعلمه المشتري، فلا رد للشفيع، وليس للمشتري طلب الأرض، لأنه استدرك الظلامة، أو لأنه لم يئأس من الرد. فلو رجع إليه ببيع وغيره، لم يرد على العلة الأولى، ويرد على الثانية.

السابعة: قال أحد الشريكين للآخر: بع نصيبك فقد عفوت عن الشفعة، فباع، ثبتت الشفعة، ولغا العفو.

قلت: وكذا لو قال للمشتري: اشتر فلا أطلبك بشفعة، لغا عفوه. والله أعلم. الثامنة: باع شقصاً، فضمن الشفيع العهدة للمشتري، لم تسقط شفيعته. وكذا إذا شرطنا الخيار للشفيع، وصححنا شرطه للأجنبي.

التاسعة: أربعة بينهم دار، فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو، قبلت شهادتهما إن شهدا بعد عفوهما، وإن شهدا قبله، لم تقبل. فلو عفوا ثم أعادا تلك الشهادة، لم تقبل أيضاً للتهمة. وإن شهدا بعد عفو أحدهما، قبلت شهادة العافي دون الآخر، فيحلف المشتري مع العافي، ويثبت العفو. ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن، لم تقبل، لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الإفلاس. وإن كان بعد القبض، فوجهان: لأنه ربما توقع العود بسبب ما.

العاشرة: أقام المشتري بينة بعفو الشفيع، وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها باليد، أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

الحادية عشرة: شهد السيد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه، قال الشيخ أبو محمد: تقبل شهادته. قال الإمام: كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء، ثم ثبتت الشفعة تبعاً. فأما شهادته للمكاتب، فلا تقبل بحال.

الثانية عشرة: الشفيع صبي، فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة، وإلا، فيحرم الأخذ. وإذا ترك بالمصلحة، ثم بلغ، فهل له الأخذ؟ فيه خلاف سبق في الحجر.

الثالثة عشرة: بينهما دار، فمات أحدهما عن حمل، فباع الآخر نصيبه، فلا شفعة للحمل، لأنه لا يتيقن وجوده. فإن كان له وارث غير الحمل، فله الشفعة. وإذا انفصل حياً، فليس لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث. ولو ورث الحمل شفعة عن مورثه، فهل لأبيه أو لجده الأخذ قبل انفصاله؟ وجهان: وبالمع قال ابن سريج، لأنه لا يتيقن.

الرابعة عشرة: إذا أخذ الشفيع الشقص، وبنى فيه، أو غرس، فخرج مستحقاً، وقلع المستحق بناءه وغراسه، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن وما نقص من قيمة البناء والغراس وغير ذلك، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

الخامسة عشرة: مات وله شقص من دار، وعليه دين مستغرق، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين، قال ابن الحداد: للورثة أخذه بالشفعة، وهذا تفريع على الصحيح: أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثة. وإن قلنا: يمنع، فلا شفعة لهم. ولو خلف داراً كاملة وعليه دين لا يستغرقها، فبيع بعضها في الدين، قال ابن الحداد: لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم من الملك، وهذا مستمر على الصحيح، فإنهم إذا ملكوا الدار، كان المبيع جزءاً من ملكهم. ومن بيع من ملكه جزءاً بحق، لم يكن له استرجاعه بالباقي. وإن قلنا: يمنع، فهل يمنع في قدر الدين، أم في الجميع؟ فيه خلاف مذكور في موضعه. وإن قلنا بالثاني، فلا شفعة لهم أيضاً، وإلا، فلهم. ولو كانت الدار مشتركة بين الميت وورثته، فبيع نصيبه أو بعضه في دينه ووصيته، فقال الجمهور: لا شفعة. وقال ابن الحداد: لهم الشفعة، لأن ما بيع في دينه كما لو باعه في حياته، وهو خلاف مقتضى الأصل المذكور، فإنهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار لهم، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم.

فصل: في الحيل الدافعة للشفعة

منها: أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم، ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي تراضوا عليه عوضاً عن الدراهم، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار.

ومنها: ما قاله ابن سريج: يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه.

ومنها أن يبيع جزءاً من الشقص بثلثي كفه، ويهب له الباقي، وهذه الطرق فيها غرر، فقد لا يفي صاحبه.

ومنها: أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر، ويقبضه البائع ولا يزنه، بل ينفقه أو يخلطه فتدفع الشفعة على الصحيح. وفيها خلاف ابن سريج السابق.

ومنها: إذا وقف الشقص، أو وهبه، بطلت الشفعة على رأي أبي إسحاق. ومنها: لو باع بعض الشقص، ثم باع الباقي، لم يكن للشفيع أن يأخذ جميع المبيع ثانياً على أحد الوجهين، فيندفع أخذ جميع المبيع.

ومنها: لو وُكِّلَ البائع شريكه بالمبيع، فباع، لم تكن له الشفعة على أحد الوجهين. وقد سبق ذكر هذه المسائل.

قلت: ومنها: أن يهب له الشقص بلا ثواب، ثم يهب له صاحبة قدر قيمته، قال الشيخ أبو حامد: هذا لا غرر فيه، لأنه يمكنه أن يحترز من أن لا يفي صاحبه، بأن يهبه ويجعله في يد أمين ليُقبِضه إياه، ويهبه صاحبه قدر قيمته، ويجعله في يد أمين ليُقبِضه إياه، ثم يتقابضا في حالة واحدة. والله أعلم.

فرع: عند أبي يوسف: لا يكره دفع الشفعة بالحيلة، إذ ليس فيها دفع حق على الغير، فإنه إنما يثبت بعد البيع. وعند محمد بن الحسن: يكره دفع الشفعة بالحيلة، لما فيها من إبقاء الضرر، وهذا أشبه بمذهبننا في الحيلة في منع وجوب الزكاة.

قلت: عجب من الإمام الرافعي رحمه الله كيف قال ما قال، مع أن المسألة مسطورة، وفيها وجهان: أحدهما: وبه قال ابن سريج، والشيخ أبو حامد: تكره هذه الحيلة. والثاني: لا، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب الحيل. أما الحيل في دفع شفعة الجار، فلا كراهة فيها قطعاً، وفيها من الحيل غير ما سبق ما ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلاً بتسعة أعشار الثمن، فلا يرغب الشفيع لكثرة الثمن، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يتمكن الجار من الشفعة، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار، والشريك مقدّم على الجار، أو يخطّ البائع على طرف ملكه خطأ مما يلي دار جاره، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار، لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً، ثم يهبه الفاصل. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القراض

القراض والمقارضة والمضاربة، بمعنى، وهو أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما. ودليل صحته إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وفيه ثلاثة أبواب.

الباب الأول: في أركان صحته

وهي خمسة:

الركن الأول: رأس المال، وله أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، ودليله الإجماع. ولا يجوز على الدراهم المغشوشة على الصحيح، ولا على الفلوس على المذهب.

قلت: قد ذكر الفوراني في جواز، القراض على ذوات المثل وجهين: وهذا شاذ منكر، والصواب المقطوع به: المنع. والله أعلم.

الشرط الثاني: أن يكون معلوماً. فلو دفع إليه ثوباً وقال: بعه وقد قارضتك على ثمنه، لم يجز.

الشرط الثالث: أن يكون معيناً. فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضر في المجلس وعينها، قطع القاضي والإمام بجوازه، كالصرف والسلم، وقطع البغوي بالمنع. ولو كان له دين على رجل، فقال لغيره: قارضتك على ديني على فلان، فاقبضه واتجر فيه، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف، أو أقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه، لم يصح، وإذا قبض العامل وتصرف فيه، لم يستحق الربح المشروط، بل الجميع لرب المال، وللعامل أجره مثل التصرف إن كان قال: إذا قبضت فقد قارضتك. وإن قال: قارضتك عليه لتقبض وتتصرف، استحق أجره مثل التقاضي والقبض أيضاً. ولو قال للمديون: قارضتك على الدين الذي لي عليك، لم يصح القراض، بل لو قال: اعزل قدر حقي من مالك، فعزله، ثم قال: قارضتك عليه، لم يصح، لأنه لم يملكه. فإذا تصرف المأمور فيما عزله، نظر، إن اشترى بعينه للقراض، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله. وإن اشترى في الذمة، فوجهان: أحدهما: عند البغوي: أنه للمالك، لأنه اشترى له بآذنه. وأصحهما: عند الشيخ

أبي حامد: للعامل، لأن المالك لم يملك اليمين. وحيث كان المعزول للمالك، فالربح ورأس المال له، لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل. ولو دفع كيسين في كل ألف، وقال: قارضتك على أحدهما، فوجهان: أحدهما: يصح، لتساويهما. وأصحهما: المنع، لعدم التعيين.

قلت: فعلى الأول يتصرف العامل في أيهما شاء، فيتعين للقراض. والله أعلم. ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة، فقارضه عليها، صح، ولو كانت غصباً، صح على الأصح، كما لو رهنه عند الغاصب. وعلى هذا، لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن.

قلت: معناه: لا يبرأ بمجرد القراض. أما إذا تصرف العامل فباع واشترى، فبرأ من ضمان الغصب، لأنه سلمه بإذن المالك، وزالت عنه يده، وما يقبضه من الأعواض، يكون أمانة في يده، لأنه لم يوجد منه فيها مُضْمَن. والله أعلم.

الشرط الرابع: أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه. فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده، ويوفي منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أنه يراجعه في التصرفات، أو مشرفاً نصّبه، فسد القراض. ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه، فسد على الصحيح. وقال أبو يحيى البلخي: يجوز على سبيل المعاونة والتبعية. ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك، فوجهان: ويقال: قولان: الصحيح الذي عليه الأكثر: صحته، لأن العبد مال، ولمالكه إعارته وإجارته، فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه. هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل، فأما إذا قال: على أن يعمل معك غلامي ولا تتصرف دونه، أو يكون بعض المال في يده، فيفسد قطعاً. ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها، جاز على المذهب. ولو لم يشترط عمل الغلام معه، ولكن شرط ثلث الربح له، والثلث لغلامه، والثلث للعامل، جاز. وحاصله: اشتراط ثلثي الربح لنفسه، نص عليه في «المختصر».

فرع: قال المتولي: لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه: قارضتك على نصيبي منها، صح، إذ ليس له إلا الإشاعة، وهي لا تمنع صحة التصرف. قال: ولو خلط ألفين بألف لغيره، ثم قال صاحب الألفين للآخر: قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر، فقبل، جاز، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض، ويشتركان في التصرف في باقي المال، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين، لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف.

فرع: لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال، فالمنفعة أولى.

الركن الثاني: العمل، وله شروط:

الشرط الأول: أن يكون تجارة، ويتعلق بهذا الشرط مسائل:

الأولى: لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها، والطعام ليطبخه ويبيعه، والغزل لينسجه، والثوب ليقصره أو يصبغه، والربح بينهما، فهو فاسد. ولو اشترى العامل الحنطة، وطحنها ليقصره من غير شرط، فوجهان: أحدهما، وهو قول القاضي حسين وآخرين: يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض. فإن لم يكن في يده غيره، انفسخ القراض، لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط. وعلى هذا، لو أمر المالك العامل بطحن حنطة القراض، كان فسخاً للقراض. وأصحهما: أن القراض بحاله، كما لو زاد عبد القراض بكبر، أو سمن، أو تعلم صنعة، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض، لكن إن استقل العامل بالطحن، صار ضامناً، ولزمه الغرم إن نقض الدقيق. فإن باعه، لم يكن الثمن مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجره ولو استأجر عليها، والأجرة عليه، والربح بينه وبين المالك كما شرطاً.

الثانية: قارضه على دراهم على أن يشتري نخيلاً، أو دواب، أو مستغلات ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها، وتكون الفوائد بينهما، فهو فاسد، لأنه ليس ربحاً بالتجارة، بل من عين المال.

الثالثة: شرط أن يشتري شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما، فهو فاسد، ويكون الصيد للصادد، وعليه أجره الشبكة.

الشرط الثاني: أن لا يكون مضيئاً عليه بالتعيين. فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخزّ الأدكن، والخيل العتق، والصيد حيث يندر، فسد القراض، لأنه تضيق يخل بالمقصود. وإن لم يندر، ودام شتاءً وصيفاً كالحبوب، والحيوان، والخزّ، والبزّ، صح القراض. وإن لم يدم، كالثمار الرطبة، فوجهان: أصحهما: الجواز، والثاني: المنع، إلا إذا قال: تصرف فيه، فإذا انقطع، فتصرف في كذا، فيجوز. ولو قال: لا تشتري إلا هذه السلعة، أو إلا هذا العبد، فسد، بخلاف ما لو قال: لا تشتري هذه السلعة، لأنه يمكن شراء غيرها. ولو قال: لا تبع إلا لزيد، أو لا تشتري إلا منه، لم يجز، وقال الماسرجسي: إن كان المعين ببيعاً لا ينقطع عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالباً، جاز تعيينه، والمعروف، الأول. ولو قال: لا تبع لزيد ولا تشتري منه، جاز على الصحيح.

فرع: لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح، بخلاف الوكالة.

فرع: إذا جرى تعيين صحيح، لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات المستفادة بالإذن. ثم الإذن في البز، يتناول ما يلبس من المنسوج، من الإبريسم، والقطن، والكتان والصوف، دون البسط، والفرش. وفي الأكسية، وجهان: لأنها ملبوسة، لكن لا يسمى بائعها بزازاً.

قلت: أصحابهما: المنع. والله أعلم.

الشرط الثالث: أن لا يضيّق بالتوقيت، ولا يعتبر في القراض بيان المدة، بخلاف المساقاة، لأن مقصودها وهو الثمرة، ينضبط بالمدة. فلو وقّت فقال: قارضتك سنة، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقاً، أو من البيع، فسد، لأنه يخلّ بالمقصود. وإن قال: على أن لا تشتري بعد السنة، ولك البيع، صح على الأصح، لأن المالك يتمكن من منعه من الشراء متى شاء، بخلاف البيع. ولو اقتصر على قوله: قارضتك سنة، فسد على الأصح. وعلى الثاني: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء، استدامة للعقد. ولو قال: قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها، فسد.

فرع: لا يجوز أن يعلق القراض، فيقول: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، كما لا يعلق البيع ونحوه. ولو قال: قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضي الشهر، فقبل: يجوز كالوكالة. والأصح: لا يجوز، كقوله: بعتك ولا تملك إلا بعد شهر.

الركن الثالث: الربح، وله أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين. فلو شرط بعضه لثالث فقال: على أن يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لزوجتي، أو لابني، أو لأجنبي، لم يصح، إلا أن يشرط عليه العمل معه، فيكون قراضاً مع رجلين. ولو كان المشروط له عبداً لمالك، أو عبداً لعامل، كان ذلك مضموماً إلى ما شرط للمالك أو للعامل. ولو قال: نصف الربح لك ونصفه لي، ومن نصيبي نصفه لزوجتي، صح القراض، وهذا وعد هبة لزوجته. ولو قال للعامل: لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك نصفه، قال القاضي أبو حامد: إن ذكره شرطاً، فسد القراض، وإلا، فلا.

الشرط الثاني: أن يكون مشتركاً بينهما. فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فوجهان: أصحابهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ. والثاني: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى. ولو قال: قارضتك على أن الربح كله لي، فهل هو قراض فاسد، أم إبطاع؟ فيه الوجهان. ولو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك، فهو إبطاع، أم قراض؟ فيه الوجهان. ولو قال: خذ هذه الدراهم وتصرف فيها

والربح كله لك، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين، بخلاف ما لو قال: قارضتك والربح كله لك، لأن اللفظ صريح في عقد آخر. قال الشيخ أبو محمد: لا فرق بين الصورتين. وقال القاضي حسين: الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل، ولا يكون قرضاً، لأنه لم يملكه. ولو قال: تصرف فيها والربح كله لي، فهو إبطاع.

الشرط الثالث: أن يكون معلوماً. فلو قال: قارضتك على أن لك في الربح شركاً، أو شركة، أو نصيباً، فسد. وإن قال: لك مثل ما شرطه فلان لفلان، فإن كانا عالمين به، صح. وإن جهله أحدهما، فسد. ولو قال: الربح بيننا، ولم يبين، فوجهان: أحدهما: الفساد. وأصحهما: الصحة، وينزل على النصف، كقوله: هذه الدار بيني وبين زيد، يكون مقراً بالنصف. ولو قال: على أن ثلث الربح لك، وما بقي فثلثه لي وثلثاه لك، صح. وحاصله اشتراط سبعة ألساع الربح للعامل، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو؛ فإن جهلاه أو أحدهما، صح أيضاً على الأصح، وبه قطع في «الشامل»، لسهولة معرفته. ويجري الخلاف، فيما إذا قال: لك من الربح سدس ربع العشر، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما.

الشرط الرابع: أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث التقدير. فلو قال: لك من الربح، أو لي منه درهم أو مئة، والباقي بيننا نصفين، فسد القراض. وكذا لو قال: نصف الربح إلا درهماً، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال، لأنه ربما لا يربح إلا فيها، أو أن يلبس الثوب المشتري، أو يركب الدابة، أو اختصاص أحدهما بربح صنف من المال، أو قال: ربح أحد الألفين لي، وربح الآخر لك، وشرط تمييز الألفين. فلو دفعهما إليه ولا تمييز، وقال: ربح أحدهما لي، وربح الآخر لك، فسد أيضاً على الأصح. وقيل: يصح ويكون كقوله: نصف ربح الألفين لك.

الركن الرابع: الصيغة.

القراض والمضاربة والمعاملة، ألفاظ مستعملة في هذا العقد. فإذا قال: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك، على أن الربح بيننا نصفين، كان إيجاباً صحيحاً. ويشترط القبول متصلاً بالاتصال المعتبر في سائر العقود. ولو قال: خذ هذا الألف واتجر فيه، على أن الربح بيننا نصفين، فقطع القاضي حسين والبغوي، بأنه قراض، ولا يفتقر إلى القبول. وقال الإمام: قطع شيخه والطبقة العظمى من نقلة المذهب: أنه لا بد من القبول، بخلاف الجعالة والوكالة، لأن القراض عقد معاوضة

يختص بمعين. ولو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي، وسكت عن جانب العامل، لم يصح على الأصح وقيل: يصح ويكون بينهما نصفين. ولو قال: على أن نصف الربح لك، وسكت عن جانب نفسه، أو على أن لك النصف ولي السدس، وسكت عن الباقي، صح على الصحيح، وكان بينهما نصفين.

الركن الخامس: العاقدان.

فالقراض توكيل وتوكل، فيعتبر فيهما ما يعتبر في الوكيل والموكل، ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض بما لهما، سواء فيه الأب، والجدة، والوصي، والحاكم، وأمينه.

فصل: إذا قارض في مرض موته، صح، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد على أجرة المثل، ولا يحسب من الثلث ولو ساقاه في مرض الموت وزاد على أجره مثله، حسب الزيادة من الثلث على الأصح والفرق: أن النماء في المساقاة من عين المال.

فصل: يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه. فإذا قارض اثنين، وشرط لهما نصف الربح بالسوية، جاز، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح، وللآخر ربعه، فإن أبهم، لم يجز. وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع، جاز. قال الإمام: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال. فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر، لم يجز. هذا كلام الإمام، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه. وإذا قارض اثنان واحداً، فليبين نصيب العامل من الربح، ويكون الباقي بينهما على قدر مآلئهما. ولو قال: لك من نصيب أحدهما من الربح الثلث، ومن نصيب الآخر الربع، فإن أبهما، لم يجز. وإن عيّنا وهو عالم بقدر مال كل واحد، جاز، إلا أن يشترط كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين.

فصل: إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط، فله ثلاثة أحكام. أحدها: تنفيذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة. الثاني: سلامة الربح بكماله للمالك. الثالث: استحقاق العامل أجرة مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أم لا، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد، لكن لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي، وقلنا: هو قراض فاسد، لا إضاع، ففي استحقاق العامل أجرة المثل، وجهان: أحدهما: المنع، لأنه عمل مجاناً.

فرع: قال في «المختصر» لو دفع إليه ألفاً وقال: اشتربها هروياً أو مروياً بالنصف، فهو فاسد. واختلفوا في سبب فساد، فالأصح، وفي سياق الكلام ما يقتضيه: أنه تعرض للشراء دون البيع، وهذا تفريع على الأصح أن التعرض للشراء لا

يغني عن التعرض للبيع بل لا بد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء، أو من لفظ البيع والشراء جميعاً. وإذا اقتصر على الشراء، فللمدفع إليه الشراء دون البيع، والربح كله للمالك، والخسران عليه. وقيل: يكفي التعرض للشراء، ويتضمن الإذن في البيع بعده، وقيل: إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله: اشتري، من غير تعرض للبيع. والصحيح: الصحة. وقيل: سببه أنه لم يبين لمن النصف. واعترض ابن سريج على هذا، بأن الشرط ينصرف إلى العامل، لأن المالك يستحق بالمال، لا بالشرط. وقال ابن أبي هريرة: سبب الفساد، أنه لم يعين أحد النوعين، ولا أطلق التصرف في أنواع الأمتعة. واعترض القاضي حسين عليه، بأنه لو عين أحدهما، حكمنا بالصحة، فإذا ذكرهما على التردد، زاد العامل بسطةً وتخيراً، فهو أولى بالصحة.

قلت: هذا الاعتراض ليس بمقبول، لأن حاصله أنه حمل لفظة: «أو» على التخير، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول: إنما أذن له في أحدهما وشك في المراد. والله أعلم.

وقيل: سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف في الأمتعة، أو عين جنساً يعم وجوده، والهروي والمروي ليسا كذلك، وكأن هذا القائل يقرضه في بلد لا يعمان فيه. وقال الإمام: يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل: نصف الربح.

الباب الثاني: في أحكام القراض الصحيح

هي ثلاثة أبواب:

الأول: تقيّد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل، ثم قد تقتضي المصلحة التسوية بينهما، وقد تقتضي الفرق، فيبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل، ولا يبيع أيضاً نسيئة، ولا يشتري بها. فإن أذن المالك في البيع نسيئة، ففعل، وجب الإشهاد، فإن تركه، ضمن، ولا حاجة إليه في البيع حالاً لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن، ولو سلمه قبل استيفائه، ضمن، كالوكيل. فإن كان مأذوناً له في التسليم قبل قبض الثمن، سلّمه، ولم يلزمه الإشهاد، لأن العادة ترك الإشهاد في البيع الحال. ويجوز للعامل البيع بالعرض، بخلاف الوكيل، لأنه من مصالح القراض، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً، فإن اشتراه بقدر قيمته، قال المتولي: في صحته وجهان: لأن الرغبات تقل في المعيب.

قلت: الأصح: الجواز إذا رأى المصلحة. والله أعلم.

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة، فبان معيباً، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة، ولا يمنعه منه رضى المالك، بخلاف الوكيل، لأن العامل صاحب حق في المال. وإن كانت الغبطة في إمساكه، لم يكن له رده على الأصح، لإخلاله بالمقصود. وحيث ثبت الرد للعامل، فللمالك أولى. قال الإمام: ثم العامل يردُّ على البائع وينقض البيع. وأما المالك، فإن كان الشراء بعين مال القراض، فكمثل، وإن كان في الذمة، فيصرفه المالك عن مال القراض. وفي انصرافه إلى العامل ما سبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل. ولو تنازع المالك والعامل في الرد وتركه، عمل بالمصلحة.

فرع: لا يجوز للمالك معاملة العامل، بأن يشتري من مال القراض شيئاً، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له.

فرع: لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال. فلو فعل، لم يقع ما زاد عن جهة القراض. فلو دفع إليه مئة قراضاً، فاشترى عبداً بمئة، ثم آخر بمئة للقراض أيضاً، لم يقع الثاني للقراض، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المئة فالشراء باطل، سواء اشترى الأول بعين المئة أو في الذمة. وإن اشتراه في الذمة، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه. وإذا انصرف إليه، فصرف مئة القراض في ثمنه، فقد تعدَّى، ودخلت المئة في ضمانه، لكن العبد الأول يبقى أمانة في يده لأنه لم يتعدَّ فيه. فإن تلفت المئة والشراء الأول بعينها، انفسخ، وإن كان في الذمة، لم ينفسخ، وثبت للمالك على العامل مئة، والعبد الأول للمالك، وعليه لبائعه مئة، فإن أداها العامل باذن المالك، وشرط الرجوع، ثبت له مئة على المالك، ووقع الكلام في التقاص. وإن أداها بغير إذنه، برىء المالك عن حق صاحب العبد، ويبقى حقه على العامل.

فصل: اشترى العامل من يعتق على المالك، فيما أن يشتريه بإذنه، وإما بغيره.

الحال الأول: بإذنه، فيصح. ثم إن لم يكن في المال ربح، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وإلا، فيصير الباقي رأس مال. وإن كان في المال ربح، بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟ إن قلنا: بالقسمة، عتق أيضاً، وغرم المالك نصيبه من الربح، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح، وإن قلنا: يملك بالظهور، عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح، وسرى إلى الباقي إن كان موسراً ويغرمه، وإن كان معسراً، بقي رقيقاً. وفي وجه: إذا كان في المال ربح وقد اشتراه ببعض المال، نظر، إن اشتراه بقدر

رأس المال، عتق وكأن المالك استرد المال، والباقي ربح يتقاسمونه، وإن اشتراه بأقل، حُسب من رأس المال؛ أو بأكثر، حُسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن. والصحيح الأول. ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض، فهو كشراء العامل من يعتق عليه بإذنه.

الحال الثاني: يشتريه بغير إذنه، فلا يقع الشراء عن المالك بحال، إذ لا مصلحة فيه للقراض، ثم إن اشتراه بعين مال القراض، بطل من أصله. وإن كان في الذمة، وقع عن العامل، ولزمه الثمن من ماله. فإن أداه من مال القراض، ضمن.

فرع: اشترى زوجة المالك، أو زوجها بلا إذن، قيل: يصح. والأصح المنصوص، المنع كمن يعتق عليه، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر، وإنما قصد بالإذن ما فيه حظ. فعلى هذا، هو كما لو اشترى من يعتق عليه بلا إذن.

فرع: لو وكل بشراء عبد، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل، صح ووقع عن الموكل على المذهب، وبه قطع الجمهور، لأن اللفظ شامل، بخلاف القراض، فإن مقصوده الربح فقط، ونقل الإمام وجهاً: أنه لا يقع للموكل بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة.

فرع: العبد المأذون له في التجارة، إذا اشترى من يعتق على سيده بإذنه، صح، وعتق عليه إن لم تركبه ديون، وإلا، فقولان: لأن ما في يده كالمرهون بالديون. وإن اشترى بغير إذنه، لم يصح على الأظهر. والثاني: يصح، ويعتق عليه. ورأى الإمام القطع بالبطلان إن كان أذن في التجارة، وجعل الخلاف فيما إذا قال: تصرف في هذا المال واشتر عبداً. والجمهور على جريان القولين في الأذن في التجارة، وهو نصه في «المختصر». ثم هذا الخلاف، إذا لم يركبه دين، فإن ركبه، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه، وأولى بالبطلان. فإن صح، ففي نفوذ العتق القولان.

فرع: اشترى العامل من يعتق عليه، فإن لم يكن في المال ربح، صح ولم يعتق كالوكيل يشتري أباه لموكله، ثم إن ارتفعت الأسعار وظهر ربح، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح؟ إن قلنا: بالقسمة، لم يعتق منه شيء. وإن قلنا: بالظهور، عتق عليه بقدر حصته على الأصح. وقيل: لا يعتق، لعدم استقرار ملكه. فإن قلنا: بالأصح، ففي السراية وتقويم الباقي عليه إن كان موسراً، وجهان: أحدهما: وبه قال الأكثرون: تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا: يملك بالظهور. وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلاً قبل الشراء، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مئة، فاشترى بها أباه وهو يساوي مئتين، فإن قلنا: يملك الربح

بالقسمة، صح الشراء ولم يعتق، وإلا ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح، وجهان: أحدهما: الصحة، لأنه مطلق التصرف في ملكه. والثاني: لا، لأنه يخالف غرض الاسترباح. فإن منعنا، ففي الصحة في نصيب المالك قولاً الصفقة، وإن صححنا، ففي عتقه عنه الوجهان السابقان. فإن قلنا: يعتق، فإن كان موسراً، سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم، لأنه مختار في الشراء، وإلا، فيبقى الباقي رقيقاً. هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض، فأما إن اشترى في الذمة للقراض، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض، أوقفناه هنا عن القراض، وحيث لم نصحح هناك، أوقفناه هنا عن العامل، وعتق عليه. وحكي قول: أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظاً، ثم قال: كنت نويته، وقلنا: إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء، لم يقبل قوله، لأن الذي جرى عقد عتاقه، فلا يقبل رفعه.

فرع: ليس للعامل أن يكتب عبد القراض بغير إذن المالك. فإن كاتبه معاً، جاز، وعتق بالأداء، ثم إن لم يكن في المال ربح، فولأؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح، فالولاء بينهما على حسب الشرط، وما يزيد من النجوم على القيمة، ربح.

الحكم الثاني: منع مقارضة العامل غيره. فلو قارض بإذن المالك وخرج من الدين وصار وكيلاً في مقارضة الثاني، صح، ولا يجوز أن يشرط العامل الأول لنفسه شيئاً من الربح. ولو فعل، فسد القراض الثاني، ولعامله أجرة المثل على المالك، لما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع. وإن أذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل والربح المشروط له على ما يراه، فقليل: يجوز كمقارضة شخصين ابتداءً، والأصح: المنع. وإن قارض بغير إذن المالك، فهو فاسد، ويجيء فيه قول وقف عقد الفضولي على الإجازة. فإذا قلنا بالمشهور، فتصرف الثاني في المال وربح، فهو كالغاصب إذا اتجر في المغصوب. فإن تصرف في عينه، فتصرف فضولي، وإن باع سلماً، أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح، فالربح للغاصب في الجديد، وللمالك في القديم. وفي هذا القديم، أبحاث:

أحدها: هل الربح للمالك جزماً، أم موقوف على إجازته؟ قيل: بالوقف كبيع الفضولي على القديم. فعلى هذا، إن رده، ارتد، سواء اشترى في الذمة أم بعين المغصوب، وقال الأكثرون بالجزم، وبنوه على المصلحة، وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره، وإنما قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له؟!!

الثاني: أن هذا القول جار فيما إذا كان في المال ربح وكثرت التصرفات وعسر تتبعها، فإن سهل وقلّت ولا ربح، فلا مجال له. فإن سهل وهناك ربح، أو عسر ولا ربح، فوجهان: وسواء في الربح القليل والكثير.

الثالث: لو اشترى في ذمته ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة، ثم خطر له، قال الإمام: ينبغي أن لا يجري القديم إن صدّقه المالك. وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة، وقد ذكرناها مختصرة في أول البيع وفي الغصب. وإذا قلنا بالجديد، فاشترى بعين مال القراض، فباطل، وإن اشترى في الذمة، فهل جميع الربح للعامل الثاني لأنه المتصرف كالغاصب؟ أم للأول لأن الثاني تصرف بإذنه كالوكيل؟ وجهان: أحدهما: الأول، وعليه للثاني أجره عمله. وإذا قلنا: بالقديم، ففيما يستحقه المالك من الربح؟ وجهان: أحدهما: جميعه كالغصب. فعلى هذا، للعامل الثاني أجره عمله. قيل: يأخذها من العامل الأول، لأنه استعمله، وقيل: من المالك، لأن نفع عمله عاد إليه. والوجه الثاني وهو الصحيح: له نصف الربح، لأنه رضي بخلاف به، بخلاف صورة الغصب. فعلى هذا، في النصف الثاني أوجه: قيل: كله للعامل الأول، وللثاني عليه أجره عمله، لأنه غرّة، وقيل: للثاني. وقيل: كله للعامل الأول، وللثاني عليه أجره عمله، لأنه غرّة. وقيل: للثاني. وقيل: بينهما بالسوية، وهو الأصح. وعلى هذا، في رجوع الثاني بنصف أجره المثل، وجهان: أحدهما: لا، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما، والوجهان فيما إذا كان الأول قال: على أن ربح هذا المال بيننا، أو على أن لكل نصفه. فإن كان قال: ما رزقنا الله تعالى من الربح فهو بيننا، فلا رجوع على المذهب، وبه قطع الأكثرون، لأن النصف، هو الذي رزقاه. وعن الشيخ أبي محمد، طرد الوجهين، لأن المفهوم، بشرط جميع الربح. وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى، فعلى ما تشارطا. هذا كله إذا تصرف الثاني وربح. أما لو هلك المال في يده، فإن كان عالماً بالحال، فغاصب. وإن ظن العامل مالكا، فهو كالمستودع من الغاصب، لأن يده أمانة. وقيل: كالمتهب من الغاصب، لعود النفع إليه، وقد سبق بيانهما ضمناً وقراراً.

الحكم الثالث: منعه السفر بمال القراض، فليس له السفر به بغير إذن المالك، وفي قول: له ذلك عند أمن الطريق، نقله البويطي. فعلى المشهور: لو سافر، ضمن المال، ثم إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة، أو تساوت القيمتان، صح البيع، واستحق الربح بسبب الإذن. وإن كان أقل قيمة، لم يصح البيع، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به. وإذا صححنا البيع، فالثمن الذي يقبضه مضمون عليه،

بخلاف الوكيل في البيع إذا تعدّى ثم باع، لا يضمن الثمن الذي يقبضه، لأنه لم يتعدّ فيه، وهنا العدوان بالسفر، وهو شامل، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر. أما إذا سافر بالإذن، فلا عدوان ولا ضمان. قال المتولي: ويبيع بما كان يبيعه في البلد الذي سافر منه، فإن لم يساوِ إلا ما دونه، فإن ظهر فيه غرض، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً، فله البيع، وإلا، فلا يجوز، لأنه تخسير محض.

قلت: وإذا سافر بالإذن، لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه. والله أعلم.

فصل: على العامل أن يتولّى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطّيّها وذرعها وإدراجها في السفط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه، ثم ما عليه أن يتولاه لو استأجر عليه، فالأجرة في ماله، وما ليس عليه أن يتولاه، له أن يستأجر عليه من مال القراض. ولو تولاه بنفسه، فلا أجرة له.

فصل: أجرة الكيال والورّان والحمال، في مال القراض، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالإذن، وكذا أجرة الحارس والرصدي.

فرع: لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً، ولا أن ينفق منه على نفسه في الحضر قطعاً. وفي السفر، قولان: أظهرهما: لا نفقة له، كالحضر. والثاني: له. وقيل: بالمنع قطعاً. وقيل: بالإثبات قطعاً. فإن أثبتنا، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر، كالخف والإداوة وشبههما. وقيل: يطرد في كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها.

قلت: وإذا قلنا بالاختصاص، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة النفقة، واللباس، والكراء، ونحوها. والله أعلم.

ويتفرع على الإثبات مسائل:

منها: لو استصحب مال نفسه مع مال القراض، وزّعت النفقة على قدر المالكين. قال الإمام: ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالكين، ويوزّع على أجرة مثلهما. وقال أبو الفرج السرخسي: إنما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له.

قلت: قد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في «الإفصاح»، وصاحب «البيان».

والله أعلم.

ومنها: لو رجع العامل ومعه فضل زاد، أو آلات أعدها للسفر، كالمتطهرة ونحوها، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح.

ومنها: لو استرد المالك منه المال في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح، كما لو خالغ زوجته في السفر.

ومنها: أنه يشترط أن لا يسرف، بل يأخذ بالمعروف، وما يأخذه يحسب من الربح، فإن لم يكن ربح، فهو خسران لحق المال، ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد، لم يأخذ لتلك المدة.

ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض، فهو تأكيد إذا أثبتناها، وإلا، فسد القراض على الأصح، كما لو شرط نفقة الحضر. والثاني: لا، لأنه من مصالح العقد. وعلى هذا، في اشتراط تقديرها، وجهان: وعن رواية المزني في «الجامع» أنه لا بد من شرط النفقة في العقد مقدرة، لكن لم يثبتها الأصحاب.

فصل: هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة، أم لا يملك إلا بالقسمة؟ قولان: أظهرهما عند الأكثرين: الثاني. فإن قلنا: بالظهور، فليس ملكاً مستقراً، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه، لأن الربح وقاية لرأس المال. فلو اتفق خسران، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن. ولذلك نقول: إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض، لا يجبر الآخر. فإذا أرتفع القراض والمال ناضراً واقتسماه، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر. وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضراً، فأخذه المالك واقتسما الباقي.

وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان: أصحهما: نعم، للوثوق بحصول رأس المال، والثاني: لا، لأن القسمة الباقية من تنمة عمل العامل. وإن كان المال عرضاً، بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، في أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض؟ إن قلنا: نعم، فالمذهب أنه لا استقرار، إذ لم يتم العمل، وإلا، فوجهان: كما لو كان ناضراً. ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده، كان على العامل جبره بما أخذ. وإذا قلنا: لا يملك إلا بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه، لأنه وإن لم يملكه، فقد ثبت له حق التملك، ويقدم على الغرماء، لتعلق حقه بالعين، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه. ولو أ تلف المالك المال، غرم حصة العامل، وكان الإلتاف كالاسترداد.

فرع: لو كان في المال جارية، لم يكن للمالك وطؤها، كان في المال ربح أو لم يكن. واستبعد الإمام التحريم إذا لم يكن ربح. وإذا حرّمنا، فوطىء، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح، ولا حدّ عليه. وأما المهر، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو وطئها العامل، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً، وإلا، فلا حدّ، ويؤخذ

منه جميع المهر ويجعل في مال القراض . ولو استولد، لم تصر أم ولد إن قلنا: لا يملك بالظهور، وإلا، ثبت الاستيلاء في نصيبه، ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً .
فرع: لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض، لأنه ينقصها فيضرّ بالعمل .

فصل: فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض، ونتاج الدابة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بشبهة، وبدل منافع الدواب والأرض، وسواء وجب باستعمالها عدواناً أو بإجارة صدرت من العامل، فإن له الإجارة . فإذا رأى فيها المصلحة، أطلق الإمام والغزالي: أن هذه كلها مال قراض، لأنها من فوائده، وقال المتولي: إن كان في المال ربح، وملّكنا العامل حصته بالظهور، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح، أو لم نملّكه، فمن الأصحاب من قال: مال قراض . وقال جمهورهم: يفوز بها المالك، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جعلناها مال قراض، فالأصح أنها من الربح . وقيل: هي شائبة في الربح ورأس المال . ولو وطئها المالك، قال الغزالي وغيره: يكون مسترداً مقدار المهر، فيستقر نصيب العامل منه . وقال البغوي: إن كان في المال ربح وملّكناه بالظهور، وجب نصيب العامل من الربح، وإلا، فلا شيء له . واستيلاء المالك جارية القراض، كإعتاقها . وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالي عن الإحبال، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة . وأما النقص، فما حصل برخص، فهو خسران مجبور بالربح . وكذا النقص بالتعب والمرض الحادثين . وأما النقص العيني، وهو تلف البعض، فإن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراءً، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية، خسران يجبر بالربح . وفي التلف بالسرقة والغصب، وجهان: والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض، وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية، والأصح في الجميع، الجبر .

أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراءً، بأن دفع إليه ألفين قراضاً، فتلف أحدهما قبل التصرف، فوجهان: أحدهما: أنه خسران، فيجبر بالربح الحاصل بعد، ويكون رأس المال ألفين . وأصحهما: يتلف من رأس المال، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عبيدين، فتلف أحدهما، تلف من الربح على المذهب . وقيل: من رأس المال، لأنه لم يتصرف بعد بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بأفة سماوية قبل التصرف أو بعده، فيرتفع القراض، وكذا لو أتلّفه المالك كما سبق . فلو أتلّف أجنبي جميعه أو بعضه، أخذ منه بدله واستمر فيه

القراض . وما ذكرناه من الخلاف في الجبر من الربح في صورة السرقة والغصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البذل من المئلف . ولو أئلف العامل المال ، قال الإمام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذٍ يحتاج إلى استثناء القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أئلف ، فمن الخصم فيه ؟ أصحابهما : أنه المالك فقط إن لم يكن في المال ربح ، وهما جميعاً إن كان ربح . والثاني : أن للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إئلاف الأجنبي مفعلاً على أن العامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، ولزم مثله فيما إذا كان العامل هو المئلف .

فرع: لو قتل رجل عبد القراض ، وفي المال ربح ، لم ينفرد أحدهما بالقصاص ، بل الحق لهما ، فإن تراضيا على العفو على مال ، أو على القصاص ، جاز . وإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ووجب القيمة ، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا : يملك العامل الربح بالظهور ، وغير ظاهر على القول الآخر . وإن لم يكن في المال ربح ، فللمالك القصاص والعفو على غير مال . وكذا لو كانت الجنابة موجبة للمال ، فله العفو عنه ويرتفع القراض . فإن أخذ المال ، أو صالح عن القصاص على مال ، بقي القراض فيه .

فرع: مال القراض أئلف ، اشترى بعينه ثوباً . فتلف الأئلف قبل التسليم ، بطل الشراء وارتفع القراض . وإن اشترى في الذمة ، قال في «البويطي» : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعض الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ، فإن القراض ، والحالة هذه ، غير باقٍ عند الشراء ، فينصرف الشراء إلى العامل . أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشتري للمالك . فإذا تلف الأئلف المعد للثمن ، لزمه أئلف آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الأئلف قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمن ويرتفع القراض ، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الأئلف ، فإن قلنا بالأول ، فرأس المال أئلف ، أم أئلفان ؟ وجهان : فإن قلنا : أئلف ، فهو الأئلف الأول ، أم الثاني ؟ وجهان : فائدتهم عند اختلاف الأئلفين في صفة الصحة وغيرها .

الباب الثالث: في فسخ القراض والاختلاف فيه

فيه طرفان :

الطرف الأول : في فسخه . والقراض جائز ، فإنه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة . إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه

ورضاه. وإذا مات أحدهما، أو جن، أو أغمي عليه، انفسخ. فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما، لم يكن للعامل أن يشتري بعده، ثم ينظر إن كان المال ديناً، لزم العامل التقاضي والاستيفاء، سواء كان ربح، أم لا. فإن لم يكن ديناً، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح، أخذه المالك. وإن كان ربح، اقتسماه بحسب الشرط، فإن كان الحاصل مكسرة، ورأس المال صحاح، نظر، فإن وجد من يبدلها بالصحاح وزناً يوزن، أبدلها وإلا، باعها بغير جنسها من التقديم اشترى به الصحاح، يجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشتري به الصحاح على الأصح. وإن كان نقداً من غير جنس المال، أو عرضاً، فله حالان:

أحدهما: أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك، وله بيعه وإن أباه المالك، وليس للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع، لأن حق المالك معجل. ولو قال المالك: تركت حقّي لك فلا تكلفني البيع، لم يلزمه الإجابة على الأصح، لأن في التنضيض مشقة ومؤنة، فلا يسقط عن العامل. ولو قال المالك: لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين، أو قال: أعطيك قدر نصيبك ناضاً، ففي تمكّن العامل من البيع، وجهان: وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع، لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر، فالمالك هنا أولى. وحيث لزم البيع، قال الإمام: الذي قطع به المحققون، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه، قدر رأس المال. أما الزائد، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان، فلا يكلف واحد منهما بيعه. ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. فإن كان من غير جنسه، باعه يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد، حصل به رأس المال.

الحال الثاني: إذا لم يكن في المال ربح، فهل للمالك تكليفه البيع؟ وجهان أصحهما: نعم، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة. وهل للعامل البيع إذا رضي المالك بامساكه؟ وجهان حكاهما الإمام. أحدهما: لا، إذ لا فائدة، والصحيح وبه قطع الجمهور: له البيع إذا توقع ربحاً، بأن ظفر بسوق أو راغب. وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض، أو اتفقا على أخذ المالك العرض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق، فهل للعامل فيه نصيب، لحصوله بكسبه؟ أم لا، لظهوره بعد الفسخ؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: كما يرتفع القراض بقول المالك: فسخته، يرتفع بقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا، أو باسترجاع المال منه. فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ما وكل في بيعه؟ أم لا ويكون ذلك إعانة

له؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو حبس العامل ومنعه التصرف، أو قال: لا قراض بيننا، ففي انعزاله وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون الأصح في صورة الحبس، عدم الانعزال، وفي قوله: لا قراض بيننا الانعزال. والله أعلم.

فرع: إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه، أخذه الوارث. فإن كان ربح، اقتسماه. وإن كان عرضاً، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتهما، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً بإذن المورث، بخلاف ما لو مات العامل، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك، لأنه لم يرض بتصرفه. وفي وجه: لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك. والصحيح: الجواز. ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث. ولو أراد الاستمرار على العقد، فإن كان المال ناضاً، فلهما ذلك بأن يستأنفاً عقداً بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد، ويكون للعامل ربح نصيبه، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر. وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث، أو القائم بأمره: تركتك أو قررتك على ما كنت عليه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لفهم المعنى، وليكن الوجهان تفرعاً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكنية. فأما إذا قلنا: ينعقد به، فينبغي القطع بالانعقاد هنا، وإن كان المال عرضاً، ففي جواز تقريره على القراض وجهان: أصحهما: المنع، لأن القراض الأول انقطع بالموت، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض. والأشبه أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء. وحكى الإمام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين، وطريقة قاطعة بالمنع، وهي الأشهر. فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه، فذاك، وإلا، تولاه أمين من جهة الحاكم، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً، فإن كان ناضاً، فلهما ذلك بعقد مستأنف. وفي لفظ التقرير، الوجهان السابقان، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته، فقال البائع: قررتك على موجب البيع الأول، وقبل صاحبه، وفي النكاح، لا يصح مثله.

فرع: كان رأس مال الميت مئة، والربح مئتين، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة، فرأس مال الوارث مئتان من ثلاث المئة، والمئة الباقية للعامل، فعند المقاسمة، يأخذها وقسطها من الربح، ويأخذ الوارث رأس ماله مئتين، ويقتسمان ما بقي.

قلت: إذا جُنّا أو أغمي عليهما أو أحدهما، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً، قال في «البيان»: الذي يقتضيه المذهب، أنه كما لو انفسخ بالموت، وهو كما قال. والله أعلم.

فصل: إذا استرد المالك طائفةً من المال، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران، رجع رأس المال إلى القدر الباقي. وإن ظهر ربح، فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتي الربح ورأس المال، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده. وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران، كان موزعاً على المسترد والباقي، فلا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران، ويصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثال الاسترداد بعد الربح: كان رأس المال مئة، وربح عشرين، واسترد عشرين، فالربح سدس المال، فيكون المسترد سدسه ربحاً، وهو ثلاثة دراهم وثلث، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة، وهو درهم وثلثا درهم. فلو عاد ما في يده إلى ثمانين، لم يسقط نصيب العامل، بل يأخذ منها درهماً وثلثي درهم.

ومثال الاسترداد بعد الخسران: كان رأس المال مئة، وخسر عشرين، واسترد عشرين، فالخسران موزّع على المسترد والباقي، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم جبرها، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين، فما زاد بعد ذلك عليها قسم بينهما. الطرف الثاني: في الاختلاف، وفيه مسائل:

إحداها: ادعى العامل تلف المال، صدّق بيمينه، فلو ذكر سبب التلف، فسيأتي بيانه في كتاب الودعة إن شاء الله تعالى.

الثانية: لو ادعى الرد، صدّق بيمينه على الأصح.

الثالثة: قال: ما ربحْتُ، أو ما ربحْتُ إلا ألفاً، فقال المالك: ألفين، صدّق العامل بيمينه. فلو قال: ربحْتُ كذا، ثم قال: غلظت في الحساب، إنما الربح كذا، أو تبينت أن لا ربح، أو قال: كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدي، لم يقبل قوله. ولو قال: خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه، قبل منه. قال المتولي وذلك عند الاحتمال، بأن حدث كساد فإن لم يحتمل لم يقبل. ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال، أو التلف بعد قوله: كنت كاذباً فيما قلت، قبل أيضاً، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق، هكذا نص عليه، وقاله الأصحاب.

الرابعة: قال: اشتريت هذا للقراض، فقال المالك: بل لنفسك، فالقول قول

العامل على المشهور، وفي قول: قول المالك، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض. ولو قال: اشتريته لنفسي، فقال: بل للقراض، صدّق العامل بيمينه قطعاً. فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض، ففي الحكم بها وجهان: وجه المنع: أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً، فيبطل العقد. الخامسة: قال المالك: كنت نهيتك عن شراء هذا، فقال: لم تنهني، صدّق العامل.

السادسة: قال: شرطت لي نصف الربح، فقال: بل ثلثه، تحالفا كالمبتاعين، فإذا حلفا، فسخ العقد، واختص الربح والخسران بالمالك، وللعامل أجرة مثل عمله. وفي وجه: أنها إن كانت أكثر من نصف الربح، فليس له إلا قدر النصف، لأنه لا يدّعي أكثر.

قلت: وإذا تحالفا، فهل يفسخ بنفس التحالف، أم بالفسخ؟ حكمه حكم البيع كما مضى، قاله في «البيان». والله أعلم.

السابعة: اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح، وكذا إن كان على الأصح. وقيل: يتحالفاً. ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له، والباقي بينهما سواء، فربحاً، ثم قال المالك: دفعت إليكما ألفين، وصدّقه أحدهما، وقال الآخر: بل ألفاً، لزم المقر ما أقرّ به، وحلف الآخر وقضي له بموجب قوله. ولو كان الحاصل ألفين، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقرّ به، والباقي يأخذه المالك. ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان، له منهما خمسمئة، فتسلّم له، ويأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال، يبقى خمسمئة يتقاسماها - المالك والمقر - أثلاثاً، لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك مثلاً ما يأخذه كل عامل، وما أخذه المنكر، كالتالف. ولو قال المالك: رأس المال دنانير، فقال العامل: بل دراهم، صدّق العامل.

الثامنة: اختلفا في أصل القراض، فقال المالك: دفعت إليك لتشتري لي بالوكالة، وقال القابض: بل قارضتني، فالمصدّق المالك. فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر.

قلت: لو دفع إليه ألفاً، فتلف في يده، فقال: دفعته قرضاً، فقال العامل: بل قراضاً، قال في «العدة» و«البيان»: بينة العامل أولى في أحد الوجهين. والله أعلم.

فصل: في مسائل منتثرة

إحداها: ليس لعامل القراض التصرف في الخمر بيعاً ولا شراءً وإن كان ذمياً،

فإن خالف واشترى خمرًا، أو خنزيرًا، أو أم ولد، ودفع المال في ثمنه، ضمن، عالمًا كان أو جاهلاً، لأن الضمان لا يختلف بهما. هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور. وقيل: لا ضمان في العلم والجهل، وهو شاذ ضعيف. وقيل: يضمن في العلم دون الجهل. وقيل: يضمن في الخمر مطلقاً، ولا يضمن في أم الولد مع الجهل.

قلت: الوجه المذكور في شراء الخمر عالمًا، أنه لا يضمنه، هو في الذمي دون المسلم، لأنه يعتقد مالا، قاله في «البيان». والله أعلم.

الثانية: قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا، ويشترى من أمتعته ثم يبيعها هناك، أو يردها إلى موضع القراض، قال الإمام: قال الأكثرون بفساد القراض، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد، عمل زائد على التجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز، ويخالف ما إذا أذن له في السفر، فإن الغرض منه نفي الحرج. وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين: لا يضر شرط المسافرة، فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة.

الثالثة: قال: خذ هذه الدراهم قراضاً، وصارِف بها مع الصيارفة، ففي صحة مصارفه مع غيرهم وجهان: وجه الصحة: أن مقصوده التصرف مصارفة.

الرابعة: خلط العامل مال القراض بماله، صار ضامناً، وكذا لو قارضه رجلان، فخلط مال أحدهما بالآخر، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين، فخلطهما، ضمن. فلو دفع إليه ألفاً قراضاً، ثم ألفاً، وقال: ضمه إلى الأول، فإن لم يكن تصرف بعد في الأول، جاز، وكأنه دفعهما إليه معاً، وإن كان تصرف في الأول، لم يجز القراض في الثاني، ولا الخلط، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخسراً، وربح كل مال وخسرانه يختص به، ولو دفع إليه ألفاً قراضاً، وقال: ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحهما لك وثلثاه لي، أو بالعكس، فسد القراض، لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة في المال.

ولو دفع إليه ألفاً قراضاً، وعمره كذلك، فاشترى لكل واحد عبداً بألف، ثم اشتبها عليه، فقولان: أحدهما: ينقلب شراء العبدین له، ويغرم لهما، لتفريطه. ثم المغرور عند الأكثرين الألفان. وقيل: يغرم قيمة العبدین وإن زادت. والقول الثاني: يباع العبدان، ويقسم الثمن بينهما. فإن حصل ربح، فهو بينهما على حسب الشرط. وإن حصل خسران، قال الأصحاب: يلزمه ضمانه، لتقصيره. واستدرك المتأخرون فقالوا: إن كان لانخفاض السوق، لا يضمن، لأن غايته أن يجعل

كالغاصب، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق. قال الإمام: والقياس مذهب ثالث غير القولين، وهو أن يبقى العبدان لهما على الاشكال إن لم يصطلحا. قلت: قال الجرجاني في «المعايضة»: ولا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة.

وبقي من الباب مسائل:

منها: لو دفع إليه مالاً وقال: إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء، ولك نصف الربح، فمات، لم يكن له التصرف، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين، لأنه تعليق، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح. ولو قارضه على نقد، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد، ثم انفسخ القراض، قال صاحب «العدة» و«البيان»: رد مثل، النقد المعقود عليه على الصحيح. وقيل من الحادث ولم ولو مات العامل يعرف مال القراض من غيره، فهو كمن مات وعنده ودیعة ولم يعرف عينها، وسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى.

ولو جنى عبد القراض، قال في «العدة»: للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه. والله أعلم.



فهرس المحتويات

٥	كتاب الضحايا
٥	[فصل: في شروط وأحكام الأضحية]
٦	فصل: في صفتها
٨	فرع: في صفة الكمال
١٣	فصل: في سنن الذبح وآدابه
٢٩	فصل: في مسائل مثورة
٣٠	باب: العقيقة
٣٦	كتاب الصيد والذبائح
٤٧	فصل: في بيان ما يملك به الصيد
٥١	فصل: في الاشتراك والازدحام على الصيد
٥٦	فصل: في مسائل مثورة
٥٨	كتاب الأطعمة
٥٨	الباب الأول: في حال الاختيار
٦٤	الباب الثاني: في حال الاضطرار
٧٠	فصل: في مسائل تتعلق بالأطعمة
٧٢	كتاب النذر
٧٩	الفصل الثاني: في أحكام النذر
٩٥	فرع: في الصفات المعتبرة في الحيوان المنذور مطلقاً
٩٧	فرع: في مسائل من «الأم»
٩٧	فصل: في مسائل مثورة
١٠٠	كتاب البيع
١٠٠	باب: ما يصح به البيع
١٢٥	باب: الربا
١٢٩	فصل: في بيان القاعدة المعروفة بمدّ عجوة
١٣٤	فصل: في معرفة الجنسية
١٣٦	باب: اليسوع المنهي عنها

١٤٣	فصل: في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها
١٤٨	[فصل: يحرم أن يبيع حاضر لباد]
١٤٩	[فصل: يحرم تلقي الركبان]
١٥٠	[فصل: يحرم السوم على سوم أخيه]
١٥٠	[فصل في تحريم النجش]
١٥١	[فصل في تحريم التفريق بين الجارية وولدها في البيع والقسمة والهبة]
١٥١	[فصل: في بيع الرطب والعنب]
١٥٢	[فصل: في حكم بيع المصاحف وكتب الحديث]
١٥٣	باب: تفريق الصفقة
	فرع: في الإشارة إلى طرف
١٥٧	من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة
١٦١	باب: خيار المجلس والشرط
١٦٤	فصل: فيما ينقطع به خيار المجلس
١٦٩	فصل: فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت
١٧٤	فصل: فيما يحصل به الفسخ والإجازة
١٧٥	فرع: في العرض على البيع والإذن والتوكيل
١٧٦	باب: خيار النقيصة
١٩٩	فصل: في مسائل تتعلق بالباب
٢٠٢	باب: حكم المبيع قبل القبض وبعده وصفة القبض
٢٠٤	فرع: منقول من فتاوى القاضي
٢٠٧	فرع لابن سريج:
٢٠٧	[فصل: في المال المستحق للإنسان عند غيره]
٢١١	فصل: في حقيقة القبض
٢١٧	باب: بيان الألفاظ التي تطلق في البيع وتتأثر بالقرائن المنضمة إليها
٢٣٠	فصل: في بيان الحال الذي تدرج فيه الثمرة في بيع الشجرة
٢٣٦	فرع: لابن الحداد
٢٤٢	باب: معاملات العبيد
٢٤٧	باب: اختلاف المتبايعين وتحالفهما
٢٤٩	فصل: في كيفية التحالف
٢٥٥	كتاب السلم
٢٦٠	فرع: فيما يحصل به الانقطاع
٢٦٩	فصل: في مسائل مثورة تتعلق بما سبق

٢٧٠	فصل: في أداء المسلم فيه، والكلام في صفته وزمانه ومكانه
٢٧٢	باب: القرض
٢٧٦	كتاب الرهن
٢٧٦	الباب الأول: في أركانه
٢٩٣	الباب الثاني: في حكم القبض والطوارئ قبله
٢٩٥	فصل: في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض
٢٩٧	فصل: في تخلل الخمر وتخليلها
٢٩٨	الباب الثالث: في حكم المرهون بعد القبض
٣٠٤	فرع: منقول عن «الأم»
٣١٣	فصل: فيما يتعلق به حق الوثيقة
٣٢١	الباب الرابع: في الاختلاف
٣٢٢	فرع: منصوص عليه
٣٢٢	فرع: منصوص في المختصر
٣٣٠	كتاب التفليس
٣٤١	فصل: فيما يباع من مال المفلس
٣٦٢	كتاب الحجر
٣٦٢	فصل: فيما يزول به حجر الصبي
٣٦٦	فصل: فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه، وما لا يصح
٣٦٨	فصل: فيمن يلي أمر الصبي والمجنون، وكيف يتصرف
٣٧٢	كتاب الصلح
٣٧٢	الباب الأول: في أحكام الصلح
٣٧٧	فرع: كالمثال لما ذكرنا
٣٧٩	الباب الثاني: في التزام على الحقوق
٣٧٩	الفصل الأول: في الطريق
٣٨٤	الفصل الثاني: في الجدار
٣٨٩	الفصل الثالث: في السقف
٣٩٢	الباب الثالث: في التنازع
٣٩٥	كتاب الحوالة
٤٠١	فصل: في مسائل مثورة
٤٠٣	كتاب الضمان
٤٠٣	الباب الأول: في أركانه
٤٠٧	فرع: في مسائل تتعلق بضمان الدرك

٤١١	فصل: في كفالة البدن
٤١٢	فصل: في ضمان الأعيان
٤١٣	فرع: في مسائل من الكفالة
٤١٨	فرع: في مسائل تتعلق بالباب
٤١٨	الباب الثاني: فيما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام
٤٢٠	فصل: في كيفية الرجوع
٤٢١	فرع: في مسائل تتعلق بالرجوع
٤٢٦	كتاب الشركة
٤٢٩	فرع: في مسائل تتعلق بما سبق
٤٣١	فصل: في حكم الشركة الصحيحة
٤٣٧	كتاب الوكالة
٤٣٧	الباب الأول: في أركانها
٤٤٥	الباب الثاني: في أحكام الوكالة الصحيحة
٤٥٧	فصل: في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل
٤٦٢	فصل: في مسائل مثورة
٤٦٦	الباب الثالث: في الاختلاف
٤٧٣	كتاب الإقرار
٤٧٣	الباب الأول: في أركانه
٤٨٦	الباب الثاني: في الإقرار بالمجمل
٤٩٩	فصل: في مسائل مثورة
٥٠٢	الباب الثالث: في تعقيب الإقرار بما يغيره
٥٠٧	فصل: في الاستثناء
٥١٠	فصل: في مسائل تتعلق بالإقرار وإن كان بعضها أجنبياً
٥١٣	الباب الرابع: في الإقرار بالنسب
٥١٩	فرع: في الميراث
٥٢١	كتاب العارية
٥٢١	الباب الأول: في أركانها
٥٢٤	الباب الثاني: في أحكامها
٥٣١	فصل: في الاختلاف
٥٣٤	كتاب الغصب
٥٣٤	الباب الأول: في الضمان
٥٣٨	فصل: فيما إذا انبتت على يد الغاصب يد أخرى

٥٤٥	فرع: في أن المثلي، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان
٥٥١	الباب الثاني: في الطوارئ على المغصوب
٥٥٣	فصل: في جناية العبد المغصوب، والجناية عليه
٥٧١	فصل: فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك
٥٧٣	فصل: في مسائل مثورة تتعلق بالكتاب
٥٧٥	كتاب الشفعة
٥٧٥	الباب الأول: فيما تثبت به الشفعة
٥٨٤	الباب الثاني: في كيفية الأخذ بالشفعة
٥٩٢	فصل: في الاختلاف
٥٩٩	الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفيع
٦٠١	فصل: في مسائل مثورة
٦٠٣	فصل: في الحيل الدافعة للشفعة
٦٠٥	كتاب القراض
٦٠٥	الباب الأول: في أركان صحته
٦١١	الباب الثاني: في أحكام القراض الصحيح
٦١٨	فصل: فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص
٦١٩	الباب الثالث: في فسخ القراض والاختلاف فيه
٦٢٣	فصل: في مسائل مثورة

روضة الطالبين

روضة الطالبين بروقة ثانية ٢٠١٠/١/١٢

