

كتاب الصلح

أملي على كتاب أبي يوسف وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى .
مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُويَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».

قال الماوردي: والأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والأثر والاتفاق فأما الكتاب فقولہ تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ١٢٨] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

وأما السنة فما روى عبد الله عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَيُّهَا أَيُّوبُ أَلَا أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ مُوضِعَهَا. قُلْتُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: تَسْعَى فِي صُلْحٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا تَفَاسَدُوا وَتَقَارَبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»^(١).

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».

وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: قَالَ لِبِلَالِ بْنِ الْحَرْثِ. «اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»^(٢).

(١) ذكره الهيثمي في المجمع ٨٣/٨ وعزاه للطبراني وقال: فيه عبدالله بن حفص صاحب أبي امامة لم أعرفه، وبقيته رجاله ثقات.

(٢) أخرجه الترمذي ٦٣٤/٣ كتاب الأحكام (١٣٥٢) وقال: حسن صحيح وابن ماجه ٧٨٨/٢ كتاب =

وروي أن النبي ﷺ مرّ بكعب بن مالك وهو يلازم غريماً له يقال له: ابن أبي حدرد وقد ارتفعت بينهما خصومه، فقال النبي ﷺ لكعب «خُذْ مِنْهُ الشُّطْرَ وَدَعْ الشُّطْرَ»^(١).

وأما الأثر فما روى الشافعي عن عمر رضي الله عنهما: أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلَاحاً أَحْلَ حَرَاماً أَوْ حَرَمَ حَلَالاً.

وروي أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحاً.

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابَ﴾ [ص: ٢٠] ثلاثة تأويلات:

أحدها: الصلح بين الخصوم.

والثاني: فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه.

والثالث: سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع.

وإنما اختلف أصحابنا هل هو: رخصة لاستثنائه من جملة محظورة. أو هو: مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنه رخصه لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده وليس بأصل بذاته فصار لاعتباره بغير رخصة مستثناة من جملة محظورة.

والوجه الثاني: وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة أنه مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته قد جاء الشرع به وجرى العمل عليه وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

فصل: فأما قوله الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً فقد اختلف أصحابنا فيه.

هل هو عام أو محمل على وجهين:

أحدهما: أنه محمل وهو قول من جعله معتبراً بغيره ولم يجعله أصلاً بذاته.

الأحكام (٢٣٥٣) وفي الباب عن أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند ٣٦٦/٢ وأبو داود ١٩/٤ كتاب الأقضية (٣٥٩٤) وابن حبان في الموارد ص ٢٩١ كتاب القضاء (١١٩٩) والحاكم في المستدرک ٤٩/٢ كتاب البيوع.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٠٢/١٩ وأخرجه أحمد في المسند والحديث متفق عليه بلفظ «يا كعب فأشار بيده كأنه يقول النصف فأخذ نصفاً مما عليه وترك نصفاً».

والثاني: أنه عام وهذا قول من جعله أصلاً بذاته.

فأما الصلح الذي يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار على أن لا يسكنها، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها فيحرم على نفسه بالصلح ما أحله الله تعالى له من السكنى والنكاح والطلاق.

وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة أو على خمر أو خنزير.

فيستحل بالصلح ما حرم عليه من الربا والخمر والخنزير.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ وَمَا بَطَلَ فِيهِ بَطَلَ فِي الصُّلْحِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملة الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل أن يصالح على دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم، فهذا بيع يجري عليه حكم فإن كان مما يدخله الربا كالصلح على الدراهم بالدنانير أو على البر بالشعير لزم فيه القبض قبل الافتراق ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه جاز فيه الافتراق قبل القبض وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث. وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن فيه فيعتبر في صحته وفساده ما يعتبر في صحة البيع وفساده وهو الذي بدأ به الشافعي.

وأما الحطيطة فهو أن يصالحه من حقه على بعضه وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون الحق في الذمة.

والثاني: أن يكون عيناً قائمه.

فإن كان الحق في الذمة فصورته: أن يدعي عليه مائة دينار فيعترف بها فيصالحه منها على خمسين ديناراً فهذا يكون إبراء.

فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء فقال قد صالحتك على خمسين ديناراً وأبرأتك من الباقي صح. إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط فيقول: إن أعطيتني خمسين ديناراً فقد أبرأتك من الباقي. أو يقول قد أبرأتك من خمسين ديناراً إن دفعت إلي خمسين ديناراً فلا يصح هذا الإبراء.

وكذلك لو قال إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً فأقر لم يبرأ من شيء لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح .

فإن حط الباقي بغير لفظ الإبراء فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قياس قول أبي إسحاق المروزي لا يصح .

والثاني: وهو قياس قول أبي الطيب بن سلمة يصح .

وتوجيه هذين القولين مبني على ما تذكره عنهما فيما بعد . وإن كان الحق عيناً قائمة فصورته:

أن يدعي داراً في يد رجل فيعترف له بها ويصالحه منها على نصفها فهذا يكون هبة .

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة فقال بعد أن أقر له بالدار قد وهبت لك نصفها صح . واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض . وهل يحتاج إلى إذنه في القبض؟ على قولين: وإن لم يذكره بلفظ الهبة بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو نص قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مالك لجميع الدار فلم يجوز أن يصالحه على بعضها كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعي أن يصالحه على سكنها .

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه يجوز لأنه لما جاز أن يصالحه على ما في الذمة على بعضه جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها . ومن هذين يخرج الوجهان الأولان وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح هل هو فرع لغيره أو أصل بذاته .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ أَخَاهُ مِنْ مُوَرَّثِهِ فَإِنْ عَرَفَا مَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ شَيْءٍ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ جَازٌ» .

قال الماوردي: وهذا صحيح .

ومقصود الشافعي بها تفسير قوله فما جاز في البيع جاز في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح ، فإذا ورث أخوان تركة صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه فهذا في حكم البيع لأنه يصير مشترياً من أخيه نصيبه من الميراث فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها: معرفة التركة بالمشاهدة لها والإحاطة بها .

والثاني : معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها .

والثالث : كون العوض معلوماً تنتفي الجهالة عنه .

فإن لم يشاهد التركة أو جهلاً حصة المصالح أو قدر العوض بطل الصلح .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَصَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ وَيَرْجِعُ الْمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ صَاحِبُهُ مَا أَعْطَاهُ » .

قال الماوردي : وهذا كما قال بالصلح على الإنكار باطل حتى يصلح بعد الإقرار بالدعوى .

وقال أبو حنيفة ومالك يجوز الصلح مع الإنكار استدلالاً بعموم قوله تعالى : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء : ١٢٨] ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « كُلُّ مَا وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ »^(١) .

والصدقة تستحب لبذلها وتحل لأخذها فهكذا الصلح . ولأنه بذل مالاً في الصلح مختاراً فصح كالمقر به . ولأنه مدع لم يعلم كذبه فصح صلحه كالمقر له .

ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني ، فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار لكان بيعاً محضاً ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولأن الاعتبار في الأصول بالأخذ دون الباذل . ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعثت عبده فردت شهادته ثم ابتاعه الشاهد منه حل له أخذ ثمنه لا اعتقاد إحلاله . وإن كان الباذل معتقداً لتحريمه فكذلك الصلح يحل للأخذ وإن كان الباذل منكراً .

ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال لأنه يبعد الصلح مع الإقرار فلم يبق له محل إلا مع الإنكار .

ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل . لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه . وما روي عنه ﷺ أنه قال : « الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا » .

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک ٢ / ٥٠ مطولاً وقال : هذا حديث صحيح ولم يخرجاه .

والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام. ويحرّم على المدعي باقي حقه وذلك حلال.

ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار. ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه. أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال. ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه.

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع.

ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين.

ولأن المبدول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال:

[الأول]: إما أن يكون مبدولاً لكف الأذى.

[الثاني]: أو يكون مبدولاً لقطع الدعوى.

[الثالث]: أو يكون مبدولاً للإعفاء من اليمين.

[الرابع]: أو يكون مبدولاً للمعاوضة. فلم يجز أن يكون مبدولاً لدفع الأذى لأنه من أكل المال بالباطل. ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفاً لم يجز أن يصالحه على أكثر منها. ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق. ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين فثبت أنه مبدول للمعاوضة.

والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم [بالآية فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام^(١) «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءَ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ». فهو أن يكون المقصود به البر لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال:

[الأول]: إما أن يقصد به القرية وهو الصدقة.

[الثاني]: أو الصلة وهو الهبة.

[الثالث]: أو المعاوضة وهو البيع . وليس مال الصلح مقصوداً به البر ولا الصلة فثبت أن المقصود به المعاوضة والخبر لا يتناول المعاوضة فلم يكن فيه دلالة .

وأما الجواب عن قياسهم على المقر فهو أن المعنى في المقر أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصح . وفي المنكر عما لم يثبت له فلم يصح .

فأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني فالتقضى أن يكون الصلح مخالفاً للبيع .

فهو أن البيع مخالف للصلح من وجهين :

أحدهما : أن الصلح في الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة والبيع بخلافه .

والثاني : أن المقصود بالصلح الإرفاق والبيع المعاوضة .

فكان افتراقهما من هذين الوجهين لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون البازل كالشاهد فهو أنه ليس بصحيح . والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعقده لأنه كان محكوماً برقه لبايعه . وإن قصد مشتريه استنفاذه من رقه كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنفاذه من أسره .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح من الإنكار يفضي إلى المنع من الصلح بكل حال فغلط ؛ لأن المقر له قد يصلح أيضاً إما لكون المقر غاصباً بيده وإما لكونه ماطلاً بحقه ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل .

فصل : فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلاً ولزم رد العوض ولم يقع الإبراء حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم وأبرأه من الباقي لزمه في الحكم رد ما قبض ولم يبرأ مما بقي حتى لو أقام بالألف بينه عادلة كان له استيفاء جميعها ، وإنما كان كذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد . والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به فلما لزمه رده لعدم ملكه بطل إبرأؤه لعدم صفته ، وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً فأذن لمشتريه في عقده فأعتقه المشتري بأذنه لم يعتق ، لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالإذن ، فإن قيل أفيصح صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محققاً قيل بسعة ذلك ويجوز فيما بينه وبين الله تعالى فأما في ظاهر الحكم فيجب عليه رده .

فصل : فلو ادعى عليه ألفاً فأنكره ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار برىء منها لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصح وإذا كان عن عقد صلح كان مقيداً

بصحته فبطل بطلانه ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء وقال قد حططتها عنك ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه قد سقطت المطالبة بها وبريء منها؛ لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء.

والثاني: أن المطالبة باقية ولا يبرأ من شيء لأن الحطيطة إسقاط وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه.

فصل: فلو ادعى عليه ألفاً أقر بها ثم صالحه منها على خمسمائة وأبرأه من الباقي فكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً فالصلح صحيح والإبراء لازم. ويرجع على المقر ببذل ما استحق من يده وإنما كان كذلك لأن ما في الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

[الأول]: إما الاستقرار بالقبض باستقرار الملك.

[الثاني]: وإما لتعيينه بعقد لازم. وهذا النوع من الصلح هو إبراء وليس بعقد من عقود المعوضات اللازمة. فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فصل: إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح، وإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً. لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل: فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبيننة كلزومه بالإقرار.

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال صالحني عليه لم يكن ذلك إقراراً فلا يصح الصلح معه. ولو قال ملكني ذلك كان إقراراً يصح الصلح معه.

والفرق بينهما: أن قوله صالحني يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكف الأذى فلم يضره مقرأ.

وقوله ملكني لا يحتمل فصار به مقرأ والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ يَقْرُءُ عَنْهُ بِشَيْءٍ جَازَ الصُّلْحُ وَلَيْسَ لِلَّذِي أُعْطِيَ عَنْهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهِ».

قال الماوردي : وصورتها ما شرحه الشافعي في «الأم» أن يريد الرجلان الصلح ويكره المدعى عليه الإقرار .

قال الشافعي رحمه الله : فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه ثم يؤدي إلى المدعى ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً وهذا على ضربين :

أحدهما : أن تكون الدعوى حقاً في الذمة .

والثاني : أن تكون عيناً قائمة .

فإن كانت الدعوى حقاً في الذمة جاز أن يصالح أجنبياً عنه بعد الإقرار عنه سواء أذن له في الصلح عنه أو لم يأذن .

لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراء منه وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين إلا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح .

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي بالحق فيقول حقت ثابت على فلان فصالحني عنه .

وهل يحتاج أن يقول وقد أقر عندي به ؟ على وجهين :

أحدهما : أنه يحتاج أن يقول حقت ثابت على فلان وقد أقر عندي به ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه .

والوجه الثاني : لا يحتاج إلى ذلك لأنه قد يعلم بذلك عن إقراره تارة وبغير إقراره أخرى . فإذا أقر فصالح عنه صح الصلح ولزم المصالح عن غيره دفع ما اتفقا على الصلح به وبريء المدعى عليه من المدعي ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به ما لم يأذن له فيه لأنه تطوع بالغرم عنه كما لو تطوع بقضاء دينه . فأما إذا أذن له في الصلح عنه فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني فلا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعاً .

والضرب الثاني : أن يأذن له في الأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال له صالح وأدى لترجع علي فله الرجوع عليه وإن قال أد ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان :

أحدهما : يرجع عليه لإذنه فيه .

والثاني : لا يرجع عليه لأن أمره بالأداء يحتمل أن يكون لمعنى التطوع به ويحتمل أن

يكون لمعنى الرجوع عليه فلم يكن الإذن صريحاً في الرجوع به .

فصل: وإن كانت الدعوى عيناً قائمة فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين :
إما أن يصلح عنها لنفسه .

أو يصلح عنها للمدعى عليه .

فإن صالح عنها للمدعى عليه فلا يخلو إما أن يصلح عنه بإذنه أو بغير إذنه فإن صالح عنه بإذنه جاز وهل يحتاج مع الإذن للوكيل في الصلح إلى الإقرار بها عنده؟ على وجهين :
أحدهما : لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعى ثم يقر الوكيل بذلك عند المدعى عند صلحه .

والوجه الثاني : وهو أصح أن الصلح يصح بإذنه للوكيل ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل لأن وكيله في الصلح نائب عنه ، فأقراره عنده كإقراره عند نفسه . وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل ، ويزيد فيه أن فلاناً وكلني في الصلح عنه .

فإن لم يذكر ذلك فهو على ما نذكره من اختلاف الوجهين هل يكون إذنه شرطاً في صحة الصلح أم لا؟ فأما إذا صلح عنه بغير إذنه ففيه لأصحابنا وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي الطبري وأبي حامد ، أن الصلح جائز لأنه لما جاز أن يصلح عما في الذمة بغير إذنه جاز أن يصلح عن العين القائمة بغير إذنه .

والوجه الثاني : وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبو سعيد الاصطخري أن الصلح باطل ما لم يكن من المدعى عليه إذن فيه ؛ لأن في هذا النوع من الصلح تمليك عين فلم يصح بغير إذن من تملكها كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره . وبهذا المعنى فارق ما في الذمة لأن طريقه الإبراء ويصح من الإنسان أن يبرئ غيره بغير أمره وإذنه .

فصل: فأما إذا صالح عنها لنفسه فهذا في حكم من اشترى شيئاً مغصوباً فيحتاج أن يعترف للمدعى بالملك ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً ، فإن انتزع ذلك من يده برئ المدعى من ضمان العقد ، وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده ، فالقول قوله مع يمينه إذا كذبه المدعى وله الرجوع بالعوض الذي بذله .

فصل: إذا أوقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدع فأقر له بها كان إقراره مردوداً لخروجها عن حكم ملكه بالوقف ، وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم لم يبطل الوقف لما تعلق

به من حقوق غيرهم من البطن الثاني أو الفقراء لكن لا حق لمن صدق منهم في الوقف .
ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق . ويصح بهذا الإقرار وإن لم يبطل به الوقف أن يصلح
المدعي المقر له فلو أن رجلاً جعل داراً في يده مسجداً وخلفها وأذن للناس فيها بالصلاة من
غير أن يتلفظ بتسبيلها لم تصر سبلة بهذا القدر .

وقال بعض العراقيين : متى خلفها وجعلها برسم المساجد خرجت من ملكه .

وقال آخرون : إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه وكل هذا خطأ ؛ لأن إزالة
الأملاك لا تكون إلا بالقول كالعتق والوقف والطلاق .

فلو فعل ما ذكرنا فادعاه مدع فأقر له بها لزمه إقراره ولو صالحه عليها صح صلحه ، فلو
سبلها مسجداً ثم أقر بها لغيره لم يبطل التسبيل ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها فلو صالحه
على ذلك صح صلحه .

ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسبل
بشيء ما لم يأمرهم بالصلح عنه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا عَلَى طَرِيقٍ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ
السُّلْطَانُ أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَجْزَ وَنَظَرَ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ تَرْكُهَا وَإِنْ ضَرَّ قُطِعَ» .

قال الماوردي : صورة هذه المسألة في رجل أشرع من داره جناحاً أو ساباطاً على
طريق فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين :

إما أن تكون نافذة أو غير نافذة . فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من أن يكون
مضراً بالمارة أو غير مضر .

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله . ولم يكن لأحد
من المسلمين أن يعترض عليه فيه . لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه مرّ
بدار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه فقطر عليه من ميزابه ماء فأمر بقلعه فخرج إليه
العباس رضي الله عنه وقال قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال عمر : وَاللَّهِ لَا يُعَادُ إِلَّا
عَلَى ظَهْرِي فَرَكَبَ الْعَبَّاسُ ظَهْرَهُ وَأَعَادَ الْمِيزَابَ فِي مَوْضِعِهِ^(١) .

ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه فلا
ينكرونه فدل على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد .

ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها .

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٠١/١ والبيهقي في السنن ٦٦/٦ والحاكم في المستدرک ٣٣١/٣ .

فإن قيل أليس الإنسان ممنوع من وضع ساريه في الطريق وبناء دكه وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جارياً فكذلك الجناح.

قيل السارية والدكة مضر بالناس لما فيه من تضاييق الطريق عليهم.

ولأنهم ربما ازدحموا فأضر بهم أو سقط عليه ضرير لا يبصر فتأذى وليس كذلك الجناح في الهواء، فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع، ولم يقر، وأمر الإمام بهدمه وإن لم يختصم الناس إليه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه، وإن لم يخاصم تركه لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب وهذا الذي قاله خطأ لأمرين:

أحدهما: أن الإمام مندوب لإزالة المنكر والنيابة عن كافة المسلمين في أبواب المصالح فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثاني: أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به في الترك وكذا ما لا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره في القلع. وليس هذا من طريق الحكم فلا يحكم إلا لخصم لأن الخصم فيه لا يتعين وإنما كافة الناس فيه شرع واحد.

فإذا وجب قلعه فبذل صاحبه مالاً صلحاً على تركه لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه صلح على إقرار منكر.

والثاني: أنه صلح على الهوى.

فأما حد ما يضر مما لا يضر فمعتبر بالعرف والعادة ومختلف باختلاف البلاد.

وقال أبو عبيد بن حريويه من أصحابنا: حد الضرر أن لا يمكن الفارس أن يحتاز تحته برمح قائم وحكي نحوه عن شريح.

وهذا التحديد ليس بصحيح لأن الرماح مختلفة في الطول والقصر. ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يخرج أحد جناحاً لأن الرمح قد يعلو على المنازل في أكثر البلاد.

ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح في الاجتياز برمحه مائلاً. وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد.

فإن كان البلد قد تجتاز في طرقه الجمال التي عليها الكبائس والعماريات وذلك أعلى ما يجتاز في الطرقات فحد الإضرار أن لا يمكن اجتياز الكبائس والعماريات تحته وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

فإن كان البلد مما لم تجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز به وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه فحد الإضرار فيها أن لا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته . وإن أمكن فليس بمضر .

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الفارس تحته . فإن أمكن فليس بمضر .

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الفرسان فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعيلة فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما ذكرنا .

فصل: فإن كانت الطريق غير نافذة فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها سواء كان الجناح مضرراً أو غير مضر .

لأن الطريق التي لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز ، فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح كالأرض المشتركة أو الطريق المستحقة .

فإن صالح أهل الطريق على مال في إقرار الجناح لم يجز لأنه صلح على الهوى . إلا أن يتصل بالعرضة كبناء بعضه في عرضة الطريق ثم يرفعه فيجوز .

ويكون ذلك بيعاً منهم بقدر حقوقهم من العرضة التي حصل فيها البناء فلو أذنوا جميعاً له في إخراج الجناح جاز مضرراً كان أو غير مضر .

لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم وليس كالطريق النافذة التي يشترك فيها الكافة فلو رجعوا بعد إذنهم ، فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح لم يكن لرجوعهم تأثير وكان له إقرار الجناح ما بقي .

وإن كان قبل إخراج بطل ما تقدم من الإذن فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن وكذا لو رجع أحدهم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا دَارًا فِي يَدَي رَجُلٍ فَقَالَا وَرَثَتَاهَا عَنْ أَبِيئَا فَاقَرَّ لِأَحَدِهِمَا بِنُصْفِهَا فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ بِهِ عَلَى شَيْءٍ كَانَ لِأَخِيهِ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِيهِ (قَالَ الْمَزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا يَنْبَغِي فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَسْطَلَّ الصَّلْحُ أَقْرَبَ فِي حَقِّ أَخِيهِ لِأَنَّهُ صَارَ لِأَخِيهِ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَالِحَ بِأَمْرِهِ فَيَجُوزُ عَلَيْهِ» .

قال الماوردي : وصورتها في أخوين ادعيا داراً في يد رجل ميراثاً عن أبيهما أو نسباً ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث كقولهما ابتعناها من زيد أو استوهبناها من عمرو

فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء لأنهما نسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها. وإذا كان كذلك فلصاحب اليد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقهما ويقر لهما فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما.

والحال الثانية: أن يكذبهما وينكرهما فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن للأخوين بينة. فإن نكل عن اليمين ردت على الأخوين فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين، وإن نكلا أقرت الدار في يد المدعى عليه. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان نصف الدار للحالف بيمينه لا يشاركه أخوه في شيء منها والنصف الآخر مقر في يد المدعى عليه.

والحال الثالثة: أن يصدق أحدهما على نصفها ويكذب الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينزع النصف الذي أقربه فيكون بين المقر له وبين أخيه نصفين.

وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستويان فيها ويشتركان فيما ملكاه بها وكان إنكاره النصف لأحدهما يجري مجرى غصبه شيئاً من تركة أبيهما.

ولو غصب من تركة أبيهما قبل القسمة واحد من عشرين أو داراً من دارين كانت الدار الباقية والعبد الباقي بينهما والمغصوب بينهما.

فإن قيل أليس لو أنكرهما ونكل فحلف أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل؟

قيل نعم والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الناكل سقط حقه بنكوله إذ قد كان يمكنه أن يصل إليه بيمينه وليس كذلك في الإقرار.

والثاني: أنه قد تقرر في الأصول أن أحد لا يستحق بيمين غيره شيئاً وليس كذلك في الإقرار.

فصل: فإذا ثبت أن النصف المقر يكون بين الأخوين معاً فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه على حقه وهو الربع فالصالح جائز والشفعة فيما صالح من الربع واجبة وفيها قولان:

أحدهما: أنها تجب لأخيه المشارك في نصف الدار دون المقر.

والقول الثاني: أنها تجب لأخيه وللمقر الذي صولح. فلا يكون للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه، وفي حقه قولان: -

أحدهما : أنه بينهما نصفان .

والثاني : أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً .

وسنذكر توجيه القولين في كتاب الشفعة إن شاء الله .

والضرب الثاني : أن يصلحه على جميع النصف فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يصلحه بأذن أخيه فالصلح في النصف كله جائز ويكون المال الذي وقع الصلح به بين الأخوين نصفين .

والضرب الثاني : أن يصلحه بغير إذن أخيه فيكون الصلح في حق أخيه وهو الربع باطلاً .

وهل يبطل في حق نفسه أم لا على قولين من تفريق الصفقة :

أحدهما : يبطل .

والثاني : لا يبطل .

ويكون المصالح بالخيار بين فسخ الصلح واسترجاع العوض إلا أن يأذن الأخ إلى أخذه بالشفعة وبين أن يقيم على الصلح في حقه وبماذا يقيم عليه على قولين :

أحدهما : بجميع العوض وإلا فسخ .

والثاني : وهو أصح يقيم عليه بحسابه وقسطه وهو النصف .

فصل : فأما الإمام المزني فإنه نقل كلاماً محتملاً وتأوله تأويلاً فاسداً ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه وهو أنه نقل عن الشافعي :

إذا أقر لأحدهما بنصفه فصالحه من ذلك على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيه .

فتأوله على أن الشافعي أجاز صلحه في جميع النصف ثم جعل أخاه شريكاً له في مال الصلح ، فاعترض عليه بأن قال : يجب أن يبطل الصلح في حق أخيه ، وهذا وهم من المزني في تأويله ، لأن مراد الشافعي بقوله كان لأخيه أن يدخل معه فيه : يعني في النصف من الدار لا في النصف من المال والجواب في الصلح على ما شرحنا . والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا فَأَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا بِالنِّصْفِ وَجَحَدَ لِلْآخَرِ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَكَانَ عَلَى خُصُومَتِهِ» .

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى أخوان داراً في يد رجل ولم ينسبها إلى أنهما ملكاها بسبب واحد فأقر المدعى عليه لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فعليهما اليمين لمن أنكره وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه. لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر.

وهكذا لو ادعياها ميراثاً مقبوضاً قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض فصدق أحدهما على النصف وأنكر الآخر تفرد المقر له بالنصف ولم يشاركه الآخر فيه.

كما لو لم يضيفا ذلك إلى سبب واحد لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض لم يتعلق ملك أحدهما بالآخر. ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه. ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها كذلك في الإقرار إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه. وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ أَقْرَ لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ الدَّارِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يُقَرَّ لِلْآخَرِ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ فَلَهُ الْكُلُّ وَإِنْ كَانَ أَقْرَ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ وَلَأَخِيهِ النِّصْفُ كَانَ لِأَخِيهِ أَنْ يَرْجِعَ بِالنِّصْفِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى الأخوان داراً في يد رجل فاعترف المدعى عليه لأحد الأخوين بجميع الدار وأنكر الآخر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينسبها تلك إلى جهة واحدة يستويان فيها فتكون الدار للأخوين معاً.

والضرب الثاني: أن لا ينسبها إلى جهة يتساويان فيها فللمقر له حالان:

حال يقبل الإقرار بجميعها، وحال لا يقبل. فإن لم يقبل الإقرار بجميعها كان له النصف الذي ادعاه. فأما النصف الآخر الذي أقر له به ولم يقبله ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون مقراً في يد المدعى عليه ويكون المكذب خصماً له فيه لأنه لم يستحق أخذه مع أن يده عليه.

والوجه الثاني: أنه ينزع النصف من يده ويوضع على يد حاكم حتى إذا ثبت عنده مستحقه سلمه إليه لأن إقراره أوجب رفع يده.

والثالث: أنه يدفع إلى مدعيه لأنه خصم له فيه. وإن قبل مدعي النصف الإقرار بالكل انتزع الكل من المدعي عليه ثم نظر فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه في إدعائه النصف أما قبل الإقرار له أو بعده لزمه تسليم النصف إلى أخيه. بما تقدم من إقراره؛ لأن إقراره على غيره لا يلزم فإذا صار القبض إلى يده لزمه.

ألا ترى أن رجلاً لو أقر أن الدار التي في يد فلان مغصوبة من فلان لم يلزمه إقراره فلو صارت الدار إليه ببيع أو هبة أو ميراث لزمه إقراره ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه فأما إن لم يكن مدعي النصف صدق أخاه في دعواه فله أن ينفرد بجميع الدار ولا حق فيها لأخيه إلا أن يستأنف الدعوى عليه فيصير خصماً له فيها .

فإن قيل : فهو إنما ادعى النصف فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل ويزاد على ما ادعاه قيل قد اختلف أصحابنا .

فكان بعضهم لأجر هذا السؤال يقول : إن المسألة مقصورة على أنه ادعى نصفها ملكاً وباقها يداً . فإذا أقر له بالجميع دفع إليه بدعوى الملك واليد ولو لم يدع هذا لم يدفع إليه إلا النصف .

وقال جمهور أصحابنا : بل يدفع إليه جميعها وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها لأنه ليس بمنكر أن يكون له جميع الدار فيدع نصفها لأمر :

منها : أن يكون نصفها مصدق عليه فلم يدعيه ونصفها منازع فيه فادعاه .

ومنها : أن يكون له بنصفها بينة حاضرة وبنصفها بينة غائبة فيدعي نصفها لتشهد به البينة الحاضرة ويؤخر الدعوى في النصف الآخر إلى أن تحضر البينة الغائبة .

ومنها : أن يدعي ما لا منازعة له فيه استثقلاً للخصومة وهي تأخير النزاع .

فلهذه الأمور صح إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَأِنْ صَالَحَهُ عَلَى دَارٍ أَقْرَلَهُ بِهَا بَعْدَ قَبْضِهِ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ رَجْعَ إِلَى الدَّارِ فَأَخَذَهَا مِنْهُ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح إذا ادعى عليه داراً في يده فأقر بها ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد فذلك ضربان :

أحدهما : أن يكون العبد معيناً فالصلح باطل كما لو ابتاع داراً بعبد فاستحق العبد . وله أن يرجع بالدار كما يرجع به البائع .

إلا أن يستأنف صلحاً ثانياً وكذا لو كان العبد مرهوناً أو مكاتباً أو مات قبل قبضه .

ولا يبطل الصلح لو كان مدبراً أو موصى بعته أو معتقاً بصفة .

والضرب الثاني : أن يكون العبد غير معين موصوف في الذمة ، فالصلح لا يبطل باستحقاقه وعليه أن يأتي بعبد على مثل صفته كما لو استحق العبد المقبوض في المسلم .

ولو كان العبد معيناً فقتل قبل قبضه ففي بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما في البيوع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَقَتًا فَهِيَ عَارِيَةٌ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة كان الصلح باطلاً.

لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض على ما يملك بما لا يملك. وهذا قد عاوض على ملكه بملكه لأن من ملك داراً ملك سكتها.

فإن قيل أفليس لو صالحه على نصفها جاز، قيل قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يجوز للعلة التي ذكرناها.

والثاني: يجوز.

والفرق بينهما أن الصلح على النصف هبة. والهبة لازمة فصار الصلح بها لازماً والصلح على السكنى عارية والعارية غير لازمة فصار الصلح بها غير لازم، فإذا ثبت أن هذا الصلح باطل فلمالك الدار أن يسكنه إياها إن شاء وله أن يخرجها منها متى شاء كالدار العارية ولا أجرة عليه.

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً في إقراره فقال قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة بطل اشتراط السكنى والصلح عليه.

فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب أبو علي بن خيران إلى بطلانه لكونه إقراراً مقيداً بشرط.

وذهب سائر أصحابنا إلى صحة الإقرار ولزومه لأنه إقرار بشرط في عارية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ بَعَيْنِهِ سَنَةً فَبَاعَهُ الْمَوْلَى كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ وَتَكُونَ الْخِدْمَةُ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمُصَالِحِ أَوْ يَرُدُّ الْبَيْعَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح. لأن المقر عاوض على الدار بما ملكه من خدمة العبد.

وصار المقر له بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التي قد ملكها بالإقرار.

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة كان الصلح على حاله وفي البيع قولان : -

أحدهما : باطل لأن تسليمه غير مستحق كالبيع بشرط تأخير القبض .

والقول الثاني : وهو أصح أن البيع جائز لأن استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة .

فعلى هذا إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإن كان جاهلاً بها فله الخيار بين الفسخ والمقام . ويمكن المصالح منه إلى انقضاء مدة الخدمة . ولا رجوع له على البائع بشيء من أجرتها ، لأنها مستحقة قبل عقده .

أما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز قولاً واحداً . إلا أن في قبضه وانفساخ الإجارة وجهان :

أحدهما : لا تنفسخ كما لو باعه على غيره فعلى هذا الصلح على حاله .

والوجه الثاني : أنها قد انفسخت كما لو تزوج أمته ثم ابتاعها بطل النكاح المتقدم بالبيع الطارىء .

كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث فعلى هذا قد بطل الصلح وملك العبد بالبيع .

فصل : فأما إذا أعتق السيد عبده الذي صالح بخدمته فعتقه نافذ .

لأنه صادف ملكاً تاماً فلم يمنع استحقاق المنفعة كعتق الأمة المزوجة ، وعلى العبد المعتق خدمة المصالح باقي السنة ، وهل له أن يرجع على سيده الذي أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه على قولين :

أحدهما : يرجع عليه بأجرته فيما بقي من المدة بعد عتقه لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه فصار كالأخذ لها بغير حق فضمن كالغاصب .

والقول الثاني : لا رجوع له بشيء لأن عتق السيد أزال ما كان مالكا له وخدمة العبد ، تلك السنة لم يكن السيد مالكا لها فلم يتعلق حكم العتق بها ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها كالأمة المزوجة إذا عتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر .

فصل : فأما إذا كاتبه السيد فالكتابة باطلة لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ولا على تملك كسبه ولكن لو دبره صح التدبير . وكذلك لو أعتقه بصفة .

فأما إذا أجره من غير المصالح فالإجارة باطلة لأن ما توجه إليه عقد الإجارة مستحق من قبل ، وإن عقد على ما بعد السنة فهو باطل ، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض .

أما إذا رهنه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع فعلى هذا يخرج على قولين: -

ومنهم من أجرى ذلك مجرى الإجارة لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة، فعلى هذا يكون باطلاً قولاً واحداً فأما إذا وهبه ففيه قولان كالبيع سواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ جَازَ مِنَ الصُّلْحِ بِقَدْرِ مَا اسْتُخْدِمَ وَبُطِلَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات العبد الذي صالحه على الدار بخدمته سنة لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت في الحال قبل مضي المدة أو شيء منها فالصلح قد بطل لتلف العوض فيه قبل قبضه كتلف الثمن المعين قبل القبض، وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالبيع.

والحال الثانية: أن يموت بعد مضي السنة كلها فالصلح قد تم وحكمه قد انبرم وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء المعقود عليه قبل موته.

والحالة الثالثة: أن يموت بعد مضي بعض المدة وبقاء بعضها فالصلح قد بطل فيما بقي من المدة لفوات قبضه بالموت، وأما فيما مضى من المدة المستوفاة فهو على اختلاف أصحابنا في الفساد في بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد هل يجري مجرى الفساد المقارن للعقد.

فذهب أبو إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الفساد المقارن للعقد، فجعل بطلان الصلح فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: قد بطل الصلح فيما بقي ووجب على المصالح أجره ما استخدم فيما مضى من المدة وله استرجاع الدار.

والقول الثاني: لا يبطل لكن يكون بالخيار بين الفسخ والمقام فإن فسخ رجع بالدار وغرم أجرة ما مضى من المدة، فإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

وقال جمهور أصحابنا إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن للعقد لسلامة الصفقة عند عقدتها. فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً قولاً واحداً.

فعلى هذا. هل للمصالح خيار فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار له لاستقرار قبضه وفوات رده. فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحسابه من الصلح وقسطه ويرجع من الدار بقسط ما بقي من المدة.

والوجه الثاني: له الخيار لأنه عاوض على مدة كاملة وصفقة سليمة فكان النقص فيها غيباً موجباً للخيار كالنقص في الأعيان. فعلى هذا يكون بالخيار بين أن يفسخ الصلح فيما مضى وبين أن يقيم.

فإن فسخ فيما مضى غرم مثل أجره تلك المدة واسترجع الدار كلها. وإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم على ما مضى بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا تَدَاعَى رَجُلَانِ جِدَاراً بَيْنَ دَارَيْهِمَا فَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا اتَّصَلَ الْبُنْيَانُ الَّذِي لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ إِلَّا مِنْ أَوَّلِ الْبُنْيَانِ جَعَلَتْهُ لَهُ دُونَ الْمُتَقَطِّعِ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بَعْدَ كَمَالِ بُنْيَانِهِ مِثْلَ نَزْعِ طُوبَى وَإِدْخَالِ أُخْرَى أَحْلَفْتُهُمَا بِاللَّهِ وَجَعَلَتْهُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَوْصُولٍ بِوَاحِدٍ مِنْ بَنَائِهِمَا أَوْ مُتَّصِلًا بِنَائِهِمَا جَمِيعًا جَعَلَتْهُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ أَحْلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وصورتها: في حائط بين دارين تنازعه المالكان وقال كل واحد منهما هولي دونك ولا بينة لواحد منهما على دعواه.

فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون متصلاً ببنايهما أو يكون منفصلاً عن بنائيهما أو يكون متصلاً ببناء أحدهما منفصلاً عن بناء الآخر.

فإن كان متصلاً ببنايهما أو منفصلاً عن بنائيهما فهما في الحكم سواء على ما ذكره.

وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر واتصاله هو أن يكون بناء أحدهما قد اتصل ببنية الحائط على ما لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء فصارت حائطين أحدهما المعارضة مسنده بالحائط المتنازع فيه سواء كان اتصال تربيع أم لا.

وقال أبو حنيفة: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسنده بالحائط المتنازع فيه ولا يكون اتصال بعض الحدود مؤثراً.

وهذا خطأ، لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء. فأما إن كان على الحائط لأحدهما أزج أو قبة نظر في الحائط فإن كان قد بني من أساسه متعرجاً على ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج فهذا اتصال.

لأن هذا التعرّيج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجاً فالأزج المبني عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن فصار كالأزجاع. لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن تعريج القبة والأزج فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهي طويلاً إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرصه أحداهما عشرة أذرع وعرصه الآخر عشرين ذراعاً فيتنازعا من الحائط ما كان بين عرصتيهما معاً دون القدر المجاوز فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا في حكم المتصل أو المنفصل، على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم المتصل لأن ما اتصل بعرضه في بناء أحدهما بمثل ما اتصل بطوله.

والوجه الثاني: أن لا يكون متصلاً ويكون في حكم المنفصل لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن اتصاله بما له تصرف فيه يد وصاحب اليد المتصرفه أحق من غيره كمن نوزع شيئاً في يده.

والثاني: أن اتصاله بملكه دليل على تملكه كمن نوزع بناء في أرضه كان لصاحب الأرض دون منازعة. ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك وليس بموجب له فلزمت فيه اليمين كاليد.

فصل: فأما إذا كان متصلاً ببنائيهما أو منفصلاً عن بنائيهما فهما فيه سواء ويتحالفان عليه.

وهل يكون الحاكم مخيراً في الابتداء بإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما؟ على وجهين:

أحدهما : يكون مخيراً لاستوائهما .

والثاني : يقرع بينهما لانتفاء التهمة عنه .

وفي قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان :

أحدهما : وهو قول البغداديين . أنه يحلف على نصفه لأنه يحلف على ما يصير إليه يمينه والذي يصير إلى كل واحد منهما النصف .

والوجه الثاني : وهو قول جمهور أصحابنا أنه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه .

ثم على كلا الوجهين لا بد أن يتضمن يمينه النفي والإثبات . لأنه ينفي ملك غيره ويثبت ملك نفسه .

ولكن اختلف أصحابنا هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات أو يحتاج إلى يمينين أحدهما للنفي والأخرى للإثبات على وجهين :

أحدهما : أنه يحلف يميناً واحداً تتضمن النفي والإثبات لأنه أفضل للقضاء وأثبت للحكم .

والوجه الثاني : وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي بن خيران وطائفة أنه يحلف يمينين أحدهما للنفي لأنه منكر بها ، والثانية للإثبات لأنه مدع بها .

فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال : -

إما أن يحلفا معاً فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما .

أو ينكلا معاً فيمنعان من التخاصم ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه ويكون الحائط موقوفاً على ما كان عليه من قبل .

أو يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم به للحالف منهما دون الناكل .

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين وحلف الآخر يميناً واحدة حكم به للحالف يمينين وكان الحالف يميناً بمثابة الناكل لأن يمينه لم تكمل . فلو أقام الناكل بينة كان أحق بيمينته من يمين صاحبه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَا أَنْظَرُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الْخَوَارِجُ وَلَا الدَّوَاخِلُ وَلَا أَنْصَافُ اللَّبَنِ وَلَا مَعَاقِدُ الْقَمْطِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا دَلَالَةٌ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح . والدواخل هي وجوه الحيطان . والخوارج هي ظهور الحيطان وأنصاف اللبن فيه تأويلان حكاهما ابن أبي هريرة .

أحدهما : أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما والصحيح منه إلى الآخر .
والثاني : أنه إفريز يخرج البناء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره .

وأما معاهد القمط فتكون في الأخصاص وهي الخيوط التي يشد بها الخص . لأن القمط جمع قماط وهو الخيط .

فلذا تنازع جاران حائطاً بينهما وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن لم يكن ذلك دليلاً على ملكه .

وكذلك لو ادعى خصاً وكان إلى أحدهما معاهد القمط لم يكن ذلك دليلاً على ملكه وهو قول أبي حنيفة .

وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك وهو قول بعض أهل المدينة .
استدللاً بما روي أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبي ﷺ حذيفة أن يحكم فحكم بالجدار لمن إليه معاهد القمط فقال النبي ﷺ أُصِبتَ^(١) .

قالوا : لأن العادة جارية في بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه وظهوره إلى غيره ومعاهد الخص تكون إلى مالكه فوجب أن يحكم بظاهر العادة .

كما يحكم بها في اتصال البنيان .
وهذا خطأ لعموم قوله ﷺ «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ» .
ولأن هذه أمور قد يقصد بها في البناء الجمال .

فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه ، وأحسنه إلى منزله ، وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس .

فلم يجز مع اختلاف العادة فيه في سائر الأغراض أن يجعل دالاً على الملك كالتزاويق والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه كذلك ما ذكرناه .

(١) أخرجه ابن ماجة ٧٨٥/٢ كتاب الأحكام (٢٣٤٣) وقال في الزوائد : نمران بن جارية ذكره ابن حبان في الثقات وقال ابن القطان : حاله مجهول
قال السدي : قلت : دهثم بن قران تركوه وشذ ابن حبان فذكره في الثقات .

فأما الجواب عن الخبر فهو أنه ضعيف لأن راوية دهم بن قران وهو مرغوب عنه . فإن صح لم يكن فيه دلالة . لأنه لم يجعل معاقد القمط علة في الحكم وإنما جعل تعريفاً لمن حكم له كما لو قيل حكم للأسود لم يدل على أن السواد علة للحكم وإنما يكون سمة وتعريفاً لمن وجب له الحكم . وأما ادعائهم العرف لمعتاد فيه فغير صحيح لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ وَلَا شَيْءٌ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ أَحْلَفْتُهُمَا وَأَقْرَرْتُ الْجُذُوعَ بِحَالِهَا وَجَعَلْتُ الْجِدَارَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ لِأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرْتَفِقُ بِجِدَارِ الرَّجُلِ بِالْجُذُوعِ بِأَمْرِهِ وَغَيْرِ أَمْرِهِ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال : إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما وكان لأحدهما عليه جذوع فهما فيه سواء .

قال أبو حنيفة : صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً فإن كانت أقل من ثلاثة وكان بدل الجذوع متصلاً فيهما فيه سواء استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء . لأن وضع الجذوع يثبت يداً وارتفاعاً . واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاع دون اليد فلما كان اتصال البناء إلا على الملك كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك .

ولأن وضع الجذوع تصرف في الملك فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبعة .

ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجري مجرى ركوب الدابة وقد ثبت أن دابة لو تنازعا راكبها وأخذ بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو أخذ بلجامها فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره . كان صاحب الجذوع أحق .

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه هو أن كل ما لم يكن قليلاً دالاً على الملك لم يكن كثيره دالاً على الملك كالقصب والرفوف .

ولأن ما أمكن أحداثه بعد كمال البناء لم يكن دالاً على ذلك البناء كالجص والنقش .

ولأنه لو كان بين صاحب الأجزاء والحائط طريق نافذة كالسباط لم يكن وضع أجزاعه فيه دليلاً على ملكه له ، كذلك إذا اتصل بملكه .

لأن وضع الجذوع لو كان يداً لاستوى الأمران في الاتصال بالملك والانفصال عنه . ولأن وضع الأجزاء في الحائط قد يكون بالملك تارة وبالإذن أخرى وبالحكم على ما نذكره

تارة. فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصوداً على أحدها في الاستدلال به على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان فجاز أن يدل على الملك لافتراقه به. وليس كذلك الجدوع.

وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البنيان. وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنهما في الدابة سواء تكون بينهما نصفين فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجدوع وتركيبها على الحائط من وجهين:

أحدهما: أن الإجماع مانع من ركوب دابة الإنسان لا بإذنه، فجاز أن يكون ركوبها دليلاً على ملكه.

والخلاف منتشر في أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبراً في حائط غيره فلم يكن وضعها دليلاً على ملكه.

والثاني: أن الركوب لما كان تصرفاً لا يختلف حكمه بين وجوده في الملك وغير الملك جاز أن يكون دليلاً على الملك.

ولما كان وضع أجذاع الساباط الذي لا يتصل بالملك لا يدل على الملك لم يكن وضع الأجذاع دالاً على الملك.

فإذا تقرر أن وضع الجدوع لا يدل على الملك فإنهما يتحالفان ويجعل بينهما وتقر الجدوع على ما كانت عليه لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فصل: فأما إذا تنازعا حائطاً في عرصة هي لأحدهما فإنه يكون لصاحب العرصة لأن يده عليه.

وهكذا لو تنازعا علو حائط أسفله لأحدهما كان لصاحب السفلى مع يمينه لما ذكرنا من ثبوت اليد. ولكن لو تنازعا عرضه حائط هو لأحدهما ففيه وجهان لأصحابنا: -

أحدهما: أنها تكون لصاحب الحائط لأن تصرفه فيها أظهر.

والوجه الثاني: أنهما فيها سواء كوضع الجذوع.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط هل يدخل قراره في إقراره. أو باع حائطاً هل يدخل قراره في بيعه على وجهين.

فصل: فأما قول الشافعي رضي الله عنه لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره.

فقد روي في القديم حديث عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ» قال أبو هريرة مَا لِي أَرَأَيْكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ^(١). وَاللَّهِ لَأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

فكان يذهب في القديم إلى أن للجار أن يضع أجزاعه في جدار جاره جبراً بأمره وغير أمره. وبه قال مالك تعلقاً بهذا الحديث.

ثم رجع عنه في الجديد وقال ليس له أن يضع أجزاعه في جدار جاره إلا بأمره كما ليس له أن يتصرف في غير ذلك من الأملاك التي لجاره إلا بأمره.

ولأن الشريك في الملك أقوى من جار الملك وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف، فالجار أولى، وهذا قول أبي حنيفة. فعلى هذا يكون حديث أبي هريرة محمولاً على أحد وجهين: -

أحدهما: أن يحمل على الاستحباب والندب لا على الوجوب والحثم.

والثاني: أنه محمول على الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجزاعه في حائطه وإن كان مضراً بالجار في منع ضوء أو إشراف ليكون موافقاً للأصول.

فإن قيل لم قال الشافعي في القديم لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره وهو في الجديد لا يقول هذا، قلنا فيه تأويلان:

أحدهما: بأمره يعني مجاهراً وبغير أمره يعني سائراً.

والثاني: بأمره يعني باختياره وبغير أمره يعني بإجبار من يرى ذلك من القضاة والحكام. فإذا تقرر ما ذكرنا فإن قلنا بوجوب ذلك عليه على مذهبه في القديم لم يكن له منع جاره من وضع أجزاعه في جداره. وكان للجار أن يضع في الجدار ما احتمله من الأجزاء

(١) أخرجه البخاري ١١٠/٥ كتاب المظالم (٢٤٦٣) ومسلم ٢٣٠/٣ كتاب المساقاة (١٣٦ - ١٦٠٩) وأحمد في المسند ٤٨٠/٣ وابن ماجه (٢٣٣٦).

ولو صالحه من وضع الأجداع على عوض لم يجز لوجوب ذلك عليه ومن وجب عليه حق لم يجز أن يعتاض عليه .

ولو انهدم الحائط لم يلزم مالكة أن يبنيه إلا باختياره .

فإن بناء كان للجار أن يعيد أجداعه فيه .

ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه كان له ذلك ليصل بذلك إلى حقه من وضع أجداعه فيه ، وإذا قلنا بقوله في الجديد إن ذلك ليس بواجب وهو القول الصحيح .

فليس للجار أن يضع أجداعه في الجدار إلا بإذن مالكة واختياره ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض ، لأن ما لا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوماً ، فإن أذن فيه بغير عوض كانت عارية وجاز أن لا يشترط عدد الأجداع ولا يعلم طولها ولا موضع تركيبها ، لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها .

ثم ليس له أن يرجع في العارية ما بقي الحائط لأن موضع الأجداع يراد للاستدامة فكان إطلاقه الإذن محمولاً عليه . كمن أعار أرضه لدفن ميت لم يكن له الرجوع في عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكة فهل لصاحب الأجداع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك لأنه صار مستحقاً على التأييد كما لو كان الأول باقياً .

والوجه الثاني : وهو أصح ليس له ذلك إلا بإذن مستحدث . لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام الحائط ، ولأنه إنما استحق تأييد ذلك لما في نزاعها من الأضرار به وقد لحقه ذلك بإنهدامه . ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبع أعيد دفنه فيها من غير إذن مستحدث وجهاً واحداً .

ولو أكله السبع لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد لذهاب من كان مستحقاً لمنفعة العارية .

ولو كان قد أذن له في وضع جذع في حائطه فانكسر الجذع كان له إعادة غيره .

والفرق بينه وبين الميت أن المنع من الرجوع في عارية القبر لحرمة الميت . فإذا أكله السبع انقضت حرمة عن المكان .

والمنع من الرجوع في موضع الأجداع لما يلحقه من الضرر بانهدام السقف وهذا

موجود بعد انكسار الجذع، فأما إذا أخذ منه على وضع أجزأه عوضاً فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجزاء وطولها وامتلائها وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه.

لأن المعاوضة تحرس من الجهالة ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه هل يكون بيعاً أو إجارة، على وجهين:

أحدهما: يكون بيعاً وهذا قول أبي حامد المروزي. فعلى هذا يصح على التأييد من غير اشتراط مدة فيه ومتى انهدم الحائط ثم بني أعيد وجهاً واحداً. بخلاف العارية التي لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها.

والوجه الثاني: وهو عندي أصح أنه يكون إجارة ولا يكون بيعاً.

لأنه عقد على منفعة لا عين. فعلى هذا لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر بها المنفعة ويؤخذ بقلع ذلك عند انقضائها.

وعلى الوجهين معاً أن قدر ذلك بمدة صح وكانت إجارة، وهكذا لو صالحه على إجراء مسيل ماء في أرضه فلا بد من تعيين موضعه وتقدير طوله وعرضه ثم إن قدر بمدة صح وكانت إجارة وإن لم يقدره كان على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأييد.

والثاني: يكون باطلاً إذا قيل أنه يكون إجارة.

وأما إن صالحه على سقي ماشيته من عين أو بئر مدة معلومة لم يجز لأن قدر ما تشربه الماشية مجهول. وهكذا الزرع ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها جاز وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه لأنه عقد على عين. ولو قدره بمدة خرج عن البيع إلى الإجارة فكان باطلاً لأن إجارة عين الماء منها لا يجوز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَجْعَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ كَوَّةً وَلَا يَبْنِيَ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة ولا يضع فيه جذعاً ولا يسمر فيه وتداً إلا بإذن شريكه.

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة وإيتاد وتد اعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أن تفرّد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز.

والثاني: أنه هدم بعض الحائط فلم يجز كالباب.

فإن قيل فهلا كان كوضع الجدوع فيه فيكون على قولين:

قيل: الفرق بينهما أن الحائط موضوع للحيلولة ووضع الأجداع فيه لا يمنع من الحيلولة.

وفتح الكوة يمنع منها. فلو آذن أحدهما لصاحبه في فتح كوة ثم أراد سدها لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه. لأنه زيادة بناء على حائطه. والشريكان في الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه.

وكلما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى أن لا يكون للجار أن يفعله. فلو صالح جاره على فتح كوة في حائطه لم يجز لأنه صلح على الهواء والضوء ولو أن رجلاً فتح كوة في حائطه فأراد جاره أن يبني في وجهها حائطاً في ملكه يمنعه الضوء من الكوة جاز ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه لأنه متصرف في ملكه.

فصل: وإذا كان لرجل دار ظهرها إلى زقاق مرفوع فأراد أن يفتح من ظهر داره إلى الزقاق كوة أو ينصب شبك للضوء جاز ولم يمنع لأنه متصرف في ملكه. ولو أراد فتح باب إليه فإن كان يريد فتحه للاستطراق فيه لم يجز لأنه لا حق له في استطراق الزقاق المرفوع. وإن كان يريد فتحه لينصب عليه باباً ولا يستطرقه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز.

ولأنه لو أراد يحول بين داره والزقاق ببناء جاز، فكذلك إذا أراد أن يحول بينهما بباب.

والوجه الثاني: لا يجوز لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للاستطراق.

لأن الباب من شواهد استحقاقه وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه.

فصل: وإذا كان في الزقاق المرفوع داران لرجلين إحداهما في أوله والأخرى في آخره فأراد صاحب الدار الأولى تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره.

فإن أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له. لأنه قد كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها فصار تاركاً لبعض حقه.

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق لم يكن له لأنه يصير متجاوزاً لحقه في الاستطراق.

وكان بعض أصحابنا يجوز له ذلك ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما تخريباً

من عرصة السفلى ، إذا تنازعتها صاحب العلو والسفل على ما سذكروه .

فأما صاحب الدار التي في صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه جاز إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره .

وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فهو على اختلاف أصحابنا : هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا ؟

فمن قال إنها مشتركة منع صاحب الصدر من إدخال ذلك في داره .

ومن قال إنها ليست مشتركة وإن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر جوز له ذلك .

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً جاز ولم يمنع .

وقال أبو حنيفة : أمنعه من فتح باب ثان لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلم يجوز أن يتعدى إلى مدخلين .

وهذا خطأ لأنه مستحق للإستطراق فيه فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين . ولأن موضع الباب المستحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز فكذا الباب .

فصل : وإذا كان لرجل داران متلاصقان وباب كل واحدة منها إلى زقاق مرفوع فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين جاز .

ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى غير نافذ ليستطرقة لم يجوز .

وهو قول أبي حنيفة ومالك لأمرين :

أحدهما : أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه .

والثاني : أن الزقاق مرفوع فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع . والله أعلم بالصواب وخبرنا به الإمام أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعي رضي الله عنه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَقَسَّمْتُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَ إِنْ كَانَ عَرْضُهُ ذِرَاعًا أُعْطِيَ شِبْرًا فِي طُولِ الْجِدَارِ ثُمَّ قُلْتُ لَهُ إِنْ شِئْتَ أَنْ تَزِيدَ مِنْ عَرَصَةِ دَارِكَ أَوْ بَيْتِكَ شِبْرًا آخَرَ لِيَكُونَ لَكَ جِدَارٌ خَالِصٌ فَذَلِكَ لَكَ » .

قال الماوردي : وهذا كما قال : إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام :

أحدهما : أن يكون بناء لا عرصة له .

والثاني : أن يكون عرصة لا بناء فيها .

والثالث : أن يكون معاً .

فإن كان الحائط بناء لا عرصه له لم يجز أن يقسم جبراً لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه وفي هدمه ضرر فلم يدخله إجبار فإن اصطلاحاً عليه جاز .

وإن كان ذلك عرصة لأبناء فيها دخلها الإجبار في القسمة فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طوياً أجيب إليها ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع وعرضها ذراع فيدعوا إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع فهذا جائز لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه ، فإن دعي إلى القسمة عرضاً ليكون له شبراً من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها ، لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة .

ودخول القرعة في هذه القسمة مضر ، لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه ، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه ، وعادت بالضرر عليه ، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار .

والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه يجاب إليها ، ويقسم عرض العرصة بينهما ، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير ذرعه ، لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه ، فلم يكن لدخول القرعة وجه قال الشافعي : ثم قلت له إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر ليكون لك ، جداراً خالصاً فذلك لك .

وهذا لم يقله مشوره كما عابه من جهل معنى كلامه ، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له .

ثم ذكر وجه المنفعة ، بأن يضم إلى العرصة شبراً ليصير جداراً كاملاً .

فصل : فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة ، فإن دعي إليها عرضاً

ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله، لم يجب إليها جبراً، ولا يصح ذلك بينهما تراضياً واختياراً، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به ويصاحبه.

لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟ قيل إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز.

وإن تراضيا بقسمته بناء قائماً، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلاً لم يجز وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد.

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولاً، ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً في العرض كله جازت بالتراضي.

وفي جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي، لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضرراً عليهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجبره على هذه القسمة بالقرعة، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة. ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار، فلا ينهدم من حصه الآخر شيء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَدَمَاهُ ثُمَّ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ وَلِلْآخَرِ ثُلَاثُهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ عَلَيْهِ إِذَا بَنَاهُ فَالْصُّلْحُ فَاسِدٌ وَإِنْ شَاءَا أَوْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا قُسِّمَتْ أَرْضُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا هدم الشريكان حائطاً بينهما، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها، فهذا صلح باطل لثلاثة معان:

أحدها: أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض. وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثاً بغير عوض لا يصح.

والثاني : أنه شرط فيه الانتقال لمالك صاحبه من غير عوض وذلك لا يصح .

والثالث : أنه اشترط لنفسه ارتفاعاً مجهولاً وذلك باطل ، فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا . وكانا قد عملا به ووضعنا فوق الحائط ما شاء فالملك بينهما نصفان على ما كان من قبل ، ثم لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجداعه .
وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان ، لأنه وإن كان مأذوناً فيه فهو عن عقد فاسد ، ففسد ما تضمنه من الإذن .

ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه ، كما يقتضي وضع ما تقدمه ثم كان ممنوعاً من المستأنف ، فكذلك من المتقدم ولا وجه ، لأن يقر أجداع من شرط الزيادة لنفسه لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجداعه .

فصل : قال الشافعي رحمه الله : فإن شاء أو أحدهما ، قسمت أرضه بينهما نصفين .
وقد اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم في كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين .

فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضاً .

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضاً وقد مضى مشروحاً .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ السُّفْلُ فِي يَدَي رَجُلٍ وَالْعُلُوُّ فِي يَدَي آخَرَ فَتَدَاعِيَا سَقْفُهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّ سَقْفَ السُّفْلِ تَابِعٌ لَهُ وَسَطْحُ الْعُلُوِّ أَرْضٌ لَهُ » .

قال الماوردي : وهذا صحيح : إذا كان بيت سفله لرجل وعلوه لآخر ، فاختلفا في السقف الذي بينهما وتداعياه ، فمذهب الشافعي رحمه الله أنهم يتحالفان ويكون بينهما نصفان .

وحكي عن مالك أنه يكون لصاحب العلو ، لأنه لا يقدر على التصرف في العلو إلا به .
وحكي عن أبي حنيفة أنه يكون لصاحب السفلى ، لأنه موضوع على ملكه كالجدار المبني في أرضه .

وكلا المذهبين غلط وكون السقف بينهما أصح . لتساوي أيديهما عليه وتصرفهما فيه ،

فهو لصاحب السفلى سقف ومرفق، ولصاحب العلو أرض ومقعد، ولأنه متصل بهما ومجاور لملكيهما فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما.

فإذا ثبت أنه يكون بينهما، فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل بالجلوس عليه، وإحراز المتاع المعتاد فيه من غير تجاوز ولا تعد.

كالحائط إذا اختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما جعل بينهما وأقرت الأجداع على حالها.

وأما صاحب السفلى فارتفاقه به أن يكون مستظلاً به، من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق شيء عليه، لأن السقف لم يوضع غالباً إلا للاستظلال. ولا وجه لما أجاز به بعض أصحابنا من تعليق زنبيل عليه. ووضع خطاف فيه.

لأن إيتاد الوتد في الحائط المشترك أسبل وهو ممنوع منه، كما ذكرنا في السقف أولى أن يكون ممنوعاً منه.

فصل: ولو تنازعا في حائط السفلى، فهو لصاحب السفلى إلى منتهى وضع الأجداع مع يمينه، لأنه في يده وتحت تصرفه.

ولو تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو مما فوق أجداع السقف، لأنه في يدي صاحب العلو وتحت تصرفه.

وما كان من الحائط بين السفلى والعلو في خلال أجداع السقف فهو بينهما، لأنه تبع للسقف المشترك بينهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ سَقَطَ لَمْ يُجَبَّرْ صَاحِبُ السُّفْلِ عَلَى بِنَائِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا انهدم البيت الذي سفله لرجل وعلوه لآخر، فإنه لا يخلو حالهما من أربعة أحوال: أحدها: أن يتفقا على تركه مهدوماً فلا اعتراض عليهما فيه.

والثاني: أن يتفقا على بنائه فذلك لهما، ويختص صاحب السفلى ببناء السفلى إلى انتهاء وضع الأجداع. وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه، ولا لصاحب السفلى أن يأخذه بالنقصان عنه. فلو اختلفا مع اتفاقهما أن ارتفاع السفلى والعلو عشرون ذراعاً، فقال صاحب السفلى، السفلى خمسة عشر ذراعاً، وارتفاع العلو خمسة أذرع،

وقال صاحب العلو بل ارتفاع السفلى خمسة أذرع وارتفاع العلو خمسة عشر ذراعاً.

فقد اختلفا على أن لصاحب السفلى خمسة أذرع لا نزاع فيها ولصاحب العلو خمسة أذرع لا نزاع فيها، واختلفا في عشرة أذرع ادعاهما كل واحد منهما وأيديهما معاً عليها، فوجب أن يتحالفا عليها ويجعل العشرة المختلف عليها بعد أيماهما معاً بينهما نصفان.

فيصير لصاحب السفلى عشرة أذرع، ولصاحب العلو عشرة أذرع. ثم يشتركان في بناء السفلى، بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه، إلا أن يكون السقف لأحدهما، فيختص الذي هو له بنيائه دون غيره.

والحال الثالثة: أن يمتنع صاحب العلو من البناء، ويدعو صاحب السفلى إليه، فله أن يختص ببناء سفله، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه، لأنه لا حق له في بنيائه، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما، فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة.

والحال الرابعة: وهي مسألة الكتاب: أن يمتنع صاحب السفلى من بنيائه ويدعو صاحب العلو إليه ليبني العلو عليه ففي إجباره قولان:

وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر. هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك: أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه. لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ»^(١).

فلما نفى لحقوق الإضرار دل على وجوب الإجبار. ولما روي: أن الضحاك بن خليفة أنبع ماء بالعريص وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة فامتنع محمد من ذلك وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه، فقال عمر لمحمد بن سلمة ليمرن به أو أمره على بطنك^(٢).

وروي أنه «قُضِيَ عَلَى بَعْضِ الْأَنْصَارِ، بِمِثْلِ ذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ».

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠ - ٢٣٤١) وأحمد في المسند ٣١٣/١ والطبراني في الكبير ٢٨١/٢، ٣٠٢/١١ والحاكم في المستدرک ٥٨/٢ والبيهقي ٦٩/٦ - ٧٠ والدارقطني ٧٧/٣ والشافعي في المسند كما في البدائع (١٣٣٠) وأبو نعيم في الحلية ٧٦/٩ وفي التاريخ ٣٤٤/١.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٥٧/٦.

وإن رسول الله ﷺ «قَضَى بِمِثْلِ ذَلِكَ لِلزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ عَلَى بَعْضِ الْأَنْصَارِ حَتَّى قَالَ الْأَنْصَارِيُّ: إِنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ فَتَعَمَّرَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَنْزَلَ اللَّهُ: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» (٣). فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار دل على أن الضرر يزال بالإجبار.

ولأنه لما استحققت الشفعة لزوال الضرر بها ووجبت القسمة إذا دعي إليها أحد الشريكين لينتفي الإضرار معها، كان وجوب المباناة مع ما فيها من تضاعف الضرر أولى.

والقول الثاني قاله في الجديد وهو الصحيح وبه قال أبي حنيفة أنه لا إجبار في ذلك ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه، ولا عمارة ملك غيره في حال الانفراد فوجب أن لا يجبر على عمارته في حال الاشتراك كالزراع والغراس طرداً وكنفقة البهائم عكساً.

ولأنه لا يخلوا أن يكون الإجبار لمصلحة نفسه، أو لمصلحة غيره وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما.

فأما الجواب عن قوله «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أنه ليس استعماله في نفي الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب، بأولى من نفيه عن المطلوب بإدخاله على الطالب.

إذ ليس يمكن نفيه عنهما، فتناوب الأمران فيه فسقط الاستدلال بظاهره.

وأما حديث عمر فهو قضية في عين لا يجوز أن يستدل بعمومها ولعل إجراء المال قد كان مستحقاً من قبل.

لأن الإجماع لا يلزم أحد أن يجري ماء غيره على أرضه وكذلك حديث الزبير.

وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها، فلأنه لا يدخل على الغير إضرار بها. لأنه قد يأخذ ما قدر وليس كذلك في العمارة والمباناة.

وأما القسمة فليست غرمًا، وإنما هي لتمييز الملكين وإقرار الحقين والعمارة غرم محض فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين: فإن قلنا بإجباره على العمارة على قوله في

(٣) أخرجه البخاري ٣٤/٥ (٢٣٥٩ - ٤٥٨٥) ومسلم ١٨٢٩/٤ - ١٨٣٠ كتاب الفضائل (١٢٩ - ٢٣٥٧).

القديم . فإن كان موسراً أخذ بالعمارة في الحال . فإن كان في حائط مشترك كانت النفقة بينهما على قدر الملكين . وإن كان في سفل وعلو اختص صاحب السفل بعمارة سفله وانفرد صاحب العلو بعمارة علوه ، واشتركا في السقف الذي بينهما .

وإن كان الممتنع معسراً قيل للطالب الداعي إلى العمارة صاحبك معسر ، وأنت بالخيار بين أن تعمر جميعه بمالك وترجع على صاحبك إذا أيسر بقدر حصته أو تكف .

فإن بادر الطالب بعمارة ذلك من غير استئذان حاكم نظر ، فإن كان الممتنع موسراً لم يكن له الرجوع عليه بشيء ، وصار متطوعاً بالنفقة ، وإن كان معسراً ففي رجوعه وجهان : أحدهما : يرجع عليه بالنفقة إذا أيسر بها ، لأنها مستحقة شرعاً وإن لم يؤذن فيها حكماً .

والوجه الثاني : وهو أظهر لا رجوع له بها للاختلاف فيها ، فلم يستقر وجوبها إلا بحكم .

فعلى الوجه الأول ليس للثاني أن يمنع شريكه من بيع حصته والانتفاع بها إلا بعد أخذ نفقته ، فيصير كالمرهون بها وهو قول أبو حامد المروروذي .

وعلى الوجه الثاني ليس له منعه من البيع والانتفاع به ، لأنه لا رجوع له بسببها وهو قول الجمهور .

وإذا قلنا بقوله في الجديد أنه لا إيجاب في العمارة تركاً ومنعاً من المخاصمة ، وقيل لطلبها إن شئت أن تعمر متطوعاً لتصل إلى حقل لم تمنع ، ولا رجوع لك بشيء من نفقتك ، ولا لك منع صاحبك من بيع حصته والانتفاع بها .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « فَإِنْ تَطَوَّعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ بِأَنْ يَبْنِيَ السُّفْلَ كَمَا كَانَ ثُمَّ يَبْنِيَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ فَذَلِكَ لَهُ وَلَيْسَ لَهُ مَنَعُ صَاحِبِ السُّفْلِ مِنْ سُكْنَاهُ » .

قال الماوردي : وهذا صحيح .

ليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بناء السفل والعلو لأنه لا يصل إلى حقه من العلو إلا ببناء السفل ، ولا رجوع له بالنفقة على القولين . لأنه صرح بالتطوع بها . ولا له إذا بناه أن يمنع صاحب السفل من سكنى سفله ، لأنه حق له فلم يجز أن يمنع منه .

فأما الارتفاق بحائط السفل ، فإن كان قد بناه صاحب العلو بآلة صاحب السفل لم يكن له منعه من الارتفاق بحائطه كما جرت العادة به .

وإن كان قد بناه بآلة نفسه فله أن يمنعه من التصرف فيه والاستناد عليه .

ولا يمنعه من الجلوس في القرار والارتفاق به فلو كان له من قبل رسم في وضع جذع أو نصب رف أو إيتاد وتد كان له منعه من ذلك وإن كان الرسم من قبل ذلك جارياً به . لأن رسمه كان في حائطه المبني بآلته .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَنَقَضَ الْجُدْرَانَ لَهُ وَمَتَّى شَاءَ أَنْ يَهْدِمَهَا هَدَمَهَا» .

قال الماوردي : وهذا كما قال .

إذا تطوع صاحب العلو ببناء السفل ، ثم أراد هدمه لم تخل الآلة التي بنا بها السفل من أن تكون ملكاً له أو ملكاً لصاحب السفل . فإن كانت ملكاً لصاحب السفل فهو متطوع بالنفقة وليس له هدم البناء ، لأن النفقة أثر لا عين .

وليس له في هدم ذلك نفع فصار كمن غصب نقرة فضربها دراهماً ، أو غزلاً فنسجه ثوباً ، أو طيباً فضربه لبناً ، لم يكن له إعادة الدراهم نقره ، والثوب غزلاً ، واللبن طيباً ، لأنه عيب لا يستفيد به نفعاً .

وإن كانت الآلة من الأجر والجص واللبن والطين ملكاً لصاحب العلو فله هدم ذلك واسترجاع آلته ليصل بذلك إلى عين ماله .

فإن بذل له صاحب السفل قيمة ذلك ، فهل يجبر صاحب العلو على قبولها أم لا على ما ذكرنا من القولين .

إن قيل : إن صاحب السفل يجبر على البناء إذا سأله صاحب العلو .

يجبر على أخذ القيمة إذا بذلها صاحب السفل ، لأنه بذل له ما لو طالب به من قبل للزمه .

وإن قيل أن صاحب السفل لا يجبر على البناء .

لم يجبر صاحب العلو على أخذ القيمة إذا تطوع بالبناء ، لأنه بذل له ما لو طوّل به لم يلزمه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَكَذَلِكَ الشُّرَكَاءُ فِي نَهْرٍ أَوْ بئرٍ لَا يُجْبَرُ أَحَدُهُمْ عَلَى الإِصْلَاحِ لِضَرَرٍ وَلَا غَيْرِهِ وَلَا يُمْنَعُ الْمَنْفَعَةُ فَإِنْ أَصْلَحَ غَيْرُهُ فَلَهُ عَيْنٌ مَالِهِ مَتَى شَاءَ نَزَعَهُ» .

قال الماوردي : وهذا على ما ذكرنا من القولين في الشركاء ، إذا كان بينهم نهر فافسد أو عين فغارت أو بئر ما فانطمت ودعا بعضهم إلى حفر ذلك وإصلاحه وامتنع الباقيون ، فهل يجبر الممتنعون أم لا على قولين :

على قوله في القديم يجبرون وعلى قوله في الجديد لا يجبرون ، فإن اختاروا جميعاً حفره وإلا تركوا . وإذا اجتمعوا على الحفر جبراً ، أو اختياراً ، فقد اختلف الناس في مؤونة الحفر كيف تكون بينهم .

فذهب أبو حنيفة إلى أن أهل النهر يجتمعون مع الأول فيحفرون معه ، حتى إذا انتهى الأول إلى آخر ملكه . خرج وحفر الباقيون مع الثاني ، وخرج عند آخر ملكه ، وحفر الباقيون مع الثالث هكذا حتى ينتهي إلى الأخير ، فينفرد وحده بحفر ما يليه .

قال وإنما كان كذلك ، لأن ماء أهل النهر كله يجري على أرض الأول فوجب أن يشتركوا جميعاً في حفره وليس يجري ماء الأول على الثاني ، فلم يلزمه أن يحفر معه .
وذهب الشافعي والجمهور إلى أن مؤونة الحفر مقسطة بينهم على قدر أملاكهم ، إلا أن منهم من قسطها على مساحات الأرضين وقدر جريانها .

لأن الماء الجاري فيه يسبح عليها على قدر مساحاتها وجريانها ومنهم من قسطها على قدر مساحة وجوه الأرضين التي على النهر وهو أشبه بمذهب الشافعي وقول أصحابه لأن مؤونة الحفر تزيد بطول مساحة الوجه الذي على النهر ، وتقل بقصره ، فوجب أن يكون معتبراً به .

فصل : وإذا تطوع بعض الشركاء في البئر أو النهر ، بحفره لم يكن له منع باقي شركائه من الانتفاع بالسقي منه على ما كان مستحقاً له من قبل لاشتراكهم فيه .

وإن تفرد هذا بآثار الحفر ، إلا أن تكون له آلة قد نصبها لاستسقاء الماء كالرشا ودلو على بئر أو دولاب وبكرة على بئر فله منع شركائه من الاستسقاء بآلته ، لأنها ملك له لا حق فيها لغيره .

فإذا أرادوا تعليق رشا ودلو ، أو نصب دولاب وبكرة لم يكن له أن يمنعهم من ذلك ، لأن في منعهم من ذلك منعاً من استسقاء الماء الذي هم فيه شركاء .

فإن كانت البئر لا تحتل إلا رشا ودلو أو واحداً قليل له أنت بالخيار بين أن تمكنهم من السقي برشاك ودلوك ، وبين أن ترفع رشاك ودلوك عند اكتفائك لينصبوا لأنفسهم رشا ودلو ، فإن رضى بتمكينهم من السقي برشاه ، ودلوه . وأبو أن يسقوا إلا برشاهم ودلوهم ، كان القول قولهم في وضع دلوهم ورشاهم ولم يلزمهم الاستسقاء بدلوهم ورشاهم ، لأنها عارية مضمونة فلم يجب عليهم التزام ضمانها .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ عَلَى كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ: «فَإِذَا أَفَادَ صَاحِبُ السَّفَلِ مَا لَا أَخَذَ مِنْهُ قِيَمَةً مَا أَنْفَقَ فِي السَّفَلِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا الْأَوَّلُ أَوْلَى بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الثَّانِي مُتَطَوِّعٌ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يُرَاضِيَهِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: أما كتاب الدعوى على كتاب أبي حنيفة فمن كتب الشافعي في الجديد.

فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه، فذهب المزني وابن أبي هريرة إلى أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة، كما أجبر عليه في القديم.

فصار قوله في القديم وأحد قوله في الجديد وجوب المباناة والمحافرة.

فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب، رجع عليه عند يساره بما أنفق إذا كان قد أنفق بحكم حاكم.

وإن كان بغير حكم حاكم فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه لم يرد بذلك الإيجاب على المباناة والمحافرة، وإنما هو محمول على قوله في الجديد مع سقوط الإيجاب في ذلك على أحد أمرين:

إما أن يكون صاحب السفل قد أذن لصاحب العلو أن يبني ليرجع عليه بما أنفق، فلصاحب العلو أن يرجع عليه عند يساره، بما أنفق، لأنه أنفق بإذنه ونائباً عنه.

أو يكون صاحب العلو والسفل اتفقا على الهدم لبنيان ذلك من بعد، فإذا هدماه أجبر صاحب السفل على البناء، قولاً واحداً نص عليه في الأم.

ومن أصحابنا من كان يخرج الإيجاب في هذا على قولين كالذي مضى، وليس بصحيح، بل يجبر على ذلك في القولين معاً، لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء صار البناء مضموناً عليه بالشرط الذي التزمه، فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه.

فلو أعسر بالبناء، كان لصاحب العلو أن يبني ليرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل، فيكون الذي نص عليه في كتاب الدعوى على أبي حنيفة هو ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ نَخْلَةٌ أَوْ شَجَرَةٌ فَاسْتَعْلَتْ وَانْتَشَرَتْ أَغْصَانُهَا عَلَى دَارِ رَجُلٍ فَعَلَيْهِ قَطْعُ مَا شَرَعَ فِي دَارِ غَيْرِهِ فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى تَرْكِهِ فَلَيْسَ بِجَائِزٍ».

قال الماوردي : وهذا كما قال ، إذا كان في دار رجل نخله أو شجرة ، فاستعلت أغصانها وانتشرت إلى دار جاره ، وطالبه الجار بإزالة ما انتشر في داره من الأغصان فذلك له .
وعلى صاحب الشجرة أن يتوصل إلى إزالة ذلك عنه ، لأن من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها ، فلم يكن لصاحب الشجرة إسقاط حقه فإن كانت الشجرة يابسة ، قطع الأغصان المنتشرة عنها .

وإن كانت رطبة ثناها وشدها إلى الشجرة أو قطعها إن شاء .

فإن بادر صاحب الدار فقطع ما انتشر في داره من الأغصان ، فإن كانت يابسة لا تنتهي جاز ولم يضمن إذا لم يتعد .

وقال بعض العراقيين يضمن إذا قطعها بغير حكم حاكم . وهذا غير صحيح ، لأنه مستحق لذلك اتفاقاً فلم يكن حكم الحاكم فيه مؤثراً .

فأما إن كانت الأغصان رطبة فهو ضامن لما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها ، لأن قطعه غير مستحق ، لأنه يمكن إزالة الضرر عنه بأن يثني الغصن إلى الشجرة ويشد معها فصار يقطعه متعدياً ، .

فإن طالب صاحب الغصن أن يصالحه الجار على تركه فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون الغصن في الهواء لم يستند على حائطه فإن كان كذلك لم يجز الصلح وكان باطلاً .

لأنه صلح على الهواء ، والصلح على الهواء لا يجوز ، لأنه من توابع الملك فلم يجز إفراده بالعقد كالمرافق .

والضرب الثاني : أن يكون الغصن قد استند على حائطه فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون الغصن يابساً فالصلح على إقراره جائز كما يجوز الصلح على وضع جزع في حائطه . وإن كان الغصن رطباً ففي الصلح على إقراره وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أن الصلح على إقراره باطل ، لأنه ينمى مع الأوقات فصار صلحاً على مجهول .

والوجه الثاني : أن الصلح عليه جائز ، ويكون ما حدث فيه من النماء تبعاً لا يبطل بالجهالة ، كما لا يبطل العقد بجهالة ما كان تبعاً له من المرافق والأساس وهذا قول أكثر البصريين .

فصل: إذا غرس الرجل غرساً في أرضه، وكان يعلم أن الغرس إذا كبر وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار، لم يكن للجار أن يأخذه بقلعه في الحال، لأنه إنما يستحق قلع الأغصان المنتشرة في داره وليس في الحال موجودة.

وقد لا توجد من بعد، وإن وجدت فقد يزول ملك الجار فيما بعد. وهكذا لو أراد حفر بئر في أرضه، وكانت تصل نداوة البئر إلى حائط جاره، لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها، لأنه متصرف في ملكه، كما لا يمنعه من وقود النار وإن تأذى بالدخان.

فصل: إذا مال حائط الرجل إلى دار جاره، فطالبه الجار بإزالة الميل عن داره فذلك له، وعلى صاحب الحائط^(١) أن يهدمه ليزول الميل. أو يهدم منه القدر المائل. ليتصرف الجار في هواء داره كله.

ولو كان ميل الحائط إلى دار صاحبه، وكان الجار خائفاً من انهدامه على نفسه، أو ماله لم يلزم هدمه، لأنه لم يفوت عليه في الحال حقاً ولا أتلّف عليه ملكاً، وانهدامه في الثاني مضمون وقد لا يكون.

فصل: حكى أبو بكر بن إدريس عن أبي حامد المروزي أن أبا إسحاق المروزي سئل عن شجرة الأترج إذا انتشرت أغصانها إلى ملك رجل، ودخل رأس الغصن في برنيه له وانعقدت فيه أترجة وكبرت، ولم يمكن إخراجها إلا بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية ما الواجب؟

فقال الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية، لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته، فلما لم يزل صار مستعداً به فوجب أن يلتزم حكم تعدية. ويكون القطع المتقدم واجباً عليه، وليس من صاحب البرنية تعد في وضعها في ملكه.

ف قيل لأبي حامد ما تقول في البرنية إذا كانت وديعة. في بيت رجل، فوضعها في سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره فقال: يقطع الأترجة لتسلم البرنية.

لأن قطع الغصن قد كان مستحقاً من قبل. وذلك أسبق من وضع البرنية، ف قيل له فما تقول إن كانت الشجرة في داره والبرنية في يده قال يقطع الغصن أيضاً لتسلم البرنية. لأنه متعدد بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها.

ف قيل له ما تقول في حيوان بلع للؤلؤة. قال لا أمر بذبحه وأتركهم حتى يصطلحوا عليه، لأن للحيوان حرمة.

(١) في أ الدار.

ألا ترى أنه لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان لم يكلف الرد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ دَنَانِيرٌ أَوْ عَلَى دَنَانِيرٍ بَدَرَاهِمٍ لَمْ يَجْزِ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَإِنْ قَبْضَ بَعْضًا وَبَقِيَ بَعْضٌ جَازَ فِيمَا قَبْضَ وَانْتَقَضَ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ إِذَا رَضِيَ بِذَلِكَ الْمُصَالِحُ الْقَابِضُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه مائة دينار فاعترف بها وصالحه منها على ألف درهم أو ادعى عليه ألف درهم فصالحه منها على مائة دينار فالصلح جائز إذا تقابضا قبل الافتراق.

لأن أخذ الدراهم عوضاً عن الدنانير صرف يلزم فيه التقابض قبل الافتراق. وهذا يوافقنا عليه أبو حنيفة فلزمه أن يجعل الصلح معاوضة يبطل بالإنكار. ولو كان لإسقاط الخصومة حتى يجوز مع الإنكار لجاز فيه إسقاط حكم الربا وإن تقابضا بعد الافتراق.

فإذا ثبت هذا لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقابضا جميع الألف قبل الافتراق فقد انتجز الصلح وانبرم وسقطت المطالبة بالدنانير واستوفى ما تضمنه عقد الصلح من الدراهم.

والقسم الثاني: أن يتفرقا قبل القبض فالصلح باطل ويعود المصالح إلى حقه من الدنانير فيطالب بها دون الدراهم التي صالح عليها.

والقسم الثالث: أن يتقابضا بعض الدراهم قبل الافتراق ويبقى بعضها فالصلح باطل فيما لم يقبض.

فأما في المقبوض فعلى قول أبي إسحاق المروزي أن الفساد الطارئ بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد، يكون الصلح على قولين: من تفريق الصفقة.

أحدهما: باطل لبطلانه فيما لم يقبض.

والثاني: جائز.

وعلى قول جمهور أصحابنا أن الفساد الطارئ بعد العقد مخالف لما فارق العقد. وأن فساد بعض ما تضمنته الصفقة بما يأتي من الفساد لا يوجب فساد ما بقي إذا عري عن الفساد فعلى هذا يكون الصلح في المقبوض جائزاً قولاً واحداً.

ثم ينظر في المصالح فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ لأن فراقه قبل قبض الباقي رضي منه بتفريق الصفقة فلم يكن له فسخها بعد التراضي .

وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقي فهو بالخيار بين أن يقيم أو يفسخ فإن فسخ رد ما قبض وطالب بالدنانير التي كانت له .

وإن أقام فعلى طريقة أبي إسحاق يجعل فيما يأخذ به المطلوب المقبوض قولين :

أحدهما : يأخذه بكل الدنانير .

والثاني : بالحساب والقسط .

وعلى طريقة غيره يجعل المقبوض مأخوذاً بحسابه وقسطه قولاً واحداً .

فصل : فأما إذا صالحه من مائة دينار على نصفها فهذا حطيطة وإبراء يجوز أن يفارقه فيها قبل القبض .

لأن صحة الإبراء لا تكون موقوفة على قبض ما بقي .

فصل : ولو صالحه من المائة دينار على ثوب أو عبد ففي استحقاق قبضه قبل الافتراق وجهان :

أحدهما : لا يستحق ويجوز الافتراق فيه قبل القبض . لأنه لا ربا في بيع الدنانير بثوب أو عبد .

والوجه الثاني : يستحق ويبطل الصلح فيه بالتفرق قبل القبض . لأن تأخير القبض فيه يجعله بيع دين بدين .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَإِذَا أَقْرَأَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ فِي دَارٍ فِي أَيْدِيهِمْ يَحِقُّ لِرَجُلٍ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ فَالْصُّلْحُ جَائِزٌ وَالْوَارِثُ الْمُقْرَأُ مُتَطَوِّعٌ لَا يَرْجِعُ عَلَى إِخْوَتِهِ بِشَيْءٍ » .

قال الماوردي : وصورتها في رجل مات وترك داراً على ورثته فادعى رجل أن الدار له وأن المتوفى كان قد أخذها منه أما بغصب أو إجارة أو عارية فصدقه أحد الورثة على دعواه وأقر له بالدار وصالحه منها على مال فهذا على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يصالحه على قدر حصته من الدار .

والثاني: أن يصلحه على جميع الدار عن جميع الورثة.

والثالث: أن يصلحه عن جميع الدار لنفسه.

فإن صالحه على قدر حصته صح الصلح فيها وكان المدعي على مطالبته باقي الورثة ولم يكن لباقي الورثة شفعة فيما صالح عليه، لأنهم بإنكار الدعوى معترفون بإبطال الصلح وإسقاط الشفعة، وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أن لهم الشفعة فيما صالح عليه لأنه معترف أنه ملك ذلك بالصلح لا بالإرث.

وإن صالحه على جميع الدار عن جميع الورثة صح الصلح إن كان بأذنه وفي حصته بغير إذنه وجهان مضيا فيمن صالح عن غيره.

أحدهما: يصح أيضاً ولا يرجع عليهم بشيء.

والثاني: لا يصح فعلى هذا يبطل الصلح في حصص باقي الورثة وهل يبطل في حصة المصالح على قولين من تفريق الصفقة.

وإن صالحه عن جميع الدار لنفسه فيكون في حكم من ابتاع داراً بعضها في يده وبعضها في يد غيره. فإن أقر بأنه قادر على انتزاع ذلك ممن هو في يده صح الصلح في الجميع. وإلا بطل الصلح فيما لا يقدر على انتزاعه. وهل يبطل فيما بيده على قولين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بَيْتًا فِي يَدَيْهِ فَاصْطَلَحَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لَأَحَدِهِمَا سَطْحُهُ وَالْبِنَاءُ عَلَى جُذْرَانِهِ بِنَاءً مَعْلُومٌ فَجَائِزٌ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا لَا يَجُوزُ أَقْبَسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي إِبْطَالِهِ أَنْ يُعْطَى رَجُلٌ مَالًا عَلَى أَنْ يَشْرَعَ فِي بِنَائِهِ حَقًّا فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى أَنْ يُبْنَى عَلَى جُذْرَانِهِ بِنَاءً».

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في مراد الشافعي بمسطور هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يد رجل فأقر له صاحب اليد بجميع البيت. ثم أن المقر له صالح المقر بأن وهب له علو البيت على أن له أن يبني عليه بناء معلوماً فهذا جائز ويكون صلح هبة لا صلح على معاوضة فهذا قول أبي إسحاق والمسألة تقدمت مع بيان آراء الفقهاء فيها.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يدي رجل فأقر له بسفل البيت دون علوه. ثم صالحه على السفل الذي أقر له به بالعلو الذي لم يقر به ليبني على العلو بناء معلوماً.

[فهذا صلح جائز لأنه بيع سفل يعلو ليبنى عليه بناء معلوماً فيكون صلح معاوضة^(١)]
فهذا قول أبي علي .

والمذهب الثالث: وهو قول أبي الطيب ابن سلمة أنها مصورة فيمن ادعى بيتاً في يدي رجل فاعترف له بجميعه ثم أن المقر له ترك للمقر سفل البيت ترك إبراء ليبنى لنفسه على ما بقي له من العلو بناء معلوماً .

فهذا صلح جائز ويكون صلح حطيطة وإبراء فهذا قول أبي الطيب .

فصل: فأما المزني فإنه منع جواز الصلح على سقف بيته ليبنى عليه بناء معلوماً كما لا يجوز الصلح على إخراج جناح وإن كان معلوماً وهذا خطأ .

والفرق بينهما يمنع من تساوي حكمهما وذلك أن الصلح على إخراج الجناح صلح على الهواء الذي لا يملك فلم يجز أن يملك به عوضاً .

والصلح على البناء على السقف صلح على مملوك فجاز أن يملك به عوضاً كما لو صالحه على البناء في قرار أرضه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ اشْتَرَى عُلُوَّ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَبْنِيَ عَلَى جُذْرَانِهِ وَيَسْكُنَ عَلَى سَطْحِهِ أَجْزَتْ ذَلِكَ إِذَا سَمِينَا مُنْتَهَى الْبُنْيَانِ لِأَنَّهُ لَيْسَ كَالْأَرْضِ فِي احْتِمَالِ مَا يَبْنِي عَلَيْهَا (قَالَ الْمَزْنِيُّ) هَذَا عِنْدِي غَيْرُ مَنْعٍ فِي كِتَابِ أَذْبِ الْقَاضِي أَنْ يَقْتَسِمَا دَاراً عَلَى أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا السُّفْلُ وَلِلْآخَرِ الْعُلُوُّ حَتَّى يَكُونَ السُّفْلُ وَالْعُلُوُّ لَوَاحِدٍ» .

قال الماوردي: وهذا صحيح . يجوز أن يشتري علو بيت دون سفله .

ومنع أبو حنيفة من إفراد العلو بالعقد دون السفل لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز إفرادها بالعقد .

وهذا خطأ لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها فجاز أن يفرد بعقد البيع كالسفل .

ولأن البناء تبع للعروة في البيع ويجوز إفرادها بالعقد وكذلك العلو وهذا دليل وانفصال .

فصل: فإذا ثبت جواز بيع العلو منفرداً دون السفل فلا يخلو حالهما إذا تبايعاه من ثلاثة أقسام :

أحدها: أن يشترطاً في العقد أن يبني عليه.

والثاني: أن يشترطاً فيه أن لا يبني عليه.

والثالث: أن يطلق العقد.

فإن اشترطاً أن يبني عليه لم يخل حال الشرط من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطاً عليه بناء معلوماً بصفاته طولاً وعرضاً ويصفان آله أجر وجص ولبن وطين فهذا بيع جائز وشرط لازم.

وليس للمشتري الزيادة عليه ولا للبائع المنع منه لأنها منفعة معلومة.

والقسم الثاني: أن يشترطاً أن يبني ما شاء فهذا شرط باطل للجهالة به وبيع باطل لما تضمنه من بطلان الشرط الفاسد. وخالف الأرض إذا عاوضه على البناء فيها. لأن الأرض تحتل ما يبني عليها فلم يحتج إلى تقديره بالشرط. والعلو لا يحتل البناء عليه إلا إلى حد مقدر فافترقا.

القسم الثالث: أن يشترطاً البناء ولا يشترطاً قدره ولا وصفاً طوله وعرضه بل يكون الشرط مطلقاً ففي الشرط وجهان:

أحدهما: لازم ويبني عليه ما احتمله لأنه قد يتقدر عند أهل الخبرة بالمعتاد المألوف فلم يفتقر إلى تقديره بالشرط.

والوجه الثاني: أن الشرط باطل لأن العادات فيه مختلفة وأهل الخبرة لا يتفقون فيه ولأنه مجهول عند المتعاقدين في الحال وهذا أصح الوجهين.

فعلى هذا يكون البيع باطلاً. لفساد ما ضمن من الشرط فهذا الكلام فيه إذا تبايعاه بشرط البناء عليه.

فأما إذا تبايعاه بشرط أن لا يبني عليه فالبيع جائز وليس له البناء عليه وله أن يسكن فيه ويرتفق به كيف شاء بعد أن لا يبني.

فإن قيل: فلم صح هذا العقد وقد تضمنه شرط أوقع عليه حجراً في ملكه فصار كما لو باعه أرضاً على أن لا يبني فيها.

قيل الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد. وإنما تضمن المنع من إحداث ما ليس على ملكه في الحال.

والفرق بين العلو حيث جاز بيعه بشرط أن لا يبني عليه وبين الأرض حيث لم يجز

بيعها بشرط أن لا يبني فيها أن الأرض المباعة لم يبق للبائع فيها حق . ولا يدخل عليه بالبنیان فيها ضرر فبطل العقد فيها باشتراط ما لا يتعلق بحقه . وليس كذلك العلو لأنه متصل بملك البائع وفي البناء عليه إضرار به فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه فافترقا .

فهذا الكلام فيه إذا شرط أن لا يبني عليه .

فأما إذا تبايعاه مطلقاً بغير شرط فهل للمشتري أن يبني عليه أم لا على وجهين : -
أحدهما : أنه يبني عليه ما احتمله . لأنها منفعة من منافع ملكه فلم يجز أن يحجر عليه فيها .

والوجه الثاني : وهو أصح ليس له البناء لما فيه من الإضرار بالسفل وتكون منفعته مقصورة على السكنى والارتفاع بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة .

فأما البيع فعلى الوجهين معاً لازم وإنما الوجهان في جواز البناء .

فصل : فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفرداً عن السفلى كقول أبي حنيفة .

وتعلقا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى الانفصال عنه .

ثم لما حكاه عن الشافعي في كتاب أدب القاضي أنه منع من قسمة دار على أن يكون لأحدهما سفليها وللآخر علوها .

فجعل هذا من قوله دليلاً على أن العلو لا يجوز إفراده بالعقد وهذا الذي قاله المزني غير صحيح لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن يكون علوها لأحد الشريكين وسفليها للآخر إجباراً أو كرهاً .

لأن قسمة الإجمار توجب تعديل الملك بين الشريكين ليكون شطر الدار علواً وسفلاً لأحدهما وشطراً للآخر بقدر السهام في الملك .

فأما إذا تراضيا الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفليها لأحدهما وعلوها للآخر جاز .

والصلح إنما هو عقد مراعاة لا يصح مع الإجمار فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة الإجمار .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ كَانَتْ مَنَازِلُ سَفَلٍ فِي يَدَيِ رَجُلٍ وَالْعُلُوُّ فِي يَدَيِ آخَرَ فْتَدَاعِيَا الْعَرَصَةِ فَهِيَ بَيْنَهُمَا» .

قال الماوردي : وهذا كما قال .

وصورتها أن يكون علوها لرجل وسفلها لغيره واختلفا في عرصة الدار فادعاها صاحب السفلى وقال هي لي وادعاها صاحب العلو وقال هي لي ، فلا يخلو حال العرصة من أحد أمرين :

إما أن يكون عليها ممر لصاحب العلو أو ليس له عليها ممر .

فإن كان عليها لصاحب العلو ممر واستطرق لأنه يصعد إلى علوه بعد اجتيازه فيها فهي بينهما بعد أن يتحالفا عليها . لأن كل واحد منهما متصرف فيها فصارت بأيديهما فوجب أن تكون بينهما .

وإن لم يكن عليها لصاحب العلو ممر ولا له فيها استطراق فهذا على ضربين :

أحدهما : أن تكون محولة عين ممره وموضع استطراقه بيباب أو بناء كدواخل البيوت فيكون ذلك لصاحب السفلى لا يختلف لأنه قد تفرد بالتصرف فيه فصار منفرداً باليد عليه .

والضرب الثاني : أن يكون متصلاً بممره وموضع استطراقه من غير حائل دونه مثل أن يكون ممره في بعض الصحن وباقيه متصل به وليس لصاحب العلو استطراق فيه . فالقدر الذي يستحق فيه ممرأ أو استطراقاً يكون بينهما نصفان وما وراءه مما لا حق له في استطراقه ولا حائل دونه فيه وجهان : -

أصحهما : يكون لصاحب السفلى لتفرده باليد عليه .

والثاني : وهو قول بعض أصحابنا المتأخرين أنه يكون بينهما . لاتصاله بما هذا حكمه .

ومن هذين الوجهين مضى تخريج الوجهين في عرصة الزقاق المرفوع .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَوْ كَانَ فِيهَا دَرَجٌ إِلَى عُلُوهَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ كَانَتْ مَعْقُودَةً أَوْ غَيْرَ مَعْقُودَةٍ لِأَنَّهَا تَتَّخِذُ مَمَرًا وَإِنْ انْتَفَعَ بِمَا تَحْتَهَا» .

قال الماوردي : وهذا صحيح . إذا اختلف صاحب السفلى وصاحب العلو في درجة فادعاها كل واحد منهما فلا يخلو حالها من أحد أمرين :

إما أن يكون تحتها مرفق لصاحب السفلى أم لا .

فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفلى بل كانت صماء فهي لصاحب العلو لأنها لا تتخذ على هذا الوجه إلا ممرأ فصار صاحب العلو أحق بها بالتصرف فيها واليد عليها . فكان أحق بها وسواء كانت من خشب أو من غيره . وإن كان تحتها مرفق فعلى ضربين :

أحدهما: أن يكون مرفقاً كاملاً كبيت أو خزانة تصلح للسكنى أو إحراز القياس فتكون الدرجة بينهما نصفين. كالسقف لأن لكل واحد منهما فيها تصرفاً وله عليها يدأً فصارا فيها سواء.

إلا أن صاحب السفلى مختص بالتصرف في سفليها والارتفاق به وليس له الصعود عليها.

وصاحب العلو مختص بالصعود عليها وليس له التصرف فيما تحتها. كالسقف المجعول بين صاحب العلو والسفل ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به.

والضرب الثاني: أن يكون المرفق ناقصاً مثل أن يكون تحتها رف أو موضع جب أو ما جرى مجراه من غير أن يكون بيتاً كاملاً ففيها وجهان:

أحدهما: أنها تكون بينهما نصفين كالبيت لارتفاعهما بها وهذا قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: أنها لصاحب العلو لأن تصرفه فيها أكمل ويده عليها أقوى وهذا قول أبي حامد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ زَرْعاً فِي أَرْضٍ فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى دَرَاهِمٍ فَجَائِزٌ لَأَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ زَرْعَهُ أَخْضَرَ مِمَّنْ يَقْصِلُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل بيده زرع في أرض ادعاه مدع فأقر له به وصالحه عليه بمال بذله له فلا يخلو حال الزرع من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما يجوز بيعه بكل حال.

والثاني: أن يكون مما لا يجوز بيعه بحال.

والثالث: أن يكون مما يجوز بيعه بشرط القطع ولا يجوز على الإطلاق.

فإن كان مما يجوز بيعه بكل حال كالزرع إذا اشتد وكان بارز الحب كالشعير فيجوز الصلح عليه بالدرهم وغيرها مطلقاً وبشرط القطع كما يجوز في البيع. وإن كان مما لا يجوز بيعه مفرداً بحال كالبذر قبل نباته وما اشتد من الزرع إذا كان مستوراً في أكمامه كالحنطة على أصح القولين فالصلح باطل كما أن بيعه باطل.

وإن كان مما يجوز بيعه بشرط القطع فإن صالح عليه بشرط القطع صح الصلح . وإن صالح عليه مطلقاً لم يخل حال الأرض من أحد أمرين :

إما أن تكون للمصالح باذل المال أو لا تكون .

فإن لم تكن الأرض له بطل صلحه على الزرع بغير شرط القطع كما يبطل بيعه بغير اشتراط القطع . وإن كانت الأرض له ففي صلحه وجهان : -

أحدهما : أنه يجوز لأنه يصير تبعاً للأرض فصار كمشتري الزرع مع الأرض .

والوجه الثاني : أنه باطل حتى يشترط فيه القطع لأن عقد الصلح قد انفرد بالزرع فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ الزَّرْعِ لَمْ يَجْزَ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَسَّمُ الزَّرْعُ أَخْضَرَ وَلَا يُجْبَرُ شَرِيكُهُ عَلَى أَنْ يَقْلَعَ مِنْهُ شَيْئاً» .

قال الماوردي : وهذا كما قال . وإذا كان الزرع في يدي رجلين فادعاه رجل فصدقه أحدهما دون الآخر وصالحه المصدق على نصفه بمال فإن كان الزرع مما يصح الصلح عليه بغير اشتراط القطع . كسنبل الشعير وما برز من الحبوب المشتدة جاز الصلح .

وإن كان مما يلزم اشتراط القطع فيه كالزرع الذي هو بقل لم يشتد نظره .

فإن لم تكن الأرض للمقر المصالح فهذا الصلح باطل لأن اشتراط القطع في نصف الزرع مشاعاً غير ممكن وقسمته لا تلزم .

وإن كانت الأرض للمقر المصالح ففي صحة الصلح وجهان :

إن قيل إن اشتراط القطع فيه لازم بطل الصلح لتعذر اشتراطه فيه وإن قيل إن اشتراط القطع فيه غير لازم صح الصلح .

وهكذا لو كان الزرع كله في يد رجل واحد فأقر لمدعيه بنصفه وصالحه عليه كان الصلح فيه على ما ذكرنا من بطلانه إن لم تكن الأرض له وإن كانت الأرض له فعلى وجهين : لأنه يصير مصالحاً على نصفه مشاعاً فتعذر اشتراط قطعه . والله أعلم وبالله التوفيق وهو حسبي .