

الفروع

باب السلم والتصرف في الدين

يصح بلفظه، ولفظ السلف والبيع، بشروط:

أحدها: ضبط صفاته، كمكيل وموزون، و«المذهب»: ومذروع، وفيه رواية، وعلى الأصح: وحيوان آدمي وغيره، وفي معدود، كفواكه وبقول، وجلود ورؤوس، وبيض روايتان^{(١) (٢)}، وفيما خلطه مقصود متميز، كثياب

التصحيح مسألة - ١ - ٣: قوله: (وفي معدود، كفواكه وبقول، وجلود ورؤوس وبيض روايتان). انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ١: هل يصح السلم في الفواكه والبقول، أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الإرشاد»^(١)، و«الهداية»، و«عقود ابن البناء»، و«المذهب»، و«مسيوك الذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»^(٢)، و«الكافي»^(٣)، و«المقنع»^(٤)، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٤)، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم:

إحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح». قال في «الرعاية الكبرى»: ولا يصح في معدود مختلف على الأصح، قال أبو الخطاب: لا أرى السلم في الرمان والبيض، وجزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الخلاصة»، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

والرواية الثانية: يصح، جزم به ابن عبدوس في «تذكرته»، وصححه في «تصحيح المحرر».

المسألة الثانية - ٢: هل يصح السلم في البيض أم لا؟ أطلق الخلاف، والحكم فيه

الحاشية

(١) ص ٢٠٧

(٢) ٤٨٩/٦

(٣) ١٥٧/٣

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٢٠/١٢

منسوجة من نوعين، وخفاف ونشاب ونبيل ورماح، وقيل: وقسيّ الفروع وجهان^(٤،٥) لا جوهر ونحوه. ويصح في جبن وخلّ تمر ولبن، وخبز،

كالحكم في الفواكه والبقول، خلافاً ومذهباً، وتقدم كلام أبي الخطاب وغيره .

التصحيح

المسألة الثالثة - ٣: هل يصح السلم في الجلود والرؤوس ونحوها أم لا يصح؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»^(١)، و«الكافي»^(٢)، و«المقنع»^(٣)، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٣)، و«الفائق»، و«الزركشي»، وغيرهم:

إحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الوجيز» وصححه في «التصحيح»، و«الرعاية الكبرى»، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وهو ظاهر ما قدمه في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير».

والرواية الثانية: يصح، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته». قال الناظم: وهو أولى، وقدمه في «التلخيص» في مكان آخر، وجزم به القاضي يعقوب في «التبصرة»، وصححه في «تصحيح المحرر».

مسألة - ٤ - ٥: قوله: (وفيما خلطه مقصوداً متميز، كثياب منسوجة من نوعين، وخفاف ونشاب، ونبيل ورماح - وقيل: وقسي وجهان). انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٤: هل يصح السلم في الثياب المنسوجة من نوعين أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«المقنع»^(٤)، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«الزركشي»، وغيرهم:

إحدهما: يصح، وهو الصحيح، قطع به في «المغني»^(٥)، و«الوجيز»، وغيرهما،

الحاشية

(١) ٣٩٠ / ٦

(٢) ١٥٧ / ٣

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٢٤ / ١٢ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٢٦-٢٢٧ .

(٥) ٣٨٨ / ٦

الفروع ولحم ولو مع عظمه، ويعتبر موضع لحم من حيوان، كلحم فخذ أو جنب، نقله الجماعة، ونقل أبوداود: السلم فيه لا بأس به، ويسمى ماعز غث أو سمين، ويصح في شحم. قيل لأحمد: إنه يختلف، قال: كل سلف يختلف، وسكنجيين^(١) ونحوها؛ لأنَّ خلطه لمصلحته، ولبن^(٢) فيه ماء يسير، ودهن بنفسج وورد ونحوهما. وفي «عيون المسائل»: لا في لبن حامض؛ لأنه عيب، ولا ينضبط، ولا ما خلطه^(٣) مالا^(٤) ينفعه، كما في لبن، ومش^(٥) في ذهب، أو لا يتميز، كنفد مغشوش، ومعاجين ونَد^(٦) وغالية^(٧)، وفيها في «الانتصار»: منع وتسليم وحيوان حامل وأمة وولدها، لندرة جمعهما الصفة، وقيل: ولحم مطبوخ ومشوي. وفي طريقة بعض أصحابنا في لؤلؤ ونحوه، وخلفات^(٨)، ومعاجين، منع في الكل، ثم تسليم

التصحيح وصححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، و«الكافي»^(٩)، و«الشرح»^(١٠)، وغيرهم، وقدمه في «النظم»، و«شرح ابن رزين» وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي وابن عبدوس في «تذكرته».

المسألة الثانية - ٥: هل يصح السلم في الخفاف والنشاب والنبيل المريش،

الحاشية

(١) هو شراب مركب من خل وعسل، ويراد به كل حامض وحلو: «معجم الألفاظ الفارسية المعربة» ص ٦٢.

(٢) في النسخ الخطية: «ولأن».

(٣) في الأصل: «خالقه».

(٤) ليست في (ب) و(ر).

(٥) في النسخ الخطية: «ومس»، والمثبت من (ط)، والمَثْنُ: الخلط حتى يذوب «القاموس»: (مش).

(٦) هو عود يتبخر به. «المصباح»: (ندد).

(٧) أخلاط من الطيب. «المصباح»: (غلا).

(٨) هي: الحوامل من الإبل. «المصباح»: (خلف).

(٩) ١٥٧/٣.

(١٠) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٢٤/١٢.

في اللؤلؤ، ثم تسليم في الكل. وفي شهد وعقيق وآنية مختلفة الرأس الفروع والوسط وجهان (٦م، ٨).

والرماح، أم لا يصح؟ أطلق الخلاف فيه. واعلم: أن حكم ذلك حكم الثياب المنسوجة الصحيح من نوعين، على الصحيح من المذهب، كما قاله المصنف، وقاله المجد وغيره، وقدم في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، الصحة هنا أيضاً، وهو الصحيح، كما تقدم في التي قبلها.

مسألة ٦ - ٨: قوله: (وفي شهد وعقيق وآنية مختلفة الرأس والوسط وجهان).

انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٦: هل يصح السلم في الشهد أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «الرعاية الكبرى».

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«النظم»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وصححه في «التلخيص».

والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثانية - ٧: هل يصح السلم في العقيق أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، وعليه الأكثر، وجزم به في «المغني»^(٣)، و«الكافي»^(٤)، و«الشرح»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: يصح السلم فيها.

المسألة الثالثة - ٨: هل يصح السلم في الآنية المختلفة الرؤوس والأوساط، أم

لا يصح؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»،

(١) ٦ / ٣٨٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢ / ٢٢٨.

(٣) ٦ / ٣٨٦.

(٤) ٣ / ١٥٥.

الفروع

الثاني: ذكر ما يختلف به ثمنه غالباً، كقدره، ونوعه، وبلده، وحدثه، وجودته، وضدهما، ويذكر في الأصح ما يميز مختلف النوع، وسن الحيوان وذكرته وأنوثته، وسمته وهزله، وراعياً أو معلوفاً، وهل الآلة أحبولة أو كلب أو فهد أو صقر. وعند الشيخ: لا يشترط هذا؛ لأنه يسير، قال: وإذا لم يعتبر في الرقيق ذكرٌ سَمَنٍ وهزالٍ، ونحوهما مما يتباين به الثمن، فهذا أولى، والطول بالشبر معتبرٌ في الرقيق. وفي «الترغيب»: فإن كان رجلاً، ذكر: طويلاً أو ربعاً أو قصيراً. وفي ذكر الكحل والدعج^(١)، والبكارة والثيوية ونحوها، وجهان^(٢). وفي «عيون المسائل»: يعتبر ذكر الوزن في الطير،

التصحيح و«الخلاصة»، و«الكافي»^(٢)، و«المقنع»^(٣)، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الشرح»^(٣)، و«شرح ابن منجا»، و«النظم»، و«الحاوي الكبير»، و«الفائق»، و«الزركشي»، وغيرهم: أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في «مسبوك الذهب»، و«الوجيز»، و«إدراك الغاية»، وغيرهم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وقدمه في «المغني»^(٤)، و«شرح ابن رزين».

والوجه الثاني: يصح، صححه في «التصحيح»، فعلى هذا الوجه: يُضبطُ بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلىه.

مسألة - ٩: قوله: (وفي ذكر الكحل والدعج، والبكارة والثيوية ونحوها، وجهان) انتهى، وأطلقهما في «البلغة»، قال في «الرعاية الكبرى»: وفي اشتراط ذكر الكحل والدعج، وثقل الأرداف، ووضاءة الوجه، وكون الحاجبين مقرونين، والشعر سبطاً أو جعداً أو أشقر، أو أسود، والعين زرقاء، والأنف أفتى في صحة السلم وجهان انتهى.

الحاشية

(١) الدَّعْجُ، محرّكة: سواد العينين مع سَتَينِهما.

(٢) ١٥٥/٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٢٢٦.

(٤) ٣٨٦/٦.

كالكركي والبط؛ لأنَّ القصد لحُمه، وينزل الوصفُ على أقلِّ درجة. وفي الفروع «الترغيب»: ولا بُدَّ من ذكره بلغة يفهمها غيرُهما؛ ليرجع إليهم عند التنازع.

قال في «عيون المسائل»: ويذكر في العسلِ المكان، بلدي، جبلي، والزمان، ربيعي، خريفي، واللون، لا قدمه وحدائته، ولا يصح شرطُ الأجود، وفي الأردأ وجهان^(١٠٢). وله أخذُ نوعٍ آخرَ من جنسه، كدون

أحدهما: يعتبر ذكرُ ذلك، وعليه أكثرُ الأصحاب، قال في «التلخيص»: قاله/غير ١٢٠ القاضي من أصحابنا، قال الشيخ في «المغني»^(١) والشارح ومن تبعهما: ويذكر الثبوتة التصحيح والبقارة، ولا يحتاج إلى ذكر الجعودة والسبوتة. انتهى. واختار الاشتراط في الجميع صاحبُ «المستوعب».

والوجه الثاني: لا يُعتبرُ ذكر ذلك، ويصح السلمُ بدون ذكره، اختاره القاضي في «المجرد»، و«الخصال».

مسألة - ١٠: قوله: (ولا يصح شرطُ الأجود، وفي الأردأ وجهان)، انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسيبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»^(٢) و«الكافي»^(٣)، و«المقنع»^(٤)، و«الهادي»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٥)، و«شرح ابن منجا»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوين»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: يصح، وجزم به في «المنور»، و«منتخب الأدمي»، وصححه في «التلخيص»، و«البلغة»، و«الزركشي»، وغيرهم، قال في «التلخيص»: لأنَّ طلبَ الأردأ من الأردأ عنادٌ، فلا يثور فيه نزاع.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في «الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وصححه

الحاشية

(١) ٣٩٤/٦.

(٢) ٢٩٢/٦.

(٣) ١٦٢/٣.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٤٩/١٢.

الفروع شرطه من نوعه . وقال القاضي وغيره: يلزمه، وعنه: يحرم، كغير جنسه، نقله جماعة. ونقل فيه جماعة: يأخذ أدنى، كشعير عن بُرٍّ بقدر كيله، ولا يربح مرتين، واحتجَّ بآبن عباس^(١)، وبأنه أقلُّ من حقِّه، ويلزمه أخذُ أجودَ من نوعه في الأصحَّ، كشرطه ولو تضرر، وقيل: يحرم. وحكى رواية، نقل صالح وعبد الله: لا يأخذ فوق صفته، بل دونها، ويجوز دفعُ عوض زيادة القدر، لا الجودة ولا الرداءة . وإن وجد عيباً، فله أرشُّه أو ردُّه.

الثالث: ذكرَ قدره بالذرع في المذروع . وقال شيخنا فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة، بحكم، أنه إذا حلَّ دفعُ الغلة بأنقص مما تساوى بخمسة دراهم: هذا سلفٌ بناقص عن السعر بشيءٍ مقدَّر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس، أو بزيادة درهم في الغرارة، أو بنقص درهم فيها .

وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد، الأظهرُ جوازُه؛ لأنَّه لا خطرَ ولا غررَ، ولأنَّ قيمةَ المثل التي تراضيا بها^(٢) أولى من قيمة مثلي لم يراضيا بها^(٢)، ومَن قال: إن ذلك لا يلزم، فإذا تراضيا به جاز .

وفي صحة السلم في مكيل وزناً، وموزون كيلاً، روايتان منصوصتان^(١٢). فإن شرط مكيلَ رجلٍ أو ميزانه أو ذراعَه، وليس لها

التصحيح في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، و«تجريد العناية»، وهو الصواب .

مسألة - ١١: قوله: (وفي صحة السلم في مكيل وزناً، وموزون كيلاً، روايتان

الحاشية

(١) أورد ابن الضويان في «منار السبيل» ٣٤٦/١ - ٣٤٧. عن ابن عباس أنه قال: إذا أسلمت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عرضاً أنقص منه، ولا تربح مرتين . وعزاه إلى سعيد «الإرواء» ٢٢٣/٥ .
(٢ - ٢) ليست في (ر) .

عرفت، لم يصح، كقوله: في مثل هذا الثوب، وإلاّ صح، ولا يتعين في الفروع الأصح. وفي فساد العقد وجهان^(١). وأطلق أبو الخطاب روايتين في صحة عقد بتعيين مكيال.

ويُسَلِّمُ في معدود غير حيوان يتقارب عدداً، وعنه: وزناً، مطلقاً،

منصوصتان). انتهى. وأطلقهما في «الكافي»^(١)، و«المحرر»، و«الرعاية الكبرى»، التصحيح وغيرهم:

إحداهما: لا يصح، وهو الصحيح. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب. قال الزركشي: هذا المشهور والمختار للعامة. انتهى. قلت: منهم ابن أبي موسى والقاضي، وجزم به في «المقنع»^(٢)، و«الهادي»، و«الخلاصة»، و«المذهب الأحمد»، و«البلغة»، و«نظم المفردات»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعاية الصغرى»، و«الزبدة»، و«الحاويين»، و«إدراك الغاية»، و«الفائق»، وغيرهم، وصححه في «تصحيح المحرر».

والرواية الثانية: يصح، زادها الشارح في متن «المقنع»^(٢)، واختارها هو والشيخ الموفق، وابن عبدوس في «تذكرته»، وجزم به في «الوجيز»، و«المنور»، و«منتخب الأدمي»، وغيرهم، ويحتمله كلام الخرقى.

مسألة - ١٢: قوله: (فإن شرط مكيال رجل أو ميزانه أو ذراعاه، وليس لها عرف، لم يصح.. وإلاّ صح، ولا يتعين في الأصح. وفي فساد العقد وجهان). انتهى. وأطلقهما في «التلخيص»، و«الزركشي»:

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الرعاية الكبرى»، وهو ظاهر كلام الشيخ الموفق، والشارح وابن رزين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح.

(١) ١٥٨/٣.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٥٢/١٢.

الفروع وعنه : عكسه .

الرابع : ذُكِرَ أجل معلوم، نقله الجماعة، له وقَع الثمن عادةً، قاله أصحابنا، كشهر، وليس هذا في كلام أحمد، واحتجَّ الأصحاب بأن الأصل أنه لا يجوزُ السلم؛ لأنه باع مجهولاً لا يملكه، يتعذر تسليمه، فَرُخِّصَ فيه لحاجة المفلِس، ولا حاجة مع القدرة، وهذا إنما يدل على اعتبار الأجل في الجملة، مع أنه قال في «عيون المسائل» : هو معتمدُ المسألة* وسرُّها . وفي «الواضح» : قدره أصحابنا بشهر، وفي «الانتصار» روايةٌ : يصح حالاً، من نقل أبي طالب : أهل المدينة يقولون : لا يحتاج إلى أجل، وهو قياسٌ، ولكن إلى أجل أحبُّ إليَّ، وهي مع بقية النصوص تدل على الأجل القريب، وحملها القاضي وغيره على الأول، كذا قال . والأول أظهر، لإطلاق الأمر بالأجل. ٢٥/٢ وقيل : لا يصح في شهر كذا*، وتأجيله بشهر رومي ونيروز/ ونحوه، وقيل : يصح توقيته بجمادى، وينزل على الأول، ولو قال : إلى شهر رمضان، حلَّ بأوله .

التصحیح

الحاشية * قوله : (هو معتمد المسألة) .

أي : هذا الاحتجاج الذي احتج به الأصحاب، هو الدليل الذي اعتمدوا عليه في كون السلم من شرطه الأجل، وأنه لا يصح حالاً .

* قوله : (وقيل : لا يصح في شهر كذا) .

هكذا وقع في النسخ، ولعل فيه سقطاً، وأن الصواب : وقيل : لا يصح جعلُ محله في شهر كذا؛ لأنَّ المراد به : إذا قال : محله في شهر كذا، هل يصح، ويتعلق الحلُّ بأول ذلك، فيحل بأول ذلك الوقت، وهو المصحح في «شرح المقنع»^(١) وغيره، والمقدم عند المصنف؛ لأنه إذا قال :

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩ / ٢٢٣ .

وإن أسلم في شيء يأخذه كل يوم جزءاً معلوماً، صح. نص عليه، الفروع وقيل: إن بين قسط كل أجل وثمنه. وإن أسلم ثمناً في جنسين، لم يصح حتى يبين ثمن كل جنس، نقله الجماعة، وفيه رواية، ومثله ثمنين في جنس، نقله أبو داود، وقيل: يجوز، فيرجع إن تعذر بقسطهما، وإن أتاه بالمسلم أو غيره، قبل محله*، ولا ضرر في أخذه^(١)، لزمه، نقله الجماعة، ونقل بكر وحبل في دين الكتابة: لا يلزمه، وذكرها جماعة؛ لأنه قد يعجز، فيرق، ولأن بقاءه في ملكه حق له لم يرض بزواله. وذكر في «المذهب» فيه: يلزمه مع ضرر في ظاهر المذهب*، وأطلقه فيه أحمد والخرقي وأبوبكر، وفي «الروضة»، وفي المسلم فيه إن كان مما يتلف أو يتغير قديمه أو حديثه، لزمه قبضه، وإلا فلا، وجزم القاضي وابن عقيل والشيخ وغيرهم أنه إذا كان مما يتلف أو يتغير قديمه، أو حديثه، لا يلزمه قبضه للضرر، ويتوجه تخريج رواية: لا يلزمه في غير دين الكتابة، أو أولى، ولهذا في لزومه فيه مع ضرر

التصحيح

وقيل، يكون المقدم خلافه، أو لا يصح؛ لأنه ظرف فدخل فيه أوله وآخره وجميع أوقاته، وليس الحاشية بعضها أولى من بعض، فيكون وقت الحلول منها غير معين، فيه قولان.

* قوله: (قبل: محله).

قال خطيب الدهشة: المحل بفتح الحاء، والكسر لغة: موضع الحلول. ولغة الكسر حكاه ابن القطاع. والمحل بالكسر: الأجل وقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦].

* قوله: (وذكر في «المذهب» فيه: يلزمه مع ضرر في ظاهر المذهب).

(مع ضرر) ساقط في بعض النسخ، وفي «المقنع»^(٢): وإذا عُجِّلَتِ الكتابة قبل محلها، لزم السيد الأخذ، وعق، ويحتمل أن لا يلزمه إذا كان في قبضه ضرر.

(١) في (ط): «قبضه».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩ / ٢٢٣.

الفروع خلاف، يؤيده أنهم قاسوا اللزوم على لزومه أخذ زيادة في الصفة، وسبق فيه خلاف. وإن أبي، برئ، ذكره الشيخ في المكفول به. والمشهور: يرفعه إلى حاكم، فينوب عنه في قبضه، ويحكم بعقده، نقل حرب: إن أبي مولاه الأخذ، ما أعلم زاده إلا خيراً. وقال: فيه^(١) حديث يروى، قلت: حديث عثمان؟ قال: نعم، قال له: ضعها في بيت المال. وخُلي سبيله^(٢).

ويقبل قول المسلم إليه في مكان تسليمه، نقله حرب، وقدر أجله، والأصح: وحلوله، قال أبوبكر: نقل حرب إذا اختلفا في أجله، قبل قول المسلم إليه.

الخامس: غلبة المسلم فيه في محله، وإن عدم حين العقد، أو عين ناحية تبعد فيها آفة، فإن أسلم في نتاج من فحل فلان، أو من غنمه ونحوه، أو في ثمرة بستان بعينه أو زرعه، لم يصح.

ونقل أبو طالب وحنبل: يصح إن بدا صلاحه أو استحصد، واحتج بابن عمر^(٣)، وقاله أبوبكر: إن أمن عليها الجائحة، وفي «الروضة»: إن كانت الثمرة موجودة، فعنه: يصح السلم فيها، وعنه: لا، وأن عليها يشترط عدمه عند العقد، وإن تعذر أو بعضه، وقيل: أو انقطع وتحقق بقاؤه، فله الصبر أو فسخ الكل أو البعض، ويأخذ الثمن الموجود أو بدله، وقيل: يفسخ بالتعذر، وقيل: إن تعذر بعضه، فسخ الكل أو صبر.

التصحیح

الحاشية

(١) في النسخ الخطية: «في» والمثبت من (ط).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ٣٣٥/١٠.

(٣) أورد ابن الضويان في «منار السبيل» عن ابن عمر ٣٤٣/١، أنه كان يبيع إلى العطاء. وقال عنه الألباني: لم أقف عليه. «الإرواء» ٢١٧/٥.

السادس: قبضُ الثمن قبل التفرق* . نص عليه، وهل يشترط معرفة قدره الفروع وصفته، أم تكفي مشاهدته؟ على وجهين^(١٣٢). ويقع العقد بقيمة مثلي؛ لأنه قد يضمنه بأقل أو أكثر، وهو ربا، ذكره في «الانتصار»، وهو ظاهرُ كلام غيره بمثله، وكذا الأجرة، ويصح إسلام عرض^(١) في عرض أو في ثمن على

مسألة - ١٣: قوله في قبض الثمن: (وهل يشترط معرفة قدره وصفته، أم تكفي التصحيح مشاهدته؟ على وجهين). انتهى. وأطلقهما في «المغني»^(٢)، و«المقنع»^(٣)، و«المحرر»، و«الفائق»:

أحدهما: يشترط، وهو الصحيح، جزم به في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الوجيز»، وغيرهم، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وقدمه في «الكافي»^(٤) و«الرعايتين»، و«الحاويين»، وغيرهم، واختاره القاضي وغيره.

والوجه الثاني: لا يُشترط، وتكفي مشاهدته، وهو ظاهرُ كلام الخراقي؛ لأنه لم يذكره في شروط السلم، وإليه ميلُ الشيخ والشارح، وقطع به في «التلخيص»، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته».

الحاشية

* قوله: (السادس: قبضُ الثمن قبل التفرق).

فإن قبض بعض الثمن ثم افترقا، أو قبض البعض في الصرف ثم افترقا، فهل يبطل في الجميع أو فيما لم يقبض؟ فيه خلافٌ ذكره المصنف في كتاب البيع^(٥)، في الشرط السادس، في معرفة الثمن. قال في «الرعاية»: وإن كان بعض الثمن ديناً في ذمة المسلم إليه، لم يصح فيه، وعنه: ولا في الباقي، ذكره في أثناء الشرط الخامس، فعُرف من ذلك أنه لو كان على الإنسان دينٌ في ذمته، وأسلم إليه في شيء، وجعل ما في ذمته رأس مال السلم، وأسقط عنه، لم يصح.

(١) في (ر): «عوض».

(٢) ٤١١ / ٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٨٢ / ١٢.

(٤) ١٦٣ / ٣.

(٥) ص ١٦٠.

الفروع الأصحّ. قال أبو الخطاب: والمنافع كمسألتنا، ويسلم في الذمة، ولا يصح في عين، كدار وشجرة نابتة، وفي «الواضح»: إن كانت حاضرة، فيبّع بلفظ سلم، فيقبض ثمنه فيه.

وذكر في «التبصرة»: الإيجاب والقبول من الشروط، ويجب الوفاء موضع العقد. نص عليه، وله أخذه في غيره إن رضيا، لا مع أجرة حمّله إليه. قال القاضي: كأخذ بدل السلم، ويصح شرطه فيه، وفي غيره، وعنه: لا*، وعنه: لا في غيره، فإن لم يصلح للوفاء، كبر أو بحر، اشترط ذكره، وقال القاضي: لا، ويوفي بأقربه له^(١).

وتصح الإقالة في السلم لا له^(٢) مع الغريم لا الضامن، وعنه: لا، ذكرها ابن عقيل وابن الزاغوني وصاحب «الروضة»، وفي بعضه روايتان^(٣). ولا يشترط قبض الثمن، أو بدله إن تعذر في مجلس الإقالة، خلافاً لأبي الخطاب

التصحيح مسألة - ١٤: قوله: (وتصح الإقالة في السلم... وفي بعضه روايتان). انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المغني»^(٢)، و«المقنع»^(٣)، و«الهادي»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٣)، و«شرح ابن منجا»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، وغيرهم:

إحداهما: يجوز، وهو الصحيح، وجزم به في «العمدة»، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، وصححه في «التصحيح»، و«الكافي»^(٤)، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم،

الحاشية * قوله: (ويصح شرطه فيه وفي غيره، وعنه: لا).

اختار أبو بكر عدم صحة الشرط، وهي الرواية الثانية؛ لأنه ربما تعذر، فلا يصح، كما لو شرط مكيالاً بعينه.

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ٤١٧/٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠٠/١٢.

(٤) ١٦٨/٣.

وغيره، وفي «المغني»^(١): لا يشترط في ثمن؛ لأنه ليس بعوض. ويلزم ردُّ الفروع الثمن الموجود، فإن أخذ بدله ثمناً وهو ثمن، فصرف، وإلا فبيع، يجوز التفرق قبل القبض.

فصل

يصح بيع الدين المستقر من الغريم لا من غيره، ففي رهنه عند مدين بحق له، روايتان* في «الانتصار»^(١٥٢)، وعنه: يصح منهما. قاله شيخنا. نص

اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وهو ظاهر ما اختاره أبو بكر وابن أبي موسى. التصحيح والرواية الثانية: لا يجوز ولا يصح، صححه في «التلخيص»، وقدمه في «المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهم.

مسألة ١٥: قوله: (يصح بيع الدين المستقر من الغريم لا من غيره، ففي رهنه عند مدين بحق له، روايتان في «الانتصار»). ذكرهما في المشاع. قلت: الصواب: صحة رهنه عند مدين، وهو الذي عليه الدين، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، حيث قالوا: يجوز رهن ما يصح بيعه، والله أعلم. وقال في «الرعاية الكبرى» في أثناء باب الرهن: فصل، ولا يصح رهن دين بحال.

* قوله: (ففي رهنه عند مدين بحق له، روايتان).

المراد بالمدين: الغريم في قوله: (يصح بيع^(٢) الدين المستقر من الغريم)، وهو الذي يبيع الدين المستقر منه، يصح، فعلى قولنا: يجوز بيعه منه إذا كان له حق على رب الدين، فرب الدين المستقر عند من الدين عليه، الدين الذي عليه على دينه الذي له، ففي صحته روايتان. قال في «الرعاية الكبرى» في أثناء الرهن: لا يصح رهن دين بحال، فظاهره: المنع. وقال في «المقنع»^(٣): وما جاز بيعه، جاز رهنه، إلا الثمرة قبل بدو صلاحها، فظاهره: جواز رهنه ممن هو عليه؛ لأنه يجوز بيعه منه. وفي «المحرر» يصح في كل عين يجوز بيعها، فإن كانت لا تبقى إلى

(١) ٤١٧/٦.

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من «الفروع».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٧٧/١٢.

الفروع عليه في مواضع، وعنه: لا، اختاره الخلال، وذكره في «عيون المسائل» عن صاحبه، كدين السلم، وفي «المبهج» وغيره رواية: يصح فيه، اختارها شيخنا، وأنه قول ابن عباس، لكن بقدر القيمة فقط؛ لئلا يربح فيما لم يضمن، قال: وكذا ذكره أحمد في بدل القرض وغيره، ولأنه مبيع، وجواز التصرف ليس ملازماً للضمان في ظاهر مذهب أحمد، وكالضمن، لكن منعه أحمد بمكيل أو موزون، ولم يفرق ابن عباس، وأحمد اتبعه، فيحمل كلامه على التنزيه، أو إذا أخرج قبض ما يعتبر قبضه في ربا النسئة، وهذا الثاني أشبه بنصوصه وأصوله، وهو موجب الدليل؛ لأنه لا محذور، ولأن بيعه إنما هو من بائعه، فلا قبض؛ لأنه لا فائدة في قبضه منه ثم رده إليه، ونقل حرب وغيره: أنه كره لمقرض بر أن يأخذ بثمنه شعيراً إلا مثل كيله، وفي دين الكتابة مع أنه غير مستقر وجهان^(١٦). لا رأس مال سلم بعد فسخه في المنصوص، وإن باعه بدين، لم يجز، ويشتط قبضه في المجلس إن باعه بما لا يباع به نسئة أو بموصوف في الذمة، وإلا فلا، وقيل: بلى.

ولا تصح هبة دين لغير غريم، ونقل حرب: يصح (وم) وأطلق شيخنا روايتين فيه، وفي بيعه من غيره.

التصحيح مسألة - ١٦: قوله: (وفي دين الكتابة مع أنه غير مستقر وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المحرر» و«الرعاية الصغرى» و«النظم».

أحدهما: لا يصح. قلت: وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وقدمه في «الرعاية الكبرى» في باب القبض والضمان من البيوع، وصححه في «تصحيح المحرر»، وقال: جزم به في «الهداية»، وأقره في «شرحها» ولم يزد. انتهى.

والوجه الثاني: يصح، وهو ظاهر كلامه في «المنور».

الحاشية محل الدين، باعها الحاكم وجعل ثمنها مكانها.

ويصح رهن الزرع قبل اشتداده، والشر قبل صلاحه، مطلقاً، وبشرط التيقية.

ومن قبض ديناً جزافاً، قُبِلَ قوله في قدره مع يمينه . ويُدَّه قيل : يدُ أمانة، الفروع وقيل : يضمّنه لمالكة* ؛ لأنه قبضه على أنه عوضٌ عمّا له (١٧٢) وفي طريقة

مسألة - ١٧ : قوله : (ومن قبض ديناً جزافاً، قُبِلَ قوله في قدره مع يمينه، ويده، التصحيح قيل : يدُ أمانة، وقيل : يضمّنه لمالكة ؛ لأنه قبضه على أنه عوضٌ عمّا له) انتهى : أحدهما : لا يضمّنه، وقد اختاره بعضُ الأصحاب في طريقته، كما حكاه عنه المصنف .

والوجه الثاني : يضمّنه لما علّله به المصنف، وهو ظاهرُ كلامه في «الكافي»^(١)، في تعلييله، وهو الصواب، وقال في «التلخيص» في مسألة الكيس، وتبعه في «الرعاية الكبرى» : ولو قال : خذ من هذا الكيس قدرَ حقِّك، ففعل، لم يكن قابضاً حقّه قبل وزنه، وبعده وجهان، ومع عدم الصحة، يكون كالمقبوض للسوم، والكيس وبقيته في يده أمانة، كالوكيل . انتهى . فحكم بأن قدرَ حقّه مع عدم الصحة، كالمقبوض على وجه السوم، وأن الزائد في يده أمانة، وهو تفصيل حسن، والمصنف أطلق من غير تفصيل .
تنبيه : محل الخلاف قبل أن يزنه أو بعده، إن قلنا : لا يصح قبضه، وظاهرُ كلام المصنف : والزائد على قدرَ حقّه أيضاً .

الحاشية

* قوله : (ويُدَّه، قيل : يدُ أمانة، وقيل : يضمّنه لمالكة).

ذكرُ هذا الخلاف مطلقاً لا يتضح لي وجهه ؛ لأنه إن كان قد قدره وأخذ قدرَ حقّه، فظاهر كلام الجماعة : أنه يصير له وتبرأ ذمّة من عليه الدين، وعلى هذا : يكون ملكه^(٢) لا مالك له غيره، فكيف تكون يدُه يدُ أمانة على شيء هو في ملكه؟ نعم إن قيل : المرادُ بالخلاف حيث لم يدخل في ملكه، كما إذا قلنا : لا يصح قبضه من نفسه لنفسه، على التفصيل الآتي، وكذلك الزائد على قدر حقّه إن كان أكثرَ من قدره، فذلك ظاهرٌ، وربما لفظ المصنف يظهر منه ذلك، حيث قال : (يضمّنه لمالكة)، فدل أن الكلام في الباقي على ملك المديون . قال في «القواعد» في الثالثة والأربعين : لو دفع إليه كيساً وقال له : استوف منه قدرَ حقِّك، ففعل، فهل يصح؟ على وجهين، بناءً على قبض الوكيل لنفسه من نفسه؟ والمنصوص : الصحة، نص عليه في رواية الأثرم، ويكون الباقي في يده

(١) ١٦٧/٣

(٢) ليست في (د) .

الفروع بعض أصحابنا في ضمان الرهن: لو دفع إليه عيناً وقال: خذ حَقَّك منها، تعلق حَقُّه بها، ولا يضمنها بتلفها، قال: ومن قبض دينه ثم بان لا دين له، ضَمِنَه (ش) قال: ولو اشترى به عيناً، ثم بان أن^(١) لا دين له، بطل البيع (هـ) قال: ولو أقرَّ بأخذ مال غيره، لم يبادر إلى إيجاب ضمانه حتى يفسر صفته؛ أعدواناً أم مباحاً؛ وإن بادرنا، فلأن الأصل فيه عدم^(٢) صفة العدوانية، كاليد دليل الملك إلى أن يقوم دليل عدمه.

وفي جواز تصرفه في قدر حَقِّه قبل اعتباره وجهان* (١٨٢)

التصحیح مسألة - ١٨: قوله: (وفي جواز تصرفه في قدر حَقِّه قبل اعتباره وجهان). انتهى . وأطلقهما في «المغني»^(٢)، و«الكافي»^(٣)، و«الشرح»^(٤)، وتقدم لفظه في «التلخيص»، ومن تبعه:

أحدهما: يجوز، ويصح التصرف في قدر حَقِّه منه، قدمه ابن رزين في «شرحه» عند كلام الخرق في الصبرة .

والوجه الثاني: لا يصح تصرفه فيه والحالة هذه، واختاره القاضي في «المجرد».

الحاشية وديعة، وعلى عدم الصحة قدر حَقِّه كالمقبوض بالسوم،^(٥) والباقي أمانة، ذكره في «التلخيص». انتهى كلامه. والمقبوض بالسوم^(٥) في ضمانه روايتان، ذكرهما المصنف في آخر باب التصرف في المبيع^(٦). وكذلك مسألة قبض الوكيل من نفسه لنفسه، ذكرها المصنف في أواخر الباب المذكور أيضاً^(٧).

* قوله: (وفي جواز تصرفه في قدر حَقِّه قبل اعتباره وجهان).

قال في «الكافي»^(٨) في السلم: إذا قبضه بما قدره به من كيل أو غيره، برئ صاحبه، وإن قبضه

(١) ليست في النسخ الخطية والمثبت من (ط) .

(٢) ١٦٧ / ٣

(٣) ٤٢٣ / ٦

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣١٣ / ١٢ .

(٥ - ٥) ليست في (د) .

(٦) ص ٢٨٥ .

(٧) ص ٢٨٧ .

(٨) ٤٢٣ / ٦ .

وإن قبضه بما قدره، ثم ادعى بما يغلط بمثله، فوجهان^(١٩٢). قال جماعة: الفروع

وهو ظاهرُ كلامه في «الرعاية الكبرى» لكن ذكروا ذلك فيما إذا ذكر من هو في ذمته أنه التصحيح كَالَهُ في غيبته، وهي فرد من أفراد هذه المسألة فيما يظهر، وتقدم لفظُ القاضي وابن حمدان في باب التصرف في المبيع، واقتصر في «الحاوي الكبير» على كلام القاضي في «المجرد» هناك، والمصنف قد أطلق الخلافَ هناك في باب التصرف في المبيع^(١)، فالظاهرُ أن في كلامه نوعُ تكرارٍ، والله أعلم.

مسألة - ١٩: قوله: (وإن قبضه بما قدره، ثم ادعى بما يغلط بمثله، فوجهان). انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»^(٢) و«الكافي»^(٣) و«المقنع»، و«الهادي»، و«المذهب الأحمد»، و«التلخيص»، و«المحرر» و«الشرح»^(٤)، و«شرح ابن منجا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يقبل قوله، صححه في «التصحيح»، قال في «الخلاصة»: لم يقبل في الأصح. قال في «تجريد العناية» لم يقبل قوله في الأظهر، وجزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الرعاية الكبرى».

جزافاً، قدره، فأخذ قدر حقه وردَّ الفضلَ، أو طالب بتمامه إن كان ناقصاً، وهل له التصرف في الحاشية قدر حقه قبل تقديره؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه قدر حقه، وقد أخذه، ودخل في ضمانه.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه لم يقبضه القبضَ المعبرَ، والحكمُ المذكورُ في «الرعاية» في هذه المسألة قريبٌ من ذلك.

فائدة: جزافاً، بكسر الجيم وفتحها، وبعضهم ضمها أيضاً، قال خطيب الدهشة: هو خارج عن القياس.

(١) ص ٢٧٨.

(٢) ٦ / ٢٠٥.

(٣) ٣ / ١٦٧.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣١٤/١٢.

الفروع وإن وجد زيادةً، فمضمونةٌ في يده، وقد تقدم*، والمذهبُ: من أذن لغريمه في الصدقة بدينه عنه*، أو صرفه أو المضاربة، لم يصح، ولم يبرأ، وعنه: يصح، بناء القاضي على شرائه من نفسه، وبناءه في «النهاية» على قبضه من نفسه لموكله، وفيهما روايتان^(٢٠٢) وكذا: اعزله وضاربٌ به، ونقل ابن

١٢١ والوجه الثاني: يقبل قوله إذا ادعى / غلطاً ممكناً عرفاً، صححه في الصحيح «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، و«تصحیح المحرر»، وغيرهم، وجزم به في «تذكرة ابن عبدوس»، و«منتخب الأدمي»، وقدمه في «إدراك الغاية» وغيره. قلت: والنفسُ تميل إلى ذلك مع صدقه وأمانته، والله أعلم.

مسألة - ٢٠: قوله: (والمذهبُ: من أذن لغريمه في الصدقة بدينه عنه^(١))، أو صرفه أو المضاربة^(٢))، لم يصح، ولم يبرأ، وعنه: يصح، بناء القاضي على شرائه من نفسه، وبناءه في «النهاية» على قبضه من نفسه لموكله، وفيهما روايتان. انتهى. الظاهرُ: أنه أراد بشرائه في نفسه شراءً للغير من نفسه، فيما إذا وكله في الشراء، فاشترى من نفسه، والصحيحُ من المذهب في هذه المسألة: أنه لا يصح شراءه من نفسه لموكله، وقد قدمه المصنف في باب الوكالة^(٣)، وفيه روايةٌ: يصح، فبناء القاضي عليها، وأما المسألةُ: قبضه من نفسه لموكله، فالصحيح من المذهب صحةُ استنابة مَنْ عليه الحقُّ للمستحقِّ في القبض. قال في «التلخيص»: صح، في أظهر الوجهين، وقدمه المصنف في باب التصرف في المبيع^(٤)،

الحاشية * قوله: (وإن وجد زيادةً فمضمونةٌ في يده، وقد تقدم)^(٥).

في تلف المبيع، وقبضه، إذا قبض المبيع فوجده زائداً.

* قوله: (بالصدقة بدينه عنه).

(عنه) متعلق بالصدقة، والتقدير: من أذن لغريمه أن يتصدقَ عنه بدينه.

(١) ليست في النسخ الخطية والمثبت من (ط).

(٢) بعدها في النسخ الخطية: «به».

(٣) ٥٢/٧.

(٤) ص ٢٨٤.

(٥) ص ٢٨٥.

منصور: لا يجعله مضاربةً إلا أن يقول: ادفعه/ إلى زيد ثم يدفعه إليك، ولو ٢٦/٢
قال لغريمه: أسلف ألفاً في ذمتك في طعام، ففعل، ثم أذن له في قضائه الفروع
بالثمن الذي له عليه، فقد اشترى لغيره بمال ذلك الغير، ووكله في قضاء دينه
بما له عليه من الدين، وإن قال: أعط فلاناً كذا، صح وكان قرضاً؛ وذكر في
«المجموع»، و«الوسيلة» فيه روايتي قضاء دين غيره بغير إذنه، وظاهر
«التبصرة»: يلزمه إن قال: عني فقط، وإن قاله لغير غريمه، صح إن قال:
عني، وإلا فلا، ونصر الشريف: يصح، وجزم به الحلواني .

وإن دفع نقداً لغريمه وقال: اشتر لك به مثل ما لك عليّ، لم يصح؛ لأنه
فضولي، ويتوجه في صحته الروايتان بعدها، وإن قال: لي، صح، ثم إن
قال: اقبضه لنفسك، لم يصح لنفسك، وله روايتان* (٢١٢) وإن قال: لي ثم

ولكن لم يخك فيها هو وغيره إلا قولين، وقدمه في «الرعاية» وغيره، فبناه في «النهاية» التصحيح
عليها إذا أعلم ذلك، فظاهر كلام المصنف إطلاق الخلاف في إلحاق المسائل التي ذكرها
على رواية الصحة بالشراء من نفسه لموكله، أو يقبضه من نفسه لموكله:
أحدهما: يلحق بقبضه من نفسه لموكله، وهو الذي قاله في «النهاية». قلت: وهو
الأظهر.

والقول الآخر: يلحق بشرائه من نفسه لغيره، وهو الذي قاله القاضي .

مسألة - ٢١: قوله: (وإن دفع نقداً لغريمه وقال: اشتر لي مثل ما لك عليّ، صح . .
ثم إن قال: اقبضه لنفسك، لم يصح لنفسك، وله روايتان) . انتهى:

إحدهما: يصح قبضه لموكله، وهو الصواب، قال في «الرعاية الكبرى»، وإن قال:
اشتر لي بهذه الدراهم قدر حقك، واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، صار للأمر، وفي قبضه
من نفسه الوجهان، والنص أنه يصح قبض الوكيل من نفسه لنفسه، وهو أشهر وأظهر.

الفروع لك، صح على الأصح، ومن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه، قَدْراً وصفةً، وحالاً ومؤجلاً، ^(١) لا حالاً ومؤجلاً. ذكره في «المنتخب»*، و«المغني» في وطء المكاتب، وذكره في «المغني» أيضاً في مسألة الظفر^(٢) تساقطاً، أو قدر الأقل، وعنه: برضاهما، وعنه: أو أحدهما، وعنه: لا، كما لو كان أحدهما دين سلم، وفي «الفروع»: أو كانا من غير الأثمان. وفي «المغني»: مَنْ عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به مع عسرتها؛ لأن قضاء الدين فيما فضل، ومن أراد قضاء دين عن غيره، فلم يقبله ربّه، أو أعسر بنفقة زوجته، فبذلها أجنبيّ، لم يجبراً*، وفيه احتمال:

التصحیح انتهى. ذكره في باب القبض والضمان، وقال في أواخر السلم: وإن قال: اشتر لي بهذا المال مثل ما لك عليّ من الطعام، ثم قال: خذه لنفسك، صح الشراء دون القبض لنفسه. انتهى. فهذه مسألة المصنف، وظاهره: صحة القبض للموكل، وهو صحيح.

والرواية الثانية: لا يصح قبضه لموكله، والذي يظهر أن محلّ الخلاف، فيما إذا وكله في الشراء فقط، مع قبضه لنفسه، أو يكون أولاً وكله في الشراء، فإذا قال له بعد ذلك: أقبضه لنفسك، لم يصح، وهل يملك قبضه لموكله؟ فيه الخلاف الذي ذكره، وهو ظاهر عبارته، وهو أولى، فعلى هذا: يكون الأظهر: أنّه لا يصح قبضه لموكله، والله أعلم.

الحاشية * قوله: (وحالاً ومؤجلاً، ذكره في المنتخب).

في غالب النسخ: وحالاً ومؤجلاً، لا حالاً ومؤجلاً، وما في الأصل أظهر، ومعنى قوله: (حالاً ومؤجلاً) إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً.

* قوله: (أو أعسر بنفقة زوجته فبذلها أجنبيّ لم يجبر).

ظاهر كلامه هنا: أن الزوجة لا تجبر، سواء كان البذل مجاناً، كالهبة أو ديناً على الزوج. وذكر في كتاب النفقات: أن أبا الخطاب وأبا الوفاء قالا فيما إذا لم يوجد نفقة: ثبت اعتباره وللحاكم الفسخ

كوكيله وكتمليكه للزوج والمديون، ومتى نوى مديون وفاء دينه وإلا فمتبرع، الفروع وإن وفاه حاكم قهراً، كفت نيته، إن قضاء من مديون، وفي لزوم رب دين نية قبض دينه وجهان^(٢٢).

وإن ردَّ بدل عين، نوى، ذكره في «الفنون» وإن أبرأ من دينه، أو أجله، أو أسقطه، أو تركه، أو وهبه، أو ملكه، أو تصدق به عليه، أو عفا عنه، برئ، ولو لم يقبله (م) في المنصوص، ولو ردَّه المبرئ (هـ)، وعَلَّله الأصحاب بأنه إسقاط حق، كالقود والشفعة وحدّ القذف والخيار والعق والطلاق، لا تملك كهبه العين، ويأتي في «المغني»^(١) في إبرائها له من المهر، هل هو إسقاط أو تملك؟ فيتوجه منه احتمال: لا يصح به، وإن صح، اعتبر قبوله، وفي «الموجز»، و«الإيضاح»: لا تصح هبة إلا في عين، وفي «المغني»: إن حلف لا يهبه فأبرأه، لم يحنث؛ لأن الهبة تملك عين، قال الحارثي: تصح بلفظ الهبة والعطية مع اقتضائهما وجود معين، وهو منتف؛ لإفادتهما لمعنى الإسقاط هنا، قال: ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة،

مسألة - ٢٢: قوله: (وفي لزوم رب دين نية قبض دينه وجهان). انتهى. يعني: إذا التصحيح قضاء أجنبي وظاهر عبارته: أن الحاكم إذا قضاء عنه قهراً:

أحدهما: لا يلزمه نية قبض دينه. قلت: وهو الصواب، كما لو قبضه من الأصل، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: يلزمه، ولم يظهر لي وجه هذا الوجه، والذي يظهر أنه ضعيف.

بطلبها إذا لم تجد من يدينها عليه، وذكره الشيخ وغيره في الغائب ولم يذكروه في الحاضر الموسر الحاشية المانع مع أنه قد سبق في التصرف في الدين: أن المذهب لو أعسر بنفقة زوجته، فبذلها أجنبي، لم تجبر. هذا لفظه. قلت: فيحتمل أن يكون المراد هنا فيما إذا بذلها هبة لا ديناً على الزوج.

الفروع لم يصح؛ لانتفاء معنى الإسقاط وانتفاء شرط الهبة، ومن هنا استنع هبته لغير من عليه، وامتنع إجزاؤه عن الزكاة؛ لانتفاء حقيقة الملك.

وفي «الانتصار»: إن أبرئ مريض من دينه، وهو كُُلُّ ملكه، ففي براءته من ثلثه قبل دفع ثلثيه، منع وتسليم، وتصح مع^(١) جهل المبرئ^{*}، وعنه: إن لم يعرفه المبرأ، زاد في «المحرر»: وظن المبرئ جهله به، وعنه: إن تعذر علمه به^(٢)، صح، وإلا، فلا ولو جهلاه، وعنه: لا يصح، كبراءة من عيب^(٣)، ذكرها أبو الخطاب وأبو الوفاء^(٤) كما لو كتبه ربه خوفاً من أنه لو علمه، لم يبرئه^(٥)، ومن صور المجهول الإبراء من أحدهما وإبراء أحدهما، قاله الحلواني، وأنه يصح، ويؤخذ بالبيان، كطلاقه وعتقه إحداهما، يعني: ثم يقرع على المذهب وفي^(٦) صحة الإبراء من شيء لا يعتقده وجهان^(٧).

التصحيح مسألة - ٢٣: قوله: (وفي صحة الإبراء من شيء لا يعتقده وجهان) انتهى. قال الشيخ موفق ومن تابعه: قال أصحابنا: لو أبرأه من مئة، وهو يعتقد أن لا شيء عليه،

الحاشية * قوله: (وتصح مع جهل المبرئ) إلى آخره.

١٤٨ قال في «المحرر»، وتصح مع جهل المبرئ بقدره أو وصفه أو بهما، وإن عرفه المبرأ / وعنه: لا يصح^(٨) إذا عرفه المبرأ، وعنه: لا يصح^(٩) وإن جهلاه إلا فيما تعذر علمه. ويتخرج: أن يصح بكل حال إلا إذا عرفه المبرأ وظن المبرئ جهله به، فعلم: أن زيادة «المحرر»: وظن المبرئ جهله به، إنما هو على التخريج. وأما الرواية، فإنه ذكرها من غير تقييد بالظن، فانتبه لذلك. وأما التخريج: فإن المسألة تشبه من اشترى شيئاً جزافاً مع علمه بقدره، وجهل البائع بقدره. وفي صحة البيع خلاف، فيخرج من عدم الصحة في البيع عدم صحة البراءة.

(١) في النسخ الخطية: «من»، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) ليست في (ط).

(٤-٤) ليست في (ب).

(٥-٥) ليست في (ق).

ولا يصح تعليقه بشرط، نص عليه فيمن قال: إن مت، فأنت في حل؛ لأنه إن كان تملكاً، فكتعليق الهبة، وإلا فقد يقال: هو تملك من وجه. والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط (وهـ)، وذكره بعض أصحابنا في طريقته، وزاد: وتنافيه الجهالة، فإن ضم التاء^{*}، فوصية، وجعل أحمد رجلاً في حل من غيبته بشرط أن لا يعود، وقال: ما أحسن الشرط، فيتوجه فيهما روايتان، وأخذ صاحب «النوادر» من شرطه أن لا يعود رواية في صحة الإبراء بشرط، وذكر الحلواني صحة الإبراء بشرط، واحتج بنصه المذكور هنا أنه وصية،

وكان له عليه مئة، ففي صحة البراءة وجهان. انتهى. وأطلقهما في «القواعد الفقهية»: التصحيح أحدهما: لا يصح، صححه في «النظم».

والوجه الثاني: يصح، وهو قياس الأصل الذي بناه الشيخ الموفق وغيره عليه. تنبيه: قال الشيخ الموفق: أصل الوجهين: لو باع مالاً لمورثه يعتقد أنه حي، وكان قد مات، وانتقل ملكه إليه، فهل يصح البيع؟ فيه وجهان. انتهى. وأدخلها في «القواعد» في جملة من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه، فتبين أنه كان يملكه. قلت: الصحيح في هذه المسألة صحة البيع، صححه في «التلخيص» وغيره، وقدمه في «المغني»^(١) في باب الرهن وغيره، وقد أطلق المصنف الخلاف في هذه المسألة في كتاب البيع، وتقدم تصحيح ذلك هناك، وقال القاضي: أصل الوجهين: من باشر امرأة بالطلاق يظنها أجنبية، فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقها حرة، فبانت أمته. انتهى. وقد أطلق أيضاً المصنف الخلاف في هذه المسألة على ما يأتي في باب الشك في الطلاق^(٢)، وأن الصحيح أنه لا يقع.

الحاشية

* قوله: (فإن ضمَّ التاء).

يعني: يقول: إن مت بضم التاء، فهو وصية؛ لأنه معلق على موت صاحب الحق، بخلاف فتح التاء، فإنه معلق على موت من عليه الدين.

(١) ٢٥٢/٨.

(٢) ١٣٠/٩.

الفروع وأن ابن شهاب والقاضي قالا : لا يصح على غير موت المبرئ، وأن الأول أصح ؛ لأنه إسقاط، فقيل : التعليق، كقود وأرشي جنابة، وخيار شرط، قال : وحدّ قذف - كذا قال - قال : ولا يصح الإبراء منه قبل وجوبه، ذكره الأصحاب ؛ لقوله : «لا طلاق ولا عتق فيما لا يملك»^(١). والإبراء في معناهما، وجزم جماعة بأنه تملك، واحتجوا بأن الشرع نزل الدين منزلة العين الموجودة في الحيز^(٢) بدليل*، وبأنه غير قابلٍ للتعليق، ولا يصح مع إيهام المحلّ، ك: أبرأت أحد غريمي، ومنع بعضهم أنه إسقاط، وأنه لا يصح بلفظ الإسقاط، وإن سلمنا، فكأنه ملكه إياه ثم سقط؛ إذ لا يتصور أن يملك على نفسه لنفسه، وصار كقوله لعبد: ملكتك نفسك، ومنع أيضاً أنه لا يُعتبرُ قبوله، وإن سلمنا؛ فلأنه ليس مالاً بالنسبة إلى من هو عليه، وقال : العفو عن دم العمد تملك أيضاً، وفي «مسلم»^(٣) : أن أبا اليسر الصحابي قال لغريمه : إن وجدت قضاء، فاقض، وإلا فأنت في حلّ، وأعلم به الوليد ابن عباد بن الصامت، وابنه عبادة، وهما تابعيان، فلم ينكره، وهذا متجه، واختاره شيخنا .

وما قبضه من دين مشترك بإرث أو إتلاف، قال شيخنا : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد - فلشريكه الأخذ من الغريم، وله الأخذ منه، جزم به

التصحيح

الحاشية * قوله : (الموجودة في الحيز بدليل) .

أي : يدل^(٤) أنها في الحيز، والله أعلم .

(١) أخرجه أبوداود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) في (ب) و (ر) و (ط) : «الخبر» .

(٣) في صحيحه (٣٠٠٦) (٧٤) .

(٤) في (د) : «يدل» .

الأكثر، وعنه : لا ، كما لو تلف المقبوض في يد قابضه ، تعين حقه ، ولم يرجع الفروع على الغريم ؛ لعدم تعديده ؛ لأنه قدر حقه ، وإنما شاركه لثبوته مشتركاً ، مع أنهم ذكروا : لو أخرج القابض برهن أو قضاء دين ، فله أخذه من يده ، كمقبوض بعقد فاسد ، فيتوجه منه تعديه في التي قبلها ، ويضمنه ، وهو وجه في النظر ، اختاره شيخنا . ويتوجه من عدم تعديه : صحة تصرفه ، وفي التفرقة نظراً ظاهراً ، وإن كان القبض بإذن شريكه أو بعد تأجيل شريكه حقه ، أو كان الدين بعقد ، فوجهان ، ونصه في شريكين ولياً عقد مداينة ، لأحدهما أخذ نصيبه (٢٤م ، ٢٦) ،

مسألة - ٢٤ - ٢٦ : قوله : (وما قبضه من دين مشترك بإرث أو إتلاف . . . فلشريكه الصحيح الأخذ من الغريم ، وله الأخذ منه . . . فإن كان القبض بإذن شريكه ، أو بعد تأجيل شريكه حقه ، أو كان الدين بعقد ، فوجهان ، ونصه في شريكين ولياً عقد مداينة ، لأحدهما أخذ نصيبه) . انتهى . ذكر ثلاث مسائل يشبه بعضهن بعضاً :

المسألة الأولى - ٢٤ : إذا كان الدين بعقد ، هل حكمه حكم الميراث ونحوه ، أو لا يشاركه فيما قبضه ؟ أطلق الخلاف ، وأطلقه في «المحرر» ، و«النظم» ، و«الرعايتين» ، و«الحاويين» .

أحدهما : ^(١) هو كالميراث ونحوه ، وهو الصحيح قال الشيخ في «المغني» ^(٢) والشارح : هذا ظاهر المذهب . وقال في «الفائق» : وإن كان بعقد ، فلشريكه حصته على أصح الروايتين .

والوجه الثاني : لا يشاركه فيما قبضه .

المسألة الثانية - ٢٥ : لو أجل أحدهما حقه ، فهل يشارك من لم يؤجل كالميراث ونحوه أم لا ؟ أطلق الخلاف :

أحدهما : هو كالميراث ونحوه ، فله الرجوع ، وهو الصحيح . قال في «المغني» ^(١) ^(٢)

الفروع وفي «الترغيب» في دين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره، وجهان^(٢٧). فأما الميراث فيشاركه؛ لأنه لا يتجزأ أصله، ولو أبرأ منه، صح في نصيبه، ولو صالح بعرض، أخذ نصيبه من دينه، فقط، ذكره القاضي، وللغريم التخصيص مع تعدد سبب الاستحقاق: قال شيخنا: لكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه.

قال أحمد - رحمه الله - الذين أوله هم، وآخره حزن^(١)، قال بعضهم: كان

التصحيح و^(٢) «الشرح»^(٣): والأولى أن له الرجوع.

والوجه الثاني: لا يشاركه فيما قبضه، ذكره القاضي، نقله عنه في «المغني»^(٤).

المسألة الثالثة - ٢٦: لو قبضه بإذن شريكه، فهل للآخر أن يشاركه فيما قبض أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: ^(٢) ليس له ذلك، وهو الصحيح، قال في «المحرر»، و«الراعيين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وإن قبضه بإذنه، فلا محاصرة في الأصح، واختاره الناظم، وجزم به ابن عبدوس في «تذكرته». وهو الصواب.

والوجه الثاني: يشاركه كالميراث.

مسألة - ٢٧: قوله: (وفي دين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره، وجهان). انتهى. قلت: الذي يظهر أنه كالدين الذي بعقد، بل هو من جملته، فإن ثمن المبيع من عقد، وكذا القرض، ففي كلامه نوع تكرار فيما يظهر، والله أعلم. ثم رأيت في بعض النسخ حكى ذلك عن صاحب «الترغيب»، فيزول الإشكال، وغالبها ليس فيها ذلك، والصواب جعله

الحاشية

(١) في النسخ الخطية: «جرب»، والمثبت من (ط).

(٢ - ٢) ليست في (ص) و(ط).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤ / ١٥٢.

(٤) ١٩٢ / ٧.

يقال: الدِّينُ هُمَّ بالليل، وذُلٌّ بالنهار، وإذا أرادَ الله أن يذلَّ عبداً، جعل في فروع عنقه ديناً، وكان يقال: الأذلاء أربعة: التَّمَامُ والكذابُ والفقيهُ والمذيانُ، وكان يقال: لا هَمَّ إلا هَمُّ الدِّينِ، ولا وجع إلا وجعُ العين .

قال ابن عبد البر: وقد روي هذا القولُ عن النبي ﷺ من وجه ضعيف^(١).

وقال جعفر بن محمد: المستدينُ تاجرُ الله في أرضه، وقال^(٢) عمر/ بن ٢٧/٢ عبد العزيز: الدينُ وقْرٌ^(٣) طالما حمله الكرامُ.

ولو تبارءا ولأحدهما على الآخر دينٌ بمكتوب، فادعى استثناءه بقلبه، ولم يبرئه منه، قُبِلَ، ولخصمه تحليفه، ذكره شيخنا، وتتوجه: الروايتان في مخالفة النية للعامة* بأيهما يعمل، والله أعلم.

من كلام صاحب «الترغيب»، إذا علمت ذلك، فقد علمت الصحيح من مسألة ما إذا كان الصحيح الدين بعقد، فكذا تكون هذه، فهذه سبع وعشرون مسألة، قد صححت في هذا الباب.

الحاشية

* قوله: (ويتوجه الروايتان في مخالفة النية للعامة).

الروايتان المذكورتان في باب الاستثناء في الطلاق^(٤)، فيما إذا قال: نسائي طالق واستثنى واحدة بقلبه، ففي قبوله في الحكم روايتان، أطلقهما المصنف والشيخ في «المغني» لكن قدم في التعليل رواية القبول، فقال:

إحداهما: يقبل؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله، فصح، كما لو قال: أنت طالق أنت طالق، وأراد بالثانية إفهامها .

والثانية: لا يُقْبَلُ؛ لأنه خلافُ الظاهر، وفي «المحرر»: قُبِلَ ولم تطلق، قاله القاضي، وقال ابن حامد: تطلق في الحكم .

(١) أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» ١٥٣/٢ .

(٢) بعدها في الأصل: «محمد».

(٣) في النسخ الخطية: «وقد»، والمنبث من (ط).

(٤) ٧٥/٩ .

الفروع

باب القرض

وهو مستحبٌ . نص عليه، يصح فيما يصح السلم فيه . وفي غيره، من عين يصح بيعها . ورقيق، وجهان^(١) (م^١، ٢) وقيل: عبد لا جارية، وقيل:

التصحيح مسألة ١ - ٢: قوله: (يصح فيما يصح السلم فيه، وفي غيره من عين يصح بيعها، ورقيق، وجهان) . انتهى . يعني: في غير ما يصح السلم فيه، ويصح بيعه، كالجواهر والرقيق ونحوهما، فشمّل كلامه مسألتين:

المسألة الأولى - ١: هل يصح قرض كل عين يصح بيعها، ولا يصح السلم فيها، كالجواهر ونحوها، أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«المستوعب»، و«الكافي»^(٢)، و«المغني»^(٣)، و«المقنع»^(٤)، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٤)، و«شرح ابن منجا»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: يصح قرضه، اختاره القاضي في «المجرد» وغيره، وجزم به في «الوجيز»، و«تجريد العناية» وغيرهما، وصححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، وغيرهما، فعلى هذا الوجه: يردُّ المقرضُ القيمةَ .

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في «المنور»، و«منتخب الأدمي»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«المذهب الأحمد»، وصححه في «النظم»، وقدمه في «الخلاصة»، و«شرح ابن رزين»، و«الرعايتين»، وغيرهم، واختاره أبو الخطاب في «الهداية» . قال في «التلخيص»: أصل الوجهين، هل يردُّ في المتقومات القيمة أو المثل؟ على روايتين يأتيان، وقال في «المغني»^(٣): ويمكن بناء الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون، فإن قلنا: الواجب ردُّ المثل، لم يَجْزُ قرضُ

الحاشية

(١) ليست في النسخ الخطية والمثبت من (ط) .

(٢) ١٧٢ / ٣ .

(٣) ٤٣٢ / ٦ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٢٥ / ١٢ .

في^(١) غير مباحة للمقترض، وجهان. ومعرفة قدره بمقدر معروف، ووصفه الفروع شرط، وسأله أبو الصقر: عين بين أقوام لهم نواثب في أيام يقترض الماء من نوبة صاحب الخميس ليسقي به، ليرد عليه يوم السبت؟ قال: إذا كان محدوداً يعرف كم يخرج منه ولا بأس، وإلا أكرهه.

الجواهر، وما لا يثبت في الذمة سلماً، لتعذر رد مثلها، وإن قلنا: الواجب رد القيمة، التصحيح جاز قرضه؛ لإمكان رد القيمة. انتهى.

المسألة الثانية: هل يصح قرض الرقيق إذا قلنا: لا يصح السلم فيه، أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «الهداية» وفي «المذهب»، و«الكافي»^(٢)، و«المغني»^(٣)، و«المقنع»^(٤)، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الشرح» و«شرح ابن منبج»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصح، صححه في «التصحيح»، قال في «تجريد العناية»: لا يصح قرض آدمي في الأظهر، واختاره القاضي وغيره، وجزم به في «المذهب الأحمد»، و«الوجيز»، و«نهاية ابن رزين»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«منتخب الأدمي» و«المنور» وغيرهم/، وقدمه في «المستوعب» و«الخلاصة» و«النظم» و«الرعايتين»، و«الزبدة»، ١٢٢ و«الحاويين»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: يصح مطلقاً^(٥) قال ابن عقيل في «العمد»: أجود المذاهب عندي وأصحها مذهب ذا، وهو جواز قرض الأدمي ذكره وإنائه. انتهى^(٥). وقيل: يصح في عبد لا جارية، وهو احتمال في «المغني»^(٣).^(٥) قال ابن عقيل في موضع: ولهذا منعنا من قرض الإماء، وإن صح قرض سائر الأموال؛ لأجل ما فيه من استباحة الأضباع. انتهى^(٥).

الحاشية

(١) في الأصل: «بل». وفي (ر): «بلى»، وليست في (ب).

(٢) ١٧٢ / ٢ (٢).

(٣) ٤٣٣ / ٦ (٣).

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٢٥ / ١٢.

(٥) ليست في (ح) و(ط).

الفروع ويتم بقبوله، قال جماعة: ويملك، وقيل: يثبت ملكه بقبضه، كهبة، وله الشراء به من مقرضه، نقله مهنا، ويلزم مكيل وموزون بقبضه، وفي غيره روايتان^(٣٢)، ومن شأنه أن يصادف ذمة لا على ما يحدث، ذكره في

التصحیح وقدمه في «النظم»، وأطلقهما في «الشرح»^(١)، و«الفائق»، وقيل: يصح في الأمة إذا كانت غير مباحة للمقترض. قال في «الرعاية الكبرى»: وقيل: يصح قرض الأمة لمحرمها، وجزم أنه لا يصح لغير محرمها.

مسألة - ٣: قوله: (ويلزم مكيل وموزون بقبضه، وفي غيره روايتان). انتهى. قلت: حكم المعدود والمذروع حكم المكيل والموزون، حيث صححنا قرضه، وهو عجيب من المصنف كونه لم يذكرهما.

إحداهما: لا يلزم إلا بقبضه أيضاً، كالمكيل والموزون. قلت: وهو قياس الرواية الصحيحة التي في الهبة، فإن صاحب «الخلاصة»، و«المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، والمصنف والحارثي وغيرهم، قدموا في الهبة أنها لا تلزم إلا بالقبض، وجزم به في «الوجيز»، وغيره، واختاره القاضي وابن عبدوس في «تذكرته»، وهو المذهب عند ابن أبي موسى وابن منجا وغيرهم، فكذا يكون هنا، والله أعلم.

وقد قال أكثر الأصحاب: إن المقترض يملكه بالقبض، فظاهره: أنه لا يلزم قبل القبض، وأنه يكون جائزاً لا^(٢) لازماً، وهذا هو الصحيح.

والرواية الثانية: لا يشترط في لزومه قبضه، بل حيث تميز، لزم، وهو قياس الرواية التي في الهبة^(٣) وعلى الرواية التي في الهبة: الأكثر^(٣)، قاله المصنف، وقال الحارثي وصاحب «الفائق»: اختاره القاضي وأصحابه. قال ابن عقيل: هذا المذهب، وقدمه في

الحاشية

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٣٢٨.

(٢) ليست في (ط).

(٣ - ٣) ليست في (ط).

«الانتصار»، وأنه لا يجوز قرضُ المنافع، وفي «الموجز»: يصح قرضُ الفروع حيوان وثوبٍ لبيت المال ولأحد المسلمين، ولا يلزمه ردُّ عينه، بل يثبت بدلُه في ذمته حالاً ولو أجله، وخالف شيخنا، وذكره وجهاً*، ويحرم تأجيله في الأصحّ، قطع به أبو الخطاب وغيره، قال أحمد: القرضُ حالٌ^(١)،

«المغني»^(٢)، و«شرح ابن رزين»، فكذا يكون في القرض، وقد قال في «التلخيص»، التصحيح و«الرعاية» في باب القبض والضمان: يجوز التصرف في القرض إذا كان مُعَيَّنًا^(٣)، فظاهره: اللزوم في المتميز، ولم أر من صرح بالروايتين في القرض غير المصنف، وقد قال في القاعدة التاسعة والأربعين: القرضُ والصدقة والزكاة وغيرها فيه طريقتان: - أحدهما: لا يملك إلا بالقبض، رواية واحدة، وهي طريقة «المجرد» و«المبهم»، ونص عليه في مواضع.

والثانية: لا يملك المبهم بدون القبض، بخلاف المعين، فإنه يملك فيه بالعقد، وهي طريقة القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «مفرداته»، والحلواني وابنه، إلا أنهما حكياً في المعين روايتين كالهبة. انتهى. فظاهر كلام من يقول: لا يملك إلا بالقبض: إنه لا يلزم إلا بالقبض، ويحتمل قول من يقول: يلزم بالعقد، اللزوم وعدمه، وقال في القاعدة المذكورة قبل ذلك: واعلم أن كثيراً من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبراً؛ للزومها واستمرارها، وصرح به صاحب «المغني»^(٤)، و«التلخيص»، وأبو الخطاب في «انتصاره» وغيرهم، فهذا موافق لما قلنا، والله أعلم.

* قوله: (بل يثبت بدلُه في ذمته حالاً ولو أجله، وخالف شيخنا، وذكره وجهاً). الحاشية

قال في «الاختيارات»: والدينُ الحالُّ يتأجل بتأجيله، سواء كان الدين قرضاً أو غيره، وهو قول مالك، ووجه في مذهب أحمد. ويخرج رواية عن أحمد من إحدى الروايتين في تأجيل العارية، ومن إحدى الروايتين في صحة إلحاق الأجل والخيار بعد لزوم العقد.

(١) في (ط): «مال».

(٢) ٤٣٤ / ٦.

(٣) في (ط): «يقيناً».

(٤) ٤٣٤ / ٦.

الفروع وينبغي أن يَفِي بوعده، وإن ردَّه بعينه، لزمه قَبُولُ المثلي، وقيل: وغيره، فإن كان فلوساً أو مكسرة، فحرمها السلطان، وقيل: ولو^(١) لم يتعاملوا بها، فله القيمة من غير جنسه وَقَتَ العقد. نص عليه، وقيل: وقت فسدت، والخلاف فيما إذا كان ثمناً.

وقيل: يوم الخصومة، وقيل: إن رَحُصَت، فله القيمة، كاختلاف المكان، ونصه: يردُّ مثله. وإن شرط، ردَّه بعينه*، أو باعَ درهماً بدرهم هو

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن شرط، ردَّه بعينه).

هذه الصورة مخصوصة بالقرض، فصورتها: أقرض زيد خالداً درهماً وشرط ردَّ ذلك الدرهم بعينه إلى زيد، فإذا خرج معيماً، طالب زيد خالداً ببذله؛ لأنه منه قبضه، فيطالب خالد زيدا أيضاً ببذله؛ لأنه اقترضه منه، وهو درهمه الذي قبضه منه. قلت: وهذا يظهر إذا ادعى المستقرض أنه درهم المقرض، وأنكره المقرض وقال: ليس هذا درهمي، فيتوجه: الدعوى لكل منهما على الآخر، وأما إذا اعترف أنه درهمه وردَّ إليه، فقد برئ المستقرض منه، وليس لواحد منهما مطالبة، لكن لما كان يتصور المطالبة مع الإنكار، عُلق الحكم على ذلك؛ لأنه ممكن، هذا معنى التعليل الذي ذكره، أما إذا شرط ردَّه بعينه، فكونه لا يصح مُسَلِّم، لكن ليس للعلة التي ذكر، بل لأنه يناقض القرض؛ لأنه إذا ردَّه بعينه، امتنع من التصرف فيه، والمقصود من القرض التوسعة على المقرض، ومع المنع من التصرف لا يحصل ذلك؛ ولهذا قيل: يثبت عوضُ القرض في الذمة.

وأما قوله: (أو باعَ درهماً بدرهم هو دفعه إليه) فصورتها: أن شخصاً دفع إلى شخص درهماً إما من ثمن مبيع أو قرض أو أجر أو غير ذلك، ثم باع الدافع للشخص المدفوع إليه الدرهم درهماً بذلك الدرهم الذي دفعه إليه أولاً، لم يصح، فالذي يظهر: أن قوله: (أو باع درهماً) ليس ذلك مخصوصاً بالقرض، فإن العلة التي ذكرها تعطي أنه لا فرق بين أن يكون الدرهم الذي دفعه إليه من قرض أو غيره، وأما حكمها فكلام أصحاب الإمام أحمد في الربا يدل على عدم المنع من ذلك؛ لأنهم ذكروا صور المنع وليست هذه داخلة فيها، بل ظاهر كلامهم، جوازها، فمثل هذه الصورة

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

دفعه إليه، لم يصح - ^(١) «قاله في الانتصار» - فيما لا يدخله ربا الفضل؛ لأنه يفضي أن يجد البائع والمقرض عيباً بالدرهم*، فيطالبان* المشتري والمستقرض فيطالباً بها*، فيكون كل منهما مطالباً ومطالباً، ولا يجوز، ^(١) ويرد المثل في المثلي مطلقاً؛ فإن أعوزه، فقيمتُه إذن. ويرد قيمة جوهري ونحوه يوم قبضه، وفيما عداهما وجهان ^(٢)، وإن اقترض خبزاً أو خميراً

مسألة - ٤: قوله: (ويرد المثل في المثلي مطلقاً، فإن أعوزه، فقيمتُه إذن) ^(٢) ويرد قيمة جوهري ونحوه يوم قبضه، وفيما عداهما وجهان). انتهى. يعني: من المعداد والمذروع والحيوان ونحوه، وأطلقهما في «الهداية»، و«المستوعب»، و«المذهب»، و«الكافي» ^(٣)، و«المغني» ^(٤)، و«المقنع» ^(٥)، و«المحرر»، و«الشرح» ^(٥) و«النظم»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«تجريد العناية»، وغيرهم:

تقع كثيراً، ولو كانت غير جائزة لبينوها ولم يهملوا ذكرها مع أن جوازها داخل في إطلاقهم.
* قوله: (بالدرهم).

أي: الدرهم الذي أخذه البائع من المشتري، وهو الدرهم الذي دفعه البائع إلى المشتري قبل الشراء.

* قوله: (فيطالبان).

أي: البائع والمقرض، فالبائع يطالب المشتري، والمقرض يطالب المستقرض، فلو قال: فيطالب البائع المشتري، والمقرض المستقرض، لكان أظهر في بيان المقصود.

* قوله: (فيطالبهما).

أي: يطالب المشتري البائع؛ لأن أصل الدرهم منه، ويطالب المستقرض المقرض؛ لأن أصل

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) في (ط): «أداء».

(٣) ١٧٣ / ٣.

(٤) ٤٣٥ / ٦.

(٥) المقنع مع الشرح والإنصاف ٣٣٨ / ١٢.

الفروع عدداً وردّ عدداً بلا قصد زيادة، جاز، نقله الجماعة، وعنه: لا .
ويحرم شرط وقرض جر نفعاً*^(١٥)، كتعجيل نقد، ليرخص عليه في
السعر*، وكاستخدامه واستجاره منه*، نقله الجماعة . وفي فساد القرض

التصحيح أحدهما: يرد القيمة، اختاره الأكثر، وقطع به في «المذهب الأحمد» و«الوجيز»،
و«نهاية ابن رزين»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«منتخب الآدمي»، و«تسهيل البعلي»،
وصححه في «التصحيح»، وقدمه في «الخلاصة»، و«الهادي»، و«الرعايتين»،
و«الزبدة»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم .

والوجه الثاني: يجب ردُّ مثله من جنسه بصفاته، وإليه ميله في «الكافي»^(١٦)
و«المغني»^(١٧) و«الشرح»^(١٨) وهو ظاهر كلامه في «العمدة» . قلت: ويعضده كون النبي ﷺ
استسلف بكرة، فردّ خيراً منه، ولم يعطه القيمة^(١٩) والله أعلم .

(١٥) تنبيه: قوله: (ويحرم شرط وقرض جر نفعاً) . انتهى . قال شيخنا: كذا في
النسخ، والذي يظهر: شرط قرض، بالإضافة وحذف الواو . انتهى . والذي يظهر: أن

الحاشية الدرهم منه، فالضمير في يطالبان، وهو الألف الذي بعد الباء، للمشتري والمستقرض، والضمير
الثاني، وهو «هما»، للبائع والمقرض .

* قوله: (ويحرم شرط وقرض جر نفعاً) .

كذا في النسخ، والذي يظهر: شرط قرض، بالإضافة وحذف الواو .

* قوله: (كتعجيل نقد، ليرخص عليه في السعر) .

أي: يعجل له مالاً قرضاً قبل أن يشتري منه، بشرط أنه يرخص عليه إذا اشترى منه .

* قوله: (وكاستخدامه واستجاره منه) .

أي: المقرض يستخدم المقرض أو يستأجر منه شيئاً، قال في «الرعاية»: أو يؤجره أو يستأجر منه .

(١) ١٧٣ / ٣

(٢) ٤٣٥ / ٦

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٣٩ / ١٢ .

(٤) أخرجه مسلم (١٦٠٠)، من حديث أبي رافع . والبكر: الفتى من الإبل . «القاموس»: (بكر) .

روايتان^(٥٢). وإن فعله بلا شرط ولا مواطاة. نص عليه، أو أعطى أجود أو الفروع هدية بعد الوفاء، جاز على الأصح، وحرم الحلواني أخذ أجود مع العادة. وإن فعله قبله بلا عادة سابقة، حرم على الأصح، إلا أن ينوي احتسابه من دينه أو مكافأته. نص عليه.

وكذا غريمه، فلو استضافه، حسب له ما أكله. نص عليه، ويتوجه: لا، وظاهر كلامهم: أنه في الدعوات كغيره، وقيل: علمه أن المقرض يزيده شيئاً كشرطه، وقيل: لا^(٦٢).

الدين في الأصل أولى، وأن مراده بالشرط غير الذي جر نفعاً، كما إذا نافاه ونحوه، التصحيح وعلى قول شيخنا لا تفي العبارة بما قال.

مسألة - ٥: قوله: (ويحرم شرط وقرض جرّ نفعاً، كتعجيل نقد ليرخص عليه في السعر، وكاستخدامه واستجاره منه، نقله الجماعة، وفي فساد القرض روايتان). انتهى. وأطلقهما في «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»: إحداهما: يفسد، جزم به ابن عبدوس في «تذكرته».

والرواية الثانية: لا يفسد. قلت: وهو الصواب، وهي من جملة المسائل التي قارنها شرط فاسد، وهو ظاهر كلامه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، بل أكثر الأصحاب؛ لأنهم قالوا: يحرم ذلك، ولم يتعرضوا لفساد العقد.

مسألة - ٦: قوله: (وقيل: علمه أن المقرض يزيده شيئاً كشرطه، وقيل: لا). انتهى. إن كانت النسخ بالواو في قوله: (وقيل: علمه) فيكون المقدم عند المصنف خلاف ذلك؛ إذ الإتيان بواو العطف يقتضي تقدّم شيء، ولكن يردّه قوله بعده، (وقيل: لا) فيكون في العبارة نوع خفاء، ويحتمل أن يكون هذا كله طريقة، وأن المقدم التحريم

(١) ٤٣٦ / ٦

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٤٢ / ١٢

الفروع وإن قضاء صحاحاً عن مكسرة أقل؛ لعلة الفضل، لم يجز، وإلا. جاز، نص عليه، وشرط نقص كشرط زيادة وقيل: لا، ويتوجه: أنه فيما لا ربا فيه*.

التصحيح مطلقاً، وهو ظاهرُ كلام كثير من الأصحاب، ولصاحب «الرعاية» عبارات كثيرة تشبه هذه العبارة، وإن كانت النسخُ بالفاء، فيكون الخلافُ مطلقاً، ويكون كلامه الأول مخصوصاً بغير هذه المسألة، وكذا إن كانت الواو زائدة، وعلى كل تقدير نذكر الصحيح من القولين، فنقول:

القول الأول: اختاره القاضي، وقطع به في «الحاوي الصغير»، وقدمه في «الرعايتين»، وهو قياسُ المسائل التي قبلها.

والقول الثاني: هو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق، والشارح، وصاحب «الحاوي الكبير»، وقالوا: لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام كان معروفاً بحُسن الوفاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه؟ وعللوه بتعاليل جيدة، وقدمه ابن رزين في «شرحه» وصححه «الناظم»، وهو الصواب.

وأطلقهما في «الفائق»، وقيل: إن زاده مرة في الوفاء، فزيادة مرة ثانية محرمة، ذكره في «النظم»، قال ابن أبي موسى: إن زاده مرة، لم يجز أن يأخذ في المرة الثانية، قولاً واحداً. انتهى.

الحاشية * قوله: (ويتوجه: أنه فيما لا ربا فيه).

أي: يتوجه هذا القول، وهو الجواز، فيما لا ربا فيه.

قال في «شرح المقنع»^(١): وإن شرط أن يوفيه أنقص مما أقرض، لم يجز إذا كان مما يجري فيه الربا؛ لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما يشترط فيه، وكذا إن كان في غيره، وهو أخذ الوجهين لأصحاب الشافعي، وفيه وجه آخر لهم: أنه يجوز؛ لأن القرضَ جُعِلَ للرفق بالمستقرض، وذلك لا يخرجُه عن موضوعه.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٣٤٢.

وفي قرض غريمه ليرهنه بهما روايتان* ^(٧٢). وكذا شرط القضاء في بلد الفروع آخر ^(٨٢) وفي «المغني» ^(١): إن لم يكن لحمله مؤنة* وإلا حرم. وعنه: أكرهه

مسألة - ٧: قوله: (وفي قرض غريمه ليرهنه بهما روايتان) انتهى. وأطلقهما في التصحيح «المستوعب»، و«المغني» ^(٢) و«الرعاية الكبرى». قال في «الحاوي الكبير»: لو قال صاحب الحق: أعطني رهناً وأعطيك مالاً تعمل فيه، وتقضيني، جاز، وكذا قال في «الرعاية الكبرى»، وجزم به في موضع آخر.

إذا علم ذلك، فرواية البطلان نقلها حنبل، ورواية الجواز نقلها مهنا، وقدم ابن رزين في «شرحه» في باب الرهن عدم الصحة؛ لأنه يجر نفعاً. قلت: الصواب أنه إذا كان لا يقدر أن يتوصل إلى حقه إلا بذلك، ساغ، وإلا فلا، والله أعلم.

مسألة - ٨: قوله: (وكذا شرط القضاء في بلد آخر) يعني: هل يجوز هذا الشرط أم لا؟ وأطلقهما في «المغني» ^(٢)، و«الكافي» ^(٣)، و«الشرح» ^(٤)، و«شرح ابن منجا» وغيرهم.

إحداهما: لا يجوز ولا يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«المقنع» ^(٤)، و«الرعايتين»، و«الحاويين»،

* قوله: (وفي قرض غريمه ليرهنه بهما روايتان).

قال في «الرعاية»: وإن قال: لك علي ألف أقرضني ألفاً وأرهن عندك عليهما عبدي هذا، فروايتان.

* قوله: (وفي «المغني»: إن لم يكن لحمله مؤنة).

أي: إن لم يكن لحمله مؤنة، لم يحرم، وإلا حرم. قال في «شرح المقنع» ^(٥): وإن لم يكن لحمله مؤنة، فقد روي عن أحمد: أنه لا يجوز أيضاً، وذكر القاضي: أن للوصي قرض مال اليتيم ليوفيه

(١) ٤٣٧ / ٦

(٢) ٤٣٦ - ٤٣٧ / ٦

(٣) ١٧٥ / ٣

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٤٢ / ١٢

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٤٣ / ١٢

الفروع إن كان لبيع*، وعنه: لا بأس على وجه المعروف، وإن كان ليتنفع بالدراهم ويؤخر دفعها، لم يصح^(١)، أو قال: أقرضني ألفاً، أو: ادفع إليّ أرضك أزرعها بالثلث.

ولو أقرض غريمه ليوفيه كل وقت شيئاً؛ جاز، نقله مهنا، ونقل حنبل: يكره، وإن أقرض أكاره في شراء بقر أو بذر، أو قال: أقرضني ألفاً، أو ادفع إليّ أرضك أزرعها بالثلث بلا شرط، حرم عند أحمد وجوز الشيخ، وكرهه في «الترغيب» في الأولى، ولو أمره ببذره وأنه في ذمته كالمعتاد، ففاسد، له

التصحيح و«شرح ابن رزين» وغيرهم.

والرواية الثانية: يجوز هذا الشرط، وهو احتمال في «المقنع»^(٢)، واختاره الشيخ تقي الدين، وصححه في «النظم»، و«الفاق»، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى. قلت: وفيه قوة، واختار الشيخ الموفق الجواز فيما إذا لم يكن لحمله مؤنة، وعدمه فيما لحمله مؤنة/ فهذه ثمان مسائل قد صححت، والله الحمد والمنة.

١٢٣

الحاشية في بلد آخر، ليربح خطر الطريق. قال شيخنا: والصحيح جوازه؛ لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، ولأنه ليس بمنصوص، ولا بمعنى المنصوص، فوجب إبقاؤه على الإباحة. ونقل في «الكافي»^(٣) كلام القاضي في قرض مال اليتيم، ولم يذكر غيره.

* قوله: (وعنه: أكرهه إن كان لبيع).

أي: إن كان نقله إلى بلد لأجل بيعه. قال في «الرعاية»: وقيل: إن كان لحمله إليه نفع، حرم، وإلا فلا. وإن أراد إنفاذ نفقة إلى أهله، فأقرضها رجلاً ليوفيهها لهم، جاز، وجزم بها في «الكافي»^(٤).

(١) في النسخ الخطية: «يصلح»، والمثبت من (ط).

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والانصاف ١٢/٣٤٣.

(٣) ١٧٧/٣.

(٤) ١٧٥/٣.

تسمية المثل، ولو تلف، لم يضمنه؛ لأنه أمانة، ذكره شيخنا، ولو أقرض من الفروع له عليه برٌّ ما يشتره به، يوفيه إياه، فقال سفيان: مكروه، أمر بين. قال أحمد: جود، وفي «المستوعب»: يكره، وفي «المغني»^(١): يجوز. ولو جعل جُعلاً على اقتراضه له بجاهه، صح، لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه فقط، لا كفالته عنه*، نص عليهما؛ لأنه ضامن*، فيكون قرضاً جر نفعاً، ومنع الأزجي*، ولو اقترض ببلد، فطلب منه في غيره بدله، لزمه إلا ما لحمله مؤنة، وقيمته في بلد القرض أنقص؛ فيلزمه إذا قيمته فيه فقط، وذكر

التصحيح

* قوله: (ولو جعل جُعلاً على اقتراضه له بجاهه، صح؛ لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه فقط، لا كفالته عنه).

و(كفالته) عطف على (اقتراضه) والتقدير: صح على اقتراضه لا على كفالته. قال في «الرعاية»: وإن قال: اقترض لي مئة ولك عشرة، صح، وإن قال: اضمنها عني أو اكفلها أو اكفلني ولك عشرة، فلا، وفي «الفائق»: وإن قال: اقترض لي / كذا ولك كذا، صح، ولو كان في الكفالة، لم يصح. نص عليه.

* قوله: (لأنه ضامن) إلى آخره.

قال القاضي في «المجرد»: قال في رواية ابن منصور: إذا قال له رجل: اكفل عني ولك ألف درهم، فما يأخذه بغير حق، ولو قال له: استقرض لي من فلان ولك عشرة دراهم، فلا بأس؛ وذلك لأن الكفيل ضامن، فيلزمه إحضاره الضمان لما لزم العين المكفول بها، فلو قلنا: يجوز أن يأخذ على ذلك عوضاً، كان قرضاً جر منفعة، وهذا لا يجوز، وليس كذلك إذا قال: اقترض لي ولك عشرة دراهم؛ لأنه يحصل العوض في مقابلة ما بذله من جاهه، ولم يبذل ماله، فلا يحصل قرض جر منفعة؛ فهذا جاز.

* قوله: (ومنع الأزجي).

أي: منع منه فيهما على الصحة في مسألة الاقتراض، وعدم الصحة في مسألة الكفالة.

الفروع الشيخ أنّ ما لحمله مؤنّة، فطلب ببلد آخر، لا يلزمه؛ لأنّه لا يلزمه حمّله إليه، وذكر هو وغيره في الأثمان: يلزمه. وفي «المستوعب»: الأثمان مما لا مؤنّة لحمله، فيلزمه، فإنّ بذله^(١) المقترض ولا مؤنّة لحمله، لزم قبوله مع أمن البلد والطريق، وبدل المغصوب التالف^(٢)، مثله. قال أحمد: ما يعجبني أن يستقرض، ولا يعلم بحاله إلّا ما يقدر أن^(٣) يؤدّيه، وكره الشراء بدين ولا وفاء عنده إلّا اليسير، وما أحب أن يقترض بجاهه لإخوانه.

التصحيح

الحاشية

(١) بعدها في (ط): «ما».

(٢) بعدها في (ر) و(ط): «ذكر».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

باب الرهن

يصح ممن يصح بيعه*، قال في «الترغيب» وغيره: وصح تبرُّعه؛ لأنه تبرع، وفي «المستوعب» وغيره: لوليِّ رهنه عند أمين لمصلحة، كحل دين عليه مع الحقِّ وبعده، واختار أبو الخطاب: وقبلة، وأنه يحتمله كلامُ أحمد، قاله في «الانتصار» لا معلقاً بشرط، بكل دين واجب أو مآله إليه*، ونفع إجارة في الذمة.

ولا يصح بمسلم فيه، ونقل حنبل: يصح، وفيه برأس مال سَلِمَ روايتان في «الترغيب»^(١٢) وغيره.

مسألة - ١ : قوله: (ولا يصح بمسلم فيه، ونقل حنبل: يصح، وفيه برأس مال سلم التصحيح روايتان في «الترغيب»). انتهى. وكذا قال في «التلخيص»:

* قوله: (يصح ممن يصح بيعه) إلى آخره.

ظاهر كلامه: أن الرهن ليس من شرطه أن يكون ممن عليه الدين؛ لأنه لم يذكر ذلك في شروط من يصح رهنه، وكلام غير الذي رأيته قريب من كلامه، وذلك ظاهر؛ لأنه إذا جاز أن يقضي عنه الدين بغير أمره، فجواز الرهن عليه أولى، ولم أجد المسألة صريحاً. وأيضاً فإنه ضم شيء إلى ذمة من عليه الدين لاستيفاء الحق، فصح بغير رضى المدين، كالضمان، وقد ذكر المصنف في الجملة^(١) عن «التلخيص» أنه إذا بذل جُعلاً لمن يعمل لغيره، صح، وجزم في «الفاقق» بما قاله في «التلخيص» ولم يعزه إلى «التلخيص»، فمسألتنا كذلك، والله أعلم. وجزم أصحاب الشافعي بصحة ذلك، ذكره النووي في «روضته».

* قوله: (بكل دين واجب أو مآله إليه) إلى آخره.

قال في «الرعاية»: ويصح بكل حق مالي لازم في الذمة بعقد أو غيره، يمكن استيفاؤه من الرهن أو من ثمنه، ثم قال: وبما مآله اللزوم، كالثمن في مدة الخيار، والأجرة قبل الاستيفاء، والمنفعة والمهر قبل الدخول. وفي «المحرر»: ويصح في كل دين واجب إلا دين السلم، فإن فيه روايتين، وفي دين الكتابة وجهان.

الفروع وفي عين مضمونة كعارية، وقيل: وجعل قبل العمل، ودية قبل الحول وجهان، كدين كتابة، وفيه في «الموجز» روايتان، (٢٢، ٤).

التصحيح إحداهما: لا يجوز ولا يصح، وقدمه في «المستوعب»، و«الرعايتين»، و«الحاوين»، وعزاه المجدد في «شرحه»، إلى اختيار القاضي في «المجرد» في الرهن، نقله في «تصحيح المحرر».

والرواية الثانية: يصح، صححه في «الرعاية الكبرى» في آخر باب السلم، وقال في باب الرهن: يصح الرهن برأس مال السلم على الأصح. وقال في «الوجيز»: ويجوز شرط الرهن والضمان في السلم والقرض. قلت: وهذا هو الصواب.

مسألة ٢-٤: قوله: (وفي عين مضمونة كعارية، وقيل: وجعل قبل العمل، ودية قبل الحول، وجهان، كدين كتابة، وفيه في «الموجز» روايتان). انتهى. ذكر المصنف مسائل:

المسألة الأولى-٢: هل يصح الرهن على العين المضمونة، كالعارية والمغصوب والمقبوض على وجه السوم ونحوه أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصح. قال في «الكافي»^(٣): هذا قياس المذهب، وقدمه في «الرعاية الكبرى» قال في «الفائق»: وعليه يخرج الرهن على عواري الكتب الموقوفة ونحوها. انتهى.

والوجه الثاني: يصح الرهن على ذلك. قال القاضي: هذا قياس المذهب. قلت: وهو أولى.

المسألة الثانية-٣: الرهن على الدية قبل الحول، يعني: التي على العاقلة، فيحتمل قول المصنف: (ودية قبل الحول)، أنه معطوف على قوله: (كعارية) فيكون قد أطلق الخلاف فيها أيضاً، ويردّه كونه أدخل بينهما مسألة قدم فيها حكماً، ويحتمل أن يكون

الحاشية

(١) ٤٥٣/٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٠٧/١٢.

(٣) ١٨٠/٣.

ولا يصح بعهدة مبيع وعين ومنفعتها، وتصح عين يجوز بيعها، وقيل: الفروع

معطوفاً على قوله: (وجعل) وهو الصواب، فيكون قد قدم فيها حكماً مثل حكم الجعل التصحيح قبل العمل، وهو عدم الصحة، ولكن لأجل الاحتمال الأول نذكر المسألة، والصحيح من المذهب فيها، فنقول: ذكر الأصحاب فيها قولين:

أحدهما: لا يصح أخذ الرهن على ذلك، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في «الكافي»، و«النظم»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوين»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، وغيرهم، وهذا مما يقوي أنه معطوف على قوله: (وجعل) ويؤيده أن الشيخ في «المغني»^(١)، والشارح جعلاً حكم الجعل والدية واحداً.

والقول الثاني: يصح، وهو احتمال في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، وقال في «الرعاية»: وقيل: يصح إن صح الرهن بدين قبل وجوبه. انتهى.

المسألة الثالثة - ٤: دين الكتابة، هل يصح أخذ الرهن عليه أم لا؟ أطلق الوجهين فيه، وحكاهما في «الموجز» روايتين، وأطلقهما في «المحرر»، و«شرحه»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الزبدة»، و«الحاوين»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصح أخذ الرهن عليه، وهو الصحيح، جزم به ابن عقيل في «التذكرة»، والشيرازي في «الإيضاح»، والشيخ الموفق في «المغني»^(١)، و«الكافي»^(٣)، والمجد في «شرحه»، قاله في «تصحيح المحرر» والشارح، وابن رزين في «شرحه»، وابن عبدوس في «تذكرته»، وغيرهم، وصححه في «تصحيح المحرر».

والوجه الثاني: يصح، ولم أطلع على من اختاره. قلت: في إطلاق المصنف في هذه المسألة الخلاف نظراً. والظاهر: أنه تابع المجد في «محرره»، أو نقول: قوله:

(١) ٤٢٥/٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣١٩/١٢.

(٣) ١٨٠/٣.

الفروع غير مكاتب، فإن صحَّ، مكن من الكسب كما كان، وما أداه رهن معه.

وإن رهن ذمي عند مسلم خمراً بيد ذمي، لم يصح، فإن باعه الوكيل، حل ويقبضه أو يبرئ، أو ما إليه. ويحرم رهن مالٍ يتيم لفاسق، ومثله المكاتب والمأذون، ذكره في «الترغيب» وغيره، ويتوجه: إن خرج بفسقه عن الأمانة، وإلا لم يحرم، وأن الكافر في رهنه منه وتوكيله فيه مثله وأولى؛ بدليل عامل الزكاة واللقطة.

وفي ثمر وزرع قبل بدو^(١) صلاحه بشرط التبقية، وعبد مسلم، ومصحف لكافر في يد مسلم وجهان^(٥٢، ٧).

الصحيح (كدين كتابة) لا يقتضي إطلاق الخلاف، وإنما هو حكاية خلاف من غير إطلاقه، وهو بعيد، وقيل: إن جاز أن يُعجز المكاتب نفسه، لم يصح، وإلا صح.

مسألة ٥ - ٧: قوله: (وفي ثمر وزرع قبل بدو^(١) صلاحه، بشرط التبقية، وعبد مسلم، ومصحف لكافر. . وجهان). انتهى. وفي ذلك مسائل:

المسألة الأولى - ٥: هل يصح رهن الثمر والزرع قبل بدو صلاحه، بشرط التبقية أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»^(٢)، و«المقنع»^(٣)، و«الشرح»^(٣)، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوين»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم: أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الخلاصة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«نظم المفردات»، وغيرهم، واختاره القاضي وغيره، وصححه في «التصحيح»، و«شرح ابن منجا» وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، قال في «الرعاية الكبرى»: وإن رهنها قبل بدو صلاحها

الحاشية

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ٤٦١/٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٣٧٨٣٧٧.

وما يفسد قبل الأجل إن صح رهنته في المنصوص، بيع، وجعل ثمنه الفروع

بدين مؤجل، صح في الأصح، إن شرط القطع لا الترك، وكذا الخلاف إن أطلقا، فتباع التصحيح إذن على القطع، ويكون الثمر رهناً، وإن رهنا بدين حال بشرط القطع، صح، وتباع لذلك، انتهى . قلت: ويحتمل صحته بمؤجل يحل عند جواز بيعه، ولم أره .

المسألة الثانية - ٦: هل يصح رهن العبد المسلم لكافر أم لا؟، أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«الفائق»:

أحدهما: لا يصح، جزم به في «الهادي» وغيره، وقدمه في «الخلاصة»، و«الكافي»^(١)، و«المقنع»^(٢)، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«النظم»، وغيرهم، واختاره القاضي وغيره.

والوجه الثاني: يصح بشرط أن يكون بيد مسلم عدل، اختاره أبو الخطاب، والشيخ الموفق في «المغني»^(٣)، والشارح والشيخ تقي الدين وقال: اختاره طائفة من أصحابنا، وجزم به ابن عبدوس في «تذكرته»، قال في «المحرر»: ويصح في كل عين يجوز بيعها، وكذا قال في «التلخيص»، و«الوجيز» وغيرهما . قلت: وهو الصواب والصحيح من المذهب.

المسألة الثالثة - ٧: هل يصح رهن المصحف لكافر أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يصح، صححه في «الرعاية الكبرى» . قلت: وهو الصواب، ويكون بيد عدل مسلم إن جوزنا بيعه، وهو ظاهر كلامه في «التلخيص» و«المحرر» و«الوجيز» وغيرهم، كما تقدم في التي قبلها .

والوجه الثاني: لا يصح رهنته، وهو المذهب على ما اصطلاحناه، جزم به في «الكافي»، و«الفائق»، وهو ظاهر ما قدمه في «الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، فإنهما

(١) ١٩٣/٣ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٨٢/١٢ .

(٣) ٤٧٠/٦ .

الفروع رهناً، نقل أبوطالب فيمن رهن وغاب، وخاف المرتهنُ فسادَه أو ذهابَه، فليأت السلطانَ حتى يبيعه، كما أرسل ابن سيرين إلى إياس بن معاوية يأذن له في بيعه، فإذا باعه، حفظه حتى يجيء صاحبه فيدفعه إليه بأسره، حتى يكون ٢٨/٢ صاحبه يقضيه ما/ عليه، وإن لم يرض المرتهنُ والشريكُ في المشاع بيد أحدهما أو غيرهما، عدله الحاكم*، وهل يؤجره؟ فيه وجهان^(٨م).

وإن رهن حصته* من معين فيه^(٩م) يمكن قسمته فوجهان كييعه^(١٠م).

التصحيح قدما عدم الصحة في رهن العبد المسلم لكافر ثم قالوا: وكذا المصحف إن جاز بيعه .
مسألة - ٨: قوله: (وإن لم يرض المرتهنُ والشريكُ في المشاع بيد أحدهما أو غيرهما، عدله الحاكم، وهل يؤجره؟ فيه وجهان) . انتهى . يعني: هل للحاكم إجارته كما له أن يجعله عند عدلٍ والحالة هذه؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: له إجارته، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في «التلخيص»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوين»، و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم .

والوجه الثاني: ليس له ذلك، وهو قوي؛ لأننا إنما أجزنا للحاكم التعديل؛ لكون كل واحد منهما له حق فيه، وقد حصل لهما التنازع، وأما الإجارة فمحض^(١) حق الرهن، لكن يقال في الأول: زاده الحاكم خيراً؛ لأنه عدله بإجارته، والله أعلم .

مسألة - ٩ - ١٠: قوله: (وإن رهن حصته من معين فيه يمكن قسمته، فوجهان كييعه) . انتهى . فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٩: إذا كان له نصف دار مثلاً مُشاعاً، مشتملة على بيوت وتنقسم، فرهن نصيبه من بيت منها، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف فيه:

الحاشية * قوله: (عدله الحاكم)

أي: جعله على يد عدل .

* قوله: (وإن رهن حصته) إلى آخره .

(١) في (ط): «فيحصل» .

وفي «الانتصار» : لا يصح بيعه، نص عليه، وإن اقتسما فوق لغيره، فهل الفروع

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قدمه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، ونصراه، التصحيح وصححه في «الفائق»، وقدمه ابن رزین في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يصح، وهو احتمال للقاضي، وجزم به في «التلخيص» لغير الشريك، وحكى في الشريك احتمالين عن القاضي في «المجرد». قال في «الرعاية»: ولا يصح رهن حقه من معين من دار مشتركة تنقسم، وفيه احتمال، وإن رهنه عند شريكه، فاحتمالان، وإن لم ينقسم، صح، وقيل: إن لزم الرهن بالعقد، صح، وإلا فلا. انتهى.

(☆) تنبيه: قوله: (من معين فيه) لعله في مشاع، قاله ابن نصر الله، وليس كما قال، وإنما هو كما قال المصنف، وقد مثلنا صورته، وكلامه قبل ذلك يدل عليه، وقاله في «المغني» وغيره، وقول ابن نصر الله: قوله: (وفي «الانتصار»: لا يصح بيعه، نص عليه) أي: بيع المشاع؛ ليس كذلك، وإنما مراده بيع هذه الحصة من هذا البيت قبل القسمة.

المسألة الثانية - ١٠: بيع نصيبه من بيت منها، والحالة ما تقدم، هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يصح، وهو الصحيح من المذهب، وجزم به في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«شرح ابن رزین»، وغيرهم.

قال في «المغني»^(١): ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع، كما يصح أن يرهن جميعه، سواء رهنه مشاعاً في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه أو يرهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار، فيرهن نصيبه من بيت منها. وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معلن يمكن قسمته، لاحتمال أن يقتسم الشريكان، فيحصل الرهن في حصة شريكه. ولنا: أنه يصح بيعه، فصح رهنه، وما ذكره لا يصح؛ لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر المرتهن، فيمنع من القسمة المضرة، كما يمنع من بيعه.

(١) ٤٥٦/٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٧١/١٢.

الفروع يلزمه بدله* أو رهنه لشريكه* (☆) فيه وجهان (١١٢).

التصحيح والوجه الثاني: لا يصح. قال في «الانتصار»: لا يصح بيعه. نص عليه. انتهى.
قلت: لعل الخلاف في الرهن مبني على صحة بيعه وعدمها، وهو ظاهر كلام المصنف.

تنبيهات:

(☆) الأول: يحتمل أنه أراد بقوله: (أو رهنه لشريكه) رهن ما وقع له من القسمة عند شريكه، وبقي ما كان مرهوناً عند المرتهن كما كان قبل القسمة، كما تقدم، وهو بعيد في المعنى، ولم أجده مذكوراً، والعبارة لا تساعد، وقد قطع الشيخ في «المغني»^(١) والشارح بأن الراهن ممنوع من القسمة في هذه المسألة، والله أعلم.

قال ابن نصر الله: أي: هل يلزم الغير الذي وقع له المعين المرهون أن يبذله لشريكه، ليرهنه كما كان، أو يرهنه هو لشريكه؟ انتهى. وهو ظاهر عبارة المصنف، وقوله: (يلزمه بدله) بالذال المعجمة، فعلى هذا: يكون^(٢) في كلام المصنف إضماراً تقديره: فهل يلزمه بدله أو رهنه لشريكه، أم لا يلزمه شيء من ذلك؟ فعلى هذا: يكون^(٢) الصحيح من الوجهين عدم اللزوم، وقد وافق شيخنا في «حواشيه» له على الثاني، ووافقنا على الأول.

مسألة - ١١: قوله: (فإن اقتسما) يعني: في المسألة التي قبلها، وقلنا: يصح، (فوقع لغيره، ١٢٤) فهل يلزمه بدله أو رهنه/ لشريكه؟ فيه وجهان. انتهى. يعني: إذا وقع المرهون لشريك الراهن في القسمة، فهل يلزم الراهن بدله ليكون رهناً، أم لا؟ أطلق الخلاف:

الحاشية * قوله: (فهل يلزمه بدله).

أي: يلزم الراهن بدل الرهن؛ لكونه خرج في حصة الشريك، فلما فوته على المرتهن بالقسمة، لزمه عوضه، كما لو أعتق العبد.

* قوله: (أو رهنه لشريكه).

معناه والله أعلم: أن الشريك الذي خرجت الحصّة المرهونة في حصته يلزمه أن يجعلها رهناً عند

(١) ٤٥٦/٦.

(٢) (٢ - ٢) ليست في (ص).

ويصح رهنُ أمة دون ولدها، وعكسه، وبإعان. وشرطُ خلوة محرمة الفروع فاسدٌ وحده*. واستتجارُ شيء ليرهنه*، ورهنُ المعار بإذن ربه بينَ الدينِ أو لا، وله الرجوعُ قبل إقباضه*، كقبل العقد، وقدم في «التلخيص»: لا، كبعده، خلافاً «للاقتصار» فيه، فإن بيع، رجع بقيمته أو بمثله، لا بما بيع. نص عليه، وقطع في «المحرر» - واختاره في «الترغيب» - بأكثرهما^(١٦)،

أحدهما: يلزمه بدله يكون رهناً مكانه؛ لكونه انتقل إلى ملك الشريك. قلت: وهو التصحيح الصواب، أشبه ما لو بان مستحقاً، وهو ظاهرُ كلام القاضي. والوجه الثاني: يرهن ما صار له عند الشريك على ما بيد المرتهن، ويبقى الرهنُ على حاله.

(١٦) الثاني: (ويصح استتجارُ شيء ليرهنه، ورهنُ المعار بإذن ربه. . فإن بيع، رجع بقيمته أو بمثله، لا بما بيع. نص عليه، وقطع في «المحرر» - واختاره في «الترغيب» -

المرتهن؛ لأن حقَّ المرتهن سابقٌ على حقِّ الشريك؛ لأنَّ حقَّ المرتهن ثبت بعقد الرهن، وحق الحاشية الشريك ثبت بالقسمة، والرهن سابقٌ على القسمة، فإن انفكَّ الرهنُ، أخذه الشريك، وإن بيع في الدين، أخذ من الراهن عوّضه، كما إذا كان الرهنُ عاريةً. وظاهرُ كلام الشيخ في «المغني»^(١٧) أنه إذا خرجت الحصة الموهونة في قسم الشريك، أن القسمة لا تصح. ونظيرُ أن القسمة تصح، ولا تسلم إلى الشريك، قولُ القاضي أنه يصح تزويج الأمة ولا تسلم للزوج.

* قوله: (وشرط خلوة محرمة فاسدٌ وحده).

أي: يفسد الشرط وحده دون الرهن.

* قوله (واستتجار شيء ليرهنه).

أي: ويصح استتجار شيء ليرهنه.

وهو عطف على رهن الأمة.

* قوله: (وله الرجوع قبل إقباضه . . .) إلى آخره.

مراده: فسخ الرهن؛ قد فهم من قوله أن المرجح بعد القبض ليس له الرجوع على المرجح؛ لقوله:

الفروع ويضمنه مستعير فقط، ويتوجه الوجه في مستأجر من مستعير، ولا يلزم إلا في حق الراهن إذا قبضه - ذكره الشيخ وغيره المذهب - المرتهن أو من اتفقا* عليه، ويحرم نقله عنه مع بقاء حاله إلا باتفاقهما، ويضمنه مرتهن بغصبه، والأصح يزول برده، وأن نيابته باقية، ولا يزول برده من سفر^(١). وصفه قبضه كميع، ويعتبر فيه إذن ولي أمر، وعنه: لورثته إقباضه منه. وثم غريم لم يأذن، ويبطل إذنه بنحو إغماء وخرس، فإن رهنه ما في يده ولو غصباً، فكهبته إياه، ويزول ضمانه، فإن أخذه الراهن بإذن المرتهن ولو نيابة له - وفي «الانتصار» احتمال: ولو غصباً - زال لزومه، فإن رده إليه، عاد، وإن أجره أو أعاره من المرتهن أو غيره بإذنه، فُلزومه باقي، اختاره في

التصحيح بأكثرهما). انتهى. هذا القول الثاني هو الصواب، وقطع به في «المنور» وغيره، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره، وصححه في «الرعاية الكبرى». قال ابن نصر الله في «حواشي الفروع»: وهو الصواب قطعاً، وهو كما قال، وبأي شيء يستحق الراهن الزائد وهو ملك غيره؟

(١) الثالث: قوله: (ولا يزول برده من سفر). انتهى. لا معنى للسفر هنا، وصوابه: برده من نفسه، أي: إذا كان الرهن بيده، فتعدى فيه، ثم زال تعديه، لا يزول ضمانه بذلك، صرح به في «الرعاية»، نبه عليه ابن نصر الله.

الحاشية (لا بعده)، وقد جزم في «المحرر»، و«الكافي»^(١)، و«المغني»^(٢) أن المعير له طلب المستعير بفكاك الرهن، فمتى حملنا قوله: (له الرجوع) على طلب فكاك الرهن، يكون المقدم أنه بعد الإقباض لا يملك طلب فكاكه، والجماعة قد جزم كثير منهم بخلافه. فإذا حمل كلام المصنف على فسخ الرهن، حصل الجمع بين الكلامين؛ لأنهم صرحوا بطلب الفكاك، لا بفسخ الرهن، وقدم ذلك وقال: لم يملك ربه فسخ الرهن، وله طلب فكاكه بوفاء أو حوالة أو إبراء، ففرق بين فسخ الرهن وطلب الفكاك، ولم أجد مسألة طلب الفكاك في كلام المصنف.

* قوله: (المرتهن أو من اتفقا).

(المرتهن) فاعل (قبضه) التقدير: إذا قبضه المرتهن.

«المغني»^(١)، و«المحرر»، وفي «الانتصار»: هو المذهب، كالمرتهن، الفروع وعنه: لا، نصره القاضي وقطع به جماعة. فإن استأجره المرتهن، عاد بمضيها. ولو سكنه بأجرته بلا إذن، فلا رهن. نص عليهما. ونقل ابن منصور: إن أَكْرَاهُ بإذن الراهن أوله، فإذا رجع، صار رهناً، والكراء للراهن، وإنه لو قال: البسه، لم يجز إذا كان يأخذ القضاء، وعنه: رهن المعين يلزم بالعقد، وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره، وفي «التعليق»: هو قول أصحابنا، فمتى أبى الراهن تقيضه، أُجبر، وذكر جماعة: لا يصح الرهن إلا مقبوضاً. وإن وهبه أو رهنه ونحوه بإذن المرتهن، صح، وبطل الرهن، وإن زاد دين الرهن، لم يجز؛ لأنه رهن مرهون. قال القاضي وغيره: كالزيادة في الثمن، وتجوز زيادة الرهن توثقاً، وفي «الروضة»: لا تجوز تقوية الرهن بشيء آخر بعد عقد الرهن، ولا بأس بالزيادة في الدين على الرهن الأول، كذا قال، وإن باعه بإذن بعد حل الدين، أو بشرط رهن ثمنه مكانه، صح، وصار رهناً في الأصح^(٢) وبدونهما يبطل الرهن، وقيل: لا، وشرط تعجيل دينه المؤجل من ثمنه لا يصح البيع وهو رهن، وقيل: يصح، ويكون الثمن رهناً في الأصح^(٣). وذكر الشيخ صحة الشرط، وذكره في «الترغيب»، وأن الثواب في الهبة كذلك،

التصحیح

الحاشية

(١) ٤٥/٦ .

(٢ - ٣) ليست في (ب) .

الفروع وله الرجوع فيما أذن فيه قبل وقوعه، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع، أو تصرف الرهن جاهلاً برجوعه، فوجهان (١٢م، ١٣).

وكل شرط وافق مقتضاه، لم يؤثر، وإن لم يقتضه أو نافاه، نحو كون منافعه له، أو (١) إن جاءه بحقه في محله، وإلا فهو له، أو لا يقبضه، فهو

التصحيح مسألة - ١٢ - ١٣ : قوله : (وله الرجوع فيما إذا أذن فيه قبل وقوعه، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع، أو تصرف الرهن جاهلاً برجوعه، فوجهان) . انتهى . ذكر مسألتين :

المسألة الأولى - ١٢ : لو أذن المرتهن للرهن في البيع ثم رجع، جاز، لكن لو ادعى أنه رجع قبل البيع، فهل يقبل قوله أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «الرعاية الكبرى» : أحدهما : يقبل قوله، اختاره القاضي، واقتصر عليه في «المغني» (٢) .

والوجه الثاني : لا يقبل . قلت : وهو الصواب ؛ لأن الأصل عدمه، وقد تعلق به حق ثالث، ثم وجدت الشيخ تقي الدين اختار مثل ذلك، ذكره المصنف عنه في الوكالة فقال : (قال شيخنا : لو باع أو تصرف، فادعى أنه عزله قبله، لم يقبل) . انتهى، ثم وجدته في «الفصول»، قطع بما قاله الشيخ تقي الدين .

المسألة الثانية - ١٣ : إذا ثبت رجوعه وتصرف الرهن جاهلاً، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«النظم»، و«الفائق»، و«المغني» (٣)، و«الكافي» (٤)، و«الشرح» (٥)، وقالوا : بناءً على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه . انتهى . وهو الصواب، والصحيح من المذهب أنه ينعزل، فكذا هنا، فلا يصح تصرف الرهن على الصحيح عند من بناءه، والمصنف قد أطلق الخلاف في الوكالة أيضاً، لكن قال : (اختار الأكثر الانعزال) على ما يأتي هناك، ويكفينا تصحيح

الحاشية

(١) في النسخ الخطية : «أو»، والمثبت من (ط) .

(٢) ٥٣٠/٦

(٣) ٥٣١/٦

(٤) ١٩٩/٢

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٤٤٥ - ٤٤٦ .

فاسدٌ، وفي العقد روايتا بيع^(٥٦)، وقيل: إن نقص حق المرتهن، فسد، وإلاّ الفروع فالروايتان، وقيل: إن سقط به دينُ الرهن، فسد، وإلاّ فالروايتان، إلاّ جعلُ

من بناء على الوكالة، لكن الذي اخترناه في الوكالة أنه لا ينعزل قبل علمه . التصحيح

(٥٦) تنبيه: قوله: (وكلُّ شرط وافق مقتضاه، لم يؤثر، وإن لم يقتضه أو نافاه نحو كون منفعه له، أو إن جاء بحقه في محله، وإلاّ فهو له، أو لا يقبضه، فهو فاسدٌ، وفي العقد روايتا بيع) . انتهى . أحال المصنفُ هذه المسألة على مسألة البيع، يعني: فيما إذا شرط فيه ما لم يقتضه، أو نافاه، وقد قدم في باب الشروط في البيع الصحة^(١) فقال: (صح العقد فقط . نص عليه، واختاره الشيخ وغيره . . . وعنه: لا، نصره القاضي وأصحابه) . انتهى . فيكون المذهبُ هنا الصحة، وليس هذا من الخلاف المطلق . إذا علم ذلك، فقد أطلق الخلافُ هنا صاحب «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»^(٢)، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم:

إحداهما: لا يصح، جزم به في «الوجيز» وغيره، وصححه في «التصحيح» .

والرواية الثانية: يصح، وهي المذهب، على ما قاله المصنف، ونصره أبو الخطاب في «رؤوس المسائل» فيما إذا شرط ما يُتأفاه، وقطع به ابن عبدوس في «تذكرته»، وقدمه في «الرعايتين» وغيره، وقال في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤): فقال القاضي: يحتمل أن يفسد الرهنُ . وقيل: إن شرطاً الرهنَ مؤقتاً، أو رهنه يوماً ويوماً لا، فسد الرهنُ، وهل يفسد بسائرهما؟ على وجهين؛ بناءً على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر أبو الخطاب في «رؤوس المسائل» صحته . انتهى . وقول المصنف بعد ذلك: (وقيل: إن نقص حق المرتهن، فسد، وإلاّ فالروايتان، وقيل: إن سقط به دينُ الرهن، فسد، وإلاّ فالروايتان) . انتهى . مراده بالروايتين: الروايتان المتقدمتان اللتان في أصل المسألة . وأحالهما على

الحاشية

(١) ص ١٩٢ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٦٤/١٢ .

(٣) ٥٠٦/٦ - ٥٠٧ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٦٧/١٢ .

الفروع الأمة في يد أجنبي عَزَب؛ لأنه لا ضرر، وفي «الفصول» احتمال: يبطل، بخلاف البيع؛ لأنه القياس. ثم إذا بطل وكان في بيع، ففي بطلانه لأخذه حظاً من الثمن، أم لا؛ لانفراده عنه، كمهر في نكاح، احتمالان^(١٤م).

فصل

ويحرم عتقه على الأصح، فإن أعتقه أو أقر به، فكذبه، وقيل: أو وقفه^(١)، وقيل: أو أقر ببيعه أو غصبه أو جنائته، وهو موسر، كإقراره بنسب مطلقاً، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن في وطئه، والقول قوله وقول وارثه في إذنه فيه، أو ضرر به بلا إذنه فيه، لزمته قيمته رهناً، وقيل: إن أقر، بطل

التصحیح البيع، فذكر في محل الرويتين ثلاث طرق.

مسألة - ١٤: قول المصنف بعد ذكر المسألة التي فيها ذكر الخلاف كله: (ثم إذا بطل وكان في بيع، ففي بطلانه لأخذه حظاً من الثمن أم لا؛ لانفراده عنه، كمهر في نكاح، احتمالان) انتهى. يعني: إذا باعه شيئاً بشرط رهن، وشرط في الرهن ما لم يقتضه أو نافاه، وقلنا: يبطل، فهل يبطل البيع أم لا؟ أطلق احتمالين، هذا ما يظهر من كلامه: أحدهما: لا يبطل: قلت: هو ظاهر كلام الأصحاب.

الثاني: يبطل؛ لما علّله به المصنف، وهو الصواب، ثم رأيت في «الفصول» ذكر الاحتمالين، فظهر أن كلام المصنف هذا والذي قبله من كلامه في «الفصول»، فإنه قال: وكل موضع قلنا: الرهن باطل، فإن كان الرهن بحق مستقر، بطل الرهن والحق بحاله، وإن كان الرهن في بيع، فإذا بطل الرهن، فهل يبطل البيع؟ يحتمل أن لا يبطل؛ لأن عقد الرهن ينفرد عن البيع، ويحتمل أن^(٢) يبطل البيع؛ لأنه قد أخذ حظاً من الثمن، وذلك القدر الناقص مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم أو حط منه، جهل الكل، وجهالة الثمن تفسد البيع. انتهى.

الحاشية

(١) في (ط): «واقفته».

(٢) بعدها في (ص) و(ط): «ولا».

مجاناً. وفي طريقة بعض أصحابنا: يصح بيعُ الراهن له (و هـ) ويلزمه، الفروع ويقف لزومه في حق المرتهن، كبيع الخيار، وإن ادعى الراهن أن الولد منه، وأمكن، وأقر مرتهن بإذنه وبوطئه وأنها ولدته، قُبِلَ قوله، وإلا فلا، وعنه: لا يصح عتق معسر، اختاره أبو محمد الجوزي، وقيل: وغيره، وذكره في «المبهبج» رواية.

وفي طريقة بعض أصحابنا: إن كان معسراً، استسعى العبدُ بقدر قيمته تجعل رهناً، وقيل: إن أقر بعته، لم يقبل، كعبد بيع، وكإقراره على مكاتبه أنه كان جَنَى، أو أنه^(١) باعه أو أعتقه، فيعتق كإبرائه، ذكره في «المنتخب»، وإن لم تحبل، فأرسلُ البكر فقط، كجنايته، وإن أقر بوطء بعد لزومه، قُبِلَ في حقه ويحتمل: وحق مرتهن.

ولا يصح تصرفه بغير عتقه، ولو بكتابة، ولا ينتفع به بلا إذن، قيل له في رواية ابن منصور: أله أن يَطَأ؟ قال: لا، والله. وقال القاضي: له تزويج الأمة دون تسليمها، وقاله أبوبكر، وذكره عن أحمد. وفي غرسه الأرض، والدين مؤجل، احتمالان^(١٥). ولا يمنع من سقي شجر، وتلقيح، وإنزاء فحل على إناث - قطع به في^(٢) «المذهب»، وقدمه في «التبصرة» - مرهونة،

مسألة - ١٥: قوله: (وفي غرسه الأرض، والدين مؤجل، احتمالان) انتهى. التصحيح يعني: هل يسوغ للمرتهن منع الراهن من ذلك أم لا؟ أحدهما: ليس له ذلك. قلت: وهو الصواب. والاحتمال الثاني: له منعه؛ لأنه تصرف في الجملة.

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في (ط).

الفروع ومداواة وفصد ونحوه، بل من قطع سِلعة فيها خطرٌ. ويمنع من ختانه إلا مع دين مؤجل يبرأ قبل أجله. قال الشيخ: وللمرتهن مداواة ماشية؛ للمصلحة فيتوجه، وكذا غيرها، وفي «الترغيب» وغيره: يمنع من^(١) كل تصرف قولاً وفعلًا. ونماؤه - والأصح ولو صوفاً وليناً - وكسبه ومهره وأرش جناية عليه رهنٌ، فإن أوجبت الجناية قصاصاً، أو جنى على سيده، فاقتصر بلا إذن المرتهن، لزم سيده أو وارثه أرشها في المنصوص رهناً، وهل لوارثه العفو على مال، كأجنبي مجني عليه، أم لا، كموروثه في الأصح؟ فيه وجهان^(١٦٢) وقيل: يقتصر بإذن، وحكاه ابن رزين روايةً.

وإن عفا سيده عن مال - واختار الشيخ: لا يصح، والأشهر: يصح في

التصحيح مسألة - ١٦: قوله: (وهل لوارثه العفو على مال، كأجنبي مجني عليه، أم لا، كموروثه في الأصح؟ فيه وجهان). انتهى. يعني: إذا كانت الجناية على النفس، وكان المجني عليه هو السيد، وأطلقهما في «الكافي»^(٢):

أحدهما: ليس لهم العفو على مال؛ لأن العبد مالٌ لهم، وهم متهمون في إسقاط حق المرتهن، وهذا هو الصحيح، قدمه في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤)، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لهم ذلك، ذكره القاضي؛ لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم، قبل أن تصل إليهم، أشبه ما لوجني على أجنبي. قال في «الرعاية الكبرى»: وإن عفوا عنه على مال، صح في الأصح، وبقي رهناً. انتهى.

الحاشية

(١) ليست في (ط).

(٢) ٢٠٦/٣.

(٣) ٤٩٣/٦.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٠٩/١٢.

حقه - فيرهن الجاني بدله، فإذا انفك، استرده، وإن استوفى الدين من الفروع
البدل، ففي رجوعه على عاف احتمالان^(١٧٢).

وإن أسقط مرتهنً أرساً أو أبراً منه، لم يسقط، وهل يسقط حقه؟ فيه
وجهان^(١٨٢) ومؤنته، وأجرة مخزنه، وكفنه، وردّه من إباقه، على مالكة.
نص عليه، فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع، فلا شيء له^(١٩٢)، وحكى

مسألة - ١٧: قوله: (وإن عفا سيد عن مال - واختار الشيخ: لا يصح، والأشهر: التصحيح
يصح في حقه - فيرهن الجاني بدله، فإذا انفك، استرده، وإن استوفى الدين من البدل،
ففي رجوعه على عاف احتمالان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)،
و«الفائق»، و«الزركشي»:

أحدهما: يرجع الجاني - وهو المعفو عنه - على العافي، وهو الراهن؛ لأن ماله
ذهب في قضاء دين العافي، وهو الصواب، وهو ظاهر ما جزم به في «الحاوي الكبير»، ١٢٥
وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يرجع عليه؛ لأنه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب
الضمان، وإن استوفى بسبب كان منه حال ملكه، فأشبه ما لو جنى إنساناً على عبده، ثم
رهنه لغيره، فتلف بالجناية السابقة.

مسألة - ١٨: قوله: (فإن أسقط مرتهنً أرساً أو أبراً منه، لم يسقط، وهل يسقط
حقه؟ فيه وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٢)، و«الفائق».
أحدهما: يسقط حقه، اختاره القاضي.

والوجه الثاني: لا يسقط. قلت: وهو الصواب؛ لأنه أسقط وأبراً من شيء لا يملكه.
(١٩) تنبيه: قوله في صدر المسألة: (فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع، فلا شيء

(١) ٤٩٣/٦

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥١٩/١٢.

(٣) ٤٩٨/٦

الفروع جماعة رواية: كإذنه أو إذن حاكم، فإن تعذر، رجع إن أشهد* بالأقل مما أنفق أو نفقة مثله، وإلا فروايتان^(١٩٢).

التصحيح له^(١) يعني: إذا قدر على إذن الراهن أو الحاكم، ومحلُّ الخلاف فيما إذا تعذر الإذن ولم يشهد، مع أن ظاهر كلام صاحب «القواعد» المتقدم: أنه لا يشترط استئذان الحاكم في ذلك، وصرَّح به في المسألة الآتية، وأنه قول الأكثرين، وهذا خلاف ما قدمه المصنف في صدر المسألة، والله أعلم.

مسألة - ١٩: قوله: (فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع، فلا شيء له، وحكى جماعة رواية: كإذنه وإذن الحاكم، فإن تعذر، رجع إن أشهد بالأقل مما أنفق أو نفقة مثله، وإلا فروايتان). انتهى. يعني: إذا تعذر إذن الراهن أو إذن الحاكم ولم يشهد، فهل يرجع بما أنفق إذا نوى الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يرجع، وهو الصحيح، صححه في «المغني»^(٢) وغيره، وعليه أكثر الأصحاب، وهو ظاهر ما جزم به في «المحرر»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهما. قال في القاعدة الخامسة والسبعين: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بإطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً، ففيه طريقتان، أشهرهما: أنه على الروايتين: يعني: اللتين فيمن أذى حقاً واجباً عن غيره، كما قدمه، قال: كذلك قال القاضي في «المجرد»، و«الروايتين»،

الحاشية * قوله: (فإن تعذر، رجع إن أشهد) إلى آخره.

قال الزركشي: ظاهر كلام الخرفي: أنه لا يُشترَطُ لجواز الإنفاق والاستيفاء فيما تقدم تعذر النفقة من المالك، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في «الهداية» وأبي البركات، وطائفة، وصرَّح به في «المغني»^(٣) نظراً لإطلاق الحديث، وشرط أبو بكر في «التهب» امتناع الراهن من النفقة، والقاضي في «الجامع الصغير»، وأبو الخطاب في «خلافه»، وصاحب «التلخيص» وغيرهم غيبة الراهن، وابن عقيل في «التذكرة» إذا لم يترك له راهته نفقة، وينبغي أن يكون هذا محلَّ وفاق. انتهى. وقال عز الدين في نظمه في «المفردات»:

(١) في النسخ الخطية: «عليه»، والمثبت من (ط).

(٢) ٥١١/٦.

(٣) ٤٩٨/٦.

وكذا حكم حيوان مؤجرٍ أو مودعٍ/ (٢٠٢ ، ٢١) ولو عمّر في دار ارتهنها،
٢٩/٢ الفروع

وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثرون، والمذهب عند الأصحاب الرجوع، ونص عليه في الصحيح رواية أبي الحارث . والطريق الثاني: أنه يرجع، رواية واحدة . انتهى .
والرواية الثانية: لا يرجع .

مسألة - ٢٠ - ٢١: قوله: (وكذا حكم حيوان مؤجرٍ أو مودعٍ) . يعني: لا ينفق إلا بإذن ربه إن قدر، فإن تعذر، فإذاً الحاكم، فإن تعذر ولم يشهد، فالخلاف المتقدم، وهو مطلق، وقد ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٢٠: الإنفاق على الحيوان المؤجر، وقد علمت الصحيح من المذهب في المسألة التي قبلها، فكذا هذه . وقد قال في «القواعد»: إذا أنفق عليها بغير إذن حاكم، ففي الرجوع الروايتان، يعني بهما: اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره،

سيان بذل مالك للنفقة أو منعها فالإذن فيه مُطلقه . الحاشية
وقال في «المغني»^(١): سواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته، أو امتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستثناؤه . وعبارته ليست صريحة فيما قاله في «النظم»، فإن كان أخذه منه، ففيه نظر . ولما قال المصنف: (وله أن يركب ويحلب حيواناً) فهم منه: أن استخدام العبد لا يجوز، وهذا المذهب، ثم ذكر رواية حنبل، وإنما قلنا: فهم منه أن استخدام العبد لا يجوز؛ لأنه لما خصّ الحكم بالركوب والحلب، فهم منه أن غيره لا يفعل . وقال في «تجريد العناية»: والأصح عنه: يركب مرتنه ويحلب، وعنه: يستخدم بنفقة، فقدم عدم الاستخدام، وقال في «شرح المقنع»^(٢): تبعاً «للمغني»^(١): العبد والأمة ليس للمرتن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب . ذكره الخرقى، ونص عليه أحمد في رواية الأثرم، ونقل حنبل: له استخدام العبد أيضاً . قال أبو بكر: خالف حنبل الجماعة، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه، فإن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء منه، تركناه في المركوب والمحلوب؛ للأثر، ف فيما عداه يبقى مقتضى القياس، والمنع من الخدمة مقتضى ما جزم به في

(١) ٥١١/٦ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٩٣/١٢ .

الفروع رجع بآلته، وقيل: وبما يحفظ به مالية الدار، وأطلق في «النوادر»: يرجع، وقاله شيخنا فيمن عمّر وقفاً بالمعروف ليأخذ عوضه، أخذه من مَعْلَهُ .

وله أن يركبَ ويحلبَ حيواناً على الأصحّ، بقدر نفقته، وذكر جماعة: مع غيبة ربه، ولا ينهكه . نص عليه، ونقل حنبلي: ويستخدم العبد، ويأذن الرهن يجوز إن كان بغير قرض . نص عليهما . وفي «المنتخب»: أو جهلت المنفعة، وكره أحمد أكلَ الثمرة بإذنه، ونقل حنبلي: لا يسكنه إلا بإذنه، وله

التصحيح وقال: الصحيح من المذهب الرجوعُ فيمن أدى حقاً واجباً، وقال هنا: ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة، قال: ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم، بخلاف ما ذكروه في الرهن، واعتبروه أيضاً في المودع، واللَّفظة، وفي «المغني» إشارة إلى التسوية بين الكل في عدم الاعتبار، وأن الإنفاق بدون إذنه يُخرَج على الخلاف في قضاء الدين، ولذلك اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع، وفي «المغني»^(١) وغيره وجه آخر أنه لا يعتبر، وهو الصحيح . انتهى . فتلخص: أن الصحيح من المذهب الرجوعُ .

المسألة الثانية - ٢١: الإنفاق على الحيوان المودع، وقد علمت الصحيح من المذهب في مسألة الأصل . وقال في «القواعد» أيضاً: إذا أنفق على المستودع ناوياً للرجوع، فإن تعذر استئذان مالكه، رجع، وإن لم يتعذر، فطريقان:

أحدهما: أنه على الروایتين في قضاء الدين، وأولى؛ لأن للحيوان حرمةً في نفسه، فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً، وهي طريقة صاحب «المغني» .

والطريقة الثانية: لا يرجع، قولاً واحداً، وهي طريقة «المحرر» متبعة لأبي الخطاب . انتهى . وهذه الطريقة هي الصحيحة عند المصنف، وقد تقدم كلام صاحب «القواعد» في التي قبلها، وأن أكثر الأصحاب اعتبروا استئذان الحاكم في الحيوان المودع والمؤجر، والصحيح من المذهب الرجوعُ في مسألة المصنف، والله أعلم .

الحاشية «القواعد» في قاعدة ما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقه، وهي الحادية والسبعون .

أجرته مثله. وإذا حلَّ الحقُّ والمرتهنُ أو العدلُ وكيلٌ في بيعه، باعه. نص الفروع عليه، وفي قيمته وجهان* (٢٢م) بإذن مرتهن، وقيل: وراهن، بأغلب نقد البلد، فإن تساوت، فقيل: بالأحظ، وقيل: بجنس الدين (٢٣م).

مسألة - ٢٢: قوله: (وإذا حلَّ الحقُّ والمرتهنُ أو العدلُ وكيلٌ في بيعه، باعه، نص التصحيح عليه، وفي قيمته وجهان). انتهى. يعني: إذا جنى على الرهن، وأخذت قيمته فجعلت رهنًا مكانه، هل للمرتهن أو العدل بيعه كأصله، أم لا؟ أطلق الخلاف: أحدهما: له بيعه. قلت: وهو الصواب، كأصله، ثم وجدت الشيخ في «المغني»^(١) والشارح نقلًا عن القاضي أنه قال: قياسُ المذهب له بيعه، واقتصرا عليه، وقطع به ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يبيعه إلا بإذن متجدد، وله قوة.

تنبيه: حمل شيخنا البعلي مسألة المصنف على بيع الرهن بقيمته، لا بما أخذ من القيمة عوضاً عن الرهن، كما قلنا: وقال: فلو لم يحصل من يشتريه، لم يبعه في أحد الوجهين، بل يترك حتى يحصل له راغبٌ يشتريه بقيمته. قال: والمسألة قريبة من بيع مال المفلس من أنه لا يباع إلا بثمنه المستقر. انتهى. قلت: ما قلناه أولى، والظاهر أنه لم يطلع على النقل في المسألة، وما قاله فيه عسر؛ لاحتمال أن لا يوجد من يشتريه بذلك، فيحصل الضرر، والضرر لا يزال بالضرر، بل يباع بالسعر الواقع في ذلك الوقت إذا وجد من يشتري، والله أعلم.

مسألة - ٢٣: قوله: (بأغلب نقد البلد، فإن تساوت، فقيل: بالأحظ، وقيل:

أي: وفي اشتراط بيعه بقيمته وجهان، فلو لم يحصل من يشتريه بقيمته، لم يبعه في أحد الوجهين، الحاشية بل يترك حتى يحصل له راغبٌ يشتريه بقيمته. والمسألة قريبة من بيع مال المفلس من أنه لا يباع إلا بثمنه المستقر.

الفروع وإن لم يكن أو عزله الراهن، وصح عزله في المنصوص، لم يبعه، ويأمره الحاكم بالوفاء أو البيع، فإن امتنع، حبسه أو عزره فإن أصر، باعه عليه. نص عليه، وعنه: وثمنه بيد العدل أمانة، ولا يصدق عليهما في تسليمه للمرتهن*، فيرجع على راهنه، وهو على العدل، وقيل: يصدق على راهنه، وقيل: عليهما في حق نفسه، ولا ينفك* بعضه حتى يقضي الدين

التصحیح بجنس الدين). انتهى. (١) وأطلقهما في «الشرح» (٢):

أحدهما: يباع بجنس الدين^(١)، وهو الصحيح، وعليه الأكثر، وجزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»^(٢)، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«الفائق»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، وغيرهم. والوجه الثاني: لا يباع إلا بالأحظ، اختاره القاضي، واقتصر عليه في «المغني»^(٣). قلت: وهو الصواب، وقال ابن رزين في «شرحه»: فإن تساوت التقود، باعه بجنس الحق؛ لأنه أحظ. انتهى. كذا قال، ولعله أراد بالأحظية بالنسبة إلى المرتهن، أو أراد: إذا لم يحصل زيادة في غير جنس الحق، فإن كان أراد هذا الأخير، فهو متفق عليه.

الحاشية * قوله: (لا يصدق عليها في تسليمه للمرتهن) إلى آخره .

أي: إذا ادعى العدل أنه دفع الثمن إلى المرتهن، فأنكر المرتهن، القول قوله، ويرجع على العدل. والمسألة قريبة من مسألة إذا وكله في قضاء دين، فقضاه ولم يشهد، وأنكر الغريم أنه أخذ منه، ومعنى قوله: (وقيل: يصدق عليهما في حق نفسه) أنه لا يرجع عليه بشيء، وأما المرتهن فإنه يرجع على الراهن؛ لأنه يصدق في حق نفسه لا في حق المرتهن.

* قوله: (ولا ينفك) إلى آخره .

فإن قيل: إذا أحال رب الحق أو أجيل، هل ينفك الرهن؟ وإن كان به ضامن، هل يبرأ؟ قيل: المسألة فيها نقل ذكره المصنف في آخر الكفالة^(٤)، فلي نظر.

(١-١) ليست في (ص). وفي (ط): «الوجه الأول بجنس الدين».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٤٥٢ - ٤٥٣.

(٣) ٤٧٥/٦.

(٤) ص ٤١٠.

كله، تلف بعضه أو لا . نص عليه، وإن رهنه عند اثنين، فَوَقَّى أحدهما، أو الفروع رهنه اثنان، فَوَقَّاهُ أحدهما، انفكَّ في نصيبه، كتعدد العقد، وقيل : لا، ونقله مهنا في الثانية .

وإذا قضى بعض دينه أو أبرئ منه وبيع بعضه رهنً أو كفيل، فعَمَّا نواه فإذا أطلق، فإلى أيهما شاء، وقيل : بالحصص، وإذا اختلفا في قدر الرهن، نحو: رهنتك هذا، قال: والآخر*، قُبِلَ قولُ الراهن، كقدر الحق وعين الرهن؛ لأنه لا ظاهر ولا عادة، وعنه: في المشروط يتحالفان، وذكر أبو محمد الجوزي، يُقْبَلُ قولُ المدعى عليه، وإن ادعى أنه قبضه منه، قُبِلَ قوله إن كان بيده، فلو قال: رهنتني، وقال الراهن: غصبتني، أو وديعةً أو عاريةً، فوجهان^(٢٤م). وإن ادعى الراهنُ تلفَه بعد قبض المرتهن له، فلا خيار له في البيع، قبل قول المرتهن*، وإن قال في المشروط: رهنتك عصيراً،

مسألة - ٢٤: قوله: (فلو قال: رهنتني، وقال الراهن: غصبتني أو وديعة أو عارية، التصحيح فوجهان) انتهى . وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»، وأطلقهما^(١) في «الفائق» في الأولى، فذكر ثلاث مسائل يشبه بعضهن بعضاً:

أحدهما: القول قول الراهن، وهو الصحيح، جزم به في «الحاويين»، وجزم به في «الرعاية الصغرى» في الوديعة والعارية، وقدمه في الغصب، وقدمه في «الفائق» في

الحاشية

* قوله: (نحو: رهنتك هذا، قال: والآخر).

أي: قال المرتهن: رهنتني هذا وهذا الآخر.

* قوله: (إن ادعى الراهنُ تلفَه بعد^(٢) قبض المرتهن، فلا خيار له في البيع، قُبِلَ قولُ المرتهن).

المراد بهذه المسألة أنه باع شيئاً إلى أجل، وشرط على المشتري أن يرهنَ على الثمن رهناً معيناً، ثم إن الرهن تلف، فقال البائع: تلف الرهن قبل أن أقبضه، فلي فسح البيع؛ لأن الرهن الذي

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ق): «قبل».

الفروع قال: خمراً، قُبِلَ قولُ الراهن، وعنه: المرتهن، وجعلها القاضي كخلف في حدوث عيب، وإن قال: أرسلت زيدا لترهنه بعشرين وقبضها، وصدقه، قُبِلَ قولُ الراهن بعشرة.

فصل

والرهنُ بيد المرتهن أمانةٌ ولو قبل عقد الرهن، نقله ابن منصور، كبعد الوفاء، وإن تعدى، فكوديعة، وفي بقاء الرهنية - لأنه يجمع أمانةً واستيثاقاً فبقي أحدهما - وجهان* (٢٥م) ولا يسقط بتلفه شيء من دينه، نص عليه،

التصحيح الوديعة والعارية، وجزم به في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«شرح ابن رزين» في العارية والغصب، وقطع به في «التلخيص» في الوديعة.

الوجه الثاني: القولُ قولُ المرتهن. قال في «التلخيص»: الأقوى أن القولَ قولُ المرتهن في أنه رهنٌ وليس بغصب. انتهى. قلت: وهو الصوابُ إن كان له عليه من الدين ما يرهن عليه؛ لأن بقرينة الدين يَقْوَى قَوْلُهُ في الرهن، والأصلُ عدمُ الغصب، والعاريةُ والوديعةُ، وإن كان الأصلُ أيضاً عدمَ الرهينة، لكن يَقْوَى جانبُها بوجود الدين على الراهن، والله أعلم. / ١٢٦

مسألة - ٢٥: قوله: (والرهنُ بيد المرتهن أمانةٌ). فإن تعدى، فكوديعة، وفي بقاء الرهنية - لأنه يجمع أمانةً واستيثاقاً، فبقي أحدهما - وجهان. انتهى:

الحاشية شرط لم يسلم إليّ، فلي الفسخ؛ لفوات الرهن، وقال المشتري: إنما تلف بعد أن سُلِّمَ إليك، فلا خيارَ لك؛ لكونك قبضت الرهنَ، فذكر المصنف أن القولَ قولُ المرتهن، وهو البائع، ووجهه والله أعلم أن الأصلَ عدمُ قبض الرهن.

* قوله: (وفي بقاء الرهنية لأنه يجمع أمانةً واستيثاقاً، فبقي أحدهما وجهان).

تقديره: وقد زال أحد الأمرين، وهو الأمانة، فبقي أحدهما وهو الاستيثاق، تكون الرهنية باقية في أحد الوجهين.

(١) ٣٥٨/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨٣/١٢.

كدفع عبد يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه، وكحبس عين مؤجرة بعد الفسخ على الفروع الأجرة، بخلاف حبس البائع المتميز على ثمنه، فإنه يسقط في إحدى الروايتين بتلفه؛ لأنه عوضه، والرهن ليس بعوض الدين؛ لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما، ذكره في «الانتصار»، و«عيون المسائل»^(٢٦) وقال: العلة الجامعة أنها عينٌ محبوسةٌ في يده بعقد على استيفاء دين له عليه، ولم يقيد المبيع بالتميز.

ويقبل قوله في التلف، وقيل: والرد، وقال أحمد في مرتهن ادعى

أحدهما: بقاء الرهنية. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام الشيخ في «المقنع»^(١) النصحيح وكثير من الأصحاب قياساً على تعديه في الوكالة على ما يأتي. وقد قال ابن رجب في «قواعده»: لو تعدى المرتهن فيه، زال ائتمانه، وبقي مضموناً عليه، ولم تبطل توثيقته. وحكى ابن عقيل في «نظرياته» احتمالاً بطلان الرهن، وفيه بعد؛ لأنه عقد لازم، وحقاً للمرتهن على الراهن. انتهى.

والوجه الثاني: زوال الرهنية، وهو الاحتمال الذي ذكره ابن عقيل.

مسألة - ٢٦: قوله: (ولا يسقط بتلفه شيء من دينه. نص عليه. . بخلاف حبس البائع المتميز على ثمنه، فإنه يسقط في إحدى الروايتين بتلفه؛ لأنه عوض والرهن ليس بعوض؛ لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما، ذكره في «الانتصار»، و«عيون المسائل») انتهى:

إحداهما: يسقط حقه بتلف المبيع المتميز المحبوس على ثمنه، وهي قريبة من حبس الصانع الثوب على الأجرة، والصحيح من المذهب فيها الضمان، فكذا في مسألتنا، والله أعلم.

والرواية الثانية: لا يسقط حقه بتلف ذلك. قلت: وهو قوي.

الفروع ضياعه: إن اتهمه، أحلفه، وإلا لم يحلفه، وكذا إن ادعاه بحادث ظاهر، وشهدت بينة بالحادث، قُبِلَ قوله فيه، وكذا وكيلٌ أو وصيٌّ بجعل، ومضارب، وفيه في «الموجز» روايتان في ردِّ. والأصحُّ: وأجيرٌ ومستأجر. ويقبل قولٌ وكيلٍ ووصيٍّ متبرعين، ومودع في الردِّ مع يمينه، وفيهما وجه*، وجزم به القاضي^(١) في قوله تعالى: ﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ذكره ابن الجوزي، ولم يخالفه، والتلفُّ مع يمينه، وفيهما رواية* إذا ثبت* الحادث الظاهر ولو باستفاضة^(٢)، وكذا حاكمٌ، وفي «التذكرة»: أن من قُبِلَ قوله من الأمانة في الردِّ، لم يحلف، وفي الرهن رواية: يضمنه، كما لو أعاره، أو ملكه غيره، أو استعمله. نص عليه، وفي وصيٍّ رواية في الردِّ، ذكره القاضي، وكذا مودعٌ، ذكره في «الوسيلة»، وعنه: إن قبضها بينة، وذكره في «الروضة» عن بعض أصحابنا، وعنه: أو تلفت من بين ماله، وفي

التصحیح

الحاشية * قوله: (وفيها وجه).

أي: في الوصي والمودع، ذكر في «القواعد» فيهما خلافاً دون الوكيل، وإنما ذكرت ذلك؛ لئلا يظن أن الضمير عائد إلى المسألتين: إحداهما: مسألة الوكيل والوصي، والأخرى مسألة المودع، وقد صرح لي بعضهم بهذا الفهم.

* قوله: (وفيها رواية).

أي: في يمينه، فعلى هذه: يُقْبَلُ قوله بغير يمين.

* قوله: (إذا ثبت) متعلق بقوله: (يقبل).

أي: من شرط قبول القول مع الحادث الظاهر ثبوت ذلك الحادث، مثل أن يدعي أن بيته احترق، وكانت فيه، وأن البلد نُهب، فلا بُدَّ من ثبوت المحرق أو النهب المذكور؛ لأنه غير خفي.

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) في (ط): «باستفاضة».

وكيل قول، وهو قياسُ هذه الرواية .

الفروع

ولا ضمانَ بشرط*، وعنه: المسلمون على شروطهم، وعقدُ فاسدٌ كصحيح في ضمان وعدمه، ومن طلب منه الردُّ وقبل قوله، فهل له تأخيرُه ليشهد؟ فيه وجهان إن حلف، وإلا فلا، وفيه احتمال^(٢٧). وكذا مستعيرٌ ونحوه لا حجةَ عليه، وإلا آخر^(٢٨)، كدين بحجة، ذكره أصحابنا، ولا

مسألة - ٢٧: قوله (ومن طلب منه الردُّ وقُبِلَ قوله، فهل له تأخيرُه ليشهد؟ فيه التصحيح وجهان إن حلف، وإلا فلا، وفيه احتمال). انتهى . وأطلق الوجهين في «الرعاية الصغرى» و«الحاويين»، وقال في «الرعاية الكبرى» في الوكالة: وكل أمينٍ يقبل قوله في الردِّ، وطلب منه، فهل له تأخيرُه حتى يشهد عليه؟ فيه وجهان؛ إن قلنا: يحلف، وإلا لم يؤخره لذلك، وفيه احتمال، والظاهر: أن المصنف تابعه .

أحدهما: ليس له التأخير، وهو الصحيح، وقطع به في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«شرح ابن رزين» وغيرهم، ذكروه في باب الوكالة، واختاره ابن عقيل في «الفصول» .
والوجه الثاني: له التأخيرُ حتى يشهد . قلت: وهو قوي، خصوصاً في هذه الأزمنة، ومحلُّها إذا قبلنا قوله بيمينه، كما قال المصنف وغيره .

مسألة - ٢٨: قوله: (وكذا مستعيرٌ ونحوه لا حجةَ عليه، وإلا آخر) . انتهى . اعلم أن الصحيح من المذهب أن حكمَ هذه المسألة حكمُ التي قبلها، خلافاً ومذهباً، وقد علمت الصحيح فيها، فكذا في هذه، وقطع به في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، وغيرهم، كالمصنف، وقال في «الرعاية الكبرى»:

* قوله: (ولا ضمانَ بشرط) .

الحاشية

مراده والله أعلم: أنه إذا شرط على المرتهن ضمانَ العين المرهونة، لم تصر مضمونةً بهذا الشرط؛ لأنها أمانةٌ لا تضمن إلا بالتعدي، وفيه روايةٌ أنها تصير مضمونةً، وهذا الخلاف كالخلاف المذكور في العارية إذا شرط نَقْيُ الضمان، هل ينتفي الضمانُ .

(١) ٢٢٨/٧ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٦٨/١٢ .

الفروع يلزمه دفع الوثيقة، بل الإشهاد بأخذه. قال في «الترغيب»: ولا يجوز لحاكم إلزامه؛ لأنه ربما خرج ما قبضه مستحقاً، فيحتاج إلى حجة بحقه، وكذا تسليم بائع كتاب ابتياعه إلى مشترٍ، وذكر الأزجي: لا يلزمه دفعه حتى يزِيل الوثيقة، ولا يلزم ربَّ الحق الاحتياط بالإشهاد، وعنه: في الوديعة: يدفعها بيّنة إذا قبضها بيّنة، قال القاضي: ليس هذا للوجوب، كالرهن والضمين، وكالإشهاد في البيع مع ورود النص به، وقال ابن عقيل: حمله على ظاهره للوجوب أشبه، ويكون دلالة على أن أحمد أوجب الشهادة في كل ما ورد به النص. قال: والأول أشبه.

وإن جنى الرهن، فله بيعه في الجناية أو تسليمه، وبطل الرهن أو فداؤه، وهو رهن، وإن نقص الأرش عن قيمته، فهل يباع بقدره أو كله، والفاضل عن الأرش رهن^(١)؟ فيه وجهان* (٢٩٢).

التصحيح لا يؤخره، ثم قال: قلت: بلى.

مسألة - ٢٩: قوله: (وإن جنى الرهن، فله بيعه في الجناية أو تسليمه، وبطل الرهن، أو فداؤه، وهو رهن، فإن نقص الأرش عن قيمته، فهل يباع بقدره أو كله، والفاضل عن الأرش رهن به؟ فيه وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«التلخيص»، و«الفائق»، و«الزركشي» وغيرهم:

أحدهما: يباع بقدره وباقيه رهن، وهو الصحيح، قال ابن منجا في «شرحه»: هذا المذهب، وجزم به في «الكافي»^(٢)، و«الوجيز»، وغيرهما، وقدمه في «الخلاصة»،

الحاشية * قوله: (وإن نقص الأرش عن قيمته، فهل يباع بقدره أو كله، والفاضل عن الأرش رهن، فيه وجهان).

قدم في «المقنع»، و«الرعايتين» البيع بقدره، وهو المجزوم به في «الكافي»^(٢) إذا أمكن الوفاء ببيع

(١) بعدها في (ط): «به».

(٢) ٢٠٥/٣.

وإن فداء المرتهن بلا إذن ونوى الرجوع، فروايتان^(٣٠م).
الفروع

و«المغني»^(١)، و«المقنع»^(٢)، و«الشرح»^(٣)، و«الرعايتين»، و«الحاويين»،
و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، قال في «المغني»^(١)، وغيره: «بيع منه^(٣) بقدر أرش
الجنابة، وباقيه رهن، إلا أن يتعذر بيع بعضه، فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً.
انتهى. والظاهر: أن هذا متفق عليه.

والوجه الثاني: يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهناً، وهو احتمال في «الحاويين»
وجزم به في «المنور»، وقدمه في «المحرر». وقال ابن عبدوس في «تذكرته»: يباع بقدر
الجنابة، فإن نقصت قيمته بالتشقيص، يبيع كله. انتهى. قلت: وهذا هو الصواب،
ولعله مراد الجماعة، ومحل الخلاف في غير ذلك، والله أعلم.

مسألة - ٣٠: قوله: (وإن فداء المرتهن بلا إذن ونوى الرجوع، فروايتان) انتهى.
إذا اختار المرتهن فداءه وفداءه بغير إذن الراهن أو نوى الرجوع، فهل له الرجوع أم لا؟
أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»،
و«المغني»^(٤)، و«المقنع»^(٥)، و«التلخيص»، و«الشرح»^(٥)، و«الرعايتين»،
و«الحاويين»، و«الفائق»، و«الزركشي»، وغيرهم:

البعض، وقدم في «المحرر» بيع الكل، وأطلق الوجهين في «الفائق». كالمصنف وفي الحاشية
«المغني»^(١) بيع منه بقدر أرش الجنابة؛ وباقيه رهن، إلا أن يتعذر بعضه، فيباع الكل، ويجعل بقية
الثمن رهناً. وقال أبو الخطاب: هل يُباع منه بقدر الجنابة، أو يباع جميعه، ويكون الفاضل من
ثمنه عن أرش الجنابة رهناً، على وجهين.

(١) ٤٩١-٤٩٠/٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٠١/١٢.

(٣-٣) في (ط): «بيعه».

(٤) ٤٩١/٦.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٠٦/١٢.

الفروع وإن شرط كونه رهناً بفدائه مع دينه الأول، ففي جوازه وجهان^(٣١)، وإن جنى عليه، فالخصم سيده، فإن أخره لغية أو عذر أو غيره، فالمرتهن. ولو وطئ المرتهن المرهونة، حُدَّ، وفيه رواية: لا^(١). والمذهب: يحدُّ، قاله القاضي، ورقَّ ولده، فإن كان مثله يجهل الحظر وادعاه، فلا يفدي ولده إن

التصحيح إحداهما: يرجع، قال أبو الخطاب، والشيخ موفق، والشارح، وصاحب «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الحاويين»، والزركشي، وغيرهم، بعد أن أطلقوا الخلاف: بناء على من قضى دين غيره بغير إذن. انتهى... والتصحيح من المذهب أن^(٢) من قضى دين غيره بغير إذن ناوياً الرجوع، له الرجوع، فكذا في هذه المسألة عند هؤلاء. والرواية الثانية: لا يرجع، وهو الصحيح، قطع به القاضي والشراف وأبو الخطاب في «خلافيهما»، وصاحب «المحرر»، و«الوجيز»، وابن عبدوس في «تذكرته»، وغيرهم، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وغيرهما، قال في «القواعد»: أكثر الأصحاب؛ القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم قالوا: إن لم يتعذر استثنائه، فلا رجوع. انتهى. قلت: وهو الصواب.

مسألة - ٣١: قوله: (وإن شرط كونه رهناً بفدائه مع دينه الأول، ففي جوازه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤): أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، قدمه في «الكافي»^(٥)، و«الرعاية الكبرى»، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يصح، اختاره القاضي. قال في «الفائق»: جاز في أصح الوجهين، وقدمه الزركشي.

الحاشية

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في (ط).

(٣) ٤٩٢-٤٩١/٦.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٠٧/١٢.

(٥) ٢٠٦/٣.

وطئ بلا إذن الراهن، وإلا فوجهان^(٣٢). ويجب المهر، وقيل: ومع إذنه الفروع لمكرهة كمفوضة، والفرق أنه في عقد. وله بيع ما جهل ربّه^(١) إن أيس من معرفته، والصدقة به بشرط ضمانه. نص عليه، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه، روايتان، كسراء وكيل^(٣٣، ٣٥).

مسألة - ٣٢: قوله: (ولو وطئ المرتهن المرهونة حذ... فإن كان مثله يجهل التصحيح الحظر وادعاه، فلا يفدي ولده، إن وطئ بلا إذن الراهن، وإلا فوجهان). انتهى . يعني: إذا وطئ بإذن الراهن مع جهله، فهل يفدي ولده أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم: أحدهما: لا يلزمه فداؤه، وهو الصحيح. قال أبوالمعالى في «النهاية»: هذا الصحيح، واختاره القاضي في «الخلاف»، وهو ظاهر كلامه في «الكافي»^(٢)، وقطع به في «الهداية»، و«الفصول»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»^(٣)، و«التلخيص»، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الشرح»^(٣)، و«شرح ابن منجا». والوجه الثاني: يفديه بقيمته، اختاره ابن عقيل، وقدمه في «المغني»^(٤)، وصححه في «الرعاية الكبرى».

مسألة - ٣٣ - ٣٥: قوله: (وله بيع ما جهل ربّه إن أيس من معرفته، والصدقة به بشرط ضمانه. نص عليه، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه، روايتان، كسراء وكيل) انتهى. ذكر المصنف ثلاث مسائل:

المسألة الأولى - ٣٣: إذا قلنا: له بيعه، فهل يبيعه من غير إذن حاكم مع القدرة عليه، أم لا بد من إذنه؟ أطلق الخلاف.

المسألة الثانية - ٣٤: هل له أخذ حقه من ثمنه إذا عجز عن إذن الحاكم، أم لا؟

(١) في (ط): «به».

(٢) ٢٠٠/٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإناصاف ٥٢٦/١٢.

(٤) ٤٨٨/٦ - ٤٨٩.

التصحيح أطلق الخلاف .

المسألة الثالثة - ٣٥ : المسألة المقيس عليها ، وهي شراء الوكيل .

إذا علم ذلك ، فظاهر كلامه في «المغني»^(١) ، و«الشرح»^(٢) ، إطلاق الخلاف في المسألتين الأوليين ، وقال في «الفائق» : ولا يستوفي حقه من الثمن . نص عليه ، وعنه : بلى ولو باعها الحاكم ووفاه ، جاز . انتهى . وقدم في «الرعاية الكبرى» : ليس له بيعه بغير إذن حاكم . انتهى . وقد ذكر كثير من الأصحاب إذا جهل ملاك الودائع جواز التصديق بها دون إذن حاكم . قال الحارثي : وكذا الرهون ، وذكر نصوصاً في ذلك . قلت : الصواب استئذان الحاكم في بيعه إن كان أميناً ، وقد ذكر في «الرعايتين» وغيره : أن الحاكم ينظر في أموال الغياب ، وقال المصنف في باب الدعاوى في آخر الفصل الثاني^(٣) : (ذكر الأصحاب أن الحاكم يقضي عن الغائب ويبيع ماله) . انتهى . والصواب أيضاً أن الحاكم إذا عدم يجوز له أخذ قدر حقه من ثمنه ، والله أعلم . وأما مسألة شراء الوكيل ، فلم يظهر له صورتها ، فلعله أراد إذا وكله في شراء شيء أو بيعه ، يأخذ حقه منه ، فيقبض من نفسه لنفسه ، وقد تقدمت هذه المسألة في كلام المصنف في باب التصرف في المبيع وتلفه^(٤) ، وقدم صحة قبضه من نفسه لنفسه ، وأنه منصوص الإمام أحمد . قال في / «الرعاية الكبرى» : وهو أشهر وأظهر ، فإن كان مراده هذا ، ففي إطلاقه الخلاف نظر ظاهر ، أو يقال : لم يطلق الخلاف في هذه المسألة ، وإنما أخبر أن فيها روايتين ، أو يكون مراده إذا وكله في الشراء ، فاشترى من نفسه لموكله ، فإن كان أراد ذلك ، فالمذهب أنه لا يصح شراؤه لموكله من نفسه ، والصورة الأولى أولى ، والله أعلم .

فهذه خمس وثلاثون مسألة في هذا الباب ، قد أطلق فيها الخلاف ، وصححنا ما يسر الله تصحيحه منها .

(١) ٥٣٤/٦ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٢٨/١٢ .

(٣) ٢٥٧/١١ .

(٤) ص ٢٨٥ .

الفروع

باب الضمان

وهو التزام من يصح تبرعه - ويعتبر رضاه فقط، أو مفلس*، وفيه رواية في «التبصرة»، فيتوجه عليها: عدم تصرفه في ذمته، وقيل: وسفيه، ويُتبع^(١) بعد فك حجره، وعنه: ومميز، وعنه: وعبد، فيطالبه بعد عتقه، وفي مكاتب وجهان^(٢) - ما وجب* على غيره مع بقاءه، وقد لا يبقى، وهو دين الميت، وعنه: المفلس* في رواية. وما قد يجب بلفظ ضمين وكفيل وقبيل، وحميل

مسألة - ١: قوله: (وفي مكاتب وجهان) انتهى. يعني: هل يصح ضمان المكاتب النصحيح لغيره أم لا؟ وأطلقهما في «التلخيص»، و«النظم»، و«الرعاية الصغرى»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصح. قال في «المحرر» وغيره: ولا يصح إلا من جائز تبرعه سوى المفلس المحجور عليه. انتهى. وكذا قال غيره. وقال في «الرعاية الكبرى»: ومن صح تصرفه بنفسه وتبرعه بماله، صح ضمانه، فظاهر كلام هؤلاء: عدم صحة الضمان منه، وهو الصواب إن لم يأذن له سيده، وهو الذي قدمه في «المغني»^(٢)، و«الشرح»^(٣)،

الحاشية

* قوله: (أو مفلس).

وهو بالجزء عطف على «من» التقدير: وهو التزام من يصح تبرعه، أو التزام مفلس؛ لأن المفلس المحجور عليه لا يصح تبرعه، ومع هذا يصح ضمانه، فلو لم يصرح بالمفلس، لم يدخل. قال في «المحرر»: ولا يصح إلا من جائز تبرعه سوى المفلس المحجور عليه.

* قوله: (ما وجب).

متعلق بقوله: (التزام) التقدير: وهو التزام ما وجب.

* قوله: (وعنه: المفلس).

هو صفة للميت.

(١) في الأصل: «ويبيع».

(٢) ٨١/٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩/١٣.

٣٠/٢ وصبي وزعيم، ونحوه: لا أؤدي أو أحضِر، ويتوجه: بل بالتزامه/، وهو الفروع ظاهرُ كلام جماعة في مسائل، كظاهر كلامهم في النذر، وقوله في «الانتصار» فيمن لا يستطيع الحج بنفسه أو ماله: إذا بُذِلَ له، لا يلزمه؛ لأنه وعدٌ لا يلزم، بخلاف الضمان، فإنه أتى فيه بلفظ الالتزام، وهو قوله: ضمنتُ لك ما عليه، أو ما عليه عليّ، فلهذا لزمه، فنظيره هنا: لله عليّ أن أحجَّ عنك إن أمرت، فإذا أمر، لزمه .

وقال شيخنا: قياسُ المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً،

التصحيح و«شرح ابن رزين».

والوجه الثاني: يصح . قال في «الحاويين» و^(١) غيره: ومن صح تصرفه بنفسه، صح ضمانه . انتهى . فظاهر هذا الصحة؛ لأن تصرفه يصح بنفسه . قال ابن رزين^(٢): ويتبع به بعد العتق، كالقن، وقيل: يصح بإذن سيده، وهذا هو الصحيح من المذهب، جزم به في «الكافي»^(٣) وغيره . وقدّم في «المغني»^(٤)، و«الشرح»^(٥)، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم عدم الصحة بدون إذن سيده، وأطلقوا الوجهين إذا كان بإذن سيده .

تنبيه: الذي يظهر: أن محلّ الخلاف الذي ذكره المصنف في غير المأذون له^(٥)، أمّا المأذون له، فإنه يصح ضمانه، على الصحيح من المذهب، فإن الصحيح من المذهب صحة ضمان العبد القنّ بإذن سيده، فالمكاتب بطريق أولى، أو يقال: لما تعلقت به شائبة الحرية، لم نصحح الضمان، وإن أذن له سيده؛ لاحتمال أن يكون ذلك سبب عجزه، بخلاف القن، والله أعلم .

الحاشية

(١-١) ليست في (ص) و(ط) .

(٢) ٢٩٩/٣ .

(٣) ٨١/٧ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩/١٣ .

(٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

ويثبت في ذمتها لمنعه الزكاة عليهما، وصحة هبته لهما، ولأن الكفيل لو الفروع قال: التزمت وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين، لم يصح (و)، وفي «الانتصار» وغيره: لا ذمة ضامن؛ لأن شيئاً لا يشغل محلين، ولربه مطالبتهما معاً وأحدهما، ذكره شيخنا وغيره المذهب (و هـ ش) حياة وموتاً. قال أحمد: يأخذ من شاء بحقه، فإن برئ المديون، برئ ضامنه، ولا عكس*، ولو ارتدَّ ضامنٌ ولحق هو أو ذميٌّ بدار حرب (هـ) ولو اقترض أو غصب ذميٌّ من ذميٍّ خمرًا، فنصه: لا شيء له بإسلام أحدهما، وعنه: إن لم يسلم هو، فله قيمتها، وقيل: أو يوكل ذميًّا يشتريها، ولو أسلم ضامنها، برئ وحده، ولو أسلمه فيها، فله أرشُ ماله، وإن أبرأ أحد ضامنيه، برئ وحده، وإن ضمن أحدهما صاحبه، لم يصح، بل أحد كفيلين بالآخر، فلو سلمه أحدهما، برئ وبرئ كفيله به، لا من إحضار مكفول به.

ويصح ضمانٌ مفلس، ومجنون، فلو مات، لم يطالب في الدارين، ذكره في «الانتصار»، ودين ميت* وضامن وكفيل، فيبرأ الثاني بإبراء الأول، ولا عكس.

وإن قضى الدين الضامن الأول، رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني، رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه.....

التصحيح

الحاشية

* قوله: (فإن برئ المديون، برئ ضامنه ولا عكس).

فإن أحال ربُّ الحقِّ أو أحيل عليه، هل يبرأ الضامن؟ ذكر المسألة في آخر الكفالة^(١)، فليُنظر.

* قوله: (ودين ميت).

هو عطف على (مفلس) أي: ويصح ضمانٌ مفلسٍ ودينٍ ميتٍ.

الفروع إذا كان واحدٌ أذن*، وإلا ففي الرجوع روايتان^(٢)، وكلّ دين صح أخذُ

التصحيح مسألة - ٢: قوله: (وإن قضى الدين الضامن الأول، رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحدٌ أذن، وإلا ففي الرجوع روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الفصول»، و«المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، وقال في «الرعاية الكبرى»: فإن كان الأول ضمن بلا إذن، والثاني ضمن بإذن، رجع الثاني على الأول، ولم يرجع الأول على أحد، على الأظهر. انتهى:

أحدهما: له الرجوعُ عليه، وهو الصحيحُ من المذهب، قدمه ابن رزين، في «شرحه» وغيره. قلت: الصواب أن هذه المسألة من جملة المسائل من أدى حقاً واجباً عن غيره.

والصحيحُ من المذهب أن من أدى حقاً واجباً عن غيره ناوياً للرجوع، كان له الرجوعُ، سواء أذن له المدفوعُ عنه أم لا؟ وعليه أكثرُ الأصحاب، ونص عليه، وقدمه المصنف، وقال: اختاره الأصحاب، ولو كان غير ضامن، فرجع الضامن بغير إذنه أولى، فيحتمل أن مراد المصنف، فيما إذا لم ينو الرجوع، وهو بعيد؛^(٣) لأنه إذا لم ينو الرجوع^(٤)؛ فإن نوى التبرع، لم يرجع قولاً واحداً، وإن أطلق ذاهلاً عن النية وعدمها، فالمصنف قد قدم أنه لا يرجع، فانتفى كونه لم ينو أو ذهل، فما بقي إلا أنه نوى الرجوع،

الحاشية * قوله: (إذا كان واحد أذن)

كذا في النسخ، ولعله: كل واحد أذن، ويكون المعنى: إذا كان كل واحد أذن لمن ضمن عنه، فيكون المضمونُ عنه الأصلُ أذن للضامن الأول، ويكون الضامنُ الأول أذن للضامن الثاني. قال في «الرعاية»: وإن ضمن الضامنُ ضامنٌ آخر، فقضى الدين، رجع على الضامن الأول، ثم يرجع الضامن الأول على المضمن عنه، وإن قضاه الضامن الأول، رجع على الأصل وحده، فإن كان الأول ضمن بلا إذن، والثاني ضمن بإذن، رجع الثاني على الأول، ولم يرجع الأول على أحدٍ على الأظهر، والضامنُ الثاني مع الأول، كالأول مع الأصل، وكذلك الثالث مع الثاني.

(١) ٩٢/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨/١٣.

(٣ - ٣) ليست في (ط).

رهن به، وعلى الأصح: وضمان عين مضمونة، وعنه: ودين كتابة ضمنها الفروع حرّاً أو عبداً، وقال القاضي: حرّاً لسعة تصرفه، لا أمانة، كوديعة.

قال في «عيون المسائل»: لأنه لا يلزمه إحضارها، وإنما على المالك أن يقصد الموضع فيقبضها، وعنه: صحته، وحمله على تعديه، كتصريحه به، ويصح ضمان عهدة بيع، وهو ثمنه لأحد المتبايعين عن الآخر. وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها*، ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحة البيع، وقيام بينة ببطلانه، وجهان (٣، ٤).

والصحيح من المذهب أنه إذا نوى الرجوع، كان له الرجوع، وعليه أكثر الأصحاب، فعلى التصحيح هذا: يكون في إطلاق المصنف الخلاف في هذه المسألة نظراً، وعذره أنه لم يبيضه، والظاهر: أنه تابع الشيخ في «المغني»^(١) في إطلاق الخلاف، وقد حررت مسألة من أدى حقاً واجباً عن غيره في هذا المكان من «الإنصاف»^(٢) تحريراً شافياً، والله الحمد والمنة.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن محل الخلاف فيما إذا لم يأذن أحد في الضمان، وهو متّجه، لكن المنقول في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٣) وغيرهما: أن محله إذا أذن واحد، ولهذا قال شيخنا في «حواشيه»: ولعله إذا كان كل واحد أذن، فسقطت لفظة «كل» من الكاتب، فهذه الصورة لا خلاف فيها، وقوله: (والأففي الرجوع روايتان إذا أذن واحد) وهو موافق لما في «المغني»^(١)، وغيره.

مسألة - ٣ - ٤: قوله: (وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها) أي: العهدة (ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحة البيع، وقيام بينة ببطلانه، وجهان) انتهى. فيه مسألتان:

الحاشية

* قوله: (في ضمانها).

أي: في ضمان عهدة بيع.

(١) ٨٩/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٢/١٣ - ٤٩.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨/١٣.

الفروع وإن باع بشرط ضمان دركه إلا من زيد، ثم ضمن دركه منه أيضاً، لم يعد صحيحاً، ذكره في «الانتصار»، ويصح ضمان نقص صنجة، ويرجع بقوله مع يمينه، وقيل: بيينة في حق الضامن، وضمان ما لم يجب، وفي «المغني»^(١) في الرهن قبل وجوبه احتمالاً، وله إبطاله قبل وجوبه في الأصح. ويصح: ألق متاعك في البحر، وأنا ضامنه، وإن قال: وأنا وركبان السفينة ضامنون، وأطلق، ضمن وحده بالحصة.

وفي «الترغيب» وجهان: بها أو الجميع*، وإن رضوا، لزمهم، ويتوجه الوجهان، وإن قالوا: ضمناه لك، فبالحصة، وإن قال: كل واحد منا ضامنه

التصحيح المسألة الأولى - ٣: هل يدخل في ضمان ضامن العهدة نقض بناء المشتري، أعني، إذا بنى ونقضه المستحق، فإن الانقاض للمشتري، ويرجع بقيمة^(٢) التالف على البائع، فهل يدخل هذا في ضمان العهدة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «التلخيص» و«الفائق»:

أحدهما: يدخل ذلك في ضمانها^(٣)، وهو ظاهر ما قطع به في «الفصول»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوين»، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يدخل، وهو ظاهر كلامه في «المغني»^(٤) و«الشرح»^(٥)، فإنهما لم يضمناه، إلا إذا ضمن ما يحدث في المبيع من بناء وغراس.

المسألة الثانية - ٤: هل يرجع بالدرك مع اعترافه بصحة البيع، وقيام بينة ببطلانه، أم لا؟ أطلق الخلاف فيه:

الحاشية * قوله: (بها أو الجميع).

أي: بالحصة أو بضمن الجميع.

(١) ١٠٨-١٠٧/٧.

(٢) في (ط): «بقيمة».

(٣) في (ط): «ضمنهما».

(٤) ٧٩/٧.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٣/١٣-٣٤.

لك، فالجميع، وكذا ضمانهم ما عليه من الدين . ومن قضى كله أو حصته، الفروع
رجع على المضمون عنه فقط؛ لأنه أصلٌ منهم لا ضامنٌ عن الضامن الآخر،
و: ما أعطيتَ فلاناً عليّ^(١). ونحوه*، ولا قرينة، قُبِلَ منه .

وقيل: للواجب، ومنه ضمانُ السوق، وهو: أن يضمن ما يلزم التاجر
من دين، وما يقبضه من عين مضمونة، قاله شيخنا، قال: ويجوز كتابته،

أحدهما: ليس له الرجوع؛ لاعترافه بصحة البيع . قلت: وهو الصواب؛ لاعتقاده التصحيح

* قوله: (و: ما أعطيتَ فلاناً عليّ. ونحوه) إلى آخره .

الحاشية

كلام الزركشي في «شرحه» يشعر بأن المسألة فيها ثلاثة أقوال، هل هو للماضي والمستقبل، وهو
ظاهرٌ ما قدمه، أو للماضي أو للمستقبل، وفي بعض نسخ «الفروع»: قيل: منه، وقيل: أنه
لِلواجب، وقيل: أنه لما يجب . قال في «المحرر»: وإن قال: ما أعطيتَ فلاناً، فهو عليّ، فهل
هو لِلواجب، أو لما يجب إذا لم تكن قرينة؟ على وجهين، بناءً شارح «المحرر» على أن «ما»
موصولة ليكون لِلواجب، أو شرطية، قال: وهو أظهر، فيكون لما سيجب وظاهر كلام الزركشي
أنه يصح أن تكون «ما» موصولة على الوجهين، أو لنكرة على الوجهين أيضاً، يعني: بمعنى، أي
شيء أعطيته، فهو عليّ . قال الزركشي وقوله: (ما أعطيته، فهو عليّ) فهذه مسألة ضمان
المجهول، وضمانٌ ما لم يجب، ومذهبنا الصحةُ فيهما، فما ثبت أنه أعطاه ولو في المستقبل،
فإنه يلزمه، وقول الخرقى: ما أعطيته، قال أبو محمد، مراده: الاستقبال، دفعاً للتكرار، ولأنه
عطفه على الأول، فدل على أنه غيره؛ إذ العطف يقتضي المغايرة . ويحتمل أن مراده الماضي،
وتكون فائدة المسألة صحة ضمان المجهول، وقد حكى الأصحاب في نحو هذا اللفظ، هل هو
لِلماضي أو للمستقبل؟ على وجهين، ذكرهما ابن أبي موسى^(١)، وكذلك النحاة قالوا: الفعل
الماضي الواقع صلة لموصولٍ أو لنكرة موصوفةً يحتمل أن يحملَ على الماضي، كما في قوله
تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالُوا لَهُمْ ائْتِ بِآيَاتِنَا﴾ [آل عمران: ١٧٣] ويحتمل أن يحملَ على المستقبل، كما في

(١) ليست في (ط) .

(٢) في «الإرشاد» ص ٣٢٩ .

الفروع والشهادة به لمن يرى جوازَه؛ لأنَّه محلُّ اجتهداد . وإن جهل الحقَّ أو ربَّه أو غريمَه، صحَّ إن آل إلى العلم، وقيل: يعتبر معرفة ربه، وقيل: وغريمه . ولا تصحُّ كفالته بعضُ الدين، وصحَّحه أبو الخطاب*، ويفسره . وكذا قال في «عيون المسائل»: لا نعرف الرواية فيه عن إمامنا، فنمنع، وقد سلمه بعضُ الأصحاب لجهالته* حالاً ومالاً، واختار شيخنا صحة ضمان حارس ونحوه، وتجار حربٍ ما يذهب من البلد، أو البحر، وأن غايته ضمان ما لم يجب، وضمانُ المجهول، كضمان السوق، وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون، وهو جائزٌ عند أكثر العلماء، كمالك وأبي حنيفة وأحمد، لقوله تعالى: ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: ٧٢] .

ولأن الطائفة الواحدة الممتنعة من أهل الحرب، التي ينصر بعضها

التصحيح كذب البينة ظاهراً، ثم وجدته في «الرعاية الكبرى» قال: أصحُّهما لا يرجع .

الحاشية قوله تعالى: ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴾ [البقرة: ١٦٠]؛ أي: يتوبوا، ويرجع الأول إعمال الحقيقة .

* قوله: (لا تصح كفالته) ب (بعض الدين، وصحَّحه أبو الخطاب)

قال الشيخ زين الدين ابن رجب في «الطبقات» في ترجمة أبي الخطاب: أنه اختار في «الانتصار»: أنه يصح أن يضمن بعض ما على فلان من الدين، وإن لم يعين البعض، وقال: لا أعلم فيه نقلاً عن أحمد . وفي «الفنون» لابن عقيل: أن الشريف أباجعفر قال: إن الصحة قياسُ المذهب وأنه اختاره .

* قوله: (لجهالته) .

الذي يظهر أنه تعليل لقوله: (ولا تصح كفالته) ب (بعض الدين) . لجهالته حالاً ومالاً) ولا يصح لأن يكون تعليلاً لقوله: (وقد سلمه بعض الأصحاب) لأن هذا التعليل لا يصح أن يكون لتسليم صحة ضمانه؛ لأن الجهل في الحال والمال يمنع الصحة في الضمان؛ إلا أن يقال: الضميرُ في (سلمه) يرجع إلى المنع، وقد سلم بعضُ الأصحاب المنع .

بعضاً، تجري مجرى الشخص الواحد في معاهدتهم، فإذا شورتوا على أن تُجَارَهم يدخلون دارَ الإسلام بشرط ألا يأخذوا للمسلمين شيئاً، وما أخذوه كانوا ضامين له، والمضمون يؤخذ من أموال التجار، جاز ذلك كما تجوز نظائره؛ ولهذا لما قال الأسير العقيلي للنبي ﷺ: يا محمد، عَلَامَ أَخَذْتَنِي وسابقة الحاج؟ - يعني: ناقتة - قال: «بجريرة حلفائك من ثقيف»^(١)، فأسر النبي ﷺ هذا العقيلي، وحبسه لينال بذلك من حلفائه مقصوده، قال: ويجب على وليّ الأمر إذا أخذوا مالا لتجار المسلمين، أن يطالبهم بما ضمنوه، ويحبسهم على ذلك، كالحقوق الواجبة.

ويصح ضمان حال مؤجلاً. نص عليه، ويصح عكسه في الأصح مؤجلاً، وقيل: حالاً، وللضامن مطالبة المديون بتخليصه في الأصح إذا طوّل، وقيل: أو لا، إذا ضمنه بإذنه، وقيل: أو لا، وإذا قضى عنه بنية رجوعه، وقيل: أو أطلق، وهو ظاهر نقل ابن منصور، قال: هل ملّكه شيئاً؟ إنما ضمن عنه، كالأسير يشتريه، أليس كلهم قال يرجع؟ ! وإن لم يأمره أو أحال به، رجع بالأقل مما قضى، أو قدر دينه مطلقاً، نص عليه، اختاره الأصحاب؛ لإطلاق الآية: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]. وأبو حنيفة يقول به في الأم؛ لكونها أحق برضاعه، وكإذنه في ضمانه أو قضائه، وعنه: لا، اختاره أبو محمد الجوزي، وقال ابن عقيل: يظهر فيها كذب أضحية غيره بلا إذنه، في منع الضمان والرجوع؛ لأنّ القضاء هنا إبراء، كتحصيل

التصحيح

والوجه الثاني: له الرجوع؛ لقيام البينة بذلك.

الحاشية

(١) أخرجه مسلم (١٦٤١)(٢)، من حديث عمران بن حصين.

الفروع الإجزاء بالذبح، ولو تعيب مضمونٌ - أطلقه شيخنا، وقيده أيضاً بقادر - فأمسك الضامن وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه في حبس، رجع به على المضمون، قاله شيخنا، ولا يرجع بمؤجل قبل أجله، حتى يحلّ، ولا مع إنكار الآخرين* القضاء؛ لتصرفه بالشرع، فيتصرف بالمصلحة، والوكيل يتبع لفظ الأمر، ويرجع مع تصديق ربّ الدين في الأصحّ، ومع تصديق المديون إن قضى بإشهاد، والأصحّ: أو بحضرته، وإلا فلا. وفي رجوعه بشاهد ميت أو غائب، وشهادة عبيد، والردّ بفسق باطن احتمالان^(٥٢)، وفي شاهد ودعواه موتهم، وأنكر الإشهاد، وجهان^(٦٢، ٧)، وإن قضى الضامنُ

التصحيح مسألة - ٥: قوله: (ويرجع مع تصديق ربّ الدين في الأصحّ، ومع تصديق المديون إن قضى بإشهاد، والأصحّ: أو بحضرته، وإلا فلا، وفي رجوعه بشاهد ميت أو غائب، وشهادة عبيد، والردّ بفسق باطن احتمالان) انتهى. ذكر أربع مسائل حكمهن واحد، وأطلقهن في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«النظم» في الجميع^(٣). قال في «التلخيص»، و«الرعاية الكبرى»: ولو أشهد، فماتوا أو غابوا، رجع. انتهى.

قلت: الصواب الرجوع مع موت الشهود وغيبتهم، إذا صدقه المضمون عنه على ذلك دون غيرهم. والظاهر: أن المصنف أراد إذا كان شاهداً واحداً، ومات أو غاب، وقلنا: يقبل، ويرجع بشهادته إذا كان حاضراً، والمصنف تابع الشيخ في «المغني»^(١).
مسألة - ٦ - ٧: قوله: (وفي شاهد ودعواه موتهم، فأنكر الإشهاد، وجهان) انتهى. فيه مسألتان:

الحاشية * قوله (ولا مع إنكار الآخرين).

هو بكسر النون؛ لأنه مثنى، والمراد بهما: المضمون له والمضمون عنه.

(١) ٩٤/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥١/١٣.

(٣) في (ط): «الجمع».

ثانياً، ففي رجوعه بالأول للبراءة به باطناً، أو الثاني، احتمالاً (٨٢) وإذا قال الفروع

المسألة الأولى - ٦: إذا أشهد شاهداً واحداً، فهل له الرجوع أم لا؟ أطلق النصح
الخلاف، وهما احتمالان مطلقان في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢) وقالوا: إذا رُدَّتْ
شهادته؛ لكونه واحداً.

أحدهما: لا رجوع له بذلك، ولا يكفي، قطع به في «التلخيص»، و«الرعايتين»،
و«الحاوين».

والوجه الثاني: يكفي ذلك، ويرجع عليه، واختاره في «الرعاية الكبرى». قلت:
وهو الصواب، ويحلف، وينبغي أن يكون هذا المذهب؛ لأن من قواعد المذهب قبول ١٢٨
شهادة الشاهد الواحد مع اليمين في المال، وما يقصد به المال، وهنا كذلك، فعلى هذا:
في إطلاق المصنف شيء.

المسألة الثانية - ٧: لو ادعى أنه أشهد وماتوا، وأنكر المضمون عنه الإشهاد، فهل
يقبل قول الضامن ويرجع أم لا؟ أطلق الخلاف. قال في «التلخيص»: ولو ادعى موت
الشهود، وأنكر الرجوع عليه، فوجهان. انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:
أحدهما: يرجع؛ إذ الاحتراز عنه متعذر.

والوجه الثاني: لا يرجع؛ لأن الأصل عدم الإشهاد، والمضمون عنه يدعيه.
قلت: الصواب في هذه الأزمنة الرجوع إلى القرائن، من صدق المدعي وغيره.
مسألة - ٨: قوله: (وإن قضى الضامن ثانياً، ففي رجوعه بالأول للبراءة منه باطناً،
أو الثاني، احتمالاً) انتهى. وأطلقهما في «الكافي»^(٣)، و«نظم الزوائد»:
أحدهما: يرجع بما قضاه ثانياً، وهو الصحيح، قدمه في «المغني»^(١) و«الشرح»^(٢)،
وقالوا: هذا أرجح، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

(١) ٩٤/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٢/١٣.

(٣) ٣٠٣/٣.

الفروع المضمون له للضامن: برئت إلي من الدين - وقيل: أو لم يقل: إلي - فهو مقر ٣١/٢ بقبضه، لا، أبرأتك/، وقوله له: وهبتك الحق، تمليك له، فيرجع على المديون، وقيل: إبراء، فلا.

فصل

وتصح كفالته برضاه، بإحضار من لزمه حق، حضر أو غاب، وقيل: بإذنه معين*، وقيل: وأحد هذين، واحتجوا بقوله: ﴿لَتَأْتِيَ بِهِ﴾ [يوسف: ٦٦]. فإن قيل: لم يثبت على المكفول به^(١) هنا شيء، قيل: بل عليه حق؛ لأنه إذا دعا ولده، لزمته الإجابة، وقيل: لا تنعقد بحميل، وقيل، وعين* مضمونة كضمانها، وقال أبو الخطاب: وإحضار وديعة، وكفالة بركة وأمانة، لنصه فيمن قال: ادفع ثوبك إلى هذا الرّقاء^(٢)، فأنا ضامنُه؛ لا يضمن حتى يثبت

التصحيح والاحتمال الثاني: يرجع بما قضاه أولاً.

وهذان الاحتمالان طريقة موجزة^(٣) في «الرعاية الكبرى»، والذي قدمه فيها؛ أنه يرجع عليه مرة واحدة، وكأنه تبع عبارة من أطلقها، وإلا فلا منافاة بين ما قدمه وبين الثاني؛ لأن كلام من أطلق محتمل لهما، والتحقيق ما قاله المصنف والشيخ وغيرهما، وليس في كلام صاحب «الرعاية» فائدة، والله أعلم.

الحاشية * قوله: (وقيل: بإذنه معين).

هو بالجر بدل من «من»؛ أي: بإحضار معين.

* قوله: (وقيل^(٤)، وعين).

يجوز فيه الجر عطفًا على (من) أي: وتصح بإحضار عين مضمونة.

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) الرّقاء: الخياط.

(٣) في (ج) و(ط): «مؤخرة».

(٤) في النسخ الخطية: «وقيل»، والمثبت من «الفروع» و«الإنصاف» ٦٣/١٣.

أنه دفعه إليه، ويلزمه الحضور معه إن كفله بإذنه، أو طولب به، وقيل: بهما، الفروع وإلا فلا.

وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو، وقيل: لا تبقى الحياة معه، وقيل: وجهه فقط، فوجهان^(٩٢، ٩١) ولا تصح بيد من عليه حد أو قود،

مسألة ٩- ١١: قوله: (وإن كفل بجزء شائع^(١) من إنسان^(١) أو عضو، وقيل: لا تبقى التصحيح الحياة معه، وقيل: وجهه فقط، فوجهان) انتهى. ذكر ثلاث مسائل:

مسألة الكفالة بالجزء الشائع، ومسألة الكفالة بعضو، ومسألة الكفالة بوجهه.

أما مسألة ٩: الكفالة بالجزء الشائع، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المقنع»^(٢)، و«المحرر»، و«الفائق»، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وغيره، وصححه في «التصحيح»، و«المغني»^(٣)، وغيرهما، قال في «تجريد العناية»: هذا الأظهر، وجزم به ابن عبدوس في «تذكرته»، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«التلخيص»، و«الرعائتين»، و«الحاويين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي.

^(٤) وأما مسألة ١٠: الكفالة بعضو غير الوجه، فهل تصح أم لا، أطلق الخلاف، وأطلقه في «المقنع»^(١)، و«المحرر»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: تصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وغيره، وجزم به ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره، صححه في «التصحيح» وغيره، قال في «تجريد العناية»: هذا الأظهر، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب» و«الخلاصة»^(٤)،

الحاشية

(١ - ١) ليست في النسخ الخطية (ط)، والمثبت من «الفروع».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦٥/١٣.

(٣) ٩٧/٧.

(٤ - ٤) ليست في (ج).

الفروع أو بزوجة*،

التصحيح^(١) و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، وغيرهم .

والوجه الثاني: لا يصح. قال القاضي: لا تصح ببعض البدن. انتهى. وقيل: إن كانت الحياة تبقى معه، كاليد والرجل ونحوهما، لم تصح، وإن كانت لا تبقى، كرأسه وكبده ونحوهما، صح، جزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «المغني»^(٢) و«الشرح»^(٣) وغيرهما .

قال في «الكافي»: قال غير القاضي: إن كفل بعضو لا تبقى الحياة بدونه، كالرأس والقلب والظهر، صح، وإن كان غيرها، كاليد والرجل، فوجهان. انتهى^(٤).

وأما مسألة - ١١: الكفالة بالوجه فقط، فالصحيح من المذهب صحتها، وقطع به الأكثر، منهم صاحب «المغني»، و«الكافي»، و«المحرر»، و«الشرح»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفاثق»، و«إدراك الغاية»، و«المنور»، وغيرهم. قال ابن منجا في «شرحه»: وهو الظاهر، وقيل: لا تصح. قال القاضي: لا تصح ببعض البدن. ولم أر من صرح بهذا القول، وكلام المصنف إنما هو في الكفالة به دون غيره؛ فلذلك قال: (فقط).

تنبيه: ظاهر كلام المصنف إطلاق الخلاف في المسائل الثلاث، وفيه نظر لا سيما مسألة الوجه فقط؛ إذ القول بعدم الصحة فيه ضعيف جداً، فما اختلف الترجيح حتى يطلق الخلاف فيه، والأحسن في العبارة - والله أعلم - أن يقول: وإن كفل بجزء شائع، فوجهان، ويصح بعضو، وقيل: لا تبقى الحياة معه، وقيل: وجهه فقط، والله أعلم .

الحاشية * قوله: (أو بزوجة) .

عطف على (بدن)؛ أي: لا يصح الضمان بزوجة لزوجها، ولا ضمان شاهد يشهد له. هذا الذي ظهر في هذا .

(١-١) ليست في (ح) .

(٢) ٩٧/٧ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦٥/١٣ .

أو شاهد، وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق* وتوقيتهما، الفروع وجهان (١٢م، ١٣) .

مسألة - ١٢ - ١٣ قوله: (وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق التصحيح وتوقيتهما، وجهان) انتهى . ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ١٢: لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«الفائق»، وظاهر كلامه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢) إطلاق الخلاف أيضاً .

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب والشافعية وأبو جعفر وغيرهما، وجزم به في «الوجيز» و«المنور»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، وغيرهم، ونقل مهنا الصحة في كفيل به، وجزم^(٣) في «الرعاية الكبرى» بصحة تعليق الكفالة على شرط، وتوقيتها في باب الكفالة .

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي في «الجامع» .

المسألة الثانية - ١٣: توقيت الضمان والكفالة، هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف . واعلم أن حكم توقيتهما حكم تعليقهما بغير سبب الحق، خلافاً ومذهباً، لكن قال في «الرعاية الكبرى» في مسألة التوقيت: ويحتمل عدم الصحة، وهو أقيس؛ لأنه وعد مع تقديمه الصحة في تعليقهما، والله أعلم .

* قوله: (بغير سبب الحق) . الحاشية

مراده: أن المعلق بسبب الحق يصح، ولا يكون فيه هذان الوجهان، مثل أن يقول: إن أقرضت فلاناً مئة، فضمانها عليّ، أو أنا ضامن لها، فهذا يصح وإن كان معلقاً بشرط؛ لأن الشرط هنا سبب للحق، وهو القرض . وكذلك إذا قال: ما تعطي فلاناً، فأنا ضامن، فإنه يصح؛ لأن الإعطاء سبب الحق .

(١) ١٠٣/٧ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦٨/١٣ .

(٣) بعدها في (ط) «به» .

الفروع فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به، فهو ضامنٌ لغيره، أو كفيلٌ به أو كفله شهراً، فوجهان^(١٤٢). ونقل مهنا: الصحة في كفيل به، وإن قال: أبرئ الكفيل وأنا كفيلٌ، فسد الشرط في الأصح، فيفسد العقد، ويتوجه وجه، ومتى أحضره - قال في «المستوعب»: ولم يكن حائل - برئ، نص عليه، وعنه: ويبرأ منه، وقيل: إن امتنع، أشهد، وقيل: إن لم يجد حاكماً، وكذا قبل أجله، ولا ضرر، ويتعين مكانُ العقد، وقيل: مع ضرر*، وقيل: يبرأ ببقية البلد، وعنه: وغيره وفيه سلطان، اختاره القاضي وأصحابه، قال شيخنا: إن كان المكفول في حبس الشرع، فسلمه إليه فيه، برئ، ولا يلزمه إحضاره منه إليه، عند أحد من الأئمة،^(١) ويُمكنه الحاكم من إخراجِه، ليحاكم غريمه، ثم يردّه، هذا مذهبُ الأئمة^(٢)، كمالك وأحمد وغيرهما، وفي طريقة

التصحيح تنبيه: لعل في كلام المصنف نقصاً، وتقديره: وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بشرط، فقوله: بشرط نقص كما قاله غيره، والتعليق لا يكون إلا بشرط هنا. وقوله: (بغير سبب الحق) مثال تعليقهما بسبب الحق، العهدة والدرك، وما لم يجب ولم يوجد سببه، وقوله: إن أقرضت فلاناً كذا، فضمانها عليّ، أو: ما أعطيته، فأنا ضامنه، فهذا معلق بشرط، لكنه سببُ الحق، فذلك يصح.

المسألة - ١٤: قوله: (فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به، فهو ضامنٌ لغيره أو كفيل به، أو كفله شهراً، فوجهان) انتهى/ وهما مبنيان على الوجهين المتقدمين في تعليقهما وتوقيتهما، لكن قال الشيخ والشارح هنا: قول القاضي، وهو عدم الصحة، أقيس، وقدمه ابن رزين، واختار الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في «الانتصار» وغيرهما

الحاشية * قوله: (وقيل: مع ضرر).

أي: مع ضررٍ في غير مكانِ العقد. قال في «الرعاية»: وإن لم يعين مكاناً، سلمه موضع عقدها، أو في بلدٍ فيه سلطانٌ وشهودٌ صاحب الحق، وقيل: أي موضع سلمه فيه إليه، ولا ضرر عليه فيه، برئ، وإلا فلا.

بعض أصحابنا : فإن قيل : دللته عليه وإعلامه بمكانه ، لا يعد تسليماً ؟ قلنا : الفروع بل يعد ؛ ولهذا إذا دل على الصيد مُحَرِّماً ، كَفَّرَ ، وإذا تعذر إحضاره مع بقاءه أو غاب - نص عليهما - ومضى زمنٌ يمكنه رُدُّه ، أو مضى زمنٌ عَيْنُهُ لإحضاره ، لزمه الدينُّ أو عوضُ العين ، وفي «المبهج» : وجه ، كشرط البراءة منه .

وقال ابن عقيل : قياسُ المذهب ، لا يلزمه إن امتنع بسلطان ، وألحق به معسرٌ ومحبوسٌ ، ونحوهما ؛ لاستواء المعنى ، والسَّجَانُ كالكَفِيل . قاله شيخنا . ومتى أدى ما لزمه ، ثم قدر على المكفول ، فظاهرُ كلامهم : أنه في رجوعه عليه كضامن ، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له ، ثم يستردُّ ما أداه ، بخلاف مغضوب تعذر إحضاره مع بقاءه ؛ لامتناع بيعه .

وإن مات المكفولُ به في المنصوص* أو تلفت العين بفعل الله تعالى في أحد الوجهين* قبل ذلك ، أو سلم نفسه ، برئ الكفيل^(١٥٢) لا بموت الكفيل ،

الصحة ، وهو الصحيح ، كما تقدم ، وقدم في «الرعايتين» و«الحاويين» وغيرهما الصحة النصحيح في المسألة الأولى .

مسألة - ١٥ : قوله : (وإن مات المكفول به - في المنصوص - أو تلفت العين بفعل الله تعالى في أحد الوجهين قبل ذلك ، أو سلم نفسه ، برئ الكفيل) . انتهى . إذا تلفت العينُ المكفولةُ بفعل الله تعالى ، كالمغضوب والعواري ونحوهما ، فهل يبرأ الكفيلُ ، كما لو مات ، أو لا يبرأ ؟ أطلق الخلاف :

أحدهما : يبرأ ، وهو الصحيح ، جزم به في «الهداية» ، و«المذهب» ،

الحاشية

* قوله : (وإن مات المكفولُ به في المنصوص)

قال في «الرعاية» : وإن مات الكفيلُ ، أخذ من تركته ما كفَّل به ، فإن كان ديناً مؤجلاً ، فوثق ورثته برهن أو ضمين ، وإلا حلَّ على الأتيس ، ثم قال : وإذا مات المكفولُ له ، فورثته كهو في المطالبة بإحضاره .

* قوله : (أو تلفت العين بفعل الله تعالى في أحد الوجهين) .

جزم في «المحرر» و«المقنع»^(١) : أنه يبرأ إذا تلفت العينُ بفعل الله تعالى . وفي «الرعاية» :

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣ / ٧٥ .

الفروع أو المكفول له، وفي طريقة بعض أصحابنا* . وقولهم: تبطل بموت الكفيل أو المكفول، فدل أنها غير لازمة، بخلاف الكفيل بالدين .

قلنا: وكذا إذا مات الكفيل بالدين، بطلت الكفالة، فهما سياتان . ومن كفل أو ضمن، ثم قال: لم يكن عليه حقٌ صدق خصمه، وفي يمينه وجهان^(١٦٢) . ومن كفله اثنان، فسلمه أحدهما - في المنصوص - أو كفل

التصحيح و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الكافي»^(١)، و«المقنع»^(٢) و«المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوين»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤)، ونصراه .

والوجه الثاني: لا يبرأ . وقال في «الرعاية الكبرى»: فإن سلمها وإلا ضمن عوضها، وقيل: إلا أن تلتف بفعل الله تعالى، فلا يضمنها، وفيه احتمال . انتهى .

مسألة - ١٦: قوله: (وإن كفل أو ضمن ثم قال: لم يكن عليه حقٌ، صدق خصمه، وفي يمينه وجهان) انتهى . وكذا قال في «الرعاية»، وأطلقهما في «الكافي»^(٤) وقال: مضى^(٥) توجيهُهُما في الرهن، يعني: إذا أقر بالرهن، ثم ادعى أنه لم يقبضه، وأطلق الخلاف أيضاً هناك:

أحدهما: عليه اليمين، وهو الصحيح، قدمه في «المغني»^(٦)، و«الشرح»^(٧)،

الحاشية وتصح الكفالة بكل عين مضمونة، بغصب أو عارية أو سوم أو غير ذلك، فإن سلمها، وإلا ضمن عوضها، وقيل: إلا أن تلتف بفعل الله تعالى، وفيه احتمال .

* قوله: (وفي طريقة بعض أصحابنا) .

مفهوم هذه الطريقة أنه إذا مات المكفول له يبرأ الكفيل، وكذلك الكفيل بالدين إذا مات، يبرأ عند

(١) ٣٠٦/٣ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٧٥ .

(٣) ١٠٥/٧ .

(٤) ٣٠٨/٣ .

(٥) في (ط): «معنى» .

(٦) ١٠٦/٧ .

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٧٥-٧٧ .

لهما، فأبرأه أحدهما، بَقِيَ حَقُّ الْآخَرِ، ومن عليهما مئة، فضمن كلُّ منهما الفروع الآخرَ، فقصاه أحدهما نصفها، أو أبرأه منه، ولا نية، فقليل: إن شاء صرفه إلى الأصل أو الضمان، وقيل: بينهما نصفان^(١٧٢). وإن أحال عليهما

وقالا: هذا أولى . التصحيح

والوجه الثاني: لا يمين عليه، وهو احتمال في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢).

مسألة - ١٧: قوله: (ومن عليهما مئة، فضمن كلُّ منهما الآخرَ، فقصاه أحدهما نصفها، أو أبرأه منه، ولا نية، فقليل: إن شاء صرفه إلى الأصل أو الضمان، وقيل: بينهما نصفان). انتهى. هما احتمالان مطلقان في «الفصول»، و«المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤)، والظاهر: أن المصنف تابع صاحب «المغني». واعلم: أنه لو قضى بعض دينه، أو أبرأ منه، وبعضه رهن أو ضمين، كان عما نواه الدافع أو المبرئ من القسمين، والقول قوله في النية. وإن أطلق ولم ينو شيئاً، صرفه إلى أيهما شاء، على الصحيح من المذهب، قدمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، والمصنف في هذا الكتاب وغيرهم، وقطع به في «المغني»^(٥) و«الكافي»^(٦)، و«الشرح»^(٧) وغيرهما، وقيل: يوزع بينهما بالحصص. ومسألة المصنف هنا مثل هذه، بل هي فرد من أفرادها، فإن أحدَ الضامنين إذا قضى نصفها داخل في كلام الأصحاب في هذه المسألة، وكذلك لو أبرأه

صاحب هذه الطريقة، وليس المراد من الكفالة بالدين الضمان، والله أعلم؛ لأن مسألة الضمان الحاشية ذُكرت في موضعها، وإنما المراد أنه التزام بإحضار ما عليه من الدين، بخلاف الضمان، فإنه ثبت في ذمة الضامن. وأمّا الكفالة التزم بإحضار المكفول به، لا أنه التزمه في ذمته.

(١) ١٠٦/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٧٥/١٣ - ٧٧.

(٣) ٩١/٧.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٦/١٣.

(٥) ٩٣/٧.

(٦) ٢٩٥/٣.

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨/١٣ - ٤٩.

الفروع ليقبض من أيهما شاء، صحَّ. وذكر ابن الجوزي وجهاً: لا كحوالته على اثنين، له على كلٍّ منهما مئة، وإن أبرأ أحدهما من المئة، بقي على الآخر خمسون أصالة، وإن ضمن ثالثٌ عن أحدهما المئة بأمره وقضاها، رجع عليه بها، وهل له أن يرجع بها على الآخر؟ فيه روايتان^(١٨٢).

وإن ضمن معرفته، أخذ به، نقله أبو طالب. ومتى أحال ربُّ الحقِّ أو أحيل، أو زال العقد، برئ الكفيل، وبطل الرهن*،

التصحيح المضمون له من نصفها وأطلق، كان له صرفه إلى ما أراد، وهو داخلٌ في كلام الأصحاب في هذه المسألة، فإذن في إطلاق المصنف في هذه المسألة نظرٌ واضح، ولعله لم يتذكر أصل المسألة التي ذكرها هو وغيره، فتابع الشيخ في «المغني»^(١) هنا، ولم يذكر ذلك، والله أعلم.

والمصنف لم يبيض هذا الجزء، ولعل بين هذه المسألة وبين تلك فرقاً لم يحره، فإن صاحب «المغني»^(١) ذكر هنا احتمالين، وقطع هناك، لكن صاحب «المغني» لم يشترط في كتابه ما اشترطه المصنف، والله أعلم.

مسألة - ١٨ : قوله: (وإن ضمن ثالثٌ عن أحدهما المئة بأمره وقضاها، رجع عليه بها، وهل له أن يرجع بها على الآخر؟ فيه روايتان). انتهى.

الحاشية * قوله: (ومتى أحال ربُّ الحقِّ أو أحيل، أو زال العقد، برئ الكفيل وبطل الرهن) إلى آخره.

قال في «المغني»^(٢) في آخر باب الحوالة، قال مهنا: سألت أحمد عن رجلٍ له على رجل ألف درهم، فأقام بها كفيلين، كلُّ واحدٍ منهما كفيل ضامن، فأيهما شاء أخذه بحقه، فأحال ربُّ الدين عليه رجلاً بحقه؟ قال: يبرأ الكفيلان. قلت: فإن مات الذي أحاله عليه بالحق، ولم يترك شيئاً؟ قال: لا شيء له، وتذهب الألف. قال في «الرعاية»: فإن أحال ربُّ الدين على المديون بالدين المضمون، فهل يبقى الضمان للمحتال على الضامن أو يزول؟ يحتمل وجهين، سيما إن صح مع جهل المضمون له.

(١) ٩٣/٧.

(٢) ١٠٨/٧.

ويثبت لوارثه*، ذكره في «الانتصار». وفي «الرعاية» في الصورة الأولى الفروع احتمال وجهين في بقاء الضمان، ونقل مهنا فيها: يبرأ، وأنه إن عجز مكاتب، رق وسقط الضمان، وذكر القاضي أنه لو أقاله في سلم به رهن حبسه برأس ماله، جعله أصلاً لحبس رهن بمهر المثل بالمتعة.

قلت: الصواب أن له الرجوع على الآخر أيضاً؛ لأنه أدى حقاً واجباً عليه ونوى التصحيح الرجوع، فهذه المسألة قريبة من مسألة ذكرها المصنف قريباً، وأطلق فيها الخلاف، وهي ما إذا ضمن الضامن آخر، فإنه قال: (وإن قضاه الثاني، رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحد أذن، وإلا ففي الرجوع روايتان)، وذكرنا هناك أن الصحيح له الرجوع، وأن في إطلاق المصنف الخلاف شيئاً، على الصحيح. فكذا هذه.

هذا ما يظهر لي، بل هي من جملة المسألة؛ لأن الضامن الثالث ضامن عنه خمسين بالأصالة، فهو ضامن أول، وخمسين بالضمان وهو فيها ضامن ثانٍ، فهي كتلك المسألة بالنسبة إلى الخمسين التي ضمنها الشريك. فهذه ثمان عشرة مسألة، قد أطلق فيها الخلاف.

الحاشية

* قوله: (ويثبت^(١) لوارثه)

أي: لو مات انتقل الحق إلى وارثه، لم يبرأ الكفيل، ولم يطل الرهن.

(١) في النسخ الخطية: «ثبت» والتصويب من «الفروع».

الفروع

باب الحوالة

تصح بلفظها أو بمعناها الخاص، برضا المحيل، بشرط المقاصة وعلم المال، وفي مذروع ومعدود وجهان^(١) واستقرار المحال عليه. نص عليه، وقيل: والمحال به، جزم به الحلواني، فلا يصحان في دين سلم، وفي رأس ماله بعد فسخه، وجهان^(٢).

التصحیح مسألة - ١: قوله: (تصح بلفظها أو بمعناها الخاص، برضا المحيل، بشرط المقاصة وعلم المال، وفي مذروع ومعدود وجهان) انتهى. يعني: يشترط علم المال، وأن تكون فيما يصح فيه السلم من المثليات، ففي غير المثلي من المذروع والمعدود الوجهان، وأطلقهما في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«الفائق» و«الزركشي»، قال في «الرعايتين»، و«الحاويين»: إنما تصح في دين معلوم يصح السلم فيه. وأطلقا في إبل الدية الوجهين:

أحدهما: تصح في المذروع والمعدود. قال القاضي في «المجرد»: تجوز الحوالة بكل ما صح السلم فيه، وهو ما يضبط بالصفات، سواء كان له مثل، كالحبوب والأدهان والثمار، أو لا مثل له، كالحيوان والثياب، وقد أوماً إليه أحمد في رواية الأثرم. قال الناظم: تصح فيما يصح فيه السلم، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا تصح الحوالة بذلك، وقد قال أبو الخطاب: لا تصح الحوالة في الإبل. قال الشيخ في «المغني»^(١)، والشارح: ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الأموال. انتهى. قلت: قد أطلق المصنف الخلاف في مسألة القرض، وصححناها هناك^(٣)، فليراجع.

مسألة - ٢: قوله: (فلا يصحان في دين سلم، وفي رأس ماله بعد فسخه وجهان)

الحاشية

(١) ٥٩/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٠١/١٣.

(٣) ص ٣٤٧.

وفي طريقة بعضهم في لحوق الزيادة المُسلم فيه مُنزَل كموجود*؛ لصحة الفروع الإبراء منه، والحوالة عليه وبه، ولا تصح على دين كتابة ولو حلَّ في المنصوص، ومهر وأجرة بالعقد، وفيهن* بها وجهان^(٣٢)، ومتى رضي

انتهى. وأطلقهما في «المحرر»، و«شرحه»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«النظم»، التصحيح و«الفائق»، و«الزركشي»، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح. قال في «الرعاية الكبرى» في باب القبض والضمان في البيع: ولا يصح التصرف مع المديون وعليه بحال في دين غير مستقر قبل قبضه، وكذا رأس مال السلم بعد فسخه مع استقراره أيضاً، وقيل: يصح تصرفه. انتهى. فقدم عدم صحة تصرفه.

والوجه الثاني: يصح. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، ثم وجدته في «تصحيح المحرر» قال: وهو أصح، على ما يظهر لي، قال: ومستندي/ ١٣٠ عموم عبارات الأصحاب أو جمهورهم؛ لأن بعضهم يشترط في الدين أن يكون مستقراً، وهذا مستقر، وبعضهم يقول: يصح في كل دين عدا كذا، ولم يذكر^(١) هذا في المستثنى، وهذا دين، فصحت الحوالة به وعليه على العبارتين. انتهى.

مسألة - ٣: قوله: (ولا تصح على دين كتابة.. ومهر وأجرة بالعقد، وفيهن بها وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق» في الحوالة بدين الكتابة والمهر. قال في «الهداية»، و«المذهب»، و«مبسوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، وغيرهم: يشترط لصحتها أن يكون بدين مستقر وعلى دين مستقر. وقال

* قوله: (وفي طريقة بعضهم في لحوق الزيادة المُسلم فيه منزل كموجود).

الحاشية

أي: ذكر مسألة لحوق الزيادة، وذكر في ضمنها هذه المسألة.

* قوله: (وفيهن).

كذا وقع في النسخ، والأظهر في العبارة: وفيها بهن، أي: وفي الحوالة بدين الكتابة والمهر والأجرة وجهان، مثل أن يحيل المكاتب سيده، أو الزوج امرأته، أو المستأجر المؤجر. قال في «الرعاية»: ولا تصح على دين كتابة، وقيل: قبل حلوله، ولا على صداق قبل الدخول، ولا على

(١) في (ط): «يذكر».

الفروع المحتال، برئ محيله.

التصحیح فی «الحاوین»: ولا تصح إلا بدين معلوم يصح السلم فيه، مستقرٌ على مستقر. وقال في «الرعايتين»: إنما تصح بدين معلوم، يصح السلم فيه، مستقرٌ في الأشهر على دين مستقر. وقال في «الفائق»: ويختصُّ صحتها بدين يصح السلم فيه، ويشترط استقراره - في أصح الوجهين - على مستقر. وقال في «التلخيص»: لا تصح الحوالة بغير مستقر ولا على^(١) غير مستقر، فلا تصح في مدة الخيار على ظاهر كلام أبي الخطاب. وقال القاضي وابن عقيل: تصح حوالة المكاتب لسيده بدين الكتابة على مَنْ له عليه دين، ويرأ العبد ويعتق، ويبقى الدين في ذمة المحال عليه للسيد. انتهى. وقال الزركشي تبعاً لصاحب «المحرر»: الديون أربعة أقسام: دين سلم، ودين كتابة، وما عداهما وهو قسمان: مستقر، وغير مستقر، كضمن المبيع^(٢) في مدة الخيار ونحوه، فلا تصح الحوالة بدين السلم ولا عليه، وتصح بدين الكتابة - على الصحيح - دون الحوالة عليه، ويصحان في سائر الديون مستقرها وغير مستقرها، وقيل: لا تصح على غير مستقر بحال، وإليه ذهب

الحاشية أجرة قبل الانتفاع، وفي الحوالة بالثلاثة، وبأقل الدية قبل الحول على مَنْ عليه مثلها من دية أخرى وجهان.

قال في «المحرر»: وتصح الحوالة بدين الكتابة دون الحوالة عليه، ولا يصحان في دين السلم؛ وفي صحتها في رأس ماله بعد الفسخ وجهان، ويصحان في سائر الديون، وقيل: لا تصح على غير مستقر بحال. وظاهر ما قدمه: أن الحوالة على الصداق والأجرة قبل الانتفاع صحيحة؛ لقوله: وتصحان في سائر الديون ثم قال: قيل: لا تصح على غير مستقر بحال، وهذا الذي رجحه خلافاً ما جزم به المصنف و«الرعاية»، وقال أيضاً في «الرعاية»: وتصح الحوالة على الميت؛ لبقائه في ذمته وصحة ضمانه عنه، وقيل: إن قال: أحلتك بمالي عليه، صح، وإن قال: أحلتك عليه به، فلا. وفي كلام ابن أبي المجد: وتصح بدين كتابة وميت^(٣) دون ما^(٤) عليهما. وابن أبي المجد هذا شامي، كان في زمن صاحب «الفروع»، وله بعض مناقشات على «الفروع»، والسألة نقلتها من كتابه، وهو بخطه، وهو مقدسي، واسمه: يوسف بن ماجد بن أبي المجد، ومن خطه نقلت هذا.

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «المبيع».

(٣،٤) في (د): «دونها».

وكذا إن رضي وجهله، أو ظنه مليئاً، فبان مفلساً. نص عليه، وعنه: الفروع يرجع كشرطها، وكما لو بان مفلساً بلا رضي، وإن لم يرض، أجب - على الأصح - على قبولها على مليء بماله، وقوله وبدنه فقط، ويبرأ بها محيله ولو أفلس المحال عليه أو جحد أو مات، نقله الجماعة، وعنه: إذا أجبره

أبو محمد وجماعة من الأصحاب، وقيل: ولا بما ليس بمستقر، وهذا اختيار القاضي في الصحيح «المجرد»، وتبعه أبو الخطاب والسامري. انتهى.

وقال في «المقنع»^(١): يشترط أن يحيل على دين مستقر، فإن أحال على مال الكتابة أو السلم، أو الصداق قبل الدخول، لم يصح، وإن أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته، صح. انتهى. وقال في «الكافي»^(٢): يشترط أن يحيل على دين مستقر، ولا يعتبر استقرار المحال به، فلو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها، أو أحال المشتري البائع بثمن المبيع في مدة الخيار، أو أحال المكاتب سيده بنجم قد حل، صح في ذلك، وإن أحالت الزوجة أو البائع أو السيد، والحالة ما تقدم، لم يصح. انتهى ملخصاً. وكذا قال الشارح وغيره. فتلخص: أن الصحيح أنه يشترط لصحة الحوالة، أن تكون على دين مستقر،^(٣) وقدمه المصنف قبل ذلك وقال: نص عليه^(٣)، ولا يشترط استقرار المحال به، كما هو مختار الشيخ الموفق وغيره، وتقدم كلام القاضي وابن عقيل الذي في «التلخيص»، وكلام صاحب «المحرر» والزرکشي،^(٣) وهو ظاهر ما قدمه المصنف قبل ذلك^(٣)، وإن كان اختيار كثير من الأصحاب اشتراط استقرار المحال عليه والمحال به، كالقاضي في «المجرد» والحلواني وأبي الخطاب وابن الجوزي والسامري والفخر ابن تيمية وأبي المعالي وابن حمدان وصاحب «الحاويين» و«الفائق» وغيرهم، وتلخص مما تقدم: أن في المسألة عدة طرق، والله أعلم.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٩٣/١٣ .

(٢) ٢٨٧/٣ .

(٣) ٣ - ليست في (ح) .

الفروع حاكم، فيتوجه قبله مطالبة محيله، وذكر أبو حازم وابنه أبو يعلى: لا كتعيينه كيساً، فيريد غيره.

قال أبو يعلى: والوكالة في الإيفاء يحرم امتناعه، ولا يسقط حقه بها، بل مطالبة، ولا يعتبر رضا المحال عليه، ومتى صحت فريضاً بخير منه أو بدونه، أو تعجيله أو تأجيله، أو عوضه، جاز، ذكره الشيخ، وذكر في «الترغيب» الأولى، فظاهره منع عوضه، ونقل سندي فيمن أحاله عليه بدینار، فأعطاه عشرين درهماً: لا ينبغي إلا ما أعطاه.

وإذا أحيل على المشتري بضمن المبيع، أو أحال به، فلم يقبض حتى فسخ البيع بخيار أو غيره، لم تبطل الحوالة، كأخذ البائع بحقه عرضاً^(١)*. وقيل:

التصحیح

تنبيهات^(٢):

الأول: أخل المصنف - رحمه الله - بقوله في المهر والأجرة: (بالعقد) فإن فيهما قولاً كبيراً بجواز الحوالة^(٣) عليهما، قدمه في «المحرر»، والزرکشي وغيرهما، وجزم المصنف بغيره تبعاً لجماعة.

الثاني: في إطلاقه الخلاف مع تقديمه أولاً اشتراط استقرار المحال عليه دون المحال به، نظر.

الثالث: قول المصنف -: (وفيهن بها وجهان) صوابه: وفيها بهن وجهان. . . يعني: وفي الحوالة بدين الكتابة والمهر والأجرة وجهان، والله أعلم.

الحاشية * قوله: (كأخذ البائع بحقه عرضاً).

أي: إذا باع شخص آخر شيئاً، ثم اشترى البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي في ذمة المشتري من ثمن المبيع، ثم فسخ البيع الأول، لم يبطل البيع الثاني الذي اشترى بضمن المبيع الأول.

(١) في (ط): «عرضاً».

(٢) تقدم مكان هذه التنبيهات في ص ٤١٣.

(٣) في (ص) و(ط): «الجهالة».

بلى كما لو بان باطلاً بينة أو اتفاقهما، فعلى هذا: في بطلان إذن المشتري الفروع للبائع وجهان* (٤٢) وأبطل القاضي الحوالة به لا عليه، لتعلق الحق بثالث،

مسألة ٤: قوله: (وإذا أحيل على المشتري بضمن المبيع، أو أحال به، فلم يقبض التصحيح حتى فُسَخَ البيعُ بخيار أو غيره، لم تبطل الحوالة... وقيل: بلى... فعلى هذا: في بطلان إذن المشتري للبائع وجهان) انتهى. أطلق الخلاف على القول بالبطلان:

أحدهما: يبطل، قدمه في «الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: لا يبطل، وهو الصحيح. وقال في «التلخيص»: فعلى وجه بطلان الحوالة: لا يجوز له القبض، فإن فعل، احتمل أن لا يقع عن المشتري؛ لأن الحوالة انفسخت، فبطل الإذن الذي كان ضمنها. واحتمل أن يقع عنه؛ لأن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة دون ما تضمنه الإذن، فيضاهي تردد الفقهاء في الأمر، إذا فُسَخَ الوجوب هل يبقى الجواز؟ والأصح عند أصحابنا بقاءه، وإذا صلى الفرض قبل وقتها، انعقد نفلاً. انتهى. قال شيخنا في «حواشيه»: هذا يرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الوصف، هل يبطل الأصل أم لا؟ ويرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الخصوص، هل يبطل العموم؟ فيه خلاف ذكرها في «القواعد الأصولية». انتهى.

* قوله: (وفي بطلان إذن المشتري للبائع وجهان).

الحاشية

هذا تفريع على القول ببطلان الحوالة إذا فسخ البيع بخيار أو غيره، المذكور بقوله: (وقيل: بلى) أي: وقيل: تبطل الحوالة إذا فسخ البيع قبل القبض، أي: فعلى هذا القول: يمنع البائع من قبض ما أحيل؛ لأن الحوالة بطلت، أو لا يمنع، بل له أن يقبض؛ لأنه أذن له أن يقبض ذلك المبلغ ممن هو عليه، بطريق الحوالة، فإذا بطلت الحوالة، لم يبطل أصل الإذن، بل الإذن باقٍ، ويكون وكيلاً، وهذا يرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الوصف، هل يبطل الأصل أو يبطل الوصف، كما إذا أحرِمَ بفرض، فبان قبل وقته، هل يقع باطلاً أو يلغى الفرض ويقع نفلاً؟ فيه خلاف، والمسألة قريبة الشبه مما إذا كان على الإنسان فائتة، ثم دخل في الحاضرة ناسياً للفائتة، ثم ذكر في الصلاة، والوقت متسع، هل تبطل الصلاة من أصلها، أو يتمها نفلاً؟ في المسألة خلاف في الجملة، وأصل هذا يرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الخصوص، هل يبطل العموم؟ وهي مسألة خلافية بين العلماء، ذكرها القاضي علاء الدين البعلبي في «قواعده».

الفروع وكذا إن انفسخ النكاح بعد الحوالة بين الزوجين . وإن اتفقا على قوله : أحلتك أو أحلتك بديني ، وقال أحدهما : المراد به الوكالة ، فقل : يقبل قوله ، وقيل : مدعي الحوالة ، كقوله : أحلتك بدينك^(٥٢) ، وإن قال زيد لعمر : أحلتي بديني على بكر ، واختلفا في جريان لفظ الحوالة* ، فقل :

التصحيح مسألة - ٥ - ٦ : قوله : (وإن اتفقا على قوله : أحلتك أو أحلتك بديني ، وقال أحدهما : المراد به الوكالة ، فقل : يقبل قوله ، وقيل : مدعي الحوالة ، كقوله : أحلتك بدينك) انتهى . فيه مسألتان :

المسألة الأولى - ٥ : إذا اتفقا على قوله : أحلتك ، وقال أحدهما : المراد به : الوكالة ، وأنكر الآخر ، ففي أيهما يقبل قوله ؟ وجهان ، وأطلقهما في «المغني»^(١) ، و«الكافي»^(٢) ، و«المقنع»^(٣) ، و«شرح ابن منجا» ، و«النظم» ، و«الحاويين» ، وغيرهم : أحدهما : القول قول مدعي الوكالة ، وهو الصحيح ، جزم به في «الوجيز» ، و«المنور» ، و«منتخب الأدمي» ، وغيرهم ، وصححه في «التصحيح» ، وقدمه في «المحرر» ، و«الرعايتين» .

والوجه الثاني : القول قول مدعي الحوالة ، صححه في «التلخيص» ، و«الفاثق» ، و«تجريد العناية» ، وغيرهم . قلت : وهو الصواب .

المسألة الثانية - ٦ : لو اتفقا على قوله : أحلتك بديني ، وقال أحدهما : المراد به

الحاشية * قوله : (و^(٤) اختلفا في جريان لفظ الحوالة) .

الذي يظهر لي أن معناه : اختلفا هل جرى بينهما لفظ الحوالة ، أو غيره ؟ فإذا قال زيد لعمر : أحلتي ، فيقول / عمرو : وكلتك ، أي : إنما قلت لك : وكلتك ، أو قلت لك : أذنت لك ، أو قلت لك : خذ من فلان ، أو طالبه ، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ منه ، غير لفظ الحوالة ،

(١) ٦٨/٧ .

(٢) ٢٩٢/٣ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١٣/١٣ .

(٤) بعدها في (د) : «وإن» .

يصدق عمرو، جزم به جماعة، فلا يقبض زيدٌ من بكر؛ لعزله بالإنكار، الفروع وفي طلب^(١) دينه من عمرو وجهان؛ لأن دعواه الحوالة براءة، وما قبضه وهو قائمٌ لعمرو أخذه في الأصح والتالف من عمرو، وقيل: يصدق زيد،

الوكالة، ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان، والحكم هنا كالحكم في التي قبلها، كما قال التصحيح المصنف، خلافاً ومذهباً، وقد علمت الصحيح في التي قبلها، فكذا يكون فيها، لكن قدم في «الرعاية الكبرى» هنا: أن القول قول مدعي الحوالة، وفيه قوة.

فيكون زيدٌ قد قال: أحلّني، وقال عمرو: وكلّتك. ومما يقوّي ذلك قوله بعد ذلك: (ولو قال: الحاشية زيدٌ وكلّنتي، وقال عمرو: أحلّتك، فمن رجح في الأولى قول عمرو، رجح هنا قول زيد، ومن رجح في الأولى قول زيد، رجح هنا قول عمرو) والمراد بالأولى: قول زيد لعمرو: أحلّنتي بديني، وأولّ اللفظ يدل على أن المراد هذا، وهو قوله: (واختلفا في جريان لفظ الحوالة) أي: هل جرى بينهما هذا اللفظ أم لا؟ وأما إذا اتفقا على الحوالة واختلفا في المراد، فقد قدمه الشيخ في قوله: وإن اتفقا على قوله: أحلّتك، وقال أحدهما: المراد به الوكالة، وهذا أظهر مما يوهمه كلام «الرعاية» أنه ليس المراد هذا؛ لكونه جمع بين الصورتين، فذكر كل صورة على حدة، فكلّاه يشعر بأن اختلافهما في جريان لفظ الحوالة لا يدخل فيها قوله: أحلّنتي، قال: وكلّتك، أو قال: وكلّنتي، قال: بل أحلّتك، فصاحب «الرعاية» - رحمه الله تعالى - يقع له كثيرٌ أنه ينقل كلامين، ويكون معنى أحدهما في الآخر، مع أنه يمكن حمل كلامه على أن الاختلاف في جريان لفظ الحوالة معناه: اختلفا في متعلق لفظ الحوالة، مثل أن يدّعي زيدٌ أنه قال له: أحلّتك، بديني، فيقول عمرو: إنما قلت: أحلّتك بديني ونحو ذلك، وربما لفظ «الرعاية» فيه دلالة على ذلك، لكن ما ذكرناه أولاً أظهر؛ لأن المسألة مفروضة في جريان لفظ الحوالة، لا فيما يتعلق به، والله أعلم. ويؤيد ما قلناه قوله في «الفائق»: ولو قال: أحلّنتي على فلان بديني، فقال: بل وكلّتك، لم تسمع دعوى الحوالة، فلا يأخذ من فلان. وفي طلب دينه من مدع الوكالة وجهان، ولو قبضه من مدّعي الحوالة عليه، فلمنكرها أخذه، ولو كان قد تلف، سقط دينه؛ وببراً من ادّعت عليه الحوالة. انتهى. فالأحكام التي بناها المصنف على مسألة جريان لفظ الحوالة، ذكرها «الفائق» في صورة ما إذا قال: أحلّنتي، قال: بل وكلّتك.

(١) بعدها في (ط): «زيد».

الفروع فيأخذ من بكر (٧م، ٨).

التصحيح مسألة - ٧ - ٨: قوله: (فإن قال زيد لعمر: أحلتني بديني على بكر، واختلفا في جريان لفظ الحوالة، فقل: يصدق عمرو، جزم به جماعة، فلا يقبض زيد من بكر؛ لعزله بالإنكار، وفي طلب دينه من عمرو وجهان؛ لأن دعوى الحوالة براءة، وما قبضه وهو قائم لعمر أخذه في الأصح والتالف من عمرو، وقيل: يصدق زيد، فيأخذ من بكر) انتهى. ذكر مسألتين:

مسألة الأولى - ٧: إذا اختلفا في جريان لفظ الحوالة، ومعناه: هل جرى بينهما لفظ الحوالة أو غيره، بدليل عكسها، وهي المسألة/ الآتية، وبدليل المسألة الرابعة التي تقدم الكلام عليها، نبه عليه شيخنا، فإذا قال المحيل وهو عمرو للمحتال وهو زيد: إنما وكلتك في القبض لي بلفظ الوكالة، وقال زيد: بل أحلتني بديني على فلان وهو بكر، فهل القول قول المحيل وهو عمرو، أو قول المحتال وهو زيد؟ فيه وجهان، أطلقهما المصنف، وأطلقهما في «المغني»^(١) و«الشرح»^(٢):

أحدهما: القول قول المحيل وهو عمرو، قدمه في «الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم. قال المصنف هنا: (جزم به جماعة).

والوجه الثاني: القول قول مدعي الحوالة، وهو زيد؛ لأن الظاهر معه، قدمه ابن رزين في «شرحه»، فعلى القول الأول: يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. قاله في «المغني»^(١) و«الشرح»^(٢)، وقال المصنف هنا تبعاً لصاحب «الرعاية الكبرى»: لا يقبض المحتال، وهو زيد، من المحال عليه، وهو بكر؛ لعزله بالإنكار، وفي طلب دينه من عمرو، وهو المحيل، وجهان، وهي:

المسألة الثانية - ٨: وأطلقهما في «الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»:

أحدهما: له طلبه منه؛ لإنكاره الحوالة، وهو الصحيح، صححه في «المغني»^(٣)،

الحاشية

(١) ٦٥/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١٣/١٣ - ١١٤.

(٣) ٦٦/٧.

ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجَّح في الأولى قول الفروع عمرو، رجَّح هنا قول زيد، ومن رجح في الأولى / قول زيد، رجح هنا قول عمرو (٩م).

قال شيخنا: والحوالة على ماله في الديوان إذن في الاستيفاء فقط*،

و«الشرح»^(١)، وهو الصواب .

والوجه الثاني: ليس له طلبه؛ لأن دعوى الحوالة براءة، وهو مدعيها .

مسألة - ٩: قوله: (ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجح في الأولى قول عمرو، رجح هنا قول زيد، ومن رجح في الأولى قول زيد، رجح هنا قول عمرو) انتهى . فالمصنف قد أطلق الخلاف في المسألة الأولى، وكذا يكون في هذه، لكن الترجيح يختلف؛ لأنها عكسها، والله أعلم . وما قاله صحيح، فقد قطع في «الرعاية الصغرى»، وقدمه في «الحاويين»، و«الفائق»: أن القول في هذه المسألة قول مدعي الوكالة، وهو زيد، وفي التي قبلها رجحوا قول عمرو، والله أعلم .

وتبع المصنف في هذه العبارة ابن حمدان في «الرعاية الكبرى»، فإنه قال: ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجح في الأول قول عمرو، رجح هنا قول زيد، فإذا حلف قبل القبض أنه وكيل، رجح على عمرو، وفي رجوع عمرو على بكر وجهان، وإن كان قبضه، فقد ملكه، وإن كان تلف بلا تفريط، لم يضمه، ويرجع بدينه على عمرو، ومن رجح في الأول قول زيد، رجح هنا قول عمرو، فلا يرجع عليه، وإذا حلف أنه أحاله، قبض زيد من بكر بالوكالة على قوله، وبالحوالة على قول عمرو، وبرئت ذمتها . انتهى . فهذه تسع مسائل قد أطلق فيها الخلاف في هذا الباب .

* قوله: (قال شيخنا: والحوالة على ماله في الديوان إذن في الاستيفاء فقط) .

الحاشية

الظاهر: أن ما قاله الشيخ مخصوص في الحوالة على ما ذكره، وهو مال الديوان؛ وذلك لجريان العرف بأنه إذن في الاستيفاء لا حوالة تقتضي نقل الملك؛ لأن مال الديوان في يد مباشره أمانة

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١٤/١٣ .

الفروع وللمحتال الرجوع ومطالبة محيله، وإحالة من لا دينَ عليه على من دينه عليه وكالة، ومن لا دينَ عليه على مثله وكالة في اقتراض^(١)، وكذا مدينٍ على بريء، فلا يصارفه^(٢). نص عليه، وفي «الموجز»، و«التبصرة»: إن رضي البريء بالحوالة، صار ضامناً يلزمه الأداء.

التصحيح

الحاشية لا دينٌ، فلا تصح الحوالة عليه .

(١) في (ر) و(ط): «اقتراض» .

(٢) في الأصل و(ر) و(ط): «يصادفه» .

الفروع

باب الصلح وحكم الجوار

إذا أقر له بدين أو عين، فوهب أو أسقط بعضه، وطلب باقيه، صح، لا بلفظ الصلح على الأصح؛ لأنه هضم للحق، خلافاً لظاهر «الموجز»، و«التبصرة»، أو جعله شرطاً في الأصح، كما لو منعه المديون حقه بدونه، ويصح ممن لا يصح تبرعه مع إنكار ولا بينة، وكذا من ولي، وقيل: لا. قطع به في «الترغيب» ويصح عما ادعى على موليه وبه بينة، وقيل: أو لا. ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالاً، لم يصح، نقله الجماعة. وفي «الإرشاد»^(١) و«المبهبج» رواية، اختارها شيخنا؛ لبراءة الذمة هنا، وكدين الكتابة، جزم به الأصحاب، ونقله ابن منصور، قال: ليس بينه وبين سيده رباً، فدل أنه إنما جوزه على هذا الأصل، والأشهر عكسه. ونقل ابن ثواب فيمن قال لرجل أعطاه دراهم بربح إلى أجل: عجل لي وأضع عنك، قال: من أخذ دراهمه بعينها، فلا بأس، وكثر أكثر. وسأله أبو طالب عن هذه الصورة، فقال: كذا يقول ابن عباس: ماله يضع منه ما شاء^(٢)، قلت: ما تقول أنت؟ قال: قول ابن عمر: هو رباً^(٣). ولو وضع بعض الحال وأجل باقيه، صح الإسقاط، وعنه: لا، كالتأجيل، على الأصح*؛ لأنه وعد، وكذا لو صالحه عن مئة

التصحيح

الحاشية

* قوله: (وعنه: لا، كالتأجيل على الأصح).

هذه مسألة تأجيل الحال صحح فيها عدم التأجيل، ويؤخذ من مسألة القرض، فإنه لا يتأجل بالتأجيل على المرجح. وأما مسألة جعل المؤجل حالاً فخرجها المصنف على مسألة تعجيل الشرط في تعليق الطلاق بالشروط، وهي ما إذا قال: عجلت ما علقته، وفيها قولان، المرجح:

(١) ص ٢٦٦.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» ١٤٣٦٢.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» ١٤٤٦٨، والبخاري في «التاريخ الكبير» ٣/٣٢٨.

الفروع صحاح بخمسين مكسرة، هل هو إبراء من الخمسين ووعد في الأخرى؟ ولو صالح عن حق، كدية خطأ، وقيمة متلف غير مثلي بأكثر منه من جنسه، لم يصح، وصححه شيخنا، وأنه قياس قول أحمد، كعرض وكالمثلي. ويخرج على ذلك تأجيل القيمة، قاله القاضي وغيره.

وذكر الشيخ: إن صالح عن المئة الثانية بالتلف بمئة مؤجلة رواية، يصح، وذكر شيخنا رواية بتأجيل الحال في المعاوضة لا التبرع (وهـ). والظاهر: أنها الرواية المذكورة. ولو صالحه عن بيت أقر به على سكناه سنة، أو بناء غرفة له فوقه، أو ادعى رقاً مكلف، أو زوجية امرأة فأقرأ^(١) له بعوض، لم يصح، وإن بذلته الزوجة أو طلقها ثلاثاً، فدفعت له مالاً ليقر به^(☆)، فقيل: يجوز، كبذل المدعى رقه. وفي إبانته به في المسألة الأولى وجهان، وقيل: لا^{(٢) (١٢)}. ولو قال: أقر بديني وخذ مئة، صح إقراره، لا

التصحيح (☆) تنبيه: قوله: (وإن بذلته الزوجة... ليقر به) في فهمه غموض، والمعنى: ليقر لها بأنها غير زوجته، ولا يفهم هذا المعنى من كلامه إلا بتقدير، والله أعلم. مسألة ١ - ٢: قوله: (ولو... ادعى زوجية امرأة، فأقرأ^(٢) له بعوض، لم يصح، وإن بذلته الزوجة، أو طلقها ثلاثاً، فدفعت له مالاً ليقر به، فقيل: يجوز، كبذل المدعى رقه، وفي إبانته به في المسألة الأولى^(٣) وجهان، وقيل: لا). انتهى. ذكر مسألتين:

الحاشية لا يتعجل. وقد ذكروا إذا ضمن المؤجل حالاً، لم يلزمه قبل أجله في الأصح. فائدة: قال في «الرعاية»: ومن صالح على إنكار ما ادعاه بشيء، ثم أقام بينة بأن المُنكَرَ قبل الصلح بالملك للمدعي، لم تسمع البينة، ولم ينقض الصلح ولو شهدت بأصل الملك؛ لأنه باعه بما أخذه منه. ولم أر المسألة لغيره، وفي النفس منها شيء؛ لأنه مع قيام هذه البينة يكون كاذباً، ويكون الصلح باطلاً في حقه، كما صرح به جماعة من الأشياخ منهم صاحب «الرعاية»: وأما قولهم

(١) في (ط): «فأقرأ».

(٢) في النسخ الخطية و(ط): «فأقرت»، والمثبت من «الفروع».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الصلح، والمصالحة بنقد عن نقد صرف، وبعرض أو عنه بنقد أو عرض الفروع بيع، ويصح بلفظ الصلح على ظاهر كلامه في «المجرد»، و«الفصول»،

المسألة الأولى - ١ : إذا ادعى زوجية امرأة، فأقرت له بعوض، لم يصح، وإن التصحيح بذلت الزوجة العوض ليقر لها بأنها غير زوجته، أو ليقر لها بالطلاق، فهل يجوز أم لا ؟ أطلق الخلاف. والأحسن في العبارة فهل يصح أم لا ؟ وأطلقه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«الرعايتين»، و«الحاوين»، و«الفائق»، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الوجيز»، وغيره، وقدمه في «الكافي»^(٣)، وغيره، وصححه في «النظم» وغيره.

والوجه الثاني: لا يصح، قدمه ابن رزين في «شرحه» وهو ظاهر كلامه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»^(٢)، و«التلخيص»، وغيرهم؛ لأنهم قطعوا بالصحة في دفع المدعى عليه العبودية مالا صلحا عن دعواه، ولم يذكروا دفع المرأة إليه.

المسألة الثانية - ٢ : إذا بذلت المرأة للزوج مالا ليقر^(٤) لها بأنها غير زوجته، ويكف نفسه عنها، ففعل، وقلنا: يصح، فهل تبين بذلك أم لا ؟ أطلق الخلاف فيه، وهما احتمالان مطلقان في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢):

أحدهما تبين منه بأخذ العوض عما يستحقه من نكاحها، فكان خلعا، كما لو أقرت بالزوجية فخالعها.

والوجه الثاني: لا تبين بذلك؛ لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، قلت: وهو

يكون بيعاً في حق المدعي، لا شك أن المراد: مع الحكم بصحة الصلح، ومع هذه البيضة نتبين أن الحاشية الصلح باطل، والله أعلم.

(١) ٢٩/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/١٣٦-١٣٧.

(٣) ٢٧٢-٢٧١/٣.

(٤) ليست في (ط).

الفروع وقاله في «الترغيب»، وعن دين يجوز بغير جنسه مطلقاً، ويحرم بجنسه بأكثر أو بأقل على سبيل المعاوضة، وبشيء في الذمة، يحرم التفرق قبل القبض، وبمنفعة كسكنى وخدمة إجارة، وذكر صاحب «التعليق»، و «المحرر»: لو صالح الورثة مَنْ وصى له بخدمة أو سكنى أو حمل أمته (م) بدراهم مسماة، جاز، لا بيعاً* (و هـ م) ولو صالح عن عيب مبيع بشيء، صح ويرجع به إن زال العيب*، فلو صالحت عنه المرأة بتزويجها، صح، وأرشُه

التصحيح الصواب، وهو ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب، وهو قوي جداً، وإطلاق المصنف الخلاف فيه شيء.

الحاشية * قوله: (جاز، لا بيعاً) .

يحتمل أن يكون التقدير: جاز صلحاً، لا بيعاً، أي: إن كان صلحاً، جاز، وإن كان بيعاً، لم يجز .

* قوله: (إن زال العيب) .

اختلفت عبارة الأشياخ هنا؛ فمنهم من قال: فزال العيب، كما ذكر المصنف، وكذلك «الوجيز» قال: بعضهم، وكذلك كان لفظ «المقنع»^(١)، ولكن غيَّره شيخ الإسلام ابن أبي عمر، فإنه قد اشتهر أنه غير منه مواضع عديدة؛ لأنَّ الشيخَ أذن له أن يصلحَ منه ما يرى إصلاحه، فوضع موضع «زال» «بان»، قال: فبان أنه ليس بعيب، وكذلك هو في «المحرر» وفي «الكافي»^(٢): زال، وفي «الفائق» جمع بين العبارتين؛ فذكر أنه إن بان ليس بعيب، رجع بما صالح به، أي: إذا صالح عن العيب بشيء، فبان أنه ليس بعيب، رجع به، أي: بذلك الشيء، وإن زال، فذلك، وقيل: لا يرجع، فذكر في صورة: إذا زال قولين، وقدم الرجوع، وجزم بالرجوع في صورة: إذا بان أنه ليس بعيب . ومراده والله أعلم في صورة: زال، إذا زال على وجه لا يستحقُّ معه أرشٌ مثل أن يشتريه وبه ضعف في نظره، فيزيل الله تعالى عنه ذلك بغير صنع ولا كلفة من المشتري، أو يشتري دابةً وبها مرض، فيزول ذلك المرض من غير كلفة ولا مداواة. وأما إذا حصل زوال ذلك بكلفة ومداواة، فما أظن أحداً يقول أنه يرجع بالجميع، وكذلك إذا كان العيب يمنع من تمام النفع، زال بعد مدة، يمنع من الانتفاع به على الوجه الكامل، فالرجوع هنا أيضاً بجميع ما صالح عنه ما أظن

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/١٤٠ .

(٢) ٢٧٢/٣ .

مهرها،^(١) ورجعت إن زال بأرشه لا بمهرها^(٢).
الفروع

ويصح الصلح عن مجهول يتعذر علمه بمعلوم. نص عليه*، بنقد ونسيئة، فإن لم يتعذر، فكبراءة من مجهول، وجزم صاحب «المحرر» وغيره بالمنع، لعدم الحاجة كالبيع، وهو ظاهر نصوصه، وظاهر ما جزم به في «الإرشاد»^(٣)، وغيره (وم) وخرج في «التعليق»، و«الانتصار» وغيرهما في صلح المجهول والإنكار من البراءة من المجهول عدم الصحة، وخرجه في «التبصرة» من الإبراء من عيب لم يعلم به، وقيل: لا يصح عن أعيان مجهولة، لكونه إبراء، وهي لا تقبله. وفي «الترغيب»: هو ظاهر كلامه، ولو ادعي عليه حق فسكت، أو أنكر وهو يجهله، ثم صالح بمال، صح، وهو

التصحيح

أحدًا يقول به، وإنما يكون الرجوع به على الوجه الذي لا كلفة فيه ولا تعطيل نفع، والله أعلم. الحاشية
ولما كانت لفظه «زال» فيها إيهام لم يمكن القول به، عدل عنها شيخ الإسلام ابن أبي عمر، رحمه الله تعالى.

* قوله: (ويصح الصلح عن مجهول يتعذر علمه بمعلوم. نص عليه).

قال في «المحرر»: ويصح عن كل مجهول تعذرت معرفته من عين ودين للحاجة. قال في «شرحه»: وسواء كان عيناً، كقطعة أرض لم يعلم قدرها أو موضعها، وعيد من عييد لا يعلم عينه، وثوب من ثياب، أو ديناً، كمن يعلم أن له عليه شيئاً لا يعلم قدره، فيصح الصلح عن ذلك لحديث المتخصصين إلى النبي صلى الله عليه وسلم في موارث قد درست^(٤)، وقد أمرهما النبي ﷺ بالصلح، وهو صلح عن مجهول، ولأنه إسقاط حق، فصح في المجهول، كالعتيق والطلاق.

(١- ١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ص ٢٦٥.

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٥٨)، ومسلم (١٧١٣) (٤)، عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطع له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار».

الفروع للمدعي بيع يؤخذ منه بشفعة، ويردّ معيّه، ويفسخ الصلح، فإن صالح ببعض عين المدعي، فهو فيه كمنكر، وفيه خلاف، وهو للآخر إبراء، فلا شفعة ولا ردّ، وفي «الإرشاد»^(١): يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة؛ لأن المدعي ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه، قال في «الترغيب»: وظاهره: لا يثبت فيه أحكام البيع، إلا فيما يختصّ بالبائع من شفعة عليه، وأخذ زيادة مع اتحاد الجنس، واقتصر صاحب «المحرر» على قول^(٢) أحمد: إذا صالحه على بعض حقه بتأخير، جاز، وعلى قول^(٣) ابن أبي موسى: الصلح جائز بالنقد والنسيئة (م) ومعناه ذكر أبو بكر، فإنه قال: الصلح بالنسيئة، ثم ذكر رواية مهنا: يستقيم أن يكون صلحاً بتأخير، فإذا أخذه منه، لم يطالبه بالبقية، وإن كذب أحدهما، فحرام عليه ما أخذ، ولا يشهد له إن علم ظلمه، نقله المروذي، ولو صالح عن المنكر أجنبي والمدعى دين، صح، وإن كان عيناً ولم يذكر أن المنكر وكله، فوجهان^(٤).

التصحيح مسألة - ٣: قوله: (ولو صالح عن المنكر أجنبي والمدعى دين، صح، وإن كان عيناً ولم يذكر أن المنكر وكله، فوجهان) انتهى.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلامه في «المقنع»^(٣) و«الوجيز» وغيرهما، وجزم به في «المغني»^(٤)، و«الكافي»^(٥)، و«الشرح»^(٦)، و«شرح ابن منجا» وغيرهم، وقدمه في «الرعيتين»، و«الفائق».

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به «الفصول»، و«المحرر»، و«الحاويين»، وهو

الحاشية

(١) ص ٢٦٥.

(٢ - ٣) ليست في (ر).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/١٥٥.

(٤) ٨/٧.

(٥) ٣/٢٦٨.

ويرجع مع الإذن، وفيه بنية رجوع وجهان ^(٤٢) ولو قال: صالحني عن الفروع الملك الذي تدعيه، ففي كونه مقرراً به وجهان ^(٥٢).

ولو صالح الأجنبي ليكون الحق له مع تصديقه للمدعي، فهو شراء دين أو مغصوب، تقدم بيانه ^(١)، ويصح الصلح عن قود، ولم يفرقوا بين إقرار

ظاهر ما جزم به ابن رزين في «نهايته»، وقدمه في «النظم».

التصحيح

مسألة - ٤: قوله: (ويرجع مع الإذن، وفيه بنية رجوع وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و «المذهب»، و «المستوعب»، و «التلخيص»، و «الرعاية الصغرى»، و «الحاوي الكبير»، وغيرهم:

أحدهما: لا يرجع وهو الصحيح، صححه في «الخلاصة»، و «المقنع» ^(٢)، و «شرح ابن منجا». قال في «الرعاية الكبرى»: أظهرهما لا يرجع، واختاره في «الحاوي الكبير» وهو ظاهر ما جزم به في «الحاوي الصغير»، فإنه قال: ورجع إن كان إذن. وجزم به في «المحرر»، و «الوجيز»، وقدمه في «الشرح» ^(٣)، و «النظم»، و «الفائق»، وغيرهم. والوجه الثاني: يرجع، قال الشيخ الموفق ومن تبعه: خرّجه القاضي وأبو الخطاب على الروایتين فيما إذا قضى دينه الثابت ^(٣) بغير إذن، قال الشيخ وغيره: وهذا التخريج لا يصح، وفرق بينهما، قال في «الفائق»: هذا التخريج باطل. انتهى. فقد لاح لك من هذا أن إطلاق المصنف الخلاف فيه شيء.

مسألة - ٥: قوله: (ولو قال: صالحني عن الملك الذي تدعيه، ففي كونه مقرراً به وجهان). انتهى. قال في «الرعاية الكبرى» من عنده، قلت: وإن قال: صالحني عن الملك الذي تدعيه، فهل يكون مقرراً؟ يحتمل وجهين، فالظاهر - والله أعلم - أن المصنف تابع صاحب «الرعاية»، فحيث يبقى في إطلاقه نظر ظاهر على مصطلحه خصوصاً، ولم

الحاشية

(١) ص ٤٢٨.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/١٥٥.

(٣) في (ط): «النائب».

الفروع وإنكار. قال في «المجرد»: يجوز عن قود وسكنى دار وعيب، وإن لم يجر بيع ذلك؛ لأنه لقطع الخصومة، وقاله في «الفصول» في فصول صلح الإنكار، وأن القود له بدل هو الدية، كالمال، وذكره صاحب «المحرر» في فصول الإنكار.

قال: إن أراد بيعها من الغير، صح، ومنه قياس المذهب جواز (وم) فإنه معنى الصلح بلفظ البيع، وأنه يتخرج فيه، كالإجارة بلفظ البيع، وأنه صرح أصحابنا بصحة الصلح عن المجهول بلفظ البيع في صبرة أتلّفها، جهلاً كيلها، ذكره القاضي. والمنع قول أبي حنيفة، ويصح بما يثبت مهراً، ويصح بفوق دية، وفي «الترغيب»: لا يصح على جنس الدية إن قيل: موجبُه أحدُ شيئين، ولم يختَر الوالي شيئاً إلا بعد تعيين الجنس، من إبل أو غنم، حذراً من الربا. وظاهر كلامهم: يصح حالاً ومؤجلاً، وذكره صاحب «المحرر»، وفي «المفردات»: مصالحته بفوق دية ليست من ثلته.

ومع جهالته تجب دية أو أرش الجرح، ومع خروجه مستحقاً أو حرّاً قيمته*؛ لأنه ليس ببيع، ولو صالح عن دار*^(١)، فبان عوضه مستحقاً، رجع

١٣٢ / يعزه إلى صاحب «الرعاية» كما يفعله به وبغيره، ويحتمل أن يكون اطلع على هذا التصحيح الخلاف من غير صاحب «الرعاية»، وأنهم اختلفوا في الترجيح، فأطلقه، وهو بعيد، لاسيما وصاحب «الرعاية» قد صرح أنه هو خرج الوجهين، ولم نر هذه المسألة في غير

* قوله: (ومع خروجه مستحقاً أو حرّاً قيمته).

الحاشية

قال في «الرعاية الصغرى»: ويصح الصلح عن القود بما يثبت مهراً، فإن بان مستحقاً أو حرّاً، وجبت قيمته، وإن كان مجهولاً، كدار أو شجرة غير مميزة، وجبت الدية أو أرش الجرح.

* قوله: (ولو صالح عن دار) إلى آخره.

اعلم أن قوله دل على أنه يرجع بالدار في صلح الإقرار إذا بان العوض مستحقاً، وهذا واضح لا

(١) بعدهما في (ط): «أو عيب».

الفروع

هذين الكتابين، والله أعلم، وعلى كل تقدير: الصواب أنه لا يكون مقرراً بذلك. التصحيح

إشكال فيه؛ صورة ذلك: إذا ادعى عليه داراً، فأقر له بها، ثم صالحه عنها بعبد مثلاً، ثم خرج العبد مستحقاً، فإن المقر له يرجع بالدار؛ لأن هذا الصلح في الحقيقة بيع. وقد بينا فساد البيع؛ لأننا تبينا أن العبد الذي صالح عليه لم يكن ملك الذي صالح، فوقع الصلح باطلاً، فيرجع صاحب الدار بعين ماله. كذا ذكر القاضي هذه الصورة على هذا الوجه الذي هو مع الإقرار. والشيخ ١٥٣ في «المغني»^(١) ذكر المسألة ولم يصرح بكونها مع الإقرار، لكن تعليقه يدل على أنها مع الإقرار، وأما كونه يرجع بها مع الإنكار، كما هو ظاهر كلام المصنف، فلا يظهر له وجه؛ لأن الدار مع الإنكار، لم تثبت للمدعي وإنما وقع الصلح دفعاً للدعوى؛ لهذا قالوا في صلح الإنكار: يكون بيعاً في حق المدعي، إبراء في حق المدعى عليه، فلا يؤخذ بشفعه، ولا يرث ببيع، فلم يجروا على المصالح عنه أحكام البيع، فكيف يصح الرجوع بها إذا ظهر فساد الصلح؟ هذا مما لا يظهر له وجه، وهو مخالف لقواعدهم في صلح الإنكار، كما تقدم^(٢) أنه لا يؤخذ بشفعه ولا يرث ببيع. وفي «الرعاية الصغرى»: وإن صالحه عن عين أو دين على خدمة أو سكنى معلومة، صح وكان إجارة، فإن تلفت العين قبل الانتفاع، بطل الصلح ورجع بمقابله، فإن كان عن إنكار، رجع بالدعوى، وإن كان عن إقرار فيما أقر له به، فالقول هنا يظهر فيه أحد الأمرين؛ إما الرجوع بقيمته على ما ذكره المصنف على القول الذي ذكره، وإما الرجوع بالدعوى على قياس ما ذكره في «الرعاية»، وأما الرجوع بالدار، فلم يظهر له وجه، ولم أره في شيء من الكتب، بل كلامهم يخالفه. فإن قيل: يمكن أن يكون الضمير في قول المصنف: (بها) يرجع إلى الدعوى؛ لأن الإنكار لا يكون إلا مع الدعوى، ويكون موافقاً لما قاله في «الرعاية» على المقدم عنده. قلنا: يمنع من ذلك كون كلامه يشمل صلح الإقرار والإنكار، ومع الإقرار لا يتصور الرجوع بالدعوى، وقال في «الرعاية الكبرى» في أول الباب: وإذا أقر له بنقد في ذمته أو يده، فصالحه بنقد، فصرف له حكمه، وإن صالحه بعرض، أو أقر له بعرض صالح عنه بنقد أو عرض، فبيع له حكمه، وإن صالح عن نقد أو عرض أو دين بسكنى دار أو خدمة عبد، فإجارة له حكمها. فإن تلفت العين التي

(١) ٢٥/٧.

(٢) ص ٤٢٧.

الفروع

التصحيح

الحاشية

صالح عنها، بطل الصلح، وإن كان قد مضى بعض المدة، بطل فيما مضى بقسطه، وقيل: إن صالح عن عين أو دين بخدمة أو سكنى، صح، فإن تلفت العين قبل الانتفاع، بطل الصلح ورجع بمقابل، فإن كان عن إنكار، رجع بالدعوى، وإن كان عن إقرار، فيما أقر له به وإن كان قد استوفى البعض، ورجع ببقية حقه. ثم قال في آخر الفصل السابع: فإن صالح عن دار، فإن العوض مستحقاً، رجع بها. قال المصنف، رحمه الله تعالى: (أو قيمته مع الإنكار) انتهى كلامه. فالذي يظهر: أن المصنف ظن أن قوله: رجع بها، يشمل الإقرار والإنكار، وأن هذا هو المذهب، فقدمه، ثم ذكر ما صرح به صاحب «الرعاية» من قوله: (أو قيمته مع الإنكار) قولاً، وجعل المذهب خلافه، وكأنه لم يمعن فيه، ولو أمعن فيه نظره، لعلم أنه لا وجه له فيما يظهر، والمسألة قد ذكرها في «المغني»^(١) كما تقدم، وكذا في «الفاثق» في غير تفصيل صريح، لكن بحث «المغني» يعرف منه أن المراد مع الإقرار، وقد ذكرها في «المحرر» مع الإقرار. وقوله في «الرعاية»: أو قيمته مع الإنكار، ظاهره: أن الأول مع الإقرار وهذا مما لا أشك فيه، والله أعلم، فإن قيل: ظاهر كلام صاحب «الرعاية» في الرجوع إلى قيمته مع الإنكار: أنه من عنده، وأن غيره من الأصحاب لم يسبقه إليه فيما اطلع عليه؛ لأنه لو علم غيره قاله، لنقله عنه، قلنا: الأمر كذلك. وأنه لم يعلم لغيره من الأصحاب هذا الحكم، ولا يلزم من ذلك أن يكون غيره قال بالرجوع بالدار مع الإنكار؛ لأنه لو علم ذلك من الأصحاب، لذكره عنهم، ثم ذكر مخالفتهم لهم، فكلامه ظاهره: أنه لم يطلع على أحد قال بالرجوع بالدار ولا بالقيمة، وظاهر: أن الرجوع بالدار إنما هو منقول مع الإقرار، وأما مع الإنكار، فظاهر كلامهم: أنه يرجع إلى أصل الدعوى؛ حيث حكموا ببطلان الصلح، ويقويه ما ذكره في مسألة المصالحة بخدمة العبيد وسكنى الدار إذا تلفت العين قبل الانتفاع، وأما صاحب «الرعاية» فقد اختار الرجوع بالقيمة لا الرجوع بالدعوى. هذا كله إذا كان للرجوع بالدار وجه، وإلا من يقول أن شخصاً ادعى على شخص داراً، فأنكره، ثم صالحه عن الدعوى بشيء، ثم بان ذلك الشيء مستحقاً، أنه يرجع بالدار التي لم تثبت أنها له بوجوه من الوجوه، وإن قيل: لا نسلم أن الدار لم تثبت أنها له؛ لأن عبارة المصنف: (ولو صالح عن دار) ولم يقل: صالح عن الدعوى في دار، قلنا: فلو ثبتت الدار له: لم يجز صلح الإنكار هنا، فلا

بها، وقيل: بقيمته مع إنكار؛ لأنه فيه بيع* (☆)، ولا يصح صلح بعوض عن الفروع

(☆) تنبيه: قوله: (ولو صالح عن دار، فبان عوضه مستحقاً، رجع بها، وقيل: التصحيح بقيمته مع إنكار؛ لأنه فيه^(١) بيع)، انتهى.

ظاهر عبارته: إدخال صلح الإنكار في ذلك، وأنه يرجع بالدار فيه على المقدم عنده، وليس الأمر كذلك، وإنما محل الرجوع بالدار في صلح الإقرار لا غير، وأما صلح الإنكار، فإنما يرجع إذا بان عوضه مستحقاً بالدعوى، أو بقيمة^(٢) المستحق، وهو اختياره في «الرعاية الكبرى»، نبه عليه شيخنا في «حواشيه» وأظن فيها.

حاجة إلى ذكره؛ لأن الصورة على هذا الإنكار فيها، فالحاصل: أننا متى أثبتنا الدار له، لم يبق الحاشية صلح إنكار، والقول بالرجوع بالدار من غير ثبوتها له لا وجه له، والله أعلم.

وقد ذكر المصنف وغيره فيما إذا قال: صالحني عن الملك الذي تدعيه، هل يكون مقرأ به؟ وجهان، والذي يقوي من جهة اللفظ أن قولهم: وإن صالح عن دار، ظاهره: عدم دخول صلح الإنكار في هذه العبارة، وحقيقته لصلح الإقرار؛ لأن الصلح عن الدار حقيقة، وإنما يكون مع كونها لغيره حتى يصح عنها، وأما صلح الإنكار، فإنما هو في الحقيقة عن الدعوى بالدار والخصومة فيها، لا عنها نفسها، فلما كانت عبارة الأشياء ظاهرة في صلح الإقرار فقط دون صلح الإنكار، أطلقوا الرجوع بالدار. وأما صاحب «الرعاية»، فإنه صرح بصلح الإقرار، وصلح الإنكار ولفظه في «الرعاية» ظاهر إن لم يكن صريحاً في أن الرجوع بالدار، إنما هو مع الإقرار فقط؛ لأن قوله: أو قيمته مع إنكار، لا يشك فيه أنه جعل الأول مع الإقرار؛ لأن الأول الرجوع بها مع الإقرار والإنكار. ثم اختار هو التفصيل؛ لأن اللفظ لا يساعد على ذلك؛ لأنه أتى بـ «أو» المقتضية للتفصيل؛ لأنه فصل الرجوع بحسب تفصيل الصلح، فكأنه قال: رجع بها مع صلح الإنكار، أو قيمته مع صلح الإنكار، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى تطويل بحث، أعني: أن لفظه في «الرعاية» ظاهره: أن الأول في الإقرار فقط. وإذا علم أن «أو» للتفصيل؛ لا يصح دخول الثاني في الأول؛ لأن الأول غير الثاني، ومباين له، هذا مقام التفصيل. ولو قيل: أن لفظه: (قيل) في كلام المصنف زائدة، لكان متجهاً، ويصير الكلام: رجع بها بقيمته مع إنكار.

* قوله: (لأنه فيه بيع)

أي: لأن الصلح في العوض مع الإنكار بيع.

(٢) في (ط): «بقية».

(١) ليست في (ط).

الفروع خيار، ولا عن حدّ قذف؛ لأنه لا يدخله العوض، أو لأنه حقّ لله. وشفعة، نقل ابن منصور: الشفعة لا تباع ولا توهب، وفي سقوطها (١٥٦) به وجهان* (٦٢، ٧)،

التصحيح مسألة ٦ - ٧ : قوله: (ولا يصح الصلح عن... شفعة... وفي سقوطها به (١) وجهان) انتهى، وأطلقهما في «المحرر» و«الفائق»:

أحدهما: تسقط، وهو الصحيح، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به (١) في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني» (٢)، و«المقنع» (٣)، و«التلخيص»، و«الشرح» (٣)، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم. قال في «الرعيتين»: وتسقط الشفعة، في الأصح. قال في «الحاوين»: وتسقط الشفعة، في أصح الوجهين. والوجه الثاني: لا تسقط، اختاره القاضي وابن عقيل. قال في «تجريد العناية»: وتسقط في وجه.

(١٥٦) تنبيه: الموجود في النسخ: (وفي سقوطها) بإفراد الضمير المؤنث في (سقوطها) فيحتمل أنه عائد إلى الشفعة، وقال شيخنا في «حواشيه»: ظاهره أنه عائد إلى الثلاثة، وهي الخيار، وحدّ القذف، والشفعة، وهو كما قال، لكن لم نطلع على مسألة

الحاشية * قوله: (وفي سقوطها به وجهان).

ظاهره: أن الوجهين عائد إلى الثلاثة المذكورة. وهي: الخيار، وحدّ القذف، والشفعة، وقد ذكر «المحرر»، و«الرعاية»، و«الفائق» الوجهين في حدّ القذف والشفعة، ولم يذكر الخيار، والشيخ في «المقنع» ذكر أن الشفعة تسقط، وذكر الوجهين في حدّ القذف، وذكر أنهما مبنيان على أن حدّ القذف هل هو حقّ لله، فلا يسقط، أو حقّ لآدمي، فيسقط؟ قال: وتسقط الشفعة وجهاً واحداً؛ لكونها حقّ آدمي، وقياس قوله: «أن الخيار يسقط؛ لأنه حقّ لآدمي». والوجهان فيه ظاهران على قول من ذكر في الشفعة الوجهين، والمقدم في «الفروع»، والمنصور في «المغني» (٢) أن حدّ

١٥٤

(١ - ١) ليست في (ص)، وفي (ط): «الوجه الأول: تسقط قاله».

(٢) ٣١/٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦٤/١٣.

٣٣/٢

الفروع

ولا عن / شهادة، أو سارقاً أو شارباً*^(١) يُطْلَقَهُ.

الخيار، وهي قياسُ الشفعة. ويحتمل أن يكون: وفي سقوطهما بالتثنية، كما في التصحيح «المحرر» وغيره، فيعود الضمير إلى حدِّ القذف والشفعة. وفي «الرعاية الكبرى»: وتسقط الشفعة في الأصح، وكذا الخلاف في سقوط حدِّ القذف. فدل كلام هؤلاء أن حدَّ القذف كالشفعة. ويدل عليه أن المصنف لم يَحْكِ خلافاً فيه على تقدير أن يكون الضمير مفرداً، مع أن الخلاف فيه مشهور أكثر من الشفعة. إذا علم ذلك، ففي سقوط الحدِّ وجهان، وأطلقهما في «الخلاصة» و«المقنع»^(٢)، و«المحرر» و«الفائق» وغيرهم، بناهما^(٣) في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»^(٤)، و«التلخيص» و«الشرح»^(٥)، و«شرح ابن منجا»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي»، وغيرهم، على أن حدَّ القذف حقٌّ لله أو للآدمي، وفيه روايتان، فإن قلنا: لله لم يسقط، وإلا سقط. والصحيح أنه حقٌّ للآدمي، وعليه الأصحاب، قاله الزركشي وغيره، وقدمه المصنف وغيره هناك، فيسقط هنا على الصحيح، وصححه في «التصحيح»، وقدمه في «التلخيص». قال في «الرعاية الكبرى»: وتسقط الشفعة، في الأصح، وكذا الخلاف في سقوط حدِّ القذف. وقيل: إن جُعِلَ حقٌّ آدميٌّ، سقط، وإلا وجب. انتهى.^(٦) والمصنف قال: (لأنه لا يدخله العوض، أو لأنه حق الله)، فظاهر هذا: أن محلَّ الحكم إذا قلنا: إنه غير حقٍّ آدميٍّ^(٧).

وهذه مسألة - ٧: أخرى قد صححت أيضاً، وعلى تقدير تثنية الضمير أو جمعه في كلام المصنف، وأن الخلاف مبني على أن حدَّ القذف هل هو حقٌّ لله أو للآدمي؟ يكون

الحاشية

القذف حقٌّ للآدمي، وقدمه في «الكافي»^(٦).

* قوله: (ولا عن شهادة، أو سارقاً أو شارباً).

قال في «الرعاية»: ولا يصح الصلح بعوضٍ عن حدِّ سرقة وشرب وزناً ونحوه رفع إلى سلطان،

(١) أي: أو صالح سارقاً أو شارباً.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦٤/١٣.

(٤) ٣١/٧.

(٣) في (ط): «بناها».

(٥ - ٥) ليست في (ج).

(٦) ٤١١/٥.

الفروع

فصل

مَنْ صُوِّلِحَ بِعَوْضٍ عَلَى إِجْرَاءِ مَاءٍ مَسْلُومٍ فِي مَلَكِهِ، صَحَّ، وَيَحْرَمُ بِلَا إِذْنِهِ، كَتَضَرُّرِهِ، أَوْ أَرْضِهِ، وَعَنْهُ: لَا، قِيلَ: لَظَرُورَةٍ، وَقِيلَ: حَاجَةٌ وَلَوْ مَعَ حَفْرِ^(٨٢) وَأُطْلِقَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي حَفْرِ بَثْرٍ أَوْ إِجْرَاءِ نَهْرٍ أَوْ قَنَاةٍ، نَقَلَ أَبُو الصَّقَرِ: إِذَا أُسَاحَ عَيْنًا تَحْتَ أَرْضٍ، فَانْتَهَى حَفْرُهُ إِلَى أَرْضٍ لِرَجُلٍ أَوْ دَارٍ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ ظَهْرِ الْأَرْضِ وَلَا بَطْنِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ مَضْرَةٌ، وَفِيهِ حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١). هَذَا لِلْجَارِ الْقَرِيبِ لَا يَمْنَعُ، وَمَتَى صَالَحَهُ بِعَوْضٍ، فَإِنْ كَانَ مَعَ بَقَاءِ مَلَكِهِ عَلَيْهِ،

التصحيح في إطلاقه الخلاف فيه نظرٌ ظاهرٌ؛ ^(٢) «إذ هو قد قدم» في القذف أنه حقٌّ للآدمي .

مسألة - ٨: قوله: (من صولح بعوضٍ على إجراء ماءٍ معلومٍ في ملكه، صح، ويحرم بلا إذنه كتضرره، أو أرضه، وعنه: لا، فقليل: لضرورة، وقيل: حاجة ولو مع حفر) انتهى. يعني: إذا قلنا: لا يحرم، فهل المجوز لذلك الضرورة أو الحاجة؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يجوز إلا لضرورة، وهو الصحيح، وهو ظاهرٌ ما قطع به في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(٤)، و«الحاوي الكبير»، وقدمه في «الفائق». والوجه الثاني: يجوز ذلك للحاجة، وهو ظاهرٌ ما قطع به في «الرايعتين»، و«الحاوي الصغير»، فإنهما إنما حكيا الروايتين مع الحاجة.

الحاشية

ولا عن حدِّ قذفٍ ولا حقِّ شفعةٍ، ولا ترك شهادةٍ، وتسقط الشفعةُ في الأصحِّ. وكذا الخلاف في سقوط حدِّ القذف، وقيل: إن جعل حقَّ آدميٍّ، سقط، وإلاَّ وجبَ.

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٤) (١٣٦)، من حديث أبي هريرة .

(٢ - ٢) في (ط): «وهو قد قدم».

(٣) ٢٧/٧ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإيضاح ١٦٩/١٣ .

فإجارة، وإلا فبيع. ولا يعتبر بيان عمقه، ويعلم قدر الماء بتقدير الساقية، الفروع وماء مطر برؤية ما يزول عنه الماء أو مساحته، ويعتبر فيه تقدير ما يجري فيه الماء لا قدر المدة للحاجة، كالنكاح.

ولمستأجر ومستعير الصلح على ساقية محفورة، لا على ماء المطر على سطح، وفيه على أرض بلا ضرر احتمالان^(٩٢)، ولا يحدث ساقية في وقف*. ذكره القاضي وابن عقيل، وقالوا: لأنه لا يملكها كالمؤجرة،

مسألة - ٩: قوله: (ولمستأجر ومستعير الصلح على ساقية محفورة، لا على ماء التصحيح المطر على سطح، وفيه على الأرض بلا ضرر احتمالان)، انتهى. يعني: هل للمستأجر والمستعير أن يصالحا غيرهما على إجراء ماء سطح يمر في أرضيهما المستأجرة والمستعارة مدة الإجارة والإعارة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢)، و«الحاوي الكبير».

أحدهما: لا يجوز. قلت: وهو الصواب؛ لأنه يجعل لصاحب السطح رسماً في ملك غيره، فربما ادعى استحقاق ذلك بعد تطاول المدة، ثم رأيت ابن رزين في «شرحه» قدم ذلك، بل الذي يظهر أن الإجارة والإعارة لم تقع على ذلك ألبتة^(٣) ولا تناولاها. والظاهر: أن محلها في الإعارة المؤقتة لا في مطلق الإعارة.

والاحتمال الثاني: يجوز؛ لأنهما مالكان المنافع في هذه المدة، وهو ظاهر كلام جماعة، وهو بعيد، والظاهر أن المصنف تابعه في «المغني»^(١). قلت: ويحتمل الجواز

* قوله: (ولا يحدث ساقية في وقف) إلى آخره.

الحاشية

تغيير الوقف لمصلحة ذكر فيه المصنف شيئاً في أول كتاب الوقف^(٤) وشيئاً في فصل بيع الوقف^(٥).

(١) ٢٧/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/١٧٠.

(٣) ليست في (ط).

(٤) ٣٢٩/٧.

(٥) ٣٨٤/٧.

القروع وجوزة الشيخ؛ لأنها له، وله التصرف ما لم ينقل الملك، فدل أن الباب والخوخة والكوة ونحو ذلك، لا يجوز في مؤجرة، وفي موقوفة الخلاف، أوجوز قولاً واحداً، وهو أولى؛ لأن تعليل الشيخ لو لم يكن مسلماً، لم يُفد، وظاهره: لا يعتبر المصلحة وإذن الحاكم، بل عدم الضرر، وأن إذنه يعتبر لدفع الخلاف، ويأتي كلام ابن عقيل في الوقف^(١)، وفيه إذنه فيه لمصلحة المأذون الممتاز بأمر شرعي، فلمصلحة الموقوف أو الموقوف عليه أولى، وهو معنى نصه في تجديده لمصلحة، وذكره شيخنا عن أكثر العلماء، وفي تغيير، صفاته لمصلحة، كالحكورة^(٢)، وعمله^(٣) حكام أصحابنا بالشام، حتى صاحب «الشرح» في الجامع المظفري^(٤)، وقد زاد عمر وعثمان في مسجد النبي ﷺ وغيره بناءه، ثم عمر بن عبد العزيز، وزاد فيه أبواباً، ثم المهدي ثم المأمون، نقل أبو داود فيمن أدخل بيتاً في المسجد، أله أن يرجع فيه؟ قال: لا، إذا أذن. قال الحارثي بعد ذكر رواية البخاري وغيره^(٥) الزيادة في مسجده - ﷺ - وخبر عائشة: «لولا أن قومك حديثو عهد». قال: إذا ثبت ما ذكرنا، فيطرده في سائر الأوقاف بالأولى والأحرى.

وإن صولح على سقي أرضه من نهره أو عينه، يوماً ونحوه، حرم؛ لعدم

التصحيح في الإجارة دون الإعارة، ولعل محل الخلاف في الإعارة إذا كانت مدة، وقلنا: يتعين بتعيينها، وإلا فالجواز ضعيف جداً.

الحاشية

(١) ٣٨٦/٧.

(٢) أرض تحبس لزروع الأشجار قرب الدور. «المعجم الوسيط»: (حكر).

(٣) في (ط): «عليه».

(٤) هو جامع الحنابلة بسفح قاسيون بدمشق.

(٥) أخرجه البخاري (١٥٨٤)، ومسلم (١٣٣٣) (٣٩٨).

ملكه، وقيل: لا، للحاجة، وكسبهم منهما تبعاً. وإن صولح على ممر في الفروع ملكه، أو فتح باب في حائط، أو وضع خشب عليه، أو علو بيت ليني عليه - والأصح أو إذا بنى، وكان ذلك معلوماً - صح. وفي «المغني»^(١) في وضع خشبٍ أو بناءٍ معلوم: يجوز إجارته مدة معلومة، ويجوز صلحاً أبداً، ومتى زال، فله إعادته مطلقاً، ورجع بأجرة مدة زواله عنه، والصلح على زواله أو عدم عوده. قال في «الفنون» في أصل المسألة: فإذا فرغت المدة، يحتمل أنه ليس لرب الجدار مطالبة بقلع خشبه. قال: وهو الأشبه؛ لإعارته^(٢) لذلك؛ لما فيه من الخروج عن حكم العرف؛ لأن العرف وضعها للأبد، وهو لإعارته^(٢) الأرض للدفن لما كان يراد؛ لإحالة الأرض للأجساد، لم يملك الرجوع قبل ذلك، ثم إما أن يتركه بعد المدة بحكم العرف، بأجرة مثله إلى حين نفاذ الخشب؛ لأنه العرف فيه، كالزراع إلى حصاده للعرف فيه، أو يحدد إجارة بأجرة المثل، وهي المستحقة بالدوام بلا عقد؛ لثلا يفضي إلى تمليك المؤجر ما يفضي إلى القلع، وهو زيادة للأجرة، فيلجئه إلى القلع، كما لو غاب المستأجر، فإنه يتركه بأجرة المثل؛ لأن العرف يقضي عليه؛ لأنه يعلم أنها لا تستأجر لذلك إلا للتأييد، ومع التساكت^(٣)، له أجرة المثل.

وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره، لزمه إزالته، فإن أبى، فله إزالته بلا حكم. قاله أصحابنا، وقيل لأحمد: يقطعه هو؟ قال: لا، يقول لصاحبه

التصحيح

الحاشية

(١) ٣٨/٧.

(٢) في (ط): «إعادته».

(٣) في (ر): «التشاجر».

الفروع حتى يقطع . وفي إجباره وضماني ما تلف به ، وجواز صلحه بعوض - وفي «التبصرة» : مع معرفة قدر الزيادة بالأذرع - وقيل : مع يسه أو جعل الثمرة بينهما أوله ، وجهان (١٠٢ ، ١٣) قال أحمد في جعل الثمرة بينهما : لا أدري .

التصحيح مسألة - ١٠ - ١٣ : قوله : (وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره ، لزمه إزالته ، فإن أبى ، فله إزالته بلا حكم . . . وفي إجباره ، وضماني ما تلف به ، وجواز صلحه (١) بعوض . . . وقيل : مع يسه أو (٢) جعل الثمرة بينهما أوله ، وجهان) انتهى . فيه مسائل :
المسألة الأولى - ١٠ : إذا امتنع من إزالة ذلك ، فهل يجبر على الإزالة أم لا ؟ أطلق الخلاف ، وأطلقه في «النظم» و«الفائق» :

أحدهما : لا يجبر ، وهو الصحيح ، قدمه في «المغني» (٣) ، و«الشرح» (٤) ، و«شرح ابن رزين» ، وغيرهم . وهو ظاهر كلامه في «الرعاية» و«الحاوي» ، فعلى هذا يُكتفى بإزالة صاحب الهواء .

والوجه الثاني : يجبر ، وهو احتمال في «المغني» (٣) ، و«الشرح» (٤) ، وقطع به في «الفصول» . قلت : وهو الصواب .

المسألة الثانية - ١١ : هل يضمن ما تلف به أم لا ؟ أطلق الخلاف :
أحدهما : يضمن ما تلف به ، وهو الصحيح . قال الشيخ في «المغني» (٣) ، والشارح وابن رزين في «شرحه» : ويضمن ما تلف به ، إن أمر بإزالته فلم يفعل ، وهو الصواب .
والوجه الثاني : لا يضمن . قلت : وهو ضعيف .

المسألة الثالثة - ١٢ : لو صالحه عن ذلك بعوض ، فهل يصح أم لا ؟ أطلق الخلاف ، وأطلقه في «المغني» (٣) ، و«المحرر» ، و«الشرح» (٤) :

الحاشية

(١) في النسخ الخطية و(ط) : «صلح» ، والمثبت من «الفروع» .

(٢) في النسخ الخطية و(ط) : «أو» ، والمثبت من «الفروع» .

(٣) ١٨/٧ - ١٩ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٨/١٣ - ١٩ .

وقال في رواية عبد الله عن مكحول مرفوعاً: «فصاحبها بالخيار بين قطع ما الفروع ظلل، أو أكل ثمرها»^(١)، وعرقها في أرضه كغصن، وقيل عنه: وتضرر، وصلح من مال حائطه، أو زلق من خشبه إلى ملك غيره، كغصن، وهو ظاهرُ رواية يعقوب. وفي «المبهيج» في الأطعمة: ثمرةُ غصن في هواء طريق عام للمسلمين.

أحدهما: لا يصح، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، التصحيح و«الخلاصة»، و«المقنع»^(٢)، و«نهاية ابن رزين»، وغيرهم، وقدمه في «الرعاية الكبرى». والوجه الثاني: يصح. قال الشيخ في «المغني»^(٣): اللائق بمذهبنا صحته، واختاره ابن حامد وابن عقيل في «الفصول»، وجزم به في «المنور»، وقدمه ابن رزين في «شرحه»^(٤) واختار/ القاضي أنه^(٥) لا يصح إذا كان الغصن على مجرد الهواء. وظاهرُ ١٣٣ كلامه في «الفصول»: أن محل هذا الخلاف.

المسألة الرابعة - ١٣: لو جعل الثمرة بينهما أو له، هل يصح أم لا؟ فيه وجهان، وكلام المصنف في قوله: (وجعل الثمرة بينهما أو له) يحتمل أن يكون معطوفاً على المسائل التي أطلق فيها الخلاف، وهو الظاهر، ويحتمل أن يكون معطوفاً على قوله: (وقيل: مع يسه) لكنه بعيد، بل لا يصح. إذا علمت ذلك، فقد أطلق الخلاف في «المغني»^(٦)، و«الشرح»^(٧):

أحدهما: لو اتفقا على ذلك، جاز، وهو الصحيح، جزم به في «المقنع»^(٨) و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين» وغيرهم، وقدمه في «الفائق»، و«شرح ابن منجا». قال في «الرعاية الكبرى»: جاز في الأصح.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٦٠٦٧).

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧٩/١٣.

(٣) ١٩/٧ - ٢٠.

(٤ - ٤) في النسخ الخطية: «واختاره القاضي و»، والمثبت من (ط) وينظر: «الإنصاف» ١٧٩/١٣.

الفروع ويحرم إخراج جناح أو ميزاب ونحوه إلى درب نافذ، فيضمن ما تلف به، وحكى عنه: يجوز بلا ضرر، ذكره في «شرح العمدة»، وفي سقوط نصف الضمان بتأكل أصله وجهان، (١، ٢) وجوزه الأكثر بإذن إمام وفي «الترغيب»: وأمكن عبورُ محمل، وقيل: ورمح قائماً بيد فارس، وقيل: وكذا دكان، مع أنهم لم يجوزوا حفر البئر والبناء، وكأنه لما فيهما من الدوام، ويتوجه من هذا الوجه تخريج: ويحرم إلى هواء جاره أو درب مشترك، ويصح صلحُه عن معلومه بعوضٍ في الأصح، ويحرم فتحُ باب في ظهر داره في درب مشترك إلا لغير الاستطراق في المنصوص فيهما، ويصح صلحُه عنه، ويجوز في درب نافذ، ويجوز نقلُ بابه في درب مشترك إلى أوله بلا ضرر. وفي «الترغيب» وقيل: لا محاذيا لباب غيره، ويحرم

التصحيح والوجه الثاني: لا يصح، قال الإمام أحمد في جعل الثمرة بينهما: لا أدري، واقتصر عليه في «الفصول». وقال الشيخ في «المغني» (١) بعد أن حكى الخلاف: والذي يقوى عندي، أن ذلك إباحة لا صلح.

مسألة - ١٤: قوله: (ويحرم إخراج جناح... ونحوه إلى درب نافذ، ويضمن ما تلف به... وفي سقوط نصف الضمان بتأكل أصله وجهان) انتهى:

أحدهما: لا يسقط شيء، بل يضمن الكل، وهو الصحيح. قال الشيخ في «المغني» (١) والشارح في كتاب الغصب لمن قال من أصحاب الشافعي: إنه لا يضمن إلا النصف؛ لأنه إخراج يضمن به البعض، فضمن به الكل؛ لأنه المعهود في الضمان. انتهى. وقال الحارثي: قال الأصحاب: وبأن النصف (٢) عدوان، فأوجب كل الضمان. انتهى. فظاهرُ كلام هؤلاء: أنه يضمن الجميع، وهو الصواب.

الحاشية

(١) ١٩/٧ - ٢٠.

(٢) في (ص): «النصب»، وفي (ط): «الغصب».

إلى صدره في المنصوص بلا إذن من فوقه*، وقيل: وأسفل منه، وتكون الفروع إعارَةً في الأشبه، وجوزه ابن أبي موسى إن سد الأول، وهو ظاهرٌ نقل يعقوب.

ويحرم تصرفه في جدارٍ لجارٍ أو لهما، حتى بضرب وتد ولو بستره، ذكره جماعة، وحمل القاضي نصّه: يلزم الشريك النفقة مع شريكه على السترة على سترة قديمة فانهدمت، واختار في «المستوعب» وجوبها مطلقاً على نصه: وله وضعُ خشب في المنصوص بلا ضرر، نص عليه؛ لضرورة.

وفي «المغني»^(١): لحاجة. نص عليه، ولم يعتبر ابنُ عقيل الحاجة، وأطلقه أحمد أيضاً، و«المحرر» وغيرهما، كعدمها دواماً، بخلاف خوف سقوطه، ولربه هدمه، لغرض صحيح، ومن له حقُّ ماءٍ يجري على سطح جاره، لم يجز لجاره تعلية سطحه ليمنع الماء، ولا له تعليته لكثرة ضرره. ذكره ابن عقيل وغيره، وله الاستنادُ إليه أو إسنادُ قماشه. وفي «النهاية»: في منعه احتمالان، وله الجلوسُ في ظله، ونظره في ضوء سراجِه.

نقل المردوي: يستأذنه أعجبُ إليّ، فإن منعه، حاكمه، ونقل جعفر: يضعه ولا / يستأذنه؟ قال: نعم، أيش يستأذنه؟ قال شيخنا: العينُ ٣٤/٢ والمنفعةُ التي لا قيمةَ لها عادةً، لا يصح أن يردَّ عليها عقد بيع وإجارة اتفاقاً، كمسألتنا، وهل جدارُ مسجد كجار، أو يمنع؟ فيه روايتان، وقيل:

التصحيح

والوجه الثاني: أنه لا يضمن إلا النصف.

الحاشية

* قوله: (بلا إذن من فوقه).

من في محل جر بإضافة إذن إليه.

الفروع

وجهان؛ لأن القياس ترك للخبر^(١)، وهو في ملك^(٢) معين*، فمنعه في جدار جاره أولى*، واختار أبو محمد الجوزي: أنه لا يضع^(٣)

التصحيح

مسألة - ١٥: قوله: (وهل جدار المسجد كجار، أو يمنع؟ فيه روايتان، وقيل: وجهان... واختار أبو محمد الجوزي أنه لا يضع) انتهى، وأطلقهما في «الكافي»^(٣)، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الشرح»^(٤)، و«الفائق» وغيرهم.

إحداهما: المنع منه، وإن جوزناه في حائط الجار، اختاره أبو بكر وأبو محمد الجوزي، كما قال المصنف، وصححه في «الرعايتين»، وجزم به في «الخلاصة» وغيره، وقدمه في «المذهب» وغيره.

والرواية الثانية: حكمه حكم جدار الجار، وهو ظاهر ما قدمه الشيخ في كتاب «المقنع»^(٤)، و«الحاويين»، وهو المذهب عند ابن منجا، وجزم به في «المنور»، واختاره في «الفصول» وقال: بل هو أولى من جدار الجار بالوضع عليه.

الحاشية * قوله: (ترك للخبر)

أي: في جدار الجار.

* قوله: (وهو في ملك معين).

أي: جدار الجار، قال في «الكافي»^(٣): لأن الأصل المنع، خولف في الآدمي المعين، فيبقى فيما عداه على مقتضى الأصل.

* وقوله: (فمنعه في جدار جاره أولى).

هذا قياس جدار الجار على جدار المسجد، أي: إذا منع في جدار المسجد، فمنعه في جدار جاره أولى. قال في «الكافي»^(٣): لأن تجويزه في ملك الآدمي المبني حقه على الضيق تبنيه على جوازه في حق الله تعالى المبني على السهولة والمسامحة.

(١) تقدم في الصفحة ٤٤١.

(٢) في الأصل و(ر) و(ط): «مالك».

(٣) ٢٨٠/٣.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠٢/١٣.

ومتى وجده أو بناءه، أو مسيل مائه في حق غيره، فالظاهرُ وضعه بحق*، وله الفروع أخذُ عوضٍ عنه، وإن انهدم جدارُهما وطلب أحدهما أن يعمرَ معه الآخرُ، أجبر عليه، اختاره أصحابنا، كنقضه عند خوف سقوطه، وعنه: لا، اختاره الشيخ وأبو محمد الجوزي وغيرهما، كبناء حاجز بين ملكيهما، لكن لشريكه بناؤه، فإن بناه بآلته، فليس له منعه من^(١) الانتفاع به قبل أخذه نصف قيمة تأليفه في الأشهر، كما ليس له نقضه، وإن بناه بغيرها*، فله منعه من غير رسم طرح خشبٍ، حتى يدفع نصف قيمة حقه.

وعنه: ما يخصه لغرامة؛ لأنه نائبه معنى، ويلزمه قبولها، فيمتنع إذن نقضه على الأولى*، وعلى الثانية: له نقضه؛ لأنه^(٢) غير نائبه، وله طلبُ

التصحيح

* قوله: (ومتى وجده أو بناءه أو مسيل مائه في حق غيره، فالظاهر، وضعه بحق). الحاشية
أي: إذا وجد الخشب في جدار جاره ولا يعلم هل^(٣) وضع بحق أو لا، فيحمل على أنه وضع بحق، وكذلك المسائل التي بعده.
* قوله: (وإن بناه بغيرها).

يعني: بغير آلته، فله منعه من غير رسم طرح خشبٍ حتى يدفع نصف قيمة حقه. قال في «الرعاية»: وإن بناه بآلة منه، اختص به وبنفعه دون أرضه. وقال في «شرح المفتح»^(٤): وله منع شريكه من الانتفاع به، ومن وضع خشبه ورسومه عليه؛ لأن الحائظ له، فقد صرح بالمنع من رسومه عليه، قول المصنف: (من غير رسم طرح خشب عليه) ظاهره: عدم المنع من الرسوم عليه، فيحتاج إلى تحرير، إلا أن يقال: إن (غير) زيادة من الكاتب، والصواب حذفها، ويكون الصواب: فله منعه من رسم طرح خشب.

* قوله: (فيمتنع إذن نقضه على الأولى)

وهي قوله: (أجبر عليه اختاره الأكثر): لأنه إذا كان يجبر على بناءه، فليس له نقضه؛ لأنه مخالف

(١) ليست في النسخ الخطية.

(٢) في النسخ الخطية: «لا».

(٣) في (د): «هي».

(٤) المفتح مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٢١٢.

الفروع نفقته مع إذن، وفيه بنية رجوع على الأولى الخلاف^(١٥) وإن بنيا جداراً بينهما نصفين، والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد وثلثه^(١٦) لآخر، وأن كلا منهما يحمله ما احتاج، لم يصح، ولو وصفا الحمل، فالوجهان*^(١٦م).

التصحيح (١٥) تنبيه: قوله: (وفيه بنية رجوع على الأولى الخلاف) انتهى. يعني: الخلاف الذي فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره، والمذهب الرجوع. ومعنى المسألة إذا قلنا: يجبر على البناء مع شريكه، وهو المذهب، وامتنع، وتعدر إجباره، أو أخذ شيء من ماله كذلك، وعمر الشريك ونوى الرجوع، صرح به في «المغني»^(٢)، و«الشرح»^(٣)، وغيرهما.

مسألة - ١٦: قوله: (وإن بنيا جداراً بينهما نصفين، والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد وثلثه لآخر، وأن كلا منهما يحمله ما احتاج، لم يصح، ولو وصفا الحمل، فالوجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، قال في «المغني»^(٤)، و«الشرح»^(٥) في هذه المسألة: لو اتفقا على أن يحمله كل منهما ما شاء، لم يجز؛ لجهالة الحمل، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين، جاز. انتهى.

الحاشية للواجب عليه، وأما على الرواية الثانية وهي قوله: (وعنه: لا، اختاره الشيخ وأبو محمد الجوزي) فلا يمنع من نقضه؛ لأنه لا يجبر على البناء، فالنقض لا يخالف الواجب عليه، والله أعلم. قال في «شرح المقنع»^(٦): فإن أراد غير الباني نقضه وإجبار بانيه على نقضه، لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين؛ لأنه إذا لم يملك منعه من بناءه، فلن يملك إجباره على نقضه أولى.

* قوله: (وإن بنيا جداراً بينهما نصفين، والنفقة كذلك، على أن ثلثه لواحد وثلثه لآخر، وأن كلا منهما يحمله ما احتاج، لم يصح، ولو وصفا الحمل، فالوجهان).

قال في «المغني»^(٤): فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين، وملكه بينهما الثلث

(١) في النسخ الخطية: «وثلثاه»، والمثبت من (ط).

(٢) ٤٧/٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإيضاح ٢١٣/١٣.

(٤) ٤٩/٧.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإيضاح ٢١٨/١٣.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإيضاح ٢١٢/١٣.

وكذا بئر وقناة لهما، ونحوهما، وماء معدن جار على ما كان مطلقاً، ولو الفروع اتفقا على بناء حائط بستان، فبنى أحدهما، فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر، ضمن نصيب شريكه. قاله شيخنا، وسأله حرب: قوم لهم في قناة حقّ فعجزوا عنها، فأعطوها رجلاً ليعمرها لهم، وله منها الثلث أو الربع؟ قال: أرجو أن لا بأس. وتتوجه الروايتان. وإن أخذها أو أخذ قرية قوم على أن ينفق عليها كذا وكذا، ويأخذها كذا وكذا، فقال: لا أدري، وإن هدم أحدهما جدارهما، لزمته إعادته، وقيل: لحاجة فقط، وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر، روايات، الثالثة: يجبر صاحبه وينفرد به (١٧م، ١٨)، وعنه: يشاركه صاحب العلو فيما يحمله، ومن له طبقة ثالثة

والوجه الثاني: يصح، وهو ضعيف.

تنبيه: لم يظهر لي عود هذين الوجهين إلى أي مسألة، فإنه أتى بهما معرفين.

مسألة - ١٧ - ١٨ قوله: (وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر، روايات، الثالثة: يجبر صاحبه وينفرد به) انتهى. في ضمن هذا الكلام مسألتان:

المسألة الأولى - ١٧: هل يجبر الممتنع من بناء السفلى بطلب الآخر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الفصول»، و«المستوعب»، و«المغني»^(١)، و«المحرر»،

والثلثان، لا يصح؛ لأنه يصالح على بعض ملكه ببعض، فلم يصح، كما لو أقر له بدار فصالحه الحاشية على سكنها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء، لم يجز؛ لجهالة الحمل؛ فإنه يُحمَله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين، جاز، وفي «الرعاية»: ومن انهدم حائطهما واتفقا على إعادته وأن يحمله كل منهما ما شاء، لم يصح، وإن جعل إجارة، أو اشترط أحدهما وضع خشب معلوم، فلا، وإن كان لهما نصفين، فعمراه نصفين على أنه لهما أثلاثاً، لم يصح، وإن عمره أحدهما بأنقاضه على أن له ثلثيه، جاز.

الفروع في اشتراك الثلاثة في بناء السفل، ثم الاثنان في الوسط الروايتان (١٩٢، ٢٠)

التصحيح و«الشرح»^(١)، وغيرهم:

إحداهما: يجبر، وهو الصحيح، قال في «التلخيص»، و«البلغة» و«الرعايتين»، و«الفائق»: أجبر في أصح الروايتين. واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وجزم به في «الحاوئين»، وقدمه في «القواعد الفقهية»، و«شرح ابن رزين». والرواية الثانية: لا يجبر.

المسألة الثانية - ١٨: إذا قلنا، يجبر، وهو الصحيح من المذهب، فهل ينفرد بالبناء أو يشاركه صاحبُ العلو؟ ظاهرُ كلامه: إطلاقُ الخلاف،^(٢) وأطلقهما في «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الفائق»، و«القواعد الفقهية»^(٣):

إحداهما: ينفرد، وهو الصحيح، جزم به في «المغني»^(٣)، و«الشرح»^(١)، وقدمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوئين»، وغيرهم، واختاره ابن عقيل في «الفصول».

والرواية الثانية: يشاركه صاحبُ العلو فيما يحمله، ويجبر عليه إذا امتنع، قال ابن عقيل في «الفصول»: وهو المنصوص. إذا علمت ذلك، فيكون تقديرُ الكلام: وفي إجبار الممتنع لبناء السفل بطلب الآخر روايات:

إحداهن: لا يجبر. والثانية: يجبر ويشاركه صاحبُ العلو، ويجبر إن امتنع. والثالثة: يجبرُ صاحبُ السفل وينفرد به.

هذا ما ظهر لي، فإذا جمعت الروايات وجعلتها مسألة واحدة كانت ثلاثاً، وإذا جعلتها مسألتين كانت أربع روايات، والله أعلم.

مسألة - ١٩ - ٢٠ قوله: (ومن له طبقَةٌ ثالثة في اشتراك الثلاثة في بناء السفل ثم الاثنان في الوسط الروايتان) انتهى. يعني بهما اللتين تقدمتا قريباً، حكماً ومذهباً، وقد

الحاشية

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢١٥/١٣.

(٢ - ٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) ٤٨/٧.

فإن بنى ربُّ العلو، ففي منعه ربُّ السفلى الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة، الفروع احتمالان^(٢١٢) ويلزم الأعلى بناءً ستره تمنع مشارفة الأسفل، نقله ابن منصور. وقيل: ويشاركه، كاستوائهما.

ومن أحدث في ملكه ما يضرّ بجاره، كحمام، وكنيف، ورحى، وتنور، فله منعه، كابتداء إحيائه بإجماعنا، ذكره القاضي وغيره: وكندق وسقي يتعدى إليه، بخلاف طبخه في داره وخبره؛ لأنه يسير، وعنه: ليس له منعه، كتعلية داره، في ظاهر ما ذكره الشيخ، ولو أفضى إلى سدّ الفضاء عن جاره، قاله شيخنا، وقد احتج أحمد بالخبر: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). فيتوجه منه

علمت الصحيح منهما، فهذه كذلك، وفي ضمنها مسألتان .

مسألة - ١٩ : اشتراك الثلاثة .

مسألة - ٢٠ : اشتراك الاثنين، وحكمهما واحد .

مسألة - ٢١ : قوله : (فإن بنى ربُّ العلو، ففي منعه ربُّ السفلى الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة، احتمالان) انتهى . وهما مطلقان في «المغني»^(٢) و«الشرح»^(٣) :

أحدهما : له منعه من ذلك . قلت : وهو الصواب، قال في «الرعاية الكبرى» : وإن عمره صاحبُ العلو، فله - في الأصح - منعُ صاحبِ السفلى من سكناه قبل وزن ما عليه من الغرامة، وقال فيما إذا كانوا ثلاثةً، واحدٌ فوق واحد : وإن قلنا : لا يجبر صاحبُ السفلى، فلصاحبِ العلو بناؤه ومنعُ صاحبِ السفلى من الانتفاع به قبل وزن القيمة أو بعضها.^(٤) انتهى . قد يقال : ظاهره إن له منعه الانتفاع بالعرصة^(٤).

الحاشية

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١)، من حديث ابن عباس.

(٢) ٤٨/٧ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢١٥/١٣ .

(٤) ٤ - ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

الفروع منه، وروى أبو حفص العكبري في «الآداب»، عن أبي هريرة مرفوعاً: «من حقَّ الجار على الجار أن لا يرفعَ البنيانَ على جاره ليسدَّ عليه الريح»^(١). قال شيخنا: وليس منه خوفٌ من نقص أجره ملكه بلا نزاع، كذا قال. وفي «الفنون»: من أحدث في داره دباغ الجلود أو عمل الصحناء^(٢)، هل يمنع؟ يُحتمل المنع على ما ذكره بعضُ أئمة الشافعية،^(٣) وهو أنه لا يختصُّ ضررُ البدن، بل يتعدى إلى الإضرار بالعقار؛ بنقصان أجره الدور، وفيها أيضاً: هل له أن يحدث قناةً في ملكه تنزُّ إلى حيطان الناس، جوزة قومٍ من الشافعية^(٤). وقال ابن عقيل: لا يجوز؛ لأنه لو أوقد ناراً في يوم ريح في ملكه، لم يجز؛ لثلا يفضي إلى حملها إلى ملك^(٥) غيره، فكذا هنا.

قال الخلال وصاحبه: ومن له نخلةٌ في أرض رجل، فلحق ربُّ الأرض من دخوله ضرراً، روى حنبل أن سمرة كان له نخلٌ في حائط أنصاري، فأذاه بدخوله، فشكاه إلى النبي ﷺ، فقال لسمرة: «بعه» فأبى، فقال: «ناقله» فأبى، فقال: «هبه لي ولك مثله في الجنة» فأبى، فقال: «أنت مضار، اذهب فاقلع نخله»^(٥).

التصحيح والاحتمال الثاني: ليس له ذلك، ويحتمله كلامه في «الرعاية»، فهذه إحدى وعشرون مسألة قد صححت.

الحاشية

- (١) لم نقف عليه من حديث أبي هريرة، وقد رواه الطبراني ١٩ (١٠١٤)، عن معاوية بن حيدة في حديث طويل وفيه «ولا ترفع بناءك فوق بناءه، فتسد عليه الريح» الحديث.
- (٢) إدام يتخذ من السمك الصغار. «القاموس»: (صحن).
- (٣ - ٣) ليست في الأصل.
- (٤) ليست في (ط).
- (٥) أخرجه أبو داود (٣٦٣٦).

قال أحمد: كلما كان على هذه الجهة وفيه ضررٌ، يمنع منه، وإلا أجبره الفروع السلطانُ، ولا يضر بأخيه إذا كان مرفقاً له، وقاله شيخنا محتجاً بهذا الخبر، وهو من حديث أبي جعفر الباقر عن سمرة، منقطع؛ لأن أبا جعفر ولد سنة ست وخمسين، ومات سمرة سنة ثمان أو تسع وخمسين، ورواه أبو داود من حديث أبي جعفر عن سمرة. وظاهر كلام الأصحاب: لا.

قال شيخنا: الضررُ محرم بالكتاب والسنة، ومعلوم أن المشاقّة والمضارة مبناها على القصد والإرادة، أو على فعل ضرر لا يحتاج إليه، فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح أو فعل الإضرار من غير استحقاق، فهو مضار. وأما إذا فعل الضرر المستحق؛ للحاجة إليه والانتفاع به، لا لقصد الإضرار، فليس بمضار، ومن ذلك قوله ﷺ في حديث النخلة التي كانت تضر صاحب الحديقة، لما طلب من صاحبها المعاوضة عنها بعدة طرق، فلم يفعل، فقال: «إنما أنت مضار»^(١)، ثم أمر بقلعها، قال: فدل ذلك على أن الضرر محرم لا يجوز تمكين صاحبه منه، والله أعلم.

التصحيح

الحاشية

(١) تقدم في الصفحة السابقة.