

٧ - كتاب: التفليس^(١)

قال: حدثنا محمد بن عاصم قال: سمعت المزي قال:

قال الشافعي رحمته الله: أخبرنا ابن أبي فديك، عن ابن أبي ذئب قال: حدثني أبو المعتمر بن عمر بن نافع، عن خلدة أو ابن خلدة الزرقى «الشك من المزي»، عن أبي هريرة: أنه رأى رجلاً أفلس، فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ، «أيما رجل مات، أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه، إذا وجده بعينه»^(٢).

قال الشافعي رحمته الله: وفي ذلك بيان، أنه جعل له نقض البيع الأول، إن شاء، إذا مات أو أفلس.

قال الشافعي رحمته الله: ويقال لمن قبل الحديث في المفلس في الحياة دون الموت، قد حكم النبي ﷺ بالشفعة على الحي، فحكمتم بها على ورثته، فكيف لم تحكموا في المفلس في موته على ورثته، كما حكمتم عليه في حياته، فقد جعلتم للورثة أكثر مما للمورث، الذي عنه ملكوا، وأكثر حال الوراث، أن لا يكون له إلا ما للميت.

قال الشافعي رحمته الله: ولا أجعل للغرماء منه بدفع الثمن، ولا لورثة الميت، وقد جعله النبي ﷺ أحق به منهم. قال المزي: قلت أنت: وقال في المحبس: إذا هلك أهله، رجع إلى أقرب الناس إلى المحبس، فقد جعل لأقرب الناس بالمحبس في حياته، ما لم يجعل للمحبس، وهذا عندي غير جائز قال: وإن تغيرت السلعة، بنقص في بدنّها، بعور أو غيره، أو زادت فسواء، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها، كما تنقض الشفعة بهدم من السماء، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها. قال: ولو باعه نخلاً فيه ثمر، أو طلع، قد أبر، واستثناه المشتري، وقبضها وأكل الثمر، أو أصابته الجائحة ثم فليس أو مات فإنه يأخذ عين

(١) روضة الطالبين: ١١٧/٤، حاشية الجمل: ٣/٣٠٨، التنبيه: ص ٦٣، حاشية الشرقاوي: ١٦٨/٢، حاشية الباجوري: ٦٨/١، غاية البيان: ص ١٩٧، فتح الوهاب: ١/٢٠٠، الإقناع: ١/٢٧٦، حاشية بجيري: ٦٨/٣، حاشية الشرواني: ١١٩/٥، حاشية العبادي: ١١٩/٥، إعانة الطالبين: ٣/٦٥، المهذب: ١/٣٢٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: من وجد متاعه بعينه (الحديث: ٢٣٦٠)، وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٢٩/٣)، وأخرجه الحاكم في «مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥١/٢)، وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١٨٩/٨)، وذكره ابن الجارود في «المنتقى» (الحديث: ٦٣٤)، وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٢٩١٤)، وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٠٤٦٥)، وذكره السيوطي في «جمع الجوامع» (الحديث: ٩٥٠١) و(الحديث: ٩٥٢٨)، وذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (الحديث: ٤١٦/٨)، وذكره ابن حجر في «فتح الباري» في كتاب: الاستقراض، باب: إذا وجد ماله (الحديث: ٦٤/٥)، وذكره الساعاتي في «بدائع المنن» (الحديث: ١٣٢٨).

ماله ويكون أسوة الغرماء في حصة الثمر يوم قبضه لا يوم أكله ولا يوم أصابته الجائحة. قال: ولو باعها مع ثمر فيها قد اخضر، ثم فلس، والثمر رطب، أو تمر، أو باعه زرعاً مع أرض، خرج أو لم يخرج، ثم أصابه مدركاً، أخذه كله، ولو باعه حائطاً لا ثمر فيه، أو أرضاً لا زرع فيها، ثم فلس المشتري، فإن كان النخل قد أبر، والأرض قد زرعت، كان له الخيار في النخل، والأرض، وتبقى الثمار إلى الجداد، والزرع إلى الحصاد، إن أراد الغرماء تأخير ذلك، وإن شاء ضرب مع الغرماء، وإن أراد الغرماء بيع الثمر قبل الجداد، والزرع بقلأ، فذلك لهم، وكذلك لو باعه أمة، فولدت، ثم أفلس، كانت له الأمة إن شاء، والولد للغرماء، وإن كانت حبل، كانت له حبل؛ لأن النبي ﷺ جعل الإبار كالولادة، وإذا لم تؤبر، فهي كالحامل، لم تلد، ولو باعه نخلاً لا ثمر فيها، ثم أثمرت، فلم تؤبر، حتى أفلس، فلم يختر البائع، حتى أبرت، كان له النخل دون الثمرة؛ لأنه لا يملك عين ماله، إلا بالتفليس والاختيار، وكذلك كل ما كان يخرج من ثمر الشجر في أكمام، فينشق كالكرسف، وما أشبهه، فإذا انشق، فمثل النخل يؤبر، وإذا لم ينشق، فمثل النخل لم يؤبر، ولو قال البائع: اخترت عين مالي قبل الإبار، وأنكر المفلس، فالقول قوله مع يمينه، وعلى البائع البينة، وإن صدقه الغرماء، لم أجعل لهم من الثمر شيئاً؛ لأنهم أقروا به للبائع، وأجعله للغريم، سوى من صدق البائع، ويحاصهم فيما بقي، إلا أن يشهد من الغرماء عدلان، فيجوز، وإن صدقه المفلس، وكذبه الغرماء، فمن أجاز إقراره أجازته، ومن لم يجزه لم يجزه، وأحلف له الغرماء الذين يدفعونه، ولو وجد بعض ماله، كان له حصته، ويضرب مع الغرماء في بقيته، ولو كانت داراً فبنيت، أو أرضاً فغرس، خيرته بين أن يعطي العمارة، ويكون ذلك له، أو يكون له الأرض، والعمارة تباع للغرماء، إلا أن يشاء المفلس، والغرماء أن يقلعوا، ويضمّنوا ما نقص القلع، فيكون لهم. وقال في موضع آخر: إن لم يأخذ العمارة، وأبى الغرماء أن يقلعوها، لم يكن له إلا الثمن، يحاص به الغرماء قال المزني: قلت أنا: الأول عندي بقوله أشبه وأولى؛ لأنه يجعل الثوب إذا صبغ لبائعه، يكون به شريكاً، وكذلك الأرض، تغرس لبائعه، يكون بها شريكاً.

قال الشافعي رحمه الله: ولو كانا عبيدين بمائة، فقبض نصف الثمن، وبقي أحد العبدین، وهما سواء، كان له نصف الثمن، ونصف الذي قبض ثمن الهالك، كما لو رهنهما بمائة، فقبض تسعين، وهلك أحدهما، كان الآخر رهناً بالعشرة. قال المزني: قلت أنا: أصل قوله، أن ليس الرهن من البيع بسبيل؛ لأن الرهن معنى واحد، بمعنى واحد ما بقي من الحق شيء. قال: ولو بقي من ثمن السلعة في التفليس درهم، لم يرجع في قوله من السلعة، إلا بقدر الدرهم.

قال الشافعي رحمه الله: ولو أكره أرضاً ففلس، والزرع يقل في أرضه، كان لصاحب الأرض أن يحاص الغرماء، بقدر ما أقامت الأرض في يديه، إلى أن أفلس، ويقلع الزرع عن أرضه، إلا أن يتطوع المفلس، والغرماء بأن يدفعوا إليه إجارة، مثل الأرض، إلى أن يستحصد الزرع؛ لأن الزارع كان غير متعد، وإن كان لا يستغني عن السقي، قيل للغرماء: إن تطوعتم بأن تنفقوا عليه، حتى يستحصد الزرع، فتأخذوا نفقتكم مع ما لكم، بأن يرضاه صاحب الزرع، وإن لم تشاءوا، وشئتم البيع، فبيعه بحاله. قال: وإن باعه زيتاً، فخلطه بمثله، أو أردأ منه، فله أن يأخذ متاعه بالكيل، أو الوزن، وإن خلطه بأجود منه، ففيها قولان، أحدهما: لا سبيل له إليه؛ لأنه لا يصل إلى ماله، إلا زائداً بمال غريمه، وهو أصح، وبه أقول، ولا يشبه الثوب يصبغ، ولا السوق يلت؛ لأن هذا عين ماله، فيه زيادة، والذائب إذا اختلط انقلب، حتى لا يوجد عين ماله، والقول الثاني: أن ينظر إلى قيمة زيتته، والمخلوط به متميزين، ثم يكون شريكاً بقدر قيمة زيتته، أو يضرب مع الغرماء بزيتته.

قال المزني: قلت أنا: هذا أشبه بقوله؛ لأنه جعل زيتة إذا خلط بأردأ، وهو لا يتميز عين ماله، كما جعل الثوب يصبغ، ولا يمكن فيه التمييز عين ماله، فلما قدر على قسم الزيت بكيل، أو وزن، بلا ظلم قسمه، ولما لم يقدر على قسم الثوب، والصبغ أشركهما فيه بالقيمة، فكذا لا يمنع خلط زيتة بأجود منه، من أن يكون عين ماله فيه، وفي قسمه ظلم، وهما شريكان بالقيمة.

قال الشافعي رحمه الله: فإن كان حنطة، فطحنها، ففيها قولان، أحدهما: وبه أقول، يأخذها ويعطي قيمة الطحن؛ لأنه زائد على ماله. قال: وكذلك الثوب، يصبغه أو يقصره، يأخذه، وللغرماء زيادته، فإن قصره بأجرة درهم، فزاد خمسة دراهم، كان القصار شريكاً فيه بدرهم والغرماء بأربعة دراهم شركاء بها، وبيع لهم، فإن كانت أجرته خمسة دراهم وزاد درهماً كان شريكاً في الثوب بدرهم، وضرب مع الغرماء بأربعة، وبهذا أقول، والقول الآخر: أن القصار غريم بأجرة القصار؛ لأنها أثر لا عين. قال المزني: قلت أنا: هذا أشبه بقوله، وإنما البياض في الثوب عن القصار، كالسمن عن الطعام، والعلف، وكبر الودي عن السقي، وهو لا يجعل الزيادة للبائع في ذلك عين ماله، فكذا زيادة القصار، ليست عين ماله، وقد قال في الأجير: يبيع في حانوت، أو يرى غنماً، أو يروض دواب، فالأجير أسوة الغرماء، فهذه الزيادات عن هذه الصناعات، التي هي آثار، ليست بأعيان مال، حكمها عندي في القياس واحد، إلا أن تخص السنة منها شيئاً، فيترك لها القياس.

قال الشافعي رحمه الله: ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً، ففلسا، أو أحدهما، فلكل واحد منهما إجازة البيع، ورده دون الغرماء؛ لأنه ليس ببيع متحدث، فإن أخذه دون صفته، لم يكن ذلك له، إلا أن يرضي الغرماء، ولو أسلفه فضة بعينها في طعام، ثم فلس، كان أحق بفضته، ولو أكرى داراً، ثم فلس المكري، فالكراء لصاحبه، فإذا تم سكناه، بيعت للغرماء، ولو أكراه سنة، ولم يقبض الكراء، ثم فلس المكثري، كان للمكثري فسخ الكراء، ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه، ثم قدم آخرون، رده عليهم بالحصص، وإذا أراد الحاكم بيع متاعه، أو رهته، أحضره أو وكيله ليحصى ثمن ذلك، فيدفع منه حق الرهن من ساعته، وينبغي أن يقول لغرماء المفلس: ارتضوا بمن يكون على يديه الثمن، وبمن ينادي على متاعه، فيمن يزيد، ولا يقبل الزيادة، إلا من ثقة، وأحب أن يرزق من ولي هذا من بيت المال، فإن لم يكن، ولم يعمل إلا بجعل، شاركوه، فإن لم يتفقوا، اجتهد لهم، ولم يعط شيئاً، وهو يجد ثقة يعمل بغير جعل، ويباع في موضع سوقه، وما فيه صلاح ثمن المبيع، ولا يدفع إلى من اشترى شيئاً، حتى يقبض الثمن، وما ضاع من الثمن، فمن مال المفلس، ويبدأ في البيع بالحيوان، ويتأني بالمساكن، بقدر ما يرى أهل البصر بها، أنها قد بلغت أثمانها، وإن وجد الإمام ثقة، يسلفه المال حالاً، لم يجعله أمانة، وينبغي إذا رفع إليه، أن يشهد، أنه وقف ماله عنه، فإذا فعل ذلك، لم يجز له أن يبيع، ولا يهب، وما فعل من هذا، ففيه قولان، أحدهما: أنه موقوف، فإن فضل جاز فيه ما فعل، والآخر: أن ذلك باطل. قال المزني: قلت أنا: قد قطع في المكاتب، إن كاتبه بعد الوقف، فآدى لم يعتق بحال. قال: وإذا أقر بدين، زعم أنه لزمه قبل الوقف، ففيها قولان: أحدهما: أنه جائز، كالمريض يدخل مع غرمائه، وبه أقول. والثاني: أن إقراره لازم له في مال إن حدث له، أو بفضل عن غرمائه، وقد ذهب بعض المفتين: إلى أن ديون المفلس إلى أجل تحل حلولها على الميت، وقد يحتمل إن يؤخر المؤخر عنه؛ لأن له ذمة، وقد يملك، والميت بطلت ذمته، ولا يملك بعد الموت قال المزني: قلت أنا: هذا أصح، وبه قال في الإملاء.

قال الشافعي رحمه الله: ولو جنى عليه عمداً، لم يكن عليه أخذ المال، إلا أن يشاء. قال: وليس على المفلس أن يؤاجر، وذو العسرة ينظر إلى ميسرة، ويترك له من ماله، قدر ما لا غنى به عنه، وأقل ما يكفيه وأهله، يومه من الطعام والشراب، وإن كان لبيع ماله حبس، أنفق منه عليه، وعلى أهله كل يوم، أقل ما يكفيهم من نفقة، وكسوة، كان ذلك في شتاء أو صيف، حتى يفرغ من قسم ماله بين غرمائه، وإن كانت ثيابه كلها عوالي، مجاوزة القدر، اشترى له من ثمنها أقل ما يلبس، أقصد ما يكفيه في مثل حاله، ومن تلزمه مؤنته، وإن مات كفن من رأس ماله، قبل الغرماء، وحفر قبره، وميز بأقل ما يكفيه، وكذلك من يلزمه أن يكفنه، ثم قسم الباقي بين غرمائه، ويباع عليه مسكنه وخادمه؛ لأن من ذلك بدا، وإن أقام شاهداً على رجل بحق، ولم يحلف مع شاهده، فليس للغرماء أن يحلفوا، ليس لهم إلا ما تم ملكه عليه دونهم.

١ - باب: الدين على الميت

قال الشافعي رحمه الله: من بيع عليه في دين بعد موته، أو في حياته، أو تفضيه، فهذا كله سواء، والمهدة في مال الميت، كهي في مال الحي، لا اختلاف في ذلك عندي، ولو بيعت داره بألف، وقبض أمين القاضي الثمن، فهلك من يده، واستحقت الدار، فلا عهدة على الغريم الذي بيعت له، وأحق الناس بالعهدة المبيع عليه، فإن وجد له مال بيع، ثم رد على المشتري ماله؛ لأنه مأخوذ منه ببيع، ولم يسلم له، فإن لم يوجد له شيء، فلا ضمان على القاضي، ولا أأمينه، ويقال للمشتري: أنت غريم المفلس، أو الميت كغرمائه سواء.

٢ - باب: جواز حبس من عليه الدين

قال الشافعي رحمه الله: وإذا ثبت عليه الدين، بيع ما ظهر له، ودفع، ولم يحبس، وإن لم يظهر حبس، وبيع ما قدر عليه من ماله، فإن ذكر عسره، قبلت منه البيعة، لقول الله جل وعز: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) وأحلفه مع ذلك بالله، وأخليه، ومنعت غرماءه من لزومه، حتى تقوم بيعة، أن قد أفاد مالا، فإن شهدوا أنهم رأوا في يديه مالا سألته، فإن قال: مضاربة، قبلت منه مع يمينه، ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف عنه، فمتى استقر عند الحاكم ما وصفت، لم يكن له حبسه، ولا يغفل المسألة عنه، وإذا أفاد مالا فجائز، ما صنع فيه، حتى يحدث له السلطان وقفاً آخر؛ لأن الوقف الأول لم يكن له؛ لأنه غير رشيد، وإذا أراد الذي عليه الدين إلى أجل السفر، وأراد غريمه، منعه لبعده سفره، وقرب أجله، أو يأخذ منه كفلاً به، منع منه، وقيل له: حقك حيث وضعته ورضيته.

٣ - باب: الحجر

قال الشافعي رحمه الله: قال الله عز وجل: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢).

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

قال الشافعي رحمته الله: والبلوغ خمس عشرة سنة، إلا أن يحتلم الغلام، أو تحيض الجارية قبل ذلك، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَتَدَلَّ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ ^(١) فأثبت الولاية على السفیه، والضعیف، والذي لا يستطيع أن يمل هو، وأمر وليه بالإملاء عنه؛ لأنه أقامه فيما لا غنى به عنه في ماله مقامه، وقيل: الذي لا يستطيع، يحتمل أن يكون المغلوب على عقله، وهو أشبه معانيه به، والله أعلم، فإذا أمر الله جل وعز بدفع أموال اليتامى إليهم بأمرين، لم يدفع إليهم إلا بهما، وهو البلوغ، والرشد.

قال الشافعي رحمته الله: والرشد والله أعلم: الصلاح في الدين، حتى تكون الشهادة جائزة، مع إصلاح المال، وإنما يعرف إصلاح المال، بأن يختبر اليتامان، والاختبار يختلف بقدر حال المختبر، فمنهم من يتدل، فيخالط الناس بالشراء، والبيع، قبل البلوغ وبعده، فيقرب اختباره، ومنه من يصاب عن الأسواق، فاختباره أبعد، فيختبر في نفقته، فإن أحسن إنفاقها على نفسه، وشراء ما يحتاج إليه، أو يدفع إليه الشيء اليسير، فإذا أحسن تدبيره وتوفيره، ولم يخدع عنه، دفع إليه ماله، واختبار المرأة مع علم صلاحها، لقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد، فتختبرها النساء، وذوو المحارم بمثل ما وصفت، فإذا أونس منها الرشد، دفع إليها مالها، تزوجت أم لم تزوج، كما يدفع إلى الغلام، نكح أو لم ينكح؛ لأن الله تبارك وتعالى سوى بينهما في دفع أموالهما إليهما بالبلوغ، والرشد، ولم يذكر تزويجاً، واحتج الشافعي في الحجر بعثمان، وعلي، والزبير رضي الله عنهم.

قال الشافعي رحمته الله: وإذا كان واجباً أن يحجر على من قارب البلوغ، وقد عقل نظراً له، وإبقاء لماله، فكان بعد البلوغ أشد تضييعاً لماله، وأكثر إتلافاً له، فلم لا يجب الحجر عليه، والمعنى الذي أمر بالحجر عليه به فيه قائم، وإذا حجر الإمام عليه لسفهه، وإفساده ماله، أشهد على ذلك، فمن بايعه بعد الحجر، فهو المتلف لماله، ومتى أطلق عنه الحجر، ثم عاد إلى حال الحجر، حجر عليه، ومتى رجع بعد الحجر إلى حال الإطلاق، أطلق عنه، فإن قيل: فلم أجزت إطلاقه عنه، وهو إتلاف مال؟ قيل: ليس بإتلاف مال، ألا ترى أنه يموت، فلا تورث عنه امرأته، ولا تحل له فيها هبة، ولا بيعة، ويورث عنه عبده، ويباع عليه، ويملك ثمنه، فالعبد مال بكل حال، والمرأة ليست بمال، ألا ترى أن العبد يؤذن له في التجارة، والنكاح، فيكون له الطلاق، والإمسك دون سيده، ولما لكانه أخذ ماله كله دونه.

٤ - باب: الصلح

قال الشافعي رحمته الله: روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً.

قال الشافعي رحمته الله: فما جاز في البيع، جاز في الصلح، وما بطل فيه، بطل في الصلح، فإن صالح رجل أخاه من مورثه، فإن عرفا ما صالحه عليه بشيء يجوز في البيع، جاز. ولو ادعى رجل على رجل حقاً، فصالحه من دعواه وهو منكراً، فالصلح باطل، ويرجع المدعي على دعواه، ويأخذ

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

منه صاحبه ما أعطاه، ولو صالح عنه رجل يقر عنه بشيء، جاز الصلح، وليس للذي أعطى عنه أن يرجع عليه؛ لأنه تطوع به، ولو أشرع جناحاً على طريق نافذة، فصالحه السلطان، أو رجل على ذلك، لم يجز، ونظر فإن كان لا يضر ترك، وإن ضر قطع، ولو أن رجلين ادعيا داراً في يدي رجل، فقالا: ورثناها عن أبينا، فأقر لأحدهما بنصفها، فصالحه من ذلك الذي أقر له به على شيء، كان لأخيه أن يدخل معه فيه، قال المزني: قلت أنا: ينبغي في قياس قوله، أن يبطل الصلح في حق أخيه؛ لأنه صار لأخيه بإقراره، قبل أن يصالح عليه، إلا أن يكون صالح بأمره، فيجوز عليه.

قال الشافعي رحمه الله: ولو كانت المسألة بحالها، وادعى كل واحد منهما نصفها، فأقر لأحدهما بالنصف، وجدد للآخر، لم يكن للآخر في ذلك حق، وكان على خصومته، ولو كان أقر لأحدهما بجميع الدار، فإن كان لم يقر للآخر، بأن له النصف، فله الكل، وإن كان أقر بأن له النصف، ولأخيه النصف، كان لأخيه أن يرجع بالنصف عليه، وإن صالحه على دار أقر له بها بعبد قبضه، فاستحق العبد، رجع إلى الدار، فأخذها منه، ولو صالحه على أن يسكنها الذي هي في يديه وقتاً، فهي عارية، إن شاء أخرجه منها، أو صالحه منها على خدمة عبد بعينه سنة، فباعه المولى، كان للمشتري الخيار: في أن يجيز البيع، وتكون الخدمة على العبد للمصالح، أو يرد البيع.

قال الشافعي رحمه الله: ولو مات العبد، جاز من الصلح بقدر ما استخدم، وبطل منه بقدر ما بقي، وإذا تداعى رجلان جداراً بين داريهما، فإن كان متصلاً ببناء أحدهما، اتصال البنيان الذي لا يحدث مثله، إلا من أول البنيان، جعلته له دون المنقطع منه، وإن كان يحدث مثله بعد كمال بنيانه، مثل: نزع طوبة، وإدخال أخرى، أحلفتها بالله، وجعلته بينهما، وإن كان غير موصول بواحد من بنائهما، أو متصلاً ببنائهما جميعاً، جعلته بينهما، بعد أن أحلف كل واحد منهما، ولا أنظر إلى من إليه الخوارج، ولا الدواخل، ولا أنصاف اللبن، ولا معاهد القمط؛ لأنه ليس في شيء من هذا دلالة، ولو كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر عليه، أحلفتها، وأقررت الجذوع بحالها، وجعلت الجدار بينهما نصفين؛ لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بالجذوع، بأمره وغير أمره، ولم أجعل لواحد منهما أن يفتح فيه كوة، ولا يبني عليه بناء، إلا بإذن صاحبه، وقسمته بينهما إن شاء، إن كان عرضه ذراعاً، أعطيه شبراً في طول الجدار، ثم قلت له: إن شئت أن تزيد من عرصه دارك، أو بيتك شبراً آخر، ليكون لك جدار خالص، فذلك لك، ولو هدماه، ثم اصطلحا، على أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما ما شاء عليه، إذا بناه، فالصلح فاسد، وإن شاء أو واحد منهما، قسمت أرضه بينهما نصفين، وإن كان البيت السفلي في يدي رجل، والعلو في يدي آخر، فتداعيا سقفه، فهو بينهما نصفين؛ لأن سقف السفلي تابع له، وسطح العلو أرض له، فإن سقط، لم يجبر صاحب السفلي على بنائه، فإن تطوع صاحب العلو، بأن يبني السفلي كما كان، ثم يبني علوه كما كان، فذلك له، وليس له منع صاحب السفلي من سكناه، ونقض الجدران له، ومتى شاء أن يهدمها هدمها، وكذلك الشركاء في نهر، أو بئر، لا يجبر أحدهم على الإصلاح لضرر، ولا غيره، ولا يمنع المنفعة، فإن أصلح غيره، فله عين ماله، متى شاء نزع، وقال في كتاب الدعوى والبيانات، على كتاب اختلاف أبي حنيفة، فإذا أفاد صاحب السفلي مالاً، أخذ منه قيمة ما أنفق في السفلي. قال المزني: قلت أنا: الأول أولى بقوله؛ لأن الثاني متطوع، فليس له أخذه من غيره، إلا أن يراضيه عليه.

قال الشافعي رحمته الله: وإذا كانت لرجل نخلة، أو شجرة، فاستعلت وانتشرت أغصانها على دار رجل، فعليه قطع ما شرع في دار غيره، فإن صالحه على تركه، فليس بجائر، ولو صالحه على دراهم بدنائير، أو على دنائير بدرهم، لم يجز إلا بالقبض، فإن قبض بعضاً، وبقي بعض، جاز فيما قبض، وانتقص فيما لم يقبض، إذا رضى بذلك المصالح القابض، وإذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل، ثم صالحه منه على شيء بعينه، فالصلح جائز، والوارث المقر متطوع، لا يرجع على إخوته بشيء، ولو ادعى رجل على رجل بيتاً في يديه، فاصطلحت بعد الإقرار، على أن يكون لأحدهما سطحه، والبناء على جدرانه بناء معلوماً، فجائز. **قال المزني**: قلت أنا: لا يجوز أقيس على قوله في إبطاله، أن يعطي رجلاً مالاً، على أن يشرع في بنائه حقاً، فكذلك لا يجوز الصلح، على أن يبني على جدرانه بناء.

قال الشافعي رحمته الله: ولو اشترى علو بيت، على أن يبني على جدرانه، ويسكن على سطحه، أجزت ذلك، إذا سمياً منتهى البنيان؛ لأنه ليس كالأرض، في احتمال ما يبني عليها. **قال المزني**: هذا عندي غير منعه في كتاب أدب القاضي، أن يقتسماً داراً، على أن يكون لأحدهما السفلى، وللآخر العلو، حتى يكون السفلى والعلو لواحد.

قال الشافعي رحمته الله: ولو كانت منازل سفلى في يدي رجل، والعلو في يدي آخر، فتداعيا العرصه، فهي بينهما، ولو كان فيها درج إلى علوها، فهي لصاحب العلو، كانت معقودة أو غير معقودة؛ لأنها تتخذ ممراً، وإن انتفع بما تحتها، ولو ادعى على رجل زرعاً في أرض، فصالحه من ذلك على دراهم، فجائز؛ لأن له أن يبيع زرعه، أخضر ممن يقصله، ولو كان الزرع بين رجلين، فصالحه أحدهما على نصف الزرع، لم يجز، من قبل أنه لا يجوز أن يقسم الزرع أخضر، ولا يجبر شريكه، على أن يقلع منه شيئاً.

٥ - باب: الحوالة

قال الشافعي رحمته الله: أخبرنا مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» ^(١).

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحوالة، باب: الحوالة (الحديث: ٢٢٨٧)، وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني... (الحديث: ٣٩٧٨)، وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في المطل (الحديث: ٣٣٤٥)، وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (الحديث: ١٣٠٨)، وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: الحوالة (الحديث: ٤٧٠٥)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الصدقات، باب: الحوالة (الحديث: ٢٤٠٣)، وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٧١/٢) و(الحديث: ٢٦٠/٢) و(الحديث: ٣٨٠/٢) و(الحديث: ٤٦٣/٢) و(الحديث: ٤٦٥/٢)، وأخرجه البيهقي في كتاب: الحوالة، باب: من أحبل على مليء... (الحديث: ٧٠/٦)، وأخرجه الدارمي في كتاب: البيوع، باب: في مطل الغني ظلم (الحديث: ٢٦١/٢)، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (الحديث: ٧٩/٧)، وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١٩٥/٨) و(الحديث: ٢١٠/٨)، وذكره المنذري في «الترغيب والترهيب» (الحديث: ٦٠٩/٢)، وذكره الهيملي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ٨٥/٤) و(الحديث: ١٣٠/٤)، وذكره الطحاوي في «مشكل الآثار» (الحديث: ٤١٤/١) و(الحديث: ٨/٤)، وذكره ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» (الحديث: ٣٠٩/١) و(الحديث: ١١٦٧/٣) و(الحديث: ٢٥٩٥/٧).

قال الشافعي رحمته الله: وفي هذا دلالة أن الحق يتحول على المحال عليه، ويبرأ منه المحيل، فلا يرجع عليه أبداً، كان المحال عليه غنياً أو فقيراً، أفلس أو مات معدماً، غرمنه أو لم يغرمنه.

قال الشافعي رحمته الله: ولو كان كما قال محمد بن الحسن: إذا أفلس أو مات مفلساً، رجع على المحيل، لما صبر المحتال على من أحيل؛ لأن حقه ثابت على المحيل، ولا يخلو من أن يكون حقه قد تحول عني، فصار إلى غيري، فلم يأخذني بما برئت منه؛ لأن أفلس غيري، أو لا يكون حقه تحول عني، فلم أبرأني منه قبل أن يفلس المحال عليه، واحتج محمد بن الحسن، بأن عثمان رضي الله عنه قال في الحوالة أو الكفالة: يرجع صاحبها، لا توي على مال مسلم.

قال الشافعي رحمته الله: وهو عندي يبطل من وجهين، ولو صح، ما كان له فيه شيء، لأنه لا يدري، قال ذلك في الحوالة أو الكفالة. قال المزملي: هذه مسائل تحريت فيها معاني جوابات الشافعي في الحوالة. قال المزملي: قلت أنا: من ذلك، ولو اشترى عبداً بألف درهم، وقبضه، ثم أحال البائع بالألف على رجل له عليه دين ألف درهم، فاحتال، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً، فرد، بطلت الحوالة، وإن رد العبد بعد أن قبض البائع ما احتال به، رجع به المشتري على البائع، وكان المحال عليه منه بريئاً. قال المزملي: وفي إبطال الحوالة نظر قال: ولو كان البائع أحال على المشتري بهذه الألف رجلاً، له عليه ألف درهم، ثم تصادق البائع والمشتري، أن العبد الذي تبايعاه حر الأصل، فإن الحوالة لا تنتقض؛ لأنهما ييطان بقولهما حقاً لغيرهما، فإن صدقهما المحتال، أو قامت بذلك بينة، انتقضت الحوالة، ولو أحال رجل على رجل بألف درهم، وضمنها، ثم اختلفا، فقال المحيل: أنت وكيل في فيها، وقال المحتال: بل أنت أحلتني بمالي عليك، وتصادقا على الحوالة، والضمان، فالقول قول المحيل، والمحتال مدع، ولو قال المحتال: أحلتني عليه لأقبضه لك، ولم تحلني بمالي عليك، فالقول قوله مع يمينه، والمحيل مدع للبراءة مما عليه، فعليه البينة، ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، فأحاله المطلوب بها، على رجل له عليه ألف درهم، ثم أحاله بها المحتال عليه، على ثالث له عليه ألف درهم، برى الأولان، وكانت للطالب على الثالث.

٦ - باب: الكفالة

قال المزملي: قال الله جل ثناؤه: ﴿قَالُوا نَفَقْتُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ جَمُلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١) وقال عز وجل: ﴿سَلَّمْتُ أَبْهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾^(٢) وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «والزعيم غارم»^(٣) والزعيم في اللغة هو الكفيل. وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٢) سورة القلم، الآية: ٤٠.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في تضمين العارية (الحديث: ٣٥٦٥)، وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة (الحديث: ١٢٦٥)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الصدقات، باب: العارية (الحديث: ٢٣٩٨)، وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٢٦٧/٥) و(الحديث: ٢٩٣/٥)، وأخرجه الدارقطني في كتاب: الفرائض والسير وغير ذلك (الحديث: ٧٠/٤)، وأخرجه البيهقي في كتاب: الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان (الحديث: ٧٢/٦)، وأخرجه ابن أبي شبة في «مصنفه» (الحديث: =

في جنازة، فلما وضعت قال ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟» فقالوا: نعم، درهمان قال: «صلوا على صاحبكم» فقال علي رضوان الله عليه: هما عليّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله ﷺ صلى عليه، ثم أقبل عليّ عليّ رضي الله عنه فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك، كما فككت رهان أخيك»^(١). قال المزني: قلت أنا: وفي ذلك دليل، أن الدين الذي كان على الميت لزم غيره، بأن ضمنه، وروى الشافعي في قسم الصدقات: أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاثة»^(٢) ذكر منها: رجلاً تحمل بحمالة، فحلت الصدقة. قلت أنا: فكانت الصدقة محرمة قبل الحمالة، فلما تحمل، لزمه الغرم بالحمالة، فخرج من معناه الأول، إلى أن حلت له الصدقة.

قال الشافعي رحمه الله: وإذا ضمن رجل عن رجل حقاً، فللمضمون له أن يأخذ أيهما شاء، فإن ضمن بأمره، وغرم، رجع بذلك عليه، وإن تطوع بالضمان لم يرجع. قال المزني: قلت أنا: وكذلك كل ضامن في دين، وكفالة بدين، وأجرة، ومهر، وضمان عهده، وأرش جرح، ودية نفس، فإن أدى ذلك الضامن، عن المضمون عنه بأمره، رجع به عليه، وإن أداه بغير أمره، كان متطوعاً، لا يرجع به، فإن أخذ الضامن بالحق، وكان ضمانه بأمر الذي هو عليه، فله أخذه بخلافه، وإن كان بغير أمره، لم يكن له أخذه في قياس قوله، ولو ضمن عن الأول بأمره ضامن، ثم ضمن عن الضامن ضامن بأمره، فجائز، فإن قبض الطالب حقه من الذي عليه أصل المال، أو أحاله به، برءوا جميعاً، ولو قبضه من الضامن الأول، رجع به على الذي عليه الأصل، وبرئ منه الضامن الآخر، وإن قبضه من الضامن الثاني، رجع به على الضامن الأول، ورجع به الأول على الذي عليه الأصل، ولو كانت المسألة بحالها، فأبرأ الطالب الضامنين جميعاً برئاً، ولا يبرأ الذي عليه الأصل، لأن الضمان عند الشافعي ليس بحوالة، ولكن الحق على أصله، والضامن مأخوذ به قال المزني: قلت أنا: ولو كان له على رجلين ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل، ضامن عن صاحبه بأمره، فدفعتها أحدهما، رجع بنصفها على صاحبه، وإن أبرأ الطالب أحدهما من الألف، سقط عنه نصفها الذي عليه، وبرئ من ضمان نصفها، الذي على صاحبه، ولم يبرأ صاحبه من نصفها، الذي عليه، ولو أقام الرجل بينة، أنه باع من هذا الرجل، ومن رجل غائب عبداً، وقبضاه منه بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل، ضامن لذلك على صاحبه بأمره، قضى عليه، وعلى الغائب بذلك، وغرم الحاضر جميع الثمن، ورجع بالنصف على الغائب. قال المزني: قلت أنا: وهذا مما يجامعنا عليه من أنكر

= ١٥٤/٦، وذكره ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» (الحديث: ٢٩٨/١) و(الحديث: ٢٩٠/١) و(الحديث: ١/٣٠٩)، وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (الحديث: ٤٩/٢)، وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٤٥٧٤) و(الحديث: ١٤٥٧٦)، و(الحديث: ١٥٠٥١) و(الحديث: ٤٠٤٩٠)، وذكره ابن الجارود في «المتقى» (الحديث: ١٠٢٣).

(١) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٢٩٠/٢)، وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٤٧/٣)، وأخرجه البيهقي في كتاب: الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان (الحديث: ٧٣/٦)، وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٢٩٢٠)، وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ٤٠/٣)، وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٥٥٣٢)، وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (الحديث: ٤٧/٣).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣١/٣)، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (الحديث: ٢١٠/٣)، وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٦٥٠٤).

القضاء على غائب، ولو ضمن عن رجل بأمره ألف درهم عليه لرجل، فدفعتها بمحضره، ثم أنكر الطالب أن يكون قبض شيئاً، حلف وبرى، وقضى على الذي عليه الدين، بدفع الألف إلى الطالب، ويدفع ألفاً إلى الضامن؛ لأنه دفعها بأمره، وصارت له ديناً عليه، فلا يذهب حقه ظلم الطالب له، ولو أن الطالب طلب الضامن، فقال: لم تدفع إلي شيئاً، قضى عليه بدفعها ثانية، ولم يرجع على الأمر، إلا بالألف التي ضمنها عنه؛ لأنه يقر أن الثانية ظلم من الطالب له، فلا يرجع على غير من ظلمه، ولو ضمن لرجل ما قضى به له على آخر، أو ما شهد به فلان عليه.

قال الشافعي رحمته الله: لا يجوز هذا، وهذه مخاطرة، وقال الشافعي: ولو ضمن دين ميت، بعد ما يعرفه ويعرف لمن هو، فالضمان لازم ترك الميت شيئاً، أو لم يتركه، ولا تجوز كفالة العبد المأذون له بالتجارة؛ لأن هذا استهلاك، ولو ضمن عن مكاتب، أو مالا في يدي وصي، أو مقارض، وضمن ذلك أحد منهم عن نفسه، فالضمان في ذلك كله باطل، وضمان المرأة كالرجل، ولا يجوز ضمان من لم يبلغ، ولا مجنون، ولا مبرسم يهذي، ولا مغمى عليه، ولا أخرس لا يعقل، وإن كان يعقل الإشارة والكتاب، فضمن لزمه، وضعف الشافعي كفالة الوجه في موضع، وأجازها في موضع آخر، إلا في الحدود.

٧ - باب: الشركة ^(١)

قال المزني: الشركة من وجوه منها: الغنيمة أزال الله عز وجل ملك المشركين عن خير، فملكها رسول الله ﷺ والمؤمنون، وكانوا فيه شركاء، فقسمها رسول الله ﷺ خمسة أجزاء، ثم أقرع بينها، فأخرج منها خمس لله تبارك وتعالى لأهله، وأربعة أخماسها لأهلها. **قال المزني**: وفي ذلك دليل على قسم الأموال، والضرب عليها بالسهم، ومنها: الموارث، ومنها: الشركة في الهبات، والصدقات في قوله، ومنها: التجارات، وفي ذلك كله القسم، إذا كان مما يقسم، وطلبه الشريك، ومنها: الشركة في الصدقات المحرمات في قوله، وهي الأحباس، ولا وجه لقسمها في رقابها، لارتفاع الملك عنها، فإن تراضوا من الكنى سنة بسنة، فلا بأس، والذي يشبه قول الشافعي: أنه لا تجوز الشركة في العرض، ولا فيما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة، لتغير القيم، ولا أن يخرج أحدهما عرضاً، والآخر دنانير، ولا تجوز إلا بمال واحد، بالدنانير أو بالدرهم، فإن أرادا أن يشتركا، ولم يمكنهما إلا عرض، فإن المخرج في ذلك عندي، أن يبيع أحدهما نصف عرضه، بنصف عرض صاحبه، ويتقابضان، فيصير جميع العرضين بينهما نصفين، ويكونان فيه شريكين، إن باعا أو حبسا، أو عارضا، لا فضل في ذلك لأحد منهما. **قال**: وشركة المفاوضة عند الشافعي لا تجوز بحال، والشركة الصحيحة، أن يخرج كل واحد منهما دنانير، مثل دنانير صاحبه، ويخلطاهما، فيكونان فيها شريكين، فإن اشتريا، فلا يجوز أن يبيعه أحدهما دون صاحبه، فإن جعل

(١) روضة الطالبين: ٢٧٥/٤، حاشية الجمل: ٣٩٢/٣، التنبيه: ص ٦٧، حاشية الشرقاوي: ١٠٩/٢، حاشية الباجوري: ٦٥٠/١، غاية البيان: ص ٢٠٦، المجموع: ٦١/١٤، فتح الوهاب: ٢١٧/١، الإقناع: ٢٩١/١، حاشية بجيرمي: ١٠٣/٣، السراج الوهاج: ص ٢٤٤، كفاية الأخيار: ١٧٣/١، حاشية الشرواني: ٢٨١/٥، حاشية العبادي: ٢٨١/٥، إعانة الطالبين: ١٠٤/٣، المهذب: ٣٤٥/١.

كل واحد منهما لصاحبه، أن يتجر في ذلك كله، بما رأى من أنواع التجارات، قام في ذلك مقام صاحبه، فما ربحا أو خسرا فلهما، وعليهما نصفين، ومتى فسخ أحدهما الشركة انفسخت، ولم يكن لصاحبه أن يشتري، ولا يبيع، حتى يقسما، وإن مات أحدهما انفسخت الشركة، وقاسم وصي الميت شريكه، فإن كان الوارث بالغاً ^{رسداً}، فأحب أن يقيم على مثل شركته كأبيه فجائز، ولو اشترى عبداً وقبضاه، فأصابا به عيباً، فأراد أحدهما الرد، والآخر الإمساك.

قال الشافعي رحمه الله: ذلك جائز؛ لأن معقولاً أن كل واحد منهما اشترى نصفه بنصف الثمن، ولو اشترى أحدهما بما لا يتغابن الناس بمثله، كان ما اشترى له دون صاحبه، ولو أجازته شريكه ما جاز؛ لأن شراءه كان على غير ما يجوز عليه، وأيهما ادعى في يدي صاحبه من شركتهما شيئاً، فهو مدع، وعليه البيّنة، وعلى صاحبه اليمين، وأيهما ادعى خيانة صاحبه، فعليه البيّنة، وأيهما زعم أن المال قد تلف، فهو أمين، وعليه اليمين، وإذا كان العبد بين رجلين، فأمر أحدهما صاحبه ببيعه، فباعه من رجل بألف درهم، فأقر الشريك الذي لم يبع، أن البائع قد قبض الثمن، وأنكر ذلك البائع، وادعاه المشتري، فإن المشتري يبرأ من نصف الثمن، وهو حصة المقر، ويأخذ البائع نصف الثمن من المشتري، فيسلم له، ويحلف لشريكه ما قبض، ما ادعى، فإن نكل حلف صاحبه، واستحق الدعوى، ولو كان الشريك الذي باع هو الذي أقر، بأن شريكه الذي لم يبع، قبض من المشتري جميع الثمن، وأنكر ذلك الذي لم يبع، وادعى ذلك المشتري، فإن المشتري يبرأ من نصف الثمن بإقرار البائع، أن شريكه قد قبض؛ لأنه في ذلك أمين، ويرجع البائع على المشتري بالنصف الباقي، فيشاركه فيه صاحبه؛ لأنه لا يصدق على حصة من الشركة تسلم إليه، إنما يصدق في أن لا يضمن شيئاً لصاحبه، فأما أن يكون في يديه بعض مال بينهما، فيدعي على شريكه مقاسمة، يملك بها هذا البعض خاصة، فلا يجوز، ويحلف لشريكه، فإن نكل حلف شريكه، واستحق دعواه، وإذا كان العبد بين رجلين، فغصب رجل حصة أحدهما، ثم إن الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل، فالبيع جائز في نصيب الشريك البائع، ولا يجوز بيع الغاصب، ولو أجازته المغصوب، لم يجز إلا بتجديد بيع، في معنى قول الشافعي، وبالله التوفيق.