

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَاصِمٍ قَالَ سَمِعْتُ الْمُزْنِيَّ قَالَ (قال الشافعي) أَخْبَرَنَا ابْنُ أَبِي فُدَيْكٍ عَنِ ابْنِ أَبِي ذُنْبٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبُو الْمُعْتَمَرِ بْنُ عُمَرَ بْنِ نَافِعٍ عَنْ خَلْدَةَ أَوْ ابْنِ خَلْدَةَ الزُّرْقِيِّ (الشُّكُّ مِنَ الْمُزْنِيِّ) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا أَفْلَسَ فَقَالَ هَذَا الَّذِي قَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيَّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ^(١) (قال الشافعي) وَفِي ذَلِكَ بَيَانٌ أَنَّهُ جَعَلَ نَقْضَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ إِنْ شَاءَ إِذَا مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال كتاب التفليس، ويقال كتاب الفلاس قال بعض أصحابنا وأكره أن يقال كتاب الإفلاس، لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد اليسار والتفليس يستعمل في حجر الحاكم على المديون فكان أليق بالحال، والأصل في جواز الحجر بالفلس ما روي أن النبي ﷺ حَجَرَ عَلِيَّ مُعَاذٍ وَقَالَ لِغُرَمَائِهِ: خُذُوا مَا مَعَهُ فَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا مَا وَجَدْتُمْ وَرَوَى عِيَاضُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(٢) وَرَوَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ يُقَالُ لَهُ أُسَيْفُ أَفْلَسَ فَقَامَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: أَمَا بَعْدُ فَإِنَّ الْأُسَيْفَ أُسَيْفُ جُهَيْنَةَ وَكَانَ يُغَالِي بِالرَّوَاحِلِ رَضِيَ مِنْ أَمَانَتِهِ وَدِينِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجُّ فَأَدَانَ مَعْرُضًا فَأَصْبَحَ قَدْ دِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا فَإِنَّا آخِذُوا مَالَهُ وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَإِيَّاكُمْ وَالَّذِينَ فَإِنَّ أَوْلَهُ هُمْ وَأَجْرَهُ حَرْبٌ^(٣) ولأنه لما جاز الحجر بالمرض لأجل الورثة لأن المال صائر إليهم وإن لم يملكوه في الحال فأولى أن يجوز الحجر بديون الغرماء لأن المال لهم وقد استحقوه في الحال.

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند ١٦٣/٢ (٥٦٤) وأبو داود ٧٩٣/٣ - ٧٩٤ كتاب البيوع (٣٥٢٣) وابن ماجه ٧٩٠/٢ كتاب الأحكام (٢٣٦٠) وابن الجارود في المتقى (٢١٤) حديث (٦٣٤) والحاكم في المستدرک ٥٠/٢ كتاب البيوع وقال: صحيح الإسناد وأقره الذهبي.

(٢) أخرجه مسلم ١١٩١/٣ كتاب المساقاة (١٨ - ١٥٥٦).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ١٣٦/٢ - ١٣٧ بسند منقطع والبيهقي في السنن الكبرى ٤٩/٦ وانظر تلخيص الحبير ٤٠/٣ - ٤١.

فصل: فإذا ثبت جواز الحجر بالفلس فلا يجوز للحاكم أن يتدته من غير سؤال الغرماء فإذا سأله الحجر عليه بدين لهم لم يجز أن يوقع الحجر عليه إلا بعد ثبوت ديونهم وثبوتها بأحد وجهين إما بإقراره وإما بقيام البينة عليه عند إنكاره فإذا ثبت ديون الغرماء وجب على الحاكم أن ينظر قدر ماله فإنه لا يخلو من أن يعجز عن دينه أو يكون فيه وفاء بدينه فإن عجز ماله عن ديونه وجب على الحاكم أن يعجز عليه في ماله سواء سأله جميع الغرماء أو بعضهم؛ لأن في تركه متصرفاً في ماله إضاعة لديونهم وإبطالاً لحقوقهم، وأنه ربما عجل قضاء بعضهم وترك ديون الباقيين تالفة فكان الحجر عليه أولى ليمتنع من التبذير ويصل جميع الغرماء إلى حقوقهم بالسواء، وإن كان ماله يفي بديونه أو يزيد عليها لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن تظهر منه إمارات الإفلاس أو لا يظهر فإن لم يظهر منه إمارات الإفلاس - بل كان ماله يفي بديونه ويكتسب قدر نفقته ولم يكن مبدراً لماله - لم يجز الحجر عليه بل يأخذه الحاكم بقضاء ديونه فإن أبي حبسه بها إن سأل أربابها وإن ظهرت عليه إمارات الفلاس وذلك يكون في أحد وجهين:

إما من عجز عن كسبه عن قدر حاجته وإما من تبذيره وإسرافه في نفقته فهل يستحق الحجر عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحجر عليه الحاكم في ماله: لأن في تركه متصرفاً فيه إضاعة له وإبطالاً لحقوق غرمائه ويستدل قائل هذا الوجه لذلك من مذهب الشافعي بقوله في اختلاف المتبايعين: إذا قال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض أنه يجبر البائع على تسليم السلعة ويجبر المشتري على دفع الثمن فإن كان ماله غائباً حجر عليه في السلعة وفي جميع ماله. فقد أوقع الشافعي الحجر على من كان ماله يفي بدينه ويزيد.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يحجر عليه لقدرة على أداء دينه ولأن في إيقاع الحجر عليه تعجيل الحكم لعله مظنونة غير متحققة وذلك غير جائز وما يخالف من تبذير ماله قد يمكن الاحتراز منه بأن يؤخذ بتعجيل القضاء.

فصل: فإذا ثبت أن الحجر بالفلس مستحق بما ذكرنا فحجر الحاكم على ماله لغرمائه وكان فيهم من وجد عين ماله قبل قبض ثمنه فأراد الرجوع به فإن كان الحجر عليه لعجز ماله عن ديون غرمائه كان لكل من وجد عين ماله أن يرجع به فإن كان الحجر عليه مع وفاء ماله بديونه على أحد الوجهين فهل لمن وجد عين ماله الرجوع به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الرجوع بعين ماله؛ لأنه محجور عليه بالفلس كالعاجز.

والوجه الثاني: لا رجوع له؛ لأنه إنما رجع بعين ماله في الحجر بالعجز حتى لا يلحقه نقص وصاحب الوفاء قد يصل جميع غرمائه إلى ديونهم فلم يلحق أرباب الأعيان بتركها نقص.

فصل: فلو كان في يد المفلس أعيان لم يؤد أثمانها وقد زادت أسعارها فإن استرجعها أربابها عجز ماله عن دينه وإن تركوها عليه كان في ماله وفاء بدينه فقد اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم العاجز عن دينه أو حكم المليء به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يجري عليه حكم العاجز عن دينه؛ لأن تلك الأعيان مستحقة الاسترجاع فلم تعتبر زيادة أثمانها في ماله.

والوجه الثاني: أنه يجري عليه حكم المليء بدينه؛ لأن تلك الأعيان على ملكه قبل الاسترجاع فكانت زيادة أثمانها ملكاً له فعلى هذا إن لم تظهر عليه إمارات الإفلاس لم يحجر عليه وإن ظهرت عليه إمارات الإفلاس ففي وجوب الحجر عليه وجهان.

فصل: فإذا تمهد ما ذكرنا فكل غريم للمفلس ثبت دينه من ثمن مبيع لم يخل حال العين المبيعة إذا لم يقبض البائع ثمنها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون في يد البائع لم يسلمها إلى المشتري حتى حجر عليه بالفلس فللبائع أن يفسخ البيع فيها ويأخذ بثمنها وله أن يمضي البيع ويسلمها ويضرب مع الغرماء بثمنها وهذا قول متفق عليه ليس يعرف خلاف فيه، وعند أبي حنيفة: يقدم بائعه بثمنها.

والحال الثانية: أن يكون المشتري قد قبضها وخرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو استهلاك فالبائع لها أسوة الغرماء يضرب بثمنها معهم كأحدهم.

والحال الثالثة: أن يكون المشتري قد قبضها وهي قائمة في يده وباقية على ملكه فقد اختلف الناس هل يستحق البائع الرجوع بها أم لا؟ فذهب الشافعي إلى أن البائع أحق بها وله أن يسترجعها بثمنها وبه قال من الصحابة: عثمان وعلي وابن مسعود، وأبو هريرة ومن التابعين، عروة بن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، ومن الفقهاء مالك، والأوزاعي، وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: البائع أسوة الغرماء لا حق له في الرجوع بعين ماله. وبه قال الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، استدلالاً برواية الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي ﷺ وربما أسندوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: أئماً

أَمْرِي هَلَكَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ أَمْرِي بَعَيْنِهِ اقْتَضَى مِنْهُ شَيْئاً أَوْ لَمْ يَقْتَضِ فَهُوَ أُسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ^(١) وَلِأَنَّ الْبَائِعَ حَسِبَ الْمَبِيعَ عَلَى ثَمَنِهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُرْتَهَنِ حَسِبَ الرَّهْنَ عَلَى حَقِّهِ فَلَمَّا كَانَ الْمُرْتَهَنُ لِرَدِّ الرَّهْنِ عَلَى رَاهِنِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ حَقِّهِ وَجِبَ إِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ إِلَى مُشْتَرِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الرَّجُوعُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ ثَمَنِهِ، وَتَحْدِيدِ ذَلِكَ قِيَاساً أَنَّهُ مَحْبُوسٌ لِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ مِنْهُ فَجِبَ أَنْ يَكُونَ رَفْعُ الْيَدِ عَنْهُ مَسْقُطاً لِحَقِّ الْاسْتِيفَاءِ مِنْهُ كَالرَّهْنِ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ وَجِبَ لَهُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ حَقَانٌ:

أحدهما: ثبوت الثمن في الذمة.

والثاني: حبس المبيع على قبض ثمنه ثم ثبت أنه لو أسقط حقه من الثمن الذي في الذمة بالإبراء لم يعد إليه لحدوث الفس وحبس إذا أسقط حقه من حبس المبيع بالتسليم أن لا يعود إليه لحدوث الفس.

وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد نوعي حق يستحق بالعقد فوجب أن لا يعود إليه بالفلس بعد سقوطه بالفسو كالثمن، ولأن الحقوق المستقرة في الذمم لا تنتقل إلى الأعيان بتعذر الاستيفاء كالموسر إذا مظل، ولأنه تسليم يمنع حق الإمساك فوجب أن لا يعود إليه بالإفلاس كالهبة إذا قبضت، ولأنه لما كان المشتري قد ملك المبيع كسائر أمواله وكان الثمن مستقراً في ذمته كديون غرمائه وجب أن يكون حكم البائع كحكم جميع الغرماء وحكم المبيع كحكم سائر الأموال والدلالة على ما ذكرنا حديث خلدة أو ابن خلدة الزرقعي قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة في صاجب لنا قد أفلس فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بالمتاع إذا وجد بعينه فإن قالوا: هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به، لأن روايه مشكوك فيه هل هو خلدة أو ابن خلدة؟ فعنه جوابان:

أحدهما: أنه شك في اسمه لا في عينه وذلك غير مانع من الأخذ بروايته.

والثاني: أنه شك بين ثقتين، لأن خلدة ثقة مقبول الحديث وابن خلدة ثقة مقبول الحديث والشك بين راويين لا يمنع من الأخذ بالحديث إذا كانا ثقتين على أن الشافعي قد رواه من طريق آخر عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم

(١) الرواية الأولى المرسلة أخرجها أبو داود ٣/٣٠٩ كتاب البيوع (٣٥٢٠) وعبدالرزاق في المصنف ٨/٢٦٤ (١٥١٥٨) ومالك في الموطأ ٢/٨٣، والرواية الثانية المسندة أخرجها أبو داود أيضاً في الموضوع السابق (٣٥٢٢) والبيهقي في السنن ٦/٤٧.

عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» (١).

فإن قالوا: هذا حديث تفرد به أبو هريرة ولم يساعده عليه غيره وذلك وهن في الحديث يمنع من الأخذ به؟ قلنا: أبو هريرة من جملة الصحابة وليس تفرده بالحديث مانعاً من الأخذ به كما تفرد بالرواية عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا» ثم قد أخذ المسلمون كلهم به وعملوا وكما تفرد أبو ثعلبة الخشني «بِالنَّهْيِ عَنِ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ» وتفردت عائشة رحمها الله بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخُرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَيَّ أَنْ غَيْرَ أَبِي هُرَيْرَةَ قَدْ وَاظَمَهُ عَلَى الرَّوَايَةِ وَهُوَ مَا رَوَى فُلَيْحُ بْنُ سَلِيمَانَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا عَدِمَ الرَّجُلُ فَوَجَدَ الرَّجُلُ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» (٢)، وإن قالوا: فقلوه: «صاحبُ المتاعِ أحقُّ بِمَتَاعِهِ» لا يجوز أن يتوجه إلى البائع، لأن المتاع ليس له وإنما هو للمشتري وإذا كان كذلك وجب حمله على المفلس إذا كان مودعاً أو غاصباً ليصح كون المتاع ملكاً لمسترجعه قلنا: هذا التأويل لا يصح لأنه جعله أحق بمتاعه بوجوب شرط وهو حدوث الفسح وصاحب الوديعة والغصب مستحق استرجاع ماله بشرط وغير شرط وفلس وغير فلس ويكون معنى قوله: «فصاحب المتاع». الذي كان صاحب المتاع كما قال (الله) تعالى حاكياً عن يوسف: ﴿اجْعَلُوا بِضَاعَتَهُمْ فِي رِحَالِهِمْ﴾ [يوسف: ٦٢] يعني التي كانت بضاعتهم، لأنها خرجت عن ملكهم، وقال حاكياً عن أخوته: ﴿هَذِهِ بِضَاعَتُنَا رُدَّتْ إِلَيْنَا﴾ [يوسف: ٦٥] يعني: التي كانت بضاعتنا، على أننا قد روينها ما ذكرناه نصاً وهو ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: أَيْمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ فَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَأُ الْعُرْمَاءِ» (٣) ثم يدل على ذلك من طريق المعنى هو أن عقد البيع قد ملك به البائع الثمن في الذمة كما ملك به المشتري العين المبيعة ثم ثبت أن المشتري يستحق الفسخ بوجود العيب في العين المبيعة فوجب أن يستحق البائع الفسخ بحدوث العيب في العين المبيعة فوجب أن يستحق البائع الفسخ

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند ١٦٣/٢ كتاب التفليس (٥٦٢) والبخاري ٦٢/٥ كتاب الاستقراض

(٢٤٠٢) ومسلم ١١٩٤/٣ كتاب المساقاة (٢٤ - ١٥٥٩).

(٢) أخرجه البخاري ١٦٠/٩ كتاب النكاح (٥١٠٩) ومسلم ١٠٢٨/٢ كتاب النكاح (٣٣ - ١٤٠٨).

(٣) أخرجه ابن جبان ص ٢٨٣ حديث (١١٦٥) والهيثمي في كشف الأستار ١٠٠/٢ - ١٠١ (١٣٠١).

(٤) أخرجه أبو داود مراسلاً ٣٠٩/٢ كتاب البيوع (٣٥٢٠) ومالك في الموطأ (٦٧٨) بنحوه وصححه

وقد تقدم تخريجه.

كالعين، ولأن ما في الذمة قد يتنوع نوعين ثمناً ومثمناً فلما كان العجز عما كان في الذمة من الثمن في عقد السلم يقتضي الفسخ وجب أن يكون العجز عما في الذمة من الثمن في عقد البيع يقتضي الفسخ، وتحديد ذلك قياساً: أنه أحد نوعي ما ثبت في الذمة عن عقد معاوضة فجاز أن يستحق الفسخ بتعذره كالثمن في السلم، ولأن المشتري قد ملك ما ابتاعه قبل القبض (كما ملكه بعد القبض) فلما استحق البائع بفلس المشتري استرجاع ما باعه قبل القبض استحقه بعد القبض وتحديد ذلك أنه مشتر أفلس بثمان ما ابتاعه فجاز أن يستحق به البائع استرجاع ما باعه - إذا كان على ماله - قياساً على ما قبل القبض، ولأن الثمن في البيع مستوفى من ذمة المشتري كما أن السكنى في الإجارة مستوفاة من الدار المستأجرة فلما كان خراب الدار يقتضي فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة وجب أن يكون خراب الذمة يقتضي فسخ البيع واسترجاع العين المبيعة، وتحديد ذلك أنه حق تعين استيفاءه من محل فوجب أن يكون خراب المحل عند استيفاء الحق منه موجباً للفسخ كالإجارة، ولأن عقد البيع قد نقل ملك البائع عن العين المبيعة إلى الثمن في الذمة كما أن عقد الكتابة قد نقل ملك المشتري عن رقبة العبد إلى ما حصل له في ذمته فلما كان عجز المكاتب عما في ذمته موجباً لاسترجاع العين وجب أن يكون عجز المشتري عما في ذمته موجباً لاسترجاع العين وتحريمه أنه نوع معاوضة ينتقل به حق المعاوض من عين إلى ذمة فجاز أن يعود إلى العين عند خراب الذمة كالكتابة، وأما الجواب عن الخبر فهو مرسل لا يلزم الاحتجاج به وقد تفرد قتادة بنقله وغلط فيه والمشهور ما روينا من الطرق المختلفة ولو صح لكان محمولاً على أحد وجهين:

إما أن يكون حين مات موسراً.

وإما أن يرضى البائع أن يكون أسوة الغرماء على أن أبا حامد كان يقول: إن الغرماء ضربان منهم من يرجع بعين ماله ومنهم من لا عين له فيضرب بدينه في ملكه فلم يكن حمله على أحد الفريقين بأولى من حمله على الفريق الآخر، وأما الجواب عن قياسهم على الرهن فهو أن الرهن لما كان عقداً بطل بفسخه فلم يعد إلى الرهن إلا باستيثاقه وحق الحبس هاهنا كان لاستيفاء الثمن وهذا المعنى باق بعد رفع يديه فجاز أن يعود لبقاء الحق إلى أخذه، فأما الجواب عن قياسهم على الإبراء من الثمن فالإبراء لما أسقط الحق لم يكن له الرجوع فيه ورفع يده عن المبيع لما لم يسقط الحق جاز له الرجوع فيه، وأما الجواب عن استدلالهم بالموسر المماطل فمن وجهين:

أحدهما: أن مظل الموسر لم تخرب به الذمة فلم يستحق به الفسخ والفلس قد خربت به الذمة فاستحق به الفسخ.

والثاني: أن المومس إذا مظل أمكن استيفاء الحق منه جبراً بالحاكم والمفلس لا يمكن استيفاؤه منه، وأما الجواب عن قياسهم على الهبة فهو أنه لما لم يلحق الواهب ضرر بفلس من وهب له لم يستحق الرجوع عليه بفلسه ولما لحق البائع ضرر بفلس المشتري استحق الرجوع عليه بفلسه، وأما الجواب عن استدلالهم بعين البائع فهو أن عين البائع لما لم يتعلق حقه بعين لم ينصرف دينه إليها وليس كذلك البائع في عين ماله والله أعلم.

فصل: إذا ثبت أن للبائع الرجوع بعين ماله عند فسخ المشتري فهو بالخيار بين الفسخ واسترجاعه للعين وبين الإمضاء وأن يكون بالثمن أسوة الغرماء وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: إنما يكون البائع أحق بعين ماله ليستوفي حقه من ثمنه ويمنع الغرماء من مشاركته فيه كالرهن وإما أن يستحق الفسخ واسترجاع السلعة إلى ملكه فلا. وهذا الذي قاله أبو عبيد خطأ خالف به الإجماع، لأن الإجماع منعقد على قولين منهم من قال: لا حق له في عين ماله. ومنهم من قال: يستحق الفسخ والرجوع به. وقول أبي عبيد ثالث يخالفهما فكان مطرحاً هذا مع عموم قول النبي ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ». فإذا ثبت أن له الفسخ فهل يكون خيار الفسخ مستحقاً على الفور أو على التراخي؟ على وجهين:

أحدهما: أنه على الفور كالرد بالعيب فإن أخره مع الإمكان بطل خياره.

والثاني: أنه على التراخي ما لم يعزم الحاكم على بيع ماله كالقصاص الذي لا يكون على الفور بل على التراخي ثم لا يستحق الفسخ إلا بحكم حاكم، لأنه خيار مختلف فيه ثم اختلف أصحابنا بماذا يكون الفسخ؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بصريح القول أو بالفعل كما نفسخ في خيار المجلس وخيار الثلاث بالقول والفعل.

والوجه الثاني: وهو أصح - أنه لا يصح الفسخ إلا بالقول الصريح دون الفعل بخلاف الفسخ في زمان الخيار لأن ملك المشتري في زمان الخيار غير مستقر فجاز أن يفسخ بالفعل وملك المفلس مستقر فلم يصح أن يفسخ إلا بالقول الصريح دون الفعل.

فصل: فأما ما إن كان عين مال البائع قد تعلق به في يد المشتري حق لغيره فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يمنع من التصرف في الرقبة.

أو لا يمنع فإن لم يمنع من التصرف لم يمنع من استرجاع البائع له وذلك أن يكون المشتري قد أجره أو يكون عبداً قد زوجه فللبائع أن يرجع به بعد إجارتها وتزويجه والإجازة

على حالها والأجرة للمشتري تقسم بين غرمائه دون البائع، لأن المشتري قد ملكها بعقد الإجارة وكذلك صدق الأمة المزوجة وإن كان الحق الذي تعلق به مانعاً من تصرف المشتري في رقبته مثل الرهن والكتابة والجنابة منع البائع من استرجاعه وضرب مع الغرماء بئمه فإذا رهنه المشتري كان المرتهن أولى بئمه ولاحق لمانعه في استرجاعه، لأن البائع يقوم في استرجاعه مقام المشتري فلما كان المشتري ممنوعاً منه. فأولى أن يكون البائع ممنوعاً منه وكذلك لو كاتبه كتابة صحيحة لم يكن للبائع استرجاعه، لأن الكتابة قيد أزالته يد المشتري عنه فأولى أن يزيل يد البائع عنه وكذلك لو جنا جنابة تعلق أرشها برقبته كان المجني عليه أولى بئمه كالمرتهن ولاحق للبائع في استرجاعه. فلو فك من الرهن وعجز في الكتابة وأبرىء من الجنابة فإن كان ذلك بعد أن ضرب بئمه البائع من الغرماء فلا حق له في استرجاعه وإن كان قبل أن يضرب بالثمن مع الغرماء فهل له الفسخ واسترجاعه عين ماله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا حق له في استرجاعه ويضرب مع الغرماء بئمه، لأنه صار إلى حال زال عنه حكم الاسترجاع.

والوجه الثاني: له استرجاعه بالفسخ وأخذه بالثمن لقوله ﷺ: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» فلو كان المشتري قد باعه وكان البيع قد لزم بالافتراق وتقضى زمن الخيار منع البائع منه لزوال ملك المشتري عنه وإن كان البيع لم يلزم بعد لبقاء زمان خيار المجلس أو خيار الثلاث كان للبائع استرجاعه كما كان ذلك للمشتري الذي باعه فلو كان المشتري قد وهبه ولم يقبضه كان للبائع استرجاعه، لأن الهبة قبل القبض لا تلزم ولو كان قد قبضه لم يسترجعه البائع فلو كان المشتري قد أقرضه وأقبضه كان للبائع استرجاعه من يد مقرضه كما كان المشتري بعد قرضه وإقباضه أن يسترجعه فلو كان المشتري قد أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة ثم رجع إلى ملكه بابتياح أو هبة أو إرث فهل يستحق البائع استرجاعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا حق له في استرجاعه، لأنه لما صار إلى حال لا يصح استرجاعه سقط حقه من الرجوع به.

والوجه الثاني: له استرجاعه لوجوده في ملك مبتاعه قبل دفع ثمنه، فلو كان المشتري قد باعه ثم ابتاعه بئمن لم يدفعه حتى فليس كان البائع الثاني أحق باسترجاعه من الأول فإن عفا البائع الثاني عن استرجاعه وضرب مع الغرماء بئمه فهل يستحق البائع الأول استرجاعه أم لا؟ على الوجهين الماضيين. فلو كان المشتري قد باعه على ثالث ثم ابتاعه بئمن لم يدفعه

حتى فحضر الباعة الثلاثة قبل قبض ثمنه كان البائع الثالث أحق باسترجاعه فإن عفا الثالث عنه: فهل للأول والثاني حق في استرجاعه أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه لا حق لواحد منهما في استرجاعه.

والثاني: يستحقه الثاني دون الأول لأنه أقرب.

والثالث: أنهما يسترجعانه بينهما نصفين فيأخذ كل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ويضرب مع الغرماء بالنصف الباقي من الثمن.

فصل: فلو كان المبيع شقصاً فاستحقت فيه الشفعة وفلس المشتري ثم حضر البائع والشفيع وتنازعا في أخذ الشقص فاختلف فيه أصحابنا أيهما أحق بأخذه؟ على وجهين:

أحدهما: أن البائع أحق به من الشفيع لأن ما يدخل عليه من الضرر أكثر مما يدخل على الشفيع.

والوجه الثاني: - وهو أصح - أن الشفيع أولى به لأمرين:

أحدهما: أنه استحق الشفعة بالبيع المتقدم والبائع استحق الاسترجاع بالفلس الحادث فكان الشفيع أولى لتقدم حقه.

والثاني: أنه لما كان المشتري لو باع الشقص كان الشفيع أولى بأخذه فأولى إذا أفلس أن يكون أحق بأخذه فعلى هذا إذا أخذ الشفيع الشقص بالشفعة. فهل يقدم البائع بثمنه أو يكون أسوة الغرماء فيه؟ على وجهين:

أحدهما: أن البائع يقدم بثمنه على جميع الغرماء كما كان مقدماً باسترجاعه على جميع الغرماء.

والوجه الثاني: أن البائع أسوة جميع الغرماء في ثمنه لفوات العين وأن ما دفع الشفيع من الثمن في حكم مشتر لو اشتراه فدفع الثمن كان جميع الغرماء فيه أسوة فكذلك ما دفع الشفيع من الثمن يجب أن يكون جميع الغرماء فيه أسوة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُقَالُ لِمَنْ قَبِلَ الْحَدِيثَ فِي الْمُفْلِسِ فِي الْحَيَاةِ دُونَ الْمَوْتِ قَدْ حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْحَيِّ فَحَكَمْتُمْ بِهَا عَلَى وَرَثَتِهِ فَكَيْفَ لَمْ تَحْكُمُوا فِي الْمُفْلِسِ فِي مَوْتِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا حَكَمْتُمْ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ فَقَدْ جَعَلْتُمْ لِلْوَرَثَةِ أَكْثَرَ مِمَّا لِلْمُورَثِ الَّذِي عَنْهُ مَلَكَوْا وَأَكْثَرَ حَالِ الْوَارِثِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ إِلَّا مَا لِلْمَيِّتِ».

قال الماوردي: اعلم أن موت المشتري قبل دفع الثمن مع بقاء السلعة معه لا يخلو من

أحد أمرين:

إما أن يموت مفلساً.

أو موسراً فإن مات موسراً: كان البائع أسوة الغرماء ولا حق له في استرجاع ما باع، هذا مذهب الشافعي - رحمه الله - وجمهور أصحابه، وقال أبو سعيد الأصبخري: من يتهم أن للبائع استرجاع ماله بموت المشتري موسراً كما له استرجاعه بموت المشتري مفلساً لقول النبي ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» قال ولأنه لما رجع بعين ماله بإفلاس المشتري لخراب الذمة بالإفلاس كان رجوعه بعين ماله بموت المشتري أولى لتلف ذمته بالموت. وهذا خطأ، لأن رجوع البائع بعين ماله لما لم يلحقه من الضرر بقبض الثمن - وهذا المعنى موجود في المفلس الحي ومعدوم في الموسر الميت - فلا وجه للجمع بينهما في افتراق المعنى فيهما ويكون معنى قوله: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ» بمعنى: مات مفلساً أو أفلس حياً، وتلف الذمة بالموت ليس يمنع عن وصول البائع إلى حقه وخرابها بالفلس في الحياة يمنعه من وصوله إلى حقه فلم يكن للاستدلال بهذا وجه.

فصل: وإذا مات المشتري مفلساً فللبائع استرجاع ماله، وقال مالك: قد سقط بموت

المشتري رجوع البائع بعين ماله فلا حق له فيه ويضرب مع الغرماء بثمنه. استدلالاً بروايته عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ» وهذا نص، قال: ولأن المبيع بعد الموت قد صار ملكاً لوارثه فلم يجوز أن ينتزع منه بفلس غيره كما لا يجوز أن ينتزع ممن انتقل إليه ببيع أو غيره قال:

ولأن ديون الميت قد انتقلت بالموت من ذمته إلى عين تركته، فاستوى البائع وجميع

الغرماء في تعلق حقوقهم بأعيان تركته والدليل على ما قلناه قول النبي ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ». ولأنه لما استحق بفلس الحي أن يرجع بعين ماله مع بقاء ذمته فرجوعه بفلس الميت أولى ذمته ولأن كل حق تعلق بالعين لم يبطل بالموت مع بقاء العين كالرهن إذا مات راهنه والعبد الجاني إذا مات سيده، وأيضاً مما استدل به الشافعي: من أن أقوى أحوال الوارث أن يكون مثل موروثه فلما لم يكن للمفلس أن يمنع البائع من الرجوع بعين ماله فوارثه أولى أن لا يكون له منع البائع من الرجوع بعين ماله. اعترض المزني على هذا الاستدلال فقال: قد قال الشافعي في الحبس: إذا هلك أهله رجع إلى أقرب الناس بالمحبس. قد جعل الأقرب بالمحبس في حياته ما لم يجعل للمحبس

يريد: أن الرجل إذا وقف على أولاده فهلوكوا في حياته كان الوقف راجعاً إلى أقرب الناس بالواقف. ولا يرجع إلى الواقف لكن روى المزني: أنه يرجع إلى أقربهم فظاهر هذا استواء الأغنياء فيه والفقراء. وروى حرملة: أنه يرجع إلى الفقراء من قرابته. وليس ذلك على قولين كما وهم بعض أصحابنا فيه وأما الإطلاق في رواية المزني محمول على المقيد في رواية حرملة قال المزني: قد جعل لورثته ما لم يجعل له في حياته. فأجاب أصحابنا عن ذلك بجوابين:

أحدهما: وهو جواب أبي إسحاق المروزي: أن الواقف أخرج الوقف لله فلم يجز أن يعود إليه لهذا المعنى وهذا معدوم في قرابته.

والجواب الثاني: وهو جواب أبي علي بن أبي هريرة: أن رجوع الوقف إلى قرابة الواقف ليس بالإرث لأن الحي لا يرث، ولأن الواقف لو ترك بنت بنت وعمما رجع الوقف إلى بنت بنت وإن لم تكون وارثة لأنها أقرب ولم يرجع إلى العم وإن كان وارثاً لأنه أبعد فإذا لم يرجع الوقف إليهم بالإرث لم يقوموا فيه مقامه فجاز أن يكون أقوى منه ومال المفلس إنما صار إلى ورثته بالموت فلم يجز أن يكونوا فيه أقوى منه فأما الجواب عما استدل به مالك من الخبر فهو أنه مرسل والاحتجاج به لا يلزم، ولو التزمناه لكان محمولاً على أحد وجهين: إما أن يحمل على من مات موسراً.

وإما أن يحمل على البائع إذا لم يرد الرجوع بعين ماله، وأما الجواب عن قولهم أنه قد انتقل بالموت إلى ملك وارثه فهو أن الملك انتقل بالموت إلى ملك الوارث على الوجه الذي كان على ملك المورث، ألا ترى أنه لو مات عن شقص قد استحق بالشفعة كان الشقص منتقلاً إلى الوارث مع ما قد تعلق به من استحقاق الشفعة كذلك مال المفلس قد انتقل إلى الوارث بما قد تعلق به من حق الاسترجاع، وأما الجواب عن قولهم أن ديون الميت قد انتقلت بتلف الذمة إلى عين ماله فاستوى البائع وجميع الغرماء: فهو أن هذا غير صحيح، لأنه لو تعلق حقوقهم بعين ماله لما جاز للورثة أن يفضوا ديونهم من أموالهم على أننا لو سلمنا هذا لكانت متعلقة بما سوى الأعيان التي يبيع عليه لتعلق حقوق بائعيها بها.

فصل: فإذا ثبت لكل من وجد عين ماله أن يرجع به على المفلس حياً وميتاً. فلا يخلو حال الميت مفلساً من أحد أمرين:

إما أن يكون بعد وقوع الحجر عليه بالفلس.

أو يكون قبل وقوع الحجر عليه بالفلس فإن كان موته بعد أن حجر الحاكم عليه بالفلس فالمقصود بالحجر عليه شيئين:

أحدهما : حفظ ماله على غرمائه ليصلوا إلى حقوقهم منه .

والثاني : رد الأعيان إلى بائعها إذا لم يقضوا أثمانها وإن مات قبل حجر الحاكم عليه لم يجز أن يوقع الحجر حجر المفلس على ماله بعد الموت إلا أن يكون عاجزاً عن قدر الدين فإن كان فيه وفاء بالدين سقط حجر المفلس عنه وجهاً واحداً وإن كان في الحي على وجهين ، لأن الحي يخاف تبذيره فجاز الحجر عليه مع الوفاء وقد أمن ذلك في حال الميت ، لأن الورثة ممنوعون من التصرف بكل حال في تركة الميت إلا بعد قضاء دينه فلم يجز إيقاع حجر المفلس على ماله مع وجود الوفاء ثم المقصود بهذا الحجر عند عجز المال رد الأعيان على بائعها إذا لم يقبض أثمانها فأما حفظ التركة على الغرماء فذلك مستحق مع وجود الفس وعدمه والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَا أَجْعَلُ لِلْغُرْمَاءِ مَنَعَهُ بِدْفَعِ الثَّمَنِ وَلَا لِيُورَثَهُ الْمَيِّتَ وَقَدْ جَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُمْ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَقَالَ فِي الْمَحْبَسِ إِذَا هَلَكَ أَهْلُهُ رَجَعَ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْمَحْبَسِ فَقَدْ جَعَلَ لِأَقْرَبِ النَّاسِ بِالْمَحْبَسِ فِي حَيَاتِهِ مَا لَمْ يَجْعَلْ لِلْمَحْبَسِ وَهَذَا عِنْدِي غَيْرُ جَائِزٍ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا كان عين مال البائع زائد القيمة على ثمنه فبذل له غرماء المفلس جميع الثمن وافيّاً لبيعوا السلعة مع زيادتها لم يلزمه ذلك وكان أحق بعين ماله وكذلك ورثة الميت إذا بذلوا له الثمن موفراً من أموالهم ، وقال مالك : إذا بذل الغرماء للبائع ثمن سلعته سقط حقه من الرجوع بها استدلالاً بأن رجوعه بعين ماله إنما كان لإزالة الضرر عنه بما يدخل عليه من النقص من مشاركة الغرماء ولذلك لم يكن له الرجوع بعين ماله في غير المفلس لفقد هذا المعنى فإذا بذل له الغرماء الثمن موفراً زال عنه الضرر فسقط حقه من الرجوع كما سقط في غير المفلس ، ولأن تعلق حق المرتهن بالرهن أقوى من تعلق حق البائع بالعين ، لأنهما إذا اجتمعا قدم المرتهن على البائع فلما ثبت أن الغرماء لو بذلوا للمرتهن دينه سقط حقه من الرهن وجب إذا بذلوا للبائع الثمن أن يسقط حقه من العين ، ولأن للمؤجر أن يفسخ الإجارة بفلس المستأجر كما للبائع أن يفسخ البيع بفلس المشتري فلما كان الغرماء لو بذلوا للمؤجر الأجرة سقط حقه من الفسخ وجب إذا بذلوا للبائع الثمن أن يسقط حقه من الفسخ ، ودليلنا : عموم قوله ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» . ولأن حدوث العيب في ذمة المشتري كوجود العيب في المبيع فلما كان بذل البائع أرش العيب لا يمنع المشتري من الرد وجب أن يكون بذل الغرماء الثمن لا يمنع البائع من استرجاع العين ، ولأن حق البائع في استرجاع العين كحق الشفيع في انتزاع الشقص بالشفعة فلما كان بذل الغرماء

الثلث للشفيع لا يسقط حقه من الشفعة كان بذل الغرماء الثلث للبائع لا يسقط حقه من استرجاع العين، ولأن المال المبذول للبائع لا يخلو من أحد أمرين:
إما أن يكون للمفلس.

أو للغرماء فإن كان للمفلس لم يجز بذله لأنه لا يجوز أن يخص بعض الغرماء بالتوفير عليه دون بعض وأن البائع لا يأمن ظهور غريم لم يرض وإن كان المبذول من مال الغرماء لم يجبر على قبوله لأنه لا معاملة بينه وبينهم، فأما الجواب عن استدلاله بزوال الضرر عنه فمن وجهين:

أحدهما: فساده ببذل أرش العيب.

والثاني: أن الضرر لم يزل لجواز حدوث غريم لم يرض، وأما الجواب عن استدلاله بالرهن فهو أن تعلق حق المرتهن بالرهن على سبيل الاستيثاق لا على سبيل التمليك فإذا وصل إلى حقه من غير الرهن فقد حصل له الاستيثاق به وليس كذلك البائع لأن تعلق حقه بعين ماله على وجه التمليك له فلم يسقط ببذل الثلث ألا ترى أن المرتهن ليس له أخذ الرهن بحقه وللبائع أخذ العين بحقه وأما الجواب عن استدلاله بالإجارة: فهو أنه متى لم يكن الشيء المستأجر مشغولاً بزرع للمفلس فللمؤجر فسخ الإجارة ولا يلزمه الإمساك ببذل الأجرة وإن كان مشغولاً بزعره واتفق الغرماء على بذل تسليم الأجرة فللمؤجر الفسخ وأخذ أجرة المثل ولا يسرجع الأرض قبل حصاد الزرع فقد فسخ الإجارة وإن لم يسترجع الأرض وإنما لم يجز أن يسترجعها إذا بذل له ثمن مثلها وجاز للبائع استرجاع العين وإن بذل له ثمن مثلها أن بذل الأجرة من استصلاح مال المفلس فيقع لازماً لا خيار فيه لمن غاب من الغرماء كما يبذل من ماله أجور حفاظه وليس كذلك بذل ثمن المبيع لأنه لا يقع لازماً ولا فيه استصلاح لباقي ماله. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأِنْ تَغَيَّرَتِ السَّلْعَةُ بِنَقْصٍ فِي بَدْنِهَا بِعَوْرٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ زَادَتْ فَسَوَاءٌ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا كَمَا تَنْقُصُ الشَّفْعَةُ بِهِدْمٍ مِنَ السَّمَاءِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا».

قال الماوردي: وهذا فصل يجب تفصيله. وجملة ذلك أن السلعة المبيعة إذا تغيرت في يد المشتري لم يخل من أحد أمرين إما أن تتغير بنقص أو بزيادة فإن كان تغيرها بنقص فالنقص ضربان:

أحدهما: أن يكون نقصها متميزاً.

والثاني: أن يكون نقصها غير مميز فإن كان النقص مميزاً ولم يكن تبعاً لما بقي كعبدین مات أحدهما أو ثوبین تلف أحدهما فللبائع أن يرجع بالباقي منهما بحسابه من الثمن وقسطه لأن الثمن كان مقسماً عليهما ويضرب مع الغرماء بحصة التالف منهما ويكون الثمن مقسماً على قيمتهما، لأنهما مختلفان إلا أن يكون ذلك مماثل الأجزاء مثل: قفيزين من طعام يتلف أحدهما ويبقى الآخر فيأخذ الباقي منهما بنصف الثمن ليقسط ذلك على أجزائهما ويضرب مع الغرماء بالنصف الباقي من الثمن وسواء كان التالف منهما باستهلاك منه أم لا فإن قيل فهلا كان فيما يأخذ الباقي به قولان:

أحدهما: بجميع الثمن.

والثاني: بحسابه كما لو تلف حين العقد كان فيما يأخذه المشتري به قولان؟ قيل قد كان بعض أصحابنا يغلط فيفعل ذلك ويخرجه على قولين وامتنع جمهور أصحابنا والمحققون منهم أن يخرجه على قولين وفرقوا بينهما بأن أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أو آخرها فدعت الضرورة في تفريق الصفة ليؤكد العقد في أوله أن يجعل الباقي بينهما بجميع الثمن على أحد قولين حتى لا يقع جهالة في الثمن فبطل العقد وليس كذلك في استرجاع البائع له بفلس المشتري لأنه لم يستأنف عقداً تقع الجهالة في ثمنه، فهذا حكم النقص إذا تميز وانفصل.

فصل: وإن كان النقص غير متميز فهو على ضربين: ضرب يمكن إفراده، وضرب لا يمكن إفراده بالعقد فإن كان مما لا يمكن إفراده بالعقد مثل عور العبد أو ذهاب يده أو هزاله بعد سمنه لم يخل ذلك من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ذلك بحادث من السماء.

والثاني: أن يكون بجناية المشتري.

والثالث: أن تكون بجناية أجنبي فإن كان هذا النقص بحادث من السماء فللبائع أن يأخذه ناقصاً بجميع ثمنه ولا يرجع على المفلس المشتري بأرش نقصه لأن المشتري ضمنه بثمنه ومن ضمن الشيء بثمنه لم يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده وكان ذلك مخالفاً للغاصب، لأن الغاصب لما كان ضامناً للشيء المغصوب قيمته دون ثمنه ضمن أرش ما حدث من النقص في يده وإن كان هذا النقص بجناية أجنبي فأرشفها مضمون عليه بجنابته فيكون للبائع أن يأخذه ناقصاً بالثمن ويرجع بأرش النقص لأنه مضمون على جنابته ألا ترى أنه لو كان في يد بائعه فجنى عليه أجنبي أخذه المشتري بثمنه وأخذ أرش نقصه وإذا

وجب للبائع . - إذ استرجع العبد بثمنه - أن يرجع بأرش نقصه نظر في الأرش فإن كان باقياً على الجاني لم يأخذه المشتري كان للبائع أن يختص بأخذه ولا يشارك الغرماء فيه لأنه بدل من عين الذي تفرد باسترجاعها فإن كان الأرش قد أخذه المشتري واستهلكه ضرب البائع بقدر الأرش مع الغرماء ولم يتقدم به عليهم لأنه بدل عن مستهلكه غير موجود وإن كان هذا النقص بجناية المشتري ففيها وجهان : ذكرناهما في البيوع إذا جنى البائع على ما في يده من المبيع .

أحد الوجهين : أن أرش جنائته غير مضمون عليه - كحادث من السماء - فعلى هذا للبائع أن يسترجعه ناقصاً بكل الثمن إن شاء ولا أرش له .

والوجه الثاني : أن أرش جنائته مضمون عليه كجناية الأجنبي فعلى هذا للبائع أن يسترجعه ناقصاً بكل الثمن وضرب مع الغرماء بأرش النقص فهذا حكم النقص المتصل إذا لم يمكن إفراده بالعقد .

فصل : وإن كان النقص المتصل مما يمكن إفراده بالعقد كدار انهدمت أو بعضها أو كأرض غرق شيء منها فروى المزني وحرمله : أن البائع يأخذ المبيع ناقصاً بكل الثمن وروى الربيع ، والبويطي ، والزعفراني في القديم في الشفعة : إن الشفيع يأخذ ذلك ناقصاً بحسابه من الثمن فاختلف أصحابنا في الشفعة والفلس على أربعة طرق :

فمنهم من خرج مسألة المفلس والشفعة على قولين لاختلاف الروايتين . وهذه طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل .

أحد القولين : أن للبائع والشفيع أن يأخذه ناقصاً بكل الثمن لأن النقص تابع فأشبه العور وذهاب اليد .

والقول الثاني : أن للبائع والشفيع أن يأخذه ناقصاً بحسابه من الثمن ، لأن النقص لما صح إفراده بالعقد جرى مجرى العبد والثوبين إذا تلف أحدهما .

والطريقة الثانية : وهي طريقة طائفة من البصريين : أن في الفلس يرجع البائع به ناقصاً بجميع الثمن إن شاء على ظاهر نصه في رواية المزني وحرمله وفي الشفعة إذا أخذها الشفيع ناقصاً على قولين على حسب اختلاف الروايتين .

والطريقة الثالثة . وهي طريقة أبي العباس بن سريج : أن في الفلس يأخذه البائع ناقصاً بجميع الثمن كما نقله المزني وحرمله وفي الشفعة يأخذها الشفيع ناقصاً بحسابه من الثمن وقسطه كما نقله الربيع والبويطي ونسب المزني إلى الخطأ حين نقل في الفلس وكذلك

الشفعة وكان من فرقه بين الفليس والشفعة أن الشفيع في الشفعة يحل محل المشتري فلما كان المشتري قد لزمه الثمن في مقابلة جميع المبيع لم يجز أن يلتزم الشفيع الثمن كله في مقابلة بعض المبيع والبائع في الفليس لا يحل محل المشتري وإنما يقطع العقد المتقدم لما لحقه من الضرر المستحدث فلذلك زال بقطع العقد جميع الثمن .

والطريقة الرابعة: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي : أن اختلاف الروايتين محمول على اختلاف حالين فرواية المزني وحرمله أنه مأخوذ بكل الثمن في الشفعة والفليس إذا كانت الآلة بعد الهدم باقية لأن للنقص آثار غير متميزة كالعور والهزال ورواية الربيع والبويطي أنه مأخوذ بحسابه وقسطه من الثمن في الشفعة والفليس إذا كانت الآلة بعد الهدم تالفة لأنه نقص مميز وقد تلف بعض التميز أتلف بعض المبيع كموت أحد العبدین وتلف أحد الثوبين .

فصل: فأما إذا كان المبيع قد زاد فالزيادة ضربان متميزة وغير متميزة فإن كانت الزيادة متميزة كالنتاج والثمرة فهي للمشتري وللبائع أن يرجع بالأصل دون الزيادة لأن من حكم الزيادة المتميزة أن تتبع الملك دون المالك ألا ترى أن رد الأصل بالعيب لا يوجب رد زيادته المتميزة كذلك في الفليس فإن كانت الزيادة غير مميزة كالطول والسمن فللبائع أن يرجع بالأصل زائداً لأن الزيادة المتصلة من حكمهما أن تتبع الملك دون المالك ألا ترى أن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته المتصلة به ، فإن قيل : أليس الصداق إذا زاد زيادة متصلة غير متميزة منع الزوج إذا طلق قبل الدخول أن يرجع بنصف الصداق زائداً ورجع بنصف القيمة لحدوث الزيادة المتصلة على ملك الزوجة فهلا كان في الفليس كذلك؟ قيل : قد كان أبو العباس بن سريج يسوي بين الموضعين ويقول : إنما رجع البائع بعين ماله زائداً في الفليس لتعذر البذل عليه وإعوازه بالفليس والزوج لما لم يتعذر عليه الرجوع ببذل الصداق لم يرجع بنصف الصداق زائداً ولو تعذر بذل الصداق من جهتها بحدوث فلسها كان له أن يرجع بنصف الصداق زائداً فاستوى الحكم فيهما مع اليسار في العدول عن العين في الفليس الرجوع بزيادة العين . وفرق سائر أصحابنا بين الموضعين ، فكان أبو إسحاق المروزي يفرق بين الفليس والصداق : بأن الصداق لما كان لو تلف رجع الزوج إلى قيمته التي لا تزيد على الصداق ولم يجز أن يرجع مع البقاء بزيادة الصداق ولما كان المبيع لو تلف رجع البائع بالثمن الذي قد يزيد على قيمة المبيع كان له أن يرجع مع البقاء بزيادة المبيع . وكان أبو علي بن أبي هريرة يفرق بينهما بفرق ثاني فيقول : إنما لم يرجع الزوج بزيادة الصداق لأنه لم يكن له حق قبل الطلاق ولا تعلق بالصداق وإنما استحدث الحق بالطلاق بعد حدوث الزيادة فلم يكن له حق في الزيادة ، وفي الفليس لما كان حق البائع

متقدماً على الفليس وكان له تعلق بالمبيع قبل الزيادة جاز أن يرجع بالمبيع بعد حدوث الزيادة وكان أبو الفياض البصري يفرق بينهما بفرق ثالث فيقول: لما كان سبب استحقاق الصداق من جهة الزوج بطلانه صار متهماً بالطمع في الزيادة فكذلك لم يكن له الرجوع بالصداق مع حدوث الزيادة ولما كان سبب استحقاق البائع عين ماله من جهة المشتري بفلسه انتفت التهمة عن البائع بالطمع في الزيادة فكان له الرجوع بعين ماله مع حدوث الزيادة. وكان أبو حامد الأسفراييني يفرق بينهما بفرق رابع فيقول: لما كان للبائع أن يعدل عن عين ماله إذا كان موجوداً إلى الثمن وإن كان أضعاف القيمة كان له أن يأخذ عين ماله مع حدوث الزيادة ولما لم يكن للزوج أن يعدل عن الصداق إذا كان موجوداً لم يكن له فيه حق إذا كان زائداً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلًا فِيهِ ثَمْرٌ أَوْ طَلَعُ قَدْ أُبْرَ وَأَسْتَنْهَاهُ الْمُشْتَرِي وَقَبَضَهَا وَأَكَلَ الثَّمْرَ أَوْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ثُمَّ فَلَسَ أَوْ مَاتَ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ وَيَكُونُ أَسْوَأَ الْغَرْمَاءِ فِي حِصَّةِ الثَّمْرِ يَوْمَ قَبْضِهِ لَا يَوْمَ أَكَلِهِ وَلَا يَوْمَ أَصَابَتْهُ الْجَائِحَةُ».

قال الماوردي: وصورتها أن يتاع النخل مع الثمرة ثم فلس وقد بقيت النخل وتلفت الثمرة فلا تخلو الثمرة وقت العقد من أحد أمرين: إما أن تكون مؤبرة.

أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة لم تدخل في العقد إلا بالشرط فيصير العقد قد تضمن شيئين مقصودين به فإذا أفلس المشتري بعد استهلاك الثمر كان للبائع أن يأخذ النخل بحصتها من الثمن سواء تلفت الثمرة باستهلاك المشتري أو بجائحة من السماء كما لو تلف أحد العبدین كان للبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن سواء كان تلف التالف بحادث سماء أو جنایة آدمي، لأن كل واحد منهما مقصود بالعقد وإن كانت الثمرة وقت العقد غير مؤبرة فدخولها في العقد على وجه التبعية لا بالشرط فعلى هذا لا يخلو تلفها من أحد أمرين إما أن يكون بجائحة من سماء أو بجنایة باستهلاك آدمي فإن كان تلفها باستهلاك آدمي فللبائع أن يأخذ النخل بحسابه من الثمن وقسطه سواء كان استهلكها المشتري أو أجنبي لأن المشتري إذا استهلكها فقد صارت مضمونة عليه، وإذا استهلكها غيره فقد استحق عليه بدلها فصارت في الحالين مضمونة عليه بقسطها من الثمن فيضرب به البائع مع الغرماء، وإن كان تلفها بجائحة من السماء ففيه وجهان:

أحدهما: أن للبائع أن يأخذ النخل إن شاء بجميع الثمن لأن الثمرة هاهنا تبع ولم يصل المشتري إلى شيء منها فلم يلزمه غرمها.

والوجه الثاني: أن للبائع أن يأخذ النخل بحسابه من الثمن وقسطه، لأن الثمرة التالفة مما يمكن أفرادها بالعقد وإن كانت تبعاً.

فصل: فإذا تقرر أن البائع يأخذ النخل بحسابه من الثمن فاعتبار ذلك أن تقوم النخل مع الثمرة في أقل الحالين قيمة من وقت العقد إلى وقت القبض؛ لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أقل فما حدث بعد العقد من الزيادة فهو بحادث في ملك المشتري فلم يجز أن يقوم في حق البائع وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر فنقصه مضمون على البائع وما كان من ضمانه لم يجز أن يقوم على غيره فلذلك ما وجب أن يعتبر فيه أقل القيمتين من وقت العقد إلى وقت القبض فالشافعي وإن أطلق القول في أن اعتبار قيمته وقت القبض فإن مراده: أن يقوم وقت القبض إذا كانت قيمته فيه أقل وإن كانت أكثر وجب أن تقوم وقت العقد فتقوم النخل مع الثمرة فإذا قبل قيمتها ألف درهم قومت النخل، فإذا قيل قيمتها تسعمائة درهم كان قسط الثمرة عشر القيمة فيضرب البائع مع الغرماء بعشر الثمن فإن كان الثمن ألفاً فعشرها مائة درهم وهو القدر الذي يستحقه فيضرب بها مع الغرماء وإن كان الثمن ألفاً وخمسمائة فعشرها مائة وخمسون وهو القدر الذي يستحقه فيضرب بها مع الغرماء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهَا مَعَ ثَمَرِ فِيهَا قَدْ أَخْضَرَ ثُمَّ فَلَسَ وَالثَّمَرُ رُطْبٌ أَوْ تَمْرٌ».

قال الماوردي: وهذا مما قد دخل في التقسيم وقد تقدم الجواب عنه: وهو أن يبيعه نخلاً مع ثمرة والثمرة بلح أو خلال أخضر وفلس المشتري وقد صارت الثمرة رطباً أو تمراً فللبائع أن يرجع بالنخل مع الثمرة، لأن الزيادة في الثمرة غير متميزة فصارت تبعاً للملك فإذا رجع البائع بعين ماله لم تنفصل الزيادة عنه ورجع به زائداً وهكذا لو باعه فسيلاً فصار الفسيل أنخلاً رجع بها نخلاً زائداً وكذلك أشباه ذلك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ بَاعَهُ زُرْعاً مَعَ أَرْضٍ خَرَجَ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ ثُمَّ أَصَابَهُ مُدْرَكًا أَخَذَهُ كُلَّهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وجملة حال الأرض المزروعة إذا بيعت مع زرعها أنه لا يخلو حال الزرع الذي فيها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بذراً.

والثاني: أن يكون بقللاً.

والثالث: أن يكون سنبلاً فإن كان الزرع بذراً مدفوناً لم يظهر بعد فإن جهلاً جنسه

وقدره بطل البيع في البذر، وهل يبطل في الأرض أم لا؟ على قولين: من تفريق الصفقة ومن أصحابنا من أبطله قولاً واحداً للجهالة بضمن البذر وإن كان البذر معلوم الجنس والقدر لم يجز بيعه مفرداً وفي جواز بيعه مع الأرض وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قوله هاهنا - جوازه خرج أو لم يخرج ووجهه أن ما كان تبعاً لمعلوم لم تضر الجهالة به كأساس البناء واللبن في الضرع.

والوجه الثاني: - وهو ظاهر نصه في كتاب الأم - أن بيعه باطل، لأنه وإن كان تبعاً فهو مقصود بخلاف الأساس واللبن فإنه لا يدخل في البيع إلا بشرط وتأول من ذهب إلى هذا الوجه قول الشافعي: «خرج أو لم يخرج» لمعنى خرج سنبله أو لم يخرج سنبله - فعلى هذا في بطلان البيع قولان ومن أصحابنا من قال: يكون باطلاً قولاً واحداً، وإن كان الزرع بطلاً أو قصيلاً فبيعه مفرداً يجوز بشرط القطع ومع الأرض من غير اشتراط القطع لأنه يصير تبعاً لغيره كما يجوز بيع الثمرة على رؤوس نخلها قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وإن كان الزرع سنبلًا مشتدًا فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون حبه بارزاً لإكمام عليه كالشعير.

وإما أن يكون مستجنأ بكمام كالحنطة فإن كان بارزاً بغير كمام جاز بيعه مفرداً وجاز بيعه مع الأرض وإن كان مستجنأ بكمام ففي جواز بيعه مفرداً قولان:

أحدهما: إن بيعه مفرداً جائز فعلى هذا إذا بيع مع الأرض فأولى أن يكون جائزاً.

والقول الثاني: أن بيعه مفرداً باطل فعلى هذا في بيعه مع الأرض وجهان:

أحدهما: يجوز لكونه تبعاً.

والثاني: لا يجوز لأنه مقصود وإن كان تبعاً فعلى هذا يكون في بيع الأرض قولان من تفريق الصفقة ومن أصحابنا من أبطل بيع الأرض قولاً واحداً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من بيع الأرض مع زرعها وقلنا بجواز بيعها فإن كان الزرع بذراً نظر حاله عند فليس المشتري فإن كان بذراً أيضاً لم يثبت للبايع أن يرجع بالأرض مع بذرها وإن كان البذر قد نبت وصار بطلاً أو قصيلاً رجوع بالأرض وفي رجوعه بالزرع وجهان:

أحدهما: لا يرجع بالزرع لأنه غير البذر فصار البذر المبيع غير موجود العين فيرجع بالأرض ويضرب مع الغرماء بما قابل البذر - وعلى هذا الوجه لو باعه بيضاً فحضرته حتى صار فراخاً لم يرجع البائع بالفراخ وضرب مع الغرماء بضمن البيض.

والوجه الثاني: أنه يرجع بالزرع بعد نباته، لأن نبات الزرع هو من عين البذر ولذلك قلنا أن من غصب بذراً فزرعه كان الزرع بعد نباته للمغصوب منه لأنه من عين بذره وكذلك لو غصب بيضاً فحضنه حتى صار فراخاً كانت الفراخ للمغصوب منه وعلى هذا الوجه لبائع البيض إذا صار فراخاً أن يرجع به، وإن كان الزرع حين بيع مع الأرض بقلأ نظر حاله عند فلس المشتري فإن كان قصيلاً أو سنبلأ غير منعقد كان للبائع أن يرجع به مع الأرض وإن كان سنبلأ مشتداً ففي رجوع البائع به مع الأرض وجهان على ما مضى وإن كان الزرع حين بيع مع الأرض سنبلأ مشتداً فللبائع أن يرجع به مع الأرض سواء كان الحب باقياً في سنبله أو قد صفى وأخرج منه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ حَائِطًا لَا ثَمَرَ فِيهِ أَوْ أَرْضًا لَا زَرْعَ فِيهَا ثُمَّ فَلَسَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّ كَانَ النَّخْلُ قَدْ أُبْرَ وَالْأَرْضُ قَدْ زُرِعَتْ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي النَّخْلِ وَالْأَرْضِ وَتَبَقِيَ الثَّمَارُ إِلَى الْجَذَادِ وَالزَّرْعُ إِلَى الْحَصَادِ إِنْ أَرَادَ الْغُرْمَاءُ تَأْخِيرَ ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَ مَعَ الْغُرْمَاءِ».

قال الماوردي: أما إذا كان المبيع أرضاً بيضاء لا زرع فيها فزرعها المشتري ثم أفلس والزرع بقل أخضر فلا حق فيه للبائع لأن الزرع مودع في الأرض لتكامل منفعته فصار منفصلاً عن البيع فلم يكن للبائع أن يرجع به ويرجع بالأرض وحدها التي هي عين ماله وعليه إذا رجع بالأرض أن يقر الزرع فيها إلى وقت حصاده إذا شاء ذلك المفلس والغرماء؛ لأن زرعها كان بحق فلم يجوز أن يقطع ولزم أن يقره ثم لا أجره للبائع في ترك الزرع في أرضه إلى وقت حصاده، لأنه قد كان يملك المنفعة حين زرع على غير بدل ولأنه لو كان قد أجرها مدة ثم استرجعها البائع بفلسه كانت الإجارة لازمة للبائع إلى انقضاء المدة في الإجارة والأجرة ملك للمفلس المشتري دون البائع لأنه قد كان مالكا لمنافعها حين أجر فكذلك فيما زرع.

فصل: فأما إن كان المبيع نخلاً لا ثمر عليه ففلس المشتري وقد أثمرت النخل فلا يخلو حال الثمرة عند فلس المشتري من أحد أمرين:

إما أن تكون مؤبرة، أو غير مؤبرة فإن كانت الثمرة مؤبرة فهي للمشتري تقسم بين غرمائه ويرجع البائع بالنخل دون الثمرة، لأن الثمرة زيادة متميزة وعلى البائع ترك الثمرة على نخله إلى أوان الجذاد ولا أجره له في تركها كما قلنا في الزرع وعليه التمكين من سقيها وكذلك سقي الزرع. وإن كانت الثمرة عند فلس المشتري غير مؤبرة ففيها قولان:

أحدهما: رواه المزني وحرمله: إن الثمرة للبائع إن رجع بالنخل تبعاً كما يكون في

البيع تبعاً لها ويكون الفرق بينها وبين الزرع في الأرض أن الزرع مودع في الأرض وليس بحادث من خلقة الأصل فلم يرجع به البائع كما لا يدخل في البيع والثمرة الحادثة حادثة من خلقة الأصل يرجع بها البائع كما يدخل في البيع .

والقول الثاني : رواه الربيع : إن الثمرة للمفلس لا حق للبائع فيها ويرجع بالنخل دونها لأن : البائع يسترجع المبيع جبراً فلم يكن له الرجوع إلا بعين ماله الذي يتناوله عقده، وفارق ذلك حال المبيع من وجهين :

أحدهما : أن عقد البيع عن مرضاة فجاز أن يدخل فيه توابع المبيع وهذا عن إكراه فلم يتوجه إلا إلى ما تضمنه العقد .

والثاني : أن عقد البيع لما كان يقدر البائع فيه على استيفاء الثمرة لفظاً دخلت فيه الثمرة إطلاقاً وليس يقدر في فلس المشتري على مثل ذلك فافترقا فإذا ثبت أنها للمفلس لا يرجع بها البائع وجب على البائع تركها على النخل إلى أوان الجذاذ .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَإِنْ أَرَادَ الْغَرْمَاءُ بَيْعَ الثَّمَرِ قَبْلَ الْجِذَاذِ وَالزَّرْعِ بَقْلًا فَذَلِكَ لَهُمْ » .

قال الماوردي : إذا رجع البائع بعين ماله من الأرض والنخل فصارت الثمرة والزرع للمفلس فله ولغرمائه أربعة أحوال :

أحدهما : أن يتفقوا جميعاً على ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ والزرع إلى أوان الحصاد فذلك لهم وعلى البائع ترك ذلك بغير أجره على ما مضى .

والحال الثاني : أن يتفقوا جميعاً على بيع الثمرة في الحال بسراً أخضر وبيع الزرع في الحال بقلاً أخضر فذلك لهم ليتعجلوا الحق ويأمنوا الخطر .

والحال الثالث : أن يدعوا الغرماء إلى تركها إلى وقت الجذاذ والحصاد ليتوفروا عليهم ثمنها ويدعوا المفلس إلى بيعها في الحال ليأمن خطرهما فالقول قول المفلس وتباع في الحال لأن ذمته مرتهنة بدينه ولا يأمن تلف الثمرة وبقاء الدين .

والحال الرابع : أن يدعوا المفلس إلى تركها إلى وقت الجذاذ والحصاد ليزيد ثمنها فيخف دينه ويدعوا الغرماء إلى بيعها في الحال ليتعجلوا حقوقهم فالقول قول الغرماء وتباع في الحال ، لأن حقوقهم معجلة فلا يلزمهم تأخيرها وهكذا لو رضي أكثر الغرماء والمفلس بتركها وكره أقلهم وطلبوا تعجيل بيعها كان القول فيها قول من دعا إلى تعجيل البيع . ولو كان واحداً لأنه لا يلزمه تأخير حقه برضى غيره .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ أُمَّةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ كَانَتْ لَهُ الْأُمَّةُ إِنْ شَاءَ وَالْوَلَدُ لِلْغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَتْ حُبْلَى كَانَتْ لَهُ حُبْلَى لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْإِبَارَ كَالْوِلَادَةِ وَإِذَا لَمْ تُؤَبَّرْ فِيهَا كَالْحَامِلِ لَمْ تَلِدْ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة مقدمة وهي: الحمل في بطن أمة هل يكون تبعاً أو يأخذ من الثمن قسطاً؟ وفيه للشافعي قولان:

أحدهما: أنه يكون تبعاً كأعضائها، لأنها لو أعتقت سوى العتق إلى حملها كما يسري إلى جميع أعضائها.

والقول الثاني: أنه يأخذ من الثمن قسطاً كاللبن، لأنه لو أعتق حملها لم يسر إليها عتقه ولو كان كالعضو منها عتقت بعته كما تعتق بعثت أعضائها فإذا ثبت هذا وكان المبيع أمة حصل منها حمل أو ولد لم يخل حالها من أربعة أقسام:

أحدها: - أن تكون حاملاً وقت العقد وقت الفلوس فإن كان الحمل الذي معها وقت الفلوس هو الحمل الذي كان معها وقت البيع فللبائع أن يرجع بها حاملاً على القولين معاً، لأنه وإن كان تبعاً فهو في الحالين تبع وإن كان يأخذ من الثمن قسطاً فله في الحالين قسط. وإن كان الحمل الذي معها وقت الفلوس غير الحمل الذي كان معها وقت العقد. فإن قيل إنَّ الحمل يكون تبعاً كان للبائع أن يرجع بها حاملاً ولا حق له في الولد الذي كانت به وقت البيع حاملاً وإن قيل إنَّ الحمل يأخذ من الثمن قسطاً فللبائع أن يرجع بها دون حملها الذي هو وقت الفلوس معها ويرجع بالولد الذي وضعته وكانت حاملاً به وقت بيعها.

والقسم الثاني: أن تكون حائلاً وقت البيع وحاملاً وقت الفلوس وكان حملها ووضعها ما بين البيع والفلوس فللبائع أن يرجع بها دون حملها على القولين معاً، لأنه لم يأخذ من الثمن قسطاً ولا كان في الحالين تبعاً فإذا رجع البائع بالأمة لم يجز أن يفرق بينها وبين ولدها «لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْهُ»^(١) ومن أصحابنا ممن جوز الفرقة بينهما للضرورة على مثل ما قال في الفرقة بينهما في الرهن وهذا ليس بصحيح، لارتفاع الضرورة إذ قد يمكن الجمع بينهما ويصل كل واحد إلى حقه منهما فيقال للبائع تعطي ثمن الولد فإن دفع ثمن الولد أجبر المفلس والغرماء على قبول الثمن ودفع الولد وإن امتنع البائع أن يدفع ثمن الولد لم يمكن من الأم بعد استرجاعها وبيعت مع ولدها فما حصل من ثمنها دفع إلى البائع منه ما قابل الأم ذات ولد ودفع

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤١٤/٥ والترمذي (١٢٨٣) والحاكم في المستدرک ٥٥/٢ والدارمي (٢٤٨٢) والطبراني في الكبير (٤٠٨٠) والدارقطني ٦٧/٣.

إلى غرماء المفلس ما قابل الولد إذا كان مع أمه . فإن قيل : فهلا دفعتم إلى البائع ما قابل ثمن الأم مفردة غير ذات ولد كما دفعتم إلى مرتهن الأرض إذا غرسها الراهن بعد الرهن نخلاً وبيعا معاً ثمن الأرض بيضاء لا نخل فيها؟ . قلنا : الفرق بينهما أن الراهن لما كان متعدياً بغرس النخل في الأرض المرهونة دفع ضرورة تعديته على المرتهن فدفع إليه ثمن أرض بيضاء ولما لم يكن من المشتري تعد في إيلاذ الجارية لم يكن دفع الضرورة عن البائع بأولى من دفعها عن المشتري .

والقسم الثالث : أن تكون حاملاً وقت البيع حائلاً وقت الفليس فإن قلنا إن الحمل يكون تبعاً رجح بالأم دون ولدها لأنه بعد الانفصال لا يكون تبعاً وإن قلنا إن الحمل يأخذ من الثمن قسطاً لم يخل حال الولد من أحد أمرين :

إما أن يكون باقياً ، أو تالفاً فإن كان الولد باقياً رجح البائع بالأم مع ولدها وإن كان تالفاً رجح بالأم وضرب مع الغرماء بما قابل الولد حاملاً في بطن أمه حين أقبض لأنه بعد الولادة أكثر ثمناً وكثرة ثمنه حادثة في ملك المشتري فلم يجز أن يقوم في حق البائع فتقوم الأم حاملاً وقت القبض وحائلاً وينظر ما بينهما فهو الذي يقابل ثمن الحمل فإن كان العشر ضرب مع الغرماء بعشر الثمن وإن كان الخمس ضرب بخمس الثمن .

والقسم الرابع : أن تكون حائلاً وقت البيع حاملاً وقت الفليس . فإن قلنا إن الحمل يكون تبعاً رجح البائع بالأم حاملاً ولا حق للمشتري في حملها . وإن قلنا إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن كان له الرجوع بالأم دون الحمل وكان الحمل للمشتري المفلس ولا يلزم تسليمها إليه حاملاً لحق المفلس في الحمل ولا يلزم إقرارها في يد المفلس أو غرمائه لحق البائع في الأم ولا يجوز أن يؤخذ من البائع قيمة الحمل ، لأن الحمل لا تصح المعاوضة عليه دون أمه وتوضع الأمة الحامل على يد عدل يتفقان عليه فإن اختلفا اختار الحاكم لهما عدلاً ونفقتها على البائع مالك الأم دون المفلس مالك الحمل سواء قلنا إن نفقة الحامل تجب لها أو لحملها ، لأنها نفقة تجب بحق الملك فاختصت بالملك الظاهر المتحقق .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلًا لَا ثَمَرَ فِيهَا ثُمَّ أَثْمَرَتْ فَلَمْ تُؤَبَّرْ حَتَّى أَفْلَسَ فَلَمْ يَخْتَرِ الْبَائِعُ حَتَّى أُبْرَتْ كَانَ لَهُ النَّخْلُ دُونَ الثَّمَرَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ مَالِهِ إِلَّا بِالتَّفْلِيسِ وَالِاخْتِيَارِ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح والجواب فيه مبني على رواية المزني وحرملة : أن المشتري إذا أفلس والثمرة غير مؤبرة كانت للبائع إذا رجح بالنخل فأما على رواية الربيع : أنها للمفلس فلا معنى لتفريعها فإذا فليس المشتري والثمرة غير مؤبرة فتأخير اختيار البائع عين

ماله حتى أبرت الثمرة ثم اختار عين ماله بعد التأبير فإنه يرجع بالنخل دون الثمرة لأن البائع ليس يملك عين ماله بحدوث الفلاس وإنما ملك بحجر الفلاس أن يملك عين ماله بالاختيار فإذا اختار عين ماله صار حينئذ ملكاً له بالاختيار فوجب أن يعتبر حال الثمرة وعند تملكه بالاختيار لا وقت الحجر بالفلاس والثمره وقت تملكه بالاختيار مؤبرة فلم يكن له فيها حق والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا كَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرِ الشَّجَرِ فِي أَكْمَامٍ فَيَنْشَقُّ كَالْكُرْسُفِ وَمَا أَشْبَهَهُ فَإِذَا انْشَقَّ فَمِثْلُ النَّخْلِ يُؤَبَّرُ وَإِذَا لَمْ يَنْشَقَّ فَمِثْلُ النَّخْلِ لَمْ يُؤَبَّرْ» .

قال الماوردي: وهذا أيضاً يتفرع على رواية المزني وحرمله دون الربيع . فإذا كان المبيع شجراً غير مثمر ففلاس المشتري وقد أثمر الشجر فإن كانت الثمرة في حكم المؤبرة لا تدخل في البيع لم يمكن للبائع فيها حق إذا رجع بالشجر وإن كانت في حكم غير المؤبرة كالكرسف الذي لم يتشقق في جوزه والورد الذي لم ينعقد في شجره وما جرى ذلك مما استوفينا تفصيله في كتاب البيوع، وفيه قولان كالثمره التي لم تؤبر:

أحدهما: للبائع إذا رجع بعين ماله وهي رواية المزني وحرمله .

والثاني: للمفلس تقسم بين غرمائه وهي رواية الربيع .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ اخْتَرْتُ عَيْنَ مَالِي قَبْلَ الْإِبَارِ وَأَنْكَرَ الْمُفْلِسُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَعَلَى الْبَائِعِ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ صَدَقَهُ الْغُرْمَاءُ لَمْ أُجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الثَّمَرِ شَيْئاً لِأَنَّهُمْ أَقْرَبُوا بِهِ لِلْبَائِعِ وَأَجْعَلُهُ لِلْغَرِيمِ سِوَى مَنْ صَدَّقَ الْبَائِعَ وَيُحَاصُّهُمْ فِيمَا بَقِيَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مِنَ الْغُرْمَاءِ عَدْلَانِ فَيَجُوزُ وَإِنْ صَدَقَهُ الْمُفْلِسُ وَكَذَّبَهُ الْغُرْمَاءُ فَمَنْ أَجَازَ إِقْرَارَهُ أَجَازَهُ وَمَنْ لَمْ يُجْزِهِ لَمْ يُجْزِهِ وَأُحْلَفَ لَهُ الْغُرْمَاءُ الَّذِينَ يَدْفَعُونَهُ» .

قال الماوردي: وهذا التفرع إنما يجيء على رواية المزني وحرمله حيث جعلنا للبائع ما لم يؤبر من الثمرة فإذا ادعى البائع الرجوع بعين ماله قبل تأبير الثمرة فلا يخلو حال المفلس والغرماء من ستة أحوال:

أحدها: أن يصدقوه جميعاً على استرجاعه النخل قبل تأبير الثمرة فتكون الثمرة للبائع يأخذها مع الأصل .

والحالة الثانية: أن يكذبه جميعاً المفلس والغرماء فالقول قولهم وعلى المفلس

اليمين لأن حدوث الثمرة على ملكه فلم تقبل دعوى البائع أنه قد ملكها عليه فإن حلف المفلس كانت الثمرة له مقسومة بين غرمائه وإن نكل المفلس عن اليمين فهل يجوز إحلاف الغرماء عليها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يحلفون لأن الثمرة تصير إليهم فعلى هذا إن حلفوا اقتسموا الثمرة وإن نكلوا أحلف البائع عليها ودفعت إليه وإن حلف بعضهم استحقوا بأيمانهم بقسط ديونهم من الثمرة يختصون به دون من لم يحلف وحلف البائع على الباقي واستحقه.

والقول الثاني: لا يجوز إحلاف الغرماء عليها، لأنهم إنما يقتسمون ملك المشتري المفلس ولا يجوز أن يملك أحد يمين غيره مالا - فعلى هذا ترد اليمين على البائع عند نكول المفلس فإن حلف استحق الثمرة فلو شهد للمفلس شاهدان من غرمائه أن الثمر أبرت على ملكه ردت شهادتهما لأنهما يجران بهذه الشهادة نفعاً إلى أنفسهما لأن الثمرة إذا حصلت للمفلس قسمت بين الغرماء فيوفون حقوقهم.

والحال الثالثة: أن يصدقه المفلس ويكذبه الغرماء فيقول المفلس للبائع: اخترت عين مالك قبل التأبير فالثمرة لك فيقول الغرماء: بل اخترت عين مالك بعد التأبير فالثمرة للمفلس مقسومة بيننا ففيه قولان:

أحدهما: إن القول قول المفلس وتدفع الثمرة إلى البائع ولا يمين على المفلس لغرمائه، لأن ذلك إقرار منه والمقر لا يمين عليه فيما أقر به.

والقول الثاني: إن القول قول الغرماء مع أيمانهم لأنهم منكرون وعلى المنكر اليمين - وأصل هذين القولين أن المفلس إذا أقر بعد الحجر عليه بمال كان إقراره لازماً ولكن هل يكون المقر له في مال المفلس مشاركاً لجميع الغرماء إذا كذبوه؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوله في حجر المفلس هل يجري مجرى حجر المرض أو يجري مجرى حجر السفه - على ما سنذكره من بعد - فإذا حلف الغرماء على هذا القول قسمت الثمرة بينهم على قدر ديونهم وكانت الثمرة ديناً للبائع على المفلس يؤديه إليه إذا فك الحجر عنه.

والحال الرابعة: أن يكذبه المفلس ويصدقه الغرماء فيقول المفلس اخترت عين مالك بعد التأبير والثمار لي ويقول الغرماء بل اخترت عين مالك قبل التأبير فالثمرة لك فالقول فيها قول المفلس مع يمينه لحدوثها على ملكه، فإن شهد للبائع عدلان من الغرماء سمعت شهادتهم على المفلس وحكم بالثمرة للبائع لأنها شهادة تنفي عنهم التهمة فيها فلو شهد منهم عدل واحد حلف البائع معه واستحق الثمرة لأنه مال يحكم فيه بالشاهد واليمين وإن كان من شهد من الغرماء غير مقبول الشهادة حلف المفلس وكانت الثمرة له فإذا امتنع المفلس من

تسليم الثمرة إلى غرمائه لم يكن لهم أن يطالبوه بها لأنهم مقرون أنه لا يملكها وإن بذلها المفلس لهم وطالبهم بأخذها من ديونهم وجب عليهم أخذها لأنه قد حكم بأنها ملكه في الظاهر فكان له أن يبرئ ذمته من ديونهم بدفعها إليهم وقيل للغرماء: إما أن تأخذوا الثمرة من ديونكم أو تبرؤوه منها فإذا قسمت الثمرة بين الغرماء بقدر ديونهم لم يحل من أحد أمرين إما أن تقسم عين الثمرة عليهم أو ثمنها فإن قسمت الثمرة عليهم - لأنها كانت من جنس ديونهم - وجب عليهم إذا قبضوها من ديونهم أن يردوها على البائع لإقرارهم بأنه الثمرة ملك له ألا ترى أن من شهد على رجل بعق عبده فردت شهادته ثم أن الشاهد اشترى العبد عتق عليه بسابق إقراره وإن كانت الثمرة بيعت وقسم فيهم ثمنها ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمهم رد ثمنها على البائع صاحب النخل لأن الثمن بدل من الثمرة فكان حكمه كحكم الثمرة.

والوجه الثاني: أنه لا يلزمهم رد الثمن لأن البائع لا يملكه ولأن الثمرة إن كانت له فالبيع باطل والثمن مردود وإن لم يكن له فأولى أن لا يأخذ ثمن ما لا يملكه.

والحال الخامسة: أن يصدقه المفلس وبعض الغرماء ويكذبه باقي الغرماء فالقول قول المفلس في حصص الذين تابعوه في تصديق البائع وهل يقبل قوله في حصص الذين خالفوه وأكذبوا البائع على قولين مضياً، فإن شهد عدلان من الغرماء الذين تابعوا المفلس في تصديق البائع حكم بشهادتهم إذا لم يقبل إقرار المفلس بها وإن قبل إقراره فلا معنى للشهادة.

والحال السادسة: أن يكذبه المفلس وبعض الغرماء ويصدقه الباقي من الغرماء فالقول قول المفلس في التأكيد مع يمينه لحدوث الثمرة على ملكه فإن كان ممن صدق البائع من الغرماء جازت الشهادة فشهدوا له بالثمرة قبلت شهادتهم وإن لم يكن فيهم من تجوز شهادته حلف المفلس وكانت الثمرة له يقسمها بين من تابعه في تكذيب البائع من غرمائه ولا حق فيها لمن صدق البائع منهم فإن قال المفلس أريد أن أقسم الثمرة بين جميع الغرماء بقسط ديونهم فهل يجبر من صدق البائع من الغرماء على قبول ذلك أم لا؟ على وجهين: أحدهما: يجبرون كما لو كان الكل مصدقين فما حصل مع الغرماء المكذبين للبائع ملكوه وما حصل مع الغرماء المصدقين للبائع رده عليه لاعترافهم بأنه ملك له.

والوجه الثاني: أن من صدق البائع من الغرماء لا يجبر على قبول الثمرة من دينه، لأن المقصود من إجبارهم على قبول ذلك أن تبرأ ذمة المفلس من ديونه وذمته تبرأ من ديون المكذبين بدفع الثمرة إليهم فلا فرق بين أن تبرأ ذمة المفلس من جميع ديون بعض الغرماء وبين أن تبرأ من بعض ديون جميع الغرماء والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَجَدَ بَعْضُ مَالِهِ كَانَ لَهُ بِحِصَّتِهِ وَيُضْرَبُ مَعَ الْغُرْمَاءِ فِي بَقِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا مما تقدم الجواب عنه لدخوله في التقسيم المناضي فإذا باعه شيئين يتقسط الثمن عليهما وليس أحدهما تبعاً لصاحبه كعبدین أو ثوبین فتلف أحدهما وبقي الآخر كان له أن يرجع بالباقي منهما، لأنه لما استحق الرجوع بكل المبيع إذا كان موجوداً فأولى أن يجوز له الرجوع ببعضه إذا كان الباقي معدوماً، ولأن كل من تعلق حقه بعين وجب تقديمه بها على غيره فلا فرق بين وجود جميع العين أو بعضها كالرهن فإذا ثبت أن للبائع أن يرجع بالباقي فإنه يأخذه بحسابه من الثمن وقسطه ومن أصحابنا من غلط فخرجه على قولين كالبائع إذا تلف بعض المبيع في يده فإن المشتري يأخذ ما بقي على قولين - وقد ذكرنا من الفرق بين الموضوعين ما يوضح هذا الغلط - فإذا ثبت أنه يأخذه بحسابه من الثمن وقسطه فقد ذكرنا وقت اعتبار القيمة وذلك في أقل الحالين من وقت العقد أو وقت القبض فلو اختلفا في قسط ما تلف من الثمن ولا بينة فالقول قول البائع مع يمينه لأنه قد كان مالكا لجميع الثمن فلا يسقط حقه منه إلا بما اعترف به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَارًا فَبَيِّتَ أَوْ أَرْضًا فَغُرِسَتْ خَيْرَتُهُ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ الْعِمَارَةَ وَيَكُونَ ذَلِكَ لَهُ أَوْ يَكُونَ لَهُ الْأَرْضُ وَالْعِمَارَةُ تَبَاعُ لِلْغُرْمَاءِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ أَنْ يَقْلَعُوا وَيَضْمَنُوا مَا نَقَصَ الْقَلْعَ فَيَكُونُ لَهُمْ (وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ) إِنْ لَمْ يَأْخُذِ الْعِمَارَةَ وَأَبَى الْغُرْمَاءُ أَنْ يَقْلَعُوهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الثَّمَنُ يُخَاصُّ بِهِ الْغُرْمَاءَ (قَالَ الْمُزَنِّي) قُلْتُ أَنَا الْأَوَّلُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَشْبَهُ وَأَوْلَى لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الثُّوبَ إِذَا صَبَغَ لِبَائِعِهِ يَكُونُ بِهِ شَرِيكًا وَكَذَلِكَ الْأَرْضُ تُغْرَسُ لِبَائِعِهَا يَكُونُ بِهَا شَرِيكًا».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة في رجل باع أرضاً فبنى فيها المشتري بناء وغرس فيها غراساً ثم أفلس والبناء والغراس قائم في الأرض فللمفلس ولغرمائه حالان: حال يتفقوا على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك وللبائع أن يرجع بأرضه بيضاء فإن كان قلع الغراس والبناء بعد رجوع البائع بأرضه وكان لقلع الغراس والبناء نقص قد أضر بالأرض فإن أمكن إزالة النقص بتسوية للأرض وتعديلها فعليهم تسويتها وإزالة النقص الداخل عليها وإن لم يمكن إزالة النقص بتسويتها فعليهم غرم ما نقصت الأرض يرجع لكون البائع مقدم على جميع الغرماء لأنه حق ثبت لاستصلاح ماله بعد وقوع الحجر عليه وإن كان قلع الغراس والبناء قبل رجوع البائع بأرضه فهل على المشتري المفلس غرم نقصه؟ على وجهين - من اختلاف

الوجهين فيما حدث بالمبيع من نقص بفعل المشتري هل يجري مجرى حادث من سماء أو مجرى جناية أجنبي - أحد الوجهين: لا غرم عليه إذا قيل إنه يجري مجرى حادث من سماء.

والثاني: عليه الغرم إذا قيل إنه يجري مجرى جناية آدمي. فعلى هذا يكون البائع بقدر غرامة النقص أسوة الغرماء ولا يتقدم به عليهم لأنه حق ثبت على استهلاك. والحال الثانية من أحوال المفلس وغرمائه أن يمتنعوا من قلع الغراس والبناء فلا يجبروا على قلعه لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْزِي ظَالِمٍ حَقٌّ»^(١).

فدل على غير الظالم لعرقه حق، والمشتري حين بنى وغرس لم يكن ظالماً وإذا لم يجبر على قلعه لم يخل حال البائع من أحد أمرين إما أن يبذل لهم قيمة الغراس والبناء قائماً أو يمتنع. فإن بذل لهم قيمة الغراس والبناء قائماً فللبائع - إذا بذل لهم قيمة الغراس والبناء قائماً أن يرجع بأرضه ويجبر المفلس والغرماء على أخذ قيمة ذلك قائماً أو قلعه ولا يجوز أن يمتنع البائع من الرجوع بأرضه وإن امتنع البائع من بذل قيمة الغراس والبناء قائماً وامتنع المفلس وغرمائه من قلعهما معاً فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الأم، ونقله المزني عنه في هذا الموضوع ما يدل على: أن للبائع أن يرجع بأرضه. وقال بعده ما يدل على: أنه يكون أسوة للغرماء. ولا يرجع بأرضه فاختلف أصحابنا، فكان أبو إسحاق المروزي وطائفة يخرجون ذلك على قولين:

أحدهما: وبه قال المزني: إنَّ للبائع الرجوع بأرضه ولا يكون ما حصل فيها من ملك المشتري مانعاً من الرجوع بها، ألا ترى أنه لو اشترى ثوباً فصبغه ثم أفلس كان للبائع أن يرجع بالثوب وإن كان مصبوغاً بصبغ المشتري ويكون الصبغ للمشتري والأرض المغروسة أولى أن يكون للبائع الرجوع بها وإن كان الغراس للمشتري.

والقول الثاني: إنها للبائع يضرب مع الغرماء بالثمن ولا حق له في الرجوع بالأرض لأن في الرجوع بالأرض مع بقاء البناء والغراس فيها ضرراً لاحقاً بمالك الغراس والبناء لأن حيطان البناء وسقوفه تزول منافعتها إذا لم يمكن التصرف في الأرض والغراس فلا يمكن الاستطراق إليه إلا بالتصرف في الأرض فلم يجز أن يزيل عن البائع ضرراً باسترجاع الأرض بإدخال ضرر على المفلس والغرماء في البناء والغراس كما أن المشتري إذا بنى وغرس لم يكن للشفيع أن يأخذ الشقص إلا بقيمة البناء والغراس لأنه لا يجوز أن يزيل ضرراً عن الشفيع بإدخال ضرر على المشتري ومن هذا الوجه فارق الثوب المصبوغ، لأن البائع إذا رجع بالثوب لم يدخل على المفلس ضرر في الصبغ، لأن الثوب المصبوغ يستودع أميناً حتى

(١) أخرجه أبو داود ٤٥٣/٣ كتاب الخراج (٣٠٧٣) والترمذي ٦٦٢/٣ (١٣٧٨) وقال حسن غريب

يباع لهما فلا يدخل ضرراً عليهما، وكان أبو الفياض البصري وأكثر البصريين يخرجون ذلك على اختلاف حالين: فالموضع الذي قال فيه بأن للبائع أن يرجع بأرضه إذا كان البناء والغراس يسيراً أو أكثر منافع الأرض إذا استرجعت باقياً لبقاء المقصود منها والموضع الذي قال إنّه يضرب مع الغرماء بالثمن ولا يرجع بالأرض إذا كان البناء والغراس كثيراً أو أكثر منافع الأرض مشغولاً لفوات المقصود منها وزوال الانتفاع بها فتصير مستهلكة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فإذا قلنا: إن لا رجوع للبائع بالأرض بيعت مع الغراس والبناء في ملك المفلس وكان البائع أسوة الغرماء في ثمنها وإن قلنا: إن للبائع أن يرجع بالأرض فإذا رجع بها فإن رضي أن تباع مع الغراس والبناء - بيعت مع ذلك ودفع إلى البائع ما قابل ثمن الأرض ودفع إلى الغرماء ما قابل ثمن الغراس والبناء - وهل يدفع إلى البائع نصف ما قابل ثمن الأرض بيضاء أو ما قابل ثمنها مع البناء والغراس؟ على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يدفع إليه ما قابل ثمن الأرض مع البناء والغراس ليكون النقص داخلياً عليهما، لأن المشتري غير متعد بغرسه وبنائه فلم يجوز أن ينفرد بالنقص دون غيره.

والوجه الثاني: وهو أصح - أنه يدفع إلى البائع ما قابل ثمن الأرض بيضاء ليكون النقص إن كان داخلياً على المشتري كما يكون النقص في الثوب المصبوغ داخلياً عليه لأن المشتري غير مدعو بغرس وبنائه فلم يجوز أن ينفرد بالنقص دون غيره.

والوجه الثاني: وهو أصح أن يدفع إلى البائع ما بلغت الأرض بيضاء ليكون النقص إن كان داخلياً على المشتري كما يكون النقص في الثوب المصبوغ داخلياً عليه، ولأن الشافعي قد قال: إن المفلس والغرماء إن اتفقوا على قلع الغراس والبناء لزمهم أن يغرّموا نقص الأرض بقلع ذلك. فأما إن امتنع البائع من بيع الأرض مع الغراس والبناء فهل يجبر البائع على البيع أم لا؟ على قولين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يجبر على بيع الأرض مع الغراس والبناء كما يجبر على بيع الجارية مع ولدها وكما يجبر على بيع الثوب مع صبغه.

والقول الثاني: وهو أصح يجبر على بيع الأرض ويباع البناء والغراس منفرداً لإمكان إفراده بالبيع عقداً بخلاف الصبغ - وشرعاً - بخلاف الولد. والله أعلم.

فصل: فأما إذا اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر وغرسه فيها ثم أفلس وحضر صاحب الأرض وصاحب الغراس فلكل واحد منهما أن يرجع بعين ماله ليرجع صاحب الأرض بأرضه وصاحب الغراس بغرسه فإن أحب صاحب الغراس قلع غرسه فله ذلك وعليه غرم ما

نقصت الأرض بقلع الغرس، فإن امتنع من قلعه وبذل صاحب الأرض قيمة الغرس قائماً لم يكن لصاحب الغراس إقرار غرسه وقيل: أنت بالخيار بين قلع غرسك أو أخذ قيمته قائماً وإن امتنع صاحب الأرض من بذل قيمة الغرس قائماً وامتنع صاحب الغرس من قلعه - فإن رضي صاحب الأرض بإقرار الغرس في أرضه كان ذلك مقراً وله أجره المثل ما بقي الغرس في أرضه وإن منع من إقراره في أرضه فهل يجبر صاحب الغرس على قلع غرسه؟ على وجهين: أحدهما: لا يجبر على قلعه كما لا يجبر المفلس - لو كان الغرس له - على قلعه لأنه عرق ليس بظالم.

والوجه الثاني: أنه يجبر على قلعه وإن كان المفلس لا يجبر على قلعه والفرق بينهما أن المفلس قد استقر ملكه على غرس نام وقلعه يزيل النماء فلحقه بقلعه ضرر فلم يجبر عليه وليس كذلك بائع الغرس لأنه لم يكن نامياً حين كان على ملكه فلم يلحقه بعد قلعه ضرر فلذلك أجبر عليه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ بِمِائَةِ فَبَضَّ نِصْفَ الثَّمَنِ وَبَقِيَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ وَهُمَا سَوَاءٌ كَانَ لَهُ نِصْفُ الثَّمَنِ وَنِصْفُ الَّذِي قَبَضَ ثَمَنَ الْهَالِكِ كَمَا لَوْ رَهْنَهُمَا بِمِائَةِ فَبَضَّ تِسْعِينَ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْآخَرُ رَهْنًا بِالْعَشْرَةِ (قَالَ الْمَزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا أَصْلُ قَوْلِهِ أَنْ لَيْسَ الرَّهْنُ مِنَ الْبَيْعِ بِسَبِيلٍ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَعْنَى وَاحِدٍ بِمَعْنَى وَاحِدٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَقِّ شَيْءٌ (قَالَ) وَلَوْ بَقِيَ مِنْ ثَمَنِ السَّلْعَةِ فِي التَّفْلِيسِ دَرَاهِمٌ لَمْ يُرْجَعْ فِي قَوْلِهِ مِنَ السَّلْعَةِ إِلَّا بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ».

قال الماوردي: اعلم أن لنقص الثمن أو المبيع عند فليس المشتري ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون بعض المبيع قد تلف والثمن على حاله.

والثاني: أن يكون بعض الثمن قد قبض والمبيع على حاله.

والثالث: أن يكون بعض المبيع قد تلف وبعض الثمن قد قبض.

فأما الأول من أقسامه فهو أن يفلس المشتري قبل دفع شيء من الثمن وقد تلف أحد العبدتين المبيعين وبقي الآخر فللبائع أن يأخذ العبد الباقي بحسابه من الثمن فإن كانت قيمتهما سواء أخذه بنصف الثمن وضرب بالنصف الباقي من الثمن مع الغرماء وإن كانت قيمتهما مختلفة قسط الثمن على قيمتهما وأخذه بقسطه من الثمن وضرب مع الغرماء بباقي الثمن. والله أعلم.

فصل: وأما الثاني من أقسامه: فهو أن يفلس المشتري والمبيع باق وقد قبض البائع بعض ثمنه فمذهب الشافعي إلى أن للبائع أن يأخذ من المبيع بقسط ما بقي له من ثمنه ويكون باقي المبيع للمفلس يباع في حق غرمائه. وقال مالك: إذا قبض البائع بعض الثمن بطل حقه من استرجاع المبيع وضرب مع الغرماء بباقي الثمن وحكى نحوه الشافعي في القديم. إما مذهباً لنفسه أو حكاية عن غيره تعلقاً بما روى مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سَلْعَةً بِعَيْنَيْهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا وَإِنْ قَبِضَ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ» ولأن البائع إنما يرجع بعين ماله ليزيل الضرر عن نفسه وفي استرجاع بعض المبيع إدخال ضرر على المشتري لتفريق صفقته وسوء مشاركته فلم يجوز أن يزيل ضرراً عن نفسه بإدخال ضرر على غيره. وهذا خطأ، لقول النبي ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنَيْهِ» ولأن كل من جاز أن يعود إلى عين ماله بالفسخ جاز أن يعود إلى بعضها بالفسخ كالمزوج يعود إلى جميع الصداق بالردة قبل الدخول وإلى نصفه بالطلاق قبل الدخول. فأما الجواب عن الخبر فهو مرسل لا يلزم الاحتجاج به على أن قوله فهو أسوأ الغرماء بمعنى: أن البائع منه بقدر ما بقي من ثمنه ويباع في حقوق الغرماء ما بقي فيصير وافية أسوة لأنه لم يختص البائع بجميعه دون الغرماء. وأما الجواب عما ذكره من إدخال الضرر على المفلس بتفريق الصفقة وسوء المشاركة فهو إنما يكون داخلياً عليه بذلك إذا كان المبيع مبقى على ملكه والمفلس فلا يستبقى على ملكه فيدخل عليه ضرر بل يباع عليه لغرمائه فلا يدخل عليه ضرر لتفريق الصفقة ولا بسوء المشاركة فإذا ثبت أن قبض بعض المبيع لا يمنع من أن يرجع من المبيع بقسط باقي الثمن فإن كان المقبوض نصف الثمن رجع بنصف المبيع مشاعاً فإن كان المبيع عبداً واحداً استحق نصفه وإن كان عبدين رجع بنصفهما جميعاً وإن كانوا ثلاثة رجع بنصف الثلاثة، ولو كان المقبوض ثلث الثمن والباقي الثلثان رجع بثلثي الثلاثة إلا عبد مشاعاً، وإن كان المقبوض من الثمن الثلثان رجع بثلث الثلاثة إلا عبد مشاعاً حتى يتراضوا على القسمة من بعد.

فصل: وأما الثالث من أقسامه - وهو مسألة الكتاب - فصورته أن يكون المبيع عبدين بمائة درهم فيفلس المشتري بعد أن قبض البائع نصف المائة ومات أحد العبدین قال الشافعي: كان للبائع أن يرجع بالعبد الباقي بما بقي له من نصف الثمن إذا كانت قيمة العبدین سواء ويكون المقبوض من الثمن في مقابلة التالف من العبدین فلو كان الباقي بأكثرهما ثمناً استرجع منه ما قابل الباقي من الثمن ورد الفضل على الغرماء، ولو كان الباقي أقلهما ثمناً استرجعه بحسابه من الثمن وضرب مع الغرماء بباقيه فهذا على ما نص عليه في

الفلس، ونص الشافعي في الزوجة إذا طلقت قبل الدخول - وقد تلف بعض الصداق في يدها - على قولين:

أحدهما: أن يرجع بما استحقه من نصف الصداق بما بقي منه - كما قال في المفلس .

والثاني: أنه يرجع بنصف الباقي وينصف قيمة التالف - بخلاف ما قاله في المفلس - فاختلف أصحابنا: فكان بعضهم يخرج مسألة المفلس على قولين كالصداق .

أحدهما: يأخذ نصف العبد الباقي بنصف ما بقي له من الثمن وذلك خمسة وعشرون درهماً ويضرب بما بقي منه وهو خمسة وعشرون درهماً مع الغرماء ووجهه أن الخمسين المقبوضة هي من ثمن العبد المبيعين جميعاً بدليل أنه لو كان العبدان باقين وقد قبض نصف الثمن لم يجز أن يرجع بأحد العبدين ويجعل المقبوض من ثمن أحدهما بل يرجع بنصف العبدين ويكون المقبوض من ثمنهما فإذا كان المقبوض - بدليل ما ذكرنا - من ثمنهما معاً صار نصف الخمسين المقبوضة من ثمن العبد التالف ونصفها من ثمن العبد الباقي ونصف الخمسين الباقية من ثمن العبد التالف ونصفها من ثمن الباقي فوجب أن يرجع بنصف العبد الباقي لبقاء نصف ثمنه ولا يرجع بالنصف الباقي لقبض ثمنه،

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه هاهنا - أن الباقي بجميع العبد الباقي بما بقي له

من نصف الثمن ويكون نصف الثمن المقبوض من ثمن العبد التالف . ووجه ذلك شيان:

أحدهما: أنه لما جاز أن يزيل جميع الثمن من الذمة إذا كان الجميع باقياً إلى جميع العين إذا كان جميعها باقياً جاز أن ينقل بعض الثمن من الذمة إذا كان بعضه باقياً إلى بعض العين إذا كان بعضها باقياً ليكون في الحالين واصلاً إلى حقه بعين ماله ولا يمتنع أن يصير المقبوض من ثمن الجملة متحيزاً في بعضها كما لو اشترى عبيدين بمائة درهم فقبضهما ودفع من الثمن خمسين درهماً فمات أحد العبدين ووجد بالباقي عيباً فرده صارت الخمسين المقبوضة ثمناً للتالف فلا يرجع بها والخمسين الباقية ثمناً للمردود غير مطالب بها وكذلك الفلس .

والثاني: أنه لما كان للبائع أن يتوصل إلى حقه باسترجاع العين كما كان للمرتهن أن

يتوصل إلى حقه من الرهن ثم كان لو ارتهن عبيدين بمائة فقبض منها تسعين ومات أحدهما كان العبد الباقي رهناً بالعشرة الباقية كذلك البائع يأخذ ما بقي من العين بما بقي من الثمن وهذه دلالة الشافعي . فاعترض المزني عليها وقال: ليس الرهن من البيع بسبيل، لأن جميع الرهن وكل جزء منه مرهون بالحق وبكل جزء منه وليس جميع المبيع وكل جزء منه مبيعاً بجميع الثمن وبكل جزء منه . وهذا الذي اعترض به المزني لا يقدر في دلالة الشافعي . لأن

افتراقهما من الوجه الذي ذكره الشافعي لأن للبائع أن يمنع الغرماء من المبيع ليتوصل إلى حقه منه ويزول عنه ضرر العجز به فهذا توجيه القولين على طريقة من خرج المسألة على قولين وقال آخرون من أصحابنا: إنَّ المسألة على قول واحد في الفلاس أنه يأخذ العبد الباقي بما بقي من الثمن وإن كان الصداق على قولين والفرق بينهما من وجهين أحدهما أن رجوع البائع في الفلاس أقوى من رجوع الزوج في الصداق، لأن للبائع أن يرجع بالمبيع زائداً وليس للزوج أن يرجع بالصداق زائداً فجاز للبائع أن يرجع بجميع ما بقي لقوة سببه ولم يجز للزوج أن يرجع بجميع حقه من الباقي لضعف سببه والفرق الثاني أن الزوج إذا رجع بنصف الموجود أمكنه الرجوع بقيمة الباقي لأن ذمة الزوجة مليئة فلا يلحقه ضرر والبائع لا يقدر على الوصول إلى حقه إلا باسترجاع ما بقي لأن ذمة المشتري بالفلاس خربة ووزان ذلك أن تكون الزوجة مفلسة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَكْرَاهُ أَرْضًا فَلَسَ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ فِي أَرْضِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يُحَاصِّصَ الْغُرْمَاءَ بِقَدْرِ مَا أَقَامَتِ الْأَرْضُ فِي يَدَيْهِ إِلَى أَنْ أَفْلَسَ وَيَقْلَعَ الزَّرْعَ عَنْ أَرْضِهِ إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ بِأَنْ يَدْفَعُوا إِلَيْهِ إِجَارَةَ مِثْلِ الْأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ لِأَنَّ الزَّارِعَ كَانَ غَيْرَ مُتَعَدِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال يجوز للمؤاجر أن يفسخ الإجارة بفلاس المستأجر كما جاز ذلك للبائع، وقال داود بن علي: يجوز فسخ البيع بالفلاس ولا يجوز فسخ الإجارة بالفلاس من المستأجر، لأن النبي ﷺ: «إِنَّمَا جَعَلَ لَهُ الرَّجُوعَ بِسَلْعَتِهِ فِي الْمَبِيعِ دُونَ غَيْرِهِ وَمَا سِوَاهُ يَدْخُلُ فِي عَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. وهذا خطأ، لعموم قوله ﷺ: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بَعِيْنَهُ»، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان، ألا ترى أنها تضمن في العقد الصحيح بالمسمى وفي الفاسد بالمثل فلما أوجب الفلاس استرجاع ما تضمنه العقد إذا كان عيناً فوجب استرجاعه إذا كان منفعة، ولأن عقد الإجارة ليس بأوكد من عقد البيع لأن البيع يملك به الرقبة والمنفعة فلما جاز فسخ البيع بالفلاس فأولى أن يجوز فسخ الإجارة بالفلاس، ولأن ما تضمنه عقد الإجارة من المنافع ليست موجودة في الحال وإنما تحدث حالاً بعد حال وما تضمنه عقد البيع موجود في الحال فلما جاز بالفلاس فسخ العقد على موجود في الحال فأولى أن يجوز في فسخ ما ليس بموجود إلا في ثاني الحال وما استدلوا به من العموم فمخصوص بما ذكرنا.

فصل: فإذا ثبت أن فسخ الإجارة بالفلاس جائز لما ذكرنا فلا يخلو فليس المستأجر إذا لم يدفع الأجرة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قبل مضي شيء من المدة.

والثاني: أن يكون بعد تقضي جميع المدة.

والثالث: أن يكون بعد مضي بعض المدة فإن كان الفليس قبل مضي شيء من المدة كان للمؤاجر أن يفسخ عقد الإجارة ويسترجع الأرض المؤاجرة ويسقط عن المستأجر جميع الأجرة كاسترجاع المبيع بالثمن. فلو كان المستأجر قد أقبض بعض الأجرة كان للمؤاجر أن يفسخ من المدة بقدر ما بقي له من الأجرة وكان هذا بمنزلة البائع إذا قبض بعض الثمن وإن كان الفليس بعد تقضي جميع المدة فقد صار المعقود عليه مستهلك فصارت الأجرة في ذمة المستأجر مستقرة فيضرب بها المؤاجر مع الغرماء كالبائع إذا استهلك المشتري عين ماله وإن كان الفليس بعد مضي بعض المدة وبقي بعضها كأن قضي نصفها وبقي نصفها فقد استقر على المستأجر أجرة ما مضى من نصف المدة وكان للمؤاجر أن يفسخ الإجارة فيما بقي من نصف المدة وكان هذا بمنزلة المبيع إذا استهلك المشتري بعضه وبقي بعضه فإذا فسخ المؤاجر الإجارة فيما بقي من المدة وضرب مع الغرماء بأجرة ما مضى من المدة لم يخل حال الأرض حينئذ من أحد أمرين:

إما أن تكون مشغولة بزرع المفلس أو خالية من زرعه فإن كانت خالية من زرعه استرجعها المؤاجر وتصرف فيها، وإن كان فيها زرعه ولم يستحصد بعد فلا يخلو حال الزرع من أحد أمرين: إما أن يكون مما له قيمة أو لا قيمة له فإن كان مما لا قيمة له في الحال لكونه حشيشاً لا منفعة فيه إلا بعد كبره وطوله فهذا يجب أن يقر في الأرض حتى ينتهي إلى حال الانتفاع به فلا يجوز قلعه للمفلس ولا للغرماء لما فيه من الاستهلاك لعين نامية وإتلاف مال موجود وإذا أقر استحق صاحب الأرض أجرة المثل - على ما سنذكره - وإن كان الزرع قصيلاً لمثله قيمة وفيه أن قلعه منفعة للمفلس والغرماء أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقوا على قلعة في الحال فذلك لهم ويتسلم صاحب الأرض أرضه بيضاء.

والحال الثانية: أن يتفقوا على تركة إلى وقت كماله وحصاده ليكون أوفر ثمناً فذلك لهم إن بذلوا لصاحب الأرض أجرة مثل أرضه وليس لصاحب الأرض أن يجبرهم على قلعه لأنه ليس بعرق ظالم فيقلع وإنما هو زرع بحق فأقر استحق صاحب الأرض أجرة مثل أرضه من حين الفسخ إلى وقت الحصاد فإن امتنعوا من بذل الأجرة له كان له أن يأخذهم بقلع الزرع، لأنه إنما فسخ ليصل إلى منافع أرضه فلا يلحقه ضرر بفواتها عليه وفي إقرار الزرع بغير أجرة إبطال لهذا المعنى الذي به استحق الفسخ وقد ذكرنا الفرق بين بائع الأرض

حيث لم يستحق أجرة لما بقي فيها من زرع المفلس وبين المؤاجر حيث استحق الأجرة لما يستبقى فيها من زرع المفلس وهو أن رقبة الأرض في المبيع هي المقصودة بالعقد والمشتري غير معاوض على منفعة الأرض فإذا استحق البائع الرقبة فقد وصل إلى حقه الذي عارض وإن استحققت المنفعة وليس كذلك الإجارة لأن المنفعة هي المعقود عليها وفسخ العقد بالفلس يوجب استرجاعها فقد صح الفرق بينهما فهذا الحكم في الزرع: إذا اتفق المفلس والغرماء على تركه.

والحال الثالثة: أن يدعو المفلس إلى تركه إلى وقت الحصاد ليتوفر عليهم ثمنه ويدعوا الغرماء إلى قلعه في الحال. فالقول قول الغرماء في تعجيل قلعه في الحال ويبيعه في حقوقهم، لأن ديونهم معجلة فلا يلزمهم تأخيرها ولأن في استبقاء الزرع خطراً لحدوث الجائحة به.

والحال الرابعة: أن يدعو المفلس إلى قلعه في الحال ليتعجل قضاء دينه ويدعو الغرماء إلى استبقائه إلى وقت حصاده لوفور ثمنه فالقول في تعجيل قلعه قول المفلس، لأن ذمته مرتبهة بدين يقدر على تعجيل قضاؤه فلم يلزمه تأخيرها ولما يخاف على الزرع من حدوث الجائحة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَعْنِي عَنِ السَّقْيِ قِيلَ لِلْغُرَمَاءِ إِنْ تَطَوَّعْتُمْ بِأَنْ تُنْفِقُوا عَلَيْهِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ فَتَأْخُذُوا نَفَقَتَكُمْ مَعَ مَا لَكُمْ بِأَنْ يَرْضَاهُ صَاحِبُ الزَّرْعِ وَإِنْ لَمْ تَشَاؤُوا وَبَشِئْتُمْ الْبَيْعَ فَيَبِعُوهُ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا اتفق المفلس والغرماء على ترك الزرع إلى وقت الحصاد وكان الزرع يحتاج إلى سقي ومؤنة فإن لم توجد النفقة - ولا وجد من يبذلها فلا معنى لاستيفاء الزرع مع حاجته إلى السقي المعوز لما فيه من تلفه على المفلس والغرماء وإن وجد من يبذل لهم نفقة بعض السقي ومؤنة الزرع إلى وقت الحصاد أنفق وكان الزرع مقراً ثم لا يخلو حال المنفق من أحد أمرين: إما أن ينفق بأمر أو بغير أمر فإن أنفق بغير أمر كان متطوعاً بما أنفق ولم يرجع بشيء منه وإن أنفق بأمر فللأمر أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الحاكم.

والثاني: أن يكون المفلس.

والثالث: أن يكون الغرماء.

والرابع: أن يكون المفلس والغرماء فإن كان المنفق قد أنفق بأمر الحاكم فله الرجوع

بما أنفق في مال المفلس مقدماً به على سائر الغرماء لأن أمر الحاكم حكم منه يلزم إمضاؤه وإن كان قد أنفق بأمر المفلس وحده فذلك دين في ذمته لا يشارك الغرماء به ويكون كالديون الذي استحدثتها بعد وقوع الحجر عليه وإن كان قد أنفق بأمر الغرماء فذلك على الغرماء الأمرين له دون المفلس وإن كان قد أنفق بأمر الغرماء والمفلس رجع به على المفلس لما فيه من مستزاد ماله وهل تتقدم نفقته على جميعهم أو يكون بها أسوة الغرماء؟ على وجهين:
أحدهما: وهو ظاهر نصه - أنه يكون أسوة الغرماء بنفقته ولا يتقدم بها عليهم لأنه قد كان لو أراد تعجيل قلعه استغنى عن سقيه .

والوجه الثاني: أنه يتقدم بما أنفق على سائر الغرماء لأنه حق ثبت بعد الحجر فيما فيه صلاح ما له فأشبهه أجرة المنادي .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ بَاعَهُ زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ أَرْدَأَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَهُ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوَزْنِ وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ ففِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَّا لِأَنَّهُ لَا يَصِلُ إِلَى مَالِهِ إِلَّا زَائِدًا بِمَالِ غَرِيْبِهِ وَهُوَ أَصْحَبُ وَبِهِ أَقُولُ وَلَا يُشْبِهُ الثُّوبَ يُصْبَغُ وَلَا السُّوَيْقُ يُلْتُ لَأَنَّ هَذَا عَيْنُ مَالِهِ فِيهِ زِيَادَةٌ وَالذَّائِبُ إِذَا اخْتَلَطَ انْقَلَبَ حَتَّى لَا يُوجَدَ عَيْنُ مَالِهِ وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنْ يَنْظُرَ إِلَى قِيَمَةِ زَيْتِهِ وَالْمَخْلُوطِ بِهِ مُتَمَيِّزِينَ ثُمَّ يَكُونُ شَرِيكًا بِقَدْرِ قِيَمَةِ زَيْتِهِ أَوْ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِزَيْتِهِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ زَيْتَهُ إِذَا خُلِطَ بِأَرْدَأَ وَهُوَ لَا يَتَمَيِّزُ عَيْنُ مَالِهِ كَمَا جَعَلَ الثُّوبَ يُصْبَغُ وَلَا يُمَكِّنُ فِيهِ التَّمْيِيزُ عَيْنُ مَالِهِ فَلَمَّا قَدَّرَ عَلَى قِسْمِ الزَّيْتِ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ بِلَا ظُلْمٍ قَسَمَهُ وَلَمَّا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى قِسْمِ الثُّوبِ وَالصَّبْغِ اشْرَكَهُمَا فِيهِ بِالْقِيَمَةِ فَكَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ خَلْطُ زَيْتِهِ بِأَجْوَدَ مِنْهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَيْنُ مَالِهِ فِيهِ وَفِي قَسْمِهِ ظُلْمٌ وَهُمَا شَرِيكَانِ بِالْقِيَمَةِ» .

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة أن يبيع زيتاً أو غيره من الأدهان أو الحبوب أو الأدقة فيخلطه المشتري بغيره ثم يفلس فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخلطه بجنسه .

والثاني: بغير جنسه . فإن خلطه بغير جنسه كالزيت يخلطه بدهن البذر ودهن البان أو كدقيق البر يخلط بدقيق الشعير أو دقيق الأرز فقد بطل حقه من الرجوع بعين ماله كيلاً بعد اختلاطه، لأنه جنس لا يتميز فيصير مسترجعاً بغير ذلك الجنس . وهل يبطل حقه من ثمنه بعد اختلاطه؟ على وجهين:

أحدهما: أن حقه قد بطل من ثمنه أن يكون مقدماً به لأنه قد صار مستهلكاً ويضرب البائع مع الغرماء بثمنه ويبيع ما اختلط على ملك المفلس في حقوق الغرماء كلهم ولا يختص البائع بشيء منه دونهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - أن حق البائع لا يبطل منه لوجود العين وإن لم يتميز فيباع الكل مختلطاً ويدفع إلى البائع ما قابل ثمن زيتته وإلى غرماء المفلس ما قابل ثمن ما اختلط به. مثاله: أن يكون المبيع صاعاً من زيت يساوي درهمين فيخلطه المشتري بصاع من زيت يساوي درهماً فيباع ذلك مختلطاً ويدفع إلى البائع ثلثي ثمنه وإلى الغرماء ثلث ثمنه.

فصل: فإن خلطه بجنسه لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون جنساً يجوز بيع بعضه ببعض كالزيت، أو جنساً لا يجوز بيع بعضه ببعض كالدقيق. فإن كان مما يجوز بيع بعضه ببعض كالزيت إذا خلطه بالزيت فلا يخلو من ثلاثة أحوال: أحدهما: أن يخلطه بمثله. والثاني: أن يخلطه بأردأ منه.

والثالث: أن يخلطه بأجود منه فإن كان قد خلطه بمثله في الجودة أو الرداءة فللبائع أن يرجع بمكيلة زيتته منه لوجود العين وإمكان تمييزها بالقسمة قال الشافعي رضي الله عنه فله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن. فاختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: أنه إن كان مما يكال قسمه بالكيل وإن كان مما يوزن قسمه بالوزن.

والثاني: أنه إن كان باعه بالكيل أخذه بالكيل وإن كان باعه بالوزن أخذه بالوزن لأن ما أصله الكيل يجوز أن يباع وزناً وما أصله الوزن يجوز أن يباع كيلاً إذا كان مبيعاً بغير جنسه فعلى التأويل الأول يكون الاعتبار في أخذه وقسمته بأصله في الكيل أو الوزن وعلى التأويل الثاني يكون الاعتبار في أخذه وقسمته ببيعه بالكيل أو الوزن فلو قال البائع لست آخذ مكيلة زيتي منه لاختلاطه بغيره ولكن يبعوا الجميع لأخذ ثمن زيتي من جملته ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يصل إلى حقه بأخذ مكيلته فكانت المطالبة ببيعه عتاً.

والوجه الثاني: له مطالبتهم بالبيع لأن عين ماله بالاختلاط غير مميزة وإنما هو في التقدير أخذ لبدلها فلم يلزمه واستحق المطالبة بالمبيع ليتوصل به إلى حقه.

فصل: فإذا خلطه بأردأ من زيتته فللبائع الرجوع به، لأن اختلاطه بما هو أردأ نقص لا يتميز كالهزال وللبيع أن يرجع بعين ماله ناقصاً واختلف أصحابنا في كيفية رجوع البائع على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه أنه يرجع بمكيلة زيته لا غير ويكون النقصان داخلاً عليه إن شاء الرجوع كما لو كان زيته متميزاً فتغير ونقصت قيمته كان له الرجوع به إن شاء ولا حق له في الرجوع بنقصه.

والوجه الثاني: أن يباع جميع الزيت ويقسم على قيمة الزيتين فيدفع إلى البائع ما قابل ثمن زيتته وإلى غرماء المفلس ما قابل ثمن زيتته. مثاله: أن يكون زيت البائع صاعاً يساوي درهمين وزيت المفلس صاعاً يساوي درهماً فيباع الصاعان ويدفع إلى البائع ثلثا الثمن وإلى غرماء المفلس الثلث الباقي وإنما كان كذلك لأن البائع إذا أمكنه الرجوع بحقه كاملاً لم يجز أن يرجع به ناقصاً كما لا يجوز أن يرجع به زائداً وفي قسمة ثمنه على قسمين انتفاء نقص يدخل على مال البائع وزيادة توجد في مال المفلس.

فصل: وإن خلطه بأجود من زيتته ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: وهو اختيار المزني - أن حق البائع من الرجوع بماله باق لا يبطل إذا اختلط بأجود منه لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يبطل حقه من الرجوع إذا خلطه بأردأ منه وإن لم يتميز عين ماله عنه لأنه كالتقص الذي لا يتميز وجب أن لا يبطل حقه من الرجوع إذا خلطه بأجود منه وإن لم يتميز عين ماله عنه لأنه كالزيادة التي لا تتميز لأن ما حدث بالمبيع من زيادة لا تتميز كالحادث به من نقص لا يتميز في أن للبائع أن يرجع به بزيادته ونقصه،

والثاني: أنه لما كان صبغ الثوب لما كان مما لا يتميز منه ولا يفصل عنه لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً في ثمنه مصبوغاً وكذا السوق إذا ألتته بزيت لا يستخرج منه أن لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً في ثمنه ملتوتاً فأولى في الزيت إذا خلطه بجنسه مما هو أجود منه أن لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً فيه مختلطاً.

والقول الثاني: أنه قد بطل حق البائع من استرجاع ماله لأنه إن استرجع من الجملة مكيلة زيتته استفضل زيادة غير مستحقة وأدخل بها على الغرماء مضرة فإن أخذ من المكيلة بقدر قيمة زيتته صار معاوضاً عن صاع بنصف صاع وذلك رباً حرام فإذا لم يمكن الرجوع بالعين المبيعة بطل حق البائع منها وصار أسوة الغرماء فيها.

وفارق الزيت إذا خلطه بأردأ منه من وجهين:

أحدهما: أنه في أخذ مكيلته من الأردأ نقص يضر به ولا يضر بالغماء وليس كذلك إذا خلطه بأجود منه.

والثاني: أن الأدون تبع للأعلى فلم يسقط حق البائع من الأعلى بمخالطته الأدون وسقط حقه من الأدون بمخالطة الأعلى لأن الأعلى متبوع وليس تبع. وأما الثوب إذا صبغ والسويق إذا ألت فمخالف للزيت إذا اختلط بأجود منه من وجهين:

أحدهما: أن الثوب أصل ودخول الصبغ عليه تبع وكذلك السويق أصل ولته بالزيت تبع فلم يبطل استرجاع الأصل بحدوث البيع وليس كذلك الزيت لأنه خالطه ما صار تبعاً له. والثاني: أن عين الثوب والسويق موجودة وإن صار الصبغ مجاوراً للثوب والزيت مجاوراً للسويق فجاز الرجوع بهما لبقاء عينهما وليس كذلك الزيت المختلط لأن عينه مستهلكة.

فصل: فإذا ثبت توجيه القولين. فإن قلنا: إنه قد بطل حقه في الاسترجاع كان أسوة الغرماء يضرب معهم بثمانه ويبيع الزيت المختلط في حقوق جميعهم وإن قلنا: إنه على حقه من استرجاع ماله فإن أراد أن يبيع الزيت المختلط في حقه وحق الغرماء فذلك له فإذا كان زيت صاعاً يساوي درهماً والمختلط به صاعاً يساوي درهمين يبيع ذلك مختلطاً ودفع إلى البائع ثلثا ثمنه وإلى الغرماء ثلثي ثمنه فإن أراد أن يأخذ منه بقدر حقه كيلاً على قدر القيمتين فيأخذ من الصاعين المختطين وقيمتها ثلاثة دراهم ثلثي صاع قيمته درهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز، لأنه يصير آخذاً لثلاثي صاع بدلاً من صاع وذلك رباً حرام.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي أنه جائز قال الشافعي فليس ذلك يبيع صاع بثلاثي صاع وإنما هو وضعه في مكيلة ونقصان من رأس ماله. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا ففِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا وَبِهِ أَقُولُ يَأْخُذُهَا وَيُعْطِي قِيمَةَ الطَّحْنِ لِأَنَّهُ زَائِدٌ عَلَى مَالِهِ (قَالَ) وَكَذَلِكَ الثُّوبُ يَصْبُغُهُ أَوْ يَقْصُرُهُ يَأْخُذُهُ وَلِلْغُرْمَاءِ زِيَادَتُهُ فَإِنْ قَصُرَهُ بِأَجْرَةٍ دَرَاهِمٍ فَرَادَ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ كَانَ الْقَصَّارُ شَرِيكاً فِيهِ بِدَرَاهِمٍ وَالْغُرْمَاءُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ شُرَكَاءُ بِهَا وَيَبِيعُ لَهُمْ فَإِنْ كَانَتْ أَجْرَتُهُ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ وَرَادَ دَرَاهِمًا كَانَ شَرِيكاً فِي الثُّوبِ بِدَرَاهِمٍ وَضَرَبَ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِأَرْبَعَةٍ وَبِهَذَا أَقُولُ وَالْقَوْلُ الْآخَرُ أَنَّ الْقَصَّارَ غَرِيمٌ بِأَجْرَةِ الْقِصَّارَةِ لِأَنَّهَا أَثَرٌ لَا عَيْنٌ (قَالَ الْمُرْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ وَإِنَّمَا الْبَيَاضُ فِي الثُّوبِ عَنِ الْقِصَّارَةِ كَالسَّمْنِ عَنِ الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ وَكِبَرِ الْوَدِيِّ عَنِ السَّقْيِ وَهُوَ لَا يَجْعَلُ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ فِي ذَلِكَ عَيْنٌ مَالِهِ فَكَذَلِكَ زِيَادَةُ الْقِصَّارَةِ لَيْسَتْ عَيْنٌ مَالِهِ وَقَدْ قَالَ فِي الْأَجِيرِ يَبِيعُ فِي حَانُوتٍ أَوْ يَرَعَى عَنَّمَا أَوْ يَرُوضُ دَوَابَّ فَالْأَجِيرُ أَسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ فَهَذِهِ الزِّيَادَاتُ

عَنْ هَذِهِ الصَّنَاعَاتِ الَّتِي هِيَ آثَارُ لَيْسَتْ بِأَعْيَانٍ مَالٍ حُكْمُهَا عِنْدِي فِي الْقِيَاسِ وَاحِدٌ إِلَّا أَنْ تَخُصَّ السُّنَّةُ مِنْهَا شَيْئًا فَيَتْرَكَ لَهَا الْقِيَاسُ» .

قال الماوردي : وصورتها في رجل ابتاع حنطة فطحنها أو ثوباً فخاطه أو قصره ثم فلس فاختار البائع عين ماله فهل تكون الزيادة بالطحن والخياطة والقصارة بالأعيان المتميزة من ثمار النخل يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع أو يكون كالأثار المتصلة من السمن والطول لا ينفرد بها المشتري ويرجع بها البائع فيه قولان منصوصان :

أحدهما : وهو اختيار المزني - أنها آثار يرجع بها البائع ولا ينفرد بها المشتري ووجهه شيثان ذكرهما المزني .

أحدهما : وهو أن الطحن والخياطة والقصارة هي آثار غير متميزة لأن الطحن تفريق أجزاء مجتمعة والخياطة تأليف أجزاء متفرقة والقصارة إزالة كهد من لونه فكانت كتعليم العبد صنعة أو خطأً وأسوأ من حدوث السمن والكبر حالاً ، لأن السمن والكبر أعيان متصلة والطحن والقصارة أعيان متميزة فلما كان السمن الحادث في الغنم برعي الراعي والكبر الحادث في الودي بسقي الساقى لا تكون أعياناً ينفرد المشتري بملكها ويرجع الأجير عند فلسه بها فالطحن والقصارة أولى أن لا تكون أعياناً ينفرد بها المشتري ويملكها ويرجع الأجير عند فلسه بها بل تكون آثاراً يرجع بها البائع مع عين ملكه .

والثاني : أن ما كان في حكم الأعيان المتميزة لم يستحقه المغصوب إذا أخذه الغاصب كالصبغ فلما كان الغاصب لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره ثم استحقه المغصوب لم يرجع الغاصب بالطحن والقصارة كما لا يرجع بالسمن والكبر كذلك في الفليس .

والقول الثاني : أن الطحن والخياطة والقصارة في حكم الأعيان المتميزة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع ووجهه شيثان :

أحدهما : أن الطحن والقصارة إحالة صفة إلى غيرها كالصبغ لأنه إحالة لون إلى غيره فلما كان الصبغ في حكم الأعيان المتميزة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع كذلك الطحن والقصارة .

والثاني : أن الطحن والقصارة أمور تنسب إلى فاعلها ويجوز أن يفرده عقد الإجارة بها فيستأجره على الطحن والقصارة فجرى مجرى الأعيان في أن ليس للبائع أن يرجع بها وخالف سمن الغنم الذي لا ينسب إلى الراعي وكبر الودي الذي لا ينسب إلى الساقى ولا يجوز أن يفرده عقد الإجارة به ولا أن يستأجره على سمن الغنم وكبر الودي وهذا استدلال

وجواب فأما الغاصب فإنما لم يرجع بالطحن والقضارة لأنه أحدث ذلك في غير ملكه وهو متعدد به وليس كذلك المشتري .

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا بالأول منهما وأنهما آثار في حكم النماء الذي لا يتميز من السمن والكبر للبايع أن يأخذ حنطته دقيقاً مطحوناً وثوبه مخيطاً ومقصوراً ولا شيء له في الطحن والخياطة إذا لم يخطه بخيوط له وللطحان والخياط أن يرجعا بأجرتهما على المشتري يضربان بها مع الغرماء وإذا قلنا بالقول الثاني أنها في حكم الأعيان المتميزة كالثمرة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع فلا يخلو حال الطحن والقضارة من أحد أمرين أما أن تكون بفعل المشتري وعمله أو تكون بعمل أجير قد استأجره على عمله فإن كان المشتري هو الذي تولى عمل ذلك بنفسه فلا يخلو عين المال بعد حدوث العمل فيه من ثلاثة أحوال أحدها: أن يكون العمل لم يؤثر فيه زيادة ولا نقصان مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره فيسوي بعد القضارة عشرة فالعمل قد صار مستهلكاً وللبايع أن يأخذ ثوبه مقصوراً ولا شيء عليه والحال الثانية أن يكون العمل فيه قد نقص من قيمته مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره، فيسوي بعد القضارة ثمانية فقد استهلك العمل ونقص الثوب فيقال للبايع هذا نقص لا يتميز فلك أن تأخذ الثوب بجميع الثمن أو تضرب مع الغرماء به والاعتبار بزيادته ونقصه بقيمته لا بثمانه، لأن الثمن قد يزيد على القيمة وينقص والحال الثالثة أن يكون العمل قد زاد في قيمته مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره فيساوي بعد القضارة خمسة عشر فالزيادة للمشتري - وهي ثلثه - فيصير شريكاً للبايع بها في الثوب فلا يلزم دفعه إلى واحد منهما أما البائع فلحق المشتري فيه وأما المشتري فلملك البائع له ويوضع على يد عدل حتى يباع فيعطي البائع ثلثي ثمنه قل الثمن أو أكثر ويكون للمشتري ثلث الثمن يدفعه إلى غرمائه قل الثمن أو كثر فهذا حكم العمل إذا كان المشتري قد تولاه بنفسه وأما إذا كان المشتري قد استأجر أجيراً على عمله . فلا يخلو أيضاً حال الثوب من ثلاثة أحوال :

أحدها: أن يكون لم يؤثر فيه العمل زيادة ولا نقصان وكان يساوي قبل القضارة عشرة ويساوي بعد القضارة تلك العشرة فيكون العمل مستهلكاً ويرجع البائع بالثوب مقصوراً ويضرب القصار بأجرته مع الغرماء لاستهلاك عمله . فإنه قيل فإذا كان العمل كالعين فهلا كان القصار والبايع شريكين في الثوب بقيمة العمل وقيمة الثوب؟ قلنا: إنما يكون كالعين إذا كان لقيمته تأثير في الثوب فأما مع عدم تأثيره فيصير مستهلكاً .

والحال الثانية: أن تكون القضارة قد نقصت من قيمة الثوب للبايع أن يرجع بالثوب مقصوراً بجميع الثمن إن شاء أو يضرب مع الغرماء بثمانه وللقصار أن يضرب مع الغرماء بأجرته سواء أخذ البائع ثوبه أو تركه لأن عمل القصار صار مستهلكاً .

والحال الثالثة: أن تكون القسارة قد زادت في قيمة الثوب لأنه كان يساوي قبل القسارة عشرة فصار يساوي بعد القسارة خمسة عشر فالزيادة بها قدر الثلث فيكون المشتري شريكاً للبائع في الثوب بثلاث ثمنه ثم ينظر في أجرة القصار فلا تخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن تكون بقدر الزيادة أو تكون أقل منها أو تكون أكثر منها. فإن كانت أجرته بقدر الزيادة - خمسة - فله أن يرجع بالزيادة لأنها كالعين له فيصير القصار شريكاً للبائع في الثوب بثلاث ثمنه ولا يسلم إلى واحد منهما حتى يباع فيعطي صاحب الثوب ثلثي الثمن والقصار ثلث الثمن. فإن قيل فهلا كان للقصار أن يحبس الثوب بيده على قبض أجرته؟ قلنا: ليس للقصار ذلك لا مع المفلس ولا مع غيره، لأن حقه في العمل لا في الثوب وليس لصاحب الثوب أن يأخذه، لأن العمل محتبس بأجرته ولكن يوضع على يد عدل يحبسه للقصار على أجرته وينوب عن مالك الثوب في حصول اليد على ثوبه، وإن كانت أجرة القصار أقل من الزيادة فكانت أجرته درهمين ونصف والزيادة خمسة صار في الثوب مقصوراً ثلاثة شركاء فالبائع شريك فيه بثلثي ثمنه لأن قيمة ثوبه عشرة من جملة خمسة عشر والقصار شريك فيه بسدس ثمنه لأن قدر أجرته درهماً ونصف من خمسة عشر والمفلس شريك فيه بسدس ثمنه لأن الفاضل من قيمة الثوب مقصوراً بعد قيمته وأجرته درهماً ونصف فإن قيل فهلا كان للقصار أن يرجع بجميع الزيادة لأنها عين ماله؟ قيل: هي وإن كانت في حكم العين له فقد أسقط حقه منها حين رضي بالأجرة المقدرة ثم لا يسلم الثوب إلى واحد من الثلاثة لحق الآخرين فيه ويكون موضوعاً على يد عدل لبيع ويقسم ثمنه على ما وصفنا وتدفع حصة المفلس إلى الغرماء، وإن كانت أجرة القصار أكثر من الزيادة فكانت أجرته عشرة والزيادة خمسة كان القصار شريكاً للبائع في الثوب بقدر الزيادة وذلك الثلث وللبيع الثلثان ثم يضرب القصار بباقي أجرته وهو خمسة مع الغرماء. فإن قيل: فإذا كانت الزيادة هي عين ماله فهلا أخذها بجميع أجرته؟ قيل: لأنه لما لم يستحقها زائدة لم يقتصر عليها ناقصة، لأن أجرته مقدرة - وكذا الجواب في الطحان والخياط على هذا المثال - وهكذا إذا اشترى ساجة فعملها باباً أو ذهباً فصاغه حلياً أو صفرأ فضربه إناء أو غزلاً فنسجه ثوباً فالقول في جميعه على ما مضى.

فصل: فأما إذا اشترى ثوباً فصبغه لم يكن للبائع حق في صبغه قولاً واحداً لأن الصبغ عين جاوزت الثوب وحلت فيه وإذا كان كذلك لم يخل حال الصبغ من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون البائع قد اشتراه منه مع الثوب.

والثاني: أن يكون لأجنبي قد اشتراه منه.

والثالث: أن يكون لنفسه فإن كان قد اشترى الصبغ من بائع الثوب. مثاله: أن يشتري ثوباً يساوي عشرة وصبغاً يساوي عشرة فلا يخلو حال الثوب مصبوغاً من ثلاثة أحوال:

أحدها: إما أن تكون قيمته لم تزد على قيمة الثوب والصبغ أو تكون قد زادت أو تكون قد نقصت فإن كانت قيمته لم تزد ولم تنقص وكان يساوي بعد الصبغ عشرين درهماً فالعمل قد صار مستهلكاً وللبائع أن يرجع بثوبه مصبوغاً وإن كانت قد نقصت قيمته بعد الصبغ فصار يساوي خمسة عشر فالعمل قد صار مستهلكاً وقد نقص الثوب والصبغ نقصاً لا يتميز فيكون للبائع الخيار في أن يأخذه مصبوغاً بجمع الثمنين وذلك عشرين درهماً أو يضرب مع الغرماء بها فإن كان قد زادت قيمته مصبوغاً فصار يساوي بعد الصبغ ثلاثين درهماً فإن قلنا: إن العمل يجري مجرى الآثار دون الأعيان كان للبائع أن يرجع به زائداً ولا حق للمفلس فيه وإن قلنا أن العمل يجري مجرى الأعيان كانت الزيادة للمفلس يشارك البائع بها في الثوب فيصير شريكاً في ثلث الثوب والبائع شريكاً في ثلثي الثوب وإن كان الصبغ لآخر غير بائع الثوب لم يخل حال الثوب بعد الصبغ من أن يكون قد زاد أو نقص أو لم يزد ولم ينقص وإن كان لم يزد ولم ينقص وذلك بأن يكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمته مصبوغاً عشرين فالعمل مستهلك وبائع الثوب وبائع الصبغ نظيران شريكين فيه نصفين فبائع الثوب شريك بنصفه وإن نقصت قيمته فصار بعد الصبغ يساوي خمسة عشر فهذا النقصان قدره خمسة وهو داخل على الصبغ دون الثوب لأن عين الثوب لم تنقص ولأن عين الصبغ تبع للثوب بدخوله عليه فيقال لصاحب الصبغ: قد نقص عين مالك نقصاً لا يتميز فإن اخترت الرجوع به ناقصاً صرت شريكاً للبائع بثلث ثمنه ولا شيء لك غيره، وإن لم تختبر ضربت مع الغرماء بثمان صبغك وكان المفلس شريكاً لبائع الثوب بثلث ثمنه ويبيع الثوب مصبوغاً في حقها، وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً فصار يساوي ثلاثين درهماً - فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فلا حق للمفلس في هذه الزيادة ويكون الثوب بين بائع الثوب وبائع الصبغ نصفين فتعود الزيادة عليهما، وإن قيل أن العمل يجري مجرى الأعيان كانت الزيادة للمفلس وصار شريكاً بها في الثوب فيصير بائع الثوب شريكاً في ثلثه وبائع الصبغ شريكاً في ثلثه والمفلس شريكاً في ثلثه وإن كان الصبغ للمفلس إن كانت قيمة الثوب لم تزد ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وقيمته مصبوغاً عشرين فهما شريكان فيه لكل واحد منهما نصفه وإن كانت قيمته قد نقصت فصار يساوي بعد الصبغ خمسة عشر فالنقص داخل على المفلس مالك الصبغ لما ذكرنا ويصير شريكاً في الثوب بالثلث وإن كانت قيمته قد زادت فصار يساوي مصبوغاً ثلاثين فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فالزيادة بينهما ويكونان في الثوب شريكين لكل واحد منهما النصف، وإن قيل إن العمل جار مجرى الأعيان

فالزيادة للمفلس بحق عمله ويصير شريكاً في الثوب وصار شريكاً في الثوب فيصير بائع الثوب شريكاً في ثلثه وبائع الصبغ شريكاً في ثلثه والمفلس شريكاً في ثلثه وكان الصبغ للمفلس فإن كانت قيمة الثوب لم تزد ولم تنقص، فإن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وقيمه مصبوغاً عشرين فهما شريكان فيه لكل واحد منهما نصفه وإن كانت قيمته قد نقصت فصارت تساوي بعد الصبغ خمسة عشرة فالقصر داخل على المفلس مالك الصبغ لما ذكرنا ويصير شريكاً في الثوب بالثلث وإن كانت قيمته قد زادت فصار يساوي مصبوغاً بثلاثين فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فزيادتها بينهما فيكونان في الثوب شريكين لكل واحد منهما النصف وإن قيل إن العمل يجري مجرى الأعيان فالزيادة للمفلس بحق عمله بثلثي الصبغ وبالإضافة ويكون ثلثي الثمن للمفلس وثلثه للبائع .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ تَبَايَعَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا فَلَلَسَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِجَازَةٌ الْبَيْعِ وَرُدُّهُ دُونَ الْغَرْمَاءِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ مُسْتَحْدَثٍ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا باع سلعة بخيار ثلاثة أيام ثم حجر عليه بالفلس في مدة الخيار كان على خياره في الرد والإجازة من غير اعتراض للغرماء عليه وإن فسخ جاز وإن كان الحظ في الإجازة وإن أجاز صح وإن كان الحظ في الفسخ سواء قلنا إن البيع قد تم بنفس العقد أو لا يتم إلا بالعقد ويقضي الخيار هذا منصوص الشافعي رحمه الله ، وما عليه جمهور أصحابه ، لأن تأثير الحجر إنما يكون في المنع من العقود المستحدثة بعده فأما العقود المتقدمة فلا تأثير للحجر فيها والفسخ في هذا العقد والإمضاء فيه إنما هو بعقد متقدم وقال أبو علي بن أبي هريرة رضي الله عنه : إن اختار الأخط من الإجازة أو الفسخ صح وإن اختار ما لاحظ فيه بأن أجاز البيع وكان مغبوناً لم يجز وإن للغرماء فسخه عليه لما فيه من إدخال الضرر عليهم بنقص الغبينة التي يمكن استدراكها إلا على القول الذي يزعم فيه أن الملك قد انتقل بنفس العقد وهكذا لو فسخ المفلس وكان غائباً لم يجز وكان للغرماء إجازة البيع عليه لما فيه من استيفاء ملكه على الزيادة التي قد ملكها بعقده إلا على القول الذي يزعم فيه أن الملك لا يتم إلا بالعقد وتقضي الخيار . وهذا القول لا وجه له لما ذكرنا من أنه يفعل ذلك بحق عقد تقدم على الحجر وليس للحجر تأثير فيه ولا للغرماء اعتراض عليه ، ولأن في ذلك إجباراً على تمليك مال لم يستقر ملكه عليه فلم يصح إجباره عليه كما لا يصح إجباره على قبض هبة قد قبلها - وهكذا لو وقع الحجر على المشتري في زمان الخيار كان على خياره في الفسخ والإجازة ولا يجبر على أحظ الأمرين له ، وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة يجبر على أحظ الأمرين وإن كان أحظهما الفسخ - لأنه كان مغبوناً - أجبر على الفسخ إلا أن يقال إن

الملك قد انتقل بنفس العقد وإن كان أحظهما الإجازة - لأنه كان غائباً - أجبر على الإجازة إلا أن يقال إن الملك لا يتم إلا بالعقد وتقضي الخيار. وهو كما ذكرنا غير صحيح والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَخَذَهُ دُونَ صِفَتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْغُرْمَاءُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أسلم الرجل سلماً فحل السلم بعد الحجر عليه بالفلس فقبضه دون صفته: وهو أن يكون قد أسلم في طعام حديث قبض عتيقاً أو في جيد فأخذ رديئاً فلا يجوز له ذلك ما لم يرض غرماؤه به، لأن قبضه دون صفته نقص يدخل على الغرماء في حقوقهم، لأن نقص الصفة كنقص العين فإن رضي الغرماء بقبضه دون صفته جاز لأن المفلس تام الملك بدليل أن الزكاة تجب في ماله وإنما الحجر واقع عليه لحقوق الغرماء فإذا رضوا بالنقص الداخلك عليهم جاز فلو وهب المفلس مالاً يرضى به غرماؤه ففيه قولان: أحدهما: يجوز كنقص الوصف.

والثاني: لا يجوز، والفرق بينهما أن قبض السلم دون صفته مسامحة في عقد تقدم الفلس فصح منه مع رضا الغرماء اعتباراً بعقد ما مضى والهبة في الفلس عقد مبتدأ واستهلاك مال مستأنف فلم يصح مع رضا الغرماء لأنه قد يكون له عنه غائب لم يرض به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ فِضَّةً بِعَيْنِهَا فِي طَعَامٍ ثُمَّ فَلَسَ كَانَ أَحَقَّ بِفِضَّتِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل أسلم فضة في طعام موصوف بفلس المسلم إليه فلا يخلو حال الفضة التي كانت ثمناً من أحد أمرين: إما أن تكون باقية أو مستهلكة فإن كانت الفضة باقية في يد المفلس، فللمسلم أن يرجع بها لأمرين:

أحدهما: أنه لما جاز أن يرجع بعين ماله إذا كان ثمناً جاز أن يرجع بعين ماله إذا كان ثمناً.

والثاني: أنه لما جاز بالفلس فسخ البيع المنبرم فأولى أن يجوز به فسخ السلم الذي ليس بمنبرم وإن كانت الفضة مستهلكة فهل يستحق بحدوث الفلس خياراً في فسخ السلم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي - له الخيار في فسخ السلم، لأنه لما استحق بالفلس خيار الفسخ بتعجيل الثمن وتأخير المثمن استحقه بتعجيل الثمن وتأخير المثمن.

والوجه الثاني: وهو أصح وبه قال الجمهور - أنه لا خيار له في الفسخ لأن الفسخ

بالمفلس إنما يستحق إذا ارتفع به الضرر عن البائع في استرجاع عين ماله حتى لا يزاخمه الغرماء ويصل إلى جميع حقه وفسخ السلم لا يستفاد به هذا المعنى لأنه يشارك الغرماء به إذا فسخ كما يشاركونهم إذا لم يفسخ فالضرر لاحق به في الحالين فلم يكن لفسخه معنى . فإذا قيل بالوجه الأول عنه يستحق الفسخ فهو بالخيار بين أن يقيم على السلم ويضرب مع الغرماء بقيمة الطعام وبين أن يفسخ السلم ويضرب مع الغرماء بالثمن وإذا قيل بالوجه الثاني : فإنه يضرب مع الغرماء بقيمة الطعام وهو أن يقوم الطعام الذي أسلم فيه على صفته وقدره بسعر وقته فإذا بلغت قيمته ألفاً صار حقه ألفاً فيضرب بها مع الغرماء فإذا خرج قسطه بمزاخمة الغرماء خمسمائة لأن مال المفلس بإزاء نصف ديونه لم يدفع إليه الدراهم واشترى له بها طعاماً ، لأن قبضه للدراهم بيع للطعام قبل قبضه وذلك غير جائز فيولي الحاكم شراء الطعام له بالخمسمائة فربما اشترى بسعر ما قوم فيحصل له نصف طعامه وربما اشترى بأزيد من القيمة لغلاء السعر فيحصل له أقل من النصف وربما اشترى بأنقص من القيمة لرخص السعر فيحصل له أكثر من النصف فيحسب عليه من طعامه قدر ما قبض بالشراء من زيادة ونقص دون ما قومه به حين ضرب مع الغرماء بقيمته وكان ما بقي أن يبقى ديناً له عليه في ذمة المفلس على ما يستفيده من المال فيما بعده . والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَلَوْ أَكْرَى دَارًا ثُمَّ فَلَسَ الْمُكْرَى فَالْكَرَاءُ لِصَاحِبِهِ فَإِذَا تَمَّ سُكْنَاهُ بَيَعَتْ لِلْغُرَمَاءِ » .

قال الماوردي : وهذا صحيح إذا استأجر داراً أو عبداً ثم أفلس المؤجر أو رب الدار دون المستأجر فالإجارة على حالها والمستأجر أحق بالدار إلى انقضاء مدة إجارته لأمرين :

أحدهما : أن عقد الإجارة قد أزال ملك المؤجر عن المنفعة إلى المستأجر وحجر المفلس إنما يؤثر فيما لم تزل ملكية المفلس عنه ولا يؤثر فيما زال عنه كما لو باع شيئاً قبل فلسه لم يؤثر حدوث فلسه لزوال ملكه عنه .

والثاني : أن حق المستأجر قد تعلق بالعين المستأجرة وحقوق الغرماء تعلق بالذمة فكان تقدم ما تعلق بالعين أولى كالرهن فإذا تقرر أن المستأجر أولى فلا حق له في الفسخ بفلس المؤجر ، لأنه ممكن من استيفاء حقه من غير فسخ فإذا ثبت هذا وأن الدار مقررة في يد المستأجر إلى انقضاء المدة نظر فإن رضي الغرماء بتأخير بيع الدار حتى تنقضي مدة إجارتها ليتوفر عليهم ثمنها بعد تقضي الإجارة فذاك أولى وإن سألوا يبيعها في الحال ليقسم ثمنها فيهم جاز يبيعها على المستأجر قولاً واحداً لأنه ليس معه حائل يمنع من التسليم كما يجوز بيع الشيء المغصوب على الغاصب وإن لم يجز ذلك على غيره ، لأن ليس دونه حائل يمنع من

ردّه وكما يجوز لمن استأجر داراً سنة أن يستأجرها ثانية وإن لم يجز ذلك لغيره ذكرنا فأما بيعها من غير المستأجر ففيه قولان :

أحدهما : أنه باطل وهو قول أبي حنيفة لأمرين :

أحدهما : أن يد المستأجر تحول بين المشتري وبين الدار المبيعة فكان البيع باطلاً كالمغصوب .

والثاني : أنه يصير مستثنياً لمنافع ما باعه ولو استثنى منافع ما باعه شهراً بالشرط لم يجز ، فكذاك إذا كان مستثنياً بعقد الإجارة لم يجز ، لأنه لا فرق بين أن يكون مسلوب المنفعة بالشرط أو بالعقد .

والقول الثاني : أن البيع صحيح والإجارة بحالها لأمرين :

أحدهما : أن عقد الإجارة يتناول المنفعة دون الرقبة وعقد البيع يتناول الرقبة دون المنفعة فلم يمتنع أن يكون عقد البيع واقعاً على رقبة مستحقة المنفعة كالأمة المزوجة والعبد الموصي بخدمته .

والثاني : أنه لما جاز بيع النخل إذا كانت عليها ثمرة مؤبرة للبائع وإن كانت مستحقة المنافع جاز بيع الدار إذا كانت مستحقة المنفعة بعقد الإجارة فكان أولى لأن مدة الإجارة معلومة ومدة بقاء الثمرة غير معلومة .

فصل : فإذا تقرر وجود القولين . فإن قلنا بصحة البيع فالمشتري إن لم يكن عالماً بعقد الإجارة مخير بين المقام أو الفسخ وعليه إن أقام تمكين المستأجر منها إلى انقضاء المدة وإن قلنا ببطان البيع رد الثمن على المشتري وكانت الدار في يد المستأجر حتى إذا انقضت مدة إجارته بيعت في حقوق الغرماء ، ولو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة لزم الإجارة فيما مضى على الصحيح من المذهب - واستقر عليه الأجرة بقسطه وبطلت الإجارة فيما بقى واسترجع من الأجرة بقسطه ، فإن كان ذلك قبل أن يقسم مال المفلس بين غرمائه شاركهم فيه وضرب معهم بقدر ما بقى من الأجرة فإن كان ذلك - أعني : انهدام الدار - بعد قسمة ماله بين غرمائه ففيه وجهان :

أحدهما : أن القسمة ماضية ويكون ما استحقه المستأجر من أجرة ما بقى من المدة ديناً في ذمة المفلس على ما يستفيده من بعد القسمة لأنه حق ثبت بعد القسمة

والوجه الثاني : : أنه تنقض القسمة ليضرب المستأجر بباقي أجرته مع الغرماء كما تنقض القسمة إذا ظهر له غريم لم يعلم به وإنما كان كذلك ، لأن رجوعه بباقي الأجرة إنما هو

مستحق بما تقدم من عقد الإجارة فجرى مجرى من تقدم حقه من الغرماء . وهو أن الوجهين ينبغي أن يكون تخريجهما من اختلاف قوله فيما ملكه المستأجر من الأجرة هل يكون ملكاً مستقراً أو مراعاة . والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَلَوْ أَكْرَاهُ سَنَةً وَلَمْ يَقْبِضِ الْكَرَاءَ ثُمَّ فَلَسَ الْمُكْتَرِي كَانَ لِلْمُكْرِي فَسْخُ الْكِرَاءِ » .

قال الماوردي : قد مضى الكلام في هذه المسألة إذا فلس مستأجر الأرض وكان مستأجر الدار مثله . فإذا استأجر داراً سنة ثم فلس لم يخل حال الأجرة من ثلاثة أحوال : أحدهما : أن يكون قبض جميعها فلا خيار للمؤاجر لاستيفاء حقه كما لا خيار للبائع إذا قبض جميع الثمن والواجب أن يؤاجر الدار ما بقي من مدة إيجارها فتكون الأجرة موقوفة لتمضي المدة سليمة خوفاً من استحقاق استرجاعها بانهدام الدار قبل تقضي إيجارها . فإذا مضت المدة سليمة قسمت الأجرة حينئذٍ بين الغرماء

والحالة الثانية : : أن تكون الأجرة بكمالها باقية على المستأجر فللمؤاجر الخيار في فسخ الإجارة واسترجاع الدار المؤجرة بجميع الأجرة أو المقام عليها ومساهمة الغرماء بأجرتها فإن أقام على الإجارة وجب إجارة الدار ما يبقى من مدة الإجارة وقسم أجرتها بعد مضي المدة بين جميع الغرماء ويكون المؤاجر أسوتهم فإن قيل هلا اختص المؤاجر بجميع هذه الأجرة لأنها عين ماله؟ قيل ليست الأجرة عين ماله وإنما المنفعة عين ماله والأجرة بدل منها فصار بمثابة بائع السلعة إذا اختار إمضاء البيع فإذا بيعت السلعة لم يختص البائع بثمنها بل كان فيه أسوة الغرماء ، لأنه بدن من عين ماله كذلك الأجرة

والحال الثالثة : أن يكون المستأجر قد قبض بعض الأجرة وبقي بعضها فلا فسخ للمؤاجر فيما قبض أجرته من المدة وعليه المقام إلى انقضائها وله الفسخ فيما لم يقبض أجرته من المدة فإن اختار الفسخ استرجع الدار بعد انقضاء ما قابل المقبوض من المدة بما بقي من الأجرة فإن اختار الإمضاء أقام على الإجارة إلى انقضاء مدتها وضرب مع الغرماء بباقي الأجرة ووجب إجارة الدار بما بقي من المدة لتقسم الأجرة بين غرماء المفلس عند انقضاء تلك المدة .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَلَوْ قَسَمَ الْحَاكِمُ مَالَهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ ثُمَّ قَدِمَ آخَرُونَ رَدَّ عَلَيْهِمْ بِالْحِصَصِ »

قال الماوردي: وهذا صحيح وينبغي للحاكم أن لا يعجل بقسم مال المفلس إلا بعد البحث عن جميع غرمائه ويشهر في الناس أمره ليعلم به الغائب فإنه قد ربما كان له غريم غائب لا يعلم بحاله في الغيبة فإذا توقف وبحث ولم يعلم له غريماً غير من حضر منهم قسم حينئذٍ ماله بينهم وليس للحاكم أن يكلف الغرماء إقامة البينة أن لا غريم له سواهم. فإن قيل ليس الحاكم لا يجوز أن يقسم تركة الميت بين ورثته إلا أن يقيموا البينة أن لا وارث له سواهم فهلا كان الغرماء كذلك؟ قلنا: الفرق بين الوارث والغريم أن الوارث لا يستحق جميع التركة إلا أن لا يكون للميت وارث سواه فلم يجز أن يحكم له بجميع المال إلا أن يقيم البينة باستحقاقه لجميعه والغريم مستحق لجميع دينه إلا أن تقوم البينة بأن له غريماً سواه فلما لم تقم البينة جاز الحكم له به ولم يجز أن يصرف بالشك عن حقه يوضح معنى الفرق بينهما أن بعض الورثة لو عفا عن حقه من التركة لم يرد ذلك على من سواه من الورثة، لأنهم قد استوفوا حقوقهم ولو عفا أحد الغرماء عن حقه رد ذلك على من سواه من غرمائه لأنهم لم يكونوا قد استوفوا بتلك القسمة حقوقهم والله أعلم.

فصل: فإذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه عند ظهور أمره واجتماع ماله ثم حضر له غريم آخر قامت له البينة بدينه وجب أن يشاركهم فيما أخذوه وقال مالك: لا حق له فيما مضى بالقسمة ويكون حقه باقياً في ذمة المفلس على ما يحدث له من مال قال، لأن قسمة الحاكم مال المفلس حكم منه نفذ عن اجتهاد فلم يجز نقضه باجتهاد. والدلالة على فساد هذا القول هو أن حجر المفلس إنما وقع لجميع غرمائه وقسم بالله إنما يستحق بقدر ديونه كما أن مال الميت منتقل إلى جميع ورثته ومقسوم بقدر فرائضهم من تركته فلو كان قسم الحاكم مال الميت بين ورثته ثم حضر وارث كان غائباً نقض القسمة واستأنفها بين جميع الورثة وجب إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ثم حضر غريم كان غائباً أن ينقص القسمة ويستأنفها بين جميعهم لأنه في الحالين بمنزلة الحاكم إذا أمضى الحكم باجتهاد خالف فيه نصاً كان حكمه بالاجتهاد منقوضاً، ولأن الغرماء قد استحقوا ديونهم من مال المفلس إذا كان حياً كما استحق ديونهم من تركته إذا كان ميتاً فلما كان لو قسم تركة المفلس بعد موته بين من علم من غرمائه ثم حضر قسم كان غائباً نقص تلك القسمة وشاركهم الغائب بقدر دينه وجب إذا قسم مال الحي ثم حضر غائب أن يشاركهم فلا يسقط بالقسمة حقه معهم، ولأن الغرماء شركاء في مال المفلس كالشركاء في الرهن ثم كان الرهن لو قسم ثمنه من يستحقه من مرتبه فمن حضر لم يسقط منه حق من غاب وشاركهم فيه إذا حضر فكذلك الغرماء إذا اقتسموا مال المفلس ثم حضر غائب وجب أن يشاركهم فيه فأما استدلال مالك بأنه حكم من الحاكم نفذ باجتهاد فلم يجز أن ينقض باجتهاد. فهو أننا نقضناه بنص لأن استحقاق الغائب بحضوره

كالنص والاجتهاد منقوض بالنص فإذا ثبت أن الغريم الغائب يشارك الحاضرين فيما أخذوه ففي كيفية رجوعه عليهم وجهان

أحدهما: أن القسمة الأولى تنقض ثم يستأنفها الحاكم بعد دخول الغائب فيهم، لأن القسمة الأولى لما تقدمت قبل وقتها بطلت،

والوجه الثاني: وهو ظاهر منصوصه - أن القسمة الأولى مقررة على حالها، ويرجع هذا الغائب على كل واحد منهم بقسط دينه ولا تبطل القسمة فيما سواه. مثاله: أن تكون ديون الغرماء الحاضرين خمسة آلاف ودين هذا الغائب ألفاً فتصير جميع الديون ستة آلاف. فيكون لهذا الغائب أن يرجع على كل واحد من الحاضرين بسدس ما في يده لأنه بقسط دينه ويبقى في يد كل واحد منهم خمسة أسداس ما قبضه ملكاً له بالقسمة الأولى فإنما لم تبطل جميع القسمة لأن ما سوى حق الغائب موضوع في حقه فلم يكن لفسخ القسمة واستئنافها من بعد وجه.

فصل: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم وجد له بعد فك الحجر عنه مالاً كان أخفاه، فجميع تصرفه فيه بعد فك الحجر عنه باطل مردود، لأن الحجر لم ينفك عن هذا المال ثم يستأنف الحاكم قسمه بين الغرماء فيما بقي من ديونهم ولا يتعرض لنقض القسمة الأولى لا يختلف فلو ظهر للمفلس بعد فك الحجر عنه مال متقدم واستفاد مالاً حادثاً وظهر له غريم غائب وحدث له غريم مستحدث فالمال المتقدم لا حق فيه لمن حدث من الغرماء ويكون بين الأولين والغائب فإن كان بقسط دين الغائب فإذا قيل إن القسمة الأولى قبل حضور الغائب تكون باطلة ضم الحاكم ما وجد من المال الذي كان متقدماً إلى ما بأيدي الغرماء بالقسمة ثم استأنفها بينهم وبين الغائب وإن قيل أن القسمة الأولى لا تبطل دفع هذا الموجود إلى الغريم الغائب فإن كان بقدر ما يستحقه من قسط دينه منه أقرت القسمة الأولى على حالها وإن كان أكثر دفع إليه قسطه منه ورد فاضله على الأولين وإن كان أقل أخذه كله ثم استرد من كل واحد منهم بقدر ما بقي من قسط دينه ثم يستأنف الحاكم قسمة المال الذي استحدث ملكه بعد فك الحجر عنه بين جميع الغرماء المتقدمين والمستحدثين. (والله أعلم).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَرَادَ الْحَاكِمُ بَيْعَ مَتَاعِهِ أَوْ رَهْنَهُ أَحْضَرَهُ أَوْ وَكَيْلَهُ لِيُحْصَى ثَمَنُ ذَلِكَ فَيُدْفَعُ مِنْهُ حَقُّ الرَّهْنِ مِنْ سَاعَتِهِ» قال الماوردي: وهذا صحيح وإنما يختار الحاكم احضار المفلس ببيع متاعه لمعان:

أحدهما: أنه أعرف بأثمانها فلا يلحقه غبن.

والثاني: لتولي العقد بنفسه من غير إجبار فيكون المشتري فيه أرغب ونفس البائع به أطيب.

والثالث: أن يعلم قدر ما حصل من أثمانها وما يبقى من دينه بعدها فإن تعذر حضور المفلس أحضر الحاكم وكيله ليقوم في الخصومة مقامه حتى تنتفي التهمة عن الحاكم في شيء منه فإن لم يكن له وكيل وكل له الحاكم وكيلاً ينوب عنه قال أصحابنا: ويختار الحاكم إحضار الغرماء أيضاً عند البيع لأمرين:

أحدهما: أنه ربما رغب بعضهم في شيء من المبيع فأخذه بثمن موفور.

والثاني: أن يعلموا قدر الأثمان الحاصلة لهم وما يخص كل واحد منهم فإن أمر الحاكم ببيع المتاع من غير حضور المفلس وغرمائه صح البيع لأن حضورهم استحباب فلم يفسد بغيثهم العقد كاستئذان الأب البكر.

فصل: ثم إن أول ما ينبغي للحاكم أن يتدبّر بيعه من مال المفلس الرهن لأمرين: أحدهما: تعلق حق المرتهن بعينه.

والثاني: أن يعلم ما فضل منه فيرد على غرمائه وكذا العبد الجاني يقدم بيعه كالرهن لما ذكرنا فإذا بيع الرهن فإن كان ثمنه بقدر دين المرتهن أخذه بدينه وإن كان ثمنه أكثر من دينه أخذ منه قدر دينه ويرد باقيه على الغرماء وإن كان ثمنه أقل من دينه أخذه كله وضرب بباقي دينه مع الغرماء فأما العبد الجاني فإن فضل من ثمنه شيء رد على الغرماء وإن عجز فلا شيء للمجني عليه سواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لُغْرَمَاءِ الْمُفْلِسِ ارْتَضُوا بِمَنْ يَكُونُ عَلَى يَدَيْهِ الثَّمَنُ وَيَمْنُ يُنَادِي عَلَى مَتَاعِهِ فِيمَنْ يَزِيدُ وَلَا يَقْبَلُ الزِّيَادَةَ إِلَّا مِنْ ثِقَةٍ».

قال الماوردي: أما الرهن والعبد الجاني إذا بيعا على المفلس لم يجز حبس ثمنهما وعجل للمرتهن حقه من ثمن الرهن وللمجني عليه أرشه من ثمن العبد الجاني وأما سائر أموال المفلس إذا بيعت فلا يخلو أن يكون غريمه واحد أو جماعة. فإن كان واحداً لم يحبس عنه ثمن ما بيع، لأنه لا مشاركة له فيه وإن كانوا جماعة وجب أن يحبس أثمان المبيعات حتى تكامل جميعها ولا يعجل بقسم ما حصل من أثمان بعضها لأمرين:

أحدهما: أن يعلم قدر جميعها على دينه وقبل تكاملها يشق عليه.

والثاني: أنه ربما تأخر غريم له لا يعلم به فيحضر عند علمه وإذا كان كذلك فينبغي للحاكم أن يضعها على يد عدل ولا يضعها عند نفسه لما فيه من البذلة ولحقوق التهمة

وينبغي للحاكم أن يبيع متاعه فيمن يزيد فإن كان أشهر لحاله وأقر لثمنه وأبعد من التهمة فيحتاج حينئذ إلى مناد ثقة ينادي على المتاع فيمن يزيد وإلى عدل يجمع المال عنده إلى حين تكامله فيقول للمفلس والغرماء اختاروا منادياً ينادي على متاعه وعدلاً يكون المال موضوعاً على يديه فإن اجتمعوا على اختيار رجل بعينه نظر الحاكم في عدالته وأمانته فإن كان أميناً أمضى اختيارهم له وأقر ذلك على يديه. وإن كان غير أمين لم يمض اختيارهم وأمرهم باختيار غيره من الأمناء الثقات. فإن قيل أليس لو اختار الراهن والمرتهن أن يضع الرهن على يد غير أمين لم يكن للحاكم عليهم اعتراض فهلا إذا اختار المفلس والغرماء وضع المال على يد غير أمين أن لا يكون للحاكم عليهم اعتراض؟ قلنا: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يكن للحاكم نظر في الرهن على الراهن والمرتهن لم يكن له اعتراض عليهم في الاختيار ولما كان للحاكم نظر في مال المفلس اعترض عليهم في الاختيار.

والثاني: أن حق الراهن والمرتهن لا يتجاوزهما فلم يجز للحاكم أن يعترض عليهما في الاختيار وحق المفلس والغرماء قد ربما تجاوزهم إلى غريم غائب فجاز لحقه أن يعترض عليهم في الاختيار، وأما إن اختلف المفلس والغرماء في الاختيار فاختار المفلس رجلاً واختار الغرماء غيره فإن للحاكم أن ينظر في الرجلين فإن وجد أحدهما أميناً عدلاً والآخر غير أمين كان الأمين أولى وأقره الحاكم على الاختيار فإن كانا أمينين معاً نظر: فإن كان أحدهما متطوعاً والآخر مستجلاً كان المتطوع أولى وإن كانا متطوعين أو مستجعين فإن أمكن أن يضم أحدهما إلى الآخر فعل فإنه أولى لما فيه من الاختلاط وإقرار كل واحد منهما على الاختيار وإن لم يمكن ضم أحدهما إلى الآخر اختار الحاكم أوثقهما عنده وأعدلهما في نفسه. قال الشافعي: ولا يقبل إلا ثقة. وقال في موضع آخر: ولا يقبل إلا من ثقة. ولكل واحد من الكلامين تأويل فمعنى قوله: ولا يقبل إلا ثقة: يريد: أن المفلس والغرماء إذا اتفقوا على اختيار رجل لم يقبل الحاكم إلا أن يكون ثقة. ومعنى قوله: ولا يقبل إلا من ثقة: يعني به: المتولى لبيع المتاع لا يقبل الزيادة ممن يزيد في الثمن عند المزايدة إلا أن يكون ثقة لا يرجع عن زيادته لما في رجوعه من الفساد (والله أعلم).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَجِبُ أَنْ يُرْزَقَ مَنْ وَلِيَ هَذَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَمْ يَعْمَلْ إِلَّا بِجُعْلِ شَارِكُوهُ فَإِنْ لَمْ يَتَّفِقُوا اجْتَهَدَ لَهُمْ وَلَمْ يُعْطَ شَيْئًا وَهُوَ يَجِدُ ثَقَّةً يَعْمَلُ بِغَيْرِ جُعْلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح - وجملته أنه متى وجد الحاكم من يتطوع ببيع المتاع وحفظ الثمن لم يجز أن يعطي أحداً جعلاً عليه لا من بيت المال، لأن ما فيه مصروف في

المصالح ولا من مال المفلس لأنه موقوف على الغرماء إلا من ضرورة وإن لم يجد الحاكم متطوعاً جاز أن يعطيه جعلاً فإن رأى من الأصحح أن يشارطه عليه فعل وإن رأى أن لا يشارطه ليعطيه أجره مثله فعل وكانت الأجرة من بيت المال إن كان فيه مال لما في ذلك المصلحة العامة ويكون من خمس الخمس سهم رسول الله ﷺ المرصد لمصالح المسلمين العامة وهل يجوز أن يكون من أربعة أخماس الفيء؟ على قولين: ولا يجوز مما سوى ذلك من الأموال. فإن لم يكن في بيت المال مال أو كان فلم يسمح به الإمام إما لعذر أو غير عذر دفع الحاكم الأجرة من مال المفلس دون الغرماء، لأن العمل في ماله كما يدفع أجره الوالي على مال اليتيم من ماله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَبَيْعٌ فِي مَوْضِعٍ سُوقِهِ وَمَا فِيهِ صَلَاحٌ تَمَنَّ**

الْمَبِيعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال ينبغي للحاكم أن يبيع كل نوع من المتاع في سوقه فيبيع البزفي البزازين، ويبيع العطر في العطارين، ويبيع الرقيق في النخاسين لأن أهل سوقه فيه أرغب، ولأن المشتري هناك أكثر، ولأنه من التهمة أبعد إلا أن يكون المتاع كثيراً يلزم في نقله مؤونة فيرى الحاكم من الأصحح أنه لا يحمله إلى سوقه ويستدعي أهل السوق إليه فله أن يفعل ذلك بحسب الحال المشاهدة والصلاح الظاهر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَدْفَعُ إِلَى مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً حَتَّى يَقْبِضَ**

الْثَمْنَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في كتاب البيوع أن من باع سلعة لم يلزمه تسليمها إلى المشتري ما لم يظهر منه بذل الثمن. فإن بذل المشتري الثمن وقال: لا أدفع حتى أقبض المبيع فيه أربعة أقاويل:

أحدها: أن الحاكم يأمرهما بإحضار الثمن والتمنن إلى مجلسه ليدفع كل واحد منهما بعد حصولهم إلى مستحقه.

والقول الثاني: أن الحاكم ينصب لهما عدلاً يفعل ذلك.

والقول الثالث: أن الحاكم يدعهما ولا يخير واحد منهما لكن يمنعهما من

المخاطمة.

والقول الرابع: أنه يخير البائع أولاً ثم المشتري بعده. فإذا تقرر هذا فالجواب في

متاع المفلس إذا بيع عليه أنه متى لم يظهر من المشتري بذل لم يجز للعدل تسليم المبيع إليه

وإن ظهر من المشتري بذل الثمن وقال: لا أدفعه حتى أقبض الثمن فقد اختلف أصحابنا فكان البغداديون منهم يخرجون ذلك على الأقاويل كالمبيع إذا كان على غير مفلس لكن لا يجيء هاهنا إلا ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يأمرهما بإحضار ذلك إلى مجلسه.

والثاني: أن ينصب لهما عدلاً غير العدل الذي يتولى مال المفلس.

والثالث: أنه يجبر بائع مال المفلس على التسليم ثم المشتري على الدفع للثمن.

فأما القول الرابع: أن الحاكم يدعهما معاً فلا يجيء هاهنا قالوا ومعنى قول الشافعي: أنه لا يدفع إلى من اشترى شيئاً حتى يقبض الثمن. يعني: حتى يظهر له بذل الثمن. قالوا، لأن الحاكم وإن لزمه الاحتياط للمفلس فليس له إجبار المشتري على ما لا يجوز إجباره عليه. وقال البصريون منهم: بل لا يجوز لبائع مال المفلس أن يدفع المبيع إلا بعد قبض الثمن قولاً واحداً بخلاف من ليس بمفلس لأمرين:

أحدهما: أن مال المفلس يلزمه فيه من الاختلاط ما لا يلزم في غيره والمشتري ماله داخل على بصيرة.

والثاني: أن بيع مال المفلس بحكمه فالمشتري يأمن في تعجيل الثمن بحكم الحاكم به ما لا يأمن في غيره فكان ما يتخوفه مع غير المفلس مأموناً في ابتياع مال المفلس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا ضَاعَ مِنَ الثَّمَنِ فَمِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا وضع ثمن المبيع على يد عدل فضاع من يده كان من مال المفلس دون غرمائه لأنه مالك المبدل فهلاك بدله من ماله كالوكيل. وقد مضى الكلام في هذه المسألة مع أبي حنيفة في كتاب الرهن بما يعني عن الإعادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَبْدَأُ فِي الْبَيْعِ بِالْحَيَوَانِ وَيَتَأَنَّى بِالْمَسَاكِينِ يَقْدَرُ مَا يَرَى أَهْلُ الْبَصْرِ بِهَا أَنَّهُا قَدْ بَلَغَتْ أَثْمَانَهَا».

وهذا صحيح. ينبغي أن يكون أول ما يبدأ ببيعه من مال المفلس ما كان تركه أخوف فأول ما يقدم ببيعه الحيوان، لأمرين:

أحدهما: أنها نفس يخاف تلفها.

والثاني: ما يحتاج إليه من مؤونة علف فيها وكذلك كره أهل الاحتياط اقتناء الحيوان وقالوا: مؤونة ضررس وضمان نفس. فلهذين أول ما قدم ببيع الحيوان في مال المفلس إلا أن

يكون في ماله طعام رطب فيقدم بيعه على بيع الحيوان لما يجعل إليه من الفساد ثم يبيع الحيوان بعده ثم يبيع بعد الحيوان ما كان منقولاً من العروض والأمتعة ويقدمها على ما لا ينقل من الدور والعقار، لأن المنقول معرض للسرقة ويبدأ في بيع المنقول بما يخاف عليه الفساد كالثياب ويقدمها في البيع على النحاس والصفير ثم يتأني في بيع العقار والأرضين حتى يظهر أمرها ويتأهب المشتري لها ويقدم بيع العقار على بيع الأرضين، ولأن العقار قد يخاف عليه من هدم أو حريق ولا يباع العقار والمساكن والأرضون إلا أن يعلم أنها قد بلغت أثمانها وكذلك سائر أمواله المبيعة عليه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَجَدَ الْإِمَامُ ثِقَةً يُسَلِّفُ الْمَالَ حَالاً لَمْ يَجْعَلْهُ أَمَانَةً».**

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن مال المفلس يلزم الاحتياط في حفظه فإذا وجد الحاكم أميناً يأخذ ثمن ما يبيع من ماله مضموناً لم يجز أن يستودعه إياه مؤتمناً، لأن ما أخذه قرضاً وهو مضمون بالغرم إن تلف. وما أخذه وديعة فهو من مال المفلس إن تلف فكان القرض أحفظ له من الترك إلا أن لا يجد ثقة مليئاً فتركه أولى فإن قيل قد قال الشافعي إن وجد من يسلفه المال حالاً وهو لا يجيز القرض مؤجل فلم يكن لهذا الشرط تأثير ألا ترى أن جواز القرض مؤجلاً؟ قيل قد كان بعض أصحابنا يتعلق بهذه اللفظة من كلام الشافعي ويجيز القرض مؤجلاً، ويجعله للشافعي مذهباً، وذهب سائر أصحابنا إلى تخطئة هذا القول وفساد مذهبه لأن نصوص الشافعي تبطله وأصول مذهبه تدفعه، لأن من أصل مذهبه أن الأجل لا يلزم إلا في عقد لازم وليس القرض بلازم وتأولوا قول الشافعي رحمه الله: إن وجد من يسلفه المال حالاً أنه أراد به الحاكم إذا رأى قول مالك في جواز القرض المؤجل لم يجز أن يقرض مال المفلس إلى أجل وجعله قرضاً حالاً حتى لا يدخله الأجل على مذهب أحد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَنْبَغِي إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ وَقَفَ مَالَهُ عَنْهُ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ وَمَا فَعَلَ مِنْ هَذَا فَفِيهِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ فَضَّلَ جَازَ فِيهِ مَا فَعَلَ وَالْآخَرُ أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ (قَالَ الْمُزْنِي) قُلْتُ أَنَا قَدْ قَطَعَ فِي الْمَكَاتِبِ إِنْ كَاتَبَهُ بَعْدَ الْوَقْفِ فَادَى لَمْ يُعْتَقَ بِحَالٍ».**

قال الماوردي: قد ذكرنا في أول الكتاب ما يستحق به حجر الفليس فإذا أراد الحاكم أن يحجر على رجل بالفلس فلا بد من أن يقول الحاكم قولاً يقع به الحكم واختلف الأصحاب في اللفظ الذي يقع به الحجر فقال البغداديون: هو أن يقول الحاكم: قد وقفت

مالك ومنعتك من التصرف فيه، لأن هذا هو المقصود بالحجر فوجب أن يكون ثبوته به. وقال البصريون: هو أن يقول له الحاكم: قد حجرت عليك بالفلس. وقالوا لأن الحجر قد يتنوع ولكل واحد منه حكم فلم يكن بد من التصريح به ليمتاز عن غيره، لأن وقف المال والمنع من التصرف إنما هو من أحكام الحجر فلم يقع به الحجر فإذا تلفظ الحاكم بما يقع به الحجر على حسب ما ذكرنا من اختلاف المذهبين أشهر الحاكم على نفسه بالحجر عليه. واختلف أصحابنا هل الإشهاد شرط في تمام الحجر فقال البغداديون: الإشهاد ليس بشرط في ثبوت الحجر، لأن نفوذ الحكم لا يقف على الإشهاد فيه فإن حجر عليه قولاً ولم يشهد صح. وقال البصريون: شرط ثبوت الحجر الإشهاد عليه، لأن المقصود بهذا الحجر الشهرة وإظهار الأمر فيه ولا يكون مشتهراً إلا بالشهادة وجرى مجرى اللعان الذي يقصد به الشهرة.

فصل: فإذا وقع الحجر عليه بما ذكرنا فقد اختلف قول الشافعي فيه هل يجري مجرى حجر السفية أو مجرى حجر المرض على قولين:

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر السفية. لأمرين:

أحدهما: أن المقصود به المنع من تبذير المال ليكون موفراً كالسفيه الذي يقصد بالحجر عليه حفظ المال من التبذير ليكون موفراً.

والثاني: أنه حجر لا يثبت إلا باجتهاد وحكم فشابحه حجر السفية الذي لا يثبت إلا باجتهاد وحكم.

والقول الثاني: أن هذا الحجر يجري مجرى حجر المرض الواقع لأجل الورثة.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فعمود المحجور عليه بالفلس وتصرفه على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون متعلقاً بعين ماله الذي وقع الحجر عليه مثل أن يشتري سلعة في ذمته أو يبيع سلماً مضموناً في ذمته أو يضمن ضماناً يتعلق بذمته، فكل هذا وما شاكله مما يتعلق بذمته ولا يتعلق بماله الذي في يده نافذ ماض لا اعتراض للغرماء فيه على القولين معاً سواء قيل إن الحجر عليه يجري مجرى حجر السفه أو مجرى حجر المرض، لأن الحجر عليه اختص بماله دون ذمته فلو ابتاع في حال الحجر سلعة بثمن في ذمته فأراد البائع لها أن يرجع بها لفلسه فإن كان البائع عالماً بفلسه وقت البيع لم يكن له استرجاعها وإن لم يكن عالماً ففيه وجهان:

أحدهما: له استرجاعها لأن عقده قبل الحجر أقوى منه بعده فلما جاز استرجاع ما ابتاعه قبل الحجر فأولى أن يجوز استرجاع ما ابتاعه بعد الحجر.

والوجه الثاني: أنه لا حق له في استرجاع ذلك لأنه قد كان يقدر على استعماله قبل العقد فصار في حكم العالم به ولا يكون تقصيره في ذلك عذراً والوجه الأول أصح عندي، لأن الفسخ بالفلس يجري مجرى الفسخ بالعيب والرد بالعيب يجوز وإن أمكن أن يستعلم قبل العقد فكذلك الفسخ بالفلس وجميع ما ملكه في حال الحجر بابتياح أو اصطياح أو قبول هبة أو وصية يصير داخلاً تحت الحجر كأنه كان موجوداً وقت الحجر فيكون تصرفه فيه كتصرفه في غيره من أمواله المتقدمة فهذا حكم عقوده فيما يتعلق بدمته ولا يتعلق بما في يده.

فصل: والضرب الثاني أن يكون تصرفه وعقوده متعلقاً بما في يده. مثل أن يبيع من ماله متاعاً أو يهب مالاً أو يكتب عبداً أو يحدث عتقاً له فقد خالف ما يقتضيه الحجر من المنع من التصرف وفي عقوده قولان مبنيان على ما ذكرنا من اختلاف قوله في معنى الحجر. أحدهما: أن جميعها باطلة إذا قيل إن الحجر عليه جار مجرى حجر السفه لبطلان عقود السفه ورد تصرفه.

والقول الثاني: أنها جائزة وتكون موقوفة إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض لصحة عقود المريض ووقفها على إجازة الورثة. وعلى هذا إذا كان فيما بقي من ماله بعد تصرفه وفاء لدينه بسعر زاد أو ربح حدث أو كسب استفيد كان جميع ما فعله من بيع وكتابة وعتق ماضياً نافذاً لا اعتراض فيه وإن لم يمكن في الباقي من ماله وفاء لدينه وجب أن يرد تصرفه وتنقض عقوده ويبدأ منها بما ليس في مقابلته عوض كالهبة والعتق فإن كان فيها وفاء لم يعرض لفسخ عقود المعاوضات وأمضيت وإن لم يكن فيها وفاء فسخت الكتابة قبل البيع فإن كان فيها وفاء لم يعرض لفسخ البيع وإن لم يكن فيها وفاء لم يخل حال المبيع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قد باعه بأقل من ثمنه حتى صار مغبوناً فهذا يفسخ عليه ويسترجع المبيع من مشتريه.

والثاني: أن يكون قد باعه بأكثر من ثمنه حتى صار غابناً فهذا البيع ماض ولا معنى لفسخه لأن إمضاء البيع أوفر لحقوق الغرماء للزيادة الحاصلة في ثمنه فلم يجز إبطالها عليهم بالفسخ.

والحال الثالثة: أن يكون قد باعه بمثل ثمنه من غير زيادة ولا نقص فهذا ينظر فيه فإن كان الثمن قد زاد قيمته أو المبيع قد نقص سعره أمضى العقد ولم يفسخ عليه لما في فسخه من دخول النقص وإن كان على حاله لم يزد الثمن ولا ينقص سعر المثلثين فهذا ينظر فيه: فإن

كان الثمن قد استهلكه المفلس حتى صار في ذمته فسخ البيع لأن يستفاد بفسخه ببيع السلعة المبعة في حقوق الغرماء وما يستحقه المشتري من الرجوع بالثمن هو دين في ذمة المفلس على ما يستفيدة من المال بعد فك الحجر عنه ولا يشارك الغرماء لأنه دين حدث عن معاملة بعد فلسه . وهكذا القول فيما ذكرنا إذا باع بأكثر من الثمن وكان الثمن مستهلكاً فسخ البيع أيضاً وأما إذا كان الثمن باقياً معيناً فظاهر إطلاق الشافعي وأصحابه يقتضي أن يفسخ عليه ، والصحيح عندي : أنه لا يفسخ ، لأن فسخ عقوده إنما يكون لضرورة يستفاد بها شيء والفسخ هاهنا لا يفيد شيئاً لأنه إن أوجب استرجاع المبيع ليبياع في حقوق الغرماء أوجب ذلك رد الثمن إلى المعين الباقي في يد المفلس وهما في القيمة سواء فكان إمضاء البيع ليكون الثمن معيناً في حقوق الغرماء كفسخ البيع ليبياع المبيع في حقوق الغرماء فلم يكن للفسخ تأثير فلم يجز أن يفسخ عليه . فإن قيل إمضاء البيع الأول وبيع الثمن قد يستحق به دركاً كان هذا فائدة الفسخ قيل ما لم يكن موجوداً وقت العقد فلا معنى لتوهمه ليفسخ به العقد ولو جاز هذا لجاز فسخ جميع العقود لمعان متوهمة .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أقرَّ بدينٍ زَعَمَ أَنَّهُ لَزِمَهُ قَبْلَ الوَقْفِ ففِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ جَائِزٌ كَالْمَرِيضِ يَدْخُلُ مَعَ غَرْمَائِهِ وَبِهِ أَقْوَالٌ وَالثَّانِي أَنَّ إِقْرَارَهُ لَزِمَ لَهُ فِي مَالٍ إِنْ حَدَثَ لَهُ أَوْ يُفْضَلُ عَنْ غَرْمَائِهِ» .

قال الماوردي: أعلم أن إقرار المفلس بالدين على وجهين:

أحدهما: أن يقر بدين لزمه بعد الحجر بإقراره لازم في ذمته على ما يستفيدة من المال بعد زوال حجره ولا يكون المقر له مشاركاً لغرمائه ، لأن الحجر عليه إنما كان لمن ثبت حقة قبل الحجر ولأن المداين له بعد فلسه راض بخراب ذمته .

والوجه الثاني: أن يقر بدين لزمه قبل الحجر بإقراره لازم أيضاً وهل يكون المقر له مشاركاً لغرمائه بدينه أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوله في الحجر:

أحدهما: أنه لا يشاركهم فيه ويكون الدين لازماً في ذمة المفلس المقر على ما يستفيدة بعد فك الحجر وهنا إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى السفه . ولأن الغرماء قد تعلقت حقوقهم بأعيان حاله كالرهق ثم ثبت أن المقر له لا يكون شريكاً في المال المرهون فكذلك لا يكون شريكاً في المال المحجور عليه .

والقول الثاني: أن المقر له يشارك الغرماء ويكون أسوة لهم في مال المفلس . وهذا إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض ، ولأن الدين قد لزم بالإقرار كلزومه بالبينة ثم لو كان ثبوته بالبينة يوجب مشاركة الغرماء فكذلك ثبوته بالإقرار يوجب مشاركتهم وبهذا فرق

المال المرهون لأنه لما لم يشارك المرتهن فيه إذا ثبت بينة بالبينة لم يشاركه فيه إذا ثبت بالإقرار فلو كان إقرار المفلس حين قال في يده أقر بغصبه أو استعارته أو استجاره أو كان صائغاً أو صباغاً فأقر بحلى في يده أو ثياب قد صبغها فكل ذلك سواء وفي ذلك قولان :

أحدهما : أنه لازم كالبينة فيدفع الأعيان إلى من أقر له بها من غير أن يشاركه الغرماء فيها . وهذا على القول الذي يشاركهم في المال أو كان ديناً .

والقول الثاني : أن إقراره لا يلزم في العين بل يكون موقوفاً ويبيع سائر أمواله سوى الأعيان التي أقر بها فإن وقت بدينه دفعت الأعيان حينئذ إلى من أقر له بها وإن عجز ماله عن وفاء دينه يبع الأعيان في حقوق الغرماء ، وكانت قيمتها ديناً للمقر لهم بها في ذمة المفلس يبيعه بعد فك الحجر عنه ، فلو احتاج وفاء دينه إلى بيع البعض من تلك الأعيان فإن كان الإقرار بها لواحد يبيع منها بقدر ما بقي من دينه ويكون قيمته في ذمته ودفع باقي الأعيان إلى المقر له بها وإن كان الإقرار بها لجماعة لم يجز أن يفرّد حق أحدهم بالبيع دون الباقي وبيع كل عين أقر بها لشخص يقسط ما بقي عليه من الدين ودفع باقي الأعيان إلى أربابها لتتبع التسوية بين جميعهم فيما يباع عليهم ويدفع إليهم .

فصل : فأما إذا ادعى على المفلس مال وأنكر وعرضت اليمين عليه فنكل وحلف المدعي بعد نكوله واستحق فقد اختلف قول الشافعي هل يكون اليمين بعد النكول تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار؟ فأحد القولين :

أنها تجري مجرى البينة - فعلى هذا يكون المدعي بعد - عينه مشاركاً للغرماء بدينه .

والقول الثاني : أنها تجري مجرى الإقرار - فعلى هذا هل يكون مشاركاً للغرماء بدينه أم لا على ما ذكرنا من القولين . والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : « وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ الْمُفْتِينَ إِلَى أَنَّ دِيُونَ الْمُفْلِسِ إِلَى أَجْلِ تَحَلُّ حُلُولِهَا عَلَى الْمَيِّتِ وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤَخَّرَ الْمُؤَخَّرُ عَنْهُ لِأَنَّ لَهُ ذِمَّةً وَقَدْ يَمْلِكُ وَالْمَيِّتُ بَطَلَتْ ذِمَّتُهُ وَلَا يَمْلِكُ بَعْدَ الْمَوْتِ (قَالَ الْمُزَنِّيُّ) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَصَحُّ وَبِهِ قَالَ فِي الْإِمْلَاءِ » .

قال الماوردي : أما الديون المؤجلة فإنها تحل بالموت . وهو قول فقهاء الأمصار . وقال الحسن البصري وابن أبي ليلى : الديون المؤجلة لا تحل بالموت وتكون على آجالها ، لأن مدة الأجل حق ثبت للميت مثل مدة الخيار فلما لم تبطل مدة الخيار بالموت لم تبطل مدة الأجل بالموت . والدلالة على حلول ديونه بالموت أن ماله قد ينتقل بعد موته إلى الغرماء

بديونهم وإلى الورثة بإرثهم فلما كان حق الورثة ينتقل إليهم حالاً، لأنه لا يبقى للميت ملك بعد موته فوجب أن يكون حق الغرماء ينتقل إليهم حالاً، لأنه لا يبقى له أيضاً ملك بعد موته، ولأنه لا يخلو حال التركة في الديون المؤجلة من أحوال ثلاثة.

إما أن تكون موقوفة إلى حلول الدين. وهذا لا يجوز لما فيه من الأضرار بالورثة في تأخير إرثهم والإضرار بالميت في تأخير دينه مع قول النبي ﷺ: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى».

وإما أن يدفع إلى الورثة وهذا لا يجوز، لأن الله تعالى قضى لهم بالتركة بعد قضاء الدين فقال تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولأنه لا يخلو أن يقسموا قدر الدين ليكون في ذمتهم أو يعزلوه إلى وقت المحل فلم يجز إقسامهم به، لأنهم لم يملكوه، ولأن أرباب الديون لم يرضوا بذمتهم. ولم يجز أن يعزلوه، لأن فيه تعزيراً به وتعليقاً لنفس الميت بدينه وعدم فائدة لهم وللميت بعزله لهم فلم يبق وجه إلا أن يتعجلوه ليبراً ذمة الميت منه ويقتسم الورثة ما فضل عنه.

فصل: فأما حلول الدين المؤجل بحدوث الفلوس فعلى قولين:

أحدهما: أنه يحل بالفلوس كما يحل بالموت وهو مذهب مالك. وهذا على القول الذي يجري حجر الفلوس مجرى حجر المرض لأن المفلس ينتقل ماله بالفلوس إلى غرمائه كما ينتقل مال المريض بالموت إلى ورثته فلما كان الموت يوجب حلول الأجل وجب أن يكون الفلوس بمثابته يوجب حلول المؤجل، ويلخص هذا الثلث: أن خراب الذمة يوجب التسوية بين الديون الحالة والمؤجلة كالموت.

والقول الثاني: أنها على آجالها - لا تحل بالفلوس - وهو مذهب المزني. وهذا على القول الذي يجري منها حجر المفلس مجرى حجر السفه، لأن ديون السفه لا تحل لبقاء ملكه وجواز استفادته فكذلك المفلس لما كان ممن يملك ويجوز أن يحدث له ملك ويبقى له ذمة لم تحل ديونه وخالف الميت الذي لا يبقى له ملك ولا يجوز أن يحدث له ملك ولم يبق له ذمة حيث حلت ديونه، ولأن الحجر على المفلس إنما كان بالديون الحالة دون المؤجلة بدليل أنه لو كانت ديونه مؤجلة لم يجز الحجر عليه بها والمفلس إنما يجب صرف ماله فيمن كان الحجر عليه من أجله بدليل أن من حدث دينه بعد الحجر لم يكن مشاركاً في ماله الذي وقع عليه الحجر فكذلك أرباب الديون المؤجلة.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين. فإن قيل بأنها إلى آجالها - لا تحل بالفلوس - صرف ماله في الديون الحالة ثم يحال أرباب الديون المؤجلة إذا حلت على ما يحدث له من ملك.

فإن قيل: بأنها تحل بالفلس كان أرباب الديون المؤجلة أسوة الغرماء في ماله ويرجع من كان له عين مبيعه بعين ماله فإذا تقرر قدر ما يخصهم من الدين بالعين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر إطلاق الشافعي، وما عليه متقدمو الصحابة - أنه يدفع إلى أرباب يتملكونه كما يدفع ذلك إلى مثل دينه حال لitemلكه لأن المؤجل قد صار بالفلس كالمعجل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروري وأبي علي بن أبي هريرة: أنه يكون باقياً على ملك المفلس لا يدفع إلى غرمائه حتى تحل ديونهم ويكون تأثير مشاركتهم لباقي الغرماء ورجوعهم بأعيان الأموال أن لا يصرف جميع ماله في الديون الحالة وأنه ربما يكسب بعد الحجر ما لا يقضي به الديون المؤجلة ولو اكتسب لشق عليهم أن يقيموا به البينة ثم يطلق تصرف المفلس فيه حتى إذا حلت الأجل صرف ذلك إليهم وقسم فيهم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ عَمْدًا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَخْذُ الْمَالِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ».

قال الماوردي: اعلم أن الجناية على المفلس على ضربين:

أحدهما: أن تكون موجبة للمال إما في الخطأ وإما في العمد الذي لا قود فيه فقد ملك أرشها وتعلق حق الغرماء به كما يتعلق بما يستحدث ملكه من إرث وغيره فإن أبرأ الجاني منه كان كما لو وهب مالاً فيكون على قولين:

أحدهما: أن الإبراء يكون باطلاً. وهذا إذا قيل إن حجر المفلس جار مجرى حجر السفية.

والقول الثاني: أن يكون موقوفاً. فإن كان في ماله وفاء بدينه صح الإبراء، وإن لم يكن في ماله وفاء بدينه بطل الإبراء فيما قابل بقية الدين فإن كان الباقي منه مقابلاً لجميع الدية بطل جميع الإبراء وإن كان مقابلاً لبعضها بطل من الإبراء بقدر ما قابل الباقي من ثلث أو نصف وصح في الباقي. وهذا إذا قيل إن الحجر بالفلس جار مجرى حجر المرض.

فصل: والضرب الثاني أن تكون الجناية عمداً توجب القود، فالمفلس بالخيار بين أن يقتص أو يأخذ المال سواء كانت الجناية عليه أو على غيره فانتقل إرثاً إليه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء: ٣٣]. فإن أراد القصاص لم يكن للغرماء عليه اعتراض وإن أراد المال كان له وقسم بين غرمائه، وإن عفى عن القصاص ولم يصرح بالعفو عن المال سقط الضمان. وفي سقوط المال قولان. مبنيان على اختلاف قول الشافعي في جناية العمد ما الذي توجب؟

فأحد القولين: أنها توجب القصاص، فأما المال فإنما يجب باختيار الولي - فعلى هذا القول سقط حقه من المال إذا لم يختره في الحال.

والقول الثاني: أن جناية العمد توجب أحد شيئين إما القصاص أو المال - فعلى هذا القول لا يسقط المال بعفوه عن القصاص فأما إن عفى المفلس عن الأمرين معاً من القصاص والمال وصرح بهما في عفوه صح عفوه عن القصاص، وفي عفوه عن المال ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أن عفوه صحيح وقد سقط المال. وهذا إذا قيل إن جناية العمد توجب القصاص وحده وأن المال لا يجب إلا باختيار الولي فيسقط المال بعفوه عنه، لأن أحداً لا يجبر على تملك مال من محجور عليه ومطلق.

والقول الثاني: أن عفوه عن المال باطل وتؤخذ الدية وتقسم بين غرمائه وهنا إذا قيل إن جناية العمد توجب القصاص أو المال وإن حجر المفلس يجري مجرى حجر السفه.

والقول الثالث: أن عفوه موقوف إذا قيل إن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض لينظر هل في ماله وفاء بدينه فيصح أو عجز عنه فيبطل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَى الْمُفْلِسِ أَنْ يُؤَاجِرَ وَذُو الْعُسْرَةِ يُنْظَرُ إِلَى مَيْسَرَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا فضلت على المفلس ديون بعد قسمة ماله لم يجز أن يؤاجر بها وقال مالك وأحمد: يجب أن يؤاجره الحاكم بأجرة تقضى بها باقي ديونه. استدلالاً بما روي ابن أبي أوفى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ سَرَقًا فِي دَيْنٍ^(١) وَالْحَرُّ لَا تَبَاعَ رِقْبَتُهُ ثَبَتَ أَنَّهُ بَاعَ مَنَافِعَهُ، وَبِمَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَجَرَ مُفْلِسًا» وَلَيْسَ لَهُ فِي الصَّحَابَةِ مَخَالَفٌ، وَلَأنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْعَمَلِ كَالْقُدْرَةَ عَلَى الْمَالِ فِي تَحْرِيمِ الصَّدَقَةِ بِهِمَا فَوَجِبَ أَنْ يَسْتَوِيَ فِي تَعْلُقِ دِيُونِ الْمَفْلِسِ بِهِمَا وَلَأنَّ الْمَنَافِعَ كَالْأَعْيَانِ فِي ضَمَانِهَا فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ بِالمسمى وفي الفاسد بعوض المثل ثم إذا كانت الأعيان مبيعة على المفلس وجب أن تكون المنافع مبيعة عليه، والدلالة على ما قلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فأمر بإطلاقه بعد الإعسار، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَجَرَ عَلِيَّ مُعَاذٍ قَالَ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ فَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» وَرَوَى «لَا سَبِيلَ لَكُمْ عَلَيْهِ»، وَلَأنَّ مَنَافِعَ الْحَرِّ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَإِنَّمَا هِيَ أَسْبَابٌ إِلَى تَمَلُّكِ الْمَالِ وَالْإِنْسَانِ لَا يُجْبَرُ عَلَى أَسْبَابِ التَّمَلُّكِ إِذَا أَفْلَسَ كَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَعَلَى خُلْعِ الزَّوْجَةِ فَأَمَّا الْجَوَابُ عَنْ رَوَايَتِهِمْ أَنَّهُ بَاعَ سَرَقًا

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک ٥٤/٢ والبيهقي في الكبرى ٥٠/٦.

في دين: فهو أنه منقطع لا يلزمنا الأخذ به ولو لزم لجاز أن يكون سرق عبداً باعه في دين سيده أو حراً أجره باختيار نفسه أو باعه في صدر الإسلام حين كان الشرع وارداً في الحر بجواز بيعه، وأما الجواب عن حديث عمر: فهو أنه فعل ذلك باختيار المفلس وأما الجواب عن استدلالهم بأن القدرة على العمل كالقدرة على المال في تحريم الصدقة ففساد بذات الروح في أن الروح تقوم مقام المال في تحريم الصدقة ولا تقوم مقام قضاء الدين وبالأبوين كالمال في تحريم الصدقة دون الدين ثم المعنى في الصدقة أنه يستبيحها المحتاج والقادر على الكسب غير محتاج وقضاء الدين يتعلق بالمال والقدرة على الكسب ليس بمال، وأما الجواب عن الاستدلال بأن المنافع كالأعيان: فهو أنها ليست بمال وإنما يجوز أن يصير في الثاني مالاً ولو كانت مالاً لوجب على غاصب الحر ضمان منافعه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَتْرَكَ لَهُ مِنْ مَالِهِ قَدْرًا مَا لَا غِنَى بِهِ عَنْهُ وَأَقْلُ مَا يَكْفِيهِ وَأَهْلِهِ يَوْمَهُ مِنَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَإِنْ كَانَ لِيَبْعَ مَالَهُ حِسًّا أَنْفَقَ مِنْهُ عَلَيْهِ وَعَلَى أَهْلِهِ كُلَّ يَوْمٍ أَقْلُ مَا يَكْفِيهِمْ مِنْ نَفَقَةٍ وَكُسُوفَةٍ كَانَ ذَلِكَ فِي شِتَاءٍ أَوْ صَيْفٍ حَتَّى يَفْرَغَ مِنْ قَسْمِ مَالِهِ بَيْنَ غُرْمَائِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال مؤونة المفلس في زمان حجره واجبة في ماله وكذلك مؤونة من يلزمه الانفاق عليه من الأقارب والزوجات يقدم بها على الغرماء وأصحاب الديون لقول النبي ﷺ: «أَبْدَأُ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ» وَلِقَوْلِهِ ﷺ لِلْأَعْرَابِيِّ حِينَ قَالَ: إِنَّ مَعِيَ دِينَارًا. قَالَ: «أَنْفَقْهُ عَلَى نَفْسِكَ» قَالَ: إِنَّ مَعِيَ آخَرَ قَالَ: «أَنْفَقْهُ عَلَى زَوْجَتِكَ». قَالَ: إِنَّ مَعِيَ آخَرَ. قَالَ: أَنْفَقْهُ عَلَى وَلَدِكَ^(١)، ولأنه بالحجر مسلوب النفع معطل الكسب، ولأنه لو لم يكن ذا مال لوجب نفقته على كافة المسلمين فوجب إذا كان له مال أن يقدم بإنفاق منه فإن قيل إنما يتقدم بنفقة نفسه فأما نفقة أقاربه التي هي مواساة وهو بنفسه ليس من أهل المواساة فلم يقدم بها قيل، لأن نفقات الأقارب تجري قبل الفليس مجرى نفقة نفسه فأجريت على ذلك بعد فلسه فإذا تقرر أنه مستحق في مدة حجره تقدر مؤنته ومؤنة زوجته وأقاربه.

فالمؤونة: هي القوت والكسوة، فأما القوت فمقدر الزمان بمدة حجره ومعتبر القدر بحسب كفايته فإن كانت مدة الحجر يوماً واحداً لم ينفق عليه أكثر منه وإن كانت شهراً لم يقصر عنه ولا يعتبر في القوت حال شهوراته وملاذه وإنما يعتبر قوت مثله الذي لا يستغنى عنه وأما الكسوة فإن كانت عليه كسوة متماسكة ليس فيها سرف تركت على حالها ولم يكن غيرها

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٥١ وأبو داود ٢/٣٢٠ - ٣٢١ كتاب الزكاة (١٦٩١) والنسائي ٥/٦٢ والحاكم في المستدرک ١/٤١٥ وصححه وأقره الذهبي.

وإن لم يكن عليه كسوة أو كانت قد أخلقت اشتهدى له من ماله كسوة مثله ولا يعتبر أن تكون كافية لمدة حجره كما اعتبرنا في الفوت لأمرين :

أحدهما : أن تبعض الفوت ممكن وتبعض الكسوة على الزمان غير ممكن

والثاني : أنه لا بد بعد فك الحجر عنه أن يكون مستور العورة معرضاً للكسب بما

يتجمل به من ثياب فإن كان الزمان شتاء فكسوة مثله في الشتاء وإن كان صيفاً فكسوة مثله في الصيف ولا يلزم أن يجمع له بين كسوة الشتاء والصيف .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَأَنَّ كَانَتْ ثِيَابُهُ كُلَّهَا عَوَالِي مُجَاوِزَةَ الْقَدْرِ

أَشْتَرَى لَهُ مِنْ ثَمَنِهَا أَقْلٌ مَا يُلْبَسُ أَقْصِدُ مَا يَكْفِيهِ فِي مِثْلِ حَالِهِ وَمَنْ تَلَزَمَهُ مُؤْتَهُ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، لأنه إنما يترك عليه ما لا غناء به عنه فإذا كانت ثيابه

غوالي كثيرة الأثمان استغنى عنها بما هو أقل ثمناً منها فيباع عليه ويشتري له منها كسوة مثله التي لا يستغنى عنها ويقسم فاضل ثمنها بين غرمائه فلو كان قد كسى أقاربه قبل الحجر ثياباً غوالي وهي باقية عليهم لم يجز أن يستبدل بها ما هو أدون منها ، لأنها خارجة عن ملكه وإنما كان ذلك في كسوة نفسه لبقائها على ملكه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَأَنَّ مَاتَ كُفْنٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ قَبْلَ الْغُرْمَاءِ وَحُفِرَ

قَبْرُهُ وَمِيزَ بِأَقْلٍ مَا يَكْفِيهِ وَكَذَلِكَ مَنْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْفِيَهُ ثُمَّ قَسَمَ الْبَاقِي بَيْنَ غُرْمَائِهِ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح إذا مات المفلس أو مات من أقاربه من تلزمه مؤوته

وجب أن يقدم تكفينه ومؤونة دفنه من أصل ماله على سائر غرمائه لأنه لما قدم لمؤوته حياً فأولى أن يقدم بها ميتاً ، ولأن النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا حَضَرَ جَنَازَةً قَالَ : «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ» فَإِنْ قَالُوا : نَعَمْ . قَالَ : صَلُّوا عَلَيْهِ» ويمتنع من الصلاة عليه ، لأنه لم يترك وفاء لدينه مع علمه بأنه في كفن ولم يوجب بيعه في دينه فإذا ثبت أن يقدم تكفينه فهل يقتصر به في الكفن على ثوب واحد أو على ثلاثة أثواب على وجهين :

أحدهما : يكفن بثلاثة أثواب كما يكفن بها إذا كان حياً .

والوجه الثاني : يكفن في ثوب واحد ، لأن القدر الواجب وخالف الحي لأن الحي

محتاج إلى التحمل لتعرضه للمكاسب . وأما الحنوط ففيه وجهان أحدهما أن يشتري من ماله العرق الجاري به والوجه الثاني لا يلزم ، لأنه جار مجرى الطيب فلم يكن في مال المفلس سعة له - وكذا الحكم في كفن من مات من أقاربه الذين تلزمه نفقاتهم فأما كفن زوجته فعلى وجهين أحدهما في ماله أيضاً والثاني في مالها .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَبِإِعْ عَلَيْهِ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ لَأَنَّ مَنْ ذَلِكَ بَدَأ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال يباع على المفلس في دينه مسكنه وخادمه وإن كان إليهما محتاجاً . وقال أحمد وإسحاق : لا يجوز بيعها عليه . ورووا عن عمر بن عبد العزيز تعلقاً بحديث عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال : «حَظُّ ابْنِ آدَمَ مِنَ الدُّنْيَا ثَلَاثُ خِرْقَةٍ تَوَارِيهِ وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهِ وَمَسْكَنٌ يُؤْوِيهِ»^(١) قال ابن عمر : وأنا أزيدُ فيه وَزَوْجَةٌ يَسْكُنُ إِلَيْهَا . قالوا : ولأنه لما لم يجر بيع ثيابه التي عليه لحاجته إليها لم يجر بيع مسكنه وخادمه لحاجته إليهما قالوا ولأنه لما كان كالمعسر في الكفارة وكالفقر في أخذ الزكاة فكذلك في المفلس ودليلنا قوله ﷺ لغرماء معاذ : «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ لَيْسَ لَكُمْ غَيْرُهُ» . ولأنه لا حاجة به إلى تملك المسكن والخادم لأنه قد يقدر على مسكن يكرى وخادم بأجرة وبذلك قد جرت العادة وهي معنى قول الشافعي : لأن من ذلك بدأ . أي من ملك المسكن دون سكناه ومن ملك الخادم دون استخدامه وإذا كان عن ذلك مستغنياً وجب بيعه عليه كسائر أمواله ولأنه لما بيع عليه ضياعه وإن كان محتاجاً إلى استغلالها جاز أن يباع عليه داره فإن كان محتاجاً إلى سكنائها فأما الجواب عن الخبر فهو أنه وارد في غير المفلس لأنه قال : «حَظُّ ابْنِ آدَمَ مِنَ الدُّنْيَا ثَلَاثُ» . والمفلس ليس له في الدنيا حظ ولا ينزل عليه منها نصيب وأما ترك ثيابه عليه فلحاجته إليها وإن العادة لم تجر بإجارتها وهي بإجارة الدور والخدم جارية وأما الكفارة فالفرق بينها وبين دين المفلس من وجهين :

أحدهما : أنها حق لله تعالى يتسع للمسامحة فلم يبع فيها المسكن والخادم والدين حق لأدمي يضيق عن المسامحة فيبيع فيه المسكن والخادم .

والثاني : أن للكفارة بدلاً من المال وهو الصيام فلم يبع عليه مسكنه لرجوعه إلى بدل وليس للمال في دين الأدمي بدل وأما أخذه للزكاة كالفقر مع وجود الخادم والمسكن فالفرق بينهما أن المقصود بأخذ الزكاة الاستغناء بها فجاز أن يأخذها وإن كان له بعض الغناء وفي الفس قضاء الدين فلم يجر مع وجود بعض الغناء .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا عَمَى رَجُلٍ بِحَقِّ وَلَمْ يَخْلِفْ مَعَ شَاهِدِهِ فَلَيْسَ لِلْغَرَمَاءِ أَنْ يَخْلِفُوا لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا تَمَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ دُونَهُمْ» .

قال الماوردي : وصورتها في مفلس ادعى على رجل مالا وأقام على دعواه شاهداً فإن حلف مع شاهده وجب له المال وإن نكل وأجاب الغرماء إلى اليمين مع شاهده لعلمهم بصدقه وأن المال صائر إليهم ففيه قولان : وهكذا لو ادعى المفلس مالا ليس له به شاهد

(١) أخرجه الترمذي بنحوه (٢٣٤١) وقال : حسن صحيح والحاكم في المستدرک ٤/٣١٢ .

وأنكر المدعى عليه ولم يحلف وردت اليمين على المفلس فنكل وأراد الغرماء أن يحلفوا ففيه قولان فالجواب في المسألتين واحد. وفي جواز إحلاف الغرماء فيها قولان:

أحد القولين: وهو القديم - يجوز لهم أن يحلفوا لأمرين:

أحدهما: أن مال المفلس صائر إليهم كما يصير مال الميت إلى ورثته فلما جاز للورثة أن يحلفوا على مال الميت جاز للغرماء أن يحلفوا على مال المفلس.

والثاني: أن حق الغرماء في مال المفلس أثبت من حق الوكيل في مال الموكل فلما جاز للوكيل أن يحلف في إثبات ملك الموكل إذا اختلف الوكيل والبائع في ثمن المبيع وليس يثبت لهم حق في مال الموكل فأولى أن يجوز إحلاف الغرماء لثبوت حقوقهم في مال المفلس.

والقول الثاني: وهو قوله الجديد - أنه لا يجوز لهم أن يحلفوا لأمرين:

أحدهما: أن المال يملكه المفلس ألا ترى أنه لو تلف كان تالفاً في حقه ولا يجوز أن يملك أحد مالا بيمين غيره لأنها تكون نيابة في الأيمان والنيابة في اليمين لا تصح كما لا يجوز أن ينوب عنه غير الغرماء وليس تعلق حقوق الغرماء بماله دليلاً على جواز يمينهم عنه ألا ترى أن مستأجر الدار لو غصب منه لم يجز أن يحلف على الغاصب أنه غصبها منه وإن تعلق حقه بها ومرتهن الرهن لو غصب منه لم يجز أن يحلف عليه وإن تعلق حق استيفائه به.

والثاني: أن اليمين في إثبات دعوى المفلس كاليمين في نفي الدعوى عنه فلما لم يجز للغرماء أن يحلفوا في نفي ما ادعى عليه إذا أنكر ونكل لم يجز أن يحلفوا في إثبات ما ادعاه إذا صارت اليمين له فنكل ألا ترى أن الورثة لما جاز لهم أن يحلفوا في إثبات الدعوى للميت جاز أن يحلفوا في نفي الدعوى عنه وهذا توجيه وانفصال.

فصل: فإن قيل بأصح القولين لا يجوز للغرماء أن يحلفوا فلا مسألة. وإن قيل بالأول أنه يجوز لهم أن يحلفوا حلف جميعهم كما يحلف جميع الورثة فإن حلف بعضهم قضى له من الدعوى بقدر حصة دينه منها ولا يكون نكول غيره بمسقط لحقه بعد يمينه كما لو حلف بعض الورثة ونكل بعضهم قضى له بقدر حصته.

بَابُ الدَّيْنِ عَلَى المَيْتِ والعَهْدَةِ فِي مالِ المِفْلَسِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «مَنْ بَاعَ عَلَيْهِ فِي دَيْنٍ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ فِي حَيَاتِهِ أَوْ تَفْلِيْسِهِ فَهَذَا كُلُّهُ سَوَاءٌ وَالْعَهْدَةُ فِي مَالِ المَيْتِ كَهَيِّ فِي مَالِ الحَيِّ لَا اخْتِلَافَ فِي ذَلِكَ عِنْدِي».

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا بيعت أموال المفلس عليه وضاعت من أيدي الأمانة عليها كان تلفها من مال المفلس دون غرمائه وكذا ما باعه ولي على طفل أو وصى في تركه أو وكل في بيع رهن أو على موكل وقال أبو حنيفة: الثمن التالف من مال الغرماء دون المفلس . وقال مالك: إن كان الثمن من جنس حقوقهم ذهباً أو ورقاً فهو تالف من أموالهم وإن كان من غير جنس حقهم سلعة أو عوضاً فهو تالف من مال المفلس . وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في كتاب الرهن، وصار مذهب مالك فاسداً بالحجاجيز وسنذكر من الدلالة عليه ما يكون على طريق التوجيه لصحة المذهب فيه فنقول إن بدل كل شيء في حكم مبدله فإذا كان تلف المبيع من مال المفلس فكذا تلف بدله، ولأن أمين الحاكم في البيع ينوب عن المفلس فيه وقد ثبت أن تلف الثمن إذا كان المفلس هو البائع مضمون عليه دون غرمائه فكذا تلفه من النائب عنه يوجب أن يكون مضموناً عليه دون غرمائه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَتْ دَارُهُ بِأَلْفٍ وَقَبَضَ أَمِينُ القَاضِي الثَّمْنَ فَهَلَكَ مِنْ يَدِهِ وَاسْتَحَقَّتْ الدَّارُ فَلَا عَهْدَةَ عَلَى الغَرِيمِ الَّذِي بَاعَتْ لَهُ وَأَحَقَّ النَّاسُ بِالْعَهْدَةِ المَبِيعِ عَلَيْهِ فَإِنْ وُجِدَ لَهُ مَالٌ بَاعَ ثُمَّ رُدَّ عَلَى المُشْتَرِي مَالُهُ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ مِنْهُ بِبَيْعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ لَهُ شَيْءٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَى القَاضِي وَلَا أَمِينِهِ وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ غَرِيمٌ المِفْلَسِ أَوْ المَيْتِ كَغَرْمَائِهِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا بيعت دار المفلس عليه واستحقت الدار من يد المشتري استحق الرجوع بثمنها فإن كان الثمن موجوداً رجع به المشتري وكذا لو اقتسمه الغرماء رجع به عليهم فأما إن كان الثمن قد تلف من يد الأمين فالذي رواه المزني أن المشتري يقدم بالثمن من مال المفلس على جميع الغرماء . وروي الربيع وحرمله أن المُشْتَرِي يَكُونُ فِي الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَسْوَأَ الغَرْمَاءِ وَلَا يَتَقَدَّمُ بِهِ عَلَيْهِمْ . واختلف أصحابنا

فذهب بعضهم إلى أن المسألة على قولين لاختلاف الروائين .

أحدهما: أن المشتري يتقدم بالثمن على جميع الغرماء وهو الذي رواه المزني ووجهه أن المشتري لم يرض بذمة المفلس أن يكون حقه ثابتاً فيها إلا أن يتعجل مالياً يصير حقه متعلقاً بها أجور الباعة وأكرية الخانات .

والقول الثاني: أن المشتري يكون أسوة الغرماء بالثمن وهو الذي رواه الربيع وحرملة ووجهه أنه حق ثبت في ذمة المفلس فساوى الغرماء فيه لاستوائهم في محل الحق وليس ثبوت ذلك بغير اختياره يوجب تقديمه على غيره ألا ترى أن المفلس لو غصب مالا فأتلفه كان المغصوب منه أسوة الغرماء بقيمته وإن كان ثبوت ذلك بغير اختياره وخالف أجور الباعة وسائر المؤن التي هي مصلحة لماله لا يستغنى المفلس عنها . ومن أصحابنا من حمل اختلاف الروائين على اختلاف حالين فجعل رواية المزني في تقديم المشتري على الغرماء أن يكون حدوث الاستحقاق قبل فك الحجر عنه ورواية الربيع وحرملة في مشاركة المشتري للغرماء إذا كان حدوث الاستحقاق بعد فك الحجر عنه فإذا أحدث له حجر ثانياً كان المشتري وجميع الغرماء أسوة فيما بيده .

بَابُ جَوَازِ حَبْسِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ثَبَتَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِيَعِ مَا ظَهَرَ لَهُ وَدَفِعَ وَلَمْ يُحْبَسْ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ حُبْسٌ وَيَبِيعَ مَا قَدِرَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فَإِنْ ذَكَرَ عُسْرَهُ قَبِلَتْ مِنْهُ الْبَيِّنَةُ لِقَوْلِ اللَّهِ جَلًّا وَعَزًّا ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ وَأَحْلَفَهُ مَعَ ذَلِكَ بِاللَّهِ وَأَخْلَاهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا حجر على المفلس بديونه لم يخل حاله من أحد أمرين إما أن يظهر له مال أو لا يظهر فإن ظهر له مال بيع في دينه والأولى أن يتولاه المفلس إن كان حاضراً ليقع الإشهاد عليه بعد أن يأذن له الحاكم فيه وليس يحتاج إلى إثبات البينة عند الحاكم بملك ما باع إذا كان هو المتولي لبيعه فإن لم يحضر بيع ماله أو حضر فامتنع من بيعه لم يجز للحاكم أن يبيعه إلا بعد ثبوت البينة عند تملكه له وإذا ثبتت به البينة ويقدم بالبيع إلى أمين له وأجاز الحاكم بيعه فإذا بيعت عليه أمواله الظاهرة فإن كان فيها وفاء بدينه فك حجره في الحال لزوال ما يستحق به الحجر والحجر في هذا الموضع يرتفع بقضاء الدين ولا يفترق إلى حكم الحاكم برفعه وإن لم يكن فيما بيع من ماله وفاء بدينه كان فيما بقي منه كمن لم يظهر له مال وإذا لم يظهر له مال سئل عن ماله؟ فإن ذكر مالاً حكم فيه بما ذكرنا في ماله الظاهر، وإن لم يذكر له مالاً وادعى العسرة. سئل الغرماء عنه فإن صدقوه في الإعسار خلي عنه ولم يحبس وفك حجره ليكتسب بتصرفه ما يكون مصروفاً في قضاء دينه وإن كذبوه في الإعسار وادعوا عليه اليسار لم تخل حال الديون التي لزمته من أحد أمرين إما أن تكون في مقابلته مال أو لا فإن لم يكن في مقابلة مال كأروش الجنائيات وصدقات الزوجات وغرم العواري والضمان فالقول قوله في الإعسار مع يمينه، لأن الأصل في الناس الإعسار ويفك حجره ويطلق ولا يحبس إلا أن يقيم الغرماء البينة بيساره - فإن كانت ديونه في مقابلة مال كأثمان المبيعات ويدل القرض فلا يقبل منه دعواه الإعسار لثبوت يساره بما صار إليه في مقابلة دينه إلا أن يقيم البينة بإعساره فإن أقام البينة به نظر في البينة فإن شهدت بهلاكه وتلفه سمعت سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة به أم لا لأنها بينة بثبوت جائحة قد يعلمها البعيد كما يعلمها القريب وإن شهدت البينة بإعساره من غير أن يشهدوا بتلف ماله. فإن كانوا من أهل المعرفة الباطنة فيه قبلت شهادتهم وإن لم يكونوا من أهل المعرفة الباطنة به لم تقبل

شهادتهم لأن حدوث الإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطن أمره فإذا ثبتت البينة بإعساره على ما وصفنا فإن سأل الغرماء إحلافه على إعساره بعد إقامة البينة على الإعسار أحلف لهم، وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يحلف بعد قيام البينة بإعساره لأن في ذلك جمعاً بين البينة واليمين وذلك غير جائز في الأصول وهذا غلط لأن ما يطالب باليمين على نفيه غير ما قامت البينة به، لأن شهادة البينة تنفي ما ظهر من المال ويمينه ينفي ما خفي من المال فصار المنفي بالبينة غير المنفي باليمين وجرى ذلك مجرى رجل ادعى على رجل مالاً وأقام بيته فادعى المشهود عليه أنه أبراه من الدين وأن المدعي يحلف مع البينة بالله أنه لم يبرئه ولا يكون ذلك جمعاً بين البينة واليمين لأن ما أثبتته بالبينة غير ما نفاه باليمين فإذا ثبت أنه يحلف مع قيام البينة فحلف وجب أن يفك عنه الحجر ويخلى وبماذا يفك حجرة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي. أنه يفك الحجر عنه بقيام البينة بإعساره مع يمينه من غير أن يفتر فك الحجر إلى حكم الحاكم به، لأن ثبوت إعساره يوجب فك حجره كما يوجب قضاء دينه ثم كان قضاء الدين يقع به فك الحجر من غير حكم فكذلك الإعسار. والوجه الثاني: أنه لا يفك عنه الحجر إلا بحكم الحاكم لأن تعلق حقوق الغرماء بذمته يقتضي وجوب مطالبته فلم يسقط حقهم من ذلك إلا بحكم بخلاف المؤدي لجمع دينه ويوشك أن يكون هذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه في معنى الحجر - فإن قيل أنه يجري مجرى حجر المرض انفك الحجر عنه بغير مرض كالمريض وإن قيل أنه يجري مجرى حجر السفه لم يفك الحجر عنه إلا بحكم كالسفيه.

فصل: وأما إن لم تقم البينة بإعساره وجب حبسه بديونه - إن سأل الغرماء حبسه - وحكي عن عمر بن عبد العزيز، والليث بن سعد: أنه لا يجوز أن يحبس أحد في دين، لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا حَبَسَ فِي دَيْنٍ! قَطُّ والدلالة على جواز الحبس في الدين قوله ﷺ: «إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَدًا وَمَقَالًا»^(١) يعني باليد: الحبس والملازمة وبالمقال: الاقتضاء والمطالبة وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لِيُؤَاجِدَ يُبِيحُ عَرَضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٢). يعني بإباحة العرض: المطالبة والتوبيخ بالمماثلة. وبالعقوبة: الحبس، لأن ما سوى الحبس من الضرب وغيره لا يجوز وقوله: «لِيُؤَاجِدَ». يعني: منعه ومماطلته. ومنه قول ذي الرمة:

تطيلين ليالي وأنت مليه فأحسن بأداب السواخ التَّقَاضِيَا^(٣)

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٨٢ كتاب الوكالة (٢٣٠٦) ومسلم ٣/١٢٢٥ كتاب المساقاة (١٢٠ - ١٦٠١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨) والنسائي ٧/٣١٦ وأحمد في المسند ٤/٢٢٢، ٣٨٨ والحاكم في المستدرک ٤/١٠٢ وابن حبان ذكره الهشمي في الموارد (١١٦٤) والطبراني في الكبير ٧/٣٨٠ والطحاوي في معاني الآثار ١/٤١٣ والبيهقي في السنن الكبرى ١/٥١ وأخرجه البخاري مطلقاً ٥/٦٢.

(٣) البيت في ديوانه (٦٥١) واللسان م [لوى].

ثم يدل على جواز الحبس أيضاً ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ « حَبَسَ رَجُلًا يَوْمًا وَلَيْلَةً فِي تَهْمَةٍ »^(١) فلما جاز حبسه في تهمة لم تثبت عليه فأولى أن يجوز حبسه في دين ثبت عليه، ولأن الحبس يتوصل به إلى استيفاء الحق وما لا يتوصل إلى استيفاء الحق إلا به كان مستحقاً كالملازمة فإذا ثبت أنه يحبس بدينه - فإذا اتفق غرماؤه على حبسه حبس وإن اتفقوا على تركه أطلق وإن اتفقوا على ملازمته دون حبسه لوزم، لأن الملازمة أقل ضرراً من الحبس فأما إن سأل بعض غرمائه حبسه ورضي الباقي بإطلاقه وجب أن يحبس لمن سأل حبسه - ولو كان واحداً وأقل جماعتهم حقاً - وقال مالك: لا يجوز أن يحبس لبعضهم إذا أطلقه الباقيون حتى يجتمعوا على حبسه. وهذا خطأ، لأن حبسه مستحق في دين كل واحد منهم فلم يجز أن يسقط حق واحد منهم بعفو غيره كاليمين.

فصل: وأما نفقته في مدة حبسه ففي ماله دون غرمائه. وذهب قوم إلى وجوبها على غرمائه الحاسبين له. وحكي نحوه عن بعض أصحابنا. وهذا مذهب مطروح وقول مردود، لأنه حبس لغرمائه ليتوصلوا إلى حقوقهم بحبسه فلولزمتهم نفقته لأضر الحبس بهم دونه ولا ارتفق به دونهم فتبطل فائدة الحبس والتوصل إلى الحق فإن كان ذا صنعة فعملها في حبسه ففي منعه منها وجهان:

أحدهما: يمنع، لأن في تركه وعمله تأخير أمره ويطاول، حبسه اتكالا على عمله. والوجه الثاني: وهو الصحيح أنه لا يمنع من العمل لأنه كسب يفضي إلى قضاء الدين - ولا يلزم إخراجه إلى الجمع والجماعات ولا يكون عاصياً بتأخره عنها إذا كان معسراً ولا يلزمه الاستئذان في الخروج إلى الجمعة إذا علم بشاهد الحال وغالب العادة أنه لو استأذن لم يؤذن له. وأوجب عليه بعض الفقهاء استئذان المانع في كل جمعة فإن منعه امتنع، لأن ابن سيرين حبس في ثمن زيت كان عليه فكان يغتسل في كل جمعه ويلبس ثيابه ويستأذن فإذا منعه السجنان رجع ولو استأذن صاحب الدين كان حسناً وأما إذن السجنان فلا يؤثر ولو تمكن من الخروج إلى الجمعة لم يتأخر.

فصل: ولو حبس لرجل بحق فجاء آخر فادعى عليه عند الحاكم حقاً جاز للحاكم إخراجه من حبسه لاستماع الدعوى عليه، وقال مالك: لا يجوز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى، لما فيه من إسقاط حق الأول من حبسه. وهذا ليس بصحيح لأن الحقوق إذا أمكن استيفاؤها لم يجز إسقاط بعضها ببعض وقد يمكن أن يستوفي في حق الثاني من دعواه ويرد إلى حق الأول في حبسه ولو كان ما قال مالك صحيحاً لكان الحبس نافعاً له في دفع الدعاوى

(١) أخرجه أبو داود ٣٧٧/٢ (٣٦٣٠) والنسائي ٢/٢٥٥ والحاكم في المستدرک ٤/١٠٢.

عنه فلو مات المحبوس وجب إخراجه من حبسه ودفعه إلى أهله ليتولوا كفنه ودفنه وليس للغرماء أن يمنعوا من دفنه فإن منعوا نهوا فإن انتهوا وإلا عزروا.

فصل: فلو هرب المحبوس لم يجب على الحاكم طلبه، لأنه قد فعل ما وجب عليه من حبسه وكان للخصم أن يطلبه فإن وجده في موضع تعذر على الخصم إحضاره منه لزم الحاكم إحضاره منه إذا كان الموضع من عمله فإذا حضر أعاده إلى الحبس إذا سأل ذلك الخصم ثم سأل عن سبب هربه؟ فإن قال هربت لإعساري لم يعزر، لأنها شبهة - وإن لم يذكر الإعسار عزره، ولا يمنع المحبوس من التطلع إلى الطريق من كوة ولا من محادثة من يزوره، وإذا وجب الحبس على امرأة حبست عند نساء ثقات أو عند ذي محرم ومنع الزوج منها وإن كانت مرضعاً حمل الطفل إليها لترضعه ما لم تجد منه بدأً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ: «وَمَنَعْتُ غُرْمَاءَهُ مِنْ لُزُومِهِ حَتَّى تَقُومَ بَيْنَهُ أَنْ قَدْ أَفَادَ

مَالاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أطلق الحاكم المفلس عند قيام البينة بإعساره منع غرماؤه من ملازمته وقال أبو حنيفة لهم أن يلازموه لا على جهة التعطيل عن مكاسبه ولكن لحفظه ومنعه من الهرب استدلالاً بما روي أن النبي ﷺ قَالَ إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَدًا وَمَقَالًا. ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وملازمته تمنع من أنظاره. وقال ﷺ لغرماء معاذ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا مَا وَجَدْتُمْ» وروي «لَا سَبِيلَ لَكُمْ عَلَيْهِ». ولأن كل من لم تكن له المطالبة بدينه لم يكن له الملازمة به كالدين المؤجل. فأما المخبر فمحمول على الموسر لأنه جمع فيه بين اليد في الملازمة والمقال في المطالبة فلما استحقت المطالبة على الموسر دون المعسر كذلك الملازمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوْا فِي يَدَيْهِ مَالًا سَأَلْتُهُ فَإِنْ

قَالَ مُضَارِبَةٌ قَبِلْتُ مِنْهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أطلق المفلس بعد ثبوت إعساره فادعى غرماؤه أنه قد أيسر وسألوا الحجر عليه لم يجز إلا أن يقيموا البينة بيساره، لأنه قد ثبت إعساره فلم تقبل دعوى اليسار إلا بيينة كما أنه لو ادعى الإعسار بعد يسار لم تقبل دعواه إلا بيينة فإن لم تقم البينة بيساره فالقول قوله مع يمينه بالله أنه على إعساره وهو على إطلاقه - وإن نكل عن اليمين حلف الغرماء على يساره وحبس حتى يبين أمره وإن كان الغرماء حين ادعوا عليه اليسار أقاموا عليه البينة. نظر في البينة - فإن قالوا نشهد أنه قد أيسر لم يحكم بهذا القول منهم حتى يذكروا وما به صار موسراً ويصفوه إن كان غائباً ويعينوه إن كان حاضراً فإن عينوه أو وصفوه

نظر في شهادتهم فإن شهدوا له بملك ذلك المال لم يحتج الحاكم إلى سؤاله وقسمه بين غرمائه فإن شهدوا بأنهم رأوا لمال في يده ولم يشهدوا له بملك سئل المفلس عنه فإن ادعا إما ملكاً لنفسه قسمه الحاكم بين غرمائه وأن لم يدعه ملكاً سئل عن مالكه فإن لم يذكره أحلف الغرماء واستحقوا حبه دون أخذ المال واستكشف الحاكم عن حاله حتى يبين فإن ذكر مالك المال وقال هو مضاربة أو ودیعة لفلان فلا يخلو حال فلان المقر له بالملك من أن يكون حاضراً أو غائباً فإن كان غائباً فالقول فيه قول المفلس مع يمينه فإن حلف فهو على إطلاقه وإن نكل ردت اليمين على الغرماء فإن حلفوا لم يحكم لهم بالمال ولكن يحبس لهم المفلس حتى ينكشف أمره لأنه قد يحتمل أن يكون صادقاً ويحتمل أن يكون كاذباً. فإن كان المقر له بالمال حاضراً سئل عنه فإن أنكر وأكذب المفلس في إقراره نزع المال من يده وقسم بين غرمائه وحبس لهم به وإن صدقه واعترف به فهل يجب على المفلس فيه اليمين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: عليه اليمين لاحتماله كما لو أقر به الغائب.

والثاني: لا يمين عليه لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلم يكن لزجره باليمين تأثير.

والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا غَايَةَ لِحَبْسِهِ أَكْثَرَ مِنَ الْكُشْفِ عَنْهُ فَمَتَى اسْتَقَرَّ عِنْدَ الْحَاكِمِ مَا وَصَفْتُ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَبْسُهُ وَلَا يَغْفُلُ الْمَسْئَلَةَ عَنْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا حبس المفلس لغرمائه لعدم البينة بعسرته استكشف الحاكم أمره ولم يجز أن يعقله. وقال مالك: يجب أن يعقله حتى تقوم البينة بعسرته ولا يجوز أن يتولى الحاكم الكشف عن حاله لأن ذلك ميل وإسقاط الحق. وهذا ليس بصحيح. لأن الحاكم لا يلزمه استيفاء الحق بل يلزمه رفع الظلم وحبس المفلس إن كان معسراً ظلم والمحجوس لا يقدر على إقامة البينة فلزم الحاكم أن يتولى الكشف عن حاله ليقر الحق مقره وإذا كان كذلك فمتى قامت عنده البينة بإعساره بعد الكشف عن حاله وجب إطلاقه في الحال من غير أن ينتظر به بقضي مدة وقال أبو حنيفة فيما رواه محمد عنه: يحبس ستة أشهر ثم يخلي. وروى الحسن بن زياد: أنه يحبس أربعة أشهر ثم يخلي. وروى غيرهما: أنه يحبس أربعين يوماً ثم يخلي. وكل هذا فاسد لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولأن كل موضع دلت البينة على صدق المدعي لم يجز تأخيرها عن تأخير الحكم بها كسائر الدعاوي. ولأنه لما كان قيام البينة بعسرته قبل الحبس توجب تركه في الحال كذلك بعد الحبس فإذا ثبت أنه يطلق في الحال عند قيام البينة بعسرته فإن الحاكم

يحلفه لجواز أن يكون له مال فإن حلف أطلقه وإن نكل فعلى وجهين حكاهما ابن أبي هريرة: أحدهما يطلقه بالبينة التي هي ظاهر حاله. والوجه الثاني أن يترك محبوساً حتى يحلف. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَفَادَ مَالًا فَجَائِزٌ مَا صَنَعَ فِيهِ حَتَّى يُحْدِثَ لَهُ السُّلْطَانُ وَفَقًّا آخَرَ لِأَنَّ الْوَقْفَ الْأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ لَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ رَشِيدٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أطلق حجر المفلس بعد ثبوت إعساره كان تصرفه فيما أفاد من كسبه وملك من مال جائزاً وكانت عقوده ماضية وعتقه نافذاً وهبته جائزة وإبرأؤه صحيحاً وإقراره لازماً لأنه عاد بعد فك الحجر عنه إلى حاله قبل وقوع الحجر عليه فلما صح ذلك منه قبل وقوع الحجر وجب أن يصح بعد ارتفاع الحجر عنه فإن سأل الغرماء أن يستأنف له حجراً ثانياً جاز أن يحجر عليه ثانية إذا حدث ما يوجب الحجر ويمنع من التصرف بعد الحجر الثاني كما كان ممنوعاً منه بعد الحجر الأول ويستأنف قسمه ماله على من بقي من غرمائه المتقدمين وعلى من استحدث من الغرماء المتأخرين ويكون جميعهم أسوة في ماله بقدر ديونهم. وقال مالك: يقع الحجر عليه لغرمائه المتأخرين ويختصون بماله دون المتقدمين لأن الظاهر من حال ما حدث بيده أنه مال من حدث من غرمائه فوجب أن يكونوا أحق به. وهذا ليس بصحيح، لاستواء الجميع في ثبوت حقوقهم في ذمته فلم يكن للمتأخرين مزية على المتقدمين كالحجر الأول لا يكون لمن كان ثبوت حقه أقرب فضلاً على من كان ثبوت حقه أبعد فهذا يفسد ما استدل به ولو جاز أن يكون لأحد الحقيين فضل على الآخر لكان تقديم المقدم أولى لسبقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَرَادَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى أَجْلِ السَّفَرِ وَأَرَادَ غَرِيمُهُ مَنَعَهُ لُبْعِدِ سَفَرِهِ وَقُرْبِ أَجَلِهِ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا بِهِ مُنِعَ مِنْهُ وَقِيلَ لَهُ حَقُّكَ حَيْثُ وَضَعْتَهُ وَرَضِيْتَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أراد من عليه الدين المؤجل أن يسافر لم يكن لصاحب الدين منعه ولا أن يطالبه برهن ولا كفيل سواء كان السفر قريباً أو بعيداً وسواء كان الأجل طويلاً أو قصيراً حتى لو كان الباقي منه يوم أو بعضه لم يكن له عليه اعتراض فإن تعرض لمنعه منعه الحاكم منه. وقال مالك: له أن يطالبه إذا أراد السفر برهن أو كفيل فإن أعطاه بدينه رهناً أو كفيلاً وإلا كان له يمنعه من السفر قال: لأنه إذا حل الدين وهو غائب لم يقدر على الوصول إليه. ودليلنا: أن كل ما لم يستحق مطالبة المقيم به لم يستحق مطالبة المسافر به كالأداء، ولأن كل دين لا يستحق أدائه لا يستحق التوثق به كالحاضر، ولأنه لو جاز

أن يستحق هذه المطالبة في المدائن لجاز أن يستحق في نفقات الزوجات ولو جاز أن يطالبه بذلك إذا سافر لبعده عوده جاز أن يطالبه به إذا أقام خوفاً من هربه بل يقال له: حقه حيث وضعته من الذمم وإلى الوقت الذي رضيته من الأجل وقد كان يمكنك الاحتياط فيه لنفسك باشتراط الوثيقة من الرهن أو الضمان في وقت العقد فتأمن ما استحدث خوفه فصرت بترك ذلك مفراطاً.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا نظر في سفره - فإن كان لتجارة أو زيارة لم يعرض له فإن كان سفر جهاد فعلى وجهين:

أحدهما: لا اعتراض عليه فيه كغيره من الأسفار.

والوجه الثاني: له أن يعترض عليه ويطلبه بالوثيقة، لأن في سفر الجهاد تعريضاً للشهادة فخالف غيره من الأسفار. والله أعلم.